

Staffler | Pegger | Körber-Risak | Bösch (Hrsg.)

Chancen und Grenzen im Digitalwirtschaftsrecht



Nomos

DIKE The DIKE logo, which is a white square divided into a 2x2 grid of smaller squares.

facultas

**Schriften zum Digitalwirtschaftsrecht
Studies on Digital Business Law**

herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Simon Laimer, LL.M.

Prof. Dr. Anne-Christin Mittwoch

Univ.-Prof. Dr. Thomas Müller, LL.M.

Dr. Lukas Staffler, LL.M.

Band 2

Lukas Staffler | Franz Pegger | Katharina Körber-Risak
Fabian Bösch (Hrsg.)

Chancen und Grenzen im Digitalwirtschaftsrecht



Nomos

DIKE

facultas

Die Publikation wurde gefördert und unterstützt durch die folgenden Institutionen und Fördergeber:

Medizinische Universität Graz
Management Center Innsbruck
Prodekanat Forschung & Nachwuchsförderung der Universität Zürich

Körber-Risak Rechtsanwalts GmbH
GPK Pegger Kofler & Partner Rechtsanwälte & Co KG
Rechtsanwalt Dr. Lukas Staffler, LL.M.

© Titelbild: Ilja – stock.adobe.com

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2025

© Die Autor:innen

Publiziert von

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Walzseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden
www.nomos.de

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG
Walzseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN 978-3-7560-2387-5

(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-7489-5228-2

(Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, ePDF)

ISBN 978-3-03891-833-2 (Dike Verlag, Zürich/St. Gallen)

ISBN 978-3-7089-2621-6 (facultas Verlag, Wien)

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748952282>



Onlineversion
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

Inhaltsverzeichnis

Daniel R. Kälberer

Kontroll- und Verifikationsmöglichkeiten der Finanzverwaltung im
Zeichen der Digitalisierung

7

Marco Dworschak

Anonyme Beschwerde

81

Nadine Jost

Das Metaverse – kein strafrechtsfreier Raum: Anwendbarkeit des
schweizerischen Strafgesetzbuches bei Betrugsfällen im Metaverse

153

Armin Popp

Künstliche Intelligenz im HR-Management

Wirtschaftliche Chancen und rechtliche Herausforderungen auf
dem Weg zur Arbeitswelt der Zukunft

185

Stefanie Urdl

Künstlerische künstliche Intelligenz

Schutz von KI-geschaffenen Werken im Bereich der bildenden
Künste und zugleich ein Plädoyer für ein neues KI-
Schöpfungsrecht

269

Manuel Gappmaier

Regulatorische Herausforderungen des öffentlichen
Personennahverkehrs im Zeitalter der Digitalisierung mit Fokus auf
den Microverkehr.

337

Kontroll- und Verifikationsmöglichkeiten der Finanzverwaltung im Zeichen der Digitalisierung*

Prof. Dr. Daniel R. Kälberer, LL.M.

1 Einleitung

1.1 Monetäre Lebensader des verfassungsgebundenen Steuerstaats

Mit der Erhebung von Steuern verfolgt der Staat das Ziel der Einnahmenerzielung.¹ Die Steuer wird als eine einmalige oder laufende Geldleistung, von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen, zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs, auferlegt.² Der Steueranspruch ist damit im Wesentlichen auf eine Geldleistung gerichtet, die einfachgesetzlich nach § 3 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) und verfassungsrechtlich als Geldleistung zu qualifizieren ist.³ Man mag deshalb von der monetären Lebensader als Exis-

* Die vorliegende Abhandlung wurde als Masterarbeit zur Erlangung des akademischen Grades „Master of Laws“ (LL.M.) im Masterprogramm LL.M. Digital Business & Tech Law Executive Education MCI – Die Unternehmerische Hochschule im Jahr 2024 eingereicht und für Zwecke der hiesigen Drucklegung gekürzt. Der Literaturstand wurde beibehalten. Eine erweiterte Fassung ist in der rechtswissenschaftlichen Schriftenreihe des Tectum Verlags erschienen. Für die Aufnahme in diesen Sammelband sei den Herausgebern, insbesondere Herrn Dr. Lukas Staffler gedankt. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwendet der nachfolgende Text das generische Maskulinum; Aussagen zur geschlechtlichen Identität sind damit weder verbunden noch beabsichtigt.

- 1 Vgl. Kälberer, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 1; Kälberer, StuW 2020, S. 91; sowie im Einzelnen *Kraft/Kraft*, Grundlagen der Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl. 2018, S. 1; *Kußmaul*, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 7. Aufl. 2014, S. 244; *Lang*, Entwurf eines Steuergesetzbuchs, 1993, S. 25 Rn. 88; *Vogel*, Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, 2015, S. 1; *Weber-Grellet*, DStR 2018, S. 1399 f. Vgl. dazu auch *Götz-Kälberer/Kälberer*, Besteuerung der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, 2021, S. II.
- 2 So § 3 Abs. 1 Hs. 1 AO und dazu mithin *Gersch* in *Klein*, AO, 17. Aufl. 2024, Rn. 1 ff. zu § 3 AO sowie *Koenig* in *Koenig*, AO, 5. Aufl. 2024, Rn. 1 ff. zu § 3 AO.
- 3 Vgl. BVerfG v. 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, S. 239; *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 55; *Valta*, Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, 2014, S. 18.

tenzgrundlage des verfassunggebundenen Steuerstaates sprechen, dessen Aufgabenzuordnung unter dem Grundgesetz vom Freiheitsprinzip getragen wird.⁴ Für Staat, Gesellschaft und Bürger ist das Steuerrecht insoweit von größter praktischer Relevanz.⁵ Wohl in keinem anderen Rechtsgebiet begegnen wir dem Staat häufiger als im Steuerrecht. Bereits mit unserer Geburt treten wir in ein Steuerrechtsverhältnis ein und bekommen eine Steueridentifikationsnummer zugewiesen (§ 139a AO). Mit Eintritt ins Erwerbsleben verdichtet sich dieses Rechtsverhältnis zu einem Schuldverhältnis, welches fortan prägend auf unser jeweiliges Handeln einwirkt.⁶

Die Steuerschuldnerschaft bestimmt sich im Weiteren nach § 43 Satz 1 AO, wenngleich das öffentliche Recht keine Antwort dazu liefern vermag, wer überhaupt als Steuerschuldner in Betracht kommt. Schließlich bestimmt es auch keinen „eigenständigen Begriff der Vermögensrechtsfähigkeit“, sondern entlehnt sich hierfür dem privatrechtlichen Verständnis.⁷ In der Folge wird zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten die Vermögensrechtsfähigkeit vorausgesetzt, wenngleich ein Steuersubjekt nicht notwendigerweise vermögensrechtsfähig zu sein hat⁸ – zweifelsohne ließe sich die Steuerschuld „auch über die Haftung von Privatrechtssubjekten realisieren.“⁹

Stellt man indes auf den Kerngedanken des Leistungsfähigkeitsprinzips¹⁰ ab, so wird die Vermögensrechtsfähigkeit zur notwendigen Voraussetzung

4 Vgl. *Kirchhof*, G. in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG, EL 297, April 2020, Einführung EStG Rn. 100; *Kube* in Mellinghoff, Steuern im Sozialstaat, DStJG 29/2006, S. 13 – der moderne Staat ist Steuerstaat, so *Thiel*, Der gefräßige Leviathan, 2019, S. 99. Beachte zudem *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 1ff.

5 Vgl. *Tipke*, JZ 1975, S. 558 und dazu zugleich *Götz-Kälberer/Kälberer*, Besteuerung der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, 2021, S. 1.

6 Vgl. *Götz-Kälberer/Kälberer*, Besteuerung der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, 2021, S. 1; *Seer* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 1 Rn. 1.1.

7 Vgl. *Blumenstein* in *Teschmacher*, Beiträge zur Finanzwissenschaft, Bd. 2, 1928, S. 9; *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 55 (auch direktes Zitat). Vgl. dazu auch *Blischke*, Die Mitunternehmerschaft im Einkommensteuerrecht, 2020, S. 17 f. und S. 159.

8 Vgl. *Palm*, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 485 f.; *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 55; *Schneider*, StuW 1975, S. 100; *Schön*, StuW 2005, S. 249.

9 Vgl. *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 55 (auch direktes Zitat). Vgl. dazu auch *Hahn*, Die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung und der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung in rechtsvergleichender Sicht, 1984, S. 131.

10 Zum neueren Stand der Literatur (Auswahl): *Dapprich*, StuW 2023, S. 129 ff.; *Desens*, FR 2022, S. 681 ff.; *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 64 ff.;

eines Subjektes der Leistungsfähigkeit. Schließlich kann ein Vermögenszuwachs nur dort eintreten, wo die Vermögensrechtsfähigkeit erfüllt ist; das Innehaben von Vermögen, die Erzielung von Umsatz und der Erwerb wäre ansonsten ausgeschlossen.¹¹ Bezugspunkt von Steuergerechtigkeit¹², Steuer-gleichheit und Leistungsfähigkeit ist die natürliche Person, die zum originären Subjekt der Leistungsfähigkeit wird.¹³ Vor diesem Hintergrund ist auch strikt zwischen Unternehmen und Unternehmensträger zu trennen, da nur der Unternehmensträger leistungsfähig sein kann, wohingegen das Unternehmen lediglich ertragsfähig ist.¹⁴ Des Weiteren manifestieren sich die Erfordernisse der privatrechtlichen Handlungsfähigkeit in der Erfüllung steuerlicher Pflichten, weshalb festzuhalten ist, dass nur ein Privatrechts-subjekt, welches rechts- und handlungsfähig ist, auch objektiv leistungsfähig sein kann.¹⁵ Ergänzung findet dieser Befund mit der Frage nach dem Selbstzweck, der zur Prämissee eines originären Subjekts der Leistungsfähigkeit wird, da andernfalls weder die Steuerfreiheit des Existenzminimums¹⁶,

Hongler in *Schön/Stark*, Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, 2022, S. 157 ff.; *Horstmann*, IStR 2022, S. 349 ff.; *Kempny*, StuW 2021, S. 85 ff.; *Kirchhof, P.*, StuW 2021, S. 191 ff.; *Kraft/Kockrow*, IStR 2022, S. 60 ff.; *Kraft/Kockrow*, IStR 2022, S. 353 ff.; *Schmitt*, StuW 2018, S. 147 ff.; *Siegel*, DStR 2023, S. 1617 ff.; *Thiemann* in *Schön/Stark*, Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, 2022, S. 87 ff.; *Waldhoff*, DStR 2023, S. 381 ff.

- 11 Vgl. *Englisch*, Dividendenbesteuerung 2005, S. 116; *Hennrichs*, StuW 2002, S. 208, *Palm*, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 486 f.; *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 55.
- 12 Zur Steuergerechtigkeitsdiskussion vgl. etwa *Anzinger*, StuW 2022, S. 300 ff.; *Essers*, StuW 2022, S. 325 ff.; *Hongler*, StuW 2022, S. 329 ff.; *Horstmann*, DStR 2023, S. 481 ff.; *Osterloh-Konrad*, StuW 2022, S. 311 ff.; *Kube*, StuW 2022, S. 317 ff.; *Marquardsen*, StuW 2022, S. 293 ff.; *Wernsmann*, StuW 2022, S. 280 ff. Zur Besteuerung des kommerzialisierbaren Teils des Namensrechts von Influencern; mithin unter dem Aspekt der Steuergerechtigkeit und in einen Diskurs tretend: *Atilgan*, DStR 2023, S. 2425 ff.; *Heine/Trinks*, beck.digitax 2024, S. 234 f.; *Hemmerich/Günther*, DStR 2021, S. 2321 ff.; *Klenk/Labus/Lindner/Orth*, DStR 2023, S. 7 ff.; *Klenk/Labus/Lindner/Orth*, DStR 2024, S. 278 ff.; *Münzenhofer/Reinwald*, beck.digitax 2024, S. 90 f.; *Sixt*, StuB 2023, S. 80 ff. sowie grundlegend BFH v. 12.06.2019 – X R 20/17, BStBl. II 2020, S. 3 ff.
- 13 Vgl. *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 54 m. w. N.
- 14 Vgl. *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 55 f. und dazu BVerfG v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, S. 1096.
- 15 Vgl. *Palm* in *Desens*, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 56. Vgl. hierzu auch *Palm*, Person im Ertragsteuerrecht, 2013, S. 490 ff.
- 16 Das steuerrechtliche Existenzminimum wird nach Art. 1 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG garantiert.

noch der progressive Einkommensteuertarif zu erklären wären.¹⁷ Oder anders formuliert: „Hat das Privatrechtssubjekt einen Selbstzweck, ist es als Zurechnungsendpunkt steuerverfassungsrechtlicher Leistungsfähigkeit einzuzuordnen“, was für die natürliche Person – aus ökonomischer, dogmatischer und verfassungsrechtlicher Sicht – im Grunde eine Selbstverständlichkeit ist.¹⁸ Im Ergebnis nimmt der verfassungsgebundene Steuerstaat Anteil am Erfolg privaten Wirtschaftens und hat hierfür gesamtwirtschaftliche Konjunkturschwankungen ebenso zu berücksichtigen, wie auch wechselnde innere Zeitbezüge der anzusprechenden Besteuerungsgrundlagen.¹⁹

1.2 Digitalisierung, Steuerrechtsverhältnis und verfassungsrechtliche Erfordernisse

„Einnahmen, Aufgaben und Ausgaben sind im Steuerstaat wegen ihrer komplementären Funktionen vielfach eng miteinander verknüpft.“²⁰ Indem Preise beeinflusst und Gewinne abgeschöpft werden, entfaltet der steuerliche Eingriff eine regulierende Wirkung.²¹ Steuern greifen in die Vermögensphäre des Einzelnen ein und sind neben ihrer Funktion als Finanzierungsinstrumente stets auch Machtinstrumente zur Beeinflussung des Verhaltens der Steuerpflichtigen.²² Steuerrecht ist schließlich Eingriffsrecht, weshalb

17 Vgl. *Palm* in Desens, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 66 f.

18 Vgl. *Palm* in Desens, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 66 f. (auch direktes Zitat), der zugleich hervorhebt, dass diese Qualifikation für die natürliche Person – aus ökonomischer, dogmatischer und verfassungsrechtlicher Sicht – im Grunde eine Selbstverständlichkeit ist. Für die juristische Person gestaltet sich diese Einordnung weniger eindeutig, wobei lediglich die „eigentlichen“ juristischen Personen, die ein transpersonales Substrat aufweisen, als Zurechnungsendpunkt infrage kommen (*ders.*, S. 67 ff.). Zur Steuersubjektivität bei Organschaft und Mehrwertsteuergruppen vgl. *Ehrke-Rabel* in Desens, Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, DStJG 46/2024, S. 333 ff.

19 Vgl. *Seiler*, DStR 2023, S. 369.

20 *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 36 sowie den Gesamtzusammenhang des Einnahmen-, Aufgaben- und Ausgabenrechts aufzeigend: *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 1 ff.

21 Vgl. *Götz-Kälberer/Kälberer*, Besteuerung der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, 2021, S. 1; *Hey* in Sieker, Steuerrecht und Wirtschaftspolitik, DStJG 39/2016, S. 12; *Körösi/Maiterth*, StuW 2022, S. 349 f.

22 Vgl. *Birk*, Finanzierungszwecke und Lenkungszwecke in einem verfassungsmäßigen Steuersystem, 2001, S. 67; *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 87.

der AO auch „das klassische Konzept einseitig-hoheitlichen Handelns“ zu grunde liegt.²³ Für die Legitimation der Steuer als Gemeinlast ist jedoch in erster Linie auf eine gleichmäßige Verwirklichung des Steueranspruchs abzustellen.²⁴ Zugleich ist eine Zweckbindung des Steueraufkommens zur Biegung bestimmter Staatsausgaben, insbesondere aus haushaltrechtlicher Sicht, nur eingeschränkt möglich; dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Gesamtdeckung (Non-Affektionsprinzip).²⁵ Sämtliche Einnahmen dienen unterschiedslos der Deckung der im Haushaltspolitik ausgewiesenen Ausgaben, was sich einfachgesetzlich aus § 7 Satz 1 des Haushaltsgesetzes (HGrG) und § 8 Satz 1 der Bundeshaushaltsgesetzordnung (BHO) ergibt.²⁶ Im Kern kommt der Trennung eine mehrfache Schutzfunktion zugunsten der ökonomischen Freiheit, der gleichheitskonformen Lastenteilung, der demokratischen Teilhabe und der Sozialstaatlichkeit zu.²⁷

23 Vgl. *Musil* in Schön/Röder, Zukunftsfragen des Steuerrechts II, 2014, S. 130; *Thiemann*, StuW 2019, S. 300 (auch direktes Zitat). Werden die Folgen der Besteuerung indes „falsch wahrgenommen, kann dies nicht nur zur Verzerrung ökonomischer Entscheidungen führen, sondern auch das Wahlverhalten der Betroffenen beeinflussen.“ *Körösi/Maiterth*, StuW 2022, S. 349. Gleichzeitig finden unterschiedliche gesellschaftliche Präferenzen in unterschiedlichen redistributiven Politiken ihren Niederschlag, vgl. *Almås/Cappelen/Tungodden*, Journal of Political Economy 2020, S. 1753 ff. (im Ländervergleich USA und Norwegen).

24 Vgl. *Thiemann*, StuW 2019, S. 300.

25 Vgl. *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 1; *Kälberer*, StuW 2020, S. 91; *Kube* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 70, Dezember 2013, Rn. 143 zu Art. 110 GG. Dem Non-Affektionsprinzip ist im Wesentlichen Verfassungsrang zuzuerkennen, vgl. *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 37 m. w. N. Schließlich bildet es die „Basis für eine rationale Haushaltspolitik“ und fungiert als wesentliches Element der öffentlichen Haushaltswirtschaft, vgl. *Grupp* in Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 2000, S. 188 Rn. 33 (auch direktes Zitat). Gleichwohl soll der Grundsatz der Gesamtdeckung nach hergebrachter Meinung keinen Verfassungsrang haben, weshalb auch zweckgebundene Steuern (z. B. Ökosteuer zur Stützung der Rentenversicherung) zulässig seien. Die derweil verbreitete Zwecksetzung von Steuern dient insbesondere der Normakzeptanz. Vgl. *Herdegen*, VVdStRL 62/2003, S. 21 f.; *Kube* in Mellinghoff, Steuern im Sozialstaat, DStJG 29/2006, S. 25; *Kube* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 70, Dezember 2013, Rn. 144 f. zu Art. 110 GG; *Musil*, DVBl. 2007, S. 1529 ff.; *Seer* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 46 f. Rn. 2.16; *Waldhoff*, StuW 2002, S. 285 ff.

26 Vgl. *Kube* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 70, Dezember 2013, Rn. 143 zu Art. 110 GG; *Lewinski/Burbat*, HGrG, 2013, Rn. 1 zu § 7 HGrG; *Lewinski/Burbat*, BHO, 2013, Rn. 2 zu § 8 BHO; *List*, DB 1999, S. 1625; *Musil*, DVBl 2007, S. 1526 und S. 1530.

27 Vgl. *Seiler* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 98, März 2022, Rn. 46–50 zu Art. 105 GG.

Die Akzeptanz der gegenleistungsfreien Steuer wird zur Prämisse eines demokratisch ausgeformten und nach rechtstaatlichen Grundsätzen handelnden Leistungsstaates.²⁸ Insoweit durchdringt das Steuerrecht die Vermögens- und Privatsphäre eines jeden Einzelnen, weshalb der Staat auch für eine gerechte Aufteilung der Steuerlast zu sorgen hat.²⁹ Doch was nützt Gleichheit, wenn sie nur „auf dem Papier“ verwirklicht ist? Erst der gleichheitssatzkonforme Steuervollzug liefert die gewünschte Belastungsgleichheit eines mithin gleichheitssatzkonform ausgestalteten Steuergesetzes.³⁰

Da Rechtsnormen stets auch eine Orientierungsfunktion in sich tragen, ist damit zugleich das Erfordernis der Rechtssicherheit angesprochen: Ein solches verfassungsrechtliche Erfordernis ergibt sich aus der „Zusammenschau des Rechtsstaatsprinzips mit den Grundrechten“³¹ Für das Steuerrecht ergibt sich dies in erster Linie anhand der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG – kontextuell lässt sich aber auch auf die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und ggf. auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG abstellen.³² Im Ergebnis soll staatliches Handeln durch Rechtsätze gesichert sein, was es für den Einzelnen erst vorhersehbar und bere-

28 Vgl. *Kube* in Mellinghoff, Steuern im Sozialstaat, DStJG 29/2006, S. 17. Gleichwohl kann die Loslösung von konkreten Finanzierungszwecken dem Steuersaat auch zum Nachteil gereichen, indem ihm die Rechtfertigung zur Steuererhebung ohne konkret zu realisierende Projekte schwerfällt. Dies korreliert wiederum mit der Steuermoral auf Seiten der Steuerbetroffenen. Vgl. *Musil*, DVBl. 2007, S. 1527.

29 Vgl. *Seer* in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 2 Rn. 1.3. Zentral für die Gleichmäßigkeit der Besteuerung sind die verfassungsrechtlich abgesicherten Prinzipien der Deklaration und der Verifikation, vgl. *Thiemann*, StuW 2019, S. 302. Zugleich sollte man meinen, dass Steuernormen besonders bestimmt sein sollten. Stellt man auf Formulierungen wie z. B. in § 4 Abs. 4 EStG ab, indem es heißt „Betriebsausgaben sind die Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind“, wird diese Annahme in der Realität steuerrechtlicher Normen erheblich kontrastiert. Vgl. dazu und zu weiteren unbestimmten Rechtsbegriffen: *Thiemann*, StuW 2019, S. 295.

30 Vgl. *Hey*, StuW 2023, S. 55.

31 Vgl. *Thiemann*, StuW 2019, S. 296 (auch direktes Zitat). Die Grundrechte sind die Essentiale des Verfassungsstaates, indem sie unter dem GG den Leitgedanken für ein rechtlich geordnetes Zusammenleben bilden und ein Kernelement der freiheitlich-demokratischen Ordnung ausbilden. Vgl. *Barczak*, JZ 2024, S. 417.

32 Vgl. *Thiemann*, StuW 2019, S. 296 und zu den grundrechtlichen Parametern der Forderung nach Steuerplanungssicherheit: *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002, S. 133 ff. Vgl. im Einzelnen zu Art. 2 Abs. 1 GG (*Di Fabio* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 39, Juli 2001, Rn. 1 ff. zu Art. 2 Abs. 1 GG), zu Art. 12 Abs. 1 GG (*Remmert* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 102, August 2023, Rn. 1 ff. zu Art. 12 Abs. 1 GG) sowie zu Art. 14 Abs. 1 GG (*Papier/Shirvani* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 83, April 2018, Rn. 1 ff. zu Art. 14 GG).

chenbar macht. Vor diesem Hintergrund hält das BVerfG auch fest, dass „(d)ie Grundrechte wie auch das Rechtsstaatsprinzip im Zusammenwirken die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassung“ garantieren.³³

Diesen Befund macht sich der Verfassungsstaat in vielfältiger Weise zu eigen, indem er Rechtssicherheit gewährleistet und ebenjene durch die Prinzipien der Kontinuität³⁴ des Rechts, des Vertrauensschutzes und der Beständigkeit konkretisiert.³⁵ Hinzu tritt die Gleichheit in der Zeit, welche sich nicht nur dem Bestand, sondern auch die Erneuerung widmet. Ange- sichts sich stetig verändernder Modalitäten und neu gestalteter Lebenssi- tuationen, bspw. im Zuge der Digitalisierung und Globalisierung, wahrt die Gleichheit (trotz der Zeit) den Bestand, sichert Veränderung in der Zeit und schafft einen schonenden Übergang von einem Recht zum anderen; Gesetzgebungsbefugnis ist schließlich Änderungsbefugnis.³⁶

Mit disruptiv wirkenden Innovationen wie der Blockchain-Technologie, der Industrie 4.0 und dem Übergang zur Dienstleistungsgesellschaft nimmt die Bedeutung von Algorithmen und Daten stetig zu. So hat die Digitali- sierung gänzlich neue Wirtschaftszweige hervorgebracht, deren Geschäfts- modelle eng mit dem Internet verbunden sind und darauf beruhen, Tätig- keiten aus der Ferne mit beschränkter oder ohne physische Präsenz auszu-

33 BVerfG v. 07.07.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BVerfGE 13, S. 160 und dazu weiter ausführend: „Es würde die Betroffenen in ihrer Freiheit erheblich gefährden, dürfte die öffentliche Gewalt an ihr Verhalten oder an sie betreffende Umstände ohne Weiteres im Nachhinein belastendere Rechtsfolgen knüpfen, als sie zum Zeitpunkt ihres rechtserheblichen Verhaltens galten.“ Vgl. aus der neueren Rechtsprechung bspw. BVerwG v. 06.10.2021 – 9 C 10/20, NVwZ 2022, S. 484; BVerfG v. 29.04.2022 – 1 BvL 2/17, 1 BvL 3/17, 1 BvL 4/17, 1 BvL 5/17, 1 BvL 6/17, NZM 2022, S. 607; BVerfG v. 07.12.2022 – 2 BvR 988/16, NJW 2023, S. 1940; BVerfG v. 14.12.2022 – 2 BvL 7/13, 2 BvL 18/14, NJW 2023, S. 1948; BFH v. 19.10.2023 – IV R 13/22, DStR 2024, S. 424.

34 Vgl. hierzu im Einzelnen: *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 1ff. Im Besonderen ist auf die Kontinuitätsbedürftigkeit und Kontinuitätsträchtigkeit des Steuerrechts hinzuweisen. Vgl. *Leisner-Egensperger* in Pezzer, Vertrauensschutz im Steuerrecht, DStJG 27/2004, S. 203.

35 Vgl. *Kube*, StuW 2023, S. 18. Sowie insgesamt zur Rechtssicherheit: *Grzesick* in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 97, Januar 2022, Kap. VII, Rn. 51ff. zu Art. 20 GG. Aus alledem lässt sich indes kein Versteinerungsgebot ableiten, zumal die Steuergerechtigkeit selbst dem Wandel der Zeit unterworfen ist. Vgl. *Anzinger*, StuW 2022, S. 309.

36 Vgl. *Kirchhof*, P. in Dürig/Herzog/Scholz, GG, EL 75, September 2015, Rn. 333f. zu Art. 3 Abs. 1 GG, der zugleich ausführt, dass der heutige Fall ebenso zu behandeln ist, wie den gleichen gestrigen (*ders.*, Rn. 333 zu Art. 3 GG).

üben.³⁷ Da über Plattformen getätigte Transaktionen jedoch nicht nur eine Wettbewerbsverzerrung im Endkundengeschäft hervorrufen, sondern auch die Durchsetzung des staatlichen Steueranspruchs nicht immer gewährleistet wird, wird der Steuervollzug Zunehmens über steuerrechtliche Mitwirkungspflichten sichergestellt.³⁸ Der Gleichheitssatz verlangt indes, dass die Steuerpflichtigen durch etwaige Steuergesetze rechtlich und vor allem tatsächlich gleich belastet werden.³⁹ Werden nun nationale sowie internationale begründete Mitwirkungspflichten – bspw. in Gestalt des Plattformen-Steuertransparenzgesetzes vom 20.12.2022 (BGBl. I 2022, S. 2730)⁴⁰, des sektoralen Country-by-Country-Reporting (CbCR) oder der Global Reporting Initiative (GRI) initiiert – entsteht eine überbordende Verwaltungslast der Besteuerung, die nicht zuletzt als strukturelles Misstrauen zu interpretieren ist.⁴¹

Vor diesem Hintergrund soll im Weiteren der Frage nachgegangen werden, welche steuerrechtlichen Mitwirkungspflichten im Kontext einer digitalisierten Wirtschaft bestehen und inwieweit sie die grundrechtlichen Freiheiten begrenzen. Die Ausführungen sollen zugleich zum Anlass genommen werden, eine dringend erforderliche Vereinfachung des (materiellen) Steuerrechts zu betonen und gleichzeitig Antworten dahingehend liefern, inwieweit das Übermaßverbot für Verwaltungslasten in den Dienst der Steuergleichheit gerückt werden kann. Und so lautet auch der Auftrag einer

37 Vgl. *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum gemeinsamen System einer Digitalsteuer auf Erträge aus der Erbringung bestimmter Dienstleistungen vom 21.03.2018, COM (2018) 148 final, S. 17.

38 Vgl. *Götz-Kälberer/Kälberer*, Steuer-Seminar 2023, S. 347 ff.; *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 371 ff.; *Kälberer*, RET 3/2024, S. 66 ff.; *Denker/Kälberer*, RET 5/2024, S. 57 ff. Beachte auch *Hey*, StuW 2024, S. 16 ff.

39 Vgl. BVerfG v. 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, S. 270, 1. Leitsatz. Infolge des allgemeinen Gleichheitssatzes ist „wesentlich Gleiche gleich und wesentlich Ungleiche ungleich zu behandeln“; dies gilt für ungleiche Belastungen ebenso wie für ungleiche Begünstigungen. Vgl. BVerfG v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, S. 1094 m. w. N. Vgl. auch BFH v. 07.06.2024 – VIII B 113/23 (AdV), DStR 2024, S. 1478; *Becker*, DStR 2024, S. 2097; *Bleschick* in *Wolszynski/Coenen/Krumb*, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 93.

40 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/514 des Rates vom 22. März 2021 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Modernisierung des Steuerverfahrensrechts, BGBl. I 2022, S. 2730.

41 Vgl. *Hey*, StuW 2024, S. 16 f.; *Kirchhof*, P., DStR 2023, S. 1801 sowie zur Datensammlung, dem Informationsaustausch und der Publizität im Steuerrecht: *Mellinghoff*, StuW 2023, S. 5 ff.

modernen Steuerrechtspflege: „In Freiheit denken und Gleichheit beachten.“⁴² Da Freiheit ohne Verantwortung nicht denkbar wäre, schließt sich der Kreis zur Steuerrechtfertigung als Wahrnehmung von Verantwortung im Dienste des Gemeinwohls und nach Maßgabe des Gesetzes.⁴³

2 Ausprägungsformen der digitalen Transformation

2.1 Digitalisierung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe

Scheinbar unaufhaltsam durchdringen algorithmenbasierte Systeme sämtliche Bereiche unseres Lebens und vollziehen „eine technologisch-ökonomisch-gesellschaftliche Transformation von unvorhersehbarem Ausmaß.“⁴⁴ Kern dieser Transformation ist ein integrativer Aushandlungsprozess, der einen Wechselprozess zwischen sozialen Beziehungen und den kulturellen, ökonomischen sowie wissenschaftlichen Herangehensweisen einläutet. Aus diesem iterativen und kommunikativen Prozess ergeben sich immer neue Herausforderungen, „in denen (sich) Gesellschaften oder gesellschaftliche Teilsysteme (...) irgendwie zurechtfinden müssen.“⁴⁵ Mensch und Maschine sind letztlich eng miteinander verwoben und interagieren auf komplexe Weise miteinander. Es entsteht eine „zweite Natur“, die nicht nur die Randbedingungen, sondern vielmehr die Erfolgsbedingungen für das (weitere) menschliche Leben setzt und unsere Sichtweise auf die Welt sowie deren Probleme beeinflusst.⁴⁶ Dieser Umstand ist zwar nicht neu, denn bereits

42 Jachmann-Michel, StuW 2018, S. 8. Vgl. hierzu eingehend: Jachmann-Michel, StuW 2017, S. 209 ff.; Jachmann- Michel, StuW 2018, S. 6 ff.; Kirchhof, P., StuW 2017, S. 3 ff.; Kirchhof, P., StuW 2018, S. 1 ff.

43 Vgl. Jachmann-Michel, StuW 2018, S. 8; Kälberer, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 63. Freiheit ist perioden- und generationenübergreifend zu sichern, was auch im 4. Leitsatz zum Klimabeschluss des BVerG seinen Anklang findet: „Das Grundgesetz verpflichtet unter bestimmten Voraussetzungen zur Sicherung grundrechtsgeschützter Freiheit über die Zeit und zur verhältnismäßigen Verteilung von Freiheitschancen über die Generationen.“ BVerfG v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, S. 1723 und dazu Kirchhof, G., Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, S. 69.

44 Vgl. Salzborn, ZUR 2021, S. 513 (auch direktes Zitat). Beachte auch Kälberer, RET 3/2024, S. 67; Kälberer in Kälberer/Kammer, Fachassistent Digitalisierung und IT-Prozesse, 2024, S. 21.

45 Vgl. Friesike/SpronDEL, Träge Transformation, 2022, S. 8 und S. 12 (direktes Zitat auf S. 8).

46 Vgl. Deutscher Ethikrat, Mensch und Maschine, 2023, S. 24 und S. 30.

seit jeher sind neue Technologien „das Ergebnis einer technologischen Art und Weise, wie Menschen die Welt sehen und sich zu ihr in Beziehung setzen“;⁴⁷ die zunehmende Komplexität der Mensch-Maschine-Relation verändert jedoch deren Wahrnehmung. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der Anthropomorphisierung digitaler Technik, indem Fähigkeiten wie Denken, Lernen oder das Zeigen von Emotionen einer Künstlichen Intelligenz (KI)⁴⁸ bzw. Robotern zugeschrieben werden.⁴⁹

2.2 Digitale Disruption und Delokalisierung

Die Digitalisierung wird von Geschäftsmodellen begleitet, die losgelöst von einer physischen Präsenz sind (sog. Delokalisierung) und in hohem Maße auf Daten und Netzwerkeffekten basieren. Während klassische Industriebetriebe über diversifiziertere Wertschöpfungsketten verfügen, generieren Unternehmen der sog. Digital Economy ihre Wertschöpfung aus der gebündelten Entwicklung, Pflege und Instandhaltung von IT-Systemen sowie der Wertsteigerung ihrer jeweiligen immateriellen Wirtschaftsgüter⁵⁰ – angesprochen sind damit insbesondere digitale Plattformen, die es einem ermöglichen, verschiedene Leistungen einem weiten Publikum anzubieten und so neue Märkte und Vertriebskanäle zu erschließen (sog. Plattformökonomie).⁵¹ Getrieben durch gesunkene Transaktionskosten und eine rasante Entwicklung im Bereich der Datenspeicherung und -verarbeitung, hat die Plattformökonomie zwischenzeitlich eine beachtliche Markt-

47 Deutscher Ethikrat, Mensch und Maschine, 2023, S. 30.

48 Beachte: Verordnung (EU) 2024/1689 v. 13.06.2024, Abl. EU Reihe L v. 12.07.2024, S. 1 ff. und dazu mithin Martini/Wendehorst (Hrsg.), KI-VO, 2024, S. 1 ff.; Schwartmann/Keber/Zenner (Hrsg.), KI-Verordnung, 2. Aufl. 2024, S. 1 ff.; Wendt/Wendt, Das neue Recht der Künstlichen Intelligenz, 2024, S. 1 ff.

49 Vgl. Deutscher Ethikrat, Mensch und Maschine, 2023, S. 30 (direktes Zitat auf S. 30). Vgl. dazu zugleich Kälberer in Kälberer/Kammer, Fachassistent Digitalisierung und IT-Prozesse, 2024, S. 21. Die vormals klaren Unterscheidungen zwischen Mensch und Technik scheinen in KI-gesteuerten Systemen weniger eindeutig zu werden, was zentrale ethische Fragestellungen aufwirft, vgl. dazu Deutscher Ethikrat, Mensch und Maschine, 2023, S. 1 ff.; Kälberer, RET 3/2024, S. 71; Jobin/Ienca/Vayena, Nature Machine Intelligence 2019, S. 389 ff.; Mittelstadt, Nature Machine Intelligence 2019, S. 501 ff.

50 Vgl. Heggmaier/Riedl/Wutschke, IStR 2015, S. 93; Kälberer, RET 3/2024, S. 69.

51 Vgl. Busch, IWRZ 2018, S. 147; Busch, GRUR 2019, S. 789; Kälberer, RET 3/2024, S. 69. Zu den Eckpfeilern der europäischen Plattformregulierung vgl. Meyer/Moss, JURA 2024, S. 375 ff. sowie S. 720 ff.

kapitalisierung erreicht, deren Leistungsspektrum von der kurzfristigen Vermietung von Immobilien an Feriengäste (z. B. Airbnb), der Erbringung persönlicher Dienstleistungen (z. B. Fiverr) bis hin zum Verkauf von Waren (z. B. eBay) reicht. Im Vordergrund steht dabei die systematische Sammlung und Verarbeitung von Informationen auf der Anbieterseite sowie die entsprechende Speicherung und Auswertung des Nutzerverhaltens. Daten⁵² werden so zu einer kritischen Ressource der Transaktionskoordination, indem das (Informations-)Angebot entsprechend den Präferenzen zusammengefügt wird und indirekte – und teils auch direkte – Netzwerkeffekte ausgeschöpft werden. Dabei befördern Informations- bzw. Transaktionsplattformen in vielfältiger Weise nicht nur die private, sondern auch die soziale und wirtschaftliche Interaktion.⁵³

Da eine jede Steuer der Abgrenzung im Raum bedarf, tritt der sich vollziehende digitale Wandel in ein fundamentales Spannungsverhältnis zum Steuerrecht. Dies gilt umso mehr, da die territorial radizierte staatliche Souveränität nicht zuletzt für Zwecke der Steuerrechtfertigung von Bedeutung ist. So beruht (zumindest) das Ertragsteuerrecht auf der Erfassung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit von eindeutig lozierbaren Steuersubjekten, die sich angesichts digitaler Geschäfte und Märkte Zunehmens den territorial-staatlichen Herrschaftsansprüchen entziehen können.⁵⁴ Schließlich nehmen technologische Innovationen zunächst keinerlei Rücksicht auf die moralphilosophisch geprägten Gerechtigkeitsvorstellungen des Steuerrechts, die zugleich in enger Beziehung zu deren demokratiepolitischen Idealen stehen – als „amorales Phänomen“ stellt das staatliche Gemeinwohl und der am öffentlichen Interesse orientierte Fiskalzweck für die Technik keine relevanten Größen dar.⁵⁵

-
- 52 Zur Verfügbarkeit von Daten als Bausteine der Digitalisierung – in der Differenzierung als (nicht) personenbezogene Daten und deren Kombination: *Hoffmann-Riem, Recht im Sog der digitalen Transformation*, 2022, S. 32 ff.
 - 53 Vgl. *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020, S. 20 ff.; *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 371 f.; *Kälberer*, RET 3/2024, S. 69; *Kälberer* in *Kälberer/Kammer*, Fachassistent Digitalisierung und IT-Prozesse, 2024, S. 22; *Kälberer/Denker*, RET 2024, S. 58 f.
 - 54 Vgl. *Waldfhoff* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStG 42/2019, S. 81 m. w. N. Zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf das lokale Gewerbesteueraufkommen vgl. *Neugebauer*, BFuP 2021, S. 625 ff.
 - 55 Vgl. *Sumper*, Besteuerung als Grundlage für Demokratie und Rechtsstaat, 2023, S. 116 m. w. N. Mit dem BEPS-Aktionspunkt 1 zielt die OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) auf die Lösung der mit der Digitalisierung verbundenen Besteuerungsprobleme ab. Vgl. dazu in einem Überblick *Cortez/Lang*, IWB

3 Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in einer digitalisierten Gesellschaft

3.1 Jedermannsgleichheit und das Dilemma der Rechtssetzung

Die in modernen Rechtsstaaten⁵⁶ verfassungsrechtlich konkretisierte objektive Ordnung der Gerechtigkeit steht im Einklang mit dem Steuervollzug, d. h. Gerechtigkeit zwischen den Wirtschaftssubjekten wird durch steuerliche Gleichbehandlung erreicht.⁵⁷ Gerechtigkeit ist allerdings „ein Begriff, der nicht für sich allein stehen kann, der ohne Referenz sinnlos ist. (...) Gerechtigkeit ist eine Frage des richtigen Maßes, wie etwa die Maßstabsentsprechung es verlangt oder wie das Bild der Waage es ausdrückt.“⁵⁸ Im überpositiven Sinne kann es daher nicht die eine Steuergerechtigkeit geben, was zugleich das „Ungerechte“ an der Steuergerechtigkeit ist, da sie zwangsläufig eine Wertungsgebundenheit in sich trägt.⁵⁹ So bildet die Steuergerechtigkeit einen abstrakten Wertebegriff der zwar für Zwecke einer unmittelbaren Belastungs- und Verteilungsentscheidung nicht tauglich erscheint, wohl aber die Relevanz hervorhebt, dass Gerechtigkeit „auf Prinzipien und Regeln gegründet werden muss“, welche „durch das Gebot der Verallgemeinerung zu Ende gedacht und durch die rechtslogischen Gebote der Folgerichtigkeit und der Widerspruchsfreiheit konkretisiert werden“ müssen.⁶⁰

Gesetzliche Bestimmungen werden von Menschen erlassen⁶¹ und folgen deren Neigung und Vernunft, einer darin begründeten Sachgesetzmäßigkeit

2024, S. 476 f. (zu Pillar One – Neuverteilung der Besteuerungsrechte) und *Cortez/Lang*, IWB 2024, S. 630 f. (zu Pillar Two – Mindestbesteuerung).

56 Zur Entstehung und den Merkmalen des modernen Staates vgl. *Thiele*, Der gefrässige Leviathan, 2019, S. 11 ff.

57 Vgl. BVerfG v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, S. 1094 f.; *Fertig*, Ubg 2018, S. 523; *Hiller*, Bewertungsmaßstäbe im Bilanzsteuerrecht, 2015, S. 21; *Lang*, StuW 2016, S. 101; *Tipke*, StuW 1988, S. 269; *Tipke*, JZ 2009, S. 534. Vgl. hierzu auch *Mödinger*, Internationale Erfolgs- und Vermögensabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach der Neufassung des Art. 7 OECD-MA, 2012, S. 61.

58 *Di Fabio*, JZ 2007, S. 749. Vgl. hierzu auch *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 129.

59 Vgl. *Anzinger*, StuW 2022, S. 300 f.; *Birk*, StuW 2011, S. 357 ff.; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, S. 1258 ff.

60 Vgl. *Anzinger*, StuW 2022, S. 300 f. (auch direkte Zitate); *Tipke*, StuW 2007, S. 202; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, S. 1258 ff.

61 Zu den Einflüssen der Digitalisierung auf die Rechtssetzung vgl. *Reimer* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 97 ff. sowie zu den Möglichkeiten

sowie dem politischen Gestaltungswillen; Gesetze sind insoweit stets das Ergebnis eines politischen Wägens und Gewichtens.⁶² Jene Regelungen sind an der Normalität auszurichten und dürfen keinen atypischen Fall als Leitbild in sich tragen;⁶³ insoweit abstrahiert eine Gesetzesnorm vom Besonderen und wahrt die Distanz zu einzelnen Personen und dem jeweiligen Einzelfall, d. h. das Gesetz verallgemeinert.⁶⁴ Die Verallgemeinerung dient der Gleichheit; verfehlt das Gesetz dagegen den richtigen Grad der Verallgemeinerung, so ist der Gleichheitssatz⁶⁵ verletzt.⁶⁶

Kernforderung der steuergesetzlichen Gleichheit ist die „Jedermannsallgemeinheit“.⁶⁷ „Die Jedermannsgleichheit regelt in der Abstraktheit des Gesetzestatbestandes ohne Ansehen der Person, in Distanz und Unbefangenheit gegenüber dem Betroffenen die für alle gleiche Steuerlast, sichert in dieser Allseitigkeit die Legitimität und Akzeptanz der Steuerlast und damit deren Befolgung.“⁶⁸ Gerade aber die Erkenntnis, dass Rechtssetzung stets abstrakt-generell zu erfolgen hat und mehr oder weniger distanziert zum Einzelfall stattfindet, bedeutet zugleich, dass Bestimmtheit und Klarheit immer nur im Rahmen des Möglichen zu gewährleisten sind. Klarheit und

der Digitalisierung des Rechts *Anzinger* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 27, der hierzu fünf Kategorien entwickelt: 1.) Maschinenlesbares Recht; 2.) Computergestützte Methoden der Rechtsfindung; 3.) Streitbeilegungsmechanismen; 4.) Gestaltungsberatung, Compliance und Gesetzesvollzug; 5.) Digitalisierung der Rechtswissenschaft. Zu Letzterem vgl. auch *Möslein et al.*, JURA 2021, S. 651 ff. sowie im Allgemeinen: *Endres/Mellinghoff*, beck.digitax 2022, S. 366 ff. Beachte auch *Leue/Wilhalmi* in Wörner et al., Digitalisierung des Rechts, 2024, S. 67 ff.; *Thöne*, ZZP 2024, S. 173 ff.; Wörner et al. in Wörner et al., Digitalisierung des Rechts, 2024, S. 1 ff.

62 Vgl. BVerfG v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, S. 1095; *Kirchhof*, P., StuW 2017, S. 7.

63 Gleichwohl wird durch besondere Typisierung eine Vergrößerung der Allgemeinheit erreicht, vgl. *Kirchhof*, StuW 2017, S. 11.

64 Vgl. BVerfG v. 07.12.1999 – 2 BvR 301/98, BStBl. II 2000, S. 166; BVerfG v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, S. 1095; *Fertig*, Ubg 2018, S. 523; *Heil/Pupeter*, BB 2017, S. 1951; *Kirchhof*, P., StuW 2017, S. 10.

65 *Kirchhof* erkennt im Gleichheitssatz ein Strukturprinzip des Steuerstaates: „Der Gleichheitssatz bestimmt das Gesicht des Steuerstaates.“ Die Steuer „belastet jedenmann je nach seiner finanziellen Leistungsfähigkeit, begünstigt ihn durch die Steuererträge in der Allgemeinheit der Steuerzahler, beteiligt ihn – vermittelt durch das von ihm gewählte Parlament – an der finanzstaatlichen Entwicklung.“ *Kirchhof*, P., StuW 2017, S. 15.

66 Vgl. *Kirchhof*, P., StuW 2017, S. 10 f.

67 Vgl. *Kirchhof*, P., StuW 2017, S. 15.

68 *Kirchhof*, P., StuW 2017, S. 15. Vgl. zu diesem Abschnitt auch *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 69 f.

formale Gleichmäßigkeit sind also gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit abzuwegen.⁶⁹

Im Ergebnis fordert der Gleichheitssatz „nicht eine immer mehr individualisierende und spezialisierende Gesetzgebung, die letztlich die Gleichmäßigkeit des Gesetzesvollzugs gefährdet, sondern die Regelung eines allgemein verständlichen und möglichst unausweichlichen Belastungsgrundes.“⁷⁰ Letzterer fungiert als Bindeglied einer besonderen Steuerrechtfertigung, indem er die Steuer, ihre Bemessung und Erhebungstechnik sowie deren wirtschaftliche Auswirkungen in sich verklammert. Die allgemeine Steuerrechtfertigung wird auf den Steuergegenstand konkretisiert und liefert Antworten dahingehend, ob ein über Art. 105 Abs. 2a GG hinausgehendes Gleichartigkeitsverbot aufgrund einer mehrfach in Anspruch genommenen Belastungsentscheidung verletzt sein könnte.⁷¹ Folglich bildet der Belastungsgrund – abseits seiner Vielschichtigkeit, die weitere Klärung erfordert – den einheitlichen Oberbegriff (*tertium comparationis*) für Zwecke der Gleichheitsprüfung.⁷²

3.2 Digitalisierung des Steuerrechts als verfassungsrechtlicher Auftrag

3.2.1 Rechtsschutz und Rechtsvertrauen als Freiheitsvoraussetzung *comme il faut*

Der Staat ist der Gesellschaft nicht übergeordnet, sondern ihr funktioneller Teil.⁷³ Vornehmste Aufgabe eines Rechtsstaates sollte es deshalb sein, für gerechte Regeln zu sorgen und sie durchzusetzen.⁷⁴ Dabei wird „die Befolgbarkeit *und* Vorhersehbarkeit des Steuereingriffs“ durch die perma-

69 Vgl. *Thiemann*, StuW 2019, S. 296 f.

70 BVerfG v. 10.04.1997 – 2 BvL 77/92, NJW 1997, S. 2101.

71 Vgl. *Kirchhof*, G., DStR 2020, S. 1077; *Valta*, DStR 2023, S. 378 und zum Belastungsgrund in der Grunderwerbsteuer: *Englisch* in Drüen, Immobilien im Steuerrecht, DStJG 44/2022, S. 361 ff. Um die Steuerlast für den Betroffenen berechenbar zu machen und in eine parlamentarische Verantwortung zu bringen, sind der Besteuerungsgegenstand, die Bemessungsgrundlage, die Steuerschuld wie auch der Steuersatz qua Gesetz hinreichend bestimmt festzulegen, vgl. *Kirchhof*, P., StuW 2002, S. 3.

72 Vgl. *Valta*, DStR 2023, S. 381.

73 Vgl. *Weber-Grellet*, DStR 2018, S. 1399. Für eine Betrachtung des Leistungsfähigkeitsprinzips im österreichischen Steuerrecht beachte *Sumper*, Besteuerung als Grundlage für Demokratie und Rechtsstaat, 2023, S. 116 ff.

74 Vgl. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, S. 239.

nente Änderung bestehender Gesetze sowie ihre Unverständlichheit gefährdet.⁷⁵ Auch wenn in der Anpassungsnotwendigkeit und -fähigkeit ein Urphänomen der Besteuerung zu sehen ist, wird das Steuerrecht doch als „Produkt der Unkenntnis“ wahrgenommen, welches in gewisser Weise eine innere Legitimität und Stabilität vermissen lässt;⁷⁶ von „Steuerchaos“, „Einkommensteuerwirrwarr“ und einem „Dschungel“ ist die Rede.⁷⁷ Dieser Umstand erhält besondere Relevanz, da nach § 42 Abs. 5 Satz 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) Gesetzentwürfe sprachlich richtig und möglichst für jedermann verständlich gefasst sein müssen. Der Gesetzgeber ist deshalb angehalten leicht verständliche, d. h. kognitiv schnell erfassbare und eindeutig anwendbare Gesetze zu verfassen.⁷⁸ Wer Rechtsvorschriften formuliert, muss nach den Empfehlungen zur Gestaltung von Rechtsvorschriften i. S. d. § 42 Abs. 4 GGO „darum ringen, sie sprachlich so genau zu fassen, wie es nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Die Betroffenen sollen auf Grund der gesetzlichen Regelung in der Lage sein, den rechtlichen Rahmen ohne juristische Beratung zu erkennen und ihr Verhalten entsprechend auszurichten. Gerichte sollen anhand der Regelung entscheiden können.“⁷⁹ Schließlich sollen die Grenzen von Verwaltungshandeln „nach Inhalt, Zweck und Ausmaß erkennbar sein. Insofern besteht eine enge Beziehung zum (inhaltsbezogenen) verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (...); nur eine klare Gesetzessprache schafft Normenklarheit. Gesetze, die sich nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben⁸⁰ erschließen, erfüllen diese Ansprüche nicht.“⁸¹ Auch eine jede interne und externe Interdependenz ist dahingehend zu

75 Vgl. Hey, StuW 2019, S. 3 (auch direktes Zitat).

76 Vgl. Driuen in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 1; Schön, StuW 2013, S. 289.

77 Vgl. Hey, StuW 2019, S. 3; Hey in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 72 Rn. 3.1; Tipke, StuW 2014, S. 278 und dazu insgesamt auch Gölz-Kälberer/Kälberer, Besteuerung der Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit, 2021, S. 1.

78 Vgl. Maier/Schanz/Sixt, DStR 2022, S. 1566.

79 BMJ (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, S. 33 Rn. 54.

80 Österreichisches Verfassungsgericht v. 29.06.1990 – G 81/82/90 u. a., Sammlung 12420/1990 zitiert nach BFH v. 06.09.2006 – XI R 26/04, DStR 2006, S. 2024 und auch Kanzler, FR 2003, S. 665 sowie Sumper, Besteuerung als Grundlage für Demokratie und Rechtsstaat, 2023, S. 188 f.

81 BMJ (Hrsg.), Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl. 2008, S. 33 Rn. 54. Vgl. dazu auch Lammel, NZM 2015, S. 326.

prüfen, ob sie nicht auch direkt in der Rechtsnorm zum Ausdruck gebracht werden kann.⁸² Vor diesem Hintergrund versteht man unter interner Interdependenz die Abhängigkeit innerhalb einer Rechtsnorm, wohingegen die externe Interdependenz die Abhängigkeit zwischen verschiedenen Rechtsnormen begreift.⁸³ Hinzu tritt die Dichte einer Norm sowie die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe wie etwa „unangemessen“ (§ 4 Abs. 5 Nr. 7 EStG), „nachhaltig“ (§ 15 Abs. 2 EStG) oder „außergewöhnlich“ (§ 33 Abs. 1 EStG), denen eine verständlichkeitsschwerende Wirkung beigemessen wird.⁸⁴ Im Ergebnis nehmen 1.) die skalierte Länge, 2.) die externe Interdependenzen, 3.) die Dichte sowie 4.) der Rückgriff auf unbestimmte Rechtsbegriffe Einfluss auf die Unverständlichkeit einer Rechtsnorm; letzteres trägt zugleich zu deren Konflikthaltigkeit bei, was insbesondere für die Digitalisierung des Rechts von Bedeutung ist.⁸⁵ Dies ist damit zu begründen, da für eine algorithmenbasierte Anwendung eindeutige Rechtsnormen notwendig sind. Der automatisierte Gesetzesvollzug scheitert jedoch an logischen, für den Algorithmus berechenbaren Regelungen, soweit einzelfallbezogene Bewertungen aufgrund bestehender Auslegungs- und Ermessenspielräume erforderlich werden.⁸⁶

Erschwerend kommt hinzu, dass (Steuer-)Gesetze stets einen Mangel in sich tragen – nicht etwa weil sie originär mangelhaft sind, sondern weil gegenüber der von den Gesetzen angedachten Ordnung, die menschliche Wirklichkeit notwendigerweise mangelhaft bleibt.⁸⁷ Die Larenz'sche Methodenlehre spricht deshalb von einer sog. Wertungsjurisprudenz⁸⁸, die basierend auf der Hermeneutik Gadamers, in ethischer Verantwortung Ent-

82 Vgl. Maier/Schanz/Sixt, DStR 2022, S. 1568.

83 Vgl. Maier/Schanz/Sixt, DStR 2022, S. 1567 f.

84 Vgl. Maier/Schanz/Sixt, DStR 2022, S. 1568.

85 Vgl. Maier/Schanz/Sixt, DStR 2022, S. 1574.

86 Vgl. Maier/Schanz/Sixt, DStR 2022, S. 1574 f., die zugleich darauf hinweisen, dass ein vollständig automatisierter Steuervollzug nur dann möglich erscheint, soweit das Gesetz jeden denkbaren Einzelfall regelt, auf objektivierenden Normen beruht oder sich vermehrt auf Pauschalierungen stützt, was wiederum Maßregelungen zur Folge hätte. Beachte zudem Kirchhof, G., Austrian Law Journal 2/2017, S. 125 ff.; Kirchhof, P., DStR 2018, S. 498; Mellinghoff in Drüen/Hey/Mellinghoff, 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018, Bd. 1, 2018, S. 426; Ruf/Ismer/Margolf, DStR 2019, S. 414.

87 Vgl. Gadamer, Wahrheit und Methode, 7. Aufl. 2010, S. 324; Weber-Grellet, DStR 2023, S. 1860.

88 Der Begriff der Wertungsjurisprudenz wurde maßgeblich von Westermann geprägt, vgl. Weber-Grellet, DStR 2023, S. 1860 m. w. N. und dazu Westermann, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 15; Westermann, Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, 1957, S. 6.

scheidungen zu fällen hat, die in den Gesetzen nicht restlos vorprogrammiert sind.⁸⁹ Die technisch orientierte Methodenlehre bietet insoweit das Gerüst für einen auf Wertungen und Abwägungen beruhenden argumentativen Prozess, dessen inhaltliche Bestimmung sich aus der Verfassung, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus den Leitgedanken des Rechts ergibt.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund liegen den systemtragenden Prinzipien des Steuerrechts rechtsethische Wertungen zu Grunde, die unabhängig von der konkreten Gesetzesausgestaltung gültig sind.⁹¹ Sowohl der Gleichheitsgrundsatz als auch das Legalitätsprinzip,⁹² das Übermaßverbot sowie das Sozialstaatsprinzip sind aus der Wertordnung des Grundgesetzes abgeleitet.⁹³ Während das Legalitätsprinzip neben Rechtssicherheit auch die demokratische Legitimation des Steuergesetzes gewährleisten soll, leistet der Gleichheitssatz im Rahmen des Richterrechts einen besonderen Beitrag zur Gerechtigkeit.⁹⁴ In diesem Verständnis steht auch die Urteilsfindung des BFH, der von einem eher „positivistisch-legalistisch“ geprägtem Rechtsverständnis zu einer mehr teleologisch inspirierten Betrachtungsweise übergegangen ist.⁹⁵

Die Qualität der Rechtsprechung zeigt sich jedoch nicht nur in der richtigen Auslegungsmethode, sondern auch in einem ebenso angemessenen Verfahren, was mithin in einem ausführlichen Rechtsgespräch oder dem

89 Vgl. *Weber-Grellet*, DStR 2023, S. 1860.

90 Vgl. *Weber-Grellet*, DStR 2023, S. 1860. Im Hinblick auf die inhaltlichen Grundsätze in der Urteilsfindung beruft sich der BFH „auf Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitssatz), auf den Grundsatz der Steuergerechtigkeit, auf das Gebot steuerlicher Lastengleichheit, auf das Gebot der Besteuerung nach der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, auf die Berechtigung, außerfiskalische Förderungs- und Lenkungsziele zu verfolgen, auf das Gebot der Folgerichtigkeit, auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, auf das objektive und subjektive Nettoprinzip“ sowie auf das Prinzip der sog. intertemporalen Korrespondenz. *Weber-Grellet*, DStR 2023, S. 1861.

91 Vgl. *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 77 Rn. 3.13.

92 Nullum tributum sine lege – keine Steuer ohne Gesetz, vgl. *Lang*, StuW 2016, S. 104.

93 Vgl. *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 77 Rn. 3.13.

94 Vgl. *Lang*, StuW 2016, S. 103 f. und dazu auch *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 153 m. w. N.

95 Vgl. *Weber-Grellet*, DStR 2023, S. 1861. Teleologische Reduktion meint indes nicht, eine bewusst getroffene Entscheidung des Gesetzgebers aufzuheben. Schließlich darf die richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel einer Norm keinesfalls „durf richterliche Rechtsfindung das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkt verfehlten oder verfälschen oder an die Stelle der Regelungskonzeption des Gesetzgebers gar eine eigene treten lassen“, BVerfG v. 28.11.2023 – 2 BvL 8/13, DStR 2024, S. 161 m. w. N.; *Krumm*, DStR 2024, S. 1900.

Erlass eines Gerichtsbescheides nach § 90a FGO zum Ausdruck kommt.⁹⁶ Schließlich ist das Vertrauen des Bürgers im Steuerrecht „von besonderer Bedeutung und zugleich besonders gefährdet“⁹⁷ – nur Transparenz schafft Akzeptanz.⁹⁸ Dies gilt umso mehr, da das Steuerrecht als wirkungsvolles Eingriffsrecht nicht nur freiheitserheblich, sondern auch wichtige Planungsgrundlage für ökonomische und private Gestaltungen ist. Und so gewinnt nur die stetige Rechtsordnung Vertrauen und erfährt als Grundlage eines freiheitlichen Miteinanders Geltung, d. h. die Verlässlichkeit der Rechtsordnung – ihre Vertrauenswürdigkeit – ist als wesentliche Freiheitsvoraussetzung zu betonen.⁹⁹ „Wichtigstes Instrument zur Sicherung dauerhafter Regeln und Maßstäbe ist im gewaltengegliederten Staat an erste Stelle das allgemeine Gesetz, das – gemäß den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalt und des Gesetzesvorrangs, die ihrerseits die Vorherigkeit des Gesetzes verdeutlichen – in abstrakter Tatbestandsbildung vorausstrukturiert und dadurch Planungssicherheit vermittelt.“¹⁰⁰ Der Verwaltung obliegt schließlich der gegenwarts- und einzelfallgerechte (Steuer-)Vollzug, wohingegen die letztverbindliche Normauslegung den Gerichten zusteht.¹⁰¹ Beiden Spähern ist jedoch gemein, dass sie angesichts eines (zeitintensiven) Transformationsprozesses, stetig steigender Fallzahlen, demographischen Zukunftslasten und einem sich stark wandelnden Wirtschaftsleben vielschichtigen Herausforderungen gegenüberstehen.¹⁰² Und so verwundert es nicht, dass

96 Vgl. *Weber-Grellet*, DStR 2023, S. 1861.

97 Vgl. *Kube*, StuW 2023, S. 19 (auch direktes Zitat). Beachte auch Vgl. *Wolszynski/Haferkamp* in *Wolszynski/Coenen/Krumb*, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 5 f.

98 Vgl. *Wolszynski/Haferkamp* in *Wolszynski/Coenen/Krumb*, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 33 f.

99 Vgl. *Kirchhof, P.*, StuW 2021, S. 192; *Kirchhof, P.* in *Pezzer*, Vertrauensschutz im Steuerrecht, DStJG 27/2004, S. 1; *Kube*, StuW 2023, S. 18. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung verlangt nicht den vollständigen Verzicht auf die Gesetzesrückwirkung soweit eine substanzielle Dogmatik sie verfassungsrechtlich anleitet und in ihre Schranken weist. Dies gilt nicht zuletzt deshalb, da für den Fall der Nichtanwendungsgesetze mithin ein kontinuitätswahrender (vertrauensschützender) Anspruch erhoben wird. Vgl. *Kube*, StuW 2023, S. 18 ff. Zum Rückwirkungsverbot als steuerverfassungsrechtliche Vorgabe unter besonderer Würdigung des allgemeinen Fiskalzwecks: *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 93 ff.

100 *Kube*, StuW 2023, S. 19.

101 Vgl. *Kube*, StuW 2023, S. 19.

102 Vgl. *Hermann*, RDi 2024, S. 371 ff.; *Hundertmark/Meller-Hannich*, RDi 2023, S. 317 ff.; *Peuthert*, beck.digitax 2024, S. 2 ff.; *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 9 Rn. 6. Während in der Finanzverwaltung stetig steigende Fallzahlen die originäre Auftragserfüllung erschweren, verzeichnet die Finanzge-

das Besteuerungsverfahren nicht mehr allein an den Grundsätzen der Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit ausgerichtet wird, sondern Zunehmenden Wirtschaftlichkeit- und Zweckmäßigkeitserfordernissen des § 88 Abs. 1 und 2 AO folgt.¹⁰³ Ohne den Einsatz moderner Informationstechnologien ist der in §§ 85 und 88 AO geregelte Steuervollzugsauftrag schließlich kaum mehr zu realisieren.¹⁰⁴ Steuerverwaltung ist Massenverwaltung, weshalb der Einzelvollzug an der praktischen Realisierbarkeit des steuergesetzlichen Gesamtvollzugs ausgerichtet wird. Die vollständige Ausermittlung und Prüfung des Sachverhalts, wie auch dessen Besteuerungsgrundlagen, ist schlechterdings nicht leistbar.¹⁰⁵

Für ein vertrauenssicherndes Steuerrecht ist deshalb dessen Einfachheit und Prinzipiengerechtigkeit zu fordern, was angesichts einer immanenten und sich verstetigenden Kompliziertheit beharrlich hervorzuheben ist; dies gilt mit Blick auf eine zunehmende Überformung durch das Europarecht gleichermaßen, wie im Lichte der Internationalisierung¹⁰⁶ und Digitalisierung.¹⁰⁷ So bedürfte es – in einer „utopisch“ anmutenden Steuerwelt – einer Effektuierung der Gesetzesbindung, weshalb kooperative Verfahrenselemente, die neben die hoheitlichen Instrumente der Sanktionierung und der Kontrolle treten sowie strukturell in ein ganzheitliches steuerverfah-

richtsbarkeit seit geraumer Zeit rückläufige Eingangszahlen. Dieser Trend erfasst nicht nur die Fachgerichtsbarkeit, sondern auch die ordentlichen Gerichte, weshalb von einem fortschreitenden „Bedeutungsverlust“ der Justiz gesprochen wird – es entsteht ein rechtsstaatliches Defizit. Vgl. *Kilian*, NJW 2017, S. 3047 und *Wolszynski/Haferkamp* in *Wolszynski/Coenen/Krumm*, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 6 ff., die als Gründe für die rückläufigen Eingangszahlen 1.) die Kosten der Rechtsverfolgung, 2.) die Arbeitsweise der Finanzverwaltung, 3.) die zunehmende Pauschalierung und Typisierung durch den Gesetzgeber sowie 4.) den Rückgriff auf konkurrierende Streitbeilegungsformen bzw. Prozessvermeidungsstrategien sehen. In der Folge wird ein Perspektiv- und Paradigmenwechsel im Sinne eines modernen Steuerrechtsschutzes gefordert. Beachte auch *Birk*, DStR 2018, S.1 ff.; *Kulosa* in *Drüen/Hey/Mellinghoff*, 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018, Bd. 2, 2018, S. 1831 ff.

103 Vgl. *Wolszynski/Haferkamp* in *Wolszynski/Coenen/Krumm*, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 10.

104 Vgl. *Mellinghoff*, DStR 2022, Beihefter zu Heft 22, S. 80; *Richter/Welling*, FR 2013, S. 409; *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 9 Rn. 6.

105 *Wolszynski/Haferkamp* in *Wolszynski/Coenen/Krumm*, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 10.

106 Beachte: *Burger/Kälberer*, IStR 2020, S. 411 ff.; *Schmittmann/Sinnig*, K&R 2024, S. 249 ff.

107 Vgl. *Kube*, StuW 2023, S. 19; *Kirchhof, P.*, BB 2006, S. 75; *Kirchhof, P.*, FR 2012, S. 701 ff. Beachte auch *Kirchhof, P.*, StuW 2002, S. 3 ff.

rensrechtliches System eingebettet sind.¹⁰⁸ Ergänzung fände dies in einem zeitgemäßen wie auch bürgernahen Steuerrechtsschutz, der sich an den Erwartungen der Beteiligten orientiert und gesellschaftliche Entwicklungen wie Kommunikation und Teilhabe ebenso aufgreift wie etwa Transparenz¹⁰⁹ und Akzeptanz.¹¹⁰ Moderner Steuerrechtsschutz meint deshalb auch digitalen Steuerrechtsschutz, der den Paradigmenwechsel vom Analogem hin zum Digitalen (z. B. elektronische Gerichtsakte, elektronischer Rechtsverkehr, Videokonferenztechnik¹¹¹) vollzieht und angehalten ist mit tradierten Rechtsprechungsmustern zu brechen sowie steuerliches Prozessrecht anzupassen.¹¹² Gleichzeitig ist das Rechtssystem angesichts einer sich fortwährend entwickelnden digitalen Realität gegenüber der Einflussnahme technischer Entwicklungen zu stabilisieren.¹¹³

3.2.2 Dichotomie der Lenkungs- und Fiskalzwecknormen im Lichte der Digitalisierung

Angesichts bedeutsamer Sachkomplexe erscheint das Denken in Zeitscheiben bequem und die Auflösung zeitlicher Zusammenhänge trägt – so der augenscheinliche Befund – zur Komplexitätsreduktion bei.¹¹⁴ Insofern ver-

108 Vgl. *Seer/Hardeck*, StuW 2016, S. 366 ff.; *Thiemann*, StuW 2019, S. 301.

109 „Insgesamt ist es für betroffene Beteiligte von großem Vorteil, einen Richter vor sich zu haben, der seine Überlegungen nicht (wie im Rätsel der Sphinx) bis zur Entscheidung verschweigt, sondern den Beteiligten wesentlich effektiver rechtliches Gehör i.S.v. Art. 103 Abs. 1 GG gewährt, indem er sich der Auseinandersetzung stellt und damit zugleich die Beteiligten ehrt“. FG Hamburg v. 11.03.2011 – 3 V 15/11, BeckRS 2011, 95343 und so auch FG Hamburg v. 22.05.2014 – 3 K 207/13, BeckRS 2014, 95453.

110 Vgl. *Wolszynski/Haferkamp* in Wolszynski/Coenen/Krumm, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 50 sowie dazu im Einzelnen auf S. 14 ff.

111 Vgl. *Schmitz-Herscheidt* in Wolszynski/Coenen/Krumm, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 235 ff. und *Stappertfend* in Wolszynski/Coenen/Krumm, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 253 ff. Aus der Rechtsprechung: BFH v. 30.06.2023 – V B 13/22, DStR 2023, S. 1600; BFH v. 18.08.2023 – IX B 104/22, BeckRS 2023, 27266; BVerfG v. 15.01.2024 – 1 BvR 1615/23, NJW 2024, 891 und dazu mithin *Gomille/Frenzel/Heffinger*, RDi 2024, S. 153 ff.

112 Vgl. *Huneke/Hörner*, DB 2024, Heft 38, M4 f.; *Thesling*, DStR 2023, S. 857 ff.; *Wolszynski/Haferkamp* in Wolszynski/Coenen/Krumm, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 46; *Wolszynski/Peters*, DB 2019, Heft 27–28, S. M21 ff. Zum Finanzgerichtsprozess im digitalen Wandel vgl. *Coenen* in Wolszynski/Coenen/Krumm, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 69 ff.

113 Vgl. *Kiel*, NJW 2024, S. 2974.

114 Vgl. *Anzinger*, StuW 2022, S. 310.

wundert es nicht, wenn steuerliche Be- und Entlastungsentscheidungen abseits der Sachgerechtigkeit situative Antworten auf aktuelle Herausforderungen¹¹⁵ liefern sollen.¹¹⁶ Das Steuerrecht wird zu einem politischen Aktions- und Reaktionsrecht, welches sich vom Anspruch der (Steuer-)Rechtswissenschaft auf Rationalität und Ordnung des Rechts zunehmend entfremdet. In diesem Zusammenhang erscheint das geltende Steuerrecht konzeptfern, zumal das Demokratieprinzip und der weit gefasste Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers diesen Befund zu unterstreichen vermag. Wenn man Demokratie¹¹⁷ als „Herrschaft auf Zeit“ versteht, bildet sich ein „politisches Kurzzeitgedächtnis“, welches durch die befristete Legislaturperiode bestimmt und von Parlamentsmehrheiten getragen ist.¹¹⁸ Anstelle einer intertemporalen Freiheitssicherung drohen im Steuerrecht aus der langfristigen Regel Maßnahmengesetze zu werden.¹¹⁹

115 Den Mangel an (steuerrechtlicher) Langzeitverantwortung nicht alleine als Krisenphänomen einschränkend: *Driuen*, StuW 2023, S. 45 m. w. N. Zu den kompetenz- und organisationsrechtlichen Rahmenbedingungen sowie der finanziellen Bewältigung von Krisen vgl. *Waldhoff*, NJW 2024, S. 2729 ff.

116 Vgl. *Driuen*, StuW 2023, S. 45.

117 Für eine staatsorganisationsrechtliche Betrachtung vgl. in Kürze *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 10. Aufl. 2023, S. 44 ff. sowie zum demokratischen Verfassungsstaat: *Thiele*, Der gefräßige Leviathan, 2019, S. 235 ff., der die folgenden fünf Elemente eines jeden demokratischen Verfassungsstaats als dessen materielle Mindestanforderungen identifiziert: 1.) Besondere Konzeption der Volksouveränität; 2.) Vorrang der Verfassung; 3.) Rückführbarkeit der konstituierten Staatsgewalt auf das Staatsvolk; 4.) Konzept der Gewaltenteilung bzw. Gewaltengliederung; 5.) Sicherstellung eines „Raumes der Dunkelheit“ zur individuellen Entfaltung und zur Manifestation der „Vielfalt auf dem Fundament der Gleichheit“ (ders.; S. 245 ff.; direktes Zitat auf S. 264). Beachte zum Zusammenhang von Vielfalt und Gleichheit auch *Thiele*, DVBl. 2018, S. 1112 ff. sowie nochmalig zum Wesen und Begriff der Demokratie: *Sumper*, Besteuerung als Grundlage für Demokratie und Rechtsstaat, 2023, S. 35 ff.

118 Vgl. *Driuen*, StuW 2023, S. 45; *Kersten/Kaupp*, JuS 2022, S. 473; *Kirchhof, P.*, NJW 1987, S. 3217; *Tipke*, StuW 2014, S. 274.

119 Vgl. *Driuen*, StuW 2023, S. 45; *Kersten/Kaupp*, JuS 2022, S. 473. Zur Verallgemeinerung und Übertragung des im Klimabeschluss des BVerfG entwickelten Konzepts der intertemporalen Freiheitssicherung vgl. *Kersten/Kaup*, JuS 2022, S. 476 f. m. w. N. sowie *Kirchhof, G.*, Intertemporale Freiheitssicherung, 2022, S. 33 ff. sowie im Allgemeinen zum Klimaschutz in der Rechtsprechung des BVerfG: *Beckmann* in *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, EL 101, Juni 2023, Rn. 150 ff. zur Einführung in das Klimaschutzrecht; *Britz*, NVwZ 2022, S. 825 ff.; *Calliess* in *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, EL 98, März 2022, Rn. 49 ff. und Rn. 86 ff. zu Art. 20a GG; *Faßbender*, NJW 2021, S. 2085 ff.; *Franzius*, KlimR 2022, S. 102 ff.

In diesem Zusammenhang spiegelt sich die abstrakte Zweckdichotomie aus Fiskal- und Lenkungszweck wieder, indem Steuern in ihrer Primärfunktion dem allgemeinen Fiskalzweck dienen, andererseits aber Gegenstand eines umfassenden Spektrums aktiver staatlicher Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (mit Ertragsrelevanz) sind.¹²⁰ In Abgrenzung zu den Fiskalzwecknormen, werden unter dem Oberbegriff der Lenkungsnorm solche gesetzliche Regelungen verstanden, die nicht originär der Erziehung von Einnahmen dienen.¹²¹ Mit deren Hilfe beabsichtigt der Staat das Verhalten der Steuerpflichtigen durch gezielte Steuerentlastung oder -belastung zu beeinflussen. Demzufolge wird das Verhalten der Steuerpflichtigen im Rahmen ihrer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsleben in eine gewünschte Richtung „gelenkt“.¹²² Letztendlich können Lenkungsnormen auch dahingehend ausgerichtet werden, dass sie ein Unterlassen einer bestimmten Verhaltensweise bei den Zensiten bewirken.¹²³ Im Gegensatz zu den Umverteilungsnormen, bei denen eine Korrektur der Einkommens- und Vermögensverhältnisse und damit der soziale Ausgleich im Mittelpunkt steht, wird bei Lenkungsnormen das Erreichen eines Lenkungszwecks als Erfüllungsmaßstab angeführt.¹²⁴ Gerade letztere tragen wesentlich zu einer Verkomplizierung des Steuerrechts bei und weichen regelmäßig vom Leistungsfähigkeitsprinzip ab; Lenkungszwecknormen sind deshalb rechtfertigungsbedürftig – mithin nur begrenzt rechtfertigungsfähig.

120 Vgl. *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 45 und S. 47 f.

121 Vgl. *Vogel*, Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, 2015, S. 1.

122 Vgl. *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 79 f. Rn 3.21; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 1329 Rn 19.1; *Kraft/Kraft*, Grundlagen der Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl. 2018, S. 1; *Musil*, DVBL 2007, S. 1529; *Vogel*, Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, 2015, S. 5. Steuern entfalten neben der Belastungswirkung stets auch eine Gestaltungswirkung. „Die wirtschaftspolitische Relevanz des Steuerrechts geht damit weit über das klassische Verständnis steuerrechtlicher Lenkung durch Lenkungssteuern und Steuervergünstigungen hinaus“. Vgl. *Hey* in *Sieker*, Steuerrecht und Wirtschaftspolitik, DStJG 39/2016, S. 12 (auch direktes Zitat) insgesamt mit Verweis auf *Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983, S. 1 ff.

123 Vgl. *Vogel*, Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten, 2015, S. 1.

124 Vgl. *Birk*, Finanzierungszwecke und Lenkungszwecke in einem verfassungsmäßigen Steuersystem, 2001, S. 73; *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 1329 Rn 19.1; *Hey*, StuW 2024, S. 18; *Kraft/Kraft*, Grundlagen der Unternehmensbesteuerung, 5. Aufl. 2018, S. 1. Beachte insgesamt auch *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 52 f.

hig und tragen die Gefahr einer ressourcenspezifischen Fehlallokation in sich.¹²⁵ Denn „(w)enn der Gesetzgeber die Steuer als Verwaltungsmittel nutzt, also den Steuerpflichtigen durch Sonderlasten oder Steuerbegünstigungen zu einem staatlich gewollten Verhalten veranlasst, bleiben diese Lenkungsteuern im Gesamtsystem einer freiheitlichen Verfassung, einer bundesstaatlichen Ertragsverteilung, einer jährlichen Bewilligung von Subventionen und einer ‚voraussetzungslos‘ erhobenen Steuer ein Fremdkörper.“¹²⁶ So verwundert es nicht, dass unlängst eine durchgreifende Steuervereinfachung vom Bundesrechnungshof gefordert wurde, da selbst „die Steuerverwaltung längst nicht mehr in der Lage ist, die Vielzahl der äußerst komplizierten Regelungen entsprechend dem Willen des Gesetzgebers umzusetzen.“¹²⁷

3.2.3 Konzeptbedürfnis und staatliches Konzeptdenken

Steuergesetze gelten als „kein systematisch elaboriertes Gesamtwerk, sondern vielmehr (als) situative, im politischen Kompromiss errungene Antworten der Parlamentsmehrheit auf Finanzierungsanliegen und Lenkungsansinnen.“¹²⁸ Umso mehr bedarf es eines zugleich wohlgeordneten, praktikablen und widerspruchsfrei gesetzten Recht, welches von konstituierenden Prinzipien getragen wird – wenngleich die (mithin wissenschaftlich vertretenen) Ideale zur Rationalität nicht mit Gesetzgebungspflichten gleichzusetzen sind.¹²⁹ So verstehen sich „Fragen der Systematisierung und Kata-

125 Vgl. *Birk*, DStR 2009, S. 880; *Enders*, Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, 2024, S. 49; *Friauf* in *Fischer*, Steuervereinfachung, DStJG 21/1998, S. 97 f.; *Glaser*, StuW 2012, S. 172; *Kälberer*, Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland, 2019, S. 130 ff.; *Kirchhof, P.*, DStR 2021, S. 2767; *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 216, 237; *Osterloh* in *Ebling*, Besteuerung von Einkommen, DStJG 24/2001, S. 401.

126 *Kirchhof, P.*, DStR 2021, S. 2767 sowie im Einzelnen auch *Kirchhof, P.*, StuW 2017, S. 14 f.

127 Vgl. *Bundesrechnungshof*, Probleme beim Vollzug der Steuergesetze, 2006, S. 15 (auch direktes Zitat) sowie ausführlich zur Kontrolle des Steuervollzugs durch die Rechnungshöfe; *Schleicher* in *Widmann*, Steuervollzug im Rechtsstaat, DStJG 31/2008, S. 59 ff. Bereits im Rechenschaftsbericht über die deutsche Finanzpolitik der Jahre 1949 bis 1953 nimmt der damalige Bundesfinanzminister *Fritz Schäffer* den Steuergesetzgeber in die Pflicht, die Gesetzgebung zu vereinfachen und damit die Wirksamkeit der Steuerverwaltung im Allgemeinen zu erhöhen. Vgl. *Schäffer*, Ein Rechenschaftsbericht über die deutsche Finanzpolitik 1949 bis 1953, 1953, S. 39 ff.

128 *Drüen*, StuW 2023, S. 43.

129 Vgl. *Drüen*, StuW 2023, S. 43.

logbildung aufgrund bestehender Gesetze“ als keine Verfassungsfragen.¹³⁰ Dennoch ist vom Gesetzgeber ein hinreichendes Maß an Wertungs- und Begründungs rationalität zu fordern.¹³¹ Dies gilt umso mehr, da die Vorzüge staatlichen Konzeptdenkens in ihren Gegenpolen der Unabgestimmtheit und Konzeptlosigkeit zu finden sind.¹³² Staatliche Konzepte dienen dem „Vorgriff in die Zukunft“¹³³, um die Lebens- und Wirtschaftsbedingungen in abgestimmter sowie vorausschauender Weise zu gestalten. Sie können nicht nur die Vorhersehbarkeit, sondern auch die Verstehbarkeit und Dauerhaftigkeit der rechtlichen Ordnung fördern;¹³⁴ „ständige, kurzfristige, gelegentliche kurzsichtige Änderungen der Steuergesetze“ verwirren hingegen den Grundgedanken einer Steuerkonzeption.¹³⁵

Vor diesem Hintergrund sollen Konzepte in revisionsoffener Weise eine rationalitäts- und ordnungsfördernde Zwischenebene ziehen.¹³⁶ Gleichzeitig bildet im Steuerrecht der Grenzfall den Regelfall, weshalb eine vorzufindende Konzeptlosigkeit die Durchsetzung der Steuergesetze erschwert, den Vollzugsaufwand wie auch die Befolgungskosten mehrt und die Möglichkeiten der planvollen Steuervermeidung vertieft.¹³⁷ Vor diesem Hintergrund

130 Vgl. BVerfG v. 07.11.1995 – 2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93, NVwZ 1996, S. 471. Die Vorzüge einer konzeptbasierten Steuergesetzgebung sind insoweit wie folgt herauszustellen: „Wenn (...) die Steuergesetze nach einem rechtfertigenden Leitgedanken gestaltet, die Steuerrechtsanwendung auf diese Leitgedanken ausgerichtet werden, ist der sachgerechte Gebrauch der Steuergesetze vorgezeichnet. Er qualifiziert den ‚Missbrauch‘ als fehlgeschlagenen Subsumtionsversuch. Ein Steuerrecht nach Leitgedanken, ein Steuersystem nach Konzepten führt die Steuerrechtsanwendung in die Normallage der Einzelsteuer, die eine Besteuerung rechtfertigt.“ *Kirchhof, P.*, StuW 2021, S. 196.

131 Vgl. *Drüen*, StuW 2023, S. 43 m. w. N.

132 Vgl. *Drüen*, StuW 2023, S. 46. Beachte auch *Kirchhof, P.*, NJW 1987, S. 3217 ff.

133 BVerfG v. 11.11.1999 – 2 BvF 2/98, 2 BvF 3/98, 2 BvF 1/99, 2 BvF 2/99, NJW 2000, 3. Leitsatz und S. 1098.

134 Vgl. *Drüen*, StuW 2023, S. 46.

135 Vgl. *Kirchhof, P.*, NJW 1987, S. 3218 (auch direktes Zitat).

136 Vgl. *Drüen*, StuW 2023, S. 46 f. m. w. N. und zugleich diesbezüglich kritisch (*ders.*, S. 47 ff.).

137 Vgl. *Drüen*, StuW 2021, S. 50; *Kirchhof, P.*, StuW 2021, S. 196. Hinsichtlich der Ermessensteuerung durch Vollzugskonzepte kann mithin auf die Entscheidung des BVerfG zu Schwarzbauten abgestellt werden: „Die Behörde darf daher ihr Ermessen nicht ohne erkennbaren Grund unterschiedlich, systemwidrig oder planlos ausüben. Die Bauaufsichtsbehörde darf sich auf die Regelung von Einzelfällen beschränken, wenn sie hierfür sachliche Gründe anzuführen mag. Dem behördlichen Einschreiten können Fälle, in denen noch nicht eingeschritten worden ist, ausnahmsweise dann entgegengehalten werden, wenn es nach der Art des Einschreitens an jedem System fehlt, für diese gewählte Art des zeitlichen Vorgehens keinerlei

erscheint die Diskussion über Konzeptpflichten *prima vista* als Fortsetzung derer über Widerspruchsfreiheit, Systemgerechtigkeit und Folgerichtigkeit¹³⁸, die in materieller Hinsicht vielfach zur Verschärfung des Gleichheitssatzes ihren Anklang finden.¹³⁹ Dies gilt umso mehr, da mithin die Ansicht vertreten wird, dass der Gesetzgeber nur ein verfassungsgemäßes Gesetz schulde – ja nicht einmal eine Darlegung aller seiner Motive und Erwägungen sei erforderlich.¹⁴⁰ *Kirchhof* ist deshalb zuzustimmen, indem er die Notwendigkeit eines „unverfremdeten Steuerrecht“ fordert und mit Bedacht vom „Gestaltungsraum“ des (Steuer-)Gesetzgebers, anstelle eines gänzlich freien Legislativspielraums, spricht.¹⁴¹ Steuergesetze sind folglich nachvollziehbar und konsequent auszugestalten.¹⁴² „Der Blick auf das wirtschaftlich erstrebte und erreichte Ziel, auf den steuerlichen Belastungsgrund und das Lastenverteilungsziel folgt einer Besteuerung nach Konzepten, definiert den sachgerechten Gebrauch von Gesetzen, erübrigt damit die Frage nach dem Missbrauch, überzeugt im rechtfertigenden Belastungsgrund und der dementsprechenden Anwendung dieses Grundes.“¹⁴³ Im Ergebnis ist der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ein besonderes

einleuchtende Gründe sprechen und die Handhabung deshalb als willkürlich angesehen werden muss“. BVerwG v. 24.07.2014 – 4 B 34.14, BauR 2014, S. 1923.

138 Das Gebot der Folgerichtigkeit verlangt, „dass sich der Gesetzgeber dort, wo ihm Einschätzungsspielräume zukommen und er sich unter Ausnutzung dieser Spielräume auf ein bestimmtes Regelungskonzept festgelegt hat, an den von ihm getroffenen Grundentscheidungen festhalten lassen muss“, so die Abweichende Meinung des Richters *Huber* zu BVerfG v. 14.01.2020 – 2 BvR 2055/16, NVwZ 2020, S. 1593 m. w. N.

139 Vgl. *Driuen*, StuW 2023, S. 47 m. w. N.

140 Vgl. *Schlaich*, VVDStRL 39/1981, S. 109.

141 Vgl. *Driuen*, StuW 2023, S. 48; *Kirchhof*, P., NJW 1987, S. 3218; *Kirchhof*, P. in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 8, 3. Aufl. 2010, § 181 Rn. 200, 217, 224 sowie zum Reformentwurf eines „Bundessteuergesetzbuchs“ als Gesamtkodifikation des deutschen Steuerrechts: *Kirchhof*, P., Bundessteuergesetzbuch, 2011, S. 1ff.

142 Vgl. *Driuen* in Tipke/Kruse, AO/FGO, EL 169, Februar 2022, Rn. 46 zu § 3 AO.

143 *Kirchhof*, P., StuW 2021, S. 197. Im Übrigen zeigt die höchstrichterliche Rechtsprechung die Besteuerung in Konzepten auf, indem Steuergesetze bspw. beanstandet werden, wenn sie die Möglichkeit zu einer gleichheitswidrigen Gestaltung eröffnen (BVerfG v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, NJW 2015, S. 322 f.) oder, wie der EuGH (v. 12.09.2006 – C-196/04, Cadbury-Schweppes, EuZW 2006, S. 636) betont, sich gegen „rein künstliche, jeder wirtschaftlichen Realität bare Gestaltung(en)“ richtet.

Konzeptbedürfnis entgegenzuhalten, da situatives und konzeptfreies Staats-handeln allenfalls als bloße Willkür zu werten wäre.¹⁴⁴

4 Verfassungsrechtliche Grenzen steuerrechtlicher Beteiligungs- und Mitwirkungspflichten

4.1 Neuausrichtung des Untersuchungsgrundsatzes zugunsten eines digitalen Besteuerungsverfahrens

„Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes gelten auch im digitalen Steuervollzug.“¹⁴⁵ Schließlich entspricht der in §§ 85, 88 AO einfach gesetzlich kodifizierte Steuervollzugsauftrag den verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung.¹⁴⁶ Dabei unterscheidet das Gesetz nicht zwischen dem Steuerermittlungsverfahren, das der Festsetzung der Steuer gegenüber einem bestimmten Steuerpflichtigen dient, und dem Steueraufsichtsverfahren, in dem die Finanzbehörden gegenüber allen Steuerpflichtigen darüber wachen, dass die Steuern nicht verkürzt werden.¹⁴⁷ Im Ergebnis haben die Finanzbehörden die Steuern nach Maßgabe der Gesetze gleichmäßig festzusetzen und zu erheben (§ 85 Satz 1 AO). Insbesondere haben sie sicherzustellen, dass Steuern nicht verkürzt, zu Unrecht erhoben oder Steuererstattungen und Steuervergütungen

144 Vgl. *Driien*, StuW 2023, S. 46 und S. 49. Die Gestaltungsfreiheit der Steuergesetzgebung verwerfend: *Tipke*, StuW 2014, S. 273 ff. Von einem rationalistischen Standpunkt heraus, befindet sich das Steuerrecht in Unordnung, vgl. *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 72 Rn 3.l. „Folge der Unordnung des Steuerrechts ist nicht nur Steuerrecht, sondern auch erhebliche Steuerunsicherheit. Die institutionelle Unsicherheit der Besteuerung erzeugt Planungsunsicherheit und vermittelt dem Steuerzahler das Gefühl, Besteuerung lasse sich beliebig manipulieren. Fehlende Besteuerungsmoral schlägt sich in geringer Steuermoral nieder.“ *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, S. 73 Rn 3.2 (im Original zum Teil kursiv und hervorgehoben).

145 *Mellinghoff*, DStR 2022, Beihefter zu Heft 22, S. 80. Oder anders formuliert: „Auch in einer digitalen Welt steht Steuerrecht unter Gesetzesvorbehalt, nicht unter Computervorbehalt.“ *Kirchhof, P.*, DStR 2021, S. 2764.

146 Vgl. *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 13 Rn. 17. Vgl. im Einzelnen zu den Besteuerungsgrundsätzen gem. § 85 AO: *Rätke* in *Klein*, AO, 17. Aufl. 2024, Rn. 1 ff. zu § 85 AO sowie *Hahlweg* in *Koenig*, AO, 5. Aufl. 2024, Rn. 1 ff. zu § 85 AO. Vgl. im Einzelnen auch *Seer* in *Tipke/Kruse*, AO/FGO, EL 147, Januar 2017, Rn. 1 ff. zu § 85 AO.

147 AEAO zu § 85 AO, Nr. 1 Satz 1.

nicht zu Unrecht gewährt oder versagt werden; dies ergibt sich aus § 85 Satz 2 AO.¹⁴⁸ Im Weiteren haben die Finanzbehörden alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die entscheidungserheblichen Tatsachen aufzuklären.¹⁴⁹ Die Ermittlungshandlungen dürfen nach § 88 Abs. 2 Satz 1 AO zu dem angestrebten Erfolg indes nicht erkennbar außer Verhältnis stehen. Sie sollen vielmehr so gewählt werden, dass damit unter Berücksichtigung der Verhältnisse des Einzelfalls ein möglichst geringer Eingriff in die Rechtssphäre des Beteiligten oder Dritter verbunden ist; der Gewährung rechtlichen Gehörs kommt dabei besondere Bedeutung zu.¹⁵⁰

Die Aufklärungspflicht der Finanzbehörden wird außerdem durch die Mitwirkungspflicht der Beteiligten (§ 90 AO) begrenzt. Insoweit sind die Finanzbehörden nicht verpflichtet, den Sachverhalt auf alle möglichen Fallgestaltungen zu erforschen. Sie sind gem. § 88 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 AO auch

148 Auch dem Finanzgerichten kommt als einzige Tatsacheninstanz im zweistufigen Instanzenzug eine besondere Verantwortung hinsichtlich der Sachverhaltsaufklärung zu; so gebietet § 76 Abs. 1 FGO die Maxime der Amtsermittlung. Hinzu tritt ein Steuerrechtsschutz der Fürsorge nach § 76 Abs. 2 FGO, wonach das Gericht darauf hinzuwirken hat, dass Formfehler beseitigt, sachdienliche Anträge gestellt, unklare Anträge erläutert, ungenügende tatsächliche Angaben ergänzt, ferner alle für die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts wesentlichen Erklärungen abgegeben werden. Vgl. *Wolszynski/Haferkamp* in Wolszynski/Coenen/Krumm, Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit, 2024, S. 10 und S. 40. Beachte auch *Herbert* in Gräber, FGO, 9. Aufl. 2019, Rn. 10 ff. zu § 76 Abs. 1 FGO und Rn. 63 ff. zu § 76 Abs. 2 FGO.

149 AEAO zu § 88 AO, Nr. 1.

150 AEAO zu § 88 AO, Nr. 2. Bei der Entscheidung über Art und Umfang der Ermittlungen können nach § 88 Abs. 2 Satz 2 AO allgemeine Erfahrungen der Finanzbehörden sowie Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit berücksichtigt werden. Zudem kann auf das Verhältnis zwischen voraussichtlichem Arbeitsaufwand und steuerlichem Erfolg abgestellt werden. Die Beachtung von Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit darf jedoch nicht zu einem Verzicht auf die Überprüfung der Einhaltung von steuerrechtlichen Vorschriften führen. AEAO zu § 88 AO, Nr. 3. Eingehend zum Untersuchungsgrundsatz gem. § 88 AO: *Rätke* in Klein, AO, 17. Aufl. 2024, Rn. 1 ff. zu § 88 AO sowie *Hahlweg* in Koenig, AO, 5. Aufl. 2024, Rn. 1 ff. zu § 88 AO. Vgl. im Einzelnen auch *Seer* in Tipke/Kruse, AO/FGO, EL 147, Januar 2017, Rn. 1 ff. zu § 88 AO. Die Neufassung des § 88 AO geht im Wesentlichen auf das Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens v. 18.07.2016 (BGBl. I 2016, S. 1679) zurück. „Dabei ist hervorzuheben, dass das Gesetz die Beachtung und Anwendung der Grundprinzipien des steuerlichen Verfahrensrechts, insbesondere den Amtsermittlungsgrundsatz und rechtstaatliche Prinzipien, wie das rechtliche Gehör, in verfassungskonformer Weise erhält und absichert.“ BT-Drucks. 18/7457 v. 03.02.2016, S. 47.

nicht an Beweisanträge des Steuerpflichtigen gebunden.¹⁵¹ Insoweit sind der Inhalt der Amtsermittlungspflicht¹⁵² und die Mitwirkungspflicht der Beteiligten wechselseitig aufeinander bezogen und bilden eine Kooperationsmaxime.¹⁵³ Für den Regelfall kann davon ausgegangen werden, dass die Angaben des Steuerpflichtigen in der Steuererklärung¹⁵⁴ vollständig und richtig sind.¹⁵⁵ Die Finanzbehörde verletzt ihre Aufklärungspflicht aber, wenn sie Tatsachen oder Beweismittel außer Acht lässt und offenkundigen Zweifelsfragen nicht nachgeht, die sich ihr den Umständen nach ohne weiteres aufdrängen mussten.¹⁵⁶

Trotz zu erkennender Parallelitäten zwischen behördlichem Untersuchungsauftrag und der rückschauenden Einzelfallbetrachtung richterlicher Untersuchung, sind es der divergierende Umfang der Aufklärungspflicht und die Reaktion bei Verstößen, die eine Demarkationslinie aufzeigen.¹⁵⁷ Dies bildet zugleich die Argumentationsebene inwieweit Verwaltungsentcheidungen im Zuge der materiellen Digitalisierung automationsgestützt übernommen werden können.¹⁵⁸ Vor diesem Hintergrund können die Finanzbehörden zur Beurteilung der Notwendigkeit weiterer Ermittlungen und Prüfungen automationsgestützte Systeme einsetzen (Risikomanage-

151 AEAO zu § 88 AO, Nr. 5. Zu den verfahrensermessensleitenden Vorgaben des § 88 Abs. 2 AO vgl. *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 16 f. Rn. 22 ff.

152 Der Amtsermittlungsgrundsatz ist kontextual zu verstehen, indem er als „fachspezifische und entwicklungsoffene Zielvorgabe (...) in Abhängigkeit vom konkreten Vollzugsauftrag der Fachbehörde (im Steuerrecht: § 85 AO) zu konkretisieren ist.“ *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 195.

153 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 195 f.; *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 24 f. Rn. 42.

154 Zur Steuererklärungspflicht vgl. *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 61 ff. Rn. 128 ff. und zu den Potentialen einer proaktiven Veranlagung, *ders.*, S. 97 ff. Rn. 212 ff.

155 AEAO zu § 88 AO, Nr. 6 Satz 1 mit Verweis auf BFH v. 17.04.1969 – V R 21/66, BStBl. II 1969, S. 474. Die Finanzbehörde kann den Angaben eines Steuerpflichtigen Glauben schenken, wenn nicht greifbare Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass seine Angaben falsch oder unvollständig sind. AEAO zu § 88 AO, Nr. 6 Satz 2 mit Verweis auf BFH v. 11.07.1978 – VIII R 120/75, BStBl. II 1979, S. 57. Zum dahingehenden Diskussionsstand vgl. auch *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 21 ff. Rn. 35 ff.

156 AEAO zu § 88 AO, Nr. 6 Satz 3 mit Verweis auf BFH v. 16.01.1964 – V 94/61 U, BStBl. III 1964, S. 149 und BFH v. 13.11.1985 – II R 208/82, BStBl. II 1986, S. 241.

157 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 198.

158 Vgl. *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 15 Rn. 19. Kritisch insbesondere zur „Vollautomatisierung“ des Untersuchungsgrundsatzes, *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 216 und S. 221.

mentsysteme); dabei soll auch der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Verwaltung Berücksichtigung finden (§ 88 Abs. 5 Satz 1 und 2 AO). Anhand dessen wird der Untersuchungsgrundsatz auf eine nachvollziehende Verifikation ausgerichtet und die Mitwirkungsbeiträge der Steuerpflichtigen strukturell nachvollzogen.¹⁵⁹

Im Ergebnis ist die Finanzverwaltung mit einer Optimierungsentscheidung dahingegen konfrontiert, welchen Fällen sie sich in welcher Ermittlungstiefe zuwendet.¹⁶⁰ Grundlegende Prämissen sind dabei die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gem. Art. 3 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG sowie die Wahrung der Freiheitsrechte des Steuerpflichtigen (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG).¹⁶¹ Den Finanzbehörden ist „keine eigene materielle Gestaltungsaufgabe beim Steuervollzug zugewiesen“; *Drüen* spricht deshalb auch von Verifikationsverwaltung.¹⁶² Dem finanzbehördlichen Massenverwaltungsrecht kommt vielmehr die Aufgabe des (durchaus anspruchsvollen) Steuervollzugs zu.¹⁶³ Wer aber versucht den richterlichen Untersuchungsgrundsatz mit voller Wahrheitsüberzeugung i. S. d. § 96 Abs. 1 FGO für die Massenverwaltung zum Maßstab zu machen, wird scheitern – zumal eine „100-prozentige administrative Vollzugssicherheit“ verfassungsrechtlich nicht geschuldet wird.¹⁶⁴ Gleichwohl begründet die ordnungsgemäße und zutreffende Ermittlung der entscheidungserheblichen Umstände erst die Rechtfertigung der zu erlassenden Entscheidung.¹⁶⁵

Der verfahrensführenden Behörde steht dabei freilich ein Ermittlungsermessen im Rahmen des Normprogrammes zu.¹⁶⁶ Letzteres determiniert die Konzepthaftigkeit des Steuervollzugs, da eine Behörde ihr Ermessen nicht ohne erkennbaren Grund in unterschiedlicher Weise oder gar plan-

159 Vgl. *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 23 f. Rn. 40.

160 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 196; *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 13 f. Rn. 18; *Seer*, StuW 2015, S. 318.

161 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 196.

162 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 197 (auch direktes Zitat und zum Teil kursiv).

163 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 196 f. Zur Massenverwaltung im Einzelnen: *Schmidt* in *Widmann*, Steuervollzug im Rechtsstaat, DStJG 31/2008, S. 37 ff.; *Seer* in *Widmann*, Steuervollzug im Rechtsstaat, DStJG 31/2008, S. 7 ff.

164 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 198 (auch direktes Zitat).

165 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 195 m. w. N.

166 Vgl. *Drüen* in *Hey*, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 195 m. w. N.

los ausüben darf.¹⁶⁷ „Konzepte für den Steuervollzug sind Ausdruck des strukturellen Vollzugsauftrags und sichern die Geltung und Durchsetzung des Rechts.“¹⁶⁸ Vor diesem Hintergrund lässt sich der Einsatz automationsgestützter Risikomanagementsysteme (§ 88 Abs. 5 AO) als Vollzugskonzept begreifen, um den finanzbehördlichen Handlungsspielraum¹⁶⁹ anhand konstanter Entscheidungsprogramme auszurichten.¹⁷⁰ Die Prinzipien der Gesetz- und Gleichmäßigkeit der Besteuerung bleiben jedoch weiterhin der Maßstab, weshalb „Risiko“¹⁷¹ so verstanden nicht ein einseitiges fiskalisches Ausfallrisiko meint, sondern die Verfehlung der gesetzmäßigen Steuer, d. h. die Steuer nach unten, wie auch nach oben.¹⁷² Des Weiteren gilt es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Lichte der finanzbehördlichen Ermessensausübung sowie das Untermaßprinzip mit Blick auf die Verifikationsaufgabe zu verstehen (Verhältnismäßigkeitsprinzip).¹⁷³ Die auf Risikomanage-

167 Vgl. *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 199; *Driuen*, StuW 2023, S. 53.

168 *Driuen*, StuW 2023, S. 53.

169 Rechtstaatliches Ermessen meint nicht „frei“ i. S. v. gewillkür, sondern ist hinsichtlich der Ziele und Maßstäbe gesetzesgebunden: Ist die Finanzbehörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (§ 5 AO). „Ziele und Impulse der Ermessensausübung lassen sich entlang der Normenpyramide zunächst aus der Verfassung ableiten. Art. 20 Abs. 3 GG und Art. 3 Abs. 1 GG konstituieren die Gesetzmäßigkeit und die Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Darauf aufbauend prägen §§ 85 und 88 AO diese ‚Besteuerungsgrundsätze‘ einzelgesetzlich aus und setzen damit den Rahmen für die einzelnen Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 88 ff. AO.“ *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 201. Vgl. zum „Computer-Ermessen“ u. a. *Braun Binder*, NVwZ 2016, S. 960 ff.; *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 201 ff.; *Helbich*, DStR 2017, S. 574 ff.

170 Vgl. *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 199; *Driuen*, StuW 2023, S. 53. Auch wenn die Finanzverwaltung nicht sprunghaft und willkürlich handeln darf, so findet sich im Einsatz automationsgestützter Risikomanagementsysteme doch ein gewisses Maß an Zufall und Irrationalität (Zufallsprinzip), um eine strukturelle Vollzugssicherung zu bieten. Vgl. *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 199; *Driuen*, StuW 2023, S. 54 sowie weiterführend zur automationsgestützten Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung: *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 205 ff.; *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 20 ff. Rn. 32 ff.

171 Risiko als „die Gefahr materiell unrichtiger Entscheidungen durch die Automatisierung“. *Beirat Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern*, NVwZ 2015, S. 1116.

172 Vgl. *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 207 f.

173 Vgl. *Driuen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 208 m. w. N.; *Krüger*, DStZ 2017, S. 762; *Seer*, StuW 2015, S. 319.

mentsysteme gestützte Amtsermittlung ist zudem nicht als wirtschaftliches Maximalprinzip zu verstehen; Wirtschaftlichkeit tritt hier hinter die Kernmaxime der Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung, indem es einen sekundären Rechtswert ausformt.¹⁷⁴

Auf die Kernmaxime rekurriert auch § 88 Abs. 5 Satz 4 AO:¹⁷⁵ Einzelheiten der Risikomanagementsysteme dürfen nicht veröffentlicht werden, soweit dies die Gleichmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung gefährden könnte.¹⁷⁶ Mit Blick auf Art. 42 EuGrCh und Art. 13 bis 15 DS-GVO¹⁷⁷ sollte das Besteuerungsverfahren – in Zeiten der Informationsfreiheit – indes nicht zu einer Geheimwissenschaft werden.¹⁷⁸ Aus Transparenz- und Akzeptanzgründen zugunsten einer Fortentwicklung digitalisierungsgestützter Anwendungen gilt es den Vorwurf aus dem Weg zu räumen, dass die Fortgeltung des geschriebenen Rechts „künftig auf der Geheimhaltung des faktisch vollzogenen Rechts“ basiere.¹⁷⁹ Gleichzeitig sollte Digitalisierung nicht als „Zauberformel“ verstanden werden, um überkomplexes Recht durch unterkomplexe Kontrollmaßnahmen i. S. d.

174 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 210. So auch in der Begründung zum Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens: „Die gesetzlichen Regelungen schaffen die Grundlage für eine neue Verwaltungszusammenarbeit im Steuervollzug.“ BT-Drucks. 18/7457 v. 03.02.2016, S. 47.

175 Vgl. dazu *Rätke* in Klein, AO, 17. Aufl. 2024, Rn. 104 f. zu § 88 Abs. 5 Satz 4 AO sowie *Hahlweg* in Koenig, AO, 5. Aufl. 2024, Rn. 42 zu § 88 Abs. 5 AO. Beachte auch mithin *Marx*, Ubg 2016, S. 358 ff.; *Seer*, DStZ 2016, S. 605 ff.

176 In ähnlicher Weise lautet das Verbot zur Veröffentlichung fallgruppenbezogener Weisungen der obersten Finanzbehörden nach § 88 Abs. 3 Satz 3 AO. Der Gesetzgeber begründet dies damit, dass sich die Steuerpflichtigen nicht in ihrem Erklärungsverhalten an den gruppenbezogenen Anweisungen ausrichten können. Vgl. BT-Drucks. 18/7457 v. 03.02.2016, S. 68.

177 Vgl. hierzu im Einzelnen *Seer* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 247 ff. sowie mit Blick auf das internationale Steuerrecht: *Mellinghoff* in Gosch/Schnitger/Schön, Festschrift für Jürgen Lüdicke, 2019, S. 467 ff. Beachte auch *Metzger/Schweitzer/Wagner*, ZfPW 2023, S. 227 ff.

178 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 211 f., der zugleich darauf hinweist, dass § 86 FGO den behördlichen Geheimnisschutz in das finanzgerichtliche Verfahren verlängert. Für eine Rechtfertigung des Verbots nach § 88 Abs. 5 Satz 4 AO vgl. *Müller-Franken*, StuW 2018, S. 121. Der Informationszugang nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG) besteht nach Maßgabe des § 3 Nr. 1 Buchst. d IFG gleichfalls nicht, da das Bekanntwerden von Einzelheiten der Verwaltungsanweisungen nachteilige Auswirkungen auf die Aufgabenerfüllung der Finanzbehörde haben würde. Vgl. auch *Trossen*, FR 2015, S. 1023.

179 Vgl. *Ahrendt*, NJW 2017, S. 540; *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 212.

Anwendungsfähigkeit kompensieren zu wollen.¹⁸⁰ Auch die Simplifikation durch strukturelle Risikonegierung würde das finanzbehördliche Verifikationsgebot im Ergebnis verfehlen.¹⁸¹ Hinzu tritt das Grundbedürfnis eines jeden Menschen darüber informiert zu sein, nach welchen Regeln seine steuerlichen Erklärungen behandelt werden.¹⁸² Und so bedarf es – so lange KI dies (noch) nicht zu gewährleisten vermag¹⁸³ – menschlicher Intuition, Kreativität und Erfahrung bei der Erfüllung des Steuervollzugs.¹⁸⁴ Oder in den Worten von Art. 1 Abs. 1 des Entwurfs des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee: Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.¹⁸⁵ Technische Modernität und demokratische Legalität sind in einen neuen Gleichklang zu bringen.¹⁸⁶

4.2 Melde- und Sorgfaltspflichten am Beispiel des Plattformen-Steuertransparenzgesetzes

4.2.1 Grundbegriffe und Reichweite des Plattformen-Steuertransparenzgesetzes

Im Bereich der Sharing Economy haben sich zuletzt zahlreiche Plattform-Geschäftsmodelle etabliert, die traditionelle Intermediationsformen wie etwa im Einzelhandel oder im Dienstleistungsgewerbe zunehmend verdrängen.¹⁸⁷ Für gewerbliche Nutzer fungieren die Plattformbetreiber dabei als

180 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 218 f. und S. 221; *Müller-Franken*, StuW 2018, S. 122, der zugleich auf alltägliche Computerstörungen (Schadsoftware, Computerabstürze etc.) hinweist. Und dies nochmals betonend: „Wenn das Recht zu komplex ist, dann kann es nicht einem Computerprogramm zum Erstvollzug überantwortet werden.“ *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 219.

181 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 219.

182 Vgl. *Müller-Franken*, StuW 2018, S. 121.

183 Den Einsatz von dialogbasierten Chatbots wie ChatGPT mit Verweis auf die Gewährleistung von 1.) Zuverlässigkeit und Resilienz, 2.) Verständlichkeit sowie 3.) Nachvollziehbarkeit in der Finanzverwaltung (zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt) ablehnend: *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 25 f. Rn. 44 f.

184 Vgl. *Drüen* in Hey, Digitalisierung im Steuerrecht, DStJG 42/2019, S. 218.

185 Entwurf des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee 1948 zitiert nach *Kunze*, Der Staat 2001, S. 394.

186 Vgl. *Kirchhof, P.*, DStR 2021, S. 2761.

187 Vgl. *Haucap*, Wirtschaftsdienst 2020, S. 20.

digitale Intermediäre, indem sie sich zwischen Anbieter und Kunden schieben und als „Gatekeeper“ den Marktzugang steuern.¹⁸⁸ Angesichts dieser Entwicklungen stoßen die Möglichkeiten der Finanzbehörden zur Ermittlung der steuerlichen Grundlagen an ihre Grenzen – vor allem von Plattformbetreibern, die aus dem Ausland operieren, können Informationen zum Zwecke der gleich- und gesetzmäßigen Besteuerung nicht zuverlässig erlangt werden.¹⁸⁹ Vor diesem Hintergrund ist mit dem Plattformen-Steuertransparenzgesetz vom 20.12.2022 (BGBl. I 2022, S. 2730)¹⁹⁰ eine erweiterte Meldepflicht für Betreiber digitaler Plattformen und ein grenzüberschreitender, automatischer Informationsaustausch¹⁹¹ zwischen den Steuerbehörden der EU-Mitgliedstaaten in Kraft getreten.¹⁹² Dabei beinhaltet das PStTG ausschließlich steuerliches Verfahrensrecht, welches die übrigen Steuergesetze unberührt lässt (vgl. § 1 Abs. 2 PStTG); dem PStTG liegt demzufolge eine eigenständige gesetzgeberische Wertung zugrunde. Insbesondere hat es keine materiell-rechtlichen Auswirkung auf die Besteuerung von Einkünften bzw. Umsätzen – anders als bestehende Aufzeichnungs-

188 Vgl. *Busch*, IWRZ 2018, S. 147; *Busch*, GRUR 2019, S. 789. Wesensmerkmal der Plattformökonomie ist es, dass die Gegenstände der wirtschaftlichen Transaktion von dritter Seite in das System eingebbracht werden und nicht bereits vom Plattformbetreiber zur Verfügung gestellt werden; dies schließt freilich nicht aus, dass mit dem Plattformbetreiber verbundene Unternehmen selbst Nutzer jener Plattform sein können. Vgl. BT-Drucks. 20/3436 v. 19.09.2022, S. 53; *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 372. Für eine Betrachtung der marktbeherrschenden Stellung von Internetplattformen aus kartellrechtlicher Sicht vgl. *Volmar*, Digitale Marktmacht, 2019, S. 1 ff.

189 Vgl. BT-Drucks. 20/4376 v. 09.11.2022, S. 1.

190 Gesetz über die Meldepflicht und den automatischen Austausch von Informationen meldender Plattformbetreiber in Steuersachen (Plattformen-Steuertransparenzgesetz – PStTG) v. 20.12.2022, BGBl. I 2022, S. 2730. Vgl. hierzu u. a. *Fischer*, StuB 2023, S. 129 ff.; *Gerster/Schmal*, beck.digitax 2023, S. 54 ff.; *Grambeck*, MwStR 2023, S. 169 ff.; *Grotherr*, Ubg 2023 S. 60 ff.; *Limpinsel/Hahn*, IWB 2023, S. 47 ff.; *Luther/Zawodsky/Höft*, beck.digitax 2022, S. 310 ff.; *Nürnberg*, NWB 2023, S. 1897 ff.; *Oldiges/Reiners*, DStR 2023, S. 1291 ff.; *Oldiges/Reiners*, DStR 2023, S. 1337 ff.; *Oldiges/Reiners*, DStR 2023, S. 2592 ff.; *Pinkernell/zum Bruch*, DB 2023, S. 1879 ff.; *Stumm/Freude*, WPg 2023, S. 700 ff.

191 Zum automatischen Informationsaustausch bei Transaktionen von Kryptowerten vgl. *Müller*, beck.digitax 2023, S. 34 ff.; *Müller*, RET 4/2023, S. 58 f.; *Schuska*, IStR 2023, S. 765 ff. und S. 821 ff.

192 Mit dem DAC 7-Umsetzungsgesetz wurden zudem geänderte Kooperationsregelungen bei der Durchführung von Außenprüfungen eingeführt, vgl. hierzu bspw. *Hübner/Jesic/Leucht*, Ubg 2023 S. 293 ff. und 370 ff. sowie insbesondere zur Neuregelung des § 171 Abs. 4 AO: *Hübner*, Ubg 2023 S. 248 ff.

und Meldepflichten knüpft das PStTG aber an interne Daten, Prozesse sowie Systeme an und ist auf Massendaten ausgerichtet.¹⁹³

Der Kreis der meldepflichtigen Plattformbetreiber ergibt sich aus § 3 PStTG: Als Plattform gilt jedes auf digitalen Technologien beruhende System, das es Nutzern ermöglicht, über das Internet mittels einer Software miteinander in Kontakt zu treten und Rechtsgeschäfte abzuschließen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 PStTG). Darunter fallen bspw. die Vermarktung von Ferienunterkünften, die Erbringung von Personentransportleistungen oder die Annoncierung von Gebrauchtwaren.¹⁹⁴ Die Formulierung in § 3 Abs. 1 Satz 1 PStTG macht dabei deutlich, dass das Gesetz auf Plattformen abstellt, welche die Geschäfte zwischen Dritten als solche unterstützen; der jeweilige Plattformbetreiber wird also nicht selbst Vertragspartei, sodass Anbieter¹⁹⁵, Nutzer¹⁹⁶ und Betreiber auseinanderfallen (Dreieckskonstellation).¹⁹⁷ Innerhalb einer Unternehmensgruppe oder eines Konzernverbunds kann dies auch die Gesellschaft sein, die das zugrundeliegende Online-Geschäft verwaltet. Denn das PStTG schließt eben nicht aus, dass der Anbieter nach § 4 Abs. 2 PStTG und der Plattformbetreiber nach § 3 Abs. 2 PStTG verbundene Rechtsträger (§ 6 Abs. 2 PStTG) sind.¹⁹⁸ Zusätzlich wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass eine Plattform zur selben Zeit auch mehrere Plattformbetreiber haben kann: „So können sich mehrere Rechtsträger verschiedenen Anbietern gegenüber zur Verfügungsstellung einer Plattform verpflichtet haben, abhängig beispielsweise von der regionalen Ansässigkeit der Anbieter oder davon, ob es sich bei ihnen um Gewerbetreibende oder Privatpersonen handelt. Daneben kann sich aus den

193 Vgl. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Allgemeines; *Oldiges/Reiners*, DStR 2023 S. 1292 sowie zum BMF-Schreiben v. 02.02.2023 im Einzelnen: *Grotherr*, Ubg 2023 S. 113 ff.; *Kaufmann*, beck.digitax 2023, S. 192 ff. Zu diesem Abschnitt insgesamt: *Götz-Kälberer/Kälberer*, Steuer-Seminar 2023, S. 347 f.; *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 371 f.

194 Erfasst werden grundsätzlich sämtliche (gängigen) Arten von Geschäftsbeziehungen: Business-to-Business (B2B), Business-to-Consumer (B2C), Consumer-to-Consumer (C2C), Consumer-to-Business (C2B), vgl. BT-Drucks. 20/3436 v. 19.09.2022, S. 49; *Götz-Kälberer/Kälberer*, Steuer-Seminar 2023, S. 349.

195 Ein Anbieter ist jeder Nutzer, der zu irgendeinem Zeitpunkt im Meldezeitraum auf einer Plattform registriert ist und eine relevante Tätigkeit anbieten kann (§ 4 Abs. 2 PStTG).

196 Ein Nutzer ist jede natürliche Person oder jeder Rechtsträger, die oder der eine Plattform in Anspruch nimmt. Nutzer und Plattformbetreiber fallen dabei auseinander (§ 4 Abs. 1 PStTG).

197 Vgl. *Grambeck*, MwStR 2023, S. 170; *Oldiges/Reiners*, DStR 2023, S. 1293.

198 Vgl. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 1.1.

Nutzungsbedingungen ergeben, dass durch einzelne Rechtsträger jeweils nur Teile einer Plattform zur Verfügung gestellt werden. Das ist dann der Fall, wenn einzelne Funktionen der Plattform (Webpräsenz in der jeweiligen Sprachfassung; Nutzerdatenverarbeitung; Zahlungsabwicklung u. a.) Bestandteil einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Anbieter sind.¹⁹⁹ Im Ergebnis werden insbesondere die in Deutschland ansässigen Plattformbetreiber und solche, die einen übrigen Nexus zum Inland aufweisen, von den Melde- und Sorgfaltspflichten des PStTG erfasst.²⁰⁰

4.2.2 Analogien und Umfang der Mitwirkungspflichten

Zur Erfüllung der Registrierungs- und Meldepflichten sind weitgehende Eingriff in die unternehmensinternen Abläufe erforderlich, die unter Beachtung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) zu erfolgen haben. Da das PStTG erweiterte Mitwirkungspflichten für Unternehmen im Bereich der Plattformökonomie regelt, „die eine Schnittstelle für Vertragsabschlüsse zwischen verschiedenen Nutzergruppen bereitstellen“, dürften Analogien zu den bereits etablierten Aufzeichnungspflichten des § 22f UStG vorliegen.²⁰¹ Demnach werden Betreiber einer elektronischen Schnittstelle seit dem 01.01.2019 verpflichtet, Informationen über Umsätze, die über einen elektronischen Marktplatz, eine elektronische Plattform, ein elektronisches Portal oder über jeden anderen vergleichbaren elektronischen Handelsplatz generiert werden, aufzuzeichnen.²⁰²

Wird die Lieferung eines Unternehmens also von einer elektronischen Schnittstelle unterstützt und beginnt oder endet die Beförderung bzw. Versendung im Inland, hat der Betreiber folgende Grunddaten aufzuzeichnen (§ 22f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 5 UStG sowie A 22f.1 Abs. 1 Satz 1 UStAE):

- den vollständigen Namen und die vollständige Anschrift des liefernden Unternehmers,
- die elektronische Adresse oder Website des liefernden Unternehmers,
- die dem liefernden Unternehmer vom Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) nach § 27a UStG erteilte Umsatzsteuer- Identifikationsnummer,

199 BT-Drucks. 20/3436 v. 19.09.2022, S. 52.

200 Vgl. *Nürnberg*, NWB 2023, S. 1899 f. sowie insgesamt wiederum *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 373.

201 Vgl. *Oldiges/Reiners*, DStR 2023, S. 1292 (direktes Zitat), S. 1295.

202 Vgl. *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 374.

- soweit bekannt, die dem liefernden Unternehmer von dem nach § 21 AO zuständigen Finanzamt erteilte Steuernummer und
- soweit ebenfalls bekannt, die Bankverbindung oder Nummer des virtuellen Kontos des Lieferers.

Zusätzlich zu den Grunddaten sind der Ort des Beginns der Beförderung oder Versendung einschließlich des Bestimmungsorts sowie der Zeitpunkt und die Höhe des Umsatzes aufzuzeichnen (§ 22f Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 und 7 UStG). Ergänzt wird dies durch eine Beschreibung der Gegenstände sowie die Angabe der Bestellnummer oder der eindeutigen Transaktionsnummer, soweit Letztere bekannt sind (§ 22f Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 und 9 UStG).²⁰³

Erfolgt die Registrierung auf dem elektronischen Marktplatz hingegen nicht als Unternehmer i. S. d. Umsatzsteuergesetzes, sondern als Privatperson, gilt § 22f Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 6 bis 9 UStG entsprechend.²⁰⁴ Insoweit sind neben dem vollständigen Namen und der vollständigen Anschrift auch der Ort des Beförderungs- bzw. Versendungsbeginns, der Bestimmungsort, der Zeitpunkt und die Höhe des Umsatzes sowie die weiteren Angaben des § 22f Abs. 1 Satz 1 Nr. 8 und 9 UStG – d. h. Beschreibung der Gegenstände und soweit bekannt, die Bestellnummer oder die eindeutige Transaktionsnummer – aufzuzeichnen. Für Zwecke der eindeutigen Identifikation ist zudem das Geburtsdatum aufzunehmen (§ 22f Abs. 2 Satz 2 UStG). In diesen Kontext reihen sich nun die Meldepflichten des PStTG, die jedoch über die Inhalte des § 22f UStG hinausgehen, um die dynamischen Marktentwicklungen innerhalb der sog. Sharing- und Gig-Ökonomie steuerlich transparent zu machen. Vor diesem Hintergrund sind gem. § 14 Abs. 2 und 3 PStTG für Unternehmen und Privatpersonen folgende Informationen zu melden:

- Anschrift des Sitzes bzw. des Wohnsitzes;
- Steueridentifikationsnummer einschließlich EU-Mitgliedstaat der Erteilung;
- Identifikationsnummer für Umsatzsteuerzwecke (sofern vorhanden);
- Kennung und Inhaber des Finanzkontos (d. h. die IBAN; sofern vorhanden);
- EU-Mitgliedstaat der Ansässigkeit oder der Belegenheit des unbeweglichen Vermögens;

203 Vgl. wiederum Kälberer, NWB-BB 2023, S. 374.

204 Vgl. § 22f Abs. 2 Satz 1 UStG.

- Gebühren, Provisionen oder Steuern je Quartal des Meldezeitraums (vom Plattformbetreiber einbehalten oder berechnet);²⁰⁵
- gezahlte oder gutgeschriebene Vergütung je Quartal des Meldezeitraums;
- Anzahl der relevanten und entgeltlichen Tätigkeiten je Quartal des Meldezeitraums.²⁰⁶

Für Unternehmen erweitern sich die meldepflichtigen Informationen gem. § 14 Abs. 3 PStTG um den eingetragenen Namen, die Handelsregisternummer und – sofern vorhanden und in die relevante Geschäftstätigkeit eingebunden – um Angaben zu einer innerhalb der Europäischen Union (EU) belegenen Betriebsstätte. Demgegenüber sind für natürliche Personen der Vor- und Nachname sowie das Geburtsdatum gesondert zu melden (§ 14 Abs. 2 PStTG).²⁰⁷

4.2.3 Gesetzgeberische Risikobewertung und Freistellung

Die Meldepflicht des § 13 PStTG und die korrespondierenden Sorgfaltspflichten beziehen sich auf meldepflichtige Anbieter, die i. S. d. § 4 Abs. 2 PStTG auf der Plattform registriert sind und einer aktiven Tätigkeit nachgehen. Entsprechende Anbieter erbringen im Meldezeitraum eine relevante Tätigkeit oder haben im gleichen Zeitraum eine Vergütung hierfür erhalten. In diesem Zusammenhang erscheint die im PStTG gewählte Terminologie eines „meldepflichtigen Anbieters“ als mitunter unglücklich gewählt, da ausschließlich der Plattformbetreiber Adressat der Melde- und Sorgfaltspflichten ist.²⁰⁸ Des Weiteren wird nach der Ansässigkeit des Anbieters ge-

205 Die Meldepflicht des § 14 Abs. 2 Nr. 9 PStTG erfasst sämtliche inländischen und ausländischen Steuern und Abgaben, die von dem Plattformbetreiber einbehalten oder berechnet werden. Hierunter fallen bspw. Ertragsteuern (Quellensteuern) sowie die Umsatzsteuer, die vom Plattformbetreiber geschuldet und von der an den Anbieter zu zahlenden bzw. gutzuschreibenden Vergütung abgezogen wird. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 2.7.

