



HERAUSGEBER

Dr. Jan D. Bonhage
Dr. Kuuya J. Chibanguza
Nina Diercks
Prof. Dr. Bernd J. Hartmann
Prof. Dr. Markus Köhler
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire
Marlene Schreiber
Alireza Siadat
Dr. Nina-Luisa Siedler
Hans Steege
Oliver Süme
Dr. Thorsten Voß

SCHRIFTLÉITUNG

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire

AUS DEM INHALT

Industrie 4.0

Schubert, Wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft – Bestandsaufnahme nach dem GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle)

E-Commerce

Bleckat, Sachmangelgewährleistungsrecht nach der Warenkaufrichtlinie für »Smart Products«

Digital Finance

Feldkircher/Wegstein, Die Tokenisierung von Eigentumsrechten im Fürstentum Liechtenstein
Nägele, Der Sekundärmarkt für Security Token aus EU-Sicht
Piepenburg, Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Compliance-Risiken bei dem Betrieb sog. Krypto-ATMs

M&A/Corporate digital

Illhardt/Kopp, Kommunikation statt Formalismus – Vorschläge für eine moderne Gestaltung der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften

Querschnitt

Mayer/Seiler, Novellierung des PBefG und Regulierung von digitalen Mobilitätskonzepten im öffentlichen Raum
Nink, Richter 2.0?

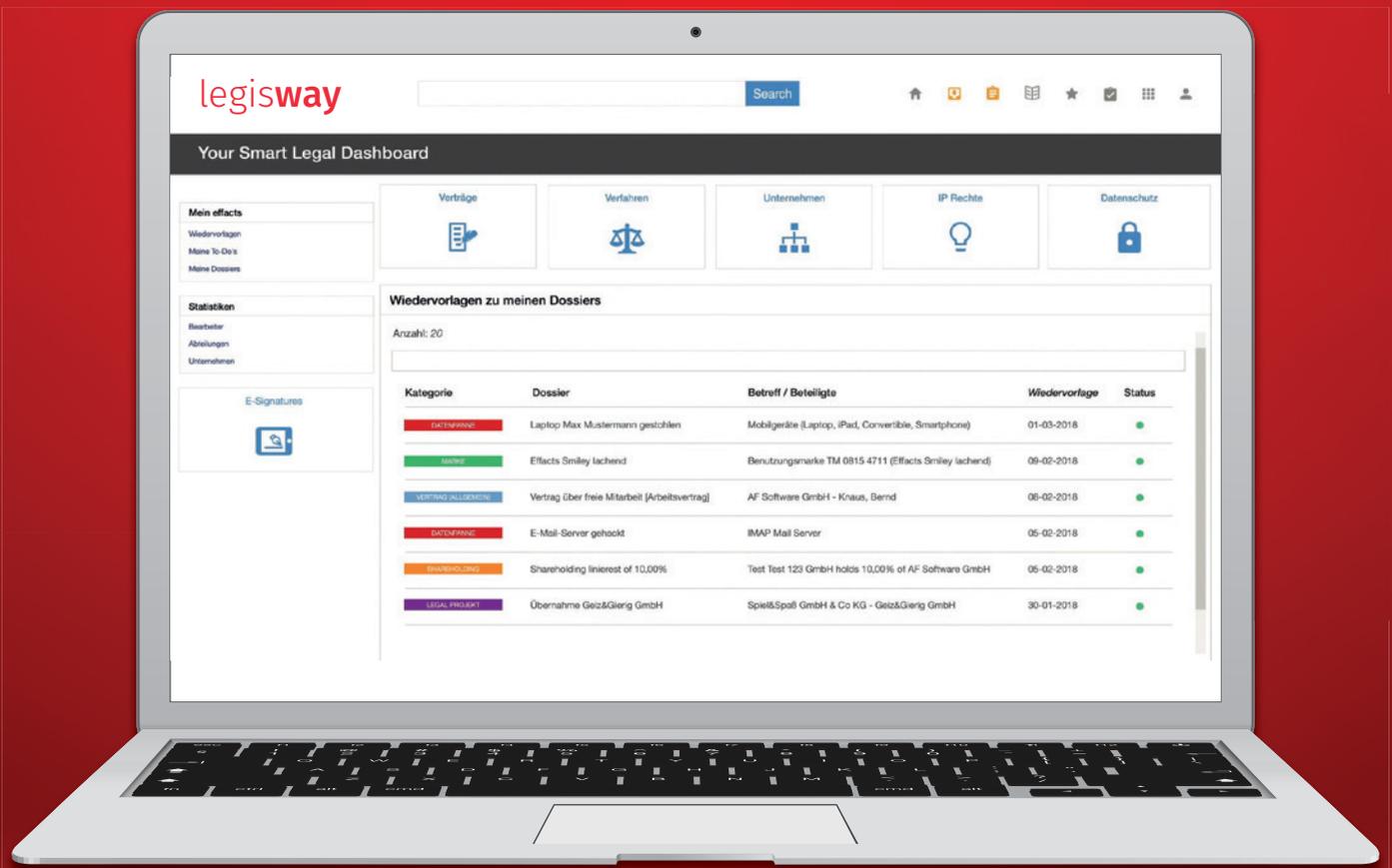
5

Heft 5
Mai 2021
Seiten 165–204
1. Jahrgang
Art.-Nr. 09672105



Wolters Kluwer

Die ganze Arbeit der Rechtsabteilung. Mit einer Software.



✓ Vertragsmanagement

✓ Verfahrensmanagement

✓ Beteiligungsmanagement

✓ Risikomanagement

✓ IP-Management

✓ Datenschutz



Herausgeber

Dr. Jan D. Bonhage, Dr. Kuuya J. Chibanguza, Nina Diercks, Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, Prof. Dr. Markus Köhler, Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, Marlene Schreiber, Alireza Siadat, Dr. Nina-Luisa Siedler, Hans Steege, Oliver Süme, Dr. Thorsten Voß

Schriftleitung

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, M. Jur. (Göttingen)

Inhalt 5 · 2021

ZdiW aktuell

Impressum

0.2

0.4

Der Sekundärmarkt für Security Token aus EU-Sicht

Thomas Nägele, Vaduz

181

Editorial

Fördert Regulierungsarbitrage Innovation und Digitalisierung?

Alireza Siadat, M.J.I., Frankfurt am Main

165

Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Compliance-Risiken bei dem Betrieb sog. Krypto-ATMs

Jannik Piepenburg, LL.M.oec., Halle (Saale)

185

Industrie 4.0

Wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft – Bestandsaufnahme nach dem GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle)

Dr. Tobias Schubert, Berlin

167

M&A/Corporate digital

Kommunikation statt Formalismus – Vorschläge für eine moderne Gestaltung der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften

Dr. Daniel Illhardt, LL.M. (Cambridge)/Dr. Lisa Kopp, München

188

E-Commerce

Sachmangelgewährleistungsrecht nach der Warenkaufrichtlinie für »Smart Products«

Alexander Bleckat, Hannover

173

Querschnitt

Novellierung des PBefG und Regulierung von digitalen Mobilitätskonzepten im öffentlichen Raum

Christian A. Mayer/Wiss. Mit. Lukas Seiler, München

194

Digital Finance

Die Tokenisierung von Eigentumsrechten im Fürstentum Liechtenstein

Dr. Thomas Feldkircher/Ursula Wegstein, Vaduz

177

Richter 2.0?

Dr. David Nink, Frankfurt am Main

200

News

■ OLG Düsseldorf legt Auslegungsfragen der DSGVO in dem Verfahren Bundeskartellamt gegen Facebook dem EuGH vor

Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf hat das Hauptsacheverfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof grundlegende Fragen zur Auslegung der DSGVO vorgelegt. Dem Verfahren vor dem OLG Düsseldorf war vorausgegangen, dass das Bundeskartellamt am 06.02.2019 Facebook mit sofortiger Wirkung untersagt, auf der Grundlage seiner Nutzungsbedingungen nutzer- und gerätebezogene Daten der Facebook-Nutzer, die bei der Nutzung der Facebook-eigenen Dienste WhatsApp, Instagram und Oculus sowie bei dem Besuch dritter Webseiten oder der Nutzung mobiler Apps dritter Anbieter erhoben und gespeichert werden (Facebook Business Tools), mit den originären Facebook-Daten zu verknüpfen und zu verwenden. Die Erhebung und Verwendung der Daten der Facebook-Nutzer erfolge unter Verstoß gegen die DSGVO, wodurch Facebook seine marktbeherrschende Stellung als Anbieter auf dem bundesdeutschen Markt für soziale Netzwerke missbräuchlich ausnutze.

Das OLG Düsseldorf gab Facebook im Eilverfahren am 26.08.2019 recht und ordnete die aufschiebende Wirkung an, sodass Facebook die Entscheidung des Kartellamts zunächst nicht umsetzen musste. Am 23.06.2020 verwarf der BGH den Beschluss des OLG Düsseldorf und wies den Eilantrag Facebooks zurück. Ein zweites Eilverfahren blieb erfolglos. Im eigentlichen Hauptsacheverfahren wurde nunmehr am 24.03.2021 vor dem OLG Düsseldorf um die Rechtmäßigkeit der Bundeskartellamtsentscheidung verhandelt.

Der Kartellsenat hat das Verfahren im Anschluss an die mündliche Verhandlung ausgesetzt und dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die Fragen betreffen die Rechtmäßigkeit und die Ausgestaltung datenbetriebener Geschäftsmodelle großer Digitalkonzerne. Insbesondere rückt damit das Verhältnis zwischen DSGVO und GWB in den Fokus. Mit einer Entscheidung des EuGH wird voraussichtlich nicht vor Ende 2022 zu rechnen sein.

■ Bundeskartellamt leitet Verfahren nach § 19a GWB gegen Amazon ein

Das Bundeskartellamt hat ein Verfahren gegen Amazon nach den neuen Vorschriften für Digitalkonzerne eingeleitet. Es ist das zweite Verfahren, das das Bundeskartellamt auf der Grundlage des neuen kartellrechtlichen Instruments eröffnet, nachdem es bereits kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes ein entsprechendes Verfahren gegen Facebook eingeleitet hatte. Konkret prüft das Bundeskartellamt im nunmehr eröffneten Verfahren, ob Amazon eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt. Zudem führt das Bundeskartellamt aktuell zwei Verfahren gegen Amazon nach

den schon vor der jüngsten Gesetzesänderung geltenden kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften. In einem Verfahren untersucht das Bundeskartellamt, inwieweit Amazon durch Preiskontrollmechanismen bzw. Algorithmen Einfluss auf die Preissetzung der auf dem Amazon-Marktplatz tätigen Händler nimmt. In einem zweiten Verfahren prüft das Bundeskartellamt, inwieweit Vereinbarungen zwischen Amazon und Markenherstellern, u.a. Apple, die Dritthändler vom Verkauf von Markenprodukten auf dem Amazon-Marktplatz ausschließen, einen Verstoß gegen Wettbewerbsregeln darstellen.

Die 10. GWB-Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-Digitalisierungsgesetz) ist im Januar 2021 in Kraft getreten. § 19a GWB erlaubt der Behörde ein früheres und effektiveres Eingreifen, insbesondere gegen Verhaltensweisen großer Digitalkonzerne. Das Bundeskartellamt kann Unternehmen, die eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb haben, bestimmte wettbewerbsgefährdende Praktiken untersagen, so z.B. die Selbstbevorzugung von konzerneigenen Diensten, das »Aufrollen« noch nicht beherrschter Märkte mit nicht leistungswettbewerblichen Mitteln, etwa Kopplungs- bzw. Bündelungsangeboten, oder die Errichtung oder Erhöhung von Marktzutrittsschranken durch die Verarbeitung wettbewerbsrelevanter Daten.

Nähere Informationen zur 10. GWB-Novelle erhalten Sie in dem Beitrag von Dr. Tobias Schubert ab S. 166 in diesem Heft.

Veranstaltungen

■ 01.06.2021, 09:00 – 13:00 Uhr: WM Online-Seminar Wertpapierinstitutsgesetz (WpIG) und MiFID Quick Fix

Vorträge zu den Themen:

- Die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen nach dem WpIG, IFR und IFD ab 26.06.2021
- MiFID Quick Fix

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://www.wmseminare.de/veranstaltung/1514/anmeldung/>

■ 07.06. – 11.06.2021: Virtueller Deutscher Anwaltstag – DAV (Online-Veranstaltung)

Der Deutsche Anwaltstag ist die bundesweite Tagung der Anwaltschaft, die sich beruflichen und rechtspolitischen Themen widmet. Er führt jährlich Anwaltschaft, Justiz, Politik, Wissenschaft und Presse zu einem gesellschaftlichen und rechts- und berufspolitischen Austausch zusammen und ist darüber hinaus eine der größten anwaltlichen Fortbildungsveranstaltungen überhaupt.

Mehr Informationen/Anmeldung unter: <https://anwaltstag.de/de/anwaltstag-2021/ueber-den-anwaltstag>



Alireza Siadat

Fördert Regulierungsarbitrage Innovation und Digitalisierung?

Liebe Leserin, lieber Leser,

auch diesmal verdeutlicht bereits ein Blick in das Inhaltsverzeichnis der ZdiW, dass Innovation und Digitalisierung nicht nur in Deutschland, sondern im gesamten europäischen Wirtschaftsraum (»EWR«) Anlass für praxisrelevante Änderungen und neue Gesetzgebungsverfahren liefern.

In dieser Ausgabe der ZdiW finden Sie gleich zwei Beiträge aus dem benachbarten Fürstentum Liechtenstein. Über seine Mitgliedschaft im EWR nimmt Liechtenstein am Binnenmarkt der Europäischen Union teil und befolgt damit den europäischen Rechtsrahmen. Durch einheitliche europäische Rechtsvorschriften, die in Deutschland genauso wie in Liechtenstein gelten, sowie die Möglichkeit regulierte Dienstleistungen und Geschäfte von einem EWR-Mitgliedstaat grenzüberschreitend in einen anderen Mitgliedstaat aktiv anzubieten – das sog. »Passporting« –, wird auch der Nährboden für Regulierungsarbitrage geschaffen. Ergänzt durch das liechtensteiner Blockchain-Gesetz, welches weltweit erstmalig einen zivil- und aufsichtsrechtlichen Rechtsrahmen für Produkte geschaffen hat, die auf DLT (Distributed Ledger Technology) basieren, bietet sich Liechtenstein als idealer Finanzinnovationsstandort innerhalb des EWR an. Eine solche Regulierungsarbitrage kann für die Innovation und die Digitalisierung förderlich sein. Auch Deutschland beteiligt sich an diesem Standortwettbewerb. Jüngst konnte man etwa der Blockchain-Strategie der Bundesregierung die Zielsetzung entnehmen: »Deutschland soll ein attraktiver Standort für die Entwicklung von Blockchain-Anwendungen und Investitionen in ihre Skalierung sein«. Mit Blick auf DLT zeichnet sich indes ein umgekehrter Trend ab: Zuletzt ist eine Vielzahl deutscher KMU nach Liechtenstein ausgewandert, um von dort DLT-basierte Produkte nach Deutschland zu vertreiben. Auch das ist Teil eines gesunden Wettbewerbs. Dies hat auch der europäische Gesetzgeber erkannt, der im Rahmen des Digital Finance Package neben der Markets in Crypto-Assets Regulation (MiCAR) auch eine Pilot-Regelung vorgestellt hat. Ziel von MiCAR und der Pilot-Regelung ist die Schaffung eines umfassenderen Rahmens für Kryptowerte. Darüber hinaus beinhalten beide Regelungen Vorschläge, anhand derer sichergestellt werden soll, dass die bestehenden Rechtsvorschriften die Einführung neuer Technologien nicht behindern, gleichzeitig aber die anerkannten Regulierungsziele nicht untergraben. Ein Ziel beider Strategien besteht unter anderem darin, durch den EU-Regulierungsrahmen innovative Finanzdienstleistungen zu gewährleisten und die Anwendung neuer Technologien nicht einzuschränken.

Innovations- und Digitalisierungsfreiheit stößt jedoch dort an ihre Grenzen, wo andere Rechte tangiert werden. Bereits im Januar 2019 berichteten die EBA und die ESMA, dass die EU-Vorschriften im Finanzdienstleistungsbereich – sieht man von den Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ab – auf die meisten innovativen Produkte auf Basis von Kryptowerten keine Anwendung finden. Letztere unterliegen daher unter anderem nicht den Bestimmungen zum Verbraucher- und Anlegerschutz und zur Marktintegrität, obwohl diese Bereiche erhebliche Risiken bergen. Im Zusammenhang mit Krypto-ATM – also Geldautomaten, die Kryptowährungen oder FIAT-Geld ausgeben und von jedermann in Deutschland aufgestellt werden könnten – zeigt ein Blick auf die

straf- und ordnungswidrigkeitsrechtlichen Vorgaben die Grenzen solcher Finanzinnovationen auf.

Auch die geplanten Änderungen der 10. GWB-Novelle durch das »Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen« (GWB-Digitalisierungsgesetz) verdeutlichen die Schranken der Innovations- und Digitalisierungsfreiheit. Die wohl bedeutendste Änderung des GWB-Digitalisierungsgesetzes, der neu eingeführte Paragraph 19a, gibt dem Bundeskartellamt das Recht, erstmals schon bei Wettbewerbsgefährdungen durch bestimmte große Digitalkonzerne frühzeitig einzugreifen.

Auch die derzeitigen Novellierungsbemühungen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) zeigen den klaren Trend zur Nutzung der Chancen der Digitalisierung unter gleichzeitiger Beachtung der Regulierung von digitalen Mobilitätskonzepten im öffentlichen Raum. Die momentane, zum Teil divergierende Anwendungspraxis einzelner deutscher Genehmigungsbehörden verursacht Unsicherheiten bei Betreibern digitaler Mobilitätskonzepte. Mit der Novellierung soll ein Level-Playing-Field für alle Mobilitätsdienstleister geschaffen, eine marktwirtschaftliche Ausrichtung und Öffnung des Taximarktes vorangetrieben und ein Rechtsrahmen zur unbürokratischen Genehmigung von Pooling-Angeboten aller Art ermöglicht werden.

Innovation und Digitalisierung sind in Deutschland und im globalen Umfeld Strategieziele, die einen gesunden Wettbewerb fördern und neue innovationsfreundliche Regulierungen fordern. Auch mit Blick auf unsere europäischen Nachbarländer wollen wir Sie, liebe Leserin und lieber Leser, in dieser – und den weiteren – Ausgaben der ZdiW stets gut informiert halten.

Ihr

Alireza Siadat

Industrie 4.0

Überblick

Wettbewerbsrechtliche Missbrauchsaufsicht in der Digitalwirtschaft – Bestandsaufnahme nach dem GWB-Digitalisierungsgesetz (10. GWB-Novelle)

Rechtsanwalt Dr. Tobias Schubert, Berlin*

Die 10. GWB-Novelle bringt grundlegende Veränderungen für die Digitalwirtschaft mit sich. Diese Veränderungen betreffen gerade auch die Missbrauchsaufsicht. Der neue § 19a GWB schafft ein Sonderkartellrecht für (digitale) Plattformen, indem er dem BKartA weitreichende präventive Eingriffsbefugnisse auch unterhalb der Marktbeherrschung erlaubt, deren Einsatz erst- und letztinstanzlich durch den BGH überprüft wird. Neben dieser Rechtswegverkürzung wirkt die Vorschrift eine Vielzahl potentiell innovationshemmender, weil Rechtsunsicherheit schaffender Auslegungsfragen auf.

I. Einleitung

Die als GWB-Digitalisierungsgesetz¹ bezeichnete 10. GWB-Novelle ist am 19.01.2021 in Kraft getreten. Sie verfolgt kein geringeres Ziel als die Schaffung eines wettbewerbsrechtlichen Ordnungsrahmens, der den Anforderungen sowohl der Digitalisierung als auch der Globalisierung der Wirtschaft gerecht werden und ein »digitales Wettbewerbsrecht 4.0« schaffen soll.² Zur Erreichung dieses Ziels sieht das GWB-Digitalisierungsgesetz Änderungen in verschiedenen Abschnitten des GWB vor, die von der Fusionskontrolle über den Kartellschadensersatz bis hin zum Kartellverfahren reichen. Das »politische Kernstück«³ ist allerdings die Überarbeitung der Missbrauchsaufsicht, die neben einer Ergänzung der §§ 19, 20 GWB einen gänzlich neuen § 19a GWB vorsieht. Dabei handelt es sich nach Ansicht des Gesetzgebers um eine »maßvolle Modernisierung«,⁴ der allerdings ein nicht zu unterschätzendes – und sehr wohl intendiertes⁵ – Disruptionspotenzial innewohnt. Der neue § 19a GWB schafft nämlich eine Art Sonderkartellrecht für digitale Plattformen, indem er das Bundeskartellamt (BKartA) ermächtigt, Unternehmen eine »überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb« zu attestieren und diesen Unternehmen *ex ante* bestimmte Verhaltensweisen zu verbieten. Auf diese Weise will der deutsche Gesetzgeber Handlungsfähigkeit gegenüber internationalen Digitaltechnologieunternehmen

demonstrieren und sich in einer zunehmend global geführten,⁶ an Kampfbegriffen (»Big Tech«, »GAFA«) nicht armen und industriepolitisch überlagerten⁷ Debatte als legislativer Vorreiter profilieren. Angesichts seiner Tragweite hat schon der Regierungsentwurf zu einer Vielzahl wissenschaftlicher Beiträge geführt.⁸ Dieser hat allerdings in letzter Minute durch die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Energie entscheidende Änderungen erfahren, die primär den neuen § 19a GWB betreffen. Dementsprechend wird nachfolgend, nach einem Überblick über die übrigen Regelungsgegenstände der 10. GWB-Novelle (II.), zunächst das in § 19a GWB kodifizierte Sonderkartellrecht für digitale Plattformen untersucht (III.), bevor ein Blick auf Neuerungen im Bereich klassischer Missbrauchsaufsicht geworfen wird (IV.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit, das einen Ausblick auf die anstehenden Änderungen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug auf europäischer Ebene wagt (V.).

* Dr., LL.M. (New York University), LL.M. (National University of Singapore), Attorney-at-law (New York). Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Berlin und Lehrbeauftragter an der Freien Universität.

1 Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer wettbewerbsrechtlicher Bestimmungen, BGBl. I Nr. 1 v. 18.01.2021, 2.

2 Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (Regierungsbegründung), BT-Drs. 19/23492, 1.

3 Käseberg NZKart 2019, 569.

4 Regierungsbegründung, 2.

5 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) vom (sic) 13.11.2021 (Beschlussbegründung), BT-Drs. 19/25868, 122: »weitreichende Auswirkungen, die die Regelung des § 19a auf das Marktverhalten der möglichen Normadressaten hat«.

6 Vgl. etwa den Gesetzgebungsvorschlag einer Reihe von US-Senatoren (SIL21191 6C1, 04.02.2021).

7 BMWi, Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Bericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, 2019 (»Kommission Wettbewerbsrecht 4.0«), 9.

8 Vgl. statt vieler Degenhart WuW 2020, 308 ff.; Körber MMR 2020, 290 ff.; Polley/Kaup NZKart 2020, 113 ff.; Mäger/Budde DB 2020, 378 ff.

II. *Tour d'Horizon*: Wesentliche Regelungsgegenstände der 10. GWB-Novelle außerhalb der Missbrauchsaufsicht

1. Fusionskontrolle

Die 10. GWB-Novelle zielt auf eine Entlastung bzw. Fokussierung des BKartA. Dazu wurden die – im internationalen Vergleich⁹ niedrigen – Inlandsumsatzschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 1a Nr. 2 GWB auf 50.000.000,00 € (zuvor: 25.000.000,00 €) und 17.500.000,00 € (zuvor: 5.000.000,00 €) angehoben. Dies soll die Anzahl anmeldspflichtiger Zusammenschlüsse reduzieren.¹⁰ Aus demselben Grund wurde die sog. Presserechenklausele des § 38 Abs. 3 GWB dahingehend geändert, printbezogene Umsatzerlöse nur noch mit dem Faktor vier (zuvor: acht) zu multiplizieren.

Die durch diese Entlastung gewonnenen Ressourcen soll das BKartA an anderer Stelle einsetzen. Dazu dient zum einen die Neufassung des § 38 Abs. 5 Satz 3 GWB, die verhindern soll, dass einheitliche Zusammenschlussvorhaben aufgespalten werden, um für einen Teil die Fusionskontrolle zu umgehen. Mit dem neuen § 39a GWB erhält das BKartA zum anderen die Möglichkeit, ein Unternehmen unter bestimmten Umständen qua Verfügung drei Jahre lang zur Anmeldung *aller* Zusammenschlüsse zu verpflichten, auch wenn die Umsätze der jeweiligen Zielgesellschaften unterhalb der Inlandsumsatzschwellen liegen.¹¹ Auch dies soll, allerdings auf Kosten der Rechtssicherheit für die Transaktionsbeteiligten, dem Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung durch sukzessive Erwerbsvorgänge vorbeugen.¹² Deshalb bedarf es hierfür, neben einer vorherigen Sektorenuntersuchung (§ 32e GWB), objektiver Anhaltspunkte, dass weitere Zusammenschlüsse den Wettbewerb in dem betroffenen Wirtschaftszweig tatsächlich erheblich behindern könnten.

2. Kartellverwaltungsverfahren

Die Neuerungen mit Bezug zum Kartellverwaltungsverfahren folgen zunächst aus der Umsetzung der ECN+-Richtlinie,¹³ die das Europäische Wettbewerbsnetz (ECN) stärken soll (§§ 50a ff. GWB).¹⁴ Dazu gehört u.a., dass das BKartA unter bestimmten Voraussetzungen bestandskräftige, auf Art. 101, 102 AEUV gestützte Entscheidungen anderer Wettbewerbsbehörden vollstrecken kann (§ 50c GWB). Auch die Auskunft- und Ermittlungsbefugnisse des BKartA werden ausgeweitet (§§ 59 ff. GWB). Daneben führt die Umsetzung der Richtlinie zu Änderungen der Bußgeldvorschriften (§§ 81 ff. GWB) und einer gesetzlichen Verankerung des Kronzeugenprogramms (§§ 81h ff. GWB).¹⁵

Eine Beschleunigung der Kartellverwaltungsverfahren soll, neben der Möglichkeit einer nur mündlichen Anhörung (§ 56 Abs. 1 Satz 2 GWB),¹⁶ durch die Neufassung des § 32a Abs. 1 GWB erreicht werden.¹⁷ Damit kann das BKartA künftig einstweilige Maßnahmen schon dann anordnen, wenn eine Zuwiderhandlung überwiegend wahrscheinlich ist (more likely than not) und ein »qualifizierter Schaden«¹⁸ (zuvor: irreparabler Schaden) i.S.e. schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens¹⁹ unmittelbar droht. Eine Verhältnismäßigkeitsprüfung und die neue Härtefallklausel sollen den Interessen des Adressaten der Eilmaßnahme Rechnung tragen. Angesichts der abgesenkten Eingriffsvoraussetzungen, die gerade bei digitalen Geschäftsmodellen schnell zu einer Vorwegnahme der Haupt-

sache führen können,²⁰ ist nicht zuletzt wegen etwaiger (Amts-) Haftungsansprüche das grundsätzliche Verbot einer solchen Vorwegnahme zu beachten.²¹

Durch § 32c Abs. 2 GWB wird die informelle Rechtspraxis des sog. Vorsitzendenschreibens kodifiziert.²² Damit kann das BKartA beteiligten Unternehmen nach Vorprüfung, aber ohne förmliche Entscheidung mitteilen, dass es in Ausübung seines Aufgreifermessens von einer vertieften Prüfung absieht. Der neue Abs. 3 soll durch die Ermächtigung des BKartA zur Festlegung allgemeiner Verwaltungsgrundsätze mehr Rechtssicherheit schaffen. Schließlich gewährt Abs. 4 Unternehmen und Unternehmensvereinigungen für horizontale Kooperationen einen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c Abs. 1 GWB, dass kein Anlass zum Tätigwerden besteht.

3. Kartellschadensersatz

Der neue § 33a Abs. 2 Satz 4 GWB kodifiziert eine widerlegliche Vermutung der Kartellbefangenheit eines Rechtsgeschäfts, wenn dieses in den sachlichen, zeitlichen und räumlichen Bereich eines Kartells fällt. Damit weist der Gesetzgeber das Risiko, dass der Tatrichter unter Berücksichtigung der Schienenkartell-Rechtsprechung des BGH²³ zu einem non liquet hinsichtlich der Kartellbefangenheit kommt, den Kartellanten zu. Die Vermutung kommt über § 33c Abs. 3 Satz 2 auch mittelbaren Abnehmern im Falle eines passing-on zugute. Von einer Vermutungsregelung im Hinblick auf die Schadenshöhe hat der Gesetzgeber abgesehen und überlässt deren Schätzung dem Tatrichter (§ 287 ZPO).²⁴

III. Sonderkartellrecht für digitale Plattformen (§ 19a GWB)

Die Modernisierung der Missbrauchsaufsicht ist das Herzstück der 10. GWB-Novelle.²⁵ Ihr gingen nationale,²⁶

9 Vgl. dazu ausf. *Stadler ZWeR* 2019, 250, 267.

10 Der Regierungsentwurf sah eine moderatere Erhöhung auf 30.000.000,00 € und 10.000.000,00 € vor.

11 Vgl. die Anregung *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, S. 159; ablehnend etwa *Bechtold NZKart* 2020, 47, 48.

12 Regierungsbegründung, 95.

13 Richtlinie (EU) 2019/1 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Stärkung der Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten im Hinblick auf eine wirksamere Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts, ABl. L 11 v. 14.01.2019, S. 3.

14 Vgl. Erwägungsgrund (3) ECN+-Richtlinie.

15 Vgl. dazu *Bischke/Brack NZG* 2020, 16, 17 f.

16 Kritisch dazu *Kahlenberg/Rahlmeyer/Giese BB* 2020, 2691, 2695.

17 Vgl. dazu Koalitionsvertrag v. 14.03.2018, Rn. 2757 ff. Die Wettbewerbskommission 4.0 sah hier keinen Reformbedarf (74 ff.).

18 Regierungsbegründung, 85.

19 Dritte haben – schon aufgrund der Wertung von Art. 4 Abs. 5 Satz 2 ECN+-Richtlinie – kein subjektives Recht auf ein Tätigwerden der Kartellbehörden, vgl. Regierungsbegründung, 85.

20 Vgl. *Höppner/Weber K&R* 2020, 24, 50.

21 Vgl. nur BVerfG NJW 2002, 3691, 3692. Das betrifft insb. strukturelle Maßnahmen, vgl. *Bach*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, GWB § 32a Rn. 17.

22 Regierungsbegründung, 87.

23 BGH NZKart 2019, 101 – Schienenkartell; NZKart 2020, 136 – Schienenkartell II.

24 Regierungsbegründung, 89.

25 Vgl. hierzu Koalitionsvertrag v. 14.03.2018, Rn. 2764 ff.

26 *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (s. Fn. 11); *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0*.

europäische²⁷ und internationale²⁸ Untersuchungen zum Verhältnis der Digitalökonomie zum Wettbewerbsrecht voraus. In der Folge hat sich der deutsche Gesetzgeber für einen neuen Typus der Missbrauchsaufsicht im GWB entschieden, der die klassische Missbrauchskontrolle (§§ 19, 20 GWB) ergänzt. Der neue § 19a GWB kodifiziert ein Sonderkartellrecht für digitale Plattformen,²⁹ indem er das BKartA zur ex-ante-Kontrolle³⁰ des Marktverhaltens von Unternehmen unterhalb der Marktbeherrschung ermächtigt. Dies soll eine »effektivere Kontrolle derjenigen großen Digitalkonzerne ermöglichen, denen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb zukommt.«³¹ Um dieses Ziel zu erreichen, ist § 19a GWB zweistufig aufgebaut.

1. Erste Stufe: Feststellungsverfügung (§ 19a Abs. 1 GWB)

Das BKartA kann zunächst feststellen, dass ein Unternehmen eine überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb hat und damit in den Anwendungsbereich des neuen Sonderkartellrechts fällt.³² Das betrifft Unternehmen, die »in erheblichem Umfang« auf einem mehrseitigen oder Plattformmarkt i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB tätig sind, ihren »Schwerpunkt«³³ also im Bereich digitaler Geschäftsmodelle haben,³⁴ ohne dort zwingend marktbeherrschend zu sein.³⁵ Letzteres ist nur ein Kriterium unter mehreren gleichgewichtigen (Finanzkraft, Ressourcenzugang, vertikale Integration, Datenzugang, Intermediationsmacht), die Satz 2 beispielhaft für die Gesamtwürdigung aufzählt. Damit kann sich ein Unternehmen selbst dann den neuen weitreichenden Eingriffsbefugnissen des BKartA ausgesetzt sehen, wenn es keinen einzigen Markt beherrscht.³⁶ Dass diese im Vergleich zu § 19 GWB herabgesetzten Anforderungen ausgerechnet zu einer Beschränkung des Adressatenkreises von § 19a GWB auf einen »kleinen Kreis von Unternehmen« führen,³⁷ ist bestenfalls kontraintuitiv, schlimmstenfalls verursacht es schwere Kollateralschäden.³⁸

Die Feststellungsverfügung nach § 19a Abs. 1 GWB steht grundsätzlich im Ermessen des BKartA.³⁹ De facto dürfte das BMWi dieses Aufgreif- und Auswahlermessen der Behörde allerdings bereits durch eine als Pressemitteilung getarnte Weisung (§ 52 GWB)⁴⁰ »auf Null« reduziert haben, da diese keine Zweifel am intendierten Adressatenkreis lässt.⁴¹ Die Feststellungsverfügung gilt fünf Jahre ab Bestandskraft (§ 19a Abs. 1 Satz 3 GWB) und kann unabhängig von jedem, eine Untersagungsverfügung nach § 19a Abs. 2 GWB rechtfertigenden Marktverhalten ergehen (arg. e § 19a Abs. 2 Satz 5 GWB). Das BKartA kann sich mit einer Feststellungsverfügung – unter dem Deckmantel präventiver Marktverhaltenskontrolle⁴² – folglich ein Damoklesschwert verschaffen, welches es jahrelang über den betroffenen Unternehmen schweben lassen kann.

2. Zweite Stufe: Untersagungsverfügung (§ 19a Abs. 2 GWB)

Der Feststellungsverfügung nachfolgend (ggf. im selben Bescheid, vgl. Satz 5) kann das BKartA dem Unternehmen bestimmte enumerativ⁴³ aufgezählte Verhaltensweisen untersagen. Diese Verhaltensweisen sind auch Normadressaten nicht ipso iure verboten, sondern erst infolge der entsprechenden Untersagungsverfügung des BKartA.⁴⁴ Damit scheiden zwar zivilrechtliche Ansprüche vor dem Erlass der Untersagungsverfügung aus.⁴⁵ Gleichwohl dürfte die – zur Verhaltenssteuerung intendierte – faktische Verbotswirkung schon wesentlich früher einsetzen. Denn in zeitlicher Hinsicht ist ihre Durch-

setzung gegenüber der allgemeinen Missbrauchskontrolle noch einmal deutlich verschärft: Zwar kann das BKartA ausnahmsweise auch unter § 19 GWB präventiv tätig werden, sofern ein Verstoß unmittelbar bevorsteht.⁴⁶ Für eine Untersagung nach § 19a Abs. 2 GWB soll allerdings selbst auf diese Erstbegehungsgefahr verzichtet werden können.⁴⁷

a) Inkrimierte Verhaltensweisen

Die in § 19a Abs. 2 Satz 1 GWB aufgezählten Verhaltensweisen hält der Gesetzgeber aufgrund ihrer Vertiefungswirkung für wettbewerbslich besonders schädlich, wenn sie von Unternehmen mit überragender marktübergreifender Wettbewerbsbedeutung begangen werden. Sie sind überwiegend als Vermutung wettbewerbswidrigen Verhaltens ausgestaltet, die der Normadressat durch den Nachweis einer sachlichen Rechtfertigung widerlegen kann. Materiell orientieren sich die Tatbestände an § 19 GWB, ergänzen bzw. konkretisieren

27 *Furman/Coyle/Fletcher/McAuley/Marsden*, Unlocking digital competition; Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019; *Crémer/de Montjoye/Schweitzer*, Competition policy for the digital era, 2019.

28 *Australian Competition & Consumer Commission*, Digital Platforms Inquiry, Final Report, 2019.

29 Vgl. auch *Höppner* WuW 2020, 71, der von »Plattformregulierung light« spricht; kritisch etwa *Monopolkommission*, Policy Brief, Ausgabe 4, 3; *Galle* DB 2020, 1274, 1277; *Degenhart* WuW 2020, 308, 311 ff.

30 Eine spezifische (vgl. § 10 Abs. 2 TKG) ex ante-Regulierung mit dem Ziel der Marktöffnung findet sich bspw. im TKG als dem Sonderkartellrecht für den ursprünglich staatsmonopolistisch geprägten Telekommunikationssektor; vgl. instruktiv *Körber*, in: *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2016, Bd. 3, 2. Teil, VIII. Abschnitt Rn. 8 ff.

31 Regierungsbegründung, 73.

32 Durch die marktübergreifende Betrachtungsweise nimmt das GWB Anleihen bei der medienrechtlichen Konzentrationskontrolle, deren Adressatenkreis sich u.a. nach einer Gesamtbeurteilung der Aktivitäten eines Unternehmens im Fernsehen und auf medienrelevanten verwandten Märkten bestimmt (§ 60 Abs. 2 Satz 2 MStV).

33 Kritisch dazu mit Blick auf die Rechtsanwendungspraxis *Kühnen* WuW 2020, 173.

34 Regierungsbegründung, 74.

35 Damit enthält das GWB nunmehr eine Marktmachttrias, in absteigender Reihenfolge: marktbeherrschende Unternehmen (§§ 18, 19 GWB), Unternehmen mit überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§ 19a GWB) und relativ marktmächtige Unternehmen (§ 20 GWB). A.A. *Kredell/Kresken* NZKart 2020, 2, 3, die die überragende marktübergreifende Bedeutung als »wesensgleiches Mehr« gegenüber der marktbeherrschenden Stellung sehen; wie hier *Degenhart* WuW 2020, 308, 310.

36 Ausdrücklich Beschlussbegründung, 113; die *Wettbewerbskommission 4.0.*, 53, sprach sich demgegenüber mehrheitlich für eine Anknüpfung an das Konzept der Marktbeherrschung aus.

37 Regierungsbegründung, 73. Das BMWi erwartet in den ersten fünf Jahren maximal drei Feststellungsverfahren.

38 Vgl. auch *Mäger/Budde* DB 2020, 378, 383; *Polley/Kaup* NZKart 2020, 113, 117.

39 Regierungsbegründung, 75.

40 Vgl. zur Zulässigkeit von Einzelweisungen nur *Bechtold/Bosch*, in: dies., *GWB*, 9. Aufl. 2018, § 52 Rn. 3 m.w.N. zum Streitstand; kritisch angesichts der ECN+-Richtlinie *Ludwigs* NZKart 2020, 576 ff.

41 BMWi, Pressemitteilung v. 24.01.2020, abrufbar unter <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200124-altmaierbrauchen-im-digitalen-zeitalter-update-unserer-wettbewerbsregeln.html> [22.04.2021].

42 Beschlussbegründung, 113.

43 Regierungsbegründung, 75.

44 Demgegenüber greifen die Missbrauchstatbestände des § 19 GWB unmittelbar, vgl. *Bechtold/Bosch* (s. Fn. 40), § 19 Rn. 94.