206 Vgl. Gölz-Kälberer/Kälberer, Steuer-Seminar 2023, S. 350; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375. Die Meldung der Plattformbetreiber an das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) hat nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz elektronisch im Wege der Datenfernübertragung über amtlich bestimmte Schnittstellen zu erfolgen (§ 15 Abs. 1 Satz 1 PStTG). Beachte dazu BMF v. 15.II.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :034, BStBl. I 2023, S. 1918.

207 So auch Gölz-Kälberer/Kälberer, Steuer-Seminar 2023, S. 350; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375.

208 Vgl. Gölz-Kälberer/Kälberer, Steuer-Seminar 2023, S. 351; Grotherr, Ubg 2023, S. 62; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375; Oldiges/Reiners, DStR 2023, S. 1292.

fragt, die sich aus dem Sitz, dem Wohnsitz, der Steueridentifikationsnummer, der Unterhaltung einer Betriebsstätte oder aus den weiteren Angaben eines amtlichen Identifikationsdienstes ergeben kann. Die Meldepflicht setzt also einen Nexus zum Inland voraus, wohingegen bei der Überlassung von unbeweglichem Vermögen auch das EU-Ausland relevant werden kann (vgl. § 4 Abs. 6 PStTG).²⁰⁹

Anders verhält es sich bei sog. freigestellten Anbietern, die im Meldezeitraum unter Inanspruchnahme derselben Plattform in weniger als 30 Fällen relevante Tätigkeiten nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 PStTG erbracht und dadurch insgesamt weniger als 2.000 Euro als Vergütung gezahlt oder gutgeschrieben bekommen haben (§ 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 4 PStTG).²¹⁰ Maßgeblich ist die Anzahl der Rechtsgeschäftsabschlüsse; auf die Anzahl der veräußerten Artikel kommt es hingegen nicht an.²¹¹ Laut Gesetzesbegründung wird davon ausgegangen, „dass Aktivitäten unterhalb der genannten Grenzen noch nicht den sicheren Rückschluss auf eine gewerbliche Aktivität zulassen und die steuerliche Auswirkung infolge der Aktivitäten in keinem angemessenen Verhältnis zu den mit einer Meldung verbundenen Aufwänden und den dafür erforderlichen Verarbeitungen personenbezogener Daten steht.“²¹²

Auch staatliche sowie börsennotierte Rechtsträger²¹³ gem. § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 und 2 PStTG sind als freigestellte Anbieter zu erfassen, da davon

209 Vgl. Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375; Nürnberg, NWB 2023, S. 1900.

210 Vgl. Götz-Kälberer/Kälberer, Steuer-Seminar 2023, S. 351; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375.

211 Vgl. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 1.5.

212 BT-Drucks. 20/3436 v. 19.09.2022, S. 55.

213 Gem. § 6 Abs. 3 PStTG ist ein staatlicher Rechtsträger u.a. eine Einrichtung, die sich unter der Kontrolle eines Staates oder einer oder mehrerer Gebietskörperschaften befindet. Eine Kontrolle i. S. d. Vorschrift wird ausschließlich durch Eigentum vermittelt. Daraus folgt, dass eine Einrichtung generell nicht als staatlicher Rechtsträger in Betracht kommt, wenn die Einrichtung im Miteigentum zumindest einer Person steht, bei der es sich nicht um einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einen anderen Staat, einschließlich ihrer jeweiligen Gebietskörperschaften, handelt. Unter die Begriffsbestimmung des § 6 Abs. 3 PStTG fällt hiernach jeder staatlich beherrschte Rechtsträger, der formal vom Staat oder seinen Gebietskörperschaften getrennt ist, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: 1.) Der Rechtsträger befindet sich unmittelbar oder über einen oder mehrere andere staatliche Rechtsträger im Alleineigentum und unter der Beherrschung eines oder mehrerer staatlicher Rechtsträger. 2.) Die Nettoeinkünfte des Rechtsträgers fließen ausschließlich dem Rechtsträger oder einem anderen staatlichen Rechtsträger oder mehreren anderen staatlichen Rechtsträgern zu, ohne dass ein Teil der Einkünfte einer Privatperson zugutekommt. 3.) Die Vermögenswerte des Rechtsträgers fallen bei seiner Auflösung

auszugehen ist, dass sie ihre steuerlichen Compliance-Pflichten anderweitig sicherstellen. Dieser gesetzgeberischen Risikobewertung folgt auch § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 3 PStTG, indem große Anbieter von Hotelunterkünften mit mindestens 2.000 relevanten Tätigkeiten pro Meldezeitraum und inseriertem Objekt freigestellt werden. Dies wird im Einzelnen damit begründet, dass die Steuerverwaltungen hier in der Lage sein dürften, die Einhaltung der steuerlichen Pflichten anhand übriger Informationsquellen sicherzustellen.²¹⁴ Hinsichtlich der Verwaltungs- und Befolgungskosten dürften die berücksichtigten Meldeschwellen jedoch nur eine bedingte Entlastung mit sich bringen, da diese fortwährend zu überwachen sind, was eine permanente Datenerhebung erforderlich macht.²¹⁵

Die im Zuge der Datenerhebung gesammelten Informationen sind schließlich innerhalb der Sorgfaltspflichten (§§ 16 bis 21 PStTG) zu plausibilisieren und über eine elektronische Schnittstelle dem BZSt bis spätestens zum 31. Januar des Jahres, das auf das Kalenderjahr folgt, in dem der Anbieter als meldepflichtiger Anbieter identifiziert worden ist, zu melden; dies ergibt sich aus § 13 Abs. 1 Satz 1 PStTG.²¹⁶

4.2.4 Sonstige Pflichten und Erwägungen zur Meldepflicht insbesondere aus verfassungsrechtlicher Sicht

Infolge des § 22 PStTG haben meldende Plattformbetreiber jeden meldepflichtigen Anbieter vor einer erstmaligen Meldung über die erhobenen Daten zu informieren. Diese Informationspflicht gilt nur für den meldepflichtigen Anbieter, so dass die Kunden des Anbieters nicht über die Datenverarbeitung zu informieren sind. Wirkt der Anbieter bei der Erhebung und Überprüfung der meldepflichtigen Angaben jedoch nicht mit, sieht § 23 PStTG entsprechende Maßnahmen vor, um die notwendige Mitwirkung durch die meldenden Plattformbetreiber durchzusetzen. Folglich ist

einem oder mehreren staatlichen Rechtsträgern zu. BMF v. 19.06.2024 – IV D 3 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2024, S. 1040.

214 Vgl. BT-Drucks. 20/3436 v. 19.09.2022, S. 54; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375.

215 Vgl. Oldiges/Reiners, DStR 2023, S. 1293 wie auch in gleicher Weise: Kälberer, NWB-BB 2023, S. 375 f.

216 So auch Gölz-Kälberer/Kälberer, Steuer-Seminar 2023, S. 351; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 376.

auch ein Widerspruch gegen die Erhebung und Weitergabe der Informationen unbeachtlich.²¹⁷

Neben die Datenerhebung und -meldung tritt für den meldenden Plattformbetreiber schließlich eine ergänzende Datenprüfung und Prozessdokumentation. Meldende Plattformbetreiber sind verpflichtet, die von ihnen bei den Anbietern erhobenen Informationen nach Maßgabe des § 18 Abs. 1 und 2 PStTG auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Auf Verlangen des BZSt sind meldende Plattformbetreiber wiederum verpflichtet, als unrichtig erachtete Informationen zu berichtigen und durch Vorlage verlässlicher, aus unabhängiger Quelle stammender Belege zu bestätigen (§ 18 Abs. 3 Satz 1 PStTG). Kommt ein meldender Plattformbetreiber den vorstehenden Verpflichtungen nicht nach und meldet er infolgedessen leichtfertig oder vorsätzlich Informationen nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig, begeht er eine Ordnungswidrigkeit, die mit einem Bußgeld geahndet werden kann (§ 25 Abs. 1 Nr. 4 und 5 PStTG).²¹⁸

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass auch Anbieter zu einer adäquaten Mitwirkung verpflichtet sind, die der Plattformbetreiber nach § 23 PStTG durchzusetzen hat: Kommt ein Anbieter der Aufforderung eines meldenden Plattformbetreibers nicht nach, die zu erhebenden Informationen vorzulegen, hat der meldende Plattformbetreiber den Anbieter zwei Mal an die Vorlage zu erinnern. Legt der Anbieter die ersuchten Informationen auch nach der zweiten Erinnerung nicht vor, hat der meldende

217 Vgl. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 4.1 und 4.2; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 376. Das PStTG schreibt für die Information meldepflichtiger Anbieter keine Form vor. Im Zusammenhang mit den Pflichten gem. § 22 Abs. 1 PStTG sind etwaige Vorgaben der DS-GVO zu beachten. Im Übrigen steht es den meldenden Plattformbetreibern frei, die Form der Information unter Berücksichtigung u. a. der technischen und operativen Rahmenbedingungen selbst zu bestimmen. Vgl. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 4.3; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 376.

218 Vgl. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 3.2; Kälberer, NWB-BB 2023, S. 376. Die Verfahren zur Durchführung der Sorgfaltspflichten sind sodann nach § 20 Abs. 1 Satz 1 PStTG bis zum 31.12. des Meldezeitraums abzuschließen. In Bezug auf bestehende Anbieter (§ 4 Abs. 3 PStTG) müssen die Verfahren bis zum 31.12. des zweiten Meldezeitraums abgeschlossen werden, so dass sich die Zählung des Meldezeitraums für jeden meldenden Plattformbetreiber individuell bestimmt. Der erste Meldezeitraum ist dabei das Kalenderjahr, in dessen Verlauf die Voraussetzungen eines meldenden Plattformbetreibers erstmals erfüllt werden. Der „zweite Meldezeitraum“ entspricht dem Kalenderjahr, das auf das Kalenderjahr folgt, in dessen Verlauf die Voraussetzungen eines meldenden Plattformbetreibers erstmals erfüllt werden. BMF v. 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, BStBl. I 2023, S. 241, Tz. 3.8.

Plattformbetreiber spätestens nach 180 Tagen, nicht aber vor Ablauf von 60 Tagen, seit der ursprünglichen Aufforderung

1. die weitere Nutzung der Plattform durch den Anbieter zu verhindern, indem er diesen sperrt oder dessen Registrierung löscht, und sicherzustellen, dass der Anbieter sich nicht erneut bei der Plattform registrieren kann, oder
2. Zahlungen der Vergütung an den Anbieter einzubehalten (§ 23 Sätze 1 und 2 PStTG).

Die Sperrung bzw. die Einbehaltung der Vergütung ist erst dann aufzuheben, sobald der Anbieter die ersuchten Informationen vorgelegt hat (§ 23 Satz 3 PStTG).²¹⁹ Im Ergebnis sind betroffene Unternehmen angesichts der zusätzlichen Informations- und Dokumentationspflichten²²⁰ angehalten, den Anwendungsbereich der Regelungen zu prüfen und entsprechende IT-Voraussetzungen zu schaffen; dies bedeutet nicht nur neue Datenstrukturen und Prozessroutinen zu etablieren, sondern auch bestehende Compliance-Strukturen²²¹ und Vertragsgestaltungen einer eingehenden Beurteilung.

219 So bereits auch *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 376.

220 Zum Verantwortungsbewusstsein der Plattformbetreiber im Lichte des Digital Services Act vgl. *Brauneck*, NVwZ 2024, S. 377 ff. sowie zum Wirkungsbereich des Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (BGBL I 2021, S. 2959) im Kontext der Plattformökonomie vgl. *Meyer*, ZVertriebsR 2023, S. 350 ff. Im Übrigen zu den Mitwirkungspflichten als erhebliche Vollzugslast: *Schmidt*, Das digitale Besteuerungsverfahren, 2024, S. 48 ff. Rn. 97 ff.; *Schmidt*, DStR 2024, S. 137 ff.

221 Besondere Bedeutung erlangt hier zugleich die zweite Netz- und Informationssicherheitsrichtlinie (NIS 2-Richtlinie), welche die Vorgängerregelung (NIS 1) aus dem Jahr 2016 ablöst und umfangreiche Pflichten zur Cybersicherheit für Betreiber „kritischer Anlagen“ und sonstige Einrichtungen aus verschiedenen Sektoren vorsieht. Insoweit reicht der Pflichtenkatalog der NIS 2-Richtlinie von konkreten technischen sowie operativen und organisatorischen Maßnahmen bis hin zu einer Meldepflicht von Sicherheitsvorfällen. Indem die Geschäftsleitenden das Risikomanagement zur Cybersicherheit „persönlich billigen und überwachen müssen“, wird klar gestellt, dass sich Cybersicherheit nicht länger delegieren lässt. Vgl. *Daum/Monschke*, NZG 2023, S. 813 (auch direktes Zitat); *Kälberer*, RET 3/2024, S. 71 f.; Richtlinie (EU) 2022/2555 v. 14.12.2022, Abl. EU L 333, S. 80. Beachte zudem *Biendl*, DB 2024, S. 1867 ff.; *Blum/Adelberg*, CB 2024, S. 145 ff.; *Falk/Dolle*, WPg 2024, S. 337 ff.; *Hessel/Callewaert/Klose*, MMR 2023, S. 471 ff.; *Hessel/Callewaert/Klose*, RDi 2024, S. 208 ff.; *Leßner*, MMR 2024, S. 226 ff.; *Leßner/Mayr*, MMR 2024, S. 148 ff.; *Nadeborn/Ettwig*, CCZ 2024, S. 129 ff.; *Rostalski* in *Martini/Möslein/Rostalski*, Recht der Digitalisierung, 2024, S. 313 ff.; *Staffler*, Business Criminal Law, 2022, S. 1 ff.; *Weihe*, CCZ 2024, S. 85 ff. sowie zu den organisatorischen und technischen Maßnahmen vor und bei einem Cyberangriff: *Habbe/Gergen*, CCZ 2020 S. 281 ff. Vgl. im Übrigen

lung zu unterziehen. Des Weiteren sind regelmäßige Betroffenheitsanalysen durchzuführen und entsprechende Fachanweisungen einschließlich etwaiger (interner) Meldeketten zu etablieren. Denn gerade in weit verzweigten Konzernstrukturen erscheint die Frage einer Mitwirkungspflicht keinesfalls als trivial und sollte in Zweifelsfällen über das Auskunftsersuchen²²² nach § 10 Abs. 1 PStG adressiert werden.²²³

Gleichzeitig erscheint es fraglich, weshalb der Fiskus zur Sicherstellung einer originär staatlichen Aufgabe – nämlich der Sicherstellung des Steuervollzugs²²⁴ – eine Gebührenerhebung vorsieht, was bereits dem Grunde nach verfassungsrechtliche Bedenken aufwerfen dürfte; zumal die Gewährung von Dispositionssicherheit eine verfassungsrechtliche Komponente in sich trägt. Hinzu tritt einerseits ein umfassender Kanon aus Registrierungs-, Melde- und Erhebungspflichten, die durch Verpflichtungen zur Überprüfung, Aufzeichnung und Aufbewahrung ergänzt werden. Andererseits sind meldende Plattformbetreiber angehalten die auf der Plattform agierenden Anbieter zu informieren und bei unrichtigen oder unvollständigen Angaben zur Mitwirkung durchzusetzen.²²⁵ Das PStG mag deshalb sinnbildlich für die Frage stehen, ob und inwieweit den (steuerrechtlichen) Mitwirkungspflichten²²⁶ verfassungsrechtliche Grenzen gegeben sind. Zumal meldende Plattformbetreiber auf Verlangen des BZSt ein Überprüfungsverfahren gegen Anbieter auf der Plattform einzuleiten hat, was letztlich die Amtsermittlungshandlung auf den Plattformbetreiber überträgt.²²⁷ Gleichwohl ist der Amtsermittlungsgrundsatz nicht abbedingbar; die zuständige Behörde trägt weiterhin die Letztverantwortung für den Steuervollzug, wodurch sich wiederum ein interessengeleiteter Gleichlauf

zu den steuer(straf)rechtlichen Implikationen einer Ransomware-Erpressung: *Eilers/Brendicke/ Kroner*, beck.digitax 2023, S. 286 ff.; *Höpfner/Stahnke*, DStR 2023, S. 2136 ff. und S. 2200 ff.

222 Vgl. dazu mithin *Oldiges/Reiners*, DStR 2023, S. 1337; *Kandlhofer*, beck.digitax 2023, S. 60 ff.

223 Vgl. *Kälberer*, NWB-BB 2023, S. 377.

224 Beachte hierzu mithin *Dorenkamp*, ifst-Schrift 548/2023, S. 72 ff.; *Drüen*, ifst-Schrift 548/2023, S. 21 ff.; *Fochmann*, ifst-Schrift 548/2023, S. 79 ff.; *Peuthert*, ifst-Schrift 548/2023, S. 41 ff.

225 Vgl. *Grotherr*, Ubg 2023, S. 78.

226 Ähnliche Lasten treffen Kreditinstitute für den Vollzug der Kapitalertragsteuer, vgl. *Hey*, StuW 2024, S. 17.

227 Vgl. *Grotherr*, Ubg 2023, S. 78.

einstellt.²²⁸ Dennoch gebietet es die anzumahnende Zwecksetzung, eine jede Mitwirkungspflicht an deren Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu beurteilen. Eine besondere Rechtfertigungsbedürftigkeit fällt dabei der Indienstnahme Dritter zu, die informationsbeschaffende Handlungen zum Ziel haben.²²⁹

Für einen Rechtsschutz gegenüber unverhältnismäßigen Verwaltungslasten sind letztlich die Grenzen der Ermessenbetätigung im Rahmen des § 90 AO (allgemeine Mitwirkungspflicht) und der speziellen Mitwirkungspflichten zu bemühen.²³⁰ „Gegenüber Einzelakten auf der Grundlage von §§ 90 ff. AO funktioniert das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Grenze des Übermaßverbots und der Zumutbarkeit.“²³¹ Im Übrigen sind die verfassungsrechtlichen Anforderungen gering, was in der Judikatur in der Gestalt zum Ausdruck kommt, dass die Indienstnahme Dritter für öffentliche Aufgaben zwar an Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) gemessen wird, aber ohne im Einzelnen die Verhältnismäßigkeit infrage zu stellen.²³² Für das Aufzeigen freiheitsrechtlicher Grenzen bedarf es deshalb einer Zweck-Mittel-Relation, die in einer gleichheitssatzkonformen Steuervereinigung wurzelt, d. h.:²³³ „Der Eingriff muss zur Erreichung eines legitimen Eingriffsziels geeignet sein und darf nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern; ferner müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen.“²³⁴ Angesichts der Komplexität des (vorgelagerten) materiellen Rechts, sind die zu dessen Vollziehung erforderlichen Pflichten gleichfalls hochkomplex;²³⁵ die Mitwirkungspflicht wird zu einer steuerverfahrensrechtlichen Nebenfolge – mithin zu einer Selbstverständlichkeit.²³⁶

228 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 17. Beachte auch Drüen, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 1 ff.; Müller-Franken, Maßvolles Verwalten, 2004, S. 1 ff. sowie Spilker, Behördliche Amtsermittlung, 2015, S. 1 ff.

229 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 20.

230 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 22. Zu den Folgen der Nichterfüllung etwaiger Mitwirkungspflichten vgl. bspw. Jochum, Die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen in der Außenprüfung, 2011, S. 471 ff.

231 Hey, StuW 2024, S. 22.

232 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 22 mit einer Übersicht zur Rechtsprechung in Fn. 79.

233 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 22.

234 BVerfG v. 22.03.2022 – 1 BvR 2868/15, 1 BvR 2886/15, 1 BvR 2887/15, 1 BvR 354/16, NVwZ 2022, S. 1048.

235 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 22.

236 Vgl. Kirchhof, G., DStR 2023, S. 360; Palm, DVBl. 2023, S. 193.

5 Fazit: Befolgungslasten und das Potential der Digitalisierung

Die Digitalisierung vermag den Garten zur Freiheit zu öffnen;²³⁷ wobei die personale Freiheit nur über Selbstbegrenzungsmechanismen gesellschaftlich etabliert werden kann. Dies gilt schon deshalb, da Hedonismus und ein ungezügelter Egoismus die originäre Idee personaler Freiheit per se diskreditiert. Und so versteht sich die Dialektik der Freiheitsgewinnung durch Beschränkung als das eigentliche (neuzeitliche) Grundprinzip, welches mit der unmittelbar funktionalen Ausgestaltung sozialer Interaktionsräume verbunden ist:²³⁸ „(M)aterielle Freiheit durch kluge Anpassung an die Formensprache selbständig gemachter, aber dadurch auch wechselseitig begrenzter Ordnungssysteme wie Wirtschaft, Recht oder Politik.“²³⁹

Angesichts einer sich durch Digitalisierung und Technologisierung weiter umwälzenden Gesellschaftsordnung bedeutet dies zugleich die Leitlinien zwischen Lebensalltag und ökonomischer Interaktion neu einzurichten.²⁴⁰ Es sind die Freiheitsrechte, die dem (Steuer-)Gesetzgeber die Pflicht auferlegen, „den jeweils schonendsten gleich wirksamen Eingriff zu wählen“.²⁴¹ Indem Steuern automatisch erhoben werden, wäre der Gewinn an Freiheit, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit, an steuerlicher Effizienz und Transparenz, wie auch an informationeller Gleichheit groß.²⁴² Schließlich vollendet sich Besteuerungsgleichheit erst im tatsächlichen Vollzug.²⁴³ „Der Gleichheitssatz verlangt für das Steuerrecht, daß die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Die Besteuerungsgleichheit hat mithin als ihre Komponenten die Gleichheit der normativen Steuerpflicht ebenso wie die Gleichheit bei deren Durchsetzung in der Steuererhebung. Daraus folgt, daß das materielle Steuergesetz in ein normatives Umfeld eingebettet sein muß, welches die Gleichheit der Belastung auch hinsichtlich des tatsächlichen Erfolgs prinzipiell gewährleistet.“²⁴⁴ Doch je komplizierter und undurchsichtiger Steuergesetze sind, desto mehr wird der Steuervollzug zur Herkulesaufgabe – mithin zur Sisy-

237 Vgl. Kirchhof, P., Der sanfte Verlust der Freiheit, 2004, S. XI.

238 Vgl. Di Fabio in Di Fabio, Reformation und die Ethik der Wirtschaft, 2018, S. 74.

239 Di Fabio in Di Fabio, Reformation und die Ethik der Wirtschaft, 2018, S. 79.

240 Vgl. Di Fabio in Di Fabio, Reformation und die Ethik der Wirtschaft, 2018, S. 87.

241 Vgl. Kirchhof, G., DStR 2023, S. 355 (auch direktes Zitat).

242 Vgl. Kirchhof, G., DStR 2023, S. 355. Im Einzelnen zur Rechtsstaatlichkeit und dem Grundrechtsschutz in einer digitalen Gesellschaft: *Papier*, NJW 2017, S. 3025 ff.

243 Vgl. Drüen, StuW 2023, S. 53.

244 BVerfG v. 27.06.1991 – 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, S. 270, 1. Leitsatz.

phusarbeit, soweit die auferlegten Steuerbefolgungspflichten nicht mit den durch sie ermöglichten Steuereinnahmen in einem angemessenen Verhältnis stehen.²⁴⁵ Vor diesem Hintergrund bildet die Rechtsanwendungsgleichheit das Scharnier zwischen materiellem Recht und steuerlichem Verfahrensrecht; der effektive Steuervollzug ist „ein Allgemeingut von herausgehobener Bedeutung“²⁴⁶ Letzteres tritt jedoch in einen Zwiespalt, indem ein beständiger Aufwuchs an Mitwirkungs- und Dokumentationspflichten zu rechtfertigen sind, wohingegen sie zugleich ein Zeichen strukturellen Misstrauens bilden.²⁴⁷ Es verwundert also nicht, wenn jedwede Mitwirkungshandlung in einem Mehr an Steuervollzug ihre Rechtfertigung findet. Richtigerweise wäre jedoch nicht nur die Art der Mitwirkungspflicht, sondern auch die daran geknüpften Rechtsfolgen in die Abwägung miteinzubeziehen. Maßgeblich für die Schwere des Eingriffs sind damit die Mitwirkungspflichten des Steuerschuldners für Zwecke der eigenen Steuerschuld einerseits und die Mitwirkungspflichten zur Erfüllung fremder Steuerschulden im Wege der Indienstnahme andererseits. Letzteres gilt umso mehr, so weit dies mit der Verarbeitung von Informationen korreliert, die gesondert in Erfahrung zu bringen sind.²⁴⁸ Denn Informationsbeschaffungspflichten wiegen schließlich schwerer, als die Meldung von Daten, die bereits aus anderen Gründen zu erheben sind.²⁴⁹ Derartige „Sowieso-Daten“ tragen jedoch regelmäßig weitgehende Rechtsfolgen (Haftungstatbestände, ordnungs- und strafrechtliche Sanktionen) in sich und müssen für Zwecke der Verarbeitung unterschiedlich aufbereitet werden. Dies wiegt umso schwerer, wenn es sich – wie im Falle der Grundsteuer²⁵⁰ – um Daten handelt, die anderen staatlichen Stellen ohnehin bereits gemeldet wurden.²⁵¹ „Die Anordnung einer eigenständigen Erklärungspflicht ist jedenfalls dann nicht erforderlich und wird spätestens dadurch unverhältnismäßig, dass an die Nichtbefolgung stets Sanktionen geknüpft sind, wenn die staatlicherseits bereits verfügbaren Daten unmittelbar zum Steueranspruch führen, ohne

245 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 16.

246 Vgl. BVerfG v. 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05, NJW 2007, S. 2469; Hey, StuW 2024, S. 16.

247 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 16 f.; Kirchhof, P., DStR 2023, S. 1801.

248 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 23.

249 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 23 mit Verweis auf BVerfG v. 22.03.2022 – 1 BvR 2868/15, 1 BvR 2886/15, 1 BvR 2887/15, 1 BvR 354/16, NVwZ 2022, S. 1048.

250 Beachte hierzu Kirchhof, G., DB 2023, S. 1116 ff.; Palm, DVBl. 2023, S. 191 ff.

251 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 23.

dass es weiterer Informationen seitens des Steuerpflichtigen bedarf.²⁵² Die Vorstellung einer automatischen Grundsteuerveranlagung auf Basis öffentlich verfügbarer Geo-Daten (bspw. über Google Earth) oder die Berücksichtigung von Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastungen im Zuge einer unmittelbaren Verknüpfung mit der elektronischen Krankenakte mag deshalb ein unbehagliches Gefühl eines „obrigkeitlich-inquisitorischen Vollzugskonzepts“ hinterlassen.²⁵³ Dem tritt ein kooperativer Steuervollzug entgegen, der sich in freiheitsschonender Weise auf Akzeptanz begründet und die Kooperationsbereitschaft der Betroffenen nachhaltig stärkt;²⁵⁴ die Befolgbarkeit formt sich aus der Vollziehbarkeit und umgekehrt.²⁵⁵ Der Digitalisierung liegt damit das Potential zugrunde, die Steuerpflichtigen bei der Erfüllung ihrer Mitwirkungspflichten zu unterstützen, um so die gegenseitige Akzeptanz zu wahren.²⁵⁶ Im Ergebnis belastet nicht die einzelne (ggf. unverhältnismäßige) Mitwirkungspflicht das steuerrechtliche Schuldverhältnis, sondern deren Zusammenspiel und Häufung. Es sind die additiven Grundrechtseingriffe²⁵⁷, die es nahezu unmöglich machen eine Verwaltungs- bzw. Belastungsobergrenze zu definieren – der Suche nach digitaltauglichen Konzepten für Steuerrecht und Steuervollzug ist damit weiterer Forschungsbedarf einzuräumen.²⁵⁸

252 Hey, StuW 2024, S. 23.

253 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 21; *Straßburger*, DStR 2023, S. 375.

254 Vgl. *Straßburger*, DStR 2023, S. 373 ff.

255 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 25.

256 Vgl. Hey, StuW 2024, S. 25. Beispielhaft sei hier der KI-basierte Chatbot „Fred“ genannt, der seit August 2019 in Österreich den Steuerpflichtigen bei Zweifelsfragen zur Abgabe der Steuererklärung zur Seite steht. Vgl. *Drummler*, beck.digitax 2024, S. 257 ff.

257 Vgl. auch BVerfG v. 12.04.2005 – 2 BvR 581/01, NJW 2005, S. 1338 ff.; *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 382.

258 Vgl. mithin *Drüen*, StuW 2023, S. 54; Hey, StuW 2024, S. 21 und beachte zudem: *Kirchhof*, G., DStR 2023, S. 355 ff.; *Kirchhof*, P., DStR 2018, S. 497 ff.; *Kirchhof*, P., DStR 2023, S. 1801 ff.; *Mellinghoff*, StuW 2023, S. 5 ff.

Literaturverzeichnis

A. Wissenschaftliche Ausarbeitungen

A.1. Monographien, Beiträge in Handbücher und anderen Sammelwerken sowie Artikel in Periodika

A

Ahrendt, Christian (2017): Alte Zöpfe neu geflochten – Das materielle Recht in der Hand von Programmierern, in: Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 537–540.

Almås, Ingvild / Cappelen, Alexander W. / Tungodden, Bertil (2020): Cutthroat Capitalism versus Cuddly Socialism: Are Americans More Meritocratic and Efficiency-Seeking than Scandinavians?, in: Journal of Political Economy 2020, S. 1753–1788.

Anzinger, Heribert M. (2019): Möglichkeiten der Digitalisierung des Rechts, in: Digitalisierung im Steuerrecht, Hrsg.: Hey, Johanna, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Köln, 17. und 18. September 2018, DStJG Band 42, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019, S. 15–58.

Anzinger, Heribert M. (2022): Steuergerechtigkeit in der Zeit, in: Steuer und Wirtschaft 2022, S. 300–310.

Atilgan, Erdogan (2023): Steuergerechtigkeit: Die Notwendigkeit der Besteuerung des kommerzialisierbaren Teils des Namensrechts von Influencern – trotz der Kritik in der Steuerberatungspraxis, in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 2425–2428.

B

Barczak, Tristan (2024): Dämmerung der Demokratie: Grundrechte als Gefahr?, in: JuristenZeitung 2024, S. 417–426.

Becker, Johanna H. (2024): Sind pauschale Zinssätze im Ertragsteuerrecht (noch) verfassungsgemäß?, in: Deutsches Steuerrecht 2024, S. 2097–2104.

Beckmann, Bernd (2022): Einführung in das Klimaschutzrecht (101. Lieferung, Stand: Juni 2023), in: Umweltrecht, Hrsg.: Beckmann, Martin / Durner, Wolfgang / Mann, Thomas / Röckinghausen, Marc, Kommentar, Loseblattsammlung, Band 2, Werkstand: 104. Lieferung, Juni 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.

Beirat Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern (2015): Automatisiert erlassene Verwaltungsakte und Bekanntgabe über Internetplattformen – Fortentwicklung des Verfahrensrechts im Zeichen der Digitalisierung: Wie können rechtsstaatliche Standards gewahrt werden?, Stellungnahme des Beirats Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern zur Frage der Zulassung vollständig automatisiert erlassener Verwaltungsakte und zur Bekanntgabe von Verwaltungsakten über Internetplattformen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2015, S. 1114–1118.

- Biendl, Michael (2024): Cybersicherheitsanforderungen nach dem Cyber Resilience Act der Europäischen Union – Diese Pflichten kommen auf Hersteller vernetzter Geräte, Software und Cloud-Dienste zu –, in: *Der Betrieb* 2024, S. 1867–1874.*
- Birk, Dieter (1983): Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen – Ein Beitrag zu den Grundfragen des Verhältnisses Steuerrecht und Verfassungsrecht, in: Steuerwissenschaft, Hrsg.: Freericks, Wolfgang / Friauf, Karl Heinrich / Kirchhof, Paul / Ruppe, Hans Georg, Band 13, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln 1983.*
- Birk, Dieter (2001): Finanzierungszwecke und Lenkungszwecke in einem verfassungsmäßigen Steuersystem, in: Grundrechtsschutz im Steuerrecht – Tagungsband zur Jahrestagung der Deutschen Sektion der Internationalen Juristen-Kommission vom 24. September bis 26. September 1999 in Trier, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2001, S. 67–88.*
- Birk, Dieter (2009): Verfassungsfragen im Steuerrecht – Eine Zwischenbilanz nach den jüngsten Entscheidungen des BFH und des BVerfG, in: *Deutsches Steuerrecht* 2009, S. 877–882.*
- Birk, Dieter (2018): Ein (kritischer) Blick auf das finanzrichterliche Selbstverständnis, in: *Deutsches Steuerrecht* 2018, S. 1–9.*
- Bleschick, Sascha (2024): Die Typisierungsbefugnis des Steuergesetzgebers in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Systematische Analyse der Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichts zur Zulässigkeit von Vereinfachungszwecknormen im Steuerrecht, in: *Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit – Festschrift 75 Jahre Finanzgericht Münster*, Hrsg.: Wolszynski, Christian / Coenen, Martin / Krumm, Marcel, Verlag C. H. Beck, München 2024, S. 91–103.*
- Blischke, André (2020): Die Mitunternehmerschaft im Einkommensteuerrecht – Abschirmwirkung und Durchgriffsgrenzen durch Steuerrechtssubjektivität, in: *Steuerrecht im Rechtsstaat*, Hrsg.: Desens, Marc / Drüen, Klaus-Dieter / Krumm, Marcel, Band 4, Verlag C. H. Beck, München 2020.*
- Blum, Lucas / Adelberg, Philipp (2024): Zeitenwende bei der Cybersecurity-Compliance: Ausweg aus der Haftungsfalle für die Geschäftsleitung, in: *Compliance-Berater* 2024, S. 145–150.*
- Blumenstein, Ernst (1928): Die Steuer als Rechtsverhältnis, in: Beiträge zur Finanzwissenschaft – Festgabe für Georg von Schanz zum 75. Geburtstag 12. März 1928, Hrsg.: Teschemacher, Hans, Band 2, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1928, S. 1–37.*
- Braun Binder, Nadja (2016): Vollautomatisierte Verwaltungsverfahren im allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht? – Der Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens als Vorbild für vollautomatisierte Verwaltungsverfahren nach dem VwVfG, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2016, S. 960–965.*
- Brauneck, Jens (2024): Das Verantwortungsbewusstsein der Plattformbetreiber im Digital Services Act, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2024, S. 377–384.*
- Britz, Gabriele (1988): Klimaschutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2022, S. 825–834.*
- Burger, Silvan / Kälberer, Daniel (2020): Rechts- und Planungssicherheit im Zeichen einer neuen Weltsteuerordnung, in: *Internationales Steuerrecht* 2020, S. 411–417.*

Busch, Christoph (2018): Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie – Der Vorschlag für eine EU-Verordnung über Online-Plattformen, in: Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht 2018, S. 147–152.

Busch, Christoph (2019): Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie? – Die neue P2B-Verordnung im Überblick, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2019, S. 788–796.

C

Calliess, Christian (2022): Kommentierung zu Art. 20a GG (98. Lieferung, Stand: März 2022), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 3 – Art. 17–28, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.

Coenen, Martin (2024): Der Finanzgerichtsprozess im digitalen Wandel, in: Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit – Festschrift 75 Jahre Finanzgericht Münster, Hrsg.: Wolszynski, Christian / Coenen, Martin / Krumm, Marcel, Verlag C. H. Beck, München 2024, S. 69–87.

Cortez, Benjamin S. / Lang, Andreas (2024 a): Pillar One, in: NWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht 2024, S. 476–477.

Cortez, Benjamin S. / Lang, Andreas (2024 b): Pillar Two, in: NWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht 2024, S. 630–631.

D

Dapprich, Niklas (2023): Die passive Entstrickung im mehrdimensionalen Spannungsverhältnis zwischen europäischem Binnenmarkt, Steuerstaat und Leistungsfähigkeitsprinzip – Zugleich ein Beitrag zur Maßgeblichkeit des Verfassungsrechts für die Ausgestaltung des Europäischen und Internationalen Steuerrechts, in: Steuer und Wirtschaft 2023, S. 123–144.

Daum, Andreas / Monschke, Julian (2023): Cybersecurity – ein Compliancethema, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2023, S. 813.

Denker, Daniel / Kälberer, Daniel (2024): Betriebsprüfung im Metaverse – Praktische Überlegungen zur steuerlichen Betriebsprüfung im virtuellen Raum, in: Rethinking Tax, Ausgabe 5, 2024, S. 57–66.

Desens, Marc (2016): Die Verwirklichung des Leistungsfähigkeitsprinzips als Maßstab der Steuernormen in der Rechtsprechung des BVerfG, in: Steuer und Wirtschaft 2016, S. 240–255.

Desens, Marc (2022): Der Leistungsfähigkeitsgedanke und die Entstrickung im Spiegel der europäischen Freizügigkeitsrechte, in: Finanz-Rundschau 2022, S. 681–688.

Di Fabio, Udo (2001): Kommentierung zu Art. 2 Abs. 1 GG (39. Lieferung, Stand: Juli 2001), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 1 – Art. 1–5, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.

- Di Fabio, Udo (2007): Steuern und Gerechtigkeit – Das Freiheits- und Gleichheitsgebot im Steuerrecht, in: JuristenZeitung 2007, S. 749–755.*
- Di Fabio, Udo (2018): Reformatorische Ethik zwischen Logik der Wirtschaft und Privatautonomie des Lebensalltags, in: Reformation und die Ethik der Wirtschaft, Hrsg.: Di Fabio, Udo, Mohr Siebeck, Tübingen 2018, S. 65–88.*
- Dorenkamp, Christian (2023): Zukunft des Steuervollzugs aus Unternehmenssicht, in: Steuermoral und Steuervollzug, Tagungsband zur ifst-Jahrestagung am 31. Mai 2022, ifst-Schrift 548, Berlin 2023, S. 72–78.*
- Drüen, Klaus-Dieter (2012): Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 218, Mohr Siebeck, Tübingen 2012.*
- Drüen, Klaus-Dieter (2019 a): Digitalisierung im Steuerrecht – Eröffnung der Jahrestagung, in: Digitalisierung im Steuerrecht, Hrsg.: Hey, Johanna, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Köln, 17. und 18. September 2018, DStJG Band 42, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019, S. 1–14.*
- Drüen, Klaus-Dieter (2019 b): Amtsermittlungsgrundsatz und Risikomanagement, in: Digitalisierung im Steuerrecht, Hrsg.: Hey, Johanna, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Köln, 17. und 18. September 2018, DStJG Band 42, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019, S. 193–222.*
- Drüen, Klaus-Dieter (2022): Kommentierung zu § 3 AO (169. Lieferung, Stand: Februar 2022), in: Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, begründet von Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm, fortgeführt von Seer, Roman / Brandis, Peter / Drüen, Klaus-Dieter / Loose, Matthias / Krumm, Marcel, Kommentar, Loseblattsammlung, Band 1, Werkstand: Juni 2024, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2024.*
- Drüen, Klaus-Dieter (2023 a): Konzeptpflichten für Steuergesetzgebung und Steuervollzug?, in: Steuer und Wirtschaft 2023, S. 43–54.*
- Drüen, Klaus-Dieter (2023 b): Maßstäbe für einen fairen und effektiven Steuervollzug, in: Steuermoral und Steuervollzug, Tagungsband zur ifst-Jahrestagung am 31. Mai 2022, ifst-Schrift 548, Berlin 2023, S. 21–40.*
- Drummler, Jakob (2024): Einsatz von Künstlicher Intelligenz in der österreichischen Steuerbehörde und europäische Grundrechte der Steuerzahler, in: beck.digitax 2024, S. 252–270.*
- E**
- Ehrke-Rabel, Tina (2024): Steuersubjektivität bei Organschaft und Mehrwertsteuergruppen – Konzepte rechtsträgerübergreifender Besteuerung, in: Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, Hrsg.: Desens, Marc, 47. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Leipzig, 11. und 12. September 2023, DStJG Band 46, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2024, S. 333–355.*
- Eilers, Stephan / Brendicke, Felix / Kröner, Philip (2023): Steuerrecht und Cybercrime – Werden Risiken angemessen steuerrechtlich bewältigt?, in: beck.digitax 2023, S. 286–291.*
- Enders, Jana-Sophie (2024): Fiskalzwecke im Steuerverfassungsrecht, in: Schriften zum Steuerrecht, Band 196, Duncker & Humblot, Berlin 2024.*

Endres, Chiara / Mellinghoff, Rudolf (2022): Digitalisierung der Steuergesetzgebung, in: beck.digitax 2022, S. 366–377.

Englisch, Joachim (2005): Dividendenbesteuerung – Europa- und verfassungsrechtliche Vorgaben im Vergleich der Körperschaftsteuersysteme Deutschlands und Spaniens, in: Rechtsordnung und Steuerwesen, Hrsg.: Schön, Wolfgang / Hüttemann, Rainer, Band 34, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2005.

Englisch, Joachim (2022): Belastungsgrund und Ausgestaltung der Grunderwerbsteuer, in: Immobilien im Steuerrecht, Hrsg.: Drüen, Klaus-Dieter, 45. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Online, 20. und 21. September 2021, DStJG Band 45, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2022, S. 361–420.

Essers, Peter (2022): Tax Justice and European Tax Law, in: Steuer und Wirtschaft 2022, S. 325–328.

F

Falk, Michael / Dolle, Wilhelm (2024): Herausforderungen bei der effizienten Umsetzung von NIS-2 – NIS-2 im Spannungsfeld fehlender nationaler Umsetzungsvorgaben und der Notwendigkeit für pragmatische Verbesserungen des Cyber-Risikos, in: Die Wirtschaftsprüfung 2024, S. 337–343.

Faßbender, Kurt (2021): Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, in: Neue Juristische Wochenschrift 2021, S. 2085–2091.

Fertig, Andreas (2018): Verlustabzug bei Körperschaften (§§ 8c, 8d KStG) – viel Lärm um nichts?, in: Die Unternehmensbesteuerung 2018, S. 521–530.

Fischer, Carola (2023): Das DAC7-Umsetzungsgesetz – Neues für Plattformbetreiber und Änderungen bei der Betriebsprüfung, in: NWB Unternehmenssteuern und Bilanzen 2023, S. 129–134.

Fochmann, Martin (2023): Ergänzende Maßnahmen zur Verbesserung des Steuervollzugs – Was beeinflusst die Steuerehrlichkeit? – Eine verhaltensökonomische Perspektive, in: Steuermoral und Steuervollzug, Tagungsband zur ifst-Jahrestagung am 31. Mai 2022, ifst-Schrift 548, Berlin 2023, S. 79–95.

Franzius, Claudio (2022): Der Klimabeschluss des BVerfG – Eine verfassungsrechtliche Einordnung, in: Klima und Recht 2022, S. 102–107.

Friauf, Karl Heinrich (1989): Steuervereinfachung versus Lenkungsnormen, in: Steuervereinfachung, Hrsg.: Fischer, Peter, DStJG Band 21, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1989, S. 85–98.

Friesike, Sascha / Sprondel, Johanna (2022): Träge Transformation – Welche Denkfehler den digitalen Wandel blockieren, Philipp Reclam jun. Verlag, Ditzingen 2022.

G

Gadamer, Hans-Georg (2010): Wahrheit und Methode – Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik (Hermeneutik I), Gesammelte Werke, Band 1, 7. Aufl., Mohr Siebeck, Tübingen 2010.

- Gersch, Eva-Maria (2024): Kommentierung zu § 3 AO, in: Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, begründet von Klein, Franz / Orlopp, Gerd, Kommentar, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2024.
- Gerster, Frank / Schmal, Fabian (2023): Neue Meldepflichten mit DAC7 – Welche digitalen Geschäftsmodelle sind betroffen?, in: *beck.digitax* 2023, S. 54–58.
- Glaser, Andreas (2012): Verfassungs- und unionsrechtliche Grenzen steuerlicher Lenkung, in: *Steuer und Wirtschaft* 2012, S. 168–181.
- Götz-Kälberer, Beate / Kälberer, Daniel (2021): Besteuerung der Einkünfte aus nicht-selbstständiger Arbeit – Praxisleitfaden für Steuerfachangestellte, NWB Verlag, Herne 2021.
- Götz-Kälberer, Beate / Kälberer, Daniel (2023): Meldepflicht für Betreiber digitaler Plattformen durch das Plattformen-Steuertransparenzgesetz, in: *Steuer-Seminar* 2023, S. 347–352.
- Gomille, Christian / Frenzel, Max / Heffinger, Matthias (2024): Die visuelle Wahrnehmung von Gericht und Beteiligten in der Videoverhandlung, in: *Recht Digital* 2024, S. 153–162.
- Grambeck, Hans-Martin (2023): Plattformbetreiber und -nutzer aufgepasst – Meldepflichten und fiktive Leistungsketten implizieren steuerliche Transparenz und Mehrbelastungen, in: *Mehrwertsteuerrecht* 2023, S. 169–173.
- Grotherr, Siegfried (2023 a): Einführung von Melde- und Sorgfaltspflichten für Plattformbetreiber nach dem Plattformen-Steuertransparenzgesetz ab 2023 – Umsetzung der „DAC7-Richtlinie“, in: *Die Unternehmensbesteuerung* 2023, S. 60–79.
- Grotherr, Siegfried (2023 b): Klärung weiterer Anwendungsfragen zum Plattformen-Steuertransparenzgesetz – Analyse der wesentlichen Klarstellungen im BMF-Schreiben vom 2.2.2023, in: *Die Unternehmensbesteuerung* 2023, S. 113–120.
- Grupp, Klaus (2000): Haushalts- und Abgabenrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht – Ein Lehr- und Handbuch, Hrsg.: Achterberg, Norbert / Püttner, Günter / Würtenberger, Thomas, Band 2 – Kommunal-, Haushalts-, Abgaben-, Ordnungs-, Sozial-, Dienstrecht, 2. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2000, S. 153–252.
- Grzeszick, Bernd (2022): Kommentierung zu Art. 20 GG (97. Lieferung, Stand: Januar 2022), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 2 – Art. 17–28, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.

H

- Habbe, Julia Sophie / Gergen, Philipp (2020): Compliance vor und bei Cyberangriffen – Pflichten der Geschäftsleitung und deren konkrete Umsetzung in der Praxis, in: *Corporate Compliance* 2020, S. 281–286.
- Hahlweg, Jan (2024 a): Kommentierung zu § 85 AO, in: Abgabenordnung, Hrsg.: Koenig, Ulrich, Kommentar, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2024.
- Hahlweg, Jan (2024 b): Kommentierung zu § 88 AO, in: Abgabenordnung, Hrsg.: Koenig, Ulrich, Kommentar, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2024.

- Hahn, Hartmut (1984): Die Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung und der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung in rechtsvergleichender Sicht, in: Tübinger Schriften zum internationalen und europäischen Recht, Hrsg.: Oppermann, Thomas in Gemeinschaft mit Hopt, Klaus J. et al., Band 11, Duncker & Humblot, Berlin 1984.*
- Haucap, Justus (2020): Plattformökonomie: neue Wettbewerbsregeln – Renaissance der Missbrauchsaufsicht, in: *Wirtschaftsdienst* 2020, Konferenzheft, S. 20–29.*
- Hechtnar, Frank / Hölscher, Reinhold (2022): Der bürgerfreundliche Einkommensteuerbescheid – eine qualitative Analyse –, in: Anwendungsorientierte steuerliche Betriebswirtschaftslehre, Rechnungswesen – Steuerarten – Unternehmensstrukturen, Festschrift zum 65. Geburtstag von Heinz Kußmaul, Hrsg.: Richter, Lutz / Meyering, Stephan / Sopp, Karina, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2022, S. 431–446.*
- Heggmair, Maik / Riedl, Andreas / Wutschke, Christopher (2015): Betriebsstätten von Unternehmen der Digital Economy – Eine kritische Analyse der zu erfüllenden Tatbestandsmerkmale für eine Betriebsstätte in der Digital Economy, in: *Internationales Steuerrecht* 2015, S. 92–97.*
- Helbich, Julius (2017): Rechtsfragen der „automatisierten“ Ermessensausübung im Steuerrecht, in: *Deutsches Steuerrecht* 2017, S. 574–579.*
- Heil, Svetlana / Pupeter, Alexander (2017): Lizenzschranke – Update zum Inkrafttreten des § 4j EStG, in: *Betriebs-Berater* 2017, S. 1947–1952.*
- Heine, Michael / Trinks, Matthias (2024): Aktuelle steuerliche Entwicklungen für Creator und Influencer, in: *beck.digitax* 2024, S. 231–236.*
- Hemmerich, Kristina / Günther, Johannes (2021): Der kommerzialisierbare Teil des Namensrechts als Wirtschaftsgut 4.0 – Implikationen für die Berufsgruppe der Influencer, in: *Deutsches Steuerrecht* 2021, S. 2321–2329.*
- Hennrichs, Joachim (2002): Dualismus der Unternehmensbesteuerung aus gesellschaftsrechtlicher und steuersystematischer Sicht – Oder: Die nach wie vor unvollendete Unternehmenssteuerreform, in: *Steuer und Wirtschaft* 2002, S. 201–216.*
- Herbert, Ulrich (2019): Kommentierung zu § 76 FGO, in: *Finanzgerichtsordnung – mit Nebengesetzen*, begründet von Gräber, Fritz, Kommentar, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2019.*
- Herdegen, Matthias (2002): Formalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdung der Verfassung?, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in St. Gallen vom 1. – 5. Oktober 2002, Heft 62, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlag, Berlin 2002, S. 7–36.*
- Hermann, Christian (2024): Prozessoptimierung in der Justiz, in: *Recht Digital* 2024, S. 371–378.*
- Hessel, Stefan / Callewaert, Christoph / Klose, Carsten (2023): Sicherheits-Update für das IT-Vertragsrecht – Das neue europäische Cybersicherheitsrecht in der Vertragsgestaltung, in: *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 2023, S. 471–476.*
- Hessel, Stefan / Callewaert, Christoph / Klose, Carsten (2024): Die NIS-2-Richtlinie aus Unternehmensperspektive – Cybersicherheit wird Recht in: *Recht Digital* 2024, S. 208–215.*

- Hey, Johanna (2002): Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2002.
- Hey, Johanna (2016): Erscheinungsformen steuerlicher Wirtschaftspolitik, in: Steuerrecht und Wirtschaftspolitik, Hrsg.: Sieker, Susanne, 40. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Halle, 14. und 15. September 2015, DStJG Band 39, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2016, S. 11–52.
- Hey, Johanna (2019): Steuergesetzgebungslehre, in: *Steuer und Wirtschaft* 2019, S. 3–21.
- Hey, Johanna (2021 a): Steuersystem und Steuerverfassungsrecht, in: Steuerrecht, begründet von Tipke, Klaus, fortgeführt bis zur 20. Aufl. u. a. von Lang, Joachim, fortgeführt von Seer, Roman / Hey, Johanna / Montag, Heinrich / Englisch, Joachim / Hennrichs, Joachim, 24. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2021, S. 71–155.
- Hey, Johanna (2021 b): Arten und Rechtfertigung von Steuervergünstigungen, in: Steuerrecht, begründet von Tipke, Klaus, fortgeführt bis zur 20. Aufl. u. a. von Lang, Joachim, fortgeführt von Seer, Roman / Hey, Johanna / Montag, Heinrich / Englisch, Joachim / Hennrichs, Joachim, 24. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2021, S. 1329–1342.
- Hey, Johanna (2023): Vom strukturellen Vollzugsdefizit zum norminhärenten Befolgs- und Vollziehbarkeitsmangel, in: *Steuer und Wirtschaft* 2023, S. 55–69.
- Hey, Johanna (2024): Verfassungsrechtliche Grenzen steuerrechtlicher Mitwirkungspflichten – Steuervollzug im Dienste der Gleichheit und Freiheit, in: *Steuer und Wirtschaft* 2024, S. 16–25.
- Hiller, Matthias (2015): Bewertungsmaßstäbe im Bilanzsteuerrecht, in: Reihe: Steuer, Wirtschaft und Recht, Hrsg.: Bischoff, Johannes Georg / Kellermann, Alfred / Sieben, Günter / Herzig, Norbert, Band 356, Josef Eul Verlag, Lohmar – Köln 2015.
- Höpfner, Andreas / Stahnke, Nils (2023 a): Ransomware-Erpressungen aus der Perspektive des Steuer(straf)rechts (Teil I), in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 2136–2142.
- Höpfner, Andreas / Stahnke, Nils (2023 b): Ransomware-Erpressungen aus der Perspektive des Steuer(straf)rechts (Teil II), in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 2200–2207.
- Hongler, Peter (2022 a): Steuerharmonisierung und Finanzausgleich – Eine Abhandlung zur Abhängigkeit der Steuergerechtigkeitsdiskussion von der Grundstruktur, in: *Steuer und Wirtschaft* 2022, S. 329–335.
- Hongler, Peter (2022 b): Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Vielsteuersystem, in: Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, Hrsg.: Schön, Wolfgang / Stark, Johanna, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Band 10, Springer Verlag, Berlin 2022, S. 157–178.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2022): Recht im Sog der digitalen Transformation, in: Schriften zum Recht der Digitalisierung, Hrsg.: Möslein, Florian / Omlor, Sebastian / Will, Martin, Band 11, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Horstmann, Christoph (2022): Nachhaltigkeit, Leistungsfähigkeit und Internationales Steuerrecht – (Auch) eine Replik auf Kraft/Kockrow IStR 2022, 60, in: *Internationales Steuerrecht* 2022, S. 349–352.
- Horstmann, Christoph (2023): Die Besteuerung von Entlastungen nach dem EWSG und die Herstellung sozialer Gerechtigkeit durch das Steuerrecht, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 481–489.

*Hübner, Hendrik (2023): Reform der Ablaufhemmung für die Außenprüfung – Kritische Analyse der durch das DAC-7-Umsetzungsgesetz eingeführten Neuregelungen, in: *Die Unternehmensbesteuerung* 2023, S. 248–262.*

*Hübner, Hendrik / Jesic, Adrijan / Leucht, Nils (2023): Reform der Kooperation in Außenprüfungen? – Teil 1: Eine kritische Analyse der durch das DAC-7-Umsetzungsgesetz eingeführten Neuregelungen, in: *Die Unternehmensbesteuerung* 2023, S. 293–300.*

*Hübner, Hendrik / Jesic, Adrijan / Leucht, Nils (2023): Reform der Kooperation in Außenprüfungen? – Teil 2: Eine kritische Analyse der durch das DAC-7-Umsetzungsgesetz eingeführten Neuregelungen, in: *Die Unternehmensbesteuerung* 2023, S. 370–376.*

*Hundertmark, Lukas / Meller-Hannich, Caroline (2023): Digitale Verfahrensstrukturierung in Massenverfahren, in: *Recht Digital* 2023, S. 317–325.*

*Huneke, Maike / Hörner, Isabelle (2024): Digitalisierung: Anpassung des Prozessrechts – Entwicklungen und Chancen im Zivilprozessrecht 4.0, in: *Der Betrieb* 2024, Heft 38, S. M4–M5.*

J

*Jachmann-Michel, Monika (2017): Die Freiheit vor dem Steuergesetz im Rechtsstaat – Anknüpfung an Paul Kirchhof, StuW 2017, 3 ff. –, in: *Steuer und Wirtschaft* 2017, S. 209–216.*

*Jachmann-Michel, Monika (2018): Der Schutz des Steuerpflichtigen durch Freiheitsrechte und Gleichheitssatz – Zu Paul Kirchhof, StuW 2018, 1, in: *Steuer und Wirtschaft* 2018, S. 6–8.*

*Jobin, Anna / Ienca, Marcello / Vayena, Effy (2019): The global landscape of AI ethics guidelines, in: *Nature Machine Intelligence* 2019, S. 389–399.*

*Jochum, Alexander (2011): Die Mitwirkungspflichten des Steuerpflichtigen in der Außenprüfung – Grundlagen, Datenzugriff, internationale Sachverhalte, Sanktionen, in: *Steuerrecht und Steuerberatung*, Band 52, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2011.*

K

Kälberer, Daniel (2019): Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland – Eine Analyse des ökonomischen und rechtlichen Rahmens zur Einführung einer steuerlichen Energieeffizienzförderung sowie eine Untersuchung des Einflusses von Energie- und Umweltpolitik auf das Wirtschafts- und Steuerrecht, in: Reihe: Steuer, Wirtschaft und Recht, Hrsg.: Bischoff, Johannes Georg / Herzig, Norbert, Band 361, Josef Eul Verlag, Siegburg 2019.

*Kälberer, Daniel (2020): Steuerliche Förderung der Energieeffizienz in Deutschland – Eine ökonomische und rechtliche Analyse, in: *Steuer und Wirtschaft* 2020, S. 91–102.*

*Kälberer, Daniel (2023): Neue Melde- und Sorgfaltspflichten für Betreiber digitaler Plattformen – Handlungsbedarf durch das Plattformen-Steuertransparenzgesetz, in: *NWB Betriebswirtschaftliche Beratung* 2023, S. 371–377.*

- Kälberer, Daniel (2024 a): Der AI Act und die Quadratur des Kreises: Künstliche Intelligenz, digitale Souveränität und Cybersicherheit als Herausforderung für den steuerberatenden Beruf, in: *Rethinking Tax*, Ausgabe 3, 2024, S. 66–73.
- Kälberer, Daniel (2024 b): Digitalisierung im steuerberatenden Umfeld, in: Fachassistent Digitalisierung und IT-Prozesse, Hrsg.: Kälberer, Daniel / Kammer, Raphael, NWB Verlag, Herne 2024 (im Erscheinen), S. 21–32.
- Kandlhofer, Ferdinand (2023): Die verbindliche Auskunft im Sinne des Plattformen-Steuertrensparenzgesetzes, in: *beck.digitax* 2023, S. 60–62.
- Kanzler, Hans-Joachim (2003): Gewerbeverlust: Ernstliche Zweifel an Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung bei Zugriff auf Existenzminimum, in: *Finanz-Rundschau* 2003, S. 663–666.
- Kaufmann, Niklas (2023): Das Plattformen-Steuertrensparenzgesetz (PStTG) – Ein Überblick unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens v. 2.2.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, in: *beck.digitax* 2023, S. 192–198.
- Kempny, Simon (2021): Gedanken zum „Leistungsfähigkeitsprinzip“ – Rekonstruktion eines Schlüsselbegriffs als Beitrag zur Rationalisierung des Diskurses über Steuergerechtigkeit, in: *Steuer und Wirtschaft* 2021, S. 85–110.
- Kiel, Eva (2024): Grenzen des Einsatzes von Legal Tech in Gerichtsverfahren – Beitrachtungen zu einer zweckrationalen Fundierung, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2024, S. 2971–2974.
- Kilian, Matthias (2017): Die Zukunft der Juristen – Weniger, anders, weiblicher, spezialisierter, alternativer – und entbehrlicher?, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, S. 3043–3050.
- Kirchhof, Gregor (2017): Der digitalisierte Steuerzahler, in: *Austrian Law Journal*, Ausgabe 2, 2021, S. 125–134.
- Kirchhof, Gregor (2020 a): Einführung zum EStG (297. Lieferung, Stand: April 2020), in: EStG, KStG – Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, begründet von Mrozek, Alfons / Kennerknecht, Albert, fortgeführt von Herrmann, Carl / Heuer, Gerhard / Raupach, Arndt, gesamtverantwortliche Hrsg.: Hey, Johanna / Klein, Martin / Wendt, Michael, Kommentar, Loseblattsammlung, Werkstand: Juni 2024, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2024, Rn. 100–356 (Gliederungspunkt B.).
- Kirchhof, Gregor (2020 b): Der Belastungsgrund von Steuern – zum verfassungsrechtlichen Auftrag, die Grundsteuer zu reformieren, in: *Deutsches Steuerrecht* 2020, S. 1073–1082.
- Kirchhof, Gregor (2022): Intertemporale Freiheitssicherung: Klimaschutz – Sozialsysteme – Staatsverschuldung, Über einen notwendigen Grundrechtsschutz in der Zeit und seine Grenzen, Mohr Siebeck, Tübingen 2022.
- Kirchhof, Gregor (2023 a): Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Digitalisierung des Steuerrechts – Zum grundgesetzlichen Anliegen, das Steuerrecht grundlegend zu vereinfachen, um es dann umfassend automatisch anzuwenden, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 355–362.
- Kirchhof, Gregor (2023 b): Das GrStG des Bundes: kompetenzrechtlicher Konstruktionsfehler – verfassungsrechtlicher Reformauftrag, in: *Der Betrieb* 2023, S. 1116–1121.

- Kirchhof, Paul (1987): Die Kunst der Steuergesetzgebung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1987, S. 3217–3226.*
- Kirchhof, Paul (2002): Der Karlsruher Entwurf und seine Fortentwicklung zu einer Vereinheitlichten Ertragsteuer, in: Steuer und Wirtschaft 2002, S. 3–22.*
- Kirchhof, Paul (2004 a): Vertrauensschutz im Steuerrecht – Eröffnung der 28. Jahrestagung und Rechtfertigung des Themas, in: Vertrauensschutz im Steuerrecht, Hrsg.: Pezzer, Heinz-Jürgen, 28. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Graz, 15. und 16. September 2003, DStJG Band 27, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, S. 2–8.*
- Kirchhof, Paul (2004 b): Der sanfte Verlust der Freiheit: Für ein neues Steuerrecht – klar, verständlich, gerecht, Carl Hanser Verlag, München / Wien 2004.*
- Kirchhof, Paul (2006 a): Die Besteuerung des Einkommens in einem einfachen, maßvollen und gleichmäßigen Belastungssystem, in: Betriebs-Berater 2006, Ausgabe 2, S. 71–75.*
- Kirchhof, Paul (2006 b): Warum eine grundlegende Steuerreform verfassungsrechtlich geboten und politisch notwendig ist, in: Finanz-Rundschau 2012, S. 701–707.*
- Kirchhof, Paul (2010 a): Die Steuern (§ 118), in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Hrsg.: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, Band 5 – Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg et al. 2010, S. 959–1099.*
- Kirchhof, Paul (2010 b): Allgemeiner Gleichheitssatz (§ 181), in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Hrsg.: Isensee, Josef / Kirchhof, Paul, Band 8 – Grundrechte: Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit, 3. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg et al. 2010, S. 697–838.*
- Kirchhof, Paul (2011): Bundessteuergesetzbuch – Ein Reformentwurf zur Erneuerung des Steuerrechts, C. F. Müller, Heidelberg 2011.*
- Kirchhof, Paul (2015): Kommentierung zu Art. 3 GG (75. Lieferung, Stand: September 2015), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 1 – Art. 1–5, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.*
- Kirchhof, Paul (2017): Die Gleichheit vor dem Steuergesetz – Maßstab und Missverständnisse, in: Steuer und Wirtschaft 2017, S. 3–16.*
- Kirchhof, Paul (2018 a): Der Schutz des Steuerpflichtigen durch Freiheitsrechte und Gleichheitssatz – Zu Monika Jachmann-Michel, StuW 2017, 209, in: Steuer und Wirtschaft 2018, S. 1–5.*
- Kirchhof, Paul (2018 b): Die steuerrechtliche Bedeutung der Digitalisierung für Unternehmen und Unternehmensberater, in: Deutsches Steuerrecht 2018, S. 497–504.*
- Kirchhof, Paul (2021 a): Klaus Tipke: Steuergerechtigkeit, in: Steuer und Wirtschaft 2021, S. 190–198.*
- Kirchhof, Paul (2021 b): Steuervereinfachung – Schritt für Schritt, in: Deutsches Steuerrecht 2021, S. 2761–2768.*
- Kirchhof, Paul (2023): Die Verwaltungslasten der Besteuerung, in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 1801–1807.*

- Klenk, Andreas / Labus, Alexander / Lindner, Gerrit / Orth, Tilmann (2023): Der kommerzialisierbare Teil des Namensrechts ist kein Wirtschaftsgut und nicht einlagefähig – Anmerkung zum BFH-Urteil v. 12.6.2019 – X R 20/17, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 7–13.*
- Klenk, Andreas / Labus, Alexander / Lindner, Gerrit / Orth, Tilmann (2024): Besteuerung des kommerzialisierbaren Teils des Namensrechts – Erwiderung auf Atilgan DStR 2023, 2425, in: *Deutsches Steuerrecht* 2024, S. 278–281.*
- Körösi, Karina / Maiterth, Ralf (2022): Fehlwahrnehmung der Progressivität der deutschen Einkommensteuer, in: *Steuer und Wirtschaft* 2022, S. 349–362.*
- Koenig, Ulrich (2024): Kommentierung zu § 3 AO, in: Abgabenordnung, Hrsg.: Koenig, Ulrich, Kommentar, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2024.*
- Kraft, Cornelia / Kraft, Gerhard (2018): Grundlagen der Unternehmensbesteuerung – Die wichtigsten Steuerarten und ihr Zusammenwirken, 5. Aufl., Springer Gabler – Springer Fachmedien, Wiesbaden 2018.*
- Kraft, Gerhard / Kockrow, Madeleine (2022 a): „Diagonale“ Leistungsfähigkeit – Verbindung der mit BEPS erreichten „policy coherence“ und der Finanzierungsfunktion der Steuern für die nachhaltige Entwicklung zu einer „Superabschreibung“ für nachhaltiges Wirtschaften, in: *Internationales Steuerrecht* 2022, S. 60–67.*
- Kraft, Gerhard / Kockrow, Madeleine (2022 b): Gefahr einer „demokratiefernen Rechtssetzung“, Gemeinnützigkeit und Generationengerechtigkeit – Duplik zu Horstmann IStR 2022, 349 in diesem Heft, in: *Internationales Steuerrecht* 2022, S. 353–357.*
- Krüger, Elmar (2017): Beweiswürdigung, Beweislast und Beweismaß im Rahmen von Amtsermittlung und Mitwirkungspflicht, in: *Deutsche Steuer-Zeitung* 2017, S. 761–768.*
- Krumm, Marcel (2024): Die AdV-Beschlüsse des II. BFH-Senats zur Grundsteuerwertfeststellung und die Reaktionen von Gesetzgeber und Finanzverwaltung, in: *Deutsches Steuerrecht* 2024, S. 1897–1903.*
- Kube, Hanno (2004): Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, *Jus Publicum* – Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 110, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.*
- Kube, Hanno (2006): Staatsaufgaben und Solidargemeinschaften, in: *Steuern im Sozialstaat*, Hrsg.: Mellinghoff, Rudolf, 30. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Freiburg, 19. und 20. September 2005, DStJG Band 29, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2006, S. 11–38.*
- Kube, Hanno (2013): Kommentierung zu Art. 110 GG (70. Lieferung, Stand: Dezember 2013), in: *Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 7 – Art. 107–146, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024*, Verlag C. H. Beck, München 2024.*
- Kube, Hanno (2022): Steuergerechtigkeit im Vielsteuersystem, in: *Steuer und Wirtschaft* 2022, S. 317–324.*
- Kube, Hanno (2023): Vertrauensgrundlagen im Steuerrecht – Der Fall rückwirkender Nichtanwendungsgesetze, in: *Steuer und Wirtschaft* 2023, S. 18–29.*

Kulosa, Egmont (2018): Entwicklungslinien und Zukunftsfragen des Steuerrechtsschutzes, in: 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018 – Festschrift für den Bundesfinanzhof, Hrsg.: Drüen, Klaus-Dieter / Hey, Johanna / Mellinghoff, Rudolf, Band 2, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2018, S. 1831–1865.

*Kunze, Rolf-Ulrich (2001): Reconsidered: „Der Mensch ist nicht für den Staat, sondern der Staat für den Menschen da.“ – Der Parlamentarische Rat und die Entstehung des Grundgesetzes, in: *Der Staat* 2001, S. 383–404.*

Kußmaul, Heinz (2014): Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, 7. Aufl., Oldenbourg Wissenschaftsverlag, München 2014.

L

*Lammel, Siegbert (2015): Rechtliche Anforderungen an die Überarbeitung des VDI-Beiblatts „Rohrwärmе“ – Zugleich zu den „anerkannten Regeln der Technik“ und zu den Grundsätzen einer „guten“ Normbildung, in: *Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht* 2015, S. 325–329.*

Lang, Joachim (1993): Entwurf eines Steuergesetzbuchs im Auftrag der Bundesrepublik Deutschland vertreten durch den Bundesminister der Finanzen, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 49, Stollfuß Verlag, Bonn 1993.

*Lang, Joachim (2016): Steuergerechtigkeit, in: *Steuer und Wirtschaft* 2016, S. 101–117.*

*Leisner, Anna (2002): Kontinuität als Verfassungsprinzip – Unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, *Jus Publicum* – Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 83, Mohr Siebeck, Tübingen 2002.*

Leisner-Egensperger, Anna (2004): Kontinuitätsgewähr in der Finanzrechtsprechung, in: Vertrauensschutz im Steuerrecht, Hrsg.: Pezzer, Heinz-Jürgen, 28. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Graz, 15. und 16. September 2003, DStJG Band 27, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, S. 191–209.

*Leßner, Anne (2024): Konzernspezifische Änderungen aus der NIS2-Richtlinie und ihrer Umsetzung – Besonderheiten für Konzerne in den NIS-Richtlinien und dem BSIG, in: *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 2024, S. 226–231.*

*Leßner, Anne / Mayr, Lucas (2024): Besonderheiten für Konzerne in den NIS-Richtlinien und dem BSIG – Welche konzernspezifischen Änderungen ergeben sich aus der neuen NIS2-Richtlinie und ihrer Umsetzung?, in: *Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung* 2024, S. 148–153.*

*Leue, Stefan / Wilhelmi, Rüdiger (2024): Modellierung des Rechts, in: *Digitalisierung des Rechts*, Hrsg.: Wörner, Liane / Wilhelmi, Rüdiger / Glöckner, Jochen / Breuer, Marten, Walter de Gruyter, Berlin / Boston 2024, S. 67–89.*

*Lewinski, Kai von / Burbat, Daniela (2013 a): Kommentierung zu § 7 HGrG, in: *Haushaltsgrundsatzgesetz*, Nomos-Kommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013.*

*Lewinski, Kai von / Burbat, Daniela (2013 b): Kommentierung zu § 8 BHO, in: *Bundeshaushaltsgesetz*, Nomos-Kommentar, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013.*

Limpinsel, Jérôme / Hahn, Tom (2023): Die DAC7 und ihre Auswirkungen auf Betreiber und Nutzer digitaler Plattformen, in: NWB Internationales Steuer- und Wirtschaftsrecht 2023, S. 47–49.

List, Heinrich (1999): Gedanken zur Öko-Stromsteuer, in: Der Betrieb 1999, S. 1623–1626.

Luther, Matthias / Zawodsky, Florian S. / Höft, Inga (2022): Nationale Umsetzung und Einordnungen der DAC7 in Deutschland und Österreich, in: beck.digitax 2022, S. 310–318.

M

Marquardsen, Maria (2022): Abgabengerechtigkeit – Gedanken zum Verhältnis steuerlicher und nichtsteuerlicher Abgaben, in: Steuer und Wirtschaft 2022, S. 293–299.

Martini, Mario / Wendehorst, Christiane (Hrsg.) (2024): KI-VO – Verordnung über künstliche Intelligenz, Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2024.

Marx, Franz Jürgen (2016): Der Einsatz von Risikomanagementsystemen nach § 88 Abs. 5 AO als Kernelement der Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, in: Die Unternehmensbesteuerung 2016, S. 358–363.

Meister, Laurent / Kühn, Philipp M. (2024): IT and more: EU verschärft Vorgaben zur Cybersecurity – Warum deutsche Unternehmen reagieren müssen, in: Die Wirtschaftsprüfung 2024, S. 559–561.

Mellinghoff, Rudolf (2012): Grußwort zum 50. Deutschen Steuerberaterkongress 2012, in: Deutsches Steuerrecht 2012, Beiheft zu Heft 22, S. 79–81.

Mellinghoff, Rudolf (2018): Auswirkungen der Digitalisierung im Steuerrecht, in: 100 Jahre Steuerrechtsprechung in Deutschland 1918–2018 – Festschrift für den Bundesfinanzhof, Hrsg.: Drüen, Klaus-Dieter / Hey, Johanna / Mellinghoff, Rudolf, Band 1, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2018, S. 421–447.

Mellinghoff, Rudolf (2019): Datenaustausch und Datenschutz im internationalen Steuerrecht, in: Festschrift für Jürgen Lüdicke, Hrsg.: Gosch, Dietmar / Schnitger, Arne / Schön, Wolfgang, Verlag C. H. Beck, München 2019, S. 467–484.

Mellinghoff, Rudolf (2023): Datensammlungen, Informationsaustausch und Publizität im Steuerrecht, in: Steuer und Wirtschaft 2023, S. 5–17.

Metzger, Axel / Schweitzer, Heike / Wagner, Gerhard (2023): Datenschutz und Datenmarkt: Grundzüge einer Marktordnung für die europäische Datenwirtschaft, in: Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2023, S. 227–266.

Meyer, Lennart (2023): Plattformökonomie und Lieferketten: Ist das LkSG fit für Online-Marktplätze wie Amazon, eBay, Etsy & Co.?, in: Zeitschrift für Vertriebsrecht 2023, S. 350–355.

Meyer, Lennart / Moss, Peter (2024 a): Die Eckpfeiler der europäischen Plattformregulierung (Teil 1): Charakteristika von Online-Plattformen und ein Überblick über den DMA, in: Juristische Ausbildung 2024, S. 375–386.

Meyer, Lennart / Moss, Peter (2024 b): Die Eckpfeiler der europäischen Plattformregulierung (Teil 2): Ein Überblick über den DAS und die P2B-VO, in: Juristische Ausbildung 2024, S. 720–734.

Mittelstadt, Brent (2019): Principles alone cannot guarantee ethical AI, in: Nature Machine Intelligence 2019, S. 501–507.

Mödinger, Jörg (2012): Internationale Erfolgs- und Vermögensabgrenzung zwischen Stammhaus und Betriebsstätte nach der Neufassung des Art. 7 OECD-MA, in: Reihe: Steuer, Wirtschaft und Recht, Hrsg.: Bischoff, Johannes Georg / Kellermann, Alfred / Sieben, Günter / Herzig, Norbert, Band 319, Josef Eul Verlag, Lohmar – Köln 2012.

Möslein, Florian / Gröber, Clara / Heß, Colin / Rebmann, Charlotte (2021): Das Recht der Digitalisierung in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung, in: Juristische Ausbildung 2021, S. 651–668.

Müller, Robert (2023 a): Internationale Entwicklungen im Crypto Reporting – Ausbau der Reportingpflichten für Intermediäre durch das OECD Crypto-Asset Reporting Framework und die DAC8, in: beck.digitax 2023, S. 34–42.

Müller, Robert (2023 b): Crypto-Reporting im Fokus der Finanzverwaltungen, in: Rethinking Tax, Ausgabe 4, 2023, S. 58–59.

Müller-Franken, Sebastian (2004): Maßvolles Verwalten – Effiziente Verwaltung im System exekutiver Handlungsmaßstäbe am Beispiel des maßvollen Gesetzesvollzugs im Steuerrecht, Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 105, Mohr Siebeck, Tübingen 2004.

Müller-Franken, Sebastian (2018): Grundfragen des Besteuerungsverfahrens – Anforderungen des Rechts an die Digitalisierung der Gewinnung und Verarbeitung von Informationen im Steuerrecht, in: Steuer und Wirtschaft 2018, S. 113–122.

Münzenhofer, Christina / Reinwald, Ronja (2024): Der Wegzug von Influencern in Steueroasen: Einkommensteuerliche Folgen am Beispiel Dubai, in: beck.digitax 2024, S. 89–94.

Musil, Andreas (2007): Steuerbegriff und Non-Affektationsprinzip, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2007, S. 1526–1532.

Musil, Andreas (2014): Die Sicht der Steuerrechtswissenschaft auf das Verfassungsrecht, in: Zukunftsfragen des Steuerrechts II, Hrsg.: Schön, Wolfgang / Röder, Erik, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Band 4, Springer Verlag, Berlin / Heidelberg 2014, S. 129–148.

N

Nadeborn, Diana / Ettwig, Volker (2024): Cyberversicherungen als Compliance-Faktor, in: Corporate Compliance 2024, S. 129–131.

Neugebauer, Claudia (2021): Digitalisierung und ihre Auswirkungen auf das lokale Gewerbesteueraufkommen, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 2021, S. 625–642.

Nürnberg, Philip (2023): Das neue Plattformen-Steuertransparenzgesetz, in: NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht 2023, S. 1897–1905.

O

Oldiges, Matthias / Reiners, Christian (2023): Meldepflichten nach dem PStTG – Handlungsempfehlungen für digitale Plattformen unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens v. 2.2.2023 (1. Teil), in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 1291–1297.

Oldiges, Matthias / Reiners, Christian (2023): Meldepflichten nach dem PStTG – Wesen und Reichweite der Auskunft nach § 10 Abs. 1 PStTG (2. Teil), in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 1337–1341.

Oldiges, Matthias / Reiners, Christian (2023): Meldepflichten nach dem PStTG – Anwendungsfragen zum Vergütungsbegriff des § 5 Abs. 2 PStTG und zum Meldeverfahren, in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 2592–2599.

Osterloh, Lerke (2001): Lenkungsnormen im Einkommensteuerrecht, in: Besteuerung von Einkommen, Hrsg.: Ebling, Iris, DStJG Band 24, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001, S. 383–404.

Osterloh-Konrad, Christine (2022): Steuergerechtigkeit und Umverteilung, in: Steuer und Wirtschaft 2022, S. 311–316.

P

Palm, Ulrich (2013): Person im Ertragsteuerrecht, Jus Publicum – Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 224, Mohr Siebeck, Tübingen 2013.

Palm, Ulrich (2023): Erklärungspflichten im neuen Grundsteuerrecht, in: Deutsches Verwaltungsblatt 2023, S. 191–195.

Palm, Ulrich (2024): Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Steuersubjektivität, in: Transparente Besteuerung und Steuersubjektivität, Hrsg.: Desens, Marc, 47. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Leipzig, 11. und 12. September 2023, DStJG Band 46, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2024, S. 49–83.

Papier, Hans-Jürgen (2017): Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 2017, S. 3025–3031.

Papier, Hans-Jürgen / Shirvani, Foroud (2018): Kommentierung zu Art. 14 GG (83. Lieferung, Stand: April 2018), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 2 – Art. 6–16a, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.

Peuthert, Benjamin (2023): Zukunft des Steuervollzugs aus Sicht der Steuerverwaltung, in: Steuermoral und Steuervollzug, Tagungsband zur ifst-Jahrestagung am 31. Mai 2022, ifst-Schrift 548, Berlin 2023, S. 41–71.

Peuthert, Benjamin (2024): Auf dem Weg zum digitaleren Steuervollzug mit eindeutigen Identifikationsmerkmalen, gesonderten Feststellungen und arbeitsprozessual organisierter Finanzverwaltung, in: beck.digitax 2024, S. 2–10.

Pinkernell, Reimar / zum Bruch, Julian (2023): Überblick zum Plattformen-Steuertransparenzgesetz, in: Der Betrieb 2023, S. 1879–1882.

R

Rätke, Bernd (2024 a): Kommentierung zu § 85 AO, in: Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, begründet von Klein, Franz / Orlopp, Gerd, Kommentar, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2024.

Rätke, Bernd (2024 b): Kommentierung zu § 88 AO, in: Abgabenordnung – einschließlich Steuerstrafrecht, begründet von Klein, Franz / Orlopp, Gerd, Kommentar, 17. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2024.

Reimer, Ekkehart (2019): Der Einfluss der Digitalisierung auf die Rechtsetzung, in: Digitalisierung im Steuerrecht, Hrsg.: Hey, Johanna, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Köln, 17. und 18. September 2018, DStJG Band 42, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019, S. 97–128.

Remmert, Barbara (2023): Kommentierung zu Art. 12 Abs. 1 GG (102. Lieferung, Stand: August 2023), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 2 – Art. 6–16a, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.

*Richter, Andreas / Welling, Berthold (2013): Tagungs- und Diskussionsbericht zum 46. Berliner Steuergespräch „Elektronisches Steuerverfahren“, in: *Finanz-Rundschau* 2013, S. 406–412.*

Rostalski, Frauke (2024): Strafrechtliche Compliance im digitalen Zeitalter, in: Recht der Digitalisierung, Hrsg.: Martini, Mario / Möslein, Florian / Rostalski, Frauke, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024, S. 313–318.

*Ruß, Julia / Ismer, Roland / Margolf, Juliane (2019): Digitalisierung des Steuerrechts: Eine Herausforderung für die Ausgestaltung von materiellen Steuergesetzen, in: *Deutsches Steuerrecht* 2019, S. 409–418.*

S

*Salzborn, Nadja (2021): Regulierung künstlicher Intelligenz – klima- und umweltschutzrelevant!, in: *Zeitschrift für Umweltrecht* 2021, S. 513–514.*

Schäffer, Fritz (1953): Ein Rechenschaftsbericht über die deutsche Finanzpolitik 1949 bis 1953 – Die Rede von Bundesfinanzminister Schäffer zur Vorlage des Bundeshaushaltplanes 1953/54 und der Reform der Einkommensteuer vor dem Deutschen Bundestag am 28. Januar 1953, Bonn 1953.

Schlaich, Klaus (1981): Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Innsbruck vom 1. – 4. Oktober 1980, Heft 39, Walter de Gruyter, Berlin / New York 1981, S. 99–146.

Schleicher, Klaus (2008): Die Kontrolle des Steuervollzugs durch die Rechnungshöfe, in: Steuervollzug im Rechtsstaat, Hrsg.: Widmann, Werner, 32. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Stuttgart, 10. und 11. September 2007, DStJG Band 31, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, S. 59–82.

- Schmidt, Christoph (2024 a): Das digitale Besteuerungsverfahren – Chancen, Herausforderungen und Grenzen des risikoorientierten Ansatzes, Fachmedien Otto Schmidt, Düsseldorf 2024.*
- Schmidt, Christoph (2024 b): Mitwirkungspflichten Dritter am elektronischen, automatisierten Besteuerungsverfahren als erhebliche Vollzugslast – Kann und sollte eine Wahrung der Verhältnismäßigkeit durch ein kompensierendes Entgelt erfolgen?, in: Deutsches Steuerrecht 2024, S. 137–143.*
- Schmidt, Eckehard (2008): Moderne Steuerungssysteme im Steuervollzug, Hrsg.: Widmann, Werner, 32. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Stuttgart, 10. und 11. September 2007, DStJG Band 31, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, S. 37–57.*
- Schmitt, Joachim (2018): Der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit bei der Umwandlung einer Kapital- in eine Personengesellschaft, in: Steuer und Wirtschaft 2018, S. 147–156.*
- Schmittmann, Jens M. / Sinnig, Julia (2024): Update: Besteuerung der digitalen Wirtschaft 2022/2023 (Entwicklungen im Steuerrecht in der Informationstechnologie) – Teil 1, in: Kommunikation und Recht 2024, S. 249–253.*
- Schmitz-Herscheidt, Fabian (2024): Die Videoverhandlung: Moderne, digitale und bürgernahe Justiz?, in: Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit – Festschrift 75 Jahre Finanzgericht Münster, Hrsg.: Wolszynski, Christian / Coenen, Martin / Krumm, Marcel, Verlag C. H. Beck, München 2024, S. 235–251.*
- Schneider, Dieter (1975): Körperschaftsteuerreform und Gleichmäßigkeit der Besteuerung, in: Steuer und Wirtschaft 1975, S. 97–112.*
- Schön, Wolfgang (2005): Die zivilrechtlichen Voraussetzungen steuerlicher Leistungsfähigkeit, in: Steuer und Wirtschaft 2005, S. 247–255.*
- Schön, Wolfgang (2013): Leitideen des Steuerrechts oder: Nichtwissen als staatswissenschaftliches Problem, in: Steuer und Wirtschaft 2013, S. 289–297.*
- Schuska, Frederek (2023 a): Internationale Entwicklungen zum automatischen Informationsaustausch bei Transaktionen von Kryptowerten – CARF und DAC8 (Teil I), in: Internationales Steuerrecht 2023, S. 765–775.*
- Schuska, Frederek (2023 b): Internationale Entwicklungen zum automatischen Informationsaustausch bei Transaktionen von Kryptowerten – CARF und DAC8 (Teil II), in: Internationales Steuerrecht 2023, S. 821–828.*
- Schwartmann, Rolf / Keber, Tobias O. / Zenner, Kai (Hrsg.) (2024): KI-Verordnung – Leitfaden für die Praxis, 2. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg 2024.*
- Seer, Roman (2008): Der Vollzug von Steuergesetzen unter den Bedingungen einer Massenverwaltung, Hrsg.: Widmann, Werner, 32. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Stuttgart, 10. und 11. September 2007, DStJG Band 31, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2008, S. 7–36.*
- Seer, Roman (2015): Modernisierung des Besteuerungsverfahrens – Gedanken zum Referentenentwurf zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens, in: Steuer und Wirtschaft 2015, S. 315–330.*

- Seer, Roman (2016): Reformentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens – Ein weiterer Schritt in die kontrollierte Selbstregulierung des Steuervollzugs –, in: *Deutsche Steuer-Zeitung* 2016, S. 605–612.
- Seer, Roman (2017 a): Kommentierung zu § 85 AO (147. Lieferung, Stand: Januar 2017), in: Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, begründet von Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm, fortgeführt von Seer, Roman / Brandis, Peter / Drüen, Klaus-Dieter / Loose, Matthias / Krumm, Marcel, Kommentar, Loseblattsammlung, Band 1, Werkstand: Juni 2024, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2024.
- Seer, Roman (2017 a): Kommentierung zu § 88 AO (147. Lieferung, Stand: Januar 2017), in: Abgabenordnung – Finanzgerichtsordnung, begründet von Tipke, Klaus / Kruse, Heinrich Wilhelm, fortgeführt von Seer, Roman / Brandis, Peter / Drüen, Klaus-Dieter / Loose, Matthias / Krumm, Marcel, Kommentar, Loseblattsammlung, Band 1, Werkstand: Juni 2024, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2024.
- Seer, Roman (2019): Datenschutz und Datenaustausch, Hrsg.: Hey, Johanna, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Köln, 17. und 18. September 2018, DStJG Band 42, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019, S. 247–286.
- Seer, Roman (2021 a): Steuerrecht als Teil der Rechtsordnung, in: Steuerrecht, begründet von Tipke, Klaus, fortgeführt bis zur 20. Aufl. u. a. von Lang, Joachim, fortgeführt von Seer, Roman / Hey, Johanna / Montag, Heinrich / Englisch, Joachim / Hennrichs, Joachim, 24. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2021, S. 1–37.
- Seer, Roman (2021 b): Finanzverfassungsrechtliche Grundlagen der Steuerrechtsordnung, in: Steuerrecht, begründet von Tipke, Klaus, fortgeführt bis zur 20. Aufl. u. a. von Lang, Joachim, fortgeführt von Seer, Roman / Hey, Johanna / Montag, Heinrich / Englisch, Joachim / Hennrichs, Joachim, 24. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2021, S. 39–70.
- Seer, Roman / Hardeck, Inga (2016): Strukturelle Implementierung kooperativer Verfahrenselemente in das Unternebensteuerrecht, in: *Steuer und Wirtschaft* 2016, S. 366–384.
- Seiler, Christian (2013): Kommentierung zu Art. 105 GG (98. Lieferung, Stand: März 2022), in: Grundgesetz, begründet von Maunz, Theodor / Dürig, Günter, herausgegeben von Herzog, Roman / Herdegen, Matthias / Scholz, Rupert / Klein, Hans H., Kommentar, Loseblattsammlung, Band 6 – Art. 87a–106b, Werkstand: 104. Lieferung, April 2024, Verlag C. H. Beck, München 2024.
- Seiler, Christian (2023): Besteuerung in der Zeit, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 369–373.
- Siegel, Theodor (2023): Ein ökonomisches Verständnis des Leistungsfähigkeitsprinzips ist keine Provokation von Juristen – Zur Beziehung zwischen Leistungsfähigkeits- und Sozialstaatsprinzip, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 1617–1621.
- Sixt, Michael (2023): Der kommerzialisierbare Teil des Namensrechts – Auswirkungen auf die Tätigkeit von Influencern – Konsequenzen aus dem BFH-Urteil vom 12.6.2019 – X R 20/17, in: *NWB Unternebensteuern und Bilanzen* 2023, S. 80–84.
- Sodan, Helge / Ziekow, Jan (2023): Grundkurs Öffentliches Recht – Staats- und Verwaltungsrecht, 10. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2023.
- Spilker, Bettina (2015): Behördliche Amtsermittlung, *Jus Publicum* – Beiträge zum Öffentlichen Recht, Band 245, Mohr Siebeck, Tübingen 2015.

- Staffler, Lukas (2022): Business Criminal Law – A Primer for Management and Economics, Springer Gabler – Springer Fachmedien, Wiesbaden 2022.
- Stapperfend, Thomas (2024): Der Einsatz von Videokonferenztechnik im finanzgerichtlichen Verfahren, in: Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit – Festschrift 75 Jahre Finanzgericht Münster, Hrsg.: Wolsztynski, Christian / Coenen, Martin / Krumm, Marcel, Verlag C. H. Beck, München 2024, S. 253–266.
- Straßburger, Benjamin (2023): Kooperativer Steuervollzug – Konzept mit Zukunft?, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 373–377.
- Stumm, Nicole / Freude, Tilo (2023): Digitaler Erfüllungsgehilfe des Fiskus? – Die deutsche Umsetzung der als „DAC 7“ bezeichneten Richtlinie (Plattformen-Steuertransparenzgesetz – PStTG) nimmt Betreiber digitaler Plattformen in die Pflicht, in: *Die Wirtschaftsprüfung* 2023, S. 700–707.
- Sumper, Martin (2023): Besteuerung als Grundlage für Demokratie und Rechtsstaat, Band 189, Duncker & Humblot, Berlin 2023.

T

- Thesling, Hans-Josef (2023): Zum Rechtsschutz in Steuersachen – Aktuelle Chancen und Herausforderungen, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 857–861.
- Thiele, Alexander (2018): Gleichheit angesichts von Vielfalt als Gegenstand des philosophischen und juristischen Diskurses, in: *Deutsches Verwaltungsblatt* 2018, S. 1112–1119.
- Thiele, Alexander (2019): Der gefräßige Leviathan – Entstehung, Ausbreitung und Zukunft des modernen Staates, Mohr Siebeck, Tübingen 2019.
- Thiemann, Christian (2019): Rechtssichere Anwendung des Steuerrechts – Verfassungsrechtliche Anforderungen und verfahrensrechtliche Optionen, in: *Steuer und Wirtschaft* 2019, S. 295–302.
- Thiemann, Christian (2022): Verfassungs- und unionsrechtliche Zukunftsfragen des steuerlichen Leistungsfähigkeitsprinzips, in: Zukunftsfragen des Steuerrechts IV, Hrsg.: Schön, Wolfgang / Stark, Johanna, MPI Studies in Tax Law and Public Finance, Band 10, Springer Verlag, Berlin 2022, S. 87–120.
- Thöne, Meik (2024): Der Prozess ist ein Prozess – Die Automatisierung der Rechtsfindung und das Wesen des Zivilprozesses, in: *Zeitschrift für Zivilprozess* 2024, S. 173–193.
- Tipke, Klaus (1975): Das Steuerrecht in der Rechtsordnung, in: *JuristenZeitung* 1975, S. 558–561.
- Tipke, Klaus (1988): Über „richtiges Steuerrecht“, in: *Steuer und Wirtschaft* 1988, S. 262–282.
- Tipke, Klaus (2000): Die Steuerrechtsordnung, Band I: Wissenschaftsorganisatorische, systematische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Grundlagen, 2. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2000.
- Tipke, Klaus (2007): Steuergerechtigkeit – unter besonderer Berücksichtigung des Folgerichtigkeitsgebots, in: *Steuer und Wirtschaft* 2007, S. 201–220.

Tipke, Klaus (2009): Mehr oder weniger Entscheidungsspielraum für den Steuergesetzgeber?, in: JuristenZeitung 2009, S. 533–540.

Tipke, Klaus (2012): Die Steuerrechtsordnung, Band III: Steuerrechtswissenschaft, Steuergesetzgebung, Steuervollzug, Steuerrechtsschutz, Steuerreformbestrebungen, 2. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2012.

Tipke, Klaus (2014): Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für den Steuergesetzgeber? – Erörtert unter besonderer Berücksichtigung zweier Beiträge von Prof. Dr. Michael Droege und Prof. Dr. Andreas Musil über Zukunftsfragen der deutschen Steuergesetzgebung, in: Steuer und Wirtschaft 2014, S. 273–285.

Trossen, Nils (2015): Die Auswirkungen der Modernisierung des steuerlichen Verfahrensrechts auf den gerichtlichen Rechtsschutz, in: Finanz-Rundschau 2015, S. 1021–1025.

V

Valta, Matthias (2014): Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 12, Mohr Siebeck, Tübingen 2014.

Valta, Matthias (2023): Überlegungen zum Belastungsgrund einer Steuer, in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 378–381.

Vogel, Thorsten (2015): Die Einflussnahme steuerlicher Lenkungsnormen auf Entscheidungen von Wirtschaftssubjekten – Eine ökonomische Analyse am Beispiel der Zinsschranke, einer steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung sowie einer Finanztransaktionssteuer, in: Reihe: Steuer, Wirtschaft und Recht, Hrsg.: Bischoff, Johannes Georg / Kellermann, Alfred / Sieben, Günter / Herzig, Norbert, Band 350, Josef Eul Verlag, Lohmar – Köln 2015.

Volmar, Maximilian (2019): Digitale Marktmacht, in: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Hrsg.: Bien, Florian / Schwalbe, Ulrich / Schweitzer, Heike, Band 301, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019.

W

Waldhoff, Christian (2002): Die Zwecksteuer – Verfassungsrechtliche Grenzen der rechtlichen Bindung des Aufkommens von Abgaben, in: Steuer und Wirtschaft 2002, S. 285–313.

Waldhoff, Christian (2019): Herausforderungen des Verfassungsstaats durch die Digitalisierung am Beispiel des Steuerrechts, in: Digitalisierung im Steuerrecht, Hrsg.: Hey, Johanna, 43. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. in Köln, 17. und 18. September 2018, DStJG Band 42, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2019, S. 59–85.

Waldhoff, Christian (2023): Steuerverfassungsrecht als Instrument eines prinzipiengeleiteten Steuerrechts – dargestellt anhand des Leistungsfähigkeitsprinzips, in: Deutsches Steuerrecht 2023, S. 381–386.

Waldhoff, Christian (2024): Bewältigung zukünftiger Krisen, in: Neue Juristische Wochenschrift 2014, S. 2729–2733.

- Weber-Grellet, Heinrich (2018): Die Ethik des Steuerrechts, in: *Deutsches Steuerrecht* 2018, S. 1398–1402.
- Weber-Grellet, Heinrich (2023): Die Urteilsfindung des BFH, in: *Deutsches Steuerrecht* 2023, S. 1858–1861.
- Weihe, Lars (2024): Compliance 2024: Was Verantwortliche im Mittelstand wissen müssen, in: *Corporate Compliance* 2024, S. 85–91.
- Wendt, Janine / Wendt, Domenik H. (2024): Das neue Recht der Künstlichen Intelligenz – Artificial Intelligence Act (AI Act), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024.
- Wernsmann, Rainer (2022): Steuergerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *Steuer und Wirtschaft* 2022, S. 280–292.
- Westermann, Harry (1955): Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, in: *Schriften der Gesellschaft zur Förderung der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster*, Band 32, Verlag Aschendorff, Münster 1955.
- Westermann, Harry (1957): Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, in: *Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen – Geisteswissenschaften*, 31. Sitzung am 15. Juni 1955 in Düsseldorf, Heft 47, Springer Fachmedien, Wiesbaden 1957.
- Wörner, Liane / Wilhelm, Rüdiger / Glöckner, Jochen / Breuer, Marten (2024): Digitalisierung des Rechts, in: *Digitalisierung des Rechts*, Hrsg.: Wörner, Liane / Wilhelm, Rüdiger / Glöckner, Jochen / Breuer, Marten, Walter de Gruyter, Berlin / Boston 2024, S. 1–7.
- Wolszynski, Christian / Haferkamp, Johannes (2024): Moderner Steuerrechtsschutz – Was die Verfahrensbeteiligten und die Gesellschaft von einer bedarfs- und zeitgemäß agierenden Finanzgerichtsbarkeit erwarten dürfen, in: *Steuerrechtsschutz im Wandel der Zeit – Festschrift 75 Jahre Finanzgericht Münster*, Hrsg.: Wolszynski, Christian / Coenen, Martin / Krumm, Marcel, Verlag C. H. Beck, München 2024, S. 3–51.
- Wolszynski, Christian / Peters, Franziska (2019): (Steuer-)Rechtsschutz im Wandel: Digitalisierung – Transparenz und Bürgernähe – Öffentlichkeitsarbeit, in: *Der Betrieb* 2019, Heft 27–28, S. M21–M23.

A.2. Politische Vereinbarungen, Programme, Initiativen sowie Abkommen, Berichte und sonstige Veröffentlichungen

- BMJ (Hrsg.) (2008): Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft, Berlin / Köln 2008.
- Bundesrechnungshof (Hrsg.) (2006): Probleme beim Vollzug der Steuergesetze, Empfehlungen des Präsidenten des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung zur Verbesserung des Vollzuges der Steuergesetze in Deutschland, in: *Schriftenreihe des Bundesbeauftragten für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung*, Band 13, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2006.
- Deutscher Ethikrat (2023): Mensch und Maschine – Herausforderungen durch Künstliche Intelligenz, Stellungnahme, Berlin 2023.

Europäische Kommission (2018): Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum gemeinsamen System einer Digitalsteuer auf Erträge aus der Erbringung bestimmter Dienstleistungen vom 21.03.2018, COM (2018) 148 final.

B. Nationale Gesetzesmaterialien

Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I 2002, S. 3866; BGBl. I 2003, S. 61), die zuletzt durch Artikel 8a des Gesetzes vom 19. Juli 2024 (BGBl. I 2024 Nr. 245) geändert worden ist.

Bundeshaushaltssordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I 1969, S. 1284), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 22. Dezember 2023 (BGBl. I 2023 Nr. 412) geändert worden ist.

Einkommensteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Oktober 2009 (BGBl. I 2009, S. 3366, 3862), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 27. März 2024 (BGBl. I 2024 Nr. 108) geändert worden ist.

Finanzgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. März 2001 (BGBl. I 2001, S. 442, 2262; I 2002, S. 679), die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. I 2024 Nr. 237) geändert worden ist.

Gesetz über die Meldepflicht und den automatischen Austausch von Informationen meldender Plattformbetreiber in Steuersachen (Plattformen-Steuertransparenzgesetz – PStTG) vom 20. Dezember 2022, BGBl. I 2022, S. 2730.

Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG) vom 16. Juli 2021, BGBl. I 2021, S. 2959.

Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens vom 18. Juli 2016, BGBl. I 2016, S. 1679.

Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes (Informationsfreiheitsgesetz) vom 5. September 2005 (BGBl. I 2005, S. 2722), das zuletzt durch Artikel 44 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I 2020, S. 1328) geändert worden ist.

Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/514 des Rates vom 22. März 2021 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Modernisierung des Steuerverfahrensrechts, BGBl. I 2022, S. 2730.

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2022 (BGBl. I 2022, S. 2478) geändert worden ist.

Haushaltsgrundsätzgesetz vom 19. August 1969 (BGBl. I 1969, S. 1273), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I 2017, S. 3122) geändert worden ist.

Umsatzsteuergesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Februar 2005 (BGBl. I 2005, S. 386), das zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 15. Juli 2024 (BGBl. I 2024 Nr. 236) geändert worden ist.

C. Rechtsakte und Verlautbarungen der Europäischen Union

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2016/C 202/02), Abl. EU C 202, S. 389–405.

Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-2-Richtlinie), Abl. EU L 333, S. 80–152.

Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Abl. EU L 119, S. 1; ber. L 314, S. 72; 2018 L 127, S. 2 und 2021 L 74, S. 35.

Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), Abl. EU Reihe L v. 12.07.2024, S. 1–144.

D. Bundestagsdrucksachen

Drucksache 18/7457 vom 03.02.2016, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens.

Drucksache 20/4376 vom 09.11.2022, Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses (7. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 20/3436, 20/4228, Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/514 des Rates vom 22. März 2021 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Modernisierung des Steuerverfahrensrechts.

Drucksache 20/3436 vom 19.09.2022, Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2021/514 des Rates vom 22. März 2021 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Modernisierung des Steuerverfahrensrechts.

E. Entscheidungen oberster Gerichte

E.1. Bundesfinanzhof

BFH v. 16.01.1964	V 94/61 U	BStBl. III 1964, S. 149–150.
BFH v. 17.04.1969	V R 21/66	BStBl. II 1969, S. 474.
BFH v. 11.07.1978	VIII R 120/75	BStBl. II 1979, S. 57–58.
BFH v. 13.11.1985	II R 208/82	BStBl. II 1986, S. 241–243.
BFH v. 06.09.2006	XI R 26/04	DStR 2006, S. 2019–2028.
BFH v. 12.06.2019	X R 20/17	BStBl. II 2020, S. 3–11.
BFH v. 30.06.2023	V B 13/22	DStR 2023, S. 1600–1604.
BFH v. 18.08.2024	IX B 104/22	BeckRS 2023, 27266.
BFH v. 19.10.2023	IV R 13/22	DStR 2024, S. 418–431.
BFH v. 07.06.2024	VIII B 113/23 (AdV)	DStR 2024, S. 1476–1483.

E.2. Bundesverfassungsgericht

BVerfG v. 27.06.1991	2 BvR 1493/89	BVerfGE 84, S. 239–285.
BVerfG v. 07.11.1995	2 BvR 413/88, 2 BvR 1300/93	NVwZ 1996, S. 469–473.
BVerfG v. 10.04.1997	2 BvL 77/92	NJW 1997, S. 2101–2102.
BVerfG v. 11.11.1999	2 BvF 2/98, 2 BvF 3/98, 2 BvF 1/99, 2 BvF 2/99	NJW 2000, S. 1097–1104.
BVerfG v. 07.12.1999	2 BvR 301/98	BStBl. II 2000, S. 162–167.
BVerfG v. 13.06.2007	1 BvR 1550/03, 1 BvR 2357/04, 1 BvR 603/05	NJW 2007, S. 2464–2473.
BVerfG v. 12.04.2005	2 BvR 581/01	NJW 2005, S. 1338–1341.
BVerfG v. 07.07.2010	2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05	BVerfGE 127, S. 1–31.
BVerfG v. 17.12.2014	1 BvL 21/12	NJW 2015, S. 303–328.

BVerfG v. 29.03.2017	2 BvL 6/11	BStBl. II 2017, S. 1082–1103.
BVerfG v. 14.01.2020	2 BvR 2055/16	NVwZ 2020, S. 1584–1597.
BVerfG v. 24.03.2021	1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 1 BvR 2422/17	NJW 2021, S. 1723–1751.
BVerfG v. 06.10.2021	9 C 10/20	NVwZ 2022, S. 483–487.
BVerfG v. 22.03.2022	1 BvR 2868/15, 1 BvR 2886/15, 1 BvR 2887/15, 1 BvR 354/16	NVwZ 2022, S. 1038–1048.
BVerfG v. 29.04.2022	1 BvL 2/17, 1 BvL 3/17, 1 BvL 4/17, 1 BvL 5/17, 1 BvL 6/17	NZM 2022, S. 604–608.
BVerfG v. 07.12.2022	2 BvR 988/16	NJW 2023, S. 1935–1946.
BVerfG v. 14.12.2022	2 BvL 7/13, 2 BvL 18/14	NJW 2023, S. 1947–1956.
BVerfG v. 28.11.2023	2 BvL 8/13	DStR 2024, S. 155–171.
BVerfG v. 15.01.2024	1 BvR 1615/23	NJW 2024, S. 891–893.

E.3. Bundesverwaltungsgericht

BVerwG v. 24.07.2014	4 B 34.14	BauR 2014, S. 1923.
BVerwG v. 06.10.2021	9 C 10/20	NVwZ 2022, S. 483–487.

E.4. Europäischer Gerichtshof

12.09.2006	C-196/04	<i>Cadbury-Schweppes</i>	EuZW 2006, S. 633–638.
------------	----------	--------------------------	------------------------

E.5. Finanzgerichte

FG Hamburg v. 11.03.2011 3 V 15/11

BeckRS 2011, 95343.

FG Hamburg v. 22.05.2014 3 K 207/13

BeckRS 2014, 95453.

F. Verwaltungsanweisungen und Verwaltungsvorschriften

F.1. Erlasse

Anwendungserlass zur AO 2014 (AEAO) vom 31.01.2014 (BStBl. I 2014, S. 290), zuletzt geändert durch BMF-Schreiben v. 06.08.2024.

BMF, Schreiben vom 02.02.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :025, Anwendungserlass zum Plattformen-Steuertransparenzgesetz (PStTG), BStBl. I 2023, S. 241.

BMF, Schreiben vom 15.11.2023 – IV B 6 – S 1316/21/10019 :034, Plattformen-Steuertransparenzgesetz; Bekanntgabe des amtlich vorgeschriebenen Datensatzes und der amtlich bestimmten Schnittstelle für Meldungen an das Bundeszentralamt für Steuern, BStBl. I 2023, S. 1918.

BMF, Schreiben vom 19.06.2024 – IV D 3 – S 1316/21/10019 :025, Gesetz über die Meldepflicht und den automatischen Austausch von Informationen meldender Plattformbetreiber in Steuersachen (Plattformen-Steuertransparenzgesetz – PStTG); Anwendung des § 6 Abs. 3 PStTG, BStBl. I 2024, S. 1040.

F.2. Geschäftsordnungen

Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, zuletzt geändert durch Art. 1 des Beschlusses vom 15.05.2024 (GMBI 2024 Nr. 19, S. 386).

Anonyme Beschwerde

Dr. Marco Dworschak LL.M.¹

Abstract²

Der Ausgangspunkt der gegenständlichen akademischen Untersuchung liegt in einer Entscheidung des EFTA-GH zur europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).³ Das gegenständliche Urteil in der verbundenen Rechtssache «Adpublisher gegen J&K» zeigt in seinem *Leitsatz zur Anonymität von Beschwerdeführenden (Bf)* eine bemerkenswerte Auslegung der DSGVO bzw deren Vollzugspraxis, wie sie von der liechtensteinischen Datenschutzstelle⁴ (aber auch anderen Datenschutzaufsichtsbehörden)⁵ geübt wird.

-
- 1 Dr. Marco Dworschak LL.M., Jurist beim Amt für Informatik, Liechtensteinische Landesverwaltung; der vorliegende Beitrag entspricht ausschliesslich der privaten Rechtsmeinung des Autors und gibt nicht die offizielle Meinung oder Rechtsauffassung der Behörde wieder, bei der der Autor beschäftigt ist.
 - 2 Der vorliegende Beitrag stellt die überarbeitete und aktualisierte Fassung (Stand Januar 2025) der im Rahmen des LL.M. Studiengangs «Digital Business & Tech Law» beim Management Center Innsbruck eingereichten Masterthesis dar. Dieser Beitrag verwendet die Rechtschreibung gemäss den in der Schweiz üblichen Schreibkonventionen (Verzicht auf ss, stattdessen ss).
 - 3 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2016/119, 1.
 - 4 Website der DSS-FL mVa EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19: «Eine Beschwerde kann in gewissen Fällen auch anonym erhoben und ein Verfahren abgewickelt werden, ohne dass die Identität des Beschwerdeführers offengelegt wird. Die Datenschutzstelle ist jedoch in jedem Fall über die Identität der sich beschwerenden Person zu informieren.».
 - 5 Wie auch vor der DSS-FL ist die «*anonyme Beschwerdeführung*» beim Europäischen Datenschutzbeauftragten, EDSB – unten IV.A. <https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-role-supervisor/complaints/edps-complaint-form_de> (abgerufen am 18.07.2024) und verschiedenen DPAs möglich: frz CNIL, <<https://www.cnil.fr/fr/adresse-une-plainte>> (abgerufen am 23.07.2024); Bayrischen LfDI <<https://www.datenschutz-bayern.de/service/complaint.html>> (abgerufen am 18.07.2024); blg DPA («*autorité de protection de données*») gestattet ausnahmsweise eine anonyme Beschwerdeführung, allerdings wird grds die Identität von Bf der Gegenpartei mitgeteilt <<https://www.datenschutzbehorde.be/zivilist/aktionen/beschwerde-einreichen>> (abgerufen am

Sie gestattet – unter gewissen Voraussetzungen – die *Wahrung der Anonymität der Bf* (dh gegenüber Bg) als Folge eines gegen die Aufsichtsbehörde gerichteten Widerspruchs gem Art 21 DSGVO gegen die Offenlegung der Identität der Beschwerdeführenden durch die iSv Art 4 Ziff 7 DSGVO verantwortliche Aufsichtsbehörde. Das Widerspruchsrecht stellt in Zusammenschau mit dem nach Art 77 DSGVO vermittelten Beschwerderecht den materiellrechtlichen Ausgangspunkt anonymer bzw anonymisierter Beschwerden dar.

Der Beitrag fokussiert sowohl auf den *erkennbaren Problempunkten* der *Adpublisher-Entscheidung* als auch den Chancen einer allfälligen *Übertragbarkeit* auf «sachnahe» oder besser «vergleichbare» Regelungsbereiche, insbesondere im Bereich der Europäischen «Digitalrechtsakte».⁶

Vorbemerkungen und Einleitung

Anonymität hat ambivalente Zuschreibungen. Einerseits wird sie mit dem Schutz von Freiheit assoziiert, andererseits mit der Verschleierung unredlicher Absichten konnotiert.⁷ In normativer Hinsicht ist die Wahrung der Anonymität des Menschen als Rechtssubjekt mittelbare Folge seines Rechts auf Wahrung der Privatsphäre und des Rechts auf Datenschutz. Diese Rechte sollen Einzelne vor der (unerwünschten oder vielmehr unerlaubten)

23.07.2024): «**Wenn Sie Beschwerdeführer sind, wird Ihre Identität grundsätzlich der Gegenpartei mitgeteilt.** In Ausnahmefällen kann die DSB eine Beschwerde anonym bearbeiten, was sich in der Praxis jedoch in den meisten Fällen nicht bewährt, da alle Streitparteien die Möglichkeit haben müssen, sich zu verteidigen. Oft ist es nämlich unmöglich, alle identifizierbaren Elemente des Beschwerdeführers aus der Akte zu entfernen und/oder eine Anhörung zu organisieren, die die Anonymität des Beschwerdeführers gewährleistet.»; vgl auch die Verfahrensordnung des EGMR (Art 47 – Inhalt einer Individualbeschwerde): «Where an applicant does not wish to have his oder her identity disclosed, he or she should state the reason for his oder her request in writing, pursuant to Rule 47 § 4», Practice Direction, <www.echr.coe.int> (abgerufen am 29.08.2024).

6 Gemeint ist eine Reihe europäischer Richtlinien und Verordnungen, welche darauf abzielen den digitalen Binnenmarkt zu regulieren und zu harmonisieren und nachfolgend als „Digitalrechtsakte“ beschrieben werden sollen.

7 Man beachte verschiedene Zitate zum Schlagwort «Anonymität»: «In der Welt des Internets ist Anonymität das letzte Überbleibsel der Freiheit.» (Urheber unbekannt); «Anonymität erhöht die Aussicht auf Unehrlichkeit und Aggression.» (Gerd de Ley, belgischer Jurist *1944); «Wer die Anonymität liebt, hat vieles zu verbergen.» (Franz Schmidberger, deutscher Publizist *1942); «Anonymität im Internet ist eine Maske, die den wahren Charakter offenbart.» (Urheber unbekannt).

Preisgabe ihrer Identität schützen. Im Rechtssinne erweist sich Anonymität als bedeutsames Schutzgut in einer zusehends digitalisierten und gläsernen Gesellschaft, in dessen Gefüge Anonymität als normative *Ausprägung informationeller Selbstbestimmung* wirkt. So enthält auch die DSGVO eine entsprechende Legaldefinition zur «Pseudonymisierung» (Art. 4 Ziff. 5), worunter eine Verarbeitung personenbezogener Daten in der Weise zu verstehen ist, dass ein Personenbezug ohne Hinzuziehung zusätzlicher Informationen nicht mehr möglich ist. Im Schrifttum ist treffend von «*anonymisierender Wirkung*» von Pseudonymisierung die Rede.⁸

Gleichwohl kann die *anonyme* (oder im Rechtssinne treffender pseudonymisierte⁹) *Geltendmachung von Rechten* die geschützte Rechtssphäre anderer beeinträchtigen. *Konfligierende Grundrechtsinteressen* oder gegenseitige öffentliche Interessen sind daher miteinander abzuwägen. Das gilt insbesondere, wenn für ein faires Verfahren und die Waffengleichheit im Verfahren die Identität der Beteiligten erforderlich erscheint, da sonst eine Überprüfung der behaupteten Rechtspositionen nicht möglich wäre. Eine anonyme Beschwerdeführung kann demnach im Konflikt zu wesentlichen *Verfahrensgrundrechten* stehen.

Der EFTA-Gerichtshof bestätigte in der Rechtssache ***Adpublisher gegen J & K***¹⁰ – bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen – ein Recht auf anonyme Beschwerdeführung in datenschutzrechtlichen Beschwerdeverfahren. Die Identität von Beschwerdeführenden (Bf) ist als Folge dieser Rechtsprechung durch die zuständige liechtensteinische Datenschutzaufsichtsbehörde (Datenschutzstelle – DSS) nicht offenzulegen, wenn Bf Widerspruch (gegen die Offenlegung der Identität durch die zuständige Aufsichtsbehörde) gem Art 21 DSGVO erheben und zudem die Offenlegung der Identität zur Klärung der Sach- und Rechtsfrage vor der angerufenen Aufsichtsbehörde nicht erforderlich ist.

8 Haimberger/Geuer, Anonymisierende Wirkung der Pseudonymisierung, DaKo 2018/33, 57f; Redaktioneller Hinweis: Auf die mit 17.01.2025 vom EDSA zur öffentlichen Konsultation vorgelegten Leitlinien zur Pseudonymisierung konnte kurz vor Abschluss des Manuskripts nicht näher eingegangen werden <https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/documents/public-consultations/2025/guidelines-012025-pseudonymisation_de> (abgerufen am 17.01.2025).

9 Beachte Klarstellungen des ESDA: «*In der Tat, wenn die Daten von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder einer anderen Person mit einer Person verknüpft werden können, bleiben sie personenbezogene Daten.*» <https://www.edpb.europa.eu/news/news/2025/edpb-adopts-pseudonymisation-guidelines-and-paves-way-improve-cooperation_de> (abgerufen am 17.01.2025).

10 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 (*Adpublisher AG / J&K*) = LES 2021, 1.

Hierin gipfelt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Verwaltungsverfahren. Eine *materielle Ausstrahlungswirkung* des Datenschutzrechts auf das Verwaltungsverfahren ist unverkennbar. Dies birgt einerseits eine Chance auf eine repressionsfreie Geltendmachung von Betroffenenrechten (etwa im Beschäftigtenkontext und bei erkennbarer Marktmacht des Verantwortlichen), andererseits ebenso das Risiko einer Dysbalance zulasten von Verfahrensgrundrechten von Beschwerdegegnern (Bg) oder gar der Verschleierung von Rechtsmissbrauch.

Ein einheitlicher Vollzug im EWR – im Sinne einer im Verordnungswege bezweckten Vollharmonisierung bzw eine homogene Rechtsanwendung – ist nicht zu erkennen. Schon aufgrund der Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten ist die Tragweite besagter Rechtsprechung des EFTA-GH kritisch zu beurteilen oder immerhin zu hinterfragen, ob eine autonome Regelung unter Ausschluss anonymer Beschwerdeführung den nationalen Gesetzgebern vorbehalten bleibt.

Gleichwohl bietet die Möglichkeit anonymer Beschwerdeführung im Sinne der nachfolgend behandelten Rechtsprechung des EFTA-GH, insbesondere in Bereichen ungleicher Machtverhältnisse zwischen Betroffenen und Plattformbetreibern und Anbietern «*digitaler Marktplätze*», einen punktuellen Machtausgleich zugunsten Betroffener. Die Wahrung der Anonymität Einzelner im Beschwerdeverfahren zur Durchsetzung subjektiver öffentlicher Rechte ist ein Ergebnis der (staatsgerichteten) abwehrrechtlichen, und nunmehr mittelbar auch zwischen Privaten wirkenden, Dimension des (Grund-)Rechts auf Datenschutz und der erkennbaren materiell-rechtlichen Ausstrahlungswirkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung auf das Verfahrensrecht. Dieses muss nicht zwangsläufig auf den Bereich des Datenschutzvollzugs beschränkt bleiben. Die gegenständliche Untersuchung sei daher abschliessend auch der *Möglichkeit anonymer Beschwerdeführung im Bereich der europäischen «Digitalrechtsakte»* gewidmet und kurorisch der Frage nachgegangen, ob «*Anonymität als bereichsübergreifendes Schutzgut* im (Verwaltungs)verfahren behauptet werden kann.

Diverse Problempunkte zu den einer Anonymisierung von Bf *widerstreitenden Verfahrensgrundrechten* wurden bereits vom EFTA-Gerichtshof adressiert; folglich sollen insbesondere die mit den Verfahrensgrundrechten resultierenden Grundrechtskollisionen beleuchtet werden und hinterfragt werden, wie ein Recht auf anonyme Beschwerde mit dem *fair-trial-Grundsatz* sowie dem *Recht der Waffengleichheit* nach Art 6 EMRK in Einklang

stehen kann und mit dem Recht auf wirksame Beschwerde nach Art 13 EMRK vereinbar ist.¹¹

Ebenso bedarf es einer Untersuchung der vom EFTA-GH – mangels Verfahrensrelevanz – nicht aufgezeigten Problempunkte, insbesondere im Hinblick auf einzelne «Rechtsinstitute» der DSGVO selbst, namentlich jenem der *Rechtsmissbräuchlichkeit und Exzessivität* nach Art 12 Abs 5 sowie Art 57 Abs 7 DSGVO, die bei vermeintlich «überbordender» Zulässigkeit anonymer Beschwerdeführung *de facto* ausgehebelt und *de iure* womöglich obsolet oder verunmöglich würden, da deren Überprüfbarkeit durch Bg in Ermangelung der Kenntnis der Identität von Bf erheblich erschwert wäre.

Methodisch ist anzumerken: Der Ausgangspunkt der *Untersuchung besteht in einer punktuellen Entscheidungsbesprechung* zum europäischen Datenschutzrecht. Dessen materielle Ausstrahlungswirkung auf nationales Verfahrensrecht und sachnahe Rechtsmaterien verdient eine eingehendere Beleuchtung, kann hier aber nur kuriosisch angeschnitten werden. In Anlehnung an Parycek könnte als Anknüpfungspunkt einer *Anonymisierungs-Doktrin* die «*Automatisierungstauglichkeit*» bzw der «*Automatisationsbezug*» von Gesetzen oder deren Sachbezug herangezogen werden, der eine vom Individuum losgelöste Beschwerdeerstattung ermöglichen könnte.¹² Ein vertiefter Rechtsvergleich zum Verfahrensrecht der EWR-Mitgliedstaaten bzw Nachbarstaaten Liechtensteins würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen; fallweise rechtsvergleichende Verweise auf das deutsche oder österreichische Verfahrensrecht können jedoch nicht ausbleiben.

Zumindest sollen jene europäischen Rechtsakte im Lichte der (hier so bezeichneten) *Anonymisierungs-Doktrin* angesprochen werden, soweit sie einen sachnahen oder mit der DSGVO immerhin vergleichbaren Schutzzweck verfolgen, die eine Anonymisierung des Bf rechtfertigen können oder

11 Eine kuriosische Behandlung der inhaltsgleichen Grundrechtsverbürgungen der GRC (etwa hinsichtlich Art 47 GRC) erscheint mit Blick auf die unionsrechtliche Komponente naheliegend. Bezuglich der EFTA-Mitgliedstaaten des EWR (wie es für FL der Fall ist) bleibt die rechtliche Verbindlichkeit der GRC allerdings auf ihre «*Durchstrahlungswirkung*» beschränkt; s *Grof*, Zur mittelbar-materiellen Massgeblichkeit der Europäischen Grundrechtecharta (EGRC) für das Fürstentum Liechtenstein, SPWR 2018, 269 (278 f); *N.Raschauer/Sild*, Liechtenstein, die EU Grundrechtecharta und das EWR-Abkommen, JRP 2020, 242 f; vgl *Hammermann*, Mehrebenen im Grundrechtsschutz, in *Hoch/Neier/Schiess Rütimann* (Hrsg), 100 Jahre liechenteinische Verfassung, 291 (306) wonach die Haltung des EFTA-GH diesbezüglich «unbestimmt» ist.

12 Parycek in Mayrhofer/Parycek (Hrsg), Digitalisierung des Rechts, ÖJT 2022, 121.

sogar gebieten und damit eine Übertragung auf *sachnahe Regulierungsbereiche* (insbesondere im Bereich der hier so bezeichneten «Europäischen Digitalrechtsakte»¹³ rechtfertigen können. Anders gewendet: ist es methodisch vertretbar die – durchaus mit der *living-instrument*-Doktrin¹⁴ des EGMR vergleichbare – Weiterentwicklung des europäischen Datenschutzrechts und Grundrechtsschutzes durch den EFTA Gerichtshof bzw die *Anonymisierungs-Doktrin* auf vergleichbare Rechtsbereiche auszuweiten? Die zentrale Forschungsfrage der vorliegenden Untersuchung lautet «*Ist ein generelles Recht auf anonyme Beschwerdeführung im Sinne einer «Anonymisierungs-Doktrin» aus der DSGVO ableitbar und, falls ja, ist deren Übertragbarkeit auf sachnahe Regelungsbereiche methodisch vertretbar?*»

I. Entwicklung einer «Anonymisierungs-Doktrin»

*A. Ausgangspunkt: Rechtssache *Adpublisher AG* gegen *J&K**

Nach im Schrifttum (nicht einhellig) vertretener Ansicht besteht eine Pflicht zur Offenlegung der Identität eines Bf «*nur insoweit, wie dies erforderlich ist, um seine Beschwerdeberechtigung zu prüfen*»¹⁵. Datenschutzaufsichtsbehörden (nachfolgend kurz «DPAs» für «*data protection authorities*») sind zur Bearbeitung bzw Behandlung anonymer Beschwerden verpflichtet.¹⁶ Angaben zur Identität von Bf (bspw Name und Anschrift) werden regelmässig als nicht erforderlich erachtet, zumal Ausweiskopien keinen Beweiswert vermitteln.¹⁷ An höchstgerichtlicher Bestätigung dieser Lehrmeinungen fehlte es bis zur Entscheidung des EFTA-GH in der *Adpublisher*-Rechtssache. Aus der Summe der erkennbaren Lehrmeinungen

13 Gemeint ist eine Reihe europäischer Richtlinien und Verordnungen welche darauf abzielen den digitalen Binnenmarkt zu regulieren und zu harmonisieren, die nachfolgend als «*Digitalrechtsakte*» beschrieben werden sollen.

14 Die in FL anerkannt ist; siehe *Schiess-Rütimann*, Die Freiheiten des liechtensteinischen Gesetzgebers beim Einfügen der EMRK in die nationale Rechtsordnung, *LJZ* 2018/3, 143 (150); *dies*, Die Stellung der EMRK in Liechtenstein, *Beiträge* 44/2019, 10, 39.

15 *Bergt* in Kühling/Buchner (Hrsg), DSGVO³ Art 77 Rz 13.

16 *Bergt aaO* *mVa v.Lewinski* in Esser/Kramer/v.Lewinski (Hrsg), DSGVO⁸ Art 77 Rz 4; *aA Becker* in Plath (Hrsg), BDSG/DSGVO² (2016) Art 77 Rz 3.

17 *Bergt aaO*.

lässt sich in Zusammenschau mit der Rspr des EFTA-GH eine «*Anonymisierungs-Doktrin*» ableiten, die hier beleuchtet werden soll:¹⁸

Der EFTA-GH entschied in verbundener Rechtssache (*Adpublisher AG gegen Je&K*)¹⁹ zu den von der liechtensteinischen Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten (kurz VBK) zur Gutachtenserstattung übermittelten Vorlagefragen,²⁰ dass die auf Art 77 sowie Art 78 DSGVO gestützte *Beschwerde unter Wahrung der Anonymität der Bf zulässig ist, wenn die Art der zugrundeliegenden (dh beschwerdeursächlichen) Datenverarbeitung eine Offenlegung der Identität zur Klärung der Sach- und Rechtslage nicht erfordert*.²¹

Rechtsdogmatisch wesentlich für das funktionelle Verständnis einer daraus abgeleiteten *Anonymisierungs-Doktrin* ist deren Verankerung im nach Art 21 DSGVO vermittelten Widerspruchsrecht. Im streitgegenständlichen nationalen Ausgangsverfahren zur *Adpublisher*-Rechtssache vor der DSS hatten die Bf ihre Beschwerde gem Art 77 DSGVO mit einem Widerspruchsbegehren gem Art 21 DSGVO verbunden.

Der sachliche Anwendungsbereich eines Widerspruchsantrags ist gem Art 21 Abs 1 DSGVO jedenfalls dann eröffnet, wenn eine Verarbeitung personenbezogener Daten (pBD) auf Grundlage von Art 6 Abs 1 Bst e oder Bst f DSGVO beruht,²² also zur «*Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt – die dem Verantwortlichen übertragen wurde, – oder aufgrund des berechtigten Interesse des Verantwortlichen*» erfolgt (ErwG 69 DSGVO). Ein entsprechendes Widerspruchsgesuch richtete sich an die DSS, die *im Rahmen ihrer Vollzugstätigkeit* nach Art 51 iVm Art 58 DSGVO bei Behandlung einer Beschwerde als «**verantwortliche Stelle**» iSv Art 4 Ziff 7 DSGVO zu qualifizie-

18 Dedeck, Peterson, Claes, Rechtswissenschaft als juristische Doktrin, ZS Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 2013, 615f, beschreibt «*Doktrin*» als «*Summe akademischer Stellungnahmen dazu was rechtes sei*» und umfasst „*die Summe von Lehr-Meinungen, deren Wirkkraft sich allein aus der Autorität institutionalisierter Rechtslehre herleitet*».

19 Gächter, Ein Plädoyer für die effektive Durchsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, LJZ 2021/4, 154.

20 Im Detail zu Voraussetzungen einer Vorlage an den EFTA-GH durch «*Gerichte*» gem Art 34 ÜGA, rezent Rydelski, Die Anwendung und Durchsetzung des EWR-Rechts in Liechtenstein durch Private («*Einzelpersonen und Marktteilnehmer*»), LJZ 2023/3, 204 (207).

21 Vgl EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 43f; Ausserdem bestätigte der EFTA-GH die von der DSS festgelegte Kostenfreiheit des Verfahrens.

22 Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), DSGVO³ Art 21 Rz 11f.

ren ist. Das Widerspruchsbegehren zielte sinngemäss auf eine «Einschränkung» der von der DSS verarbeiteten Personendaten ab; dh es sollten dem Bg im vor der DSS als verantwortlicher Stelle geführten Verfahren nur jene Informationen übermittelt werden, die zur Erledigung der Beschwerdesache erforderlich waren. Da die Kenntnis der Identität der Bf durch den Bg für die Erledigung der Beschwerdesache als nicht erforderlich erachtet wurde, richtete sich das Widerspruchsbegehren gegen eine allfällige Offenlegung der Identität (also Name und Vorname der Bf sowie weiterer Informationen über die mittelbar ein Personenbezug hätte hergestellt werden könnte). Die DSS musste als Verantwortliche prüfen, ob zwingende (!) berechtigte Interessen des Bg gegenüber den Interessen oder Grundrechten und -freiheiten der Betroffenen überwogen²³ und ob deshalb die Offenlegung der Identität der Bf notwendig war – im Sinne des Grundsatzes der Datenminimierung (Art 5 Abs 1 Bst c DSGVO).

Bemerkenswert ist, dass nicht näher beleuchtet wurde worin das spezielle Widerspruchsinteresse der Bf bestand. Immerhin verlangt Art 21 Abs 1 DSGVO (sowie ErwG 69) explizit als Zulässigkeitsvoraussetzung eines Widerspruchs das Vorliegen von «*Gründen, die sich aus [der] besonderen Situation [der Betroffenen] ergeben*».²⁴ Im Schrifttum wird eine «*atypische Konstellation*» als Ausgangslage für einen Widerspruch vorausgesetzt und die blosse Angabe, dass eine Verarbeitung «schlicht» unerwünscht sei, als nicht ausreichend erachtet.²⁵ Möglicherweise ist eine besondere Ausgangssituation der Betroffenen bei besonderem Machtungleichgewicht zwischen Bf und Bg anzunehmen; eine «*besondere Situation*» Betroffener ist dann anzunehmen, wenn sie sich in «*ausserordentlicher, spezifischer und individueller Weise von der Situation anderer Personen unterscheidet*».»²⁶ Darin besteht auch ein wesentlicher Kritikpunkt.

Gegenständlich hatte die DSS die formellen und materiellen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Widerspruchsrechts bejaht und keine zwingenden Verarbeitungsgründe (dh Offenlegungsgründe) erkannt, weshalb die anonyme Beschwerdeführung zugelassen wurde. Eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Fragen erfolgte durch den EFTA-GH jedoch nicht.²⁷

23 *Herbst* in Kühling/Buchner, DSGVO³ Art 21 Rz 15, 19.

24 *Kamann/Braun* in DSGVO³ Art 21 Rz 19.

25 *Herbst* in DSGVO³ Art 21 Rz 15; ähnlich *Kamann/Braun*, aaO.

26 *Kamann/Braun* in DSGVO³ Art 21 Rz 20.

27 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 48.

Der Beschwerdegegenstand im *Adpublisher*-Verfahren bezog sich auf die rechtswidrige Verarbeitung pbD beim Versand eines Newsletters durch die Bg und deren rechtswidrige Auskunftserteilung. Der Newsletterversand erfolgte ohne rechtskonforme Einwilligung (Art 6 Abs 1 Bst a DSGVO). Dies ist insoweit von Bedeutung als nach inhaltlicher Würdigung der DSS die gegenständlichen Beschwerden «*allgemeine, strukturelle Fragen zur Datenerhebung und dem Datenverarbeitungsprozess [...] aufwarf[en]*, welche unabhängig von der Situation [der] beiden Beschwerdeführenden zu beurteilen war [sic].»²⁸ Eine Verarbeitung pbD der Betroffenen fand unzweifelhaft statt; die materiellen Eintretensvoraussetzungen für die Behandlung der Beschwerdevorbringen waren gegeben. Daher war eine Offenlegung der Identität iSd Widerspruchbegehrens verzichtbar, da sie zur Klärung der aufgeworfenen Rechtsfragen bzw der vorgeworfenen Verstöße gegen die DSGVO nicht erforderlich war.

«*Anonyme Beschwerdeführung*» iSd *Adpublisher*-Entscheidung bedeutet daher nicht die völlige Unkenntnis der Identität von Bf. Der DSS als *nationaler Aufsichtsbehörde* gem Art 51 DSGVO ist bei Geltendmachung des Beschwerderechts nach Art 77 DSGVO die Identität der Bf bekannt zu geben, sonst wäre die Eingabe als anonyme Anzeige zu werten. Die Anonymität ist gegenüber dem Bg, dh den für die problematisierte Datenverarbeitung verantwortlichen Stellen, zu wahren. Im Rahmen eines kontradiktitorischen Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO, also im Regelfall einem Zweiparteienverfahren, bleibt die Identität eines Bf gegenüber den anderen Verfahrensparteien respektive dem Bg geheim, wenn dies sinngemäß vom Bf verlangt wird und die Kenntnis der Identität durch den Bg objektiv als nicht erforderlich erachtet wird. Streng genommen bedürfte es hierzu eines Widerspruchsantrags gem Art 21 DSGVO gegenüber der verantwortlichen Stelle und Gründe, die aus der besonderen Situation des Bf herrühren.

Dies gilt nach der in FL geübten Vollzugspraxis auch für die nachgelagerten Verfahren nach Art 78 DSGVO, in denen die DSS gem Art 20 Abs 2 DSG²⁹ als Legalpartei am Verfahren beteiligt ist. Eine Offenlegung der Identität der vormals vor der DSS bf Parteien erfolgt in FL auch im nachfolgenden Beschwerdeverfahren nicht, zumal sich diese «lediglich» als interessierte Drittpartei dem Verfahren anschliessen können. Der Anschluss als interessierte Drittpartei wäre nach hier vertretener Ansicht aber nur bei

28 Gächter, LJZ 2021/4, 154.

29 (Liechtensteinisches) Datenschutzgesetz (DSG) vom 4. Oktober 2018, LGBl 2018.272.

Offenlegung der Identität gegenüber der nach Art 78 DSGVO zuständigen Behörde bzw Rechtsmittelinstanz möglich,³⁰ die wiederum als verantwortliche Stelle zu qualifizieren wäre und über ein allfällig – erneut – vorzubringendes Widerspruchsgesuch nach Art 21 DSGVO zu entscheiden hätte. Die vormals im Beschwerdeverfahren vor der DSS als Antragsteller bzw Bf beteiligte Verfahrenspartei ist nämlich im nachgelagerten «verwaltungsgerichtlichen» Überprüfungsverfahren nicht zwangsläufig beteiligt. Gem Art 78 Abs 3 DSGVO fungiert die im Beschwerdeverfahren gem Art 77 DSGVO verfügende DPA gem Art 78 Abs 3 DSGVO als Bg im nachgelagerten Überprüfungsverfahren, während die vormalige Bg, dh die für die «inkriminierte» bzw «problematisierte» Datenverarbeitung verantwortliche Stelle, aufgrund der von ihr angestrengten Anfechtung der Entscheidung der DPA die Rolle des Bf gem Art 78 DSGVO einnimmt. Die Wahrung der Anonymität im nachfolgenden Rechtsmittelverfahren weist indessen diverse Problempunkte auf (vgl Kapitel II).

Im *Adpublisher*-Verfahren hätte sich die anonyme betroffene Person als interessierte Drittpartei dem Verfahren anschliessen können, was jedoch nicht geschah. Nicht endgültig geklärt wurde demnach, ob sie ihre Identität bei Anschluss als interessierte Drittpartei gegenüber der Rechtsmittelinstanz (der VBK) hätte offenlegen müssen. Eine zwingende Offenlegung der Identität der am Verfahrensausgang interessierten Drittpartei wäre nach hier vertretener Ansicht in Anlehnung an die vom EFTA-GH und VGH bemühte Argumentation³¹ zu verneinen: Die VBK ist im Beschwerdeverfahren als verantwortliche Stelle zu qualifizieren; es sind keine vom erinstanzlichen Verfahren vor der DSS abweichende Gründe erkennbar, die eine Offenlegung der Identität des vormaligen Bf (und der nunmehrigen interessierten Drittpartei) gerechtfertigt hätte. Die *Adpublisher*-Entscheidung lässt allerdings offen, ob die im Instanzenzug angerufenen Stellen im Zuge der Aktenanforderung von der DSS das vollumfängliche Aktenkonvolut hätten erhalten müssen, das Aufschluss über die Identität des vor der DSS bf Partei gibt oder ob der vorgelegte Verfahrensakt um die Identität der Bf bereinigt («geschwärzt») wurde. Fraglich bleibt, ob durch die Vor-

30 Im nationalen liechtensteinischen Ausgangsverfahren sind (in datenschutzrechtlichen Verfahren) die Beschwerdekommision für Verwaltungsangelegenheiten (nachfolgend VBK) sowie der fürstliche Verwaltungsgerichtshof (VGH) und – für eine Grobprüfung – der Staatsgerichtshof (StGH) zuständig; die VBK stellt ein gerichtsähnliches Tribunal iSv Art 6 EMRK dar.

31 VGH 03.09.2021, 2021/32, ErwG 5.2.

lage eines geschwärzten Aktes, die unabhängige (verwaltungsgerichtliche) Überprüfbarkeit der von der DSS getroffenen Entscheidung unzulässig beeinträchtigt wäre. Ansätze zur Beantwortung dieser Fragestellung lassen sich möglicherweise aus dem – etwa aus dem Wettbewerbsrecht bekannten – Instrument eines *in-camera-Verfahrens* ableiten.³² Dessen Schutzzweck besteht insbesondere darin, schutzwürdige Informationen von der Verfahrensöffentlichkeit fernzuhalten.³³

Nach Erkenntnis des EFTA-GH's in der *Adpublisher*-Rechtssache folgten auf nationaler Ebene Folgeentscheidungen insbesondere vor dem VGH³⁴, welcher die grundlegende Haltung des EFTA-GH näher ausführte. Seither stellt die «*anonyme Beschwerde*» in Liechtenstein eine niedrigschwellige und effiziente Möglichkeit zur Geltendmachung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte vor der DSS dar.

Der VGH führte nach nationaler Fortführung zur *Adpublisher*-Rechtsache näher aus, dass kein Grund erkennbar sei, der die Offenlegung der Identität des Bf nach Art 77 DSGVO gegenüber dem Bg rechtfertige, zumal der DSS in Summe 10 gleichgelagerte Beschwerden gegen die Datenverarbeitungspraxis der Verantwortlichen vorlagen und demgemäß «**eine standardisierte und gleichartige Datenverarbeitung für eine unbestimmte Anzahl von betroffenen Personen vorliegt**»³⁵. Die von der DSS getroffenen Feststellungen «bestehen unabhängig von einer konkreten betroffenen Person»³⁶. Im Hinblick auf die vom Bg ins Treffen geführten Verfahrensgrundrechte führte der VGH weiter aus: «*Für eine Verteidigung gegen die getroffene Feststellung der Mangelhaftigkeit des Auskunftsschreibens muss [der Verantwortlichen] [...] die Identität des konkreten Beschwerdeführenden nach Art. 77 DSGVO nicht bekannt sein. Es obliegt [der Verantwortlichen], in einem Rechtsmittelverfahren darzutun, dass das Auskunftsschreiben den Anforderungen der Datenschutzgrundverordnung und der weiteren Datenschutzgesetzgebung entspricht.*»³⁷

32 Vgl Art 16f UWG (FL), LGBI 1992.121 idFv LGBI 2022.115 entsprechend Art 9 RL (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-Hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (GeschäftsgeheimnisRL), ABl L 2016/157,1.

33 Vgl EGMR 06.12.2012, 25088/07 (Pesukic/CH) Rz 20.

34 VGH 03.09.2021, 2021/32.

35 VGH 03.09.2021, 2021/32, ErwG 6 (Hervorhebung nicht im Original).

36 VGH 03.09.2021, 2021/32, ErwG 2.

37 AaO.

Immerhin relativierte der VGH dahingehend, dass im konkreten Einzelfall Feststellungen anhand der vom EFTA-GH in der *Adpublisher*-Entscheidung ausgegebenen «*allgemeinen Leitlinien*» zu treffen sind, «*ob sich das Zurückhalten der Identität der betroffenen Person rechtfertigt oder nicht.*»³⁸ Gründe für die zwingende Offenlegung der Identität einer betroffenen Person wären etwa dann gegeben, wenn die zuständige Aufsichtsbehörde Abhilfemaßnahmen verfügt, zu deren Erfüllung der Verantwortlichen die Identität des Bf bekannt sein muss, dh ein Personenbezug erforderlich ist. Auch im Fall solcher Abhilfemaßnahmen wird auf den Einzelfall abzustellen sein. Sind die von der Aufsichtsbehörde *vorgeschriebenen Abhilfemaßnahmen allgemeiner Natur*, umfassen sie bspw allgemeine Anordnungen hinsichtlich zu treffender technischer und organisatorischer Massnahmen, wird die *Offenlegung der Identität nicht als unbedingt erforderlich anzusehen* sein.

Anders wird demnach das Anonymisierungsbegehren zu beurteilen sein, wenn der Bg Abhilfemaßnahmen gegen die rechtswidrige Datenverarbeitung im Einzelfall nicht möglich sind, ohne die Identität der Betroffenen zu kennen. Dies wäre zunächst grds bei Geltendmachung von Löschbegehren iSv Art 17 DSGVO gegenüber Verantwortlichen anzunehmen, es sei denn, die DSS legt in ihren Erwägungen und Feststellungen grundlegende Probleme des Verantwortlichen hinsichtlich dessen allgemeinen Löschkonzepts offen; dies würde wiederum eine standardisierte Datenverarbeitung darstellen, die vom Einzelfall losgelöste Datenschutzprobleme aufweist. In Anlehnung an die in der *Adpublisher*-Rechtssache beanstandete Verletzung des Auskunftsrechts ist demnach auch im Falle eines Löschbegehrens eine anonyme Beschwerdeführung durchaus denkbar – vorausgesetzt dies ist Gegenstand einer Mehrzahl gleichgelagerter Beschwerden gem Art 77 DSGVO, betrifft eine Datenverarbeitung gleichgelagerter Natur oder die konkrete Beschwerde lässt Problempunkte hinsichtlich des «*allgemeinen Löschkonzepts*» erkennen, die auf einen nicht rechtskonformen Löschvorgang im Einzelfall schliessen lassen.

Der VGH gelangte zum Ergebnis, dass es einer Verantwortlichen in einem Rechtsmittelverfahren möglich ist, sich «*gegen die Feststellung des mangelhaften Auskunftsschreibens zur Wehr zu setzen, ohne dass ihr die Identität des Beschwerdeführenden nach Art. 77 DSGVO bekannt ist.*»³⁹ Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, der Waffengleichheit oder anderer As-

38 VGH 03.09.2021, 2021/32, ErwG 3.

39 VGH 03.09.2021, 2021/32, ErwG 4.

pekte verfahrensgrundrechtlicher Natur war demnach im Ausgangsverfahren aufgrund der gewährten Anonymität des Betroffenen nicht zu erkennen.

Anzumerken ist, dass in der *Adpublisher*-Rechtssache Feststellungen zu konkreten Datenverarbeitungen getroffen wurden, damit eine materielle Beschwerde eines Bf vorlag und die Eintretensvoraussetzungen für eine Beschwerdebehandlung erfüllt waren (dazu näher in III).⁴⁰

Die Möglichkeit zur «anonymen Beschwerdeführung» bedeutet zweifellos für bestimmte Kategorien betroffener Personen eine Erleichterung, etwa im Kontext des Beschäftigtendatenschutzes oder bei erheblichem Machgefälle zwischen Betroffenen und Verantwortlichen. Die Anonymität des Bf bewahrt ihn derart vor unzulässigen Repressionen seitens des für die Datenverarbeitung verantwortlichen Dienstgebers, woraus sich unbestreitbare Parallelen zwischen «Datenschutzbeschwerde» und anonymer Hinweisgabe («*Whistleblowing*») ergeben.

B. Vorbehalt der Verfahrensgrundrechte

Der EFTA-GH hatte in der *Adpublisher*-Rechtssache diverse Vorbehalte zur Möglichkeit anonymer Beschwerdeführung ausgesprochen. Die *Wahrung der Anonymität* bf natürlicher Personen – dh das Zurückhalten pbD eines Bf – ist demnach *nicht zulässig, wenn die Offenlegung ihrer Identität zur Klärung der Sach- und Rechtsfrage (zwingend) erforderlich* ist und sofern dadurch die nach Art 58 Abs 4 DSGVO verbrieftete Verpflichtung eines *wirksamen Rechtsbehelfs und eines ordnungsgemäßen Verfahrens* behindert werde.⁴¹

Das sei dann anzunehmen, wenn es zur Wahrung eines *fairen Verfahrens* respektive zur *Wahrung der Waffengleichheit im Verfahren* iSd Rspr zu Art 6 EMRK erforderlich ist. Dementsprechend wird auch das Recht auf Vorbereitung einer *wirksamen Verteidigung* nach Art 6 EMRK die Offenlegung der Identität eines Bf gebieten, «*wenn die Weigerung, personenbezogene Daten offenzulegen, die Fähigkeit des Verantwortlichen einschränken würde, von seinen Verteidigungsrechten Gebrauch zu machen.*»⁴² Es ist demgemäß ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz des Bg gem Art 13 EMRK und

40 Vgl Nemitz in Ehmann/Selmayr (Hrsg), DSGVO³ Art 77 Rz 12f.

41 Hammermann in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 291 (302f).

42 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 50.

ein faires Verfahren iSv Art 6 EMRK (sowie Art 33 Abs 3 LV)⁴³ sicherzustellen.⁴⁴

Die über Art 6 EMRK menschenrechtlich verbürgten Verfahrensschutzgarantien reichen deutlich über den Wortlaut der Bestimmung hinaus; der vom EFTA-GH angeführte «*fair-trial-Grundsatz*» erfasst nach ständiger Rspr des EGMR auch ungeschriebene Teilaспектa, zu denen eben auch die Waffengleichheit zählt. Ein wesentliches Ungleichgewicht oder Missverhältnis zwischen den Verfahrensparteien und ein daraus resultierender Verstoss gegen die Waffengleichheit im Verfahren wird in der Judikatur bspw dann angenommen, wenn es an der *Möglichkeit zur Stellungnahme zu gegnerischen Eingaben fehlt*,⁴⁵ die *Möglichkeit zur Akteneinsicht ungleich* ist,⁴⁶ oder die *prozessuale Möglichkeit zur Beweislieferung ungleich* ist.⁴⁷ Waffengleichheit soll daher ein gewisses prozessuales Gleichgewicht zwischen den Parteien ermöglichen.⁴⁸

Immerhin wird als der Waffengleichheit immanent die «*Information über den Vortrag* der Gegenseite und ihre vorgebrachten *Beweismittel*» angenommen.⁴⁹ Meyer legt mit Verweis auf die im Schrifttum und Rspr vertretene Ansicht dar, dass Waffengleichheit «*die Offenlegung aller im Besitz der jeweiligen Partei befindlichen Beweismittel [gebietet]*»⁵⁰.

Die Wertungskollision zur hier abgeleiteten *Anonymisierungs*-Doktrin wird noch deutlicher, da sich nach Meyer die Waffengleichheit im Verfahren nicht mit einem *einseitigen Wissensvorsprung* verträgt, der eine Verfahrensseite bevorzugt und eine «*bessere Möglichkeit zur Stellungnahme verschafft*».⁵¹

43 Vgl StGH 07.04.2014, 2013/106 ErwG 3 mVa *Wille*, Recht auf wirksame Verteidigung, in Kley/Vallender (Hrsg), *Grundrechtspraxis in Liechtenstein* (2012), 449f Rz. 11.

44 Hammermann in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 291 (302f) mVa EFTA-GH 18.04.2012, E-15/10 (*Posten Norge AS/EFTA Überwachungsbehörde*) Rz 86, EFTA-GH 26.07.2011, E-4/11 (*Arnulf Clauder*) Rz 49 mwH zur Quelle der EMRK und der GRC als Grundrechte und Teil der allgemeinen Grundsätze des EWR-Rechts.

45 EGMR 28.08.1991, 13468/87 (*Brandstetter/Österreich*) Rz 67; EGMR 06.02.2001, 30428/96 (*Beer/Österreich*) Rz 17.

46 Vgl VfGH 10.10.2019, E1025/2018, VfSlg 20345 Rz 52 mwN.

47 EGMR 27.10.1993, 14448/88 (*Dombo Beheer/NL*) Rz 34; EGMR 23.10.1996, 17748/91 (*Ankerl/CH*) Rz 38.

48 Meyer in Karpenstein/Mayer (Hrsg), EMRK² Art 6 Rz 116 mVa EGMR 27.06.1968, 1936/63 (*Neumeister/AUT*).

49 Meyer, aaO.

50 Meyer, aaO mVa EGMR 24.06.2003, 39482/98 (*Dowsett/UK*); Grabenwarter/Pabel, EMRK⁷ § 24 Rz 65.

51 Meyer, aaO mVa EGMR 23.06.1993, 12952/87 (*Ruiz-Mateos/ESP*) Rz 67.

Das Gros der dazu ergangenen und zitierten Rechtsprechung des EGMR bezieht sich zwangsläufig auf die strengen Grundsätze im gerichtlichen Strafverfahren, die im Regelfall mit einer höheren Eingriffsintensität einhergehen; deren teilweise Übernahme auf die von den DPAs geführten Beschwerde- und Aufsichtsverfahren erscheint aber durchaus vertretbar, insbesondere in Bereichen, in denen die DPA zur Abhilfe der von ihr erkannten Verstöße Sanktionen ergreift (bzw. ergreifen kann). Das vor DPAs geführte Beschwerdeverfahren gem Art 77 DSGVO weist zudem eine *hybride Ausgestaltung* auf, das sowohl auf den Individualrechtsschutz abzielt, als auch eine amtswegige (*ex officio*) Ausweitung oder gar Fortsetzung der auf Grundlage einer Beschwerde eingeleiteten Untersuchungen und Sanktionen auf Grundlage von Art 84 DSGVO gestattet.⁵² Es verbindet sohin Feststellungskompetenzen sowie Abhilfe- und Sanktionierungsbefugnisse von *Beschwerdeverfahren und Verwaltungs(straf)verfahren*.⁵³ Demgemäß sind die zur Rspr des EGMR aus Art 6 EMRK gewonnenen Erkenntnisse betreffend die Verfahrensgrundrechte Beschuldigter auf den Bg im Verfahren nach Art 77 DSGVO übertragbar, zumal sich Verantwortliche durchaus mit einschneidenden behördlichen Massnahmen und Sanktionen gem Art 58 iVm Art 84 DSGVO konfrontiert sehen können.

Bevor auf das Beschwerdeverfahren gem Art 77 DSGVO näher eingegangen werden soll, bedarf es also einer kritischen Auseinandersetzung mit der in Art 6 Abs 3 Bst a EMRK verbürgten Schutzbestimmung für das Strafverfahren, wonach «(j)eder Angeklagte [...] in allen Einzelheiten über die Art und den Grund der gegen ihn erhobenen Beschuldigung in Kenntnis gesetzt zu werden [hat]». Für die hier interessierende Informationsasymmetrie, die durch Anonymität von Bf entsteht, ist weiters Art 6 Abs 3 Bst d EMRK bedeutsam, wonach Angeklagten ein Fragerecht gegenüber Belastungszeugen gebührt. Dieses könnte durch Gewährung von Anonymität an Bf unzulässig beeinträchtigt sein, da es Bg an einer konkreten *Konfrontationsmöglichkeit fehlt*. Dies wäre im Übrigen auch im Kontext anonymer Hinweisgebender der Fall, jedoch ist die Zulässigkeit von Whistleblowing

52 Bereits VGH 03.09.2021, 2021/14; rezent EuGH 14.03.2024, C-46/23 (*Budapest/Nemzeti*) Rz 46.

53 Vgl Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 43 mVa Art 58 und 83 sowie ErwG 122 Satz 3 DSGVO.

im Lichte von Art 10 EMRK sowohl durch die facettenreiche Judikatur des EGMR legitimiert,⁵⁴ als auch vom EU-Gesetzgeber verbrieft.⁵⁵

Ein faires Verfahren, in dem sich die beteiligten Verfahrensparteien, dh im kontradiktorischen Verfahren der DPA folglich der Bf und Bg, «mit gleichen Waffen» gegenüberstehen, setzt voraus, dass der entscheidungswesentliche Sachverhalt respektive die für dessen Feststellung erheblichen Beweise den Verfahrensparteien bekannt sind. Ein wirksames Verteidigungsrecht im Strafverfahren bedingt, dass die beteiligten Parteien im Verfahren die Möglichkeit hatten, die Beweiserhebung oder dessen Verwertung anzugreifen.⁵⁶ Die in Art 6 EMRK grundgelegten Verfahrensgarantien spezifizieren jedoch nicht, wann eine Beweisaufnahme erforderlich ist, welche Beweismittel zulässig sind oder welche Beweiskraft ihnen zukommt.⁵⁷ Dies sind Regelungen, die im innerstaatlichen Recht festzulegen sind. Nach liechtensteinischem Verfahrensrecht (Art 81 Abs 1 LVG⁵⁸) wird als Entscheidungsschranke im behördlichen Schlussverfahren festgelegt, dass eine Entscheidung nicht auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden darf, «über die den beteiligten Personen nicht Kenntnis gegeben und nicht Gelegenheit zu ihrer Äusserung [gegeben wurde]». Auch freie Ermessensentscheidungen nach Art 81 Abs 4 LVG unterliegen mVa Art 92 LV den strengen Schranken des Gesetzes. Zur Beurteilung, ob ein (Straf-)Verfahren fair geführt wurde, kommt es auf dessen Gesamtschau an.⁵⁹

Informationsasymmetrie ist nicht zwangsläufig mit «unfairer» Informationsdysbalance gleichzusetzen. Dies ergibt sich etwa mit Blick auf das Wettbewerbsrecht und solcher Verfahrenskomplexe, in denen über «Informationen» als strittiges Anspruchsobjekt verhandelt wird (beachte das im Wettbewerbsrecht mögliche *in-camera*-Verfahren zum Schutz von Geschäftsge-

54 Vgl Dworschak, Vom öffentlichen Interesse an geheimen Dokumenten, LJZ 2023/3, 146f mVa EGMR 14.02.2023, 21884/18 (*Halet/Luxemburg*); EGMR 12.02.2008, 14277/04 (*Guja/Moldawien*); EGMR 23.09.1994, 15890/89 (*Jersild/Deutschland*) uvm.

55 RL (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden («Whistleblowing-RL»), ABl L 2019/305, 17; bis dato nicht ins EWR-Abkommen übernommen.

56 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in Nettesheim/von Raumer (Hrsg) EMRK⁴, Art 6 Rz 140 mVa EGMR 17.10.2013, 36044/09 (*Horvatic/Kroatien*) Rz 78.

57 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴ Art 6 Rz 139 mVa EGMR 21.01.1999, 30544/96 (*Garcia Ruiz/Spanien*) Rz 28.

58 Gesetz vom 21. April 1922 über die allgemeine Landesverwaltungspflege (LVG), LGBL 1922,24.

59 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴ Art 6 Rz 139 mVa EGMR 22.11.2001, 39799/98 (*Volkmer/Deutschland*) Rz 4.

heimnissen oder Informationszugangsverfahren usw.). Zur Wahrung des zentralen Schutzobjekts sind solchen Konstellationen mangelnde Konfrontationsmöglichkeiten oder fehlende Unmittelbarkeit wesensimmanent und gesetzlich sogar geboten. Es kann auch durchwegs im öffentlichen Interesse notwendig sein, der Verteidigung bzw Gegenpartei im Verfahren einzelne Beweise vorzuenthalten;⁶⁰ allerdings müssen diese Nachteile im weiteren Verfahrensgang ausgeglichen werden.⁶¹ Wenngleich ein faires Verfahren das Recht auf Akteneinsicht bedingt, bleibt die *informative Gleichstellung der Verfahrensparteien auf jene Inhalte begrenzt, die zur Klärung der entscheidungswesentlichen Rechtsfragen erforderlich sind*. Eine absolute informative Gleichstellung im kontradiktitorischen Verfahren wird durch die Verfahrensgrundrechte weder erreicht noch verlangt.⁶²

Nach im Schrifttum vertretener Meinung gebietet ein faires Verfahren auch einen Anspruch auf «*Wissensparität*»⁶³. Die grundrechtliche Forderung gem Art 6 EMRK bleibt auf die «*Einforderung angemessener Mitwirkungsrechte in einem konfrontativen öffentlichen Verfahren*»⁶⁴ beschränkt, die «*vor Willkür schützen und die Subjektstellung des Betroffenen im Verfahren gewährleisten soll*»⁶⁵. Die angeführte «*Wissensparität*» wird daher im Hinblick auf die hier diskutierte *Anonymisierungs-Doktrin* nicht überstrapaziert werden dürfen, sondern auf das für die Klärung der Sach- und Rechtslage Erforderliche beschränkt bleiben (müssen).

Das vor der DSS geführte Verwaltungsverfahren ist gem Art 46 Abs 1 LVG grundsätzlich nur zwischen den Verfahrensbeteiligten öffentlich. Die hier behandelte Judikatur des EFTA-GH beschränkt die Parteienöffentlichkeit im kontradiktitorischen Beschwerdeverfahren. Weder eine Anzeige noch eine Beschwerde können demnach als für die amtswegige Untersuchung der DSS per se als wesentliches und zwingend offenlegungserforderliches Kriterium angesehen werden. Zudem werden Verstöße gegen den Schutz

60 Siehe Dworschak, LJZ 2023/2, 146 (150) mVa auf die sogenannten «*Guja-Kriterien*»; EGMR 12.02.2008, 14277/04 (*Guja/Moldawien*).

61 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 101f, 140, 145ff mVa EGMR 19.02.2009, 3455/05 (A. ua/UK) Rz 205ff.

62 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 119; Wille, Beschwerderecht, in Kley/Vallender (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, LPS 52, 522 Rz mVa das gem Art 43 LV vermittelte Beschwerderecht.

63 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴ (2017) Art 6 Rz III mit Bezugnahme auf die Bereitstellung der Grundlagen von Geschwindigkeitsmessungen; mVa AG Emmendingen 13.11.2014, 5 Owi 530 Js 17298/13.

64 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 99 mWn.

65 Ebda.

der Privatsphäre und pbD vom sachlichen Anwendungsbereich der sogenannten Whistleblowing-RL⁶⁶ erfasst und ist demgemäß eine anonyme Hinweisgabe als zulässiges Beweismittel anzusehen. Auf das Zusammentreffen von Merkmalen verschiedener Rechtsinstitute wie Beschwerde, Anzeige, etc wird nachfolgend unter Punkt III eingegangen. Es ist also weder mit dem bestehenden europäischen *acquis communautaire*, zu welchem selbstredend die Whistleblowing-Direktive zählt, noch mit der zur anonymen Hinweisgabe ergangenen Judikatur des EGMR vereinbar,⁶⁷ der vorgenannten «*Wissensparität*» zu unterstellen, die Identität eines als Hinweisgeber geschützten Zeugen zu kennen.

Die rechtsstaatlichen Anforderungen an ein faires Verfahren steigen zwangsläufig mit der Eingriffsintensität, die mit einer aufsichtsbehördlichen Massnahme verbunden ist. Es ist nach Verfahrensart und -stadium zu unterscheiden bzw zu skalieren.⁶⁸ Ein Strafverfahren ist demnach «*fair*», wenn ein Beschuldigter das rechtliche Gehör erhält, um zu gegen ihn gerichtete Anschuldigungen Stellung zu nehmen (im Sinne des vorgenannten «*Konfrontationsrechts*» also «*seinem Ankläger gegenüber zu treten*»). Angesichts der von den DPAs wahrgenommen «*hybriden*» Verfahrenskonstellationen, die neben dem vorgebrachten Beschwerdegegenstand auch amtswegige Prüfschritte ermöglichen,⁶⁹ sowie angesichts der weitreichenden Sanktionsmöglichkeiten der DPAs erscheint die Prüfung einer notwendigen Konfrontation mit dem Bf jedoch als nicht ganz unwesentlich bei der Beurteilung einer fairen Verfahrensführung. Die Konfrontation des Bf mit dem Bg ist im datenschutzrechtlichen Beschwerdeverfahren immerhin dann zwingend erforderlich, wenn es auf die Beurteilung der Eigenart einer Datenverarbeitung ankommt oder ein Verstoss gegen das Datenschutzrecht auf eine im Einzelfall zurückzuführende Unregelmässigkeit zurückzuführen ist oder die Verletzung eines Betroffenenrechts im Einzelfall zu klären ist, zu deren Aufklärung die Verantwortliche als Bg über die Identität des Bf Bescheid wissen und demnach gehört werden muss. Nichts anderes ist auch aus der *Adpublisher*-Entscheidung des EFTA-GH abzuleiten.⁷⁰

66 Whistleblowing-RL, Art 2 Abs 1 Bst x.

67 Dworschak, LJZ 2023/2, 146 (150).

68 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 119.

69 Vgl Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 43 mVa Art 58 und 83 sowie ErwG 122 Satz 3 DSGVO.

70 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 48, wonach bei Anwendbarkeit des Widerspruchsrechts «*zwingende schutzwürdige Gründe nachgewiesen werden müssen, die den Interessen, Rechten und Freiheiten der betroffenen Personen vorgehen, oder*

Hierzu sei auf die aus dem Strafverfahrenskontext gewonnenen Erkenntnisse abgestellt. Es ist unstrittig, dass die Aussagen des Bf vor der DSS Beweischarakter haben. Im Strafverfahren ist ein Zeugenbeweis als «fair» zu bewerten, wenn Angeklagte die Möglichkeit zur Befragung des Zeugen erhalten.⁷¹ Demgegenüber ist eine Verwertung von Zeugenaussagen im Strafverfahren ohne Befragung des Angeklagten dann als mit dem *fair-trial*-Grundsatz vereinbar anzusehen, wenn dessen Befragung nicht möglich war bzw nach den «*Al-Khawaja-Kriterien*» geprüft wurde.⁷² Wenn es gute Gründe für die Abwesenheit von Zeugen gibt und dafür die Zulässigkeit ihrer Aussage als Beweismittel im Verfahren zuzulassen,⁷³ es sich dabei nicht um die alleinige oder entscheidende Grundlage für den Verfahrensausgang handelt⁷⁴ und hinreichende ausgleichende Faktoren bestehen («*einschliesslich gewichtiger prozessualer Absicherungen*»⁷⁵), um Verteidigungshindernisse auszugleichen und eine Gesamtbeschau erfolgte,⁷⁶ kann ein faires Verfahren sichergestellt sein, auch ohne direkte Konfrontation von Zeugen mit den Angeklagten. Nach der ständigen Rspr des EGMR bedarf es also stichhaltiger und hinreichender Gründe, um die Geheimhaltung der Identität eines Zeugen gegenüber der Verteidigung zu rechtfertigen.⁷⁷

Eine Notwendigkeit zur Geheimhaltung kann des Weiteren bestehen, wenn es der Bekämpfung organisierter Kriminalität dient, es der Schutz von Zeugen erfordert oder der Geheimhaltung polizeilicher Ermittlungsmethoden dient. Jedenfalls bedarf es einer dezidierten Abwägung der widerstreitenden Interessen auf Offenlegung oder Geheimhaltung der Identität eines Zeugen.⁷⁸ Als mit dem *fair-trial*-Grundsatz unvereinbar gelten

die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen [...]; auch Rz 51.

- 71 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 145 mVa EGMR 18.10.2001, 37225/97 (N.F./Deutschland).
- 72 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 145f mVa EGMR 15.12.2011, 26766/05 (*Al-Khawaja ua/UK*) Rz 119ff; auch EGMR 15.12.2015, 9154/10 (*Schatschawili/Deutschland*) Rz 107ff.
- 73 EGMR 15.12.2011, 26766/05 Rz 119 – 125.
- 74 EGMR 15.12.2011, 26766/05 Rz 119, 127 – 147.
- 75 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 145f.
- 76 EGMR 15.12.2011, 26766/05 Rz 147.
- 77 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 148 mVa EGMR 17.11.2005, 73047/01 (*Haas/Deutschland*).
- 78 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 148 mVa EGMR 10.11.2005, 54789/00 (*Bocos-Cuesta/Niederlande*) Rz 69.

Verurteilungen, die ausschliesslich oder entscheidend auf anonyme Zeugenaussagen gestützt werden, da es der Verteidigung in einem solchen Fall unmöglich wäre, die Glaubwürdigkeit der Aussage zu überprüfen.⁷⁹ Als ebenso unzureichend angesehen wurde die richterliche Vernehmung anonymer oder abgeschirmter Zeugen.⁸⁰ Der EGMR legte im Ergebnis der Überprüfung der Wahrung eines fairen Verfahrens, im Sinne einer «Stufentheorie», folgende Fragen zugrunde:

- Liegt eine Einschränkung des Konfrontationsrechts vor?
- Falls ja, wurden ausreichende Ausgleichsmassnahmen ergriffen oder
- liegt die mangelnde Konfrontationsmöglichkeit nicht in der Verantwortung der Behörden?⁸¹

Dies steht im Einklang mit dem nach Art 6 EMRK vermittelten rechtlichen Gehör, das eine angemessene «*adversatorische Verfahrensbeteiligung*» bedingt⁸² und die *Möglichkeit zur Äusserung zu allen erheblichen Rechts- und Tatsachenfragen* verlangt. Hierin gipfelt der Kern des Konflikts zwischen den nach Art 6 EMRK vermittelten Verfahrensgarantien und der materiellen Ausstrahlungswirkung der DSGVO auf das von der DSS geführte Beschwerdeverfahren und der daraus resultierenden Informationsasymmetrie:

Denn nach der erkennbaren *Anonymisierungs-Doktrin* stellt die *Identität des Bf gerade keine erhebliche Rechts- und Tatsachenfrage* dar, wenn es sich bei der beanstandeten Datenverarbeitung um eine solche handelt, die sich auf eine Vielzahl an Personen bezieht, also eine «*standardisierte und gleichartige Datenverarbeitung für eine unbestimmte Anzahl von betroffenen Personen betrifft oder auf mehreren gleichartigen Beschwerden basiert*»⁸³. Es sei die Angabe zur Person des Bf dann schlichtweg für die Klärung des Sachverhalts und der daran geknüpften Rechtsfolgen unerheblich, zumal die DSS die entsprechenden Überprüfungen vornimmt und ihr die Identität des Bf und dessen Beschwerdelegitimation bekannt ist.

79 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 149 mVa EGMR 26.03.1996, 20524/92 (Doorson/Niederlande) Rz 76, EGMR 20.09.1993, 14647/80 (Saidi/Frankreich) Rz 43f.

80 Ebda mVa EGMR 23.04.1997, 21363/93 (Van Mechelen ua/Niederlande).

81 Meyer-Ladewig/Harrendorf/König in EMRK⁴, Art 6 Rz 151 und 146.

82 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 100 mVa EGMR 18.03.1997, 2149/93 (Mantovanelli/Frankreich) Rz 33.

83 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 52.

Die nach Art 6 EMRK vermittelten Verfahrensgarantien (Waffengleichheit, Recht auf Akteneinsicht, Anspruch auf rechtliches Gehör, Begründungspflicht von Entscheidungen) stellen also für sich alleine genommen keine zwingenden Gründe für die Offenlegung der Identität von Bf dar; vielmehr bedarf es einer Prüfung im Einzelfall.⁸⁴ Immerhin sind Verantwortliche und Datenverarbeiter hinsichtlich der im Raum stehenden behaupteten DSGVO-Verstöße anzuhören, insbesondere da die DSS ihnen gegenüber amtsweig Abhilfemaßnahmen treffen könnte (aufgrund derer sie beschwert wären).⁸⁵

Der Grundsatz der Waffengleichheit verlangt nach ständiger Rspur des EGMR, dass ein «*faires Gleichgewicht*» (*fair balance, juste équilibre*) zwischen den Parteien besteht.⁸⁶ Die Fairness im Verfahren setzt voraus, dass jede Partei eine angemessene Möglichkeit haben muss, ihre Positionen zu vertreten, ihren Rechtsstandpunkt darzulegen und zu vorgebrachten Gegenäusserungen Stellung beziehen zu können. Dies muss unter Bedingungen erfolgen, die kein wesentliches Ungleichgewicht oder Missverhältnis zur Gegenpartei bedeuten.⁸⁷ Eine absolute Gleichstellung im Sinne «*totaler Parität*» im Verfahren wird durch Art 6 EMRK nicht vermittelt.⁸⁸ Es bedarf folglich keiner Gewährleistung gleicher Rechte im Verfahren; sondern ist den verschiedenen Rollen im Verfahren Rechnung zu tragen.⁸⁹ Vielmehr kann die Waffengleichheit im Verfahren wegen kollidierender Grundrechte oder auch zur Wahrung öffentlicher Interessen eingeschränkt werden.⁹⁰ In diese Kerbe schlägt auch die *Anonymisierungs-Doktrin*, die eine *materielle Ausstrahlungswirkung* der DSGVO auf das Verfahrensrecht zutage fördert.

84 Kley, Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, LPS 23, 76; Gächter, LJZ 2021/4, 156 mwN.

85 VGH 03.09.2021, 2021/14 mVa Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 10.

86 EGMR 29.05.1986, 85262/79 (*Feldbrugge/Niederlande*) Rz 44; EGMR 23.05.2016, 17502/07 (*Avotinš/Lettland*) Rz 119; vgl EuGH 06.11.2012, C-199/11 (*Europese Gemeenschap/Otis*) Rz 71; vgl VfGH 19.06.2002, B198/02, VfSlg 16560; VwGH 22.04.2015, Ra 2014/04/0046 VwSlg 19098 A/2015.

87 EGMR 19.09.2017, 35289/11 (*Regner/Tschechische Republik*) Rz 146; EGMR 27.10.1993, 14448/88 Rz 33.

88 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 115; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁷ § 24 Rz 61.

89 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 115 spricht von «*Rollendisparität*».

90 Meyer in EMRK² Art 6 Rz 119; Grabenwarter/Pabel, EMRK⁷ § 24 Rz 62, wonach zwischen Verfahrensphasen und -arten zu unterscheiden ist.

Erstes Zwischenfazit zur Vereinbarkeit einer Anonymisierungsdoktrin mit Verfahrensgrundrechten

Wie lassen sich nun die zitierten Erkenntnisse aus der Rspr des EGMR zu den verfahrensgrundrechtlichen Vorbehalten auf die hier interessierende Anonymisierungs-Doktrin übertragen bzw in Einklang bringen? Anzumerken ist, dass Bf nicht als blosse «Zeugen» im Verfahren auftreten, sondern Bf als Verfahrensparteien bestimmte prozessuale Rechte zukommen. Die Frage der Beschwerdelegitimation lässt sich ohne Kenntnis der Identität des Bf für die Bg als weitere Verfahrenspartei schlicht nicht überprüfen. Es bleibt demnach ausschliesslich der inhaltlichen und folglich nicht überprüfbaren Würdigung der DSS vorbehalten, ob eine Beschwerdelegitimation des Bf besteht. Streng genommen dürfte es auf eine Beschwerdelegitimation auch nicht ankommen, wenn es sich um eine Datenverarbeitung handelt, die losgelöst vom Einzelfall zu beurteilen ist und ausschliesslich ein amtswegiges Überprüfungsverfahren eingeleitet wird.

Die DSS stützt ihre Entscheidung jedoch nicht ausschliesslich auf das Vorbringen anonymer Bf, sondern räumt der verantwortlichen Stelle Gelegenheit zur Gegenäusserung ein und nimmt ggfs weitergehende Untersuchungen iSv Art 58 Abs 1 Bst b DSGVO vor, um auf deren Grundlage zu entscheiden. Die Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise ist damit zu begründen, dass ungeachtet des eigentlichen Beschwerdegegenstandes, die DSS *ex officio* im Beschwerdeverfahren zusätzliche Prüfpunkte aufnehmen kann bzw selbst bei Zurückziehen der Beschwerde, das bereits eingeleitete Verfahren amtswegig fortsetzen könnte. Das von der DSS geführte Verwaltungsverfahren weist daher – wie bereits vorangehend dargelegt – eine hybride Konstellation aus, in der Antragsverfahren und *ex officio*-Verfahren verschwimmen.

Dies bedeutet eine Vermengung zwischen Beschwerde- und Aufsichtsverfahren oder gar Verwaltungsstrafverfahren, dem eine Mehrparteienstellung grds fremd ist. Ein Verwaltungsstrafverfahren ist von einer blosen Zweipoligkeit geprägt, in dem eine Aufsichtsbehörde eine entsprechende Sanktionsbefugnis gegenüber einem oder mehreren Beschuldigten verfügt. Dritte können im Verwaltungsstrafverfahren lediglich die Rolle eines Zeugen übernehmen; eine wie auch immer gelagerte Beteiligung als interessierte Drittpartei oder eine Nebenintervention, wie es das gerichtliche Zivilprozessrecht kennt, war in der herkömmlichen Ausgestaltung eines Verwaltungsstrafverfahrens nicht vorgesehen. Ein entsprechender Erledigungs- oder gar Informationsanspruch Dritter ist im Verwaltungsstrafverfahren

nicht vorgesehen. Im Beschwerdeverfahren hingegen hat die Aufsichtsbehörde nach Art 77 Abs 2 DSGVO über Stand und Ergebnisse der Beschwerde zu unterrichten.

Gegenüber dem Bg kann die Informationspflicht eingeschränkt werden. Denn Art 21 DSGVO verpflichtet die DSS als verantwortliche Stelle unter Berücksichtigung der besonderen Situation von Bf (worin etwa ein Machtungleichgewicht der Betroffenen bestehen mag) zur Zurückhaltung bzw Einschränkung pbD gegenüber dem Bg, wenn keine zwingenden Gründe dem entgegenstehen.

Der Anforderungen an ein faires Verfahren kann also durchwegs gleichsam mit der Wahrung der Anonymität entsprochen werden; wiewohl zwischen dem nach Art 21 DSGVO vermittelten Widerspruchsrecht, das nur durch zwingende Gründe durchbrochen werden kann, und den Verfahrensgrundrechten stets ein Gleichgewicht herzustellen ist.

II. Verfahrensrechtliche Auswirkungen anonymer Beschwerden

A. Widerspruch als Anker materieller Ausstrahlungswirkung ins Verfahrensrecht

Indem die verfahrensleitende Behörde in ihrem Zuständigkeitsbereich als verantwortliche Stelle qualifiziert wird und demgemäß auf Antrag gem Art 21 DSGVO zu prüfen hat, in welchem Umfang personenbezogene Daten verarbeitet, dh offengelegt werden dürfen, ist eine materielle Ausstrahlungskraft der DSGVO auf das Verwaltungsverfahren zu attestieren.

Bei der Entscheidung hat sich die Behörde an den in Art 5 DSGVO vermittelten Datenschutzgrundsätzen zu orientieren und übt demgemäß einen gewissen Ermessensspielraum aus, um zu entscheiden, ob zwingende Gründe eine Offenlegung der Identität des Bf erfordern. Das Widerspruchsrecht wirkt insofern auf das Beschwerdeverfahren ein, worin die «materielle Ausstrahlungswirkung» von Art 21 DSGVO besteht.

Bei der Ausübung von Ermessen bei der Auslegung von Verfahrensvorschriften, sind diese nach österreichischer Lehre von *Grabenwarter* im Rahmen einer verfassungskonformen Interpretation iSd Gleichheitsatzes auszulegen.⁹¹ Das nunmehr in der Vollzugspraxis verschiedener DPAs eta-

⁹¹ *Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997), 337.

blierte Recht zur anonymen Beschwerdeführung vereinfacht den Zugang zum Verfahren für Betroffene und den dadurch vermittelten Grundrechtschutz erheblich, denn Bf sehen sich demgemäß nicht der Gefahr der Anfeindung oder Repression durch die Bg ausgesetzt. Die für FL bekannt niedrige Zugangsschwelle zur Inanspruchnahme des Grundrechtsschutzes (fehlender Anwaltszwang, keine Einschränkung auf Bagatellbeschwerden)⁹² wird – zumindest im Bereich des Datenschutzvollzugs – mit der Wahrung der Anonymität der Bf, somit um eine weitere Facette bereichert. Anzumerken bleibt, dass die in der *Adpublisher*-Rs geltend gemachte Anonymität ein Ergebnis des gegenüber einer öffentlichen Stelle geltend gemachten Widerspruchsrechts gem Art 21 DSGVO ist, da die Verarbeitung durch die DSS auf Grundlage von Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO erfolgte; damit entfaltet das gegenüber öffentlichen Stellen geltend gemachte Widerspruchsrecht eine besondere «*abwehrrechtliche*» Komponente, die theoretisch – vorbehaltlich seiner zulässigen Einschränkung gem Art 23 DSGVO – auch gegenüber anderen öffentlichen Stellen als datenschutzrechtlich Verantwortliche geltend gemacht werden könnte.⁹³ Hinsichtlich der Anwendbarkeit des Widerspruchsrechts ist einschränkend einzuwenden, dass selbst die DSS in ihrer Datenschutzerklärung⁹⁴ davon ausgeht, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit auch auf Grundlage von Art. 6 Abs. 1 Bst. c DSGVO erfolgen kann. Fusst eine Verarbeitungstätigkeit auf dieser rechtlichen Grundlage wäre ein Widerspruchsantrag nicht möglich, setzt dieser doch *explizit* Art 6 Abs 1 Bst e oder f DSGVO als Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung voraus. Im Ergebnis ist – wie es auch von EFTA-GH durchwegs bestätigt wurde – eine «*anonyme*» Beschwerde also stets vom Einzelfall abhängig zu machen. Dies erfordert letztlich auch eine Prüfung, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Widerspruch nach Art 21 DSGVO vorliegen – worunter ebenso die Frage nach der

92 Dazu ausführlich *Bussjäger*, Die Beschwerde an den Staatsgerichtshof, in Kley/Vallender (Hrsg) *Grundrechtspraxis in Liechtenstein* (2012), LPS 52 Rz 7.

93 Dazu bereits *Dworschak*, Idiosynkrasien des liechtensteinischen Datenschutzrechts, SPWR 2021, 143 (156f).

94 DSS, Datenschutzerklärung, «*Allgemeine Datenverarbeitung in der Datenschutzstelle*» <<https://www.datenschutzstelle.li/>> (abgerufen am 15.01.2025); In Übereinstimmung mit der rechtlichen Einordnung der DSS führt auch die öDSB auf ihrer Webseite aus, dass die Verarbeitung von Datenschutzbeschwerden im Anwendungsbereich der DSGVO auf Art. 6 Abs. 1 Bst. e iVm Art 57 Abs 1 Bst f DSGVO und Art 24 DSG geführt wird <<https://dsb.gv.at/kontakt/datenschutzerklaerung>> (abgerufen am 15.01.2025).

Rechtsgrundlage der Verarbeitungstätigkeit durch die Aufsichtsbehörde im Beschwerdeverfahren fällt.

Zur angeführten «*abwehrrechtlichen*» Dimension der hier bemühten *Anonymisierungs*-Doktrin sei abschliessend angemerkt, dass der Widerspruch nach Art 21 DSGVO sich zwangsläufig an die DSS als verantwortliche Stelle richten muss. Mittelbar kann sich dieses Betroffenenrecht über das von der DSS in weiterer Folge angestrengte Verwaltungsverfahren jedoch auf private Akteure auswirken, die als Verantwortliche einer Datenverarbeitung im Beschwerdeverfahren als Bg auftreten oder auch dann, wenn die Datenverarbeitung auf Art 6 Abs 1 Bst f DSGVO gestützt wird (diese Konstellation wird hier jedoch nicht weiter behandelt).

Abseits der aus der *Adpublisher*-Rechtssache ableitbaren abwehrrechtlichen Schutzwirkung des Widerspruchsrechts lässt sich diese Rechtsfolge daher womöglich auch gegenüber privaten Verantwortlichen in Anspruch nehmen. Dies mag wie eine logische Fortentwicklung des europäischen Datenschutzrechts wirken, war doch dem Recht auf Wahrung der Privatsphäre respektive dem Grundrecht auf Datenschutz bereits lange vor Inkrafttreten der DSGVO bereits eine unmittelbare Drittewirkung zugewiesen worden und dementsprechend der vormalige staatsgerichtete Schutzgedanke gegenüber staatlichen oder behördlichen Eingriffen auch auf das Verhältnis *inter privatos* ausgeweitet worden.

B. Exzess und Rechtsmissbrauch

Fraglich ist, inwieweit die Zulässigkeit anonymer Beschwerdeführung die Überprüfbarkeit exzessiv oder rechtsmissbräuchlich geltend gemachter Betroffenenrechte einschränkt. Dies blieb – mangels Verfahrensrelevanz – in der *Adpublisher*-Rechtssache unbeleuchtet. Die mögliche Unanwendbarkeit von Art 12 Abs 5 DSGVO bzw der darauf gestützten Einrede des Bg gegen exzessive und missbräuchliche Geltendmachung von Betroffenenrechten ist ebenso im Lichte der oben genannten Verfahrensgrundrechte zu untersuchen.

Denn eine Ausnahme vom Beschwerderecht nach Art 77 DSGVO besteht, wenn dieses in exzessiver bzw rechtsmissbräuchlicher Weise in Anspruch genommen wird (Art 12 Abs 5 DSGVO).⁹⁵ Ergänzend klarzustellen

95 Bergt in DSGVO³ Art 77 Rz 1; Bäcker in DSGVO³ Art 12 Rz 36f.

ist, dass Art 12 Abs 5 DSGVO unter anderem auf Anträge betreffend Massnahmen gem Art 15 bis 22 DSGVO abzielt, die direkt an einen Verantwortlichen gerichtet werden. Das Beschwerderecht nach Art 77 DSGVO ist von diesem Katalog nicht direkt erfasst; gleichwohl ist es seiner Wirkung und Rechtsnatur nach ein «*Betroffenenrecht*»,⁹⁶ das jedoch nicht beim Verantwortlichen einer Datenverarbeitung eingebracht wird, sondern bei der zuständigen DPA. Nichtsdestotrotz dient die Beschwerde zur Geltendmachung (behaupteter) rechtswidriger Verarbeitungsvorgänge. Daher kann im Wege einer Beschwerde nach Art 77 DSGVO auch ein gegenüber dem Verantwortlichen exzessiv geltend gemachtes Betroffenenrecht an die DPA herangetragen werden, ohne dass die DPA Kenntnis von einem vorgängigen Exzess erlangt. Ob einer Beschwerde allenfalls vorausgegangene Anträge bei der Frage nach deren Exzess gesamthaft berücksichtigt werden (können), hängt bei deren anonymen Geltendmachung des Beschwerderechts durch Betroffene von der Erwähnung vorgängiger Anträge im Beschwerdevorbringen ab. Bleibt der Bf anonym, besteht für die Bg keine Möglichkeit auf einen allfälligen Exzess des Beschwerdevorbringens im Gesamtkontext der geltend gemachten Betroffenenrechte hinzuweisen, der tatsachenwidrig vom Bf gegenüber der DPA verschwiegen wurde. Die Darlegung exzessiver bzw rechtmissbräuchlicher Geltendmachung von Betroffenenrechten scheitert diesfalls mangels Kenntnis der Identität einer Verfahrenspartei.

In diesem Kontext zu erwägen ist daher, zu welchem Zweck die Einrede eines Exzesses und Rechtsmissbrauchsklausel in die DSGVO aufgenommen wurde und ob die erkennbare *Anonymisierungs*-Doktrin dieses Rechtsinstitut völlig aushöhlt und Art 12 Abs 5 DSGVO damit faktisch unanwendbar wird:

Jedenfalls obliegt es der DPA gem Art 57 Abs 4 DSGVO (bzw in FL gem Art 15 Abs 5 DSG) zu prüfen, ob bei offenkundig unbegründeten oder im Fall häufiger Wiederholung exzessiver (rechtmissbräuchlicher) Anfragen, eine Gebühr verlangt wird oder die DPA sich weigert aufgrund der Anfrage (Beschwerde) tätig zu werden. Sie hat skaliert vorzugehen und die Wahlmöglichkeit entweder eine Gebühr auf Grundlage der faktisch entstehenden Verwaltungskosten vorzuschreiben oder die Erledigung einer Beschwerde zu verweigern, wobei die DPA die Beweislast für einen Exzess

⁹⁶ Das Beschwerderecht (Art 77 DSGVO) wird vor dem EuGH als «*Betroffenenrecht*» qualifiziert, vgl SA GA *Priit Pikamäe* 16.03.2023, C-26/22 & C-64/22 (UF ua/Hessen & Schufa Holding AG) Rz 47 mVa EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 sowie Art 58 Abs 4 DSGVO und ErwG 141 DSGVO.

bzw einen Rechtsmissbrauch der vorgetragenen Beschwerde trifft.⁹⁷ Der EuGH bestätigt in nunmehr gefestigter Rspr, dass diese Möglichkeiten gleichwertig nebeneinander bestehen, solange die DPA angemessen und verhältnismässig entscheidet.⁹⁸ Gleiches gilt für Verantwortliche die ein exzessives Vorgehen Betroffener iSv Art 12 Abs 5 DSGVO behaupten.⁹⁹

Als *exzessiv* bzw *missbräuchlich* gilt ein Antrag auf Geltendmachung von Betroffenenrechten nach hL, wenn die *häufige Antragswiederholung ohne berechtigten Grund* erfolgt.¹⁰⁰ Die nach Art 12 Abs 5 DSGVO vermittelte – sehr *restriktiv* anzuwendende – *Möglichkeit zur Missbrauchsabwehr* verschafft Verantwortlichen einen Schutz bei verschiedenen Fallkonstellationen, jenen der offensichtlich unbegründeten Antragstellung und eines Exzesses. Bäcker erkennt einen Missbrauchsfall bei offenkundig unbegründeten Anträgen erst dann, «*wenn die Bearbeitung des Antrags einen weit überdurchschnittlichen Aufwand erfordern würde, obwohl die Erfolglosigkeit von vornherein unzweifelhaft feststeht.*»¹⁰¹ Ein Exzess verlangt nach Bäcker nicht alleine einen hohen Bearbeitungsaufwand, sondern zudem «*ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Antragstellers*»¹⁰². Dieser Auffassung folgte rezent auch GA *de la Tour* in den Schlussanträgen zur Rs C-416/23 (Österreichische DSB/FR), wonach es auf die blosse Anzahl der Beschwerden nicht ankomme, sondern diese höchstens indiziell für den Exzess sei.¹⁰³ Diesen Ausführungen folgte der EuGH jüngst und stellte dabei sowohl auf den allgemeinen Sprachgebrauch ab, wonach das Adjektiv «*exzessiv*» etwas bezeichnet, das über das gewöhnliche oder vernünftige Mass hinausgeht oder das erwünschte oder zulässige Mass überschreitet,¹⁰⁴ machte dies aber gleichzeitig von einer kontextuellen Einordnung der Anzahl an Anfragen

97 Selmayr in DSGVO³ Art 57 Rz 26; ähnlich Boehm in DSGVO³ Art 57 Rz 27; vgl auch Bäcker in DSGVO³ Art 12 Rz 38; keine Skalierung erörternd v.Lewinski in DSGVO⁸ Art 57 Rz 51.

98 EuGH 9.1.2025, C-416/23 (DSB/FR) Rz 61; den SA GA *Richard de la Tour* 05.09.2024, C-416/23 (DSB/FR) Rz 93 folgend; bereits EuGH 12.1.2023, C-154/21 (Österreichische Post AG) Rz 31.

99 Heckmann/Paschke in DSGVO³ Art 12 Rz 43f.

100 Heckmann/Paschke in DSGVO³ Art 12 Rz 43 mVa Kuznik, Die Grenzen des Anspruchs auf Zugang zu personenbezogenen Daten, NVwZ 2023, 297 (300ff); ähnlich Bäcker in DSGVO³ Art 12 Rz 37f uva.

101 Bäcker in DSGVO³ Art 12 Rz 37.

102 Ebda.

103 SA GA *de la Tour* 05.09.2024, C-416/23 Rz 73f, 77, 80.

104 EuGH 09.01.2025, C-416/23 Rz 42.

abhängig.¹⁰⁵ Die blosse Anzahl an Anfragen bzw. Beschwerden reicht für sich genommen daher nicht aus, um gestützt auf Art 57 Abs 4 DSGVO (und wohl auch Art 12 Abs 5 DSGVO) deren Behandlung zu verweigern, sondern kommt es auf das Vorliegen einer Missbrauchsabsicht der anfragenden Person an, die zudem nachzuweisen ist.¹⁰⁶

Röhrt eine Beschwerde bei der DPA aus der Nichtbehandlung eines aus Sicht des Verantwortlichen exzessiven und rechtsmissbräuchlichen Antrags iSv Art 12 Abs 5 DSGVO ist eine diesbezügliche Einrede gegenüber der DPA nicht möglich, wenn dem Bg die Identität des Bf nicht bekannt ist. Regelmässig steht der Exzess (zumindest indiziell) mit der Anzahl der geltend gemachten Anträge in Zusammenhang, ein einzelnes Begehrnis wird für sich alleine kaum das Kriterium exzessiven und rechtsmissbräuchlichen Vorgehens erfüllen. Entscheidend für die Annahme eines Exzesses ist, dass die Beschwerde bzw. der Antrag «*nicht objektiv durch Erwägungen gerechtfertigt ist, die sich auf den Schutz der Rechte beziehen, die die DSGVO dieser Person verleiht*»¹⁰⁷. Ist die Identität des Bf dem Bg unbekannt, fehlt es an einem verbindenden Element zwischen den bisherigen Anträgen und einer Beschwerde nach Art 77 DSGVO und besteht für die Einrede des Exzess oder Rechtsmissbräuchlichkeit faktisch kein Spielraum.

Unabhängig davon bleibt bereits angesichts der hohen materiellen Schwelle einer zulässigen Exzess-Einrede ein denkbar geringer Anwendungsspielraum im Beschwerdeverfahren. Darüber hinaus schlägt die Bezugnahme auf allfälligen Exzess stets dann fehl, wenn die DPA eine rechtswidrige Datenverarbeitung feststellt. Diesfalls ist eine Inanspruchnahme von Art 12 Abs 5 DSGVO ausgeschlossen. *Selmayr* führt dazu (im Lichte von Art 57 Abs 4 DSGVO) pointiert aus, dass zwar grundsätzlich die querulatorische Inanspruchnahme der Tätigkeit einer Behörde durch Exzessklauseln verhindert werden sollte, aber nicht selten nach Erstannahme eines Exzesses und Missbräuchlichkeit erkannt wird, dass der vermeintliche Querulant, ein «*in einem Grundrecht verletzter Einzelner [ist], der des Schutzes der Aufsichtsbehörden bedarf*»¹⁰⁸.

Die DPA hat ihre Entscheidung ohnedies hinreichend zu begründen; das bedeutet übertragen auf die für eine anonyme Beschwerdeführung erforderliche Datenverarbeitung, die «*standardisierter oder allgemeiner Na-*

105 EuGH 09.01.2025, C-416/23 Rz 44f.

106 EuGH 09.01.2025, C-416/23 Rz 59.

107 SA GA de la Tour 05.09.2024, C-416/23 Rz 80.

108 *Selmayr* in DSGVO³ Art 57 Rz 26.

ter» sein muss, dass hinreichende Feststellungen dazu getroffen werden müssen, dass es auf die Offenlegung der Identität des Bf (zur Beurteilung rechtsmissbräuchlichen und exzessiven Vorgehens) im Regelfall nicht ankommen kann. Diesfalls wird dem in FL auf Grundlage von Art 43 Abs 3 LV als selbstständiger Grundrechtsverbürgung anerkanntem Recht auf rechtsgenügliche Begründung durch die DSS entsprochen.¹⁰⁹

Gelangt eine DPA demnach zur Ansicht, dass die bei ihr vorgetragene Beschwerde dem Grunde nach berechtigt ist und die womöglich gegenüber der Bg vormals erfolglos geltend gemachten Anträge zur Wahrnehmung von Betroffenenrechten dem Grunde nach berechtigt sind, kann es nach hL auf die *Einrede der vormals häufigen Wiederholung* der sinngemäß gleichartigen Anträge gegenüber den Verantwortlichen also *nicht ankommen* (wie es zuletzt auch vom *GA de la Tour* vor dem EuGH vertreten wurde)¹¹⁰.

C. Wahrung der Anonymität im Rechtsmittelverfahren

Die Zulässigkeit anonymer Beschwerdeführung iSd *Anonymisierungs-Doktrin* bedeutet zwangsläufig auch eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts des Bg, da zur Wahrung der Identität des Bf auch eine Schwärzung personenbezogener Angaben im Verfahrensakt erforderlich ist oder Aktenbestandteile von einer Akteneinsicht auszunehmen sein werden, aus denen ein Personenbezug hergestellt werden könnte.

Für das Verfahren nach Art 78 DSGVO – also dem der DPA ggf. nachfolgenden (verwaltungs)gerichtlichen Überprüfungsverfahren – wäre zunächst anzunehmen, dass eine Übermittlung des Verfahrensaktes durch die DPA an das zuständige Verwaltungsgericht nur in geschwärzter Form erfolgen darf, sofern sich der gegenüber der DPA geltend gemachte Widerspruch hierauf erstreckt (wie es die *Adpublisher*-Entscheidung nahelegt). Fraglich ist jedoch, ob durch Übermittlung eines bloss eingeschränkten bzw. geschwärzten Verfahrensaktes, die Überprüfbarkeit der von der DPA getroffenen Entscheidung respektive ihrer Feststellungen zum entscheidungsrelevanten Sachverhalt gewährleistet ist. Zu den rechtserheblichen Entscheidungen, die gerichtlich überprüfbar sein müssten, wird nach hier vertretener Meinung letztlich auch der Umstand zu zählen sein, ob die

109 Wille in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 515 Rz 13 mVa StGH 21.09.2010, 2010/8, ErwG 21; StGH 02.10.2006, 2006/28, ErwG 6.2.

110 SA GA de la Tour 05.09.2024, C-416/23.

beschwerdegegenständliche Datenverarbeitung sich vom Einzelfall loslösen lässt und schliesslich, ob dieser Umstand die Einschränkung der Identitätsangaben entsprechend der Entscheidung des EFTA-GH rechtfertigt. Es ist daher fraglich, ob im Verfahren nach Art 78 DSGVO seitens der DSS gegenüber den im weiteren gerichtlichen Überprüfungsverfahren zuständigen Stellen (in FL: VBG, VGH und im Rahmen einer verfassungsrechtlichen Grobprüfung auch der StGH) eine Offenlegung des gesamten, dh ungeschwärzten Aktes erforderlich wäre, um die Überprüfbarkeit der von der DSS getroffenen Feststellungen zu ermöglichen.

Nach dem für Liechtenstein relevanten Grundrechtsverständnis verbürgt Art 43 LV «im Sinne des effektiven Rechtsschutzes» den Zugang zu einem Gericht (bzw gerichtsähnlichem Tribunal)¹¹¹, dem «volle Prüfungsbefugnis als Sach- und Rechtsinstanz» zukommt.¹¹² Dieses Grundrechtsverständnis muss nach hier vertretener Ansicht zwangsläufig dazu führen, dass den im weiteren Instanzenzug zuständigen Stellen in FL, die mit der inhaltlichen und rechtlichen Überprüfung von Entscheidungen der DSS befasst sind, sämtliche entscheidungsrelevanten Tatsachen offenzulegen sind, um ihre volle Prüfungs- und Kognitionsbefugnis wahrnehmen zu können. Es ist nicht ausgeschlossen, dass es sich hierbei auch um die Identität des Bf handelt.

Hier eröffnen sich verschiedene (hier nicht abschliessend aufgezählt) Konstellationen, zu denen es bislang keine hinreichend gesicherte höchstgerichtliche Judikaturlinie gibt, da der EFTA-GH in der *Adpublisher*-Rechtssache diese nicht zu beurteilen hatte:

1. Die DSS übermittelt der VBG, entsprechend dem ihr gegenüber geltend gemachten Widerruf, lediglich einen geschwärzten Verfahrensakt, der keine Angaben zur Person des nach Art 77 DSGVO Bf enthält. Dies erscheint aufgrund der vorangehend genannten Punkte kritisch, da eine Überprüfbarkeit der Anonymisierungsentscheidung gewissermassen verunmöglich oder immerhin erschwert wird.

111 Wille in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 522 Rz 22 (FN 89); vgl StGH 15.09.2009, 2009/2 ErwG 3; StGH 29.11.2010, 2010/80, ErwG 2.2.

112 Wille in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 519 Rz 18, 22 und 39 mVa StGH 1988/20 = LES 1989, 125 (I28, ErwG 31); StGH 01.12.2009, 2009/93, ErwG 7.1; StGH 18.05.2010, 2010/5, ErwG 6.2; StGH 18.05.2011, 2010/145, ErwG 2.2; StGH 18.02.2002, 2001/21 = LES 2004, 168 (ErwG 7); StGH 01.09.2006, 2005/37, ErwG 2.1.

2. Die DSS wird von der VBK zur Übermittlung des ungeschwärzten Verfahrensaktes aufgefordert, da dieser als zur Klärung der aufgeworfenen Sach- und Rechtsfragen erforderlich angesehen wird.
3. Verweigert die DSS die Offenlegung bzw Übermittlung eines ungeschwärzten Aktes, eröffnen sich diverse – hier nicht näher behandelte – Fragen über die Anordnungsbefugnisse der Rechtsmittelinstanz, allfälligen Amtsmissbrauchs durch die Vollzugstätigkeit der DSS bei Vorenthaltung wesentlicher Aktenbestandteile sowie zur Unabhängigkeit von DPAs. Insbesondere interessiert hier aber die Frage der Bindungswirkung eines gegenüber der unabhängigen und weisungsfreien Aufsichtsbehörde geltend gemachten Widerspruchs gegenüber den im Instanzenzug zuständigen Stellen.
4. Entspricht die DSS der Aufforderung der VBK aufgrund verfahrensrechtlicher Anordnung – ist also zur Weiterleitung (Verarbeitung) pbD verpflichtet – wird sie dies gegenüber der betroffenen Person mitteilen müssen.

Zweites Zwischenfazit zu verfahrensrechtlichen Sonderfragen

Der EFTA-GH hatte sich mit den vorangehend behandelten Fragen – mangels Verfahrensrelevanz – nicht näher zu befassen; dem Widerspruchsrecht kommt im Zusammenhang mit der Zulässigkeit einer anonymen Beschwerde zentrale Bedeutung zu. Kritisch erscheinen die vom EFTA-GH punktuell nicht näher beleuchteten Voraussetzungen für das Vorliegen eines Widerspruchsrechts, das in der besonderen Situation von Bf verankert ist. Der Zugang gestaltet sich einigermassen paradox: denn die Identität eines Bf wird – gestützt auf das in Art 21 DSGVO verankerte Widerspruchsrecht – nicht offengelegt, wenn der Beschwerdegegenstand eine standardisierte und gleichartige Datenverarbeitung betrifft. Inwieweit aus einer standardisierten und gleichgelagerten Datenverarbeitung eine nach Art 21 Abs 1 DSGVO geforderte «*besondere Situation*» darstellt, bleibt der EFTA-GH eine Begründung schuldig. Dies mag dahingehend aufgelöst werden, als es bei teleologischer Auslegung des Widerspruchsrechts bzw des allgemeinen Schutzzwecks der DSGVO in erster Linie der Wahrung der informationellen Selbstbestimmung dienen soll, personenbezogene Daten natürlicher Personen und damit deren Identität zu schützen. Die spezifische Ausgangssituation die Art 21 DSGVO verlangt, war folglich auf Konstellationen zu erweitern, in denen aufgrund der strukturellen Ausgangslage der Einzelne

nicht zur Offenlegung bestimmter Angaben anzuweisen ist. Ob es hierzu eines Rückgriffes auf das Widerspruchsrecht bedurfte oder die Grundsätze des Datenschutzes nach Art 5 DSGVO (Datensparsamkeit, -minimierung, etc) ausreichende normative Anknüpfungspunkte geboten hätten, bleibt offen.

Die Einrede eines Exzesses oder der Rechtsmissbräuchlichkeit wird – schon in Anbetracht der jüngsten EuGH-Judikatur – wenig geeignet sein, einer anonymen Beschwerde entgegenzuhalten zu werden. Ebenso muss – nach hier vertretener Ansicht – die Anonymisierung der Beschwerdeschrift durch die DSS unter dem Vorbehalt ihrer Überprüfbarkeit im Rechtsweg erfolgen; das ist herausfordernd, ist aber durchaus möglich.

III. Judikative Fortbildung des Beschwerderechts

Für die gegenständliche Untersuchung steht das über Art 77¹¹³ und 78 DSGVO¹¹⁴ vermittelte Beschwerderecht im Sinne eines Anrufungsrechts an die DPA¹¹⁵ sowie als im daran anschliessenden Rekursverfahren geltend zu machendem Rechtsmittel bzw. -Rechtsbehelf im Vordergrund. Zu diesem ist anzumerken ist, dass die Preisgabe der Identität von Bf nach teilweiser im Schrifttum vertretener Ansicht bereits vor der *Adpublisher*-Rechtssache als regelmässig nicht erforderlich angesehen wurde.¹¹⁶ Dennoch ist die Möglichkeit zu dessen anonymer Geltendmachung soweit ersichtlich erst-mals vom EFTA-GH in der *Adpublisher*-Rechtssache höchstgerichtlich beurteilt worden. Das Beschwerderecht wurde nach hier vertretener Ansicht dadurch judikativ weiterentwickelt.

113 Art 77 Abs 1 DSGVO lautet: «*Jede betroffene Person hat unbeschadet eines anderweitigen verwaltungsrechtlichen [...] Rechtsbehelfs das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde [...], wenn die betroffene Person der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen diese Verordnung verstösst.*».

114 Art 78 Abs 1 DSGVO lautet: «*Jede betroffene Person hat unbeschadet eines verfügbaren verwaltungsrechtlichen oder aussergerichtlichen Rechtsbehelfs einschliesslich des Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde gemäss Artikel 77 das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf, wenn sie der Ansicht ist, dass die ihr aufgrund dieser Verordnung zustehenden Rechte infolge einer nicht im Einklang mit dieser Verordnung stehenden Verarbeitung personenbezogener Daten verletzt wurden.*».

115 Vgl Sydow in Sydow (Hrsg), DSGVO-Handkommentar, 2. Auflage (2018), Art 77 Rz 4.

116 Vgl Bergt in DSGVO³ Art 77 Rz 13.

A. Allgemeine Vorbemerkungen zum Beschwerderecht nach Art 77 DSGVO

Unabhängig von der anonymen bzw anonymisierten Inanspruchnahme des Beschwerderechts, wird nach dem Wortlaut von Art 77 DSGVO der von einer Datenverarbeitung «betroffenen Person» ein Beschwerderecht bei der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde vermittelt. Dieses dient dazu Betroffenen einen *effektiven Rechtsschutz* respektive Grundrechtsschutz zu verschaffen.¹¹⁷ Art 77 DSGVO wird daher – unbeschadet der Möglichkeit einer zivilrechtlichen Geltendmachung gem Art 79 DSGVO – als zentrale und vorrangige Bestimmung zur Durchsetzung von Betroffenenrechten angesehen.¹¹⁸ Hinsichtlich der hier angemerkt grundrechtlichen Schutzkomponente ist im Hinblick auf die spezifische liechtensteinische Ausgangslage einzuschränken, dass die primärrechtliche Schutzwirkung des Art 8 sowie Art 47 GRC, mangels Geltung der GRC für die EFTA-Mitgliedstaaten des EWR, keine normative Wirkung entfaltet, sondern «lediglich» auf den EWR «ausstrahlt».¹¹⁹ Der im Normtext der GRC verankerte Schutz pbD (Art 8 Abs 1 GRC) bezweckt, dass eine Datenverarbeitung nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung oder auf einer sonstigen gesetzlichen Grundlage erfolgt (Art 8 Abs 2 GRC). Übereinstimmend wird im Schrifttum zu Art 8 GRC allerdings vertreten, dass der nach dieser Grundrechtsverbürgung gewährleistete Schutz pbD an deren «Verarbeitung» geknüpft ist.¹²⁰ Dies ist für die weiteren Überlegungen der *materiellen Eintretensvoraussetzungen einer Beschwerde* (dazu gleich) – auch für die liechtensteinische Ausgangslage – massgebend, aber erst recht für die EU-Mitgliedsstaaten, in denen die GRC unmittelbar gilt. Für die weiteren Überlegungen zur Rechtsnatur der Beschwerde und ihrer Abgrenzung ebenso wesentlich ist der Umstand, dass durch Art 77 DSGVO keine Vollharmonisierung der Rechtsbehelfe angestrebt wurde;¹²¹ so bleibt das Verfahrensrecht der autonomen Ausgestaltung der Mitgliedstaaten vorbehalten (wenn auch die nationalen Verfahrensvorschriften so auszulegen

117 Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 1.

118 Bergt in DSGVO³ Art 77 Rz 1.

119 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 50.

120 Riesz in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC² (2019) Art 8 Rz 46f; Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt (Hrsg), GRC⁵ (2019) Art 8 Rz 22.

121 Nemitz in DSGVO³ Rz 2.

sind, dass die von der DSGVO vermittelten Rechte und Pflichten nicht gefährden)¹²².

Die Beschwerde nach Art 77 DSGVO ist ihrer Natur nach keine reine «Verwaltungsbeschwerde», denn sie dient nicht ausschliesslich zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Ansprüche gegenüber öffentlichen Stellen, sondern kann ebenso zur Abhilfe von Datenschutzverstößen gegenüber privaten Akteuren verhelfen. Dies ist konsequent, da das Datenschutzrecht sich durch eine unmittelbare Drittewirkung auszeichnet; es verpflichtet sowohl private als auch staatliche Akteure. Das Grundrecht auf Datenschutz erfüllt – soweit staatsgerichtet – eine abwehrrechtliche Funktion und ermöglicht darüber hinaus auch die Rechtsdurchsetzung *inter privatos*. Wie bereits angemerkt entfaltet die GRC für FL keine normative Geltung¹²³ und demgemäß weist das Datenschutzrecht (nur) als Teilgehalt des nationalen Grundrechtskatalogs (konkret als Teilbereich von Art 32 LV) eine verfassungsrechtliche Verbürgung auf.¹²⁴ Beachte dazu die Feststellungen des EFTA-GH im Fall *Adpublisher AG* wonach die Formulierung in Art 58 Abs 4 DSGVO «*im Einklang mit der Charta*» nicht in Bezug auf die EWR/EFTA-Staaten gilt.¹²⁵

B. Anonyme Beschwerde als «*anderweitiger Rechtsbehelf*»?

Der «*numerus clausus*» der im Gesetz vorgesehenen (datenschutzrechtlichen) Rechtsbehelfe ist ausdrücklich nicht auf «*Beschwerden*» beschränkt. Denn gem Art 77 Abs 1 DSGVO besteht das Beschwerderecht unbeschadet anderweitiger Rechtsbehelfe. Zu denken wäre demnach an klassische Rechtsbehelfe, wie die Wiederaufnahme, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand usw. Allerdings besteht aufgrund der allgemeinen mitgliedstaatlichen Verfahrensautonomie (vgl ErwG 129 DSGVO) die Möglichkeit völlig unterschiedliche und andersgelagerte Instrumente zur Rechtsdurchsetzung vorzusehen – solange ein den gesollten Mindestanforderungen genügendes und äquivalentes und effektives Rechtsschutzinstrument zur Verfügung

122 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 112.

123 EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 50.

124 Gächter in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 271 (288f).

125 Vgl Hammermann in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 291 (303, 306) mVa EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 & E-12/19 Rz 50, 55: Die Formulierung in Art 58 Abs 4 DSGVO «*im Einklang mit der Charta*» gilt nicht in Bezug auf die EWR/EFTA-Staaten.

steht.¹²⁶ Dies wird durch die Offenheit der Verfahrensregelung in Art 77 DSGVO auch berücksichtigt.

Die hier behandelte, durch die RspR des EFTA-GH nach mE fortentwickelte bzw bestätigte *Ausweitung des Beschwerderechts auf deren anonyme Geltendmachung* steht mit Art 77 Abs 1 DSGVO in Einklang, etwa wenn die anonyme Beschwerde allenfalls auch als «*anderweitiger verwaltungsrechtlicher*» Rechtsbehelf interpretiert wird und als neuartiges Konstrukt Einzug in das Verwaltungsverfahren hält. Eine derartige Interpretation stünde grds im Einklang mit der Verfahrensautonomie der EWR-Mitgliedstaaten, denen eine autonome Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens und seiner Rechtsbehelfe vorbehalten bleibt. Grundsätzlich bedürfte es wohl einer gesetzlichen Grundlage für einen solchen Rechtsbehelf. Die aus der *Adpublischer*-Entscheidung ableitbare *materielle Ausstrahlungswirkung* der DSGVO auf das Verfahrensrecht würde indessen nahelegen, dass eine solche nicht erforderlich ist. Unter Heranziehung des *effet-utile*-Grundsatzes könnte eine anonyme Beschwerdeführung allerdings zur effektiven und wirksamen Rechtsdurchsetzung nach Art 77 DSGVO womöglich sogar geboten sein, ohne dass eine «*anonyme Beschwerde*» als «*anderweitiger Rechtsbehelf*» interpretiert werden müsste. Ähnliches könnte sich bereits aufgrund von Art 5 DSGVO ergeben (siehe oben).

Hinsichtlich der nationalen «grundrechtlichen» Ausgestaltung des Beschwerderechts ist für FL auf Art 43 LV¹²⁷ einzugehen. Diese Bestimmung verankert das Recht der Beschwerdeführung im nationalen Verfassungsrecht Liechtensteins und vermittelt Landesangehörigen das (Grund)Recht, gegen ihre «*Rechte oder Interessen benachteiligende verfassungs-, gesetz- oder verordnungswidrige Benehmen oder Verfahren einer Behörde bei der ihr unmittelbar vorgesetzten Stelle Beschwerde zu erheben und dies nötigenfalls bis zur höchsten Stelle zu verfolgen, soweit nicht eine gesetzliche Beschränkung des Rechtsmittelzugs entgegensteht.*»¹²⁸ Dieses Beschwerderecht wird nach ständiger Judikatur des StGH als «*reines Verfahrensrecht*» verstanden,¹²⁹ das *keine absolute Geltung* hat.¹³⁰ Eine Ausdehnung des Beschwerderechts ist durch das internationale Recht gem Art 13 EMRK verbürgt und

126 Vgl EuGH 09.11.1983, C-199/82 (*San Giorgio/Italien*): wonach die MS die Ausübung der durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen dürfen.

127 Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921 (LV), LGBl 1921.015.

128 Wille in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 509 Rz 6.

129 StGH 29.08.2011, 2011/11; ErwG 4; StGH 27.09.2005, 2005/11, ErwG 3.1.1 f.

130 Wille in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 516 Rz 15.

zulässig.¹³¹ Eine Ausweitung auf einen nach den aktuellen Erfordernissen einer modernen demokratischen Gesellschaft entsprechenden Rechtsbehelf könnte zudem mit der «*living-instrument*»-Doktrin des EGMR in Einklang stehen. Da der Datenschutz als Teilbereich von Art 32 LV umfasst wird, ist über diesen Weg, zuletzt immerhin über den Schutzbereich des Art 8 Abs 1 EMRK,¹³² eine grundrechtliche Schutzkomponente gegeben, die über eine «Grundrechtsbeschwerde» geltend gemacht werden kann. Eine anonyme Beschwerde gem Art 77 DSGVO entspricht diesen Vorgaben.

Gem Art 13 EMRK hat ein Rechtsbehelf wirksam zu sein. Das setzt voraus, dass er entweder geeignet ist, eine Verletzung der EMRK zu verhindern, abzustellen oder angemessene Wiedergutmachung zu bewirken.¹³³ Für die «*Wirksamkeit*» eines Rechtsbehelfs wird die Kenntnis der Identität eines Bf unter den oben dargelegten Voraussetzungen (siehe Kapitel I) als nicht erforderlich angesehen.

C. Materielle Eintretensvoraussetzung einer (anonymen) Beschwerde

Wesentlich für die Annahme einer gerichtlichen Fortentwicklung des Beschwerderechts ist nun die an dessen Geltendmachung geknüpfte Eintretensvoraussetzung der «*Betroffenheit*». Hinsichtlich der *Beschwerdelegitimation bzw Zulässigkeitsvoraussetzungen* einer Beschwerde gem Art 77 DSGVO werden dazu im Schrifttum heterogene und divergierende Rechtsansichten zur Natur der Beschwerde und der Beschwerdelegitimation vertreten, die im Wesentlichen auf eine unterschiedliche Interpretation der «*Betroffenheit*» der Bf zurückzuführen ist:

Nach dem klaren Wortlaut der Bestimmung (Art 77 Abs 1 DSGVO) steht die Beschwerde jeder «*betroffenen Person*» zu; ihr Beschwerdegegenstand ist auf «*die Verarbeitung der sie betreffenden Daten*» bzw einen dadurch behaupteten Verstoss gegen die DSGVO gerichtet.

131 *Wille* in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 510.

132 *Gächter*, Die Konstitutionalisierung des Rechts auf Datenschutz und eventuelle Auswirkungen auf Liechtenstein, in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 271 (282); diff *Bussjäger*, Art. 32 LV Rz 82f in Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Online-Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung,<https://verfassung.li/Art._32> (Stand 08.08.2024).

133 *Wille* in Kley/Vallender, Grundrechtspraxis, 511; *Meyer-Ladewig/Ringer* in EMRK⁴ Art 13 Rz 11.

Demgegenüber vertritt *Bergt* die Ansicht, dass ein Beschwerderecht nicht nur dann gebührt, wenn der Bg «*tatsächlich personenbezogene Daten über (den Bf) verarbeitet*», sondern das Beschwerderecht «*leerlaufen*» würde, wenn es auf eine konkrete Datenverarbeitung beschränkt bliebe.¹³⁴

Nach hier vertretener Ansicht dehnt ein derartig extensives Normverständnis den Anwendungsbereich von Art 77 DSGVO deutlich und möglicherweise unzulässig über den Wortlaut aus, denn «*Betroffene*» sind bei Zusammenschau der in Art 4 Ziff 1 und 2 DSGVO enthaltenen Legaldefinitionen jene natürlichen Personen, deren personenbezogene Daten tatsächlich *verarbeitet werden*. Laut *Bergt* widerspräche ein zu starr am Wortlaut haftendes Begriffsverständnis der bisherigen Judikatur des EuGH zu *Safe-Harbor*, wonach auch eine mutmassliche Datenverarbeitung zur Beschwerde berechtigte.¹³⁵ Eine restriktive am Wortlaut haftende Interpretation würde eine Beschwerde etwa im Fall der Geltendmachung von Auskunftsrechten oder anderen über die DSGVO vermittelten Rechten, die an keiner tatsächlichen Verarbeitung anknüpfen, aushöhlen. Damit wäre ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet. Die Möglichkeit zur allgemeinen Popularbeschwerde wird von *Bergt* allerdings dennoch ausgeschlossen, «*wenn eine Betroffenheit des Beschwerdeführers rein theoretisch ist.*»¹³⁶

Differenzierter dazu *Schweiger*, demzufolge als Beschwerdegründe zwar sämtliche Verletzungen der DSGVO in Frage kommen – also Verstöße gegen die Grundprinzipien, Verletzungen der Rechtmäßigkeit und auch Verstöße bei der Einholung von Einwilligungen,¹³⁷ dies aber stets *im Zusammenhang mit einer Datenverarbeitung* zu sehen ist. So führt *Schweiger* aus, dass Art 77 DSGVO keine inhaltlichen Vorgaben für die Beschwerde macht; «*jedoch wird es notwendig sein, dass der Bf ausreichende Angaben macht, die es der DSB ermöglichen, die Art und Weise der Verarbeitung der personenbezogenen Daten sowie den Verstoss gegen die Bestimmungen der DSGVO zumindest nachzuvollziehen, um tätig zu werden.*»¹³⁸ Für die gegenständliche Untersuchung wesentlich ist jedoch die von *Schweiger* erkannte Notwendigkeit für die Beschwerdelegitimation, «***dass die beschwerdeführende Person mit hinreichender Bestimmtheit davon ausgehen kann, dass***

134 *Bergt* in DSGVO³ Art 77 Rz 5.

135 AaO mVa EuGH 06.10.2015, C-362/14 (*Schrems I/DPC*) Rz 58.

136 *Bergt* in DSGVO³ Art. 77 Rz 5.

137 *Schweiger* in Knyrim (Hrsg), Der DatKomm, 56 Lfg. (1.12.2021), Art 77 Rz 11.

138 *Schweiger* in Der DatKomm, 56 Lfg., Art 77 Rz 11/1.

der Beschwerdegegner deren Daten tatsächlich verarbeitet.»¹³⁹ In klarer Gegenmeinung zu Bergt, der sich auf die Rs Schrems I bezieht, vertritt Schweiger treffend, dass «Grundlage dieses EuGH-Verfahrens (...) jedoch eine tatsächliche Verarbeitung der Daten des Bf Max Schrems durch den Verantwortlichen (Facebook) [ist] und nicht nur eine beabsichtigte Verarbeitung, sodass dieses Urteil zur Auslegung der Betroffenheit i.S.e. Beschwerdelegitimation m.E. nicht herangezogen werden kann.»¹⁴⁰ Eine bloss in der Zukunft liegende potenzielle Datenverarbeitung sei dementsprechend nicht ausreichend, vielmehr bedarf es einer tatsächlichen Beziehung zwischen den Parteien, die die Ansicht des Bf, «dass seine personenbezogenen Daten durch den Beschwerdegegner verarbeitet werden, stützt.»¹⁴¹

Auch nach Sydow ist «jede von einer Datenverarbeitung betroffene Person [beschwerdebefugt], die der Ansicht ist, dass eine Verarbeitung der sie betreffenden Daten nicht mit der DSGVO vereinbar ist.»¹⁴² Allerdings vermittelte Art 77 DSGVO lediglich ein Anrufungsrecht, nicht jedoch ein subjektives Recht auf Einschreiten der DPA.¹⁴³

Nach Sydow ist «[d]ie Beschwerde nach Art. 77 DSGVO [...] als **subjektives Recht des Betroffenen** ausgestaltet, nicht als Jedermannsrecht, das unabhängig von der Behauptung einer Verletzung in eigenen Rechten ausgeübt werden könnte. (...).»¹⁴⁴ Denn «[a]llgemeine Hinweise auf behauptete Datenschutzverstöße Dritter, die keine subjektive Betroffenheit des Beschwerdeführers erkennen lassen, sind [...] im Rahmen des Art. 77 DSGVO unzulässig.»¹⁴⁵ Die DPA kann solche Hinweise zwar zum Anlass für amtswegige Überprüfungen und Anordnungen nach Art 58 DSGVO nehmen, nach Sydow berechtigt ein derartiger Hinweis aber nicht zur Beschwerdeführung nach Art 77 Abs 2, Art 78 Abs 2 DSGVO.¹⁴⁶

Eine Ausweitung einer Beschwerde ohne Betroffenheit lässt nach hier vertretener Meinung die *Grenzen zur Popularbeschwerde* verschwimmen (dazu unter III.D.). Auch Nemitz vertritt, dass als erste Zulässigkeitsvoraussetzung einer Beschwerde gem Art 77 DSGVO eine Verarbeitung pbD

139 Ebda.

140 Schweiger in Der DatKomm, 56 Lfg., Art 77 Rz 18.

141 Ebda.

142 Sydow in DSGVO² Art 77 Rz 18 mVa Johlen in Stern/Sachs (Hrsg), GRC Art 8 Rz 29 mwN.

143 Sydow in DSGVO² Art 77 Rz 4, 26.

144 Sydow in DSGVO² Art 77 Rz 18.

145 Sydow in DSGVO² Art 77 Rz 19.

146 Sydow in DSGVO² Art 77 Rz 19.

vorzuliegen hat: «Zunächst muss die betroffene Person darlegen, dass eine Verarbeitung personenbezogener Daten stattgefunden hat. Diese Begriffe knüpfen an die Definitionen in Art. 4 Nr. 1 – 2 an und sind in diesem Sinne auszulegen. Um den Begriff der personenbezogenen Daten zu erfüllen, müssen die Informationen sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen.»¹⁴⁷

Dieses Erfordernis wird zwar dahingehend eingeschränkt, als an den Nachweis, dass tatsächlich eine Verarbeitung pbD stattgefunden hat, keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind und es in der Regel ausreicht, «dass der Beschwerdeführer behauptet, es habe möglicherweise eine Verarbeitung stattgefunden und dafür einige Anhaltspunkte darlegt.»¹⁴⁸ Auf dieser Datenverarbeitung aufbauend hat ein Verstoss gegen die DSGVO dargelegt zu werden. Die «erforderliche Behauptung eines Verstosses gegen die DS-GVO ist [...] dann gegeben, wenn der Verstoss nach den Darlegungen der betroffenen Person nicht völlig abwegig bzw. nicht offensichtlich von vornherein ausgeschlossen ist. Unter Berücksichtigung des grundrechtsrelevanten Charakters der Rechtsbehelfe in der DS-GVO dürfen die Anforderungen insoweit allerdings nicht streng angelegt werden. Erforderlich ist aber, dass die betroffene Person die Behauptung hinsichtlich der Tatsachen substantiiert darlegt.»¹⁴⁹

Die in FL wahrnehmbare Vollzugspraxis der DSS sowie der (unveröffentlichten Entscheidungen der) VBK lässt hingegen erkennen, dass ein *extensive Beschwerdeverständnis* vertreten wird, um dem über Art 77 DSGVO vermittelten Grundrechtsschutz Wirksamkeit zu vermitteln. Auf die voranstehend dargelegten Argumente und heterogenen Meinungen im Schrifttum wurde bislang nicht vertieft eingetreten; eine höchstgerichtliche Klärung durch VGH oder Grobprüfung des StGH zur Frage der «*Betroffenheit*» als materielle Eintretensvoraussetzung einer Beschwerde nach Art 77 DSGVO gibt es in FL bislang nicht.

Anleihen hierzu könnten aus der jüngeren Judikatur des EuGH in Bezug auf gem Art 80 Abs 2 DSGVO geltend gemachte Schadenersatzansprüche gewonnen werden. Der EuGH hatte hierzu klargestellt, dass ein auf Art 80 Abs 2 DSGVO gestützter *Schadenersatzanspruch eine Verletzung der DSGVO «infolge einer Verarbeitung» voraussetzt.*¹⁵⁰ Zur Beantwortung der

147 Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 6.

148 Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 7.

149 Nemitz in DSGVO³ Art 77 Rz 8.

150 EuGH 11.07.2024, C-757/22 (Meta/BVV).

Vorlagefrage betreffend die Voraussetzungen einer Verbandsklage bezog sich der EuGH aber erhellend ebenso auf die nach Art 77 sowie Art 78 und 79 DSGVO vorgesehenen Rechtsbehelfe.¹⁵¹ Und weiters darf diese *Verarbeitung nicht rein hypothetischer Natur* sein, sondern muss die in ihren Rechten geschädigte Person immerhin von einer *mutmasslichen Datenverarbeitung* ausgehen dürfen (arg «ihres Erachtens»).¹⁵²

Ein (anonymer) Bf hat daher nicht bloss in abstrakter Weise eine Verletzung der DSGVO geltend zu machen, sondern hat aufgrund einer Verarbeitungstätigkeit materiell beschwert zu sein, wie der EuGH im Kontext immaterieller Schadenersatzansprüche erkennen lässt.

D. Anonyme Beschwerde als Popularbeschwerde?

Wenn die Vollzugspraxis auf Grundlage eines diffusen Verständnisses der Betroffenheit ein Abgehen von der materiellen Eintretensvoraussetzung der «Betroffenheit» erkennen lässt, rückt sie das *Beschwerderecht in die Nähe einer Popularbeschwerde*. Da Art 77 DSGVO die Möglichkeit der Beschwerdeführung auf «anderweitige Rechtsbehelfe» eröffnet, steht eine *Popularbeschwerde nicht im Widerspruch zu Art 77 DSGVO* bzw der Regelungsintention der DSGVO, welche in Art 80 DSGVO auch eine Art Verbandsklage gestattet.

Für eine derartige Popularbeschwerdemöglichkeit spräche die von *Sydow* vertretene Meinung, wonach das durch eine Beschwerde gem Art 77 DSGVO eingeleitete Verfahren nicht (zwingend) mit einer rechtsmittelfähigen Verfügung bzw Erledigung der Aufsichtsbehörde abgeschlossen werden müsse, da das Beschwerderecht *keinen Anspruch* einer Betroffenen *auf Erlass konkreter Massnahmen* begründet.¹⁵³ Sofern die Aufsichtsbehörde konkrete Abhilfemaßnahmen aufgrund des vorgebrachten Beschwerdekonservolts bzw der nachgehenden Ermittlungen für erforderlich erachtet, haben Bf lediglich ein *Informationsrecht*. Gleiches gelte nach *Sydow* für die Einstellung des Verfahrens. Nach hier vertretener Ansicht sind derartige Informationen (über die von der DPA beabsichtigten Schritte) jedoch nicht

151 EuGH 11.07.2024, C-757/22 Rz 39.

152 EuGH 11.07.2024, C-757/22 Rz 44 mVa EuGH 28.04.2022, C-319/20 (*Meta/BVV*) Rz 71.

153 VGH 03.09.2021, 2021/014, ErwG 1.7 mVa *Nemitz* in DSGVO³ Art 77 Rz 12; *Bergt* in DSGVO³ Art 77 Rz 16.

gleichzusetzen mit rechtsmittelfähigen Verfügungen (Bescheiden).¹⁵⁴ Ein Rechtsmittel gem Art 78 DSGVO stünde dem Bf nur dann zu, wenn die angerufene DPA der Beschwerde nach Art 77 DSGVO nicht nachgekommen sei oder nicht zeitgerecht informiert hätte. Sydow kommt daher zum Schluss, dass Art 77 DSGVO *kein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten* der Behörde begründe, weshalb Betroffene ihre Rechte gegen Verantwortliche nach Art 79 DSGVO selbstständig durchsetzen müssten.¹⁵⁵

In einer weiteren rezenten Entscheidung stellte der EuGH klar, dass DPAs auf Grundlage ihrer (*ex officio*) Abhilfebefugnisse gem Art 58 Abs 2 Bst g und d DSGVO entsprechende Anordnungen treffen können, selbst wenn die betroffene Person keinen diesbezüglichen Antrag gestellt hatte.¹⁵⁶ Der EuGH bestätigte sohin die bereits oben skizzierte Lehrmeinung und Vollzugspraxis, wonach DPAs amtswegig ihre Untersuchungen in einem Beschwerdeverfahren ausweiten können oder fortsetzen können, selbst im Fall der Rücknahme einer Beschwerde. Dem steht nach hier vertretener Ansicht auch nicht die Regelung für das österreichische Datenschutzbeschwerdeverfahren nach § 24 öDSG entgegen, die eine «*beschränkte Amtsweigigkeit*» vorsieht. Diese beschränkt die Verpflichtung der öDSB zur amtswegigen Wahrheitsforschung auf Anhaltspunkte aus den Akten.¹⁵⁷

Eine «*Beschwerde*» im Sinne einer «*Verwaltungsbeschwerde*» dient nach hL grundsätzlich dem subjektiven Rechtsschutz.¹⁵⁸ Eine Ausweitung – wenngleich durch einfachgesetzliche Anordnung – ist durchwegs zulässig, demzufolge auch die Einführung einer Popularbeschwerde-/klagemöglichkeit, welche die Geltendmachung objektiver Rechtsverletzungen ermöglicht.

Unter Bezugnahme auf *Martini* wird auch vom VGH-FL mit Blick auf Art 77, 78 und 79 DSGVO ein Dreieck des Datenschutzrechtsschutzes erkannt.¹⁵⁹ Dieses mit Einführung der DSGVO weiterentwickelte mehr-

154 Sydow in DSGVO² Art 77 Rz 37.

155 Sydow in DSGVO² Art 78 Rz 28.

156 EuGH 14.03.2024, C-46/23 Rz 46.

157 Thiele/Wagner, Kommentar Datenschutzgesetz, 2. Auflage § 24 Rz 330.

158 Leitl-Staudinger, Die Beschwerdelegitimation vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/N.Raschauer (Hrsg), Hb Verwaltungsgerichtsbarkeit, 319 (323 Rz 4) mVa *Grabenwarter*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, ÖJT 2006, 122ff.

159 VGH 03.09.2021, 2021/14 mVa *Martini* in Paal/Pauly (Hrsg), DSGVO³ Art 79 Rz 21.

gleisige Rechtsschutzsystem verleiht laut *Nemitz* dem europäischen Rechtsschutzsystem erhöhte Durchsetzungsfähigkeit.¹⁶⁰

Der VGH attestiert – in Bezugnahme auf das Schrifttum – dass das von der DSGVO vermittelte Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO einen effektiven Rechtsschutz Betroffener gewährleistet.¹⁶¹ Und weiter: «*Mit dem Beschwerdeverfahren soll jeder betroffenen Person die Möglichkeit gewährt werden, sich gegen Verletzungen ihrer Rechte aus der Datenschutzgrundverordnung zur Wehr zu setzen. Es handelt sich bei der Beschwerde folglich um mehr als ein Petitionsrecht, nämlich um einen echten Rechtsbehelf der betroffenen Person zur Durchsetzung ihrer Betroffenenrechte.*»¹⁶² (Hervorhebungen nicht im Original)

Eine «Verwaltungsbeschwerde» verhilft zur Durchsetzung subjektiver Rechte und stellt das vom liechtensteinischen Gesetzgeber vorgesehene prozessuale Mittel dar, um den als staatsgerichtete Abwehrrechte zu verstehenden Grundrechten gegenüber der Verwaltung Geltung zu verschaffen, respektive sich gegenüber rechtswidrigen hoheitlichen Massnahmen zur Wehr zu setzen. Ob es sich dabei um ein im (noch) verwaltungsinternen Instanzenzug oder gegenüber der Verwaltungsgerichtsbarkeit geltend gemachtes Rechtsmittel oder Rechtsbehelf handelt, ist dabei unerheblich. Ähnlich wirkt auch die Beschwerde nach Art 77 DSGVO, mit dem Unterschied, dass sie nicht bloss staatsgerichtet ist.

Das bedeutet im Kontext datenschutzrechtlicher Beschwerdeverfahren: Wenn auch kein Anspruch des Bf auf Erlass einer bestimmten Abhilfemaßnahme nach Art 58 DSGVO besteht, ist das formell auf Grundlage einer Beschwerde eingeleitete Verfahren nach Art 77 DSGVO immerhin mittels rechtsmittelfähiger Entscheidung zu beenden.¹⁶³

Die Beschwerde nach Art 77 DSGVO hat aufgrund der Zulässigkeit anonymer bzw anonymisierter Vorbringen Anteile einer Popularbeschwerde. Sie wurde in der Vollzugspraxis der DSS, welche eine amtswegige Ausweitung des Überprüfungsgegenstandes auch im Beschwerdeverfahren zulässt,

160 VGH 03.09.2021, 2021/14; vgl *Nemitz* in DSGVO³ Art 77 Rz 2.

161 VGH 03.09.2021, 2021/14 ErwG 1.7. mVa *Becker* in BDSG/DSGVO² Art 77 Rz 3.

162 VGH 03.09.2021, 2021/14 ErwG 1.7. mVa *Nemitz* in DSGVO³ Art. 77 Rz 1f.; *Bergt* in DSGVO³ Art 77 Rz 17 mwN.

163 VGH 03.09.2021, 2021/14 mVa *Souhrada-Kirchmayer*, Rechtsschutz bei der Datenschutzbehörde und beim Verwaltungsgericht, in Bettina Nunner-Krautgasser et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018/Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Verfahren aus Verbraucher- und Unternehmersicht, Wien 2019, S. 18 f.; uwN.

auf weitestgehend abstrahierbare Datenschutzverstöße ausgeweitet und relativiert somit die subjektive Betroffenheit Einzelner als entscheidungsrelevantes Prüfkriterium.

Drittes Zwischenfazit – Anonyme Beschwerde als «Hybrid»

Es zeigt sich, dass Anonymität in Beschwerdeverfahren sowohl Chancen als auch Risiken birgt: Auf der einen Seite ermöglicht sie Betroffenen, ihre Rechte representionsfrei geltend zu machen, insbesondere bei Machtgefälle zwischen Bf und Bg. Auf der anderen Seite birgt die Anonymität das Risiko, die Verfahrensgrundrechte der Bg zu beeinträchtigen, insbesondere das Recht auf ein faires Verfahren und Waffengleichheit, wenn diesen mit der Preisgabe der Identität von Bf ein für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage wesentliches Element vorenthalten würde. Die Abwägung zwischen den Interessen der Bf und den Verfahrens(grund)rechten der Bg stellt eine zentrale Herausforderung für die Verfahrensbeteiligten sowie verfahrensleitenden DPAs dar.

Ein einheitliches Vorgehen in Bezug auf anonyme Beschwerden im EWR erscheint aufgrund der Autonomie der Mitgliedstaaten schwierig:

Deutlich anders gestaltet sich die Vollzugspraxis der österreichischen DSB, deren öffentlicher Fragenkatalog zum kontradiktionsreichen Beschwerdeverfahren nach Art 77 DSGVO besagt, dass es sich hierbei «um ein *Zwei- oder Mehrparteienverfahren [handelt], bei welchem sich Beschwerdeführer und Beschwerdegegner ähnlich wie bei einem streitigen Gerichtsverfahren gegenüberstehen.*»¹⁶⁴ Über das elektronische Eingabeformular der öDSB wird konkret ausgeführt, dass sowohl Bf als auch Bg «über den Stand, den Inhalt und das Ergebnis des Verfahrens zu informieren sind.» Für die Frage der Akzeptanz einer *Anonymisierungs-Doktrin* im österreichischen Datenschutzvollzug wesentlich ist folgende Aussage der DSB in ihrem Beschwerdeformular: «Sie können daher in aller Regel gegenüber Ihrem Beschwerdegegner **nicht anonym** auftreten.»¹⁶⁵ Wenn Bf wünschen «anonym» zu bleiben, besteht nach Vollzugspraxis der öDSB die Möglichkeit,

164 Österreichische DSB, Fragen und Antworten, <dsb.gv.at> (zuletzt abgerufen am 12.08.2024).

165 Österreichische DSB, elektronisches Eingabeformular, <dsb.gv.at> (zuletzt abgerufen am 12.08.2024).

ein amtswegiges Prüfverfahren anzuregen.¹⁶⁶ Wenngleich sprachlich auch nicht definitiv ausgeschlossen (arg «*in aller Regel*»), ist die Übertragbarkeit der *Adpublisher*-Rs in die Vollzugspraxis der öDSB damit derzeit äusserst unwahrscheinlich; insbesondere da auf die Möglichkeit amtswegiger Ermittlungen Bezug genommen wird.

Nicht unbedingt im Widerspruch zur behandelten *Adpublisher*-Rs des EFTA-GH steht die vereinzelt deutlich restriktivere Rspr deutscher Verwaltungsgerichte. So hatte das VG Mainz in einem Leitsatz ausgesprochen, dass «[e]ine datenschutzrechtliche Beschwerde [...] alle Informationen enthalten [muss], die erforderlich sind, dass die Aufsichtsbehörde den Sachverhalt erfassen und ggf. weiter aufklären, ihre Zuständigkeit überprüfen und etwaige Datenschutzverstösse feststellen kann.»¹⁶⁷ Und für die hier interessierende Fragestellung weiter: «Die Beschwerde muss daher **zumindest Angaben über die betroffene Person** und den Verantwortlichen enthalten und **zumindest ansatzweise zum Ausdruck bringen**, welcher Verstoss gegen datenschutzrechtliche Vorschriften gerügt wird.»¹⁶⁸ (Hervorhebungen nicht im Original)

Dennoch bietet die anonyme Beschwerdeführung iSd erkannten *Anonymisierungs-Doktrin* eine wichtige Möglichkeit zur Stärkung des Datenschutzes, muss jedoch stets im Lichte der Grundrechte überprüft werden. Solange die EFTA-Judikatur von den EU-Mitgliedstaaten des EWR weiterhin unberücksichtigt bleibt oder es an diesbezüglich klarstellender Judikatur des EuGH fehlt, wird es auch an einheitlicher Datenschutz-Vollzugspraxis fehlen.

Nach hier vertretener Ansicht vereint die Möglichkeit der «*anonymen*» Beschwerdeführung Elemente einer «Verwaltungsbeschwerde» sowie *anonymer Hinweisgabe sowie Anzeige* und stellt demnach einen *verfahrensrechtlichen «Hybrid»* dar.

DPA sind zur formellen Sachprüfung sowohl der ihnen vorliegenden Beschwerden als auch Anzeigen verpflichtet; anders als anonym eingebrachte Anzeigen oder Whistleblowing vermittelt das Beschwerderecht einen subjektiven Anspruch auf sachgemäße Nachforschung und eine rechtsmittelbare Entscheidung der DPA.¹⁶⁹ Bereits Bergt meint, dass Anzeigen oder

166 Ebda.

167 VG Mainz 1. Kammer, 22.07.2020, 1 K 473/19.MZ, Leitsatz, Rz 23.

168 Ebda mVa Mundil in Wolff/Brink (Hrsg), BeckOK Datenschutzrecht 31. Edition (Stand 1.2.2020) Art 77 Rz 7.

169 Nemitz in DSGVO³ Art. 77 Rz 12.

anonymes Whistleblowing, durch die DSGVO nicht eingeschränkt werden, aber nicht als Beschwerden zu qualifizieren sind.¹⁷⁰ Einen Anspruch auf eine bestimmte Erledigung oder Abhilfemaßnahme nach Art 58 DSGVO – mit Ausnahme einer Information über den Verfahrensfortgang – vermittelt Art 77 DSGVO also nicht. Allenfalls vergleichbar ist die anonyme Beschwerde mit dem Mechanismus sogenannter «*Trusted Flaggers*», dh vertrauenswürdigen Hinweisgeber gem Art 22 Abs 1 DSA¹⁷¹, denen zwar kein Erledigungsanspruch zukommt, die aber immerhin gem Art 16 Abs 2 DSA unverzüglich über die Entscheidung der Plattform (über gemeldete Verstöße) informiert werden müssen und auf mögliche Rechtsbehelfe hinzuweisen sind.¹⁷²

Es bleibt daher der kritischen Würdigung der DPA vorbehalten, ob die ihr vorliegende «Beschwerde», die mit einem Widerpruchsantrag flankiert wird, zur Einleitung eines Beschwerdeverfahrens oder lediglich eines amtswegiges Überprüfungsverfahrens führt.

Bleibt die anonyme Beschwerde losgelöst von eigener subjektiver Betroffenheit von Bf respektive einer konkretisierbaren Datenverarbeitung, erfüllt sie *Kriterien einer «Popularbeschwerde»*, wenn sie eine abstrakte Prüfung und Geltendmachung objektiver Rechtsverletzungen gestattet und einen diesbezüglichen Erledigungsanspruch (Informationsanspruch) vermittelt.

Die (in FL) an den StGH als mögliche Folge eines datenschutzrechtlichen Verfahrens gerichtete Grundrechtsbeschwerde eröffnet indessen ein Individualbeschwerdeverfahren, vorausgesetzt werden für dieses also aktuelle Beschwer bzw Rechtschutzzinteresse. Dies wird aus der Person von Bf abzuleiten sein. Dass sich durch die Zulässigkeit anonymer Beschwerden – entgegen dem bisherigen Grundverständnis¹⁷³ – eine Ausweitung des Individualrechtsschutzes einer Grundrechtsbeschwerde in Richtung Popularklage ergibt, wie es eine anonyme Datenschutzbeschwerde offenkundig ermöglicht, erscheint derzeit jedoch unwahrscheinlich bzw problembehaftet.

170 VGH 03.09.2021, 2021/14 ErwG I.8; *Bergt* in DSGVO³ Art. 77 Rz 8 uwN.

171 VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der RL 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl L 2022/277, 1.

172 Schaper/Wolters in Ebers (Hrsg), LegalTech, § 64 Plattformen, Sperrung von Inhalten. Rz 85.

173 Bussjäger in Kley/Vallender, Grundriss, Rz 21.

IV. Zur Übertragbarkeit auf das Europäische «Digitalrecht»

Im Kern besagt die *Adpublisher*-Entscheidung des EFTA-GH, dass eine anonyme Beschwerdeführung (im Anwendungsbereich der DSGVO) unter den nachfolgenden Bedingungen gerechtfertigt ist:

Zunächst hat ein Anwendungsfall des Widerspruchsrechts gem Art 21 DSGVO zu bestehen, also sinngemäss oder explizit ein Widerspruch gegen die Offenlegung der Identität eines Bf gegenüber dem Bg geltend gemacht zu werden. Der Widerspruchstatbestand setzt voraus, dass eine Verarbeitung pbD im Zusammenhang mit der Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe (gem Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO) oder auf das berechtigte Interesse eines privaten Verantwortlichen (Art 6 Abs 1 Bst f DSGVO) gestützt erfolgt.

Vielfach stützen Behörden die im Kontext ihres gesetzlichen Vollzugsbereichs vorgenommene Verarbeitung personenbezogener Daten auf Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO. Dies gilt nicht uneingeschränkt, da auch Art 6 Abs 1 Bst c DSGVO als Rechtsgrundlage in der Vollzug der Behörde für Verarbeitungstätigkeiten herangezogen wird und die Verarbeitung aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung erfolgt.¹⁷⁴ Die Abgrenzung zwischen «*rechtlicher Verpflichtung*» (Bst c) und «*öffentlichen Aufgaben*» (Bst e) beschäftigt den Datenschutzbereich seit Einführung der DSGVO und soll hier nicht weiter vertieft werden.

Eine Anonymisierung des Bf gegenüber dem Bg setzt des Weiteren voraus, dass im Zusammenhang mit der Aufsichtstätigkeit der zuständigen Aufsichtsbehörde solche Angelegenheiten zu klären sind, die auf einer ihrer Wesensart nach vom Einzelfall losgelösten Datenverarbeitung beruhen und allgemeiner Natur sind, dh verschiedene Betroffene umfassen können.

Es liegt somit nahe, dass auf «*sachnahe*», gemeint mit dem Datenschutzrecht vergleichbare, Regulierungsbereiche, dh konkret die sogenannten «*Digitalrechtsakte*», die aus der Lehrmeinung und Judikatur des EFTA-GH ableitbare *Anonymisierungs-Doktrin* übertragen werden könnte.

Zur Einhaltung des Datenschutzes sind sämtliche Verantwortliche verpflichtet, soweit sie dem sachlichen Geltungsbereich der DSGVO unterliegen. Durch das nach Art 21 DSGVO vermittelte Widerspruchsrecht, sofern gegenüber öffentlichen Stellen geltend gemacht, ist nun eine besondere abwehrrechtliche – dh staatsgerichtete – Dimension des Datenschutzrechts

¹⁷⁴ Heberlein in Ehmann/Selmayr, DSGVO³ Art 6 Rz 37.

erkennbar. Betroffene können gegenüber öffentlichen Stellen der weiteren Verarbeitung pbD widersprechen. Damit ist ein Widerspruchsantrag iSv Art 21 DSGVO grds im Zuständigkeitsbereich jeder Behörde anwendbar, sofern eine Verarbeitungstätigkeit auf Grundlage von Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO erfolgt und keine zwingenden Interessen dem Widerspruch entgegenstehen. Demgemäß bleibt abzuwarten, ob die *Anonymisierungs-Doktrin* in Zukunft auch die Vollzugstätigkeit anderer Behörden oder gar der Verwaltungsgerichtsbarkeit beeinflussen wird.¹⁷⁵ Mit Blick auf die Gerichtsbarkeit würde dies bedeuten, dass bspw bei Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen zur Geltendmachung einer Individualbeschwerde,¹⁷⁶ auch geprüft werden könnte, ob es zur Erledigung der Rechtssache auch zwingend der Offenlegung der Identität des Bf bedarf.

Wenn aber zumindest die theoretische Übertragbarkeit der *Anonymisierungs-Doktrin* auf sachnahe Regulierungsbereiche in den Fokus gegenständlicher Untersuchung gestellt wird, muss dies zwangsläufig auch für das spezielle europäische Datenschutzrecht gelten. Gemeint ist mit der Europäischen Datenschutzverordnung jener Rechtsakt, den sich die Europäische Kommission bzw ihren Agenturen und Institutionen selbst auferlegt hatte.

Den weiteren Ausführungen sei vorangestellt, dass der Katalog der Digitalrechtsakte deutlich weiter gefasst ist als die nachstehend kurSORisch behandelten (Data-Governance-Act¹⁷⁷, DMA¹⁷⁸, DSA und AI-Act¹⁷⁹); ebenso wäre eine Ausweitung der Untersuchung auf weitere Rechtsakte

175 Dworschak, SPWR 2021, 143 (156f).

176 Bussjäger in Kley/Vallender, Grundriss, Rz 21ff.

177 VO (EU) 2022/868 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724, ABl L 2022/152, I.

178 VO (EU) 2022/1925 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl L 2022/265, I.

179 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Verordnung über künstliche Intelligenz, KI-VO), ABl L 2024/1689, 144.

wie den Data-Act¹⁸⁰, die «SLAPP-RL»¹⁸¹, das europäische Urheberrecht¹⁸², NIS-2-RL¹⁸³ oder Whistleblowing-RL von Interesse, bleibt aber hier ausgeklammert; ebenso nicht näher beleuchtet werden soll die Übertragbarkeit einer *Anonymisierungs*-Möglichkeit auf den Anwendungsbereich der Platform-to-Business-VO (EU) 2019/1150¹⁸⁴, welche Betroffenen auf digitalen «Marktplätzen» gem Art 11 Abs 1 ein einfach zugängliches und niederschwelliges sowie kostenfreies Beschwerdesystem vermitteln sollte;¹⁸⁵ die Übertragbarkeit anonymer Beschwerden auf diese Regelungsbereiche erscheint auf den ersten Blick zumindest naheliegend, muss aber einer vertieften Auseinandersetzung im Schrifttum und Praxis vorbehalten bleiben.