45 Regierungsbegründung, 75.

46 Vgl. *BGH* WuW/E DE-R 2408, 2417 – Lottoblock; *Bechtold/Bosch* (s. Fn. 40), § 32 Rn. 10.

47 Vgl. Regierungsbegründung, 75: »wenn unter Berücksichtigung der Besonderheiten der digitalen Wirtschaft ein früheres Eingreifen erforderlich erscheint«.

diesen allerdings mit Blick auf die im Fokus stehenden digitalen Geschäftsmodelle. Kurz vor Ende des Gesetzgebungsverfahrens wurden die Tatbestände sowohl in der Summe erweitert als auch jeweils durch Regelbeispiele ergänzt, wobei der Gewinn an Rechtssicherheit überschaubar bleibt.

- **Nr. 1** erfasst die Selbstbevorzugung eigener Angebote des Normadressaten gegenüber Angeboten von Wettbewerbern. Die Regelbeispiele konkretisieren dies auf die bevorzugte Darstellung (lit. a) sowie ausschließliche Vorinstallation bzw. Integrierung eigener Angebote (lit. b). Der Gesetzgeber begründet dies mit Marktverschluss- und Verdrängungseffekten,⁴⁸ die der europäische Gesetzgeber bislang deutlich weniger aggressiv adressiert.⁴⁹ Allerdings bleibt auch insoweit der Grundsatz⁵⁰ anwendbar, dass niemand verpflichtet ist, einen (potenziellen) Wettbewerber zum eigenen Schaden zu fördern.⁵¹
- **Nr. 2**, die erst durch die Beschlussempfehlung aufgenommen wurde, soll Nr. 1 im Hinblick auf Verhaltensweisen des Normadressaten gegenüber Dritten ergänzen, die keine Wettbewerber sind, und zwar sowohl im Verhältnis »B2B« als auch »B2C«.⁵² Die Regelbeispiele erfassen die ausschließliche Vorinstallation bzw. Integration eigener Angebote (lit. a) sowie die Behinderung Dritter bei Bewerbung oder Absatz ihrer Angebote. Angesichts der derzeitigen Auseinandersetzungen zwischen App-Storebetreibern und App-Entwicklern (z.B. Apple vs. Epic⁵³ oder Facebook vs. Apple⁵⁴) könnte die Vorschrift schnell praxisrelevant werden.
- **Nr. 3** soll ein »Aufrollen« noch nicht beherrschter Märkte mit unbilligen Mitteln, wie Kampfpreisen, wettbewerbswidrigen Exklusivitätsvereinbarungen oder Bündelungsangeboten verhindern. Die Regelbeispiele konkretisieren dies im Hinblick auf eine Einschränkung der Wahlmöglichkeit⁵⁵ von Nutzern durch eine Angebotsbündelung (lit. a) sowie eine systemische Verknüpfung von Angeboten dahingehend, dass die Nutzung des einen die Nutzung auch des anderen voraussetzt (lit. b). Demgegenüber können – selbstverständlich – auch Normadressaten i.S.d. § 19a Abs. 1 GWB leistungswettbewerbliche Vorstöße in neue Märkte unternehmen. Der Regierungsentwurf hatte über die »Unbilligkeit« insoweit noch dem BKartA die Darlegungs- und Beweislast für eine Überschreitung der Grenzen des Leistungswettbewerbs zugewiesen.⁵⁶ Durch die Streichung dieses Kriteriums muss nun allerdings auch hier der Normadressat i.R.d. sachlichen Rechtfertigung zeigen, dass er sich innerhalb dieser Grenzen bewegt.⁵⁷
- **Nr. 4** adressiert, in Anknüpfung an die Facebook-Entscheidung des BGH,⁵⁸ datengetriebene Behinderungspraktiken. Die ursprüngliche Beschränkung des Verbotstatbestands auf die Verarbeitung von Daten, die auf einem beherrschten Markt zur Nutzung auf einem anderen Markt »gesammelt« wurden, wurde gestrichen, sodass auch der umgekehrte Fall – Datennutzung auf einem nicht beherrschten Markt zur Absicherung der Beherrschung eines anderen Marktes – erfasst sein soll.⁵⁹ Die Regelbeispiele adressieren die vom BGH im Facebook-Beschluss monierte diensteübergreifende Datenverknüpfung ohne Opt-out-Möglichkeit im »B2C«-Verhältnis (lit. a) sowie im von der Rechtsprechung noch nicht aufgegriffenen »B2B«-Verhältnis.
- **Nr. 5** betrifft Behinderungspraktiken im Zusammenhang mit der Interoperabilität von Diensten/Produkten und der Portabilität von Daten. Auf diese Weise soll Lock-in-Effekten entgegengetreten werden.⁶⁰ Dass Interoperabilität

nicht nur wettbewerbliche Vorteile hat, soll im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung berücksichtigt werden.⁶¹

- **Nr. 6** soll etwaige Informationsdefizite der Marktgegenseite des Normadressaten adressieren, die wertbildende Faktoren einer Leistung des Normadressaten betreffen. Dazu sollen Nutzungsdaten, anfallende Kosten, Klick- oder Rankingverhalten zählen.⁶² Dies soll Transparenz erhöhen und Wechselkosten reduzieren. Allerdings sind schon tatbestandlich nur solche Informationsdefizite erfasst, die nicht (wie typischerweise) Folge eines gesetzlichen Hinderungsgrundes sind, bspw. dem Geschäftsgeheimnis- oder Datenschutz.⁶³
- **Nr. 7**, die ebenfalls erst kurz vor Schluss aufgenommen wurde, ist an das deutsche Unikum des Anzapfverbotes (§ 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB) angelehnt, überträgt dieses allerdings auf die Konstellation eines Intermediationsverhältnisses. Während § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB die passive Diskriminierung durch einen Marktbeherrscher auf Nachfrageseite im Blick hat,⁶⁴ befindet sich der Normadressat hier beim Fordern unangemessener Vorteile für die (jedenfalls unglücklich formulierte) »Behandlung von Angeboten« (eher) auf der Angebotsseite (der Intermediationsleistung).⁶⁵ Die niedrige Hürde des Forderns⁶⁶ wird dadurch ausgeglichen, dass an die vom BKartA darzulegende und zu beweisende Unangemessenheit der Vorteile hohe Anforderungen zu stellen sind.⁶⁷ Unklar bleibt (auch in der Beschlussbegründung) allerdings, nach welchem Maßstab sich die Unangemessenheit bestimmen soll, was zusätzlich durch die typische Mehrdimensionalität der Leistungsbeziehungen erschwert werden dürfte. Die Regelbeispiele konkretisieren den Tatbestand dahingehend, dass das BKartA die Forderung der Übertragung nicht zwingend erforderlicher Rechte oder Daten für die Erbringung der

48 Regierungsbegründung, 75 f.

49 Art. 7 der VO (EU) 2019/1150 (»P2B-Verordnung«) schreibt insoweit lediglich Transparenzpflichten vor.

50 Vgl. dazu BGH WuW/E 2755, 2759 – Aktionsbeiträge; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1615, 1616 – Das Telefonbuch.

51 Regierungsbegründung, 76.

52 Beschlussbegründung, 115.

53 Vgl. www.nytimes.com/2020/08/13/technology/apple-fortnite-ban.html [22.04.2021].

54 Vgl. www.nytimes.com/2021/01/28/technology/facebook-apple-app-store.html [22.04.2021].

55 Vgl. zu diesem Gesichtspunkt auch BGH GRUR-RS 2020, 20737 Rn. 123 – Facebook.

56 Regierungsbegründung, 76.

57 Beschlussbegründung, 117.

58 BGH GRUR-RS 2020, 20737 – Facebook; vgl. dazu Schubert GRUR-Prax 2020, 463.

59 Beschlussbegründung, 117.

60 Regierungsbegründung, 77.

61 Ebd.

62 Ebd.

63 Ebd.

64 BT-Dr. 8/2136, 25.

65 Daher dürfte bei § 19a Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 GWB auch der vertikale Schutz der Marktgegenseite im Fokus stehen (in diese Richtung Beschlussbegründung, 118). Ob § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ebenfalls (auch) die Marktgegenseite schützt oder nur den Wettbewerb an sich und, im Horizontalverhältnis, die Wettbewerber des Marktbeherrschers, ist strittig (dazu Westermann, in: MüKo/Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2020, § 19 Nr. 174). Der BGH hat sich, dem BKartA (BeckRS 2014, 123417) folgend, für eine (auch) vertikale Schutzrichtung ausgesprochen, BGH NZKart 2018, 136 Rn. 57 – Hochzeitsrabatte.

66 Vgl. insoweit zum »Auffordern« ebd. Rn. 62 ff.

67 Beschlussbegründung, 118.

Intermediationsleistung an sich (lit. a) oder deren Art und Weise (lit. b) untersagen kann.⁶⁸

b) Möglichkeit sachlicher Rechtfertigung

Das BKartA kann die inkriminierten Verhaltensweisen nur untersagen, wenn sie nicht sachlich gerechtfertigt sind. Materiell beurteilt sich das nach einer Interessenabwägung im Lichte der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzungen des GWB. Während der Regierungsentwurf letzteren grundsätzlich den Ausschlag gegenüber Effizienzvorteilen der Unternehmen und – sogar – der Verbraucher einräumen wollte,⁶⁹ setzt die Beschlussbegründung zu Recht den legitimen unternehmerischen Freiraum und die möglichen wettbewerbsfördernden Elemente des Verhaltens gleichgewichtig ins Verhältnis.⁷⁰ Schon bislang konnten dabei etwa i.R.d. §§ 19, 20 GWB rechtliche Wertungen außerhalb des GWB berücksichtigt werden,⁷¹ i.R.d. § 19a GWB muss dies nach der Vorstellung des Gesetzgebers hingegen geschehen.⁷²

Prozessual soll die Darlegungs- und Beweislast für die sachliche Rechtfertigung i.R.d. § 19a GWB, anders als bei § 19 GWB, selbst im Verwaltungsverfahren beim Normadressaten liegen. Der Amtsermittlungsgrundsatz (§ 57 GWB) wird damit weitgehend außer Kraft gesetzt.⁷³ Dieser soll nur noch dort greifen, wo es um Umstände außerhalb der Sphäre des Normadressaten geht.⁷⁴ Das ist sowohl verfassungs-⁷⁵ als auch unionsrechtlich (insb. Art. 2 VO 1/2003)⁷⁶ problematisch.⁷⁷ Es wälzt die Rechtfertigungslast gegenüber einem staatlichen Eingriff weitgehend auf die Normadressaten über, zumal diese ggf. ein Verhalten rechtfertigen müssen, das sie bislang überhaupt nicht an den Tag legen.⁷⁸

3. Rechtswegverkürzung

Eine deutliche Verschärfung gegenüber dem Regierungsentwurf hat die 10. GWB-Novelle dadurch erfahren, dass der Rechtsweg gegen eine § 19a-Verfügung erst- und letztinstanzlich auf den BGH beschränkt wurde (§ 73 Abs. 5 GWB). Begründet wird diese – offenbar in der Regierungskoalition durchaus umstrittene – Änderung mit der Geschwindigkeit der Digitalökonomie, die keine jahrelangen Instanzenzüge zulasse.⁷⁹ Allerdings wird spekuliert, ob es nicht ebenso darum ging, den an sich für Beschwerden gegen BKartA-Entscheidungen zuständigen 1. Kartellenat des OLG Düsseldorf (§ 73 Abs. 4 Satz 1 GWB) zu umschiffen.⁸⁰ Dieser hat parallel⁸¹ zur legislativen Debatte und auch im Anschluss⁸² seine Widerspenstigkeit im Facebook-Verfahren (erneut) unter Beweis gestellt. Dies wäre mit Blick auf die grundrechtsgleiche Gewährleistung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, die auch vor legislativer Einflussnahme schützt,⁸³ nicht unproblematisch.

Aber auch unabhängig davon wirft die Rechtswegverkürzung Bedenken auf.⁸⁴ Zwar garantieren weder Grundgesetz⁸⁵ (Art. 19 Abs. 4 GG; Rechtsstaatsprinzip) noch GrCH (Art. 47)⁸⁶ einen Instanzenzug. Sieht der Gesetzgeber allerdings nur eine Instanz vor, sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verfahrensausgestaltung umso höher.⁸⁷ Ohnehin gilt der Grundsatz einer vollständigen richterlichen Kontrolle in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.⁸⁸ Dazu gehört, dass das Gericht nicht an die behördlichen Feststellungen und Wertungen gebunden ist,⁸⁹ sondern die Tatsachen unabhängig ermittelt.⁹⁰ Diesen verfassungsrechtlichen Grundsatz führt die Beschlussbegründung ad absurdum, wenn sie die Rechtswegverkürzung ausgerechnet mit den umfangreichen

(Vor-)Ermittlungen des BKartA begründet.⁹¹ Auch stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG, zumal der Gesetzgeber die »weitreichenden Auswirkungen« des § 19a GWB für die Betroffenen ausdrücklich hervorhebt und die Rechtswegverkürzung aus Praktikabilitätsgründen sogar auf § 19 GWB und Art. 102 AEUV erstrecken will.⁹²

IV. Ergänzung klassischer Missbrauchsaufsicht in der digitalen Welt

Neben der paradigmatischen Einführung der neuen ex-ante-Regulierung hat die 10. GWB-Novelle zu Änderungen im Bereich der »klassischen« Missbrauchsaufsicht geführt.

1. Ergänzung der Kriterien zur Marktbeherrschung (Intermediationsmacht)

Durch den neuen § 18 Abs. 3b GWB ist bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens, das als Vermittler auf

68 Die Regelbeispiele scheinen insb. Suchmaschinen im Blick zu haben, ebd.
69 Regierungsbegründung, 77.

70 Beschlussbegründung, 122.

71 Vgl. z.B. BGH NJW 2012, 773 Rn. 44 – Grossistenkündigung; *Bechtold/Bosch* (s. Fn. 40), § 19 Rn. 17.

72 Beschlussbegründung, 114. Diese nennt insoweit z.B. verfassungs- und datenschutzrechtliche Wertungen sowie die Integrität von IT-Systemen und digitalen Infrastrukturen.

73 In Ordnungswidrigkeitsverfahren (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. a) GWB) steht der Überwälzung des *non-liquet*-Risikos der Zweifelsatz entgegen, vgl. *Bischke/Brack* NZG 2020, 16, 17.

74 Beschlussbegründung, 114.

75 Vgl. dazu *Degenhart* WuW 2020, 308, 314.

76 Vgl. dazu *Grünwald* MMR 2020, 822, 825.

77 Kritisch auch *Mäger/Budde* DB 2020, 378, 383; *Körber* MMR 2020, 290, 294.

78 S. Fn. 47.

79 Beschlussbegründung, 122.

80 Vgl. in diese Richtung *Bechtold* NZKart 2021, 3, 4; dagegen entschieden *Bunte* NZKart 2021, 74, 75 f., der die Rechtswegverkürzung für den Bundestag begutachtet hatte (<https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bundestag-stimmt-reform-gwb-zu-digitalkonzern-fusionskontrolle-kartelle/> [22.04.2021]).

81 Zunächst hatte das OLG Düsseldorf (GRUR-RS 2019, 18837 – Facebook) die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet, die Facebook gegen die BKartA-Verfügung (BeckRS 2019, 4895) eingelegt hatte. Der BGH (GRUR-RS 2020, 20737 – Facebook) hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf aufgehoben und den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt. Auf einen erneuten Eilantrag von Facebook hin hat das OLG Düsseldorf (NZKart 2021, 59 – Facebook) zuletzt einen »Hängebeschluss« erlassen, mit dem es die aufschiebende Wirkung der Beschwerde von Facebook bis zur Entscheidung über den zweiten Eilantrag wieder angeordnet hat. Die Rechtsbeschwerde hat es (wie schon im ersten Beschluss) nicht zugelassen. Kurz nach der Entscheidung des BGH (NZKart 2021, 115 – Facebook), mit der dieser auf die Nichtzulassungsbeschwerde des BKartA die Rechtsbeschwerde zugelassen hat, nahm Facebook den zweiten Eilantrag zurück.

82 Vgl. zuletzt den Vorlagebeschluss im Hauptsachverfahren, OLG Düsseldorf NZKart 2021, 306.

83 Vgl. BVerfGE 3, 359, 363 f.; *Morgenthaler*, in: BeckOK/GG, Stand: 15.11.2020, Art. 101 Rn. 4.

84 Vgl. auch *Degenhart* WuW 2020, 308, 314 f., der schon vor Einfügung der Rechtswegverkürzung annahm, dass § 19a GWB gegen Art. 19 Abs. 4 GG verstößt.

85 BVerfGE 107, 395, 401 f.; 54, 277, 291; 4, 74, 94 f.; vgl. auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 19 Abs. 4 Rn. 94 mit Nachweisen zum Streitstand.

86 EuGH NZA 2015, 567 Rn. 73 – Europ. Schule München; *Jarass*, GrCH, 4. Aufl. 2021, Art. 47 Rn. 36.

87 BVerfGE 83, 24, 31; BVerfG NVwZ 2008, 418, 419.

88 St. Rspr., grundlegend BVerfGE 15, 275, 282; 35, 263, 274.

89 BVerfGE 129, 1, 21.

90 BVerfGE 101, 106, 123; 103, 142, 156.

91 Beschlussbegründung, 122.

92 Ebd.

mehrseitigen Märkten tätig ist, die Bedeutung von dessen Vermittlungsleistungen für den Zugang zu vor- und nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen.⁹³ Die Aufnahme der »Intermediationsmacht« in den § 18 GWB soll dazu führen, dass hybride Geschäftsmodelle mit kombinierten Angebots- und Nachfrageelementen besser erfasst werden.⁹⁴

2. »Normative« bzw. »Ergebniskausalität« beim Markt-machtmissbrauch

Mit der – nach Ansicht des Gesetzgebers – lediglich klarstellenden Änderung des § 19 Abs. 1 GWB vom »missbräuchlichen Ausnutzen« hin zum »Missbrauch« will der Gesetzgeber einen Streit entscheiden, der im Facebook-Verfahren⁹⁵ virulent geworden war. Das OLG Düsseldorf vertrat dort ein restriktives Kausalitätsverständnis: Ein Konditionenmissbrauch nach § 19 Abs. 1 GWB verlange die Feststellung, dass der Normadressat die beanstandete Verhaltensweise nur qua Marktbeherrschung durchsetzen kann (sog. instrumentelle oder Verhaltenskausalität).⁹⁶ Ein Missbrauch scheidet danach mangels Kausalität aus, wenn die Verhaltensweise auch von nicht marktbeherrschenden Unternehmen angewendet wird. Der BGH vertrat ein extensiveres Verständnis.⁹⁷ Danach ist entscheidend, ob das Verhalten nur dann schädliche Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, wenn es der Normadressat anwendet (sog. Ergebniskausalität).⁹⁸ Die Tragweite des Streits ist nicht zu unterschätzen, entscheidet er i.E. doch mit darüber, inwieweit sich das Wettbewerbsrecht als Sanktionsrecht gegen außerwettbewerbliche Rechtsverstöße instrumentalisieren lässt.⁹⁹ Der Gesetzgeber ist nun noch einen Schritt weiter gegangen und lässt für den gesamten § 19 GWB eine »normative Kausalität« genügen, die sich »auch aus anderen Umständen« ergeben könne.¹⁰⁰ Berechtigten Bedenken¹⁰¹ gegen die damit verbundene Öffnung des GWB versucht der Gesetzgeber mit der – wenig trennscharfen – Vorgabe zu begegnen, dass Verstöße eines Marktbeherrschers nur gegen solche Rechtsnormen relevant sein sollen, die den Inhalt von Marktbeziehungen zum Gegenstand haben.¹⁰²

3. Erweiterung der Essential-Facilities-Doktrin (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB)

Die Neufassung des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB dient ebenfalls einer Öffnung, nämlich der bislang auf physikalische Infrastrukturen zugeschnittenen Essential-Facilities-Doktrin.¹⁰³ Damit soll der steigenden Bedeutung des Zugangs zu Daten, aber auch zu Immaterialgüterrechten Rechnung getragen werden.¹⁰⁴ Die Regierungsbegründung nennt bspw. den Zugang zu Nutzungsdaten im IoT-Kontext.¹⁰⁵ Für die Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.d. Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 DSGVO bedarf es allerdings auch in diesem Zusammenhang einer gesonderten Rechtsgrundlage,¹⁰⁶ ohne die eine Erfüllung des Zugangsanspruchs (rechtlich) unmöglich ist.

4. Erweiterung § 20 GWB

Schließlich erfährt auch § 20 GWB einige Erweiterungen. Zunächst können sich nunmehr Unternehmen unabhängig von ihrer Größe auf die Vorschrift berufen, sofern im Verhältnis zum Anspruchsgegner ein tatsächliches Machtungleichgewicht¹⁰⁷ besteht (Abs. 1 Satz 1).¹⁰⁸ Zudem werden auch hier nun das Konzept der Intermediationsmacht (Abs. 1 Satz 2) und der unter Umständen einen Zugangsanspruch sogar ohne entsprechenden bisherigen Geschäftsverkehr rechtfertigenden¹⁰⁹ datenbedingten Abhängigkeit (Abs. 1a) im Gesetzestext verankert.¹¹⁰ Der neue Abs. 3a soll schließlich frühzeitig ein

»Tipping«¹¹¹ von Märkten i.S.d. § 18 Abs. 3a GWB verhindern, i.e. eine durch positive Netzwerkeffekte bewirkte Vermachtung eines Marktes, sofern dieses mit nicht-leistungswettbewerblichem Verhalten erreicht wird.¹¹² Voraussetzung für letzteres ist allerdings eine nachgewiesene ernstliche Gefahr einer nicht unerheblichen Einschränkung des Wettbewerbs.

V. Fazit/Ausblick

Der deutsche Gesetzgeber betritt mit der 10. GWB-Novelle, allen voran mit dem neuen § 19a GWB wettbewerbsrechtliches Neuland und dehnt die Befugnisse des BKartA, das dem sogleich eine eigene Schwerpunktabteilung gewidmet hat,¹¹³ massiv aus. Die Vielzahl der Warnungen, eine globale, jedenfalls europäische Thematik könne nicht sinnvoll mit allein nationaler Regulierung adressiert werden,¹¹⁴ blieben dabei ungehört. Es scheint vielmehr so, als habe sich der deutsche Gesetzgeber am früheren Motto von Facebook und damit ausgerechnet dem Unternehmen orientiert, das nun Gegenstand des ersten (auch) auf § 19a GWB gestützten Verfahrens ist:¹¹⁵ »move fast and break things«.¹¹⁶ Dabei scheinen zugunsten industriepolitischer Ziele sowohl Kollateralschäden

93 Zurückgehend auf die Empfehlung von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (s. Fn. 11), S. 77.

94 Regierungsbegründung, 70.

95 S. Fn. 81.

96 OLG Düsseldorf GRUR-RS 2019, 18837 Rn. 50 ff. – Facebook; ebenso bspw. *Franck ZWeR* 2016, 137, 151 ff.; *Körber NZKart* 2016, 348, 355; *Thomas NZKart* 2017, 92, 95 f.; *Körber MMR* 2020, 290, 291; in diese Richtung *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (s. Fn. 11), S. 108 f.

97 So auch schon EuGH, Rs. 6/27, Slg. 1973, 215 Rn. 26 – Continental Can.

98 BGH GRUR-RS 2020, 20737 – Facebook; noch unklar BGHZ 199, 1 Rn. 65 – VBL-Gegenwert; BGH NZKart 2017, 242 Rn. 35 – VBL-Gegenwert II; vgl. auch *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, GWB § 19 Rn. 234a; *Bechtold/Bosch* (s. Fn. 40), § 19 Rn. 5.

99 Vgl. dazu auch schon *Schubert GRUR-Prax* 2020, 463.

100 Regierungsbegründung, 71.

101 Vgl. *Satzky NZKart* 2018, 554, 559 f.; *Körber MMR* 2020, 290, 291; *Polley/Kaup NZKart* 2020, 113, 114.

102 Regierungsbegründung, 71 wonach Verstöße gegen Steuer-, Arbeits- oder Umweltrecht nicht erfasst werden.

103 Kritisch hierzu aus verfassungsrechtlicher Sicht *Degenhart WuW* 2020, 308, 315.

104 Regierungsbegründung, 72.

105 Ebd.; zu den praktischen Folgeproblemen vgl. *Mäger NZKart* 2020, 101, 102.

106 Regierungsbegründung, 72.

107 Vgl. zum Ausschluss bei adäquater Gegenmacht bereits zuvor BGH NZKart 2018, 136 Rn. 44 – Hochzeitsrabatte.

108 Vgl. dazu die Empfehlung von *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (s. Fn. 11), S. 155.

109 Beschlussbegründung, 119.

110 Vgl. dazu ebd., 160.

111 Zum Markt für soziale Netzwerke als »Tipping-Markt« vgl. BKartA BeckRS 2019, 4895 Rn. 387, 403 ff. – Facebook.

112 Vgl. *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (s. Fn. 11), S. 166; kritisch *Körber MMR* 2020, 290, 293.

113 Vgl. Pressemitteilung v. 17.05.2021, abrufbar unter http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Aktuelle_Meldungen/2021/17_05_2021_Zustaendigkeit_Lebensmittelhandel.html [26.05.2021].

114 Vgl. nur *Monopolkommission*, Policy Brief, Ausgabe 4, Januar 2020, 3.

115 Das Verfahren betrifft die Verknüpfung des sozialen Netzwerks mit Virtual-Reality-Produkten (»Oculus«), vgl. BKartA, Pressemitteilung v. 10.12.2020, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2020/09_12_2020_Facebook_Oculus.html [22.04.2021]. Mittlerweile hat das BKartA ein § 19a-Verfahren auch gegen Amazon eingeleitet, vgl. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs//Publikation/DE/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_Amazon_19a.html [26.05.2021].

116 Die besondere Eilbedürftigkeit bringt auch das Übersendungsschreiben der Bundesregierung an den Bundestag zum Ausdruck, vgl. Beschlussbegründung, 5.

bei innovativem Leistungswettbewerb als auch Friktionen im europäischen Binnenmarkt eingepreist zu sein.¹¹⁷ Letztere werden besonders durch das Regulierungspaket deutlich, welches die Kommission als Teil ihrer europäischen Digitalstrategie wenige Wochen vor Inkrafttreten der 10. GWB-Novelle veröffentlicht hat.¹¹⁸ Ein Teil dieses Pakets ist der Digital Markets Act, der zwar eine ähnliche Stoßrichtung wie § 19a GWB hat, aber eine Vielzahl von Unterschieden aufweist: größerer Adressatenkreis, unmittelbar anwendbare Verhaltenspflichten, wenige Ausnahmemöglichkeiten etc. Ob sich § 19a GWB hierzu inspirierend (z.B. ausdrückliche Festschreibung einer Möglichkeit zur sachlichen Rechtfertigung), zumindest kom-

plementär oder doch konträr verhalten wird, wird sich zeigen müssen. Was hingegen feststeht, ist, dass sich schon jetzt die kartellrechtlichen Compliance-Risiken für Unternehmen der Digitalwirtschaft signifikant erhöht haben, selbst dann, wenn sie auf keinem Markt eine beherrschende Stellung haben.

117 Dementsprechend ist die Vereinbarkeit von § 19a GWB mit bestehendem Europarecht, sowohl in prozeduraler (Richtlinie 2015/1535) als auch materieller (VO 1/2003) Hinsicht, auch alles andere als offensichtlich.

118 Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitere und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM(2020) 842 final.

E-Commerce

Überblick

Sachmangelgewährleistungsrecht nach der Warenkaufrichtlinie für »Smart Products«

Richter auf Probe Alexander Bleckat, Hannover*

Die europäische Warenkaufrichtlinie (Richtlinie [EU] 2019/771), die nach dessen Art. 24 Abs. 1 bis zum 01.07.2021 in nationales Recht umzusetzen und auf Verträge, die ab dem 01.01.2022 geschlossen werden, anzuwenden ist, sorgt für Anpassungen im Hinblick auf die kaufvertragsrechtlichen Vorschriften des BGB, wozu unter anderem eine Neudefinition des Begriffs der Sachmangelfreiheit, die Einführung einer Aktualisierungsverpflichtung für Sachen mit digitalen Elementen und die Verlängerung der Beweislastumkehr im Hinblick auf Mängel gehören. Im Folgenden werden die wesentlichen Änderungen, die mit der Warenkaufrichtlinie einhergehen werden, sowie relevante Auslegungsfragen dargestellt, wobei dieser Überblick am Beispiel der »Smart Products« erfolgt.

I. Harmonisierungsgrad

Zunächst muss bestimmt werden, ob die Mitgliedsstaaten überhaupt Anpassungen im Einklang mit der Warenkaufrichtlinie vornehmen müssen. Dies hängt im Wesentlichen von ihrem Harmonisierungsgrad ab. Aus Art. 4 der Richtlinie (EU) 2019/771 (Warenkauf-RL)¹ ergibt sich, dass die Mitgliedsstaaten im nationalen Recht weder von den Bestimmungen dieser Richtlinie abweichende Vorschriften noch strengere oder weniger strenge Vorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus aufrechterhalten oder einführen dürfen, sofern in der Richtlinie nichts anderes bestimmt ist. Daraus resultiert, dass es sich um eine im Wesentlichen vollharmonisierende Richtlinie handelt,² die für eine Anpassung des nationalen Rechts der Mitgliedsstaaten sorgen wird, sofern deren nationales Recht nicht bereits mit dieser Richtlinie im Einklang steht oder Regelungslücken aufweist. Da das BGB offensichtlich mit dieser Richtlinie nicht im Einklang steht, war die Bundesregierung daher gezwungen, einen Entwurf für ein »Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags« vorzulegen.³ Die Warenkauf-RL überlässt den Mitgliedsstaaten jedoch die Befugnis, die Anwendung der Ver-

schriften dieser Richtlinie auf Verträge auszudehnen, die vom Anwendungsbereich an sich ausgenommen sind oder derartige Verträge auf andere Weise zu regeln.⁴ Dementsprechend soll es den Mitgliedsstaaten freistehen, den Schutz auch auf natürliche oder juristische Personen auszudehnen, die keine Verbraucher im Sinne dieser Richtlinie sind.⁵ Wenngleich es also zulässig wäre, die Regelung auch auf Kaufverträge zwischen Unternehmen auszudehnen,⁶ ist dies im bisherigen deutschen Gesetzesentwurf nicht zu erkennen, sondern es handelt sich alleine um Verbraucherschutznormen.⁷ Entsprechend ergibt sich der Anwendungsbereich der Neuregelung in personeller als auch sachlicher Hinsicht aus Art. 3 Warenkauf-RL.

II. Anwendungsbereich

1. Personeller Anwendungsbereich

Die in Art. 3 Warenkauf-RL gewählte Begrifflichkeit »Verkäufer« legt zunächst nahe, dass auf Verkäuferseite nicht zwingend ein Unternehmer auftreten muss, damit der Anwendungsbereich eröffnet ist. Dass es sich dennoch um einen Unternehmer handeln muss, wird jedoch anhand der Begriffsbestimmung in Art. 2 Nr. 3 der Warenkauf-RL deutlich, wonach »Verkäufer«

* Richter auf Probe des Landes Niedersachsen; derzeit als Staatsanwalt bei der Staatsanwaltschaft Hannover tätig.

1 Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG.

2 Kupfer/Weiß VuR 2020, 95; Staudenmayer NJW 2019, 2889; Schrader NZV 2021, 67.

3 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 10.02.2021, S. 3 ff.

4 EG 21 Warenkauf-RL.

5 EG 21 Warenkauf-RL.

6 Ebenso Tönnies VuR 2019, 363.

7 RegE (s. Fn. 3), S. 5 ff.

jede natürliche oder juristische Person sein kann, unabhängig davon, ob letztere öffentlicher oder privater Natur ist, die in Bezug auf von dieser Richtlinie erfasste Verträge selbst oder durch eine andere Person, die in ihrem Namen oder Auftrag handelt, zu Zwecken handelt, die innerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen. Ein solcher »Verkäufer« muss mit einem »Verbraucher« (dem Käufer) i.S.d. Art. 2 Nr. 2 Warenkauf-RL einen Vertrag schließen, der unter die Regelung der Richtlinie fällt. Nach Art. 2 Nr. 2 Warenkauf-RL ist jede natürliche Person, die in Bezug auf von dieser Richtlinie erfasste Verträge zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen, ein »Verbraucher«. Dementsprechend umfasst die Richtlinie den B2C-Bereich, nicht aber Verträge, die zwei natürliche Personen, die beide Verbraucher sind, abschließen.

2. Sachlicher Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht findet die Warenkauf-RL nach Art. 3 auf Kaufverträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer Anwendung. Nach Art. 2 Nr. 1 Warenkauf-RL ist ein solcher »Kaufvertrag« jeder Vertrag, durch den der Verkäufer das Eigentum an Waren auf einen Verbraucher überträgt oder die Übertragung des Eigentums an dieser Ware auf den Verbraucher zusagt und der Verbraucher hierfür den Preis dafür zahlt oder dessen Zahlung zusagt. Diese Definition entspricht im Wesentlichen der Definition des Kaufvertrages nach deutschem Recht. Darüber hinaus ist die Richtlinie gem. Art. 3 Abs. 2 auch auf Werklieferungsverträge anwendbar.

Dagegen sind vom sachlichen Anwendungsbereich nach Art. 3 Abs. 3 Warenkauf-RL Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen ausgenommen, da für diese Verträge eine eigene Richtlinie – die Richtlinie zu den Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (DI-RL)⁸ – Anwendung findet.⁹ Dementsprechend sollen sich beiden Richtlinien gegenseitig ergänzen.¹⁰

Die Anwendbarkeit der Warenkauf-RL setzt daher voraus, dass der digitale Inhalt gemäß des Kaufvertrages mit der Ware bereitgestellt wird, was zur Folge hat, dass der Kauf eines digitalen Inhalts bspw. nicht unter die Warenkauf-RL fällt, sofern eine Vereinbarung vorliegt, wonach der Verbraucher ein Smartphone ausdrücklich ohne ein bestimmtes Betriebssystem kauft und der Verbraucher anschließend einen Vertrag über die Bereitstellung eines Betriebssystems durch einen Dritten abschließt.¹¹ Eine Ware mit digitalem Inhalt läge dagegen vor, wenn ein digitaler Inhalt derart in einen körperlichen Gegenstand integriert oder mit ihm verbunden ist, dass die Ware ihre Funktionen ohne diesen digitalen Inhalt nicht erfüllen kann.¹²

Sollten Zweifel dahingehend bestehen, ob die Bereitstellung enthaltener oder verbundener digitaler Inhalte oder digitaler Dienstleistungen Bestandteil des Kaufvertrages ist, so wird nach Art. 3 Abs. 3 Satz 2 Warenkauf-RL vermutet, dass die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Kaufvertrag umfasst sind.

Dementsprechend dürfte bei sogenannten »Smart Products«¹³ grundsätzlich von der Anwendbarkeit der Warenkauf-RL ausgegangen werden, und nur bei entsprechendem Nachweis darüber, dass der digitale Inhalt (z.B. die auf dem »Smart

Product« installierte Software) separat vertrieben bzw. vom Verbraucher gegen ein gesondertes Entgelt in Anspruch genommen wird, wäre dann bezüglich des separaten digitalen Inhalts der Anwendungsbereich der DI-RL eröffnet.

Konsequenterweise würde daher auch eine Video-Anwendung eines »Smart-TV« als Bestandteil des Kaufvertrages angesehen werden.¹⁴ Unerheblich ist jedoch, ob der digitale Inhalt oder die digitale Dienstleistung auf der Ware selbst vorinstalliert ist oder erst auf einem anderen Gerät heruntergeladen werden muss und mit der Ware nur verbunden wird.¹⁵ So würde bspw. eine sogenannten »Smart Watch« als Ware mit digitalen Elementen gelten, die ihre Funktionen nur mittels einer digitalen Anwendung erfüllen kann, die gemäß Kaufvertrag bereitgestellt wird, aber vom Verbraucher auf ein Smartphone heruntergeladen werden muss.¹⁶ In diesem Fall wäre die Anwendung dann das mit der Sache verbundene digitale Element.¹⁷ Sollte die digitale Anwendung eines »Smart Products« dagegen gegen ein gesondertes Entgelt vertrieben werden, wäre nicht der Anwendungsbereich der Warenkaufrichtlinie, sondern der der DI-RL eröffnet.

Damit ist festzuhalten, dass für »Smart Products«, bei denen digitale Anwendungen vorinstalliert sind, grundsätzlich der Anwendungsbereich der Warenkauf-RL eröffnet ist, sodass auch die im RegE vorgesehenen Änderungen, die diese Richtlinie umsetzen sollen, für diese Geltung beanspruchen. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden auf die wesentlichen Regelungen der Warenkauf-RL eingegangen.

III. Wesentliche Regelungen der Warenkaufrichtlinie bezüglich der Haftung und des Vorliegens eines Sachmangels

1. Vertragsgemäßheit

Zunächst stellen die Vorschriften zur Bestimmung der Vertragsgemäßheit – insbesondere der Mangelhaftigkeit – von Waren in Art. 5 ff. Warenkauf-RL den zentralen Bestandteil der Warenkauf-RL dar.¹⁸ In Art. 6 sind die subjektiven Anforderungen und in Art. 7 die objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit aufgenommen, wobei beide kumulativ eingehalten werden müssen, damit nicht von einer Mangelhaftigkeit ausgegangen werden kann.¹⁹ Eine Vertragswidrigkeit ist jedoch nach Art. 7 Abs. 5 im Hinblick auf negative Abweichungen von den objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit ausgeschlossen, wenn der Verbraucher zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages eigens dar-

8 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, siehe hierzu *Schreiber*, ZdiW 2/2021, S. 48 f.

9 *Estner* ZVertriebsR 2020, 178, 179.

10 EG 13 Warenkauf-RL.

11 *Estner* ZVertriebsR 2020, 178, 179; vgl. auch Art. 3 Abs. 3 Warenkauf-RL; EG 16 Warenkauf-RL.

12 *Estner* ZVertriebsR 2020, 178, 179; Art. 2 Nr. 5 Buchst. b) Warenkauf-RL.

13 Siehe dazu ausführlicher: *Bleckat* K&R 2020, 807 ff.

14 EG 15 Warenkauf-RL.

15 EG 15 Warenkauf-RL.

16 EG 15 Warenkauf-RL.

17 EG 15 Warenkauf-RL.

18 *Kupfer/Weiß* VuR 2020, 95, 97.

19 *Tanner* VuR 2019, 363, 364; Erwägungsgrund 29 der Warenkaufrichtlinie; ebenso legt dies das Wort »zusätzlich« in Art. 7 Warenkauf-RL nahe.

über in Kenntnis gesetzt wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Waren von den in den Abs. 1 und 3 vorgesehenen objektiven Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit abweicht, und er bei Abschluss des Kaufvertrags dieser Abweichung ausdrücklich und gesondert zugestimmt hat. Bemerkenswert ist dabei auch die Pflicht des Verkäufers von Waren mit digitalen Elementen, dass er nach Art. 7 Abs. 3 den Verbraucher über Aktualisierungen, einschließlich Sicherheitsaktualisierungen, die für den Erhalt der Vertragsmäßigkeit dieser Waren erforderlich sind, informieren muss.