Die Übertragbarkeit der hier erkannten *Anonymisierungs-Doktrin* auf Digitalrechtsakte könnte anhand folgender Prüffragen geklärt werden:

1. Ist der Schutzzweck der europäischen Digitalrechtsakte «vergleichbar» mit jenem der DSGVO oder der nationalen Datenschutzgesetzgebung? Anders gewendet: wird der Schutz von Endnutzern bzw natürlichen Personen verfolgt (ein subjektives Recht vermittelt) und lassen sich die vorgesehenen Tatbestände auf der Natur und Wesensart nach abstrahierbare bzw gleichartige Sachverhalte – die demgemäß eine vom Einzelfall losgelöste Datenverarbeitung bedingen – anwenden? Kommt es bei der rechtlichen Beurteilung der Beschwerdesache demnach auf

180 Verordnung (EU) 2023/2854 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung, ABl L 2023/2854, 1.

181 Richtlinie (EU) 2024/1069 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 über den Schutz von Personen, die sich öffentlich beteiligen, vor offensichtlich unbegründeten Klagen oder missbräuchlichen Gerichtsverfahren («strategische Klagen gegen öffentliche Beteiligung»), ABl L 2024/1069, 1.

182 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl L 2019/130, 92.

183 Richtlinie (EU) 2022/2555 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über Massnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 und der Richtlinie (EU) 2018/1972 sowie zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2016/1148 (NIS-2-Richtlinie), ABl L 2022/333, 80.

184 Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl L 2019/186, 57.

185 Schaper/Wolters in Ebers, § 64 Rz 35f.

den Einzelfall an oder ist die Beschwerdesache für eine Vielzahl Betroffener bedeutsam?

2. Ist ein Anwendungsfall von Art 21 DSGVO eröffnet? Dies setzt voraus, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die adressierte öffentliche Stelle auf Grundlage von Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO erfolgt (nicht jedoch aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung gem Art 6 Abs 1 Bst c DSGVO), stehen zwingende Gründe einem Widerspruch entgegen oder wurde eine Ausnahme von Betroffenenrechten nach Art 23 DSGVO im EU- bzw EWR-Recht vorgesehen?
3. Wurden Aufsichtsbehörden im Anwendungsbereich der europäischen Digitalrechtsakte vorgesehen und welche sind zuständig? Können diese im Beschwerdeweg angerufen werden oder wurde ein (internes) Meldewesen bei den Verantwortlichen vorgesehen? MaW: Sieht der «Digitalrechtsakt» ein mit Art 77, 78 DSGVO vergleichbares verwaltungsrechtliches bzw verwaltungsgerichtliches Beschwerdeverfahren vor?
4. Besteht bei Zuwiderhandlung bzw Verletzung dieses subjektiven Rechts ein Informationsanspruch respektive ein Anspruch auf Tätigwerden durch die Aufsichtsbehörden?
5. Schliesslich ist relevant, ob die Durchsetzung spezieller in den nachfolgend untersuchten «Digitalrechtsakten» vermittelter Schutzrechte auch eine – dem Datenschutzrecht gleichgelagerte – Grundrechtsdimension verfolgt?

A. Europäische Datenschutzverordnung

Vor dem Hintergrund, dass einzelne EU-Rechtsakte (insbesondere der DMA), neben der Zuständigkeit nationaler Aufsichtsbehörden diverse Aufsichtsbefugnisse in die Hände der EU-Kommission oder spezieller europäischer Agenturen legen, sind die speziellen Bestimmungen der «EU-Datenschutzverordnung»¹⁸⁶ kurSORisch darauf zu beleuchten, ob – entsprechend den Bestimmungen der DSGVO – eine anonyme Beschwerdeführung möglich ist bzw eine Übertragung der *Anonymisierungs-Doktrin* methodisch

¹⁸⁶ Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der VO (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG, ABl L 2018/295, 39.

vertretbar ist. Da die Europäische Datenschutzverordnung der DSGVO im Zuständigkeitsbereich der EU-Institutionen derogiert¹⁸⁷ ist der nachstehende Exkurs den weiteren Überlegungen zu den Europäischen Digitalrechtsakten voranzustellen.

Art 20 Abs 1 Bst d der Datenschutzverordnung vermittelt Betroffenen ein Recht auf Einschränkung der Verarbeitungstätigkeit (durch die Kommission oder Organe, Einrichtungen oder sonstige Unionsstellen) für den Fall des Widerspruchs gegen die Verarbeitung gem Art 23 Abs 1 derselben Verordnung. Das gegenüber EU-Institutionen gebührende Widerspruchsrecht gem Art 23¹⁸⁸ ist inhaltsgleich zu dem nach der DSGVO vermittelten Widerspruchsrecht (Art 21 DSGVO), da es auf Verarbeitungstätigkeiten beschränkt bleibt, die auf Grundlage von Art 5 Abs 1 Bst a¹⁸⁹ erfolgt – dieser spezielle Rechtfertigungsgrund entspricht Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO.

Betroffene einer Datenverarbeitung durch die EU-Kommission oder andere EU-Organe bzw Institutionen und Einrichtungen haben – spiegelbildlich zu Art 77 DSGVO – das Recht auf Beschwerde beim Europäischen Datenschutzbeauftragten (EDSB) gem Art 63 VO (EU) 2018/1725.

Dementsprechend wird auch vom EDSB eine anonyme Beschwerdeführung unter Umständen zugelassen. Gemäss dem auf der Website des EDSB eingerichteten Beschwerdeformular ist eine anonyme Beschwerdeführung grundsätzlich möglich. Der Formulierung auf der Website zur «vertraulichen Behandlung Ihrer Beschwerde» zufolge sind spezifische Gründe hierfür anzugeben.¹⁹⁰

187 Vgl ErwG II EU (VO) 2018/1725.

188 Art 23 Abs 1 EU VO 2018/1725 lautet: «*Die betroffene Person hat das Recht, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener Daten, (...), Widerspruch einzulegen (...). Der Verantwortliche verarbeitet die personenbezogenen Daten nicht mehr, es sei denn, er kann zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.*».

189 Art 5 Abs 1 Bst a EU VO 2018/1725 lautet: «*Die Verarbeitung ist nur rechtmässig, wenn und soweit mindestens eine der nachfolgenden Bedingungen erfüllt ist: (...) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Organ oder der Einrichtung der Union übertragen wurde.*».

190 Unter Punkt 12 des elektronischen Beschwerdeformulars des EDSB wird zur Frage der vertraulichen Behandlung einer Datenschutzbeschwerde aufgeführt: «*Wenn Sie möchten, dass Ihre Anonymität gegenüber dem Organ, der Einrichtung, dem Amt oder der Agentur der EU, dem zuständigen Datenschutzbeauftragten oder Dritten*

Die Möglichkeit zur anonymen Beschwerdeführung vor dem EDSB entspricht dessen Vollzugspraxis; dementsprechend werden Beschwerden wegen behaupteter Datenschutzverstöße bei pbD durch EU-Institutionen im Sinne der *Anonymisierungs-Doktrin* erwartet werden dürfen.

B. Daten-Governance-Gesetz – Data Governance Act (DGA)

Der DGA wird als zentraler Pfeiler der europäischen Datenstrategie verstanden und soll das Vertrauen in den Datenaustausch stärken, Mechanismen zur Erhöhung der Datenverfügbarkeit stärken und technische Hindernisse für die Weiterverwendung von Daten überwinden.¹⁹¹ Dieser Zielsetzung steht eine anonyme Beschwerdeführung vermeintlich diametral entgegen, allerdings löst Art 1 Abs 2 DGA Konflikte zur DSGVO bzw einschlägiger Datenschutzbestimmungen des nationalen und des unionalen Rechts zugunsten des Schutzes pbD auf.¹⁹²

Art 27 DGA vermittelt natürlichen und juristischen Personen ein umfassendes Beschwerderecht «*wegen aller in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallenden [...] Datenvermittlungsdienste*» bzw bei den zuständigen Behörden sowie gegenüber Anbietern von Datenvermittlungsdiensten oder datenaltruistischen Organisationen. Daran anknüpfend besteht gem Art 28 DGA das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf für jede «*betroffene natürliche oder juristische Person [...] gegen rechtsverbindliche Entscheidungen [...] durch die für Datenvermittlungsdienste zuständigen Behörden in Bezug auf die Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der Anmeldevorschriften [etc]*».

Der über den DGA vermittelte Rechtsschutz ist also durchaus mit jenem der DSGVO vergleichbar und soweit ein Beschwerdeverfahren bei der für Datenvermittlungsdienste zuständigen Behörden eingeleitet wird, ist der Anwendungsbereich eines Widerspruchsrechts unter der Annahme, dass

gewahrt bleibt, teilen Sie uns bitte Ihre Gründe für diesen Wunsch mit.» <https://www.edps.europa.eu/data-protection/our-role-supervisor/complaints/edps-complaint-form_de> (abgerufen am 18.07.2024).

- 191 EK zum Europäischen Daten-Governance-Gesetz <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/de/policies/data-governance-act>> (abgerufen am 08.09.2024).
- 192 Art 1 Abs 3 DGA besagt: «*Im Fall eines Konflikts zwischen der vorliegenden Verordnung und dem Unionsrecht über den Schutz personenbezogener Daten (...) soll das einschlägige Unionsrecht bzw. das nationale Recht über den Schutz personenbezogener Daten Vorrang haben.*»

die diesbezügliche Verarbeitungstätigkeit auf Grundlage von Art 6 Abs 1 Bst e DSGVO erfolgt, eröffnet.

Wird das Recht auf Weiterverwendung von Daten in struktureller – vom Einzelfall abstrahierbarer – Weise verletzt, käme es auf die Kenntnis der Identität von Bf nicht an. Die Wahrung der Anonymität eines Bf könnte nebst der Wahrung von deren Datenschutzrechten, zudem dem Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse und anderer schutzwürdiger Informationen dienen, sodass eine anonyme Beschwerdeführung iSd hier behandelten *Anonymisierungs-Doktrin* ein geeignetes Mittel zur wirksamen Rechtsdurchsetzung auch im Anwendungsbereich des DGA bedeuten könnte.

C. Gesetz über digitale Märkte – Digital Markets Act (DMA)

Der DMA bezweckt als wesentliche Säule des neuen Europäischen Digitalrechts ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarktes zum Nutzen gewerblicher Nutzer:innen, um bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor, auf denen sogenannte «*Torwächter*» («*gatekeeper*») tätig sind, zu gewährleisten (Art 1 Abs 1 DMA).

Der DMA verbietet Torwächtern unter anderem, Verbraucher (dh Endnutzer:innen ihrer Plattformen) zu hindern, sich mit Unternehmen außerhalb der Plattform des Torwächters zu verbinden, zielt also auf die Verhinderung von «*lock-in-Effekten*» ab. Ebenso ist es Torwächtern verboten, Endnutzende an der Deinstallation vorinstallierter Software oder Apps zu behindern, ohne wirksame Zustimmung zu Werbezwecken Endnutzer:innen zu tracken und Profile zu erstellen, usw.¹⁹³ In diesen Punkten ergeben sich klare Überschneidungen zwischen der Regelungsintention und Schutzwirkung zwischen DMA und DSGVO, wobei «*verrufene Praktiken*» iSd Marktregulierung des DMA ausdrücklich nicht auf Profiling iSv Art 4 Z 4 DSGVO begrenzt bleiben.

Die Zuständigkeit zur Aufsicht und Durchsetzung des DMA über Torwächter liegt entsprechend Kapitel V des DMA (insbesondere Art 20, 23, 24 und 26 DMA) bei der Europäischen Kommission. Diese unterliegt nicht der DSGVO, sondern dem speziellen Datenschutzrecht der Europäischen Institutionen (siehe oben Punkt A). Darüber hinaus ist die EK nach den Vorgaben des DMA zur Sicherstellung einer kohärenten und harmonisierten Vollzugstätigkeit sowie zur Zusammenarbeit mit den nationalen Wett-

193 Vgl nur ErwG 2, 7, 38, 49, 72 usw DMA.

bewerbsbehörden verpflichtet. Gem Art 38 DMA obliegt etwa den zuständigen nationalen Behörden die Durchsetzung der in Art 1 Abs 6 DMA genannten Vorschriften; diese wiederum unterliegen der DSGVO. Davon ausgehend, dass die Verarbeitung pbD im Rahmen der Vollzugstätigkeit auf Art 5 Abs 1 Bst a EU-Datenschutzverordnung oder Art 6 Abs 1 Bst 2 DSGVO erfolgt, ist ein Widerspruchsrecht grds eröffnet. Wie vorangehend dargelegt, vermitteln sowohl DSGVO als auch Datenschutzverordnung gleichgelagerte Betroffenenrechte, mit denen eine Anonymisierung von Beschwerden erwirkt werden könnte.

Demgegenüber vermittelt Art 34 DMA Torwächtern ein Recht auf Wahrung ihres rechtlichen Gehörs im Falle von Massnahmen der EK.¹⁹⁴ Sie geniessen das Recht sich zur vorläufigen Beurteilung der EK zu äussern, einschliesslich der gegen sie vorgebrachten Beschwerdepunkte und der von der EK beabsichtigten Massnahmen. Nachfolgend schränkt Art 34 Abs 4 DMA die Verteidigungsrechte von Torwächtern jedoch trotz der programmatischen Voranstellung, dass «*Verteidigungsrechte [...] in vollem Umfang gewährt werden*», ein. Dies steht unter dem Vorbehalt berechtigter Interessen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, weshalb das Recht auf Akteneinsicht (wohl im Zuge der vor Wettbewerbsbehörden regelmässig geübten *in-camera*-Verfahren) eingeschränkt werden kann. Des Weiteren vom Recht der Akteneinsicht ausgenommen werden «vertrauliche Informationen», «interne Schriftstücke» der EK und Korrespondenz zwischen EK und nationalen Aufsichtsbehörden.

Allerdings bleibt die (indirekte) *Beschwerdelegitimation* auf Grundlage des DMA auf *Mitbewerber* beschränkt. Auch wenn unter anderem Art 8 Abs 1 DMA sicherstellen will, dass Torwächter die nach dem DMA erforderlichen Massnahmen in Einklang mit der DSGVO (und anderer Rechtsakte) zu erbringen haben, vermittelt der DMA *Endnutzern doch kein eigenes Beschwerderecht*. Daher verbleibt im Anwendungsbereich des DMA *kein erkennbarer Spielraum für eine anonyme Beschwerde, sondern ist hierzu auf die Regelungen des Digital-Services-Act abzustellen*.

¹⁹⁴ Art 34 Abs 1 DMA verweist auf Art 8, 9 Abs 1, 10 Abs 1, Art 17, 18, 24, 25, 29, 30 und 31 Abs 2; normativ verankert in Art 5 Abs 2, Abs 5 – 8 DMA.

D. Gesetz über digitale Dienste – Digital Services Act (DSA)

Anders als der DMA als Marktregulierung umfasst der Geltungsbereich des Art 1 Abs 1 DSA auch Endnutzer digitaler Plattformen und Dienste. Kurz zusammengefasst soll der DSA unter anderem vor Drohungen, Beleidigungen und Hassrede im Netz schützen und Endnutzern digitaler Dienste wirksame Rechtsschutzinstrumente vermitteln.¹⁹⁵ Hierzu haben Plattformbetreiber ein plattforminternes Melde- bzw Beschwerdeverfahren (Art 16 DSA) zur Verfügung zu stellen; nur wenn häufig und unbegründet Meldungen eingereicht werden, kann eine Sperre der Bf gerechtfertigt sein.¹⁹⁶ Die Kenntnis der Identität eines Bf muss hierzu aber nicht zwingend gegeben sein, wenn andere Daten eine Rückführbarkeit missbräuchlicher Meldungen und eine zielgerichtete Sperre gestatten.

Eine Übertragbarkeit der *Anonymisierungs-Doktrin* auf den Anwendungsbereich des DSA erscheint dann nicht möglich, wenn es nebst einer hinreichend substantiierten Begründung, weshalb ein gemeldeter Inhalt als illegal eingestuft wird, auch der eindeutigen Angabe des elektronischen Speicherorts des gemeldeten Inhalts (etwa der präzisen URL-Adresse), eines Nachweises ihres guten Glaubens und des Namens und einer E-Mail-Adresse meldender Personen bedarf.¹⁹⁷ Dies wird jedoch nicht in allen Fällen als erforderlich erachtet, insbesondere in Fällen die im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch, sexueller Ausbeutung, Kinderpornographie etc stehen.¹⁹⁸

Aufgrund der horizontalen Wirkung der einschlägigen Grundrechte (Drittewirkung) bedürfen Massnahmen oder Sanktionen gegen Nutzer (die sich als Urheber rechtswidriger Posts erweisen) einer sachlichen Begründung und sind mit den widerstreitenden Grundrechten anderer Endnutzer abzuwegen und haben verhältnismässig zu sein.¹⁹⁹ Gem Art 23 DSA

195 Vgl rezent *Kapusta*, Plattformregulierung 2.0 Die (un-)mittelbare Grundrechtsbindung Privater im Digital Services Act, in Bösch/Laimer/Mittwoch/Müller (Hrsg), Daten, Plattformen, Smart Contracts (Nomos 2024) 271.

196 Bereits *Schaper/Wolters* in Ebers, § 64 Rz 82f, 88f.

197 *Schaper/Wolters* in Ebers, § 64 Rz 83.

198 Ebda (FN 64).

199 Vgl rezent *Kapusta* in Bösch/Laimer/Mittwoch/Müller, Daten, Plattformen, Smart Contracts, 271 mwN, derz Art 14 Abs 4 DSA die sekundärrechtliche Ausprägung der Horizontalwirkung bedeutet.

sind zudem wirksame Massnahmen gegen Missbrauch des Melde- und Beschwerdeverfahrens zu ergreifen.²⁰⁰

Zusammengefasst: Eine anonyme Beschwerde im Rahmen des DSA erscheint grds zulässig, ist aber (wie auch im vorangehend behandelten Datenschutzrecht) von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Eine anonyme Geltendmachung von Schutzrechten könnte zulässig sein, wenn die zuständigen nationalen Behörden einen Verstoss gegen Schutzpflichten des DSA feststellen, der über den Einzelfall hinausgeht und abstrahierbar ist.

E. KI-Gesetz – «AI-Act»

Das KI-Gesetz vermittelt in Art 85²⁰¹ das «*Recht auf Beschwerde bei einer Marktüberwachungsbehörde*». Dieses als «*Beschwerderecht*» bezeichnete Recht auf Meldung vermuteter objektiver Rechtsverstösse gegen die KI-VO besteht «*(u)nbeschadet anderer verwaltungsrechtlicher oder gerichtlicher Rechtsbehelfe*» als Jedermannsrecht sowohl für natürliche, als auch juristische Personen.²⁰² Im Hinblick auf natürliche Personen, die als Betroffene iSv Art 4 Ziff 1 DSGVO qualifiziert werden, wäre folglich eine Übertragbarkeit der *Anonymisierungs-Doktrin* ohne weiteres denkbar. Hartmann hält dazu – in klarer Abgrenzung von Art 77 DSGVO – fest, dass Verstösse «*gegen beliebige Vorschriften der KI-VO, ohne Bezug zur meldenden Person, mitgeteilt werden (können)*»²⁰³. Ein kurSORISCHER Einbezug des KI-Gesetzes in die gegenständliche Untersuchung ist schon deshalb naheliegend, da automatisierte Entscheidungsfindung bzw Datenverarbeitung KI Systemen wesensimmanent ist; darüber hinaus wird vereinzelt vertreten, dass künftig die Zuständigkeit zum Vollzug des AI-Acts bei den nationalen Datenschutzbehörden verortet werden sollte bzw könnte.²⁰⁴

Bei datenschutzrechtlicher Beurteilung von KI-Systemen ist eine anonyme Beschwerde offenkundig dann vorstellbar, wenn durch Chatbots oder

200 Schaper/Wolters in Ebers, § 64 Rz 96f.

201 Art 85 KI-VO lautet: «*Unbeschadet anderer verwaltungsrechtlicher oder gerichtlicher Rechtsbehelfe kann jede natürliche oder juristische Person, die Grund zu der Annahme hat, dass gegen die Bestimmungen dieser Verordnung verstossen wurde, bei der betreffenden Marktüberwachungsbehörde Beschwerden einreichen.*».

202 Hartmann in Martini/Wendehorst (Hrsg), Kommentar Verordnung über künstliche Intelligenz (C.H.Beck 2024), Art 85 Rz 6.

203 Hartmann in Martini/Wendehorst, KI-VO Art 85 Rz 5.

204 EDBP, Statement 3/2024 on data protection authorities' role in the Artificial Intelligence Act framework, 16.07.2024.

große Sprachmodelle (aber auch in anderem Verarbeitungskontext, wenn etwa Trainingsdaten personenbezogene Daten enthalten) personenbezogene Daten auf eine Weise verarbeitet werden, die eine Abstraktion vom Einzelfall gestattet; sei es nun wegen des vom Anbieter gewählten Anmeldesystems, der Dateneingabe, der hinter der Benutzeroberfläche liegenden Systemarchitektur, die auf Verarbeitung von Trainingsdaten abzielt, usw. Diese stellen Verarbeitungsvorgänge dar, die über den Einzelfall hinausreichen und abstrahierbar sind und demzufolge iSD hier behandelten *Anonymisierungs-Doktrin* einer anonymen Beschwerde (vor der DSS) zugänglich wären. Ein anonymes Beschwerdeverfahren erscheint insbesondere dann sinnvoll und zweckmäßig, wenn die Verletzung von Datenschutzvorschriften durch automatisierte Entscheidungssysteme im Raum steht.

Fraglich ist, ob ebenso Verstöße gegen das KI-Gesetz, für die eine Beschwerde vorgesehen ist, bei der dafür vorzusehenden Aufsichtsbehörde anonym erstattet werden können.

Die KI-Verordnung sieht jedoch nicht ausdrücklich vor, dass alle Verstöße, die Betroffene persönlich betreffen, zur Beschwerde vor Marktüberwachungsbehörden führen. Hornung kritisiert, dass die KI-VO nicht umfassend für individuelle Beschwerden geöffnet wurde, und dass die Begriffe «Beschwerde» und «Meldung» nicht klar genug differenziert werden. Dies führt zu Unsicherheiten in der Anwendung, insbesondere wenn die Beschwerde keinen direkten Bezug zur bf Person hat.²⁰⁵ Es «muss für die einzelnen Bestimmungen der Verordnung bestimmt werden, ob sie individuelle Rechtspositionen vermitteln und diese Positionen einem behördlichen oder gerichtlichen Rechtsbehelf zugänglich sind»²⁰⁶. Dies wird für datenschutzrechtliche Bestimmungen der KI-VO, welche sich auf Verarbeitungs- und Zweckänderungsbefugnisse beziehen, bestätigt (Art 10 Abs 5 und Art 59).²⁰⁷ Im Kontext des Art 86 KI-VO (als einzigm «*Betroffenenrecht*» der KI-VO im eigentlichen Sinne)²⁰⁸ wird hervorgehoben, dass Transparenz über Entscheidungsprozesse von KI-Systemen von entscheidender Bedeutung ist, damit Betroffene ihre Rechte ausüben können.²⁰⁹ Dies steht in Verbindung mit dem Recht auf Erläuterung der Funktionsweise von Hoch-

205 Hornung, Individualrechte in der KI-Verordnung, DuD 2024/8, 507 (508).

206 Hornung, aaO.

207 AaO.

208 Hartmann in Martini/Wendehorst, KI-VO Art 86 Rz 1.

209 Hornung, DuD 2024/8, 507 (511) mVa EuGH 21.06.2022, C-817/19 (*Ligue des droits humains ASBL/Conseil des ministres*) = EuZW 2022, 706, Rz 194f (PNR-Daten).

risiko-KI-Systemen. Die Verarbeitung pbD durch KI-Systeme, die automatisierte Entscheidungen treffen, kann daher eine Grundlage für anonyme Beschwerden nach der *Anonymisierungs-Doktrin* darstellen unter dem wesentlichen Vorbehalt, dass Art 86 Abs 2 KI-VO eine Abweichung vom Recht auf Erläuterung durch die MS gestattet.²¹⁰ Im Hinblick auf die Rechtsnatur des vorgesehenen Rechtsbehelfs führt *Hornung* treffend aus, dass die vom EU-Gesetzgeber gewählte Diktion der Beschwerde («*complaint*») irreführend ist, da sie Elemente einer Anzeige oder Meldung enthält (vgl dazu bereits unter Kapitel III im datenschutzrechtlichen Kontext).

Zusammengefasst bietet die KI-VO, insbesondere Art 85 und 86, immerhin Ansätze für die Anwendung anonymer Beschwerden bzw Meldungen, insbesondere in Bezug auf den Datenschutz und automatisierte Entscheidungsfindung.²¹¹ Dies ist jedoch abhängig von der nationalen Umsetzung und den Kompetenzen der jeweiligen Datenschutzbehörden bzw spezifischen Aufsichtsbehörden. Zudem gelten diese Bestimmungen nur subsidiär gegenüber Bestimmungen aus anderen EU-Rechtsakten.²¹² Materielle Anhaltspunkte für die Wahrung der Vertraulichkeit, der Privatsphäre und des Schutzes pbD (also bei extensivem Verständnis der Anonymität) von Endnutzer:innen von KI-Systemen, finden sich in Art 2 Abs 7 KI-VO und Art 78 KI-VO («*Vertraulichkeit*»). Die zuletzt genannte Bestimmung verpflichtet die EK, die Marktüberwachungsbehörden usw zur Wahrung der «*Vertraulichkeit von Informationen und Daten, in deren Besitz sie bei der Ausführung ihrer Aufgaben und Tätigkeiten gelangen.*» Der Grundsatz der Datenminimierung wird in Art 78 Abs 2 weiter spezifiziert, wonach «*die beteiligten Behörden [...] nur Daten an[fragen], die für die Bewertung des von KI-Systemen ausgehenden Risikos und für die Ausübung ihrer Befugnisse [...] unbedingt erforderlich sind.*» Dies gipfelt in der Verpflichtung der Behörden, wonach vertrauliche Informationen dem Betreiber nicht ohne vorherige Rücksprache mit der zuständigen nationalen Behörde, von der die Informationen stammen, offengelegt werden dürfen und die Untersuchungen Hochrisiko-KI-Systeme betreffen (Abs 3).

210 Hartmann in Martini/Wendehorst, KI-VO Art 86 Rz 16.

211 Vgl Hornung, DuD 2024/8, 507 (510).

212 Hartmann in Martini/Wendehorst, KI-VO Art 86 Rz 17.

V. Conclusio

Mit Aufnahme der DSGVO in den Rechtsbestand des EWR-Abkommens («*EWR-acquis*»²¹³) war der Weg für die hier behandelte Judikatur und Vollzugspraxis vorgezeichnet. Grds sollte die Rechtsprechung der beiden für die Auslegung des EWR-Abkommens zuständigen «Schwestergerichtshöfe», gemeint dem EuGH und dem EFTA-GH, zur Wahrung des Homogenitätsgebots²¹⁴ über einen «*justiziellen Dialog*» eine einheitliche Anwendung des *EWR-acquis* sicherstellen.²¹⁵ Ein solcher Dialog der Gerichtshöfe im Sinne eines wechselseitigen Verweises ist im Hinblick auf die hier diskutierte *Anonymisierungs-Doktrin* jedoch nicht zu bestätigen. Eine Bezugnahme auf die Judikatur des EFTA-GH findet sich höchst selten; eine Schlagwortsuche über die öffentliche Rechtsdatenbank des EuGH (curia) zu «*Adpublisher*» (Stichtag 18.01.2025) verrät, dass die Entscheidung der hier im Fokus stehenden Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs gerade ein einziges Mal zitiert wurde. Sie finden sich den Schlussanträgen des Generalanwalts *Priit Pikamäe* in der verbundenen Rechtssache C-26/22 und C-64/22; dabei beschränkt sich die Bezugnahme auf die *Adpublisher*-Rechtssache zudem auf einen Fussnotenvermerk.²¹⁶

Aufgrund der allgemeinen Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten wird die Möglichkeit zur anonymen Geltendmachung von Betroffenenrechten – trotz grundlegend beabsichtigter Vollharmonisierung, die mit der DSGVO verfolgt wurde – sehr heterogen gehandhabt. Es zeigt sich bei Vergleich der DPAs der EWR-Mitgliedstaaten ein **stark divergierender Vollzug des europäischen Datenschutzrechts**, der entgegen der 2016 im Verordnungsweg intendierten Vollharmonisierung ein nur lückenhafter Erfolg beschieden werden kann.

213 Hammermann in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 291 (293).

214 Vgl Wille, Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und seine Auswirkungen auf das liechtensteinische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in Bruha/Pällinger/Quaderer (Hrsg), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR (2005) 108 (113) mVa Baudenbacher, Individualrechtsschutz nach dem EWR-Abkommen, LJZ 2002/3, 63 (64), wonach das EWR-Recht mit dem Gemeinschaftsrecht weitgehend identisch ist.

215 Hammermann in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 291 (305).

216 SA GA *Pikamäe* 16.03.2023, C-26/22 & C-64/22 FN 15; die Möglichkeit anonymer Beschwerden bleibt gänzlich unerwähnt, die GA verweist ausschliesslich auf die Interpretation von Art 58 Abs 4 und Art 78 DSGVO, wonach diese «*der Verwirklichung des Rechts auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf dienen*».

Zur eingangs gestellten Forschungsfrage sind folgende Thesen abschliessend festzuhalten:

1. Eine «**materielle Ausstrahlungswirkung**» der DSGVO auf das Verfahrensrecht, wird nicht in allen EWR-Mitgliedstaaten im selben Ausmass anerkannt bzw **entspricht nicht der einhellenigen Vollzugspraxis der Datenschutzaufsichtsbehörden**. Die hier behandelte Zulässigkeit anonymer Beschwerden auf Grundlage eines Widerspruchsrechts gem Art 21 DSGVO wird – soweit ersichtlich – jedenfalls von der im Fürstentum Liechtenstein zuständigen Datenschutzstelle praktiziert. Eine umfassende europaweite «**Grundrechtskonvergenz**»²¹⁷ ist in datenschutzrechtlichen Beschwerdeverfahren daher derzeit aufgrund der unterschiedlichen Vollzugspraxis nicht gegeben. Eine Chance zur Berücksichtigung der Folgewirkungen der *Adpublisher*-Entscheidung bei der verfahrensrechtlichen Harmonisierung zur DSGVO hatte der Europäische Gesetzgeber zuletzt verpasst (oder war eine solche schlichtweg nicht erwünscht oder bekannt), denn im Vorschlag für eine Verordnung zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregelungen für die Durchsetzung der DSGVO blieb eine anonyme oder besser pseudonymisierte Geltendmachung von Beschwerden unberücksichtigt.²¹⁸

2. Ein Recht auf anonyme Beschwerdeführung in datenschutzrechtlichen Beschwerdeverfahren gem Art 77 und 78 DSGVO wird in der deutschsprachigen Literatur und Rspn des EFTA-GH zwar bestätigt, allerdings resultieren daraus diverse Problempunkte und Uneinheitlichkeit. Der EFTA-GH spezifiziert als **normative datenschutzrechtliche Anspruchsgrundlage** des Rechts auf anonyme Beschwerdeführung das **Betroffenenrecht auf Widerspruch (Art 21 DSGVO)** gegenüber den zuständigen Behörden. Ein Widerspruch ist zulässig, sofern die Rechtsgrundlage für deren Datenverarbeitung auf Art 6 Abs 1 Bst e (oder f) DSGVO gestützt wird und keine zwingenden Gründe für eine Offenlegung gegeben sind. Die spezifischen Anforderungen an zwingende Offenlegungsgründe wurden vom EFTA-GH jedoch nicht näher ausgeführt.

3. **Anonyme Beschwerden sind mit den Verfahrensgrundrechten (faires Verfahren und wirksames Beschwerderecht) vereinbar**, solange ein Gleichgewicht zwischen den Rechten der Bf und den Rechten der Gegenpartei besteht. Die informative Gleichstellung der Verfahrensparteien

217 Hammermann in Hoch/Neier/Schiess Rütimann, 100 Jahre, 291 (313f).

218 Siehe COM (2023) 348 final: Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregeln für die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2016/679.

kann auf jene Inhalte begrenzt bleiben, die zur Klärung der entscheidungs-wesentlichen Rechtsfragen erforderlich sind. Eine absolute informative Gleichstellung im kontradiktorischen Verfahren wird durch die Verfahrens-grundrechte weder erreicht noch verlangt, sodass eine Geheimhaltung der Identität zu rechtfertigen ist, sofern keine zwingenden Offenlegungsgründe bestehen (dh im Anlassfall diese zur Klärung der Sach- und Rechtsfrage nicht unbedingt erforderlich ist).

4. Für die **Einrede exzessiver und rechtsmissbräuchlicher Beschwerden verbleibt ein nur geringer Anwendungsspielraum**, zumal diese Rechtsinstitute nur sehr restriktiv in Anspruch genommen werden dürfen. Nach hier vertretener Ansicht bedarf es indessen einer amtsweigigen Prüfung durch die DPAs und der im Rechtsmittelverfahren angerufenen Instanzen, sonst wird diese Einrede zu «totem Recht» und würde es an den (wenn auch eingeschränkten) Überprüfbarkeit durch die Gegenpartei fehlen.

5. Das vor der DSS mögliche «**anonyme Beschwerdeverfahren**» weist eine **hybride Ausgestaltung** auf und vereint Merkmale eines *ex-officio-Verfahrens* und eines **Beschwerdeverfahrens**. Nach hier vertretener Ansicht und in FL unstrittiger Vollzugspraxis kann die DSS gem Art 58 Abs 2 DSGVO von Amts wegen Untersuchungen einleiten, Beschwerdeverfahren ausweiten oder fortsetzen. Dies verdeutlicht die aktive Rolle der DSS bei der Durchsetzung des europäischen Datenschutzrechts (iSd *effet utile*-Grundsatzes).

6. Diese Vollzugspraxis erweist sich allerdings punktuell dahingehend als problematisch, als sowohl der Anknüpfungspunkt für eine **anonyme Beschwerdeführung** nach Art 77 DSGVO «verschwimmt», wenn diese los-gelöst von konkretisierbaren Datenverarbeitungsprozessen möglich ist und jeglichen abstrakten Verstoss gegen das Datenschutzrecht als Beschwerdegegenstand zulässt, als auch eine Information über amtsweigige Untersuchungen im Einzelfall erfolgt. Dadurch entwickelt sich die **anonyme Beschwerde** zu einem Mechanismus, der **Merkmale einer Popularbeschwerde** aufweist. Dadurch könnten Datenschutzverstöße auch ohne direkte Betroffenheit gemeldet werden, was nach hier vertretener Ansicht der amtsweigigen Untersuchung vorbehalten bleiben müsste.

7. Im Hinblick auf «**automatisierungstaugliche**²¹⁹ **Gesetze** ist eine **Anlehnung an die hier diskutierte Anonymisierungs-Doktrin** und Übertragung der *Adpublisher*-Entscheidung durchaus **möglich**. Die Möglichkeit

219 Parycek in Mayrhofer/Parycek, Digitalisierung des Rechts, 121.

anonymer Beschwerden im Anwendungsbereich der europäischen Digitalrechtsakte ist derzeit noch rechtstheoretischer Natur und steht freilich unter dem Vorbehalt der mitgliedstaatlichen Übernahme und Vollzugspraxis der nationalen Aufsichtsbehörden und Gerichte, die sich bei der Berücksichtigung der Judikatur des EFTA-GH bislang sehr zurückhaltend zeigen. Für FL steht dies freilich noch unter dem Vorbehalt der Übernahme diverser «Digitalrechtsakte» in das EWR-Abkommen oder deren autonomen Rechtsübernahme in das nationale Recht. Nach hier vertretener Ansicht sprechen gute Gründe für die Ausweitung der Anonymisierungs-Doktrin auf einzelne Digitalrechtsakte, vorausgesetzt diese sehen ein vergleichbares Beschwerdeverfahren vor und es besteht ein Anwendungsspielraum zur Geltendmachung von Widerspruchsrechten gem Art 21 DSGVO.

Offen bleiben musste, inwieweit aus dem materiellen Recht – vorrangig dem E-Government-Recht – weitergehende Anhaltspunkte für eine notwendige Anonymisierung im Beschwerdeverfahren erkennbar sind. Dies muss künftigen rechtswissenschaftlichen Untersuchungen vorbehalten bleiben. Ebenso einer Untersuchung an anderer Stelle vorbehalten bleiben muss die Zulässigkeit der nationalen Einschränkung einer anonymen Beschwerdeführung; im Lichte der nach Art 23 DSGVO möglichen Begrenzung datenschutzrechtlicher Betroffenenrechte erscheint immerhin eine Möglichkeit hierzu gegeben.

Im Ergebnis ist eine bemerkenswerte materielle und durchaus kontroverse Ausstrahlungswirkung auf das Verfahrensrecht durch die gerichtliche Fortentwicklung des europäischen Datenschutzrechts zu attestieren.

Literaturverzeichnis

- Bäcker Matthias* in Kühling / Buchner (Hrsg), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 3. Auflage, C.H.Beck 2020, Art 12 DSGVO.
- Baudenbacher Carl*, Individualrechtsschutz nach dem EWR-Abkommen, LJZ 2002/3, 63 (64).
- Becker Thomas* in Plath (Hrsg), BDSG/DSGVO. Kommentar zum BDSG und zur DSGVO sowie den Datenschutzbestimmungen des TMG und TKG, 2. Auflage, Köln ottoschmidt 2016, Art 77 DSGVO.
- Bergt Matthias* in Kühling / Buchner (Hrsg), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 3. Auflage, C.H.Beck 2020, Art 77 DSGVO.
- Bernsdorff Norbert* in Meyer / Hölscheidt (Hrsg), Kommentar Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage, Nomos 2019, Art 8
- Boehm Franziska* in Kühling / Buchner (Hrsg), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 3. Auflage, C.H.Beck 2020, Art 57 DSGVO.

- Bussjäger Peter*, Die Beschwerde an den Staatsgerichtshof, in Kley / Vallender (Hrsg) Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Liechtensteinische Politische Schriften (LPS), Band 52, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan 2012, 857 – 873.
- Bussjäger Peter*, Art. 32 LV, in Liechtenstein-Institut (Hrsg.): Online-Kommentar zur liechtensteinischen Verfassung, <https://verfassung.li/Art_32> (Stand 08.08.2024).
- Dedek Helge*, Peterson, Claes, Rechtswissenschaft als juristische Doktrin, ZS Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 2013, De Gruyter, 615f.
- Dworschak Marco*, Idiosynkrasien des liechtensteinischen Datenschutzrechts, SPWR 2021, 143.
- Dworschak Marco*, Vom öffentlichen Interesse an geheimen Dokumenten. LuxLeaks und die jüngste Rechtsprechung des EGMR zu Whistleblowing, LJZ 2023/3, 146 – 160.
- Gächter Marie-Louise*, Ein Plädoyer für die effektive Durchsetzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung: EFTA-Gerichtshof in der Rechtssache *Adpublisher*, LJZ 2021/4, 154 – 159.
- Gächter Marie-Louise*, Die Konstitutionalisierung des Rechts auf Datenschutz und eventuelle Auswirkungen auf Liechtenstein, Hoch / Neier / Schiess Rütimann (Hrsg), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung. Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, Liechtensteinische Politische Schriften 62 (LPS), Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft 2021, 271 – 290.
- Grabenwarter Christoph*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Forschungen aus Staat und Recht, Band 115, Wien Springer 1997.
- Grabenwarter Christoph*, Öffentliches Recht. Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht, Band I/1 & 2, Verhandlungen des Sechzehnten Österreichischen Juristentages, Graz 2006 (Manz)
- Grabenwarter, Christoph / Pabel Katharina*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Auflage, Juristische Kurz-Lehrbücher, EMRK 7. Auflage, § 24, Manz 2021.
- Groß Alfred*, Zur mittelbar-materiellen Massgeblichkeit der Europäischen Grundrechtecharta (EGRC) für das Fürstentum Liechtenstein, SPWR 2018, 269
- Haimberger Klara / Geuer Ermano*, Anonymisierende Wirkung der Pseudonymisierung, DaKo 2018/33, 57f.
- Hammermann Bernd*, Mehrebenen im Grundrechtsschutz – die liechtensteinische Verfassung und der EWR, in Hoch / Neier / Schiess Rütimann (Hrsg), 100 Jahre liechtensteinische Verfassung. Funktionen, Entwicklung und Verhältnis zu Europa, Liechtensteinische Politische Schriften 62 (LPS), Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft 2021, 291 – 314.
- Hartmann Sarah* in Martini / Wendehorst (Hrsg), Kommentar Verordnung über künstliche Intelligenz (C.H.Beck 2024), Art 85 & 86.
- Heberlein Horst* in Ehmann / Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 3. Auflage, C.H.Beck, LexisNexis 2024, Art 6 DSGVO.
- Heckmann Dirk / Paschke Anne* in Ehmann / Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 3. Auflage, C.H.Beck, LexisNexis 2024, Art 12 DSGVO.

- Herbst Tobias* in Kühling / Buchner (Hrsg), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung BDSG, 3. Auflage, C.H.Beck 2020, Art 21 DSGVO.
- Hofer Melanie*, Die Rolle der Pseudonymisierung in der Datenschutz-Grundverordnung, Diplomarbeit an der Karl-Franzens-Universität Graz (2022).
- Hornung Gerrit*, Individualrechte in der KI-Verordnung. Die Rechte auf Beschwerde und auf Erläuterung der Entscheidungsfindung im Einzelfall, DUD 2024/8, 507 – 512.
- Jahnel Dietmar / Pallwein-Prettner Angelika*, Datenschutzrecht, 3. Auflage, facultas 2021.
- Jahnel Dietmar*, Zum Zusammenspiel zwischen dem verwaltungsrechtlichen Weg und dem Zivilrechtsweg und die Schnittstellen zum Verfassungsrecht und zum Europarecht, in Nunner-Krautgasser et al (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018. Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Verfahren aus Verbraucher- und Unternehmersicht, Wien 2019, S. 69 f.
- Johlen Heribert* in Stern/Sachs (Hrsg), Europäische Grundrechte-Charta Kommentar, C.H.Beck 2016, Art 8
- Kamann Hans Georg / Braun Martin* in Ehmann / Selmayr (Hrsg), Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 3. Auflage, C.H.Beck LexisNexis 2024, Art 21 DSGVO.
- Kapusta Ina*, Plattformregulierung 2.0: Die (un-)mittelbare Grundrechtsbindung Privater im Digital Services Act, in Bösch / Laimer / Mittwoch / Müller (Hrsg), Daten, Plattformen, Smart Contracts. Aktuelle Rechtsfragen, Band 1, 1. Auflage 2024 Nomos, 271 – 327.
- Kley Andreas*, Grundriss des liechtensteinischen Verwaltungsrechts, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Vaduz 1998, Liechtensteinische Politische Schriften, Band 23.
- Kramer Philipp* in Esser / Kramer / v.Lewinski (Hrsg), DSGVO. BDSG. Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz. Nebengesetze, Kommentar, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2024, Art 21 DSGVO.
- Kuznik*, Die Grenzen des Anspruchs auf Zugang zu personenbezogenen Daten, NVwZ 2023, 297 (300ff).
- Leitl-Staudinger Barbara*, Die Beschwerdelegitimation vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/N.Raschauer (Hrsg), Handbuch Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2. Auflage Jan Sramek Verlag 2019, 319 – 363.
- Martini Mario* in Paal / Pauly (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München C.H.Beck 2021, Art 79 DSGVO.
- Mayrhofer Michael / Parycek Peter*, Digitalisierung des Rechts. Digitalisierung des Rechts – Herausforderungen und Voraussetzungen, Band IV/1, Verhandlungen des Einundzwanzigsten Österreichischen Juristentages, Wien 2022 (Manz)
- Meyer Frank* in Karpenstein / Mayer, EMRK. Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Auflage, C.H.Beck Verlag 2015, Art 6 EMRK.

Meyer-Ladewig Jens / Harrendorf Stefan / König Stefan in Meyer-Ladewig / Nettesheim / von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 4. Auflage, Nomos 2017, Art 6 EMRK.

Meyer-Ladewig Jens / Ringer Denise in Meyer-Ladewig / Nettesheim / von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar, 4. Auflage, Nomos 2017, Art 13 EMRK.

Mundil Daniel in Wolff / Brink (Hrsg), BeckOK Datenschutzrecht 31. Edition (Stand 1.2.2020) Art 77 DSGVO.

Nemitz Paul in Ehmann / Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 3. Auflage, C.H.Beck, LexisNexis 2024, Art 77 DSGVO.

Raschauer Nicolas / Sild Judith, Liechtenstein, die EU Grundrechtecharta und das EWR-Abkommen, JRP 2020, 242 f;

Riesz Thomas in Holoubek / Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar, 2. Auflage, Wien Manz 2019, Art 8 GRC.

Rydelski Michael Sánchez, Die Anwendung und Durchsetzung des EWR-Rechts in Liechtenstein durch Private («Einzelpersonen und Marktteilnehmer»), LJZ 2023/3, 204.

Schaper Michael / Wolters Gereon in Ebers (Hrsg), StichwortKommentar LegalTech. Recht / Geschäftsmodelle / Technik, Nomos 2023, § 64

Schiess-Rütimann Patricia M., Die Stellung der EMRK in Liechtenstein, Beiträge Liechtenstein-Institut 44/2019, Bendern 2019.

Schiess-Rütimann Patricia M., Die Freiheiten des liechtensteinischen Gesetzgebers beim Einfügen der EMRK in die nationale Rechtsordnung, LJZ 3/2018, 143 – 152.

Schweiger Thomas in Knyrim (Hrsg), Der DatKomm. Praxiskommentar zum Datenschutzrecht. DSGVO und DSG, 56. Lieferung 1.12.2021 Manz, Art 77 DSGVO.

Selmayr Martin in Ehmann / Selmayr (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 3. Auflage, C.H.Beck, LexisNexis 2024, Art 57 DSGVO.

Souhrada-Kirchmayer Eva, Rechtsschutz bei der Datenschutzbehörde und beim Verwaltungsgericht, in Nunner-Krautgasser et al. (Hrsg.), Rechtsdurchsetzung im Datenschutz nach der DSGVO und dem DSG 2018.Verwaltungsbehördliche und gerichtliche Verfahren aus Verbraucher- und Unternehmersicht, Wien 2019

Syдов Gernot, in Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung. Handkommentar, BadenBaden 2017, Art 77 und Art 78 DSGVO.

Thiele Clemens / Wagner Jessica, Praxiskommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Auflage, Jan Sramek Verlag (2022) § 24.

v.Lewinski Kai in Esser / Kramer / v.Lewinski (Hrsg), DSGVO. BDSG. Datenschutz-Grundverordnung. Bundesdatenschutzgesetz. Nebengesetze, Kommentar, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag 2024, Art 57 DSGVO.

Wille Herbert, Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum und seine Auswirkungen auf das liechtensteinische Verfassungs- und Verwaltungsrecht, in Bruha / Pällinger / Quaderer (Hrsg), Liechtenstein – 10 Jahre im EWR, Bilanz, Herausforderungen, Perspektiven. Liechtensteinische Politische Schriften (LPS), Band 40, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan 2005, 108 – 147.

Wille Tobias Michael, Recht auf wirksame Verteidigung, in Kley / Vallender (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Liechtensteinische Politische Schriften (LPS), Band 52, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan 2012, 435 – 484.

Wille Tobias Michael, Beschwerderecht, in Kley / Vallender (Hrsg), Grundrechtspraxis in Liechtenstein, Liechtensteinische Politische Schriften (LPS), Band 52, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, Schaan 2012, 505 – 540.

Judikaturverzeichnis

EFTA-Gerichtshof:

EFTA-GH 26.07.2011, E-4/11 (*Arnulf Clauder*).

EFTA-GH 18.04.2012, E-15/10 (*Posten Norge AS / EFTA Überwachungsbehörde*).

EFTA-GH 10.12.2020, E-11/19 und E-12/19 (*Adpublisher AG / J&K*).

EuGH:

EuGH 09.11.1983, C-199/82 (*SpA San Giorgio / Administrazione delle Finanze dello Stato*).

EuGH 06.11.2012, C-199/11 (*Europese Gemeeschap / Otis NV ua*).

EuGH 06.10.2015, C-362/14 (*Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner*).

EuGH 28.04.2022, C-319/20 (*Meta Platforms Ireland Limited / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV*).

EuGH 21.06.2022, C-817/19 (*Ligue des droits humains ASBL/Conseil des ministres*).

EuGH 14.03.2024, C-46/23 (*Budapest Főváros IV. Kerület Újpest Önkormányzat Polgármesteri Hivatala / Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*).

EuGH 11.07.2024, C-757/22 (*Meta Platforms Ireland / Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV*).

EuGH 9.1.2025, C-416/23 (DSB/FR)

Schlussanträge der Generalanwälte vor dem EuGH:

SA GA *Priit Pikamäe* 16.03.2023, C-26/22 & C-64/22 (UF, AB/Hessen, Schufa).

SA GA *Richard de la Tour* 05.09.2024, C-416/23 (DSB/FR).

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte:

EGMR 27.06.1968, 1936/63 (Neumeister/Österreich)

EGMR 29.05.1986, 85262/79 (Feldbrugge/Niederlande)

EGMR 28.08.1991, 13468/87 (Brandstetter/Österreich)

EGMR 23.06.1993, 12952/87 (Ruiz-Mateos/Spanien)

EGMR 20.09.1993, 14647/80 (Saidi/Frankreich)

EGMR 27.10.1993, 14448/88 (*Dombo Beheer/Niederlande*)
EGMR 23.09.1994, 15890/89 (*Jersild/Deutschland*)
EGMR 26.03.1996, 20524/92 (*Doorson/Niederlande*)
EGMR 23.10.1996, 17748/91 (*Ankerl/Schweiz*)
EGMR 18.03.1997, 2149/93 (*Mantovanelli/Frankreich*)
EGMR 23.04.1997, 21363/93 (*Van Mechelen ua/Niederlande*)
EGMR 21.01.1999, 30544/96 (*Garcia Ruiz/Spanien*)
EGMR 06.02.2001, 30428/96 (*Beer/Österreich*)
EGMR 18.10.2001, 37225/97 (*N.F.B./Deutschland*)
EGMR 22.11.2001, 39799/98 (*Volkmer/Deutschland*)
EGMR 24.06.2003, 39482/98 (*Dowsett/Vereinigtes Königreich*)
EGMR 10.11.2005, 54789/00 (*Bocos-Cuesta/Niederlande*)
EGMR 17.11.2005, 73047/01 (*Haas/Deutschland*)
EGMR 12.02.2008, 14277/04 (*Guja/Moldawien*)
EGMR 19.02.2009, 3455/05 (A. ua/UK)
EGMR 15.12.2011, 26766/05 (*Al-Khawaja ua/UK*)
EGMR 06.12.2012, 25088/07 (*Pesukic/Schweiz*)
EGMR 17.10.2013, 36044/09 (*Horvatic/Kroatien*)
EGMR 15.12.2015, 9154/10 (*Schatschaschwili/Deutschland*)
EGMR 23.05.2016, 17502/07 (*Avotinš/Lettland*)
EGMR 19.09.2017, 35289/11 (*Regner/Tschechische Republik*)
EGMR 14.02.2023, 21884/18 (*Halet/Luxemburg*)

Verwaltungsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein:

VGH 03.09.2021, 2021/014
VGH 03.09.2021, 2021/030
VGH 03.09.2021, 2021/032

Fürstlicher Staatsgerichtshof:

StGH 18.02.2002, 2001/21
StGH 01.09.2006, 2005/37
StGH 02.10.2006, 2006/28
StGH 15.09.2009, 2009/2
StGH 01.12.2009, 2009/93
StGH 21.09.2010, 2010/8
StGH 18.05.2010, 2010/5
StGH 18.05.2011, 2010/145
StGH 29.11.2010, 2010/80
StGH 07.04.2014, 2013/106

Österreichischer Verfassungsgerichtshof:

VfGH 19.06.2002, B198/02, VfSlg 16560
VfGH 10.10.2019, E1025/2018, VfSlg 20345

Österreichischer Verwaltungsgerichtshof:

VwGH 22.04.2015, Ra 2014/04/0046 VwSlg 19098 A/2015

Deutsche Gerichte:

AG Emmendingen 13.11.2014, 5 Owi 530 Js 17298/13
VG Mainz 22.07.2020, 1 K 473/19.MZ

Abkürzungsverzeichnis

€	Euro
§ / §§	Paragraph / Paragraphe(n)
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abk	Abkürzung
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AI-Act	Vorschlag für eine VO des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, COM (2021) 206 final vom 21. April 2021
aM	andere Meinung
Anm	Anmerkung
arg	argumentum
Art	Artikel
bel	belgisch/e/r
betr	betreffend
Bf	Beschwerdeführer
BfDI	Bundesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit
BGBI	Bundesgesetzblatt“

Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
Bst	Buchstabe
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	beziehungsweise
CH	Schweiz
CHF	Schweizer Franken
CNIL	«Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés» (frz Datenschutzaufsichtsbehörde)
CNPD	«Commission Nationale pour la Protection des Données» (bel Datenschutzaufsichtsbehörde)
CZ	Tschechische Republik
DE	Deutschland
ders	derselbe
dgl	dergleichen
dh	das heisst
dies	dieselbe(n)
diff	differenziert
DMA	«Digital Markets Act» – VO (EU) 2022/1995 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. September 2022 über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor und zur Änderung der RL (EU) 2019/1937 und (EU) 2020/1828 (Gesetz über digitale Märkte), ABl L 2022/265, 1.
DPA	Data Protection Authority (eng Datenschutzaufsichtsbehörde)
DPAs	Data Protection Authorities
DSA	«Digital Services Act» – VO (EU) 2022/2065 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der RL 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl L 2022/277, 1.
DSGVO	Datenschutzgrundverordnung
DSG-FL	(liechtensteinisches) Datenschutzgesetz, LGBL
DSK	Datenschutzkommission
DSS	liechtensteinische Datenschutzstelle
dt	deutsch
E	Entscheidung
ECLI	Europäischer Urteilsidentifikator
EDSB	Europäischer Datenschutzbeauftragter
Einl	Einleitung EBRV Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage

EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
eng	englisch
Erk	Erkenntnis
ErwG	Erwägungsgrund/Erwägungsgründe
ESP	Spanien
et al	et alii (dt und andere)
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EUGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f / ff	folgende / fort folgende
FL	Fürstentum Liechtenstein
FN	Fussnote
FR	Frankreich
frz	französisch/e/r
G	Gesetz
GA	Generalanwalt / Generalanwältin
gem	gemäss
GH	Gerichtshof
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRC	Grundrechtecharta
gv	government / gouvernement
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
hins	hinsichtlich
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HrsG	Herausgeber / Herausgebende
IA	Initiativantrag
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne

idZ	in diesem Zusammenhang
insb	insbesondere
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iwS	im weiteren Sinne
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
JN	Juristiknorm
JRP	Journal für Rechtspolitik
JZ	Deutsche Juristen-Zeitung
krit	kritisch
LGBl	Landesgesetzblatt
LfG	Lieferung
LILEX	Gesetzesdatenbank des Fürstentums Liechtenstein
lit	litera (dt «Buchstabe»)
leg cit	legis citatae (dt «die zitierte Gesetzesstelle»)
LES	Liechtensteinische Entscheidungssammlung
LfDI	Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit
LJZ	Liechtensteinische Juristenzeitschrift
LVG	Landesverwaltungspflegegesetz
LVwG	Landesverwaltungsgericht
Mat	Materialien
MaW	Mit anderen Worten
Nr	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
oÄ	oder Ähnliches
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
RDB / rdb.at	Rechtsdatenbank
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rsp	Rechtsprechung

RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
s	siehe
S	Seite
SA	Schlussanträge
sic	sic errat scriptum (dt wirklich so)
Slg	Sammlung
sog	so genannt (e, er, es)
StGH	Staatsgerichtshof
stRsp	ständige Rechtsprechung
tlw	teilweise
u	und
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
UWG	Unlauteres Wettbewerbsgesetz
va	vor allem
VBK	Beschwerdekommission für Verwaltungsangelegenheiten
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl	vergleiche
vH	von Hundert
VO	Verordnung
VwG	Verwaltungsgericht
zB	zum Beispiel
Ziff	Ziffer
ZPO	Civilprozessordnung
zT	zum Teil

Das Metaverse – kein strafrechtsfreier Raum: Anwendbarkeit des schweizerischen Strafgesetzbuches bei Betrugsfällen im Metaverse *

Nadine Jost

A. Einleitung

Technologie ist zu einem integralen Bestandteil des alltäglichen Lebens geworden. Bei technologischen Weiterentwicklungen hat die Gesellschaft stets Anpassungsfähigkeit bewiesen. Disruptive Technologien wie das Metaverse haben daher das Potenzial, zahlreiche Lebensbereiche grundlegend zu verändern.¹ Neue Technologien bieten neben Chancen auch neue Angriffsflächen für Kriminelle. Europol² und Interpol³ warnen bereits vor Kriminalität im Metaverse und empfehlen den Strafverfolgungsbehörden, ihre virtuelle Präsenz auszubauen. Einige Personen nutzen die durch die Avatare vermeintlich vermittelte Anonymität im Metaverse bereits aus, wie von verschiedenen Strafverfolgungsbehörden bestätigt wurde.⁴ Auch in den Medien ist vermehrt von ‹Verbrechen› im Metaverse zu lesen. Im Januar 2024 leitete die Polizei im Vereinigten Königreich erstmals ein Verfahren

* Die vorliegende Arbeit wurde als Masterarbeit am 15.04.2024 zur Erlangung des akademischen Grades ‐Master of Laws ‐ an der Universität Zürich eingereicht. Für die Betreuung und die Ermöglichung dieser Veröffentlichung bedanke ich mich herzlich bei Dr. iur. Lukas Staffler, LL.M. Für diese Veröffentlichung wurde der Text zum Stichtag 31.12.2024 aktualisiert. Soweit und sofern in dieser Arbeit geschlechtsspezifische Terminologie verwendet wird, sind immer auch alle anderen Geschlechter gemeint. Der Beitrag bemüht sich um geschlechtsneutrale Formulierungen. Auf eine Doppelnennung wird zugunsten einer besseren Lesbarkeit verzichtet. Soweit auf nationale Rechtsquellen Bezug genommen wurde, beziehen sich diese auf die Schweiz.

1 Zum Ganzen Whitepaper Interpol, S. 3.

2 Bericht Europol, S. 13 ff.

3 Whitepaper Interpol, S. 12 ff.

4 Whitepaper Interpol, S. 11; Camber.

wegen einer virtuellen Vergewaltigung des Avatars eines 16-jährigen Mädchens im Metaverse ein.⁵

Laut der Prognose einer amerikanischen Großbank könnte das Metaverse bis zum Jahr 2030 einen Wert von bis zu 13 Billionen US-Dollar haben.⁶ Ende 2024 betrug das Handelsvolumen der Top-Metaverse-Coins ungefähr drei Milliarden Euro, die Marktkapitalisierung belief sich auf 22 Milliarden Euro⁷ und auf der Metaverse-Plattform Decentraland stand ein Stück virtuelles Land für umgerechnet USD 920'381.12 zum Verkauf.⁸ Die Konzentration solcher Vermögenswerte zieht zwangsläufig kriminelle Verhaltensweisen an.⁹ Diese Anziehungskraft wird dadurch verstärkt, dass Metaverse-Ökosysteme voraussichtlich von verschiedenen Kryptowährungen dominiert sein werden,¹⁰ die aufgrund ihrer Pseudoanonymität bei Kriminellen besonders beliebt sind.¹¹ Es kann daher die Annahme getroffen werden, dass Wirtschaftsdelikte einen Großteil der Straftaten im Metaverse ausmachen werden.

Avatare, gesteuert von Menschen aus verschiedenen Teilen der Welt, können sich im grenzenlosen Metaverse vernetzen und in Echtzeit miteinander interagieren.¹² Es ist daher zu erwarten, dass Straftaten im Metaverse nicht zwingend, aber häufig Landesgrenzen überschreiten und somit eine internationale Dimension aufweisen werden,¹³ was die Bestimmung der maßgeblichen räumlichen Anknüpfungspunkte herausfordert. Wie lassen sich die Regelungen des schweizerischen Strafanwendungsrechts aus dem vordigitalen Jahr 1937 auf Delikte im Metaverse anwenden? Im vorliegenden Beitrag soll untersucht werden, ob die aktuelle rechtliche Konzeption für die räumliche Erfassung von Betrugsfällen im Metaverse genügt.

5 Sales; Kappeler; Müllender, das Verfahren ist aktuell noch nicht abgeschlossen; das Urteil wird voraussichtlich einen Präzedenzfall für den Schutz von Minderjährigen im Metaverse schaffen.

6 Pentsy.

7 <https://coinmarketcap.com/de/view/metaverse/>, besucht am 28.12.2024.

8 <https://decentraland.org/marketplace/contracts/0x959e104e1a4db6317fa58f8295f586e1a978c297/tokens/5717>, besucht am 31.12.2024.

9 Vgl. Annison, S. 15.

10 Bericht Europol, S. 12.

11 M.w.H. Simmler/Selman/Burgermeister, S. 964 f.

12 Vgl. Schöbel/Leimeister, S. 6.

13 Vgl. Whitepaper Interpol, S. 21; Oberlin/von Hoyningen-Huene, S. 117.

Anhand des folgenden fiktiven, aber realitätsnahen Sachverhalts soll die Lösung illustriert werden.¹⁴

NFT-Betrug im Metaverse: A gelingt es, von Russland aus den Decentraland¹⁵ Account des berühmten amerikanischen Künstlers zu hacken. In der Folge erstellt A NFTs¹⁶ nach dem ERC-721-Standard, die auf digitale Werke des Künstlers verweisen. Die Schweizerin B besucht während ihres Urlaubs von Spanien aus mit ihrem Avatar die virtuelle Kunstgalerie, wo sie von dem von A gehackten Avatar über die Echtheit des zum Verkauf stehenden NFTs getäuscht wird. Die Avatare vereinbaren, das angeblich vom amerikanischen Künstler geprägte und damit wertvolle NFT gegen 1000 Einheiten der nativen Währung von Decentraland, MANA¹⁷, zu tauschen¹⁸. Das Geschäft soll über einen Smart Contract¹⁹ abgewickelt werden.²⁰ B sendet von ihrer Wallet-Adresse²¹ 1000 MANA an die Adresse des Smart Contracts, der anschließend das von ihm gehaltene NFT an Bs und die 1000 MANA an As Wallet-Adresse überträgt. Zurück in ihrer Wohnung in der Schweiz liest B folgende Schlagzeile: «Der Avatar des amerikanischen Künstlers wurde gehackt». B wird klar, sie wurde Opfer eines sog. Impersonation Scams.²² B fragt sich, ob die Schweizer Strafbehörden überhaupt ermächtigt bzw. verpflichtet sind, Delikte im grenzenlosen Metaverse zu verfolgen.

-
- 14 Ein vergleichbarer Vorfall hat sich bereits ereignet, bei dem sich der Täter als Künstler Derek Laufman ausgab und NFTs unter dessen Namen zu hohen Preisen verkaufte, Bijan; siehe auch Oberlin/von Hoyningen-Huene, die einen typischen zukünftigen Tathergang im Metaverse beschreiben, bei dem der Täter an seinem PC in den USA sitzt, während sich die Geschädigte an ihrem PC in der Schweiz befindet.
- 15 Virtuelles, blockchainbasiertes Metaverse mit einem P2P-Netzwerk für Benutzerinteraktionen, Ordano/Jardi/Meilich/Araoz, S. 4.
- 16 Einzigartiger auf der Blockchain gespeicherter Token, der einen Vermögenswert repräsentiert, Aref/Fábián/Weber, S. 387.
- 17 Native Währung von Decentraland basierend auf dem ERC-20 Standard, Ordano/Jardi/Meilich/Araoz, S. 12.
- 18 «Kauf» eines NFTs im Metaverse ist als Tauschvertrag zu qualifizieren, m.w.H. Wickeri-Birchler, N. 29 ff.
- 19 Programmierter Software-Code, der bei Eintritt der vordefinierten Bedingungen bestimmte Aktionen ausführt, m.w.H. Maute, N. 10 f.
- 20 Smart Contracts werden im Metaverse voraussichtlich von grosser Bedeutung sein, m.w.H. Takyar.
- 21 Wird auch als Public Adress bezeichnet und ist eine Art Kontonummer, Brameshuber/Edelmann, S. 7 f.
- 22 Whitepaper Interpol, S. 13; Madiega/Car/Niestadt/Van de Pol, S. 8.

B. Terminologie

I. Metaverse

Der Hype um das begehbar Internet wurde im Oktober 2021 durch die Umbenennung von Facebook in Meta ausgelöst.²³ Seither ist das öffentliche Interesse und das Bewusstsein für das Metaverse weiter gewachsen. Zuletzt berichteten einige Medien im Zusammenhang mit der im Jahr 2024 neu auf dem Markt erschienenen Apple Vision Pro Brille vom zweiten Frühling oder gar vom Durchbruch ‹des› Metaverses.²⁴ Für andere ist ‹das› Metaverse hingegen nur ein vorübergehender Hype. Die Techunternehmen selbst scheinen uneinig zu sein, ob und in welchem Ausmaß sich ‹das› Metaverse in Zukunft durchsetzen wird.²⁵ Doch was genau verbirgt sich hinter diesem abstrakten Begriff?

Der Begriff Metaverse ist eine Kombination aus dem griechischen Wort ‹meta› (jenseits) und dem englischen Wort ‹universe›.²⁶ Bis heute existiert ‹das› eine umfassende Metaverse (noch) nicht. Vielmehr handelt es sich um einen Oberbegriff für eine Vielzahl virtueller Welten,²⁷ die sich in ihrer Form und Ausgestaltung unterscheiden.²⁸ In der Literatur konnte sich daher noch keine einheitliche Definition durchsetzen.²⁹ Der wissenschaftliche Dienst des Europäischen Parlaments beschreibt das Metaverse als eine dreidimensionale virtuelle Welt, in denen Menschen über Avatare interagieren, arbeiten, handeln und Transaktionen mit Krypto-Assets durchführen.³⁰

II. Metacrimes

Bislang existiert keine allgemeingültige Definition des Begriffes ‹Metacrime›. Da Metacrimes regelmäßig Computer- und Internetsachverhalte be-

23 Da Silva/Alto.

24 Apple selbst vermißt das Wort Metaverse, Hainzl; Li; Menn.

25 Oberlin/von Hoyningen-Huene, S. 116.

26 Wicki-Birchler, N. 8.

27 Wagner/Holm-Hadulla/Ruttloff, Vorwort.

28 Beispielhafte Auflistung und Kategorisierung von verschiedenen Metaverse-Plattformen bei Broschart/Scheitanov/Gieselmann, N. 46 ff.

29 Ritterbusch/Teichmann ermittelten 28 verschiedene Definitionen, S. 12375.

30 Madiega/Car/Niestadt/Van de Pol, S. 2.

röhren, ist es sinnvoll, sich einer Begriffsbestimmung durch eine Analyse bestehender Definitionen in diesem Bereich anzunähern. Innerhalb der Internetkriminalität hat sich der Begriff Cybercrime etabliert, der i.E.S. alle Straftaten erfasst, die sich gegen die Informations- und Kommunikationstechnik richten, sowie i.w.S. alle Straftaten, die mittels dieser Informations-technik begangen werden.³¹

Der Begriff Metacrime – wie er in dieser Arbeit verstanden wird – soll deutlich enger gefasst werden. Es sollen lediglich strafrechtlich relevante Handlungen erfasst werden, die durch Menschen mittels ihrer Avatare³² zumindest teilweise innerhalb einer Metaverse-Plattform durch gewöhnliche Nutzungsmethoden verwirklicht werden. Diese Fälle weisen Besonderheiten auf, die eine analytische Begutachtung aus strafanwendungsrechtlicher Sicht rechtfertigen. Handlungen im Zusammenhang mit der Programmierung, der Gestaltung, dem Aufbau und dem Betrieb des Metaverses sowie Handlungen außerhalb der Plattform mit Bezugspunkten zum Metaverse sollen dagegen nicht erfasst sein.³³

C. Die Blockchain-Technologie

Blockchains bilden das Rückgrat des Metaverses und sind für dessen Entwicklung von großer Bedeutung. Sie bilden insbesondere die technische Grundlage für die nativen Bezahlmittel, Smart Contracts und damit auch NFTs.³⁴ Weiter könnte die Blockchain-Technologie die Interoperabilität ermöglichen, sodass sich Nutzende mit ihren Avataren und virtuellen Gü-

31 Graf, N. 7.

32 Zum (umstrittenen) Begriff Funna/Sey, S. 1; Sevtap/Tevfik/Ezgi, S. 38 ff.; Tümmeler, S. 7 ff.

33 Anlehend an Bosch, S. 63 ff.; im Gegensatz zur hier vorgeschlagenen Definition umfassen die von Interpol aufgelisteten Straftaten sämtliche Delikte, die mit dem Metaverse in Verbindung stehen, Whitepaper, S. 12 ff.; in diesem Sinne auch Krebs/Rüdiger, S. 68, die aber zwischen In- und Out-World-Delikten differenzieren; für eine weitergehende Differenzierung siehe Oberlin/von Hoyningen-Huene S. 118 ff., die vier Deliktskategorien unterscheiden: Delikte, die im Metaverse nicht vorkommen können (1. Kategorie), bereits bekannte Delikte wie Cybercrimes (2. Kategorie), Delikte, die im Metaverse in neuer Form auftreten (3. Kategorie), und schließlich neue Delikte, die nur im Metaverse existieren können (4. Kategorie).

34 Eingehend dazu Huynh-The et al., S. 405 ff.

tern zwischen verschiedenen Metaverse-Plattformen hin- und herbewegen können.³⁵

Bei der Blockchain handelt es sich um eine Art digitales Kontobuch, das die gesamte Transaktionshistorie enthält.³⁶ Sie ist dezentral auf den (privaten) Rechnern aller Netzwerke teilnehmenden (Nodes) gespeichert.³⁷ Das sog. Public-/Private-Key-Konzept, das allen Teilnehmenden zwei Schlüssel zuteilt, einen privaten (Private Key) und einen öffentlichen (Public Key),³⁸ ermöglicht es, den Teilnehmenden Tokens³⁹ auf der Blockchain zuzuordnen.⁴⁰ Das Schlüsselpaar wird in einer Wallet gespeichert.⁴¹

Die meisten Teilnehmenden verfügen zwar über Tokens, betreiben jedoch selbst keinen Node. Um den Zugang zum Netzwerk dennoch sicherzustellen und insbesondere Transaktionen tätigen zu können, nehmen die Teilnehmenden i.d.R. die Dienstleistungen eines Wallet-Anbieters in Anspruch.⁴² Es gibt zwei Arten von Wallet-Anbietern: verwahrende und nicht-verwahrende (engl. Custodian und Non-Custodian). Erstere verwahren den Private Key für die Teilnehmenden, während zweitere es ermöglichen, den Private Key selbst abzuspeichern.⁴³

Um einen Token On-Chain zu transferieren, muss eine Transaktionsnachricht an das Netzwerk übermittelt werden, wo sie von verschiedenen Nodes empfangen und weitergeleitet wird.⁴⁴ Die Full-Nodes, die eine vollständige, aktuelle Version der Blockchain lokal abgespeichert haben, überprüfen pendente Transaktionen und fassen die bestätigten Transaktionen regelmäßig zu Blöcken zusammen. Letztere werden vom Netzwerk validiert und anschließend an die lokale Kopie sämtlicher Full-Nodes angehängt.⁴⁵ Die Tokens werden nicht tatsächlich übermittelt, sondern es ändern sich lediglich die Zuordnungsverhältnisse auf der Blockchain.⁴⁶ Die Transaktion ist i.d.R. als endgültig zu betrachten, wenn sie sich sechs Blöcke tief in der

35 Bericht Europol, S. 12.

36 Müller/Ong, S. 199; Willems, S. 326.

37 Geiger/Keller, S. 259 f.

38 Fromberger/Zimmermann, N. 15.

39 Werteinheit, die in einem DLT-basierten Register gespeichert ist, m.w.H. Gyr, Anhang N. 30 ff.

40 Fdhila, S. 47.

41 Zu den verschiedenen Arten von Wallets siehe Brameshuber/Edelmann, S. 5 ff.

42 Zum Ganzen Gyr, N. 100 und 550.

43 Zum Ganzen Fromberger/Zimmermann, N. 26.

44 Fromberger/Zimmermann, N. 18.

45 Meyer, § 1 N. 39 f.

46 Fromberger/Zimmermann, N. 19.

Blockchain befindet.⁴⁷ Die gesamte Transaktionshistorie ist bei öffentlichen Blockchains von allen jederzeit einsehbar.⁴⁸

D. Schweizer Strafanwendungsrecht

Da es sich beim virtuellen Raum um keinen (straf-)rechtsfreien Raum handelt,⁴⁹ stellt sich insbesondere die Frage nach der konkreten Anwendbarkeit des Schweizer Strafrechts bei Betrugsfällen im Metaverse.

II. Einführung

Gemäß ihrer Marginalie regeln die Art. 3–8 i.V.m. Art. 333 Abs. 1 schwStGB den räumlichen Geltungsbereich des Schweizer (Neben-)Strafrechts (sog. Strafanwendungsrecht⁵⁰). Sie legen autonom fest, wann das schwStGB anwendbar ist und bestimmen somit über die Zuständigkeit der Schweizer Strafverfolgungsbehörden.⁵¹ Die Autonomie wird durch das Völkerrecht begrenzt, wobei Inhalt und Tragweite dieser Grenzen umstritten sein können.⁵² Aufgrund des Fehlens eines internationalen Normenkomplexes besteht die Möglichkeit, dass neben der Schweiz auch andere Jurisdiktionen für denselben Sachverhalt ihre eigene Strafzuständigkeit beanspruchen.⁵³

II. Allgemeiner Überblick

Das Schweizer Strafanwendungsrecht folgt bestimmten Prinzipien, die international weit verbreitet und völkerrechtlich grundsätzlich anerkannt sind.⁵⁴ Das Territorialitätsprinzip konstituiert die uneingeschränkte Anwendbarkeit des schwStGB auf inländische Straftaten (Art. 3). Bei Auslandstaten kommt das schwStGB nur in Ausnahmefällen zur Anwendung.

47 Rückert, Strafanwendungsrecht, § 21 N. 23.

48 Ronc/Schuppli, S. 533.

49 M.w.H. Bosch, S. 87 ff.

50 Eingehend zum Begriff Payer, S. 5 ff.

51 Zum Ganzen BGE I17 IV 369 E. 4e; Trechsel/Vest, vor Art. 3 N. 1.

52 BGE I26 II 212 E. 6b; Payer, S. 12.

53 BGE I17 IV 369 E. 4e; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 52.

54 BGE I26 II 212 E. 6b.

Letztere umfassen Verbrechen oder Vergehen gegen den Staat oder die Landesverteidigung (Art. 4 schwStGB; Staatsschutzprinzip), Straftaten gegen Minderjährige (Art. 5 schwStGB; unbeschränktes Weltrechtsprinzip), Fälle, in denen die Schweiz zur Strafverfolgung staatsvertraglich verpflichtet ist (Art. 6 schwStGB; stellvertretende Strafrechtspflege), sowie Situationen, in denen Schweizer Interessen i.S.v. Art. 7 Abs. 1 schwStGB betroffen sind, sei es, weil sich die Tat entweder gegen eine Person mit Schweizer Staatsangehörigkeit richtet (passives Personalitätsprinzip) oder von einer solchen begangen wird (aktives Personalitätsprinzip).⁵⁵ Der Fokus der vorliegenden Analyse liegt im Folgenden auf dem Territorialitäts- und Personalitätsprinzip.

III. Territorialitätsprinzip

Ausgangspunkt des Strafanwendungsrechts bildet das Territorialitätsprinzip.⁵⁶ Sobald eine Tat (teilweise) in der Schweiz begangen wird, ist darauf ohne Weiteres das schwStGB anwendbar (Art. 3 Abs. 1 schwStGB).⁵⁷ In Art. 8 schwStGB wird für die Schweiz definiert, dass die Tat dort als begangen gilt, wo die Person sie ausführt oder pflichtwidrig untätig bleibt und am Ort des Erfolgseintrittes. Nach der vorherrschenden Auffassung genügt es, wenn entweder der Handlungs- oder der Erfolgsort in der Schweiz liegt (Ubiquitätsprinzip).⁵⁸ Das Pramat des Handlungsortes in Art. 31 schwStPO und die weiteren Gerichtsstandsregeln in den folgenden Artikeln kommen erst zum Tragen, wenn das schwStGB auf eine Tat überhaupt anwendbar ist.⁵⁹

Das etablierte Territorialitätsprinzip scheint herausgefordert zu sein, da sich Nutzende aus verschiedenen Staaten im grenzenlosen Metaverse bewegen. Im Folgenden wird anhand des Fallbeispiels untersucht, ob sich die für die Anwendbarkeit des Schweizer Strafrechts relevanten Handlungs- und Erfolgsorte bei Betrugsfällen im Metaverse bestimmen lassen.

55 Zum Ganzen Trechsel/Vest, vor Art. 3 N. 5.

56 BGE 144 IV 265 E. 2.3.1; Payer, S. 67.

57 M.w.H. BGer 6B_178/2011 vom 20.6.2011 E. 3.1.2.

58 BGE 105 IV 326 E. 3c; Donatsch, Art. 8 N. 1; Wohlers, Art. 8 N. 1; a.A. Popp/Keshelava, Art. 8 N. 9.

59 BGE 120 IV 146 E. 2a; Popp/Keshelava, Art. 8 N. 2.

1. Anknüpfung an den inländischen Handlungsort

Als Handlungsort gilt der Ort, wo der Täter die Tat ausführt bzw. versucht auszuführen, und der Ort des pflichtwidrigen Untätigbleibens (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 oder 2 schwStGB). Bei Begehungsdelikten wird auf den physischen Aufenthaltsort des Täters zum Zeitpunkt der (versuchten) Vornahme einer tatbestandlichen Handlung abgestellt,⁶⁰ während bei Unterlassungsdelikten der Ort maßgeblich ist, wo der Täter hätte handeln sollen.⁶¹ Bei Metacrimes lassen sich für die Bestimmung des Handlungsortes meines Erachtens mehrere Ansätze vertreten.

a) Aufenthaltsort des Avatars

Zunächst wäre es meines Erachtens vertretbar, für die Ermittlung des Ausführungsortes an den (virtuellen) Aufenthaltsort des täuschenden Avatars anzuknüpfen. Da sich die einzelnen virtuellen Räume keinem bestimmten Hoheitsgebiet zuordnen lassen,⁶² müssen hier Fragen bezüglich der Verortung des virtuellen Raumes aufgeworfen werden, die je nach Aufbau der Metaverse-Plattform unterschiedlich zu beantworten sind.

Um die Location des Avatars zu bestimmen, könnte bei blockchainbasierten Metaverse-Plattformen, die den Avatar als NFT auf der Blockchain registrieren,⁶³ an die physische Lage der einzelnen Full-Nodes angeknüpft werden. Aufgrund ihrer weltweiten Verteilung⁶⁴ läge der Aufenthaltsort des Avatars überall und doch nirgendwo. Gegen eine solche Anknüpfung spricht aber primär, dass nur der Username auf der Blockchain hinterlegt ist: 3D-Modelle, Texte etc. werden dagegen aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen außerhalb der Blockchain gespeichert.⁶⁵ Für die Verortung des virtuellen Aufenthaltsortes des Avatars käme daher der Standort des zentralen Servers in Frage, auf dem die fraglichen Inhalte gespeichert

60 BGE 141 IV 336 E. 1.1; BGE 104 IV 175 E. 3a; BGer 6B_127/2013 vom 3.9.2013 E. 4.2.1.

61 BGE 125 IV 14 E. 2c/aa; BGE 82 IV 65 E. 2; BGer 6B_123/2014 vom 2.12.2014 E. 2.3.

62 Klaas/Klose, N. 7.

63 Decentraland speichert der Avatar-Username auf der Ethereum Blockchain nach dem ERC-721 Standard, <https://nftplazas.com/decentraland/decentraland-avatars/>, besucht am 30.3.2024.

64 Verteilung der Ethereum-Nodes: <https://etherscan.io/nodetracker>, besucht am 1.3.2024.

65 Aref/Fábián/Weber, S. 388; für Decentraland <https://decentraland.github.io/catalyst-api-specs/#tag/Global/operation/getStatsParcels>, besucht am 27.3.2024.

werden. Aufgrund der hohen Rechenleistung genügt ein einzelner Server bei Metaverse-Plattformen nicht. Vielmehr besteht der Server aus einer Vielzahl von Rechnern (sog. Cluster).⁶⁶ Ein einzelner Rechner ist z.B. für bestimmte Abschnitte der virtuellen Welt zuständig, während ein anderer für die Verwaltung der virtuellen Güter verantwortlich ist.⁶⁷ Die Details der Serverstrukturen und insbesondere die jeweiligen Standorte sind den Nutzenden i.d.R. nicht bekannt, weshalb die Anknüpfung daran meines Erachtens willkürlich erscheint.⁶⁸ Beruht die Metaverse-Plattform dagegen auf einer P2P-Architektur, werden die Inhalte lokal von den verschiedenen Nutzenden (sog. Peers) gespeichert,⁶⁹ was wiederum eine eindeutige Lokalisierung erschwert bzw. verunmöglicht. Insgesamt führt meines Erachtens jeder Versuch, den virtuellen Raum anhand von physischen Komponenten zu lokalisieren (z.B. Nodes, Server oder Peers), zu realitätsfernen bzw. willkürlichen Ergebnissen.

Gegen die Anknüpfung an den Aufenthaltsort des täuschenden Avatars spricht aber hauptsächlich, dass er lediglich die Marionette oder, um im Strafrechtsjargon zu bleiben, das willenlose Werkzeug des dahinterstehenden Menschen ist, das, technische Fehler vorbehalten, ausführt, was ihm befohlen wird.⁷⁰ Der Avatar selbst ist ein Konstrukt aus Daten und Protokollen, aus denen grafische Darstellungen erzeugt werden (sog. Rendering).⁷¹ Ihm kommt keine Rechtspersönlichkeit zu.⁷² Die im Metaverse dargestellten (Nicht-)Aktionen eines Avatars bilden damit lediglich den menschlichen Steuerungsbefehl ab und weisen selbst nicht die Qualität einer Handlung im strafrechtlichen Sinne auf,⁷³ worunter jedes willensgetragene menschliche Verhalten verstanden wird.⁷⁴ Damit scheidet der Aufenthaltsort des Avatars als Anknüpfungskriterium für den Handlungsort aus. Vielmehr ist der Steuerungsbefehl des hinter dem Avatar stehenden Menschen Ausgangs- bzw. Anknüpfungspunkt.⁷⁵

66 Bartle, S. 129 ff.

67 Bosch, S. 32.

68 Vgl. Bosch, S. 101.

69 Simmler/Selman/Burgermeister, S. 365; Tanner, Disruptive Opportunities.

70 Vgl. Nida-Rümelin/Weidenfeld, N. 8.

71 Grasnick, S. 354; Klose/Kreutzer, S. 51.

72 Oberlin/von Hoyningen-Huene, S. 118.

73 Bosch, S. 59; vgl. auch Oberlin/von Hoyningen-Huene, die davon ausgehen, dass dem Avatar im bekannten Rechtsgefüge keine Rechtspersönlichkeit zukommt, S. 118.

74 Wohlers, Vorbemerkungen zu den Art. 10 ff N. 13.

75 Vgl. Klaas/Klose, N. 31 ff.

b) Aufenthaltsort der steuernden Person

Die Handlungen des Avatars im Metaverse sind zwar strafrechtlich nicht relevant, der Steuerungsbefehl des Menschen hingegen schon.⁷⁶ Im Zusammenhang mit den Cybercrimes wurde in der Lehre und Rechtsprechung festgehalten, dass der Ausführungsort dort liegt, wo sich der Täter bei der Eingabe des entsprechenden Übermittlungs- bzw. Abspeicherungsbefehls physisch aufhält.⁷⁷ Für die Metacrimes kann meines Erachtens nichts anderes gelten. Die Vorgänge unterscheiden sich einzig im Punkt des ausführenden ‹Kommunikationswerkzeugs›. Beim Cyberbetrug bedient sich der Täter z.B. einer täuschenden Webseite, im Metaverse eines täuschenden Avatars. Somit muss der Ausführungsort meiner Meinung nach auch bei Metacrimes dort liegen, wo sich die Person, die den fraglichen Avatar durch Gestik, Mimik, verbale Sprache oder Berühren eines Touchdisplays steuert, im Moment der Erteilung der entsprechenden Befehle physisch aufhält.⁷⁸

A steuert den gehackten Avatar, der die Täuschungshandlungen im Metaverse verwirklicht, von Russland aus. Somit liegt der Handlungsort des fiktiven Meta-Betruges in Russland. Bei den strafbaren Vorbereitungshandlungen, dem Hacken des User-Accounts (Cybercrime i.e.S.) und der Abspeicherung des digitalen Werkes des amerikanischen Künstlers, das dem NFT zugrunde liegt (Urheberrechtsverletzung), handelt es sich hingegen nicht um Metacrimes, wie sie in dieser Arbeit definiert wurden. Bei diesen ‹klassischen› Delikten läge der Ausführungsort nach den allgemeinen Grundsätzen ebenfalls in Russland.

c) Ort der Auswirkung

In der deutschen Literatur wird konstatiert, dass auch der Ort, wo sich die konkrete Wirkung im Metaverse entfalte, für die Bestimmung des Handlungsortes in Betracht komme.⁷⁹ Nach diesem Ansatz würden im Fallbeispiel zusätzlich die Aufenthaltsorte aller Nutzenden, die die Täuschungs-

76 Bosch, S. 60.

77 BGer 8G.43/1999 vom 11.8.1999, referiert von Weissenberger, S. 705; BStGer BG.2016.23 vom 25.11.2016 E. 3.4; Donatsch/Godenzi/Tag, S. 54; Graf, N. 19; Schwarzenegger, E-Commerce, S. 339.

78 Mit ähnlicher Begründung für das deutsche StGB Klaas/Klose, N. 12.

79 Im Ergebnis aber ablehnend Klaas/Klose, N. 12.

handlungen des gehackten Avatars aufgrund ihrer virtuellen Anwesenheit wahrgenommen haben, einen Handlungsort begründen.⁸⁰ Dies ist meiner Ansicht nach aus mehreren Gründen abzulehnen. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass das Strafrecht an die unmittelbare tatbestandliche Handlung anknüpft. Der Radius der Wahrnehmbarkeit einer Handlung ist nicht Teil ihrer selbst.⁸¹ In diesem Sinne hat das Bundesgericht in einem älteren Entscheid bereits entschieden, dass bei einer im Fernsehen übertragenen strafbaren Äußerung nicht das gesamte Sendegebiet als Ausführungsort gelte, sondern nur derjenige Ort, wo die Person vor die Kamera getreten sei.⁸² Zuletzt spricht die Gefahr, dass dadurch die Grenzen zum Erfolgsort verwischt werden, gegen diesen Ansatz.⁸³

d) Standorte der Server bzw. der Peers

Es wäre meines Erachtens auch vertretbar, auf den Ort abzustellen, wo die entsprechenden Befehle verarbeitet bzw. ausgeführt werden. Hierfür werden im Folgenden die Prozesse hinter den Avatar-Interaktionen stark vereinfacht erläutert.

Bei einer Metaverse-Plattform mit einer Client-Server-Struktur wird der Befehl von der Client-Software an den zentralen Server gesendet, der ihn wiederum an den spezifischen Rechner schickt, wo er registriert, interpretiert, und anschließend an die entsprechenden Nutzenden zurückgesendet wird.⁸⁴ Verwendet die Plattform dagegen ein P2P-Netzwerk für die Interaktionen, werden die Daten direkt zwischen den Peers ausgetauscht. Die Speicherung und die Verarbeitung erfolgen dezentral auf den individuellen Geräten der Peers.⁸⁵ Folglich könnten die Standorte der involvierten Server bzw. Peers einen Handlungsort begründen.

Im Zusammenhang mit den Cybercrimes hat die Lehre und Rechtsprechung den Standort des penetrierten Servers als Ausführungsort abgelehnt, mit der Begründung, dass dem Täter beim Transport und der Speicherung

80 Vgl. Fallbeispiel bei Klaas/Klose, N. 12.

81 Vgl. für das österreichische Strafrecht Schmoller, S. 86.

82 BGE I19 IV 250 E. 2.

83 Klaas/Klose, N. 12.

84 Eingehend dazu Schmidt/Dreyer/Lampert, S. 27 f.

85 Eingehend dazu Schmidt/Dreyer/Lampert, S. 29 f.

der Daten keine Kontrolle zukomme.⁸⁶ Gleiches muss meiner Meinung nach für Metacrimes gelten. Durch die oben beschriebenen Strukturen werden die Befehle automatisch und innert Sekundenbruchteilen gespeichert und verarbeitet. Der Täter kann im Metaverse nicht in den Prozess der Befehlsübermittlung und -speicherung eingreifen. Der Transit⁸⁷ durch die allfälligen Länder, wo sich die Server oder die Peers befinden, gehört nach der hier vertretenen Auffassung nicht zur Ausführungshandlung i.S.v. Art. 8 schwStGB.

2. Anknüpfung an den inländischen Erfolgsort

Neben dem Handlungsort gilt auch der Ort, wo der Erfolg eingetreten ist bzw. hätte eintreten sollen, als Begehungsort (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 1 bzw. Abs. 2 schwStGB). Da es sich beim Betrug um ein Erfolgsdelikt handelt, hat die langjährige Kontroverse⁸⁸ um den Erfolgsbegriff in Art. 8 schwStGB keine Auswirkung auf die hier untersuchte territoriale Anknüpfung.

Als Erfolgsorte kommen beim Betrug gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Ort der Entreicherung sowie der Ort der (beabsichtigten) Bereicherung in Frage (sog. kuriertes Erfolgsdelikt).⁸⁹ Fallen Irrtum, Vermögensdisposition und -schaden räumlich auseinander, vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, dass diesfalls an allen drei Orten angeknüpft werden könne.⁹⁰ Das Bundesgericht hat sich bis anhin nicht vertieft damit auseinandergesetzt, im Allgemeinen pflegt es aber eine großzügige Praxis und bejaht die Schweizer Zuständigkeit zur Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte auch in Fällen ohne engen Bezug zur Schweiz.⁹¹ Die genauen Erfolgsorte sind bei Betrugsfällen mit Tokens nicht immer eindeutig,⁹² wie folgende Ausführungen zeigen.

86 BGer 8G.43/1999 vom 11.8.1999, referiert von Weissenberger, S. 705; Heimgartner, S. 123; Schwarzenegger, E-Commerce, S. 339.

87 Zu den sog. Transitdelikten Schwarzenegger, Geltungsbereich, S. 118.

88 Zur Entwicklung der Rechtsprechung und zum Meinungsstand siehe Payer, S. 75 f.

89 BGE 124 IV 241 E. 4c; BGE 125 IV 177 E. 2a; BGE 109 IV 1 E. 3c; kritisch dazu Schwarzenegger, Betrug, S. 151 f.

90 Schwarzenegger, Betrug, S. 154 f.; ferner Bartetzko, N. 2a; m.w.H. BGer 6B.127/2013 vom 3.9.2013

E. 4.2.2.

91 BGE 141 IV 205 E. 5.2; BGE 141 IV 336 E. 1.1; BGE 133 IV 177 E. 6.3.

92 Vgl. Reischl/Stilz, N. 279.

a) Ort des Irrtums (1. Erfolgsort)

Der Ort des Irrtums liegt dort, wo sich die getäuschte Person im Moment der Irrtumserregung physisch aufhält.⁹³ In Bezug auf das Metaverse ergeben sich in diesem Punkt keine Besonderheiten. A ruft mittels des gehackten Avatars bei B, nicht ihrem Avatar, einen Irrtum hervor. Im Fallbeispiel liegt der Ort der Irrtumserregung folglich in Spanien.

b) Ort der Vermögensdisposition (2. Erfolgsort)

Maßgebend ist der physische Aufenthaltsort der verfügenden Person zum Zeitpunkt der Vermögensdisposition.⁹⁴ Nicht der Avatar, sondern die dahinterstehende Person disponiert über ihr Vermögen. Als Vermögensdisposition gilt jede Handlung oder Unterlassung, die unmittelbar dazu geeignet ist, das Vermögen zu vermindern.⁹⁵

Beim Eingehungsbetrug⁹⁶ ist der Vertrag wegen der absichtlichen Täuschung gemäß bundesgerichtlicher Rechtsprechung ex tunc ungültig, weshalb das Vermögen im Moment des Vertragsschlusses im Metaverse (noch) nicht als unmittelbar vermindert gilt.⁹⁷ Doch wann ist dies bei einer Token-Transaktion der Fall?

Die Tatsache, dass die transferierten Tokens nicht im Moment der Übermittlung der Transaktionsnachricht an das Netzwerk unmittelbar ‹abgezogen› bzw. einer anderen Adresse zugeordnet werden, sondern effektiv erst nach der Validierung durch die Full-Nodes,⁹⁸ kann meines Erachtens nicht zum Entfallen der Unmittelbarkeit führen. Eine Nichtvalidierung oder ein rechtzeitiger Abbruch der Transaktion sowie ein allfälliger Rücktransfer der Tokens durch den Smart Contract bei Nichteintritt der Bedingungen hätte lediglich die Folge, dass der Vermögensschaden ausbliebe.

Bei einer nicht-verwahrenden Wallet signiert und übermittelt die irrende Person die Transaktionsnachricht an das Netzwerk eigenständig. Bei einer

93 BStGer BG.2021.17 vom 16.6.2021 E. 3.3.1f.; Schwarzenegger, Betrug, S. 156.

94 BGer 6B.127/2013 vom 3.9.2013 E. 4.2.2 mit Verweis auf Schwarzenegger, Betrug, S. 156.

95 BGE 126 IV 113 E. 3a; BGE 128 IV 255 E. 2e/aa; BGer 6B_480/2018 vom 13.9.2019 E. 1.1.2; kritisch zur Formulierung Maeder/Niggli, N. 133 ff.

96 Eingehend dazu Maeder/Niggli, N. 175 ff.

97 BGE 114 II 131 E. 3b; m.w.H. Maeder/Niggli, N. 177; kritisch Vest, N. 192 ff.

98 Siehe Kapitel C.

verwahrenden Wallet übernimmt dies der Anbieter im Auftrag der irrenden Person.⁹⁹ Bei letzterer Konstellation könnte, wie im Zusammenhang mit Buchgeld, umstritten sein,¹⁰⁰ ob bereits die Erfassung des Transaktionsauftrags oder erst dessen Vollzug durch die Mittelperson (verwahrender Wallet-Anbieter) als Verfügung gilt. Da die Eignung zur Vermögensverminderung genügt, gilt meines Erachtens bereits die Transaktionsanweisung der irrenden Person als Verfügungshandlung.¹⁰¹

Maßgebend ist damit der Aufenthaltsort der irrenden Person im Moment der Übermittlung der Transaktionsnachricht bzw. der Erfassung des Transaktionsauftrages.

c) Ort der Entreicherung (3. Erfolgsort)

Bislang bestehen territoriale Anknüpfungspunkte in Russland (Ausführungs-ort) und in Spanien (1. und 2. Erfolgsort). Zu prüfen bleibt, ob der Ort der Entreicherung die Schweizer Strafverfolgungsbehörden zur Verfolgung des Meta-Betruges ermächtigt bzw. verpflichtet.

aa) Vermögensbegriff

Zuerst soll kurz eruiert werden, ob Tokens überhaupt vom strafrechtlichen Vermögensbegriff erfasst sind. Gemäß h.L.¹⁰² und Praxis¹⁰³ ist von einem wirtschaftlich-juristischen Vermögensbegriff auszugehen, wonach alle rechtlich geschützten wirtschaftlichen Güter, die gegen Geld getauscht werden können, erfasst sind.¹⁰⁴

99 Zum Ganzen Bericht Bundesrat DLT, S. 145 f.

100 Donatsch, Strafrecht III, S. 243 erachtet bereits die Erfassung des Zahlungsauftrags zugunsten der Bank als Vermögensverfügung, während bei Stratenwerth/Bommer, § 15 N. 33 erst der Vollzug des Zahlungsauftrags durch die Mittelperson (Bank) als Verfügung gilt.

101 Vgl. Donatsch, Strafrecht III, S. 243; in diesem Sinne auch BStGer BG.2021.I7 vom 16.6.2021 E. 3.3.2, wo bereits die zahlungsauslösende Anweisung als Verfügung gilt.

102 Donatsch, Strafrecht III, S. 96; Stratenwerth/Bommer, § 15 N. 47; Trechsel/Crameri, N. 21.

103 BGE II7 IV 139 E. 3d/aa; BGE 122 IV 179 3d; BGer 6B_236/2009 vom 18.1.2010 E. 2.3.

104 Gless, Festschrift, S. 49.

Metaverse-Tokens¹⁰⁵ werden i.d.R. an verschiedenen Krypto-Börsen oder über Broker gehandelt und können entweder direkt oder indirekt über eine andere Kryptowährung in

Fiat-Geld¹⁰⁶ umgetauscht werden.¹⁰⁷ Solche Metaverse-Tokens haben damit sowohl innerhalb als auch außerhalb des Metaverses einen Wert, womit sie meines Erachtens klar vom strafrechtlichen Vermögensbegriff erfasst sind.¹⁰⁸ Dasselbe muss für Metaverse-NFTs gelten, die auf externen und internen Marktplätzen gehandelt werden.¹⁰⁹

bb) Eintritt des Vermögensschadens

Bei On-Chain Token-Transaktionen liegt der Vermögensschaden in der endgültigen Veränderung Zuordnungsverhältnisse auf der Blockchain.¹¹⁰ Nach erfolgreicher Abwicklung über den Smart Contract wird der NFT Bs Wallet-Adresse zugeordnet. Im Gegenzug reduziert sich das ihrer Wallet-Adresse zugeordnete MANA-Guthaben um 1000. Der Schaden ergibt sich aus der Wertdifferenz der erbrachten Leistung (1000 MANA) und der erhaltenen Gegenleistung (wertloser NFT) und kann mithilfe des MANA-Kurses¹¹¹ ohne Weiteres beziffert werden.

cc) Ort des Vermögensschadens

Für das Strafanwendungsrecht ist es von Bedeutung, wo der Vermögensschaden eingetreten ist, wobei auch bei strittiger dinglicher Lokalisierbarkeit soweit möglich auf die konkrete Lage der geschädigten Person bzw. ihrer Vermögenswerte und nicht generell auf ihren Wohn- oder Steuersitz

105 Bezahlmittel innerhalb der Metaverse-Plattformen (auch Metaverse Coins und Metaverse Crypto): z.B. IBAT, LBLOCK, MANA, ONT, SAND, m.w.H. Übersicht Metaverse Coins.

106 Zum Begriff siehe Willems, S. 325.

107 Shirin/Wenz.

108 Vgl. Gless/Kugler/Stagno, S. 10 f.; Meyer, § 9 N. 521; Rückert, Phänomenologie, § 20 N. 1 f.

109 Vgl. Peterson.

110 Siehe Kapitel C.

111 Am 21.4.2024 entsprach der Schaden ca. Fr. 452 (1 MANA = Fr. 0.45), <https://www.coinbase.com/de/converter/mana/chf#:~:text=Der%20aktuelle%20Kurs%20von%20Decentraland,%20386%2C57%20CHF%20gefallen>.

abzustellen ist.¹¹² Demnach stellt sich die Frage, wo die konkreten Vermögenswerte zu verorten sind bzw. was als Anknüpfungspunkt hierfür dienen kann. Es sind meines Erachtens mehrere Ansätze vertretbar.

(1) Belegenheitsort der transferierten Tokens

Der Speicher- oder Aufbewahrungsstandort der Wallet kommt als Anknüpfungspunkt für den Belegenheitsort der Tokens nicht in Betracht, da die transferierten Tokens nicht in die Wallet übertragen werden, sondern stets auf der Blockchain verbleiben.¹¹³ Folglich kommt die Blockchain als Belegenheitsort der transferierten Tokens in Frage.¹¹⁴ Hier ergibt sich aber folgendes Problem: Die gesamte Blockchain ist nicht auf einem zentralen Server, sondern dezentral auf einer Vielzahl von Full-Nodes gespeichert.¹¹⁵ Diese Dezentralität hätte zur Folge, dass in jedem Land, in dem ein solcher Full-Node betrieben wird, mitunter auch in der Schweiz, ein (dezentraler) Erfolgsort läge.¹¹⁶

Dieser Betrachtungsweise ist entgegenzuhalten, dass die Tokens auf der Blockchain auch dann weiter existieren, wenn ein einzelner Full-Node die Blockchain löscht. Allein aus diesem Grund kann der Ort des Betriebes eines einzelnen Full-Nodes aus tatsächlicher Sicht keinen physischen Belegenheitsort der Tokens begründen.¹¹⁷ Aus normativer und praktischer Sicht spricht Folgendes dagegen: Die Anerkennung des Erfolgsortes als Begehungsort beruht auf dem Gedanken, dass das schwStGB Anwendung findet, wenn es zu Schädigungen oder Gefährdungen geschützter Rechtsgüter im Inland kommt.¹¹⁸ Der alleinige Betrieb von Nodes genügt hierfür offen-

112 Schwarzenegger, Betrug, S. 155 f.; ferner BGE 125 III 103 E. 2bb im Zusammenhang mit der Bestimmung des Erfolgsortes bei der unerlaubten Handlung im internationalen Privatrecht.

113 Ebenso Grzywotz, S.122f.; ähnliche Argumentation (Private Keys ändern sich durch Transaktion nicht) bei Rückert, Strafanwendungsrecht, § 21 N. 15 und Schmoller, S. 87.

114 Grzywotz, S. 122; Rückert, Strafanwendungsrecht, § 21 N. 15.

115 Kapitel C.

116 Bejahend Grzywotz, S. 123.

117 Zum Ganzen Rückert, Strafanwendungsrecht, § 21 N. 17.

118 BGer 6B.127/2013 vom 3.9.2013 E. 4.2.1; für eine restriktive Auslegung des Ubiquitätsprinzips Cassani, S. 248 ff.

sichtlich nicht.¹¹⁹ Zuletzt würde es die Schweizer Strafverfolgungsbehörden überfordern, da das schwStGB bei sämtlichen On-Chain Token-Transaktionen Anwendung finden würde.

Abschließend kann festgehalten werden, dass der physische Belegenheitsort der transferierten Tokens nach der hier vertretenen Auffassung nicht ermittelt werden kann.¹²⁰ Der Vermögensschaden tritt stets nur virtuell in der Blockchain ein. In diesem Sinne hat auch das Bundesstrafgericht in einem Urteil erwogen, dass es sich bei Kryptowährungen um dematerialisierte Vermögenswerte ohne eindeutige örtliche Zuordnung handle.¹²¹

(2) Belegenheitsort des betroffenen Wallet-Kontos

Bei Buchgeldtransaktionen hat das Bundesgericht bereits auf den Ort abgestellt, an dem sich das Bankkonto befindet, auf welchem sich das Vermögen vermindert.¹²² Wird diese Rechtsprechung auf Token-Transaktionen angewendet, wäre das schwStGB immer dann anwendbar, wenn das Wallet-Konto, auf welchem sich der Token-Bestand vermindert, einem Wallet-Anbieter mit Sitz in der Schweiz zugeordnet werden könnte.

Eine Übertragung dieser Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls für nicht-verwahrende Wallet-Anbieter abzulehnen. Letztere stellen lediglich die Software zur Verfügung und sind selbst nicht an der Übertragung der Tokens beteiligt. Im Übrigen sind sie regelmäßig als dezentral organisierte Open Source-Projekte konzipiert, die keinen eindeutigen Sitz haben, woran angeknüpft werden könnte.¹²³

Ähnlich wie eine Bank haben die verwahrenden Wallet-Anbieter die Verfügungsmacht über die Tokens inne und lösen im Auftrag und im Namen ihrer Kundschaft Transaktionen aus.¹²⁴ Es ist allerdings erneut darauf hinzuweisen, dass auch die verwahrenden Wallet-Anbieter die Tokens nicht direkt bei sich aufbewahren, sondern nur die Private Keys. Sie signieren und übermitteln lediglich die Transaktionsnachricht an die Full-Nodes, die anschließend die Transaktion vollziehen.¹²⁵ Aus diesen Gründen scheitert

119 Rückert, Strafanwendungsrecht, § 21 N. 18.

120 Rückert, Strafanwendungsrecht, § 21 N. 17; a.A. Grzywotz, S. 123.

121 BStGer BG.2021.28 vom 24.9.2021 E. 6.2.

122 BGE 124 IV 241 E. 4d; Schwarzenegger, Betrug, S. 157.

123 Zum Ganzen Bericht Bundesrat DLT, S. 28 und 146.

124 Bericht Bundesrat DLT, S. 145 f.

125 Siehe Kapitel C.

meines Erachtens auch bei nicht-verwahrenden Wallet-Anbietern die Übertragung der obigen Rechtsprechung.

Weiter führt die Tatsache, dass ein Wallet-Konto heute von überall aus eröffnet und verwaltet werden kann, dazu, dass die Anknüpfung an dessen Belegenheitsort meines Erachtens ohnehin eher zufällig als präzisierend erscheint. Im Übrigen ist die Inanspruchnahme eines Wallet-Anbieters nicht zwingend.¹²⁶ Zusammenfassend ist der Belegenheitsort des Wallet-Kontos für die Lokalisierung der Vermögensverminderung nach der hier vertretenen Auffassung abzulehnen.

(3) Das Vermögen

Die obigen Ausführungen haben gezeigt, dass sich die Vermögensverminderung im Zusammenhang mit On-Chain Token-Transaktionen nicht (zweckmäßig) lokalisieren lässt. Daher erachte ich es für sachgerecht, das Vermögen als Ganzes als geschädigt zu betrachten und entsprechend auf den Lebensschwerpunkt (natürliche Person) bzw. Sitz (juristische Person) der geschädigten Person abzustellen.¹²⁷

d) Ort der Bereicherung

Nach erfolgreicher Übermittlung durch den Smart Contract, werden As Wallet-Adresse 1000 MANA mehr zugeordnet. Bezüglich der Lokalisierung der Vermögensvermehrung kann auf die zuvor dargelegten Ausführungen zum Ort des Vermögensschadens verwiesen werden. Es ergeben sich dieselben Problematiken. Da es nach der hier vertretenen Auffassung nicht möglich ist, die Vermögensvermehrung zu lokalisieren bzw. diese rein virtuell eintritt, gilt das Vermögen als Ganzes als bereichert, weshalb auf den Lebensschwerpunkt bzw. Sitz der bereicherten Person abzustellen ist.

126 Fromberger/Zimmermann, N. 26.

127 Gleiches Ergebnis für das österreichische Strafrecht bei Schmoller, S. 89 f; im Schweizer Zwangsvollstreckungsrecht plädiert die Lehre ebenfalls dafür, dass der physische Belegenheitsort von Crypto-Tokens nicht ermittelbar sei, weshalb auf den Wohnsitz des Schuldners abzustellen sei, Sievi, N. 24; Zogg, S. 10.

3. Ergebnis

Beim Handlungsort ist meines Erachtens die ausschließliche Anknüpfung an den Ort, wo sich die den Avatar steuernde Person physisch aufhält, am überzeugendsten. Hier wird unmittelbar an das menschliche Verhalten angeknüpft, wie dies der Gesetzeswortlaut verlangt.

Bei den Erfolgsarten der Irrtumserregung und der Vermögensdisposition treten de lege lata keine wesentlichen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Token-Transaktionen auf. Mangels Lokalisierbarkeit der Vermögensverminderung bzw. -vermehrung ist nach der hier vertretenen Auffassung das Vermögen bei einer On-Chain Token-Transaktion insgesamt als geschädigt bzw. bereichert anzusehen, weshalb subsidiär auf den Lebensschwerpunkt oder Sitz der geschädigten bzw. bereicherten Person abzustellen ist.

Anhand des Fallbeispiels konnte illustriert werden, dass grundsätzlich auch die Handlungs- und Erfolgsorte bei Betrugsfällen im Metaverse bestimmt werden können und dies zu vertretbaren Ergebnissen führt. Obwohl in casu lediglich der Ort des Vermögensschadens in der Schweiz liegt, muss dies meiner Ansicht nach genügen, um die Schweizer Strafzuständigkeit zu begründen, da das Bundesgericht in internationalen Verhältnissen tendenziell eine großzügige Praxis pflegt. Damit sind die Schweizer Strafverfolgungsbehörden ermächtigt bzw. verpflichtet den vorliegenden Betrugsfall im grenzenlosen, aber nicht strafrechtsfreien Metaverse zu verfolgen.

IV. Personalitätsprinzip

In Art. 7 schwStGB wird eine gegenüber Art. 4–6 schwStGB subsidiäre und abschließende schweizerische Zuständigkeit für extraterritoriale Handlungen begründet. Im Zentrum steht der Schutz von Personen mit Schweizer Staatszugehörigkeit im Ausland (passives Personalitätsprinzip) bzw. die Anwendung des schwStGB auf Personen mit Schweizer Staatszugehörigkeit für ihre Taten im Ausland (aktives Personalitätsprinzip). Dies ergibt sich implizit aus Art. 7 Abs. 2 schwStGB.¹²⁸ Dieses Prinzip lässt sich grundsätzlich auch auf das Metaverse übertragen, sofern der Avatar einer bestimmten

¹²⁸ Zum Ganzen BGer_6B_452/2022 vom 16.11.2023 E. 2.1.2; Popp/Keshelava, Art. 7 N. 2 und 21; ferner Botschaft Revision StGB, S. 1998.

(natürlichen oder juristischen) Person zugeordnet werden kann.¹²⁹ Maßgeblich ist die Staatsangehörigkeit der Person, die den Avatar steuert.

In der Praxis wird sich der Begehungsort eines Metacrimes oft nur schwer bestimmen lassen. Dies liegt einerseits daran, dass der Täter regelmäßig vom Ausland aus agieren wird und andererseits häufig Tokens involviert sein werden, was zusätzlich zur Verschleierung des Begehungsortes beiträgt.¹³⁰ Bei Fehlen eines (ermittelbaren) Schweizer Handlungs- und Erfolgsortes könnte daher das Personalitätsprinzip als ‹Auffangprinzip› dienen. Im Zentrum soll nachfolgend das passive Personalitätsprinzip stehen.

1. Passives Personalitätsprinzip

Gemäß dem passiven Personalitätsprinzip findet das schwStGB Anwendung, wenn ein Täter im Ausland ein Delikt gegen eine (natürliche oder juristische) Person mit Schweizer Staatszugehörigkeit begeht,¹³¹ die Tat auch am ausländischen Begehungsort strafbar ist oder sie dort keiner Straf- gewalt unterliegt und sich der Täter in der Schweiz aufhält oder ihr wegen dieser Tat ausgeliefert wird.¹³² Weiter darf er nicht ins Ausland ausgeliefert werden, obwohl eine Auslieferung nach Schweizer Recht zulässig wäre.¹³³ Unter diesen Voraussetzungen findet das schwStGB auch auf alle hinter den Avataren stehenden Personen Anwendung, selbst wenn kein Begehungsort in der Schweiz liegt oder ein solcher nicht ermittelbar ist.

Wäre der von A begangene Meta-Betrug gegen die Schweizerin B auch nach russischem Recht strafbar und würde er der Schweiz gestützt auf Art. 35 Abs. 1 lit. a schwIRSG i.V.m. Art. 146 schwStGB ausgeliefert werden, sind die Schweizer Strafbehörden unabhängig davon, ob der Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz liegt, zur Verfolgung des Metacrimes ermächtigt bzw. verpflichtet.

In der Praxis könnte insbesondere die Voraussetzung der doppelten Strafbarkeit¹³⁴ Probleme bereiten. Um dies zu illustrieren, werden im Folgenden einige nicht abschließende Überlegungen im Zusammenhang mit dem Betrugstatbestand angestellt. Die Problematik liegt meines Erachtens

129 Vgl. Kettemann/Böck, N. 11.

130 Bartetzko, N. 2a.

131 BGE 131 IV 145 E. 2bb; kritisch Gless, Internationales Strafrecht, N. 201.

132 Eicker, S. 300; Wohlers, Art. 7, N. 3 und 4; Trechsel/Vest, Art. 7 N. 2.

133 Zum Ganzen Eicker, S. 306; Stratenwerth/Bommer, A§ 5 N. 22; Trechsel/Vest, Art. 7 N. 2.

134 M.w.H. BGE 147 II 432 E. 2.2; Popp/Keshelava, vor Art. 3 N. 2; Staffler, S. 152.

zunächst beim Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens. Hier stellt sich insbesondere die Frage, ob virtuelle Gegenstände, NFTs und Metaverse-Währungen vom strafrechtlichen Vermögensbegriff der jeweiligen Rechtsordnung erfasst sind. Im Zusammenhang mit der schweizerischen Besonderheit der Arglist stellt sich sodann die Frage, ob dieselben Maßstäbe wie in der realen Welt gelten. Bedient sich der Täter besonderer Machenschaften allein dadurch, dass er die Täuschungshandlungen mittels eines Avatars im Metaverse ausführt? Dies muss meiner Einschätzung nach verneint werden. Die Registrierung bei einer Metaverse-Plattform und die Erstellung eines Avatars sind mit wenigen Klicks und für ein überschaubares Entgelt möglich und stellen für sich allein keine besonderen Vorkehrungen dar. Für die Begründung der Arglist müssen zusätzliche Umstände hinzutreten (z.B. das Hacking eines User-Accounts). Auch kann im Zusammenhang mit der Opfermitverantwortung erwartet werden, dass einem fremden Avatar respektive der dahinterstehenden Person nicht gleich (schnell) vertraut werden kann wie einer physisch vor sich stehenden Person.

Die Frage nach der Strafbarkeit im Zusammenhang mit Metacrimes ist neu und bislang in den meisten Jurisdiktionen noch ungeklärt. Daher scheint die Funktion des passiven Personalitätsprinzips als Auffangprinzip derzeit noch eingeschränkt zu sein.¹³⁵ Meines Erachtens wäre es zu begrüßen, nach dem Vorbild des Übereinkommens über Cyberkriminalität (CCC) Regelungen zur Angleichung materiell-strafrechtlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen auf internationaler Ebene zu erlassen, um die internationale Zusammenarbeit diesbezüglich zu erleichtern. Dies ist notwendig, weil bei Metacrimes nicht zwangsläufig, aber regelmäßig mehrere Staaten involviert sein werden.

2. Aktives Personalitätsprinzip

Die ratio legis des aktiven Personalitätsprinzips ist nicht die Begründung einer Personalhoheit, sondern der Umstand, dass Schweizer Staatsangehörige ohne ihre Einwilligung nicht ausgeliefert werden können.¹³⁶ Im Übrigen gelten die gleichen Voraussetzungen wie beim passiven Personalitätsprinzip (Doppelte Strafbarkeit, Anwesenheit im Inland, Auslieferungsdelikt

135 Bosch, S. 103.

136 Trechsel/Vest, Art. 7 N. 12 ff.

und fehlende Auslieferung).¹³⁷ Bezuglich der Problematik im Zusammenhang mit der doppelten Strafbarkeit gilt das oben Gesagte im gleichen Masse.

E. Schlussfolgerungen und Ausblick

I. Schlussfolgerungen

Da es sich beim Metaverse nicht um einen strafrechtsfreien Raum handelt, müssen die schweizerischen Strafverfolgungsbehörden im Einzelfall prüfen, ob sie zur Verfolgung des konkreten Metacrimes ermächtigt bzw. verpflichtet sind.

Der Handlungsort im Metaverse lässt sich insbesondere anhand der in der Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Grundsätze zu den Cybercrimes bestimmen. Die Berücksichtigung des Aufenthaltsortes des Avatars, des Auswirkungsortes im Metaverse sowie der Standorte der Server bzw. der Peers ist abzulehnen, da hier nicht an die unmittelbare menschliche Handlung angeknüpft wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch bei Metacrimes ausschließlich der physische Aufenthaltsort des Täters maßgebend.

Im Zusammenhang mit Token-Transaktion treten bei der Ermittlung des Ortes der Irrtumserregung und der Vermögensdisposition keine größeren Probleme auf. Nicht der Avatar, sondern die dahinterstehende Person irrt sich bzw. verfügt über ihr Vermögen. Allerdings treten bei der Verortung der Vermögensverminderung bzw. -vermehrung aufgrund der Dezentralität der Blockchain-Technologie einige Schwierigkeiten auf. Wird der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung gefolgt und ein (dezentraler) Erfolgsort an allen Standorten der Full-Nodes verneint und stattdessen an den Lebensmittelpunkt bzw. Sitz der entreicherten bzw. bereicherten Person angeknüpft, erfordert es *de lege lata* keine Modifikation des Erfolgsortes im Sinne einer Einschränkung desselben bei Vorliegen solch dezentraler Strukturen.¹³⁸

Beim passiven und aktiven Personalitätsprinzip bestehen keine Besonderheiten im Zusammenhang mit Metacrimes. Maßgeblich ist die Staatsan-

137 Popp/Keshelava, Art. 7 StGB N. 2.

138 Vgl. Schmoller, S. 88; a.A. Grzywotz, S. 131 ff., die Lösungswege über das Strafanwendungsrecht und bi- oder multilaterale Abkommen vorschlägt, um den (dezentralen) Erfolgsort einzuschränken.

gehörigkeit des hinter dem Avatar stehenden Menschen. Jedoch bestehen (inter-)national auf materiellrechtlicher Ebene in Bezug auf Metacrimes noch viele ungeklärte Fragen, was die Funktion als Auffangprinzip derzeit noch einschränken dürfte.

Zusammenfassend wurde im vorliegenden Beitrag anhand des fiktiven Fallbeispiels aufgezeigt, dass die im vordigitalen Zeitalter verankerten Bestimmungen des schweizerischen Strafanwendungsrechts in Art. 3 ff. schwStGB grundsätzlich auch Betrugsfälle im Metaverse räumlich zu erfassen vermögen. Die (theoretische) Bestimmung des Handlungs- und Erfolgsortes erweist sich damit im Metaverse unproblematisch bzw. nicht problematischer als bisher. Sie verstärkt allerdings ein bereits bestehendes Problem, nämlich die Überlastung der Strafverfolgungsbehörden.¹³⁹

II. Ausblick

Diese Arbeit beschränkte sich auf Fragen im Zusammenhang mit dem Schweizer Strafanwendungsrecht. Spannend bleibt die effektive Verfolgung von Metacrimes und damit die Durchsetzung des Schweizer Strafrechts. In diesem Zusammenhang ist fraglich, ob die Schweizer Strafverfolgungsbehörden mit den gegenwärtigen Rechtsgrundlagen, technischen Ressourcen und Fachkenntnissen für die Ermittlung und die Verfolgung im Metaverse gerüstet sind. Auch hinsichtlich des materiellen Strafrechts stellen sich viele interessante Fragen. Offensichtlich können Handlungen eines Avatars nicht ohne Weiteres mit den entsprechenden Handlungen in der analogen Welt gleichgesetzt werden. So führt ein Faustschlag eines Avatars gegen einen anderen Avatar zu keiner körperlichen Beeinträchtigung des dahinterstehenden Menschen.¹⁴⁰ Das Metaverse wird sodann neue ‹Delikte› zum Vorschein bringen (z.B. die Tötung eines Avatars oder der virtuelle Hausfriedensbruch).¹⁴¹ In diesem Zusammenhang muss (inter-)national über die Notwendigkeit der Anerkennung neuer Rechtsgüter und Strafnormen nachgedacht werden. Dabei ist zu beachten, dass Nutzende mit ihrer Registrierung bei der konkreten Metaverse-Plattform in bestimmte Handlungen ‹einwilligen›. In einer virtuellen Welt, in der es gerade das Ziel ist, gegenseitig Avatare zu ‹töten›, muss die Frage nach der Strafbarkeit unter-

139 Gerny.

140 Zum Ganzen Klaas/Klose, N. 3 f.

141 Vgl. Oberlin/von Hoyningen-Huene, S. 119.

schiedlich beantwortet werden als in einer sozialen Welt wie z.B. Decentraland.¹⁴²

Auch im Zusammenhang mit dem Konzept des Avatars gibt es auf (inter-)nationaler Ebene noch viele Fragen zu klären. In der Literatur finden sich bereits mehrere Ansätze für die rechtliche Einordnung des Avatars. Diese reichen von der Qualifikation als bloßes Werkzeug oder Stellvertreter der steuernden Person bis hin zur Anerkennung einer eigenständigen Rechtspersönlichkeit.¹⁴³ Insbesondere im Zusammenhang mit der Möglichkeit KI im Metaverse einzusetzen, müssen grundlegende Entscheidungen getroffen werden. Können KI-Avatare, die aus Erfahrungen lernen und autonom entscheiden, im strafrechtlichen Sinne handeln?¹⁴⁴

Das Metaverse ist keinesfalls bloß ein Hype oder eine Fantasie aus einem Science-Fiction Roman. Eine frühzeitige Auseinandersetzung mit den tatsächlichen und rechtlichen Herausforderungen einer solch mächtigen Technologie ist notwendig, um dem ihr inhärenten Bedrohungspotenzial adäquat zu begegnen. Es muss untersucht werden, an welchen Stellen Anpassungen des nationalen Straf- und Strafprozessrechts vorgenommen werden müssen. Angesichts der Tatsache, dass Metacrimes nicht zwingend, aber regelmäßig über die Landesgrenzen hinweg begangen werden, muss über die Notwendigkeit internationaler Übereinkommen zur Harmonisierung der Gesetzeslage nachgedacht werden, um eine effektive Strafverfolgung im Metaverse zu ermöglichen.¹⁴⁵ Gleichzeitig müssen die (straf-)rechtlichen Rahmenbedingungen so ausgestaltet werden, dass die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Chancen, die das Metaverse zweifellos bietet, nicht untergraben werden.

Literatur – und Materialenverzeichnis

- Annison Tara, The Future of Financial Crime in the Metaverse, Fighting Crypto-crime in Web3.0, Elliptic Metaverse Report 2022, <https://www.elliptic.co/hubfs/Crime%20in%20the%20Metaverse%202022%20final.pdf>, besucht am 31.12.2024.
- Aref Magda/Fábián Luca/Weber Simon, Digitale Originale dank NFTs?, GesKR 2021, S. 385–399.
- Bartetzko Urs, Kommentierung zu Art. 32 StPO, in: Niggli Alexander Marcel/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023.

142 M.w.H. Bosch, S. 231 ff.

143 Kozuka, S. 7 ff.; Whitepaper Interpol, S. 22.

144 M.w.H. Seher, S. 46 ff.

145 Vgl. Interpol Whitepaper, S. 23.

Bartle Richard A., Designing Virtual Worlds, San Francisco 2003.

Bijan Stephen, NFT mania is here, and so are the scammers, Artists are seeing their work showing up in NFTs they did not mint themselves, The Verge vom 20.3.2021, <https://www.theverge.com/2021/3/20/22334527/nft-scams-artists-opensea-rarible-m> arble-cards-fraud-art, besucht am 31.12.2024.

Bericht des Bundesrates zu den rechtlichen Grundlagen für Distributed Ledger Technologie und Blockchain in der Schweiz vom 14.12.2018, abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/55150.pdf>, besucht am 12.28.2024 (zit. Bericht Bundesrat DLT).