Sollte der Verbraucher die Installation der Aktualisierungen innerhalb einer angemessenen Frist unterlassen, haftet der Verkäufer nach Art. 7 Abs. 4 nur dann nicht für eine etwaige Vertragswidrigkeit, die allein auf das Fehlen der entsprechenden Aktualisierung zurückzuführen ist, wenn er den Verbraucher über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und über die Folgen der fehlenden Installation informiert hat und fehlende Aktualisierung oder unsachgemäße Installation nicht auf eine mangelhafte Installationsanleitung zurückzuführen ist. Es ist absehbar, dass es zu Streit darüber kommen könnte, ob der Verkäufer über die Verfügbarkeit der Aktualisierung und die Folgen des Ausbleibens informiert hat.

2. Haftung

Neben den Anforderungen an die Vertragsgemäßheit enthält die Warenkauf-RL außerdem bedeutende Regelungen hinsichtlich der Haftung in Art. 10, der Beweislast in Art. 11 sowie zu den Rechten bei Vertragswidrigkeit in Art. 13 ff. So soll der Verkäufer gegenüber dem Verbraucher gem. Art. 10 für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung der Waren – auch mit digitalen Elementen – bestand und die sich innerhalb von zwei Jahren nach diesem Zeitpunkt offenbart, haften. Sollte im Falle von Waren mit digitalen Elementen im Kaufvertrag die fortlaufende Bereitstellung des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung über einen Zeitraum hinweg vorgesehen sein, haftet der Verkäufer auch für jede Vertragswidrigkeit des digitalen Inhalts oder der digitalen Dienstleistung, die innerhalb von zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren mit digitalen Elementen eintritt oder sich offenbart.

Weitreichende Konsequenzen dürfte dies für unternehmerische Verkäufer von gebrauchten »Smart Products« oder in Zukunft sogar gebrauchten autonom fahrenden Fahrzeugen haben, da diese kaum überblicken noch abschätzen können, welche weitgehenden Haftungsrisiken mit einem Verkauf einer solchen Ware einhergehen.

Neben der Tatsache, dass mit der verbraucherfreundlichen Neuregelung hinsichtlich der Haftung weitere finanzielle Mehrbelastungen einhergehen können als bisher (z.B. aufgrund umfangreicherer Retouren), die kleinere bis mittelständische Einzelhändler oder Autohändler nur schwer stemmen können, werden diese im Vergleich zu einem größeren Konzern und auch im Vergleich zur bisherigen Rechtslage einem weitergehenden Haftungsrisiko ausgesetzt sein, da diese in der Regel über kein internes juristische »Know-How« verfügen, sodass juristische Beratung aus Kostengründen regelmäßig erst dann in Anspruch genommen werden wird, wenn bereits Schadensfälle eingetreten sind und Kunden ihre Ansprüche bereits gerichtlich geltend gemacht haben. Letztendlich müssen die kleineren und mittelständischen Unternehmen daher auch ihre Verkaufspreise neu berechnen, da das

kommende, weiterreichende Haftungsrisiko in den Preis einkalkuliert werden müsste. Dagegen können größere Unternehmen oder Konzerne dieses Haftungsrisiko minimieren, da diese in der Regel eine interne Rechtsabteilung haben, die sie ohne »Extrakosten« im Hinblick auf eine rechtliche Risikoeinschätzung in Anspruch nehmen können. Darüber hinaus werden die großen Konzerne auch vermutlich durch ihre Rechtsabteilung früher auf die Neuregelungen aufmerksam gemacht als die kleineren Einzelhändler oder Autohändler, die sich erst beim Auftreten eines »Problems« damit auseinandersetzen werden. Zu diesem Zeitpunkt können jedoch bereits mehrere Schadensfälle eingetreten sein.

Zwar können sich die Verkäufer unter Umständen beim Hersteller schadlos halten, was die Warenkauf-RL auch in Art. 18 grundsätzlich vorsieht, aber dies verursacht dennoch Mühen und Kosten für den Verkäufer, was unter Umständen zur Eindämmung des Verkaufsmarkts von Gebrauchtware mit digitalem Bezug/digitalen Elementen führen könnte.

3. Beweislast

Darüber hinaus sieht die Warenkauf-RL eine erhebliche Ausdehnung der Beweislastumkehr vor. So soll nach Art. 11 Abs. 1 bei Vertragswidrigkeiten, die sich innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren offenbaren, vermutet werden, dass sie bereits zu dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren bestanden haben, es sei denn, das Gegenteil wird bewiesen oder diese Vermutung ist mit der Art der Waren oder der Art der Vertragswidrigkeit unvereinbar. Diese Regelung soll auch für Waren mit digitalen Elementen gelten. Ferner sollen die Mitgliedsstaaten statt der Frist von einem Jahr nach Art. 11 Abs. 2 sogar eine Frist von zwei Jahren ab dem Zeitpunkt der Lieferung der Waren einführen können.

Letztendlich ist es damit möglich, dass die Vertragswidrigkeit in zeitlicher Hinsicht bis zu zwei Jahre zu Lasten des Verkäufers vermutet wird. Die Beweislastumkehr gilt mangels entsprechender Einschränkungen auch für gebrauchte Ware. Damit wird es im B2C-Bereich umso wichtiger, entsprechende – wirksame – Haftungsausschlussklauseln als Vertragsbestandteil aufzunehmen. Anderenfalls besteht dem Grunde nach eine Garantiehaftung von einem Jahr, ggffs. sogar zwei Jahren, sofern die Mitgliedsstaaten Letzteres regeln sollten. Dies verdeutlicht ebenso, dass präventive Rechtsberatung, wie bereits oben erwähnt, notwendig ist, um ausufernde wirtschaftliche Schäden zu verhindern.

IV. Geplante Änderungen im BGB

Zwecks Umsetzung in das nationale Recht sollen im Hinblick auf die Vertragsgemäßheit insbesondere § 434 BGB angepasst sowie mit §§ 475b, c BGB-E zwei neue Regelungen eingeführt werden.²⁰

Inhaltlich setzen die §§ 475b, c BGB-E unter Bezugnahme auf den neuen § 434 BGB-E die Regelungen der Art. 6 und 7 Warenkauf-RL um, wobei der deutsche Gesetzgeber in § 475b Abs. 1 BGB-E den Terminus »Unternehmer« anstatt »Verkäufer« verwendet. Somit ist auch klaggestellt, dass es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handeln muss.²¹ Dabei sind auch gebrauchte Ware bzw. Sachen mit digitalem Inhalt von

²⁰ RegE (s. Fn. 1), S. 3 ff.

²¹ RegE (s. Fn. 1), S. 30.

den neuen Regelungen umfasst, es sei denn, dass es sich nach § 474 Abs. 2 BGB-E um eine gebrauchte Sache handelt, die in einer öffentlich zugänglichen Versteigerung verkauft wird und der Verbraucher klar, umfassend und in leicht verfügbarer Form darüber informiert wurde, dass die Vorschriften nicht gelten.

Für »Smart Products«, wie z.B. Smartphones mit vorinstallierter Betriebssoftware, wird neben § 434 BGB-E insbesondere § 475b BGB-E relevant sein, der die Voraussetzungen für einen Sachmangel einer Sache mit digitalen Elementen regelt.²² Denn dieser gilt für den Kauf einer Sache mit digitalen Elementen, bei dem sich der Unternehmer verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt. Wie bereits erwähnt, findet diese Regelung auch dann Anwendung, wenn die Ware – bspw. eine intelligente Armbanduhr – ihre Funktionen nur mittels einer Anwendung erfüllen kann, die nach dem Kaufvertrag bereitgestellt wird, aber vom Verbraucher – bspw. auf einem Smartphone – installiert werden muss, da die Anwendung auf dem Smartphone dann das verbundene digitale Element zu der Uhr darstellt.²³ Somit dürften auch »Smart-TVs«, die bereits digitale »Apps« zur Nutzung durch den Verbraucher vorinstalliert haben, in den Anwendungsbereich fallen.

Ob § 475c BGB-E auf einen digitalen Inhalt des »Smart Products« anzuwenden ist, hängt davon ab, ob eine Vereinbarung über die dauerhafte Bereitstellung dieses digitalen Elements vorliegt, die in § 327b Abs. 5 BGB-E legaldefiniert wird.²⁴ Demnach wird unter einer »dauerhaften Bereitstellung« eine »fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum« verstanden.²⁵ Unter digitale Elemente, die dauerhaft bereitzustellen sind, können bspw. Verkehrsdaten in einem Navigationssystem, die Cloud-Anbindung bei einer Spielekonsole oder eine Smartphone-App zur Nutzung verschiedener Funktionen in Verbindung mit einer intelligenten Armbanduhr (Smartwatch) fallen.²⁶

Darüber plant der deutsche Gesetzgeber den bereits angesprochenen § 434 BGB-E in Umsetzung von Art. 5 Warenkauf-RL anzupassen. Danach ist die Kaufsache in Zukunft nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen, die jeweils in den neu gefassten Abs. 2, 3 und 4 näher bestimmt sind, entspricht.²⁷ Dementsprechend genügt die grundsätzliche Übereinstimmung der Ware mit den vertraglichen Vorgaben für sich genommen nicht mehr für deren Vertragsmäßigkeit, vielmehr muss darüber hinaus geprüft werden, ob auch die objektiven Kriterien, die gewöhnlicher Weise von einer solchen Ware zu erwarten sind, eingehalten werden.²⁸ Damit setzt die Mangelhaftigkeit nun eine zweistufige Prüfung voraus. Dessen ungeachtet ist davon

auszugehen, dass die bisherige Rechtsprechung und Literatur hinsichtlich der subjektiven Anforderungen nicht obsolet sein dürften, sodass auch die Problematik hinsichtlich der subjektiven Vertragswidrigkeit bei KI-basierten Produkten damit nicht abschließend geklärt worden ist.²⁹

Bemerkenswert ist, dass § 477 BGB-E von der in Art. 11 Abs. 2 Warenkauf-RL eingeräumten Möglichkeit Gebrauch macht, die Beweislastumkehr auf zwei Jahre auszuweiten. Damit werden Unternehmer noch weitergehend in die Pflicht genommen, da sie die vermutete Vertragswidrigkeit bis zu zwei Jahre widerlegen müssen.

V. Fazit

Die Umsetzung der weitgehend vollharmonisierenden Warenkauf-RL führt zu einer deutlichen Stärkung der Verbraucherrechte und nimmt die Problematik hinsichtlich der Mangelhaftigkeit von digitalen und aufgrund von Software intelligenten Verkaufsgütern in Angriff. Insbesondere wird die Bestimmung der Vertragswidrigkeit von so genannten »Smart Products«, die insbesondere mit intelligenter Software ausgestattet sind,³⁰ greifbarer. Gleichwohl muss berücksichtigt werden, dass die Voraussetzungen für die Vertragswidrigkeit von KI-basierten Produkten nicht vollumfänglich geklärt wurde, da eine Sache mit digitalen Elementen weiterhin den subjektiven Anforderungen des § 434 Abs. 2 BGB-E entsprechen muss, d.h. dass die Sache weiterhin die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen oder sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignen muss.³¹ Ferner setzt eine Vertragswidrigkeit zukünftig sowohl eine subjektive als auch eine objektive Vertragswidrigkeit voraus. Aus wirtschaftlicher Sicht ist kritisch zu beurteilen, dass die bisherige Beweislastumkehr von sechs Monaten auf zwei Jahre erweitert wurde. Damit besteht für Unternehmer ein erhöhtes Haftungsrisiko, wenn sie bis zu zwei Jahre nach Übergabe bzw. Auslieferung der verkauften Ware an einen Verbraucher dessen Vertragswidrigkeit widerlegen müssen. Beim gewerblichen Verkauf von gebrauchter Ware wird ein Haftungsausschluss in der Lieferkette daher unverzichtbar.

22 RegE (s. Fn. 1), S. 31.

23 RegE (s. Fn. 1), S. 31.

24 RegE (s. Fn. 1), S. 35.

25 RegE (s. Fn. 1), S. 35.

26 RegE (s. Fn. 1), S. 35.

27 RegE (s. Fn. 1), S. 21.

28 *Kupfer/Weiß* VuR 2020, 95, 97.

29 Siehe dazu: *Bleckat K&R 2020*, 807 ff.

30 Siehe dazu ausführlicher: *Bleckat K&R 2020*, 807 ff.

31 RegE (s. Fn. 1), S. 22; siehe zur Sachmangelgewährleistung bezüglich KI ausführlicher: *Bleckat K&R 2020*, 807 ff.

Digital Finance

Überblick

Die Tokenisierung von Eigentumsrechten im Fürstentum Liechtenstein

Rechtsanwalt Dr. Thomas Feldkircher/Rechtsanwältin Ursula Wegstein, Vaduz*

Kunstwerke, Oldtimer, Gemälde oder Gold weisen oftmals sehr hohe Stückkosten auf. Private Kleinanleger finden darum meist keinen Zugang zu diesen Anlageklassen. Dank des liechtensteinischen Blockchain-Gesetzes lassen sich klassische Eigentumsrechte an physisch unteilbaren Wertobjekten und an vertretbaren Sachen mittels Tokenisierung in x-beliebige Token-Einheiten digital teilbar und transferierbar machen. Im Hinblick auf deren Kommerzialisierung und Liquidität eröffnen sich auf diese Weise vielfältige neue Möglichkeiten. Erstmals geregelt werden auch die zivilrechtlichen Rahmenbedingungen.

I. Finanzstandort Liechtenstein

Für Unternehmen im Finanztechnologiebereich hat sich das Fürstentum Liechtenstein in den letzten Jahren als attraktiver Standort erwiesen: Den Zugang zum EWR-Raum, die regulatorischen Rahmenbedingungen sowie die viel zitierten »kurzen Wege« schätzen die ansässigen Unternehmen besonders.

Liechtenstein hat ausserdem früh das Potenzial und die Herausforderungen der Blockchain-Technologie erkannt und mit dem »Token- und VT-Dienstleister-Gesetz (TVTG)« – umgangssprachlich und folglich kurz »Blockchain-Gesetz« – das seit 01.01.2020 gilt, den weltweit ersten umfassenden Rechtsrahmen für die Anwendung der Blockchain-Technologie geschaffen.

Die Grundidee des Blockchain-Gesetzes ist es, Unternehmen aus dem etablierten Finanzbereich genauso wie Start-Ups zu motivieren, sich mit den neuen Möglichkeiten der Blockchain-Technologie auseinanderzusetzen. Durch die abschliessende Regelung sämtlicher Fragestellungen der Token-Ökonomie soll das Blockchain-Gesetz das Vertrauen in den digitalen Rechtsverkehr schützen, für Rechtssicherheit sorgen, neue Technologien fördern sowie die Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes stärken.¹

Bemerkenswert ist das liechtensteinische Blockchain-Gesetz insbesondere deshalb, weil es einen neuartigen, umfassenden Rechtsrahmen bietet, der u.a. auch die Tokenisierung von vertretbaren Sachen, wie z.B. Edelmetalle, sowie von Kunstwerken, Oldtimern und anderen hochpreisigen Sachwerten möglich macht. Vom Prinzip her eröffnet die Tokenisierung die Möglichkeit, physisch unteilbare Wertobjekte, die einen hohen Wert haben und darum nur eingeschränkt handelbar sind, durch Aufteilung auf x-beliebige Token-Einheiten digital handelbar und übertragbar zu machen. Dies ist in Liechtenstein insbesondere deshalb möglich, weil das Blockchain-Gesetz – neben dem aufsichtsrechtlichen Teil – zugleich umfassende zivilrechtliche Regelungen beinhaltet, insbesondere abschliessende zivilrechtliche Grundlagen in Bezug auf Token, die Repräsentation von Rechten mittels Token sowie deren Übertragung.²

II. Die Grundprinzipien des Blockchain-Gesetzes

1. Blockchain/Vertrauenswürdige Technologien

Der Begriff »Blockchain«³ wurde in Zusammenhang mit der Kryptowährung Bitcoin geprägt und steht für die Technologie, auf der diverse Kryptowährungen wie bspw. Bitcoin, Ether, Dash, oder Litecoin basieren. Stark vereinfacht beschreibt Blockchain eine Kette von Blöcken, welche Transaktionsdaten enthalten. Dabei werden die Blöcke chronologisch nacheinander gereiht und mittels Prüfsumme des vorhergehenden Blockes verkettet.⁴ Damit eine Manipulation durch eine Minderheit möglichst ausgeschlossen wird, entsteht aus diesen Transaktionsdaten ein Hauptbuch, das von einer möglichst grossen Anzahl von Nutzern auf ihren jeweiligen Rechnern dezentral gespeichert wird (sog. verteiltes Hauptbuch, engl. Distributed Ledger).⁵ Diese Technologie wird entsprechend als Distributed Ledger Technologies (DLT) bezeichnet.

Um der Innovationsgeschwindigkeit dieser Technologie gerecht zu werden und ein möglichst breites Spektrum an zukünftigen Anwendungsfällen der Token-Ökonomie abzudecken, verwendet das Blockchain-Gesetz anstelle des Begriffs »Blockchain« technologie-neutral und abstrakt den Begriff »vertrauenswürdige Technologien«. Dass die Vertrauenswürdigkeit durch die Technologie selbst und nicht durch einen Intermediär entsteht, ist ein weiterer wesentlicher Grundgedanke des Blockchain-Gesetzes. Als »vertrauenswürdige Technologien« (»VT«) umschreibt das Blockchain-Gesetz Technologien, durch welche die Integrität von Token, die ein-

* Dr. Thomas Feldkircher ist Partner der NÄGELE Rechtsanwälte GmbH Vaduz, Dr. iur. can., Mag. iur., Mag. theol., mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht sowie Bank- und Finanzmarktrecht, M&A, Private Equity/Private Debt, Asset Based Financings, Finanzmarktregulierung, Kollektiv-anlagerecht und Kapitalmarkttransaktionen. Ursula Wegstein ist Rechtsanwältin mit Zulassung in Deutschland und Liechtenstein mit Schwerpunkt Kapitalmarktrecht, Aufsichtsrecht und Fragestellungen i.R.d. Erstellung von Wertpapierprospekten sowie deren Notifikation innerhalb des EWR.

1 Art. 1 Abs. 2 TVTG.

2 Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) TVTG.

3 Den Begriff »Blockchain« findet man im Bitcoin Whitepaper von 2008 nicht, dafür erklärt es die Funktionsweise des Systems als chain of blocks: Vgl. Nakamoto (Pseudonym), Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (Nakamoto 2008), <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [23.04.2021].

4 Langer/Nägele IWB 2018, 1.

5 Regierung des Fürstentums Liechtenstein, Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze (BuA 54/2019), 55.

6 BuA 54/2019, 55.

deutige Zuordnung von Token zu VT-Identifikatoren⁷ sowie die Verfügung über Token sichergestellt wird. Das betrifft also Technologien, die zuordenbare und übertragbare Informationen ermöglichen, ohne dass ein Betreiber existiert.

2. Der Token-Begriff

Aus technischer Sicht unterscheidet man bei den auf einer Blockchain gespeicherten digitalen Informationseinheiten zwischen Token und Coins.⁸ Coins⁹ sind die unmittelbaren Wertträger, die in der jeweiligen Blockchain von Anfang an vorgesehen sind. Um Coins zu verwenden, bedarf es keiner zusätzlichen Gestaltung oder Programmierung der Blockchain.¹⁰ Im Gegensatz dazu handelt es sich bei Token um Einheiten, die auf einer bereits vorhandenen Blockchain oder einem bestehenden Protokoll aufbauen.¹¹ Ein Token kann relativ einfach und in beliebiger Anzahl mittels eines Smart Contracts¹² erzeugt, verwaltet und über die zugrunde liegende Blockchain übertragen werden. Dabei kann die Person, welche den Token erzeugt, dessen Ausgestaltung jeweils festlegen.

Innerhalb Europas besteht keine einheitliche zivilrechtliche Definition von Token. Im Fürstentum Liechtenstein gilt ein Token nicht als Sache im sachenrechtlichen Sinn, sondern ist im technischen Sinn nicht mehr als eine Eintragung in einem Register,¹³ also eine reine Information. Mit dem Blockchain-Gesetz hat Liechtenstein nun als eines der ersten Länder eine Legaldefinition eingeführt:

Ein Token¹⁴ ist »eine Information¹⁵ auf einem VT-System,¹⁶ die Forderungs- oder Mitgliedschaftsrechte gegenüber einer Person, Rechte an Sachen oder andere absolute oder relative Rechte repräsentieren kann und einem oder mehreren VT-Identifikatoren¹⁷ zugeordnet wird«.

Unter einem VT-Identifikator im Sinne des Blockchain-Gesetzes wird ein charakteristisches Merkmal, eine Zeichenfolge (bspw. 12c6DSiU4Rq3P4ZxziKxziL5LmMBrzjrJX), Zeichen oder die Gesamtheit charakteristischer Merkmale bzw. Zeichen oder eine andere technische Möglichkeit zur eindeutigen Identifizierung verstanden. Er dient der eindeutigen Zuordnung von Token auf einem VT-System.¹⁸ Dies ist in der Regel ein öffentlicher Schlüssel, zu dem es einen entsprechenden privaten Schlüssel gibt.

3. Das Token-Container-Modell

Die liechtensteinische Rechtsordnung anerkennt damit Token als eigenständiges Vermögensobjekt sui generis.¹⁹ Eine Klassifizierung unterschiedlicher Token-Arten ist im Blockchain-Gesetz bewusst unterblieben. Vielmehr basiert das Blockchain-Gesetz auf dem sogenannten »Token-Container-Modell« – das heisst, dass ein Token nicht das Recht selbst darstellt, sondern als eine Art Container dient, welcher alle möglichen Rechte gegenüber Dritten oder auch in Bezug auf Sachen repräsentieren kann. Token bilden diese Rechte digital auf der Blockchain ab.

Hinsichtlich der Rechte, die repräsentiert werden können, soll der Container keinen Einschränkungen unterliegen. Im Einzelfall bedeutet das, dass der Container Rechte in Bezug auf z.B. eine Körperschaft oder auch Rechte bezogen auf ein Wirtschaftsgut, wie z.B. ein Kunstwerk, oder eine festgesetzte Menge einer vertretbaren Sache, wie z.B. jeweils ein Gramm Gold, enthalten kann. Die daraus folgenden rechtlichen Kon-

sequenzen hängen jeweils von der Art des durch den Token repräsentierten Rechtes ab.

Tritt also z.B. der Eigentümer eines Gemäldes an einen Token-Erzeuger mit dem Auftrag heran, das Eigentum an diesem Gemälde zu tokenisieren, veröffentlicht der Token-Erzeuger Token in beliebiger, vom Eigentümer festlegbarer Anzahl auf der Blockchain, die das (Mit-)Eigentumsrecht an dem Gemälde repräsentieren. Der jeweilige Inhalt eines Token besteht in diesem Beispiel also aus einem vorher festgelegten Bruchteil des Eigentums an dem Gemälde.

III. Die Tokenisierung von Eigentumsrechten

1. Zivilrechtliche Grundlagen

Der zivilrechtliche Rahmen in Bezug auf Token, die Repräsentation von Rechten anhand von Token sowie die Verfügung über Token ist in den Art. 3 bis 10 TVTG abschliessend geregelt. Diese Regelungen sind insbesondere erforderlich, um eine Verknüpfung zwischen dem Blockchain-System und der realen, analogen Welt bestehend aus Rechten und Sachen herzustellen. Die Rechtsbeziehungen der analogen Welt richten sich nach den Vorschriften des ABGB²⁰ und des Sachenrechts. Aus rechtsdogmatischer Perspektive hat der liechtensteinische Gesetzgeber insoweit das Sachenrecht entsprechend auf die Funktionalität von Token in das Blockchain-Gesetz übertragen.

Das Blockchain-Gesetz sieht insbesondere abschliessende Regelungen der zivilrechtlichen Grundlagen in Bezug auf die Repräsentation von Rechten mittels Token sowie deren Übertragung vor: So hat gemäss Art. 5 Abs. 1 TVTG der Inhaber des VT-Schlüssels²¹ die Verfügungsgewalt über den Token. In diesem Zusammenhang ist mit der Bezeichnung »VT-Schlüssel« der sog. »Private Schlüssel« gemeint. Art. 5 Abs. 2 Satz 1 TVTG stellt in der Folge die gesetzliche Vermutung auf, dass derjenige, der die Verfügungsgewalt hat, auch Verfügungsberechtigter über den Token ist.²²

7 Art. 2 Abs. 1 Buchst. d) TVTG: Ein Identifikator, der die eindeutige Zuordnung von Token ermöglicht.

8 Marek, Blockchain rules, 2019, Rn. 9.5.

9 Bekannteste Beispiele sind Bitcoin und Ether.

10 Völkel, Blockchain rules, 2019, Rn. 1.22.

11 Wild, Zivilrecht und Token-Ökonomie in Liechtenstein, 2020, S. 29.

12 Der Begriff »Smart Contracts« bezeichnet Computerprogramme bzw. einen Programmcode auf DLT-Systemen. Diese legen technisch über ihre Programmierung fest, welche Bedingungen für die Ausführung von Folgeaktivitäten erfüllt sein müssen und bewirken eine automatisierte Abfolge von Rechenschritten, die in einem dezentralen Netzwerk unveränderlich gespeichert werden. Smart Contracts funktionieren im Allgemeinen nach dem Prinzip: Wenn Bedingung A erfüllt ist, wird Operation B automatisch ausgeführt.

13 Layr/Marxer LJZ 2019, 633, 634.

14 Art. 2 Abs. 1 Buchst. c) TVTG.

15 BuA 54/2019, 62.

16 Nach Art. 2 Abs. 1 Buchst. b) ist ein VT-System ein Transaktionssystem, welches die sichere Übertragung und Aufbewahrung von Token sowie darauf aufbauende Dienstleistungserbringung mittels vertrauenswürdiger Technologien ermöglicht.

17 Art. 2 Abs. 1 Buchst. d) TVTG.

18 BuA 54/2019, 146.

19 Deubner/Jahromi MMR 2020, 576, 578.

20 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch v. 01.06.1811.

21 Nach der Definition von Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) TVTG ist dies ein Schlüssel, der die Verfügung über Token ermöglicht.

22 Art. 5 Abs. 2 TVTG; BuA 54/2019, 184.

In Art. 6 TVTG findet sich ein gesetzlicher Übertragungstatbestand: Art. 6 Abs. 1 TVTG definiert zwei mögliche Fälle, die als Verfügung gelten, einerseits die Übertragung der Verfügungsberechtigung am Token und andererseits die Begründung einer Sicherheit oder eines Nutzniessungsrechts²³ an einem Token.

Eine Verfügung über den Token ist von drei Voraussetzungen abhängig,²⁴ die sämtlich vorliegen müssen: Die Übertragung muss nach den Regeln des VT-Systems abgeschlossen sein, Übertragender und Übernehmender müssen sich über die Übertragung der Verfügungsberechtigung geeinigt haben und der Übertragende muss verfügungsberechtigt sein.

2. Weitere Voraussetzungen für die Tokenisierung von Eigentumsrechten

Die Verfügung über den Token bewirkt allerdings gemäss Art. 7 Abs. 2 TVTG nur dann zugleich die Verfügung über das durch den Token repräsentierte Recht, wenn sich diese Rechtsfolge aus den Gesetzen bezüglich des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes ergibt. Ein Gleichlauf zwischen analoger und digitaler Welt findet also nur statt, sofern das zugrunde liegende Zivilrecht diese Rechtsfolge tatsächlich auch vorsieht. Auch wenn das Blockchain-Gesetz nicht ausführt, welche Zivilrechtsordnung die Koordination *ex lege* vorsieht, so dürfte aufgrund von § 81a der Schlussabteilung des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechtes und dort zu findenden Verweisstelle auf das Blockchain-Gesetz klar werden, dass die gesetzliche Koordination nur für Wertrechte und damit wertpapierfähige Rechte gilt. Konkurrierende Verfügungen zwischen Token und repräsentiertem Recht sind ausdrücklich ausgeschlossen.²⁵

Stattdessen verpflichtet das Blockchain-Gesetz die über den Token verpflichtete Person, wenn das zugrunde liegende Zivilrecht die Koordination gesetzlich nicht anordnet, da es sich um kein wertpapierfähiges Recht handelt, durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass die Verfügung über den Token auch die Verfügung über das repräsentierte Recht bewirkt. Bei Rechten *i.S.d.* Sachenrechtes wird deshalb die Koordination von der verpflichteten Person sicherzustellen sein. Auf Basis dieses 2-Ebenen-Modells führt eine Handlung in der digitalen Welt (Verfügung über Token) zu Verpflichtungen in der analogen Welt (Verpflichtungen zur Sicherstellung geeigneter Massnahmen).²⁶ Eine Koordination *ex lege* kann es daher z.B. nicht geben, wenn Token Rechte an beweglichen oder unbeweglichen Sachen repräsentieren, da diese grundsätzlich zu übergeben sind oder eine Besitzanweisung erfordern bzw. die Änderung der Eigentumsverhältnisse im Grundbuch einzutragen ist.

Im Hinblick auf die Geeignetheit der Massnahme verzahnt sich das Blockchain-Gesetz mit dem allgemeinen Zivilrecht, aus dem sich die Eignung ergibt.²⁷ Welche Massnahmen im Einzelfall geeignet sind, hängt davon ab, welches analoge Recht mittels eines Tokens abgebildet werden soll und welchen Rechtsvorschriften dieses untersteht. Grundsätzlich kommen organisatorische, strukturelle und rechtliche Massnahmen in Betracht.²⁸

Als organisatorische Massnahme steht die Immobilisierung des analogen Rechts im Vordergrund, z.B. durch Hinterlegung der Sache bei einer Verwahrungsstelle (gegebenenfalls dem physischen Validator)²⁹ oder der Übertragung des

Eigentums auf einen Treuhänder.³⁰ Diese Intermediäre sind erforderlich, um eine aufsichtsrechtliche Verbindung der klassischen, analogen Welt mit der digitalen, blockchainbasierten Welt herzustellen. Diese Intermediäre sind dann durch Vertrag und/oder Gesetz verpflichtet, ausschliesslich jene Person als Rechtsbesitzer oder Eigentümer anzuerkennen, die nach den Regeln des VT-Systems Verfügungsberechtigte des entsprechenden Tokens sind.

3. Die Rolle des physischen Validators

Voraussetzung für die Tokenisierung von Rechten an Sachen und deren öffentliches Angebot ist gemäss Art. 2 Abs. 1 Buchst. p) TVTG ein sogenannter physischer Validator. Dieser hat ein Registrierungsverfahren bei der Finanzmarktaufsicht Liechtenstein (FMA) zu durchlaufen, unterliegt Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Bekämpfung von Terrorismus, Geldwäscherei und organisierter Kriminalität und untersteht insoweit der Aufsicht der FMA.

Art. 2 Abs. 1 Buchst. p) TVTG definiert den »physischen Validator« und versteht darunter einen Dienstleister, der die Verbindung zwischen dem Token und dem Recht an einer Sache, welches im Token repräsentiert wird, herstellt und die vertragsgemässe Durchsetzung der im Token repräsentierten Rechte gewährleistet.³¹ Physische Validatoren haben insbesondere dafür zu sorgen, dass der Auftraggeber der Token-Erzeugung rechtmässiger Inhaber an den zu tokenisierenden Rechten an Sachen ist und über diese auch verfügen kann sowie dass der jeweilige Inhaber des Tokens tatsächlich die im Token repräsentierten Rechte geltend machen kann.³²

So obliegt dem physischen Validator die Identifikation des Auftraggebers und des zu tokenisierenden Wertgegenstandes sowie die Überprüfung der Rechtsbeziehung des Auftraggebers im Hinblick auf die Sache selbst und die Feststellung, ob die Sache frei von Rechten, wie bspw. Pfandrechten, ist. Im Falle einer Lagerung an einem bestimmten Ort wäre der physische Validator allenfalls zudem verpflichtet, einen Vertrag mit dem Unternehmen des Lagerhauses abzuschließen, um dessen Pflichten in Bezug auf die Lagerung zu definieren.³³

Dem physischen Validator ist nach dem Blockchain-Gesetz die Verpflichtung auferlegt,³⁴ geeignete, interne Kontrollmechanismen sicherzustellen. Insbesondere haftet der physische Validator für den Fall, dass die von ihm gewährleisteten Rechte an Sachen nicht vertragsgemäss durchgesetzt werden können. Im Einzelnen hat er die schadenersatzrechtliche Haftung für den Fall zu tragen, dass der Verfügungsberechtigte über den Token *i.S.v.* Art. 5 TVTG seine Ansprüche zur

23 Gem. Art. 216 SR ist die Nutzniessung ein beschränkt dingliches Recht, das an beweglichen Sachen, an Grundstücken, an Rechten oder an einem Vermögen bestellt werden kann.

24 Art. 6 Abs. 2 Buchst. a)–c) TVTG.

25 Art. 7 Abs. 2 Buchst. b) TVTG.

26 Wild (s. Fn. 11), S. 64; BuA 54/2019, 171.

27 Wild (s. Fn. 11), S. 64.

28 BuA 54/2019, 171.

29 Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. p) TVTG.

30 BuA 54/2019, 171.

31 BuA 54/2019, 155.

32 FMA-Wegleitung 2020/1 – Registrierung als Dienstleister nach TVTG, S. 3.

33 Wild (s. Fn. 11), S. 45.

34 Art. 17 Abs. 1 Buchst. e) TVTG.

Erlangung der verbrieften Sache aufgrund eines Verhaltens des physischen Validators nicht erfolgreich geltend machen kann.³⁵ Geht also der Gegenstand unter oder kann der physische Validator aus sonstigen Gründen das Eigentum an der Sache nicht übertragen, so hat er den Inhaber des Tokens monetär zu entschädigen.³⁶

Wird Eigentum an einer Sache tokenisiert und öffentlich angeboten, kann dies bspw. durch Verwahrung dieser Sache sichergestellt werden. Gedacht ist also daran, dass ein Kunde an einen Token-Erzeuger herantritt mit dem Auftrag, Rechte an einem Vermögensgegenstand (bspw. Gold), welchen er im Eigentum hält, zu tokenisieren, indem über dieses Recht an der Sache Token öffentlich angeboten werden. Der physische Validator stellt dabei eine Verbindung zwischen dem Token und dem darin repräsentierten Recht an einer Sache sicher, indem er z.B. das Gold in Verwahrung nimmt und dem Inhaber der Verfügungsberechtigung über die Token seine Rechtausübung ermöglicht, bspw. das Eigentumsrecht durch Herausgabe.³⁷

Auf diese Weise lassen sich Eigentumsrechte an wertvollen und typischerweise nicht fungiblen Sachen, wie z.B. Gemälde, Kunstwerke, Oldtimer oder vertretbare Sachen wie z.B. Gold tokenisieren. Soll also z.B. Eigentum an einem wertvollen Gemälde tokenisiert werden, hat der physische Validator zu prüfen, dass dieses Gemälde existiert und die Eigentümerschaft zu bestätigen. Auch die Lagerung/Verwahrung (z.B. in einem Banktresor) sind klar definiert. Neben erhöhter Rechtssicherheit besteht eine schadenersatzrechtliche Haftung des physischen Validators im Schadensfall.

In der beschriebenen Art und Weise können Token, die vertretbare Sachen oder einen (Mit-)Eigentumsanteil an einer Sache repräsentieren, ebenso weiterübertragen werden.

IV. Fazit

1. Nur ein gesetzlicher Rechtsrahmen schafft Rechtssicherheit und damit die Grundvoraussetzung für die Realisierung des Potentials der Blockchain-Technologie, denn ohne Anerkennung der Token durch die Privatrechtsordnung sind diese lediglich digitale, rechtlich bedeutungslose Informationen. Hinsichtlich der Tokenisierung von Eigentumsrechten existiert keine EU-weite Regelung. Im Fürstentum Liechtenstein besteht aufgrund des Blockchain-Gesetzes ein rechtlicher Rahmen für Token i.S. einer Repräsentation eines beliebigen Rechtes auf einer Blockchain. Liechtenstein ist eine Jurisdiktion, in welcher tokenisierte Rechte juristisch durchsetzbar sind.

2. Die liechtensteinische Rechtsordnung anerkennt Token als eigenständige Vermögensobjekte. Gemäss dem Token-Container-Modell stellt ein Token nicht das Recht selbst dar, sondern dient als eine Art Container, welcher alle möglichen Rechte repräsentieren kann. Die rechtlichen Konsequenzen hängen jeweils von der Art des durch den Token repräsentierten Rechtes ab.
3. Aufgrund der umfassenden zivilrechtlichen Regelungen des Blockchain-Gesetzes ist es in Liechtenstein möglich, Eigentumsrechte an Sachen zu tokenisieren und zu übertragen. Besonders im Hinblick auf Sachwerte eröffnet die Tokenisierung zahlreiche neue Möglichkeiten. Physische Wertobjekte können mittels Tokenisierung in beliebig viele, einzelne Token geteilt werden, so dass z.B. auch Kleinanlegern eine Investition in ein Wertobjekt möglich wird. Aufgrund der Teilbarkeit erhöht sich die Handelbarkeit und Liquidität eines Wertobjektes.
4. Konkurrierende Verfügungen zwischen Token und repräsentiertem Recht sind ausdrücklich ausgeschlossen: Die Verfügung über den Token bewirkt gemäss Art. 7 Abs. 2 TVTG nur dann zugleich die Verfügung über das durch den Token repräsentierte Recht, wenn sich diese Rechtsfolge aus den Gesetzen bezüglich des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes ergibt (2-Ebenen-Modell). Art. 7 Abs. 2 TVTG verlangt von der verpflichteten Person die Ergreifung geeigneter Maßnahmen, um den Gleichlauf der analogen Welt mit deren digitalem Abbild sicherzustellen, sofern es sich bei dem repräsentierten Recht um kein wertpapierfähiges Recht handelt.
5. Die Tokenisierung von Rechten an Sachen und deren öffentliches Angebot erfordert in Liechtenstein einen sog. physischen Validator. Darunter versteht das Blockchain-Gesetz einen Dienstleister, der die Verbindung zwischen dem Token und dem Recht an einer Sache, welches im Token repräsentiert wird, herstellt und die vertragsgemässe Durchsetzung der im Token repräsentierten Rechte gewährleistet. Der physische Validator stellt eine aufsichtsrechtliche Verbindung der klassischen, analogen Welt mit der digitalen, blockchainbasierten Welt her und stärkt die Vertrauenswürdigkeit in die Blockchain-Technologie. Er hat ein Registrierungsverfahren zu durchlaufen, unterliegt dem Sorgfaltspflicht-Gesetz und einer Haftung im Schadensfall.

35 BuA 54/2019, 235.

36 FMA-Wegleitung 2020/1 – Registrierung als Dienstleister nach TVTG, S. 3.

37 BuA 54/2019, 155.

Überblick

Der Sekundärmarkt für Security Token aus EU-Sicht

Rechtsanwalt Thomas Nägele, Vaduz*

Der Sekundärmarkt für Security Token ist aktuell im Entstehungsprozess. Eine grosse Rolle spielt dabei das Aufsichtsrecht. Beim Handel, der Abrechnung und Abwicklung von Security Token durch den Einsatz von DLT-Systemen stellen sich aus aufsichtsrechtlicher Perspektive zahlreiche neue Fragen.