Bosch Sebastian, Straftaten in virtuellen Welten, Eine materiellrechtliche Untersuchung, in: Heckmann Dirk (Hrsg.), Internettrecht und Digitale Gesellschaft, Band 14, Berlin 2018.

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21.9.1998, BBl. 1999 S. 1979 ff., abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/archiv/stgb-at.html>, besucht am 12.28.2024 (zit. Botschaft Revision StGB).

Brameshuber Georg/Edelmann Barbara, Einführung, Krypto 1x1 für Strafrechtler, in: Leitner Roman/Brandl Rainer (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2022, Virtuelle Währungen und Kryptoassets im Steuer(straf)recht und Strafrecht, Wien 2023, S. 1–12.

Broschart Jonas/Scheitanov Marc/Gieselmann Max, § 1 Definition und Bedeutung des «Metaverse», in: Steege Hans/Chibanguza Kuuya J. (Hrsg.), Metaverse, Rechts-handbuch, Baden-Baden 2023, S. 41–63.

Cassani Ursula, Die Anwendbarkeit des schweizerischen Strafrechts auf internationale Wirtschaftsdelikte (Art. 3–7 StGB), ZStrR 114 (1996), S. 237–262.

Camber Rebecca, Police investigating dozens of crimes as serious as rape and threats to kill in the metaverse, new figures show – amid warnings that virtual reality offences 'could become a major issue' for officers, mailonline vom 01.09.2024, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-13803125/Police-crimes-rape-kill-metaverse-new-figures-virtual-reality-crimes.html>, besucht am 31.12.2024.

Da Silva Gioia/Alto Palo, Neuer Name, neue Strategie: Facebook heisst künftig Meta, NZZ online vom 28.10.2021, <https://www.nzz.ch/technologie/neuer-name-der-facebook-konzern-heisst-kuenftig-meta-ld.1652470>, besucht am 31.12.2024.

Donatsch Andreas, Kommentierung zu Art. 8 StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.), StGB/JStG Kommentar, 21. Aufl., Zürich 2022 (zit. Donatsch, Art. 8).

Donatsch Andreas, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, in: Jositsch Daniel (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 11. Aufl., Zürich 2018 (zit. Donatsch, Strafrecht III).

Donatsch Andreas/Godenzi Gunhild/Tag Brigitte, Strafrecht I, Verbrecherlehre, in: Jositsch Daniel (Hrsg.), Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 10. Aufl., Zürich 2022.

Eicker Andreas, Das Schweizerische Internationale Strafrecht vor und nach der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs – zur Interpretation des «engen Bezug» als verstecktes Opportunitätsprinzip, ZStrR 124 (2006), S. 295–320.

Europol, Policing in the Metaverse: what law enforcement needs to know, an observatory report from the Europol Innovation Lab, Luxemburg 2022, abrufbar unter: <https://doi.org/10.2813/81062>, besucht am 31.12.2024 (zit. Bericht Europol).

Fdhila Walid, Blockchain Security Risks, in: Kirchmayr-Schliesselberger Sabine/Klas Wolfgang/Miernicki Martin/Rinderle-Ma Stefanie/Weilinger Arthurl, (Hrsg.), Kryptowährungen, Krypto-Assets, ICOs und Blockchain, Recht – Technik – Wirtschaft, Wien 2019, S. 45–66.

Finixio (promoted), Die besten Metaverse Coins in der Übersicht, NZZ online vom 25.7.2022, <https://www.nzz.ch/promoted-content/die-besten-metaverse-coins-in-der-uebersicht-ld.1694902>, besucht am 31.12.2024 (zit. Übersicht Metaverse Coins).

Fromberger Mathias/Zimmermann Patrick, § 1 Technische und rechtstatsächliche Grundlagen, in: Maume Philipp/Maute Lena/Fromberger Mathias (Hrsg.), Rechts-handbuch Kryptowerte, München 2020, S. 1–31.

Funna Radia/Sey Araba, Considering online and offline implications in efforts to build confidence and security in the metaverse, Working Group 6: Security, Data & Personally identifiable information (PII) Protection, ITU Focus Group on metaverse, Technical Report 03 (2024), <https://www.itu.int/en/ITU-T/focusgroups/mv/Documents/List%20of%20FG-MV%20deliverables/FGMV-23.pdf>, besucht am 31.12.2024.

Geiger Alexandra/Keller Stefan, Kryptowährungen in der Nachlassplanung und -abwicklung, successio 2021, S. 259–271.

Gerny Daniel, Das sagt der Strafverteidiger Fingerhuth zur Überlastung der Justiz: «Wenn wir nicht bald etwas tun, wird die Lage unhaltbar», NZZ vom 12.10.2023.

Gless Sabine, Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?, in: Jositsch Daniel/Schwarzenegger Christian/Wohlers Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, Zürich 2017, S. 41–56 (Gless, Festschrift).

Gless Sabine, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. Gless, Internationales Strafrecht)

Gless Sabine/Kugler Peter/Stagno Dario, Was ist Geld? Und warum schützt man es?, recht 2015, S. 82–97.

Graf Damian K., § 26 Cyber Economic Crimes, in: Ackermann Jürg-Beat/Heine Günter (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, 2. Aufl., Bern 2021, S. 1015–1033.

Grasnick Armin, Digitale Avatare = humanoide Phantome?, Wirtschaftsinformatik & Management 6 (2022), S. 352–360.

Grzywotz Johanna, Virtuelle Kryptowährungen und Geldwäsche, in: Heckmann Dirk (Hrsg.), Internetrecht und Digitale Gesellschaft, Band 15, Berlin 2018.

Gyr Eleonor, Blockchain und Smart Contracts, Die vertragsrechtlichen Implikationen einer neuen Technologie, Basel 2019.

Hainzl Florian, Metaverse: Kommt mit der Apple Vision Pro der Durchbruch?, extraETF vom 22.2.2024, <https://extraetf.com/de/news/etfs-im-fokus/metaverse-kommt-mit-der-apple-vision-pro-der-durchbruch>, besucht am 31.12.2024..

- Heimgartner Stefan, Die internationale Dimension von Internetstraffällen, Strafhoheit und internationale Rechtshilfe in Strafsachen, in: Schwarzenegger Christian/Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Internet und Strafrecht, 4. Band, Bern 2005, S. 117–150.
- Huynh-The Thien et al., Blockchain for the metaverse: A Review, Future Generation Computer Systems, Elsevier 143 (2023), S. 401–419, <https://doi.org/10.1016/j.future.2023.02.008>
- Interpol, Metaverse, A Law Enforcement Perspective, Use Cases, Crime, Forensics, Investigation, and Governance, White Paper, Januar 2024, abrufbar unter: <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2024/Grooming-radicalization-and-cyber-attacks-INTERPOL-warns-of-Metacrime>, besucht am 31.12.2024 (zit. Whitepaper Interpol).
- Kappeler Anna, Avatar von britischem Mädchen wird vergewaltigt – auch in der Schweiz möglich, watson vom 22.1.2024, <https://www.watson.ch/digital/schweiz/952001826-avatar-von-maedchen-wird-vergewaltigt-auch-in-der-schweiz-moeglich>, besucht am 31.12.2024.
- Kettemann Matthias C./Böck Caroline, § 6 Regulierung des Metaverse, in: Steege Hans/Chibanguza Kuuya J. (Hrsg.), Metaverse, Rechtshandbuch, Baden-Baden 2023, S. 113–134.
- Klaas Arne/Klose Kathrin, § 32 Strafrechtliche Verantwortlichkeit, in: Steege Hans/Chibanguza Kuuya J. (Hrsg.), Metaverse, Rechtshandbuch, Baden-Baden 2023, S. 531–559.
- Klose Sonja/Kreutzer Ralf T., Metaverse – Technologien, Infrastruktur und Use Case, in: Schuster Gabriele/Wecke Bernhard (Hrsg.), Marketingtechnologien, Innovative Unternehmenspraxis: Insights, Strategien und Impulse, Wiesbaden 2023, S. 45–59.
- Kozuka Souichirou, The avatar law and (cyber) transnational contracts, Uniform Law Review 2024, S. 1–12, <https://doi.org/10.1093/ulr/una008>
- Krebs Cindy/Rüdiger Thomas-Gabriel, Gamecrime und Metacrime, Strafrechtlich relevante Handlungen im Zusammenhang mit virtuellen Welten, Frankfurt a.M. 2010.
- Li Cathy, Headset competition heats up, industrial metaverse 'exceeding expectations' and other metaverse stories you need to read, World Economic Forum, Global Future Council on the Future of Metaverse vom 3.7.2023, <https://www.weforum.org/agenda/2023/07/headset-competition-industrial-metaverse-exceeding-expectations-and-other-metaverse-stories-you-need-to-read/>, besucht am 31.12.2024.
- Ludwiczak Maria, Une compétence pénale fondée sur le critère du domicile : analyse de lege lata et réflexions de lege ferenda, ZSR 136 (2017) I, S. 5–30.
- Madiega Tambiama/Car Polona/Niestadt Maria/Van de Pol Louise, Metaverse, Opportunities, risks and policy implications, EPRS, Juni 2022, https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/268589/eprs-briefing-metaverse_EN.pdf, besucht am 31.12.2024.
- Maeder Stefan/Niggli Marcel Alexander, Kommentierung zu Art. 146 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch/Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019.
- Maute Lena, § 6 Verträge über Kryptotoken, in: Maume Philipp/Maute Lena/Fromberger Mathias (Hrsg.), Rechtshandbuch Kryptowerte, München 2020, S. 138–196.

Menn Andreas, Im Metaverse scheint langsam wieder Licht, WirtschaftsWoche vom 2.2.2024, <https://www.wiwo.de/technologie/digitale-welt/virtual-reality-im-metaverse-scheint-langsam-wieder-licht/29635038.html>, besucht am 31.12.2024.

Meyer Stephan Dominik, Rechte an und aus Blockchain-basierten Crypto Tokens, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich et al. 2022.

Müllender Moritz, Übergriffe im Metaverse, «Zieh doch einfach die Brille ab», In mehreren Berichten erzählen Betroffene von sexualisierter Gewalt im Metaverse. Doch die aktuelle Rechtslage schützt Betroffene kaum, taz vom 2.2.2024, <https://taz.de/Uebergriffe-im-Metaverse/!5987684/>, besucht am 18.12.2024.

Müller Lukas/Ong Malik, Aktuelles zum Recht der Kryptowährungen, AJP 2020, S. 198–212.

Nida-Rümelin Julian/Weidenfeld Nathalie, § 3 Metaverse – sein ontologischer und ethischer Status, in: Steege Hans/Chibanguza Kuuya J. (Hrsg.), Metaverse, Rechts-handbuch, Baden-Baden 2023, S. 79–86.

Oberlin Jutta Sonja/von Hoyningen-Huene Sarah, Strafrecht im Metaverse: Den Verbrechen der Zukunft auf der Spur, forumpoenale 2 (2024), S. 116–123.

Ordano Esteban/Jardi Yemel/Meilich Ariel/Araoz Manuel, Decentraland, White paper, <https://decentraland.org/whitepaper.pdf>, besucht am 31.12.2024.

Payer Andrés, Territorialität und grenzüberschreitende Tatbeteiligung, in: Bommer Felix/Fiolka Gerhard/Gless Sabine/Meyer Frank/Vest Hans (Hrsg.), International Criminal Law, Völkerstrafrecht und internationales Strafrecht, Band 8, Zürich 2021.

Pentsy Thomas, Citi: Bis zu fünf Milliarden Metaverse-User in zehn Jahren, finews vom 1.4.2022, <https://www.finews.ch/news/finanzplatz/50876-citi-metaverse-13-billionen-user-nutzer-goldman-sachs>, besucht am 31.12.2024.

Peterson Christoph, Die Top 7 Metaverse NFTs im Vergleich: So funktioniert das Metaverse NFT kaufen, Coincierge vom 2.11.2023, <https://coincierge.de/nft/metaverse-nft/>, besucht am 31.12.2024.

Popp Peter/Keshelava Tornike, Kommentierung zu Art. 7 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch/Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. Popp/Keshelava, Art. 7).

Popp Peter/Keshelava Tornike, Kommentierung zu Art. 8 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch/Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. Popp/Keshelava, Art. 8).

Popp Peter/Keshelava Tornike, Kommentierung zu vor Art. 3 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, Strafgesetzbuch/Jugendstrafgesetz, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. Popp/Keshelava, vor Art. 3).

Reischl Marcus/Stilz Moritz, § 5 Compliance & Investigations, in: Wagner Eric/Holm-Hadulla Moritz/Ruttlöff Marc (Hrsg.), Metaverse und Recht, München 2023, S. 81–103.

Ritterbusch Georg David/Teichmann Malte Rolf, Defining the Metaverse: A Systematic Literature Review, IEEE Access, 11 (2023), S. 12368–12377, <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2023.3241809>, besucht am 9.4.2024.

Ronc Pascal/Schuppli Benedikt, Kryptowährungen im Lichte der schweizerischen Geldwäschereigesetzgebung, forumpoenale 6 (2018), S. 529–535.

- Rückert Christian, § 20 Phänomenologie, in: Maume Philipp/Maute Lena/Fromberger Mathias (Hrsg.), Rechtshandbuch Kryptowerte, München 2020, S. 527–546 (zit. Rückert, Phänomenologie).
- Rückert Christian, § 21 Strafanwendungsrecht, in: Maume Philipp/Maute Lena/Fromberger Mathias (Hrsg.), Rechtshandbuch Kryptowerte, München 2020, S. 537–546 (zit. Rückert, Strafanwendungsrecht).
- Sales Nancy Jo, A girl was allegedly raped in the metaverse, Is this the beginning of a dark new future?, The Guardian vom 5.1.2024, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2024/jan/05/metaverse-sexual-assault-vr-game-online-safety-meta>, besucht am 31.12.2024.
- Schmidt Jan/Dreyer Stephan/Lampert Claudia, Spielen im Netz, Zur Systematisierung des Phänomens «Online-Games», Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts, Nr. 19, Hamburg 2008, <https://doi.org/10.21241/ssoar.71699>
- Schmoller Kurt, Kryptowährungen/-Assets – wann ist österreichisches Strafrecht anwendbar?, in: Leitner Roman/Brandl Rainer (Hrsg.), Finanzstrafrecht 2022, Virtuelle Währungen und Kryptoassets im Steuer(straf)recht und Strafrecht, S. 73–94.
- Schöbel Sofia Marlena/Leimeister Jan Marco, Metaverse platform ecosystems, Electronic Markets 33:12 (2023), <https://doi.org/10.1007/s12525-023-00623-w>
- Schwarzenegger Christian, E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension, in: Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.). Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 1. Band, Schwyz et al. 2001, S. 329–375 (zit. Schwarzenegger, E-Commerce).
- Schwarzenegger Christian, Handlungs- und Erfolgsort beim grenzüberschreitenden Betrug, in: Ackermann Jürg-Beat/Donatsch Andreas/Rehberg Jörg (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, S. 143–159 (zit. Schwarzenegger, Betrug).
- Schwarzenegger Christian, Der räumliche Geltungsbereich des Strafrechts im Internet, Die Verfolgung von grenzüberschreitender Internetkriminalität in der Schweiz im Vergleich mit Deutschland und Österreich, ZStrR 118 (2000), S. 109–130 (zit. Schwarzenegger, Geltungsbereich).
- Seher Gerhard, Intelligente Agenten als «Personen» im Strafrecht?, in: Gless Sabine/Seelmann Kurt (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, Baden-Baden 2016, S. 45–60, <https://doi.org/10.5771/9783845280066>
- Sevtap Ünal/Tevfik Dalgic/Ezgi Akar, Avatars as the Virtual World's Personality, in: Basar Enes Emre/Ercis Aysel/Sevtap Ünal, The Virtual World and Marketing, Newcastle 2018, S. 33–53.
- Shirin Jennifer/Wenz Daniel, Metaverse Coins: 10 NFT Projekte mit Potenzial, Bitcoin2Go vom 1.3.2024, <https://bitcoin-2go.de/die-besten-metaverse-coins-2023/>, besucht am 31.12.2024.
- Sievi Nino, Kommentierung zu Art. 89 SchKG, in: Staehelin Daniel/Bauer Thomas/Lorandi Franco (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 3. Aufl., Basel 2021.

- Simmler Monika/Selman Sine/Burgermeister Daniel, Beschlagnahme von Kryptowährungen im Strafverfahren, AJP 2018, S. 963–978.
- Staffler Lukas, Reichweite und Grenzen der Sachverhaltswürdigung im Auslieferungsverfahren bei Unterstützung terroristischer Organisationen, *forumpoenale* 2 (2021), S. 149–155.
- Stratenwerth Günter/Bommer Felix, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022.
- Takyar Akash, Metaverse and Smart Contracts, LeewayHertz, <https://www.leewayhertz.com/metaverse-and-smart-contracts/>, besucht am 31.12.2024.
- Tanner Gabrielle, Peer-to-Peer platforms in the metaverse, *wiggin* vom 24.5.2023, https://www.wiggin.co.uk/insight/peer-to-peer-platforms-in-the-metaverse/#_ft_nref2, besucht am 31.12.2024.
- Trechsel Stefan/Crameri Dean, Kommentierung zu Art. 146 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrgs.), *Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Zürich 2021.
- Trechsel Stefan/Vest Hans, Kommentierung zu Art. 7 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrgs.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 4. Aufl., Zürich 2021
(zit. Trechsel/Vest, Art. 7).
- Trechsel Stefan/Vest Hans, Kommentierung zu vor Art. 3 StGB, in: Trechsel Stefan/Pieth Mark (Hrgs.), *Praxiskommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. Trechsel/Vest, vor Art. 3).
- Tümmler Jörn, *Avatare in Echtzeitsimulationen*, Kassel 2007.
- Vest Hans, § 13 Allgemeine Vermögensdelikte, in: Ackermann Jürg-Beat/Heine Günter (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch*, 2. Aufl., Bern 2021, S. 313–421.
- Wagner Eric/Holm-Hadulla Moritz/Ruttlöff Marc (Hrsg.), *Metaverse und Recht*, München 2023
- Weissenberger Philippe, Zum Begehungsort bei Internet-Delikten, *ZBJV* 135 (1999), S. 703–706.
- Wicki-Birchler David, NFT und Metaverse: Ausgewählte Aspekte im Schweizer Recht, *Jusletter IT* vom 31.5.2022.
- Willems Marion, Funktionsweise und Risiken von virtuellen Währungen, *CB* 9 (2016), S. 325–328.
- Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 7 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Wohlers, Art. 7).
- Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 8 StGB, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar*, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Wohlers, Art. 8).

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Vorbemerkungen zu den Art. 10 ff, in: Wohlers Wolfgang/Godenzi Gunhild/Schlegel Stephan, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Bern 2020 (zit. Wohlers, Vorbemerkungen zu den Art. 10 ff.).

Zogg Samuel, Zwangsvollstreckungsrechtliche Behandlung von Kryptowährungen, recht 2020, S. 1–23.

Künstliche Intelligenz im HR-Management

Wirtschaftliche Chancen und rechtliche Herausforderungen auf dem Weg zur Arbeitswelt der Zukunft

Armin Popp

§ 1 Einleitung¹

Künstliche Intelligenz (KI) und maschinelles Lernen werden als die bedeutendsten Technologien unserer Zeit angesehen.² Als Hauptfaktoren der Digitalisierung haben sie maßgeblichen Einfluss auf Gesellschaft, Wirtschaft und auf eine Vielzahl von anderen Lebensbereichen.³ Obwohl deren endgültiger Durchbruch einige Zeit gedauert hat, sind diese Technologien in der Zwischenzeit fest in unserem täglichen Leben verankert und breiten sich weiterhin mit atemberaubender Geschwindigkeit aus.⁴ Sie erfassen sämtliche Aspekte der Arbeitswelt und bilden die grundlegenden Bausteine der „Digitalisierung“ oder „Arbeit 4.0“.⁵

KI und Algorithmen des maschinellen Lernens werden aber nicht mehr nur im Finanzsektor zur Bewertung von Investitionsentscheidungen, im Qualitätsmanagement oder bei medizinischen Prozessen eingesetzt. Diese

1 Die vorliegende Arbeit wurde als Masterarbeit am 12.10.2023 zur Erlangung des akademischen Grades „Master of Laws“ – „LL.M.“ im Masterprogramm LL.M. Digital Business & Tech Law Executive Education MCI – Die Unternehmerische Hochschule eingereicht. Die Arbeit wurde an einigen Stellen nach der Einreichung angepasst, um geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen oder der technischen Weiterentwicklung bestimmter KI-Systeme Rechnung zu tragen. In ihrem Kern entspricht sie jedoch weiterhin dem Stand zum Zeitpunkt der Einreichung. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Die personenbezogenen Bezeichnungen beziehen sich auf beide Geschlechter gleichermaßen.

2 Buxmann/Schmidt, Grundlagen der Künstlichen Intelligenz und des Maschinellen Lernens, in Buxmann/Schmidt (Hrsg), Künstliche Intelligenz² (2021) 3.

3 Paaß/Hecker, Künstliche Intelligenz. Was steckt hinter der Technologie der Zukunft? (2020) VII.

4 Rahman, AI and Machine Learning (2020) XII.

5 Pfeiffer, Kontext und KI: Zum Potenzial der Beschäftigten für Künstliche Intelligenz und Machine-Learning, HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik 2020, 465 (466).

Technologien erfreuen sich mittlerweile auch im Human Resource Management (HR-Management) einer großen Beliebtheit. So können mit Hilfe von KI im Rahmen des HR-Managements zeit- und ressourcenintensive Administrationsprozesse digitalisiert werden und durch diesen Zeit- und Qualitätsgewinn mehr Freiraum für soziale Interaktionen und kreative Problemlösungen geschaffen werden.⁶ Dabei wird dieses durch KI ermöglichte Effizienz- und Effektivitätspotenzial aber nicht nur für die Kandidatensuche und Rekrutierung eingesetzt. Auch bei der Organisation und Gestaltung der bestehenden Arbeitsbeziehungen greifen Unternehmen bereits auf KI-Lösungen zurück.⁷

Die Verwendung von KI soll das HR-Management vor allem leichter und schneller gestalten, speziell aber den Wandel der Berufswelt in die Zukunft begleiten. KI bietet zudem die Möglichkeit, Handlungen zu standardisieren und objektivieren, kann aber auch dazu beitragen, diskriminierungsfreie Entscheidungsgrundlagen zu schaffen.⁸

Zieht man in Betracht, dass im Personalmanagement nach wie vor ein hoher Verbrauch an Zeit- und Personalressourcen besteht, sollten sich Arbeitgeber und Personalisten über den Einsatz digitaler Tools auch verstärkt Gedanken machen. So sind mehrwöchige Wartezeiten von Bewerbern auf eine Antwort durch die Personalabteilung, Vorstellungsgespräche mit offensichtlich ungeeigneten Kandidaten oder eine fehlende Nachfolgeplanung für wechselwillige Arbeitnehmer nur ein kleiner Auszug an Themenfeldern, welcher einer Optimierung im HR-Management bedürften.⁹

A. Problemstellung

Ungeachtet der eingangs erwähnten Chancen und Möglichkeiten, welche der Einsatz von KI mit sich bringt, dürfen die mit deren Verwendung einhergehenden Problemstellungen nicht außer Acht gelassen werden.

So kann KI keine moralischen Agenden personifizieren und deshalb keine Verantwortung übernehmen. Aus diesem Grund stellt sich zwangsläufig die Frage, wer bei Fehlern eines KI-Systems haftet.¹⁰

6 Roedenbeck, Die richtigen Fragen stellen, OrganisationsEntwicklung 2020, 64 (65).

7 Greif/Kullmann, Algorithmenbasiertes Personalrecruiting, ZAS 2021, 61.

8 Fink, Künstliche Intelligenz in der Personalarbeit. Potenziale nutzen und verantwortungsbewusst handeln (2021) 14.

9 Fink, Künstliche Intelligenz 7.

Prozesse müssen transparent gestaltet sein und Entscheidungen sollten für die betroffenen Personen verständlich und nachvollziehbar sein. Lediglich auf diesem Weg kann nachhaltiges Vertrauen in KI-Systeme etabliert werden. Diese Entscheidungen erweisen sich jedoch in zahlreichen Szenarien aufgrund der Komplexität und Undurchsichtigkeit von KI-Anwendungen als intransparent und nicht verifizierbar. Diese Fälle werden „Black-box“-Algorithmen genannt und bedürfen spezieller Beachtung.¹¹

Der Einsatz von KI verspricht Objektivität, da Menschen aus dem Entscheidungsprozess herausgenommen werden.¹² In der Realität kann jedoch die Verwendung von KI sowohl zur Diskriminierung von gewissen Personen führen als auch Vorurteile und Marginalisierung verstärken.¹³

Da KI und insbesondere maschinelles Lernen auf Prozesse der Daten-erhebung, -verarbeitung und -weitergabe aufbauen, stellt sich die Frage, ob die Privatsphäre der betroffenen Personen ausreichend geschützt wird und die einschlägigen Datenschutzbestimmungen beachtet und eingehalten werden.¹⁴

Die zuvor erwähnten Aspekte verdeutlichen eindrücklich, dass trotz der gegenwärtigen Begeisterung für KI deren Einsatz auch erhebliche Risiken mit sich bringt. Wollen Arbeitgeber KI im HR-Management nutzen, müssen sie somit technische, ethische, vor allem aber rechtliche Rahmenbedingungen beachten. Dies ist jedoch nur möglich, wenn der Gesetzgeber Normen für die Verwendung von KI erlässt, welche sowohl einen rechts-sicheren Einsatz ermöglichen als auch die sich aus deren Verwendung ergebenden Potenziale nicht unverhältnismäßig einschränken.

10 Fischer/Gstöttner, Haftungsfragen Künstlicher Intelligenz aus privatrechtlicher Sicht, in Hoffberger-Pippian/Ladeck/Ivankovics (Hrsg), Digitalisierung und Recht (2022) 121 (122).

11 Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI 2019, 16.

12 Coelho Moreira, Algorithmen, Diskriminierung und Tarifverhandlungen, in Brame-shuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto (Hrsg), Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig-Economy (2023) 185 (189).

13 Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz 2019, 22.

14 Coeckelbergh, Ethics of artifical intelligence: Some ethical issues and regulatory challenges, TechReg 2019, 31.

B. Zielsetzung

Abgeleitet aus den einleitenden Worten und der Problemstellung, ist das Ziel des ersten Teiles dieser Arbeit, den Lesern aufzuzeigen, in welchen Bereichen KI im HR-Management bereits eingesetzt werden kann. Dies soll durch Nennung und kurze Funktionsbeschreibung spezifischer Software entlang der HR-Wertschöpfungskette veranschaulicht werden. Das soll den Lesern die Gelegenheit bieten, potenziell relevante Anwendungsfälle für ihre Personalabteilung zu identifizieren, um deren Effizienz und Ressourceneinsatz gegebenenfalls zu optimieren.

Im zweiten Teil der Arbeit sollen den Lesern die rechtlichen Rahmenbedingungen, welche Arbeitgeber beim Einsatz von KI im HR-Management beachten müssen, nähergebracht werden. Dabei wird zuerst die nationale Normenlandschaft beleuchtet und in einem zweiten Schritt ein Ausblick auf die (geplanten) Gesetzgebungsakte der Europäischen Union (EU) geworfen. Aus dieser Prüfung heraus resultierend soll gegebenenfalls ein entsprechender gesetzlicher Anpassungsbedarf festgestellt werden und dadurch Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber abgeleitet werden.

C. Begriffsbestimmungen

I. Künstliche Intelligenz

Eines der zentralen Probleme mit dem Verständnis von KI röhrt daher, dass es nach wie vor keine einheitliche Definition von KI gibt.¹⁵ Erstmals wurde der Begriff „*Künstliche Intelligenz*“ vermutlich 1956 im Rahmen des von John McCarthy und Marvin Minsky abgehaltenen *Dartmouth Workshop* verwendet.¹⁶ McCarthy charakterisierte KI als die Fähigkeit, Maschinen zu konstruieren, welche sich verhalten, als verfügen sie über menschliche Intelligenz.¹⁷ Der Mathematiker Allen Turing wollte mit Hilfe des von ihm entwickelten Turing-Tests feststellen, ob eine KI gegeben sei: Wenn man dieselbe Frage sowohl einer natürlichen Person als auch einem Computerprogramm stellt und die Antworten der beiden ident sind,

15 Rahman, AI and Machine Learning XI.

16 Paqß/Hecker, Künstliche Intelligenz 10.

17 McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence 1955, 10.

handle es sich laut seiner Aussage beim Computerprogramm um KI.¹⁸ Das Europäische Parlament (EU-Parlament) wiederum definiert KI als die Fähigkeit einer Maschine, menschliche Fähigkeiten wie logisches Denken, Lernen, Planen und Kreativität zu imitieren.¹⁹

Trotz der Vielzahl an Definitionen kann ein zentraler Punkt benannt werden, der KI-Systeme charakterisiert: Es ist der Versuch, eine Anwendung zu entwickeln, welche selbstständig anspruchsvolle Probleme lösen kann.²⁰

Da zahlreiche Herangehensweisen bestehen, KI und ihre vielen Subkategorien zu beschreiben, soll Abbildung 1 die wichtigsten Bausteine der KI zeigen, ohne jedoch den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

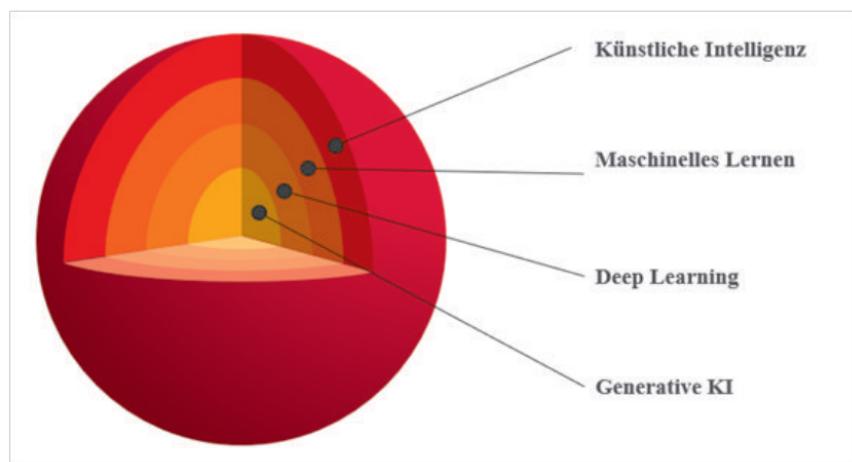


Abbildung 1: Bausteine der KI

(eigene Darstellung in Anlehnung an Kirste/Schürholz in Wittpahl (Hrsg) 21 (22))

18 Wichert, Künstliche Intelligenz, spektrum.de/lexikon/neurowissenschaft/kuenstliche-intelligenz/6810 (abgefragt 26.12.2024).

19 Europäisches Parlament, Was ist künstliche Intelligenz und wie wird sie genutzt?, europarl.europa.eu/topics/de/article/20200827STO85804/was-ist-kunstliche-intelligenz-und-wie-wird-sie-genutzt (Stand 20.06.2023).

20 Kirste/Schürholz, Entwicklungswege zur KI, in Wittpahl (Hrsg), Künstliche Intelligenz (2019) 21.

II. Maschinelles Lernen

Maschinelles Lernen stellt einen Teilbereich der KI dar, welcher Programme dazu befähigt, selbstständig aus Daten zu lernen und sich weiterzuentwickeln, ohne eigens dafür programmiert zu sein. In den zugeführten Daten werden Muster und Zusammenhänge erkannt, anhand welcher sich in weiterer Folge Vorhersagen für die Zukunft treffen lassen. Im Gegensatz zur klassischen Softwareentwicklung richtet sich der Fokus beim maschinellen Lernen also auf das selbständige Lernen aus Daten. Der dahinterstehende Algorithmus entwickelt somit seinen Programmcode eigenständig weiter.²¹

III. Deep Learning

Deep Learning ist eine bestimmte Art des maschinellen Lernens.²² Mit Hilfe von künstlichen neuronalen Netzen, welche aus Knoten (Neuronen) und Kanten (Synapsen) bestehen, können Zusammenhänge erlernt werden, welchen Algorithmen des maschinellen Lernens verborgen bleiben.²³ Der Großteil der KI-Anwendungen in unserem heutigen Leben basiert auf Deep Learning Methoden.²⁴

IV. Generative KI

Eine zentrale Bedeutung kommt heutzutage der generativen KI – der sogenannten schöpferischen KI – zu. Generative KI kann mit Hilfe verschiedener Methoden des maschinellen Lernens bzw. Deep Learnings neue Daten, Bilder oder Texte erzeugen. Ziel von generativer KI ist somit die Schaffung „neuer“ Inhalte.²⁵

21 Wuttke, Machine Learning: Definition, Algorithmen, Methoden und Beispiele, datasolut.com/was-ist-machine-learning/ (Stand 24.05.2024).

22 Kirste/Schürholz in Wittpahl 21 (29).

23 Buxmann/Schmidt in Buxmann/Schmidt² 3 (14).

24 IBM, Was ist Deep Learning?, ibm.com/de-de/topics/deep-learning (Stand 17.06.2024).

25 Kreutzer, Künstliche Intelligenz verstehen, Grundlagen – Use-Cases – unternehmens-eigene KI-Journey² (2023) 23.

V. Human Resource Management

Human Resource Management (HR-Management) stellt einen Teil der Betriebswirtschaft dar und befasst sich mit den Themenfeldern Arbeit und Personal. Dabei führt es sämtliche Strategien, Maßnahmen und Tätigkeitsbereiche zusammen, welche zur Entwicklung des Unternehmens beitragen sollen.²⁶ Hauptaufgabe des HR-Managements ist es, dafür zu sorgen, dass die qualifiziertesten Mitarbeiter in ausreichender Anzahl in den richtigen Positionen tätig sind. Dadurch soll eine leistungsfähige und erfolgreiche Organisation geschaffen werden.²⁷

HR-Management umfasst unter anderem die in Abbildung zwei angeführten Aufgabenfelder.



Abbildung 2: HR-Wertschöpfungskette

(eigene Darstellung in Anlehnung an Fink, Künstliche Intelligenz 57)

Obwohl HR-Management neben den klassischen Personalmanagement-Agenden zusätzlich noch die Bereiche des strategischen Managements, der Arbeitsbeziehungen sowie der Organisation umfasst²⁸, wird in dieser Arbeit Personalmanagement als Synonym für HR-Management verwendet.

26 Personio, Erfolgreiches Personalmanagement: Der Treibstoff für Unternehmen, personio.de/hr-lexikon/personalmanagement/ (abgefragt 26.12.2024).

27 Tomal/Schilling, Human Resource Management. Optimizing Organizational Performance² (2018) I.

28 Personio, Erfolgreiches Personalmanagement (abgefragt 26.12.2024).

VI. Betreiber

Diese Arbeit ist vor allem an Arbeitgeber, Führungskräfte und Mitarbeiter in Personalabteilungen adressiert, welche KI-Systeme innerhalb ihres Unternehmens in eigener Verantwortung verwenden wollen. Da die KI-Verordnung der EU jene Personen als „Betreiber“ bezeichnet, wird im Rahmen dieser Arbeit dieser Terminus einheitlich für die bezeichneten Personengruppen verwendet.

§ 2 Einsatzmöglichkeiten von KI im HR-Management

Die Möglichkeiten der Verwendung von KI im HR-Management sind vielfältig, da sich in jedem Abschnitt des Beschäftigungslebenszyklus Chancen eröffnen, diese Systeme einzusetzen. KI-Lösungen sollen vor allem dazu beitragen, auf Bedürfnisse von Mitarbeitern besser eingehen zu können und Ressourcen optimaler einzusetzen. Aufgrund der meist großen Fülle an Personen- und Organisationsdaten innerhalb eines Unternehmens stellt die HR-Wertschöpfungskette ein optimales Einsatzgebiet für KI-Systeme dar.²⁹

Wer jedoch auf der Suche nach einer einheitlichen Systemlandschaft innerhalb dieser KI-Anwendungen im HR-Management ist, wird nicht fündig werden. Das Angebot reicht von Einzellösungen für KI-basierte Teilprozesse, über standardisierte HRM-Systeme bis hin zu HR-Core-Plattformen mit modularen Apps.³⁰

In dieser Arbeit werden angesichts der Vielzahl an möglichen KI-Tools im HR-Management ausschließlich die essenziellen Schlüsselfunktionen des Personalmanagements bzw. die maßgeblichen Abschnitte der HR-Wertschöpfungskette behandelt. Abbildung zwei weiter oben veranschaulicht diese Abschnitte.

Innerhalb dieser grundlegenden Schlüsselfunktionen werden konkrete KI-Tools angeführt und deren Funktionsweise näher beschrieben. Diese subjektive Auswahl an Beispielen soll dabei keineswegs als Empfehlung für deren Verwendung verstanden werden. Es soll vielmehr den Betreibern als Anregung für mögliche Einsatzmöglichkeiten in ihren eigenen Personalabteilungen dienen.

29 Fink, Künstliche Intelligenz 58.

30 Fink, Künstliche Intelligenz 58.

A. Personalmarketing

Hauptaufgabe des Personalmarketings ist es, mögliche Kandidaten auf einen offenen Arbeitsplatz aufmerksam zu machen und diese schlussendlich zur Einreichung von Bewerbungen zu motivieren. Dabei erfüllt es seine Pflichten, wenn sich zum einen mehr Personen bewerben als es vakante Stellen im Unternehmen gibt. Da jedoch nicht nur die Quantität an Bewerbungen eine entscheidende Rolle für ein erfolgreiches Personalmarketing spielt, sondern auch die Qualität der Bewerber, wäre es nicht zielführend, wenn dieses x-beliebig viele Personen anspricht und zu einer Bewerbung motiviert. Ein erfolgreiches und gezieltes Personalmarketing schafft es auch, geeignete Kandidaten in ausreichender Anzahl für die vakante Stelle anzusprechen und nichtpassende von einer Bewerbung abzuhalten.³¹

Dass dies in vielen Unternehmen noch immer nicht der Realität entspricht bzw. eine Wunschvorstellung darstellt, zeigt eine Studie von *StepStone*, einem der führenden Anbieter von E-Recruiting, der zufolge 75 % der Jobsuchenden durch Stellenausschreibungen nicht richtig angesprochen bzw. ungenügend informiert werden.³²

Ein entsprechender Grad an Optimierungspotenzial im Personalmarketing ist dementsprechend vorhanden. Die folgenden drei Beispiele sollen zeigen mit Hilfe welcher KI-Systeme dies gelingen kann.

I. Augmented Writing

KI-basiertes *Augmented Writing* kann Personalabteilungen dabei unterstützen, für Stellenausschreibungen die ideale Sprachweise und optimale Wortformulierungen zu finden, um eine bestimmte Zielgruppe von Bewerbern anzusprechen. Um dies umzusetzen, müssen diese KI-Anwendungen mit einer großen Menge an Stellenanzeigen aus der Vergangenheit trainiert werden, welche anhand von Berufsfeldern und Stichwörtern klassifiziert werden. In einem nächsten Schritt werden diese Stellenanzeigen mit den Rückmeldungen von Bewerbern in Bezug gesetzt. Aufgrund der erfolgreichen Ausschreibungen in der Vergangenheit kann die KI Muster entwi-

31 Kanning, Die Chancen des Personalmarketings, in *Schulte/Hiltmann* (Hrsg), Eignungsdiagnostische Interviews (2023) 337 (338).

32 Bauer, Wie die Jobsuche zur Traumjobsuche wird - und wie HR Tech dabei hilft, in *Verhoeven* (Hrsg), Digitalisierung im Recruiting (2020) 135 (142).

ckeln und mit Hilfe von diesen neuen Anzeigen derart formulieren, dass gezielt die anvisierte Bewerbergruppe angesprochen wird.³³

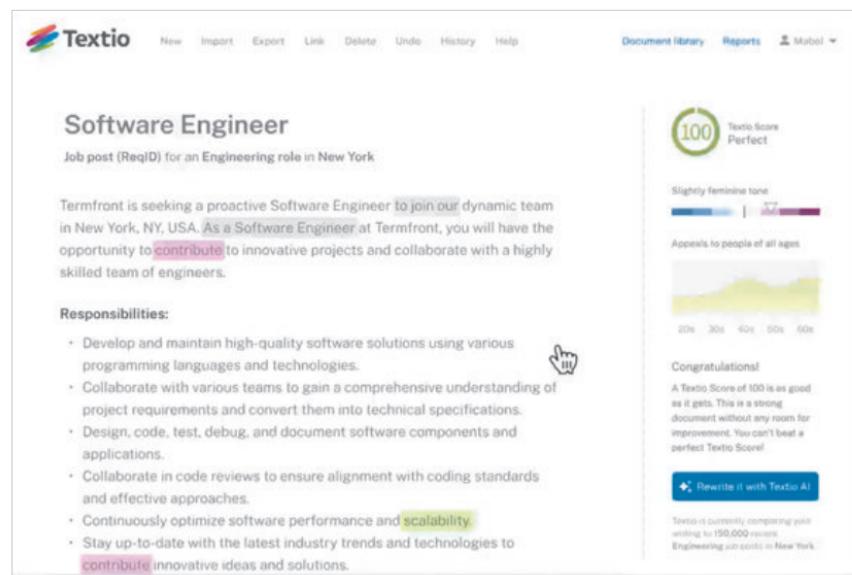


Abbildung 3: Textio AI

(Textio, textio.com/products/recruiting (abgefragt 12.01.2025))

Ein Beispiel für ein *Augmented Writing-Tool* stellt das Start-up *Textio* dar. *Textio* beurteilt mittels semantischer Analyse bestimmte Formulierungen und bewertet, wie erfolgreich diese im Gegensatz zu anderen Stellenanzeigen bei Bewerbern ankommen oder für die vakante Stelle auf mögliche Bewerber wirken werden. Auf diese Weise kann *Textio* den Betreibern während der Erstellung einer Stellenanzeige Verbesserungsvorschläge unterbreiten.³⁴ Überdies überprüft *Textio*, ob die Stellenanzeige so ausgestaltet ist, dass es ihr gelingt, eine Vielzahl von möglichen Bewerbern anzuspre-

33 Schoenthal/Gierschmann/Schneider, Künstliche Intelligenz in HR - Chance oder Risiko? in Schwuchow/Gutmann (Hrsg), HR-Trends 2021² (2020) 316.
34 Dahm/Dregger, Der Einsatz von künstlicher Intelligenz im HR: Die Wirkung und Förderung der Akzeptanz von KI-basierten Recruiting-Tools bei potenziellen Nutzern, in Hermeier/Heupel/Fichtner-Rosada (Hrsg), Arbeitswelten der Zukunft (2019) 249 (251).

chen.³⁵ Eine zusätzliche Eigenschaft von *Textio* umfasst die Überprüfung von Texten auf Diskriminierung und Voreingenommenheit. *Textio* empfiehlt in all diesen Fällen ähnliche Wörter oder Wortgruppen, um den gezielten Bewerberkreis zu adressieren.³⁶ Mittels *Textio AI* kann das Tool unter Angabe der Berufsbezeichnung, des Arbeitsortes und der gesuchten Qualifikationen einen ersten Entwurf für eine Stellenanzeige in weniger als einer Minute auch vollkommen selbstständig verfassen.³⁷

II. Personalmarketing-Chatbots

Sprechen Stellenanzeigen mögliche Bewerber an, landen diese in vielen Fällen in einem nächsten Schritt auf der Karriereseite des Unternehmens. Auf dieser könnte die potenziellen Talente ein integrierter Chatbot erwarten, welcher 24 Stunden, sieben Tage die Woche als digitales Dialogsystem mit Rat und Tat zur Verfügung steht.³⁸

Chatbots können maßgeblich zur Verbesserung der *Candidate Experience* – also des Gesamteindruckes, welchen ein möglicher Kandidat im Rahmen des Bewerbungsprozesses, der Rekrutierung und darüber hinaus vom Arbeitgeber bekommt³⁹ – beitragen. Ein Chatbot, welcher weder Wochenenden noch Feiertage kennt, auf fast sämtliche Fragen eine Antwort bereit hat und Bewerber über das Unternehmen und Jobangebote informieren kann, ist dazu in der Lage, das Nutzererlebnis während einer Bewerbung drastisch zu steigern und ein potenzielles Talent zu einer Bewerbung zu veranlassen.⁴⁰ Dies stellt einen enormen Mehrwert zum Nutzerverhalten auf klassischen Karriereseiten dar, welche sich oft als *barrier to entry* darstellen und oftmals nur das Abgeben einer Bewerbung ermöglichen.

Zudem vermag die Integration von Chatbots im Personalmarketing dazu beizutragen, dass eine potenzielle Voreingenommenheit seitens Personalisten vermieden wird, da durch deren Verwendung die Möglichkeit der Beeinflussung aufgrund von Herkunft oder Geschlecht unterbunden wird.

35 Dahm/Dregger in Hermeier/Heupel/Fichtner-Rosada 249 (251).

36 Fink, Künstliche Intelligenz 60.

37 *Textio*, textio.com/products/recruiting (abgefragt 12.01.2025).

38 Fink, Künstliche Intelligenz 70.

39 Verhoeven, Die Theorie der Candidate Experience, in Verhoeven (Hrsg), Candidate Experience (2016) 7.

40 Dudler, Wenn Bots übernehmen - Chatbots im Recruiting, in Verhoeven (Hrsg), Digitalisierung im Recruiting (2020) 101 (103).

Gleichsam kann der Chatbot in der Personalabteilung die Übernahme repetitiver und monotoner Tätigkeiten, wie etwa die Beantwortung wiederkehrender Fragen, gewährleisten. Die beiden vorrangigen Argumente für die Implementierung von Chatbots bilden jedoch die Beschleunigung des Bewerbungsprozesses und die Effizienzsteigerung im Ressourceneinsatz.⁴¹

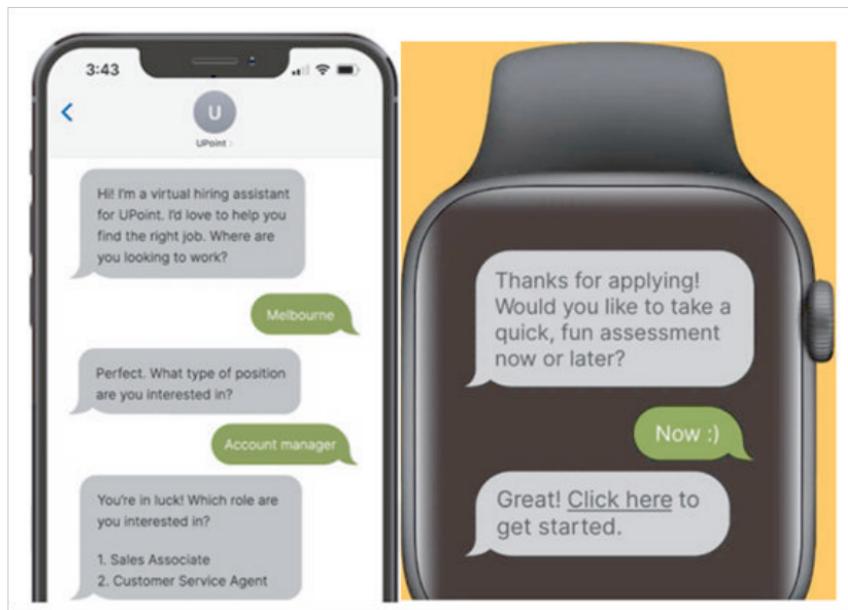


Abbildung 4: *AI Hiring Assistant* von *HireVue*

(HireVue, *AI Hiring Assistant*, hirevue.com/platform/conversational-ai-and-automation (abgefragt 18.01.2025))

Als Beispiel für einen solchen Chatbot kann der *AI Hiring Assistant* von *HireVue* genannt werden. *HireVue* verspricht dabei, dass der eingesetzte KI-Assistent die Qualifikationen und Fähigkeiten der Bewerber treffsicher erkennen und somit diesen sämtliche offene Positionen, welche deren Profil entsprechen, in weiterer Folge anbieten kann. Zusätzlich wird durch den *AI Hiring Assistant* gewährleistet, dass auf Anfragen von Bewerbern stets reagiert wird, da der KI-Assistent diesen innerhalb weniger Minuten

41 Dudler in Verhoeven 101 (106).

nach der Bewerbung eine SMS oder WhatsApp mit den nächsten Schritten zusendet.⁴²

III. Active Sourcing Apps

Das HR-Management muss aber nicht zwingend abwarten, bis potenzielle Bewerber auf dessen Stellenanzeigen reagieren oder die eigene Karriereseite besuchen, es kann ebenso proaktiv agieren und eigenständig nach Talenten mit spezifischen Kompetenzprofilen gezielt suchen. Dabei kann *Active Sourcing* unterstützen.⁴³ Aufgabe von *Active Sourcing* ist, geeignete Kandidaten zu finden, für das eigene Unternehmen zu begeistern und schlussendlich zum passenden Zeitpunkt zu akquirieren.⁴⁴ Für diese Technik lassen sich bereits unzählige KI-Anwendungen auf dem Markt finden.⁴⁵ Die meisten von ihnen funktionieren nach demselben Muster: Business-Netzwerke wie *LinkedIn* oder *Xing* werden durch Software-Programme (*Crawler*) durchsucht, um aus den Profilen der User Daten und Fakten zusammen zu tragen (*Scraping*) und zu analysieren (*Parsing*). Im Anschluss werden mit sogenannten Text-Mining-Algorithmen die zusammengetragenen Daten ausgewertet.⁴⁶

Das deutsche Unternehmen *Talentwunder* nutzt Active Sourcing, um umfangreiche Durchsuchungen in bis zu 30 verschiedenen Netzwerken von über einer Milliarde Userprofilen durchzuführen, mit dem Ziel, kontinuierlich neue Talente zu identifizieren. Mithilfe von Daten aus Social-Media-Profilen wie *LinkedIn*, *Xing* oder *Github* ist *Talentwunder* zusätzlich in der Lage, die Bereitschaft von Fachkräften zum Stellenwechsel zu bewerten.⁴⁷ Personalisten geben dazu die Merkmale ihres gewünschten Kandidaten in eine Suchmaske von *Talentwunder* ein und erhalten eine Liste mit passenden Personen, welche nach Einschätzung der Software über die geforderten Qualifikationen und Eigenschaften verfügen. Ferner wird mit Hilfe von Daten, wie etwa erfolgten Arbeitsplatzwechseln und der Distanz zwischen Wohn- und Arbeitsort, die voraussichtliche Bereitwilligkeit des Kandidaten, Arbeits- und Wohnort zu wechseln, ermittelt.⁴⁸

42 *HireVue*, AI Hiring Assistant, hirevue.com/platform/conversational-ai-and-automation (abgefragt 18.01.2025).

43 *Fink*, Künstliche Intelligenz 78.

44 *Talentwunder*, talentwunder.com/active-sourcing-playbook/ (abgefragt 31.12.2024).

45 *Fink*, Künstliche Intelligenz 78.

46 *Gärtner*, Smart HRM. Digitale Tools für die Personalarbeit (2020) 66.

47 *Talentwunder*, talentwunder.com (abgefragt 31.12.2024).

Sobald mittels *Augmented Writing*, Chatbots und *Active-Sourcing* die geeigneten Kandidaten identifiziert und motiviert wurden, ihre Bewerbungen an die Personalabteilung zu adressieren, beginnt der nächste Abschnitt der HR-Wertschöpfungskette, die Rekrutierung von Fachkräften.

B. Personalbeschaffung

Innerhalb der HR-Wertschöpfungskette stellt die Personalbeschaffung das umfangreichste Anwendungsspektrum für KI-Tools dar. Durch den Einsatz von KI werden die Erfassung und Analyse umfangreicher Datenmengen, die von den Betroffenen freiwillig in Bewerbungsunterlagen oder in sozialen Netzwerken zur Verfügung gestellt wurden, erheblich vereinfacht. Auswerten, Vergleichen und die Abgabe von Empfehlungen sind Tätigkeiten, für welche sich KI-Systeme optimal eignen. KI kann repetitive und zeitaufwendige manuelle Aufgaben, wie die Durchsicht von Lebensläufen, minimieren bzw. sogar gänzlich obsolet machen. Dadurch entsteht ein datengetriebener Rekrutierungsprozess.⁴⁹

I. CV-Parsing

Ein praktisches Beispiel für den Einsatz von KI in der Personalbeschaffung stellt das sogenannte *CV-Parsing* dar. Mit Hilfe von *CV-Parsing* können Lebensläufe, Motivationsschreiben oder Profile auf Social-Media-Plattformen ausgelesen werden, um die wichtigsten Informationen aus diesen Dokumenten herauszufiltern und für die Analyse in strukturierte Datensätze zu formen. Abhängig von den gesuchten Qualifikationen und Attributen werden die ermittelten Daten zugeordnet und in Datenbanken sortiert.⁵⁰

CV-Parser identifizieren durch semantische Analyse einzelne Bausteine in den Bewerbungsunterlagen der Kandidaten und übertragen diese in das Bewerbermanagementsystem des Unternehmens. Der *CV-Parser* verarbeitet mit der Hilfe eines Algorithmus große Mengen an Daten und stellt darin Muster fest.⁵¹

48 Gärtner, Smart HRM 66.

49 Fink, Künstliche Intelligenz 84.

50 Schoenthal/Gierschmann/Schneider in Schwuchow/Gutmann² 316 (317).

51 Personio, CV-Parsing: Blitzschnell die richtigen Bewerber finden, personio.de/hr-lexikon/cv-parsing/ (abgefragt 31.12.2024).

CV-Parsing erweist sich als äußerst vorteilhaft sowohl für Bewerber als auch für die Personalabteilung selbst. Es trägt maßgeblich zur Steigerung der *Candidate Experience* bei, indem es Bewerbern die nahtlose Möglichkeit bietet, ihre Bewerbungsunterlagen, unabhängig vom Dateiformat (sei es PDF, DOC oder TXT) ohne manuelle Dateneingabe bequem in das System hochzuladen. Gleichzeitig fungiert *CV-Parsing* als wertvolle Unterstützung für die Personalabteilung, da die Software sämtliche Informationen der Kandidaten mit nur einem einzigen Klick in das verwendete Bewerbermanagementsystem integriert.⁵²

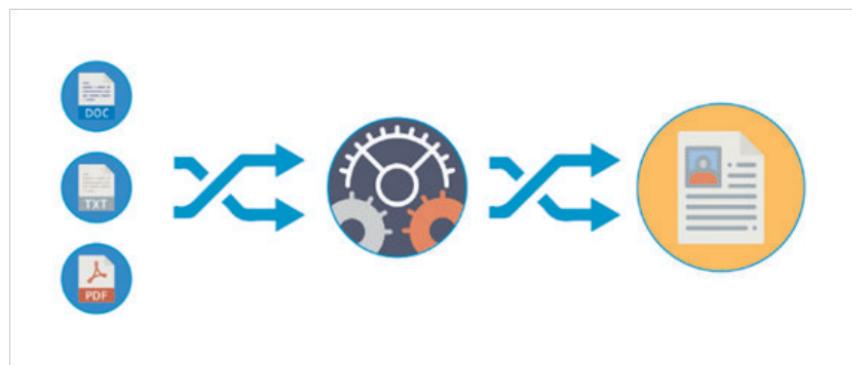


Abbildung 5: *CV-Parsing*

(Smartjobboard, Hot Update: Resume Parsing is here! And much more, smartjobboard.com/blog/resume-parsing/ (Stand 31.07.2018))

II. Zeitversetzte Videointerviews

Wurden mit Hilfe von *CV-Parsing* die Bewerbungsunterlagen analysiert und potenziell passende Kandidaten ausgewählt, erfolgen in einem nächsten Schritt die Interviews der Bewerber. Durch neue Technologien steht dem HR-Management als Alternative zum altbewährten physischen Bewerbungsinterview eine Fülle an anderen Settings für Interviews zur Verfügung.⁵³

⁵² *Talention*, Was ist CV Parsing? Eine Erklärung und die Vorteile auf einen Blick!, [talention.de/blog/was-ist-cv-parsing-eine-erklaerung-und-die-vorteile-auf-einen-blick](https://www.talention.de/blog/was-ist-cv-parsing-eine-erklaerung-und-die-vorteile-auf-einen-blick) (abgefragt 31.12.2024).

Eine dieser Möglichkeiten stellen zeitversetzte Videointerviews (ZVI) dar. Bei dieser von Zeit und Ort losgelösten Form des Interviews kommt es nicht zu einer direkten Interaktion zwischen dem Kandidaten und dem Personalisten, sondern werden dem Bewerber über den Computer oder ein mobiles Endgerät Fragen virtuell gestellt. In den meisten Fällen hat der Bewerber für die Aufzeichnung der Antworten nur einen beschränkten Zeitraum zur Verfügung.⁵⁴ Dem Personalisten stehen die aufgezeichneten Videos jedoch für einen unbegrenzten Zeitraum zur Verfügung. Er kann dadurch die getätigten Antworten nach Belieben sichten und analysieren.⁵⁵

Mit Hilfe von KI kann die erhebliche Menge an Daten, welche durch die Verwendung von ZVIs entsteht, automatisiert analysiert werden. Dies bringt den großen Mehrwert, dass sich Personalisten stärker auf die Kandidaten konzentrieren können, da sie keine Zeit für die Auswertung der Videos aufbringen müssen. Überdies können durch die Zuhilfenahme von KI auch menschliche Fehler in der Beurteilung vermieden werden.⁵⁶

Einen Schritt weiter gehen KI-Systeme, welche in diesem Setting Persönlichkeitseigenschaften der Kandidaten anhand von Verhaltenstendenzen feststellen können. Mit Hilfe von Natural Language Processing (NLP) können positive und negative Verhaltensindikatoren für gewisse Persönlichkeitsmerkmale der Kandidaten in Bewerbervideos anhand des Gesprochenen gegeneinander abgewogen werden. Dabei werden die Audiospuren des Videos durch Speech-To-Text-Algorithmen zu Textdateien umgewandelt.⁵⁷ Im Anschluss kann der Algorithmus den Text nach entscheidenden Indikatoren durchsuchen und auf Persönlichkeitsmerkmale schließen.⁵⁸

Die automatisierte Analyse von Videointerviews und Feststellung von Persönlichkeitsmerkmalen ist etwa durch die Technologie *vidAssess* des Unternehmens *Aon* möglich. Kandidaten nehmen sich dabei selbst bei der Beantwortung von Fragen auf, welche ihnen über den Bildschirm gestellt

53 Brandt/Justenhoven/Schöffel, Web-basierte Videointerviews, in *Stulle* (Hrsg), Digitalisierung der Management-Diagnostik (2020) 43.

54 Brandt/Justenhoven/Schöffel in *Stulle* 43 (44).

55 Poh, Evaluating candidate performance and reaction in one-way video interviews 2015, 3.

56 Brandt/Justenhoven/Schöffel in *Stulle* 43 (46).

57 Brandt/Justenhoven/Schöffel in *Stulle* 43 (57).

58 Fink, Künstliche Intelligenz 91.

werden. Abhängig von der Art und Weise, wie diese Fragen beantwortet werden, eruiert die KI unterschiedliche Persönlichkeitsmerkmale.⁵⁹

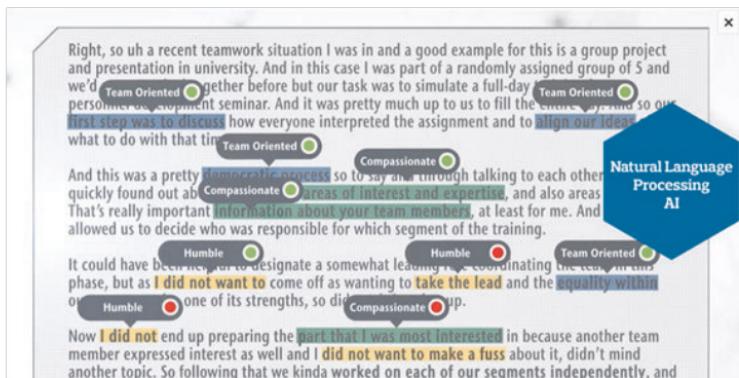


Abbildung 6: vidAssess

(Aon, assessment.aon.com/de-de/online-assessment/video-interview (abgefragt 31.12.2024))



Abbildung 7: vidAssess

(Aon, assessment.aon.com/de-de/online-assessment/video-interview (abgefragt 31.12.2024))

59 Aon, Augmented Video Scoring, assessment.aon.com/de-de/online-assessment/video-interview (abgefragt 31.12.2024).

Die Speech-To-Text-KI extrahiert dazu das Gesagte in ein Transkript, welches mithilfe von NLP-Algorithmen analysiert wird. Dabei werden spezifische Wörter und Sätze identifiziert, welche auch von Personalisten zur Bewertung des Kandidaten verwendet werden würden. Diesen Schlüsselwörtern und -sätzen ordnet die KI in weiterer Folge bestimmte Verhaltensindikatoren zu.⁶⁰ Diese Zuordnung ist in Abbildung sechs ersichtlich.

Schließlich erfolgt, wie Abbildung sieben zu entnehmen ist, eine Korrelation dieser Indikatoren mit spezifischen Persönlichkeitsmerkmalen, um eine Bewertung für jedes Merkmal und jeden Kandidaten zu generieren. Die abschließenden Beurteilungen für jeden Bewerber werden letztendlich automatisiert in Berichte umgewandelt oder im Bewerbermanagementsystem des Unternehmens hinterlegt.⁶¹

III. Recruitainment

Neben der Analyse von Bewerbungsunterlagen und Interviews greifen zahlreiche Personalabteilungen im Rekrutierungsprozess auf Assessments zurück, um den Arbeitserfolg von möglichen zukünftigen Mitarbeitern treffsicher zu prognostizieren. Assessments stellen im Gegensatz zu den teilweise unstrukturierten Interviews den Anspruch, mögliche Irrtümer in der Beurteilung und eine etwaige Voreingenommenheit auf ein Minimum zu beschränken.⁶² Dabei werden die klassischen Assessment-Formate nach und nach von Spiel- und Video-Assessments verdrängt, um mit deren Hilfe Persönlichkeitsmerkmale und Qualifikationen der Bewerber festzustellen.⁶³

Im sogenannten *Recruitainment* werden Herangehensweisen aus dem Game-Design verwendet, um durch spielerische Methoden Bewerber zu bewerten und zu analysieren.⁶⁴ *Recruitainment* soll dazu beitragen, die

60 Aon, assessment.aon.com/de-de/online-assessment/video-interview (abgefragt 31.12.2024).

61 Aon, assessment.aon.com/de-de/online-assessment/video-interview (abgefragt 31.12.2024).

62 Fink, Künstliche Intelligenz 96.

63 Leutner/Aichholzer, Digitale Video- & Spiel-Assessments: Psychometrie und maschinelles Lernen, in Stulle (Hrsg), Digitalisierung der Management-Diagnostik (2020) 67 (68).

64 Korn/Brenner/Börsig/Lalli/Matthmüller/Müller, Defining Recruitainment: A Model and a Survey on the Gamification of Recruiting and Human Resources, in Frey und/Cellary (Hrsg), Advances in The Human Side of Service Engineering (2017) 37 (38).

Zurückhaltung bei Kandidaten im Rekrutierungsprozess zu minimieren und die *Candidate Experience* zu steigern.⁶⁵ Aufgrund der enormen Menge an Daten, welche während eines Spiels generiert werden, eignet sich der Einsatz von *Recruitment-Tools* insbesondere dann, wenn umfangreiche Beurteilungen von zahlreichen Persönlichkeitseigenschaften und der Intelligenz gefordert werden.⁶⁶

Als Beispiel für eine *Recruitment-Software* kann das deutsche Start-up *Aivy* genannt werden. *Aivy* bedient sich *Gamification* und maschinellem Lernen für Eignungsdiagnostik im Rekrutierungsprozess unter Zuhilfenahme von Game-Based-Assessments.⁶⁷ Durch diese Assessments soll nicht nur die *Candidate Experience* gesteigert und eine hohe Zeiteinsparung garantiert werden, sondern es sollen auch validere Daten erhoben werden können. Der Fokus von *Aivy* liegt dabei auf der sogenannten „Person-Job Fit“, also die Passung eines Bewerbers auf eine offene Position. Dadurch verspricht *Aivy* treffsichere Vorhersagen für einen zukünftigen Arbeitserfolg und -zufriedenheit anstellen zu können.⁶⁸

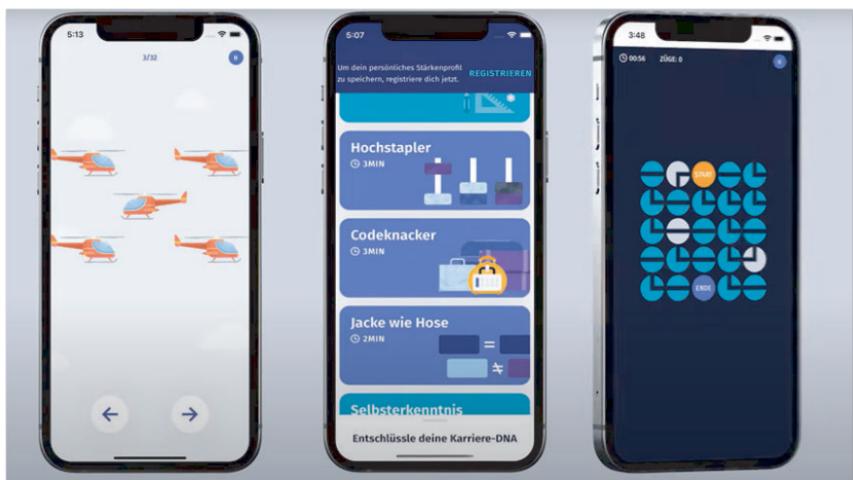


Abbildung 8: Gamification-Tool Aivy

(Aivy, aivy.app/ (abgefragt 15.08.2023))

65 Fink, Künstliche Intelligenz 96.

66 Leutner/Aichholzer in Stulle 67 (74).

67 Aivy, Game-based Assessments – mehr als nur Spielerei?, aivy.app/hr-blog/game-based-assessments-mehr-als-nur-spielerei (abgefragt 31.12.2024).

68 Aivy, aivy.app/ueber-uns (abgefragt 31.12.2024).

Anhand des Big-Five-Modells (Modell zur Beschreibung von Persönlichkeitseigenschaften, welches auf fünf Hauptdimensionen der Persönlichkeit aufbaut)⁶⁹ werden durch spielerische Aktivitäten mittels eines Persönlichkeit-Screens die fünf Persönlichkeitseigenschaften der Bewerber ermittelt.⁷⁰

Das System verwandelt die Ergebnisse des Gamification-Prozesses im Anschluss in diagnostische Datenblätter, welche an das HR-Management gesandt werden. Um den eigenen Algorithmus ständig zu verbessern, überprüft *Aivy* nach einem erfolgten Bewerbungsprozess, wie erfolgreich und zufrieden der Kandidat tatsächlich im gefundenen Job ist.⁷¹

Sobald die passenden Kandidaten für die entsprechende Position ausgewählt wurden, beginnt entlang der HR-Wertschöpfungskette der nächste Abschnitt, welcher sich der Personalentwicklung widmet.

C. Personalentwicklung

Im Rahmen der Personalentwicklung haben sich die traditionellen Weiterbildungsmaßnahmen mit analogen Seminaren längst zu Auslaufmodellen entwickelt und werden durch on demand-Lösungen am Arbeitsplatz verdrängt, da Lernen auf Vorrat in Zeiten höchster Entwicklungssprünge keinen wirtschaftlichen Nutzen mehr bringt. In Anbetracht der Tatsache, dass fachliche Expertise aufgrund der Geschwindigkeit der digitalen Transformation mehr und mehr vergänglich ist, geht die Entwicklung in Richtung Wissenszufuhr in Echtzeit, verpackt in kleine und kompakte Einheiten.⁷²

Unternehmen sind diesbezüglich dazu angehalten, neue Möglichkeiten der Weiterbildung zu implementieren und umzusetzen, um dem laufenden Bedürfnis nach Anpassung gerecht zu werden. Bei diesem Prozess kann die Integration von KI einen entscheidenden Faktor darstellen.⁷³ So ist es KI nicht nur möglich, Wissensfortschritte zu begleiten, sondern aufgrund der Beobachtung von makroökonomischen, weltwirtschaftlichen oder sozialen

69 Knecht, Big Five Modell: Alle Infos zum Persönlichkeitsmodell, praxistipps.focus.de/big-five-modell-alle-infos-zum-persoenlichkeitsmodell_119613 (Stand 14.04.2020).

70 Fink, Künstliche Intelligenz 97.

71 Fink, Künstliche Intelligenz 97.

72 Fink, Künstliche Intelligenz 105.

73 Jäger/Tewes, KI in der Weiterbildung der Zukunft, in *Knappertsbusch/Gondlach* (Hrsg.), *Arbeitswelt und KI 2030* (2021) 389 (390).

Veränderungen auch die Entwicklungsprogramme für Mitarbeiter laufend anzupassen und um erforderliche Qualifikationen, wie etwa andere Sprachen, zu ergänzen. KI-Systeme können aufgrund der Analyse von Belegschaftsdaten auf die Mitarbeiter individuell zugeschnittene Lernprogramme anraten, welche sowohl die unterschiedlichen kulturellen Hintergründe, das Alter und die erworbene Erfahrung als auch bereits absolvierte Ausbildungen der Mitarbeiter entsprechend berücksichtigen.⁷⁴

Im Folgenden werden einige Möglichkeiten des Einsatzes von KI-Anwendungen in der Personalentwicklung näher beschrieben.

I. Learning-Management-Systeme

Learning-Management-Systeme (LMS) können einen zentralen Baustein für eine personalisierte und selbstorganisierte Personalentwicklung bilden, indem sie den Entwicklungsbedarf der Mitarbeiter feststellen, verschiedene Lernprogramme empfehlen, die notwendigen Lernunterlagen sammeln und den Lernfortschritt der Mitarbeiter auch messen. Durch die Auswertung der vorhandenen Daten und der Kontrolle des Lernerfolges kann mit Hilfe von LMS das Lernen individuell auf die einzelnen Mitarbeiter zugeschnitten werden. Im Rahmen von LMS kann KI ihre ganze Stärke zeigen, indem sie in den individuellen Lernprozessen von Mitarbeitern verschiedener Unternehmen Muster erkennt und so die effektivsten Lerninhalte und -methoden laufend weiterentwickelt.⁷⁵

LMS sind dazu in der Lage, die individuellen Lernziele der Mitarbeiter in Bezug auf Qualifikationen, Themengebiete und Lernebenen festzulegen.⁷⁶ Da LMS mit Hilfe diagnostischer Analyse und prädiktiven Machine-Learning-Verfahren auch Lernmuster analysieren und Wahrscheinlichkeiten im Hinblick auf Lernzeit ermitteln können, ist es diesen auch möglich, Lernfehler aufzudecken und Vorschläge für die effektivsten Wege zu Erreichung der Lernziele zu unterbreiten.⁷⁷ Durch Auswertung großer Datenmengen wird dadurch ein personalisiertes und adaptives Lernen ermöglicht.⁷⁸

⁷⁴ Fink, Künstliche Intelligenz 107.

⁷⁵ Fink, Künstliche Intelligenz 107.

⁷⁶ Nürnberg, Agiles HR-Management. Effiziente Personalarbeit durch smarten Einsatz digitaler Technologien (2019) 69.

⁷⁷ Fink, Künstliche Intelligenz 108.

⁷⁸ Gärtner, Smart HRM 136.

Als Beispiel für ein LMS kann die Lernplattform *Docebo* genannt werden. Diese hat sich zum Ziel gesetzt, den Lernprozess komplett zu automatisieren und dabei auch virtuelle Coaches anzubieten.⁷⁹ *Docebo* ist eine cloudbasierte Enterprise-Learning-Anwendung, welche unter Zuhilfenahme von KI zur Weiterbildung von Mitarbeitern verwendet werden kann.⁸⁰ Unternehmen können bei *Docebo* eigene Schulungsformate, Umfragen oder Kurse anfertigen. Überdies ist es möglich, *Docebo* mit verschiedenen Software-Plattformen, wie etwa Content-Management-Systemen oder Social Media zu verbinden.⁸¹

II. Gamification

Eine zusätzliche Perspektive für die Verwendung von KI im Bereich der Personalentwicklung eröffnet sich durch den Einsatz von *Gamification*. Bei sogenannten *Serious Games* handelt es sich um die Verwendung von Spiel-elementen und Designtechniken in einem nicht spielerischen Kontext.⁸²

Durch zahlreiche Studien wird der positive Effekt von Spielen auf die Fantasie, Motivation und den Lernfortschritt belegt.⁸³ Spiel-Design-Ele-mente können Mitarbeiter nicht nur anspornen, sondern erzeugen auch eine Vielzahl an Interaktionsdaten, welche dabei unterstützen, Lernaktivitäten zu analysieren und zu verdeutlichen.⁸⁴

Gamification soll durch den spielerischen Ansatz speziell zu realitätsnäherem Verhalten und einer geringeren Anzahl sozial erwünschter Antworten beitragen, wenn die Mitarbeiter sich in einem Art Flow-Erlebnis befinden und nicht mehr aktiv wahrnehmen, dass sie gerade bewertet werden.⁸⁵

Die Zahlen sprechen für sich: Über 70 % der Mitarbeiter verwenden *Serious Games* auch nach Feierabend oder am Wochenende. Verbindet man

79 *Palmu*, Human Resource Management with Artificial Intelligence (2020) 21.

80 *Docebo*, docebo.com/de/ (abgefragt 31.12.2024).

81 *Jankowiak*, *docebo: LMS Learning Management Systeme*, trusted.de/docebo (abgefragt 31.12.2024).

82 *Judt/Klausegger*, Was ist eigentlich ... Gamification? ÖBA 2017, 566.

83 *Kettler/Kauffeld*, Game-based Learning, in *Kauffeld/Othmer* (Hrsg), Handbuch Innovative Lehre (2019) 249 (251).

84 *Seufert/Preisig/Krapf/Meier*, Von Gamification zum systematischen Motivationsdesign mit kollaborativen und spielerischen Gestaltungselementen, scil Arbeitsbericht 2017, 15.

85 *Hirschfeld*, Personaldiagnostik im digitalen Zeitalter, in *Haubrock* (Hrsg), Digitalisierung - das HR Management der Zukunft (2020) 213 (234).

Compliance-Schulungen mit einer Art Belohnung, wie etwa Punktesystemen oder Ranglisten, setzen sich zumindest noch 30 % der Mitarbeiter mit Spielen zu Thematiken wie Datenschutzbestimmungen außerhalb der regulären Arbeitszeit auseinander.⁸⁶



Abbildung 9: *Gamification-Tool talent::digital*

(talent::digital, v2demo.talentdigital.eu/#/ (abgefragt 18.01.2025))

Talent::digital bietet eine KI-basierte Empowerment-Plattform an, welche die digitalen Fähigkeiten von Mitarbeitern mit Hilfe von *Serious Games* bewertet und zur Qualifizierung und Fortbildung von Mitarbeitern dient.⁸⁷ *Talent::digital* versteht sich dabei als Onlinetest für digitale Fertigkeiten, welcher nicht auf Selbsteinschätzung, sondern auf tatsächlich vorhandenen Fähigkeiten aufbaut.⁸⁸ Dabei misst es durch den *Gamification*-Ansatz etwa die Informations- und Datenkompetenz, die Fähigkeit der digitalen Kommunikation, die digitale Sicherheitskompetenz (z.B. Datenschutz) oder die Kompetenz zur Erstellung von digitalen Inhalten. Durch die Verwendung von anwendungsorientierten Tests, welche sowohl *soft skills* als auch *hard skills* abfragen und beurteilen, werden diese digitalen Fertigkeiten gemessen

86 Rauffmann, Videospiele sollen die Weiterbildung retten, wiwo.de/erfolg/be-ruf/serious-games-videospiele-sollen-die-weiterbildung-retten/26027370.html (Stand 29.07.2020).

87 Fink, Künstliche Intelligenz 113.

88 Rüdiger, talent::digital - Eine Plattform zur Erfassung des digitalen Mindset, in Stulle (Hrsg), Digitalisierung der Management-Diagnostik (2020) 247 (248).

und analysiert. Die Ergebnisse werden als „Persönlicher Digital Index“ ausgewiesen, welcher dabei helfen soll, die digitale Kompetenz zielgerichtet und nachhaltig zu steigern.⁸⁹

Talent::digital stellt ein flexibles Platform-as-a-Service Angebot dar, welches neben abstrakten Test-Applikationen auch sachbezogenen Inhalt sowie bei Bedarf auch unternehmenseigene Informationen zu den verschiedenen Themenfeldern anbietet. Auf diese Weise erhalten Unternehmen eine komplette und stets aktualisierbare Plattform für die digitale Innovation ihres Betriebes.⁹⁰

KI erweist sich jedoch nicht nur als Instrument zur Steigerung der Mitarbeiterleistung, sondern auch als ein Werkzeug zur Leistungsbewertung, auf welche im Folgenden näher eingegangen wird.

D. Leistungsmanagement

Leistungsmanagement stellt eine der Kernfunktionen des HR-Managements dar. Es bezeichnet die anhand der Ziele und Konzepte eines Unternehmens orientierte Leistungsbewertung von Mitarbeitern. Zusätzlich werden auch Maßnahmen hinzugerechnet, welche darauf abzielen, Entwicklungsmöglichkeiten und Karriereperspektiven für Mitarbeiter im Unternehmen zu finden. Leistungsmanagement gilt seit jeher als integraler Bestandteil des Personalmanagements und spielt vor allem auch in der jährlichen Leistungsbeurteilung in Form von Mitarbeitergesprächen und bei der Vergütungsgestaltung eine zentrale Rolle.⁹¹

Leistungsmanagement kann dabei in drei Phasen unterteilt werden:

1. Ziele definieren und beschließen
2. Arbeitsleistung erfassen und bewerten
3. Vergütungsmodelle berechnen⁹²

In allen drei Phasen werden Evaluierungen häufiger, Feedback-Schleifen engmaschiger, Ziele flexibler und Incentivierungen genauer an die Mitar-

89 Rüdiger in Stulle 247 (253).

90 Rüdiger in Stulle 247 (248).

91 Chudzikowski/Covarrubias Venegas, Performance Management auf den Kopf gestellt oder neu gedacht? ARD 2016, 3.

92 Fink, Künstliche Intelligenz 126.

beiter angepasst. Dies hat zur Folge, dass die Komplexität zunimmt und der mögliche Einsatzbereich für KI-Systeme größer wird.⁹³

I. Workplace Analytics

Ein repräsentatives Modell für die Verwendung von KI zur Leistungsbewertung ist die Technologie *Workplace Analytics*. Im Rahmen von *Workplace Analytics* spielen nicht Personal- (wie etwa Kompetenzen oder persönliche Eigenschaften), sondern Verhaltensdaten eine zentrale Rolle. Bei *Workplace Analytics* wird auf abgehaltene Besprechungen, Emailverläufe und Bewegungsabläufe geachtet. Aus KI-basierter Datenanalyse lassen sich Rückschlüsse auf den Prozess des Zusammenarbeits in der täglichen Arbeit ziehen und durch Korrelation mit Faktoren wie getätigten Verkäufen, abgearbeiteten Beschwerden oder Teamarbeit Analysen für das Leistungsmanagement anfertigen. Durch die gesammelten Daten sollen Interaktionen der Mitarbeiter im Arbeitsalltag gemessen werden.⁹⁴ Anbieter wie Microsoft machen sodann damit Werbung, dass sie Arbeitgebern Hinweise auf Arbeitsmuster oder Burn-out-Gefahren ihrer Mitarbeiter geben und die Belegschaft zu einer effizienteren und gleichmäßigeren Arbeitsweise begleiten können.⁹⁵

Diese Verhaltensdaten lassen sich im Zuge von *Workplace Analytics* unter anderem durch folgende zwei Ressourcen gewinnen: *Sociometric Badges* und *Microsoft Viva*.⁹⁶ Bei *Sociometric Badges* handelt es sich um kleine Geräte, welche Mitarbeiter am eigenen Körper mitführen und durch diverse Sensoren (GPS, Bluetooth oder Sprachaufnahme) feststellen können, welcher Mitarbeiter mit wem, wo und wann Kontakt hat.⁹⁷ Mit Hilfe von *Sociometric Badges* ist es möglich, Verhaltensdaten am Arbeitsplatz in diversen Arbeitssituationen anonymisiert zu messen. Dabei können etwa körperliche Aktionen (Sitzen, Gehen oder Stehen), Spracheigenschaften (leises oder lautes Reden) und zwischenmenschliche Interaktionen (ausge-

⁹³ Fink, Künstliche Intelligenz 126.

⁹⁴ Gärtner, Smart HRM 117.

⁹⁵ Microsoft, microsoft.com/de-de/microsoft-viva/insights?market=de (abgerufen 31.12.2024).

⁹⁶ Gärtner, Smart HRM 117.

⁹⁷ Ito-Masui/Kawamoto/Esumi/Imai/Shimaoka, Sociometric wearable devices for studying human behavior in corporate and healthcare workplaces, BioTechniques 2021, 392 (393).

wertet durch die Entfernung von verschiedenen Badges) erfasst werden.⁹⁸ Abbildung 10 dient der Veranschaulichung der möglichen Messungen von Interaktionen durch *Sociometric Badges*. Die roten Kästchen sollen dabei die Symbole für die Badges repräsentieren.

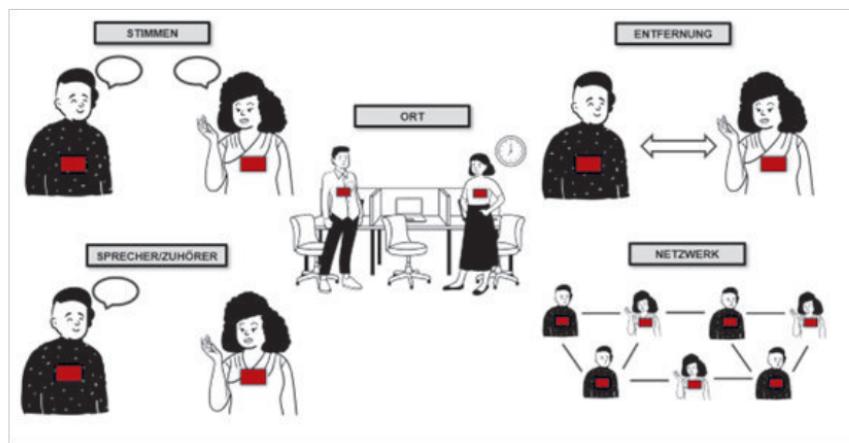


Abbildung 10: *Sociometric Badges*

(eigene Darstellung in Anlehnung an Ito-Masui/Kawamoto/Esumi/Imai/Shimaoka BioTechniques 2021, 392)

Mittels der gesammelten Daten ist es beispielsweise möglich festzustellen, an welchen Standorten innerhalb des Arbeitsumfelds Mitarbeiter in regelmäßiger und intensiver Weise miteinander in Interaktion treten. Dadurch kann die Arbeitsumgebung so konzipiert werden, dass ein informeller Austausch gestärkt wird.⁹⁹ Weiters kann anhand der Auswertung der ermittelten leistungsrelevanten Daten, wie dem beruflichen Netzwerk, der verbrachten Zeit in Besprechungen, der Stillarbeitszeit oder Frequenz von Kundenbesuchen, die Arbeitseffizienz signifikant gesteigert werden.¹⁰⁰

Im Jahr 2021 hat das Unternehmen Microsoft das Produkt *Microsoft Viva* auf den Markt gebracht, um die „*employee experience*“ zu transfor-

98 Gärtner, Smart HRM 123.

99 Pentland, The New Science of Building Great Teams, Harvard Business Review 2012, 60.

100 Fink, Künstliche Intelligenz 137.

mieren.¹⁰¹ Eine der in *Microsoft Viva* enthaltenen Anwendungen ist *Viva Insights*. Es soll zum Schutz der Mitarbeiter eingesetzt werden, indem unter anderem Arbeitnehmerdaten von LinkedIn, Glint, Zoom, Workday oder SAP ausgewertet werden.¹⁰² Laut eigenen Angaben von Microsoft ist *Viva Insights* nicht dafür bestimmt, ein Profiling oder die Überwachung von Mitarbeitern zu ermöglichen. Auch sollen Mitarbeiter keine neuen personenbezogenen Informationen über ihre Kollegen durch die Verwendung dieses Tools erhalten. Vielmehr soll *Viva Insights* dafür genutzt werden durch datengesteuerte Erkenntnisse die Produktivität zu steigern, mögliche Burnout-Risiken frühzeitig zu erkennen, Führungskräften aufzeigen, durch welche Maßnahmen die Arbeitskultur verbessert werden kann, und allgemein das Wohlbefinden im Job zu stärken.¹⁰³

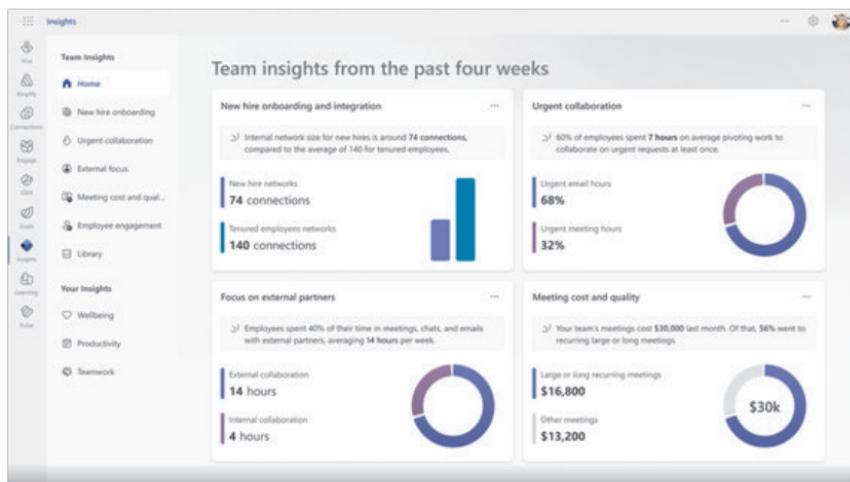


Abbildung 11: Microsoft Viva

(Microsoft, microsoft.com/de-de/microsoft-viva/insights?market=de (abgefragt 31.12.2024))

101 *Jorie Foss*, Ignite 2024: New innovation for the AI-powered workforce, techcommunity.microsoft.com/blog/microsoftvivablog/ignite-2024-new-innovation-for-the-ai-powered-workforce/4303391 (Stand 19.11.2024).

102 *Fink*, Künstliche Intelligenz 133.

103 *Microsoft*, Einführung in Microsoft Viva Insights, learn.microsoft.com/de-de/viva/insights/introduction (Stand 15.10.2024).

II. Optimierung von Vergütungsmodellen

KI-Systeme können im Bereich des Leistungsmanagements auch dazu beitragen, Vergütungsmodelle zu verbessern. Dabei werden die einzelnen Stellenprofile in einem Unternehmen analysiert und die daran gebundene Verantwortung und Auswirkung auf die Unternehmens-Performance festgestellt. Mit Hilfe von KI können auf diese Weise personalisierte Vergütungsmodelle entwickelt werden, welche auf die jeweiligen Mitarbeiter zugeschnitten sind. Es gilt zu berücksichtigen, dass nicht jeder Mitarbeiter einen jährlichen Bonus oder eine Gewinnbeteiligung anstrebt, sondern die Wünsche gänzlich verschieden sind und von mehr Urlaub, über den Firmenkindergarten bis hin zu flexiblen Arbeitszeitmodellen reichen.¹⁰⁴ Speziell in größeren Unternehmen, in welchen sich die Mitarbeitervergütung aus diversen Bausteinen (z.B. Grundgehalt, Bonus, Dienstwagen) zusammensetzt, ist es essenziell festzustellen, welche Vergütungsbestandteile die größte Wirkung auf die Motivation und die Leistung der einzelnen Mitarbeiter ausüben. Künstliche neuronale Netze können dabei unterstützen, Muster in den Auswirkungen von einzelnen Vergütungsbausteinen auf die Motivation und Leistung festzustellen.¹⁰⁵

KI kann jedoch nicht allein für die Anwerbung neuer Mitarbeiter sowie deren Weiterentwicklung und Leistungsbeurteilung eingesetzt werden, sondern auch im Zusammenhang mit Personalwechsel und Nachfolge. Folglich widmet sich der nachfolgende Punkt dieser Arbeit diesem Aspekt der HR-Wertschöpfungskette.

E. Personalwechsel und Nachfolge

In Zeiten der abnehmenden Verfügbarkeit von Fachkräften und wirtschaftlicher Unsicherheiten gewinnen Themen wie Personalbindung und -wechsel für das HR-Management immer mehr an Bedeutung. KI kann dabei unterstützen, frühzeitig zu erkennen, wenn bestimmte Mitarbeiter einen Wechselgedanken hegen und das HR-Management darauf aufmerksam machen, mit diesen Talenten (frühzeitig) Kontakt aufzunehmen.¹⁰⁶

104 Fink, Künstliche Intelligenz 132.

105 Gärtner, Smart HRM 111.

106 Fink, Künstliche Intelligenz 159.

I. Kündigungswahrscheinlichkeit und Wechselbereitschaft

Die Frage nach der Identifikation von Mitarbeitern, die abwanderungsgefährdet sind und daher möglicherweise ihre Beschäftigung beenden könnten, bleibt stets eine zentrale Anliegen im Bereich des HR-Managements.¹⁰⁷ Aus Sicht des Arbeitgebers ist man ständig darum bemüht zu erfahren, ob leistungsfähige und effiziente Mitarbeiter wechselgefährdet sind, oder inwieweit leistungsschwächere Mitarbeiter allenfalls mit einem möglichst geringen Ressourcenaufwand abgebaut werden können.¹⁰⁸ Obwohl bereits zahlreiche Forschungsergebnisse zu Kriterien, welche eine Kündigung beeinflussen können, vorliegen, stellt es sich noch immer als äußerst schwierig dar, deren Wahrscheinlichkeit genau vorherzusagen. Der Grund dafür liegt in einer zu großen Zahl potenzieller Faktoren, welche für eine Kündigung ausschlaggebend sein können. Dies wären etwa Alter, Entgelt, Zufriedenheit mit den Arbeitsbedingungen, Geschlecht, Bildung oder familiäre Verhältnisse.¹⁰⁹

Dem HR-Management unter die Arme greifen können hier KI-basierte Vorhersagen von Austrittswahrscheinlichkeiten.¹¹⁰ Eine dieser Möglichkeiten stellt die cloudbasierte Anwendung für Personalplanung und -analyse, *Visier*, dar.¹¹¹ Mit Hilfe von Algorithmen stellt *Visier* fest, welche Faktoren sich in welchem Verhältnis auf eine Kündigungswahrscheinlichkeit auswirken. Dabei werden etwa der Standort des Unternehmens, das Alter der Mitarbeiter, die Dauer der Betriebszugehörigkeit, die Aufstiegsmöglichkeiten, die Vergütung oder die Work-Life-Balance betrachtet. *Visier* liefert dann eine Analyse dahingehend, welche Kriterien Austrittswahrscheinlichkeiten stärker und welche diese schwächer beeinflussen.¹¹²

Sollten sich Führungskräfte dazu entscheiden, derartige Tools im HR-Management einzusetzen, darf das Risiko der Fehlinterpretation nicht vernachlässigt werden. Dabei stellt sich gezwungenermaßen die Frage, welche

107 Cappelli/Tambe/Yakubovich, Artificial Intelligence in Human Resources Management: Challenges and a Path Forward, California Management Review 2019, 19.

108 Gärtner, Smart HRM 160.

109 Holtom/Lee/Mitchell/Eberly, Turnover and Retention Research: A Glance at the Past, a Closer Review of the Present, and a Venture into the Future, The Academy of Management Annals 2008, 231.

110 Fink, Künstliche Intelligenz 159.

111 *Visier*, visier.com/company/ (abgefragt 06.01.2025).

112 Cook, How To Reduce Employee Turnover with Workforce Analytics, visier.com/blog/reduce-employee-turnover-with-workforce-analytics/ (abgefragt 06.01.2025).

Folgen es hat, wenn das Tool eine hohe Kündigungswahrscheinlichkeit für einen Mitarbeiter berechnet, welcher eigentlich keine Kündigungsabsicht hat, aber aufgrund der Analyse durch HR als solcher qualifiziert wird. Auch könnte die Weitergabe solcher Informationen an Vorgesetzte dazu führen, dass diese ihr Verhalten gegenüber den betroffenen Personen ändern oder Mitarbeiter ungerechtfertigterweise nicht mehr für Bonuszahlungen oder bei Beförderungen berücksichtigt werden. Bei der Verwendung solcher Systeme ist daher hohe Sensibilität und Achtsamkeit gefragt.¹¹³

II. Nachfolgeplanung

Die Nachfolgeplanung basiert auf der Prognose von Kündigungswahrscheinlichkeiten, bei welcher die Fluktuationsvorhersage als Information herangezogen wird. In zahlreichen Unternehmen wird Nachfolgeplanung nur spärlich betrieben oder der Fokus nur auf gezielte Schlüsselpositionen gelegt. KI-Tools können dabei unterstützen, die Datenbasis für die Nachfolgeplanung zu vergrößern und die Ergebnisse der Datenauswertungen mit den anderen Abschnitten der HR-Wertschöpfungskette zu kombinieren.¹¹⁴ Aus diesem Grund macht es durchaus Sinn, die Nachfolgeplanung nicht als singuläre Maßnahme zu betrachten, sondern in die Personalplanung, -entwicklung und das Leistungsmanagement einzubinden.¹¹⁵

Für gewöhnlich sind Nachfolgeplanungsfunktionen in den Anwendungen der großen Softwarelösungen, wie etwa *Workday* oder *Oracle*, integriert. Dennoch besteht auch die Möglichkeit, mögliche Kandidaten für eine Nachfolge in einem eigenen System zu verwalten, um diese miteinander zu verknüpfen oder ihnen offene Positionen zu präsentieren.¹¹⁶ Eine dieser Möglichkeiten stellt die Software *eightfold.ai* dar. Die Talent-Intelligence-Plattform von *eightfold.ai* erstellt mit Hilfe von KI eine „Nachfolgeempfehlung“ für jede einzelne Position in einem Unternehmen, indem sie eine Liste von Mitarbeitern anfertigt, welche aufgrund ihrer Fähigkeiten und Qualifikationen am ehesten dazu im Stande sind, die Position zu übernehmen, sollte diese vakant werden. Die Personalverantwortlichen sollen

113 Fink, Künstliche Intelligenz 164.

114 Gärtner, Smart HRM. 172.

115 Hoeffler/Konuwsky/Müller/Niendorf/Pfälzgraf, Personalwirtschaftliches Reporting mit SAP Netweaver und Business Objects, in Piazza (Hrsg), Human Resource Intelligence und Analytics (2015) 187 (201).

116 Fink, Künstliche Intelligenz 165.

dadurch im Rahmen des Talentmanagements zügig geeignete Talente im eigenen Unternehmen für offene Positionen und Projekte identifizieren können.¹¹⁷

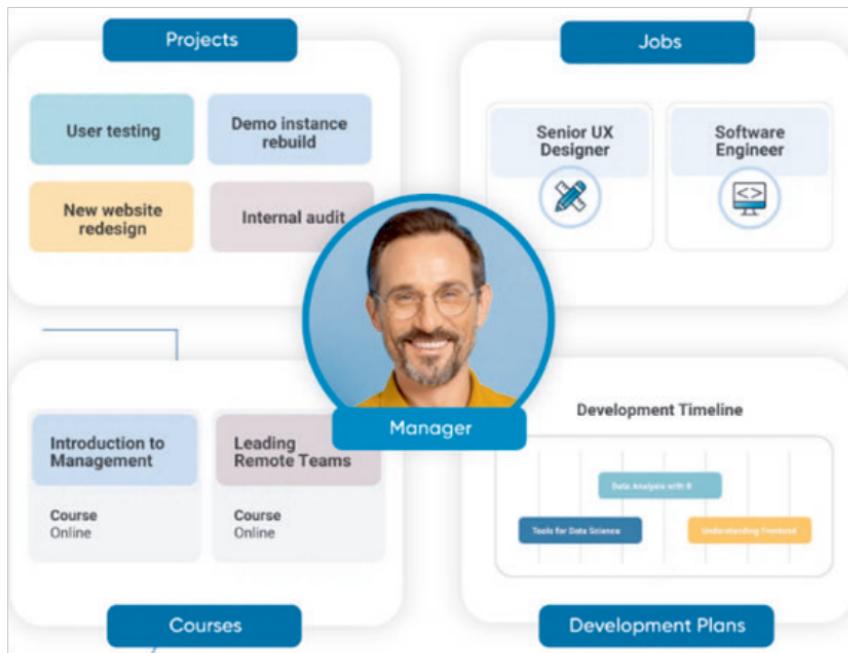


Abbildung 12: *eightfold.ai*

([eightfold.ai](https://www.eightfold.ai/products/talent-management/), [eightfold.ai/products/talent-management/](https://www.eightfold.ai/products/talent-management/) (abgefragt 19.01.2025))

Durch die Präsentation von *eightfold.ai* schließt sich der Beschäftigungslebenszyklus und die Arbeit ist am Ende der HR-Wertschöpfungskette angelangt. Die folgenden Kapitel – somit der zweite Teil dieser Arbeit – widmen sich den rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von KI im HR-Management.

117 [eightfold.ai](https://www.eightfold.ai/products/talent-management/), [eightfold.ai/products/talent-management/](https://www.eightfold.ai/products/talent-management/) (abgefragt 19.01.2025).

§ 3 Rechtliche Rahmenbedingungen für den Einsatz von KI

Die Ausführungen unter § 2 haben gezeigt, dass KI das Potenzial birgt, die Effizienz und Handlungsschnelligkeit von Personalabteilungen zu optimieren sowie Ressourcen effizienter einzusetzen. In dieser Hinsicht sollte das HR-Management, unabhängig von der Unternehmensgröße und -struktur, diese Systeme einsetzen und die Gelegenheit ergreifen, das Personalmanagement zukunftsfähig zu gestalten. Zugleich ist es jedoch unabdingbar den folgenden Aspekten Berücksichtigung zu schenken. Die Implementierung von KI-Anwendungen kann potenziell zu materiellen und immateriellen Schäden führen, KI-Tools können diskriminierend agieren, Belegschaftsvertretungen kann bei der Verwendung dieser Systeme ein Informations- und Mitspracherecht zukommen, und beim Training und Einsatz von KI-Systemen kann es zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten kommen. Folgende Abbildung soll dies veranschaulichen.

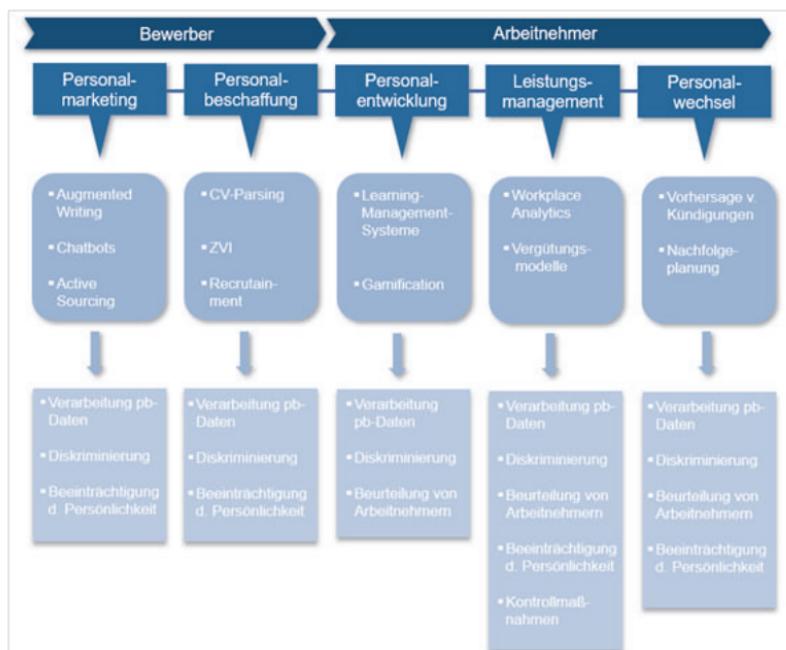


Abbildung 13: Rechtliche Auswirkungen des Einsatzes von KI
(eigene Darstellung)

Der zweite Teil dieser Arbeit widmet sich daher zunächst einer Untersuchung jener einschlägigen nationalen Gesetze, welche auf den Einsatz von KI im HR-Management einen Einfluss haben und denen daher besondere Beachtung geschenkt werden muss. Hierbei liegt der Fokus ausschließlich auf den rechtlichen Rahmenbedingungen im Kontext des Arbeitsverhältnisses, wobei diese aus der Perspektive der Betreiber beleuchtet werden. Dabei differenziert die Arbeit aber nicht, ob die Letztentscheidung für den Einsatz eines KI-Systems direkt durch den Arbeitgeber, den HR-Verantwortlichen oder einen Mitarbeiter getroffen wurde, wer die Aufsicht über diese Systeme hat, und wer sie schlussendlich bedient. Aus Zweckmäßigkeitsgründen wird im Rahmen dieser Arbeit davon ausgegangen, dass sämtliche Handlungen dieser Personen stets dem Arbeitgeber zugerechnet werden und er daher der mögliche Haftungsadressat, Ansprechpartner, Verantwortliche und somit Betreiber ist. In diesem Zusammenhang wird jedoch darauf hingewiesen, dass in der Praxis nicht jedes (Fehl-)verhalten eines Arbeitnehmers dem Arbeitgeber automatisch zugerechnet wird.¹¹⁸

A. Haftung für den Einsatz von KI-Systemen

Zum Zwecke der Aufklärung der Betreiber bezüglich der potenziellen rechtlichen Folgen im Zusammenhang mit dem Einsatz von KI-Systemen, werden zunächst die haftungsrechtlichen Aspekte erörtert. Innerhalb dieses Kontexts wird insbesondere die Fragestellung behandelt, unter welchen Kriterien den Betreibern fehlerhafte Entscheidungen von KI-Systemen zugerechnet werden können.

Dabei wird in einem ersten Schritt ein Blick auf das klassische Zivilrecht geworfen, da dieses innerhalb des staatlichen Rechtsgefüges die wesentliche Möglichkeit zur Verhaltenssteuerung darstellt und damit einen zentralen Part in der Schadensprävention spielt. Überdies stellt das Zivilrecht jedoch auch die Vorschriften für den Schadensausgleich zur Verfügung und trägt somit unmittelbar zum Rechtsfrieden bei.¹¹⁹

Der Mehrwert von KI im Vergleich zu herkömmlichen Systemen besteht darin, dass diese eigenständig agieren und somit auch auf unerwartete und nicht vorhersehbare Situationen entsprechend reagieren können. Dieser

118 OGH 03.09.2010, 9 Ob A 141/09i.

119 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen beim Einsatz künstlicher Intelligenz. Zivilrecht, Strafrecht, Datenschutzrecht (2020) 19.

Vorteil bringt jedoch im Sinne des Zivilrechts hinsichtlich der Kausalität, der Vorhersehbarkeit eines Fehlverhaltens und des Verschuldens zahlreiche Problemstellungen mit sich.¹²⁰

Im zivilen Schadenersatzrecht wird grundsätzlich zwischen der Verletzung vertraglicher Pflichten (Haupt- und Nebenleistungspflichten sowie Schutz- und Sorgfaltspflichten) und der Übertretung von Pflichten, welche nicht aus einem Vertragsverhältnis resultieren, differenziert. Damit werden grundsätzlich Pflichten angesprochen, welche in Bezug zu jedermann bestehen, also deliktische Pflichten.¹²¹

Die Konsequenzen fehlerhafter Entscheidungen von KI-Systemen im HR-Management können dabei sowohl die zukünftige als auch die bestehende Belegschaft eines Unternehmens treffen. Da in beiden Fällen eine (vor-)vertragliche Beziehung zum Arbeitgeber besteht, wird innerhalb des nationalen Rechtsgefüges ausschließlich ein Blick auf den vertraglichen Schadenersatz geworfen.

I. Vertraglicher Schadenersatz

Im vertraglichen Bereich sind die Kriterien für die Ersatzfähigkeit eines Schadens (i) ein Verstoß gegen vertragliche Pflichten, wodurch (ii) die Rechtswidrigkeit indiziert wird, (iii) die Kausalität, also die Relation zwischen Ursache und Wirkung des Schadenseintritts, sowie (iv) das Verschulden des Schädigers. Der große Vorteil des vertraglichen Schadenersatzes für den Geschädigten ist die sogenannte „Beweislastumkehr“. Der Schädiger muss in diesem Fall selbst beweisen, dass ihn kein Verschulden an der schädigenden Handlung trifft.¹²²

Ein Verstoß von vertraglichen Pflichten ist stets dann gegeben, wenn eine Vertragspartei den vertraglichen Haupt- oder Nebenleistungspflichten zuwiderhandelt.¹²³ Aus dem Arbeitsvertrag können als Hauptleistungspflichten der Austausch von Arbeitsleistung und Entgelt abgeleitet werden. Aufgrund der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers spielen jedoch auch Schutz- und Sorgfaltspflichten, wie etwa die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, eine zentrale Rolle.¹²⁴

120 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 19.

121 *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} § 1294 Rz 13 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

122 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 28.

123 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 28.

124 *Mosler in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 1 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Schutz- und Sorgfaltspflichten bestehen aber nicht nur gegenüber den Arbeitnehmern, sondern auch im Verhältnis zu Bewerbern aus dem Schuldverhältnis *in contrahendo*. Es kann also bereits an diesem Abschnitt der HR-Wertschöpfungskette aus dem Titel des vorvertraglichen Schadenersatzes zu einer Haftung des Arbeitgebers kommen, wenn dieser die vorvertraglichen Schutz- und Aufklärungspflichten schuldhaft verletzt.¹²⁵ Ob zu diesen Schutz- und Aufklärungspflichten auch bereits im vorvertraglichen Stadium die Fürsorgepflicht zählt, ist nicht endgültig geklärt.¹²⁶ So lehnt der OGH einerseits das Bestehen einer Fürsorgepflicht etwa ab, wenn noch kein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde¹²⁷, bekräftigt aber andererseits wiederum die Existenz von verstärkt ausgeprägten Schutz-, Sorgfalt- und Aufklärungspflichten auch im vorvertraglichen Stadium, da den Arbeitgeber bereits hier die Verpflichtung der speziellen Obsorge des Arbeitnehmers treffen würde.¹²⁸ Ungeachtet der Tatsache, ob der Rechtsgrund für die vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten nun in der Fürsorgepflicht oder im allgemeinen Zivilrecht gesucht wird, deren Bestand kann nicht bestritten werden.¹²⁹

Die Fürsorgepflicht ist sowohl in § 1157 ABGB als auch in § 18 AngG¹³⁰ gesetzlich verankert. Bereits in den Materialien dazu hat der Gesetzgeber angemerkt, dass eine Missachtung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber eine Arbeitsvertragsverletzung darstellt und dies unter anderem die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB zur Folge hat.¹³¹ Zwar ist der Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers der wesentliche Aspekt der Fürsorgepflicht.¹³² Unter den Schutzbereich der Fürsorgepflicht fallen aber auch die Persönlichkeitsrechte in ihren verschiedenen Ausgestaltungen.¹³³ Zu den Persönlichkeitsrechten zählen etwa Sittlichkeit, Intimsphäre, Privatleben, Recht auf Beschäftigung oder Gleichbehandlung.¹³⁴ Die Persönlichkeitsrechte bewahren den Arbeitnehmer aber auch vor einer übermäßigen

125 Egermann, Die Anbahnung des Arbeitsvertrages, in Gruber-Risak/Mazahl (Hrsg), Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (2022) Rz 10.

126 Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 18 Rz 21 (Stand 1.6.2012, rdb.at).

127 OGH 21.02.1984, 4 Ob 13/84.

128 OGH 05.06.2008, 9 Ob 18/08z.

129 Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG § 18 Rz 21.

130 Angestelltengesetz BGBl 1921/292.

131 Resch, Vertragliche und nachvertragliche Schutzpflichten/Fürsorgepflichten des Arbeitgebers, JAS 2021, 49 (50).

132 Mosler in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 AngG Rz 15.

133 Löschnigg, Fürsorgepflicht, ÖGB Verlag 2017 Rz 6/308.

134 OLG Wien 25.6.1993, 33 Ra 52/93.

Überwachung und Kontrolle durch den Arbeitgeber.¹³⁵ Der Schutzbereich geht jedoch darüber hinaus und wird auch anhand grundrechtlicher Wertungen, wie beispielsweise dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK, definiert.¹³⁶

Dass durch die in § 2 dieser Arbeit beschriebenen Tools eine Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte denkbar ist, zeigt bereits das Beispiel der *Sociometric Badges*. Dabei werden mit kleinen vernetzten Geräten die Interaktionen von Mitarbeitern und deren Aktivitätsniveau durch die Erfassung von körperlichen Bewegungen und Messung der Sprachmerkmale festgestellt.¹³⁷ Durch diese Messung von Interaktionen und Kommunikation können die Persönlichkeitsmerkmale in mehrfacher Weise beeinträchtigt werden. So kann es nicht nur zu einer übermäßigen Überwachung und Kontrolle durch den Arbeitgeber kommen, es kann etwa auch in das Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem Art 8 EMRK eingegriffen werden. Art 8 EMRK schützt zwar primär die Verfügung eines Menschen über seinen eigenen Körper, sein Sexualverhalten und seine körperlichen und geistigen Befindlichkeiten, es ist davon aber auch das private Verhalten am Arbeitsplatz geschützt.¹³⁸ Werden somit durch die Badges auch körperliche Bewegungen und Sprachmerkmale etwa während der Ruhepause und somit der „privaten“ Zeit des Arbeitnehmers gemessen, kann dies eine Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte darstellen.

Es ist in weiterer Folge eine Abwägung der Interessen des Arbeitgebers an der Durchführung dieser Maßnahme und dem Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Persönlichkeit durchzuführen. Überwiegen die Interessen des Arbeitnehmers, würde eine Fürsorgepflichtverletzung vorliegen.¹³⁹

Der Arbeitgeber haftet jedoch für eine Verletzung der Fürsorgepflicht nur bei Verschulden.¹⁴⁰ Ein Verschulden ist gegeben, wenn das Verhalten der schädigenden Person auch persönlich vorgeworfen werden kann. Dabei wird hinsichtlich des Grades des Verschuldens zwischen leichter Fahrlässigkeit, grober Fahrlässigkeit und Vorsatz unterschieden.¹⁴¹

135 Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1157 Rz 40 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

136 Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger, ABGB⁴ § 1157 Rz 38.

137 Gärtner, Smart HRM 123.

138 Berka, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁵ (2014) 1392.

139 Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG¹ § 18 Rz 19.

140 OLG Wien 8 Ra 100/95 ARD 1995/4699.

141 Ifsits/Minihold/Roubik, Haftungsfragen 29.

Im Rahmen der Fahrlässigkeit muss neben der objektiven Sorgfaltswidrigkeit die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens gegeben sein. Fahrlässigkeit ist also gegeben, wenn aufgrund von subjektiven Gründen die objektiv gebotene Sorgfalt nicht beachtet wurde. Die objektive Sorgfalt kann jedoch subjektiv nur beachtet werden, wenn dem vermeintlichen Schädiger die potenzielle Gefahr des möglichen Schadeneintritts zum Zeitpunkt der letzten Handlungsmöglichkeit auch bewusst gewesen ist.¹⁴² Ein Verschulden liegt somit nur bei einer normativen Vorhersehbarkeit des schadensbegründenden Geschehensablaufs vor.¹⁴³ Der Betreiber des KI-Systems müsste demnach die Möglichkeit haben, den Konnex zwischen der Gefahrenquelle und dem eingetretenen Schaden vorherzusehen sowie die Chance haben, rechtzeitig eingreifen zu können.¹⁴⁴ Aufgrund der Eigenständigkeit und Komplexität von KI-Entscheidungsprozessen ist es jedoch äußerst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich, als außenstehende Person KI-generierte Entscheidungswege und endgültige Ergebnisse vorherzusehen und somit rechtzeitig handeln zu können.¹⁴⁵ Selbst für Anbieter von KI-Systemen ist teilweise ab einem gewissen Zeitpunkt nicht mehr nachvollziehbar, wie diese Systeme zu bestimmten Schlussfolgerungen gelangen.¹⁴⁶ Im Hinblick auf KI-Systeme ergibt sich somit zwischen dem Zeitpunkt des Entstehens der Gefahr und ihrem Erkennen eine besondere Zurechnungsproblematik. Diese Problematik wird umso gravierender, je intelligenter eine Anwendung agiert, da in diesen Fällen der Wissensstand der Betreiber hinsichtlich der nächsten Handlungsschritte dementsprechend niedriger ausfällt.¹⁴⁷

Umgelegt auf die Verwendung von KI-Systemen im HR-Management bedeutet dies, dass dem Betreiber die potenzielle Gefahr des Schadeneintritts zu jenem Zeitpunkt, als er noch die Möglichkeit hatte, eine letzte Handlung zu setzen, bewusst gewesen sein müsste. Es müsste ihm die Möglichkeit offen gestanden haben, den Zusammenhang zwischen der durch das KI-System ausgehenden Gefahr und dem beim Betroffenen eingetretenem Schaden vorherzusehen und er müsste zusätzlich die Möglichkeit haben, rechtzeitig entsprechend zu reagieren.¹⁴⁸ Die Erkennung dieses Zusammen-

142 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 29.

143 *Omlor*, Methodik 4.0 für ein KI-Deliktsrecht, InTeR 2020, 221 (222).

144 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 29.

145 *Omlor*, InTeR 2020, 221 (222).

146 *Herda*, Artificial Intelligence und Immaterialgüterrecht, wbl 2019, 305.

147 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 29.

148 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 29.

hanges wird im Falle von *Sociometric Badges* kein Problem darstellen, da dem Betreiber bei entsprechender Ausgestaltung der Badges bewusst sein dürfte, dass diese in die Persönlichkeitsrechte eingreifen können. Die Erkennbarkeit der Gefahr wird jedoch nicht bei sämtlichen KI-Systemen so offensichtlich sein.

Diese komplexe Frage der Zurechnungsproblematik könnte entfallen, wenn die Regeln der Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB analog auch auf den Einsatz technischer Hilfsmittel, wie etwa KI-Systeme, zur Anwendung kommen würden.¹⁴⁹ § 1313a ABGB normiert die Haftung des Schuldners für einen eingetretenen Schaden durch eine herangezogene Hilfsperson zur Erfüllung seiner Aufgaben, unabhängig davon, ob den Schuldner ein eigenes Verschulden an dem eingetretenen Schaden trifft.¹⁵⁰ Ziel des § 1313a ABGB ist die Ausdehnung der schadenersatzrechtlichen Verantwortung des Geschäftsherrn aufgrund der Erweiterung des eigenen Aktionsradius durch eine Delegierung von Aufgaben und der dadurch bedingten Förderung eigener Interessen.¹⁵¹

Da der Wortlaut des § 1313a ABGB von einer natürlichen Person spricht, kommt eine unmittelbare Anwendung auf technische Hilfsmittel nicht in Frage. Für eine analoge Anwendung muss eine planwidrige gesetzliche Lücke vorliegen sowie die Gleichwertigkeit des geregelten und ungeregelten Sachverhalts gegeben sein.¹⁵² Das Vorliegen einer Lücke könnte durch den Umstand begründet werden, dass der historische Gesetzgeber den Einsatz von intelligenten Systemen im Dienstleistungssektor bestimmt nicht vorhersehen und dadurch auf keinen Fall berücksichtigen konnte.¹⁵³ Gegen die Gleichwertigkeit und somit gegen einen Analogieschluss spricht jedoch, dass ein intelligentes System im Gegensatz zu einem Menschen nicht schuldfähig sein kann.¹⁵⁴ Obwohl dagegen eingewendet werden könnte, dass § 1313a ABGB auch bei einer menschlichen Hilfsperson für eine Haftungzurechnung keine Verschuldensfähigkeit verlangt, würde eine analoge Anwendung zu einer Art Erfolgschaftung für die Verwendung von intelligenten Systemen führen, da ein Verschulden nicht nachweisbar ist. Der

149 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 31.

150 Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,09} § 1313a Rz 1 (Stand 1.1.2023, rdb.at).

151 OGH 10.02.2004, 1 Ob 265/03g.

152 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 31.

153 *Koziol*, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 7.

154 *Kronthaler*, Analog Anwendung von § 1313a ABGB auf "technische Hilfsmittel"? ÖJZ 2019, 945 (947).

Zweck von Analogie ist jedoch stets den Anwendungsbereich einer Norm auf gleichartige Fälle auszudehnen, nicht aber eine Verschuldenshaftung für Szenarien zu konstruieren, in welchen ein Verschulden nicht nachweisbar ist.¹⁵⁵

Die Befürworter einer verschuldensunabhängigen Haftung der Betreiber für intelligente Systeme auf Basis einer Analogie zu § 1313a ABGB rechtfertigen diese Ansicht vorrangig mit einem rechtsökonomischen Gedanken: Aufgrund des Umstandes, dass sich der Geschäftsherr dazu entschließt, die Erfüllungshandlung nicht selbst zu tätigen, sondern sich dafür eines Hilfsmittels zu bedienen, soll er auch die Kosten für diesen Entschluss tragen. Dabei spielt es keine Rolle, ob er auf ein menschliches oder technisches Hilfsmittel zurückgreift.¹⁵⁶

Dem Autor ist bis dato keine höchstgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der möglichen Anrechnung von intelligenten Systemen als Erfüllungsgehilfen bekannt.¹⁵⁷ Es kann somit nicht abschließend beurteilt werden, zu welcher Rechtsansicht angerufene Gerichte im Zweifelsfall gelangen würden. Da eine Analogie zu § 1313a ABGB jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, sind Betreiber von KI-Systemen gut beraten, über deren technische Abläufe so gut wie möglich Bescheid zu wissen, denn durch die Vermutung des Verschuldens werden diese dazu aufgefordert, Maßnahmen zur Verhinderung eines möglicherweise eintretenden Schadens zu treffen.¹⁵⁸

Trotz dieser Zurechnungsproblematik darf jedoch nicht übersehen werden, dass sich diese Fragen ausschließlich in jenen Fällen stellen, in welchen kein wie auch immer geartetes Verschulden des Betreibers am verursachten Schaden durch das technische Hilfsmittel vorliegt. Sollte nämlich der Schaden etwa durch eine mangelhafte Kontrolle und Wartung des KI-Systems oder durch den Einsatz einer unzulänglichen Software entstanden sein, sind die herkömmlichen Mittel der Verschuldenshaftung auch im Falle von intelligenten Systemen dazu geeignet, einen Großteil der Fälle technischer Fehlleistungen oder menschlichen Versagens abzudecken.¹⁵⁹

Arbeitnehmer und Bewerber können jedoch nicht nur einen Schaden durch Verletzung der Fürsorgepflicht und somit vertraglicher Pflichten, sondern auch durch diskriminierendes Verhalten erleiden. Darauf wird im folgenden Punkt näher eingegangen.

155 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 31.

156 *Kronthaler*, ÖJZ 2019, 945 (946).

157 Stand 31.12.2024.

158 *Ifsits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen 32.

159 *Kronthaler*, ÖJZ 2019, 945 (946).

II. Gleichbehandlungsgebot und Diskriminierungsverbot

Der Einsatz von KI soll neben einer Steigerung der Effizienz und einer Schonung von Ressourcen zu mehr Transparenz, Fairness und objektiveren Entscheidungen führen, da die Ergebnisse von Algorithmen „neutral“ und Diskriminierungen ausgeschlossen sein sollen. Aufgrund des Umstandes, dass Menschen und deren subjektive Entscheidungen sowie persönlichen Empfindungen aus dem Entscheidungsprozess herausgenommen werden, soll durch die Verwendung von Algorithmen auch die menschliche Voreingenommenheit beseitigt werden. In der Realität sind diese Neutralität und Unvoreingenommenheit jedoch eine Illusion. Algorithmen basieren zum Teil auf undurchsichtigen und unregulierten Modellen und können Diskriminierung und Vorurteile aus der realen Welt sogar verstärken.¹⁶⁰

Die Diskriminierung kann dabei einerseits einen menschlichen Faktor haben, indem bereits in der Planungs- und Entwicklungsphase Vorurteile, welche zur Ungleichbehandlung bestimmter Menschen führen können, in den Algorithmus einfließen und zu einer fortlaufenden Verfestigung gewisser Diskriminierungsmuster führen. Andererseits spielen auch die Auswahl und Qualität der Trainingsdaten eine zentrale Rolle. Die Diskriminierung könnte durch den Algorithmus widergespiegelt und weitergeführt werden, sollten die Daten auf diskriminierenden Verhaltensweisen aufbauen.¹⁶¹ Überdies kann es auch dann zu einer Diskriminierung kommen, wenn Algorithmen nicht auf Merkmale wie Geschlecht, Rasse oder das Alter abstehen, aber auf vermeintlich neutrale Merkmale, welche tatsächlich in Korrelation mit einem geschützten Merkmal stehen.¹⁶²

So könnte es etwa passieren, dass das unter § 2 A.I. beschriebene Tool *Textio* anstelle der eigentlich gewollten Funktion, Stellenanzeigen auf Diskriminierung und Voreingenommenheit zu untersuchen, aufgrund von Fehlern in der Planungs- und Entwicklungsphase oder eines mangelhaften Trainingsdatensatzes, welcher bereits diskriminierende Merkmale enthält, Textvorschläge auf diskriminierende Art und Weise formuliert. Aber auch die unter § 2 A.II. erwähnten Chatbots könnten diskriminierend agieren. So könnten diese aufgrund von spezifischen Sprachmerkmalen in der Kon-

160 Coelho Moreira in Brameshuber/Brockmann/Marhold/Miranda Boto 185 (189).

161 Tinhofer, Algorithmenbasierte Entscheidungen und Diskriminierung, DRdA 2022, 171 (173).

162 Wildhaber/Lohmann/Kasper, Diskriminierung durch Algorithmen - Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2019, 459 (467).

versation, welche auf eine gewisse Herkunft oder Rasse hindeuten, das Gespräch abbrechen oder den Bewerber nicht zur nächsten Bewerbungsphase zulassen.

In weiterer Folge stellt sich die Frage, ob Betreiber im Falle von auf KI-Tools zurückzuführenden Diskriminierungen von Betroffenen auch aufgrund des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG)¹⁶³ oder des Behinderteneinstellungsgesetzes (BEinstG)¹⁶⁴ zur Haftung herangezogen werden können.¹⁶⁵

Das GlBG verbietet im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis nicht nur Diskriminierungen aufgrund des Geschlechtes, sondern auch aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit, der Religion oder Weltanschauung, des Alters oder der sexuellen Orientierung.¹⁶⁶ Auch das BEinstG sieht ein Verbot der Diskriminierung auf Grund einer Behinderung im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis vor.¹⁶⁷ Die Diskriminierungsverbote der beiden Gesetze reichen dabei von der (Nicht-)Begründung des Arbeitsverhältnisses über Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung, der Beförderung, den sonstigen Arbeitsbedingungen bis hin zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses.¹⁶⁸ Die Begründung des Arbeitsverhältnisses muss dabei als zeitlich gedeckter Prozess verstanden werden, welcher nicht nur die finale Entscheidung über den Abschluss des Arbeitsvertrages erfasst, sondern auch das Bewerbungs- und Auswahlverfahren selbst miteinbezieht.¹⁶⁹ Das GlBG und BEinstG sind entlang der HR-Wertschöpfungskette somit auch auf das Personalmarketing und die Personalbeschaffung anwendbar.¹⁷⁰ Dementsprechend können auch diskriminierende Verhaltensweisen durch etwa *Augmented Writing-Tools* oder Chatbots unter die Tatbestände des GlBG und BEinstG subsumiert werden.