I. Einleitung

In den letzten Jahren haben sich sog. Security Token Offerings (STO) zunehmend als beliebte Methode der Kapitalbeschaffung erwiesen: Im Rahmen eines STO bieten Unternehmen interessierten Anlegern selbst erzeugte, digitale Token auf Blockchain-Systemen an, die mit bestimmten Rechten, z.B. einer Beteiligung am Unternehmensgewinn, verknüpft sind. Insoweit hat sich gezeigt, dass die der Tokenisierung zugrunde liegenden Distributed Ledger Technologien¹ (DLT) gut für den Primärmarkt geeignet sind.

Allerdings hängt die Attraktivität von Security Token² letztlich davon ab, ob diese auf einem funktionierenden Sekundärmarkt gegen herkömmliche oder virtuelle Währungen getauscht werden können. Da Security Token als Wertpapiere, und damit als Finanzinstrumente gemäss Anhang I, Abschnitt C MIFID-II³ gelten, unterliegen sie entsprechend dem EU-weit harmonisierten Aufsichtsrecht denselben Regeln wie klassische Finanzinstrumente.⁴

Der regulatorische Rahmen rund um Wertpapieremission und Wertpapierhandel wurde allerdings lange vor der Entwicklung der DLT-Systeme für den traditionellen Finanzmarkt geschaffen. Für Security Token-Dienstleister sind diese Hürden meist zu hoch und mit Blick auf ihr Geschäftsmodell auch nicht angemessen. Eine positive Entwicklung der Security Token-Branche wäre jedoch sowohl im Sinne der Wirtschaft als auch der Anleger. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet daher sowohl den bestehenden Spielraum als auch möglichen Reformbedarf.

II. Technologische und aufsichtsrechtliche Grundlagen

1. Blockchain/Distributed Ledger Technologies

Der Begriff »Blockchain«⁵ wurde in Zusammenhang mit der Kryptowährung Bitcoin geprägt und steht für die Technologie, auf der diverse Kryptowährungen wie bspw. Bitcoin, Ether, Dash oder Litecoin basieren. Stark vereinfacht beschreibt Blockchain eine Kette von Blöcken, welche Transaktionsdaten enthalten. Dabei werden die Blöcke chronologisch nacheinander gereiht und mittels Prüfsumme des vorhergehenden Blockes verkettet.⁶ Damit eine Manipulation durch eine Minderheit möglichst ausgeschlossen wird, entsteht aus diesen Transaktionsdaten ein Hauptbuch, das von einer möglichst grossen Anzahl von Nutzern auf ihren jeweiligen Rechnern dezentral gespeichert wird (sog. verteiltes Hauptbuch, engl. Distributed Ledger). Die entsprechende Technologie wird als Distributed Ledger Technologies (DLT) bezeichnet. Die meistgenutzten⁷ Blockchains sind

die Bitcoin-⁸ und Ethereum-⁹ (ETH – Ether/Ethereum) Blockchain.

2. Token

Aus technischer Sicht unterscheidet man bei den auf einer Blockchain gespeicherten digitalen Informationseinheiten zwischen Token und Coins.¹⁰ Coins¹¹ sind dem Protokoll einer Blockchain inhärent.¹² Ein Token liegt einem Blockchain-Protokoll nicht unmittelbar zugrunde, sondern kann relativ einfach und in beliebiger Anzahl mittels eines Smart Contracts erzeugt, verwaltet und über die zugrunde liegende Blockchain übertragen werden. Dabei kann die Person, die den Token erzeugt, dessen Ausgestaltung jeweils festlegen. Token können unterschiedlichste Funktionen haben.¹³

3. Smart Contract

Der Begriff »Smart Contracts« bezeichnet Computerprogramme bzw. einen Programmcode auf DLT-Systemen. Diese legen technisch über ihre Programmierung fest, welche Bedingungen für die Ausführung von Folgeaktivitäten erfüllt sein müssen und bewirken eine automatisierte Abfolge von Rechenschritten, die in einem dezentralen Netzwerk unveränderlich gespeichert werden.¹⁴ Smart Contracts funktionieren im Allgemeinen nach dem Prinzip: Wenn Bedingung A erfüllt ist, wird Operation B automatisch ausgeführt.¹⁵

* Thomas Nägele, Mag. iur., LL.M., ist geschäftsführender Partner der NÄGELE Rechtsanwälte GmbH, Lehrbeauftragter der Universität Liechtenstein, Präsident der CRYPTO COUNTRY ASSOCIATION (CCA) e.V., Liechtenstein.

1 Distributed Ledger Technologies ist der Überbegriff für Technologien, welche verteilte Hauptbücher einsetzen. Das Hauptbuch (oder sonstige Informationen) werden dabei von einer Vielzahl von Parteien gehostet und die Daten abgeglichen, wobei Änderungen an den Daten aufgrund des verwendeten Konsensus Mechanismus bestätigt werden müssen; vgl. *Lin* JBLP 2019, 58 Fn. 6.

2 Bezogen auf die Sichtweise des Fürstentums Liechtenstein.

3 RL 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.05.2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU Text von Bedeutung für den EWR, ABl. EG 2014/173, 349.

4 Daher sind z.B. bei öffentlichen Angeboten von solchen Token insb. die Prospektvorschriften zu prüfen. Vgl. schon *Langer/Nägele* IWB 2018, 1, 4.

5 Den Begriff »Blockchain« findet man im Bitcoin Whitepaper von 2008 nicht, dafür erklärt es die Funktionsweise des Systems als chain of blocks: Vgl. *Nakamoto* (Pseudonym), Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (Nakamoto 2008), <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> [21.04.2021].

6 *Langer/Nägele* IWB 2018, 1.

7 Gemessen am Handelsvolumen; 24 Hour Volume Rankings (Currency) (coinmarketcap 24h volume), <https://coinmarketcap.com/currencies/volume/24-hour/> [14.04.2020].

8 Vgl. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2020, <https://bitcoin.org/en/bitcoin-paper> [02.04.2020].

9 Vgl. Ethereum is a global, open-source platform for decentralized applications (ethereum.org), <https://ethereum.org/> [14.04.2020].

10 *Marek*, Blockchain rules, 2019, Rn. 9.5.

11 Bekannteste Beispiele sind bitcoin und ether.

12 *Marek*, Blockchain rules, 2019, Rn. 9.6.

13 *Nägele*, Sekundärmarkt für Security Token, 2020, S. 8.

14 *Priskal/Völkl*, Blockchain rules, 2019, Rn. 5.1.

15 *Priskal/Völkl*, Blockchain rules, 2019, Rn. 5.1.

4. Security Token

Aufsichtsrechtlich betrachtet, dienen Token als eine Art Container, die in der digitalen (Blockchain-)Welt eine Vielzahl an bestehenden Rechten repräsentieren können. In der aufsichtsrechtlichen Praxis hat sich – wie im Markt – eine Reihe von Token-Kategorien herausgebildet. Eine dieser Kategorien bezeichnet Wertpapier(ähnliche) Token (auch »Equity Token«, »Security Token«, »Investment Token« oder »Asset Token«):¹⁶ Inhabern solcher Token stehen mitgliedschaftliche Rechte oder schuldrechtliche Ansprüche vermögenswerten Inhalts zu, die denen eines Aktieninhabers oder Inhabers eines Schuldtitels vergleichbar sind. Als Beispiel können Ansprüche auf dividendenähnliche Zahlungen, Mitbestimmung, Rückzahlungsansprüche oder Verzinsung dienen. Security Token stellen damit grundsätzlich Wertpapiere i.S.d. ProspektVO dar.

III. Die 3 Phasen des Sekundärmarktes

Sekundärmärkte sind alle börslichen und ausserbörslichen Märkte, die der Zirkulation von bereits emittierten Wertpapieren durch wiederholte Kauf- und Verkaufsvorgänge dienen. Die relevantesten Märkte sind nach wie vor die Börsen.¹⁷ Sie erfüllen wichtige volkswirtschaftliche Funktionen, indem sie Liquidität bereitstellen, der Kapitalbeschaffung dienen, die gehandelten Titel bewerten und als Konjunktur- und Branchenbarometer dienen.¹⁸ Üblicherweise läuft die Transaktion von Finanzinstrumenten über zentral organisierte Märkte, insbesondere Börsen, in drei Phasen ab:

- Phase 1: Abschluss des Geschäfts (Handel oder engl. »trading«)
- Phase 2: Abrechnung des Geschäfts (engl. »clearing«)
- Phase 3: Abwicklung (Belieferung) des Geschäfts (engl. »settlement«).¹⁹

Zwischen Abschluss und Abwicklung vergehen bei Wertpapieren in der Regel drei Tage. Abrechnung und Belieferung werden zusammen auch als Nachhandels- (engl. post-trade-) Phase bezeichnet. Sie umfasst alle Aktivitäten zur Übertragung der Rechte aus der abgeschlossenen Transaktion.²⁰ Wertpapiere werden zur Eigentumsübertragung nicht mehr physisch übergeben, sondern durch elektronische Kontobuchungen vollzogen.²¹

1. Ablauf einer (klassischen) Wertpapiertransaktion

Der Kunde A gibt seiner Bank A (Depotbank) den Auftrag, ein Wertpapier zu erwerben. Die Bank A leitet als Kommissionär den Auftrag im eigenen Namen an eine Börse weiter. Die auf dem Handelsplatz erfolgreich abgeschlossene Transaktion wird abgerechnet (gecleared) und dem Zentralverwahrer gemeldet. Da der Verkäufer sein Depot bei Bank B hat und das gegenständliche Wertpapier somit aus Sicht des Zentralverwahrers den Besitzer wechselt, bucht der Zentralverwahrer das Wertpapier im Kontenbuchungssystem vom Konto der Bank B auf das Konto der Bank A. Bank A erteilt dem Käufer eine seinem Wertpapierbestand entsprechende Depotgutschrift, Bank B dem Verkäufer eine Depotbelastung. Sofern Käufer und Verkäufer Kunden bei der gleichen (Depot-)Bank sind, kann die Bank die Wertpapiertransaktion ohne Einschaltung des Zentralverwahrers durchführen.²²

Für die Phase 1, den Handel, weisen DLT-Systeme – im Vergleich zu den klassischen Systemen – keine wesentlichen Vorteile auf.

2. Die Clearing-Phase mittels zentraler Gegenparteien

Unter Clearing versteht Art. 2 Nr. 3 EMIR den Prozess der Erstellung von Positionen, darunter die Berechnung von Nettoverbindlichkeiten und die Gewährleistung, dass zur Absicherung des aus diesen Positionen erwachsenden Risikos Finanzinstrumente, Bargeld oder beides zur Verfügung stehen.²³ Das Clearing umfasst alle notwendigen technischen Prozesse zur Abrechnung: die Übermittlung und Abgleichung von Geschäftsdaten, die Verrechnung von gegenläufigen Lieferverpflichtungen und Lieferberechtigungen und die Ermittlung von Besicherungspflichten.

Um das Gegenparteirisiko (insb. das Insolvenzrisiko) zu minimieren, übernehmen im Wertpapierhandel oft zentrale Gegenparteien den Clearing-Prozess (Phase 2).²⁴ Durch die Zwischenschaltung einer zentralen Gegenpartei erfolgt ausserdem eine Anonymisierung der Handelsteilnehmer, da nur sie die Vertragspartner der Transaktion kennt.²⁵ Für die automatischen Berechnungen in der Clearing-Phase eignen sich DLT-Systeme bestens. DLT-Systeme könnten die Abrechnungsfunktion von Clearingstellen vollständig übernehmen, so dass diese im Ergebnis entbehrlich wären.

Die Funktionen der Clearingstelle könnten beim Einsatz von DLT-Systemen sogenannte Smart Contracts übernehmen und so zwischengeschaltete Vertrauenspersonen, die bislang einzelne Erfüllungshandlungen überprüft haben, ersetzen. Abrechnung und Abwicklung könnten über DLT-Systeme in wenigen Sekunden bis Minuten erfolgen. Das Gegenparteirisiko kann mittels Smart Contract mitigiert werden, indem die Parteien vor dem Handel ausreichende Sicherheiten in den Smart Contract bzw. auf die Blockchain übertragen müssten.²⁶ Der Smart Contract selbst wird – mangels Rechtspersönlichkeit – nicht Rechtsinhaber.

3. Die Abwicklungsphase der Transaktion

Eine grosse Rolle für den Sekundärmarkt von Security Token spielt Phase 3, die Abwicklung (Settlement). Dabei werden die in Phase 1 geschlossenen und in Phase 2 abgerechneten Geschäfte erfüllt. Die tatsächliche Belieferung²⁷ der Geschäfte

16 BaFin-Merkblatt »Zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token«, 6. GZ: WA 51-Wp 7100–2019/0011 und IF 1-AZB 1505–2019/0003.

17 *Buck-Heeb*, Kapitalmarktrecht, 2019, Rn. 74.

18 *G. Leser/G. Leser/Habsburg-Lothringen*, Finanzinstrumente – Aktien, Anleihen, Rohstoffe, Fonds und Derivate im Überblick. inkl. virtuelle Währungssysteme (Blockchain, ICO, Bitcoin, Ethereum und andere Kryptowährungen), 2019, S. 7.

19 *Schwark/Zimmer/Kumpan*, Kapitalmarktrechts-Kommentar. Börsengesetz mit Börsenzulassungsverordnung, Wertpapierprospektgesetz, Wertpapierhandelsgesetz, Wertpapiererwerbs und Übernahmegesetz, 2019, § 21 BörsG Rn. 3.

20 *Schwarz*, Globaler Effektenhandel. Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Studie zu Risiken, Dogmatik und Einzelfragen des Trading, Clearing und Settlement bei nationalen und internationalen Wertpapiertransaktionen, 2016, S. 90.

21 *Schwarz* (s. Fn. 20), S. 29 f.

22 *Patz* BKR 2019, 441.

23 *Schwark/Zimmer/Kumpan* (s. Fn. 19), § 21 BörsG Rn. 4.

24 *Schwark/Zimmer/Kumpan* (s. Fn. 19), § 21 BörsG Rn. 7.

25 *Schwark/Zimmer/Kumpan* (s. Fn. 19), § 21 BörsG Rn. 8.

26 *Nägele* (s. Fn. 13), S. 38.

27 Zur Entwicklung eines buchungsgestützten Effektsystems *Schwarz*, Globaler Effektenhandel. Eine rechtstatsächliche und rechtsvergleichende Studie zu Risiken, Dogmatik und Einzelfragen des Trading, Clearing und Settlement bei nationalen und internationalen Wertpapiertransaktionen, 2016, S. 27 ff.

erfolgt im klassischen Sekundärmarkt durch entsprechende Depotumbuchungen. Die beteiligten Depotbanken erhalten von der zentralen Gegenpartei Daten in Form von elektronischen Listen über die abzuwickelnden Geschäfte. Wurden die Finanzinstrumente ohne Einschaltung einer zentralen Gegenpartei gehandelt, so erfolgt die Übermittlung durch den Zentralverwahrer. Die Depotbanken prüfen die Kundendepots auf entsprechende Deckung und geben das Geschäft zur Erfüllung frei. Der Zentralverwahrer nimmt die erforderlichen Umbuchungen vor und erstellt ein Ist-Lieferreport bzw. eine Regulierungsliste.²⁸ In der Nachhandelsphase spielen also – neben den zentralen Gegenparteien – die Zentralverwahrer eine wesentliche Rolle.

Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass nach den Erwägungen der Zentralverwahrer-Verordnung (Central Securities Depositories Regulation, CSDR) Zentralverwahrer zusammen mit zentralen Gegenparteien die Finanzmärkte sichern sollen und Marktteilnehmer »darauf vertrauen lassen, dass Wertpapiergeschäfte ordnungsgemäß und pünktlich durchgeführt werden«.²⁹ Die von den Zentralverwahrern betriebenen Wertpapierliefer- und Abrechnungssysteme befinden sich an einer entscheidenden Schnittstelle des Abwicklungsprozesses.³⁰ Sie fungieren als wesentliches Instrument zur Kontrolle der Integrität einer Emission, indem sie die unzulässige Schaffung von Wertpapieren oder Verringerung begebender Wertpapiere verhindern.³¹

Für den Handel von übertragbaren Wertpapieren – somit auch Security Token – normiert die CSDR³² für die Emittenten dieser Wertpapiere die Pflicht, sicherzustellen, dass diese Wertpapiere im Effekten giro eingebucht werden. Ab dem 01.01.2023 gilt diese Pflicht für übertragbare Wertpapiere, die nach dem 01.01.2023 emittiert werden. Ab dem 01.01.2025 gilt sie dann für alle übertragbaren Wertpapiere.³³ Die Einbuchung hat durch Immobilisierung der Wertpapiere oder von Anfang an durch Begebung in entmaterialisierter Form zu erfolgen.³⁴

Die Pflicht zur Einbuchung von Wertpapieren im Effekten giro ist die wohl grösste Herausforderung, die auf den Sekundärmarkt von Security Token zukommt. Derzeit gibt es im EWR noch keine Zentralverwahrer, die ihre Dienstleistungen für Security Token anbieten. Es stellt sich daher die Frage, ob das in Zukunft der Fall sein wird oder ob diese Funktion der Zentralverwahrung unter Einsatz von DLT-Systemen obsolet ist bzw. durch das DLT-System selbst bereitgestellt wird. Dies liegt umso näher, als die Einbuchungspflicht im Gegensatz zur klassischen Welt gerade keine Effizienzsteigerung bringen würde, sondern – im Gegenteil – die Effizienzsteigerungspotentiale vielmehr zerstören würden.

IV. Rollenbasierter Regelungsansatz für einen Sekundärmarkt von Security Token

Wie aufgezeigt, setzt das bestehende Regelungskonzept von Transaktionen von Finanzinstrumenten vorwiegend bei den Intermediären (Zentralverwahrer, zentrale Gegenpartei) an. Die Systeme der regulierten Intermediäre sind dabei fraglos geprägt von den Regelungszielen des Kapitalmarktrechts: Funktionsschutz, Anlegerschutz und Finanzmarktstabilität.³⁵ Da jeder der zentral organisierten Intermediäre seinen eigenen Datenbestand unterhält und hauptsächlich bilateral agiert, versucht man auf europäischer Ebene durch

die Einbuchung von Wertpapieren im Effekten giro eine Effizienzverbesserung bei der (grenzüberschreitenden) Abwicklung zu erreichen.³⁶

Hingegen basieren DLT-Technologien insbesondere darauf, dass die einzelnen Nutzer unter Anwendung derselben Standards direkt Zugriff auf das DLT-System (dieselbe Datenbank) erhalten.³⁷ Wenn nun alle Teilnehmer das gleiche System verwenden, ist ein Abgleich im eigentlichen Sinne nicht mehr nötig.³⁸ Die Funktionen der Clearingstellen werden auf DLT-Systemen oft zusammen mit dem Settlement und den übrigen Funktionen, die sonst der Zentralverwahrer ausübt, unmittelbar erbracht.

Konkret besteht somit das Risiko, dass die wesentlichen Vorteile von DLT-Systemen durch Regulierung verloren gehen. Damit drängt sich die Frage auf, ob bzw. welche Intermediäre durch den Einsatz von DLT-Technologien obsolet werden. In jedem Fall werden sich die Rollen bei der Abwicklung und Verwahrung ändern.³⁹ Prüft man die einzelnen Funktionen sowie Sinn und Zweck der bestehenden Regulierung, könnten einige klassische Intermediäre bald ganz verschwinden. Andere Intermediäre könnten dagegen neue Funktionen übernehmen und wiederum andere Dienstleister, wie etwa Rechte-Validierungs- oder Identitätsdienstleister, könnten neu erforderlich werden.⁴⁰

Eine grundlegende Voraussetzung, um das Effizienzsteigerungspotential bzw. die Minimierung von Risiken durch den Einsatz von DLT-Systemen zu nutzen, wäre zunächst die Existenz von FIAT-Währungen in tokenisierter Form:⁴¹ Nur mittels FIAT-Währungen in tokenisierter Form wären Handelspaare mit FIAT-Währungen ohne Einschaltung von Intermediären möglich. Ob diese FIAT-Token durch Zentralbanken oder E-Geld-Institute herausgegeben werden, spielt für die Funktion eine untergeordnete Rolle. Diese notwendige Funktion ist im jetzigen rechtlichen Rahmen bereits möglich.

Wesentliche, neue Rollen in einem Sekundärmarkt für Security Token wären unter dieser Voraussetzung insbesondere die »Verwahrung von Token« und die Zuordnung der Identität von Nutzern des DLT-Systems: DLT-Systeme sind meist pseudo-anonym. Daher muss im Hinblick auf die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung die Identität der natürlichen oder juristischen Person, die auf dem DLT-System agiert, nachvollziehbar sein. Was durch eine zusätzliche Funktion gewährleistet werden

28 Schwark/Zimmer/Kumpan (s. Fn. 19), § 21 BörsG Rn. 6.

29 ErWG 1 CSDR.

30 ErWG 2 CSDR.

31 ErWG 2 CSDR.

32 Patz BKR 2019, 435, 440.

33 Vgl. Art. 3 Abs. 1 i.Z.m. Art. 76 Abs. 2 CSDR.

34 Vgl. Art. 3 Abs. 1 CSDR.

35 Buck-Heeb, Kapitalmarktrecht, 2019, S. 7 ff.

36 Patz BKR 2019, 435, 441.

37 SET 20.12.2019 – Digital Asset Programme, 13.

38 Nägele (s. Fn. 13), S. 48.

39 SET 20.12.2019 – Digital Asset Programme, 16 f.

40 So auch das Ergebnis des Digital Asset Programme der Stock Exchange of Thailand SET; vgl. Sandner, DLT in the Thai Capital Market (Sandner 2020), <https://medium.com/@philippsandner/dlt-in-the-thaicapital-market-how-old-roles-change-and-new-roles-emerge-5805da07e36c> [30.04.2020].

41 Nägele (s. Fn. 13), S. 51.

muss, ist die Verbindung der Rechtssubjekte zum Rechtszuordnungssystem des DLT-Systems, d.h. jede Partei muss sich vorab identifizieren. Dies könnte auch in Form eines elektronischen Identitätsnachweises gemäss der eIDAS Verordnung⁴² erfolgen.

Darüber hinaus wäre denkbar, dass Zentralverwahrer für den Sekundärmarkt neu spezielle Verwahrungsaufgaben von Token übernehmen. Jeder regulierte Zentralverwahrer wäre z.B. zuständig für bei ihm registrierte Security Token und könnte so auch für andere Zentralverwahrer diese Security Token buchen (CSD-Links). Mit anderen Worten könnte z.B. die südafrikanische Depotbank für ihren Kunden den Security Token über seinen Zentralverwahrer, der wiederum über den CSD-Link an den europäischen Zentralverwahrer für Security Token angeschlossen ist, Security Token übertragen und erhalten. Verwenden die ausländischen Banken dasselbe DLT-System, könnten sie für ihre Kunden direkt Security Token übertragen, erhalten und diese für ihre Kunden auch direkt verwahren.

Vor dem Hintergrund der ab 2023 geltenden Einbuchungspflicht im Effektenkonto ist die Frage, wie sich der Sekundärmarkt für Security Token organisiert und welche Rolle Zentralverwahrer in Zukunft haben werden, in jedem Fall bald zu klären.

V. EU-Pilot-Regime für DLT-basierte Marktinfrastrukturen

Sehr zu begrüßen ist vor diesem Hintergrund der Vorschlag, den die Europäische Kommission im Rahmen ihres Digital Finance Package⁴³ gemacht hat: eine Pilot-Regelung⁴⁴ für DLT-basierte Marktinfrastrukturen. Im Hinblick auf die Entwicklung eines Sekundärmarktes und zur Förderung der Verbreitung von DLT im Handels- und Nachhandelsbereich soll die Pilot-Regelung regulierten Instituten ermöglichen, eine DLT-basierte Infrastruktur für den Handel, die Verwahrung und die Abwicklung von Wertpapieren zu entwickeln. Ziel dieser Verordnung ist es gerade, Hindernisse für die Implementierung der Blockchain- und Distributed-Ledger-Technologie (DLT) in Finanzmarktinfrastrukturen zu beseitigen. Bei der Pilotregelung handelt es sich um ein »Sandkasten«-Konzept (oder kontrolliertes Umfeld), das Abweichungen von den Regeln für den Handel und die Abwicklung von MIFID-Finanzinstrumenten vorsieht. Unter anderem sind folgende Ausnahmen möglich:

- Übertragbare Wertpapiere, die an DLT-basierten multilateralen Handelsfazilitäten gehandelt werden, müssten nicht

bei einem zentralen Wertpapierdepot (»CSD«) erfasst, d.h. im Effektenkonto eingebucht werden.

- Investoren können ohne Zwischenhändler zu DLT-Marktinfrastrukturen zugelassen werden.
- Transaktionen können mit DLT-basierten Zahlungssystemen wie E-Money Token abgewickelt werden. Die Überweisung von Geld und Wertpapieren erfolgt gleichzeitig (Lieferung vs. Zahlung).

Damit soll Regulierungsbehörden wie Unternehmen ermöglicht werden, Erfahrungen mit dem Einsatz der Distributed-Ledger-Technologie in Marktinfrastrukturen zu sammeln und zugleich Anlegerschutz, Marktintegrität und Finanzstabilität sicherzustellen.

VI. Fazit

1. Die Hürden des für den klassischen Finanzmarkt geschaffenen Regulierungsrahmens sind für die Token-Ökonomie nicht angemessen.

2. DLT-Technologien ermöglichen, das sonst notwendige Vertrauen in Intermediäre obsolet zu machen und damit den Sekundärmarkt für Finanzinstrumente wesentlich effizienter, transparenter und damit auch sicherer machen zu können.

3. Die Einbuchungspflicht im Effektenkonto des Zentralverwahrers ist das grösste Hindernis für die Entwicklung eines Sekundärmarktes für Security Token.

4. Wesentliche Rollen eines Sekundärmarktes für Security Token sind Verwahrung, Sicherstellung der Identität und die Existenz von FIAT-Token. Diese Rollen könnten von den vorhandenen Intermediären übernommen werden.

3. Es bleibt daher zu hoffen, dass die EU-Kommission die Pilot-Regelung rasch umsetzt und so die Grundlage für einen prosperierenden Security-Token-Sektor im Europäischen Wirtschaftsraum legt oder im Sinne des dargestellten rollenbasierten Regelungsansatzes ein anderer Weg gefunden wird, die Handelbarkeit und Übertragbarkeit von Security Token auf einem Sekundärmarkt zu ermöglichen.

42 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23.07.2014, Abl EG 2014/257, 73.

43 https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/digital-finance_en [21.04.2021].

44 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0594&from=EN> [21.04.2021].

Beratung

Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Compliance-Risiken bei dem Betrieb sog. Krypto-ATMs

Jannik Piepenburg, LL.M.oec., Halle (Saale)*

Der Beitrag skizziert zunächst die aufsichtsrechtliche Einordnung sog. Kryptowährungen. Anknüpfend daran wird die Frage untersucht, welche straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Compliance-Risiken im Zusammenhang mit dem Betrieb sog. Krypto-ATMs bestehen. Neuen Akteuren werden schließlich konkrete Handlungsempfehlungen unter Berücksichtigung künftiger Rechtsentwicklungen unterbreitet.

I. Funktionsweise

Weltweit sollen derzeit über 14.000 sog. Krypto-ATMs¹ betrieben werden.² Damit sind Automaten gemeint, an denen auf der Blockchain-Technologie³ basierende Kryptowährungen gegen gesetzliche Zahlungsmittel erworben oder veräußert werden können.⁴ Krypto-ATMs ähneln in ihrem Erscheinungsbild und ihrer Funktion herkömmlichen Geldwechselautomaten.⁵ Bei einem Erwerbsvorgang gibt der Nutzer einen in Euro denominierten Betrag in die Benutzeroberfläche des Automaten ein. Sodann lässt er einen über sein Handy erzeugten QR-Code, der den Public Key⁶ des Nutzers repräsentiert, von dem Automaten scannen. Der Nutzer wird nun aufgefordert, dem eingegebenen Betrag entsprechende Banknoten in den Automaten einzuführen. Schließlich wird der Gegenwert in der gewünschten Kryptowährung an den hinterlegten Public Key des Nutzers transferiert.⁷ Bei einem Veräußerungsvorgang scannt wiederum der Nutzer einen QR-Code, der einen Public Key aus der Sphäre des Automatenbetreibers repräsentiert. Nachdem der Nutzer die angegebene Menge der gewählten Kryptowährung transferiert hat, wird ihm der Gegenwert in Banknoten ausgegeben.⁸

II. Arten von Kryptowährungen

Zwar können an Krypto-ATMs neben Bitcoins (BTC) nur vergleichsweise wenige Kryptowährungen erworben bzw. veräußert werden.⁹ Gleichwohl existieren gegenwärtig insgesamt mehr als 8.500 Kryptowährungen.¹⁰ Die Bezeichnung Kryptowährung hat sich landläufig als Oberbegriff für sämtliche blockchain-basierte Werteinheiten etabliert. Dabei lassen sich weitergehend wenigstens drei Arten unterscheiden.¹¹ Sog. Utility-Token gewähren Zugriff auf bestimmte Dienstleistungen oder Produkte, ähnlich eines Gutscheins. Sog. Security-Token gewähren mitgliederschaftliche Rechte oder schuldrechtliche Ansprüche vermögenswerten Inhalts. Schließlich sollen sog. Currency-Token als alternatives Zahlungsmittel dienen.¹² Letztere weisen wohl die größte inhaltliche Schnittmenge zu dem Oberbegriff der Kryptowährungen auf.

III. Aufsichtsrechtliche Einordnung nach dem KWG

Die aufsichtsrechtliche Einordnung von Kryptowährungen und das drauf bezogene Betreiben von Krypto-ATMs sind facettenreich und bedürfen in der Praxis stets der Prüfung des konkreten Einzelfalls. Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ordnete in der Vergangenheit schon die Einstellung des Geschäftsmodells an.¹³

1. Kryptowährungen als Finanzinstrumente

Die BaFin erklärte bereits im Jahr 2011, dass sie »*Bitcoins und andere digitale Zahlungsmittel*« zu den privatrechtlich ausgegebenen Komplementärwährungen zähle und diese als Finanzinstrumente in Form von Rechnungseinheiten nach § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7, 2. Alt. KWG qualifiziere.¹⁴ Diese Ansicht erzeugte in der Literatur ein gespaltenes Echo.¹⁵ Im Jahr 2018 hat das KG Berlin in einem strafrechtlichen Urteil dann eine solche Qualifizierung speziell für Bitcoins abgelehnt.¹⁶ Es drohte eine gesplante Auslegung.¹⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat sich dann auf der Grundlage europäischer Vorgaben¹⁸ dazu entschieden, im Zuge einer überschießenden Richtlinienumsetzung¹⁹ den Begriff der

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Christian Schröder im juristischen Bereich an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Er ist zudem Mitglied der in Luxemburg ansässigen Non-Profit-Organisation thinkBLOCKtank.

1 Akronym für »Automated Teller Machine«.

2 Siehe die Branchenplattform Coin-ATM Radar, <https://coinatmradar.com/> [26.03.2021].

3 Blockchain steht hier pars pro toto für die Distributed-Ledger-Technologie.

4 BaFin, Verbrauchermitteilung, Gramowski, Adam aus Toruń, Polen: BaFin ordnet Einstellung des Eigenhandels an, 04.03.2020, <https://www.bafin.de/dok/13762070> [26.03.2021].

5 Maume/Mautel/Maume, Rechtshandbuch Kryptowerte, 2020, § 12 Rn. 87.

6 Blockchain-basierte Transaktionen erfordern ein kryptographisches Schlüsselpaar – sog. Public und Private Key. Der Public Key ist mit einer Kontonummer und der Private Key mit dem PIN-Code einer EC-Karte vergleichbar. *Fromberger/Haffkel/Zimmermann* BKR 2019, 337, 378.

7 Maume/Mautel/Wettlaufer/Patz (s. Fn. 5), § 13 Rn. 62.

8 Maume/Mautel/Wettlaufer/Patz (s. Fn. 5), § 13 Rn. 63.

9 Hierzu zählen bspw. Dash, Litecoin (LTC) oder Ether (ETH). BaFin, Verbrauchermitteilung, Aufstellen von Krypto-ATM: Erlaubnis der BaFin erforderlich, 08.09.2020, <https://www.bafin.de/dok/14703208> [26.03.2021].

10 Siehe die Branchenplattform CoinMarketCap, <https://coinmarketcap.com/all/views/all/> [26.03.2021].

11 *Piepenburg*, Europäisiertes Kapitalmarktstrafrecht, 2020, 189, 190.

12 BaFin, Merkblatt, Zweites Hinweisschreiben zu Prospekt- und Erlaubnispflichten im Zusammenhang mit der Ausgabe sogenannter Krypto-Token, 16.08.2019, <https://www.bafin.de/dok/12880218> [26.03.2021].

13 BaFin, Verbrauchermitteilung, KKT UG: BaFin ordnet Einstellung des Eigenhandels an, 04.03.2021, <https://www.bafin.de/dok/13762062> [26.03.2021]; BaFin, Verbrauchermitteilung, Gramowski, Adam aus Toruń, Polen: BaFin ordnet Einstellung des Eigenhandels an, 04.03.2020, <https://www.bafin.de/dok/13762070> [26.03.2021].

14 BaFin, Hinweise zu Finanzinstrumenten nach § 1 Abs. 11 Sätze 1 bis 5 KWG (Aktien, Vermögensanlagen, Schuldtitel, sonstige Rechte, Anteile an Investmentvermögen, Geldmarktinstrumente, Devisen, Rechnungseinheiten, Emissionszertifikate und Kryptowerte), 20.12.2011, geändert 26.02.2020, <https://www.bafin.de/dok/7852552> [26.03.2021].

15 *Spindler/Bille* WM 2014, 1357; *Auffenberg* NVwZ 2015, 1184.

16 KG Berlin 25.09.2018, (4) 161 Ss 28/18 (35/18), Rn. 13 f.

17 *Poelzig* ZBB 2019, 1, 3 ff.; vgl. *Schröder*, Handbuch Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2020, 9. Kap. Rn. 124 ff.

18 RL (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.05.2018 zur Änderung der RL (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der RL 2009/138/EG und 2013/36/EU.

19 Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, 12.12.2019, BGBl. 2019 I, 2602 ff.

Kryptowerte²⁰ gem. § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 10 KWG in die Liste der Finanzinstrumente des KWG aufzunehmen. Dieser Umstand führt gleichsam zu einer Entschärfung des dargestellten Diskurses zwischen BaFin und Rechtsprechung und trägt damit zu einer gesteigerten Rechtssicherheit bei.

2. Erlaubnispflichtiges Geschäftsmodell

Auf Kryptowerte bezogene Geschäftsmodelle stellen Bankgeschäfte nach § 1 Abs. 1 Satz 2 KWG bzw. Finanzdienstleistungen nach § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG dar, sofern sie gewerbsmäßig oder in einem Umfang betrieben oder erbracht werden, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Die BaFin hat dies dahingehend konkretisiert, dass beim öffentlichen Aufstellen von Krypto-ATMs regelmäßig eine Finanzdienstleistung in Gestalt des Eigenhandels nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 4 Buchst. c) KWG oder gegebenenfalls ein Bankgeschäft in Gestalt des Finanzkommissionengeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 KWG vorliegt.²¹ Bei beidem tritt der Betreiber des Krypto-ATMs dem Nutzer gegenüber als Vertragspartei auf.²² Bei Ersterem geschieht dies »für eigene Rechnung« und bei Zweitem »für fremde Rechnung«.²³ Die BaFin scheint zu verkennen, dass die Betreiber von Krypto-ATMs indes auch als bloße Mittler zwischen dem Nutzer und einer dritten Vertragspartei agieren können. Ein solches Geschäftsmodell entspräche dann einer Finanzdienstleistung in Gestalt der Anlage- bzw. Abschlussvermittlung nach § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 1 bzw. 2 KWG.²⁴ Ungeachtet der konkreten Zuordnung des Geschäftsmodells stehen sämtliche der dargestellten Tätigkeiten jedenfalls gem. § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG unter einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

IV. Aufsichtsrechtliche Einordnung nach dem ZAG

Das Betreiben eines Krypto-ATMs könnte zudem als ein Zahlungsdienst in Gestalt des Ein- bzw. Auszahlungsgeschäfts nach § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 ZAG einzuordnen sein.²⁵ Diese Geschäfte stehen materiell an der Schnittstelle zwischen Bargeld und Buchgeld (Giralgeld). Erfasst wird daher jeder Dienst, der dem Nutzer hilft, Bargeld in Buchgeld und umgekehrt zu tauschen.²⁶ Buchgeld meint eine nicht körperlich vorhandene Geldsumme, die im währungsrechtlichen Sinne als gesetzliches Zahlungsmittel dem Bargeld gleichzustellen ist.²⁷ Die vom Nutzer erworbenen bzw. veräußerten Kryptowährungen fallen indes nicht hierunter.²⁸

Es ließe sich schließlich erwägen, das Veräußern von Kryptowährungen seitens des Automatenbetreibers als E-Geldgeschäft gem. § 1 Abs. 2 Satz 2 ZAG einzuordnen. Dazu müssten Kryptowährungen E-Geld i.S.v. § 1 Abs. 2 Satz 3 ZAG darstellen. Dies setzt u.a. voraus, dass der Wert in einer Forderung an den Emittenten besteht. Bei dezentral geschaffenen Kryptowährungen²⁹ fehlt es bereits an einem solchen Emittenten.³⁰ Gerade diese Kryptowährungen werden jedoch gemeinhin an Krypto-ATMs veräußert. Dementsprechend wird jedenfalls der Betrieb von Krypto-ATMs unter ausschließlicher Berücksichtigung dezentral geschaffener Kryptowährungen regelmäßig kein E-Geldgeschäft darstellen. Das Erfordernis einer entsprechenden Erlaubnis nach § 11 Abs. 1 Satz 1 ZAG entfällt mithin. Eine andere rechtliche Bewertung kann sich indes für sog. Stable Coins ergeben. Der Begriff meint preisstabile Kryptowährungen, deren Wert für gewöhnlich an eine bestehende Währung bzw. einen Wäh-

rungskorb gekoppelt und durch entsprechende Sicherheiten gedeckt ist.³¹ Werden Stable Coins von einer zentralen Entität emittiert, kommt im Einzelfall eine Qualifizierung als E-Geld in Betracht.³²

V. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Compliance-Risiken im Bereich des KWG

1. Strafbares Handeln ohne Erlaubnis

Das Betreiben von Bankgeschäften bzw. Erbringen von Finanzdienstleistungen ohne die erforderliche Erlaubnis ist gem. § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG strafbewehrt. Jede Geschäftsaufnahme ohne die entsprechende Erlaubnis verwirklicht bei Erreichen des erlaubnispflichtigen Umfangs damit den objektiven Tatbestand der relevantesten Strafnorm des KWG.³³ Der Straffrahmen erstreckt sich von einer Geldstrafe bis hin zu einer Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren. Daneben kann die BaFin über § 37 Abs. 1 KWG im Verwaltungswege gegen ein Handeln ohne Erlaubnis vorgehen und die Befolgung der angeordneten Maßnahmen mit den Mitteln des Verwaltungszwangs nach § 17 Abs. 1 FinDAG durchsetzen.³⁴

2. Bußgeldvorschriften

§ 56 KWG beinhaltet diverse Bußgeldtatbestände, die in jüngerer Vergangenheit eine erhebliche Ausdehnung sowie Erhöhung des Bußgeldrahmens erfahren haben.³⁵ Exemplarisch sei § 56 Abs. 4h Nr. 4 KWG angeführt, wonach der Betreiber von Krypto-ATMs ordnungswidrig handelt, wenn er wenigstens leichtfertig bei dem Erlaubnis Antrag nach § 32 Abs. 1 Satz 2 KWG unrichtige Angaben macht. Für die jeweiligen

20 Gem. § 1 Abs. 11 Satz 4 KWG sind Kryptowerte »digitale Darstellungen eines Wertes, der von keiner Zentralbank oder öffentlichen Stelle emittiert wurde oder garantiert wird und nicht den gesetzlichen Status einer Währung oder von Geld besitzt, aber von natürlichen oder juristischen Personen aufgrund einer Vereinbarung oder tatsächlichen Übung als Tausch- oder Zahlungsmittel akzeptiert wird oder Anlagezwecken dient und der auf elektronischem Wege übertragen, gespeichert und gehandelt werden kann.«

21 BaFin, Verbrauchermittelteilung, Aufstellen von Krypto-ATM: Erlaubnis der BaFin erforderlich, 08.09.2020, <https://www.bafin.de/dok/14703208> [26.03.2021].

22 Maume/Maute/Maume (s. Fn. 5), § 12 Rn. 88.

23 BaFin, Merkblatt, Hinweise zu den Tatbeständen des Eigenhandels und des Eigengeschäfts, 22.03.2011, geändert 15.05.2019, <https://www.bafin.de/dok/7866844> [26.03.2021]; vgl. Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, KWG, 4. Aufl. 2021, § 1 KWG Rn. 127.

24 Maume/Maute/Maume (s. Fn. 5), § 12 Rn. 88.

25 Maume/Maute/Wettlaufer/Patz (s. Fn. 5), § 13 Rn. 64.

26 BaFin, Merkblatt, Hinweise zum Zahlungsdienstenaufsichtsgesetz (ZAG), 22.12.2011, geändert 29.11.2017, <https://www.bafin.de/dok/7846622> [26.03.2021].

27 Hahn/Hädel/Häde, Währungsrecht, 2. Aufl. 2010, § 1 Rn. 23, 26.

28 Casper/Terlau/Casper, ZAG, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 32; Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, (s. Fn. 23), § 1 ZAG Rn. 22; Maume/Maute/Wettlaufer/Patz (s. Fn. 5), § 13 Rn. 64.

29 Hierzu zählen bspw. die genannten Kryptowährungen Bitcoin (BTC), Dash, Litecoin (LTC) und Ether (ETH).

30 Auffenberg BKR 2019, 341, 343; vgl. KG Berlin 25.09.2018, (4) 161 Ss 28/18 (35/18), Rn. 27.

31 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Juli 2019, 19.07.2019, 44, <https://www.bundesbank.de/resource/blob/802234/7c23475ccc71152ea0750a0bc12896e7/mL/2019-07-monatsbericht-data.pdf> [26.03.2021].

32 Maume/Maute/Wettlaufer/Patz (s. Fn. 5), § 13 Rn. 44.

33 Schröder (s. Fn. 17), 9. Kap. Rn. 10, 119; Schwennicke/Auerbach/Schwennicke (s. Fn. 23), § 54 KWG Rn. 17.

34 Schwennicke/Auerbach/Schwennicke (s. Fn. 23), § 54 KWG Rn. 2.

35 Schwennicke/Auerbach/Schwennicke (s. Fn. 23), § 56 KWG Rn. 1.

Tatbestände legt § 56 Abs. 6 KWG einen Bußgeldrahmen fest. Unrichtige Angaben bei der Stellung eines Erlaubnisanspruchs zu machen kann beispielsweise gem. § 56 Abs. 6 Nr. 1 KWG mit einer Geldbuße bis zu 5.000.000,00 € geahndet werden.

VI. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risiken im Bereich des ZAG

Nach § 63 Abs. 1 und Abs. 2 ZAG sind verschiedene vorsätzliche Verstöße gegen Normen des ZAG strafbewehrt.³⁶ Die Strafnormen lehnen sich im Hinblick auf die Formulierungen und Strafrahmen an § 54 KWG an.³⁷ Daneben sind in § 64 ZAG umfassende Bußgeldvorschriften normiert. Da die Emission blockchain-basierter E-Geldes aufsichtsrechtlich grundsätzlich möglich erscheint,³⁸ sollten Betreiber von Krypto-ATMs, die insbesondere die Einbeziehung sog. Stable Coins in das bestehende Geschäftsmodell planen, vorab prüfen lassen, ob im konkreten Fall eine Erlaubnispflicht besteht. So können die aufgezeigten Compliance-Risiken im Bereich des ZAG minimiert werden.

VII. Straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Risiken im Bereich des Geldwäscherechts

Aufgrund der dezentralen Struktur der meisten Kryptowährungen, der jedenfalls gewährleisteten Pseudonymität bei Transaktionen sowie ihrer globalen Dimension wird Kryptowährungen im Allgemeinen eine besondere Eignung zur Geldwäsche attestiert.³⁹ Vor diesem Hintergrund stehen auch Krypto-ATMs im Verdacht, zur Geldwäsche genutzt zu werden.⁴⁰ Denn sie eignen sich in Anbetracht der skizzierten Funktionsweise grundsätzlich dazu, inkriminierte Gelder gleichsam in das jeweilige Kryptowährungs-Netzwerk einzuspeisen oder die Herkunft einer aus einer rechtswidrigen Tat herrührenden Kryptowährungseinheit zu verbergen.⁴¹

1. Straftaten

In Betracht kommt insoweit eine Strafbarkeit des Betreibers wegen Geldwäsche gem. § 261 Abs. 1 Satz 1 und 2 bzw. Abs. 2 StGB. Dabei genügt es gem. § 261 Abs. 6 Satz 1 StGB, wenn der Betreiber leichtfertig nicht erkennt, dass das zu tauschende Bargeld oder die Kryptowährungseinheit aus einer rechtswidrigen Tat herrührt.⁴² Krypto-ATMs wurden bereits gezielt von Personen aus dem Spektrum der organisierten Kriminalität zum Zwecke der Geldwäsche aufgestellt und betrieben.⁴³ Ungeachtet dessen kommt u.U. eine strafbare Beihilfe zur Geldwäsche sowie eine Strafbarkeit wegen Strafvereitelung gem. § 258 StGB in Betracht.⁴⁴

2. Bußgeldvorschriften

Als Kredit- bzw. Finanzdienstleistungsinstitute i.S.d. KWG sind die Betreiber von Krypto-ATMs nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GwG regelmäßig auch geldwäscherechtlich verpflichtet. Die aus dieser Stellung erwachsenden Pflichten erstrecken sich über die Etablierung eines hinreichenden Risikomanagements⁴⁵ bis zu spezifischen Sorgfaltspflichten in Bezug auf Kunden⁴⁶ und ergänzen die fachgesetzlichen Compliance-Anforderungen im Bereich der Geldwäscheprävention.

Zur Umsetzung der Empfehlung 15 der Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF)⁴⁷ soll der Katalog der sorgfaltspflichtauslösenden Ereignisse in § 10 Abs. 3 GwG erweitert werden.⁴⁸

Durch das Einfügen von § 10 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. c) GwG-E sollen die allgemeinen Sorgfaltspflichten des § 10 Abs. 1 GwG künftig auch bei außerhalb einer Geschäftsbeziehung durchgeführten Transaktionen in Gestalt der Übertragung von Kryptowerten ab einem Schwellenwert von 1.000,00 € im Zeitpunkt der Übertragung zu erfüllen sein.⁴⁹ Weiterhin sollen der Begriff der Kryptowerte i.S.d. KWG sowie eine Begriffsbestimmung zur Übertragung von Kryptowerten in das GwG eingefügt werden.⁵⁰

Durch die insgesamt 81 Tatbestände des § 56 Abs. 1 und 2 GwG ist dann nahezu jeder Verstoß gegen diese Pflichten bußgeldbewehrt.⁵¹

VIII. Zurechnungsfragen

Betreiber von Krypto-ATMs werden sich für ihr Geschäftsmodell regelmäßig einer juristischen Person bedienen. In diesem Fall erfolgt eine strafrechtliche Zurechnung über die Organ- und Vertreterhaftung nach § 14 StGB.⁵² Im Bereich der Ordnungswidrigkeiten kann nach § 30 OWiG eine juristische Person selbst mit einer Geldbuße sanktioniert werden. In Verbindung mit § 9 OWiG kann auch eine Geldbuße gegen die Organe oder sonstigen Mitglieder einer juristischen Person verhängt werden. Beachtung ist in diesem Kontext auch dem Entwurf für ein Verbandssanktionengesetz (VerSanG-E) beizumessen, der die Etablierung einer eigenen Sanktionsart für Verbände vorsieht.⁵³

IX. Fazit

Die Aufnahme von Kryptowerten in den Katalog der Finanzinstrumente des KWG hat zu einer gesteigerten Rechtssicherheit im Hinblick auf die aufsichtsrechtliche Einordnung des Betriebens von Krypto-ATMs geführt. Die daraus re-

36 Schröder (s. Fn. 17), 9. Kap. Rn. 196.

37 Schröder (s. Fn. 17), 9. Kap. Rn. 198; vgl. BT-Drucks. 16/11613, 57.

38 Auffenberg BKR 2019, 341; vgl. EBA, Report with advice for the European Commission on crypto-assets, 09.01.2019, 14, <https://www.eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets> [26.03.2021].

39 Vgl. Grzywotz, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche, 2019, S. 98 ff.

40 Müller, Bafin geht gegen Betreiber von Bitcoin-Automaten vor – doch der Erfolg ist mäßig, in: Handelsblatt, 24.07.2020, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/kryptowaehrungen-bafin-geht-gegen-betreiber-von-bitcoin-automaten-vor-doch-der-erfolg-ist-maessig/26030262.html?ticket=ST-114447-We151irKZJJaqaUcB7bmO-ap1> [26.03.2021].

41 Vgl. Grzywotz (s. Fn. 39), S. 102 f.; van Bömmel, Geldwäsche, 2019, 141, 153 f.

42 Vgl. Hennecke CCZ 2018, 120, 212 f.

43 Europol, Press Release, Cryptocurrency laundering as a service: members of a criminal organisation arrested in Spain, 08.05.2019, <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/cryptocurrency-laundering-service-members-of-criminal-organisation-arrested-in-spain> [26.03.2021].

44 Herzog/Barreto da Rosa, GwG, 4. Aufl. 2020, § 56 GwG Rn. 18.

45 Zweiter Abschnitt des GwG.

46 Dritter Abschnitt des GwG.

47 FATF, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation – The FATF Recommendations, 16.02.2012, zuletzt überarbeitet im Oktober 2020, 17, <http://www.fatf-gafi.org/recommendations.html> [26.03.2021].

48 RegE Tra-FinG Gw, BR-Drucks. 133/21, 43.

49 RegE Tra-FinG Gw, BR-Drucks. 133/21, 5.

50 RegE Tra-FinG Gw, BR-Drucks. 133/21, 3.

51 Zentes/Glaab/Breit, GwG, 2. Aufl. 2020, § 56 GwG Rn. 37.

52 Satzger/Schluckebier/Bosch, StGB, 5. Aufl. 2021, § 14 Rn. 1 f.; Schröder (s. Fn. 17), 9. Kap. Rn. 151.

53 RegE VerSanG-E, BT-Drucks. 19/23568, 50; siehe dazu v. Buttlar ZdiW 2021, 99, 102 ff.

sultierenden straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Compliance-Risiken sind vielfältig. Vor der Aufnahme des Geschäftsbetriebes sollte daher eine schriftliche Anfrage bei der BaFin zur Erlaubnispflicht gestellt werden.⁵⁴ Zum Ende des Jahres 2020 hat ein in Berlin ansässiges Start-Up in Zusammenarbeit mit weiteren Partnern unter Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben mit dem geplanten flächendeckenden Aufstellen von Krypto-ATMs in Deutschland begonnen.⁵⁵ Grundsätzlich ist die Gesetzgebung im Kontext von Kryptowährungen einer hohen Dynamik unterworfen. Insbesondere im Bereich des Geldwäscherechts sollten Akteure einen Fokus auf die Empfehlungen der FATF legen, um sich frühzeitig auf etwaige gesetzgeberische Initiativen einstellen zu können. Auf europäischer Ebene sollte schließlich die Entwicklung um den Entwurf einer Verordnung

zu Märkten für Kryptowerte (Markets in Crypto-assets, MiCA)⁵⁶ genauestens verfolgt werden.

54 Zu den anzugebenden Informationen siehe BaFin, Fragen zur Erlaubnispflicht von Finanzgeschäften, <https://www.bafin.de/dok/7848156> [26.03.2021].

55 *Sutor Bank*, Spot9 bringt BaFin-konforme Geldautomaten für Kryptowährungen nach Deutschland, <https://www.sutorbank.de/magazin/artikel/spot9-bringt-bafin-konforme-geldautomaten-fuer-kryptowaehrungen-nach-deutschland> [26.03.2021].

56 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937, COM/2020/593 final, 24.09.2020, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0593&from=EN> [19.02.2021]; siehe dazu *Ritz ZdiW* 2021, 144 ff.; *Mienert ZdiW* 2021, 148 ff.

M&A/Corporate digital

Überblick

Kommunikation statt Formalismus – Vorschläge für eine moderne Gestaltung der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften

Rechtsanwalt Dr. Daniel Illhardt, LL.M. (Cambridge)/Rechtsanwältin Dr. Lisa Kopp, München*

Die überwiegend guten Erfahrungen mit der virtuellen Hauptversammlung in Zeiten der Covid-19-Pandemie haben die Defizite in der Ausgestaltung und Durchführung der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften deutlich zu Tage treten lassen. Dies sollte zum Anlass genommen werden, die deutsche Hauptversammlung zu reformieren und ihre Ausgestaltung stärker am schlankeren internationalen Niveau zu orientieren. Neben einer gezielteren Kommunikation mit den Aktionärinnen und Aktionären im Vorfeld der Hauptversammlung sollte die rechtssichere Ausübung von Aktionärsrechten über das Internet im Fokus der Reformbemühungen stehen.

I. Die traditionelle Präsenzhauptversammlung: Vielfach formalistischer Pflichttermin?

Die Präsenzhauptversammlung deutscher – börsennotierter – Unternehmen wird in weiten Teilen von dem Ziel beherrscht, (mögliche) Klagegründe zu vermeiden. Dies beginnt bei teilweise eher breiten formalen Inhalten von Berichten der Verwaltung und setzt sich fort in häufig generischen Antworten auf Aktionärsfragen. Selbst bei fehlendem Bezug zur Tagesordnung oder völliger Belanglosigkeit werden Aktionärsfragen nur im absoluten Ausnahmefall zurückgewiesen oder Vortragenden das Wort entzogen.

Moderne Technik wird ebenfalls nur sehr zurückhaltend eingesetzt. Die Möglichkeit, eine Präsenzhauptversammlung mit digitalen Elementen zu verbinden (»hybride« Hauptversammlung, § 118 Abs. 2 AktG) wird in der Praxis börsennotierter Gesellschaften nahezu nicht genutzt. Das Idealziel einer Dauer von höchstens vier bis sechs Stunden¹ für eine gewöhnliche Hauptversammlung bleibt meist reines Wunschbild. Die Präsenzhauptversammlung stellt sich insgesamt als

wenig attraktiv für eine Teilnahme der Aktionärinnen und Aktionäre dar, die – gerade im internationalen Umfeld – erheblichen Aufwand für die Anreise auf sich nehmen müssten.

II. Digitalisierung als Notlösung in Pandemiezeiten: Impulsgeber für dringend notwendige Modernisierung?

In einer kurzfristigen Reaktion auf die Covid-19-Pandemie schuf der Gesetzgeber Ende März 2020 mit dem Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG)² die Möglichkeit, Hauptversammlungen ohne physische Präsenz der Aktionärinnen und Aktionäre (oder ihrer Bevollmächtigten) abzuhalten. Auch 2021 ist mit einer deutlichen Anzahl virtueller Hauptversammlungen zu rechnen, und zwar sowohl

* *Dr. Daniel Illhardt* ist Partner, *Dr. Lisa Kopp* ist Senior Associate im Münchener Büro der Sozietät Hengeler Mueller Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB. *Daniel Illhardt* hat als Berichterstatter an der Stellungnahme der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung – Wissenschaftliche Vereinigung für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (VGR) e.V. zur Reform der Hauptversammlung börsennotierter Gesellschaften v. 26.04.2021 mitgewirkt, die unter https://www.gesellschaftsrechtlichevereinigung.de/fileadmin/pdf/VGR_Reform_der_Hauptversammlung.pdf abrufbar ist [05.05.2021].

1 Anregung A.4 des Deutschen Corporate Governance Kodex in der Fassung v. 16.12.2019.

2 Art. 2 des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 27.03.2020, (BGBl I 2020, S. 570), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Patentrecht v. 22.12.2020 (BGBl I 2020, S. 3328).

ordentlicher als auch außerordentlicher Hauptversammlungen, die teilweise über komplexe Strukturmaßnahmen entscheiden.³

Die virtuelle Hauptversammlung zeichnet sich dadurch aus, dass am Versammlungsort i.S.d. AktG nur die notwendigen Personen anwesend sind.⁴ Die übrigen Gremienmitglieder und die Aktionärinnen und Aktionäre verfolgen die Hauptversammlung über das Internet. Die vollständige Live-Übertragung erfolgt meist über ein nur den angemeldeten Personen und Mitgliedern der Verwaltung zugängliches Aktionärsportal.⁵ Die Ausübung des Stimmrechts ist regelmäßig per Brief und über das Aktionärsportal möglich. Das 2020 auf eine Fragemöglichkeit beschränkte Auskunftsrecht wurde in der Saison 2021 zurecht wieder auf ein Fragerecht erweitert, wobei die Fragen zwei bzw. (ab dem 28.02.2021) einen Tag vor der Hauptversammlung einzureichen waren bzw. sind, § 1 Abs. 2 COVMG.

Nach unseren Erfahrungen hat sich das virtuelle Format weitgehend bewährt. Die im Vorfeld befürchteten größeren technischen Probleme sind praktisch nicht aufgetreten. Trotz des ungewohnten Formats sank im Regelfall der Zeitbedarf für die Durchführung der Versammlung.⁶ Auf dieser Basis lässt sich deutliches Potenzial für eine Modernisierung der Präsenzhauptversammlung erkennen:

- Die häufig erhöhten Präsenzquoten in den virtuellen Hauptversammlungen zeigen ein großes Interesse an einer Teilnahme.⁷ Offenbar stellt die persönliche Teilnahme vor Ort für viele Personen ein Hindernis dar. Weitergehende Möglichkeiten zur Ausübung wichtiger Verwaltungsrechte über das Internet könnten für weite Aktionärskreise Abhilfe schaffen.⁸
- Briefwahl und/oder Bevollmächtigung der von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter wurden zwar auch in Präsenzhauptversammlungen in aller Regel angeboten, standen allerdings meist nur im Vorfeld der Versammlung zur Verfügung.⁹ Dadurch wurde ein (großer) Teil der Aktionärinnen und Aktionäre, die diesen Abstimmungsweg wählten, an der Meinungsbildung in der Hauptversammlung und insbesondere der Reaktion auf ad hoc gestellte Anträge gehindert. Die Möglichkeit zur Stimmabgabe bis kurz vor der Auszählung der Stimmen hat sich entgegen anderweitiger Befürchtungen in der virtuellen Hauptversammlung als technisch durchführbar erwiesen.
- Die strukturierte Vorbereitung der Antworten auf Aktionärsfragen hat nach unserem Eindruck einen deutlichen Informationsgewinn gebracht und ermöglichte Antwortblöcke ohne die üblichen Dopplungen und Überschneidungen, obwohl die Zahl der gestellten Fragen bzw. Fragesteller häufig über dem Niveau der Vorjahre lag.¹⁰ Eine rechtssichere Möglichkeit, irrelevante Fragen nicht zu beantworten, könnte zusätzlich zur Verschlinkung der Hauptversammlung beitragen.
- Durch eine Verlagerung des Rede- und Fragerechts und die Beantwortung von Fragen in das Vorfeld der Hauptversammlung kann die Generaldebatte deutlich verkürzt und die Dauer der Hauptversammlung dem internationalen Standard angenähert werden.
- Die Vorankündigung von (Gegen-)Anträgen trägt dazu bei, möglichst das gesamte Aktionariat, nicht nur die vor Ort Anwesenden, in die Entscheidung einzubeziehen.¹¹

- Das dringend reformbedürftige Beschlussmängelrecht lässt wenig Spielraum für eine aktionärsfreundliche Weiterentwicklung der Hauptversammlung, da gesetzlich bestehende und praktisch umsetzbare technische Möglichkeiten vielfach aufgrund des Risikos möglicher Beschlussmängelklagen nicht genutzt wurden.

Nicht übersehen werden dürfen die Kritikpunkte am virtuellen Format:¹² Die fehlende zwingende Möglichkeit, zu den Reden der Verwaltung und zu den Antworten Nachfragen zu stellen, beschränkt die Aktionärsrechte gegenüber der traditionellen Präsenzhauptversammlung deutlich. Ein Eingehen auf aktuellste Entwicklungen ist den Aktionärinnen und Aktionären im rein virtuellen Format nicht (mehr) möglich.¹³ Noch stärker als im Rahmen der traditionellen Präsenzversammlung fehlt es am lebendigen Austausch zwischen Verwaltung und Aktionariat.¹⁴

III. Modernisierung der Hauptversammlung: Digitalisierung und Vorverlagerung der Kommunikation als Säulen der Reform

Die Bedeutung persönlicher Begegnung für die Kommunikation darf nicht geringgeschätzt werden. Die Verlagerung

3 Unternehmensverträge bspw. bei Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft, HV am 12.05.2021, Münchener Rückversicherungs-Gesellschaft Aktiengesellschaft, HV am 28.04.2021 und Siemens Aktiengesellschaft, HV am 03.02.2021; Abspaltungs- und Übernahmevertrag bspw. bei Continental Aktiengesellschaft, HV am 29.04.2021.

4 Zu Anwesenheitspflichten nur *Herrler* DNotZ 2020, 468, 481.

5 Vollständige Übertragung nur über das Aktionärsportal etwa bei Allianz SE, HV am 05.05.2021, Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft, HV am 12.05.2021, Continental Aktiengesellschaft, HV am 29.04.2021, Daimler AG, HV am 31.03.2021, Infineon Technologies AG, HV am 25.02.2021, METRO AG, HV am 19.02.2021 und Siemens Aktiengesellschaft, HV am 03.02.2021. Vollständige öffentliche Übertragung: Bayer Aktiengesellschaft, HV am 27.04.2021, Deutsche Telekom Aktiengesellschaft, HV am 01.04.2021, Merck Kommanditgesellschaft auf Aktien, HV am 23.04.2021 und thyssenkrupp AG, HV am 05.02.2021.

6 Exemplarisch etwa: Bayer Aktiengesellschaft, HV am 28.04.2020, Volkswagen Aktiengesellschaft, HV am 30.09.2020 – je ca. sieben Stunden; Bayerische Motoren Werke AG, HV am 14.05.2020 – ca. 5 Stunden; Allianz SE, HV am 06.05.2020 – ca. vier Stunden; adidas AG, HV am 11.08.2020, Beiersdorf AG, HV am 29.04.2020 – je ca. drei Stunden.

7 Die Präsenzsteigerung der DAX30-Unternehmen lag 2020 im Vergleich zum Vorjahr bei durchschnittlich 3,2 %; vgl. <https://www.barkowconsulting.com/neuer-rekord-bei-hv-praesenz-2020-im-dax-30/> [05.05.2021].

8 *Noack/Zetsche* AG 2020, 721, 725 f.

9 Anders aber bspw. bei Beiersdorf Aktiengesellschaft, HV am 17.04.2019, Infineon Technologies AG, HV am 21.02.2019, METRO AG, HV am 15.02.2019, OSRAM Licht AG, HV am 19.02.2019 und RWE Aktiengesellschaft, HV am 03.05.2019.

10 Ausweislich der im Handelsregister hinterlegten Protokolle: Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft, HV am 14.05.2020 – 154 Fragen von 59 Aktionären, davon 27 mit inhaltlichen Dopplungen (Vergleich zum Durchschnitt der letzten fünf Jahre: 81 Fragen von 12 Aktionären); Beiersdorf Aktiengesellschaft, HV am 29.04.2020 – 42 Fragen mit diversen Unterfragen von 8 Aktionären; Covestro AG, HV am 17.04.2020 – 61 Fragen von 7 Aktionären; Deutsche Telekom AG, HV am 19.06.2020 – 441 Fragen von 97 Aktionären, infolge von Dopplungen letztlich insgesamt 252 Antworten.

11 Zudem scheint zumindest in 2020 eine erhöhte Zahl von (Gegen-)Anträgen eingegangen zu sein, mit einer Steigerung um 29 % gegenüber dem Durchschnitt im Zeitraum von 2016–2019, vgl. *Ruppert/Schöning* ZCG 2021, 5, 11.

12 Insb. durch die DSW – Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. erfährt das COVMG in Teilen derzeit eine gerichtliche Überprüfung. *Noack/Zetsche* AG 2020, 721, 723.

14 *Noack/Zetsche* AG 2020, 721, 723 f.; *Redenius-Hövermann/Bannier* ZIP 2020, 1885, 1894; *Tröger* BB 2020, 1091, 1095.

der Hauptversammlung in den virtuellen Raum kann daher nicht die alleinige Antwort auf die Probleme der Präsenzhauptversammlung sein.¹⁵ Ziel muss vielmehr sein, einen häufig langwierigen Pflichttermin zu einem Forum für Austausch, Kommunikation und selbstverständlich auch Kritik weiterzuentwickeln. Daher sollte den Aktionärinnen und Aktionären eine möglichst niedrigschwellige Teilhabe an den Entscheidungen ermöglicht werden, die das Gesetz der Hauptversammlung zugewiesen hat. Erreichen lässt sich dies auf zwei Wegen: durch die Nutzung vorhandener technischer Möglichkeiten zur Vereinfachung der Rechtausübung und durch die verstärkte Einbindung des Aktionärsportals zur Vorverlagerung der Kommunikation in die Tage vor der Hauptversammlung.

1. Nutzung des Aktionärsportals zur Stärkung der Kommunikation

Größter Zeitblock der Präsenzhauptversammlung ist die Generaldebatte. Die Interaktion zwischen Verwaltung und Anteilseignern erreicht jedoch in vielen Fällen nicht den Stand einer »echten« Diskussion. Ein relevanter Informationsmehrwert durch die Beantwortung der in der Versammlung gestellten Fragen darf oftmals bezweifelt werden; umgekehrt ist die Fehleranfälligkeit – insbesondere aufgrund des Zeitdrucks – hoch. Eine signifikante Entlastung der Hauptversammlung um diesen Block könnte neben einer deutlich effizienteren Abwicklung der Versammlung dazu führen, dass die Kommunikation mit dem Aktionariat seitens der Gesellschaften offener geführt wird.

Das Aktionärsportal ist nur den zur Hauptversammlung angemeldeten Personen zugänglich. Daher bietet es eine geeignete Plattform für geschützten Austausch im Kreis von Verwaltung und Aktionariat. Es ist weitgehend akzeptiert, anders als das in der Praxis kaum genutzte Aktionärsforum (§ 127a AktG). Zudem ist es mit wenig Aufwand um weitere Funktionen erweiterbar. Technische Probleme im größeren Umfang sind bisher nicht bekannt geworden.

a) Auskunftsrecht im Wege virtueller Frage- und Antwortrunden

Vorbild für virtuelle Frage- und Antwortrunden über das Aktionärsportal im Vorfeld der Hauptversammlung ist die schon heute bestehende Möglichkeit, Fragen in allgemeiner Form vor der Hauptversammlung zu beantworten (§ 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 AktG).¹⁶ Diese wird jedoch aufgrund der vorgesehenen langen Frist in der Praxis kaum genutzt.

Umsetzen ließen sich virtuelle Frage- und Antwortrunden im Wege einer Einreichungsfrist für Fragen mit Ablauf des vierten Tages vor der Hauptversammlung. Ein freiwilliges späteres Einreichungsdatum – also näher an der Hauptversammlung – sollte zulässig sein. Gesellschaften sollte die Möglichkeit offenstehen, rechtzeitig eingereichte Fragen über das Aktionärsportal für alle Angemeldeten einsehbar zu beantworten.¹⁷ Derart im Vorfeld beantwortete Fragen müssten nicht mehr in der Hauptversammlung beantwortet werden.¹⁸

Eine deutlich vor der Hauptversammlung endende Einreichungsfrist bietet die Chance, im Aktionärsinteresse die Fragen in der notwendigen Tiefe, in geordneter Form und thematisch sortiert zu beantworten.¹⁹ Rein klarstellend sollte die zusammengefasste Beantwortung mehrerer Fragen zugelassen sein, um Doppelungen und Überschneidungen zu vermeiden.

Maßgeblicher Anreiz zur Nutzung der virtuellen Frage- und Antwortrunde für die Unternehmen ist die Zeitersparnis in der Hauptversammlung. Als zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit sollten Unternehmen auch Nachfragen zu erteilten Antworten nur im Vorfeld mit einer Frist von bspw. zwei Tagen vor der Hauptversammlung zulassen können. Hierdurch bestünde einerseits Motivation zu einer möglichst frühzeitigen Beantwortung der eingereichten Fragen, andererseits könnte sich der Vorstand während der Hauptversammlung auf die Beantwortung rechtzeitig eingegangener Nachfragen konzentrieren.²⁰

Die Möglichkeit (nicht aber die Pflicht) zu einer virtuellen Frage- und Antwortrunde ist abstrakt-generell durch den Gesetzgeber auszugestalten. Dafür bietet es sich an, das Auskunftsverweigerungsrecht in der Hauptversammlung nach § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 AktG dahingehend zu ergänzen, dass in der Hauptversammlung selbst keine Fragen beantwortet werden müssen, soweit die Auskunft in einem allen Angemeldeten zugänglichen Aktionärsportal (nicht auf der öffentlich zugänglichen Unternehmenswebseite) mindestens einen Tag vor Beginn der Hauptversammlung durchgehend zugänglich war.

b) Rederecht und Stellungnahmen im Vorfeld der Hauptversammlung

Auch das Rederecht kann – basierend auf den Erfahrungen der virtuellen Hauptversammlung – unter Nutzung des Aktionärsportals weitgehend ins Vorfeld der Hauptversammlung verlegt werden:

- Wenn und soweit die Gesellschaften die Möglichkeit eröffnen, Redebeiträge schriftlich oder als Videobotschaft im Vorfeld der Hauptversammlung zur Zugänglichmachung im Aktionärsportal einzureichen, sollte es den Gesellschaften gesetzlich möglich sein, das Rederecht in der Hauptversammlung auszuschließen.²¹
- Die entsprechende Regelung sollte eine Frist zur Einreichung – analog zur Einreichung von Fragen – vorsehen.
- Umfang und Dauer der entsprechenden Beiträge müssen durch die Gesellschaften auf angemessene Art und Weise begrenzt werden können.

15 *Franzmann/Brouwer* AG 2020, 921, 925; *Herrler* DNotZ 2020, 468, 504 f.; *Roth* NZG 2021, 393, 394; *Seibt/Danwerth* NZG 2020, 1241, 1249; *Wicke* DSrR 2020, 885, 889. Weitergehend mit einem (anzustrebenden) Primat der virtuellen HV *Noack/Zetzsche* AG 2020, 721, 725 f.

16 Für eine weitgehende Verlagerung ins Vorfeld der Versammlung auch *Seibt/Danwerth* NZG 2020, 1241, 1249; *Franzmann/Brouwer* AG 2020, 921, 926. Für Zuschaltung von Wortmeldungen in der virtuellen HV etwa *Redenius-Hövermann/Bannier* ZIP 2020, 1885, 1895.

17 Für eine Antwortpflicht vor der Hauptversammlung *Roth* NZG 2021, 393, 394. *Noack/Zetzsche* AG 2020, 721, 727 plädieren etwa für eine Vorabveröffentlichung sämtlicher Fragen und Antworten auf der Internetseite.

18 So auch *Noack/Zetzsche* AG 2020, 721, 727. Für eine Vorverlagerung des Fragerechts über ein Aktionärsforum, jedoch für Beantwortung in der Hauptversammlung *Seibt/Danwerth* NZG 2020, 1241, 1250; ähnlich auch *Lieder* ZIP 2021, 161, 170. Zur Richtlinienkonformität bspw. *Bungert/Srothotte* DB 2021, 830, 832.

19 *Seibt/Danwerth* NZG 2020, 1241, 1249.

20 *Franzmann/Brouwer* AG 2020, 921, 926, ohne gesetzliches Nachfragerecht mit Verweis auf Best Practice.

21 Für die Einräumung einer Möglichkeit der Stellungnahme im Vorfeld der Versammlung, jedoch ohne Präklusion des Rederechts in der Hauptversammlung *Seibt/Danwerth* NZG 2020, 1241, 1250. Für eine Lösung durch erweiterte Informationspflichten im Vorfeld bei *Franzmann/Brouwer* AG 2020, 921, 926.

c) (Gegen-)Anträge und Wahlvorschläge

Ähnlich ließen sich (Gegen-)Anträge und Wahlvorschläge ins Vorfeld der Versammlung verlegen, um die Hauptversammlung zu entlasten. Das gesetzliche Erfordernis, entsprechende Anträge zwar ankündigen zu können, aber mündlich in der Hauptversammlung wiederholen zu müssen, wirkt überholt und hat sich in der virtuellen Hauptversammlung als überflüssig erwiesen.²² Unter Berücksichtigung der Erfahrungen in den Jahren 2020 und 2021 könnten Eckpunkte für eine Anpassung sein:

- Als Einreichungsfrist für entsprechende Anträge bzw. Wahlvorschläge bietet sich eine Anlehnung an § 126 Abs. 1 AktG an, d.h. Zugang bei der Gesellschaft mindestens 14 Tage vor der Hauptversammlung.
- Wird ein Beschlussantrag im Vorfeld der Hauptversammlung ordnungsgemäß gestellt, ist es nicht erforderlich, diesen in der Hauptversammlung mündlich zu wiederholen.²³
- In der Hauptversammlung sind nur noch solche Anträge zulässig, die auf Informationen beruhen, die bei Fristablauf noch nicht vorlagen.²⁴

Die Einreichung vor der Hauptversammlung ermöglicht es, in den Abstimmunterlagen entsprechende Abstimmmöglichkeiten vorzusehen. Zugleich können auch Anteilseigner, die nicht an der Hauptversammlung teilnehmen, ihre Stimme im Vorfeld abgeben.

d) Auskunfts-, Rede- und Antragsrechte in der Hauptversammlung

Die Vorverlagerung der Kommunikation in das Aktionärsportal kann die Hauptversammlung im Aktionärsinteresse von Themen entlasten, die durch eine geordnete, zeitlich weniger unter Druck erfolgende Beantwortung gewinnen. Bestehenbleiben müssen Auskunfts-, Rede- und Antragsrechte, soweit die entsprechenden Informationen und Themen nicht im Vorfeld bekannt waren. Die Reaktion auf aktuellste Entwicklungen oder auf seitens der Gesellschaft neu vorgetragene Informationen darf nicht beschränkt werden.

Im Bereich des Fragerechts betrifft dies vor allem die Reden von Vorstand und Aufsichtsrat, die im Vorfeld der Hauptversammlung nicht immer (teil-)öffentlich zur Verfügung stehen. Allerdings sollte den Unternehmen – analog zur virtuellen Frage- und Antwortrunde – die Möglichkeit eröffnet werden, durch rechtzeitige Veröffentlichung der entsprechenden Reden Fragen im Vorfeld entgegenzunehmen. Damit könnten spontane Fragen in der Hauptversammlung entfallen. Machen Gesellschaften von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, bleibt es bei der Nachfragemöglichkeit in der Versammlung.

Auch darüber hinaus können in der Hauptversammlung neue Informationen gegeben werden. Im Interesse einer effizienten Durchführung der Versammlung sollte das Fragerecht zu solchen Informationen auf Grundlage einer abstrakt-generellen Regelung des Gesetzgebers begrenzt werden können:

- Fragen müssen einen unmittelbaren Bezug zu den in der Hauptversammlung neu erteilten Informationen haben.
- Das Fragerecht muss angemessen begrenzt sein. Hierfür bietet sich bspw. eine zahlenmäßige Begrenzung (etwa auf zwei Nachfragen je Aktionär) an.
- Ebenfalls denkbar wäre die Begrenzung der Nachfragemöglichkeit auf solche Aktionäre oder Aktionärsvereinigungen, bei denen die Höhe der Beteiligung am Unternehmen ver-

nünftigerweise erwarten lässt, dass ein wirtschaftlich agierender Aktionär ein berechtigtes Interesse an der Nachfrage hat. Für eine solche Mindestbeteiligung (allein oder gebündelt mit den Aktien anderer) könnte sich eine Orientierung an den §§ 142 Abs. 2, 148 Abs. 1 AktG (100.000,00 € oder 1 % des Grundkapitals) anbieten; ein höherer Betrag sollte nicht gefordert werden.

Sollte die Zahl der Fragen zu neu erteilten Informationen eine angemessene Beantwortung in der Versammlung nicht möglich machen, kann gem. § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG der entsprechende Block für Fragen und Antworten in der Hauptversammlung angemessen beschränkt werden. Analog des ursprünglichen § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 COVMG sollte ausdrücklich geregelt werden, dass der Versammlungsleiter bei der Begrenzung nach Art und Höhe der Beteiligung und dem dahinterstehenden Informationsinteresse differenzieren kann.²⁵ Dies ermöglicht eine angemessene Bevorzugung von Aktionärsvereinigungen und institutionellen oder anderen wesentlich beteiligten Investoren.

Auch für das Rede- und Antragsrecht, einschließlich Verfahrensfragen, können diese Eckpunkte als Orientierung dienen, um eine Abwägung zwischen dem Interesse an einer möglichst störungsfreien und effizienten Durchführung einerseits und der aktiven Teilhabe andererseits zu erreichen:

- Können entsprechende Beiträge bzw. Anträge innerhalb einer bestimmten Frist vor der Versammlung eingereicht werden und sind diese über das Aktionärsportal zugänglich, ist eine Wiederholung in der Hauptversammlung überflüssig.
- Werden vor dieser Frist nicht zugängliche Informationen aufgegriffen, bleibt das entsprechende Recht bestehen. Bspw. wäre der Antrag auf Abwahl des Versammlungsleiters aufgrund von Fehlern bei der Versammlungsleitung (also neuen Entwicklungen) in der Hauptversammlung stets möglich.

Zur Durchsetzung dieser Begrenzung muss Redenden, die ihre Beiträge im Vorfeld hätten einreichen können, das Wort ohne gesteigertes Anfechtungsrisiko entzogen werden können. Darüber hinaus sollte den Gesellschaften jedenfalls die Möglichkeit eröffnet werden, durch Satzungsregelung das Rederecht in der Hauptversammlung auf Personen beschränken zu können, deren Aktien allein oder gemeinsam mit anderen einen anteiligen (Mindest-)Betrag des Grundkapitals von bis zu 100.000,00 € oder 1 % des Grundkapitals repräsentieren. Dies setzt voraus, dass allen übrigen zur Hauptversammlung Angemeldeten die Möglichkeit eingeräumt worden ist, ihre Meinung zu Themen der Tagesordnung im Vorfeld der Hauptversammlung durch Einreichung einer Stellungnahme zu äußern.