Um eine Haftung nach dem GlBG hintanzuhalten, könnten Betreiber etwa die Behauptung aufstellen, dass es sich um eine fehlerhafte Software handelt und diese daher kein Verschulden an der Diskriminierung trifft.¹⁷¹ Dem steht jedoch entgegen, dass ein etwaiges Verschulden des Betreibers

163 Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 2004/66.

164 Behinderteneinstellungsgesetz BGBl 1970/22.

165 Tinhofer, DRDA 2022, 171 (175).

166 §§ 3, 17 Abs 1 GlBG.

167 § 7b Abs 1 BEinstG.

168 § 17 Abs 1 GlBG; § 7b Abs 1 BEinstG.

169 OGH 23.04.2009, 8 Ob A 11/09i.

170 Greif/Kullmann, ZAS 2021, 61 (64).

171 Tinhofer, DRDA 2022, 171 (175).

im Falle der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes nicht von Relevanz ist. So hat der OGH festgehalten, dass die Haftung des Arbeitgebers im Rahmen des GlBG eine verschuldensunabhängige darstellt.¹⁷² Der Einsatz von algorithmenbasierten KI-Systemen im HR-Management entbindet Betreiber somit nicht von ihrer Verpflichtung zur Nichtdiskriminierung.¹⁷³

Aufgrund der mangelnden Transparenz von Algorithmen und der bereits angesprochenen „Blackbox“-Problematik wird die Diskriminierung für betroffene Personen zwar häufig schwer nachweisbar sein, dies vor allem in Bezug auf Personalentscheidungen.¹⁷⁴ Sowohl das GlBG als auch das BEinstG sehen jedoch eine Beweiserleichterung vor, indem es zu einer Reduktion des Beweismaßes kommt.¹⁷⁵ Betroffene Personen müssen das Vorliegen einer Diskriminierung bloß glaubhaft machen. Es reicht demnach eine Bescheinigung der aufgestellten Tatsachen, wobei der beim Gericht zu erlangende Überzeugungsgrad auf eine überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgestuft wird.¹⁷⁶ Der Betreiber, der sich eines algorithmischen Entscheidungssystems bedient hat, müsste sodann in weiterer Folge beweisen, dass ein anderes Motiv für die unterschiedliche Behandlung verantwortlich war oder diese durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die eingesetzten Mittel zu dessen Erreichung angemessen und erforderlich waren.¹⁷⁷ Angesichts der bereits oben erwähnten Komplexität und Undurchsichtigkeit von KI-Systemen könnte die Erbringung dieses Nachweises jedoch für so manchen Betreiber eine erhebliche Herausforderung darstellen.¹⁷⁸

Soweit ersichtlich liegt in Österreich nach wie vor¹⁷⁹ keine höchstgerichtliche Entscheidung in Bezug auf die Haftung von Arbeitgebern für Diskriminierung durch eingesetzte KI-Systeme vor. Das Arbeitsgericht Bologna hat jedoch in der Rechtssache *FILCAMS v. Deliverro Italia* entschieden, dass die fehlende Nachvollziehbarkeit eines auf einer KI-Entscheidung resultierenden Prozesses, welcher in weiterer Folge in einer Diskriminierung

172 OGH 21.10.1998, 9 Ob A 264/98h.

173 Greif/Kullmann, ZAS 2021, 61 (64).

174 Greif/Kullmann, ZAS 2021, 61 (65).

175 §§ 12 Abs 12, 26 Abs 12 GlBG; § 7p BEinstG.

176 Hopf/Mayr/Eichinger, GlBG² § 12 Rz 128 (Stand 1.1.2021, rdb.at).

177 Hopf/Mayr/Eichinger, GlBG² § 12 Rz 133.

178 Dauser, Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Arbeitswelt - Was ist zu beachten? ARD 2023, 3 (4).

179 Stand 31.12.2024.

resultiert hat, zur Haftung desjenigen führt, der sich der KI bedient hat.¹⁸⁰ Hervorzuheben an der Entscheidung des Arbeitsgerichts ist dabei, dass das Gericht die in der KI-Haftungsrichtlinie der Europäischen Kommission verankerte Beweislastumkehr zugunsten des Geschädigten seinem Urteil bereits zugrunde gelegt hat, da der Arbeitgeber aufgrund der fehlenden Nachvollziehbarkeit des KI-generierten Prozesses den Beweis, dass keine Diskriminierung vorlag, nicht erbringen konnte.¹⁸¹

Dieses Urteil mag zwar nicht zwangsläufig zur Folge haben, dass auch österreichische Gerichte in gleichgelagerten Rechtsfällen zu derselben Schlussfolgerung gelangen, es kann jedoch durchaus als wegweisend betrachtet werden. Dies und das Vorliegen der gesetzlich verankerten Beweiserleichterung für Betroffene erhöhen die Gefahr für Betreiber infolge von Diskriminierungen durch KI-Systeme schadenersatzpflichtig zu werden. Wie bereits unter § 3 A.I. angemerkt, sollten sich Betreiber von KI-Systemen im HR-Management deshalb nicht nur mit deren Funktion, sondern mit der hinter dem System steckenden Funktionsweise vertraut machen, um das Potenzial für mögliche Diskriminierungen frühzeitig zu erkennen und dementsprechend rechtzeitig handeln zu können.¹⁸²

B. Informations- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats

Betrachtet man Abbildung 13 weiter oben, wird deutlich, dass sämtliche der vorgestellten Systeme entlang der HR-Wertschöpfungskette personenbezogene Daten verarbeiten. Darüber hinaus können *Workplace Analytics* zu einer Überwachung und Kontrolle der Arbeitnehmer führen und werden sowohl im Rahmen der Personalentwicklung, des Leistungsmanagements als auch des Personalwechsels Mitarbeiter bzw. deren Verhalten sowie Leistungen in gewisser Weise durch die präsentierten Systeme beurteilt. In Anbetracht dieser weitreichenden Maßnahmen wird im Folgenden überprüft, ob den zuständigen Belegschaftsvertretungen in Betrieben gewisse Informations- und Mitbestimmungsrechte nach dem Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG)¹⁸³ zukommen, sollte sich der Arbeitgeber für den Einsatz ähnlicher Systeme entscheiden. Dabei wird im Rahmen dieser Arbeit davon

180 Tribunale Ordinario di Bologna 31.12.2020, 2949/2019.

181 *Dauer*, ARD 2023, 3 (4).

182 *Dauer*, ARD 2023, 3 (5).

183 Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22.

ausgegangen, dass im betreffenden Betrieb ein gemeinsamer Betriebsrat für Arbeiter und Angestellte besteht.

I. Informationsrechte

Der Betriebsrat ist als demokratisch legitimiertes Interessensvertretungsorgan der Arbeitnehmerschaft auf Informationen durch den Betriebsinhaber angewiesen, um seinen Aufgaben entsprechend nachkommen zu können. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber im ArbVG zahlreiche Informationspflichten des Betriebsinhabers gegenüber dem Betriebsrat vorgesehen.¹⁸⁴ So hat der Betriebsinhaber dem Betriebsrat etwa Mitteilung zu machen, welche Arten von personenbezogenen Arbeitnehmerdaten er automationsunterstützt aufzeichnet und welche Verarbeitungen und Übermittlungen er vorsieht.¹⁸⁵ Da es ein Informationsrecht des Betriebsrats ist, muss der Betriebsinhaber von sich aus informieren.¹⁸⁶ Der Betriebsinhaber muss dabei offenlegen, welche Kategorien von personenbezogenen Daten er zu welchem Zweck aufzeichnet, was er damit vorhat und welche Auswertungs- und Verarbeitungsmöglichkeiten durch das KI-System in Frage kommen bzw. Auskunft über die Speicherdauer geben.¹⁸⁷ In Teilen der Literatur wird zudem die Ansicht vertreten, dass ebenfalls über die verwendete Hard- und Software, die Zugriffskomponenten, den Datenflussplan und die Verknüpfung mit anderen Daten zu informieren ist.¹⁸⁸

In Anbetracht der Undurchsichtigkeit und des komplexen Aufbaus von KI-Systemen wird dieses Informationsrecht für viele Betriebsinhaber eine große Herausforderung darstellen, da es, wenn überhaupt, vermutlich nur unter Zuziehung der Anbieter dieser Systeme und etwaigen Experten möglich ist, diese Informationen zu erlangen. Die Tatsache, dass dem Betriebsrat auf Verlangen die Überprüfung der Grundlagen für die Verarbeitung und Übermittlung zu ermöglichen ist, macht diese Undurchsichtigkeit vermutlich zu einem noch größeren Problem.¹⁸⁹

Nach einer kurzen Skizzierung dieses Informationsrechtes wird in den folgenden Punkten auf die Mitbestimmungstatbestände des ArbVG eingegangen. Dabei erfolgt keine erschöpfende Erörterung, sondern werden nur

184 *Ettl, Wissen ist Macht - Informationsrechte des Betriebsrats*, DRdA-infas 2019, 360.

185 § 91 Abs 2 ArbVG.

186 *Drs in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG*¹ § 91 Rz 38 (Stand 1.9.2015, rdb.at).

187 *Drs in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG*¹ § 91 Rz 43.

188 *Löschnigg, Biometrische Daten und Arbeitsverhältnis*, ASoK 2005, 37.

189 § 91 Abs 2 ArbVG.

die aus Sicht des Autors zentralen Tatbestände in Verbindung mit KI-Systemen behandelt.

II. Kontrollmaßnahmen

Gemäß § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bedarf die Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren, zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrates.¹⁹⁰

Als Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG gilt die systematische Überwachung von Eigenschaften, Handlungen oder des allgemeinen Verhaltens von Arbeitnehmern durch den Betriebsinhaber. Wie bereits der Wortlaut der Norm zu erkennen gibt, spielt es keine Rolle, ob Kontrollmaßnahmen durch Menschen oder technische Systeme umgesetzt werden.¹⁹¹ Dabei ist es gleichgültig, ob die Kontrollmaßnahme vom Arbeitgeber, einer Vertretung am Arbeitsort oder durch beauftragte externe Dritte durchgeführt wird.¹⁹² Es macht auch keinen Unterschied, zu welchem Zeitpunkt, aufgrund welcher Umstände und auf welche Art und Weise die Kontrollmaßnahme umgesetzt wird. Es handelt sich dabei stets um eine Kontrollmaßnahme iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG.¹⁹³

Eine Kontrollmaßnahme ist mitbestimmungspflichtig, wenn diese die Menschenwürde berührt. Die „Menschenwürde“ ist dabei aufgrund der persönlichkeitsbezogenen Grund- und Freiheitsrechte zu definieren.¹⁹⁴ Dazu zählen etwa die Grundrechte nach dem StGG und der EMRK (vor allem Gleichheit, persönliche Freiheit, Meinungsfreiheit, Achtung des Privat- und Familienlebens), das Grundrecht auf Datenschutz aber auch die „Persönlichkeitsrechte“ des Zivil- und Arbeitsrechts.¹⁹⁵ Ob nun durch die Kontrollmaßnahme auch die Menschenwürde berührt wird, muss anhand einer Interessenabwägung im jeweiligen Einzelfall beurteilt werden. Dabei ist das Verlangen des Betriebsinhabers nach einer Kontrolle mit dem Interesse des

190 § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG.

191 OGH 20.12.2006, 9 Ob A 109/06d.

192 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVG¹² § 96 Rz 44 (Stand April 2020, lexisnexis.at).

193 EA Linz Re 6/85 ZAS 1986/23.

194 *Felten/Preiss* in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), ArbVG¹² § 96 Rz 52.

195 *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG¹ § 96 Rz 142 (Stand 1.12.2012, rdb.at).

Arbeitnehmers am Schutz seiner Persönlichkeitsrechte und Unterbleiben der Kontrolle zu vergleichen.¹⁹⁶

Betrachtet man die unter § 2 vorgestellten KI-Tools so werden *Workplace Analytics* jene Systeme sein, welche unter den beschriebenen am wahrscheinlichsten eine Kontrollmaßnahme gem § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG darstellen. Bei *Workplace Analytics* in Form von *Sociometric Badges* handelt es sich um technische Systeme, welche durch den Arbeitgeber oder eine Vertretung am Arbeitsort eingesetzt werden, um Handlungen (körperliche Aktionen, Spracheigenschaften oder zwischenmenschliche Interaktionen) zu messen, also zu überwachen. *Sociometric Badges* stellen somit eine Kontrollmaßnahme dar. In der Konsequenz ist somit zu prüfen, ob *Sociometric Badges* auch die Menschenwürde berühren. Dazu wurde bereits unter § 3 A.I. festgehalten, dass diese dazu geeignet sind, die sich aus § 18 AngG oder § 1157 ABGB ergebenden Persönlichkeitsrechte zu beeinträchtigen. Dies hat aber noch nicht zwangsläufig zur Folge, dass sie die Menschenwürde tatsächlich auch berühren, da Leistungskontrollen hinsichtlich des Arbeitseinsatzes und der Arbeitsergebnisse den Grundzügen des Arbeitsverhältnisses entsprechen können, welches sich durch die persönliche Abhängigkeit und Kontrollunterworfenheit des Arbeitnehmers gerade eben auszeichnet.¹⁹⁷ Ein Berühren der Menschenwürde wird vor allem dann vorliegen, wenn eine unverhältnismäßige Kontrolldichte vorliegt oder sehr stark in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingegriffen wird.¹⁹⁸ Ob nun *Sociometric Badges* die Menschenwürde berühren oder nicht, wird sowohl von der Aufzeichnungsdauer und Intensität der Interaktionsmessungen als auch von dem Ausmaß des Eingriffs in die private Sphäre des Arbeitnehmers abhängen. Werden durch die Badges etwa lückenlose Bewegungsprofile der Mitarbeiter erstellt, ist die Menschenwürde berührt.¹⁹⁹ Messen die Badges sogar Aktionen auf der Toilette oder in Waschräumen, wäre die Menschenwürde nicht nur berührt, sondern sogar verletzt.²⁰⁰ Kontrollmaßnahmen, welche die Menschenwürde verletzen, sind unzulässig und können auch unter Mitwirkung des Betriebsrats nicht eingeführt werden.²⁰¹

196 VwGH 27.05.1993, 92/01/0927.

197 Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ § 96 Rz 157.

198 Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ § 96 Rz 151.

199 Felten/Preiss in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVG¹² § 96 Rz 64.

200 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96 ArbVG Rz 24 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

201 Jabornegg in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ § 96 Rz 136.

Wird die Menschenwürde hingegen berührt, ist eine Betriebsvereinbarung zwingend abzuschließen. Eine Regelung zu dieser Thematik durch eine untergeordnete Rechtsquelle (z.B. Einzelarbeitsvertrag) ist unzulässig.²⁰² Lediglich dann, wenn kein Betriebsrat eingerichtet ist, können solche Kontrollmaßnahmen durch die Zustimmung der einzelnen Arbeitnehmer umgesetzt werden.²⁰³

III. Personalbeurteilungssysteme

Ebenfalls der Mitbestimmung durch den Betriebsrat unterliegen Personalbeurteilungssysteme gem § 96a Abs 1 Z 2 ArbVG. Es handelt sich dabei um Systeme zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebs, sofern mit diesen Daten erhoben werden, die nicht durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt sind.²⁰⁴

§ 96a Abs 1 Z 2 ArbVG erfasst die planmäßig strukturierte Bewertung von Arbeitnehmern nach gewissen Merkmalen, wie etwa der Arbeitsleistung, Teamfähigkeit, Kreativität oder Zuverlässigkeit.²⁰⁵

Keine Rolle für die Zustimmungspflicht spielt die Methode, mit welcher die zu beurteilenden Daten gewonnen werden, also etwa durch Mitarbeitergespräche, Leistungsverhalten, Eignungstests oder Assessment-Center. Überdies ist es unerheblich, ob eine Gesamtbeurteilung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers erfolgt oder nur einzelne Merkmale herangezogen werden.²⁰⁶

Keine Mitbestimmungspflicht besteht, wenn die Datenerhebung durch die betriebliche Verwendung gerechtfertigt ist.²⁰⁷ Zur Ermittlung der betrieblichen Verwendung muss vorrangig ein Blick auf die Art der erhobenen Daten und nicht den Verwendungszweck innerhalb der Personalbeurteilung geworfen werden.²⁰⁸ Werden Daten zu Eigenschaften erhoben, welche nicht einfach objektivierbar sind und als *soft skills* bezeichnet werden können, wie etwa Ansichten, Interessen oder Persönlichkeitsmerkmale,

202 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96 ArbVG Rz 6.

203 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96 ArbVG Rz 19.

204 § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG.

205 Felten/Preiss in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVG¹² § 96a Rz 25 (Stand April 2020, lexisnexis.at).

206 Binder/Mair in Tomandl (Hrsg), ArbVG¹¹ § 96a Rz 34 (Stand Mai 2013, lexisnexis.at).

207 § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG.

208 Felten/Preiss in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVG¹² § 96a ArbVG Rz 29.

nicht aber *hard skills*, wie etwa die fachliche Kompetenz oder eine konkret messbare Arbeitsleistung, deutet dies auf eine Mitbestimmungspflicht des Betriebsrats hin.²⁰⁹

Um tatsächlich zu ermitteln, ob eine Mitbestimmungspflicht im Einzelfall besteht, ist nach der Judikatur des OGH eine umfassende Interessenabwägung durchzuführen.²¹⁰ Dabei werden das Interesse der Arbeitnehmerseite am Schutz der Persönlichkeitsrechte einerseits sowie das Interesse der Arbeitgeberseite an einem wirtschaftlich effizienten Unternehmen andererseits gegeneinander abgewogen.²¹¹

Für die Interessenabwägung können folgende Parameter herangezogen werden:

- Je stärker sich die Beurteilung auf in der Zukunft liegende Mitarbeiterentwicklungsmaßnahmen konzentriert, desto wahrscheinlicher ist die Zustimmungspflicht.
- Je weniger ermittelte Daten mit der momentanen Verwendung des Arbeitnehmers zu tun haben, desto wahrscheinlicher ist die Zustimmungspflicht.
- Je schwieriger es ist, die der Bewertung unterzogenen Kriterien zu quantifizieren, desto wahrscheinlicher besteht eine Zustimmungspflicht.
- Je mehr auf die Erfassung negativer Kriterien Bedacht genommen wird, welche nachteilige Auswirkungen auf die Arbeitnehmer haben könnten, desto wahrscheinlicher ist eine Mitbestimmungspflicht gegeben.²¹²

Das unter § 2 C.II. beschriebene Gamification-Tool *talent::digital* misst die digitalen Kompetenzen von Mitarbeitern.²¹³ Die Tatbestandsvoraussetzung „*System zur Beurteilung von Arbeitnehmern des Betriebes*“ ist somit gegeben. Diese Messung erfolgt durch die Abfrage sowohl von *soft skills* als auch von *hard skills*. Es werden also auch Daten zu Informationen gesammelt, welche nicht einfach objektivierbar sind. Dies könnte ein Indiz für eine Mitbestimmungspflicht darstellen. Um dies jedoch konkret zu beurteilen, ist eine Interessensabwägung durchzuführen. Orientiert man sich dazu an den oben angegebenen Parametern, wird diese zugunsten des Betriebsinhabers ausfallen. So stellen digitale Kompetenzen ein quantifizierbares Kriterium dar und stehen die erhobenen Daten auch mit der momentanen

209 OGH 27.02.2018, 9 Ob A 94/17i.

210 OGH 20.08.2008, 9 Ob A 95/08y.

211 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96a ArbVG Rz 29.

212 Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 96a ArbVG Rz 29.

213 Rüdiger in Stulle 247 (248).

Verwendung des Arbeitnehmers in unmittelbaren Zusammenhang. Überdies wird die Messung dieser Kompetenzen keine negativen Auswirkungen für die betreffenden Arbeitnehmer haben, sondern nur dazu führen, dass deren digitale Kompetenzen ausgebaut werden. Es kann hier also mit guten Argumenten vertreten werden, dass der Ausnahmetatbestand der betrieblichen Verwendung vorliegt. Es bedarf somit keiner Mitbestimmung nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG durch den Betriebsrat für die Implementierung von *talent::digital*.

IV. Qualifizierte Personaldatensysteme

Gem § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG unterliegt die Einführung von Systemen zur automationsunterstützten Ermittlung, Verarbeitung und Übermittlung von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers, die über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und fachlichen Voraussetzungen hinausgehen zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des Betriebsrats.²¹⁴

Es muss sich dabei um personenbezogene Daten der Arbeitnehmer handeln, welche über die Ermittlung von allgemeinen Angaben zur Person und zu den fachlichen Voraussetzungen hinausgehen. Allgemeine Angaben betreffen Namen, Geburtsdaten, Adressen, Geschlecht und Familienstand.²¹⁵ Als fachliche Voraussetzungen sind primär Angaben über die berufliche Qualifikation zu verstehen. Angaben hinsichtlich der Leistung des Arbeitnehmers sind aber nicht mehr zu den fachlichen Voraussetzungen zu zählen und unterliegen daher der Mitbestimmungspflicht. Eine Mitbestimmungsfreiheit besteht also nur dann, wenn die personenbezogenen Daten ausschließlich objektive Angaben hinsichtlich der fachlichen Qualifikation enthalten. Werden auch subjektive Angaben, wie etwa die Leistung im bestehenden oder einem früheren Arbeitsverhältnis, soziale Eigenschaften oder die Fähigkeit, sich in das Team zu integrieren, verwendet, besteht eine Mitbestimmungspflicht.²¹⁶

Selbst wenn es sich nur um allgemeine Angaben zur Person und den fachlichen Voraussetzungen handeln sollte, ist darauf zu achten, dass nur deren Ermittlung von einer Mitbestimmung ausgenommen ist. Die Verar-

214 § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG.

215 Naderhîrn in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ § 96a Rz 26 (Stand 1.12.2012, rdb.at).

216 Naderhîrn in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ § 96a Rz 27.

beitung und Übermittlung derselben ist aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlauts mitbestimmungspflichtig.²¹⁷

Eine Zustimmung ist jedoch nicht erforderlich, wenn die tatsächliche oder vorgesehene Verwendung dieser Daten über die Erfüllung von Verpflichtungen nicht hinausgeht, welche sich aus Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder Arbeitsvertrag ergeben.²¹⁸

In den seltensten Fällen wird sich eine Verpflichtung zur Ermittlung von personenbezogenen Daten durch KI-Systeme entlang der HR-Wertschöpfungskette aus dem Gesetz, Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder dem Arbeitsvertrag ergeben. Es ist stets auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen und zu berücksichtigen, welche Daten im Zuge dieser KI-Systeme genau verarbeitet werden. Die Wahrscheinlichkeit, dass durch die Verwendung solcher Tools der Tatbestand des § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG erfüllt ist, ist jedoch sehr groß.

Diese Ausführungen verdeutlichen, dass der Einsatz von KI-Anwendungen aus diversen Gründen der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen kann. Möchten Arbeitgeber KI-Systeme im HR-Management einsetzen, sollte der Betriebsrat bereits in der Planungsphase darüber informiert werden und ein gemeinsamer *Modus Operandi* erarbeitet werden.

C. Automatisierte Entscheidungen im Sinne des Art 22 DSGVO

Wirft man einen Blick auf die unter § 2 zwei vorgestellten KI-Systeme entlang der HR-Wertschöpfungskette, ist ihnen gemeinsam, dass sie personenbezogene Daten automationsunterstützt sammeln und auswerten, um daraus in weiterer Folge Entscheidungsempfehlungen ableiten zu können.

In diesem Zusammenhang muss aus Sicht des Arbeitgebers das Regelungswerk der DSGVO²¹⁹ berücksichtigt werden. Dabei gilt es aus datenschutzrechtlicher Sicht vor allem Art 22 DSGVO zu beachten. Gem Art 22 DSGVO hat die betroffene Person das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling

217 Naderhirn in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG¹ § 96a Rz 29.

218 § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG.

219 VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

– beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.²²⁰

Art 22 Abs 1 DSGVO verbietet ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung basierende Entscheidungen. Der Tatbestand ist also erfüllt, wenn in die Entscheidungsfindung keine Person involviert ist. Für das Vorliegen einer menschlichen Involvierung genügt jedoch nicht das routinemäßige Eingreifen einer Person, welches vielmehr als symbolische Geste gewertet werden kann. Die Entscheidung muss einer echten menschlichen Aufsicht unterliegen, um das Vorliegen einer automatisierten Entscheidung ausschließen zu können. Die befasste Person muss zudem über ausreichende Entscheidungskompetenzen und fachliche Qualifikationen verfügen.²²¹

Für die Erfüllung des Tatbestandes ist es überdies notwendig, dass die Entscheidung rechtliche Auswirkungen für die betroffene Person entfaltet oder sie auf andere Art und Weise erheblich beeinträchtigt.²²² Es müssen somit die Rechte einer Person betroffen sein, wie etwa solche aus einem Vertrag, oder die Entscheidung einen bedeutenden Einfluss auf die Lebensbedingungen, das Verhalten oder die Entscheidungen der betroffenen Person haben.²²³

In der sogenannten SCHUFA-Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) festgehalten, dass bereits die Ermittlung eines Wahrscheinlichkeitswerts das Verbot der automatisierten Entscheidung gem Art 22 DSGVO erfüllt, wenn der von einem Verantwortlichen ermittelte Wahrscheinlichkeitswert von einem anderen Verantwortlichen als maßgebliche Entscheidungsgrundlage herangezogen wird.²²⁴ Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) konnte sich in seiner Entscheidung zum allgemein bekannten Arbeitsmarktchancen-Assistenzsystem („AMS-Algorithmus“) näher mit dem Kriterium der Maßgeblichkeit beschäftigen.²²⁵ Aus dieser Entscheidung des VwGH kann mitgenommen werden, dass der Gerichtshof für das Kriterium der Maßgeblichkeit eine exakte und umfangreiche Sachverhaltsdarstellung als erforderlich ansieht und der Verantwortliche daher beweisen

220 Art 22 Abs 1 DSGVO.

221 *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251 rev.01, 22.

222 Art 22 Abs 1 DSGVO.

223 *Art-29-Datenschutzgruppe*, WP 251 rev.01, 23.

224 EuGH C-634/21, SCHUFA Holding AG, ECLI:EU:C:2023:957.

225 VwGH 21.12.2023, Ro 2021/04/0010.

muss, warum keine Maßgeblichkeit des automatisiert erstellten Ergebnisses für die Entscheidung gegeben ist.²²⁶

Nicht abschließend geklärt ist, ob auch positive Entscheidungen für die betroffene Person unter Art 22 DSGVO fallen. Betrachtet man den Wortlaut, so ist ausschließlich von „Beeinträchtigung“ die Rede. Dies impliziert eine negative Auswirkung.²²⁷ Die hA vertritt hierzu aber wiederum, dass unter Art 22 DSGVO jegliche Arten von Entscheidungen, sowohl positive als auch negative zu subsumieren sind.²²⁸ Diese Ansicht spiegelt sich auch im Zweck der Bestimmung wider, die betroffene Person davor zu schützen, das Objekt einer algorithmenbasierten Bewertung zu sein.²²⁹

In Art 22 Abs 2 DSGVO sind einschlägige Ausnahmetatbestände normiert. Nach dieser Bestimmung sind automatisierte Entscheidungen für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrages, aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten oder mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erlaubt.²³⁰ Hinsichtlich vollautomatisierter Personalentscheidungen im Rahmen der Vertragserfüllung kann die Erforderlichkeit etwa auf die große Anzahl an Bewerbern für eine offene Stelle gestützt werden.²³¹ Die *Art-29-Datenschutzgruppe* vertritt hier die Ansicht, dass dieser Ausnahmetatbestand aber nur gegeben wäre, wenn tatsächlich „zehntausende“ Bewerbungen zu bearbeiten wären.²³² Diese Ansicht erscheint jedoch fragwürdig und wird wohl eher auf den Umstand abzustellen sein, ob die Bearbeitung der Bewerbungen einen unverhältnismäßig hohen Aufwand verursachen würde.²³³

Beim Rechtfertigungstatbestand der Einwilligung ist im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses zudem auf das Koppelungsverbot zu achten.²³⁴ Das Koppelungsverbot besagt, dass eine Einwilligung nicht als freiwillig

226 *Salomon/Trieb*, Ermittlung eines Score-Werts kann das Verbot der automatisierten Entscheidung (Art 22 DSGVO) verletzen, ZRF 2024, 119 (121).

227 *Greiner*, Algorithmenbasierte Personalentscheidungen und Art 22 DSGVO, ZAS 2022, 258 (260).

228 *Haidinger in Knyrim*, DatKomm Art 22 DSGVO Rz 27.

229 *Greiner*, ZAS 2022, 258 (260).

230 Art 22 Abs 2 lit a – c DSGVO.

231 *European Parliament*, The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence 2020, 61.

232 *Art-29-Datenschutzgruppe*, WP 251 rev.01, 25.

233 *Greiner*, Algorithmenbasierte Personalentscheidungen und Art 22 DSGVO, ZAS 2022, 258.

234 *Knyrim/Tien*, Die Datenschutz-Grundverordnung im Beschäftigungskontext, ASoK 2017, 362 (363).

erteilt gilt, wenn die Erfüllung eines Vertrages von der Einwilligung abhängig ist, obwohl es der Einwilligung für die Erfüllung des Vertrages eigentlich nicht bedürfte.²³⁵ So ist die *Artikel-29-Datenschutzgruppe* der Überzeugung, dass es aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses im Arbeitsverhältnis die Möglichkeit der freiwilligen Erteilung nur in Ausnahmefällen geben könnte und aufgrund dieses Umstands Verarbeitungstätigkeiten im Arbeitsverhältnis nicht auf die Einwilligung gestützt werden sollten.²³⁶ Auch im Zuge des Rekrutierungsprozesses wird das Über-/Unterordnungsverhältnis Problemstellungen mit sich bringen, da Bewerber nur die Möglichkeit haben, der Verarbeitung zuzustimmen oder keine Bewerbung abzugeben. Es besteht somit keine wirkliche Entscheidungsfreiheit.²³⁷

Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich Arbeitgeber nie auf diesen Rechtfertigungstatbestand berufen können. Einwilligungserklärungen, welche mit einem eindeutigen Vorteil für den betreffenden Arbeitnehmer verbunden sind, kommen als Erlaubnistatbestand in Frage, da es die freie Entscheidung des Arbeitnehmers ist, ob er dieser zusätzlichen Vereinbarung zustimmt oder nicht.²³⁸ Werden jedoch durch das Tool mehr als die erforderlichen Daten erhoben, scheidet die Einwilligung als Rechtsgrundlage aus, da diesem Vorgang das Koppelungsverbot entgegensteht.²³⁹

Betrachtet man nun die unter § 2 vorgestellten KI-Systeme so wird bei diesen auf den ersten Blick der Tatbestand des Art 22 Abs 1 DSGVO nicht erfüllt sein, da in die Entscheidungsfindung stets eine Person involviert ist. In Anbetracht der Entscheidungen des EuGH und der darauf aufbauenden Entscheidung des VwGH könnte sich jedoch ein anderes Bild ergeben. Wird etwa durch einen eingesetzten Chatbot eine Reihung der Bewerber nach gewissen Kriterien vorgenommen und lädt der Arbeitgeber ohne weitere Überprüfung nur die durch den Chatbot bestgereichten Kandidaten zu einem Bewerbungsgespräch ein, könnte diese Vorgehensweise bereits gegen Art 22 DSGVO verstoßen. Der Arbeitgeber müsste sodann beweisen, dass die Reihung des Chatbots für die Entscheidung, ob Bewerber zu einem Gespräch eingeladen werden oder ihnen direkt eine Absage erteilt wird, nicht maßgeblich war. KI-Systeme sollten daher stets nur zur Unterstützung eingesetzt werden und die Letztentscheidung immer einer Person obliegen.

235 *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 DSGVO Rz 72 (Stand 7.5.2020, rdb.at).

236 *Art-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev.01, 7.

237 *Greif/Kullmann*, ZAS 2021, 61 (66).

238 *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 DSGVO Rz 75.

239 *Haidinger* in *Knyrim*, DatKomm Art 22 DSGVO Rz 33 (Stand 1.12.2022, rdb.at).

Überdies sollte die menschliche Entscheidungsfindung stets sorgfältig dokumentiert werden, um im Zweifelsfall beweisen zu können, dass keine automatisierte Entscheidungsfindung gem Art 22 DSGVO vorlag.

Durch die Analyse der beschriebenen KI-Systeme hinsichtlich ihrer Eignung den Tatbestand des Art 22 DSGVO zu erfüllen, ist die Prüfung der nationalen Rahmenbedingungen für den Einsatz von KI-Systemen im HR-Management abgeschlossen. Resultierend aus dieser kann festgehalten werden, dass die nationalen Gesetze in weiten Teilen auch auf KI und die damit einhergehenden Problemstellungen bei deren Einsatz angewendet werden können und es dadurch die Verpflichtung der Betreiber ist, diese Vorschriften einzuhalten, um rechtliche Integrität zu gewährleisten und ethische Verantwortung im Umgang mit KI-Technologie zu übernehmen. Wie jedoch § 3 A.I. dieser Arbeit entnommen werden kann, bestehen Lücken im nationalen Normenbestand in Bezug auf den Einsatz von KI-Systemen und lassen sich diese nicht immer durch eine einfache Analogie schließen. Auf diese Lücken und einen möglichen Anpassungsbedarf wird in § 4 näher eingegangen. Davor widmet sich jedoch noch der zweite Teil dieser Arbeit den (geplanten) Rechtsakten der Europäischen Union.

D. (Geplante) Rechtsakte der Europäischen Union

Die EU hat sich zum Ziel gesetzt, im Bereich KI eine Vorreiterrolle einzunehmen, indem sie die weltweit ersten einheitlichen Rahmenbedingungen²⁴⁰ für die Entwicklung, das Inverkehrbringen, die Inbetriebnahme und die Verwendung von KI-Systemen schafft.²⁴¹ Daher hat die Europäische Kommission (EU-Kommission) im April 2021 einen Vorschlag für eine

²⁴⁰ VO (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Rechtslinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl L 2024/1689, 1.

²⁴¹ ErwGr 1 KI-VO.

Verordnung über KI²⁴² veröffentlicht.²⁴³ Zentrales Ziel der KI-Verordnung (KI-VO) ist die Einführung einer auf den Menschen ausgerichteten und vertrauenswürdigen KI zu fördern.²⁴⁴ Nachdem im Trilog-Verfahren am 08.12.2023 eine politische Einigung erzielt werden konnte²⁴⁵, ist die KI-VO schlussendlich am 12.07.2024 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden und am 01.08.2024 in Kraft getreten.

Aufgrund bestehender Unsicherheiten bei Unternehmen in Bezug auf den Einsatz von KI und der Sorge vor einer überhasteten Rechtsfortentwicklung der nationalen Gerichte bzw. selbständigen Gesetzgebungsmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten hat die EU-Kommission zusätzlich am 28.09.2022 einen Richtlinievorschlag²⁴⁶ hinsichtlich harmonisierter Haftungsregeln für durch KI-Systeme verursachte Schäden veröffentlicht.²⁴⁷

Im Folgenden werden die aus Sicht des Autors zentralen Punkte der KI-Verordnung und KI-Haftungsrichtlinie in Bezug auf den Einsatz von KI-Anwendungen im HR-Management behandelt und ein Ausblick gegeben, welche Auswirkungen diese beiden Rechtsakte auf die Verwendung solcher Systeme für Betreiber haben werden.

I. KI-Verordnung

1. Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der KI-VO ist eröffnet, wenn ein KI-System oder ein KI-Modell nach der KI-VO vorliegt und ein Unionsbezug besteht. Der

242 COM (2021) 206 final, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union.

243 *Palmstorfer*, Chance oder Risiko? Europas rechtliche Antworten auf die Herausforderungen Künstlicher Intelligenz, ZÖR 2023, 269.

244 Art 1 Abs 1 KI-VO.

245 Deutscher Bundestag, AI Act: Trilog-Ergebnisse wird Ausschuss weiter beschäftigen, bundestag.de/presse/hib/kurzmeldungen-983034 (Stand 14.12.2023).

246 COM (2022) 496 final, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung).

247 *Wolfbauer*, Bad Robot - wer ist verantwortlich, wenn KI versagt? ecolex 2023, 105.

Unionsbezug knüpft dabei, wie auch die DSGVO, am Marktort- und Niederlassungsprinzip an.²⁴⁸

Die KI-VO definiert ein KI-System als ein:

„....maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können;“²⁴⁹

Unter „KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck“ versteht die KI-VO wiederum ein:

„KI Modell – einschließlich der Fälle, in denen ein solches KI-Modell mit einer großen Datenmenge unter umfassender Selbstüberwachung trainiert wird –, das eine erhebliche allgemeine Verwendbarkeit aufweist und in der Lage ist, unabhängig von der Art und Weise seines Inverkehrbringens ein breites Spektrum unterschiedlicher Aufgaben kompetent zu erfüllen, und das in eine Vielzahl nachgelagerter Systeme oder Anwendungen integriert werden kann...“²⁵⁰

Aufgrund der Praxisrelevanz für das HR-Management werden im Rahmen dieser Arbeit ausschließlich KI-Systeme gem Art 3 Z 1 KI-VO näher behandelt.

2. Akteure

Die KI-VO sieht verschiedene Verhaltenspflichten und Verbote für verschiedene Marktteilnehmer vor, nämlich für Anbieter, Einführer, Händler und Betreiber.²⁵¹ Als Betreiber werden natürliche oder juristische Personen, Behörden, Einrichtungen oder sonstige Stellen bezeichnet, die ein KI-System in eigener Verantwortung verwenden, es sei denn, das KI-System wird im Rahmen einer persönlichen und nicht beruflichen Tätigkeit

248 Herbst, KI-Verordnung - die Regulierung Künstlicher Intelligenz, ecolex 2023, 98 (99).

249 Art 3 Z 1 KI-VO.

250 Art 3 Z 63 KI-VO.

251 Herbst, ecolex 2023, 98 (99).

verwendet.²⁵² Werden KI-Systeme im HR-Management durch Arbeitgeber, Führungskräfte oder Mitarbeiter der Personalabteilung eingesetzt, verwenden sie diese in eigener Verantwortung im beruflichen Kontext. Sie zählen somit als Betreiber iSd der KI-VO.

3. Risikobasierter Ansatz

Die KI-VO verfolgt einen risikobasierten Ansatz, um ein verhältnismäßiges und wirksames verbindliches Regelwerk für KI-Systeme einzuführen und die Art und den Inhalt der Vorschriften der KI-VO auf die Intensität und den Umfang der Risiken der KI-Systeme abzustimmen.²⁵³

Die durch die KI-VO vorgenommene Unterteilung der KI-Systeme in die vier Risikokategorien soll in der folgenden Abbildung veranschaulicht werden. Dabei werden neben den einzelnen Risikokategorien jene KI-Systeme aufgezählt, welche gemäß der KI-VO unter die jeweilige Risikoklasse fallen.



Abbildung 14: Risikobasierter Ansatz der KI-VO

(eigene Darstellung in Anlehnung an KI-VO)

252 Art 3 Z 4 KI-VO.

253 ErwGr 26 KI-VO.

Abhängig vom jeweiligen Risikograd, sieht die KI-VO für das einzelne KI-System unterschiedliche Rechtsfolgen vor.²⁵⁴ KI-Systeme, welche ein unannehmbares Risiko darstellen, werden als verbotene Praktiken im KI-Bereich bezeichnet und sind daher verboten.²⁵⁵ Hochrisiko-KI-Systeme sind zwar nicht verboten, werden jedoch stark reguliert.²⁵⁶ Während für KI-Systeme mit einem geringen Risiko bestimmte Transparenzpflichten bestehen, indem die betreffenden Personen informiert werden müssen, dass sie mit einem KI-System interagieren²⁵⁷, bestehen für KI-Systeme mit einem minimalen Risiko lediglich freiwillige Verhaltenskodizes.²⁵⁸

Da sich die vorliegende Arbeit ausschließlich auf KI-Systeme im HR-Management konzentriert und solche KI-Systeme im Anhang III der KI-VO bei Erfüllung gewisser Kriterien als Hochrisiko-KI-Systeme eingestuft sind, werden im Folgenden ausschließlich diese Hochrisiko-KI-Systeme näher behandelt.

4. Hochrisiko-KI-Systeme im HR-Management

Gewisse nicht verbotene Anwendungen und Systeme werden als hochrisikobehaftet eingestuft und daran bestimmte Verhaltensregeln angeknüpft.²⁵⁹ Die KI-VO unterteilt dabei diese Anwendungen in zwei verschiedene Fallgruppen: Unter die erste Gruppe fallen Systeme, welche an sich schon ein hohes Risiko darstellen. Diese sind in Anhang III der KI-VO aufgezählt.²⁶⁰ Überdies handelt es sich um Hochrisiko-KI-Systeme, wenn diese

254 *Palmstorfer*, ZÖR 2023, 269 (274).

255 Art 5 KI-VO.

256 *Ashkar/Schröder*, Das Gesetz über künstliche Intelligenz der Europäischen Union (KI-Verordnung), BB 2024, 771.

257 Gem Art 50 Abs 1 KI-VO müssen Anbieter sicherstellen, dass KI-Systeme, die für die direkte Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, so konzipiert und entwickelt werden, dass die betreffenden Personen informiert werden, dass sie mit einem KI-System interagieren, es sei denn, dies ist aus Sicht einer angemessen informierten, aufmerksamen und verständigen natürlichen Person aufgrund der Umstände und des Kontexts der Nutzung offensichtlich. Diese Transparenzpflicht gilt somit auch für Hochrisiko-KI-Systeme, wenn diese für die direkte Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind.

258 Art 95 KI-VO.

259 *Linardatos*, Auf dem Weg zu einer europäischen KI-Verordnung - ein (kritischer) Blick auf den aktuellen Kommissionsentwurf, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2022, 58 (60).

260 *Herbst*, ecolex 2023, 98 (100).

ein Produkt oder Sicherheitskomponenten eines Produkts sind, welche in Anhang I aufgelistet sind und einer Konformitätsbewertung durch Dritte unterliegen.²⁶¹

Ein in Anhang III genanntes KI-System gilt jedoch dann nicht als hochriskant, wenn es kein erhebliches Risiko der Beeinträchtigung in Bezug auf die Gesundheit, Sicherheit oder Grundrechte natürlicher Personen birgt, indem es unter anderem nicht das Ergebnis der Entscheidungsfindung wesentlich beeinflusst.²⁶²

Die in Anhang III genannten Systeme sind für die Verwendung von KI-Anwendungen im HR-Management deshalb von zentraler Bedeutung, da die KI-VO darin unter Ziffer 4 KI-Systeme in folgenden Bereichen als Hochrisiko-KI-Systeme benennt:

- Beschäftigung, Personalmanagement und Zugang zur Selbständigkeit:
- a) KI-Systeme, die bestimmungsgemäß für die Einstellung oder Auswahl natürlicher Personen verwendet werden sollen, insbesondere um gezielte Stellenanzeigen zu schalten, Bewerbungen zu sichten oder zu filtern und Bewerber zu bewerten;
- b) KI-Systeme, die bestimmungsgemäß für Entscheidungen, die die Bedingungen von Arbeitsverhältnissen, Beförderungen und Kündigungen von Arbeitsvertragsverhältnissen beeinflussen, für die Zuweisung von Aufgaben aufgrund des individuellen Verhaltens oder persönlicher Merkmale oder Eigenschaften oder für die Beobachtung und Bewertung der Leistung und des Verhaltens von Personen in solchen Beschäftigungsverhältnissen verwendet werden sollen;²⁶³

Anhand dieser Klassifizierung wird im Folgenden beispielhaft eines der in § 2 beschriebenen KI-Tools herangezogen und geprüft, ob es als Hochrisiko-KI-System einzustufen ist.

In § 2 A.I. wurde die Möglichkeit des Einsatzes von *Augmented Writing* näher beschrieben. *Augmented Writing* soll Personalabteilungen dabei unterstützen, die ideale Sprachweise und optimale Wortformulierung für Stellenausschreibungen zu finden, um eine bestimmte Zielgruppe von Bewerbern anzusprechen. So kann das vorgestellte Tool *Textio* nicht nur mittels semantischer Analyse Verbesserungsvorschläge für bereits bestehende Stel-

261 Art 6 Abs 1 KI-VO.

262 Art 6 Abs 3 KI-VO.

263 Anhang III Z 4 KI-VO.

lenanzeigen unterbreiten, sondern diese bei Eingabe gewisser Daten durch den Betreiber auch vollkommen eigens erstellen.²⁶⁴ Bei *Textio* wird es sich somit um ein KI-System gem Art 3 Z 1 KI-VO handeln, da es ein maschinenbasiertes, autonom agierendes System ist, welches anpassungsfähig ist, eigenständig Schlussfolgerungen zieht und durch virtuelle Entscheidungen die Umgebung beeinflusst. Wird dieses in der EU in Verkehr gebracht oder die durch *Textio* überarbeitete bzw. erstellte Stellenanzeige in der EU verwendet, ist der Anwendungsbereich der KI-VO eröffnet. Um zu beurteilen, ob *Textio* ein Hochrisiko-KI-System darstellt, muss der Zweck dieses Tools überprüft werden. Wirft man hierbei nochmal einen Blick auf Ziffer 4 lit a des Anhangs III, wird im Falle von *Textio* der Tatbestand „*KI-Systeme, die bestimmungsgemäß für die Einstellung natürlicher Personen verwendet werden sollen, insbesondere um gezielte Stellenanzeigen zu schalten*“ wohl erfüllt sein. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig, dass es sich bei *Textio* tatsächlich um ein Hochrisiko-KI-System handelt. Wie bereits oben erwähnt, hält nämlich Art 6 Abs 3 KI-VO Ausnahmen von der Risikoeinstufung des Abs 2 fest. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die in Art 6 Abs 3 KI-VO genannten Kriterien äußerst unbestimmt formuliert sind und deswegen einer Auslegung bedürfen. Die Risikoeinschätzung wird dabei vorrangig auf Basis einer Selbsteinschätzung durchzuführen sein.²⁶⁵ Anbieter, welche der Auffassung sind, dass ein in Anhang III aufgeführtes KI-System nicht hochriskant ist, müssen ihre Bewertung dokumentieren, bevor dieses System in Verkehr gebracht oder in Betrieb genommen wird.²⁶⁶ Die Risikoeinschätzung obliegt somit den Anbietern.

Die EU-Kommission wird bis spätestens zum 02.02.2026 Leitlinien zur praktischen Umsetzung der Risikoeinstufung und eine umfassende Liste praktischer Beispiele für Anwendungsfälle für KI-Systeme, die hochriskant oder nicht hochriskant sind, bereitstellen.²⁶⁷ Es bleibt abzuwarten, ob diese Leitlinien die vermutlich zwingend erforderliche Unterstützung bei der Risikoklassifizierung darstellen.

264 *Textio*, textio.com/products/recruiting (abgefragt 12.01.2025).

265 Ruschemeyer in Martini/Wendehorst, Kommentar zur KI-VO (2024) Art 6 Rz 90.

266 Art 6 Abs 4 KI-VO.

267 Art 6 Abs 5 KI-VO.

5. Pflichtenkatalog für Hochrisiko-KI-Systeme

Gelangt man zu der rechtlichen Beurteilung, dass es sich beim verwendeten KI-System um ein Hochrisiko-KI-System handelt und erfüllt dieses nicht die Ausnahmebestimmungen des Abs 2, treffen den Betreiber dieses Systems unter anderem folgende Pflichten:

- Verwendung des KI-Systems entsprechend der Gebrauchsanweisung:
Betreiber von KI-Systemen müssen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass sie diese entsprechend der Gebrauchsanweisung verwenden.²⁶⁸ Überdies müssen sie die Anbieter oder Händler und die zuständige Marktüberwachungsbehörde unverzüglich informieren und die Verwendung des Systems aussetzen, wenn sie Grund zur Annahme haben, dass die Verwendung entsprechend der Gebrauchsanweisung ein Risiko darstellt.²⁶⁹
- Aufbewahrungspflicht der Protokolle:
Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen müssen die durch das KI-System erzeugten Protokolle für einen der Zweckbestimmung des Hochrisiko-KI-Systems angemessenen Zeitraum von mindestens sechs Monaten aufbewahren.²⁷⁰
- Informationspflicht gegenüber den Betroffenen:
Betreiber von Hochrisiko-KI-Systemen müssen die Betroffenen darüber in Kenntnis setzen, dass sie der Verwendung des KI-Systems unterliegen.²⁷¹
- Pflicht zur Information der Mitarbeiter über eingesetzte KI-Systeme:
Arbeitgeber, welche Hochrisiko-KI-Systeme einsetzen, müssen sowohl die Arbeitnehmervertreter als auch die betroffenen Arbeitnehmer darüber informieren, dass sie der Verwendung solcher KI-Systeme unterliegen.²⁷²
- Risikomanagementsystem:
Für Hochrisiko-KI-Systeme ist ein Risikomanagementsystem einzurichten, anzuwenden und aufrechtzuerhalten.²⁷³
- Zweckentsprechende und repräsentative Eingabedaten:

268 Art 26 Abs 1 KI-VO.

269 Art 26 Abs 5 KI-VO.

270 Art 26 Abs 6 KI-VO.

271 Art 26 Abs 11 KI-VO.

272 Art 26 Abs 7 KI-VO.

273 Art 9 Abs 1 KI-VO.

Betreiber sind dazu verpflichtet, sicherzustellen, dass jene Eingabedaten, welche ihrer Kontrolle unterliegen, der Zweckbestimmung des Hochrisiko-KI-Systems entsprechend und ausreichend repräsentativ sind.²⁷⁴

- **KI-Kompetenz:**

Eine der zentralen Pflichten der KI-VO ist jene der KI-Kompetenz. Betreiber von KI-Systemen müssen sicherstellen, dass ihre Mitarbeiter über ein ausreichendes Maß an KI-Kompetenz verfügen. Dabei sind die technischen Kenntnisse der Mitarbeiter, ihre Erfahrung, ihre Ausbildung und Schulung und der Kontext, in welchem die KI-Systeme eingesetzt werden sollen, zu berücksichtigen.²⁷⁵ Jenen Mitarbeitern, welche über eine solche KI-Kompetenz, Ausbildung und Befugnis verfügen, ist so dann auch die menschliche Aufsicht über die Hochrisiko-KI-Systeme zu übertragen.²⁷⁶

Die Vorschriften über die KI-Kompetenz gelten unterschiedslos für sämtliche KI-Systeme, welche nicht aufgrund von Art 2 KI-VO aus dem Anwendungsbereich ausgenommen sind. Ein ausreichendes Maß an KI-Kompetenz ist also nicht nur für den Betrieb von Hochrisiko-KI-Systemen erforderlich.²⁷⁷

Diese Handlungspflichten mögen zunächst keine erheblichen Hindernisse für den Einsatz von KI-Systemen darstellen. Bei genauerer Analyse zeigen sich jedoch gewisse Problemstellungen, die damit einhergehen. So könnte die Verwendung laut Gebrauchsanweisung der gewünschten Einsatzweise des KI-Systems im Wege stehen, wenn Betreiber dieses etwa mit anderen Anwendungen kombinieren oder eigene Datensätze für dessen Training verwenden möchten, der Anbieter oder Händler diese Handlungen in der Gebrauchsanweisung jedoch verboten oder auch nur nicht vorgesehen hat. Dies könnte sich wiederum als hinderlich für die essenzielle Fähigkeit von KI erweisen, fortlaufend zu lernen und sich kontinuierlich weiterzuentwickeln, wodurch potenzielle Innovationen gehemmt werden könnten.

Auch die Notwendigkeit, den Betrieb des Systems anhand der Gebrauchsanweisung zu überwachen, sowie die entsprechende Annahme eines Risikos könnten sich als anspruchsvolle, wenn nicht sogar unerfüllbare, Aufgaben erweisen. Wie bereits an anderen Stellen in dieser Arbeit thematisiert, handelt es sich bei KI-Systemen um komplexe technische Systeme,

274 Art 26 Abs 4 KI-VO.

275 Art 4 KI-VO.

276 Art 26 Abs 2 KI-VO.

277 *Wendehorst in Martini/Wendehorst, Kommentar zur KI-VO (2024) Art 4 Rz 3.*

welche aus weitreichenden neuronalen Netzwerken und Algorithmen bestehen. Diese Komplexität wird in vielen Fällen zur Folge haben, dass auch das Studium der dazugehörigen Gebrauchsanweisungen ein großes Maß an technischem Verständnis erfordert und so manch ein Betreiber diese nicht immer nachvollziehen wird können.

In § 3 A.I. wurde bereits darauf hingewiesen, dass es aufgrund der Eigenständigkeit und Komplexität von KI-Entscheidungsprozessen äußerst schwierig, wenn nicht sogar unmöglich sein kann, deren Entscheidungsweg und Ergebnisse vorherzusehen und bei drohendem Risiko rechtzeitig zu handeln.²⁷⁸ Ein Risiko wird also für Betreiber in vielen Fällen erst zu erkennen sein, wenn der Schaden bereits eingetreten ist und die sich aus Art 26 Abs 5 KI-VO ergebende Verpflichtung verletzt wurde.

Aber auch die Verpflichtung hinsichtlich der zweckentsprechenden und repräsentativen Eingabedaten bringt Herausforderungen für Betreiber mit sich. So dürfen weder Daten, welche zweckwidrig sind noch jene, welche nicht die geeigneten statistischen Merkmale haben, auch bezüglich der Personen oder Personengruppen, auf die das Hochrisiko-KI-System bestimmungsgemäß angewandt werden soll²⁷⁹, verwendet werden.²⁸⁰ Der Sinn hinter dieser Repräsentativität der Daten ist ganz klar ersichtlich. Er soll die in § 3 A.II. behandelte mögliche Diskriminierung verhindern. Es wird sich jedoch für Betreiber von KI-Systemen durchaus als schwieriges Unterfangen herausstellen, zu erkennen, ob die von ihnen verwendeten Eingabedaten tatsächlich stets der Zweckbestimmung entsprechen und auch die notwendige Repräsentativität aufweisen. Speziell bei jenen Systemen, welche auch noch im Betrieb weiterlernen, wird es für Betreiber äußerst schwierig sein, die Eingabedaten permanent repräsentativ zu halten.²⁸¹

In Art 3 Z 56 KI-VO wird KI-Kompetenz definiert als die Fähigkeiten, die Kenntnisse und das Verständnis, die es Anbietern, Betreibern und Betroffenen unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Rechte und Pflichten im Rahmen dieser Verordnung ermöglichen, KI-Systeme sachkundig einzusetzen sowie sich der Chancen und Risiken von KI und möglicher Schäden, die sie verursachen kann, bewusst zu werden.²⁸² Möchten Arbeitgeber KI-Systeme im HR-Management einsetzen, müssen sie also sicherstellen,

278 *Omlor*, InTeR 2020, 221 (222).

279 ErwGr 67 KI-VO.

280 *Wendehorst* in *Martini/Wendehorst*, KI-VO Art 26 Rz 31.

281 *Wendehorst* in *Martini/Wendehorst*, KI-VO Art 26 Rz 34.

282 Art 3 Z 56 KI-VO.

dass jene Mitarbeiter, welche diese Systeme benutzen, über diese genannten Fähigkeiten, Kenntnisse und das Verständnis verfügen. Dies wird zum einen über die Implementierung interner Richtlinien und Standards, welche Mitarbeiter bei der Verwendung von KI-Systemen leiten, sowie über eine fortlaufende Aus- und Weiterbildung, welche zentrale Konzepte und Fähigkeiten in Bezug auf KI-Systeme näherbringt, umsetzbar sein.²⁸³ Zum anderen kann die Absolvierung von entsprechenden Zertifizierungsprogrammen dazu beitragen, dass ein allgemeines Kompetenzniveau erreicht wird und die direkte Arbeit mit KI-Systemen in interdisziplinären Teams das Verständnis und die Fähigkeiten hinsichtlich der Anwendung von KI vertiefen.²⁸⁴ Obwohl dem Art 4 aufgrund seiner unpräzisen Formulierung vermutlich eher nur ein Appellcharakter zukommt, darf nicht übersehen werden, dass dessen Nichtbeachtung als Verletzung einer Sorgfaltspflicht bzw. eines Schutzgesetzes beurteilt werden kann.²⁸⁵ Ob sämtliche kleinen und mittleren Unternehmen aufgrund der oft begrenzten personellen und finanziellen Möglichkeiten dazu im Stande sein werden, diese Maßnahmen umzusetzen und somit für ein ausreichendes Maß an KI-Kompetenz bei ihren Mitarbeitern zu sorgen, darf bezweifelt werden.

Tatsächlich wird jedoch jene KI-Kompetenz eine notwendige Voraussetzung sein, um die Möglichkeiten von KI-Systemen auszuschöpfen aber auch die damit einhergehenden Risiken zu reduzieren.²⁸⁶

Angesichts der Tatsache, dass Verstöße gegen die Bestimmungen der KI-VO teilweise mit drakonischen Strafen sanktioniert werden, könnte die Problematik in der Umsetzung dieser Pflichten dazu führen, dass Betreiber gänzlich von der Anwendung von KI-Systemen absehen. So sieht die KI-VO ein dreistufiges Sanktionskonzept vor, welches aufgrund der Art, Schwere und Dauer des Verstoßes sowie der Größe, des Jahresumsatzes und Marktanteils des Akteurs verschieden hohe Strafen vorsieht.²⁸⁷ Werden etwa die für den Betrieb von Hochrisiko-KI-Systemen in Art 26 KI-VO auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllt, drohen den Betreibern Geldbußen von bis zu EUR 15.000.000 oder – im Falle von Unternehmen – von

283 Wendehorst in *Martini/Wendehorst*, KI-VO Art 4 Rz 12.

284 Wendehorst in *Martini/Wendehorst*, KI-VO Art 4 Rz 15.

285 Wendehorst in *Martini/Wendehorst*, KI-VO Art 4 Rz 4.

286 Wendehorst in *Martini/Wendehorst*, KI-VO Art 4 Rz 1.

287 Art 99 Abs 7 KI-VO.

bis zu 3 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres.²⁸⁸

6. Zeitliche Geltung der KI-VO

Obwohl die KI-VO bereits am 01.08.2024 in Kraft getreten ist, gelten die einzelnen Bestimmungen nicht unverzüglich. Die KI-VO sieht verschiedene Umsetzungsfristen vor. Wollen Arbeitgeber KI-Systeme im HR-Management einsetzen, sind vor allem folgende zwei Fristen zu beachten:

- 02.02.2025: KI-Systeme, welche ein unannehmbares Risiko bilden, also verbotene Praktiken im KI-Bereich gem Art 5 KI-VO darstellen, dürfen nicht mehr eingesetzt werden und die Regelungen zur KI-Kompetenz gelten ab nun.²⁸⁹
- 02.08.2026: Ab nun gelten sämtliche Verpflichtungen der KI-VO. Die Verpflichtungen, welche mit dem Betrieb von Hochrisiko-KI-Systemen einhergehen, sind also ab nun zwingend zu beachten und die erforderlichen Maßnahmen umzusetzen.²⁹⁰

II. KI-Haftungsrichtlinie

Die EU-Kommission ist der Ansicht, dass die bestehenden nationalen Rahmenbedingungen, speziell die Normen über die verschuldensabhängige Haftung, in Bezug auf Schäden, welche durch KI-Systeme entstanden sind, nicht ausreichen.²⁹¹ Um diese bestehende Lücke zu schließen, geschädigten Personen ausreichenden Schutz zu gewähren und Anbieter und Betreiber von KI-Systemen Rechtssicherheit in Bezug auf das Haftungsrisiko zu bieten, hat die EU-Kommission einen Vorschlag für eine KI-Haftungsrichtlinie (KI-HaftungsRL) veröffentlicht.²⁹² Ziel der KI-HaftungsRL ist die Einführung von Rechtsschutzinstrumenten bei verschuldensabhängigen außervertraglichen Klagen zum Ersatz von Schäden, welche durch einen Output (Ergebnis) oder aufgrund des Fehlens eines Outputs entstanden sind. Die-

288 Art 99 Abs 4 lit e KI-VO.

289 Art 113 lit a KI-VO.

290 Art 113 KI-VO.

291 COM (2022) 496 final 1.

292 COM (2022) 496 final 2.

ses Ziel soll im Wesentlichen durch folgende zwei Ansätze erreicht werden: Offenlegung von Beweismitteln in Bezug auf Hochrisiko-KI-Systeme und Vermutung eines Kausalitätszusammenhangs unter gewissen Umständen.²⁹³

Adressaten der KI-HaftungsRL sind sowohl Anbieter als auch Betreiber von KI-Systemen, wobei der Entwurf für deren Definition auf die KI-VO verweist.²⁹⁴ Der Entwurf der KI-HaftungsRL spricht, wie auch der Entwurf der Kommission zur KI-Verordnung²⁹⁵, noch von Nutzern und noch nicht von Betreibern. Mit „Nutzern“ und „Betreibern“ ist jedoch die identische Personengruppe gemeint. Zum besseren Verständnis wird im Zuge dieser Arbeit jedoch auch im Rahmen der KI-Haftungsrichtlinie der Begriff „Betreiber“ verwendet.

1. Offenlegung von Beweismitteln

Als Kern der KI-HaftungsRL kann die in Art 3 geregelte Offenlegung von Beweismitteln bezeichnet werden.²⁹⁶ Geschädigten Personen wird die Möglichkeit eingeräumt, vor Gericht die Offenlegung von Beweismitteln in Bezug auf Hochrisiko-KI-Systeme, welche im Verdacht stehen, eine Schädigung herbeigeführt zu haben, zu begehrn.²⁹⁷ Dieser Antrag auf Offenlegung ist jedoch an gewisse Voraussetzungen geknüpft. Der potenzielle Kläger muss zuvor den Anbieter oder Betreiber des Systems vergeblich aufgefordert haben, die ihm vorliegenden einschlägigen Beweismittel zum fraglichen Hochrisiko-KI-System offenzulegen und dabei alle angemessenen Anstrengungen unternommen haben, die einschlägigen Beweismittel zu erlangen. Überdies muss der potenzielle Kläger die Plausibilität seines Schadenersatzanspruches durch die Vorlage von Tatsachen und Beweismitteln ausreichend belegen.²⁹⁸ Um einer inflationären und missbräuchlichen Verwendung dieses Antragsrechts entgegenzuwirken und die Offenlegung auf notwendige Beweismittel zu beschränken, hat es das jeweilige Gericht zu verantworten, bei derartigen Anordnungen den Grundsatz der Verhäl-

293 Gorzala, Europäisches Haftungssystem für Künstliche Intelligenz-Systeme, RdW 2023, II (14).

294 Art 2 Z 3, 4 COM (2022) 496 final.

295 Art 3 Z 4 COM (2021) 206 final.

296 Art 3 COM (2022) 496 final.

297 Gorzala, RdW 2023, II (13).

298 Art 3 Abs 1, 2 COM (2022) 496 final.

nismäßigkeit zu beachten.²⁹⁹ Kommt der Beklagte der Anordnung des Gerichts auf Offenlegung der Beweismittel nicht nach, so kommt es zu der widerlegbaren Vermutung, dass er gegen einschlägige Sorgfaltspflichten verstoßen hat.³⁰⁰

2. Kausalitätsvermutung

Aufgrund der mit der Komplexität und Undurchsichtigkeit von KI-Systemen einhergehenden Schwierigkeit, den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verschulden des Beklagten und dem vom KI-System verursachten Schaden zu belegen, normiert die KI-HaftungsRL eine entsprechende Vermutungsregel des Kausalzusammenhangs.³⁰¹ Dafür müssen jedoch folgende Voraussetzungen vorliegen:

- (1) Der Kläger hat das Verschulden des Beklagten, bestehend in der Nichteinhaltung einer Sorgfaltspflicht, nachgewiesen oder dieses wird vom Gericht aufgrund der Weigerung der gerichtlichen Anordnung auf Offenlegung nachzukommen, vermutet.
- (2) Es kann aufgrund der Umstände des Falles davon ausgegangen werden, dass dieses Verschulden das durch das KI-System hervorgebrachte Ergebnis oder das Versagen des KI-Systems beeinflusst hat.
- (3) Der Kläger hat nachgewiesen, dass das durch das KI-System hervorgebrachte Ergebnis oder das Versagen des KI-Systems zu dem Schaden geführt hat.³⁰²

Wird ein Anspruch in Verbindung mit einem Schaden erhoben, welcher durch ein Hochrisiko-KI-System verursacht wurde, ist in Hinblick auf Punkt (1) zu differenzieren, ob dieser gegen den Anbieter oder den Betreiber des KI-Systems geltend gemacht wird.³⁰³

Bei der Geltendmachung gegen den Betreiber soll der Nachweis der vermuteten Verletzung einer Sorgfaltspflicht nur vorliegen, wenn:

299 Art 3 Abs 4 COM (2022) 496 final.

300 Art 3 Abs 5 COM (2022) 496 final.

301 Art 4 Abs 1 COM (2022) 496 final.

302 Art 4 Abs 1 lit a – c COM (2022) 496 final.

303 Gorzala, RdW 2023, 11 (14).

- a) der Betreiber seiner Pflicht zur Verwendung oder Überwachung des KI-Systems entsprechend der Gebrauchsanweisung oder zur Unterbrechung der Verwendung des Systems nicht nachgekommen ist, oder³⁰⁴
- b) von ihm verwendete Eingabedaten der Zweckbestimmung des KI-Systems nicht entsprechen.³⁰⁵

3. Auswirkungen auf das HR-Management

Die österreichische Zivilprozessordnung³⁰⁶ sieht zwar in § 303 ZPO³⁰⁷ die Möglichkeit des Antrags auf Vorlage einer Urkunde durch den Gegner vor, doch ist dieser, wie bereits der Wortlaut sagt, auf Urkunden beschränkt und an die Voraussetzung gebunden, dass die antragstellende Partei über eine Abschrift dieser Urkunde verfügt oder den Inhalt der Urkunde möglichst genau angeben und die Tatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen, anführen kann.³⁰⁸ Zusätzlich kann die Vorlage einer Urkunde unter gewissen Bedingungen verweigert werden³⁰⁹ und obliegt es der freien Beweiswürdigung des Gerichts, welchen Einfluss die Weigerung des Gegners zur aufgetragenen Vorlage auf das Urteil hat.³¹⁰ Demgegenüber sieht der in der KI-HaftungsRL vorgeschlagene Antrag auf Offenlegung von Beweismitteln einen breiteren Anwendungsbereich, geringere Voraussetzungen für den Antragsteller und vermutlich größere Auswirkungen im Falle der Verweigerung für den Antragsgegner vor. Die Komplexität und Undurchsichtigkeit von KI-Systemen und die damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten für Geschädigte hinsichtlich des eingetretenen Schadens, des Verschuldens sowie des Kausalzusammenhangs rechtfertigen diesen Schritt der EU-Kommission. Im Hinblick auf die Kausalitätsvermutung und den Umstand, dass die dafür nötige Verletzung einer Sorgfaltspflicht im Verstoß gegen die sich aus Art 26 KI-VO ergebenen Pflichten besteht, wurde jedoch bereits ausgeführt, dass sich die Einhaltung dieser Pflichten für den Betreiber teilweise als äußerst schwierig gestaltet. Eine entsprechende Sorgfaltspflichtverletzung und die daraus resultierende Ver-

304 Art 4 Abs 3 lit a COM (2022) 496 final.

305 Art 4 Abs 3 lit b COM (2022) 496 final.

306 Zivilprozessordnung RGBI 1895/II13.

307 § 303 ZPO.

308 § 303 Abs 2 ZPO.

309 § 305 ZPO.

310 § 307 Abs 2 ZPO.

mutung des Kausalzusammenhangs könnten somit sehr rasch vorliegen. Zusätzlich wird es sich in Anbetracht der Autonomie von KI-Systemen und der Tatsache, dass für Betreiber die Entscheidungswege in den seltensten Fällen nachvollziehbar sind, für diese als problematisch gestalten, die Vermutung des Kausalzusammenhangs zu widerlegen. Die von der EU-Kommission angestrebte Verringerung der Rechtsunsicherheit in Bezug auf das Haftungsrisiko mag zwar durch den vorgelegten Entwurf bewirkt werden. Fraglich ist jedoch, ob diese Verringerung nicht zu Lasten einer zu einseitigen Risikoverteilung zu Ungunsten der Betreiber dieser Systeme ausfällt und diese dadurch davor zurückschrecken lässt, entsprechende Anwendungen einzusetzen.

4. Studie des Europäischen Parlaments zur KI-HaftungsRL

Die EU-Kommission hat den Entwurf der KI-HaftungsRL in einem gemeinsamen Paket mit der KI-Verordnung und einer Neufassung der europäischen Produkthaftungsrichtlinie³¹¹ vorgelegt. Während die beiden letztgenannten mittlerweile in Kraft getreten sind, ist der Gesetzgebungsprozess bei der KI-HaftungsRL ins Stocken geraten.

Der Rechtsausschuss des EU-Parlaments hat sodann eine Studie in Auftrag gegeben, um mögliche Bedenken gegen die KI-HaftungsRL zu untersuchen.³¹² Der Wissenschaftliche Dienst des EU-Parlaments gelangt dabei in seiner Studie unter anderem zu folgenden Ergebnissen:

- Obwohl die Neufassung der europäischen Produkthaftungsrichtlinie einen signifikanten Schritt in der Entwicklung des europäischen Haftungsrechts darstellt, weist diese jedoch erhebliche Lücken auf. Diese betreffen vor allem den Schutz vor Diskriminierung, die mögliche Verletzung von Persönlichkeits- oder IP-Rechten und einen möglichen Schadenersatzanspruch bei bloßen Vermögensschäden. Auch Schäden, welche durch Verbraucher verursacht werden, sind vom Anwendungsbe-

311 RL (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABl L 2024/2853, 1.

312 *Bundesrechtsanwaltskammer*, Studie und Folgenabschätzung zur KI-Haftungsrichtlinie – EPoS, brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-brüssel/2024/ausgabe-16-2024-v-27092024/studie-und-folgenabschätzung-zur-ki-haftungsrichtlinie-epos/ (Stand 27.09.2024).

reich der Produkthaftungsrichtlinie nicht erfasst. Diese Lücken könnten durch die KI-HaftungsRL geschlossen werden.³¹³

- KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck (z.B. ChatGPT) sind vom Anwendungsbereich der KI-HaftungsRL nicht ausreichend erfasst. Da jedoch auch diese zu zahlreichen haftungsrechtlichen Problemstellungen, wie etwa Diskriminierungen oder die Verletzung von Persönlichkeitsrechten führen können, soll die KI-HaftungsRL ausdrücklich auch auf diese anwendbar sein.³¹⁴
- Durch die ausschließliche Adressierung von KI-spezifischen Fragestellungen durch die KI-HaftungsRL werden die enormen Herausforderungen, welche sich durch digitale Technologien allgemein ergeben, nicht ausreichend behandelt. Da auch Software abseits von KI eine ähnliche Komplexität wie diese aufweisen kann und somit dieselben Beweisschwierigkeiten in Zusammenhang mit Verschulden und Kausalität auftreten können, soll die KI-HaftungsRL, wie die Neufassung der Produkthaftungsrichtlinie auch, auf sämtliche Software anwendbar sein.³¹⁵
- Angesichts der Eigenschaft von KI als bedeutender Innovationsfaktor und ihrer Auswirkungen auf den digitalen Binnenmarkt ist eine kohärente und direkte Rechtsanwendung unerlässlich. Dies würde sowohl für ausreichende Transparenz sorgen, eine Fragmentierung verhindern und einheitliche Regelungen für grenzüberschreitende Sachverhalte bieten. Diese Effekte können erreicht werden, indem die KI-Haftungsrichtlinie nicht als Richtlinie, sondern als unmittelbar anwendbare europäische Verordnung erlassen wird.³¹⁶

Es bleibt abzuwarten, ob diese Studie die Kritiker der KI-HaftungsRL verstummen lässt und wieder mehr Tempo in das Gesetzgebungsverfahren bringt. Ohne Zweifel adressiert die Studie jedoch bedeutende Aspekte, welche bei entsprechender Berücksichtigung im Gesetzgebungsverfahren zu einem umfassenden europäischen Haftungsregime in Bezug auf KI-Systeme und unter Umständen auch sonstiger Software beitragen könnten.

313 European Parliamentary Research Service, *Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence*, PE 762.861, 24.

314 European Parliamentary Research Service, PE 762.861, 18.

315 European Parliamentary Research Service, PE 762.861, 25.

316 European Parliamentary Research Service, PE 762.861, 39.

§ 4 Handlungsempfehlungen

A. Empfehlungen an den Gesetzgeber

In § 3 wurden sowohl die nationalen Rahmenbedingungen als auch die Rechtsakte der EU in Zusammenhang mit dem Einsatz von KI im HR-Management näher beleuchtet. Dabei wurde ersichtlich, dass die einschlägigen nationalen Gesetze trotz ihres teilweise langen Bestandes in weiten Teilen auch auf intelligente Systeme angewendet, jedoch nicht sämtliche rechtliche Problemstellungen mit den bestehenden Normen gelöst werden können. Dadurch entsteht sowohl für Betreiber als auch geschädigte Personen Rechtsunsicherheit. Die KI-VO und die KI-HaftungsRL versuchen diese Unsicherheit zwar zu lösen, dies gelingt ihnen jedoch nur zum Teil. Die beiden Rechtsakte könnten unter Umständen sogar dazu führen, dass Betreiber eher von der Verwendung von KI-Systemen absehen als bei deren Einsatz mehr Rechtsklarheit und -sicherheit zu verspüren.

Aus diesen Gründen wird im Folgenden ein möglicher gesetzlicher Anpassungsbedarf eruiert.

In § 3 A.I. wurden die Kontroversen der verschuldensabhängigen Haftung in Bezug auf KI-erzeugte Schäden thematisiert. Aufgrund der Autonomie und Undurchsichtigkeit von KI-Systemen ist es Betreibern teilweise unmöglich, dahinterstehende Mechanismen zu erkennen und somit die objektiv gebotene Sorgfalt aufgrund ihrer subjektiven Fähigkeiten und ihres Wissens einzuhalten.³¹⁷ Deshalb wird in Teilen der Literatur die Ansicht vertreten, dass beim Einsatz von intelligenten Systemen stets von einer generellen Erkennbarkeit und daher Vermeidbarkeit ausgegangen werden sollte.³¹⁸ Ein solcher Ansatz würde jedoch einer Art Gefährdungshaftung für intelligente Systeme gleichkommen. Aber auch die analoge Anwendung von § 1313a ABGB auf den Einsatz technischer Hilfsmittel überzeugt nicht vollends, besteht doch gerade keine Gleichwertigkeit des geregelten und ungeregelten Sachverhalts. Die KI-HaftungsRL normiert nun zwar unter gewissen Voraussetzungen eine Kausalitätsvermutung zwischen dem Verschulden des Betreibers und dem vom KI-System verursachten Schaden. Diese Vermutung löst jedoch nicht das Problem der subjektiven Vorwerfbarkeit, da es den Betreibern weiterhin oftmals nicht möglich sein wird, die gebotene objektive Sorgfalt einzuhalten. Die KI-HaftungsRL verschärft

317 Ifsits/Minihold/Roubik, Haftungsfragen 29.

318 Ifsits/Minihold/Roubik, Haftungsfragen 30.

in gewisser Weise sogar dieses Problem zulasten der Betreiber, indem sie deren Verschulden an der Nichteinhaltung sich aus der KI-VO ergebender Pflichten als gegeben annimmt. Dies, obwohl es den Betreibern mangels entsprechender Einblicke regelmäßig nicht möglich sein wird, die entsprechenden Pflichten einzuhalten.

Mögliche Lösungsansätze könnten etwa die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für intelligente Systeme (*ePerson*), die Einführung eines verpflichtenden Versicherungssystems für KI oder die Reformierung der Gefährdungshaftung darstellen.³¹⁹ Die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit für KI-Systeme hätte jedoch nur dann Sinn, wenn diese ebenso über einen Haftungsfond, also ein Vermögen, verfügen würden.³²⁰ Ein Versicherungssystem könnte der Haftpflichtversicherung für KFZ ähneln und somit dafür sorgen, dass für Geschädigte ein entsprechend hoher Haftungsfond zur Verfügung steht. Derartige Versicherungssysteme lösen jedoch nicht die Frage, welcher Akteur bei fehlerhaften KI-Entscheidungen haftet.³²¹ Im Hinblick auf die Gefährdungshaftung ist erwähnenswert, dass durch die neue Produkthaftungsrichtlinie der Produktbegriff auf unkörperliche Sachen ausgedehnt wurde und Software nun als Produkt zählt.³²² Auch KI-Systeme sind somit in Zukunft als Produkt zu werten. Haftungsadressat nach der Produkthaftungsrichtlinie ist, ähnlich wie bereits nach dem österreichischen Produkthaftungsgesetz³²³, der Hersteller, Importeur oder Lieferanten.³²⁴ Sofern der Betreiber das KI-System nicht verändert, kann er nach der Produkthaftungsrichtlinie nicht zur Haftung herangezogen werden.³²⁵ Das haftungsrechtliche Verhältnis zwischen Betreibern und betroffener Person wird also durch die Produkthaftungsrichtlinie nicht vollends geklärt. Trotz der bereits in Kraft getretenen neuen Produkthaftungsrichtlinie ist der Gesetzgeber also zum (weiteren) Handeln aufgefordert, da der zunehmenden Verbreitung von KI-Systemen derzeit keine passende Haftungsregelung gegenübersteht.³²⁶ Wie bereits in § 3 D.II.4. erwähnt, könnte dies Lücke zumindest zu einem gewissen Teil durch die KI-HaftungsRL geschlossen werden.

319 Fischer/Gstöttner in Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivankovics 121.

320 Zöchling-Jud, Künstliche Intelligenz und civilrechtliche Haftung, in Reindl-Krauskopf/Grafl (Hrsg), Künstliche Intelligenz - Fluch oder Segen (2020) 73 (79).

321 Fischer/Gstöttner in Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivankovics 121 (139).

322 Art 4 Z 1 PH-RL.

323 Produkthaftungsgesetz BGBl 1988/99.

324 Art 8 Abs 1,3 PH-RL.

325 Art 8 Abs 2 PH-RL.

326 Kronthaler, ÖJZ 2019, 945 (948).

Kommt es durch den Einsatz von KI-Systemen zu Diskriminierungen, sehen sowohl das GlBG als auch das BEinstG für Betroffene eine Beweiserleichterung vor, wonach diese das Vorliegen einer Diskriminierung bloß glaubhaft machen müssen.³²⁷ Ungeachtet dieser Beweiserleichterung für Betroffene, besteht für Betreiber aufgrund von „Blackboxes“ jedoch das Problem, dass es für sie äußerst schwierig bzw. teilweise unmöglich sein wird, zu beweisen, dass gerade keine Diskriminierung vorlag.³²⁸ Der Gesetzgeber könnte dieser Problematik entgegentreten, indem er eine hinreichende Transparenz für die Konzeption von KI-Systemen vorgibt, sodass Betreiber die Ergebnisse nachvollziehen und interpretieren können. Die KI-VO sieht in diesem Zusammenhang vor, dass Hochrisiko-KI-Systeme so konzipiert und entwickelt werden müssen, dass eine automatische Aufzeichnung von Vorgängen und Ereignissen („Protokollierung“) während des Betriebs der Systeme ermöglicht wird.³²⁹ Überdies regelt die KI-VO, dass Hochrisiko-KI-Systeme so konzipiert und entwickelt sein müssen, dass ihr Betrieb hinreichend transparent ist, damit die Betreiber die Ausgaben eines Systems angemessen interpretieren und verwenden können.³³⁰ Ob diese Aufzeichnungs- und Transparenzpflichten die „Blackbox“-Problematik in der Praxis auch tatsächlich beseitigen, bleibt abzuwarten.

In § 3 B. wurde näher auf die Informations- und Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats eingegangen. Die Mitbestimmungsrechte werden in Form von Betriebsvereinbarungen ausgeübt, deren Abschluss dem Ausgleich der gegensätzlichen Interessen von Betriebsinhaber und Belegschaft dienen soll.³³¹ Auf Arbeitnehmerseite werden diese Interessen durch den Betriebsrat ausgeübt.³³² In diesem Zusammenhang drängt sich jedoch unmittelbar die Frage auf, ob es dem Betriebsrat auch tatsächlich möglich ist, die Interessen der Belegschaft in angemessener Weise zu vertreten, wenn er die Funktionsweise der Systeme, über deren Verwendung er mitbestimmen soll, und deren Gefährdungspotenzial nicht (ausreichend) nachvollziehen kann. Es kann von keinem Betriebsratsmitglied erwartet werden, dass es jenes technische Know-how mitbringt, welches für ein entsprechendes Verständnis von KI-Systemen notwendig wäre. Ein möglicher Lösungsansatz

327 §§ 12 Abs 12, 26 Abs 12 GlBG; § 7p BEinstG.

328 Dauser, ARD 2023, 3 (4).

329 Art 12 Abs 1 KI-VO.

330 Art 13 Abs 1 KI-VO.

331 Födermayr in Jabornegg/Resch, ArbVG § 29 Rz 6 (Stand 1.4.2020, rdb.at).

332 Födermayr in Jabornegg/Resch, ArbVG § 29 Rz 12.

wäre hier die verpflichtende Bestellung von „KI-Beauftragten“ in Betrieben mit einer bestimmten Mindestgröße, ähnlich dem Modell von Datenschutzbeauftragten bzw. Sicherheitsvertrauenspersonen. Solche KI-Beauftragten können nicht nur die durch Art 4 KI-VO geforderte KI-Kompetenz innerhalb einer Organisation zentralisieren und fördern³³³, sondern auch Mitarbeitern und dem Betriebsrat bei Fragen in Bezug auf KI als Ansprechpersonen zur Verfügung stehen. Eine weitere Möglichkeit bestünde in der Hinzuziehung eines Sachverständigen im Bereich KI, wie es der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes vorgesehen hat.³³⁴ In § 80 Abs 3 des deutschen Betriebsverfassungsgesetzes³³⁵ ist normiert, dass die Hinzuziehung eines Sachverständigen als erforderlich gilt, wenn der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die Einführung oder Anwendung von KI beurteilen muss.³³⁶

Zusammengefasst besteht eine Notwendigkeit für den Gesetzgeber legislative Maßnahmen zu ergreifen. Durch gezielte Regulierung kann der Gesetzgeber die Entwicklung und den Einsatz von KI-Technologien vorantreiben und gleichzeitig sicherstellen, dass sie im Einklang mit den gesellschaftlichen Interessen stehen.

B. Empfehlungen an die Arbeitgeber

Jene rechtlichen Rahmenbedingungen, welche aus Sicht von Arbeitgebern beim Einsatz von KI im HR-Management zu beachten sind, wurden in § 3 ausführlich erläutert.

Anhand dieser Ausführungen ist klar ersichtlich, dass beim Einsatz der präsentierten KI-Systeme häufig zahlreiche rechtliche Rahmenbedingungen zu beachten sind und Arbeitgeber diese Systeme daher nur unter Einhaltung gewisser rechtlicher Vorgaben verwenden sollten. Wollen Arbeitgeber somit KI-Systeme im HR-Management einsetzen, sollten folgende Handlungsempfehlungen beachtet werden:

- I. Transparenz schaffen: Die in Art 26 Abs 7 KI-VO vorgesehene Informationspflicht gegenüber den Arbeitnehmervertretern und den betroffenen Arbeitnehmern sollte auf sämtliche KI-Systeme und KI-

333 Wendehorst in Martini/Wendehorst, KI-VO Art 4 Rz 19.

334 Betriebsrätemodernisierungsgesetz BGBl I 2021, 1763.

335 Betriebsverfassungsgesetz BGBl I 2001, 2518.

336 § 80 Abs 3 BetrVG.

Modelle, die im Unternehmen verwendet werden, ausgedehnt und strikt eingehalten werden. Dabei sollte den Betroffenen auch die Möglichkeit gegeben werden, etwaige Bedenken zu äußern. Nur durch frühzeitige und offene Kommunikation können Transparenz und Vertrauen geschaffen werden. Auch wird ein Unternehmen nur von den Vorteilen von KI profitieren, wenn es sich die Akzeptanz und Unterstützung seiner Belegschaft für deren Einsatz sichert.

- II. Fortbildung und Sensibilisierung: Auch wenn der in Art 4 KI-VO geregelten KI-Kompetenz aufgrund ihrer „weichen“ Formulierung vermeintlich nur ein Appellcharakter zukommen mag, sollte Arbeitnehmern und speziell auch deren Vertreter (Betriebsrat) durch das Anbieten von Aus- und Fortbildungen ermöglicht werden, die Funktionsweise von KI-Systemen sowie die Chancen und Risiken, die mit deren Einsatz einhergehen, zu verstehen. Nur auf diese Weise können Arbeitnehmervertreter die gesetzlich vorgesehenen Informations- und Mitbestimmungsrechte im erforderlichen Umfang ausüben und mit den Mitarbeitern eine vertrauliche Zusammenarbeit erreicht werden.
- III. Richtlinien und Handlungsempfehlungen: Durch die Implementierung interner Richtlinien und Handlungsempfehlungen können Arbeitgeber für eine langfristige Nachhaltigkeit bei der Verwendung von KI-Systemen sorgen, indem unter anderem der verantwortungsvolle Umgang mit personenbezogenen Daten oder die regelmäßige Überprüfung der Systeme festgelegt werden. Zum anderen können sie zum Schutz vor Risiken und etwaigen Fehlentwicklungen beitragen.
- IV. Menschliche Aufsicht: Aufgrund der bestehenden Autonomie und Undurchsichtigkeit von KI-Systemen sollte die Letztentscheidung in der jetzigen Entwicklungsstufe dieser Systeme stets einem Menschen überlassen werden. Diese Maßnahme ist nicht nur eine Frage der rechtlichen Verpflichtung (Art 22 DSGVO), sondern auch der ethischen Verantwortung.
- V. KI-Beauftragter: Auch wenn die KI-VO keine Verpflichtung vorsieht, einen speziellen KI-Beauftragten im Unternehmen zu bestellen, sollten sich Arbeitgeber überlegen, einen solchen im eigenen Unternehmen zu etablieren. Wie bereits weiter oben angemerkt, können solche KI-Beauftragten die geforderte KI-Kompetenz innerhalb einer Organisation zentralisieren und fördern sowie Mitarbeitern und Arbeitnehmervertretern bei Fragen in Bezug auf KI als Ansprechperson zur Verfügung stehen.

§ 5 Conclusio

In § 2 wurden Potenziale für die Integration von KI-Systemen im HR-Management eruiert und im Zuge dessen ein Blick auf die einzelnen Abschnitte der HR-Wertschöpfungskette geworfen. Diese Analyse brachte zutage, dass auf sämtlichen Stufen der Wertschöpfungskette KI-Tools zur Anwendung gelangen können. Zur Veranschaulichung des Potenzials von KI-Systemen wurden in jedem einzelnen Abschnitt spezifische Anbieter und Tools eingehend beleuchtet. Dazu ist festzuhalten, dass diese Systeme maßgeblich zur Verbesserung der *Candidate Experience* beitragen können und das Bewerbungsverfahren fairer, transparenter und schneller gestalten können. Überdies sind sie dazu in der Lage, Wissenszufuhr auf ein neues Level zu heben, Arbeitsabläufe effektiver zu gestalten, Vergütungsmodelle zu individualisieren, Kündigungswahrscheinlichkeiten vorherzusagen und die Nachfolge rechtzeitig zu planen.

Da sich beim Einsatz von KI-Systemen neben ökonomischen und ethischen vor allem rechtliche Fragestellungen ergeben, wurden in § 3 die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von KI-Tools näher betrachtet. Dabei wurde zuerst ein Blick auf die einschlägigen nationalen Gesetze im Beschäftigungskontext geworfen, welche einen Einfluss auf die Verwendung von KI-Systemen haben können. In dieser Hinsicht zeigte sich, dass Arbeitgeber für den Einsatz von KI-Systemen bei Verletzungen von vertraglichen Pflichten, insbesondere der Fürsorgepflicht, schadenerstattungspflichtig werden können. In diesem Zusammenhang ergibt sich vor allem die komplexe Zurechnungsproblematik.

Da KI-basierte Algorithmen diskriminierend agieren können, können sich Arbeitgeber aber auch im Rahmen des GlBG und BEinstG haftbar machen. Weil ein etwaiges Verschulden im Rahmen dieser Gesetze nicht von Relevanz ist und Betroffene einer Diskriminierung von einer Beweiserleichterung profitieren, ist das Risiko für Arbeitgeber in diesem Bereich besonders groß.

Im Folgenden wurde festgestellt, dass dem Betriebsrat beim Einsatz von KI-Systemen umfangreiche Informations- und Mitbestimmungsrechte zu Teil werden. Die Mehrzahl der fraglichen Systeme erfüllen die Tatbestände der notwendigen oder erzwingbar notwendigen Mitbestimmung. Dem Arbeitgeber bleibt in diesen Fällen keine andere Möglichkeit als das jeweilige System im Verhandlungsweg einzuführen.

Bei der Verwendung von KI-Systemen darf jedoch auch der Datenschutz nicht außer Acht gelassen werden. Aus diesem Grund wurde in § 3 C. ein Blick

auf das Verbot der automatisierten Entscheidungen gem Art 22 DSGVO geworfen und festgestellt, dass die vorgestellten Tools auf den ersten Blick zwar nicht den Verbotsstatbestand des Art 22 DSGVO erfüllen, die Rechtsprechung des EuGH und VwGH dies jedoch ändern könnte.

Obwohl die KI-VO und die neue Produkthaftungsrichtlinie zur Rechtsicherheit beitragen und bestehende gesetzliche Lücken schließen sollen, bleiben auch nach deren Inkrafttreten gewisse Probleme und rechtliche Fragestellungen ungelöst. Eine Hilfestellung hierfür könnte die nach wie vor nicht erlassene KI-HaftungsRL in ihrer von der EU-Kommission vorgeschlagenen, aber noch viel eher in der unter § 3 D.II.4. beschriebenen, adaptierten Form bieten.

Wenngleich die bestehenden und geplanten Normen nicht sämtliche Problemstellungen beim Einsatz von KI abdecken, ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit verbleibt und mit der Verwendung dieser Systeme ein Gefahren- und Risikopotenzial für die Rechte von Betroffenen einhergeht, sollte KI aufgrund ihres unglaublichen Potenzials und ihrer Innovationskraft dennoch jederzeit zumindest eine Chance gegeben werden. Dies hat auch Tim Cook, CEO von Apple, erkannt:

„KI ist so grundlegend. Wir sind an einem Punkt angelangt ..., dass sich Möglichkeiten für einfach unglaubliche Dinge eröffnen. Und es wird von hier an nur noch besser werden. Wir alle müssen sichergehen, dass wir KI zum Wohle der Menschheit nutzen und nicht umgekehrt.“³³⁷

Literaturverzeichnis

Aivy, aivy.app/ueber-uns (abgefragt 31.12.2024).

Aivy, Game-based Assessments – mehr als nur Spielerei?, aivy.app/hr-blog/game-based-assessments-mehr-als-nur-spielerei (abgefragt 31.12.2024).

Aon, Augmented Video Scoring, assessment.aon.com/de-de/online-assessment/video-interview (abgefragt 31.12.2024).

Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251 rev.01.

Ashkar/Schröder, Das Gesetz über künstliche Intelligenz der Europäischen Union (KI-Verordnung), BB 2024, 771.

Art-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, WP 259 rev.01.

³³⁷ Buxmann/Schmidt in Buxmann/Schmidt² 3.

- Bauer*, Wie die Jobsuche zur Traumjobsuche wird – und wie HR Tech dabei hilft, in *Verhoeven* (Hrsg), Digitalisierung im Recruiting. Wie sich Recruiting durch künstliche Intelligenz, Algorithmen und Bots verändert (2020) 135 ff.
- Berka*, Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium⁵ (2014).
- Binder/Mair* in *Tomandl* (Hrsg), Arbeitsverfassungsrecht¹¹ § 96a (Stand Mai 2013, lexis-nexis.at).
- Brandt/Justenhoven/Schöffel*, Web-basierte Videointerviews, in *Stulle* (Hrsg), Digitalisierung der Management-Diagnostik. Aktuelle Instrumente, Trends, Herausforderungen (2020) 43 ff.
- Bundesrechtsanwaltskammer*, Studie und Folgenabschätzung zur KI-Haftungsrichtlinie – EPRS, brak.de/newsroom/newsletter/nachrichten-aus-brussel/2024/ausgabe-16-2024-v-27092024/studie-und-folgenabschaetzung-zur-ki-haftungsrichtlinie-eprs/ (Stand 27.09.2024).
- Buxmann/Schmidt*, Grundlagen der Künstlichen Intelligenz und des Maschinellen Lernens, in *Buxmann/Schmidt* (Hrsg), Künstliche Intelligenz. Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg² (2021) 3 ff.
- Cappelli/Tambe/Yakubovich*, Artificial Intelligence in Human Resources Management: Challenges and a Path Forward, California Management Review 2019, 19.
- Chudzikowski/Covarrubias Venegas*, Performance Management auf den Kopf gestellt oder neu gedacht? ARD 2016, 3.
- Coeckelbergh*, Ethics of artifical intelligence: Some ethical issues and regulatory challenges, TechReg 2019, 31 ff.
- Coelho Moreira*, Algorithmen, Diskriminierung und Tarifverhandlungen, in *Brameshuber/ Brockmann/Marhold/Miranda Boto* (Hrsg), Kollektive Arbeitsbeziehungen in der Gig-Economy (2023) 185 ff.
- Cook*, How To Reduce Employee Turnover with Workforce Analytics, vizier.com/blog/reduce-employee-turnover-with-workforce-analytics/ (abgefragt 06.01.2025).
- Dahm/Dregger*, Der Einsatz von künstlicher Intelligenz im HR: Die Wirkung und Förderung der Akzeptanz von KI-basierten Recruiting-Tools bei potenziellen Nutzern, in *Hermei-er/Heupel/Fichtner-Rosada* (Hrsg), Arbeitswelten der Zukunft. Wie die Digitalisierung unsere Arbeitsplätze und Arbeitsweisen verändert (2019) 249 ff.
- Dauser*, Einsatz von künstlicher Intelligenz in der Arbeitswelt – Was ist zu beachten? ARD 2023, 3 ff.
- Deutscher Bundestag*, AI Act: Trilog-Ergebnisse wird Ausschuss weiter beschäftigen, bundes-tag.de/presse/hib/kurzmeldungen-983034 (Stand 14.12.2023).
- Docebo*, docebo.com/de/ (abgefragt 31.12.2024).
- Drs in Strasser/Jabornegg/Resch*, Arbeitsverfassungsgesetz¹ § 91 (Stand 1.9.2015, rdb.at).
- Dudler*, Wenn Bots übernehmen – Chatbots im Recruiting, in *Verhoeven* (Hrsg), Digitalisierung im Recruiting. Wie sich Recruiting durch künstliche Intelligenz, Algorithmen und Bots verändert (2020) 101 ff.
- Egermann*, Die Anbahnung des Arbeitsvertrages, in *Gruber-Risak/Mazahl* (Hrsg), Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar (2022).

eightfold.ai, [eightfold.ai/products/talent-management/](https://www.eightfold.ai/products/talent-management/) (abgefragt 19.01.2025).

Ettl, Wissen ist Macht – Informationsrechte des Betriebsrats, DRdA-infas 2019, 360.

Europäisches Parlament, Was ist künstliche Intelligenz und wie wird sie genutzt?, [euro-parl.europa.eu/topics/de/article/20200827STO85804/was-ist-kunstliche-intelligenz-und-wie-wird-sie-genutzt](https://www.europarl.europa.eu/topics/de/article/20200827STO85804/was-ist-kunstliche-intelligenz-und-wie-wird-sie-genutzt) (Stand 20.06.2023).

European Parliament, The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence 2020.

European Parliamentary Research Service, Proposal for a directive on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence, PE 762.861.

Felten in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch⁴ § 1157 (Stand 1.8.2022, rdb.at).

Felten/Preiss in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz¹² § 96 (Stand April 2020, lexisnexis.at).

Felten/Preiss in *Gahleitner/Mosler* (Hrsg), Arbeitsverfassungsgesetz¹² § 96a (Stand April 2020, lexisnexis.at).

Fink, Künstliche Intelligenz in der Personalarbeit. Potenziale nutzen und verantwortungsbewusst handeln (2021).

Fischer/Gstöttner, Haftungsfragen Künstlicher Intelligenz aus privatrechtlicher Sicht, in *Hoffberger-Pippan/Ladeck/Ivankovics* (Hrsg), Digitalisierung und Recht (2022) 121 ff.

Födermayr in *Jabornegg/Resch*, Arbeitsverfassungsgesetz § 29 (Stand 1.4.2020, rdb.at).

Gärtner, Smart HRM. Digitale Tools für die Personalarbeit (2020).

Goricnik in *Knyrim*, DatKomm Art 88 DSGVO (Stand 7.5.2020, rdb.at).

Gorzala, Europäisches Haftungssystem für Künstliche Intelligenz-Systeme, RdW 2023, 11 ff.

Greif/Kullmann, Algorithmenbasiertes Personalrecruiting. Antidiskriminierungs- und datenschutzrechtliche Aspekte, ZAS 2021, 61 ff.

Greiner, Algorithmenbasierte Personalentscheidungen und Art 22 DSGVO. In welchem Umfang steht Art 22 DSGVO algorithmenbasierten Personalentscheidungen entgegen? ZAS 2022, 258 ff.

Haidinger in *Knyrim*, DatKomm Art 22 DSGVO (Stand 1.12.2022, rdb.at).

Herbst, KI-Verordnung – die Regulierung Künstlicher Intelligenz. Wie plant die EU, zukünftig die Verwendung von Künstlicher Intelligenz zu regulieren und wie wird sich dies praktisch auswirken? ecolex 2023, 98 ff.

Herda, Artificial Intelligence und Immaterialgüterrecht, wbl 2019, 305.

Hirschfeld, Personaldiagnostik im digitalen Zeitalter, in *Haubrock* (Hrsg), Digitalisierung – das HR Management der Zukunft (2020) 213 ff.

HireVue, AI Hiring Assistant, [hirevue.com/platform/conversational-ai-and-automation](https://www.hirevue.com/platform/conversational-ai-and-automation) (abgefragt 18.01.2025).

Hochrangige Expertengruppe für künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI 2019.

- Hoeffler/Konuwsky/Müller/Niendorf/Pfalzgraf*, Personalwirtschaftliches Reporting mit SAP Netweaver und Business Objects, in *Piazza* (Hrsg), Human Resource Intelligence und Analytics (2015) 187 ff.
- Holtom/Lee/Mitchell/Eberly*, Turnover and Retention Research: A Glance at the Past, a Closer Review of the Present, and a Venture into the Future, *The Academy of Management Annals* 2008, 231.
- Hopf/Mayr/Eichinger*, Gleichbehandlungsgesetz² § 12 (Stand 1.1.2021, rdb.at).
- IBM*, Was ist Deep Learning?, ibm.com/de-de/topics/deep-learning (Stand 17.06.2024).
- Isits/Minihold/Roubik*, Haftungsfragen beim Einsatz künstlicher Intelligenz. Zivilrecht, Strafrecht, Datenschutzrecht (2020).
- Ito-Masui/Kawamoto/Esumi/Imai/Shimaoka*, Sociometric wearable devices for studying human behaviour in corporate and healthcare workplaces, *BioTechniques* 2021, 392 ff.
- Jankowiak*, docebo: LMS Learning Management Systeme, trusted.de/docebo (abgefragt 31.12.2024).
- Jäger/Tewes*, KI in der Weiterbildung der Zukunft, in *Knappertbusch/Gondlach* (Hrsg), Arbeitswelt und KI 2030. Herausforderungen und Strategien für die Arbeit von morgen (2021) 389 ff.
- Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Arbeitsverfassungsgesetz¹ § 96 (Stand 1.12.2012, rdb.at).
- Jorie Foss*, Ignite 2024: New innovation for the AI-powered workforce, [microsoft.com/blog/microsoftvivablog/ignite-2024-new-innovation-for-the-ai-powered-workforce/4303391](http://techcommunity.microsoft.com/blog/microsoftvivablog/ignite-2024-new-innovation-for-the-ai-powered-workforce/4303391) (Stand 19.11.2024).
- Judt/Klausegger*, Was ist eigentlich ... Gamification? ÖBA 2017.
- Kanning*, Die Chancen des Personalmarketings, in *Schulte/Hiltmann* (Hrsg), Eignungsdiagnostische Interviews. Standards der professionellen Interviewführung (2023) 337 ff.
- Kettler/Kaufeld*, Game-based Learning, in *Kauffeld/Othmer* (Hrsg), Handbuch Innovative Lehre (2019) 249 ff.
- Kirste/Schürholz*, Entwicklungswege zur KI, in *Wittpahl* (Hrsg), Künstliche Intelligenz (2019) 21 ff.
- Knecht*, Big Five Modell: Alle Infos zum Persönlichkeitsmodell, praxistipps.focus.de/big-five-modell-alle-infos-zum-persoenlichkeitsmodell_119613 (Stand 14.04.2020).
- Knyrim/Tien*, Die Datenschutz-Grundverordnung im Beschäftigungskontext, ASoK 2017, 362 ff.
- Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} § 1294 (Stand 1.1.2018, rdb.at).
- Korn/Brenner/Börsig/Lalli/Mattmüller/Müller*, Defining Recruitainment: A Model and a Survey on the Gamification of Recruiting and Human Resources, in *Freund/Celary* (Hrsg), Advances in The Human Side of Service Engineering (2017) 37 ff.
- Koziol*, Die Haftung der Banken bei Versagen technischer Hilfsmittel, ÖBA 1987, 7.
- Kreutzer*, Künstliche Intelligenz verstehen, Grundlagen – Use-Cases – unternehmenseigene KI-Journey² (2023).

Kronthaler, Analoge Anwendung von § 1313a ABGB auf "technische Hilfsmittel"? ÖJZ 2019, 945 ff.

Leutner/Aichholzer, Digitale Video- & Spiel-Assessments: Psychometrie und maschinelles Lernen, in *Stulle* (Hrsg), Digitalisierung der Management-Diagnostik. Aktuelle Instrumente, Trends, Herausforderungen (2020) 67 ff.

Linardatos, Auf dem Weg zu einer europäischen KI-Verordnung – ein (kritischer) Blick auf den aktuellen Kommissionsentwurf, Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union 2022, 58 ff.

Löschnigg, Biometrische Daten und Arbeitsverhältnis, ASoK 2005, 37.

Löschnigg, Fürsorgepflicht, ÖGB Verlag 2017.

Marhold in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, Angestelltengesetz¹ § 18 (Stand 1.6.2012, rdb.at).

McCarthy/Minsky/Rochester/Shannon, A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence 1955.

Microsoft, microsoft.com/de-de/microsoft-viva/insights?market=de (abgerufen 31.12.2024).

Microsoft, Einführung in Microsoft Viva Insights, learn.microsoft.com/de-de/viva/insights/introduction (Stand 15.10.2024).

Mosler in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ § 18 AngG (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Naderhirn in *Strasser/Jabornegg/Resch*, Arbeitsverfassungsgesetz¹ § 96a (Stand 1.12.2012, rdb.at).

Nürnberg, Agiles HR-Management. Effiziente Personalarbeit durch smarten Einsatz digitaler Technologien (2019).

Omlor, Methodik 4.0 für ein KI-Deliktsrecht, InTeR 2020, 221 ff.

Paaß/Hecker, Künstliche Intelligenz. Was steckt hinter der Technologie der Zukunft? (2020).

Palmstorfer, Chance oder Risiko? Europas rechtliche Antworten auf die Herausforderungen Künstlicher Intelligenz, ZÖR 2023, 269 ff.

Palmu, Human Resource Management with Artificial Intelligence (2020).

Pentland, The New Science of Building Great Teams, Harvard Business Review 2012, 60.

Personio, Erfolgreiches Personalmanagement: Der Treibstoff für Unternehmen, personio.de/hr-lexikon/personalmanagement/ (abgefragt 31.12.2024).

Personio, CV-Parsing: Blitzschnell die richtigen Bewerber finden, personio.de/hr-lexikon/cv-parsing/ (abgefragt 31.12.2024).

Pfeiffer, Kontext und KI: Zum Potenzial der Beschäftigten für Künstliche Intelligenz und Machi-ne-Learning, HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik 2020, 465 ff.

Poh, Evaluating candidate performance and reaction in one-way video interviews 2015.

Rahman, AI and Machine Learning (2020).

Rauffmann, Videospiele sollen die Weiterbildung retten, wiwo.de/erfolg/beruf/serious-games-videospiele-sollen-die-weiterbildung-retten/26027370.html (Stand 29.07.2020).

Resch, Vertragliche und nachvertragliche Schutzpflichten/Fürsorgepflichten des Arbeitgebers, JAS 2021, 49 ff.

Reissner in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ § 96 ArbVG (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Roedenbeck, Die richtigen Fragen stellen. Wie künstliche Intelligenz die Personalarbeit verändern kann, OrganisationsEntwicklung 2020, 64 ff.

Rüdiger, talent::digital – Eine Plattform zur Erfassung des digitalen Mindset, in *Stulle* (Hrsg), Digitalisierung der Management-Diagnostik. Aktuelle Instrumente, Trends, Herausforderungen (2020) 247 ff.

Ruschemeyer in *Martini/Wendehorst*, Kommentar zur KI-VO (2024).

Salomon/Trieb, Ermittlung eines Score-Werts kann das Verbot der automatisierten Entscheidung (Art 22 DSGVO) verletzen, ZRF 2024, 119 ff.

Schacherreiter in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,09} § 1313a (Stand 1.1.2023, rdb.at).

Schoenthal/Gierschmann/Schneider, Künstliche Intelligenz in HR – Chance oder Risiko? in *Schwuchow/Gutmann* (Hrsg), HR-Trends 2021. Strategie, Kultur, Big Data, Diversity² (2020) 316 ff.

Seufert/Preisig/Krapf/Meier, Von Gamification zum systematischen Motivationsdesign mit kollaborativen und spielerischen Gestaltungselementen. Konzeption und Anwendungsbeispiele, scil Arbeitsbericht 2017.

Talention, Was ist CV Parsing? Eine Erklärung und die Vorteile auf einen Blick!, talent-on.de/blog/was-ist-cv-parsing-eine-erklaerung-und-die-vorteile-auf-einen-blick (abgefragt 31.12.2024).

Talentwunder, talentwunder.com (abgefragt 31.12.2024).

Talentwunder, talentwunder.com/active-sourcing-playbook/ (abgefragt 31.12.2024).

Textio, textio.com/products/recruiting (abgefragt 12.01.2025).

Tinhofer, Algorithmenbasierte Entscheidungen und Diskriminierung, DRdA 2022, 171 ff.

Tomal/Schilling, Human Resource Management. Optimizing Organizational Performance² (2018).

Verhoeven, Die Theorie der Candidate Experience, in *Verhoeven* (Hrsg), Candidate Experience. Ansätze für eine positiv erlebte Arbeitgebermarke im Bewerbungsprozess und darüber hinaus (2016), 7.

Visier, visier.com/company/ (abgefragt 06.01.2025).

Wendehorst in *Martini/Wendehorst*, Kommentar zur KI-VO (2024).

Wichert, Künstliche Intelligenz, spektrum.de/lexikon/neurowissenschaft/kuenstliche-intelligenz/6810 (abgefragt 26.12.2024).

Wildhaber/Lohnmann/Kasper, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2019, 459 ff.

Wolfbauer, Bad Robot – wer ist verantwortlich, wenn KI versagt? ecolex 2023, 105.

Wuttke, Machine Learning: Definition, Algorithmen, Methoden und Beispiele, datasolut.com/was-ist-machine-learning/ (Stand 24.05.2024).

Zöchling-Jud, Künstliche Intelligenz und zivilrechtliche Haftung, in *Reindl-Krauskopf/Grafl* (Hrsg), Künstliche Intelligenz – Fluch oder Segen (2020) 73 ff.

Judikatur- und Rechtsquellenverzeichnis

Angestelltengesetz BGBl 1921/292.

Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22.

Behinderteneinstellungsgesetz BGBl I 1970/22.

Betriebsrätemodernisierungsgesetz BGBl I 2021, 1763.

Betriebsverfassungsgesetz BGBl I 2001, 2518.

COM (2021) 206 final, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union.

COM (2022) 496 final, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Anpassung der Vorschriften über außervertragliche zivilrechtliche Haftung an künstliche Intelligenz (Richtlinie über KI-Haftung).

Gleichbehandlungsgesetz BGBl I 2004/66.

EA Linz Re 6/85 ZAS 1986/23.

EuGH C-634/21, SCHUFA Holding AG, ECLI:EU:C:2023:957.

OGH 21.02.1984, 4 Ob 13/84.

OGH 21.10.1998, 9 Ob A 264/98h.

OGH 10.02.2004, 1 Ob 265/03g.

OGH 20.12.2006, 9 Ob A 109/06d.

OGH 05.06.2008, 9 Ob 18/08z.

OGH 20.08.2008, 9 Ob A 95/08y.

OGH 23.04.2009, 8 Ob A 11/09i.

OGH 03.09.2010, 9 Ob A 141/09i.

OGH 27.02.2018, 9 Ob A 94/17i.

OLG Wien 8 Ra 100/95 ARD 1995/4699.

OLG Wien 25.6.1993, 33 Ra 52/93.

Produkthaftungsgesetz BGBl 1988/99.

RL (EU) 2024/2853 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.Oktobe 2024 über die Haftung für fehlerhafte Produkte und zur Aufhebung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates, ABl L 2024/2853, 1.

Tribunale Ordinario di Bologna 31.12.2020, 2949/2019.

VwGH 27.05.1993, 92/01/0927.

VwGH 21.12.2023, Ro 2021/04/0010.

VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

VO (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Rechtslinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz), ABl L 2024/1689, 1.

Zivilprozessordnung RGBI 1895/113.

Künstlerische künstliche Intelligenz

Schutz von KI-geschaffenen Werken im Bereich der bildenden Künste und zugleich ein Plädoyer für ein neues KI-Schöpfungsrecht

Mag.^a Stefanie Urdl, LL.M.

Kurzfassung

Die vorliegende Masterarbeit widmet sich dem – wo möglichen – Schutz von KI-geschaffenen Werken im Bereich der bildenden Künste. Dabei zeigt das hier behandelte Thema die unterschiedlichen Schutzmöglichkeiten in diesem Zusammenhang auf.

Spätestens mit dem Aufkommen des bildgenerierenden Tools *Dall-E* und des textbasiierenden Dialogsystems *ChatGPT* ist KI in aller Munde und löst einen Wandel im Kreativbereich aus, sodass dieser nicht länger dem Menschen vorbehalten ist. Das Projekt *The Next Rembrandt* und die Versteigerung des Gemäldes *Edmond de Belamy* haben das computerbasierte Schaffen von bildlichen Werken auf eine neue Ebene gehoben.

Zu Beginn dieser Arbeit erfolgt eine begriffliche Einordnung von KI, insb im Bereich der bildenden Künste. In den nächsten beiden Abschnitten werden der urheberrechtliche und leistungsschutzrechtliche Schutz von KI-geschaffenen Werken dargelegt und erläutert. Im Vordergrund des urheberrechtlichen Schutzes stehen der Werk- und Urheberrechtsbegriff sowie der Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als Computerprogramm und als Datenbankwerk. Im Rahmen des Leistungsschutzrechts wird der Schutz der KI-Erzeugnisse als Lichtbild und der Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als geschützte Datenbank näher behandelt.

Der fünfte Abschnitt der Arbeit erörtert die weiteren Schutzmöglichkeiten wie Schutz nach UWG, Schutz im Wege von Rechtsgeschäften unter Lebenden sowie Schutz als NFT. Die Überlegungen zur Thematik sowohl auf europäischer und internationaler Ebene als auch meine eigenen Überlegungen runden die Arbeit ab. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf der Schaffung eines neuen KI-Schöpfungsrechts.

Abkürzungsverzeichnis

ABL	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Art	Artikel
BMfLV	Bundesministerium für Landesverteidigung
bspw	beispielsweise
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
DatenbankRL	Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl L 1996/77, 20 idF L 2019/130, 92
dUrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBl I 51/1965, 1273, idF I 35/2021, 1858
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgründe
etc	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUIPO	Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum
f	folgende [Seite]
ff	folgende [Seiten]
FS	Festschrift
gem	gemäß
hM	herrschende Meinung
hL	herrschende Lehre
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinne
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des, im Sinne der
iSe	im Sinne eines, im Sinne einer
iwS	im weiteren Sinne
KI	Künstliche Intelligenz
KI-VO-V	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg

Lfg	Lieferung
LV	Lehrveranstaltung
mE	meines Erachtens
NFT	Non-Fungible Token
OGH	Oberste Gerichtshof
Rz	Randziffer
SoftwareRL	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 2009/111, 16
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivilsachen
ua	und andere, unter anderem
UrhG	Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBL 111/1936 idF I 244/2021
USD	Internationaler Währungscode für US-Dollar
uva	und viele andere
WIPO	Weltorganisation für geistiges Eigentum

1. Einleitung¹²

Bildung und Kunst zählten bislang zu Sphären, die ausschließlich dem Menschen bestimmt schienen. Spätestens seit der Vorstellung des bildgenerierenden Tools „*Dall-E*³“ und des textbasierenden Dialogsystems „*ChatGPT*⁴“ ist KI in aller Munde und begeistert die Massen. Zugleich löst der enorme Erfolg dieser KI einen Wandel im Kreativbereich aus, sodass dieser nicht länger nur dem Menschen vorbehalten ist. Das Projekt *The*

-
- 1 Der vorliegende Beitrag wurde als Masterarbeit am 20.09.2023 zur Erlangung des akademischen Grades „Master of Laws“ – „LL.M.“ im Masterprogramm LL.M. Digital Business & Tech Law, Executive Education Master am MCI – Die Unternehmerische Hochschule eingereicht. Für die Betreuung der Masterarbeit und für die Ermöglichung der Veröffentlichung dieser möchte ich mich bei Herrn RA Univ.-Prof. Dr. Franz Pegger herzlich bedanken. Diese Arbeit ist inhaltlich auf dem Stand der Einreichung.
 - 2 *Urdl*, Sind KI-geschaffene Werke im Bereich der bildenden Künste urheberrechtlich geschützt?, unveröffentlichte Projektarbeit der LL.M.-Lehrveranstaltung „Sharing Economy and Business“ (LV-Leiter RA Univ.-Prof. Dr. Franz Pegger) (2023) 1.
 - 3 <https://www.openai.com/product/dall-e-2> (abgefragt am 20.09.2023).
 - 4 <https://www.chat.openai.com/auth/login?next=%2F> (abgefragt am 20.09.2023).

Next Rembrandt und die Versteigerung des Gemäldes *Edmond de Belamy* haben das computerbasierte Schaffen von bildlichen Werken auf eine neue Ebene gehoben.

Im ersten Fall erweckten die Technische Universität in Delft gemeinsam mit *Microsoft* und der *ING-Group* den vor mehr als 350 Jahren verstorbenen, niederländischen Künstler *Rembrandt* virtuell wieder zum Leben, indem sie eine KI mit Werken von *Rembrandt* anlernten, um ein typisches *Rembrandt*-Porträt zu schaffen. Ein 3D-Drucker brachte das Werk von der virtuellen in die analoge Welt mit all den Feinheiten und der Maltechnik *Rembrandts*.⁵

Auch im zweiten Fall wurde eine KI namens „ $\min G \max D \mathbb{E}[\log(D(x))] + \mathbb{E}[\log(1-D(G(z)))]$ “⁶ mit unzähligen Datensätzen gefüttert, um letztendlich ein scheinbar unvollendetes Portrait zu schaffen.⁷ Die Besonderheit hierbei liegt allerdings darin, dass es sich um das erste KI-Werk handelt, welches im namhaften Auktionshaus Christie's versteigert wurde, und zwar um den stolzen Preis von USD 432.500,-.⁸

Diese Fälle lassen unweigerlich die Fragen aufkommen, ob KI-geschaffene Werke einen Schutz nach dem Urheberrecht oder einer anderen Rechtsmaterie genießen und wenn ja, wem dieses Recht zuteil wird. Im voranschreitenden digitalen Zeitalter muss sich weiters die Frage gestellt werden, ob das Urheberrecht, welches europaweit harmonisiert ist, noch zeitgemäß oder „*eine romantische Idee der Vergangenheit ist, die in einer softwaredominierten Gegenwart zunehmend wieder zu dem Nischen- und Randgebiet vergangener Epochen wird*“⁹, wie Pfeifer dies ausführt.

Ziel dieser Masterarbeit ist den – wo möglichen – Schutz von KI-ge schaffenen Werken im Bereich der bildenden Künste darzulegen. Zur Veranschaulichung der abstrakten und theoretischen Thematik werden durchgehend Beispiele der österreichischen und europäischen Rechtsprechung eingearbeitet.

Der Beginn dieser Arbeit widmet sich der begrifflichen Einordnung von KI, insb im Bereich der bildenden Künste. Erläuterungen zum urheberrechtlichen Schutz bilden den dritten Abschnitt. Im Vordergrund stehen dabei der Werk- und Urheberrechtsbegriff sowie der Schutz der KI und

5 <https://www.nextrembrandt.com/> (abgefragt am 20.09.2023).

6 <https://www.obvious-art.com/> (abgefragt am 20.09.2023).

7 <https://www.obvious-art.com/> (abgefragt am 20.09.2023).

8 <https://www.obvious-art.com/> (abgefragt am 20.09.2023).

9 Pfeifer, Roboter als Schöpfer – Wird das Urheberrecht im Zeitalter der künstlichen Intelligenz noch gebraucht? in FS Walter (2018) 222.

ihrer Erzeugnisse als Computerprogramm und als Datenbankwerk. Der vierte Abschnitt befasst sich mit dem Leistungsschutzrecht. Hierbei wird insb auf den Schutz der KI-Erzeugnisse als Lichtbild und auf den Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als geschützte Datenbank eingegangen. Die Darlegung und Erläuterung weiterer Schutzmöglichkeiten ist Aufgabe des nächsten Abschnittes des Werkes. Im Besonderen wird der Schutz nach UWG, Schutz im Wege von Rechtsgeschäften unter Lebenden sowie Schutz als NFT näher behandelt. Der sechste Abschnitt skizziert Überlegungen zur Thematik sowohl auf europäischer und internationaler Ebene als auch meine eigenen Überlegungen. Der Schwerpunkt dieses Abschnittes liegt auf der Herausarbeitung der Schaffung eines neuen KI-Schöpfungsrechts. Die Masterarbeit schließt mit der Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die Abschnitte 1., 2. und die Kapitel 3. bis 3.3.5. der Masterarbeit wurden aus den Abschnitten 1., 2. und 3. der unveröffentlichten Projektarbeit mit dem Titel „*Sind KI-geschaffene Werke im Bereich der bildenden Künste urheberrechtlich geschützt?*“ übernommen, die ich eigenständig in der Lehrveranstaltung Sharing Economy and Business bei RA Univ.-Prof. Dr. Franz Pegger verfasst habe. Da die deskriptive Aufarbeitung der KI-Definition sowie des urheberrechtlichen Schutzes in der Projektarbeit umfassend dargelegt wurden und diese Abschnitte thematisch in die Masterarbeit passen, wurden die Textabschnitte in die Masterarbeit integriert.

Soweit in der vorliegenden Arbeit auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen aus Gründen des besseren Verständnisses sowie der leichteren Lesbarkeit in männlicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf alle Geschlechter gleichermaßen.

2. KI – Künstliche Intelligenz¹⁰

Die begriffliche Einordnung von KI ist nicht einfach. Es gibt viele verschiedene Definitionsansätze, was unter KI zu verstehen ist, jedoch keine allgemeingültige. Die Konferenz Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence im Jahr 1956 gilt als Geburtsstunde der KI, bei dieser John McCarthy den Begriff Artificial Intelligence (auf Deutsch: Künstliche Intelligenz) geprägt hat.

10 *Urdl*, unveröffentlichte Projektarbeit (2023) 3.

Die Europäische Kommission hat im Rahmen des KI-VO-V eine – wenn auch etwas sperrige – Definition für KI formuliert. Laut der Europäischen Kommission ist eine KI

„eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren“¹¹.

Im allgemeinen Sprachgebrauch handelt es sich bei einem KI-basierten System um ein Computersystem, welches den Menschen und seine menschlichen, kognitiven Fähigkeiten wie logisches Denken, Planen, Lernen, aber auch seine Kreativität mithilfe von Algorithmen nachahmt.

In den meisten Fällen steht hinter der KI ein lernendes neuronales Netzwerk. In der ersten Phase, der Lernphase, wird das System durch Eingabe von großen Datensätzen trainiert. In der darauffolgenden Testphase dienen diese eingegebenen Datensätze als Basis und Vergleichswert, um Muster und Zusammenhänge zu erkennen (Kalibrierung des Systems). Sollten Abweichungen auftreten, so wird der Algorithmus entsprechend adaptiert, wodurch das System wiederum lernt, richtige Entscheidungen zu treffen.¹²

Aber KI ist nicht gleich KI. Es gibt viele verschiedene KI im Bereich der technischen Bilderzeugung. Zwei der bekanntesten Vertreter dieser Art sind die KI *min G max D Ex[log(D(x))] + Ez[log(1-D(G(z)))]* und die KI, welche das Projekt *The Next Rembrandt* generierte. Weiters sind die KI-Bildgeneratoren zu nennen, welche vollautomatisch durch Eingabe eines beschreibenden Textes, wie das Ergebnis aussehen soll, ein entsprechendes Bild kreieren. Dieser Textbefehl wird Prompt genannt. Je detailreicher dieser Prompt formuliert ist, desto origineller ist das Ergebnisbild. Dabei sollte der Prompt eine gewisse Struktur aufweisen und sich aus Kategorie (Bildart bspw Foto oder Gemälde), Beschreibung (bestehend aus Objekt, Eigenschaften des Objektes sowie Umgebung), Stil (Kunststil, Details zur Beleuchtung) und/oder Komposition (Kameraansicht, Auflösung) zusam-

11 Gem Art 3 Abs 1 KI-VO-V.

12 Herda, Artificial Intelligence und Immaterialgüterrecht, wbl 2019, 305 (305 f); Kresbach, Intellectual Property im digitalen Zeitalter, in Zankl (Hrsg), Rechtshandbuch der Digitalisierung (2021) Rz 12.54.

mensetzen. Zu den derzeit bekanntesten KI-Bildgeneratoren zählen *Dall-E*¹³, *Mindverse*¹⁴ und *Jasper*¹⁵.

Auch wenn es noch keine allgemeingültige Definition von KI gibt, so haben alle KI den großen Datensatz gemein.

3. Urheberrecht ieS¹⁶

Das Urheberrecht zählt wie das Marken-, Muster- und Patentrecht zum Immaterialgüterrecht. Wesensmerkmale des Urheberrechts sind die geistigen Güter wie Literatur, Bilder, Software etc. Nationale Rechtsgrundlage hierfür bildet das UrhG. Das UrhG regelt sowohl das Urheberrecht ieS, das Leistungsschutzrecht als auch gewisse Persönlichkeits- und Wettbewerbsrechte.

Schutzgegenstand des Urheberrechts ieS sind Werke, welche als eigenständige geistige Schöpfungen im Bereich der Kunst sowie der Informatstechnologie zu beurteilen sind.¹⁷ Dabei normiert das Gesetz dem schöpfenden Rechtssubjekt – dem Urheber – das absolute Recht an diesen Werken. Dem Urheber steht nicht nur das Recht zu, das Werk zu gebrauchen, sondern wesentliches Merkmal ist, dass der Urheber jeden anderen vom Gebrauch seines Werkes ausschließen und festlegen kann, unter welchen Voraussetzungen dieser dieses verwenden darf. Damit allerdings ein solches ausschließliches (Verwertungs-)Recht gegenüber jedermann besteht, bedarf es dem Vorliegen eines Werkes sowie eines Urhebers und einem gewissen Zusammenhang zwischen diesen beiden.

Die nachfolgenden Absätze widmen sich dem Urheberrecht ieS. Zuerst werden die allgemeinen urheberrechtlichen Vorschriften (begriffliche Einordnung des Werks sowie des Urhebers) erörtert. Im Besonderen wird hierbei auf die urheberrechtlichen Schutzzvoraussetzungen von KI-geschaffenen Werken eingegangen. Anschließend wird der Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als Computerprogramm sowie als Datenbankwerk untersucht.

13 <https://www.openai.com/product/dall-e-2> (abgefragt am 20.09.2023).

14 <https://www.mind-verse.de> (abgefragt am 20.09.2023).

15 <https://www.jasper.ai> (abgefragt am 20.09.2023).

16 *Urdl*, unveröffentlichte Projektarbeit der LL.M.-Lehrveranstaltung „Sharing Economy and Business“ (LV-Leiter RA Univ.-Prof. Dr. Franz Pegger) (30.04.2023).

17 *Ciresa* in *Ciresa* (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht § 1 Rz 2 (22. Lfg 2020).

3.1. Werke im Allgemeinen

Im UrhG befindet sich eine Definition des Werkbegriffes:

„Werke im Sinne dieses Gesetzes sind eigentümliche geistige Schöpfungen auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst.“¹⁸

Weiters gilt, dass ein Werk „*als Ganzes und in seinen Teilen urheberrechtlichen Schutz nach den Vorschriften dieses Gesetzes*“¹⁹ genießt.

3.1.1. Begriff des Werkes der bildenden Künste (§§ 1, 3 UrhG)

Der Werkbegriff des UrhG ist unbestimmt²⁰, für alle Werkkategorien einheitlich²¹ und nach strRp zweckneutral²². Die gesetzliche Festlegung, dass ein Werk iSd UrhG „*als Ganzes und in seinen Teilen urheberrechtlichen Schutz*“²³ genießt, trägt zur Begriffsbestimmung des Werkes nicht wesentlich bei. Der Begriff muss im Einzelfall konkretisiert werden.²⁴

Der Werkbegriff des UrhG legt dar, was den Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes ausmacht und iSd UrhG als Literatur und Kunst anzusehen ist. Dabei deckt sich der urheberrechtliche Begriff nicht zwingend mit dem kunsttheoretischen Begriff oder einem markt- oder publikumsorientierten Kunstverständnis, welches stetigem Wandel unterliegt. Vielmehr muss das urheberrechtlich schützbare Werk neutral, objektiv umschrieben und für alle künstlerischen Entwicklungen offen sein. Dieses offene Kunstverständnis wird durch das Erfordernis eines Mindestmaßes an formender Gestaltung beschränkt. Das urheberrechtlich schützbare Werk muss sohin originell, individuell und eigentümlich sein.²⁵

18 Gem § 1 Abs 1 UrhG.

19 Gem § 1 Abs 2 UrhG.

20 Kucska in Kucska/Handig (Hrsg), urheber.recht² § 1 Rz 8 (2017).

21 OGH 17.02.2002, 4 Ob 274/02a (Felsritzbild), MR 2003, 162 (Walter) = ecolex 2004/20, 42 (Schumacher).

22 RIS-Justiz RS0076575.

23 Gem § 1 Abs 2 UrhG.

24 Ciresa in Österreichisches Urheberrecht § 1 Rz 3.

25 M. Walter, Österreichisches Urheberrecht I Rz 102; OGH 14.10.2008, 4 Ob 162/08i (Schokoladeschuh), MR 2008, 362 (Walter) = ÖBl 2009, 202 (Büchele) = ecolex 2009,503 (Horak) = SZ 2008/147.

Relevant für die Beurteilung, ob ein geistiges Gut als Werk iSd UrhG zu werten ist, ist der Zeitpunkt der erstmaligen Gestaltung der zu beurteilenden Form.²⁶

Aus der Gesetzesbestimmung des § 1 UrhG geht hervor, dass ein geistiges Gut, um als urheberrechtlich geschütztes Werk qualifiziert zu sein, eine eigentümliche geistige Schöpfung darstellen muss. Daneben muss kumulativ das geistige Gut einer der im Gesetz – nach hM taxativ²⁷ – aufgelisteten Werkkategorien zurechenbar sein.

§ 1 Abs 1 UrhG spricht neben anderer Werkkategorien als drittes die Werkkategorie der *bildenden Künste* an. Der Gesetzgeber hat von einer Begriffsbestimmung der Werke der bildenden Künste – wie bei den *Werken der Literatur* und der anderen *Künste* – abgesehen. Vielmehr normiert das Gesetz in § 3 UrhG Umschreibungen, was hierzu zählt. Zu den Werken der bildenden Künste gehören „Werke der Lichtbildkunst (Lichtbildwerke), der Baukunst und der angewandten Kunst (des Kunstgewerbes)“²⁸.

Maßgeblich für das Vorliegen eines Werkes der bildenden Künste ist nach stRsp, dass das geistige Gut objektiv als Kunst iW S wahrgenommen wird und mit Darstellungsmitteln der bildenden Künste durch formgebende Tätigkeit geschaffen und zum Ansehen bestimmt ist, ohne Rücksicht darauf, ob es auch einen Gebrauchswert in der Praxis hat.²⁹ Als Beispiele für Darstellungsmittel sind etwa Malerei, Bildhauerei, Grafik, aber auch die Erstellung von Fotocollagen zu nennen.³⁰ Auch ein Werk gem § 3 UrhG muss eine *eigentümliche geistige Schöpfung* iSd § 1 Abs 1 UrhG sein, also das Ergebnis schöpferischer geistiger Tätigkeit darstellen und sich von anderen abheben.³¹

Die nachfolgenden Absätze skizzieren die Schutzworaussetzungen eines Werkes der bildenden Künste iSd §§1, 3 UrhG näher.

26 OGH 05.11.1991, 4 Ob 95/91 (Le Corbusier-chaise-longue), GRURInt 1992, 674; OGH 10.07.1984, 4 Ob 337/84 (Mart Stam-Stuhl), MR 1992, 21 (Walter).

27 Dillenz/Gutman, Praxiskommentar zum Urheberrecht – Österreichisches Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftsgesetz² § 1 Rz 3 (2004).

28 Gem § 3 Abs 1 UrhG.

29 RIS-Justiz RS0076203.

30 Ciresa in Österreichisches Urheberrecht § 1 Rz 52.

31 OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92 (Bundesheer-Informationsblatt), MR 1992, 199 (Walter) = SZ 65/51; uva.

3.1.2. Geistige Schöpfung

Im Zentrum des Begriffes steht die *Schöpfung*, welche meist eine Idee voraussetzt. Die Idee alleine ist nach hM allerdings nicht schutzfähig.³² Der Grund dafür ist weniger, dass die Idee nicht wertvoll ist, als vielmehr die drastischen Einschränkungen der kreativen und auch wirtschaftlichen Betätigung.³³ Würde der urheberrechtliche Schutz auch auf Ideen (bspw Übertragung eines Fernsehspiels im Fernsehen³⁴ oder Pizzaservice mit telefonischer Bestellung und Hauszustellung³⁵) ausgeweitet werden, so würde jede Idee eine Monopolstellung einnehmen und keine Konkurrenten am Markt zulassen.

Erst wenn die Idee eine konkrete Form annimmt, sohin für die Außenwelt wahrnehmbar wird, kann eine Schöpfung iSd Urheberrechts entstehen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die sinnliche Wahrnehmbarkeit des Werkes unmittelbar gegeben ist oder ob dafür ein (technisches) Hilfsmittel, wie ein Computer, herangezogen werden muss.³⁶ Auch stellt das UrhG weder auf die dauerhafte noch körperliche Festlegung ab.³⁷

Durch den bloßen Schöpfungsakt kann ein urheberrechtlich geschütztes Werk entstehen. Rechtlich ist dieser Akt als Realakt zu qualifizieren, welcher weder die Geschäfts- noch Handlungsfähigkeit des Schöpfers voraussetzt.³⁸

Weiters muss die Schöpfung als *geistige* qualifiziert sein. Eine geistige Schöpfung ist gegeben, wenn das geistige Gut eine Schöpfung des menschlichen Denkprozesses ist. Auf langwierige Gedankengänge sowie Begründungen kommt es hierbei nicht an. Vielmehr vertritt Kucsko sogar die Auffassung, dass „*auch das völlig spontane Werkschaffen, das aus der Intuition schöpfende, tranceartige Schaffen*“³⁹ auf eine individuelle geistige Leistung

32 *Handig*, Einfach originell ... muss eine Idee sein. – Die Schutzfähigkeit von Ideen nach dem UrhG, ÖBl 2010/12, 52 (54); *Dillenz/Gutmann*, UrhG & VerwGesG² § 1 Rz 5; ausführlich *Thiele*, Urheberrechtlicher Schutz von Ideen – vom Mythos zum Logos, RdW 2007/545, 523 (523 ff); differenzierter *Walter*, Österreichisches Urheberrecht (2008) 85.

33 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 12.

34 OGH 29.06.1982, 4 Ob 386/81 (Fernsehjockey), SZ 55/92.

35 OGH 08.03.1994, 4 Ob 16/94 (Hallo Pizza), ÖBl 1996, 14.

36 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 15 ff.

37 *Handig*, ÖBl 2010/12, 52 (54); *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 19.

38 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 20.

39 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 24.

des Menschen rückführbar und sohin grundsätzlich schützbar sei.⁴⁰ Dieser Ansicht ist zu folgen, denn ansonsten wären die Schüttbilder von *Nitsch* – wie *Zankl*⁴¹ zutreffend hervorhebt – nicht urheberrechtlich geschützt.

Die bloße Entdeckung von etwas Vorhandenem kann dem Grunde nach einer menschlichen Leistung zugerechnet werden, doch fehlt dem Entdeckten die geistige schöpferische Kraft, weshalb das Muster einer Baumrinde oder der markante Felsen nicht durch das bloße Auffinden urheberrechtlich schutzfähige Schöpfungen sind. Auch Schöpfungen durch Tiere – bekannter Fall „Affenselfie“⁴² – oder autonome Schöpfungen von Maschinen, die ohne Einflussnahme des Menschen etwas generieren, sind demnach nicht als geistige Schöpfungen zu beurteilen, da der menschliche Einfluss fehlt. Anders verhält es sich, wenn das Tier oder die Maschine als bloßes Werkzeug des Menschen herangezogen wird. Schafft ein Künstler etwa ein Bild mit einem Zeichenprogramm oder führt der Mensch die Pfoten des Tieres, um ein Bild zu malen, so ist eine menschliche geistige Schöpfung gegeben.⁴³

Entsprechend den Darstellungen können nur menschliche Leistungen eine geistige Schöpfung nach dem UrhG sein.

3.1.3. Eigentümlichkeit

Das Erfordernis der *Eigentümlichkeit* wird durch die individuelle Eigenart begründet,⁴⁴ also die auf der Persönlichkeit seines Werkschaffenden beruhenden Individualität des Werkes – die sozusagen persönliche Note –, ohne dass es ein erhebliches Maß an Originalität bedarf. Dabei kann die persönliche Note durch gedankliche Bearbeitung oder visuelle Gestaltung zur Geltung kommen.⁴⁵

40 *Kucska* in *urheber.recht*² § 1 Rz 24.

41 *Zankl*, Künstliche Intelligenz und Immaterialgüterrecht bei Computerkunst, *ecolex* 2019, 244 (246).

42 DerStandard, Affenselfie: Prozess endet mit außergerichtlicher Einigung <https://www.derstandard.at/story/2000063935182/affen-selfie-prozess-endet-mit-aussergerichtlicher-einigung> (abgefragt am 20.09.2023).

43 *Kucska* in *urheber.recht*² § 1 Rz 25 f.

44 RIS-Justiz RS0II15496.

45 OGH 21.12.2004, 4 Ob 201/04v, MR 2005, 319 (*Walter*) = ÖBl 2005/66, 277 (*Schumacher*); OGH 17.02.2002, 4 Ob 274/02a; OGH 12.08.1996, 4 Ob 2161/96i (Buchstützen), MR 1997, 33 (*Walter*) = GRURInt 1997, 1030 (*Schanda*); OGH 11.07.1995, 4 Ob 58/95 (Pfeildarstellung), MR 1996, 107 (*Walter*); OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92.

Nicht die Einmaligkeit oder Neuheit, sondern das Abheben des geistigen Gutes vom Alltäglichen, üblicherweise Hervorgebrachten ist nach stRsp entscheidend, um eine individuelle Eigenart bejahen zu können.⁴⁶ Dem liegt das urheberrechtliche Freihaltebedürfnis zugunsten der Allgemeinheit zugrunde, wonach der urheberrechtliche Schutz jeglicher, auch so banaler, alltäglicher Leistungen die Schaffensfreiheit des Einzelnen unerträglich beeinträchtigen würde.⁴⁷

Zudem muss dem Werk keine bestimmte Werkhöhe zukommen. Außer Betracht haben auch ästhetische oder künstlerische Bewertungen zu bleiben.⁴⁸ Sogar minderwertige oder geschmacklose Werke können schutzfähig iSd UrhG sein.⁴⁹

Das Tatbestandsmerkmal der Eigentümlichkeit ist von – der auf der persönlichen Note des Schöpfers beruhenden – Individualität und Originalität, ohne jedoch ein erhebliches Maß vorauszusetzen, geprägt. Das geistige Gut muss sich dabei klar von anderen und Alltäglichem abheben.

3.1.4. Beispiele

Schutzfähige Werke der bildenden Künste sind ua Gemälde, Zeichnungen sowie zwei- oder dreidimensionale Darstellungen in analoger oder virtueller Form wie Grafiken oder Gebrauchsgrafiken.⁵⁰ Als Gebrauchsgrafik ist das Layout einer Webseite als Werk der bildenden Künste geschützt, sofern die persönliche Note des Werkschaffenden zur Geltung kommt. Den Standardlayouts der Erstellungssoftware kommt hingegen kein Urheberrechts-schutz zu, wenn keine individuellen Elemente eingebaut wurden.⁵¹

Auch Skizzen, Entwürfe oder Modelle können Schutzgegenstand gem § 3 UrhG sein, wenn darin die individuellen und persönlichen Züge ihres Schöpfers zum Ausdruck kommen.⁵²

46 *Ciresa* in Österreichisches Urheberrecht § 3 Rz 4; OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92; uva.

47 *M. Walter*, Österreichisches Urheberrecht I Rz 109; OGH 14.10.2008, 4 Ob 162/08i.

48 OGH 23.02.2016, 4 Ob 142/15h (Bettis Hand), ZIIR 2016, 221 (*Theile*) = MR 2016, 140 (*Walter*) = juslT 2016, 102 (*Sonntag*) = ecolex 2016, 603 (*Horak*) = ÖBl 2016, 240 (*Stadler*) = SZ 2016/13; OGH 07.03.1995, 4 Ob 10/95 (Kerzenständer); uva.

49 OGH 14.05.1996, 4 Ob 2085/96p (Türschild „Entenmotiv“), MR 1996, 241 (*Walter*).

50 *Ciresa* in Österreichisches Urheberrecht § 1 Rz 53.

51 RIS-Justiz RS0115332.

52 OGH 04.09.2007, 4 Ob 62/07g, MR 2007, 321 (*Höhne*) = SZ 2007/138; OGH 24.05.2005, 4 Ob 63/05a, MR 2005, 252 (*Walter*) = ecolex 2005,926 (*Schachter*).

Die Werkqualität wurde höchstgerichtlich der Buchtitelzeichnung der Karikaturistin *Winnie Jakob*⁵³, einer wiedergebenden (wissenschaftlichen) Zeichnung eines Felsritzbildes⁵⁴, dem Emblem (Logo) einer Schischule⁵⁵ sowie die für ein Computerspiel benutzten bildlichen Darstellungen⁵⁶ zuerkannt.

Darstellungen, welche sich weder durch einen neuen Gedanken noch durch eine individuelle, persönliche Ausgestaltung auszeichnen, genießen keinen Urheberrechtsschutz.

Wie bereits im Kapitel 3.1.2. angeführt, sind die – für die Außenwelt noch nicht wahrnehmbaren – Ideen, ungeformten Gedanken nicht schutzfähig. Für Stil, Manier und Technik eines Werkes gilt gleiches.⁵⁷ Denn es soll jedem möglich sein, ein Bild expressiv wie *Munch* oder im Stil des Post-Impressionismus wie *van Gogh* zu malen. Nach stRsp kann auch die Methode des Schaffens nicht schutzfähig sein.⁵⁸

Keine Werke iSd UrhG sind Erfindungen, Methoden, Lehre und Systeme.⁵⁹ Auch geometrische Formen sind als Gemeingut nicht schutzfähig.⁶⁰

Der OGH hat die Werkqualität ua für die Handschrift eines Menschen⁶¹, für die Idee, Gegenstände des täglichen Lebens wie Autos oder Früchte naturgetreu, nur in verkleinerter Form aus essbaren Materialien zu erzeugen und zu verkaufen,⁶² sowie für ein Formblatt des BMfLV⁶³ verneint.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Werkcharakter (höchstgerichtlich) zuerkannt wird, wenn er das Ergebnis geistiger Tätigkeit ist, dessen Eigenheit sich aus der persönlichen Note des Werkschaffenden ergibt, und kein Gemeingut darstellt.

53 OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93, MR 1994, 239 (*Walter*) = SZ 66/122.

54 OGH 17.02.2002, 4 Ob 274/02a.

55 OGH 12.09.1989, 4 Ob 76/89 (*Happy Skiing*), MR 1989, 210 (*Walter*).

56 OGH 06.07.2004, 4 Ob 133/04v (*Fast Film*), ÖBl 2005/9, 35 (*Dittrich*) = SZ 2004/103.

57 OGH 21.12.2004, 4 Ob 201/04v; OGH 19.11.2002, 4 Ob 229/02h, ÖBl 2003, 142 (*Gamerith*); OGH 10.07.1984, 4 Ob 337/84; uva.

58 OGH 17.12.2002, 4 Ob 274/02a.

59 OGH 29.06.1982, 4 Ob 386/81.

60 *Dittrich*, Der urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst, ÖJZ 1970, 365 (376); RIS-Justiz RS0076326.

61 OGH 23.02.2016, 4 Ob 142/15h.

62 OGH 14.10.2008, 4 Ob 162/08i.

63 OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92.

3.2. KI-geschaffene Werke

KI-geschaffene Werke sind *Erzeugnisse*, die digital erzeugt werden. Ob KI-geschaffene Werke urheberrechtlich geschützt sind, hängt davon ab, ob die Erfordernisse des Werkcharakters gem §§ 1, 3 UrhG gegeben sind.

Unter Bedachtnahme auf die zuvor angeführten Schutzvoraussetzungen ist besonders auf das Erfordernis der *geistigen Schöpfung* abzustellen. Die Schöpfung muss unter Einflussnahme des Menschen erzeugt werden, sohin einer menschlichen Leistung zugerechnet werden.

Nach Ansicht des OGH sind Maschinenschöpfungen, welche vollautomatisch ohne weiteres Zutun des Menschen durch den Computer generiert werden, nicht urheberrechtlich geschützt.⁶⁴ Im Umkehrschluss bedeutet das, wenn der Computer nur als bloßes Hilfswerkzeug zur Erzeugung des Werkes herangezogen wird, dass die Schöpfung einer menschlichen Leistung zuzurechnen und sohin schutzwürdig ist.⁶⁵

Diese Ansicht kann mE auch auf die Schaffung von KI-Werken umgemannt werden. Generiert die KI unter Einflussnahme des Menschen – beispielsweise unter detaillierten Vorgaben, welche Abbildungen das Werk enthalten und in welchem Stil das Werk geschaffen werden soll – ein Werk, ist die KI als bloßes Hilfswerkzeug des Menschen zu betrachten. Dabei ist mE nicht auf ein besonderes Maß an Originalität – wie auch sonst bei Werken der bildenden Künste – abzustellen.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass Erzeugnisse, welche von Computern geschaffen werden, grundsätzlich nicht urheberrechtlich geschützt sind, weil sie nicht durch menschliche Leistung geschaffen wurden. Ausnahmen gibt es jedoch dann, wenn der menschliche Input überwiegt. Dabei setzen viele einen hohen Maßstab an Eigentümlichkeit an.⁶⁶

Burgstaller/Herrmann führen die Eigentümlichkeit des Werkes durch das bewusste Gestalten des Urhebers begründet.⁶⁷ Ein Zufallsprodukt könnte

64 OGH 20.09.2011, 4 Ob 105/11m (Vorschaubilder/123people.at), MR 2011, 309 (krit *Pfaffenwimmer/Rösch*) = MR 2011, 313 (*Walter*) = ecolex 2012, 64 (*Anderl*) = ÖBL 2012, 175 (*Büchele*) = SZ 2011/118; OGH 17.12.1991, 4 Ob 3/92, MR 1992, 67 (*Walter*).

65 *Kucska* in *urheber.recht*² § 1 Rz 16.

66 Grötschl, Computer als Designer schützbar, als Urheber nicht, Die Presse 2023/10/02; Tipotsch/Hofmarcher, KI – Künstliche Intelligenz?, ecolex 2023/2, 101; Burgstaller/Herrmann, Urheberrechtliche Relevanz von KI-generierten sowie verschlüsselten Inhalten, ÖBL 2020/44, 148; Heidinger, Wem gehört das Werk von ChatGPT?, Der Standard 2023/08/01.

67 *Burgstaller/Herrmann*, ÖBL 2020/44, 148 (149).

ihrer Ansicht nach nicht urheberrechtlichen Schutz genießen und untermauern ihren Standpunkt durch EuGH- und OGH-Entscheidungen.⁶⁸ Kritisch ist hierbei das grundsätzliche Absprechen des urheberrechtlichen Schutzes von Zufallsprodukten zu sehen. ME wird in den zitierten Entscheidungen nicht explizit der urheberrechtliche Schutz von Zufallsprodukten verneint. Vielmehr muss die Schöpfung eine geistige sein. Kucsko sieht dies schon bei spontanem, tranceartigem Werkschaffen gegeben.⁶⁹ Andernfalls wären, wie bereits erwähnt, auch die Schüttbilder von Nitsch nicht schützbar, wie Zankl richtigerweise betont.⁷⁰ Fraglich ist, warum bei KI-Werken ein höherer Maßstab an Originalität und Eigentümlichkeit vorliegen muss, wenn schon Kritzeleien von Kindern ein urheberrechtliches Werk darstellen können.

Ory/Sorge führen den Grad der Autonomie der KI als ausschlaggebendes Kriterium für die Werkqualität ins Treffen. Lässt sich ein Bezug zum geistigen Schaffensprozess und gestalterischen Willen der schöpfenden Person herstellen, indem diese etwa ein Grundmuster vorgibt und letztlich das Ergebnis bestimmt, sei die KI als schlichtes Werkzeug zu werten.⁷¹ Dieser Sichtweise ist mE zu folgen.

Auch *Zankl* vertritt die Auffassung, dass der Programmierer der KI, welcher autonom-zufällig geschaffene Werke erzeugt, als Urheber anzusehen sei. Begründend führt er das Urheberrecht des Vereinigten Königreichs an. Nach dessen Section 9 (3) Copyright, Designs and Patents Act⁷² gilt bei computergenerierten Werken derjenige als Urheber, der die für die Schaffung des Werkes erforderlichen Vorkehrungen getroffen hat.⁷³

Zwar ist mit schlachten generischen Prompts – wie Katze und Baum – und einem Mausklick zweifelsfrei das gewisse Maß an Originalität nach dem UrhG nicht erreicht und wird in diesem Fall eine eigentümliche geistige Leistung zu verneinen sein. Anders verhält es sich mE jedoch, wenn der Prompt aus Kategorie, Beschreibung, Stil und/oder Komposition besteht, sohin eine Verbindung zwischen geistigem Prozess und gestalterischem

68 Burgstaller/Herrmann, ÖBl 2020/44, 148 (149).

69 Kucsko in urheber.recht² § 1 Rz 24.

70 Zankl, ecolex 2019, 244 (246).

71 *Ory/Sorge*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710 (711).

72 “In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken.”

73 Zankl, Künstliche Intelligenz, in Zankl (Hrsg), Rechtshandbuch der Digitalisierung (2021) Rz 23.53 f.

Willen des Schöpfers vorliegt. Gleiches gilt, wenn der Einfluss des KI-Programmierers auf die Form des Werkes der KI individuell prägend ist, indem er etwa die KI nur mit speziell ausgewählten Bildern speist, sodass er die Form des Werkes der KI festlegt.⁷⁴ So ist mE eine individuelle Zuordnung zwischen dem geschaffenen Werk und dem KI-Programmierer begründbar, da sich das Werk auf die Persönlichkeit des KI-Schöpfers zurückführen lässt.⁷⁵ Der Umstand, dass dem Schöpfer von vornherein nicht bewusst ist, wie das Werk im Endeffekt aussehen wird, sollte nicht ausschlaggebend darüber sein, ob das Werk eine geistige Schöpfung darstellt.

Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass der Grad der Autonomie der KI ausschlaggebend dafür ist, ob ein schützbares Werk nach dem UrhG vorliegt. Reine Maschinenerzeugnisse bleiben vom Urheberrecht ausgeschlossen. Auf eine in hohem Maße originelle und eigentümliche Leistung ist dabei nicht abzustellen, sondern dass ein Bezug zwischen dem geistigen Schaffensprozess und gestalterischen Willen des Schöpfers hergestellt werden kann.

3.3. Urheber

Im nächsten Schritt gilt herauszufinden, wer Urheber sein kann, und damit die ihm nach dem Gesetz zustehenden Persönlichkeits- als auch die Verwertungsrechte geltend machen kann.

3.3.1. Begriff der Urheberschaft

§ 10 Abs 1 UrhG normiert, „*Urheber eines Werkes ist, wer es geschaffen hat*“⁷⁶. Das Gesetz hält weiters fest, dass der Ausdruck *Urheber*, „*wenn sich nicht aus dem Hinweis auf die Bestimmung des Absatzes 1 das Gegenteil ergibt, außer dem Schöpfer des Werkes auch die Personen, auf die das Urheberrecht nach seinem Tode übergegangen ist*“⁷⁷, umfasst.

74 Zustimmend Specht-Riemenschneider Louisa, Urheberrechtlicher Schutz für Algorithmen- menerzeugnisse? – Phasenmodell de lege lata, Investitionsschutz de lege ferenda?, WRP 2021, 273 (276).

75 Nähere Erläuterungen siehe dazu Kapitel 3.3.4.

76 Gem § 10 Abs 1 UrhG.

77 Gem § 10 Abs 2 UrhG.

Das UrhG geht vom Schöpferprinzip aus. § 1 Abs 1 UrhG stellt auf eine eigentümliche geistige Schöpfung ab. Demzufolge kann nach stRsp nur eine natürliche Person, die das Werk geschaffen hat, Urheber sein.⁷⁸ Auf die Handlungs- oder Geschäftsfähigkeit kommt es nicht an.⁷⁹ Auch eine besondere Originalität ist nicht ausschlaggebend, sondern dass eine individuelle Zuordnung zwischen Werk und Schöpfer insofern möglich ist, als dessen Persönlichkeit anhand der von ihm eingesetzten Gestaltungsmittel zum Ausdruck kommt und eine Unterscheidbarkeit schafft.⁸⁰

Juristische Personen können keine das Urheberrecht begründende geistige Leistung entfalten, weshalb der originäre Erwerb von Urheberrechten durch juristische Personen ausscheidet.⁸¹ Genauso wenig kann eine Personengesellschaft oder Gebietskörperschaft, Urheber sein, selbst wenn die Schöpfung von ihren Organen stammt.⁸² Hierbei unterscheidet sich das Urheberrecht von den übrigen Immaterialgüterrechten.⁸³

Das Schöpferprinzip erstreckt sich auch auf geistige im Rahmen des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Arbeits- oder Dienstverhältnisses geschaffene Leistungen. Urheber ist stets der Dienstnehmer, der die geistige Leistung geschaffen hat. Ein originärer Erwerb von Urheberrechten durch den Dienstgeber ist sohin ebenfalls zu verneinen.⁸⁴

Zusammengefasst kann Urheber nur eine natürliche Person sein, die das Werk geschaffen hat. Entscheidend ist dabei eine individuelle Zuordnung zwischen Werk und Schöpfer, indem dessen Persönlichkeit durch das von ihm eingesetzte Gestaltungsmittel zum Ausdruck kommt, sowie ein gewisses Maß an Originalität, sodass sich das schaffende geistige Gut von Herkömmlichem abhebt.

3.3.2. KI als Urheber

Dem Schutz von urheberrechtlichen Werken liegt der zentrale Gedanke des Schöpferprinzips zugrunde, wonach es sich um eine Schöpfung eines Menschen handeln muss.

78 RIS-Justiz RS0076658.

79 *Kucska* in *urheber.recht*² § 1 Rz 20.

80 OGH 17.12.2002, 4 Ob 274/02a; OGH 12.09.2001, 4 Ob 179/01d (Eurobike), MR 2001, 89 (Walter) = ÖBl 2003, 39 (Gamerith); uva.

81 RIS-Justiz RS0076658.

82 OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92.

83 *Ciresa* in Österreichisches Urheberrecht § 10 Rz 10.

84 RIS-Justiz RS0076658.

Unter Beachtung des zuvor Gesagten, kann nur eine natürliche Person, die das Werk geschaffen hat, Urheber sein, weshalb eine KI als Algorithmus nicht in Frage kommt.

Eine KI kann demnach kein Urheber nach dem UrhG sein.

3.3.3. Anwender der KI als Urheber

Im Zusammenhang mit dem Anwender einer KI und der Frage, ob dieser Urheber des von einer KI generierten Werkes ist, ist die zentrale Frage, ob sich dieses Werk auf die Persönlichkeit des Schöpfers zurückführen lässt und sich dabei von anderen unterscheidet.

Wie bereits im Kapitel 3.3.1. näher ausgeführt, ist für die urheberrechtliche Betrachtung eines Werkes auf die individuelle Zuordnung des Werkes und des Schöpfers abzustellen. Mit anderen Worten müssen die persönliche Prägung und Orchestrierung des Werkes durch den Urheber gegeben sein.

In den Fällen, in denen der menschliche Anwender der KI Input durch originelle Prompts – wie den Stil, die Objekte, die Anordnung, die Größe etc – liefert, liegt mE eine ausreichende individuelle Zuordnung vor, weshalb eine Urheberschaft argumentierbar scheint.

Wenn allerdings der menschliche Schaffensakt zu rudimentär ausgestaltet ist, sodass sich das Werk nicht auf die Persönlichkeit des Anwenders zurückführen lässt, ist das Werk dem Urheberrechtsschutz nicht zugänglich, unabhängig davon, ob das Werk originell und/oder einmalig ist.

Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ableiten, dass die zentrale Voraussetzung für die Begründung der Urheberschaft bei KI-geschaffenen Werken eines Anwenders die persönliche Prägung und Orchestrierung des Werkes durch den Anwender ist.

3.3.4. Programmierer der KI als Urheber

Damit geht freilich auch die Frage einher, ob automatisiert generierte Werke vom Schutz nach §§ 1 ff UrhG ausgeschlossen sind oder dieser Schutz dem Programmierer der entsprechenden KI zukommt.

An dieser Stelle sei nochmals betont, dass nur ein Erzeugnis menschlichen Geistes urheberrechtlich geschützt sein kann.⁸⁵ Rein vom Computer geschaffene Werke sind nach hL nicht vom Urheberrecht umfasst.⁸⁶

Hierbei ist allerdings einzuwenden, dass nach dem heutigen Stand der Technik kein Computer etwas alleine generieren kann. Der Computer kommt (noch) nicht von selbst auf die – von dem urheberrechtlichen Werk zumeist vorausgehende – Idee,⁸⁷ ein solches zu schaffen, sondern muss von einem Menschen dementsprechend programmiert und instruiert werden. Ohne das gestaltende Eingreifen eines Menschen kann kein Computer ein Kunstwerk schaffen. Bei einer KI liegt es in der Natur der Sache, dass der Algorithmus mit einer gewissen Autonomie agiert, jedoch beschränkt darauf, dass die KI genau in diese Richtung vorprogrammiert und mit Daten gefüttert werden muss. Der Programmierer gibt gewissermaßen die Rahmenbedingungen vor (bei *The Next Rembrandt* bspw die Verwendung der typischen Maltechnik des Künstlers und Orientierung an den eingespielten Porträts des Künstlers) und überlässt es dann dem Zufall, was die KI daraus generiert.

Für *Zankl* ist das Schaffen der Schüttbilder von *Nitsch* – wobei das Schütten von Farbe oder Blut eine typische Maltechnik des Künstlers darstellt – mit den autonom-zufällig geschaffenen Werken einer KI vergleichbar. Dazu führt er näher aus, dass kein Schüttbild von *Nitsch* dem anderen gleiche, sondern der Künstler es gerade dem Zufall überlässe, wie die Bilder aussehen werden, obwohl er immer dieselbe Technik einsetze. Wenngleich die Bilder reine Zufallsschöpfungen sind, wird gewiss niemand an der Urheberschaft von *Nitsch* zweifeln. Der schöpferische Akt könne sich auch im gezielten Einsatz des Zufalls vorfinden, so *Kucsko*⁸⁸.⁸⁹

Olbrich/Bongers/Pampel üben Kritik an der generellen Ablehnung des urheberrechtlichen Schutzes von autonom-zufällig geschaffenen KI-Werken aufgrund der fehlenden persönlichen geistigen Leistung der Künstler im Schriftentum. Dazu führen sie aus, dass die Fehlbeurteilung auf ein mangelndes technisches Verständnis von KI zurückzuführen sei. Ihres Erachtens bedarf es einer differenzierten Betrachtung der Funktionsweise der KI, um beurteilen zu können, „ob eine menschliche Gestaltungsleistung des

85 OGH 17.12.1991, 4 Ob 3/92.

86 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 16.

87 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 11.

88 *Kucsko* in *urheber.recht*² § 1 Rz 27.

89 *Zankl*, *ecolex* 2019, 244 (245 f.).

*Künstlers*⁹⁰ vorliege oder eben nicht. *Olbrich/Bongers/Pampel* differenzieren die eingesetzte KI in *künstlernah* und *künstlerfern*. Die für sie hierfür relevanten Abgrenzungskriterien sind die Einflussnahme des Künstlers auf den KI-Lernprozess, der individuell gestalterische Einfluss des Künstlers auf das KI-generierte (End-)Werk sowie der Grad der Autonomie der KI. Begründend führen sie die Auffassung von *Hetmank/Lauber-Rönsberg* an, wonach Werke unter Zuhilfenahme von technischen (maschinellen) Hilfsmitteln urheberrechtlichen Schutz genießen, insofern sich „*der Einfluss des Künstlers bestimmend auf die Form ausgewirkt hat*“⁹¹. Weiters merken sie an, dass, sofern die eingesetzte KI mindestens in einer der drei Abgrenzungskriterien als *künstlernah* zu bewerten ist, die KI in ihrer Gesamtheit als *künstlernah* und sohin die durch diese KI generierten Werke urheberrechtlichen Schutz genießen. Zur Veranschaulichung führen sie das Werk *Edmond de Belamy* ins Treffen und schreiben diesem aufgrund der Klassifizierung der letzten zwei abgeprüften Kriterien als *künstlernah* einen urheberrechtlichen Schutz zu, welcher der Künstlergruppe zuteil werden solle.⁹²

ME ist die Rechtsansicht von *Zankl* nicht pauschal auf alle autonom-zufällig geschaffenen KI-Werke ableitbar. Programmierer einer KI speisen diese mit einem unendlichen Pool von Daten, geben jedoch in der Regel nur abstrakte Regeln und Parameter (wie eine Vielzahl an unterschiedlichen Maltechniken, Objekten etc) vor, die das Werk nicht individuell prägen. Das Wesensmerkmal einer KI ist ihr unendlicher Datensatz, mit dem sie gefüttert wird, um in der Lage zu sein, zu lernen und eigenständig Antworten abzuleiten. In den meisten Fällen fehlt dem Output der KI die individuelle Zuordnung zwischen diesem und dem Programmierer. Das nach stRsp erforderliche Kriterium, wonach die Persönlichkeit des Schöpfers anhand der von ihm eingesetzten Gestaltungsmittel zum Ausdruck kommen muss,⁹³ wird in diesen Fällen nicht gegeben sein, weshalb die Zuordnung zu verneinen ist.

Vielmehr ist der Ansicht von *Olbrich/Bongers/Pampel* Vorrang zu geben, welche eine differenzierte Betrachtung der KI vornehmen und unter

90 *Olbrich/Bongers/Pampel*, Urheberrechtsschutz für Kunstwerke künstlicher Intelligenz?, GRUR 2022, 870 (874).

91 *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, Künstliche Intelligenz – Herausforderungen für das Immateriagüterrecht, GRUR 2018, 574 (577).

92 *Olbrich/Bongers/Pampel*, Urheberrechtsschutz für Kunstwerke künstlicher Intelligenz?, GRUR 2022, 870 (874 ff).

93 OGH 12.09.2001, 4 Ob 179/01d; OGH 17.12.2002, 4 Ob 274/02a; uva.

Heranziehung von drei Abgrenzungskriterien in Bezug darauf, ob eine ausreichende Leistung eines Menschen an den KI-generierten Werken gegeben ist, den urheberrechtlichen Schutz von solchen Werken darlegen. Diese Abgrenzungskriterien schaffen mE einen ersten anschaulichen Beurteilungsspielraum. Auch wenn sich die Frage gestellt werden muss, ob die Bejahung eines Abgrenzungskriteriums als künstlernah die eingesetzte KI in ihrer Gesamtheit als künstlernah und sohin die durch diese KI generierten Werke urheberrechtlichen Schutz genießen, ausreichend ist oder ob nicht vielmehr das Überwiegen der Kriterien ausschlaggebend sein sollte.

Das Werk *The Next Rembrandt* würde ich als urheberrechtlich geschütztes Werk beurteilen und den Programmierern der KI dieses automatisiert generierte Werk als Urheber zuschreiben, mit der Begründung, dass eine individuelle Zuordnung zwischen dem geschaffenen Werk und den Schöpfern gegeben ist. Einerseits haben die Programmierer die Form des Werkes mitbestimmt, welche sich in der Auswahl der Bilder niederschlägt. Denn den Programmierern ging es genau darum, Bilder im Stil von *Rembrandt* zu schaffen. Aus diesem Grund speisten sie die KI auch ausschließlich mit der speziellen Maltechnik von *Rembrandt* und Porträts von ihm. Andererseits ist der Grad der Autonomie der KI als gering zu bewerten, da die Programmierer die KI mit von ihnen ausgewählten Bildern gefüttert haben. Die Programmierer bestimmten so letztlich das Ergebnis. Im Hinblick auf die zuvor angeführten Abgrenzungskriterien von *Olbrich/Bongers/Pampel* sind die letzten zwei Kriterien (der individuell gestalterische Einfluss der Programmierer auf das KI-generierte Werk sowie der Grad der Autonomie der KI) als künstlernah zu qualifizieren. Die KI ist hierbei als schlichtes Hilfswerkzeug zu betrachten.

Im Ergebnis bedeutet das, dass nur in jenen Fällen, in denen eine ausreichende menschliche Leistung an dem autonom-zufällig geschaffenen KI-Werk gegeben ist, solche KI-Werke urheberrechtlich geschützt sind und dem Programmierer der KI als Urheber zuzurechnen sind.

3.3.5. Vermutung der Urheberschaft

Grundsätzlich entsteht das Urheberrecht automatisch, ohne dass es begründet oder registriert werden muss. Der urheberrechtliche Schutz beginnt

bereits mit dem Zeitpunkt der Schöpfung.⁹⁴ In der Praxis ist immer wieder unklar und strittig, wer der Urheber eines Werkes ist. Um dieser Problematik entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber die *Vermutung der Urheberschaft* in § 12 UrhG eingeführt.⁹⁵

Das UrhG normiert in § 12 Abs 1 UrhG, dass

„Wer auf den Vervielfältigungsstücken eines erschienenen Werkes oder auf einem Urstück eines Werkes der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet wird, gilt bis zum Beweis des Gegenteils als Urheber (§ 10, Absatz 1) des Werkes, wenn die Bezeichnung in der Angabe seines wahren Namens oder eines von ihm bekanntermaßen gebrauchten Decknamens oder – bei Werken der bildenden Künste – in einem solchen Künstlerzeichen besteht.“⁹⁶

Nach dem Gesetz gilt sohin jener als Urheber, der sich als Urheber des Werkes bezeichnet, indem er seinen wahren Namen, seinen allgemein bekannten Decknamen oder sein allgemein bekanntes Künstlerzeichen anführt.

Im Streitfall hat der Kläger jene Gestaltungselemente darzulegen und zu beweisen, die den Gegenbeweis belegen. Dabei muss er die konkrete Ausgestaltung des geistigen Gutes darlegen und beweisen. Die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast dürfen dabei nicht überspannt werden. Durch Vorlage des Werkes oder entsprechende Darlegung entscheidet das Gericht über die Qualifikation als Werk iSd UrhG. Sollte der Beklagte Einwände vorbringen, so obliegt diesem die Beweislast.⁹⁷

Demzufolge gilt jener, der sich als Urheber eines KI-geschaffenen Werkes bezeichnet, als Urheber, bis das Gericht gegenteilig entschieden hat.

94 Dillenz/Gutmann, UrhG & VerwGesG² § 12 Rz 2.

95 Kusznier in urheber.recht² § 12 Rz 1 f.

96 Gem § 12 Abs 1 UrhG.

97 Kusznier in urheber.recht² § 12 Rz 22 f.

3.4. Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als Computerprogramm § 40a UrhG

3.4.1. Begriff des Computerprogrammes

§ 40a UrhG normiert, „Computerprogramme sind Werke im Sinn dieses Gesetzes, wenn sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind“⁹⁸. Der Ausdruck *Computerprogramm* umfasst dabei „alle Ausdrucksformen einschließlich des Maschinencodes sowie das Material zur Entwicklung des Computerprogramms“⁹⁹.

Im Sinne einer Technologieneutralität haben sowohl die SoftwareRL als auch der österreichische Gesetzgeber von einer Definition des Begriffes vom Computerprogramm abgesehen, um Schutzlücken zu vermeiden, die aufgrund des raschen Voranschreitens der Programmiertechnik wo möglich entstehen können. Orientierung bietet jedoch § 1 Abs 1 der Mustervorschriften der WIPO. Danach sind Computerprogramme

„eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einem maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Tätigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“^{100,101}

3.4.2. Schutzzvoraussetzungen

§ 40a UrhG geht als lex specialis den allgemeinen urheberrechtlichen Vorschriften vor.¹⁰² Computerprogramme sind gem § 2 Z 1 UrhG als Werke der Literatur zu qualifizieren, wenn sie das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung darstellen.¹⁰³

Der weite Anwendungsbereich des § 40a UrhG umfasst alle Ausdrucksformen eines Computerprogrammes, unabhängig von Einsatzzweck, Programmiersprache oder Umfang. Dies bedeutet, dass auf den jeweiligen

98 Gem § 40a Abs 1 UrhG.

99 Gem § 40a Abs 2 UrhG.

100 Gem § 1 Abs 1 Mustervorschriften der WIPO, GRUR 1979, 306.

101 Wiebe in urheber.recht² § 40a Rz 5.

102 EuGH 03.07.2012, C-128/11 (UsedSoft); EuGH 23.01.2014, C-355/12 (Nintendo ua); Wiebe in urheber.recht² § 40a Rz 4.

103 Gem § 40a Abs 1 UrhG.

Stufen der Entwicklung eines Programmes verschiedene Dokumente und Produkte, für die bereits ein Schutz nach UrhG in Betracht kommen kann, entstehen. Voraussetzung für den Schutz ist die durch die Kombination von Programmschritten erreichte und sohin individuell geprägte Problemlösung, welche nach stRsp¹⁰⁴ eine gewisse Komplexität aufweisen muss.¹⁰⁵

Der Quellcode, welcher als Text geschrieben ist, und der Objektcode, welcher eine kompilierte Version des Quellcodes ist, bilden die wichtigsten Ausdrucksformen des Computerprogrammes.¹⁰⁶

Nicht geschützt sind allerdings das durch das Computerprogramm erzeugte Werk, sofern es nicht Teile des geschützten Codes beinhaltet, und damit wiederum selbst ein Computerprogramm nach § 40a UrhG darstellt.¹⁰⁷

Es zeigt sich sohin, dass Computerprogramme eine eigentümliche geistige Schöpfung sein müssen, um nach § 40a UrhG geschützt zu sein, und dass der Quellcode sowie der Objektcode die wichtigsten Ausdrucksformen des Computerprogrammes darstellen.

3.4.3. Schutzmfang

Dem Umstand geschuldet, dass dem Urheberrecht – im Gegensatz zum Patentrecht – die Ausdehnung des Schutzbereiches auf Erzeugnisse iSe derivativen Schutzes fremd ist,¹⁰⁸ ist es nachvollziehbar, dass sich der urheberrechtliche Schutz des § 40a UrhG nicht auch auf das Ergebnis des Programmes erstreckt, sofern sich in diesem keine Teile des geschützten Codes vorfinden, und somit selbst als Computerprogramm gilt.¹⁰⁹

KI-generierte Erzeugnisse weisen keinen Teil des geschützten Codes auf und stellen sohin kein Computerprogramm iSd § 40a UrhG dar.

104 RIS-Justiz RS0119862.

105 OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w; RIS-Justiz RS0119862; *Wiebe in urheber.recht*² § 40a Rz 6; *Ciresa* in Österreichisches Urheberrecht § 40a Rz 1ff.

106 EuGH 02.05.2012, C-406/10 (SAS Institute) Rz 38, ecolex 2012/257 (Anderl); *Wiebe in urheber.recht*² § 40a Rz 9.

107 OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w.

108 *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (577); *Herda*, Artificial Intelligence und Immaterialgüterrecht, wbl 2019, 305 (311).

109 OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w; RIS-Justiz RS0119862; *Wiebe in urheber.recht*² § 40a Rz 6; *Ciresa* in Österreichisches Urheberrecht § 40a Rz 1ff; *Herda*, wbl 2019, 305 (307).

Von einer weiteren Prüfung, ob die KI als Computerprogramm zu qualifizieren ist, wird abgesehen, da das Ergebnis des Programmes streng vom Computerprogramm zu trennen ist und sohin nichts am Endergebnis ändern würde.

Im Ergebnis bedeutet das, dass KI-generierte Erzeugnisse nicht als Computerprogramme iSd § 40a UrhG geschützt sind.

3.5. Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als Datenbankwerk § 40f Abs 2 UrhG

Der Schutz von Datenbanken nach dem UrhG unterscheidet zwischen dem *Datenbankwerk* gem § 40f Abs 2 UrhG und der *geschützten Datenbank* gem § 76c Abs 1 UrhG. Der Schutz der beiden Systeme kann parallel vorliegen¹¹⁰, vorausgesetzt, dass die jeweiligen Schutzzvoraussetzungen gegeben sind.¹¹¹

In diesem Abschnitt wird näher auf den Schutz von Datenbankwerken iSd § 40f Abs 2 UrhG eingegangen, wobei hervorzuheben ist, dass der Begriff der Datenbank iSd § 40f Abs 1 UrhG für beide Schutzsysteme gilt. Bzgl des Schutzes der geschützten Datenbank ist auf das Kapitel 4.2. zu verweisen.

3.5.1. Begriff der Datenbank

Zum Begriff der *Datenbank* findet sich eine Legaldefinition im UrhG:

„Datenbanken im Sinn dieses Gesetzes sind Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen, die systematisch oder methodisch angeordnet und einzeln mit elektronischen Mitteln oder auf eine andere Weise zugänglich sind. Ein Computerprogramm, das für die Herstellung oder den Betrieb einer elektronisch zugänglichen Datenbank verwendet wird, ist nicht Bestandteil der Datenbank.“¹¹²

¹¹⁰ Gem § 76c Abs 3 UrhG.

¹¹¹ Ciresa in Österreichisches Urheberrecht § 40f Rz 2.

¹¹² Gem § 40f Abs 1 UrhG.

Der Datenbankbegriff ist weit – von Erwägungen technischer, formaler oder materialer Art unabhängig – auszulegen¹¹³ und stimmt nahezu wortwörtlich mit Art 1 Abs 2 DatenbankRL überein.¹¹⁴

Der Begriff der *Sammlung* setzt eine Mehrzahl von Elementen voraus. Es gibt keine gesetzliche Untergrenze, jedoch kann von einer Sammlung erst ab dem Vorhandensein von mehr als zwei Elementen gesprochen werden.¹¹⁵

Die Aufzählung der Elemente von „*Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen*“¹¹⁶ ist demonstrativer Natur. Hiervon erfasst sind sowohl freie als auch geschützte Werke aller Art und Kategorien, sonstige Werke und sonstiges Material.¹¹⁷ Eine Zweckbestimmung ist dabei unerheblich.¹¹⁸

Von zentraler Bedeutung ist die *Unabhängigkeit* der Datenbankelemente von anderen Sammlungen. Erforderlich ist hierfür, dass sich die Elemente der Datenbank voneinander trennen lassen, „*ohne dass der Wert ihres informativen, literarischen, künstlerischen, musikalischen oder sonstigen Inhalts dadurch beeinträchtigt wird*“¹¹⁹ ¹²⁰

Weiters ist das Tatbestandsmerkmal der *systematischen oder methodischen Anordnung* der Datenbankelemente hervorzuheben. Unter *systematisch* ist eine Anordnung zu verstehen, die sich an einem System, einem Ordnungsschema oder einer Klassifizierung orientiert. *Methodisch* bedeutet, dass die Anordnung einem bestimmten Plan oder einer bestimmten Herstellungsanweisung folgt.¹²¹

Nach der Judikatur des EuGH können Anordnungen nur als methodisch oder systematisch gelten, wenn sie einzeln zugänglich sind, sohin jedes in

113 EuGH 15.01.2015, C-30/14 (Ryanair), MR Int 2015, 66 (Walter).

114 Woller in urheber.recht² § 40f Rz 6.

115 Woller in urheber.recht² § 40f Rz 23.

116 Gem § 30f Abs 1 UrhG.

117 ErwGr 17 RL 96/9/EG.

118 Ciresa in Österreichisches Urheberrecht § 40f Rz 6; Woller in urheber.recht² § 40f Rz 25; V Lewinski in Walter (Hrsg), Europäisches Urheberrecht, Kommentar, Art 1 Rz 16 f DatenbankRL (2001).

119 EuGH 09.II.2004, C-444/02 (Fixtures Marketing) Rz 29, MR 2004, 410 (Wiebe) = MR-Int 2004, 45 (Leupold).

120 EuGH 09.II.2004, C-444/02; EuGH 09.II.2004, C-203/02 (The British Horseracing Board ua), CR 2005, 10 (Lehrmann) = MMR 2005, 29 (Hoeren) = ÖBL 2005/32, 136 (Kucsko); EuGH 29.10.2015, C-490/14 (Verlag Esterbauer), MR-Int 2016, 15 (Walter); Ciresa in Österreichisches Urheberrecht § 40f Rz 6.

121 Dreier in Dreier/Schulze (Hrsg), Urheberrechtsgesetz: UrhG, Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Nebenurheberrecht, Kunsturhebergesetz⁷ § 4 Rz 17 (2022); Woller in urheber.recht² § 40f Rz 28.

der Sammlung enthaltene unabhängige Element lokalisiert werden kann, unabhängig davon, ob diese physisch sichtbar sind.¹²² Dabei unerheblich ist, ob den vorhandenen Daten bereits in ihrer Auswahl oder Anordnung eine wesentliche Bedeutung hinzugefügt wird.¹²³ Abzugrenzen ist hiervon eine ungeordnete Datensammlung (bspw World Wide Web).¹²⁴

Schutzfähig sind nicht nur elektronische, sondern auch nicht elektronische Datenbanken. Auch Sammlungen physischer Objekte sind vom Datenbankbegriff erfasst.¹²⁵

Die individuelle *Zugänglichkeit* stellt darauf ab, dass ein solches Element lokalisierbar ist.¹²⁶

Ein Computerprogramm, auch wenn es für die Herstellung oder den Betrieb einer Datenbank verwendet wird, kann nicht Bestandteil einer Datenbank sein. Unabhängig davon, kann das Computerprogramm – bei Vorliegen der Schutzvoraussetzungen – urheberrechtlichen Schutz nach § 40a UrhG genießen. Dieser explizite Ausschluss ist in § 40f Abs 1 letzter Satz UrhG normiert.¹²⁷

All diese Tatbestandsmerkmale zusammengefasst definieren eine Datenbank iSd UrhG. Der Begriff der Datenbank sagt allerdings noch nichts über den Schutz aus.

3.5.2. Schutzvoraussetzungen

Das UrhG normiert, dass Datenbanken als „*Sammelwerke (§6) urheberrechtlich geschützt [werden], wenn sie infolge der Auswahl oder Anordnung des Stoffes eine eigentümliche geistige Schöpfung sind (Datenbankwerke)*“¹²⁸.

Datenbankwerke sind folglich eine Untergruppe der Sammelwerke.¹²⁹

Der Schutzgegenstand von Datenbankwerken beschränkt sich auf die Auswahl und/oder Anordnung des einzelnen Stoffes oder auf die Daten-

122 EuGH 09.11.2004, C-444/02 Rz 30.

123 EuGH 01.03.2012, C-604/10 (Football Dataco ua), MR-Int 2013, 24 (Walter) = ecolex 2012/222, 506 (Zemann); Ciresa in Österreichisches Urheberrecht § 40f Rz 8.

124 Woller in urheber.recht² § 40f Rz 30; EuGH 09.11.2004, C-444/02 Rz 40.

125 Woller in urheber.recht² § 40f Rz 24, 26.

126 EuGH 09.11.2004, C-444/02.

127 Woller in urheber.recht² § 40f Rz 8.

128 Gem § 40f Abs 2 UrhG.

129 Büchele, Urheberrecht im World Wide Web (2002) 38.

bankstruktur, nicht jedoch auf deren einzelne Inhalte.¹³⁰ Dabei muss die vom Urheber getroffene Auswahl und/oder Anordnung eine eigentümliche geistige Schöpfung, nämlich ein Werk, sein, worin der Verweis auf das Originalitätskriterium zu erkennen ist.¹³¹ Das Kriterium der Originalität ist erfüllt, wenn der Urheber die Anordnung oder Auswahl frei und kreativ treffen kann. Nicht erfüllt wäre dieses Kriterium hingegen, wenn die Datenbank durch technische Regeln oder Zwänge erstellt wird und dabei der künstlerischen Freiheit des Urhebers kein Raum gelassen wird.¹³² Folglich sind alphabetische, numerische oder chronologische Anordnungen nicht schutzfähig.¹³³

Das Tatbestandsmerkmal *Stoff* bezieht sich auf die im Datenbankwerk enthaltenen „*Sammlungen von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen*“¹³⁴ ¹³⁵

Der Schutz von § 40f Abs 2 UrhG erstreckt sich auf Datenbankstrukturen, welche der Urheber nach seinem freien und kreativen Ermessen ausgewählt oder angeordnet hat, ohne dabei ein Computerprogramm zu sein.

3.5.3. Schutzmfang

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass für den Datenbankbegriff eine Sammlung von mehr als zwei Elementen vorliegen muss. Ein durch KI generiertes Erzeugnis stellt in der Regel ein Element dar. Mangels Erfüllung des Datenbankbegriffes kann kein Datenbankwerk iSd Abs 2 vorliegen.

Ein KI-generiertes Erzeugnis ist kein Datenbankwerk iSd § 40f Abs 2 UrhG und genießt sohin auch nicht den Schutz nach dieser Norm.

130 ErwGr 15 DatenbankRL; OGH 24.01.2013, 8 ObA 86/12y, jusIT 2013, 53 (Sonntag); EuGH 01.03.2012, C-604/10.

131 M. Walter, Urheber- und Verwertungsgesellschaftsrecht '15 Band I: UrhG mit den Nov 2009 – 2015, Internationales Privatrecht, Urheberrechtliche EU-Richtlinie § 40f Rz 3 (2015).

132 EuGH 01.03.2012, C-604/10 Rz 38 f; EuGH 22.12.2010, C-393/09 (Bezpečnostní softwarová asociace) Rz 48 f; EuGH 04.10.2011, C-403/08 (Football Association Premier League ua) Rz 98.

133 Woller in urheber.recht² § 40f Rz 17.

134 Gem § 40f Abs 1 UrhG.

135 Dreier in Dreier/Schulze⁶ § 4 Rz 6.

4. Leistungsschutzrecht

Schutzgegenstand des Leistungsschutzrechts ist nicht das Werk, wie beim Urheberrecht iS, sondern Leistungen anderer Art, welche dem urheberrechtlich geschützten Werk ähnlich sind oder in Zusammenhang mit diesem Werk erbracht werden. Das Leistungsschutzrecht wird auch als *verwandtes Schutzrecht* bezeichnet, welches neben dem urheberrechtlichen Schutz im UrhG geregelt ist.¹³⁶

Für die Gewährung des Leistungsschutzrechts ist die Anbringung einer Bezeichnung des Leistungsschutzberechtigten nicht von Bedeutung.¹³⁷ Grundsätzlich stehen dem Leistungsschutzberechtigten des Leistungsschutzrechtes dieselben ausschließlichen Verwertungsrechte wie dem Urheber zu.

Die nachfolgenden Absätze überprüfen den – wo möglich – Schutz der KI-Erzeugnisse als Lichtbild und als geschützte Datenbank.

4.1. Schutz der KI-Erzeugnisse als Lichtbild §§ 73 f UrhG

4.1.1. Begriff des Lichtbildes

Zum Begriff des *Lichtbildes* findet sich eine Legaldefinition im UrhG: „*Lichtbilder im Sinne dieses Gesetzes sind durch ein photographisches Verfahren hergestellte Abbildungen. Als photographisches Verfahren ist auch ein der Photographie ähnliches Verfahren anzusehen.*“¹³⁸

4.1.2. Schutzworaussetzungen

Der Begriff von *Lichtbild* ist sehr weit auszulegen¹³⁹ und umfasst neben der klassischen Fotografie außerdem Abbildungen, die durch ein Fotografie ähnliches Verfahren hergestellt werden. Vor diesem Hintergrund genießen auch mittels computergesteuerter Digitalkamera aufgenommene und abgespeicherte Standbilder die Privilegierung der §§ 73 f UrhG. Zwar geben

136 Kusznier, Leistungsschutzrechte und Bildnisschutz (Stand 10.3.2023).

137 Dillenz/Gutman, UrhG & VerwGesG² § 74 Rz 1; so insb die ErläutRV 1936, abgedruckt bei Dillenz, ÖSGRUM 3, 63.

138 Gem § 73 Abs 1 UrhG.

139 OGH 01.02.2000, 4 Ob 15/00k (Vorarlberg Online), MR 2000, 167 (Walter).

solche Abbildungen in der Natur Vorgegebenes nicht mit den Mitteln der Fotografie unkörperlich wieder, sie erzielen jedoch mithilfe anderer, mittlerweile weiterentwickelter Techniken dasselbe Ergebnis. Begründend wird in der Rsp angeführt, dass der Computer für den Schaffensakt bloß als Hilfswerkzeug eingesetzt wird, der Mensch hingegen die Maschine lenkt und dirigiert, was wiederum die gestalterische menschliche Tätigkeit (menschlicher Schaffensakt) darstellt.¹⁴⁰

Nach stRsp werden auch rein maschinell hergestellte Lichtbilder vom Lichtbildbegriff erfasst, wenn zumindest eine Person an der Schaffung des Lichtbildes adäquat kausal beteiligt ist.¹⁴¹ Als adäquate Beteiligung kommt bspw die Beschaffung des Materials, die Installierung und Programmierung des Programmes oder die Einstellung und/oder die Wahl des Kamerastandortes in Betracht.¹⁴² Nicht erfasst sind allerdings „*fotorealistische Zeichnungen*“¹⁴³. Für die Beurteilung, ob die Abbildung durch ein fotografisches Verfahren hergestellt wird, ist sohin das Herstellungsverfahren und nicht das Ergebnis des Schaffensprozesses, auch wenn die Abbildung wie eine Fotografie wirkt, maßgeblich.

Lichtbildwerke iSd § 3 Abs 2 können gleichzeitig auch Lichtbilder iSd § 73 UrhG sein.¹⁴⁴ Entscheidend für die Abgrenzung ist, dass ein urheberrechtlich geschütztes Lichtbildwerk dann vorliegt, wenn das Lichtbild das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers darstellt und das Kriterium der Unterscheidbarkeit erfüllt ist. Die persönliche Note des Urhebers kann sich dabei in der Auswahl der Gestaltungsmittel (Motiv, Beleuchtung, Blickwinkel) manifestieren. Nicht erforderlich ist ein besonderes Maß an Originalität. Unterscheidbarkeit ist schon anzunehmen, wenn ein anderer Fotograf das Lichtbild möglicherweise anders gestaltet hätte.¹⁴⁵

Eine solche Gestaltungsfreiheit ist nicht erst bei professionellen Fotografen anzunehmen. Vielmehr sind hiervon auch alltägliche Szenen in Form von Urlaubsfotos oder Personenfotos von Amateurfotografen erfasst.¹⁴⁶

140 Wiedenbauer, Urheberrechtsschutz von Multimediaprodukten (1998), 56; OGH 01.02.2000, 4 Ob 15/00k.

141 OGH 01.02.2000, 4 Ob 15/00k.

142 Siehe dazu im Detail Walter, UrhR I Rz 1587 mit Verweis auf OGH 01.02.2000, 4 Ob 15/00k.

143 KG Berlin 16.01.2020, 2 U 12/16; *Fetl* in Görg/Fetl (Hrsg), UrhG Praxiskommentar § 73 Rz 4 (2023).

144 RIS-Justiz RS0076243.

145 RIS-Justiz RS0115748.

146 RIS-Justiz RS0115740.

Daraus ergibt sich, dass Lichtbilder iSd § 73 UrhG, die keine Lichtbildwerke iSd § 3 Abs 2 UrhG darstellen, die Ausnahme sind. Reine Lichtbilder sind etwa computergesteuerte Lichtbilder, Automatenaufnahmen und Satellitenfotos, denen ein menschlicher Schaffensakt unterstellt wird, vorausgesetzt, diese entstehen ohne unmittelbares menschliches und sohin schöpferisches Zutun.¹⁴⁷

Der urheberrechtliche Schutz von Lichtbildwerken und der Leistungsschutz von Lichtbildern schließen sich einander nicht aus und können parallel bestehen.¹⁴⁸

Gem § 74 Abs 1 UrhG entsteht das Schutzrecht an einem Lichtbild in der Person des Herstellers. Anders als beim urheberrechtlichen Schutz besteht eine Verpflichtung des Herstellers, einen Herstellervermerk anzubringen. Erst mit der Anbringung des Herstellervermerkes gem Abs 3 sind andere, die das Lichtbild abbilden, zur Herstellerbezeichnung verpflichtet. Hierbei handelt es sich um dispositives Recht, welches zwischen den Parteien abbedungen werden kann.

Dementsprechend lässt sich zusammenfassen, dass Lichtbilder die Privilegierung der §§ 73 f UrhG genießen, wenn sie durch ein fotografisches Verfahren hergestellt werden. In Abgrenzung zu Lichtbildwerken liegt bei Lichtbildern keine eigentümliche geistige Leistung vor, sondern eine mit einem fotografischen Verfahren bewirkte bildliche Abbildung eines Ausschnittes der Außenwelt.

4.1.3. Schutzmfang

KI-geschaffene Werke sind, wie bereits an anderer Stelle in der Arbeit festgehalten, Erzeugnisse, die digital erzeugt werden. Ob KI-geschaffene Werke Lichtbilder iSd § 73 UrhG sind, hängt davon ab, ob die Erfordernisse des Lichtbildbegriffes gem § 73 UrhG gegeben sind.

Burgstaller/Hermann verneinen den Schutz von KI-geschaffenen Werken als Lichtbilder iSd § 73 UrhG aufgrund des fehlenden, jedoch notwendigen menschlichen Schaffensakts. Begründend führen sie aus, dass das KI-System nicht vom Menschen gelenkt und dirigiert und sohin nicht als Hilfs-

¹⁴⁷ *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 73 Rz 11; *Tonnninger* in *urheber.recht*² § 73 Rz 10.

¹⁴⁸ RIS-Justiz RS0119011.

mittel wie ein Computer eingesetzt wird, sondern die KI intellektuelle Fähigkeiten wie logischen Denken, Schlussfolgern, Lernen etc besitzt.¹⁴⁹

Zwar teile ich die Ansicht von *Burgstaller/Hermann*, wonach KI-geschaffene Erzeugnisse nicht vom Schutzgegenstand des § 73 UrhG erfasst sind, jedoch nicht, weil der menschliche Schaffensakt nicht gegeben ist, sondern mangels Erzeugung durch ein fotografisches Verfahren. Die Argumentation von *Burgstaller/Hermann* überzeugt meiner Auffassung nach nicht. Denn nach ständiger Rsp liegt ein solcher menschlicher Schaffensakt bereits bei Installierung und Programmierung des Programmes vor. Die Rsp geht von einem sehr weit auszulegenden Lichtbildbegriff aus. Demnach ist meiner Ansicht nach ein menschlicher Schaffensakt bspw bei der Generierung der KI durch Eingabe von Datensätzen oder auch bei der Verwendung der KI durch Eingabe von Prompts gegeben.

Unter Bedachtnahme auf die zuvor angeführten Schutzvoraussetzungen ist mE besonders auf das Erfordernis der Herstellung durch ein fotografisches Verfahren abzustellen. Fotorealistische Abbildungen sind vom Anwendungsbereich des § 73 UrhG, wie zuvor festgehalten, nicht umfasst.¹⁵⁰

Charakteristische Merkmale der Fotografie sind einerseits der Einsatz von strahlender Energie und andererseits die Abbildung eines im Moment der Bildaufnahme vorhandenen, körperlichen Gegenstandes. Ein KI-Erzeugnis ist eine am Computer mittels elektronischer Befehle erzeugte Abbildung, sohin eine Computergrafik, und erfüllt demnach nicht die charakteristischen Merkmale einer Fotografie.

Der Umstand, dass KI-geschaffene Erzeugnisse nicht durch ein fotografisches Verfahren hergestellt werden, sondern Computergrafiken sind, die eine fotorealistische Abbildung darstellen können, bedeutet, dass demzufolge jenen Erzeugnissen die Privilegierung der §§ 73 f UrhG zu untersagen ist.

Es zeigt sich sohin, dass KI-Erzeugnisse keine Lichtbilder iSd § 73 UrhG sind. Die Grenze des Schutzes der §§ 73 f UrhG ist jedenfalls dort zu ziehen, wo es sich um Computergrafiken und nicht um Abbildungen, welche durch fotografische Verfahren hergestellt werden, handelt.

149 *Burgstaller/Hermann*, ÖBl 2020/44, 148 (151).

150 KG Berlin 16.01.2020, 2 U 12/16; *Fetl* in UrhG Praxiskommentar § 73 Rz 4.

4.2. Schutz der KI und ihrer Erzeugnisse als geschützte Datenbank § 76c UrhG

4.2.1. Begriff der geschützten Datenbank

Das UrhG regelt in § 76c Abs 1 UrhG, dass eine *Datenbank* iSd § 40f Abs 1 UrhG „*Schutz nach diesem Abschnitt [genießt], wenn für die Beschaffung, Überprüfung oder Darstellung ihres Inhalts eine nach Art oder Umfang wesentliche Investition erforderlich war*“¹⁵¹.

Für die Beurteilung des Datenbankbegriffes per se ist auf die ausführenden Bestimmungen in dem Kapitel 3.5.1. zu verweisen.

4.2.2. Schutzvoraussetzungen

Neben dem Vorliegen einer Datenbank iSd § 40f Abs 1 UrhG ist Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Schutzes nach § 76c Abs 1 UrhG (auch *Sui-generis-Schutz* genannt), dass für die Beschaffung, Sichtung oder Darstellung des Datenbankinhaltes eine über ein Mindestmaß hinausgehende wesentliche Investition notwendig war.¹⁵² Geschützt sind demnach Investitionsleistungen,¹⁵³ also der Datenbankinhalt, und nicht die Struktur als schöpferische, menschliche Leistung.¹⁵⁴

Unter dem Begriff einer mit der Beschaffung des Datenbankinhaltes verbundenen Investition sind Mittel zu verstehen, welche der Ermittlung und Zusammenstellung der vorhandenen Daten in dieser Datenbank gewidmet werden. Davon nicht erfasst sind Mittel, die eingesetzt werden, um die Daten zu generieren, aus denen der Datenbankinhalt besteht.¹⁵⁵

151 Gem § 76c Abs 1 UrhG.

152 OGH 09.04.2002, 4 Ob 17/02g (EDV-Firmenbuch I), ecolex 2002, 675 (*Schanda*) = MR 2002, 298 (*Walter*) = ÖBl 2003, 46 (*Dittrich/Barbist*) = SZ 2002/43; OGH 12.06.2007, 4 Ob 11/07g (EDV-Firmenbuch III), ÖBl 2007, 291 (*Dittrich*) = ecolex 2007, 783 (*Schumacher*) = jusIT 2008, 94 (*Mader*) = SZ 2007/95; BGH 01.12.2010, I ZR 196/08 (Zweite Zahnarztmeinung II), GRUR 2011, 724 (*Sendrowski*).

153 OGH 24.01.2013, 8 ObA 86/12a, jusIT 2013/27 (*Sonntag*) = ZIR-Slg 2013/86; *Zemann* in Dokalik/Zemann (Hrsg), Österreichisches und internationales Urheberrecht⁸ § 76c UrhG E3 (Stand 1.10.2022, rdb.at).

154 *Dürager*, Sind Daten ein schutzfähiges Gut?, ÖBl 2018/80, 260 (264); *Burgstaller*, Datenbankrecht (2003) 46; *Burgstaller*, ÖBl 2020/44, 148 (152).

155 EuGH 09.II.2004, C-203/02; EuGH 09.II.2004, C-338/02; EuGH 09.II.2004, C-444/02; EuGH 09.II.2004, C-46/02; *Dittrich*, Der Sui-generis-Schutz von Datenbanken nach der Rechtsprechung des EuGH, Analysiert am Beispiel des Grenz-

Die *mit der Sichtung des Datenbankinhaltes verbundenen Investition* bezeichnet Mittel, die der Kontrolle der Richtigkeit der ermittelten Daten bei der Datenbankerstellung oder während des Betriebes dieser Datenbank gewidmet werden, sohin, ob die Übernahme der Daten aus der verwendeten Quelle fehlerfrei erfolgt ist.¹⁵⁶

Der Begriff *mit der Darstellung des Datenbankinhaltes verbundenen Investition* ist dahingehend auszulegen, dass Mittel, welche der systematischen und methodischen Anordnung der Daten, welche in der Datenbank enthalten sind, sowie der Organisation der einzelnen Zugänglichkeiten dieser Daten gewidmet werden, hiervon erfasst sind.¹⁵⁷

Der Sui-generis-Schutz wird alleine dem Datenbankhersteller gem § 76d Abs 1 UrhG zugerechnet und gewährt diesem einen vornehmlich sachlich begrenzten Schutz für Investitionen, welche mit dem Aufbau einer Datenbank verbunden sind.¹⁵⁸ Ziel des Schutzes ist es, einen Anreiz zu schaffen, Datenspeicher- und Datenverarbeitungssysteme einzurichten und auf diese Weise den Informationsmarkt (weiter-)zuentwickeln, nicht aber unabhängige Elemente zu erzeugen, welche erst in weiterer Folge in einer Datenbank zusammengefügt werden können.¹⁵⁹

Der OGH hat unter Verweis auf einschlägige EuGH-Entscheidungen¹⁶⁰ angemerkt, dass für die Beurteilung, ob eine wesentliche Investition gegeben ist, ausschließlich die Kosten für die Beschaffung, Sichtung und Darstellung des Datenbankinhaltes mit Blick auf Initiative und/oder Risiko essentiell sind.¹⁶¹ Keine Berücksichtigung finden in diesem Zusammenhang Investitionen, welche bei der Datenerzeugung, die als eine der Datenbank-

katasters. Entscheidungsanmerkungen zu EuGH 09.II.2004, C-46/02, C-203/02, C-338/02 und C-444/02, ÖJZ 2006/47, 713.

156 EuGH 09.II.2004, C-203/02; *Dittrich*, ÖJZ 2006/47, 713; *Woller* in *urheber.recht*² § 76c Rz 20.

157 EuGH 09.II.2004, C-203/02; *Dittrich*, ÖJZ 2006/47, 713; *Woller* in *urheber.recht*² § 76c Rz 21.

158 *Büchele*, Zur Weiterentwicklung „wesentlicher Teile“ einer Datenbank. Entscheidungsanmerkung zu OGH 24.03.2015, 4 Ob 206/14v, ÖBl 2015/39, 183 (186); *Burgstaller*, Datenbankrecht (2003) 46; *Burgstaller*, ÖBl 2020/44, 148 (152).

159 EuGH 19.12.2013, C-202/12 (Innoweb), ÖBl-LS 2014/31 (*Stadler/Köfinger*) = MR-Int 2014, 68 (*Walter*); EuGH 01.03.2012, C-604/10; OGH 12.06.2007, 4 Ob II/07g.

160 EuGH 09.II.2004, C-46/02; (Fixtures Marketing); EuGH 09.II.2004, C-203/02; EuGH 09.II.2004, C-338/02 (Fixtures Marketing); EuGH 09.II.2004, C-444/02.

161 OGH 12.06.2007, 4 Ob II/07g.

herstellung vorgeschaltete Tätigkeit zu qualifizieren ist, anfallen.¹⁶² Mit anderen Worten sind nur solche Investitionen geschützt, welche für die Suche von Daten und deren Sammlung oder Darstellung in einer Datenbank dienlich sind.¹⁶³

Der Sui-generis-Schutz erstreckt sich sowohl auf die Benützung der Datenbank in ihrer Gesamtheit als auch auf wesentliche Teile derselben. Bei der Unterscheidung wesentlicher von unwesentlichen Teilen ist mangels gesetzlicher Definition oder Erläuterungen nach stRsp auf den wirtschaftlichen Hintergrund und den Zweck des Schutzrechts abzustellen. Die Wesentlichkeit ist nach qualitativen als auch quantitativen Kriterien zu bestimmen. Als *wesentlich* ist ein Teil jedenfalls anzusehen, wenn er eine wesentliche Investition darstellt. Die *qualitative Prüfung* stellt auf die Bedeutung des Gegenstandes, welcher entnommen wurde, und die quantitative auf das Volumen der Daten ab.¹⁶⁴

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass Voraussetzung für den Sui-generis-Schutz ist, dass eine Datenbank vorliegt sowie dass für die Beschaffung, Sichtung oder Darstellung des Datenbankinhalts eine in qualitativer oder quantitativer Hinsicht über ein Mindestmaß hinausgehende wesentliche Investition getätigt worden ist.

4.2.3. Schutzzumfang

Dem Sui-generis-Schutz liegt der zentrale Gedanke zugrunde, dass Investitionsleistungen geschützt werden sollen. Mit Verweis auf das Kapitel 3.5.3. ist mangels Erfüllung des Datenbankbegriffes kein Schutz nach § 76c UrhG für KI-Ergebnisse möglich.

Ein KI-generiertes Erzeugnis ist keine schützbare Investitionsleistung iSd § 76c Abs 1 UrhG und genießt sohin auch nicht den Schutz nach dieser Norm.

162 OGH 12.06.2007, 4 Ob 11/07g; *Burgstaller*, Sui-Generis-Schutz für Datenbanken, MR 2008, 15 (16); *Büchele*, ÖBl 2015/39, 183 (187); *Walter*, Sammlung der Ergebnisse von Fußballspielen als Datenbank. Entscheidungsanmerkung zu OGH 24.03.2015, 4 Ob 206/14v, MR 2015, 204.

163 Siehe EuGH 09.11.2004, C-203/02; EuGH 09.11.2004, C-338/02; EuGH 09.11.2004, C-444/02; EuGH 09.11.2004, C-46/02; *Thum/Hermes* in *Wandtke/Bullinger* (Hrsg), Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR⁶ § 87a Rz 36 f (2022); *Büchele*, ÖBl 2015/39, 183 (187).

164 OGH 24.03.2015, 4 Ob 206/14v, ecolex 2004, 722 (Beck) = ÖBl 2004, 277 (Kucska) = MR 2015, 204 (Walter) = ÖBl 2015/39, 183 (Büchele).

5. Weitere Schutzmöglichkeiten

5.1. Schutz nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Verbot der glatten Leistungsübernahme)

Im Interesse eines florierenden und funktionierenden Wettbewerbes besteht grundsätzlich für fremde Erzeugnisse, die nicht sonderrechtlich geschützt sind, Nachahmungsfreiheit, mit der Begründung, da niemand Ausschließungsrechte in Anspruch nehmen kann, sofern sie ihm nicht vom Gesetz zugesprochen werden.¹⁶⁵ Die Nachahmungsfreiheit hat allerdings ihre Grenzen. Eine solche Nachahmung ist iSd § 1 UWG verboten und unlauter, wenn sie unter Begleitumständen erfolgt, aus denen sich eine sittenwidrige Handlung ergibt.¹⁶⁶ Unlauterkeit ist ua anzunehmen, wenn eine glatte Leistungsübernahme vorliegt.¹⁶⁷

Die nachfolgenden Absätze erörtern im Speziellen das Verbot der glatten Leistungsübernahme näher.

5.1.1. Begriff der glatten Leistungsübernahme

Eine nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG *unlautere glatte Leistungsübernahme*, auch *schmarotzerische Ausbeutung* genannt, ist nach stRsp gegeben, wenn jemand „*ohne jede eigene Leistung, ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schafensvorgang das ungeschützte Arbeitsergebnis eines anderen ganz oder doch in erheblichen Teilen glatt übernimmt, um so dem Geschädigten mit dessen eigener Mühe voller und kostspieliger Leistung Konkurrenz zu machen*“¹⁶⁸.

5.1.2. Schutzworaussetzungen

Die Generalklausel des § 1 UWG bildet unzählige Fallmaterialien ab. Angemerkt sei, dass im Rahmen dieser Arbeit nur ein einziges herausgearbeitet wird.

Die in § 1 UWG normierte Generalklausel legt in Abs 1 Z 1 ua fest, dass im geschäftlichen Verkehr eine *sonstige unlautere Handlung* verboten ist,

165 RIS-Justiz RS0078138.

166 RIS-Justiz RS0078138.

167 RIS-Justiz RS0078341.

168 RIS-Justiz RS0078341.

„die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen“¹⁶⁹.

Voraussetzung für Unlauterkeit ist das Handeln im geschäftlichen Verkehr. Tatbestandsmäßig ist jede selbstständig ausgeübte Tätigkeit, die iW S wirtschaftlichen Zwecken dient und dabei die Teilnahme am Erwerbsleben spürbar wird, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.¹⁷⁰ Rein private oder amtliche Tätigkeiten sind nicht vom Anwendungsbereich des UWG erfasst.¹⁷¹

Der Begriff *nicht unerheblich* ist nicht mit dem Begriff *wesentlich* in Z 2 gleichzusetzen.¹⁷² Vielmehr bedeutet *nicht unerheblich*, dass die Beeinflussung des Wettbewerbes, welche durch die sonstige unlautere Handlung bewirkt wird, eine gewisse Mindestintensität erreichen muss, sohin spürbar ist. Wichtig ist dabei, dass die Beeinflussung zum Nachteil eines Unternehmens erfolgen muss. Die Beeinträchtigung von Allgemeininteressen oder Verbrauchern ist nicht von Relevanz. Die Umstände des Einzelfalles entscheiden letztendlich, ob eine nicht unerhebliche Beeinflussung des Wettbewerbes gegeben ist.¹⁷³

Der in § 1 Abs 1 Z 1 UWG verwendete Ausdruck *sonstige unlautere Handlungen* gilt als Auffangtatbestand für jene Sachverhalte, die keine Geschäftspraktiken darstellen.¹⁷⁴ Der Ausdruck *Geschäftspraktik* stellt auf Handlungen ab, die unmittelbar mit der Absatzförderung im Zusammenhang stehen.¹⁷⁵

Die Lehre hat den Auffangtatbestand in verschiedenste Fallgruppen mit typischen Elementen der Unlauterkeit zusammengefasst. Die gängigste Einteilung, welcher auch in dieser Arbeit gefolgt wird, sieht vier Fallgruppen (Kundenfang, Behinderung, Ausbeutung und Rechtsbruch) vor. Die glatte Leistungsübernahme stellt eine Untergruppe der Fallgruppe Ausbeutung dar.¹⁷⁶

Für die begriffliche Einordnung der glatten Leistungsübernahme wird auf das Kapitel 5.1.1. verwiesen.

169 Gem § 1 Abs 1 Z 1 UWG.

170 *Duursma in Gumpoldsberger/Baumann (Hrsg), UWG. Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb, Kommentar § 1 Rz 5 (2006).*

171 RIS-Justiz RS0077485.

172 *Kraft/Steinmair in Kraft/Steinmair (Hrsg), UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Praxiskommentar² § 1 Rz 31 (2019).*

173 *Kraft/Steinmair in UWG² § 1 Rz 32 ff.*

174 *Görg in Görg (Hrsg), Kommentar zum UWG § 1 Rz 8 (2020).*

175 *Kraft/Steinmair in UWG² § 1 Rz 14, 45.*

176 *Kraft/Steinmair in UWG² § 1 Rz 55 f, 117, 133.*

Voraussetzung für die Annahme einer solchen unzulässigen glatten Leistungsübernahme ist ein ungeschütztes, fremdes Arbeitsergebnis. Daraus kann nach Ansicht des OGH allerdings nicht abgeleitet werden, dass das Bestehen eines immaterialgüterrechtlichen Schutzes automatisch den lauterkeitsrechtlichen Schutz ausschließt. Vielmehr gewährt § 1 UWG unter gewissen Umständen einen den immaterialgüterrechtlichen ergänzenden Rechtsschutz.¹⁷⁷

Im Hinblick auf die *Fremdheit* des Arbeitsergebnisses ist festzuhalten, dass ein Arbeitsergebnis auch dann als fremd gilt, wenn es der Nachahmende im Auftrag eines anderen geschaffen hat und dafür abgegolten wurde.¹⁷⁸

Kennzeichnend für die unmittelbare Übernahme ist weiters, dass das Nachahmen mittels eines in der Regel technischen Vervielfältigungsverfahrens unter Ersparung eigener Kosten unmittelbar erfolgt. Das Nachgeahmte wird sohin kopiert oder abgeschrieben.¹⁷⁹ Allgemein kann jedoch kein Rechtssatz aufgestellt werden, der besagt, dass jede unmittelbare Übernahme eines fremden Arbeitsergebnisses unlauter ist. Vielmehr ist eine Interessensabwägung vorzunehmen. Zu berücksichtigen ist bei der gebotenen Interessensabwägung, dass das Nachgeahmte nur mit erheblichem Aufwand an Mühe, Zeit und Kosten kreiert werden konnte, und sich der Nachahmende unter Ersparung eigener Kosten und Aufwand einen Vorteil verschaffen hat. Entscheidend ist dabei nicht, welches Mittel für die Vervielfältigung herangezogen wird, sondern ob dieses Mittel unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall den Schöpfer des Nachgeahmten in unbilliger Weise um die Früchte seiner Arbeit bringt.¹⁸⁰ Trotz kritischer Stimmen hält der OGH an dem Argument der Kostenersparnis fest.¹⁸¹

An das Erfordernis der Erheblichkeit der unmittelbaren Übernahme werden in der Rsp keine hohen Anforderungen gestellt.¹⁸² Der OGH hat

177 OGH 20.06.2006 4 Ob 47/06z; OGH 12.06.2001, 4 Ob 140/01v (Internet-Nachrichtenagentur), MR 2001, 385 (Walter).

178 OGH 30.11.1993, 4 Ob 159/93.

179 OGH 10.07.2002, 4 Ob 90/01s; OGH 22.11.1994, 4 Ob 78/94 (Schuldrucksorten), SZ 67/207.

180 OGH 12.08.1996, 4 Ob 2202/96v (Mutan-Beipackzettel); OGH 09.04.2002, 4 Ob 89/02w (Pensionsvorsorge).

181 Artmann, Nachahmen und Übernahme fremder Leistung im Wettbewerbsrecht, ÖBL 1999, 3.

182 Görg in UWG § 1 Rz 1555.

bereits bei der Übernahme im Ausmaß von rund 10 – 15 % der Gesamtleistung die Erheblichkeit bejaht.¹⁸³

Aus Sicht des OGH ist die Leistungsübernahme glatt und sohin unlauter, wenn das Erzeugnis ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schaffensvorgang unverändert auf den Markt gebracht wird.¹⁸⁴ Diese Ansicht darf allerdings nicht wortwörtlich genommen werden. Ein geringfügiger Schaffensbeitrag des Nachahmenden ist nicht schädlich.¹⁸⁵

Angesichts der zuvor angeführten Voraussetzungen lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Unterfallgruppe keine Herkunftstäuschung sowie keine gewisse Verkehrsbelehrtheit verlangt.¹⁸⁶

Eine glatte Leistungsübernahme hat der OGH beim Abschreiben einer Gebrauchsinformation eines Medikaments mangels wesentlichen Kostenfaktors¹⁸⁷ verneint. Hingegen erachtete der OGH eine glatte Leistungsübernahme von AGB als sittenwidrig, weil die Erstellung und Adaptierung von AGB an die besonderen Bedürfnisse eines Unternehmens mit einem hohen Aufwand verbunden ist.¹⁸⁸

An dieser Stelle sei zusammenfassend hervorgehoben, dass im geschäftlichen Verkehr eine glatte Leistungsübernahme dann als unlauter anzusehen ist, wenn ein ungeschütztes, fremdes Arbeitsergebnis in zumindest erheblichen Teilen unter Ersparung eigener Kosten und ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schaffensvorgang nachgeahmt wird.

5.1.3. Schutzzumfang

Für die Beurteilung, ob KI-geschaffene Erzeugnisse durch § 1 UWG geschützt sind, müssen die zuvor angeführten Schutzzvoraussetzungen erfüllt sein.

Angesichts der Tatsache, dass private Tätigkeiten nicht vom Anwendungsbereich des § 1 UWG erfasst sind, wird in den meisten Fällen der lauterkeitsrechtliche Schutz für KI-geschaffene Erzeugnisse ausscheiden.

183 OGH 16.01.2007, 4 Ob 198/06f (Internet-Gebrauchtwagenbörde), MR 2007, 138 (*Wiebe/Walter*) = RdW 2007/536 (*Burgstaller*) = ÖBl 2017, 68 (*Burgstaller*).

184 OGH 12.10.1993, 4 Ob 108/93.

185 Görg in UWG § 1 Rz 1560.

186 Görg in UWG § 1 Rz 1543.

187 OGH 12.08.1996, 4 Ob 2202/96v (Mutan-Beipackzettel).

188 OGH 27.07.1993, 4 Ob 62/93.

Ein Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht wäre mE hingegen bei einer glatten Leistungsübernahme des KI-geschaffenen Erzeugnisses *Edmond de Belamy* denkbar. Das Handeln im geschäftlichen Verkehr ist durch die Versteigerung des KI-Erzeugnisses im Auktionshaus Christie's in Höhe von USD 432.500,-¹⁸⁹ jedenfalls anzunehmen. Auch wurde das KI-geschaffene Erzeugnis mit erheblichem Aufwand an Mühe, Zeit und Kosten kreiert. Denn bevor dieses Erzeugnis überhaupt erst entstehen konnte, musste eine dementsprechende KI generiert werden, indem diese mit einem speziellen Datensatz gefüttert wurde, was wiederum Zeit, Mühe und Kosten verursachte. Eine Nachahmung des KI-geschaffenen Erzeugnisses *Edmond de Belamy* als Druck, indem das Erzeugnis ohne eigenen ins Gewicht fallen- den Schaffenvorgang unverändert auf den Markt gebracht werden würde, würde mE für eine unlautere glatte Leistungsübernahme eines Fremden sprechen. Vorausgesetzt natürlich, dass nicht das *Pariser Kollektiv Obvious* den Druck angefertigt und vermarktet hätte.

5.2. Schutz im Wege von Rechtsgeschäften unter Lebenden

Neben der Möglichkeit des urheberrechtlichen, leistungsschutzrechtlichen oder lauterkeitsrechtlichen Schutzes der KI-geschaffenen Erzeugnisse steht auch der Schutz im Wege von Rechtsgeschäften unter Lebenden zur Verfügung.

Bei der Lizenzierung von solchen Erzeugnissen, welche nicht dem Urheberrecht unterliegen, kommen abhängig von der Nutzung verschiedene Vertragstypen in Betracht. Denkbar wäre ein Gebrauchsüberlassungsvertrag wie Pacht, Miete oder Leih. Alternativ kann auch ein gemischter oder atypischer Vertrag argumentiert werden.¹⁹⁰

Für eine Einordnung in den Mietvertrag bei entgeltlicher Gestaltung spricht die Möglichkeit der dauerhaften Nutzung der KI, ähnlich einer Datenbanknutzung. Ein körperlicher Zugang zum Server der KI ist nicht Voraussetzung. Es genügt die Gebrauchsüberlassung einer unverbrauchba-

189 <https://www.obvious-art.com/> (abgefragt am 20.09.2023).

190 Wilmer, Rechtsfragen bei ChatGPT & Co. Einsatz und Nutzung nach aktuellem und künftigem Recht, KuR 2023, 233 (235).

ren Sache, welche die KI zweifelsohne darstellt, gegen Entgelt.¹⁹¹ Der für die Nutzung von *Mindverse* abzuschließende Vertrag ist als solcher einstufen.

Sollte die Gebrauchsüberlassung auch auf Gewinnung von Erträgen abzielen, so ist eine Pacht vorstellbar. Die rein unentgeltliche Überlassung spricht für eine Leihe.¹⁹²

Die Lizenzbedingungen von *OpenAI* sehen derzeit vor, dass an den generierten Erzeugnissen ein nicht-exklusives Nutzungsrecht unentgeltlich eingeräumt wird.¹⁹³ Dieses Vorgehen ist einem Leihvertrag zuordnen.

In der Regel werden entsprechende Nutzungsbedingungen von den KI-Betreibern mittels AGB festgelegt und die KI-Nutzer müssen diesen vor Kreierung eines Erzeugnisses zustimmen. In den AGB wird insb die Verwendung der KI-geschaffenen Erzeugnisse reglementiert. Dabei kommt es nicht auf die Bezeichnung sowie rechtliche Qualifikation des Vertrages durch die Vertragsparteien an.¹⁹⁴ Vielmehr ist der Inhalt des Vertrags ausschlaggebend. Naturgemäß wirken solche Verträge nur *inter partes*. Es wird sohin kein absolutes Recht gegenüber Dritten geschaffen.¹⁹⁵

Daraus folgt, dass der vertragliche Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen zwar eine weitere Möglichkeit darstellt, solche Erzeugnisse zu schützen, jedoch ist auch die vertragliche Lizenzierung *de lege lata* begrenzt und gilt nur *inter partes*.

5.3. Schutz als NFT

5.3.1. Begriff des NFT

Ein NFT, also ein nicht-fungibler oder nicht austauschbarer Token, ist ein digitaler Asset, welcher ein analoges oder digitales bzw materielles oder immaterielles Gut eines Inhabers widerspiegelt und in einer dezentralen Datenbank – in der sogenannten *Blockchain* – gespeichert ist.¹⁹⁶

191 *Pesek* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 7⁵ § 1090 Rz 5 (2021); *Wilmer*, KuR 2023, 233 (235).

192 *Wilmer*, KuR 2023, 233 (235).

193 <https://www.openai.com/policies/terms-of-use> (abgefragt am 20.09.2023).

194 *Pesek* in ABGB Praxiskommentar Band 7⁵ § 1090 Rz 7.

195 *Tipotsch/Hofmarcher*, KI – Künstlerische Intelligenz?, ecolex 2023/50, 101 (104).

196 *Kucska/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, NFT – Ein Selbstversuch, ecolex 2021/324, 495 (495); *Pabst/Tipotsch*, NFT – Eine urheberrechtliche Betrachtung, ecolex 2021/327, 507 (507).

Ein *Token* wiederum ist ein bestimmter Wert, welcher unter einer bestimmten Adresse gespeichert wird. Sowohl der Wert als auch die Adresse bestehen aus einer Zahlenkombination.¹⁹⁷

Nach Ansicht des EUIPO ist ein NFT ein in einer Blockchain registriertes digitales Zertifikat, das den digitalen Artikel authentifiziert, jedoch von diesem zu unterscheiden ist.¹⁹⁸

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass ein NFT ein auf der Blockchain gespeichertes nicht-fungibles und einmaliges digitales Objekt darstellt, welches das digital erfasste Gut authentifiziert.

5.3.2. Schutzworaussetzung

Im Gegensatz zu einem Bitcoin, der beliebig gegen einen anderen Bitcoin ausgetauscht werden kann, ist ein NFT nicht fungibel, überprüfbar und einmalig.¹⁹⁹ Ein NFT verkörpert sozusagen das digitale Gegenstück zu einer unvertretbaren analogen Sache.²⁰⁰

Ein NFT kann in der Blockchain mit einer virtuellen Geldbörse – dem Wallet – von oder zu einem Inhaber verknüpft werden. In der Blockchain ist sohin für jedermann erkennbar, mit welcher virtuellen Wallet der NFT und das (Kunst-)Werk verbunden ist. Mit anderen Worten kennzeichnet der NFT den jeweiligen Inhaber der Wallet als den Inhaber des Tokens und sohin des (Kunst-)Werks. Der NFT kann demnach als eine Art Urkunde verstanden werden, welche auf den jeweiligen Inhaber und das (Kunst-)Werk hinweist. In den meisten Fällen ist das (Kunst-)Werk selbst nicht in der Blockchain auffindbar, sondern der NFT enthält einen Link zu diesem.²⁰¹

197 *Kucska/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, ecolex 2021/324, 495 (495).

198 *Patentamt*, Klassifikation von Nizza. 12. Ausgabe, Version 2023 (gültig ab 1. Januar 2023), Liste der Waren nach Klassen, https://www.patentamt.at%2Ffileadmin%2Froot_opea%2FDateien%2FMarken%2FMA_Infoblaetter%2FNizza_NCL12-2023_Waren_Klassen.pdf&usg=AOvVawlh2bE8p1do4Pjlblb6tGfg6&opi=89978449.

199 *Pabst/Tipotsch*, ecolex 2021/327, 507 (507); *Leopold*, Ist alles Gold, was glänzt?, GRAU 2022/27, II15 (II16).

200 *Helmich* in *Kletecka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.04} § 301 Rz 5 (Stand 1.8.2022, rdb.at); *Leopold*, GRAU 2022/27, II15 (II16).

201 *Kucska/Pabst/Tipotsch/Tyrybon*, ecolex 2021/324, 495 (495).

Die Einmaligkeit eines NFT wird durch den ihm zugrundeliegenden Computerprogramm – Smart Contract – bedingt. Dieser Smart Contract bestimmt die Eigenschaften des NFT.²⁰²

NFT eignen sich aufgrund der nachvollziehbaren Zuordnung des durch sie repräsentierten Werkes in besonderer Weise zur digitalen Verkörperung und Zuordnung von (Kunst-)Werken, sozusagen zur Erzeugung eines digitalen Originals.²⁰³

Die Verknüpfung eines Werkes mit einem NFT selbst begründet jedoch keine urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich relevante Handlung und sohin keinen eigenen Schutz.²⁰⁴ Denn ein NFT stellt lediglich eine „technische Hülle für die damit verbundenen Ansprüche und Rechte“ dar.²⁰⁵ Einen Schutz, wonach Dritte das mit dem NFT verbrieft (Kunst-)Werk nicht ohne Zustimmung des Schöpfers oder Inhabers vervielfältigen, verwenden oder herunterladen dürfen, bietet alleine das Urheberrecht.²⁰⁶

Sollte das digitale Werk sohin kein Urheber- oder Leistungsschutzrecht genießen, so kann dieses zwar mit einem NFT verknüpft werden, mittels Smart Contract können jedoch keine urheberrechtlichen oder leistungsschutzrechtlichen Lizzenzen abgebildet oder eingeräumt werden.²⁰⁷

Auf EU-Ebene gibt es derzeit mehrere Regulierungsvorhaben bzgl Kryptowerten. Nach dem derzeitigen Stand sind NFT allerdings (noch) unreguliert.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass NFT die Erzeugung eines digitalen Originals ermöglichen und als Art Urkunde zu verstehen sind, jedoch kein eigenes Schutzrecht begründen.

5.3.3. Schutzmfang

In diesem Zusammenhang muss sich die Frage gestellt werden, ob KI-generierte Erzeugnisse einem NFT zugänglich gemacht werden können und sich daraus ein Schutz gegenüber Dritten ableiten lässt.

202 *Leopold*, GRAU 2022/27, 115 (116).

203 *Kaulartz/Schmid*, Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs), CB 2021, 298 (298).

204 *Schima*, Zum "Kauf" von digitalen Kunstwerken mittels NFTs, ecolex 2022/436, 635 (636).

205 *Ehinger/Schmid*, Kaufrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Non-Fungible Tokens (NFTs), InTeR 2022, 106 (108).

206 *Schima*, ecolex 2022/436, 635 (636).

207 *Leopold*, GRAU 2022/27, 115 (118).

Unter Beachtung des Vorstehenden können KI-generierte Erzeugnisse zwar generell durch ein NFT verkörpert werden. Solange das KI-generierte Erzeugnis allerdings kein Werk iSd UrhG oder kein Leistungsschutzrecht begründet und sohin keinen urheberrechtlichen oder leistungsschutzrechtlichen Schutz genießt, besteht kein Schutz gegenüber Dritten.

Die Verkörperung durch ein NFT alleine reicht nicht aus, damit ein KI-generiertes Erzeugnis geschützt ist.

6. Überlegungen und Ausblick

Das rasche Voranschreiten der Technologie stieß weltweit den Prozess an, sich über den Einsatz von KI, insb über den Schutz von KI-generierten Erzeugnissen, Gedanken zu machen. Vor diesem Hintergrund skizziert der nächste Abschnitt Überlegungen und Ausblicke auf europäischer und internationaler Ebene. Den Abschluss dieses Abschnittes runden meine eigenen Überlegungen ab.

6.1. Europäische und internationale Überlegungen

Neue Technologien bringen zwar neue Chancen, bergen jedoch auch eine Vielzahl an Herausforderungen. Die EU nimmt mit ihrem Prestigeprojekt – der Schaffung eines Rechtsrahmens für KI – erneut die Vorreiterrolle wie bereits bei der DSGVO ein. Zentrale Herausforderung für die EU ist dabei einen Einklang zwischen den Werten und Grundrechten der Menschen sowie der Förderung der KI-Technologie zu schaffen.²⁰⁸

Bis ein solcher Vorschlag allerdings zu Papier gebracht werden konnte, gab es auf europäischer Ebene eine Vielzahl an Konsultationen, Berichten und Entschließungen.²⁰⁹ Im Zusammenhang mit dem Schutz von KI-ge-

208 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 1.

209 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 8 f.

schaffenen Werken sind besonders das Weißbuch zur KI²¹⁰ und die Entschließung zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien²¹¹ hervorzuheben.

Anfang Juni 2023 forderte die derzeitige Kommissionsvizepräsidentin *Vera Jourová* in einem Treffen mit über 40 Vertretern großer Technologieunternehmen zur Kennzeichnungspflicht von KI-generierten Erzeugnissen auf.²¹² Inwieweit diese Maßnahme zur Kennzeichnung umgesetzt wird, ist jedoch noch fraglich. Im Raum steht, dass dies vorerst in dem unverbindlichen Verhaltenskodex gegen Desinformation aufgenommen werden solle.²¹³ Dementsprechend könnte die Kennzeichnungspflicht im Rahmen des unverbindlichen Kodex zwar über eine freiwillige Selbstunterwerfung umgesetzt werden. Letztendlich würde erst die Ausgestaltung in einer Rechtsvorschrift bspw in dem KI-VO-V eine dahingehende Verpflichtung für alle schaffen.

Sollte eine derartige gesetzliche Verpflichtung in Zukunft erlassen werden, so würde dies dem Grunde nach für KI-geschaffene Erzeugnisse bedeuten, dass all jene Erzeugnisse, neben der Inhaberbezeichnung, sofern sie einen Schutz nach dem UrhG unterliegen, ebenfalls den Vermerk, dass sie mithilfe einer KI geschaffen wurden, aufweisen müssten. Im Mittelpunkt dieser Kennzeichnungspflicht steht der Gedanke, dass dadurch ein Schutzmechanismus gegen böswillige KI-Nutzung zur Verbreitung von Desinformation geschaffen werde und KI-geschaffene Erzeugnisse klar kenntlich gemacht werden. In diesem Zusammenhang muss sich zudem die Frage gestellt werden, ob diese Kennzeichnungspflicht Auswirkungen auf den Schutz von solchen Erzeugnissen hat und folglich mit deren Kennzeichnung gemeinfrei sind. Das generelle Absprechen des urheberrechtlichen Schutzes aufgrund der Kennzeichnung, dass das Werk von oder mithilfe einer KI geschaffen wurde, sagt mE nichts darüber aus, ob eine eigentümliche geistige Schöpfung vorliegt. Vielmehr müssen die Schutzworaussetzun-

210 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg.

211 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) endg.

212 https://www.germany.representation.ec.europa.eu/news/verhaltenskodex-gegen-desinformation-unterzeichner-sollen-arbeit-intensivieren-und-kunstliche-2023-06-05_de (abgefragt am 20.09.2023).

213 https://www.germany.representation.ec.europa.eu/news/verhaltenskodex-gegen-desinformation-unterzeichner-sollen-arbeit-intensivieren-und-kunstliche-2023-06-05_de (abgefragt am 20.09.2023).

gen, wie in dem Kapitel 3.2. erläutert, gegeben sein. Dem Grunde nach muss ein Bezug zwischen dem geistigen Schaffensprozess und gestalterischen Willen des Schöpfers hergestellt werden können.

Auch international existieren Initiativen, die sich speziell mit dem Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen beschäftigen und Lösungsansätze diskutieren. Im internationalen Umfeld sind die Überlegungen der WIPO im Zusammenhang mit dem Schutz von Eigentum als wegweisend anzuführen.

Die zuvor genannten Überlegungen auf europäischer und internationaler Ebene werden in den nachfolgenden Absätzen näher erörtert.

6.1.1. Weißbuch zur KI

Im Weißbuch zur KI umreißt die Europäische Kommission die Eckpunkte über die zukünftigen wichtigsten politischen Maßnahmen und Investitionen im Bereich KI. Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind die zwei wichtigsten Komponenten die Förderung der Entwicklung und des Einsatzes von KI sowie die Regulierung ethischer Aspekte und Vertrauenswürdigkeit.²¹⁴

Die facettenreiche KI spielt – so die Europäische Kommission – in viele Bereiche des Lebens hinein und nimmt infolgedessen eine wichtige Rolle im Leben der Menschen ein.²¹⁵ Damit KI zur Förderung der Wirtschaft beitragen könne, bedarf es nach Ansicht der Europäischen Kommission, dass das Vertrauen der Bürger in KI gestärkt werde.²¹⁶ Im Hinblick darauf strebt die Europäische Kommission ein auf den Menschen ausgerichtetes Konzept für die Entwicklung und den Einsatz von KI an. Mit ihrem Vorgehen beabsichtigt sie zugleich, die Führungsrolle in diesem Bereich einzunehmen.²¹⁷ Dabei hebt die Europäische Kommission besonders hervor, dass ein gemeinsames europäisches Konzept für KI geschaffen werden solle, um eine Fragmentierung des Binnenmarktes zu vermeiden.²¹⁸

214 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 1, 4.

215 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 9, 66.

216 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 18.

217 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 1, 4.

218 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 70.

Weiters solle eine Definition für KI angestrebt werden, die einerseits die technische Kapazität der KI widerspiegle, andererseits offen genug sei, um mit den gesellschaftlichen Entwicklungen Schritt zu halten.²¹⁹

Nach Auffassung der Europäischen Kommission soll ein prinzipienbasierter Rechtsrahmen für den KI-Einsatz gestaltet werden, welcher den Kernelementen wie „*Gewährleistung der Grundrechte, des Verbraucherschutzes sowie der Transparenz beim Einsatz der genannten technischen Elemente und der Vorschriften über Produktsicherheit und -haftung*“²²⁰ ausreichend Rechnung trage und zugleich Spielraum und Flexibilität für Innovationen ermögliche. Zugleich weist sie darauf hin, dass sich KI-Anwendungen derzeit nicht in einem gesetzeslosen Raum vorfinden, sondern durch bestehende EU-Vorschriften reguliert seien. Ins Treffen führt sie hierbei Rechtsvorschriften über Verbraucherschutz, Grundrechte sowie Recht auf den Schutz von personenbezogenen Daten. Sie betont allerdings, dass die bestehenden Rechtsvorschriften nicht für KI-Anwendungen zugeschnitten seien, was wiederum bedeute, dass es aktuell in gewisser Hinsicht eine Gesetzeslücke gäbe, welche durch die explizite Reglementierung von KI geschlossen werden sollte.²²¹

Darauf aufbauend merkt die Kommission jedoch an, dass „*sich die Debatte über künftige politische Maßnahmen zur Stärkung des Vertrauens in KI auch mit Fragen im Zusammenhang mit dem Eigentum an Daten, Algorithmen und Plattformen, der Wahrung öffentlicher Werte auf Plattformen und der Frage befasst, wer letztlich am meisten von KI-Anwendungen profitiert und wer den Preis dafür zahlt (und ob dies für die Gesellschaft hinnehmbar ist)*“²²². Hierbei übersieht mE die Europäische Kommission die Thematik rund um das Eigentum von KI-geschaffenen Erzeugnissen. Zwar könnte unter Eigentum an Daten auch KI-geschaffene Erzeugnisse verstanden werden, doch ist diese Interpretation meiner Ansicht nach zu weit gefasst und sohin zu verneinen.

Die im Weißbuch zur KI genannten Problemstellungen zeigen die Komplexität auf, mit welcher die Europäische Kommission konfrontiert ist, um

219 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 33.

220 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 35.

221 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 38 ff.

222 Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg Rz 13.

eine Regulierung von KI auszustalten. Schwerpunkt des Regulierungsansatzes ist die Vertrauenswürdigkeit von KI und die Ausrichtung auf den Menschen. Unbeachtet bleiben Fragen rund um das Eigentum von KI-ge schaffenen Erzeugnissen.

6.1.2. Entschließung zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien

In der Entschließung zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien fordert das Europäische Parlament zu politischen Maßnahmen, insb im Zusammenhang mit dem Rechtsschutz von KI-ge schaffenen Erzeugnissen, auf. Das Europäische Parlament betont dabei, dass der europäische Rechtsrahmen für geistiges Eigentum darauf ausgerichtet sei, die Kreativität sowie Innovation und den Zugang zu Informationen sowie Wissen zu fördern.²²³

Infolge der jüngsten Entwicklungen im Bereich KI, welche einen erheblichen Technologiefortschritt und sowohl Chancen als auch Herausforderungen darstellen, sei es geboten, dass wesentliche Fragen im Zusammenhang mit KI, insb der Rechte des geistigen Eigentums, angegangen werden müssten.²²⁴

Keinesfalls dürfe die Förderung des Einsatzes von KI zulasten der Interessen der Urheber oder der ethischen Grundsätze der Union einhergehen. Damit „*die Technologie ein Instrument im Dienste des Menschen und des Gemeinwohls*“²²⁵ bleibe, sei die Ausrichtung der KI auf den Menschen erforderlich.²²⁶

223 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) endg ErwG A, Rz 5.

224 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) endg ErwG C, Rz 5.

225 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) ErwG E.

226 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) ErwG E, Rz 6.

Ferner müsse eine „*technologieneutrale und ausreichend flexible*“²²⁷ Definition von KI geschaffen werden, die dem künftigen technologischen Fortschritt standhalte.²²⁸

Kritisch werde die passive Haltung der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit dem Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen anmerkt. Trotz der Bedeutung der Rechte am geistigen Eigentum für die Wirtschaft der EU, um Rechtssicherheit und Vertrauen zu schaffen und zu gewährleisten, hat sich die Europäische Kommission bis dato nicht zum Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen geäußert. Das Europäische Parlament sieht den Handlungsbedarf gestützt auf Art 118 AEUV gegeben. Art 118 AEUV normiert, dass der Unionsgesetzgeber „*Maßnahmen zur Schaffung europäischer Rechtstitel über einen einheitlichen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums in der Union*“²²⁹ erlässt.²³⁰

Nach Ansicht des Europäischen Parlamentes wäre die Schaffung eines Rechtsrahmens in Form einer Verordnung anstelle einer Richtlinie wünschenswert, mit der Begründung, dass dadurch einerseits der Förderung von Innovationen und andererseits der Vermeidung der Fragmentierung des Binnenmarktes Rechnung getragen werde.²³¹

Grundsätzlich sei zwischen „*KI-gestützten menschlichen Schöpfungen und durch KI erzeugten Schöpfungen*“²³² zu unterscheiden, wobei letztere neue regulatorische Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Schutz der Rechte des geistigen Eigentums nach sich ziehen. Zu differenzieren sei weiters zwischen dem Recht des geistigen Eigentums an der

227 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 7.

228 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 7.

229 Gem Art 118 AEUV.

230 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) ErwG A f.

231 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) ErwG F, Rz 3.

232 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 14.

KI-Entwicklung und dem an den KI-geschaffenen Erzeugnissen.²³³ Das Europäische Parlament betont in diesem Zusammenhang, dass der gelende Rahmen für geistiges Eigentum, sofern die KI nur als Hilfsmittel zur Schaffung eines Werkes eingesetzt werde, weiterhin Anwendung finde.

Generell ist das Europäische Parlament der Auffassung, dass KI-geschaffene Erzeugnisse im Rahmen der derzeitigen Regelungen des Urheberrechts beurteilt werden sollen, um Investitionen in dieser Form zu fördern sowie die Rechtssicherheit für Bürger und Unternehmer zu verbessern. Bestimmte KI-geschaffene Werke seien mit eigentümlichen geistigen Schöpfungen vergleichbar und genießen sohin einen urheberrechtlichen Schutz. Diesbezüglich solle jene natürliche oder juristische Person Inhaber sein, die das Werk rechtmäßig geschaffen habe, unter der Voraussetzung, dass im Falle der Verwendung von urheberrechtlich geschütztem Material der Inhaber dessen der Verwendung in dem gegenständlichen Umfang zustimmt haben müsste. Keinesfalls solle der KI Rechtspersönlichkeit eingeräumt werden.²³⁴ Mit Schwierigkeiten verbunden, sehe das Europäische Parlament das Erfordernis der Originalität und wendet hierzu ein, dass bei selbstständig von KI geschaffenen Werken das Erfordernis der Originalität aufgrund des Fehlens der menschlichen Leistung eventuell nicht erfüllt sei.²³⁵

Weiters führt das Europäische Parlament aus, dass bei der Beurteilung der Rechte am geistigen Eigentum der „*Grad des menschlichen Eingreifens, die Eigenständigkeit der KI und die Bedeutung der Rolle und der Herkunft der verwendeten Daten und der verwendeten urheberrechtlich geschützten*

233 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 14.

234 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 13.

235 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 15.

Materialien und die mögliche Einbeziehung anderer einschlägigen Faktoren“²³⁶ Berücksichtigung finden sollen.²³⁷

Die Entschließung zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien bietet eine wichtige Diskussionsgrundlage für den Umgang mit dem Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen. Das Europäische Parlament nimmt klar Stellung zur derzeitigen Situation und zeigt auf, welche Herausforderungen sich mit dem technologischen Fortschritt in Bezug auf das Recht am geistigen Eigentum hervortun. Die darin ausgeführten Denkansätze, insb die Beurteilung des Schutzes von KI-geschaffenen Erzeugnissen nach den derzeitigen Regelungen des Urheberrechts, sind zu begrüßen. Es wäre wünschenswert, wenn sich auch die Europäische Kommission mit dieser Thematik auseinandersetzen und Stellung beziehen würde.

6.1.3. KI-VO-V

Im Interesse des Ausbaues der technischen Führungsrolle der EU und gleichzeitigem Schutz der Bürger der Union, um im Einklang mit ihren Werten und Grundrechten zu sein, hat sich die EU dazu entschlossen, einen harmonisierten Rechtsrahmen für KI festzulegen, welcher in einem KI-VO-V mündete.²³⁸

Der KI-VO-V geht auf das politische Engagement der Präsidentin der Europäischen Kommission *Ursula von der Leyen* zurück. In ihren politischen Leitlinien für die Europäische Kommission hat sie angekündigt, dass die Europäische Kommission einen Legislativvorschlag „*mit einem koordinierten europäischen Konzept für die menschlichen und ethischen Aspekte der künstlichen Intelligenz*“²³⁹ vorschlagen werde. Im Nachgang da-

-
- 236 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 9.
- 237 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 9.
- 238 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 1.
- 239 *Von der Leyen*, Eine Union, die mehr erreichen will. Meine Agenda für Europa. Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024, S 16.

ran veröffentlichte die Europäische Kommission ihr Weißbuch zur KI, auf dieses im Kapitel 6.1.1. näher eingegangen wird. Nachdem das Weißbuch veröffentlicht wurde, leitete die Europäische Kommission eine Konsultation der Interessenträger ein, welche zu einem regen Austausch und letztlich zur Befürwortung der Reglementierung des Einsatzes von KI führte.²⁴⁰

Im Hinblick auf die Wahl des Rechtsinstruments des Vorschlages ist festzuhalten, dass die Verordnung als verbindlicher Rechtsakt gewählt wurde, der in allen EU-Ländern in vollem Umfang, ohne dass dieser durch nationales Recht umgesetzt werden muss, um wirksam zu werden, gilt. Begründend wird für die harmonisierte Vorschrift ua der große Umfang des grenzüberschreitenden Verkehrs, die Verringerung der Rechtsfragmentierung, das reibungslose Funktionieren des (digitalen) Binnenmarktes und die leichtere „*Entwicklung eines Binnenmarktes für rechtmäßige, sichere und vertrauenswürdige KI-Systeme*“²⁴¹ angeführt.²⁴²

Der KI-VO-V ist zudem eine Reaktion auf die ausdrückliche und wiederholte Forderung des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates, wonach legislative Maßnahmen zur Regulierung von KI unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung eines reibungslos funktionierenden Binnenmarktes geschaffen werden sollten. Gleichwohl sollte der Nutzen als auch die Risiken der KI in dieser Maßnahme angemessen Berücksichtigung finden.²⁴³

Am 21.04.2021 hat die Europäische Kommission den KI-VO-V veröffentlicht.²⁴⁴ Der Europäische Rat hat sich am 06.12.2022 zu dem Vorschlag

240 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 1f, 8f.

241 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 8.

242 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 6, 8.

243 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 2f.

244 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über

geäußert und seinen gemeinsamen Standpunkt festgelegt.²⁴⁵ Mit Spannung wurde die Entscheidung des Europäischen Parlaments erwartet. Am 14.06.2023 hat das Europäische Parlament seine Verhandlungsposition angenommen. Mit dieser Annahme konnten nun die Triolog-Verhandlungen über eine endgültige Fassung des Vorschlages beginnen.²⁴⁶

Der derzeitige KI-VO-V zielt darauf ab, die Nutzung von KI unter einen gewissen Rahmen zu stellen und die KI, je nach Risiko für den Nutzer, einzustufen (sogenannter *risikobasierter Ansatz*). Die verschiedenen Risikostufen sehen mehr oder weniger Regulierung wie Einführung eines Risikomanagementsystems, Dokumentations- und Informationspflichten, Pflicht einer menschlichen Aufsicht, Transparenzpflichten etc vor.²⁴⁷ Weiters sollen die im Weißbuch zur KI angeführten Denkansätze, die sich insb bei der Generierung und Verwendung von KI stellen, im KI-VO-V behandelt werden.²⁴⁸

Maßgeblich für den Vorschlag ist darüber hinaus die Ausrichtung auf den Menschen, wonach er darauf vertrauen können soll, dass die Technik sicher verwendet und dabei den Gesetzen sowie Grundrechten entsprochen wird.²⁴⁹

künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg.

245 <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (abgefragt am 20.09.2023).

246 https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-gesetz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz?&at_campaign=20226-Digital&at_medium=Google_Ads&at_platform=Search&at_creation=RSA&at_goal=TR_G&at_advertiser=Webcomm&at_audience=ki%20eu&at_topic=Artificial_intelligence_Act&at_location=AT&gclid=EAIAIQobChMIPYeTpqyGgQMWow8GAB0PHwmEAAYASAAEgK6bvD_BwE (abgefragt am 20.09.2023).

247 https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-gesetz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz?&at_campaign=20226-Digital&at_medium=Google_Ads&at_platform=Search&at_creation=RSA&at_goal=TR_G&at_advertiser=Webcomm&at_audience=ki%20eu&at_topic=Artificial_intelligence_Act&at_location=AT&gclid=EAIAIQobChMIPYeTpqyGgQMWow8GAB0PHwmEAAYASAAEgK6bvD_BwE (abgefragt am 20.09.2023).

248 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 6.

249 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über

Wenngleich die im Weißbuch zur KI angeführten Denkansätze im KI-VO-V Berücksichtigung fanden, so ist festzuhalten, dass sich weder im Weißbuch zur KI noch im KI-VO-V Regelungen für den Schutz von KI-ge schaffenen Erzeugnissen vorfinden. Trotz der Bedeutung des Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums und der diesbezüglichen Anmerkung des Europäischen Parlaments im Rahmen der Entschließung zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien²⁵⁰ ist der Schutz von KI-ge schaffenen Erzeugnissen derzeit nicht Gegenstand der Überlegungen der Europäischen Kommission. Dieses Außerachtlassen wird im Kapitel 6.2. näher erörtert.

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass der KI-VO-V KI in Risikostufen einteilt, jedoch keine Regelungen für den Schutz von KI-ge schaffenen Erzeugnissen enthält.

6.1.4. WIPO

Im Dezember 2019 startete die WIPO eine öffentliche Konsultation in Bezug auf KI und geistiges Eigentum.²⁵¹ In ihrem dazu veröffentlichten Themenpapierentwurf befasste sich die WIPO insb mit den Fragen, ob einerseits KI-ge schaffene Erzeugnisse einen urheberrechtlichen Schutz ge nießen sollten, und wenn ja, wem dieses Schutzrecht zuteil werden sollte, oder ob andererseits ein separater Sui-generis-Schutz für KI-ge schaffene Werke geschaffen werden sollte.²⁵²

Im Rahmen der Konsultation gingen über 250 Stellungnahmen ein.²⁵³ Die EU und ihre Mitgliedstaaten betonen in ihrer Antwort, dass zunächst

künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg S 1.

- 250 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) Rz 1.
- 251 https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0017.html (abgefragt am 20.09.2023).
- 252 WIPO, Draft Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence (2019) S 4f.
- 253 https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html (abgefragt am 20.09.2023).

ein Sui-generis-Schutz zu prüfen sei, bevor ein Urheberrechtsschutz in Betracht gezogen werden sollte.²⁵⁴

Im Mai 2020 wurde ein überarbeitetes Themenpapier, in welchem die eingegangenen Stellungnahmen berücksichtigt wurden, veröffentlicht.²⁵⁵ Hierzu wurde der Fragenkatalog im Hinblick auf den Schutz von KI-ge schaffenen Erzeugnissen erweitert. Im Übrigen kamen die Fragen hinzu, ob ein KI-geschaffenes Erzeugnis überhaupt ein Schutzrecht benötige, ob einer KI Rechtspersönlichkeit eingeräumt werden sollte, und ob, sofern das KI-geschaffene Erzeugnis zwar keinen urheberrechtlichen Schutz, jedoch einen separaten Sui-generis-Schutz genieße, dadurch der Anreiz geschaffen werde, die Beteiligung der KI zu verbergen.²⁵⁶

Die in dem überarbeiteten Themenpapier dargelegten Fragen wurden in der zweiten und dritten WIPO-Konferenz im Juli und November 2020 eingehend erörtert.²⁵⁷

Zusammengefasst kann festgehalten werden, dass die WIPO in ihrem überarbeiteten Themenpapier die wichtigsten Fragen rund um KI und geistiges Eigentum dargelegt hat. Mit Spannung werden die nächsten Schritte erwartet.

6.2. Eigene Überlegungen

Wie eingangs im Kapitel 3.2. festgehalten, können mE KI-geschaffene Werke einen urheberrechtlichen Schutz genießen, sofern die Schutzvoraussetzungen iSd §§ 1, 3 UrhG erfüllt sind. Doch für all jene Werke, die keinen urheberrechtlichen Schutz genießen, hinkt mE das geltende Recht hinterher. Abhilfe könnte die Einführung eines Leistungsschutzrechtes schaffen.

Weder auf internationaler noch auf europäischer Ebene finden sich derzeit Regelungen, die einen zwingenden Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen vorsehen. Mangels zwingender rechtlicher Regelungen steht

254 *Europäische Union*, Response of the European Union and its Member States to the public consultation on the WIPO Draft Issues Paper on Intellectual Property and Artificial Intelligence of 13 December 2019 (2020) S 2.

255 https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html (abgefragt am 20.09.2023).

256 WIPO, Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence (2020) S 7f.

257 https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html (abgefragt am 20.09.2023).

es dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich frei, ein solches Schöpfungsrecht einzuführen.

In Anlehnung an die §§ 73 f UrhG könnte ein solches KI-Schöpfungsrecht in § 76g mit folgendem Inhalt eingefügt werden:

KI-geschaffene Erzeugnisse

§ 76g (1) KI-geschaffene Erzeugnisse im Sinne dieses Gesetzes sind durch ein softwarebasiertes Verfahren (im Sinne des Art 3 Abs 1 KI-VO-V) generierte Erzeugnisse.