Weitergehende Möglichkeiten zur (allgemeinen) Begrenzung des Rede- und Fragerechts nach § 131 Abs. 2 AktG bleiben von diesen Reformvorschlägen unberührt. In Extremfällen

²² Zum Erfordernis, die Anträge in der Versammlung zu stellen, bspw. BeckOGK/Rieckers, 01.02.2021, AktG, § 126 Rn. 54.

²³ Noack/Zetzsche AG 2020, 721, 727.

²⁴ Dazu sogleich ausführlich unter III.1.d). Hiervon wären auch Anträge auf Vertagung oder auf Bestellung von Sonderprüfern nach § 142 Abs. 1 AktG erfasst.

²⁵ Begr. Fraktionsentwurf des COVMG, BT-Drucks. 19/18110, S. 26.

muss weiterhin die Möglichkeit bestehen, die Zeitdauer für die Beantwortung von Fragen zu begrenzen.

Können Fragen aus Zeitgründen in der Hauptversammlung nach § 131 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht beantwortet werden, sollte die Gesellschaft im Aktionärsinteresse verpflichtet sein, nicht beantwortete Fragen nach der Hauptversammlung schriftlich zu beantworten. Die Antworten wären dann im Aktionärsportal zu veröffentlichen. Dies dürfte Anreiz für die Gesellschaften bieten, in der Hauptversammlung auch kritische Fragen (mündlich) zu beantworten.

2. Digitalisierung zur Stärkung der Teilnahmemöglichkeiten

a) Liveübertragung und Stimmrechtsausübung über das Internet

Die Übertragung der gesamten Hauptversammlung über das Aktionärsportal stellt insbesondere für internationale, aber auch aus anderen Gründen an der persönlichen Teilnahme gehinderte Personen eine Möglichkeit dar, am Geschehen am Tag der Versammlung teilzuhaben.

Ebenfalls als technisch umsetzbar erwiesen hat sich die Stimmabgabe über das Aktionärsportal noch während der Hauptversammlung, sei es im Wege der Briefwahl oder in Form der Erteilung von Vollmacht und Weisungen an die von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreter. Hierdurch können die Berechtigten auf kurzfristige Entwicklungen reagieren. Damit kann zugleich vermieden werden, dass eine zufällig vor Ort anwesende Minderheit das Gesamtstimmungsbild repräsentiert.

Aufgrund der guten Erfahrungen und der weitgehenden Akzeptanz ist kaum zu erwarten, dass (große) Gesellschaften in der nächsten Präsenz-Saison hinter den erreichten Standard der Aktionärsbeteiligung zurückgehen können. Dies setzt jedoch voraus, dass mit der Erweiterung der Teilhaberechte über das Internet keine zusätzlichen Anfechtungsrisiken verbunden sind, da andernfalls zu befürchten ist, dass solche Möglichkeiten in der Praxis weiterhin nur sehr zurückhaltend bis gar nicht genutzt würden.

b) Widerspruchsrecht

Sofern an einem Widerspruchsrecht als Voraussetzung für die Erhebung einer Anfechtungsklage nach § 245 Nr. 1 AktG festgehalten werden sollte, müssen alle ordnungsgemäß Angemeldeten bei einer Präsenzhauptversammlung einer börsennotierten Gesellschaft die Möglichkeit haben, ihren Widerspruch elektronisch einzulegen.²⁶ Hierfür genügt eine Mitteilung am Tag der Hauptversammlung über das Aktionärsportal oder eine E-Mail an den Notar. Beide Techniken wurden in virtuellen Hauptversammlungen genutzt und haben sich als praktisch ohne Weiteres durchführbar erwiesen.

c) Erleichterungen bei der Beschlussverkündung

Eine weitere Möglichkeit, die Hauptversammlung erheblich zu straffen, stellt die häufig zeitraubende Beschlussverkündung nach § 130 Abs. 1 und 2 AktG dar. Die Beschlussergebnisse werden zeitnah und ausführlich im Internet veröffentlicht und in der Hauptversammlung regelmäßig im Detail durch Einblendungen über Bildschirme gezeigt. Das Verlesen der Informationen nach § 130 Abs. 2 Satz 3 AktG erscheint unnötig. Es sollte ausreichen, zu jedem Beschluss anzugeben,

ob der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit der Stimmen gefasst worden ist.

Im Gegenzug könnte die Frist des § 130 Abs. 6 AktG zur Veröffentlichung der detaillierten Abstimmungsergebnisse im Internet deutlich verkürzt werden. Bei umfangreichen Tagesordnungspunkten könnte die Hauptversammlung so ganz erheblich verkürzt werden. Insbesondere müssten die Unternehmen nicht länger aus Sorge vor langatmigen Beschlussfeststellungen auf die Einzelentlastung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern verzichten.

IV. Modernisierung des Beschlussmängelrechts

Eine wesentliche Grundbedingung für die Modernisierung der Hauptversammlung ist jedoch die Beherrschbarkeit der daraus erwachsenden Anfechtungsrisiken. Die positiven Erfahrungen mit der virtuellen Hauptversammlung waren allein deshalb möglich, weil der Gesetzgeber das Anfechtungsrecht weitestgehend suspendiert hat (§ 1 Abs. 7 COVMG). Dies kann jedoch kein Dauerzustand bleiben.

Der Reformbedarf im Bereich des Beschlussmängelrechts ist über den Bedarf zur Modernisierung der Hauptversammlung hinaus weitgehend anerkannt.²⁷ Als Minimalanforderungen, um die hier postulierten Reformziele zu erreichen, verbleiben zumindest zwei wesentliche Punkte, nämlich der Anfechtungsausschluss bei technischen Störungen sowie die Reform der Anfechtungsmöglichkeiten bei (vermeintlichen) Auskunftsängeln.

1. Anfechtungsausschluss bei technischen Störungen

Sowohl die Ausübung des Stimmrechts bis kurz vor Beginn der Abstimmungen als auch ein Livestream der gesamten Veranstaltung könnte in den meisten Fällen bereits nach geltendem Recht erfolgen (§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG). Vielfach fürchten die Unternehmen jedoch technische Fehler, die möglicherweise Anfechtungsrisiken begründen könnten. In Anlehnung an das COVMG könnten Anfechtungsausschlüsse bei technischen Störungen ein probates Mittel sein, um den Einsatz des Aktionärsportals zu steigern:

- Nach dem Vorbild des § 1 Abs. 7 COVMG sollte der Anfechtungsausschluss für die Fälle des § 118 Abs. 1 Satz 3 bis 5 und Abs. 2 AktG in das neue Beschlussmängelrecht übernommen werden. Fehler bei der nachträglichen Benachrichtigung über die schon erfolgte Stimmausübung rechtfertigen keine Aufhebung gefasster Beschlüsse.²⁸
- Der Anfechtungsausschluss in den Fällen des § 118 Abs. 4 AktG lässt die Anfechtung bei Störungen der Bild- und Tonübertragung bislang nur bei Vorsatz zu. Umstritten ist, ob dasselbe auch für Fehler bei der Stimmrechtsausübung sowie beim Frage- und Widerspruchsrecht gilt.²⁹ Zur Behebung dieser Unsicherheit sollten einheitlich alle technischen Störungen § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG unterstellt werden, der das Anfechtungsrecht (weitergehend als § 118 Abs. 4 AktG) auch dann erhält, wenn auf Sei-

26 *Bücker/Kulenkamp/Schwarzl/Seibt/v.Bonin* DB 2020, 775, 783.

27 Vgl. Wirtschaftsrechtliche Abteilung des 72. Deutschen Juristentags: Stimmverhältnis von 51 zu 1 Stimmen für eine grundlegende Reform.

28 *Tröger* BB 2020, 1091, 1097.

29 Bejahend *Götzel/Roßkopf* DB 2020, 768, 772; *Lieder* ZIP 2020, 837, 844; *Schäfer* NZG 2020, 481, 485 f.; ablehnend *Noack/Zetzsche* AG 2020, 265, 276; *Tröger* BB 2020, 1091, 1097.

ten der Gesellschaft grobe Fahrlässigkeit festgestellt werden kann.³⁰

- Der in § 1 Abs. 7 COVMG vorgesehene Anfechtungsausschluss bei Verletzungen der Mitteilungsform nach § 125 AktG ist im Wesentlichen Unsicherheiten der Umstellungsphase geschuldet und müsste in ein neues Beschlussmängelrecht nicht zwingend übernommen werden.

2. Auskunftsrecht

Größtes Einfallstor für Anfechtungsklagen bleibt das Anfechtungsrecht bei (vermeintlichen) Auskunftsängeln. Ein vollständiger Anfechtungsausschluss wäre zu weitgehend und nicht erforderlich. Nachgeschärft werden sollte jedoch das Kriterium der *Relevanz*. Zudem sollte eine zusätzliche Verhältnismäßigkeitsprüfung in Bezug auf die Beschlussfolgen eingeführt werden.

Auf der Ebene des Beschlussmängelrechts besteht nach geltendem Recht allein der Relevanzfilter des § 243 Abs. 4 Satz 1 AktG. Insofern ist umstritten, ob es sich überhaupt um einen zusätzlichen Filter handelt oder lediglich um eine Bekräftigung des Kriteriums der Erforderlichkeit in § 131 Abs. 1 AktG.³¹ Daher erscheint eine Klarstellung in dem Sinne wünschenswert, dass die Relevanz nicht mit der Erforderlichkeit identisch ist, sondern eine zusätzliche Schwere umschreibt.

Ist eine Frage nach Ansicht des Fragenden nicht oder nicht vollständig beantwortet worden, haben die übrigen Abstimmenden aber dennoch für den Beschluss gestimmt, spricht dies dafür, dass die konkrete Antwort für die Willensbildung und die Beschlussfassung nicht relevant war. Da ein Anfechtungsausschluss bei (teilweiser) Nichterteilung von Auskünften jedoch zu weitgehend wäre, sollte als Voraussetzung für den Erfolg der Anfechtungsklage ein Nachweis der Relevanz für die Entscheidungsfindung gefordert werden. In Anlehnung an andere Minderheitenrechte könnte verlangt werden, dass sich Personen mit einer Mindestbeteiligungsquote der Klage anschließen und damit zum Ausdruck bringen, dass die potenziell nicht oder nicht zutreffend erteilte Antwort für ihre Willensbildung relevant war.³² Auch insoweit könnte sich eine Beteiligung am anteiligen Grundkapital in Höhe von nicht mehr als 100.000,00 € oder 1 % des Grundkapitals anbieten; eine höhere Beteiligung sollte nicht gefordert werden.

Auch ein verschärftes Relevanzanforderndes könnte jedoch nicht verhindern, dass für die Gesellschaft sehr bedeutsame Beschlüsse aufgrund einzelner fehlerhafter Auskünfte aufgehoben werden. Eine Ergänzung des geltenden Rechts um eine gerichtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, die es ermöglicht, von einer Kassation abzusehen, könnte Fehlerfolgen im Interesse der Gesellschaft und der Mehrheit ihres Aktionariats abmildern.

Fehlende Flexibilität in Bezug auf Fehlerfolgen ist allerdings nicht allein ein Problem des Auskunftsrechts, sondern ein generelles Problem des Beschlussmängelrechts. Daher sollte dieser zusätzliche Filter umfassend für alle Beschlussfehler greifen, vergleichbar der nach geltendem Recht bestehenden Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen des Freigabeverfahrens nach § 246a Abs. 2 Nr. 2 und 3 AktG. Eine Lösungsmöglichkeit bieten die Empfehlungen des 72. Deut-

schon Juristentags und des Arbeitskreises Beschlussmängelrecht: Hauptsache- und Freigabeverfahren sollten zu einem einheitlichen Verfahren zusammengeführt werden, in dem das Gericht für sämtliche Beschlussarten eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornehmen und unterschiedliche Sanktionen anordnen kann.³³ Zudem muss das Gericht eine beschleunigte Freigabe anordnen können, die als Zwischenentscheidung eines einheitlichen Verfahrens ausgestaltet sein sollte.³⁴

Eine kleinere Lösung, die keine Dauerlösung sein sollte, aber übergangsweise die Einführung modernisierter Hauptversammlungsregelungen flankieren könnte, liegt darin, das Freigabeverfahren über seinen jetzigen Anwendungsbereich hinaus in Gestalt eines Bestandsicherungsverfahrens auch auf andere Beschlussarten auszudehnen.

V. Fazit

Insgesamt hat die erfolgreiche Durchführung virtueller Hauptversammlungen in den Jahren 2020 und 2021 deutlichen Reformbedarf aufgezeigt. Eine wesentliche Stellschraube für den Gesetzgeber zur Modernisierung der Präsenzversammlung bleibt hierbei auch das Beschlussmängelrecht.

Durch eine gezieltere Nutzung des Vorfelds der Hauptversammlung (»Vorverlagerung«) kann die Versammlung wesentlich entlastet und internationalen Standards deutlich angenähert werden. Die Hauptversammlung könnte damit insgesamt effizienter gestaltet werden, ohne wesentliche Rechtsverluste zur Folge zu haben: So könnten Auskunftsrechte im Rahmen von Frage- und Antwortrunden unmittelbar vor der Hauptversammlung über das praktisch etablierte Aktionärsportal wahrgenommen werden. Auch für die Ausübung von Rede- und Antragsrechten bietet sich ein solcher Ansatz grundsätzlich an.

Darüber hinaus kann durch weitere kleine Weichenstellungen die Teilhabe von und die Kommunikation mit den Aktionärinnen und Aktionären gestärkt werden. Dies betrifft insbesondere die Schaffung einer rechtssicheren Möglichkeit, die Ausübung von Stimmrechten über das Internet noch bis in die Hauptversammlung hinein zuzulassen und die gesamte Hauptversammlung zu übertragen, sowie die Modernisierung von Beschlussverkündung und Widerspruchsrecht.

30 Für die Beibehaltung der Risikoverteilung nach § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG *Lieder* ZIP 2021, 161, 171; *Seibt/Danwerth* NZG 2020, 1241, 1250; *Tröger* BB 2020, 1091, 1098. Für eine Anfechtung nur bei Vorsatz etwa *Dubovitskaya* NZG 2020, 647, 653.

31 Letzteres bejahend OLG Stuttgart, AG 2011, 93; *Kubis* in MünchKomm. AktG, § 131 Rn. 174; *Koch* in Hüffer/Koch-AktG, § 243 Rn. 47; *Kersting* ZGR 2007, 319, 326; a.A. OLG München, AG 2013, 527; *Hoffmann-Becking* in MünchHB GesR Bd. IV, § 38 Rn. 67; *Decher* in Großkomm. AktG, § 131 Rn. 518; *Fleischer* NJW 2005, 3525, 3528; *Weißhaupt* ZIP 2005, 1766, 1771.

32 Allgemein für ein Mindestquorum *Bayer/Möller* NZG 2018, 801, 804 f.; *Poelzig/Meixner* AG 2008, 196, 200 ff.; für eine Berücksichtigung der Beteiligungshöhe i.R.d. gerichtlichen Abwägungsentscheidung *Lieder* NZG 2018, 1321, 1323.

33 *Arbeitskreis Beschlussmängelrecht* AG 2008, 617, 619 ff.; *Koch*, Gutachten 72. DJT, 2018, F 38 ff.; für Flexibilisierung auch *Fleischer* ZIP 2014, 149, 158.

34 Hierzu ausführlicher *Seibert/Hartmann*, FS Stilz, 2014, S. 585; *Koch*, FS Seibert, 2019, S. 481.

Querschnitt

Überblick

Novellierung des PBefG und Regulierung von digitalen Mobilitätskonzepten im öffentlichen Raum

Rechtsanwalt Christian A. Mayer/Wiss. Mit. Lukas Seiler, München*

Die am 26.03.2021 mit der Zustimmung des Bundesrates vollendete Novellierung des Personenbeförderungsrechts stellt den Endpunkt eines langen und umkämpften politischen Prozesses sowie den Versuch einer – überfälligen – Anpassung des rechtlichen Rahmens an die Bedürfnisse innovativer, digital basierter Mobilitätsdienstleister dar. Im Zentrum der Novelle steht neben der Schaffung einer Genehmigungsgrundlage für digitale Mobilitätsangebote die Einführung der Verpflichtung von Beförderern und Vermittlern zur Bereitstellung statischer und dynamischer Mobilitätsdaten. Der Überblicksbeitrag zeichnet Hintergrund und Entstehungsgeschichte der Novelle nach und erläutert kritisch ihren wesentlichen Inhalt.

I. Anlass der PBefG-Novelle 2021

Die Herausforderungen des Klimawandels und des drohenden »Verkehrsinfarkts« in Großstädten und Ballungszentren¹ erfordern intelligente und nachhaltige Mobilitätslösungen. Gleichzeitig muss der ländliche Raum deutlich besser mit dem öffentlichen Leben vernetzt werden. Das Angebot des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) ist alleine nicht in der Lage, bestehende Nachfragerücken zu schließen und Nachhaltigkeitspotenziale voll auszuschöpfen. Aus dieser Gemengelage heraus entwickeln sich innovative, digitale Mobilitätskonzepte wie die der Ridepooling-Dienste MOIA und door2door oder der Plattform FreeNow, die – wenn sinnvoll reguliert – einen Beitrag zur ressourcenoptimalen und klimafreundlichen Personenbeförderung der Zukunft leisten können.²

Für private Anbieter App-basierter Mobilitätsplattformen erweist sich der hergebrachte personenbeförderungsrechtliche Rahmen jedoch als erhebliche Marktzutrittschürde. Gleichwohl sprießen immer mehr solcher innovativer Konzepte aus den Straßenecken, sodass eine Überholung des rechtlichen Rahmens durch den technischen Fortschritt und die digitale Realität nicht bloß droht, sondern seit einigen Jahren bereits eingetreten ist.

Dass insoweit – vor allem unter ökologischen und verkehrspolitischen Gesichtspunkten³ – die rechtlichen Vorgaben dringend der Anpassung bedürfen, ist keine neue Erkenntnis.⁴ Unter erheblichem Reformdruck wurde nun am 26.03.2021 mit der Zustimmung des Bundesrates das Gesetz zur Modernisierung des Personenbeförderungsrechts verabschiedet.⁵ Am 26.03.2021 hat der Bundesrat zugestimmt. Insbesondere der darin enthaltenen Novelle des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) widmet sich der vorliegende Beitrag (unten III.). Zunächst werden die von der Novelle besonders betroffenen innovativen Mobilitätsdienste und ihre Probleme im hergebrachten Personenbeförderungsrecht erläutert (II.).

II. Innovative Mobilität im hergebrachten Personenbeförderungsrecht

Anbieter digitaler Mobilität betreiben typischerweise eine On-Demand-Plattform für Fahrdienstleistungen, auf der Fahrer mit potenziellen Fahrgästen zusammengeführt werden.⁶ Für besonders viele (gerichtliche) Konflikte sorgen seit Jahren die unterschiedlichen Erscheinungsformen des Vermittlungsdienstes Uber.⁷ Uber bot in Deutschland anfangs digitale Fahrtvermittlung nicht nur zwischen Privatpersonen und konzessionierten Taxis oder Mietwagen (UberBlack, UberTaxi), sondern auch zwischen Fahrgästen und Privatfahrern ohne Beförderungslizenz (UberPop) an, wobei insbesondere letzteres Geschäftsmodell für reichlich Zündstoff sorgte und von Uber nach kurzer Zeit aufgegeben wurde.

Ride-Pooling als weitere Ausprägung der sog. *Sharing Economy*⁸ ist eine Verkehrsform, bei der ein computergestützter Algorithmus verschiedene Fahreranfragen bündelt und daraus eine für mehrere Nutzer geeignete Fahrtstrecke samt virtueller (da nur in der App angezeigter) Haltepunkte ermittelt. Die Nutzer müssen sich zur Mitnahme an den virtuellen Haltepunkt begeben und nehmen in Kauf, dass das Fahrzeug Umwege fährt, um weitere Nutzer mit ähnlicher Route einzusammeln.⁹ Mit solchen Diensten wird ein spürbarer ökologischer und verkehrspolitischer Vorteil verbunden.¹⁰ Sie stehen dementsprechend in besonderem Fokus der hier diskutierten Gesetzesnovelle.¹¹

* Christian A. Mayer ist Partner bei der Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB in München sowie Lehrbeauftragter an der Universität Stuttgart und der Technischen Universität Berlin. Er berät regelmäßig zu neuen Mobilitätsangeboten und hat die MOIA GmbH in den nachstehend zitierten Verfahren vertreten. Ass. iur. Lukas Seiler ist nebenberuflicher wissenschaftlicher Mitarbeiter bei der Noerr Partnerschaftsgesellschaft mbB in München und promoviert zu öffentlich-rechtlichen Fragen der Energiewende an der Universität Regensburg bei Professor Dr. Gerrit Manssen.

1 Siehe den Bericht der FAZ »Mehr Mobilität mit weniger Verkehr« i.R.d. Projekts »Deutschland mobil 2030«, <https://www.faz.net/asv/deutschland-mobil-2030/mehr-mobilitaet-mit-weniger-verkehr-16153831.html> [16.03.2021].

2 IKEM, Studie »Digitale Mobilitätsplattformen«, 2017.

3 Dazu Kment NVwZ 2020, 366; Schütte ZUR 2018, 65.

4 Zeil/Prinz zur Lippe GewArch 2018, 405 sowie schon Monopolkommission, Hauptgutachten XXI, 2016, Rn. 1275.

5 BR-Drs. 200/21; das Gesetz wurde am 27.04.2021 verkündet, BGBl. I, S. 822.

6 Monopolkommission, Hauptgutachten XXI, 2016, Rn. 1242.

7 Siehe dazu bereits 2017 den Beschluss des BGH 18.05.2017, I ZR 3/16.

8 Zum Begriff Ludwigs NVwZ 2017, 1646 sowie Monopolkommission, Hauptgutachten XXI, 2016, Rn. 1178, 1182 ff.

9 Solche Angebote mit jeweils unterschiedlichen Ausprägungen im Detail werden bereitgestellt von zum Beispiel MOIA, CleverShuttle und Uber-Pool.

10 IKEM, Studie »Digitale Mobilitätsplattformen«, 2017, S. 45, 48.

11 Vgl. BT-Drucks. 19/26175, S. 2.

1. Strukturmerkmale des hergebrachten Personenbeförderungsrechts

In rechtlicher Hinsicht bedarf jeder, der geschäftsmäßig Personen mit (u.a.) Kraftfahrzeugen befördert, nach § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 PBefG der Genehmigung. Er ist »Unternehmer« i.S.d. PBefG (§ 2 Abs. 2 Satz 2, § 3 Abs. 2 PBefG). Dem PBefG a.F. unterfiel von vorn herein nicht, wer – in Abgrenzung zur Beförderung – wie eine internetbasierte Taxizentrale Beförderungen lediglich *vermittelt* und damit »nur« die Gelegenheit zum Abschluss eines Beförderungsauftrags schafft.¹² Dem PBefG unterfielen nach der Legalausnahme des § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PBefG a.F. auch nicht Beförderungen mit Personenkraftwagen im Fall der Unentgeltlichkeit oder wenn das vom Fahrgast zu entrichtende Gesamtentgelt die Betriebskosten der Fahrt nicht überstieg.

Als in materiell-rechtlicher Hinsicht genehmigungsfähig erachtete das PBefG a.F. für Personenkraftwagen in den §§ 42 ff., 46 ff. (nur) die Verkehrsarten des Linien- und Gelegenheitsverkehrs. Was Linienverkehr ist, bestimmen die §§ 42 ff. PBefG. Diese Verkehrsform zeichnet sich durch feste Start- und Endpunkte bestimmter Linien sowie eine im öffentlichen Interesse bestehende Betriebs- und Beförderungspflicht (§§ 21, 22 PBefG) aus. Jede Beförderung mit Kraftfahrzeugen, die nicht Linienverkehr ist, ist nach § 46 Abs. 1 PBefG Gelegenheitsverkehr. Als Formen des Gelegenheitsverkehrs sind nach § 46 Abs. 2 PBefG wiederum nur zulässig der Verkehr mit Taxen, Ausflugsfahrten und Fernziel-Reisen sowie der Verkehr mit Mietomnibussen und Mietwagen in den jeweils durch die §§ 47 bis 49 PBefG – gleichzeitig zum Teil Marktverhaltensregeln i.S.d. § 3a UWG¹³ – geregelten Grenzen. Nicht im Gesetz vorgesehene Verkehre unterfallen zwar der Genehmigungspflicht, sind aber materiell-rechtlich – grundsätzlich – nicht genehmigungsfähig (sog. Typenzwang).¹⁴

Infolge der den Typenzwang verfassungsrechtlichen Anforderungen unterwerfenden Rechtsprechung des BVerfG¹⁵ sah sich der Gesetzgeber zur Anerkennung innovativer Verkehrskonzepte durch Schaffung der heutigen § 2 Abs. 6¹⁶ und Abs. 7 PBefG veranlasst. Nach § 2 Abs. 6 PBefG kann *anstelle der Ablehnung* atypischer Beförderungen eine Genehmigung nach denjenigen Vorschriften des PBefG erteilt werden, denen diese Beförderung am meisten entspricht. Zusätzlich *kann* die Genehmigungsbehörde auf Antrag im Einzelfall Abweichungen von den Vorschriften des PBefG für neue Verkehrsarten oder Verkehrsmittel für die Dauer von höchstens vier Jahren genehmigen (§ 2 Abs. 7 PBefG, sog. Erprobungsgenehmigung). Die beiden Ausnahmenvorschriften greifen jeweils nur unter dem Vorbehalt entgegenstehender »öffentlicher Verkehrsinteressen«. Inwieweit Bestandsverkehre und ihre Funktionsfähigkeit¹⁷ hier zu berücksichtigen sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Davon zu unterscheiden ist allerdings prozessrechtlicher Drittschutz. Nach zutreffender Ansicht des OVG Hamburg vermittelt § 2 Abs. 7 PBefG den Konkurrenten keine Klagebefugnis gegen die Genehmigung innovativer Mobilitätskonzepte.¹⁸

Das Kriterium der »öffentlichen Verkehrsinteressen« als Ablehnungsgrund gegenüber neuen Mobilitätskonzepten verdeutlicht eine im PBefG angelegte Spannung zwischen Gemeinwohlverpflichtung und Marktorientierung.¹⁹ Ähnliches gilt für die Regelungen betreffend den ÖPNV (§ 8), mit denen das PBefG einen Bereich klassischer Daseinsvorsorge berührt.²⁰ Die Definition des ÖPNV ist ein neben die Genehmigung tretender,

eigenständiger Tatbestand und knüpft an tradierte Formen der allgemein zugänglichen Beförderung mittels Straßenbahnen, Omnibussen und Kraftfahrzeugen im fahrplan- und haltestellengebundenen Linienverkehr an (§ 8 Abs. 1 PBefG).²¹ Der Gesetzgeber erachtet die Funktionsfähigkeit des ÖPNV als »überragend wichtiges Gemeinschaftsgut«. An die Einstufung als ÖPNV knüpft das Gesetz weitreichende Folgen für die Beteiligten (Behörden, Unternehmen, Aufgabenträger), die sowohl Privilegien als auch besondere Verpflichtungen einschließen.²³ Eine wesentliche Rolle bei der Abgrenzung ÖPNV/kommerzieller Verkehr spielen auch die Vorgaben des Unionsrechts, wenn bspw. eine Kommune im Falle eines Marktversagens öffentliche Dienstleistungsaufträge für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen vergeben will.²⁴

2. Anwendung auf digitalbasierte Mobilitätskonzepte

In diesem komplizierten Rechtsrahmen haben sich digitale Mobilitätsangebote bislang schwer getan. Das bereits 1934 eingeführte²⁵ und zuletzt zu Beginn der 1960er Jahre in größerem Stil reformierte²⁶ PBefG basiert auf einigen über die Jahrzehnte tradierten innovations- und technologieunfreundlichen Strukturmerkmalen.

a) Die causa Uber

So warf schon bezüglich des Anwendungsbereichs des PBefG (§ 1) die Frage Diskussionsbedarf auf, ob die verschiedenen Angebote von Uber als Beförderung im Sinne des PBefG oder als »reine« Vermittlung einzustufen sind. Die Fälle legten das Problem offen, dass das PBefG a.F. generell keine Aussagen über die Vermittlung von Fahraufträgen traf.²⁷ Die Rechtsprechung bejahte die Beförderereigenschaft von Uber im Falle von UberPop und UberBlack, da Uber in diesen Fällen als für die Organisation und Durchführung der Beförderung verantwortlicher Vertragspartner auftrat.²⁸ Mit ähnlicher Ar-

12 Das gilt bspw. für UberTaxi oder die frühere App mytaxi; vgl. dazu *Zeill/Prinz zur Lippe* GewArch 2018, 405; OLG Frankfurt 09.06.2016, 6 U 73/15 – juris Rn. 48.

13 BGH 13.12.2018, 1 ZR 3/16 – juris Rn. 29 in Bezug auf die besonderen Anforderungen an den Mietwagenverkehr nach § 49 Abs. 4 Satz 2 und S. 5 PBefG.

14 Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, *Personenbeförderungsgesetz*, 2. Aufl. 2014, § 2 Rn. 49 und Rn. 51 zum Schutz der Verkehrsarten gegen Wettbewerb untereinander; BVerwG 12.12.2013, 3 C 30/12 – juris Rn. 33.

15 Vgl. BVerfG 07.04.1964, 1 BvL 12/63 – juris Rn. 20, 27, 39.

16 § 59a PBefG i.d.F. des Gesetzes v. 24.08.1965, BGBl. I, S. 609.

17 Dass die »öffentlichen Verkehrsinteressen« auch und gerade Bestandsverkehre schützen sollen, stellte der Gesetzgeber auch in der Novelle erneut klar, BT-Drucks. 19/26175, S. 48.

18 OVG Hamburg 01.07.2019, 3 Bs 113/19 – juris Rn. 23 ff.

19 Zu der Thematik eingehend *Knauff* NVwZ 2020, 1171.

20 Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze, *Personenbeförderungsgesetz*, 2. Aufl. 2014, Vorb. IV Rn. 4.

21 *Kment* NVwZ 2020, 366, 367.

22 BT-Drucks. 19/26175, S. 52.

23 Siehe z.B. §§ 8 bis 8b, 13 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b), Abs. 2a, Abs. 3, 16 Abs. 2 Satz 5, Abs. 3, 18 Abs. 1, 21 Abs. 3 PBefG; weitere Vorschriften finden sich in den Landes-ÖPNVG.

24 Siehe § 8a PBefG i.V.m. Art. 1, 3 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

25 RGBl. I, S. 1217.

26 *Koschmieder/Uwer* ZRP 2021, 15, 16; das damals infolge des Urt. des BVerfG v. 08.06.1960, 1 BvL 53/55 reformierte PBefG ist aufzufinden im Bundesgesetzblatt BGBl. 1961-I, S. 241.

27 *Ingold* NJW 2014, 3334.

28 BVerwG 27.08.2015, 3 C 14/14 – juris Rn. 16; OLG Frankfurt 09.06.2016, 6 U 73/15 – juris Rn. 48 ff.; OVG Berlin-Brandenburg 10.04.2015, OVG 1 S 96.14 – juris Rn. 28 ff.

gumentation wie die nationalen Gerichte in Bezug auf die Beförderereigenschaft stufte der EuGH einige Geschäftsmodelle Übers als Verkehrsdienstleistung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 AEUV mit der Folge ein, dass diese vom Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV, der Dienstleistungs-RL 2006/123/EG und der RL 2000/31 EG über den elektronischen Geschäftsverkehr auszuschließen sind.²⁹

Die Voraussetzungen einer die Betriebskosten nicht übersteigenden Beförderung nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. S. 2 PBefG a.F. verneinten die deutschen Gerichte bei UberPop³⁰ und UberBlack³¹ einhellig. Das damals praktizierte Modell UberPop war überdies schon allein deshalb zum Scheitern verurteilt, weil weder Uber (das sich für einen »reinen« Vermittler hielt) noch die Privatfahrer über eine Genehmigung zur Personenbeförderung verfügten.³² Damit traf Uber jedenfalls eine Teilnehmerverantwortlichkeit an rechtswidrigen Praktiken der Privatfahrer.³³

Das als UberBlack praktizierte Geschäftsmodell hatte dieses Problem nicht, scheiterte letztlich aber an § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG, wonach Mietwagen nur Beförderungsaufträge ausführen dürfen, die am Betriebssitz des Unternehmers eingegangen sind.³⁴ Damit in engem Zusammenhang steht die umstrittene Rückkehrpflicht, wonach der Mietwagen nach Ausführung der Beförderung unverzüglich zum Betriebssitz des Unternehmers zurückkehren muss, es sei denn, er hat vor der Fahrt von seinem Betriebssitz oder der Wohnung oder während der Fahrt fernmündlich einen neuen Beförderungsauftrag erhalten (§ 49 Abs. 4 Satz 3 PBefG). Nach § 49 Abs. 4 Satz 4 PBefG a.F. sind Auftragseingänge am Betriebssitz buchmäßig zu erfassen. Der Sinn dieser Regelungen erschließt sich aus der vom Gesetzgeber intendierten Abgrenzung zum insoweit privilegierten Taxiverkehr (§ 47 Abs. 1 PBefG). Die unmittelbare Annahme von Beförderungsaufträgen durch den Fahrer während der Fahrt (das klassische »Zuwinken«) soll Taxen vorbehalten bleiben.³⁵ Der BGH beharrte im Hinblick auf § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG darauf, dass der Beförderungsauftrag zuerst am Betriebssitz des Unternehmers eingehen müsse, dass bei UberBlack dem zuwider eine Unterrichtung »unmittelbar und gleichzeitig« des Fahrers vorlag und dass die Regeln zur Rückkehrpflicht trotz technologischen Fortschritts und gesellschaftlichem Wandel nach Maßgabe der Rechtsprechung des BVerfG aus den 1980er Jahren³⁶ weiterhin verfassungsgemäß seien.³⁷

b) Ridepooling bzw. Ridesharing-Angebote

Anders als bisweilen Uber verstehen sich Anbieter von Ridepooling bzw. Ridesharing zumeist nicht als reinge Vermittler, sondern als echte Beförderungsunternehmen.³⁸ Es stellt sich (nur) die Frage nach der materiell-rechtlichen Typenzuordnung.³⁹ Aufgrund der algorithmusabhängigen Variabilität der Fahrtstrecke erfüllen digitale Poolingdienste die örtliche Komponente des Linienverkehrs (»bestimmte Ausgangs- und Endpunkte«, § 42 Abs. 1 PBefG) grundsätzlich nicht, sodass von einem »atypischen Linienverkehr« gesprochen werden muss.⁴⁰ Bei einer Einordnung als Mietwagenverkehr kommt anders als beim Linienverkehr wegen § 49 Abs. 4 Satz 1 PBefG (»nur im ganzen«) eine Vermietung einzelner Sitzplätze nicht in Betracht (sog. *Pooling-Verbot*).⁴¹ Die gegenüber solchen umwelt- und ressourcenfreundlichen Angeboten mehr und mehr aufgeschlossene Genehmigungspraxis griff deshalb auf § 2 Abs. 6, bei Ridepooling-Anbietern wie bspw.

MOIA insbesondere auf § 2 Abs. 7 PBefG zurück.⁴² Diese durch behördliche Ermessens- und Beurteilungsspielräume geprägten Ausnahmenvorschriften⁴³ konnten jedoch keine rechtssichere Genehmigungspraxis für innovative Mobilitätsdienstleister etablieren.⁴⁴

III. Die Novelle des Personenbeförderungsrechts im Lichte digitaler Mobilität

Mit der nun beschlossenen Novelle adressiert der Gesetzgeber einige der dargestellten Probleme. Im Gesetzgebungsverfahren meldeten sich zahlreiche Interessenträger, insbesondere die Taxilobby,⁴⁵ innovative Mobilitätsanbieter und bspw. auch Verbraucherzentralen zu Wort. Auch der Bundesrat wurde bereits im Vorfeld umfassend beteiligt und brachte erfolgreich einige Änderungsvorschläge ein. Die Bemühungen des Gesetzgebers um umfassenden Interessenausgleich sind sehr anerkennenswert.⁴⁶ Entscheidend ist jedoch, ob die neuen Vorschriften eine effektive, digitalbasierte Bekämpfung der urbanen Verkehrs- und Klimaprobleme, derentwegen sie erlassen wurden,⁴⁷ ermöglichen.

1. Neufassung des Anwendungsbereichs, insbesondere Vermittlung und Beförderung

Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 PBefG n.F.⁴⁸ unterliegt künftig auch die Vermittlung von Beförderungen nach § 1 Abs. 1 PBefG dem Anwendungsbereich des PBefG. Eine Genehmigungspflicht ist hiermit jedoch nicht verbunden.⁴⁹ Vermittlung ist gem. § 1 Abs. 3 Satz 2 PBefG n.F. die Tätigkeit von Be-

29 EuGH 20.12.2017, C-434/15 – juris Rn. 37 ff. sowie dem nachfolgend EuGH 10.04.2018, C-320/16 – juris Rn. 24; zur möglichen Einschlägigkeit der Niederlassungsfreiheit BGH 13.12.2018, I ZR 3/16 – juris Rn. 59.

30 OVG Hamburg 24.09.2014 – 3 Bs 175/14, NVwZ 2014, 1528, 1529 Rn. 10; OLG Frankfurt 09.06.2016 – 6 U 73/15, GRUR-RR 2017, 17, 18 Rn. 37.

31 OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 10.04.2015 – OVG 1 S 96.14, BeckRS 2015, 44779.

32 Zu weiteren Sicherheitsbedenken gegenüber nichtkonzessionierten Fahrern, insb. zu den zu den (nun auch reformierten) Anforderungen des § 48 FeV und § 2 BOKraft VG Berlin 26.09.2014, 11 L 353/14 – juris Rn. 51, bestätigt durch OVG Berlin-Brandenburg 10.04.2015, OVG 1 S 96.14 – juris Rn. 48.

33 OLG Frankfurt 09.06.2016, 6 U 73/15 – juris Rn. 40, 54–59.

34 BGH 13.12.2018, I ZR 3/16 – juris Rn. 31 ff.

35 Vgl. auch BT-Drucks. 9/2128, S. 8.

36 BVerfG 14.11.1989, 1 BvL 14/85 u.a.

37 Zum Ganzen BGH 13.12.2018, I ZR 3/16 – juris Rn. 31–44, der auch auf die Gemeinwohlförderung durch den Taxiverkehr hinweist.

38 *Jaekel* GewArch 2020, 81, 85; die Einzelheiten hängen aber vom konkreten Geschäftsmodell ab.

39 Zur Diskussion *Kment* NVwZ 2020, 366, 368; für eine Zuordnung zum Linienverkehr aufgrund umwelt- und sozialpolitischer Aspekte *Haack/Dathe* ZRP 2019, 81, 84.

40 Vgl. BVerfG 27.08.2015, 3 C 14/14 – juris Rn. 28; *Zeill/Prinz zur Lippe* GewArch 2018, 405, 406 ff.

41 Dazu *Linke/Jürschik* NZV 2018, 496, 499 f.

42 Eine Erprobungsgenehmigung wurde bspw. für den Anbieter MOIA in Hamburg erteilt.

43 Zum Beurteilungsspielraum im Hinblick auf die »öffentlichen Verkehrsinteressen« gem. § 2 Abs. 6 PBefG siehe BVerfG 12.12.2013, 3 C 30/12 – juris Rn. 54.

44 *Zeill/Prinz zur Lippe* GewArch 2018, 405, 406; BT-Drucks. 19/26175, S. 1.

45 Exemplarisch <https://www.taxi-times.com/pbefg-aenderung-die-drei-punkte-des-grauens/> [25.03.2021].

46 S.a. die zahlreichen bis zuletzt eingebrachten, aber abgelehnten Änderungsvorschläge in BT-Drucks. 19/27288.

47 Vgl. BT-Drucks. 19/26175, S. 38, 51.

48 In der maßgeblichen Ausschussfassung nach BT-Drucks. 19/27288, S. 5.

49 BT-Drucks. 19/26175, S. 37.

treibern von Mobilitätsplattformen, deren Hauptgeschäftszweck⁵⁰ auf den Abschluss eines Vertrages über eine gem. § 2 PBefG genehmigungspflichtige Beförderung ausgerichtet ist und die nicht selbst Beförderer nach § 1 Abs. 1 Satz 1 PBefG sind. Definiert und abgegrenzt zur Beförderung wird in § 1 Abs. 3 PBefG n.F. also die »reine« Vermittlung. Die Vorschriften des PBefG gelten für die reine Vermittlung nur, soweit dies ausdrücklich bestimmt ist. Nach dem PBefG n.F. betrifft das vor allem die Verpflichtung zur Bereitstellung von Mobilitätsdaten nach §§ 3a–c PBefG n.F. (dazu unten III.4.).

Wann eine Vermittlung doch als Beförderung einzustufen und genehmigungspflichtig ist, regelt § 1 Abs. 1a PBefG n.F.⁵¹ Demnach liegt eine Beförderung i.S.v. § 1 Abs. 1 PBefG auch vor, wenn die Vermittlung und Durchführung der Beförderung organisatorisch und vertraglich verantwortlich kontrolliert wird. Regelungstechnisch ist dies unglücklich, da das Nichtvorliegen der Beförderer-Eigenschaft einerseits (negative) Tatbestandsvoraussetzung der Vermittlung nach § 1 Abs. 3 Satz 2 PBefG n.F. ist (s.o.), andererseits nach § 1 Abs. 1a PBefG n.F. eine Vermittlung unter Hinzutreten der dort genannten Voraussetzungen doch Beförderung sein kann. Ein klarstellender Hinweis in § 1 Abs. 3 Satz 2 PBefG n.F. darauf, dass eine Vermittlung *nur* unter den in § 1 Abs. 1a PBefG genannten Voraussetzungen genehmigungspflichtige Beförderung sein kann, und/oder die Einführung von Regelbeispielen wären sinnvoller gewesen.⁵² Ob mit der neuen Vermittlerregulierung Auslegungs- und Abgrenzungsstreitigkeiten spürbar vermieden werden, bleibt (aus Sicht der Verfasser mit Skepsis) abzuwarten.⁵³

Begrüßenswert ist die Einführung einer eindeutigen Berechnungsgrundlage für die Bagatellgrenze nach § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b) PBefG n.F., wonach Beförderungen mit Personenkraftwagen dem PBefG dann nicht unterliegen, wenn das Gesamtentgelt je Kilometer zurückgelegter Strecke den in § 5 Abs. 2 Satz 1 des Bundesreisekostengesetzes genannten Betrag (derzeit: 0,30 €) nicht übersteigt.

2. Neue genehmigungsfähige Typen gebündelter Verkehre

Herzstück der Novelle ist die Einführung einer Genehmigungsgrundlage für digitale Mobilitätsangebote gebündelter Verkehre. Neu genehmigungsfähig werden der zum ÖPNV und Linienverkehr zu rechnende Linienbedarfsverkehr (§ 44 PBefG n.F.) sowie der gebündelte Bedarfsverkehr (§ 50 PBefG n.F.) als weitere Form des Gelegenheitsverkehrs.

a) Linienbedarfsverkehr

Nach § 44 Satz 1 PBefG n.F. gilt als Linienverkehr gem. § 42, der ÖPNV gem. § 8 Abs. 1 ist,⁵⁴ auch der Verkehr, der der Beförderung von Fahrgästen auf vorherige Bestellung ohne festen Linienweg zwischen Einstiegs- und Ausstiegspunkten innerhalb eines festgelegten Gebiets und festgelegter Bedienzeiten dient (Linienbedarfsverkehr). Für solche Verkehre greifen die Vorgaben an den ÖPNV, also u.a. die Betriebs- und Beförderungspflicht. Es kommen ausschließlich Beförderungsentgelte und -bedingungen im Rahmen der Vorgaben des Aufgabenträgers im Nahverkehrsplan, im öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder der Vorabbekanntmachung zur Anwendung (§ 44 Satz 2 PBefG n.F.). Die Verkehrsform muss innerhalb eines im Nahverkehrsplan durch den Aufgabenträger festgelegten Gebiets ohne festen Linienweg angeboten werden. Laut Gesetzesbegründung soll dadurch vor allem

im ländlichen Raum mit stark schwankender oder generell niedriger Nachfrage die Bedienung durch neue Mobilitätsangebote verbessert werden.⁵⁵

b) Gebündelter Bedarfsverkehr

Gebündelter Bedarfsverkehr als neue Form des Gelegenheitsverkehrs ist nach § 50 Abs. 1 Satz 1 PBefG n.F. die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, bei der mehrere Beförderungsaufträge entlang ähnlicher Wegstrecken gebündelt ausgeführt werden. Der Unternehmer darf die Aufträge ausschließlich auf vorherige Bestellung ausführen (§ 50 Abs. 1 Satz 2 PBefG). Damit besteht wie im Linienbedarfsverkehr eine Beschränkung auf den Bestellmarkt, der »Wink- und Wartemarkt« bleibt den Taxen vorbehalten.⁵⁶ Anders als im Linienbedarfsverkehr besteht keine Betriebs- und Beförderungspflicht (§ 50 Abs. 1 Satz 6 PBefG n.F.). Ebenfalls besteht – anders als im Mietwagenverkehr – *keine Rückkehrpflicht*. Grundsätzlich besteht eine örtliche Beschränkung des Fahrtangebots auf die Betriebssitzgemeinde, wobei Erweiterungen vorbehalten werden (§ 50 Abs. 2 Satz 1, S. 3 PBefG n.F.).

Die Genehmigungsbehörde muss im Einvernehmen mit dem Aufgabenträger eine Quote für den Anteil gebündelter Beförderungsaufträge festlegen, die in einem bestimmten Zeitraum innerhalb eines Gebiets zu erreichen ist und sich aus dem Quotienten Personenkilometer/Fahrzeugkilometer errechnet (sog. *Bündelungsquote*, § 50 Abs. 3 Satz 1 und S. 2 PBefG n.F.). Die Genehmigungsbehörde kann zudem, wenn öffentliche Verkehrsinteressen dies erfordern, eine Rückkehrpflicht bestimmen (§ 50 Abs. 1 Satz 3 PBefG n.F.). Aus dem gleichen Grund kann sie auch die Beförderung von Personen im gebündelten Bedarfsverkehr zeitlich oder räumlich beschränken (§ 50 Abs. 2 Satz 2 PBefG n.F.). Zum Schutz der öffentlichen Verkehrsinteressen kann die Genehmigungsbehörde Einzelheiten zur Rückkehrpflicht und zu weiteren Anforderungen an den gebündelten Bedarfsverkehr in Bezug auf die Festsetzung von Bündelungsquoten, Barrierefreiheit und Emissionsvorgaben, insbesondere Emissionsstandards von Fahrzeugen und den Einsatz lokal emissionsfreier Fahrzeuge, regeln (§ 50 Abs. 4 PBefG n.F.). Mit letztgenannten Instrumenten sollen die Genehmigungsbehörden die (teils neuen) Regelungen des PBefG zum Klimaschutz (§§ 1a PBefG n.F., 64b PBefG) berücksichtigen und umsetzen.⁵⁷

Bei gebündelten Bedarfsverkehren kann nach § 13 Abs. 5a PBefG n.F. die Genehmigung versagt werden, wenn die öffentlichen Verkehrsinteressen dadurch beeinträchtigt werden, dass durch die Ausübung des beantragten Verkehrs die Verkehrseffizienz im beantragten Bediengebiet nicht mehr sichergestellt ist. Nach Vorstellung des Gesetzgebers soll neuen Be-

50 Private Mitfahrzentralen sollen nicht erfasst sein, BT-Drucks. 19/26715, S. 37.

51 BT-Drucks. 19/26175, S. 37.

52 Kritisch zur Neuregelung auch *von Bodungen/Hoffmann* RD 2021, 93, 97 f.

53 Kritisch auch die Stellungnahme der *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* v. 04.12.2020, abrufbar unter https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-19/entwurf-gesetz-personenbefoerderungrecht-stellungnahme-28.pdf?__blob=publicationFile [25.03.2021], S. 17 f.

54 Es dürfte sich hierbei um ein Rechtsfolgenmerkmal handeln.

55 BT-Drucks. 19/26175, S. 24, 47 f.

56 BT-Drucks. 19/26175, S. 50.

57 Vgl. BT-Drucks. 19/26175, S. 5 sowie BT-Drucks. 19/27288, S. 11, 13.

werbern der Zugang zum Markt insbesondere dann verwehrt werden, wenn öffentliche Verkehrsinteressen durch Nichterreichen der Bündelungsquote im Bediengebiet bereits negativ berührt sind.⁵⁸

Schließlich werden die Beförderungsentgelte für den Mietwagenverkehr und den gebündelten Bedarfsverkehr in § 51a PBefG n.F. einer Preisregulierung unterstellt. Dabei ist für den gebündelten Bedarfsverkehr die Festlegung von Mindestbeförderungsentgelten, die einen hinreichenden Abstand zum ÖPNV sicherstellen, verpflichtend (§ 51a Abs. 2 PBefG n.F.).

c) Bewertung und Kritik

Die Öffnung des PBefG gegenüber digitalen Mobilitätsangeboten ist zu begrüßen. Auch wird versucht über Instrumente wie die Bündelungsquote und Emissionsvorgaben einen sinnvollen Anreiz zu klimafreundlichem Verkehrsverhalten zu setzen. Vorschriften wie der neue § 13 Abs. 5a PBefG führen allerdings dazu, dass die Bündelungsquote als Marktzutrittschranke neuer (innovativer) Anbieter gebündelter Bedarfsverkehre zweckentfremdet werden kann. Bestehende Verkehre und Verkehrsträger sollten aber nicht rein um ihrer selbst willen geschützt werden; ein solcher Schutz sollte sich stattdessen streng an der vom Gesetzgeber selbst proklamierten regulatorischen Neuausrichtung des Personenbeförderungswesens auf den Klimaschutz (bzw. die Umweltverträglichkeit)⁵⁹ messen lassen. Daher verwundert die insoweit in Anbetracht der Einführung zahlreicher Steuerungsmöglichkeiten nach § 50 PBefG n.F. offensichtliche Skepsis des Gesetzgebers gegenüber dem gebündelten Bedarfsverkehr – eine Verkehrsform, der eine besonders hohe Ressourceneffizienz und Umweltverträglichkeit attestiert wird.⁶⁰ Es steht zu hoffen, dass sich eine innovationsfreundliche Praxis oder wenigstens eine strenge gerichtliche Kontrolle von Behördenentscheidungen etabliert.⁶¹ Dabei wird man insbesondere die Voraussetzungen einer Rückkehrpflicht nach § 50 Abs. 1 Satz 2 PBefG nur in besonders gelagerten Fällen annehmen können, in denen der gebündelte Bedarfsverkehr *ausnahmsweise* nicht mit den Effizienz- und Klimaschutzziele des PBefG übereinstimmt. Wegen der nun gesetzlich verankerten Grundentscheidung gegen eine Rückkehrpflicht solcher Verkehre und der angesprochenen klimaschutzfreundlichen regulatorischen Neuausrichtung des Personenbeförderungsgesetzes ist die Anordnung einer solchen Rückkehrpflicht die begründungsbedürftige Ausnahme. Die Rechtsprechung des BVerwG zu § 2 Abs. 6, § 13 Abs. 2 und § 13 Abs. 4 PBefG, wonach bei der Prüfung der Beeinträchtigung/des Entgegenstehens öffentlicher Verkehrsinteressen ein Beurteilungsspielraum der Behörde besteht,⁶² erscheint vor diesem Hintergrund auf die Frage der Zulässigkeit einer ausnahmsweisen Rückkehrpflicht für gebündelte Bedarfsverkehre nicht übertragbar. Der schon nach dem Wortlaut des § 50 Abs. 1 Satz 2 PBefG n.F. strengere Maßstab, wonach öffentliche Verkehrsinteressen eine Rückkehrpflicht »erfordern« müssen,⁶³ bürdet der Behörde zumindest eine – auch bei Beurteilungsspielräumen bestehende⁶⁴ – strenge Pflicht zur vollständigen Sachverhaltsermittlung auf. Kommt die Behörde dieser Pflicht nicht nach, muss im gerichtlichen Konfliktfall bei verbleibenden Sachverhaltungewissheiten zu ihren Lasten entschieden werden.⁶⁵ Dessen ungeachtet sprechen zahlreiche neue unbestimmte, konturenlose Rechtsbegriffe (allen voran die »Verkehrseffizienz«, § 13 Abs. 5a PBefG n.F.) jedenfalls nicht für die – auch im ökonomischen und Daseinsvorsorgeinteresse liegende⁶⁶ – Rechtssicherheit der neuen Regulierung.

Problematisch ist ebenso die Privilegierung des Linienbedarfsverkehrs als Teil des ÖPNV. Immerhin ist der Gesetzgeber von seinem Plan aus dem Jahr 2019, die Leistungen »kommunaler Verkehrsunternehmen« – in systemwidriger Weise an die Trägerschaft und nicht den Verkehr anknüpfend⁶⁷ – als Sonderform des vor allem umsatzsteuerlich privilegierten Linienverkehrs »zu deklarieren«, abgerückt.⁶⁸ Nun sollen kommunale *und* private Verkehrsunternehmen »unter dem Dach des ÖPNV« die Bedarfsdeckung als Linienverkehr sicherstellen.⁶⁹ Angesichts der staatlichen Herrschaft über den ÖPNV⁷⁰ kann die nun gewählte Ausgestaltung aber de facto als Privilegierung öffentlicher Anbieter verstanden werden, sodass ähnliche, vor allem unionsrechtliche, Bedenken wie gegenüber den 2019 bereits angedachten Inhalten angezeit sein können.⁷¹

In Bezug auf die Verkehrserbringung selbst besteht inhaltlich kein Unterschied zwischen gebündeltem Bedarfsverkehr und Linienbedarfsverkehr.⁷² Es scheint daher nun dem Nahverkehrsträger anheimgestellt, durch Ausweisung eines im Nahverkehrsplan festgelegten Bündelungsgebiets die Grenze zwischen Linien- und Gelegenheitsverkehr zu ziehen;⁷³ an diese Entscheidung ist auch die Genehmigungsbehörde in gewissem Grad gebunden (§ 8 Abs. 3a Satz 2, § 13 Abs. 2a Satz 1 PBefG n.F.).⁷⁴ Es wäre aber – als milderer Mittel an

58 BT-Drucks. 19/26175, S. 44.

59 BT-Drucks. 19/26175, S. 51.

60 *IKEM*, Studie »Digitale Mobilitätsplattformen«, 2017, S. 45–60.

61 Erhebliche Bedenken melden insoweit *Koschmieder/Uwer* ZRP 2021, 15, 17 an.

62 BVerwG 12.12.2013, 3 C 30/12 – juris Rn. 54.

63 Während bei §§ 2 Abs. 6, 13 Abs. 2 PBefG öffentliche Verkehrsinteressen nicht »beeinträchtigt« sein bzw. nicht »entgegenstehen« dürfen, müssen im Anwendungsbereich des § 50 Abs. 1 Satz 2 PBefG n.F. öffentliche Verkehrsinteressen eine Rückkehrpflicht »erfordern«; zum Fehlen eines Beurteilungsspielraums bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals »Erforderlichkeit« BVerwG 14.02.1991, 4 C 20/88 – juris Rn. 14–21.

64 Grundlegend für das Personenbeförderungswesen BVerwG 15.04.1988, 7 C 94/86 – juris Rn. 12; vgl. zur gerichtlichen Sachverhaltsermittlungspflicht jüngst BVerwG 23.10.2018, 1 BvR 2523/13 – juris Rn. 19.

65 Zur rechtlichen Handhabung der Unerweislichkeit von Tatsachen im Anfechtungsprozess *Sodan/Ziekow/Rixen*, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 108 Rn. 123–129.

66 Vgl. *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbemerkung IV Rn. 17.

67 *Mayer* RAW 2020, 41; ebenso kritisch zum Eckpunktepapier 2019 *Haack/Dathe* ZRP 2019, 81; weniger kritisch *Faber* IR 2019, 122.

68 Siehe das ursprüngliche Eckpunktepapier des BMVI v. 26.02.2019, abrufbar unter https://www.verkehrsministerkonferenz.de/VMK/DE/termine/sitzungen/19-04-04-05-vmk/19-04-04-05-bericht-bmvi-4-8.pdf?__blob=publicationFile&tv=3 [25.03.2021].

69 BT-Drucks. 19/26175, S. 24.

70 Dazu *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, Vorbemerkung I, Rn. 34 ff.; zum Unterlaufen des sich zum Wettbewerb und Unternehmertum bekennenden Personenbeförderungswesens durch die (insb. kommunalpolitisch geprägte) Rechtspraxis *Knauff*, NVwZ 2020, 1171, 1175.

71 Dazu *Mayer* RAW 2020, 41; die Ungleichbehandlung öffentlicher und privater Anbieter kritisiert auch der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Stellungnahme v. 04.12.2020, https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Anlage/Gesetze/Gesetze-19/entwurf-gesetz-personenbefoerderungswesen-stellungnahme-28.pdf?__blob=publicationFile [26.03.2021], S. 6 f.

72 Von der Beschränkung des gebündelten Bedarfsverkehrs auf Personenkraftwagen abgesehen.

73 Dass sich das »festgelegte Gebiet« aus dem Nahverkehrsplan ergibt, folgt überhaupt erst aus der Gesetzesbegründung und nicht unmittelbar aus dem Normwortlaut des § 44 Satz 1 PBefG n.F., vgl. BT-Drucks. 19/26175, S. 47.

74 Zur Reichweite einer möglichen Bindungswirkung des Nahverkehrsplans eingehend *Heinze/Fehling/Fiedler/Heinze*, PBefG, 2. Aufl. 2014, § 8 Rn. 41 ff.

Stelle gesetzlicher Marktzutrittschürden – möglich gewesen, den gebündelten Bedarfsverkehr in Bezug auf die *Erbringung* des konkreten Verkehrs punktuell zu regulieren (etwa durch die Pflicht zur Barrierefreiheit auch im gebündelten Bedarfsverkehr) und dabei dem Gedanken der Eigenwirtschaftlichkeit (§ 8 Abs. 4 PBefG) noch besser Rechnung zu tragen.

Schließlich soll die zwingende behördliche Festsetzung von Mindestbeförderungsentgelten im gebündelten Bedarfsverkehr (§ 51a Abs. 2 PBefG n.F.) als erheblicher Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte unternehmerische Preisfestsetzung ein Ausweichen der Nutzer vom ÖPNV auf den gebündelten Bedarfsverkehr verhindern.⁷⁵ Die Gesetzesbegründung schweigt sich jedoch dazu aus, welche verkehrs- oder umweltpolitischen Vorteile hiermit konkret verbunden sein sollen. Das Unterbieten der Angebote des ÖPNV und ein damit einhergehender Wechsel des Nutzers auf eine andere Verkehrsform sind jedenfalls nicht für sich genommen das Symptom eines die Entgeltregulierung rechtfertigenden Marktversagens.⁷⁶

3. Modifizierungen vorhandener Verkehrsformen

Auch in Bezug auf vorhandene Verkehrstypen will der Gesetzgeber der Digitalisierung Rechnung tragen und erlaubt nun bspw. im Mietwagenverkehr nach § 49 Abs. 4 Satz 4 PBefG n.F. ausdrücklich die App-basierte Erfassung des Auftragseingangs am Betriebsitz des Unternehmens. Unklar bleibt weiterhin, was einen zulässigen Auftragseingang »zunächst« am Betriebsitz des Unternehmens und anschließender Weiterleitung an den Fahrer von einer unzulässigen, unmittelbaren und »gleichzeitigen« Beauftragung des Fahrers mittels App unter Einschaltung einer Vermittlungsplattform⁷⁷ unterscheiden soll und ob die Möglichkeit der elektronischen Auftragsfassung der UberBlack-Rechtsprechung des BGH wirklich den Boden entzieht, wie dies in Taxikreisen befürchtet wird.⁷⁸

Entgegen der Forderung einiger⁷⁹ wurde die Rückkehrpflicht von Mietwagen nach § 49 Abs. 4 Satz 2 PBefG im Grundsatz beibehalten. Jedoch ermöglicht § 49 Abs. 5 PBefG n.F. der Genehmigungsbehörde, Einzelheiten für die Genehmigung von Ausnahmen von der Rückkehrpflicht in Gemeinden mit großer Flächenausdehnung festzulegen. Der Gesetzgeber bezweckt damit die Vermeidung ressourcenfeindlicher Leerfahrten,⁸⁰ hierzu wäre eine gänzliche Abschaffung der Rückkehrpflicht oder jedenfalls die Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses das effektivere Mittel gewesen.

Im Bereich des Taxiverkehrs wurde der Digitalisierung hauptsächlich durch eine Anpassung der Verordnung über die Zulassung von Personen zum Straßenverkehr (Fahrerlaubnis-Verordnung, FeV) und der Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrtunternehmen im Personenverkehr (BOKraft) Rechnung getragen.⁸¹ Des Weiteren bestätigt die Novelle die schon nach alter Rechtslage vorzugswürdige Rechtsauffassung, wonach ein *Verbot des Poolings* (auch) für Taxen besteht.⁸² Die Bestimmungsrechte des Fahrgasts sowohl bezüglich des Fahrtziels (§ 47 Abs. 1 Satz 1 PBefG) als auch des Fahrwegs (§ 38 BOKraft) sind mit der Bündelung mehrerer, voneinander unabhängiger Fahraufträge⁸³ unvereinbar. Damit war nach alter Rechtslage die Einzelplatzvermietung im Gelegenheitsverkehr insgesamt untypisch. Den nun explizit

für das Pooling eingeführten gebündelten Bedarfsverkehr will der Gesetzgeber streng vom Taxiverkehr abgrenzen (§ 50 Abs. 1 Satz 4 PBefG) und bestätigt damit die schon vor der Novelle geltende Rechtslage.⁸⁴ Eine Taxenlizenz allein erlaubt also weiterhin grundsätzlich⁸⁵ keine Pooling-Teilnahme.

4. Bereitstellung von Mobilitätsdaten

Mit der Bereitstellungspflicht von Mobilitätsdaten nach den §§ 3a–c PBefG n.F. wird ein komplett neuer Regelungskomplex in das PBefG eingeführt. Nach § 3a PBefG sind Unternehmer (Beförderer) und Vermittler verpflichtet, einmalig statische Daten (z.B. Name und Kontaktdaten des Anbieters, Fahrpläne, Routen, Preise) und fortlaufend dynamische Daten (z.B. Ausfälle, Störungen, aktueller Betriebsstatus von Bahnhöfen) im Linien- und Gelegenheitsverkehr nach Maßgabe der nach § 57 Abs. 1 Nr. 12 PBefG n.F. zu erlassenden Rechtsverordnung (sog. *Mobilitätsdatenverordnung*) über den nationalen Zugangspunkt (National Access Point – NAP)⁸⁶ nach § 2 Nr. 11 des Intelligente-Verkehrssysteme-Gesetzes (IVSG) bereitzustellen. Unternehmer und Vermittler können sich bei der Erfüllung der Bereitstellungspflicht der Hilfe Dritter, etwa auf Länder- und Verbundebene bereits bereitgestellter Netzwerke wie DELFI (Durchgängige Elektronische Fahrgastinformation),⁸⁷ bedienen (§§ 3a Abs. 4 und Abs. 5 PBefG n.F.). Ausgenommen von der Bereitstellungspflicht sind – unbeschadet freiwilliger Bereitstellung – natürliche und juristische Personen, die als Einzelunternehmer firmieren.

§§ 3b, 3c PBefG n.F. regeln die Befugnisse zur Datenübermittlung und -verarbeitung sowie Löschungspflichten des NAP und der verarbeitenden Stellen in Bezug auf personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO). Dem NAP ist die Übermittlung der Daten an verschiedene Stellen gestattet (§ 3b Abs. 1, Abs. 2 PBefG n.F.), die jeweils unterschiedlich ausgestaltete Verarbeitungsbefugnisse⁸⁸ nach § 3b Abs. 3–6 PBefG n.F. erhalten. Daten können nach § 3b PBefG n.F. – nur auf Anfrage – übermittelt werden an

- Aufgabenträger und Behörden zur Überwachung der Einhaltung der Vorschriften des PBefG (Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3),
- in anonymisierter Form an Länder und Kommunen zur Durchführung von Verkehrsuntersuchungen und be-

75 BT-Drucks. 19/26175, S. 53.

76 Koschmieder/Uwer ZRP 2021, 15, 18.

77 Vgl. BGH 13.12.2018, I ZR 3/16 – juris Rn. 34.

78 <https://www.taxi-times.com/pbefg-aenderung-die-drei-punkte-des-grauns/> [25.03.2021].

79 Siehe nur den Änderungsantrag der FDP-Fraktion, BT-Drucks. 19/27288, S. 24 f.; Meldung der beck-aktuell-Redaktion v. 24.02.2021, becklink 2018989.

80 BT-Drucks. 19/26175, S. 49 f.

81 Siehe die Änderungen in BT-Drucks. 19/26175, S. 18–20.

82 *Linkel/Jürschik* NZV 2018, 496, 500.

83 Davon zu unterscheiden ist die zulässige Beförderung mehrerer Personen im Rahmen eines einheitlichen Beförderungsauftrags.

84 Eindeutig insoweit auch das Eckpunktepapier der PBefG-Findungskommission v. 19.06.2020, Ziffer 4.3; vgl. zur strengen Abgrenzung auch BT-Drucks. 19/26175, S. 48 unten.

85 Falls nicht ausnahmsweise eine Mehrfachkonzession nach § 46 Abs. 3 PBefG n.F. besteht.

86 Die Aufgaben des NAP übernimmt in Deutschland der »Mobilitäts Daten Marktplatz« (MDM), <https://www.mdm-portal.de/> [23.03.2021].

87 <https://www.delfi.de/> [23.03.2021].

88 Insb. das »Erheben«, »Speichern« und »Verwenden«, siehe Art. 4 Nr. 2 DS-GVO.

stimmten hoheitlichen Zwecken, z.B. Ausgestaltung einer effizienten und klimafreundlichen Verkehrsplanung (Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2),

- Erbringer bedarfsgesteuerter Mobilitätsdienstleistungen oder multimodaler Reiseinformationsdienste für Endnutzer, wobei Daten nach § 3a Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) nicht übermittelt werden dürfen, wenn der NAP Kenntnis über die Gefahr hat, dass Bewegungen und Standorte individualisierter Personen nachvollzogen werden können und diese Personen nicht in die Übermittlung eingewilligt haben (Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4),
- das BMVI zur Erfüllung insbesondere seiner Berichtspflichten nach § 66 PBefG n.F. (Abs. 1 Nr. 4, Abs. 5) sowie
- das Statistische Bundesamt und die jeweiligen Landesämter zu ihrer jeweiligen Aufgabenerfüllung (Abs. 1 Nr. 5, Abs. 6).

Durch die Datenbereitstellungspflicht und die hoheitlichen Verwendungsbefugnisse soll eine effektive Kontrolle der Vorgaben des PBefG ermöglicht, für einen fairen Wettbewerb unter den Verkehrsformen gesorgt und Ländern und Kommunen eine Datenlage zur effizienten und klimafreundlichen Verkehrssteuerung gegeben werden.⁸⁹ Zugleich beruft sich der Gesetzgeber auf die nach Art. 4, 5 der Verordnung (EU) 2017/1926 im Bereich statischer Daten verpflichtende Regulierung der Bereitstellung von statischen und dynamischen Reise- und Verkehrsdaten über den nationalen NAP. Weder ermächtigt noch verpflichtet allerdings diese Verordnung zur Datenerhebung für die Zwecke hoheitlicher Verkehrsplanung.⁹⁰ Letztlich müssen sowohl im sekundärrechtlich überformten⁹¹ als auch im genuin nationalrechtlich motivierten Regelungsbereich der §§ 3a–c PBefG n.F. die strengen Vorgaben der DS-GVO eingehalten werden. Dabei ist die im Dezember 2020 von der Regierung vorgelegte Ursprungsfassung nach Kritik des Bundesrates in Bezug auf die Vorgaben des Art. 5 DS-GVO, insbesondere den Grundsatz der Datenminimierung,⁹² nochmals angepasst worden.

Für eine effektive Verkehrssteuerung im Bereich digitaler Mobilität bedarf es vielfältiger, komplexer Datenverarbeitungsvorgänge, bei denen unweigerlich auch Daten mit Personenbezug betroffen sein werden.⁹³ Die aus dem ursprünglichen

Referentenentwurf gestrichene und nun im Nachgang des Gesetzgebungsverfahrens zu erlassende Mobilitätsdatenverordnung (§ 57 Abs. 1 Nr. 12 PBefG n.F.) muss der Komplexität und Sensibilität der Datenverarbeitungsvorgänge Rechnung tragen. Dabei sind die mit der Verwendung intelligenter Technik einhergehenden Risiken zwar hoch, noch höher zu bewerten sind aber die aus verantwortungsvoller Datenverwendung resultierenden Verkehrsvorteile, wobei die Verwendung innovativer Technologien selbst zum Datenschutz beitragen kann (»Datenschutz durch Technik«, vgl. Art. 25 DS-GVO).

IV. Fazit und Ausblick

Der Gesetzgeber hat sich zwar zur Anerkennung innovativer Mobilitätsdienste entschieden, was ein Schritt in die richtige Richtung ist. Es ist ihm aber noch nicht gelungen, bei der Regulierung das richtige Maß zu finden und durch gemeinwohlfördernde Marktöffnung den Möglichkeiten der Digitalisierung des Verkehrsraums angemessen Rechnung zu tragen. Der Anspruch eines nachfragegerechten, effizienten und klimafreundlichen ÖPNV wird sich nur schwer erfüllen lassen, wenn Effizienz- und Klimaschutzpotenziale digitalbasierter Angebote überreguliert werden. Auch und gerade im Verkehrsbereich trägt der Staat eine Klimaschutz- und Digitalisierungsverantwortung, der er in den kommenden Jahren noch weiter nachkommen muss. Ohne eine daten- und faktenbasierte Öffnung für die Innovation tech-basierter Unternehmen wird die herbeigesehnte Verkehrswende nicht gelingen. Die datenschutzkonform zu verwendenden Mobilitätsdaten können bei der Modernisierung der Personenbeförderung helfen, indem sie (in Echtzeit) Verkehrsineffizienzen und Verbesserungspotenziale aufzeigen. Damit könnte sich könnte sich z.B. frühzeitig absehen lassen, inwieweit die Coronakrise das moderne Mobilitätsverhalten langfristig verändert.

89 BT-Drucks. 19/26175, S. 38.

90 Vgl. EG 9, 12 Verordnung (EU) 2017/1926.

91 Vgl. EG 5 Verordnung (EU) 2017/1926.

92 BR-Drucks. 28/21, S. 4.

93 Zur Thematik *Bretthauer/Schmitt*, ZD 2020, 341; zum Personenbezug EuGH 19.10.2016, C-582/14 = ZD 2017, 24 mit Anm. *Kühling/Klar*; tiefergehend hierzu *Sackmann*, Datenschutz bei der Digitalisierung der Mobilität, 2020.

Überblick

Richter 2.0?

Menschliche Rationalitätsschwächen und technische Möglichkeiten in der Justiz

Rechtsanwalt Dr. David Nink, Frankfurt am Main*

Wie jede menschliche Entscheidungsfindung ist die richterliche Rechtsfindung fehleranfällig. Was wenig überraschend klingt, belegen empirische Daten eindrucksvoll. Durch Rationalitätsschwächen kann es – zum Nachteil von Individuen – dazu kommen, dass sachfremde Aspekte in Gerichtsentscheidungen einfließen. Können Algorithmen und »Künstliche Intelligenz« dazu beitragen, dass gerichtliche Entscheidungen »rationaler« werden? Eine vollständige Automatisierung gerichtlicher Verfahren scheidet zwar aus, aber der

Einsatz algorithmenbasierter Entscheidungsunterstützungssysteme kann sinnvoll und zulässig sein.

* Rechtsanwalt für IT-Recht und Datenschutzrecht in der Praxisgruppe Digital Business bei Noerr in Frankfurt am Main. Der Beitrag basiert auf der Monographie »Justiz und Algorithmen«, Duncker&Humblot, Berlin 2021, und fasst einige ihrer Erkenntnisse zusammen. Sofern darauf verwiesen wird, finden sich dort immer weitere Literaturhinweise, die den Rahmen dieses Beitrags sprengen; die hier zitierten Quellen sind notwendigerweise eine kleine Auswahl. Internetquellen wurden zuletzt am 28.03.2021 abgerufen.

Prolog

Wer in München wegen einer Straftat vor Gericht steht, wird statistisch gesehen signifikant härter bestraft als vor einem Gericht in Bremen oder Berlin – bei vergleichbarer Tat und Tatschwere (Handlungs- und Erfolgsunrecht) sowie vergleichbaren Rahmenbedingungen (Vorstrafen, Alter etc.).¹ »Regionale Strafzumessungstradition« ist aber kein rechtlich vorgesehene Unterscheidungsmerkmal: Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) müssten Gerichte unabhängig davon, wo ein Prozess stattfindet, in vergleichbaren Fällen auch vergleichbar urteilen.²

Der sog. Ankereffekt beschreibt die systematische Verzerrung numerischer Urteile in Richtung eines (auch willkürlich vorgegebenen) Zahlenwertes – des Ankers.³ Eine Staatsanwältin kann allein dadurch, dass sie im Strafprozess als Erste den Schlussvortrag (»Plädoyer«) hält (vgl. § 258 StPO), durch Vorschlagen einer hohen oder niedrigen Strafe die Entscheidungsfindung des Richters und so die Länge einer Freiheitsstrafe »mit Hilfe« des Ankereffekts beeinflussen.⁴ In empirischen Studien wurden ausgebildete Juristen sogar dann von einem zuvor gesetzten Anker beeinflusst, wenn sie ihn durch Würfeln, also offenkundig irrelevant für eine anschließend zu treffende Strafzumessungsentscheidung, selbst erzeugt hatten.⁵

In den USA kommt Software privatwirtschaftlicher Unternehmen zum Einsatz, die Gerichte dabei unterstützt zu entscheiden, ob ein Tatverdächtiger in Untersuchungshaft genommen wird oder ob eine erhoffte Bewährungsstrafe verhängt wird. Der Einsatz solcher Software kann Minderheiten diskriminieren.⁶

I. Verzerrungen der gerichtlichen Entscheidungsfindung

Die drei skizzierten Beispiele werfen Fragen auf. Wie kommen Richter zum »Recht«? Welche Anforderungen stellt die Rechtsordnung an den Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung? Eine Auswertung von Erkenntnissen aus Psychologie und Verhaltensökonomik zeigt: Bisweilen fließen in gerichtliche Entscheidungen Aspekte ein, die juristisch keine Rolle spielen sollten.⁷ Es gibt eine Vielzahl an (kognitiven) Verzerrungen, Vorurteilen und anderen Rationalitätsschwächen. Trotz fundierter Ausbildung und Expertenstatus sind auch Richter dafür anfällig. Wenngleich methodisch nicht immer unwidersprochen, konnten Studien sogar Zusammenhänge zwischen Unterzuckerung bzw. dem Abstand zwischen zwei Pausen eines Richters und der Wahrscheinlichkeit, mit der dieser eine Freiheitsstrafe zur Bewährung aussetzt, finden;⁸ auch die öffentliche Meinung, Medienerzeugnisse, Sportergebnisse oder der mit der Zeitumstellung im Frühjahr einhergehende minimale Schlafmangel am nächsten Wochentag können Rechtsprechung beeinflussen – zu Ungunsten von Individuen.

In Deutschland ist die empirische Forschung zur richterlichen Entscheidungsfindung noch vergleichsweise jung. Kognitive Verzerrungen und andere Rationalitätsschwächen sind aber kein neues Phänomen: Die Verhaltensökonomik wies früh darauf hin, dass das Modell des *Homo oeconomicus* tatsächliche Entscheidungssituationen nur unzureichend abbilden und auch kein normatives Leitbild sein kann. In der Rechtsprechung können sich diese (menschlichen) Schwächen be-

sonders gravierend auswirken, denn Gerichtsentscheidungen haben unmittelbaren Einfluss auf das Leben der Betroffenen.⁹

Die Rechtsordnung gewährt dem Richter eine weitreichende sachliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG). Er muss bei der Rechtsauslegung auch seine Wertevorstellungen nicht komplett ausblenden.¹⁰ Willkürlich darf er aber nicht entscheiden. Vielmehr unterliegt er einer Pflicht zur »inneren Unabhängigkeit«: Er muss unparteiisch sein, neutral entscheiden und sich von sachfremden Einflüssen lösen. Seine Entscheidungen unterliegen der Bindung an das Gesetz und müssen insb. diskriminierungsfrei sein (Art. 97 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 GG).

Wenngleich es verschiedene Rationalitätsbegriffe und -thesen sowie unterschiedliche Blickrichtungen auf Rationalität (Recht, Wirtschaft, Philosophie, Politik) gibt, stellt sich doch die Frage, wie der Einfluss von Rationalitätsschwächen in der Justiz gesenkt werden kann. Ein Anknüpfungspunkt kann die juristische Aus- und Fortbildung sein, über die sich ein Bewusstsein für die psychologischen Grundlagen der Entscheidungsfindung schaffen ließe und auch sog. *Debiasing*-Techniken erforscht, gelehrt und gelernt werden könnten.¹¹ Daneben kommt ein weiterer Ansatz in Betracht: der Einsatz neuer Technologien.

II. Einsatz neuer Technologien in der Justiz – Grundsätze und Grenzen

»Wie wahrscheinlich ist es, dass ich durch einen Computer ersetzt werde?«, fragt ein Online-Tool für verschiedene Berufsgruppen – und nennt selbst für Richter eine 40-prozentige Wahrscheinlichkeit, dass algorithmisch gesteuerte Entscheidungsmaschinen sie langfristig ersetzen.¹² Zwar ist – insoweit keine Neuigkeit – *Legal Tech* längst Realität, z.B. bei

- 1 *Grundies*, Regionale Unterschiede in der gerichtlichen Sanktionspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, in: Hermann/Pöge (Hrsg.), *Kriminalsoziologie*, 2018, S. 295, 297 ff.; *ders.*, Gleiches Recht für alle?, in: Neubacher/Bögelein (Hrsg.), *Krise – Kriminalität – Kriminologie*, 2016, S. 511, 514 ff.
- 2 *Kaspar*, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, 2018, S. C 19 ff.; *Nink*, Justiz und Algorithmen, S. 85 f.
- 3 Wohl erstmals *Tversky/Kahneman* *Science* 1974, 1124, 1128 ff.; vgl. auch *Gigerenzer* *Psychological Review* 1996, 592, 593 ff.
- 4 *Nickolaus*, Ankereffekte im Strafprozess, 2019, S. 25 ff., 158 ff.; vgl. auch *Schweizer*, Kognitive Täuschungen vor Gericht, 2005, S. 77 ff.
- 5 *Englich* *Law & Policy* 2006, 497 ff.; *Englich/Mussweiler et al.* *Personality and Social Psychology Bulletin* 2006, 188 ff.
- 6 *Angwin/Larson et al.*, Machine Bias, 23.05.2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>; *Skeem/Lowenkamp* *Criminology* 2016, 680, 681 ff.; s. aber auch *Nink* (s. Fn. 2), S. 382 ff.
- 7 Ausführlich *Nink* (s. Fn. 2), S. 45 ff. m.w.N.
- 8 *Danziger/Levav et al.* *PNAS* 2011, 6889 ff.; vgl. auch die Kritik bei *Glöckner* *Judgment and Decision Making* 2016, 601, 602 ff.; *Chatziathanasiou* *JZ* 2019, 455, 457 f.; *Nink* (s. Fn. 2), S. 75 f.
- 9 Es geht dabei nicht um einzelne, spektakuläre »Fehlurteile«, die regelmäßig großes mediales Interesse hervorrufen. Auch ohne »Fehlurteile« zu sein, können Gerichtsentscheidungen durch Rationalitätsschwächen verzerrt worden sein. Zur Schwierigkeit, »Fehlurteile« überhaupt zu definieren und zu erfassen, vgl. *Nink* (s. Fn. 2), S. 91 f., sowie *Dunkel*, Fehlentscheidungen in der Justiz, 2018, S. 27 ff.
- 10 Vgl. Maunz/Dürig/Hillgruber, GG, 52. Erg.Lfg. (Mai 2008), Stand August 2020, Art. 97 Rn. 41: »notwendig subjektgebunden und subjektbedingt«; *Hirsch* *ZRP* 2009, 61 f.; s.a. *Nink* (s. Fn. 2), S. 98 ff.
- 11 Dazu *Nink* (s. Fn. 2), S. 131 ff.
- 12 S. <http://gfx.sueddeutsche.de/pages/automatisierung/>; das Tool basiert auf *Frey/Osborne*, *Technological Forecasting and Social Change* 2017, 254 ff.

Fluggastrechten (*Flightright*), im Mietrecht (*wenigermiete.de*) oder zur Unterstützung in Due-Diligence-Prüfungen bei Transaktionen. Zur Justiz kreisen aktuelle Debatten und Modernisierungsprozesse aber zumeist um Fragen der elektronischen Aktenführung oder der Ausstattung mit Videotechnik. Für die Rechtsfindung im engeren Sinne schien eine Unterstützung oder gar Substitution des Richters durch Software bislang weit entfernt. Auch wenn Überlegungen zur Automatisierung im Recht nicht neu sind,¹³ ist es sinnvoll, sie aufgrund neuer und sich rasant entwickelnder technischer Möglichkeiten (etwa *Big Data*, *Deep Learning*) neu zu denken.

1. Keine vollständige Automatisierung

a) Technische Hürden

Fest steht: Es gibt nicht »die« Künstliche Intelligenz (KI). Die Definitionsansätze sind vielfältig und es kommt immer auf die konkrete Anwendung an.¹⁴ KI ist kein Wundermittel für alle Probleme der Welt. Dies vorangestellt, kann es keine vollständige Automatisierung gerichtlicher Verfahren einschließlich Verhandlungsleitung und Sachverhaltsmittlung geben.¹⁵ Auch jenseits dieser Vorstufen ist eine vollständige Automatisierung »lediglich der End-Entscheidung« kaum vorstellbar: Einzelfallgerechtigkeit hinreichend sicher zu gewährleisten, ist in vollautomatisierten Verfahren grundsätzlich nicht möglich.¹⁶ Ausnahmefälle und unvorhergesehene Sachverhaltskonstellationen können maschinelle Prüfraster überfordern. Die Hürde zwischen der kontextabhängigen natürlichen (Rechts-)Sprache und formalen Maschinensprachen lässt sich noch nicht bruchfrei überwinden,¹⁷ wenngleich im Bereich *Natural Language Processing* zuletzt bemerkenswerte Fortschritte erzielt wurden, etwa beim *GPT-3*-Modell.¹⁸ Technische Systeme folgen einer quantitativen Logik, der qualitative Einzelfallwertungen grundsätzlich fremd sind.¹⁹ Zwischen Korrelationen und Kausalitäten können sie nicht trennscharf differenzieren.²⁰ Ihnen fehlt letztlich das Judiz, das den menschlichen Richter, der über Kontextwissen und ein Grundverständnis der Lebenswelt verfügt, auszeichnet.²¹

b) Verfassungsrechtliche Grenzziehung

Neben diesen skizzierten technischen Hürden setzt das Grundgesetz dem Einsatz neuer Technologien Grenzen, indem es die rechtsprechende Gewalt »den Richtern anvertraut« (Art. 92 Hs. 1 GG). Eine Maschine kann nicht Richter im Sinne unserer Verfassung sein: Der Richter ist notwendigerweise eine natürliche Person.²² Die Justiz kann auf dieses personale Element nicht verzichten. Ebenso wie eine »entmenschlichende« wäre auch eine »entmenschlichte« Rechtsprechung unzulässig. Der Richter muss die Fähigkeit zu qualitativen Wertungen und Interpretationen sowie zur Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit und der Abschätzung sozialer Folgen einer Entscheidung besitzen. Die erforderliche soziale Kompetenz (vgl. § 9 Nr. 4 DRiG) geht über die rein fachliche Eignung hinaus.²³ Eine vollständig automatisierte Rechtsprechung, die den Einzelnen nur mehr als Input und Output einer formalisierten Zahlenlogik und damit als Objekt, aber nicht mehr als autonomes Individuum behandelt, wäre auch mit der Unantastbarkeit der menschlichen Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) kaum in Einklang zu bringen. Die Vernunft sei die Wurzel des Rechts, meinte der chinesische Philosoph Lü Buwei, und man darf ergänzen: Der »gesun-

de Menschenverstand«, der einer Maschine fehlt, darf in der richterlichen Rechtsfindung nicht verloren gehen.

Die gerichtliche Letztentscheidung lässt sich also aufgrund technischer und verfassungsrechtlicher Hürden nicht vollständig durch automatische Datenverarbeitungssysteme treffen; einen »Richterautomaten« wird es in absehbarer Zukunft nicht geben.²⁴ Ein Verbot algorithmenbasierter Entscheidungsunterstützungssysteme in der Justiz spricht das Grundgesetz aber nicht aus.

2. Möglichkeiten und Vorgaben für algorithmenbasierte Entscheidungsunterstützung

a) Mögliche Einsatzszenarien

In der richterlichen Tätigkeit könnte Software zunächst Abläufe beschleunigen, etwa indem sie verschiedene Dokumente und Informationen klassifiziert und aufbereitet – in Strafakten etwa Datumsangaben, Zitate aus Rechtsprechung und Literatur, Zeugenvernehmungen. So können Anwender sich schnell einen Überblick verschaffen. Auch Fristenrechner und -applikationen, die sich mit den Terminkalendern der Verfahrensbeteiligten abstimmen und passende Termine vorschlagen oder sogar verfügen können, sind denkbar. Auch im richterlichen Entscheidungsprozess im engeren Sinne kommt technische Unterstützung in Betracht. Dabei sind die konkreten Einsatzszenarien abhängig von Art und Umfang der Entscheidung: Die Möglichkeiten der Automatisierung sind umso enger, je individueller der zugrundeliegende Lebenssachverhalt ist.

In der Strafrechtspflege sind als Elemente einer Entscheidungsunterstützung z.B. Risikoprognosewerkzeuge für Entscheidungen zur Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO) und der Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56, 57, 57a StGB)

13 Vgl. nur *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 2. Aufl. 1997, S. 30 ff.; *Schmidt AcP* 1966, 1 ff.; *Jandach*, Juristische Expertensysteme, 1993, S. 35.

14 Vgl. nur *Fischer*, Algorithmisches Lernen, 1999, S. 2 ff.; Übersicht bei *Nink* (s. Fn. 2), S. 146 ff. m.w.N.

15 S. für das Verwaltungsverfahren bereits §§ 35a, 24 Abs. 1 Satz 3 VwVfG; BT-Drucks. 18/8434, S. 122; *Wischmeyer AöR* 2018, 1, 16; *Ziekow NVwZ* 2018, 1169, 1171 f.

16 S. nur *Kotsoglou JZ* 2014, 451 ff., sowie *JZ* 2014, 1100 ff.; im Einzelnen *Nink* (s. Fn. 2), S. 177 ff.

17 Eindrücklich *Adrian* Rechtstheorie 2017, 77 ff.; vgl. auch *Buchholtz JuS* 2017, 955 f.

18 Dazu jüngst *Floridi/Chiriatti Minds and Machines* 2020, 681 ff.; s.a. www.openai.com für aktuelle Informationen.

19 So auch bereits *Kilian*, Juristische Expertensysteme, in: *Nickel et al.* (Hrsg.), Freiheit und Macht, 1994, S. 201, 206; ähnlich *Simitis*, Automation in der Rechtsordnung – Möglichkeiten und Grenzen, 1967, S. 20 ff.; *Ernst JZ* 2017, 1026, 1028; s.a. *Guckelberger*, Automatisierte Verwaltungsakte, in: *van Oostrom/Weth* (Hrsg.), FS Herberger, 2016, 397, 404.

20 *Martini DVBl* 2014, 1481, 1485; *ders.*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 60, 195 f.

21 Im Einzelnen *Nink* (s. Fn. 2), S. 177 ff. m.w.N.

22 Dazu ausführlich *Nink* (s. Fn. 2), S. 261 ff. m.w.N. Die Wertung gilt auch mit Blick auf den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) sowie das Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Im Ergebnis ebenso *Enders JA* 2018, 721, 725; *Justizministerkonferenz 2019*, Legal Tech: Herausforderungen für die Justiz, 01.07.2019, S. 54 f.

23 *Staats*, DRiG, 2012, § 9 Rn. 13.

24 So auch bereits *Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, 1974, S. 297; im Ergebnis ebenso *Adrian* Rechtstheorie 2017, 77, 104 f.; jüngst auch *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 138 ff.

ebenso grundsätzlich denkbar wie Anwendungen zur Unterstützung in der Strafzumessung (§ 46 StGB);²⁵ für Letzteres gibt es bereits erste (theoretische) Konzepte.²⁶ Im Zivilprozess kommen u.a. (teil-)automatisch generierte Vergleichsvorschläge, automatisierte Schlüssigkeitsprüfungen und – wie auch im Verwaltungsprozess – weitreichende Organisations- und Berechnungshilfen in Betracht.²⁷

b) Richterliche Unabhängigkeit

Eine zentrale Voraussetzung für den Einsatz algorithmenbasierter Entscheidungsunterstützungssysteme in der Justiz ist die Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG).²⁸ In Ausgestaltung und Nutzung der Systeme müsste verhindert werden, dass ein Automatismus entsteht, dem Entscheidungsvorschlag »blind« zu folgen.²⁹ Weicht der Richter vom Vorschlag der Maschine ab, darf dies keinen zusätzlichen Begründungsaufwand hervorrufen. Denn algorithmische Prognosen und Vorschläge können lediglich Hilfe, nur ein Entscheidungsbaustein von mehreren sein – und insb. nicht die juristischen Wertungen des Richters ersetzen. Die Letztentscheidung muss in der Hand des Richters verbleiben, damit dieser immer auch weitere, der Maschine unbekannt Kriterien berücksichtigen kann. Eine gebotene Einzelfallbetrachtung darf nicht vermeintlich rationalerer Schematisierung zum Opfer fallen.

Richterliche Unabhängigkeit bedeutet aber umgekehrt auch: Sind entscheidungsunterstützende Systeme, die rechtsstaatlichen Anforderungen genügen, verfügbar, so ist ein Richter grundsätzlich frei darin, sie zu benutzen.³⁰ Etwas überspitzt: Auch der Taschenrechner, das Textverarbeitungsprogramm oder die Kommentarliteratur sind letztlich Hilfsmittel zur Entscheidungsunterstützung. Dass die Grenzen des Einflusses auf den Kern der Entscheidungsfindung bisweilen fließend sind, zeigen u.a. die Gewichtungsalgorithmen der juristischen Urteils- und Literaturdatenbanken, die dafür sorgen, dass dieses Urteil oder jene Literaturfundstelle unter den »Top 10« auf Suchergebnisseite 1 auftaucht, ein anderslautendes Urteil aber erst auf S. 3 erscheint und daher womöglich nicht mehr in die Entscheidungsfindung einfließt.

c) Regelbasierte und datenbasierte Systeme

Bei der Grundkonzeption von Unterstützungssystemen ist zwischen rein regelbasierten und datenbasierten Ansätzen zu unterscheiden.³¹ Beide Herangehensweisen hätten Stärken und Schwächen. Bei rein regelbasierten Systemen müsste jedes noch so kleine Detail und jede denkbare Fallkonstellation einer juristischen Entscheidung normativ gedanklich vorweggenommen und durchdacht werden, damit das System später auch jeden Einzelfall adäquat beurteilen kann.³²

Datenbasierte Modelle maschinellen Lernens³³ hingegen, die mit historischen Daten in Form tatsächlich ergangener Gerichtsentscheidungen zu trainieren wären, bergen die Gefahr, dass sich Fehler und benachteiligende Prozesse verfestigen und dass neue Gesetze, aber auch sich wandelnde Wertemaßstäbe in Recht und Gesellschaft nicht ohne Weiteres Berücksichtigung finden.³⁴ So besteht das Risiko, dass ein Algorithmus ein erkanntes Muster (z.B. die regionalen Strafzumessungsunterschiede) zur Norm erhebt und wiederum seiner eigenen Entscheidungsfindung zugrunde legt; auch dadurch können sich ungewünschte Effekte verfestigen.³⁵

Attraktiv erscheint daher eine Kombination aus regelbasierten Systemen und datenbasierten Mustererkennungsverfahren.

Ein solches Projekt forderte aber nicht lediglich eine einmalige Implementierung eines fertigen Systems, sondern einen Prozess – eine andauernde Entwicklung einschließlich einer Fehlerkontrolle. Dabei könnten, speziell im Strafrecht, neben echten Fällen auch Musterfälle, die eine Expertenkommission³⁶ entwirft und aburteilt, kraft ihrer Typizität dazu beitragen, die Datenbasis und das nachfolgende systemische Entscheidungsverhalten zu rationalisieren. So würden einerseits Verzerrungen wie der Ankereffekt oder die regionalen Strafzumessungsunterschiede »geglättet« und andererseits die spezifischen Risiken algorithmenbasierter Systeme abgedeckt.

Insb. datenbasierte Systeme, die auf sog. künstlichen neuronalen Netzwerken beruhen, stehen zudem in der Kritik, als intransparente Blackbox nicht im Detail nachvollziehbare Ergebnisse zu liefern.³⁷ Das macht den Einsatz solcher Methoden in der Justiz schwierig: Aus dem Rechtsstaatsprinzip

25 Im Einzelnen Nink (s. Fn. 2), S. 396 ff.; zuvor bereits *Martini/Nink*, Strafjustiz ex machina?, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), *Automatisch erlaubt?*, 2020, S. 44, 57 ff.

26 S. nur *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 295 ff.; vgl. auch *Hörnle*, Vorüberlegungen zu Decision-Support-Systemen in der Strafzumessung, in: Schönemann et al. (Hrsg.), *Gerechtigkeitswissenschaft*, 2005, S. 393 ff., sowie *Philipp* MschrKrim 1998, 263, 265 ff. Der Strafprozess wird beispielhaft herangezogen, weil sich dort auch die menschlichen Rationalitätsschwächen unmittelbar spürbar bzw. ersichtlich auswirken können.

27 Jüngst *Rollberg*, Algorithmen in der Justiz, 2020, S. 174 ff.; vgl. auch Nink (s. Fn. 2), S. 448 f.

28 *Ballhausen*, IT-Einsatz in der Justiz, 2012, S. 71 ff.; im Einzelnen Nink (s. Fn. 2), S. 288 ff., 422 ff. Vgl. auch bereits *Pitschas* ZRP 1998, 96, 101.

29 So wäre etwa dem sog. *Automation Bias* mit Trainings vorzubeugen. Darunter versteht man das Phänomen, dass Menschen sich bisweilen zu sehr auf automatische Systeme verlassen, sodass teilweise unkritisch deren Entscheidungsvorschläge bevorzugt und kontradiktorische Informationen ignoriert werden, vgl. dazu *Skitka/Mosier* et al. *International Journal of Human-Computer Studies* 1999, 991, 998 ff.

30 Eine Verpflichtung für Richter, ein bestimmtes System zu verwenden, wäre wiederum am Maßstab des Art. 97 GG i.V.m. § 26 Abs. 1 DRiG zu messen: Der Richter untersteht einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit im Kernbereich richterlicher Tätigkeit beeinträchtigt wird, vgl. *Ballhausen* (s. Fn. 28), S. 74 f.; *Deutscher Richterbund*, Zehn-Punkte-Papier zur Stärkung des Rechtsstaats, 2013, S. 8 f.; *Schilken* JZ 2006, 860, 863 f.

31 Im Einzelnen Nink (s. Fn. 2), S. 149 f., 202 ff., 325 ff., 335 f., jeweils m.w.N.

32 Statt vieler und nach wie vor stimmig *Fiedler* JZ 1966, 689, 693; ähnlich *Polomski*, Der automatisierte Verwaltungsakt, 1993, S. 55. Der Versuch einer allumfassenden Kodifikation ist u.a. bereits beim Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 gescheitert.

33 Dazu etwa *Fischer*, Algorithmisches Lernen, 1999, S. 2 ff.

34 Dazu Nink (s. Fn. 2), S. 167 ff. m.w.N., auch aus Informatik und Naturwissenschaften. Im Übrigen bedarf es für die Trainings großer Mengen an (aufbereiteten!) Daten. Vor diesem Hintergrund wäre wünschenswert, dass deutsche Gerichte deutlich mehr Entscheidungen veröffentlichen; vgl. auch *Coupettel/Fleckner* JZ 2018, 379, 381; *Bernhardt* NJW 2015, 2775, 2779 f.

35 Weiteres Beispiel: Homosexualität stand in der Bundesrepublik jahrzehntelang unter Strafe, erst 1994 wurde der Tatbestand endgültig aus dem StGB gestrichen. Ein Algorithmus hätte vermutlich noch Mitte der 1990er-Jahre ein homosexuelles Paar als sozial unerwünscht oder in anderer Weise negativ klassifiziert.

36 Vgl. zu dem unabhängig von einer möglichen informationstechnischen Entscheidungsunterstützung artikulierten Vorschlag, eine Strafzumessungskommission in Form eines unabhängigen Gremiums einzurichten, *Kaspar*, Gutachten C zum 72. Deutschen Juristentag, 2018, S. C 113 f.; *Giannoulis*, Studien zur Strafzumessung, 2014, S. 406 f.

37 *Ashley*, Artificial Intelligence and Legal Analytics, 2017, S. 111 ff.; *Borges/Grabmair* et al., Algorithmische Entscheidungsverfahren, 2018, S. 83, 161 ff.; *Ertel*, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 4. Aufl. 2016, S. 195 ff.; *Wischmeyer* AöR 2018, 1, 42 ff.

(Art. 20 Abs. 3 GG) folgt ein Erfordernis der Transparenz und Verständlichkeit. Daher müssen die Funktionsweise der Systeme sowie die Entscheidungskriterien und deren Gewichtung nachvollziehbar sein.³⁸ Das folgt aus Sicht der Betroffenen bereits aus ihrem Recht auf ein faires Verfahren (Art. 6 EMRK). Die Pole *größere Leistungsfähigkeit* bzw. damit einhergehend *höhere Komplexität* eines Systems auf der einen und *Nachvollziehbarkeit* auf der anderen Seite offenbaren daher einen Zielkonflikt (»Entscheidungs-Automatisierungs-Dilemma«), der der Automatisierung gerichtlicher Entscheidungen strukturelle Grenzen setzt.³⁹ So wichtig Transparenz und Nachvollziehbarkeit auch sind, die Anforderungen dürfen im Vergleich nicht überspannt werden: Ein Angeklagter weiß immerhin ebenfalls nicht, was genau im Kopf des Richters vorgeht. Der Vergleich offenbart die große Bedeutung der Begründungspflicht für gerichtliche Entscheidungen (vgl. etwa § 267 StPO, § 313 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 3 ZPO, § 117 Abs. 2 Nr. 5 VwGO).⁴⁰

d) Fairnessmaßstäbe

Ein weiterer Baustein in der Konzeption ist Fairness. Wann ist ein Entscheidungsvorschlag fair? So sind z.B. für den Einsatz von Risikoprognose- bzw. Klassifikationssystemen, wie sie zur Einschätzung der Sozialprognose im Strafprozess in Betracht kommen,⁴¹ verschiedene Fairnessmaßstäbe denkbar: Möglich ist eine Optimierung auf die Sensitivität (eine möglichst große *True-positive-Rate* bzw. »Trefferquote«) oder die Spezifität (eine möglichst kleine *False-positive-Rate*) – die Begriffe begegnen uns seit dem letzten Jahr vermehrt auch im Zusammenhang mit Corona-PCR-Tests. Am Beispiel der Strafaussetzung zur Bewährung: Sollte man vorrangig so wenige Häftlinge wie möglich auf Bewährung entlassen, die wieder straffällig werden – oder aber so viele resozialisierte Häftlinge wie möglich (und sicherheitsrechtlich akzeptabel) ihren Weg zurück in die Gesellschaft finden lassen? Technisch stehen diese Fairnessmaßstäbe grundsätzlich gleichwertig nebeneinander.⁴² Verfassungsrechtlich zwingend ist dabei, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die Entscheidung über den konkreten Fairnessmaßstab nicht privatwirtschaftlichen Unternehmen überlassen darf. Denn der Technikeinsatz in sensiblen hoheitlichen Bereichen muss demokratisch legitimiert sein (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GG).⁴³ In der Judikative zeigt sich das Erfordernis demokratischer Zurechnung, also einer potenziellen Inhaltskontrolle des Volkes über die Ausübung hoheitlicher Gewalt, besonders plakativ: Urteile ergehen »im Namen des Volkes« (vgl. nur § 268 Abs. 1 StPO, § 311 Abs. 1 ZPO, § 117 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

e) Beispiel COMPAS

Systeme wie der in den USA eingesetzte COMPAS-Algorithmus genügen diesen Maßstäben nicht.⁴⁴ Sie wären keine nach deutschem Recht zulässigen Hilfsmittel: Es mangelt ihnen an Transparenz, weil die privatwirtschaftlichen Akteure die Entscheidungsalgorithmen und die Gewichtung der berücksichtigten Kriterien nicht offenlegen, ihre Anwendung kann zudem Minderheiten diskriminieren, und auch ihr Nutzen für die Qualität der Entscheidungsfindung steht in Frage. So legte eine (methodisch nicht unwidersprochene) Datenaus-

wertung der Non-Profit-Organisation *ProPublica* nahe, dass der Algorithmus schwarze Angeklagte fast doppelt so häufig fälschlicherweise als zukünftige Kriminelle kennzeichnete als weiße Angeklagte, während weiße Angeklagte deutlich häufiger als schwarze Angeklagte fälschlicherweise als »risikoarm« gekennzeichnet wurden.⁴⁵

Fazit

Durch systematische kognitive Verzerrungen und andere Rationalitätsschwächen können sachfremde Aspekte in gerichtliche Entscheidungen einfließen. Wie jüngere empirische Daten zeigen, kann dies zum Nachteil von Individuen führen, etwa hinsichtlich der Länge von Freiheitsstrafen. Der Einsatz algorithmenbasierter Entscheidungsunterstützungssysteme hat das Potenzial, gerichtliche Entscheidungen dahingehend rationaler zu machen – wenn es gelingt, den Systemen eine rechtsstaatliche Funktionsweise »einzuzupfen«.

Ein solcher Technikeinsatz setzt voraus, dass er die richterliche Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt, dass er ein Mindestmaß an Transparenz aufweist (auch hinsichtlich der Funktionsweise der eingesetzten Systeme), dass die Gesetzesbindung sowie die Diskriminierungsfreiheit gewährleistet werden können, und dass die Auswahl von technisch möglichen Fairnessmaßstäben nicht privatwirtschaftlichen Unternehmen überlassen wird. Vor einem Einsatz im Justizalltag bedürfte es interdisziplinär-wissenschaftlich begleiteter Testphasen.

Ungleichbehandlungen und den Einfluss von kognitiven Verzerrungen zu mindern, liegt im ureigenen Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens und des Rechtsstandorts Deutschland. Wege entstehen dadurch, dass wir sie gehen, heißt es in einem Gedicht Antonio Machados. Dass die Justiz unmittelbaren praktischen Nutzen aus der Digitalisierung ziehen und sich Neuerungen nicht verschließen kann und wird, haben – wenn auch bislang »nur« mit Blick auf Videokonferenzverhandlungen und E-Akte sowie vorrangig aus Effizienz- und Praktikabilitätsgründen heraus – die Umwälzungen der COVID-19-Pandemie deutlich gezeigt.

38 Im Einzelnen Nink (s. Fn. 2), S. 330 ff. m.w.N.

39 S. die Grafik bei Nink (s. Fn. 2), S. 459 f.

40 Im Einzelnen Nink (s. Fn. 2), S. 122 ff. Versäumt das Gericht eine ausreichende Begründung, liegt darin ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und das Urteil ist mangelhaft; BGH 06.04.2016, VII ZR 16/15, Rn. 11, sowie 24.03.2009, VII ZR 139/08, Rn. 9 f.; s.a. Kischel, Die Begründung, 2003, S. 63 ff., 176 ff.; Hoffmann-Riem, Innovation und Recht, 2016, S. 98.

41 Im Einzelnen Nink (s. Fn. 2), S. 397 ff., 416 ff.

42 Vgl. dazu auch Zweig, Algorithmische Entscheidungen: Transparenz und Kontrolle, Januar 2019, S. 9 f.

43 Vgl. allgemein zur verfassungsrechtlichen »Privatisierungsgrenze« des Art. 33 Abs. 4 GG Hartmann, Inklusive Verwaltung, 2014, S. 22 ff.; die Norm hätte insb. mit Blick auf die klassische Justizverwaltung Relevanz.

44 Martini/Nink, Strafjustiz ex machina?, in: Bertelsmann Stiftung (Hrsg.), Automatisch erlaubt?, 2020, S. 44, 55 ff.

45 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 6; zur Kritik an der *ProPublica*-Datenauswertung Dieterich/Mendoza et al., COMPAS Risk Scales, 08.07.2016, S. 4 ff.; Brennan/Dieterich et al. Criminal Justice and Behavior 2009, 21 ff.; Einordnung der Vorwürfe bei Nink (s. Fn. 2), S. 376 ff. m.w.N.

■ 07.06. – 08.06.2021: DAT Online – davit (Online-Veranstaltung)

Vorträge zu den Themen:

- Datenschutz
- Der Anwaltsberuf im Lichte der Digitalisierung

Mehr Informationen/Anmeldung unter: <https://davit.de/event/davit-dat-2021-online/>

■ 08.06.2021, 09:00 – 14:00 Uhr: BVDW DATA-SUMMIT DIGITAL EDITION

Die Digitale Wirtschaft: Gewinner oder Verlierer eines hochvolatilen Marktes?

Die digitale Wirtschaft steht weiterhin vor großen Herausforderungen – und Umbrüchen. Auf dem BVDW Data-Summit 2021 beleuchten wir die aktuellsten Entwicklungen und zeigen Chancen, aber auch Risiken und Herausforderungen auf. Wie sehen wir die Gegenwart, wie unsere Zukunft? Wie können wir ein Ökosystem in Europa schaffen, das die Innovationsfähigkeit erhöht und ein Level-Playing-Field für alle schafft? Wie werden erfolgreiche datengetriebene Geschäftsmodelle umgesetzt? Viele Fragen, die Antworten suchen – und alle sollen davon profitieren können.

Themenschwerpunkte:

- DSGVO und Privacy
- Digitale Souveränität
- Datengetriebene Geschäftsmodelle
- Politische Entwicklungen

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://www.data-summit.de/>

■ 09.06.2021, 15:00 – 16:30 Uhr: »Kartellrechtliche Betrachtungen im Lichte der Industrie 4.0« – Auswirkungen der 10. GWB Novelle auf kartellrechtliche Fragen einer Industrie 4.0 – Plattform Industrie 4.0 (Web-Seminar)

Durch die zunehmende digitale Vernetzung kooperieren Unternehmen immer stärker mit anderen Unternehmen und auch ihren Wettbewerbern. Dies wirft Fragestellungen für das deutsche sowie das europäische Kartellrecht auf: Wer darf mit wem unter welchen Bedingungen kooperieren? Wo ist der Besitz von Daten mit Marktmacht verbunden und ab wann kann es hier zum Missbrauch kommen? Wer verantwortet das kartellrechtlich relevante Verhalten von autonomen Systemen mit Künstlicher Intelligenz? Inwieweit bedarf es einer Plattformregulierung?

Die Publikation »Industrie 4.0 – Kartellrechtliche Betrachtungen« geht auf diese und weitere Fragestellungen ein. Das Web-Seminar stellt sie zur Diskussion. Wenn Sie Fragen zu der Publikation haben, können Sie diese gerne im Seminar einbringen.

Mehr Informationen/Anmeldung unter: <https://www.plattform-i40.de/PI40/Redaktion/DE/Veranstaltungen/2021/2021-06-kartellrecht.html>

■ 09.06. – 10.06.2021: Digital Finance Conference – bitkom e.V. (Digitale Veranstaltung)

- Digital Sovereignty: Europe and Germany have the potential to take a leading role with regard to financial technology. Achieving success on a global scale is the driver for many new players. Thus, promoting the digitization of the finance and insurance sectors is key to gain ground against other geographies worldwide. Experience potential solutions to the most pressing questions in finance.
- Trends in the Ecosystem: Discuss the latest trends in platform-driven business models, regulatory parameters, and challenges linked to the financial industry's endeavor to become more sustainable! Take a look behind open data processes and the free flow of information which aim at rendering the financial world more transparent and connected.
- Tech in Finance: Breakthrough technologies such as AI, cloud, and blockchain lead us to rethink traditional financial services. They are enablers for unprecedented developments, like decentralized finance, which are influencing commercial and political decisions. Discuss related opportunities and challenges of technological, operational, and regulatory developments.

Mehr Informationen/Anmeldung unter: <https://finance-conference.berlin/>

■ 15.06.2021, 09:00 – 13:00 Uhr: WM Online-Seminar Praktische IT-Security »Bitcoin-Forensik«

Vorträge zu den Themen:

- Definitorische Ableitungen für den juristischen und regulatorischen Kontext
- Kontext, Mechanismen und Ausblick zum Trend von Kryptowährungen
- Aufbau und Funktionsweise von Bitcoin (Tauschbörsen, Willenserklärungen, Vermögensbewegungen u.a.)
- Rechtliche Bewertungen: Betrug, Insolvenzrecht, Vermögensrecht und Rechtsparadigmen
- Erläuterung technischer Forensik und Tracing einer Bitcoin-Forensik
- Schnittstellen zur Staatsanwaltschaft und weiteren Institutionen
- Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://www.wmseminare.de/veranstaltung/1520/anmeldung/>

■ 15.06.2021: eIDAS Summit 2021 – bitkom e.V. (Digitale-Veranstaltung)

Vorträge zu den Themen:

- Digitale Identitäten
- Sichere Digitalisierung
- E-Government

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://eidassummit.de/de>

■ **18.06.2021, 09:00 – 16:30 Uhr: IRDI Jahrestagung zu »Rechtsfragen der Digitalisierung« (Online-Veranstaltung via Zoom)**

Vorträge zu den Themen:

- EU-Kryptoregulierung
- Elektronische Wertpapiere
- Blockchain und Datenschutz
- Decentralized Finance
- Künstliche Intelligenz und Urheberrecht
- Die Digitale-Inhalte-Richtlinie: Auf dem Weg zum Privatrecht der Datenwirtschaft
- EU-Datenwirtschaftsrecht

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://www.eventbrite.de/e/irdi-jahrestagung-via-zoom-tickets-150731701577>

■ **22.06. – 25.06.2021: 17. Handelsblatt Jahrestagung Restrukturierung (Digitale Veranstaltung)**

22.06.2021 Focus Day: Distressed M&A und Young Leaders in Restructuring

23.06.2021 Zeit für kreative Lösungen für den Standort Deutschland

24.06.2021 Finanzierung für den Wiederaufbau nach der Pandemie

25.06.2021 Restructuring International

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://veranstaltungen.handelsblatt.com/restrukturierung/jahrestagung-2021/>

■ **25.06. – 26.06.2021: Digitalpatente – FORUM Institut für Management GmbH (Digitale Veranstaltung)**

Inhalte des Online-Seminars:

- Praktische Tricks für bessere Patentansprüche, Analyse von Patentansprüchen anhand echter Fälle
- Fallstricke bei der Anmeldung vermeiden
- Aktuelle Rechtsprechung in Deutschland, Europa, USA, u.a. im Hinblick auf IoT, Künstliche Intelligenz, Digital Twin und Simulation, Cyberphysical Systems, Fog Computing und Data Lakes
- Workshop: Aus fiktiven Erfindungsmeldungen Ansprüche formulieren

Weitere Informationen/Anmeldung unter: <https://www.forum-institut.de/seminar/2106171-online-seminar-digitalpatente>

Impressum

Herausgeberinnen und Herausgeber:

RA Dr. Jan D. Bonhage, LL.M. (NYU) • RA Dr. Kuuya J. Chibanguza • RAin Nina Diercks, M.Litt (Aberdeen) • Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia) • RA Prof. Dr. Markus Köhler • Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, M.Jur. (Göttingen) • RAin Marlene Schreiber • RA Alireza Siadat, M.J.I. • RAin Dr. Nina-Luisa Siedler • Hans Steege • RA Oliver Süme • RA Dr. Thorsten Voß

Schriftleitung:

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia),
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, M. Jur. (Göttingen)
Manuskripte erbeten an ZdiW-redaktion@wolterskluwer.com

Urheber- und Verlagsrechte:

Annahme nur von Originalaufsätzen, die ausschließlich dem Verlag zur Alleinverwertung in allen Medien angeboten werden. Mit der Annahme des Manuskripts durch den Verlag überträgt der Autor dem Verlag für die Dauer von vier Jahren das ausschließliche, danach das einfache Nutzungsrecht. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere auch die Befugnis zur Einspeicherung in Datenbanken sowie zur weiteren Vervielfältigung im Wege fotomechanischer oder elektronischer Verfahren, einschl. Disketten, CD-ROM, DVD und Online-Diensten.

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist eine Verwertung ohne Einwilligung des Verlages unzulässig.

Verlag:

Wolters Kluwer Deutschland GmbH
Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth
<http://www.wolterskluwer-online.de>
Kundenservice: Telefon 0 26 31/ 8 01-22 22
e-mail: info@wolterskluwer.de

Redaktion:

RAin Leah Ngabi
Wolters-Kluwer-Str. 1, 50354 Hürth
Tel.: 02233/3760-7190
ZdiW-redaktion@wolterskluwer.com

Anzeigen:

Anzeigenverkauf: Janosch Kleibrink, Tel. (02233) 3760 - 7719
E-Mail: Janosch.Kleibrink@wolterskluwer.com
Anzeigendisposition: Karin Odening, Tel. (02233) 3760 - 7760
E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com
Die Anzeigen werden nach der Preisliste Nr. 1 vom 1.1.2021 berechnet.

Bezugspreis zzgl. Versandkosten

Jahresabonnement: € 299,00
Einzelheft: € 32,00
Erscheinungsweise: monatlich
Kündigungsfrist: 6 Wochen zum Ende des Bezugsjahres

Satz:

Newgen Knowledge Works (P) Ltd., Chennai

Druck:

Lotos Druck GmbH, Dippoldiswalde

ISSN 2702-4040

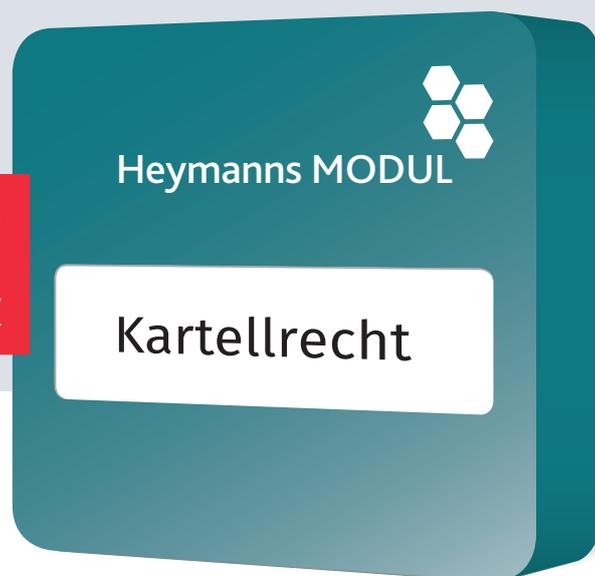
Deutsches und europäisches Kartellrecht

Mit dem Modul Heymanns Kartellrecht auf dem neuesten Stand:

- Top-Werke zum deutschen und europäischen Kartellrecht sowie zum Wettbewerbsrecht
- Inkl. dem meistzitierten Kommentar zum Kartellrecht von *Langen/Bunte*
- Zeitschrift *MarkenR* inkl. Archiv



Jetzt abonnieren
ab **75 €** mtl.
zzgl. MwSt.



Profitieren Sie von den Vorteilen eines Abonnements: stets aktuelle Inhalte und komfortable Tools, die Ihre Recherche erleichtern. Mit Wolters Kluwer Recherche haben Sie außerdem Zugriff auf unsere kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

wolterskluwer-online.de

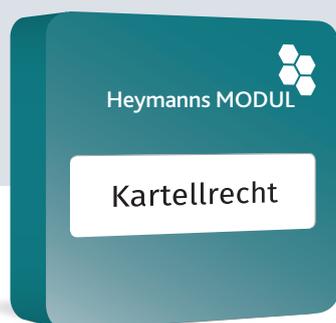
ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Verlässliche Orientierung im modernisierten Kartellrecht

Vollständige Berücksichtigung der 10. GWB-Novelle

Unter anderem:

- Verschärfung der Missbrauchsaufsicht über marktmächtige Unternehmen
- Eingriffsmöglichkeiten der Kartellbehörden gegenüber großen digitalen Plattformen
- Umsetzung der sog. ECN-plus-Richtlinie
- Erleichterungen für Unternehmen im Bereich der Fusionskontrolle
- Verpflichtung zur Anmeldung künftiger Zusammenschlüsse gemäß § 39a GWB
- Reform des Kartellschadensersatzrechts
- Neuerungen im Bereich der Bußgeldvorschriften



Jetzt vorbestellen
ca. **469 €**



Bunte, *Kartellrecht* – im Modul Heymanns Kartellrecht auf [wolterskluwer-online.de](https://www.wolterskluwer-online.de)

Profitieren Sie im Abonnement von fundiertem Fachwissen zum deutschen und europäischen Kartellrecht, intuitiv aufbereitet und mit praktischen Online-Funktionen, die Ihnen Zeit sparen – inkl. der Wolters Kluwer Recherche mit Zugriff auf die kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

[wolterskluwer-online.de](https://www.wolterskluwer-online.de)

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.