(2) Derart generierte Erzeugnisse unterliegen, unbeschadet der urheberrechtlichen Vorschriften zum Schutz von Werken im Sinne des § 1 UrhG, den für KI-geschaffene Erzeugnisse geltenden Vorschriften.

(3) Wer ein KI-geschaffenes Erzeugnis generiert (Hersteller), hat mit den vom Gesetz bestimmten Beschränkungen das ausschließliche Recht, das Erzeugnis zu verbreiten, durch Rundfunk zu senden, durch optische Einrichtungen öffentlich vorzuführen, der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen und zu vervielfältigen. Bei gewerbsmäßig generierten KI-Ereignissen gilt der Inhaber des Unternehmens als Hersteller.

(4) Das Schutzrecht an den KI-geschaffenen Erzeugnissen erlischt fünfzig Jahre nach der Generierung.

(5) Die dem Hersteller nach Absatz 3 zustehenden Verwertungsrechte sind veräußerlich und vererblich.

Ziel des eigens kreierten Schöpfungsrechts ist der Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen, welche kein Werk iSd § 1 UrhG darstellen, um die auftretende Schutzlücke zu schließen. Die bestehenden Regelungen zum Lichtbildschutz iSd §§ 73 f UrhG waren hierzu wegweisend.

Die Sicht von *Specht-Riemenschneider*, wonach ein Leistungsschutzrecht ähnlich dem § 85 dUrhG als Investitionsschutz ausgestaltet werden sollte,²⁵⁸ überzeugt mE nicht. Rechteinhaber wäre demnach derjenige, der die wirtschaftliche und organisatorische Verantwortung übernimmt, also derjenige, der die KI anschafft und für die Kosten aufkommt.²⁵⁹ Vom Leistungsschutzrecht nicht umfasst wären allerdings die Anwender der KI, was wiederum für eine Regelungslücke sorgen würde, welche tunlichst mit Schaffung eines neuen KI-Schöpfungsrechts vermieden werden sollte. Unter Berücksichtigung, dass dem Urheberrecht grundsätzlich – im Gegensatz zum Patentrecht – die Ausdehnung des Schutzbereiches auf Erzeugnisse iSe

258 *Specht-Riemenschneider*, WRP 2021, 273 (277).

259 *Specht-Riemenschneider*, WRP 2021, 273 (277).

deriativen Schutzes fremd ist,²⁶⁰ scheint es mE nicht zielführend, hiervon abzuweichen. Vielmehr sollte das Erzeugnis demjenigen zuteil werden, der die letzte menschliche Leistung gesetzt hat, bevor das Erzeugnis geschaffen wurde. Auch dem Hersteller eines Fotoapparates werden nicht automatisch die mit dem Fotoapparat geschossenen Fotos zugerechnet. Im Rahmen der Ausgestaltung meines KI-Schöpfungsrechts habe ich versucht, diesen Umstand zu beachten.

Gemäß § 76g (1) sollen KI-geschaffene Erzeugnisse, welche durch ein softwarebasiertes Verfahren generiert werden und zugleich keine Werke iSd § 1 UrhG darstellen, einen leistungsschutzrechtlichen Schutz genießen. Die Formulierung von KI-geschaffenen Erzeugnissen ist mit Blick auf das rasante Weiterentwickeln der Technologie sehr weit gefasst und nimmt Bezug auf den KI-VO-V. Das ausschließliche Verwertungsrecht an solchen Erzeugnissen soll jener natürlichen oder juristischen Person, welche das KI-geschaffene Erzeugnis generiert hat, zukommen. Unter Generierung eines solchen Erzeugnisses ist jener Vorgang zu verstehen, der dazu beiträgt, dass ein solches Erzeugnis entsteht. Denkbar wäre die Eingabe von Prompts oder die Programmierung einer autonom-agierenden KI.

Begründend für die Einführung eines solchen KI-Schöpfungsrechts ist mE, dass bereits Satellitenfotos oder computergesteuerte Lichtbilder ein Leistungsschutzrecht begründen. Diesen reinen Lichtbildern wird ein menschlicher Schaffensakt unterstellt und sie entstehen ohne unmittelbares menschliches, sohin schöpferisches Zutun.²⁶¹ ME ist es sohin lediglich eine Frage der Zeit, bis auch KI-geschaffene Erzeugnisse, welche ebenfalls durch Zuhilfenahme eines (computergesteuerten) Werkzeuges generiert werden, einen Leistungsschutz eingeräumt bekommen.

Auch müssten sich der urheberrechtliche Schutz von KI-geschaffenen Werken und der Leistungsschutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen nicht gegenseitig ausschließen – wie bei einem Lichtbildwerk und einem Lichtbild – und könnten parallel bestehen.

Vor dem Hintergrund, dass mittlerweile durch verschiedene EU-Richtlinien eine Harmonisierung des Urheberrechts in beträchtlichem Umfang erfolgt ist,²⁶² ist es unwahrscheinlich, dass der nationale Gesetzgeber ein Leistungsschutzrecht für KI-geschaffene Erzeugnisse einführt. Vielmehr

260 *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR 2018, 574 (577); *Herda*, wbl 2019, 305 (311).

261 *Dillenz/Gutman*, UrhG & VerwGesG² § 73 Rz 11; *Tonninger* in *urheber.recht*² § 73 Rz 10.

262 *Görg* in UrhG Praxiskommentar Einleitung Rz 41.

überzeugt die Vorstellung, dass die Europäische Kommission in Zukunft eine entsprechende Rechtsvorschrift für den Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen auf den Weg bringen wird. Eine derartige Ausgestaltung könnte meiner Idee eines Schöpfungsrechts folgen. Eine Prognose, wann mit einer solchen Rechtsvorschrift gerechnet werden kann, lässt sich jedoch nicht treffen.

Aktuell befasst sich die Europäische Kommission intensiv mit der Reglementierung von KI in der EU. Der KI-VO-V, der auf dem Weißbuch zur KI gefolgt ist, wird derzeit in den zuständigen Gremien sowie in den Mitgliedstaaten besprochen. Dieses Vorgehen kostet Zeit und bindet Ressourcen sowie Personal. Angesichts der Tatsache, da beides nicht in unbegrenztem Umfang sowohl in den zuständigen Gremien als auch in den Mitgliedstaaten vorhanden ist, muss die Europäische Kommission Prioritäten setzen und sich zunächst auf einige wenige – ihres Erachtens essentiellen – Vorhaben konzentrieren.

Vor dem Hintergrund kann natürlich über die Themenauswahl der Europäischen Kommission gestritten werden, die im Weißbuch zur KI abgebildet ist. Doch willkürlich ist sie sicherlich nicht. Die Europäische Kommission ist bemüht, eine zukunftssichere Lösung und zugleich einen gerechten Interessenausgleich zu finden.

Es zeigt sich sohin, dass die Weiterentwicklung des Urheberrechts untrennbar mit dem rasanten Technologiefortschritt gerade in jenen Bereichen, welche die Inhaberrechte berühren, verbunden ist. ME hinkt jedoch das geltende Recht den Veränderungen im Bereich Digitalisierung und Kunst hinterher. Die Schaffung eines KI-Schöpfungsrechts wäre aus meiner Sicht aus Rechtssicherheitsgründen wünschenswert.

7. *Conclusio*

Der rasante Technologiefortschritt im Bereich KI fordert die Grenzen des Rechts heraus und wirft einige bisher unbekannte Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz von solchen Werken auf, die nur im Wege der Analogie – und auch nicht abschließend – beantwortet werden können.

Zunächst gilt es den Schutz von KI-geschaffenen Werken in einem urheberrechtlichen Kontext zu beurteilen. Weder im österreichischen noch im europäischen Urheberrecht existiert derzeit eine ausdrückliche Regelung zum Schutz von KI-geschaffenen Werken. Insofern muss die Frage nach

dem Schutz auf Basis der allgemeinen Regeln des Urheberrechts beantwortet werden.

Aufgrund der anthropozentrischen Natur des Urheberrechts ist nach derzeitiger Rechtslage klar, dass eine KI als Algorithmus niemals Schöpfer und sohin Urheber sein kann. Im Urheberrecht steht der Mensch und nicht das – auch wenn originell – geschaffene Werk im Vordergrund. Urheber kann nur eine natürliche Person sein, die sich gegebenenfalls einer KI als Hilfsmittel oder Werkzeug bedient.

Um urheberrechtlichen Schutz iSd §§ 1, 3 UrhG zu genießen, muss sich das KI-geschaffene Werk einerseits von Herkömmlichem abheben. Andererseits ist eine individuelle Zuordnung zwischen geschaffenem Werk und Schöpfer notwendig, indem die persönliche Note des Schöpfers zum Ausdruck kommt. Nicht jedes KI-geschaffene Werk unterliegt sohin dem Schutz des Urheberrechts und wird letztendlich immer eine Einzelfallentscheidung sein. Erleichternd sieht § 12 UrhG vor, dass jener als Urheber eines Werkes gilt, der sich als solcher bezeichnet, bis das Gericht zu einer anderen Entscheidung gelangt.

Weiters kann unter besonderen Umständen ein lauterkeitsrechtlicher Schutz eines KI-geschaffenen Erzeugnisses in Frage kommen, nämlich dann, wenn es sich um eine glatte Leistungsübernahme eines KI-geschaffenen Erzeugnisses im geschäftlichen Verkehr handelt. ME würde eine Nachahmung des KI-geschaffenen Erzeugnisses *Edmond de Belamy* als Druck, indem das Erzeugnis ohne eigenen ins Gewicht fallenden Schaffenvorgang unverändert auf den Markt gebracht werden würde, für eine unlautere glatte Leistungsübernahme eines Fremden sprechen. Vorausgesetzt natürlich, dass nicht das *Pariser Kollektiv Obvious* den Druck angefertigt und vermarktet hätte. Eine weitere Schutzmöglichkeit stellt der vertragliche Schutz von KI-geschaffenen Erzeugnissen dar, wenn auch dieser nur *inter partes* gilt und *de lege lata* begrenzt ist.

Kein Schutz für KI-geschaffene Erzeugnisse kann nach den §§ 40a, 40f Abs 2, 73 ff, 76c UrhG begründet werden. Auch die Verkörperung durch ein NFT alleine reicht für einen Schutz nicht aus.

Ich persönlich erachte das Urheberrecht als keine „*romantische Idee der Vergangenheit*“²⁶³, wie *Pfeifer* dies in den Raum stellt, sondern es findet auch im Zeitalter der Digitalisierung Anwendung. Meiner Ansicht nach bietet das Urheberrecht im Moment einen ausreichenden Schutz von KI-

263 *Pfeifer* in FS Walter, 222.

geschaffenen Werken im Bereich der bildenden Künste, nicht jedoch von KI-geschaffenen Erzeugnissen.

Insofern würde die Einführung eines KI-Schöpfungsrechts zur Schließung der Schutzlücke von KI-geschaffenen Erzeugnissen und sogleich zur Rechtssicherheit beitragen. Inwieweit eine solche Regelung eingeführt wird, wird die Zukunft zeigen. Mit Spannung wird außerdem die erste höchstgerichtliche Entscheidung in diesem Zusammenhang erwartet.

Literaturverzeichnis

Fachzeitschriften

- Artmann Eveline*, Nachahmen und Übernahme fremder Leistung im Wettbewerbsrecht, ÖBl 1999, 3
- Büchele Manfred*, Zur Weiterentwicklung „wesentlicher Teile“ einer Datenbank. Entscheidungsanmerkung zu OGH 24.03.2015, 4 Ob 206/14v, ÖBl 2015/39, 183
- Burgstaller Peter/Herrmann Eckehard*, Urheberrechtliche Relevanz von KI-generierten sowie verschlüsselten Inhalten, ÖBl 2020/44, 148
- Burgstaller Peter*, Sui-Generis-Schutz für Datenbanken, MR 2008, 15
- Dittrich Robert*, Der Sui-generis-Schutz von Datenbanken nach der Rechtsprechung des EuGH, Analysiert am Beispiel des Grenzkatasters. Entscheidungsanmerkungen zu EuGH 09.11.2004, C-46/02, C-203/02, C-338/02 und C-444/02, ÖJZ 2006/47, 713
- Dittrich Robert*, Der urheberrechtliche Werkbegriff und die moderne Kunst, ÖJZ 1970, 365
- Dürager Sonja*, Sind Daten ein schutzhfähiges Gut?, ÖBl 2018/80, 260
- Ehinger Patrick/Schmid Alexander*, Kaufrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Non-Fungible Tokens (NFTs), InTeR 2022, 106
- Grötschl Markus*, Computer als Designer schützbar, als Urheber nicht, Die Presse 2023/10/02
- Handig Christian*, Einfach originell ... muss eine Idee sein. – Die Schutzhfähigkeit von Ideen nach dem UrhG, ÖBl 2010/12, 52
- Heidinger Roman*, Wem gehört das Werk von ChatGPT?, Der Standard 2023/08/01
- Herda Helene*, Artificial Intelligence und Immaterialgüterrecht, wbl 2019, 305
- Hetmank Sven/Lauber-Rönsberg Anne*, Künstliche Intelligenz – Herausforderungen für das Immaterialgüterrecht, GRUR 2018, 574
- Kaulartz Markus/Schmid Alexander*, Rechtliche Aspekte sogenannter Non-Fungible Tokens (NFTs), CB 2021, 298
- Kucska Guido/Pabst Alexander/Tipotsch Anna Katharina/Tyrybon Dominik*, NFT – Ein Selbstversuch, ecolex 2021/324, 495
- Kusznier Julia*, Leistungsschutzrechte und Bildnisschutz (Stand 10.3.2023, Lexis Briefings in lexis360.at)
- Leopold Saskia*, Ist alles Gold, was glänzt?, GRAU 2022/27, 115
- Olbrich Michael/Bongers Christian V./Pampel Johannes*, Urheberrechtsschutz für Kunstwerke künstlicher Intelligenz?, GRUR 2022, 870
- Ory Stefan/Sorge Christoph*, Schöpfung durch Künstliche Intelligenz?, NJW 2019, 710
- Pabst Alexander/Tipotsch Anna Katharina*, NFT – Eine urheberrechtliche Betrachtung, ecolex 2021/327, 507
- Schima Sonam*, Zum "Kauf" von digitalen Kunstwerken mittels NFTs, ecolex 2022/436, 635
- Specht-Riemenschneider Louisa*, Urheberrechtlicher Schutz für Algorithmenerzeugnisse? – Phasenmodell de lege lata, Investitionsschutz de lege ferenda?, WRP 2021, 273

Thiele Clemens, Urheberrechtlicher Schutz von Ideen – vom Mythos zum Logos, RdW 2007/545, 523

Tipotsch Anna Katharina/Hofmarcher Dominik, KI – Künstliche Intelligenz?, ecolex 2023/2, 101

Walter Michel M., Sammlung der Ergebnisse von Fußballspielen als Datenbank. Entscheidungsanmerkung zu OGH 24.03.2015, 4 Ob 206/14v, MR 2015, 204

Wilmer Thomas, Rechtsfragen bei ChatGPT & Co. Einsatz und Nutzung nach aktuellem und künftigem Recht, KuR 2023, 233

Zankl Wolfgang, Künstliche Intelligenz und Immaterialgüterrecht bei Computerkunst, ecolex 2019, 244

Festschrift

Pfeifer Karl-Nikolaus, Roboter als Schöpfer – Wird das Urheberrecht im Zeitalter der künstlichen Intelligenz noch gebraucht? in FS Walter (Verlag Medien und Recht 2018) 222

Handbücher

Büchele Manfred, Urheberrecht im World Wide Web (LexisNexis ARD ORAC 2002)

Burgstaller Peter, Datenbankrecht (Manz Verlag 2003)

Kresbach Georg, Intellectual Property im digitalen Zeitalter, in *Zankl Wolfgang* (Hrsg), Rechtshandbuch der Digitalisierung (Verlag MANZ Wien 2021)

Zankl Wolfgang, Künstliche Intelligenz, in *Zankl Wolfgang* (Hrsg), Rechtshandbuch der Digitalisierung (Verlag MANZ Wien 2021)

Walter Michel M., Österreichisches Urheberrecht I (Verlag Medien und Recht 2008)

Wiedenbauer Martin, Urheberrechtsschutz von Multimediaprodukten (Verlag Österreich 1998)

Internetdokumente

<https://www.chat.openai.com/auth/login?next=%2F>

DerStandard, Affenselfie: Prozess endet mit außergerichtlicher Einigung <https://www.derstandard.at/story/2000063935182/affen-selfie-prozess-endet-mit-aussergerichtliche-r-einigung>

<https://www.jasper.ai>

<https://www.mind-verse.de>

<https://www.nextrembrandt.com/>

<https://www.obvious-art.com/>

<https://www.openai.com/product/dall-e-2>

<https://www.openai.com/policies/terms-of-use>

Patentamt, Klassifikation von Nizza. 12. Ausgabe, Version 2023 (gültig ab 1. Januar 2023), Liste der Waren nach Klassen, https://www.patentamt.at%2Ffileadmin%2Froot_oepa%2FDateien%2FMarken%2FIMA_Infoblaetter%2FNizza_NCL12-2023_Waren_Klassen.pdf&usg=AOvVawlh2bE8p1do4PJblb6tGfg6&opi=89978449

https://www.germany.representation.ec.europa.eu/news/verhaltenskodex-gegen-desinformacion-unterzeichner-sollen-arbeit-intensivieren-und-kunstliche-2023-06-05_de

<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>

https://www.europarl.europa.eu/news/de/headlines/society/20230601STO93804/ki-setz-erste-regulierung-der-kunstlichen-intelligenz?at_campaign=20226-Digital&at_medium=Google_Ads&at_platform=Search&at_creation=RSA&at_goal=TR_G&at_advertiser=Webcomm&at_audience=ki%20eu&at_topic=Artificial_intelligence_Art&at_location=AT&gclid=EAIAIQobChMIPyYeTpqyGgQM沃8GAB0PHwwmEAA YasAAEgK6bvD_BwE

https://www.wipo.int/pressroom/en/articles/2019/article_0017.html

https://www.wipo.int/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation.html

Kommentare

Ciresa Meinhard (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht (Verlag LexisNexis 22. Lfg 2020)

Ciresa Meinhard (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht (Verlag LexisNexis 20. Lfg 2018)

Ciresa Meinhard (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht (Verlag LexisNexis 19. Lfg 2017)

Dillenz Walter/Gutman Daniel (Hrsg), Praxiskommentar zum Urheberrecht – Österreichisches Urheberrechtsgesetz und Verwertungsgesellschaftsgesetz² (Verlag SpringerWienNewYork 2004)

Dokalik Dietmar/Zemann Adolf (Hrsg), Österreichisches und internationales Urheberrecht⁸ (Verlag MANZ Wien Stand 1.10.2022, rdb.at)

Dreier Thomas/Schulze Gernot (Hrsg), Urheberrechtsgesetz: UrhG. Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Nebenurheberrecht, Kunsturhebergesetz⁷ (C.H.BECK 2022)

Görg Christian/Feltl Christian (Hrsg), UrhG. Praxiskommentar zum Urheberrechtsgesetz (LexisNexis ARD ORAC 2023)

Görg Mathias (Hrsg), Kommentar zum UWG (LexisNexis Österreich 2020)

Gumpoldsberger Maximilian/Baumann Peter (Hrsg), UWG. Bundesgesetz gegen unlauteren Wettbewerb. Kommentar (Verlag Österreich 2006)

Kletečka Andreas/Schauer Martin (Hrsg), ABGB-ON^{1,05} (Verlag MANZ Wien Stand 1.8.2022, rdb.at)

Kraft Rainer Maria/Steinmair Boris (Hrsg), UWG Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb Praxiskommentar² (LexisNexis ARD ORAC 2019)

Kucska Guido/Handig Christian (Hrsg), urheber.recht² (Verlag MANZ Wien 2017)

Schwimann Michael/Kodek Gerorg E. (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Band 7⁵ (Lexis-Nexis ARD ORAC 2021)

Walter Michel M. (Hrsg), Urheber- und Verwertungsgesellschaftsrecht '15 Band I: UrhG mit den Nov 2009 – 2015, Internationales Privatrecht, Urheberrechtliche EU-Richtlinie (Medien u. Recht 2015)

Walter Michel M. (Hrsg), Europäisches Urheberrecht, Kommentar (Springer 2001)

Wandtke Artur-Axel/Bullinger Winfried (Hrsg), Praxiskommentar Urheberrecht: UrhR⁶ (C.H.BECK 2022)

KOM-Dokumente

Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 endg

Weißbuch zur künstlichen Intelligenz – Ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, KOM (2020) 65 endg

Von der Leyen Ursula, Eine Union, die mehr erreichen will. Meine Agenda für Europa. Politische Leitlinien für die künftige Europäische Kommission 2019–2024

Europäische Union, Response of the European Union and its Member States to the public consultation on the WIPO Draft Issues Paper on Intellectual Property and Artificial Intelligence of 13 December 2019 (2020)

Dokumente des Europäischen Parlaments

Entschließung des Europäischen Parlaments vom 20. Oktober 2020 zu den Rechten des geistigen Eigentums bei der Entwicklung von KI-Technologien, 2020/2015 (INI) endg

WIPO-Dokumente

Mustervorschriften der WIPO, GRUR 1979, 306

WIPO, Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence (2020)

WIPO, Draft Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence (2019)

Unveröffentlichte Projektarbeit

Urdl Stefanie, Sind KI-geschaffene Werke im Bereich der bildenden Künste urheberrechtlich geschützt?, unveröffentlichte Projektarbeit der LL.M.-Lehrveranstaltung „Sharing Economy and Business“ (LV-Leiter RA Univ.-Prof. Dr. Franz Pegger) (30.04.2023)

Judikaturverzeichnis

- OGH 23.02.2016, 4 Ob 142/15h (Bettis Hand), ZIIR 2016, 221 (*Thiele*) = MR 2016, 140 (*Walter*) = jusIT 2016, 102 (*Sonntag*) = ecolex 2016, 603 (*Horak*) = ÖBl 2016, 240 (*Stadler*) = SZ 2016/13
- OGH 24.03.2015, 4 Ob 206/14v, ecolex 2004, 722 (*Beck*) = ÖBl 2004, 277 (*Kucska*) = MR 2015, 204 (*Walter*) = ÖBl 2015/39, 183 (*Büchele*)
- OGH 24.01.2013, 8 ObA 86/12y, jusIT 2013, 53 (*Sonntag*)
- OGH 24.01.2013, 8 ObA 86/12a, jusIT 2013/27 (*Sonntag*) = ZIR-Slg 2013/86
- OGH 20.09.2011, 4 Ob 105/11m (Vorschaubilder/123people.at), MR 2011, 309 (krit *Pfaffenwimmer/Rösch*) = MR 2011, 313 (*Walter*) = ecolex 2012, 64 (*Anderl*) = ÖBl 2012, 175 (*Büchele*) = SZ 2011/118
- OGH 14.10.2008, 4 Ob 162/08i (Schokoladeschuh), MR 2008, 362 (*Walter*) = ÖBl 2009, 202 (*Büchele*) = ecolex 2009, 503 (*Horak*) = SZ 2008/147
- OGH 04.09.2007, 4 Ob 62/07g, MR 2007, 321 (*Höhne*) = SZ 2007/138
- OGH 12.06.2007, 4 Ob 11/07g (EDV-Firmenbuch III), ÖBl 2007, 291 (*Dittrich*) = ecolex 2007, 783 (*Schumacher*) = jusIT 2008, 94 (*Mader*) = SZ 2007/95
- OGH 16.01.2007, 4 Ob 198/06f (Internet-Gebrauchtwagenböerde), MR 2007, 138 (*Wieber/Walter*) = RdW 2007/536 (*Burgstaller*) = ÖBl 2017, 68 (*Burgstaller*)
- OGH 20.06.2006, 4 Ob 47/06z
- OGH 24.05.2005, 4 Ob 63/05a, MR 2005, 252 (*Walter*) = ecolex 2005, 926 (*Schachter*)
- OGH 21.12.2004, 4 Ob 201/04v, MR 2005, 319 (*Walter*) = ÖBl 2005/66, 277 (*Schumacher*)
- OGH 06.07.2004, 4 Ob 133/04v (Fast Film), ÖBl 2005/9, 35 (*Dittrich*) = SZ 2004/103
- OGH 10.07.2002, 4 Ob 90/01s
- OGH 09.04.2002, 4 Ob 89/02w (Pensionsvorsorge)
- OGH 09.04.2002, 4 Ob 17/02g (EDV-Firmenbuch I), ecolex 2002, 675 (*Schanda*) = MR 2002, 298 (*Walter*) = ÖBl 2003, 46 (*Dittrich/Barbist*) = SZ 2002/43
- OGH 17.02.2002, 4 Ob 274/02a (Felsritzbild), MR 2003, 162 (*Walter*) = ecolex 2004/20, 42 (*Schumacher*)
- OGH 12.09.2001, 4 Ob 179/01d (Eurobike), MR 2001, 89 (*Walter*) = ÖBl 2003, 39 (*Gamerith*)
- OGH 12.06.2001, 4 Ob 140/01v (Internet-Nachrichtenagentur), MR 2001, 385 (*Walter*)
- OGH 01.02.2000, 4 Ob 15/00k (Vorarlberg Online), MR 2000, 167 (*Walter*)
- OGH 09.11.1999, 4 Ob 282/99w
- OGH 12.08.1996, 4 Ob 2202/96v (Mutan-Beipackzettel)
- OGH 12.08.1996, 4 Ob 2161/96i (Buchstützen), MR 1997, 33 (*Walter*) = GRURInt 1997, 1030 (*Schanda*)
- OGH 14.05.1996, 4 Ob 2085/96p (Türschild „Entenmotiv“), MR 1996, 241 (*Walter*)
- OGH 11.07.1995, 4 Ob 58/95 (Pfeildarstellung), MR 1996, 107 (*Walter*)
- OGH 07.03.1995, 4 Ob 10/95 (Kerzenständer)
- OGH 22.11.1994, 4 Ob 78/94 (Schuldrucksorten), SZ 67/207

- OGH 08.03.1994, 4 Ob 16/94 (Hallo Pizza), ÖBl 1996, 14
- OGH 30.11.1993, 4 Ob 159/93
- OGH 12.10.1993, 4 Ob 108/93
- OGH 12.10.1993, 4 Ob 101/93, MR 1994, 239 (*Walter*) = SZ 66/122
- OGH 07.04.1992, 4 Ob 36/92 (Bundesheer-Informationsblatt), MR 1992, 199 (*Walter*) = SZ 65/51
- OGH 17.12.1991, 4 Ob 3/92, MR 1992, 67 (*Walter*)
- OGH 05.11.1991, 4 Ob 95/91 (Le Corbusier-chaise-longue), GRURInt 1992, 674
- OGH 12.09.1989, 4 Ob 76/89 (Happy Skiing), MR 1989, 210 (*Walter*)
- OGH 10.07.1984, 4 Ob 337/84 (Mart Stam-Stuhl), MR 1992, 21 (*Walter*)
- OGH 29.06.1982, 4 Ob 386/81 (Fernsehjockey), SZ 55/92
- RIS-Justiz RS0076575
- RIS-Justiz RS0076203
- RIS-Justiz RS0115496
- RIS-Justiz RS0076658
- RIS-Justiz RS0115332
- RIS-Justiz RS0076326
- RIS-Justiz RS0119862
- RIS-Justiz RS0076243
- RIS-Justiz RS0115748
- RIS-Justiz RS0115740
- RIS-Justiz RS0119011
- RIS-Justiz RS0078138
- RIS-Justiz RS0077485
- RIS-Justiz RS0078341
- KG Berlin 16.01.2020, 2 U 12/16
- BGH 01.12.2010, I ZR 196/08 (Zweite Zahnrärtmeinung II), GRUR 2011, 724 (*Sendrowski*)
- EuGH 29.10.2015, C-490/14 (Verlag Esterbauer), MR-Int 2016, 15 (*Walter*)
- EuGH 15.01.2015, C-30/14 (Ryanair), MR Int 2015, 66 (*Walter*)
- EuGH 23.01.2014, C-355/12 (Nintendo ua)
- EuGH 03.07.2012, C-128/11 (UsedSoft)
- EuGH 02.05.2012, C-406/10 (SAS Institute), ecolex 2012/257 (*Anderl*)
- EuGH 01.03.2012, C-604/10 (Football Dataco ua), MR-Int 2013, 24 (*Walter*) = ecolex 2012/222, 506 (*Zemann*)
- EuGH 04.10.2011, C-403/08 (Football Association Premier League ua)
- EuGH 22.12.2010, C-393/09 (Bezpečnostní softwarová asociace)
- EuGH 09.11.2004, C-444/02 (Fixtures Marketing), MR 2004, 410 (*Wiebe*) = MR-Int 2004, 45 (*Leupold*)

EuGH 09.11.2004, C-338/02 (Fixtures Marketing)

EuGH 09.11.2004, C-203/02 (The British Horseracing Board ua), CR 2005, 10
(*Lehrmann*) = MMR 2005, 29 (*Hoeren*) = ÖBl 2005/32, 136 (*Kucsko*)

EuGH 09.11.2004, C-46/02 (Fixtures Marketing)

Regulatorische Herausforderungen des öffentlichen Personennahverkehrs im Zeitalter der Digitalisierung mit Fokus auf den Microverkehr.

Manuel Gappmaier, BA LL.M.

Abstract

Mobilität und Verkehr begegnen uns in unserem Alltag stetig, sowohl in räumlicher als auch zeitlicher Dimension. Dem öffentlichen Personennahverkehr kommt dabei in der Gegenwart der Zwanzigerjahre des 21. Jahrhunderts unter dem Einfluss von Themen wie der Klimakrise und der Verkehrsberuhigung in Städten eine hohe Bedeutung zu. Herkömmliche Verkehrssysteme im öffentlichen Personennahverkehr werden in ihren traditionellen Ausprägungen etwa denen der liniengebundenen Straßenbahnen und Busse im Sinne einer Massenbeförderung zunehmend und unter den übergeordneten Effekten der Digitalisierung um Entwicklungen, wie der Etablierung von bedarfsoorientierten On-Demand-Verkehren im Mikroverkehr und der Mobility-as-a-Service, erweitert und konstituieren damit individuelle Verkehrsdienstleistungen.

Diese Trends im öffentlichen Personennahverkehr verlangen nach einer konsistenten regulativen Grundlage. Dabei geht es um die Fragestellung, ob neue Erscheinungsformen von Verkehrsdienstleistungen in ihren Ausgestaltungen auf den bestehenden Rechtsrahmen angewandt werden können und wo die sich besonders aus der Digitalisierung ergebenden Chancen und Risiken in der Servicegestaltung und der Einrichtung von Mikroverkehren gegebenenfalls eine regulative Anpassung erfordern.

Die Fragestellung richtet den Fokus zunächst auf bestehende rechtliche Gegebenheiten und die aktuellen Entwicklungen im Bereich von Mikroverkehren. Dabei geht es um eine kritische Auseinandersetzung mit neuen On-Demand-Angeboten mit ihren Vor- und Nachteilen ebenso wie um eine Bestandsaufnahme von Möglichkeiten, die über den bestehenden Rechtsrahmen eine Weiterentwicklung des öffentlichen Personennahverkehrs zulassen, sowie um eine Diskussion mit Blick auf Adaptierungen dieses Rechtsrahmens für eine moderne Servicegestaltung in der Zukunft.

Klassische Verkehrskonzepte werden im öffentlichen Personennahverkehr zwar auch zukünftig dominieren, der Grad der Individualisierung von Verkehrsdienstleistungen wird dennoch beständig zunehmen. Mikroverkehre haben in diesem Zusammenhang ein großes Potenzial, den Menschen in ländlichen, peripheren Räumen mehr Mobilität zu ermöglichen, und können zudem das Gesamtangebot auf der ersten und vor allem der letzten Meile damit als substanzelle Verkehrsdienstleistungen erweitern.

Einleitung

Betrachten wir einmal unseren Alltag anhand einer typischen Woche mitten im Jahr, so werden wir feststellen, dass wir im Laufe dieser Woche insgesamt und an den einzelnen Tagen für sich genommen regelmäßig mit unseren Mobilitätsbedürfnissen konfrontiert werden. Diese Mobilitätsbedürfnisse können dabei aus ganz unterschiedlichen Veranlassungen resultieren. Einmal gilt es den Weg zur Arbeit und zur Ausbildung zu bestreiten, ein anderes Mal wollen Einkäufe und Erledigungen getätigter werden und schließlich wird auch die Freizeit so geplant, dass die dort stattfindenden Aktivitäten eine Ortsveränderung von zu Hause etwa ins Café oder den Sportverein notwendig machen.

Welche Art der Fortbewegung und welches Verkehrsmittel wir dafür wählen, um die einzelnen Wege zu bestreiten, hängt dabei von einer Vielzahl an Faktoren ab. Menschen in Städten und dicht besiedelten Räumen mit kurzen Wegen werden selbstredend häufiger zu Fuß unterwegs sein als Menschen, die aufgrund ihrer Ortsumgebung längere Wege im Rahmen ihrer Ortsveränderungen zurücklegen müssen. Dennoch werden auch im urbanen Bereich aus den verschiedensten Gründen viele Wege mit motorisierten Verkehrsmitteln zurückgelegt. Und hier wiederum lassen sich unterschiedliche Motive identifizieren, ob die Wahl der Menschen nun auf ihren individuellen PKW oder den öffentlichen Verkehr (im Folgenden kurz: ÖV) fällt.

Indes ist die Gegenwart der Zwanzigerjahre des 21. Jahrhunderts eine bedeutsame Zeit für den öffentlichen Verkehr, insbesondere für den öffentlichen Personennahverkehr (im Folgenden kurz: ÖPNV). Unter dem Eindruck von Faktoren wie der Klimakrise oder der nicht zuletzt damit zusammenhängenden Mobilitätswende gewinnt der ÖPNV einerseits an Befürwortern und zu befördernde Personen, andererseits steigt auch die Bereitschaft von Politik und Verantwortlichen, mehr Ressourcen zur Verfü-

gung zu stellen, um ein zeitgerechtes öffentliches Personennahverkehrssystem etablieren zu können. Die Entwicklungen in diesem Bereich stellen nicht nur ein spannendes Feld aus der Sicht von Verkehrs- und Raumplanung dar, sie bieten auch ein breites Untersuchungsspektrum aus betriebswirtschaftlicher sowie aus einer rechtlichen Perspektive, die sich hier mit neuen regulatorischen Herausforderungen für einen modernen ÖPNV befasst.

Problemstellung

Die Benützung des ÖPNV ist mittlerweile mehr als eine einfache Fahrt mit dem Bus von A nach B. Die Digitalisierung eröffnet Möglichkeiten, die eine Reise von einem Ausgangspunkt bis zu einem Zielpunkt zunehmend und durchgehend serviert. Mittels Smartphone und APPs kann eine Reise bereits im Vorhinein bequem geplant werden, ebenso wie sich das Ticketing vermehrt ins Digitale verlagert. Infoscreens an Haltestellen und in Fahrzeugen bieten den Reisenden Informationen zum Zeitgeschehen und gestalten somit die Reisezeit kurzweiliger. Überdies steigt das Angebot an Mobilitätsformen im ÖPNV, ausgehend von der klassischen Fortbewegung beispielsweise mittels Bus oder Straßenbahn hin zu einer neuen Vielfalt an zumeist kleinräumigen und regionalen Mikroverkehren, die ein Grundangebot auf der ersten und letzten Meile bedarfsorientiert und flexibel abdecken sollen und den ÖPNV somit insgesamt attraktiver und leistungsstärker für die Menschen in ihrem Mobilitätsalltag ausrichten.

Dabei kann dem ÖPNV als ein Mobilitätsgarant eine weit über quantitative Kennzahlen hinausreichende Bedeutung zugemessen werden. Für eine funktionierende Gesellschaft stellt Mobilität eine wichtige Lebensgrundlage dar. Denkt man hier beispielsweise an den Zugang zu Arbeit und Bildung, wird sichtbar, wie sehr sozioökonomische Entwicklungen durch sie ermöglicht werden.¹ Mobilität ist somit auch eine wichtige Voraussetzung, um Menschen eine soziale Teilhabe zu ermöglichen. Sind Menschen in ihrer Mobilität eingeschränkt, sind sie von einer Mobilitätsarmut betroffen, da

1 Vgl. Derer/Geis, zitiert nach Daubitz (2011) in Riener/Appel/Dorner/Huber/Kolb/Wagner, Autonome Shuttlebusse im ÖPNV, Analysen und Bewertungen zum Fallbeispiel Bad Birnbach aus technischer, gesellschaftlicher und planerischer Sicht (2020), S. 4.

sie Orte des täglichen Bedarfs nicht gut erreichen können. Gerade hier kann ein gutes Grundangebot mit Bus und Bahn Abhilfe verschaffen.²

Betrachtet man die Vorteile eines gut ausgebauten ÖPNV, stellt sich heraus, dass dieser eine verminderte Umweltverschmutzung bzw. eine geringere Lärmbelastung zur Folge hat, weil weniger Personen mit ihren Privatfahrzeugen unterwegs sind und der ÖPNV eine bessere Umweltbilanz aufweist. So ist der Energieverbrauch auf einen einzelnen Fahrgäst gerechnet im ÖPNV um 50 % geringer als im motorisierten Individualverkehr (im Folgenden kurz: MIV) und entsprechend auch die Umweltverschmutzung.³

Der ÖPNV und seine öffentlichen Verkehrsunternehmen (im Folgenden kurz: VU) haben in den letzten Jahren einen Wandel ihrer Anforderungen erfahren. Diese haben zu neuen Unternehmensstrukturen geführt, wie dem Entstehen innerbetrieblicher Profitcenter oder die Ausgliederung von Unternehmensteilen. Ebenso aber entwickeln sich um die VU herum neue Strukturen.⁴

Mit Fokus auf Einfluss und Dynamik, die sich durch die Digitalisierung in allen Bereichen von Gesellschaft und Wirtschaft ergeben, wird klar, dass auch der Verehr und somit der ÖPNV durch sie verändert wird. Das Zusammenspiel von Digitalisierung, sich daraus ableitende neue Dienstleistungsformen und neuartige Mobilitätskonzepte im Bereich des Mikroverkehrs ergeben zusammengenommen ein buntes Spektrum an aus einem regulatorischen Blick betrachtungswürdigen Chancen und Risiken für den ÖPNV insgesamt sowie allen diesen Nutzenden und jenen, die zu solchen dadurch vielleicht noch werden.

Zielsetzung und Vorgehensweise

Die großen Themen Digitalisierung und ÖPNV bieten zahlreiche Anknüpfungsmöglichkeiten, wenn es um aktuelle Entwicklungen in diesen thematischen Disziplinen geht. Ziel dieser Arbeit ist es deshalb, den Fokus auf

2 Vgl. Kosok/Rublack/Markus, Mobilitätsgarantie für Deutschland – Teil II, Ausgangslage und Praxisbeispiele für eine bundesweit garantierte Grundversorgung mit Bus und Bahn (2023), S. 3.

3 Vgl. Derer/Geis, zitiert nach Verband deutscher Verkehrsunternehmen (2018) in Rie-ner/Appel/Dorner/Huber/Kolb/Wagner (2020), S. 4.

4 Vgl. Reinhardt, Öffentlicher Personennahverkehr, Technik – rechts- und betriebswirtschaftliche Grundlagen, 2. Auflage (2018), S. 89.

den Bereich des Mikroverkehrs als eine Form des ÖPNV zu legen und hier die Chancen und Risiken zu beleuchten, die das Zeitalter der Digitalisierung⁵ dafür eröffnet.

Und hier wiederum geht es konkret um Herausforderungen aus rechtlicher, regulatorischer Sicht und schließlich um die Beantwortung der dieser Arbeit zugrundeliegenden Forschungsfrage, inwieweit der bestehende Rechtsrahmen ausreichend und sinnvoll ist, um modernen Mobilitätskonzepten, wie On-Demand-Verkehren im Mikroverkehrsbereich ebenso wie auch der damit einhergehenden Servicegestaltung im ÖPNV, im Zeitalter der Digitalisierung gerecht zu werden und wo aus rechtlicher Betrachtungsweise ein Handlungsbedarf besteht.

Zunächst sollen dafür theoretische Grundlagen aus dem verkehrsrechtlichen Bereich betrachtet werden. Es geht darum, Begriffe wie den vielzitierten ÖPNV bzw. in der Folge sachlich den des Gelegenheitsverkehrs anhand der entsprechenden Rechtsgrundlagen wie dem öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetz⁶ sowie dem Gelegenheitsverkehrsgesetz⁷ zu bestimmen ebenso, wie den Begriff des Mikro-ÖVs hier nach Maßgabe einzuordnen.

Nach diesem rechtstheoretischen Teil folgt ein verkehrstheoretischer, der sich verkehrsplanerischen Grundlagen annimmt. Es geht um eine Gegenüberstellung von Mobilität und Verkehr, Qualitäten im ÖV und um ausgewählte und als relevant erscheinende Aspekte aus der Verkehrsplanung.

Darauf folgend geht es um das Konzept der Mobility-as-a-Service⁸ und den Aspekt der Digitalisierung im Kontext der Produktgestaltung im ÖPNV. In diesem Teil der Arbeit werden die praktischen Herausforderungen von Mikroverkehren dargestellt, wo Konzepte von Mikroverkehren an ihre Grenzen gelangen und welche rechtlichen Bereiche davon betroffen sind.

Das nächste große Kapitel widmet sich dem Aufzeigen von Lösungsansätzen in regulatorischer und praktischer Hinsicht. Es geht um eine recht-

5 Vgl. VCÖ, Öffentlicher Verkehr – Mobilität und Klimaschutz, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 3/2021, S. 23.

6 Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999), BGBl. I Nr. 204/1999 idF I Nr. 59/2015.

7 Bundesgesetz über die nichtlinienmäßige gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 – GelverkG), BGBl. Nr. 112/1996 (WV) idF I Nr. 18/2022.

8 Vgl. VCÖ, Öffentlicher Verkehr – Mobilität und Klimaschutz, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 3/2021, S. 24.

liche Adaptierung des Gelegenheitsverkehrs hinsichtlich eines sinnvollen Gesamtgefüges für Mikroverkehrssysteme und wo bzw. in welcher Art diese zukünftig den konventionellen ÖPNV ergänzen können.

Zuletzt werden die Ergebnisse der Arbeit und die Beantwortung der eingehend erwähnten Forschungsfrage noch einmal zusammengefasst und ein Ausblick für die Zukunft des Mikro-ÖVs in seiner Relevanz und die diesen begleitenden regulatorischen Herausforderungen für einen leistungsstarken gesamtöffentlichen Verkehr vorgenommen.

Theoretische Grundlagen

Um die spannende Materie des ÖPNV verständlich zu machen, werden im Weiteren einige wichtige theoretische Grundlagen aus verkehrsrechtlicher und verkehrsplanerischer Perspektive behandelt.

Rechtlich geht es vor allem um die Abgrenzung verschiedener Begriffe zur Thematik des ÖPNV. Dabei ist ein Vergleich des wesentlichen österreichischen Bundesgesetzes über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999)⁹ mit dem deutschen Personenbeförderungsgesetz¹⁰ (im Folgenden kurz: PBefG), punktuell sinnvoll.

Planerische Grundlagen des ÖPNV reihen sich dabei in verschiedene verkehrsbezogene Fachplanungen ein.¹¹ Schwerpunktmäßig geht es um Planung als ein gedankliches Vorwegnehmen von einem Handeln in der Zukunft und die Entwicklung von Maßnahmen, die einen mangelhaften Ist-Zustand in einen angestrebten Soll-Zustand überführen.¹² Im planerischen Zusammenhang unterscheidet sich der rechtliche Bindungsgrad insofern aufgrund der vielfältigen internationalen und nationalen Leitpläne, die bei der Gestaltung von Verkehrsinfrastrukturen zu beachten sind.¹³

9 Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 (ÖPNRV-G 1999), BGBl. I Nr. 59/2015.

10 Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 7 Absatz 4 des Gesetzes vom 11. April 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 119) geändert worden ist.

11 Vgl. Schnieder, Betriebsplanung im öffentlichen Personennahverkehr, Ziele, Methoden, Konzepte, 2. Auflage (2018), S. 7.

12 Vgl. Schnieder (2018), S. 5.

13 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klammer, Handbuch der Verkehrssystemplanung (2007), S. 247.

Überall dort, wo Menschen Raum nützen, wie etwa durch Besiedelung, gibt es Verkehr. Verkehr im Sinne einer Raumüberwindung muss konkret in seinem Verhältnis zu dieser Raumnutzung betrachtet werden. Raumüberwindung ist dabei die Überbrückung von disloziert angeordneten Raumnutzungen, die funktionell variieren. Kann ein bestimmter Bedarf¹⁴ an einem Standort¹⁵ nicht gedeckt werden, müssen andere, komplementäre Standorte berücksichtigt werden. Letztendlich gibt es also im Umfeldbereich von Verkehren Wechselverhältnisse, die zueinanderstehend eine gemeinsame Struktur bilden. Das können Soziale Prozesse, Siedlungsstruktur und Bevölkerung, Wirtschaft, Technologie, Energie, Verkehrssicherheit und Umwelt sein.¹⁶ Diesen Wirkungen der Umfeldbereiche auf die Verkehrsnachfrage kann durch ein W-Fragen-Schema näherungsweise begegnet werden. Warum, als Frage nach sozialen Prozessen und Verursachung, wer/was/wie viel, als Fragen nach der Verkehrsnachfrage hinsichtlich der Bevölkerung und Wirtschaft, wo, als Frage nach der Siedlungsstruktur, womit, als Frage nach Technologie und Energie¹⁷, und wie, als Frage nach Energie¹⁸, Verkehrssicherheit und Umwelt.¹⁹

Folglich ergeben sich auch für die Verkehrssystemplanung schwierige Rahmenbedingungen. Dies betrifft die Aufteilung von Zuständigkeiten hinsichtlich von politischen und Verwaltungsebenen, deren Maßstäblichkeit ihre Effizienz betreffend, die lokale Verkehrspolitik sowie die Zunahme von auf kleiner Ebene nur bedingt beeinflussbarer Rahmenbedingungen im Zusammenhang mit beispielsweise rechtlichen, sozialen oder ökonomischen Gegebenheiten.²⁰

Die eben genannten sozialen Gegebenheiten schließen eine zunehmende Individualisierung persönlicher Lebenskonzepte mit ein.²¹ Bereits an diesem Punkt kann somit die theoretische Grunderkenntnis gewonnen werden, dass die im weiteren Verlauf der Arbeit noch konkreter behandelten Mikro-ÖV-Systeme und ihre Evolution eine zumindest mittelbare

14 Eigene Anmerkung: Bedarf wird hier aus grundsätzlichen menschlichen und ökonomischen Bedürfnissen abgeleitet.

15 Eigene Anmerkung: Standort ist hier jeder Ort, der durch menschliche Aktivitäten genutzt wird.

16 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 7.

17 Eigene Anmerkung: Energie hier im Kontext von Technik.

18 Eigene Anmerkung: Energie hier im Kontext von Umweltfreundlichkeit.

19 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 7 – 8.

20 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer, Einführung in die Verkehrssystemplanung (2004/2010), S. 3 – 4.

21 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2004/2010), S. 4.

Folge solcher gesamtgesellschaftlichen Entwicklungen sind, die aus der allgemeinen Lebenserfahrung der letzten Jahre durch Begleitumstände, wie Social-Media, noch mehr an Fahrt aufgenommen haben. Spannend wird die Entwicklung von personenbezogener Individualisierung und individueller Dienstleistungsentwicklung im ÖV auch deshalb, da überdies eine technologiebezogene Gesellschaftsentwicklung unter dem Schlagwort Digitalisierung kaum vorhersagbar, aber dennoch nach wie vor im Zunehmen begriffen erscheint.

Verkehrsrechtliche Grundlagen

Verkehrsrechtlich relevante Normen im Bereich des ÖPNV finden sich sowohl in gemeinschaftsrechtlichen als auch in nationalstaatlichen Bestimmungen. Diese relevanten Normen sind dabei einem stetigen Änderungsprozess unterworfen und bilden daher regelmäßig eine Momentaufnahme.²²

Auf europäischer Ebene wird dem Thema Verkehr eine hohe Bedeutung für die europäische Integration und die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit, der Personenfreizügigkeit, des freien Warenverkehrs sowie seiner Bedeutung für die Wirtschaft zuerkannt.²³

Im Hinblick auf gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen kann grundlegend erwähnt werden, dass die Mitgliedsstaaten in den Gründungsverträgen der Europäischen Union (im Folgenden kurz: EU) die Organe eben dieser EU dazu ermächtigten, eigenständige Rechtsakte in bestimmten Grenzen für Einzelprobleme zu erlassen.²⁴ Es sind im Zusammenhang mit den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zum ÖPNV vor allem Verordnungen mit ihrer nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (im Folgenden kurz: AEUV) in sämtlichen Mitgliedsstaaten unmittelbaren und in allen Teilen verbindlichen Geltung relevant.²⁵ Nach

22 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 263.

23 Vgl. Verkehr – Sicherer, nachhaltiger und vernetzter Verkehr, https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/transport_de, letzter Zugriff am 12.06.2024.

24 Vgl. T. Zerres/M. Zerres, Europäisches Wirtschaftsrecht, Eine Darstellung des Rechts der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung der Grundfreiheiten als Rahmenbedingung eines marktorientierten Managements deutscher Unternehmen (2015), S. 75.

25 Art. 288 AEUV.

der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007²⁶ (im Folgenden kurz: PSO-VO) soll festgelegt werden, wie Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs zahlreicher, sicherer, höherwertig und preisgünstiger, als dies durch das freie Spiel des Marktes der Fall wäre, unter Einhaltung von Gemeinschaftsrecht durch die zuständigen Behörden ermöglicht werden kann.²⁷ Dabei erstreckt sich der Anwendungsbereich dieser Verordnung sowohl auf den innerstaatlichen als auch den grenzüberschreitenden Personenverkehr sowohl auf der Schiene als auch auf der Straße.²⁸ Für die VO (EG) Nr. 1370/2007 wird wie erwähnt die Kurzform PSO-VO verwendet. Der englische Ausdruck Public Service Obligations (gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen) wird hier üblicherweise auch im deutschsprachigen Raum als Kurzform herangezogen.²⁹

Unter Beachtung der eben genannten Verordnung legt das ÖPNRV-G 1999 die organisatorischen und finanziellen Grundlagen hinsichtlich des Betriebes des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs in Österreich fest.³⁰ Eine weitergehend ebenfalls wichtige und später genauer analysierte zu untersuchende nationalrechtliche Rechtsgrundlage ist das Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (im Folgenden kurz: GelverkG).³¹

Rechtliche Einordnung des Begriffs ÖPNV

Nach der PSO-VO wird der öffentliche Personenverkehr (im Folgenden kurz: ÖPV) in Art. 2 lit. a als ein solcher bezeichnet, der Personenbeförderungsleistungen umfasst, die für die Allgemeinheit diskriminierungsfrei und fortlaufend unter dem Aspekt eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses erbracht werden.³² An diesen allgemein gehaltenen Begriff des ÖPV wird auf der Ebene des ÖPNV angeknüpft. Dazu erfolgt zunächst eine

26 VERORDNUNG (EG) Nr. 1370/2007 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdiene auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315/1.

27 Art. 1 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1370/2007.

28 Art. 1 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007.

29 Vgl. *Lachmayer/Derosier*, Rechtsqualität der Auslegungsleitlinien der Kommission zur PSO-Verordnung, Rechtswissenschaftliches Fachgutachten, S. 5.

30 § 1 ÖPNRV-G 1999.

31 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG), BGBl. I Nr. 18/2022.

32 Art. 2 lit. a VO (EG) Nr. 1370/2007.

Betrachtung der gesetzlichen Definitionen des ÖPNRV-G 1999. Unter Personennahverkehr werden hier nach § 2 Abs. 1 Verkehrsdienste verstanden, die den Verkehrsbedarf innerhalb eines Stadtgebietes (Stadtverkehre) oder zwischen einem Stadtgebiet und seinem Umland (Vororteverkehre) befriedigen.³³ Die Bezeichnung Stadtgebiet umfasst hier auch den Begriff des Gemeindegebietes.³⁴ Mit dieser Formulierung des Personenverkehrs wurde der Definition nach Art. 1 Abs. 2 der VO 1893/91³⁵ entsprochen, wobei hier noch die Rede von einem Betrieb von Verkehrsdiensten in einem Stadtgebiet oder einem Ballungsraum bzw. zwischen einem Stadtgebiet und einem Ballungsraum die Rede war.³⁶ In § 2 Abs. 2 ÖPNVR-G 1999 werden weitergehend unter Personenregionalverkehr (Verkehr im ländlichen Raum) Verkehrsdienste verstanden, die nicht den Bestimmungen des vorherigen Abs. 1 zum Personennahverkehr entsprechen und die den Verkehrsbedarf einer Region bzw. des ländlichen Raumes befriedigen.³⁷ Auch bei dieser Definition wurde der Begriffsbestimmung der VO 1893/91³⁸ entsprochen.³⁹ Als Region wird mit Ausnahme der Bundeshauptstadt Wien dabei ein Bundesland verstanden. Hier wird mit Blick auf die Zuordnung zum Begriff des Regionalverkehrs auf den Zweck der Inanspruchnahme des Verkehrsmittels Bezug genommen. Nämlich dann, wenn Berufs-, Einkaufs-, Schüler- und Lehrlingsverkehr oder Ähnliches im Vordergrund stehen.⁴⁰

Zur insgesamt Einordnung und Herangehensweise an die Definition des Begriffes ÖPNV in räumlicher Hinsicht soll nun kurz die der Bundesrepublik Deutschland vergleichsweise beleuchtet werden. Im Personenbeförderungsgesetz wird hier unter § 8 Abs. 1 die allgemein zugängliche Beförderung von Personen mit Straßenbahnen, Obussen und Kraftfahrzeugen im Linienverkehr verstanden, die überwiegend dazu bestimmt sind, im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr die Verkehrs nachfrage zu befriedigen. Dabei erwähnt der § 8 Abs. 1, dass dies im Zweifel der Fall ist, wenn die Mehr-

33 § 2 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999.

34 Vgl. *Grubmann/Punz/Vladar*, Personenbeförderungsrecht – Straße (2014), S. 214.

35 VERORDNUNG (EWG) Nr. 1893/91 DES RATES vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. Nr. L 169/1.

36 Art. 1 Abs. 2 VO (EWG) Nr. 1893/91.

37 § 2 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999.

38 Art. 1 Abs. 2 VO (EWG) Nr. 1893/91.

39 Vgl. *Grubmann/Punz/Vladar* (2014), S. 214.

40 Vgl. *Grubmann/Punz/Vladar* (2014), S. 214.

zahl der Beförderungsfälle eines Verkehrsmittels eine Reiseweite von 50 Kilometern oder eine Stunde Reisezeit, jeweils gesamt angenommen, nicht übersteigt.⁴¹ Weitergehend normiert der § 8 Abs. 2 PBefG, dass unter ÖPNV auch der Verkehr mit Taxen oder Mietwagen, die die in § 8 Abs. 1 PBefG genannten Verkehrsarten ersetzen, ergänzen oder verdichten, verstanden wird.⁴² Zur inhaltlichen Ebene des Abs. 2 noch später.

In der Handhabung der räumlichen Begrifflichkeiten ist auch die schweizerische Rechtsgrundlage für die Personenbeförderung interessant, die hier gemäß Art. 3 PBG der regelmäßigen und gewerbsmäßigen Personenbeförderung eine Erschließungsfunktion zurechnet, und zwar dann, wenn ein ganzjährig bewohnter Ort erschlossen wird.⁴³ Wann eine Siedlung dabei als Ortschaft gilt, bestimmt dabei der Bundesrat, der hier auch eine minimale Einwohnerzahl festlegt.⁴⁴

Zusammenfassend sieht man, dass im DACH-Raum unterschiedlich mit räumlich abgrenzenden Begriffen umgegangen wird. Es scheint bei der rechtlichen Definition und Einordnung des Begriffs des ÖPNV hier die Tatsache interessant, dass auf österreichischer Seite zwar in Anlehnung an Begriffsbestimmungen aus dem gemeinschaftlichen Recht räumliche Ausdrücke wie Stadtgebiet oder Region verwendet und unter praktischen Aspekten wohl auch sinngemäß aufgefasst werden können, eine klare Abgrenzung, wie im Fall der deutschen Herangehensweise hinsichtlich einer vorbestimmten Gesamtweite bzw. Gesamtzeit, bleibt trotzdem aus. Eventuell liegt der österreichischen Intention der Begriffsformulierung auch eine Berücksichtigung heterogener geographischer Grundgegebenheiten im Alpenraum zugrunde.

Rechtliche Einordnung des Begriffs Gelegenheitsverkehr

Während im ÖPNV die vorherrschende Bedienungsform der Linienverkehr ist, ist von diesem Begriff der des Gelegenheitsverkehrs abzugrenzen.⁴⁵

41 § 8 Abs. 1 PBefG.

42 § 8 Abs. 2 PBefG.

43 Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) vom 20. März 2009 (Stand am 1. September 2023).

44 Art. 3 Abs. 2 PBG.

45 Vgl. Dorsch, Öffentlicher Personennahverkehr, Grundlagen und 25 Fallstudien mit Lösungen (2019), S. 29.

Nach der VO (EG) Nr. 1073/2009⁴⁶ wird unter Art. 2 Z 4 als Gelegenheitsverkehr ein Verkehrsdiensst verstanden, für den nicht die Begriffsbestimmung des Liniенverkehrs und seine Sonderformen zutrifft und dessen Hauptmerkmal die Beförderung von Fahrgastgruppen ist, die vorab gebildet werden, und die auf der Initiative eines Auftraggebers oder VUs selbst beruht.⁴⁷

Das GelverkG⁴⁸ definiert in § 1 seinen Geltungsbereich. Danach fällt unter den § 1 Z 1 die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen⁴⁹ sowie unter den § 1 Z 2 die Arbeitszeit von selbstständigen Kraftfahrern bei der gewerbsmäßigen Beförderung von Omnibussen.⁵⁰ Das GelverkG nimmt hier auf die umzusetzende RL 2002/15 EG Rücksicht und umfasst daher auch Arbeitszeiten von selbstständigen Kraftfahnen im Zusammenhang mit der gewerbsmäßigen Beförderung von Personen mit Omnibussen.⁵¹

Zum Begriff der gewerbsmäßigen Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen muss an dieser Stelle deutlich gemacht werden, dass das GelverkG nicht für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen im Kraftfahrliniенverkehr im Anwendungsbereich des Kraftfahrliniengesetzes⁵² (im Folgenden kurz: KfLG) gilt.⁵³ Wo dies notwendig erscheint, wird zu einem späteren Zeitpunkt genauer auf einzelne Gelegenheitsverkehrsformen eingegangen.

Während das nationale österreichische Recht eine Unterscheidung in das KfLG für den Kraftfahrliniенverkehr einerseits und in das GelverkG für den Gelegenheitsverkehr andererseits kennt, wird der Gelegenheitsverkehr in Deutschland direkt im PBefG implementiert. Hier findet sich in § 46 Abs. 1 die Begriffsbestimmung, wonach unter Gelegenheitsverkehr die Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen, die nicht unter den Liniенverkehr fallen, verstanden wird, mit Verweis auf die vorangegangenen Paragraphen

46 VERORDNUNG (EG) Nr. 1073/2009 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 21. Oktober 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006 (Neufassung), ABl. L 300/88.

47 Art. 2 Z 4 VO (EG) Nr. 1073/2009.

48 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG), BGBl. I Nr. 18/2022.

49 § 1 Z 1 GelverkG.

50 § 1 Z 2 GelverkG.

51 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 136.

52 Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrliniengesetz – KfG), BGBl. I Nr. 203/1999 idF I Nr. 203/2023.

53 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 136.

42, 42a, 43 und 44.⁵⁴ Der Begriff des Gelegenheitsverkehrs unterliegt hier also einer Negativdefinition.

Bei der gewerbsmäßigen Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen handelt es sich rechtlich um ein konzessioniertes Gewerbe. Eine listenmäßige Aufnahme in die Gewerbeordnung 1994⁵⁵ erfolgte nicht, vielmehr erfolgen die Regelungen hierzu über die Spezialgesetze des GelverkG und des Güterbeförderungsgesetz 1995⁵⁶ (im Folgenden kurz: GütbefG),⁵⁷ das eine Konzessionspflicht für die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen nur aufgrund einer Konzession, vorbehaltlich gesonderter Bestimmungen (§4 GütbefG)⁵⁸ bestimmt.⁵⁹

Für die Voraussetzungen zur Konzessionerteilung sieht der § 5 Abs. 8 GelverkG 1996 eine Verordnungsermächtigung des Bundesministers bzw. der Bundesministerin vor, die zur Erlassung der Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr – BZP-VO⁶⁰, führte.⁶¹

Das GelverkG normiert eine grundsätzliche Konzessionspflicht in § 2 und stellt zudem auf Kraftfahrzeuge im Umfang des § 1 Abs. 1 ab.⁶² Das Gelegenheitsverkehrsgesetz kennt dabei verschiedene konzessionspflichtige Arten des gewerbsmäßigen Gelegenheitsverkehrs und erwähnt diese in einer nachfolgend kurz näher dargestellten taxativen Aufzählung in § 3 Abs. 1 GelverkG.⁶³

Ausflugswagengewerbe (nach § 3 Abs. 1 Z 1 GelverkG): Darunter fällt die Personenbeförderung mit Omnibussen, wobei diese zum Gebrauch für alle und unter Einzelvergebung der Sitzplätze an öffentlichen Orten bereitgehalten oder angeboten wird. Beschränkt sich ein Ausflugswagengewerbe

54 § 46 Abs. 1 PBefG.

55 Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 (WV) idF I Nr. 56/2024.

56 Bundesgesetz über die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen (Güterbeförderungsgesetz 1995 – GütbefG), BGBl. Nr. 593/1995 (WV) idF I Nr. 18/2022.

57 Vgl. *Watzdorf*, Berufsrecht Gewerbeordnung 1994, Stand: Mai 2022, S. 83.

58 § 4 GütbefG.

59 § 2 Abs. 1 GütbefG.

60 Verordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr über den Zugang zum mit Kraftfahrzeugen betriebenen Personenbeförderungsgewerbe (Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr – BZP-VO), BGBl. Nr. 889/1994 idF II Nr. 459/2010.

61 Vgl. *Watzdorf*, Stand: Mai 2022, S. 94.

62 § 2 Abs. 1 GelverkG.

63 § 3 Abs. 1 GelverkG.

dabei auf ein Gemeindegebiet, wird von einem Stadtrundfahrtengewerbe gesprochen.⁶⁴

Mietwagengewerbe (nach § 3 Abs. 1 Z 2 GelverkG): Darunter fällt die Beförderung von Personen in der Form eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Omnibussen, wobei es zu einer Bereitstellung des Lenkers im Rahmen eines Auftrages (Bestellungen) kommt. Hier erfolgt eine Zuordnung zum Mietwagengewerbe.⁶⁵ Hier ist es zum praktischen Verständnis wichtig zu erwähnen, dass sich der geschlossene Teilnehmerkreis nicht nur auf mehrere Personen, sondern auch auf eine einzelne Person beziehen kann, wenn dies im Rahmen des entsprechenden Auftrages individualisiert ist.⁶⁶

Personenbeförderungsgewerbe mit PKW – Taxi (nach § 3 Abs. 1 Z 3 GelverkG): Darunter fällt die Beförderung von Personen mit Personenkraftwagen, wobei diese zum Gebrauch für alle an öffentlichen Orten bereithalten werden bzw. durch Zuhilfenahme von Kommunikationsdiensten angefordert werden.⁶⁷ Darunter fällt zudem auch die alleinige Beförderung von Sachen, wenn diese von einer Person ohne Zuhilfenahme von technischen Hilfsmitteln getragen werden können sowie von Personen in Form eines geschlossenen Teilnehmerkreises im Rahmen eines Auftrages (Bestellungen).⁶⁸

Das Taxigewerbe dient im Allgemeinen zur Erfüllung eines spontanen Beförderungsbedürfnisses über einen Taxistand oder einen Telefonanruf, denkbar sind hier allerdings auch vorbestellte Fahrten, etwa zu einem Flughafen.⁶⁹

Gästewagengewerbe mit Bus und PKW (nach § 3 Abs. 1 Z 4 GelverkG): Darunter fällt die Beförderung von Wohngästen und Bediensteten von Gastgewerbebetrieben mit Beherbergung von Gästen, Heilanstalten, von Erholungsheimen u. dgl. Die Beförderung darf dabei nur mittels Kraftfahrzeugen dieser Unternehmen vom eigenen Betrieb zu Aufnahmestellen des öffentlichen Verkehrs und umgekehrt erfolgen. Des Weiteren dürfen seit der Novelle, BGBl. I Nr. 112/1996 auch nicht in Beherbergung genommene Gäste von Gastgewerbebetrieben⁷⁰ mit den unternehmenseigenen

64 Vgl. Watzdorf, Stand: Mai 2022, S. 92.

65 Vgl. Watzdorf, Stand: Mai 2022, S. 92.

66 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 143.

67 Vgl. Watzdorf, Stand: Mai 2022, S. 92.

68 § 3 Abs. 1 Z 3 GelverkG.

69 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 141.

70 § 111 GewO 1994.

Kraftfahrzeugen vom Betrieb zur Aufnahmestelle des öffentlichen Verkehrs bzw. in die umgekehrte Richtung befördert werden. Besonders hervorgehoben werden kann die Tatsache, dass hier weder die nach § 5 Abs. 1 Z 2 GelverkG⁷¹ geforderte Leistungsfähigkeit noch der nach § 5 Abs. 1 Z 3 GelverkG⁷² geforderte Befähigungsnachweis vorliegen muss.⁷³

Nicht relevant für eine regelmäßige, selbstständig ausgeübte Beförderung von Personen in die Nähe von Gastgewerbebetrieben ist die Entgeltlichkeit. Somit wird hier auch die unentgeltliche Personenbeförderung als gewerbsmäßig qualifiziert, sofern diese auf eine Belebung des Geschäftsbetriebes bzw. eine Steigerung des Gewinnes des Gastgewerbebetriebes abzielt, an dem der Beförderer als Gesellschafter beteiligt ist und dieser sich somit einen wirtschaftlichen Vorteil erhofft.⁷⁴

Rechtliche Einordnung des Begriffs Mikro-ÖV

Für den Begriff des Mikro-ÖV existiert in Österreich keine Legaldefinition. In der Praxis handelt es sich bei einem Mikro-ÖV-System um ein kleinräumiges (lokal und kleinstregional)⁷⁵ Verkehrsangebot, das eine Verkehrsnachfrage in einer Gemeinde oder Kleinregion (gemeindeübergreifend) bedarfsorientiert und flexibel abdeckt.⁷⁶

Eine strikte Abgrenzung eines Gebietes für den Begriff des Mikro-ÖVs nach Parametern wie Einwohnern oder Fläche ist aufgrund der Vielfalt der verschiedenen Bedürfnisse der einzelnen in Frage kommenden Regionen nicht möglich. Vielmehr zeigt sich, dass eine Region in der Realität umgekehrt zu einer Mikro-ÖV-Region aufgrund eines dort etablierten Mikro-ÖV-Systems wird.

Das Fehlen einer Legaldefinition zum Begriff des Mikro-ÖVs bzw. einer räumlichen, wenn auch vielleicht wagen Abstraktion einer Mikro-ÖV-Region, lässt dem Gesetzgeber für die Zukunft Raum zur Gesamtgestaltung

71 § 5 Abs. 1 Z 2 GelverkG – Begriff der finanziellen Leistungsfähigkeit.

72 § 5 Abs. 1 Z 3 GelverkG – Begriff der fachlichen Eignung (Befähigungsnachweis).

73 Vgl. Watzdorf, Stand: Mai 2022, S. 93.

74 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 143.

75 Vgl. Leitfaden Mikro-ÖV Systeme für den Nahverkehr im ländlichen Raum – 1. Ausschreibung, Eine Förderaktion des Klima- und Energiefonds der österreichischen Bundesregierung, 2. Auflage Dezember 2011, S. 4.

76 Vgl. BMK, Definition und Funktionen, https://www.bmk.gv.at/themen/mobilitaet/alte_verkehrskonzepte/mikrooev/definition.html, letzter Zugriff am 12.06.2024.

von kleinräumigen ÖV-Angeboten, sollte von diesem jedoch alsbald angegangen werden.

Verkehrsplanerische Grundlagen

Um das theoretische Spektrum der Verkehrsplanung und später noch im Konkreten die Diskussion und Etablierung von Mikro-ÖV-Systemen besser einordnen zu können, wird im Folgenden auf ausgewählte, bedeutende Aspekte in der Verkehrsplanung eingegangen.

Die jüngere Geschichte war im Verkehrswesen von einer Flut terminologischer Vielfalt geprägt, die zu einer Begriffsverwirrung geführt hat. Eine klare und präzise definitorische Herangehensweise steht hier zeitgeistlichen Begriffsschöpfungen gegenüber. Allein schon deshalb und um eine verständliche Argumentation zu fördern, ist eine strikte Definition von Begriffen und eine Abgrenzung dieser untereinander unerlässlich.⁷⁷

In der Verkehrssystemplanung (im Folgenden kurz: VSP) wird zunächst davon ausgegangen, dass Verkehrsprobleme auch Raumplanungsprobleme sind. Sie haben historische Ursachen, deren Lösung sich schwierig gestaltet. Lösungsansätze im Verkehrsbereich können dabei sowohl technischer, baulicher oder betrieblicher Natur sein (hard policies) oder informatorische, organisatorisch, normativ (soft policies). Der Etablierung der VSP als Fachdisziplin trägt den vielseitigen Problemen in der verkehrs- und raumplanerischen Dimension Rechnung. Die VSP will dabei sowohl verkehrsträger- als auch verkehrsmittelübergreifend sein, angebotsseitige Verkehrssystemkomponenten, wie Infrastruktur oder Logistik, ebenso berücksichtigen wie ökonomische. Letzteres bezieht sich auf den Aufbau einer kostendeckenden Preisgestaltung für die Inanspruchnahme von Verkehrsleistungen. Zuletzt soll zu diesem Punkt die problemadäquate Maßstäblichkeit der VSP erwähnt sein, die sich auf die räumliche Ebene in der VSP (kommunal, regional, national, international, kontinental, global) bezieht.⁷⁸

Zentraler Ausgangspunkt in der VSP ist der Mensch, dem dabei verschiedene Bedeutungen zukommen können. Er kann als Passagier ein zu beförderndes Objekt sein, als fahrzeugführende Person ein beförderndes Objekt,

77 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 1.

78 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2004/2010), S. 1.

als verkehrsplanende Person ein planendes Subjekt oder als anwohnende Person ein belastetes Subjekt.⁷⁹

Historisch betrachtet ist der Drang des Menschen nach einer möglichst schnellen Überwindung von Distanzen⁸⁰ ein wichtiger Aspekt in der Entwicklung des Verkehrswesens. Aufbauend auf dieser Erkenntnis ergeben sich bestimmte Anforderungen an Verkehrssysteme. Diese müssen einerseits eine quantitative Leistungsfähigkeit, qualitative Anforderungen wie z.B. Komfort, eine Überwindbarkeit von geographischen und topographischen Gegebenheiten und Hindernissen sowie ökonomische Aspekte ebenso wie vermehrt Umweltaspekte und Sicherheit berücksichtigen.⁸¹

Verkehrsplanung vor dem Hintergrund von Mobilitätsbedürfnissen bedeutet auch zu erkennen, dass diese im Tages- und Lebensablauf aller Menschen integriert sind. Die Gestaltung und Entwicklung von Mobilität erfolgt mit Blick auf Wirtschaft und Gesellschaft unter dem Einfluss von Faktoren wie Kosteneffizienz, Zeiteffizienz, Umweltgerechtigkeit, Nachhaltigkeit und konkurrierenden Ansprüchen, welche die Nutzung des geographischen Raums betreffen.⁸²

Zukünftig werden die zuletzt genannten Aspekte vermehrt an Wichtigkeit gewinnen. Leistungsfähigkeit, insbesondere durch neue technische Innovationen, die Steigerung von Sicherheit und Dienstleistungsperformance sowie Umweltschutz im Kontext von Prioritäten im Zusammenhang mit Verkehren sind drei wesentliche Ziele innovativer Technologien im Verkehrswesen. Bei den Prioritäten im Zusammenhang mit Verkehren sollen hier auch solche wie etwa die Möglichkeit der Wiederbelebung von Innenstädten oder Energiefragen genannt werden.⁸³

Mobilität vs. Verkehr – eine Gegenüberstellung

Der Mensch hat Bedürfnisse, die er oft an einem bestimmten Ort nicht befriedigen kann und die somit eine Ortsveränderung notwendig machen.

79 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2004/2010), S. 2.

80 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 29, zitiert nach Hennig, Verkehrsgeschwindigkeiten in ihrer Entwicklung bis zur Gegenwart. Wirtschaftliche-Soziale Weltfragen, Heft 5, Stuttgart 1936, S. 8f.

81 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 29.

82 Vgl. WKO, wkoanalyse, Mobilität – Ein Grundbedürfnis für Wirtschaft und Gesellschaft, 08.05.2018.

83 Vgl. Ceder, Public Transit Planning and Operation, Modeling, Practise and Behaviour, Second Edition (2016), S. 670.

Zum einen geht es um grundlegende Erfordernisse, wie die Ortsveränderung zum Arbeitsplatz oder die Beschaffung von Produkten des täglichen Bedarfs. Zum anderen haben Menschen latent vorhandene Wünsche, wie Freizeitaktivitäten, die außerhalb des Lebensmittelpunktes im Sinne des eigenen Zuhauses ebenfalls wiederum Ortsveränderungen notwendig machen und die ihn in Summe mobil erscheinen lassen. Die Ortsveränderungen sind es damit, durch die Verkehr entsteht.⁸⁴

Dagegen definiert Mobilität nicht dies harte Tatsache der Raumüberwindung bzw. der Ortsveränderung, sondern beinhaltet ebenso die Nutzung und das Erleben des persönlichen Lebensraumes ohne dass dazu zwingend eine tatsächlich stattfindende Raumüberwindung bzw. Ortsveränderung notwendig ist. Mobilität inkludiert hier somit die Überwindung von geistigen, sozialen Grenzen und das Auffinden von neuen Lebensräumen. Damit ist Mobilität mehr als nur Bewegung.⁸⁵

Auf den Personenverkehr⁸⁶ konkretisiert bedeutet dies, dass Verkehr im allgemeinen Sprachgebrauch eine reale, manifeste Ortsveränderung von Personen bedeutet, während Mobilität an dieser Stelle eine Potenzial repräsentierende, abstrakte und latente Ortsveränderung von Personen meint. Verkehrsplanerisch ist der Begriff des Verkehrs gebiets- bzw. infrastrukturbezogen zu verstehen, Mobilität wiederum personenbezogen, also auf eine Person als Individuum.⁸⁷

Ein anderer, historischer Ansatz zur Begriffsklärung betrifft die bis Anfang der 1970er Jahre ausschließlichen Nachfrageerhebungen⁸⁸ als Verkehrserhebungen. Während das Verkehrsgeschehen zuerst an Ort und Stelle erhoben wurde, erfolgten ab Mitte der 1970er Jahre Erhebungen zum persönlichen Mobilitätsverhalten der Menschen, durch Fragebögen, persönlich oder telefonisch, wobei es hauptsächlich um harte Fakten, wie Anzahl und Länge von zurückgelegten Strecken, Dauer und Zweck der Ortsveränderung, bzw. Verkehrsmittelwahl, ging.⁸⁹ Als Resultat kann im

84 Vgl. Reinhardt (2018), S. 193.

85 Vgl. Reinhardt (2018), S. 193.

86 Eigene Anmerkung: Hier kann auch der ÖV bzw. ÖPNV synonym gedacht werden.

87 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2004/2010), S. 14, Tabelle 2 -3, Unterscheidung zwischen Mobilität und Verkehr, nach Quelle: Cerwenka, Peter: Mobilität und Verkehr: Duett oder Duell von Begriffen? In: Der Nahverkehr, 17 (1999), Nr. 5, S. 37.

88 Eigene Anmerkung: Diese historische Entwicklung bezieht sich auf die Bundesrepublik Deutschland, für die Begrifflichkeiten an sich ergeben sich durch diesen Umstand keine Änderungen.

89 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 2 – 3.

Sinne von Nachfragegrößen unter Verkehr eine gebiets- bzw. verkehrsinfrastrukturbezogene Nachfragegröße und unter Mobilität eine personenbezogene Nachfragegröße subsummiert werden.⁹⁰

Das menschliche Bedürfnis nach einer räumlichen Veränderung der Position der eigenen Person oder der von Gütern kann sowohl persönlicher als auch wirtschaftlicher Natur sein. Mobilitätsbedürfnisse unterliegen dabei im Ganzen betrachtet auch über lange Sicht nur unbeträchtlichen Änderungen, wogegen sich das Verkehrsverhalten zur Stillung von Mobilitätsbedürfnissen durch den technischen Fortschritt und der individuellen Möglichkeit zur Nutzung von Verkehrsmitteln sehr wohl ändert. Im digitalen Bereich hat Mobilität zudem das Potenzial, durch IT-Lösungen wie Home-Office oder dem E-Commerce, physische Mobilität zumindest teilweise zu ersetzen.⁹¹

Das persönliche Mobilitätsverhalten hängt sowohl mit wirtschaftlichen wie auch sozialen Gegebenheiten zusammen, räumlichen Verhältnissen ebenso wie dem vorhandenen Verkehrs- und Leistungsangebot. Unter die sozialen Gegebenheiten fallen Merkmale wie das Alter, das Einkommen oder persönliche Prioritäten.⁹²

Verkehr und Mobilität sind somit zwei essenzielle, aber wichtig zu unterscheidende Begriffe, um Prozesse und Zusammenhänge von Themen unter dem Überbegriff ÖPNV zu verstehen.

Qualität im ÖPNV

Qualität bedeutet die Übereinstimmung von Anspruch und Leistung. Die Ansprüche gehen dabei von Händlern, Herstellern, Konsumenten, Kunden und Produzenten aus.⁹³

Im ÖPNV können Qualitäten anhand der Bedienungs- und Beförderungsqualität bestimmt werden. Bedienungsqualität bezieht sich dabei auf die räumliche und zeitliche Bedienung, wobei räumliche Beförderungsangebote und damit einhergehend Faktoren wie die Anbindung und die Er-

90 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2007), S. 3.

91 Vgl. WKO, wkoanalyse, Mobilität – Ein Grundbedürfnis für Wirtschaft und Gesellschaft, 08.05.2018.

92 Vgl. WKO, wkoanalyse, Mobilität – Ein Grundbedürfnis für Wirtschaft und Gesellschaft, 08.05.2018.

93 Vgl. Qualität, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/qualitaet-45908>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

reichbarkeit von Regionen maßgeblich sind. Für die zeitliche Komponente sind hingegen etwa Betriebszeiten und Intervalle, also Betriebshäufigkeiten sowie das Angebot an Reiseplätzen oder eine adäquate Differenzierung von Angeboten insgesamt relevant.⁹⁴ Beförderungsqualität bezieht sich im Vergleich dazu auf Gebrauchswertmerkmale, wie den Zustand und die Ausstattung von Fahrzeugen und Haltestellen. Ebenso beispielsweise auf Kommunikation und Reaktion bei Betriebsstörungen oder Barrierefreiheit.⁹⁵

Die erstgenannte Bedienungsqualität als Qualität der räumlichen und zeitlichen Bedienung lässt sich in eine Erschließungs- und eine Angebotsqualität feingliedern. Bei der Erschließungsqualität geht es um die konkreten räumlichen Parameter. Die Angebotsqualität wiederum fasst die zeitlichen Kenngrößen, Platzangebot und die marktgerechte Angebotsdiversifizierung zusammen. Die zweitgenannte Beförderungsqualität subsummiert die Gesamtheit der Gebrauchswertmerkmale von Beförderungsleistungen.⁹⁶ Insgesamt geht es hier also um einen Bedienungsstandard, der die Qualitätsmerkmale im ÖPNV-Angebot definiert.⁹⁷

Qualität ist final in der Mobilitätsbranche zweifellos für das Geschäft bedeutsam.⁹⁸ Ein konstantes Qualitätsmanagement im ÖPNV und Mikro-ÖV wird daraus schlussfolgernd für die Zukunft umso bedeutender, wenn öffentliche Verkehrsdienste eine prioritäre Position in der Verkehrswende einnehmen sollen.

Bedienformen im ÖPNV

Verkehrsbedienungen sind alle Möglichkeiten, im Wege eines Netzes an öffentlichen Verkehrsmitteln, an ein Fahrziel zu gelangen, wobei der Linienverkehr die vorherrschende Bedienform im ÖPNV darstellt.⁹⁹ Bedienformen knüpfen letztlich daran an, welche Haltestellen sie in ihrem Angebot miteinbeziehen.¹⁰⁰ Durch verstreute Siedlungsstrukturen ist es in vielen

94 Vgl. Dorsch (2019), S. 27.

95 Vgl. Dorsch (2019), S. 28.

96 Vgl. Abbildung 3-3, Qualität des ÖPNV in Dorsch (2019), S. 28.

97 Vgl. VDV, Bedienungsstandard, <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Bedienungssstandard>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

98 Vgl. Weber-Wernz in VDV-Akademie, Grundwissen Personenverkehr und Mobilität (2021), S. 46.

99 Vgl. Dorsch (2019), S. 29.

100 Vgl. Autengruber/Kahl, Rechtliche Umsetzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Bestellung von Mikro-ÖV (2023), S. 14.

Regionen allerdings nicht möglich, mit dem klassischen Linienverkehr ein finanziertbares Angebot zu ermöglichen, weshalb es zur Ausbildung differenzierter Bedienungsweisen kommt. Das sind solche, die die verschiedenen räumlichen Grundgegebenheiten für ihr Angebot kapazitätsmäßig berücksichtigen.¹⁰¹

Linien und damit der Linienbetrieb bzw. Linienverkehr sind regelmäßige Bedienungen von Haltestellen, deren Fahrwege einem vorgegebenen Verlauf folgen. Im Vergleich dazu meint der Gelegenheitsverkehr¹⁰² die nicht regelmäßige Bedienung¹⁰³ im Zusammenhang mit der Beförderung von Personen im Straßenverkehr mit Bussen bzw. PKW.¹⁰⁴

Je nachdem welches räumliche Gebiet erschlossen werden soll, können unterschiedliche Linienformen identifiziert werden. Durchmesserlinien führen durch Zentren von Städten hindurch und verbinden Ziele an den Stadträndern oder darüber hinaus, Radiallinien enden in den Zentren, Ringlinien sind häufig Ergänzungslinien, Tangentiallinien berühren Zentren in Städten nicht und verbinden Ziele außerhalb davon, während Zubringerlinien aus dem Umland zu Haltestellen städtischer Verkehrsmittel führen.¹⁰⁵

Klassische Linien können mit individuellen Bedienungen im Rahmen von Richtungsbandbetrieben zusammengeführt werden. Dies ermöglicht Abweichungen vom eigentlichen Linienweg. Im daran anlehnden Sektorbetrieb erfolgt eine Flächenverteilung von einem bestimmten Linienendpunkt aus. Flächenbetriebe wiederum ermöglichen eine Vielzahl an Zustiegspunkten, wobei die Anforderung der Fahrtendurchführung von den Reisenden ausgeht.¹⁰⁶

Rufbusse stellen nach dem KfLG Kraftfahrliniенverkehre dar, die ohne Anmeldung nicht verkehren und dabei von bestimmten Haltestellen aus Verbindungen innerhalb eines Konzessionsgebietes herstellen.¹⁰⁷ Daneben sind dies solche, die ohne Anmeldung, aber fahrplanmäßig auf einer festen Grundstrecke fahren, von dieser jedoch bei entsprechenden Anmeldungen

101 Vgl. Reinhardt (2018), S. 600.

102 Eigene Anmerkung: Die Bezeichnung Gelegenheitsverkehr erfolgt hier in einem verkehrsplanerischen und nicht in einem rechtlichen Zusammenhang.

103 Eigene Anmerkung: Nicht regelmäßig kann hier sowohl räumlich als auch zeitlich verstanden werden.

104 Vgl. Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer (2004/2010), S. 154.

105 Vgl. Dorsch (2019), S. 29 – 30.

106 Vgl. Reinhardt (2018), S. 600 – 601.

107 § 38 Abs. 3 Z 1 lit. a KfLG.

abweichen können.¹⁰⁸ Anrufsammlertaxis wiederum befördern die Fahrgäste nach vorheriger Anmeldung innerhalb dafür festgesetzter Betriebszeiten und einem abgegrenzten Beförderungsgebiet mit hierfür entsprechend gekennzeichneten Fahrzeugen von bestimmten Abfahrtsstellen aus entgeltlich hin zu einem gewünschten Fahrziel.¹⁰⁹

Neben einer Unterscheidung von Linienformen nach den räumlichen Verhältnissen kann auch eine nach der zeitlichen Bedienung vorgenommen werden. Stammlinien meinen dabei solche, die einem festgelegten Linienweg folgen und durchgängig bedient werden. Nachtlinien¹¹⁰ bedienen einen definierten Linienweg nur in den Nachtstunden, wobei regelmäßig mehrere Linien des Tagesbetriebes zusammengefasst einen möglichst hohen räumlichen Abdeckungsgrad erwirken sollen. Sonntagslinien dienen schließlich dem Ausflugsverkehr, Einsatzlinien werden anlassbezogen etwa bei Großevents eingerichtet.¹¹¹

Die hier beschriebenen Bedienformen stellen eine Auswahl dar, die für den Inhalt dieser Arbeit als relevant und exemplarisch sinnvoll erachtet werden. In der Realität ist die Fülle an Bedienformen enorm. Sowohl der Linienverkehr als auch der Gelegenheitsverkehr bieten eine Vielzahl verschiedener Ausprägungen. Die Entwicklungen verschiedener Innovationen und Konzepte des Gelegenheitsverkehrs bzw. des Mikro-ÖV unter dem Schlagwort Bedarfsverkehre (on-demand) können dabei als nicht abgeschlossen betrachtet werden.

Verkehrsplanung im ÖPNV

In der Verkehrsplanung des ÖV und hier im Speziellen des ÖPNV gibt es eine Reihe an Begriffen, deren Verständnis für das Auffassen der Gesamtzusammenhänge der sich damit befassenden Herausforderungen und Probleme notwendig ist. Zunächst erfolgt daher eine terminologische Betrachtung solcher Verkehrsbegehriffe.

Verkehrsmittel: Darunter werden alle Objekte verstanden, die direkt zum Transport von Personen benötigt werden. Die Verkehrsmittel lassen sich nach unterschiedlichen Kriterien unterteilen.¹¹² Sie sind auf den Verkehrs-

108 § 38 Abs. 3 Z 1 lit. b KfG.

109 § 38 Abs. 3 Z 2 KfG.

110 Eigene Anmerkung: Im Gegensatz dazu – Taglinien.

111 Vgl. Dorsch (2019), S. 30 – 31.

112 Vgl. Schulz, Verkehr und Tourismus: Ein Studienbuch in Fallbeispielen (2012), S. 2.

trägern, wie z.B. Schiene und Straße unterwegs. Zudem kann der Begriff als Sammelbezeichnung auf (Teil-)Systeme wie die Eisenbahn oder den ÖPNV angewandt werden.¹¹³ Verkehrsmittel als Betriebsmittel bzw. Ressource müssen sowohl quantitativ als auch qualitativ ausreichend vorhanden sein, um den Betrieb eines Verkehrssystems zu ermöglichen. Das schließt alle Faktoren der Instandhaltungsorganisation mit ein, die eine Aufrechterhaltung des betriebsfähigen Zustandes der Fahrzeuge beinhaltet. Natürlich ist für diese Aufrechterhaltung ein ausreichendes Vorhandensein von Personal mit entsprechenden Qualifikationen erforderlich.¹¹⁴ Im Zusammenhang mit Verkehrsmitteln in ihren verschiedenen Ausprägungsformen wird vor allem mit Blick auf die Kapazitätsplanung auch von „Gefäß“ gesprochen. Die Vielfalt an Gefäßgrößen (z.B. Kleinbus, Minibus, Midibus, Solobus, Einzelgelenkbus, Doppelgelenkbus, Autotram u.v.m.) ermöglicht eine bedarfsoorientierte Zurverfügungstellung eines Beförderungsangebotes.¹¹⁵

Verkehrssysteme: Darunter werden alle in einem bestimmten geografischen Raum bestehenden Verkehrswege und Verkehrsmittel als Gesamtheit, die meist durch Knotenpunkte miteinander verbunden sind, verstanden.¹¹⁶ In der Praxis geht es des Weiteren um die integrierten Zusammenwirkungen von technischen, betrieblichen und organisatorischen Komponenten im Ganzen. Einem Verkehrssystem sind somit ein Hardware-Bereich (Fahrwege, Fahrzeuge, Stationen, Steuer- und Regeleinrichtungen) sowie ein Software-Bereich (Betriebsabläufe, Fahrpläne, Dienstpläne, Fahrgastinformationen, Werbeprogramme) zuzuordnen.¹¹⁷ Unter Verkehrssysteme fallen im Zusammenhang mit dem ÖPNV sowohl konventionelle Verkehrssysteme (Omnibusse, Straßenbahnen, Stadtbahnen, U-Bahnen, Schnellbahnen) als auch neuartige Verkehrssysteme (bedarfsgesteuerte Bussysteme¹¹⁸, Kabinenbahnsysteme¹¹⁹).¹²⁰ Als interessant scheint hier der Begriff des (Verkehrs-)Netzes aus Art. 11 der RL 2014/25/EU, wonach im Verkehrsbereich

113 Vgl. VDV, Verkehrsmittel, <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Verkehrsmittel>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

114 Vgl. Schnieder (2018), S. 4.

115 Vgl. Schnieder (2018), S. 61 – 62.

116 Vgl. Linden, Dr. Gablers Verkehrs-Lexikon (1966), S. 1645.

117 Vgl. Pampel in Groche/Thiemer, Handbuch für den öffentlichen Personen- Nahverkehr, ÖPNV (1980), S. 760.

118 Eigene Anmerkung: Historische Vorwegnahme heutiger Bedarfsverkehre, wenn- gleich der Begriff neuartig auch heute noch eine gewisse Geltung hat.

119 Eigene Anmerkung: Hier geht es um exotisch wirkende Konzepte wie das der Magnetschwebebahn (M-Bahn).

120 Vgl. Pampel in Groche/Thiemer (1980), S. 760 – 761.

ein Netz als dann vorhanden gilt, wenn die Verkehrsleistungen nach den von den zuständigen Behörden der Mitgliedsstaaten festgelegten Bedingungen erbracht werden, wobei hierzu die Festlegung von Strecken, Transportkapazitäten und Fahrpläne zählen. In den Netzbegriff des Art. 11 der RL 2014/25/EU fällt dabei die Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen, die mit Eisenbahnen, automatischen Systemen, Straßenbahnen, Trolleybussen, Bussen bzw. Seilbahnen erbracht werden.¹²¹

Verkehrsträger: Darunter werden alle Verkehrsmittel als Gesamtheit verstanden, die eine und dieselbe Art der Verkehrsinfrastruktur nutzen. Ebenso fallen unter den Begriff des Verkehrsträgers alle Unternehmen und Institutionen, die öffentliche Verkehrsdiendleistungen anbieten.¹²² Des Weiteren werden die Verkehrssysteme ÖPNV bzw. MIV gelegentlich als Verkehrsträger bezeichnet.¹²³

Verkehrswege: Darunter werden alle natürlichen grundlegenden Bedingungen, nämlich Land, Luft und Wasser, verstanden, die für die substantiellen Eigenschaften der Verkehrsträger entscheidend sind. Die Landverkehrswege können im Wesentlichen in Schienen- und Straßenwege unterteilt werden. Die Luftverkehrswege werden nicht weiter unterteilt. Die Wasserwege können in natürliche und künstliche Wasserwege unterteilt werden.¹²⁴

In Österreich geht die Geschichte sogenannter intelligenter Verkehrssysteme (IVS) auf einen Digitalisierungsprozess und mobilitätsrelevante Entwicklungen von etwa 25 Jahren zurück. Dies betrifft fahrzeugseitige Komponenten (Antriebs-, Steuer-, Informationssysteme) gleichermaßen wie infrastrukturseitig das Verkehrsmanagement oder auch Reiseinformationssysteme. Nutzerinnen und Nutzer profitieren hier letztlich von verbesserten Informations- und Kommunikationstechnologien im Rahmen digitaler Dienste.¹²⁵

Verkehrsplanung erfolgt in der Praxis auch im Zusammenwirken von Vertretern der Verkehrsverbände, Gemeinden, Handel und Tourismus. Es gilt dabei neben den anzufahrenden Gebieten die zeitlich versetzten

121 Art. 11 RL 2014/25/EU.

122 Vgl. Schulz, (2012), S. 1.

123 Vgl. VDV, Verkehrsträger, <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Verkehrstr%C3%A4ger>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

124 Vgl. Schulz (2012), S. 3.

125 Vgl. BMK, Intelligente Verkehrssysteme (IVS), https://www.bmk.gv.at/themen/mobileitae/alternative_verkehrskonzepte/telematik_ivs.html, letzter Zugriff am 12.06.2024.

Verkehrsaufkommen aufgrund von Schulen, Kindergärten und Pendler in die Planung miteinzubeziehen. Sind alle entsprechenden Parameter berücksichtigt, kann mithilfe einer EDV-gestützten Berechnung eine neue Linienführung entworfen und ein Fahrplan berechnet werden.¹²⁶

Verkehrsplanung im Mikro-ÖV

Mikroverkehre als Teile des öffentlichen Verkehrs (im Folgenden kurz: Mikro-ÖV) können einerseits vor allem in Gebieten, die nicht durch einen Linienverkehr abgedeckt sind, eine Mobilitätslücke schließen, anderseits ebenso eine Ergänzung zu einem bestehenden Angebot darstellen. Dabei ist die Planung von Mikro-ÖV-Angeboten durchaus eine Herausforderung. Es gilt hier ein grundsätzliches Fahrgastpotenzial zu identifizieren ebenso wie eine Analyse der Siedlungs- und Bevölkerungsstruktur durchzuführen, um im Ergebnis ein konkretes Angebot hinsichtlich Betriebszeiten und der räumlichen Ausgestaltung zu entwickeln. Dazu können konsequenterweise Tür- zu Tür-Transporte ebenso gehören wie fixe Abfahrts- und Ankunftszeiten an Haltestellen oder entsprechende Mischformen davon.¹²⁷

Es kann festgestellt werden, dass flexible Mobilitätsangebote das bekannte Angebot von Bus und Bahn zunehmend an der Schnittstelle zwischen privatem und öffentlichem Verkehr ergänzen.¹²⁸ Dabei kann eine Bündelung von Mobilitätsangeboten herkömmliche Haltestellen örtlich hin zu Mobilitätsdrehscheiben aufwerten.¹²⁹

Vor allem im ländlichen Raum wird es in Zukunft darauf ankommen, eine differenzierte Bedienung zu etablieren. Hier geht es darum, verschiedene Mobilitätsangebote bestmöglich aufeinander abzustimmen. Ein übergeordnetes Hauptnetz mit Bahnen und Bussen im Taktverkehr stellt die Basis dar, die um einen lokalen Linienverkehr, der von den Haltepunkten des

126 Vgl. Strobl in Tiroler Tageszeitung, Beilage Magazin, Wann kommt der nächste Bus?, 31.03.2024.

127 Vgl. VCÖ, Mikro-ÖV kann Mobilität in Gemeinden deutlich verbessern, VCÖ-Factsheet, S. 1.

128 Vgl. VCÖ, Bessere Mobilität für die Regionen, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 2/2023, S. 15, zitiert nach Ernsting/Röhrleef: ÖPNV – Bahn und Bus elektrisch und multimodal vernetzt. In: Sahling (Hrsg.): Klimaschutz und Energiewende in Deutschland. Herausforderungen – Lösungsbeiträge – Zukunftsperspektiven. Berlin: Springer Spektrum, 2022.

129 Vgl. VCÖ, Bessere Mobilität für die Regionen, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 2/2023, S. 12, siehe auch vorheriges Zitat.

Hauptnetzes aus die Regionen erschließt, erweitert wird. Daneben werden flexible Bedienformen wie Rufbusse mit alternativen Mobilitätsangeboten wie Car-, Bike- oder Ridesharing zusammengeführt und optimieren damit das Angebot auf dem Land, womit die dort lebenden Menschen weniger auf das Auto angewiesen sind.¹³⁰

Bezugnehmend auf die Mobilitätswende können gerade Gemeinden und Bundesländer regionale Mobilitätskonzepte umsetzen, die zum einen die Erreichbarkeit von Zielen im Alltag durch eine Kombination von öffentlichem Verkehr und z.B. Carsharing ermöglichen und zum anderen entsprechend flächendeckende und flexible Mikro-ÖV-Systeme als Ergänzung zum Grundangebot des Linienverkehrs etablieren.¹³¹ Die Debatte der Mobilitätswende darf dabei nicht mit dem ÖPNV-Ausbau im Allgemeinen gleichgesetzt werden, denn hier geht es auch um Fragen der Stadtraumveränderung oder der Veränderung von gewohntem Verhalten und Privilegien.¹³²

Gegenwärtig sind in Österreich 277 Mikro-ÖV-Systeme (Bedarfsverkehr) in 765 Gemeinden mit verschiedenen Bedienungsformen auszumachen.¹³³

Verkehrsplanung im Gelegenheitsverkehr

Ein Fahrplanangebot mit bedarfsgesteuerten Bedienungsformen bietet sich gerade in Gebieten an, in denen eine ganztägig geringe Nachfrage zu verzeichnen ist, wodurch eine gezielte Anpassung an die Nachfragesituation möglich ist.¹³⁴

Im Jahr 2019 betrug der Anteil der Gemeinden in Tirol, die nicht gut mit dem ÖV erreichbar sind, 42 %. Österreichweit war nach einer Analyse des VCÖ auf der Basis von Daten von Austria Tech und ÖROK grob umrissen

130 Vgl. VDV, Mobilität im ländlichen Raum, <https://www.vdv.de/mobilitaet-im-laendlichen-raum-staerken.aspx>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

131 Vgl. VCÖ, Transformation von Mobilität und Transport unterstützen, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 4/2017, S. 30.

132 Vgl. Schulze in Der Nahverkehr, ÖPNV-Ausbau: Finanzierungsmodelle und strategische Kommunikation von Anfang an verzahnen, Heft 10/2023, S. 56.

133 Vgl. Bedarfsverkehre („Mikro-ÖV“), <https://www.bedarfsverkehr.at/content/Hauptseite>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

134 Vgl. Kosok/Rublack/Markus, Mobilitätsgarantie für Deutschland – Teil I, Ausgangslage und Praxisbeispiele für eine bundesweit garantierte Grundversorgung mit Bus und Bahn (2023), S. 17.

eine Hälfte der Gemeinden gut mit dem ÖV erreichbar, die andere Hälfte nicht.¹³⁵

ÖPNV-Angebote¹³⁶ reichen regelmäßig nur bis zu bestimmten Punkten. Mit On-Demand-Angeboten im Bereich des Gelegenheitsverkehrs kann im verkehrsplanerischen Sinne auch dem Problem der ersten bzw. der letzten Meile begegnet werden. Ihnen kommt also in dünn besiedelten Gebieten eine Zubringerfunktion zu, die eine Verbesserung an die Anbindung zu Verkehrsknoten mit sich bringt.¹³⁷

Verkehrsplanerisch interessant ist im Kontext der On-Demand-Angebote natürlich auch deren Ausgestaltung in zeitlicher Hinsicht. So lassen sich On-Demand-Angebot in puncto Betriebszeiten grundsätzlich flexibel ausgestalten und sind somit auch für Fahrten in der Nacht anwendbar, die in einem sicherheitstechnischen Zusammenhang besonders sensibel sind.¹³⁸

Bürgerbusse befördern an einem Tag ca. 20–50 Personen, Anruf-Sammeltaxis ca. 40–100 Personen und Bedarfsbusse ca. 500–1000 Personen. Im Vergleich hierzu befördert eine Straßenbahnlinie ca. 10.000 – 30.000 Personen an einem Tag.¹³⁹ Zudem beträgt die Zahl der ÖPNV-Fahrten pro Einwohner und Tag in Kleinstädten bis 30.000 Einwohner 0,10–0,30, während sie in Großstädten bis 400.000 Einwohner mit 0,40–0,60 bereits deutlich darüber liegt.¹⁴⁰ Um an den ÖPNV angebunden zu werden gilt schließlich eine Einwohnerzahl von 200 als Untergrenze, wobei sich hier 80 % der Einwohner im Einzugsgebiet einer Haltestelle befinden sollen.¹⁴¹

Somit wird kurz zusammengefasst, dass Verkehrsplanung im Gelegenheitsverkehr eine Reihe verschiedener Parameter berücksichtigen muss, um eine adäquates Angebot zu erstellen.

135 Vgl. VCÖ: Fast jede 2. Gemeinde in Österreich unzureichend mit Öffentlichem Verkehr versorgt, <https://vcoe.at/presse/presseaussendungen/detail/vcoe-fast-jede-2-gemeinde-in-oesterreich-unzureichend-mit-oeffentlichem-verkehr-versorgt>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

136 Eigene Anmerkung: Gemeint sind hier konventionelle, liniengebundene Angebote.

137 Vgl. On-Demand mobility, <https://www.uitp.org/topics/on-demand-mobility/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

138 Vgl. On-Demand mobility, <https://www.uitp.org/topics/on-demand-mobility/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

139 Vgl. Mittelwert realer Fahrgastzahlen (Löcker, 1994), Tab. 7 – 1 in Reinhardt (2018), S. 469.

140 Vgl. ÖPNV-Fahrgastaufkommen in Abhängigkeit von der Stadtgröße (FGSV, 2010), Tab. 7 – 2 in Reinhardt (2018), S. 472.

141 Vgl. Reinhardt (2018), S. 472, zitiert nach FGSV, Empfehlung für Planung und Betrieb des öffentlichen Personennahverkehrs, Köln 2010.

Mobility as a Service (MaaS)

Unter Mobility as a Service (im Folgenden kurz: MaaS) versteht man Mobilität als Dienstleistung.¹⁴² Das Konzept der MaaS ist dabei noch am Beginn seiner Entwicklung.¹⁴³

Ein Gesamtangebot an öffentlichen Verkehrsdienstleistungen durch eine Verknüpfung verschiedener Angebote im Rahmen der Digitalisierung kann in Form der MaaS eine Vielzahl an Mobilitätsoptionen bündeln, etwa im Rahmen von zentralen Plattformen wie Apps für Smartphones, und sie gleichzeitig mit einfachen Abrechnungssystemen verknüpfen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Vielfalt solcher digitalen Apps nicht zu Lasten hinsichtlich ihrer eigentlichen Vorteile wie einer Einheitlichkeit, Vereinfachung oder Übersicht geht.¹⁴⁴

Der Mobilitätsmarkt unterliegt aufgrund von Megatrends wie Digitalisierung, Klimawandel, technologischen Fortschritt und Urbanisierung erheblichen Veränderungsprozessen. Das Ergebnis dieser Prozesse zeigt sich in zunehmend neuen Mobilitätsformen und einer stetig steigenden Vernetzung von öffentlichen und privaten Mobilitätsangeboten. Im Bereich des ÖV kommt es durch Angebote wie Rufbusse, Anrufsammeltaxis und Shuttleservices zu einer trendmäßigen Individualisierung. Dementgegen steht der Trend, Individualverkehrsmittel wie PKWs, Fahrräder oder E-Scooter sowohl kommerziell als auch nicht kommerziell einer gemeinschaftlichen Sharing- oder Poolnutzung zuzuführen.¹⁴⁵

Der Ansatz der MaaS-Systeme geht somit dahin, verschiedene digitale Angebote als gebündeltes Angebot dem Kunden zur Verfügung zu stellen, wobei dabei regelmäßig private Anbieter in Erscheinung treten.¹⁴⁶

Aus den bereits angesprochenen Megatrends, wie dem einer steigenden Urbanisierung und einer zunehmenden Nachfrage nach Angeboten im Be-

142 Vgl. *Höller*, Wie der öffentliche Verkehr zukunftsfit wird, <https://vcoe.at/news/detail/s/wie-der-oeffentliche-verkehr-zukunftsfit-wird>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

143 Vgl. *Stopka* in VDV, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020), S. 286.

144 Vgl. *Höller*, Wie der öffentliche Verkehr zukunftsfit wird, <https://vcoe.at/news/detail/s/wie-der-oeffentliche-verkehr-zukunftsfit-wird>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

145 Vgl. *Stopka* in VDV (2020), S. 284.

146 Vgl. *Ackermann* in VDV-Akademie, Grundwissen Personenverkehr und Mobilität (2021), S. 129.

reich der nachhaltigen Mobilität, ergeben sich für den ÖPNV neue Chancen und Risiken.¹⁴⁷

Bei einem attraktiven Angebot kann der ÖPNV zu einer erkennbaren Änderung eines lokalen Mobilitätsverhaltens von weniger individueller zu mehr öffentlicher Mobilität führen.¹⁴⁸

MaaS ist also auch ein Schritt vom Massenverkehr zur individuellen Dienstleistung. Vordergründig bietet der ÖPNV einen leistungsfähigen und effizienten Massenverkehr, der sich aber durch kapazitätsreiche Transportgefäß, einen festen Fahrplan, einen einheitlichen Tarif und einem anonymen Zugang zu ihm als wenig individuelle Dienstleistung charakterisiert.¹⁴⁹

Die Prozesskette einer individuellen Reise bzw. Fahrt beinhaltet den Weg zur Haltestelle, ein Informieren, das Wählen eines Tickets, das Bezahlen dessen, die Reise selbst, gegebenenfalls ein Umsteigen und den Weg von der Haltestelle zum Ziel, ohne dass dabei in der Vergangenheit bislang eine individuelle Unterstützung durch VU erfolgte.¹⁵⁰ Die Digitalisierung setzt genau hier an und kann im ÖV nun Chancen zur Individualisierung der Dienstleistung¹⁵¹ eröffnen.¹⁵²

Praktisch betrachtet bedeutet das also, dass ein Kunde beispielhaft von einem bestimmten Standort aus seine gewünschten Reisezeiten, die dafür optimale Verbindung, eine entsprechend angepasste Ticketwahl samt Bezahlungsvorgang direkt auf digitalem Wege auf seinem Smartphone erhält. Daraus resultiert eine klar planbare Reise, sowohl was die zeitlichen als auch die räumlichen Aspekte angeht, genauso wie die Wahl der Verkehrsmittel für die einzelnen Abschnitte der Reise inkl. einer über die ganze Reise vorhandenen Supportmöglichkeit. Dies geht letztlich sogar bis zur Option, die Reisenden eröffnet, ihre Einrücke und Erlebnisse der Reise über soziale Netzwerke bzw. Snap & Send-Funktionen zu teilen und dem Unternehmen zu kommunizieren. Aus der eben genannten digital via

147 Vgl. Derer/Geis in Riener/Appel/Dorner/Huber/Kolb/Wagner (2020), S. 3.

148 Vgl. Derer/Geis, zitiert nach Maertins (2006) in Riener/Appel/Dorner/Huber/Kolb/Wagner (2020), S. 4.

149 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich, Automatisierung und Personalisierung von Dienstleistungen, Konzepte – Kundeninteraktionen – Geschäftsmodelle, Band 1 (2020), S. 451.

150 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich (2020), S. 451 – 452.

151 Eigene Anmerkung: Dienstleistung meint hier sämtliche in Frage kommenden Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit einer Fahrt bzw. einer Reise denkbar sind. z.B. Fahrplanauskünfte, Ticketing usw.

152 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich (2020), S. 452.

Smartphone unterstützten Kundenreise ergibt sich für die Reisenden ein individualisiertes Erlebnis. Dies führt schließlich zu einer Neuinterpretation von Verkehrsdienstleistungen unter dem Begriff der MaaS.¹⁵³

Zusammenfassend kann Mobility-as-a-Service als alle eine Reise bzw. alle einzelnen Abschnitte einer Reise betreffenden Facetten von Dienstleistungen entlang der gesamten Mobilitätskette der Reise verstanden werden, die den Reisenden über eine entsprechende Servicedigitalisierung unter Nutzung von Apps und Smartphones eine individualisierte Form der gewünschten Ortsveränderung ermöglicht.

Einfluss der Digitalisierung auf die Produktentwicklung im ÖPNV

Zunächst wird festgehalten, dass es beim Begriff der Digitalisierung primär um die Bezeichnung eines technischen Prozesses medialer Übersetzung im Bereich der EDV handelt.¹⁵⁴ Auch geht es bei Digitalisierung und digitaler Transformation zusammenfassend um Technologien oder Organisationseinheiten, die versuchen bislang analoge Prozesse zu digitalisieren, und referenziert auf die digitale Transformation, um das Digitalisieren von Geschäftsmodellen sowie Geschäfts- und Produktionsprozessen samt ihrem Beitrag zu Veränderungen in der Arbeitswelt.¹⁵⁵ Für die Produktentwicklung im ÖPNV bedeutet dies ebenso, dass sich die Digitalisierung auf alle Unternehmensbereiche von VU auswirkt, wenn es etwa um die Planung von Verkehrsangeboten bzw. Verkehrserhebungen geht.¹⁵⁶

Auf dem Weg zu immer mehr individuellen und kundenorientierten Angeboten im ÖV ergeben sich durch die digitale Transformation neue Möglichkeiten für die Mobilitätswende aufgrund des Erfordernisses des Klimawandels. Der ÖV bietet im Gegensatz zu Start-ups ein dauerhaftes und nachhaltiges Angebot, das Kriterien wie Daseinsvorsorge, Erreichbar-

153 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich (2020), S. 452 – 453.

154 Vgl. Dander in Dander/Bettinger/Ferraro/Leineweber/Rummel, Digitalisierung – Subjekt – Bildung: Kritische Betrachtungen der digitalen Transformation, S. 20, zitiert nach Duden Redaktion 2019.

155 Vgl. Leeser, Digitalisierung in KMU kompakt, Compliance und IT-Security, S. 30.

156 Vgl. Ackermann, Der Einfluss der Digitalisierung auf den ÖPNV der Zukunft, ÖVG-Tagung am 14.01.2016 in Linz, S. 18.

keit, soziale Teilhabe und die Entlastung von Straßen vom MIV sowie diverse Umweltaspekte beinhaltet.¹⁵⁷

Für die verschiedenen Mobilitätsangebote im Bereich des ÖV ermöglicht die Digitalisierung eine Verknüpfung einzelner Angebote wie von Sharing-Angeboten oder dem Mikro-ÖV mit Linienverkehren wie Bus und Bahn hin zu einem Gesamtangebot.¹⁵⁸ Digitalisierung ermöglicht dabei die Schaffung eines Abbildes der Realität, das aufgrund einer besseren Berechenbarkeit zu genaueren Prognosen und einem effizienteren Ressourceneinsatz in Verkehrssystemen führen kann.¹⁵⁹

Da der ÖV eine große Menge an Fahrgästen sehr effizient befördern kann, kommt ihm im Kampf gegen die Klimakrise eine große Bedeutung als ein Lösungsbestandteil dafür zu. Nun erschwert die vordergründige Funktionalität hinsichtlich der Beförderung von Massen an Personen aber auch flexible und individualisierte Lösungen. Durch die digitale Transformation kommt es hier zu grundlegenden Änderungen im ÖV. So wird durch sie eine neue Dimension der Vernetzung hinsichtlich der von ihr umfassten Kundenanforderungen, der Marktsituation und internen Prozessen mit dem Kunden ermöglicht.¹⁶⁰

Dem ständig verfügbaren Internet und Smartphone kommt bei der digitalen Transformation des ÖVs eine besondere Bedeutung zu. Smartphones ermöglichen nicht nur die Verwendung als Informations- oder Ticketkanal, sondern auch das Sammeln von Daten und eine Vernetzung mit den Kunden. Dabei ermöglicht etwa die Geolokalisation neue Produktinnovationen. Ebenso können Kunden der VU über soziale Netzwerke erreicht werden. Schließlich erhalten VU durch das Tracking von Smartphones Informationen über sich ändernde Bedürfnisse von Kunden und dem Mobilitätsmarkt insgesamt.¹⁶¹ Wenn wir über das Thema Digitalisierung im ÖPNV sprechen, geht es somit um Themen wie Plattformökonomie,

157 Vgl. Ackermann, Die digitale Transformation des ÖPNV im Spannungsfeld von Politik und Start-ups, <https://ae-network.de/keynote-von-herr-dr-ackermann/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

158 Vgl. Höller, Wie der öffentliche Verkehr zukunftsfit wird, <https://vcoe.at/news/detail/s-wie-der-oeffentliche-verkehr-zukunftsfit-wird>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

159 Vgl. AustriaTech – Gesellschaft des Bundes für technologiepolitische Maßnahmen GmbH, Intelligente Mobilität durch Digitalisierung: Potenziale, die Bewegung reinbringen, <https://www.austriatech.at/de/digital/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

160 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich, Smart Services Band 3: Kundenperspektive – Mitarbeiterperspektive – Rechtsperspektive, Smart Services im öffentlichen Verkehr (2022), S. 517.

161 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich (2022), S. 518.

Big Data und KI.¹⁶² KI-Anwendungen kommen dabei beispielhaft in Bereichen wie Kundenservice, bei operativen bzw. technischen Prozessen, dem Sicherheitsmanagement und in der Wartung zum Einsatz.¹⁶³

Praktische Probleme des ÖPNV und Mikro-ÖV

Im Zusammenhang von On-Demand-Angeboten im Mikroverkehr lassen sich einige praktische Probleme identifizieren, die auch kontrovers medial thematisiert werden. In diesem Zusammenhang geht es zum Teil um ein Konkurrenzproblem zu bestehenden Mobilitätsangeboten ebenso wie um wirtschaftliche Überlegungen.

Gerade in den ländlichen, peripheren Umgebungen ergeben sich Umstände, unter denen der herkömmliche öffentliche Verkehr mit Blick auf finanziell verfügbare Ressourcen und das nachgefragte Qualitätsniveau an seine Grenzen stößt.¹⁶⁴ Häufig werden Bedarfsverkehrsfahrten von Subunternehmen aus dem Taxigewerbe erbracht. Im Fall von fahrplan- und linienweggebundenen Angeboten kann es vorkommen, dass diese sowohl Buchung als auch Disposition der Fahrt übernehmen.¹⁶⁵

Das Problem der Ineffizienz von klassischen Linienverkehren in Gebieten abseits urbaner Ballungsräume schafft für den Mikro-ÖV die Aufgabe, spezifisch in diesen ruralen Gegenden einen möglichst flexibel gelagerten ÖPNV zu etablieren.¹⁶⁶ Die Ineffizienz des ÖPNV betrifft hier nicht nur seine wirtschaftlichen Voraussetzungen, ebenso geht es um die ökologischen Komponenten, da auch der Einsatz großer Fahrzeuge nicht begründbare Umweltbelastungen mit sich bringt, denen der Mikro-ÖV gegenüber

162 Vgl. *Fuchs*, Wie die Digitalisierung den ÖPNV stärken kann, <https://background.tagesspiegel.de/mobilitaet/wie-die-digitalisierung-den-oepnv-staerken-kann>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

163 Vgl. *Voss/Vitols*, Digitaler Wandel und Sozialdialog im öffentlichen Personennahverkehr in Europa, Abschlussbericht (Juli 2020), S. 12.

164 Vgl. Leitfaden Mikro-ÖV Systeme für den Nahverkehr im ländlichen Raum – 1. Ausschreibung, Eine Förderaktion des Klima- und Energiefonds der österreichischen Bundesregierung, 2. Auflage Dezember 2011, S. 5.

165 Vgl. *Krummheuer/Pullig* in On-Demand-Mobilität zwischen Vision und Wirklichkeit in Nahverkehrs-Tage 2017, Digital und Disruptiv – Neue Daten und Methoden für einen kundengerechten ÖPNV, Schriftenreihe Verkehr, Heft 28, September 2017, S. 130.

166 Vgl. *Autengruber/Kahl*, Mikro-ÖV (2023), S. 46.

mit kleineren Fahrzeugen begegnen kann und so mit dem verfassungsrechtlichen Staatsziel des Umweltschutzes zusammengeht.¹⁶⁷

Wie eine Branchenumfrage des Verbandes Deutscher Verkehrsunternehmen (im Folgenden kurz: VDV) zeigt, hat das Thema der Finanzierung von On-Demand Verkehren eine große Relevanz. On-Demand-Verkehre sind häufig öffentlich geförderte Projekte und damit keine eigenwirtschaftlichen Verkehre. In Zukunft haben On-Demand-Verkehre zwar das Potenzial, den ÖPNV für ein breiteres Publikum attraktiv zu gestalten, das Thema der Finanzierung für einen wirtschaftlichen Betrieb wird aber aufrecht bleiben,¹⁶⁸ wobei Finanzierungsmodelle für verschiedene Mobilitätsangebote unterschiedlich sind.¹⁶⁹

Rechtliche Herausforderungen mit Mikro-ÖV-Angeboten

Zweifelsohne gibt es wie erwähnt bereits eine Reihe an verschiedenen Mikro-ÖV-Angeboten. Diese Tatsache lässt die Vermutung aufkommen, dass auch ihr rechtlicher Gestaltungs- bzw. Umsetzungsrahmen eindeutig bestimmt ist. Allerdings zeigt sich praktisch das Gegenteil. Verschiedene Mikro-ÖV-Angebote werden basierend auf verschiedenen rechtlichen Grundlagen etabliert, was eine Rechtssicherheit in vielerlei Hinsicht konterkariert. So sind etwa Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit der Bestellung von Mikro-ÖV-Angeboten strittig.¹⁷⁰

Übergeordnet kommt dem Thema Verkehr auf unionsrechtlicher Ebenen eine besondere Stellung zu. Der Art. 58 Abs. 1 AEUV¹⁷¹ normiert dabei, dass für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit im Zusammenhang mit dem Verkehr das Verkehrskapitel zur Anwendung kommt. Vielmehr findet sich eine Verlagerung auf das Sekundärrecht¹⁷². Demnach umfasst der Verkehrs-

167 Vgl. *Autengruber/Kahl*, Mikro-ÖV (2023), S. 46 – 47.

168 Vgl. VDV, On-Demand im ÖPNV, <https://www.vdv.de/ondemandumfrage22.aspx>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

169 Vgl. VCÖ, Sharing und neue Mobilitätsangebote, VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 3/2018, S. 32.

170 Vgl. *Kahl in Autengruber/Kahl*, Mobilitätswende, Verkehre unter dem Einfluss von Nachhaltigkeit und Digitalisierung (2023), S. 17.

171 Art. 58 Abs. 1 AEUV.

172 Eigene Anmerkung von *Autengruber/Kahl* in *Autengruber/Kahl*, Mikro-ÖV (2023), S. 30: Dies bedeutet, dass sich entsprechende Regelungen nicht unmittelbar in den Europäischen Verträgen befinden, sondern dass diese erst von den dafür zuständigen Organen der Europäischen Union nach dem hierfür vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren erlassen werden müssen.

begriff im Sinne einer Ausnahmebestimmung nicht nur Beförderungsleistungen, sondern auch solche Hilfsleistungen, die mit der zugrundeliegenden Verkehrsdienstleistung verbunden sind.¹⁷³ Mit Blick auf den Mikro-ÖV ist dies für den Fahrtablauf von Relevanz, da der EUGH festgestellt hat, dass auch Plattformen für eine Anmeldung eines Fahrtwunsches unter bestimmten Umständen als Verkehrsdienstleistung zu qualifizieren sind.¹⁷⁴ Solche Plattformen müssen allerdings konkret auf die Verkehrsdienstleistung ausgerichtet sein, eine reine Kontaktaufnahme mit dem jeweiligen Fahrdienst qualifiziert eine Plattform als Verkehrsdienstleistung nicht. Es geht hier ferner um eine Beurteilung im Einzelfall, also ob Plattform und Verkehrsdienstleistung miteinander untrennbar verbunden sind oder ob die Verkehrsdienstleistung auch ohne die jeweilige Plattform erbracht werden kann. Liegt letztere Denkvariante vor, ist die Leistung der Plattform als Informationsdienst zu qualifizieren.¹⁷⁵

Rechtliche Herausforderungen mit dem Vergaberecht

Auf der Ebene der Europäischen Union wurden in vergabrechtlicher Hinsicht dem Bieterschutz und dem Binnenmarkt hohe Prioritäten zuerkannt. Durch einen grenzüberschreitenden Wettbewerb sollte die Wettbewerbsstärke Europas insgesamt gestärkt werden.¹⁷⁶ Für die vergabrechtliche Betrachtung des ÖPNV sind die Richtlinie 2014/24/EU (Vergaberechtlinie 2014)¹⁷⁷ und die schon erwähnte PSO-VO relevant. Weitere Rechtsquellen im gemeinschaftsrechtlichen Kontext sind hier zudem die Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie 2014)¹⁷⁸ und die Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsrichtlinie)¹⁷⁹.

173 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 30.

174 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 30 – 31.

175 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 31.

176 Vgl. Wittig/Eichhorn in VDV-Akademie, Grundwissen Personenverkehr und Mobilität (2021), S. 170.

177 RICHTLINIE 2014/24/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94/65.

178 RICHTLINIE 2014/25/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94/243.

179 RICHTLINIE 2014/23/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1.

Im nationalen Recht sind hier das Bundesvergabegesetz 2018¹⁸⁰ als Rechtsakt zur Umsetzung der unionsrechtlichen Vergaberichtlinie 2014 und Sektorenrichtlinie 2014 und das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018¹⁸¹ zur Umsetzung der unionsrechtlichen Konzessionsrichtlinie die maßgeblichen Rechtsquellen.¹⁸² Dem Bundesvergabegesetz sind dabei alle Einrichtungen des öffentlichen Rechtes untergeordnet, die für die Wahrnehmung von Aufgaben nicht gewerblicher Art im Allgemeininteresse gegründet wurden, rechtsfähig sind und staatlichen Einflüssen unterliegen.¹⁸³

Nach § 3 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999 sind Verkehrsdiene *st*e eigenwirtschaftliche oder gemeinwirtschaftliche Dienstleistungen im öffentlichen Schienenpersonenverkehr oder im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (Kraftfahrlinienvverkehr).¹⁸⁴ Für diese Verkehrsdiene *st*e legt das ÖPNRV-G 1999 nach § 1¹⁸⁵ organisatorische und finanzielle Grundlagen für den Betrieb des ÖPNV fest. Dies beinhaltet sicherlich die Festlegung jener Stellen, die für die Bestellung von Verkehrsdiene *st*e zuständig sein sollen.¹⁸⁶

Gemäß § 5 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999 sind die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auf den Betrieb von öffentlichen Personennah- und Regionalverkehr zu Lande anzuwenden.¹⁸⁷ Dies umfasst jedenfalls die Bestellung von Kraftfahrlinienvverkehr.¹⁸⁸ Ungeachtet dessen findet sich dabei der Gedanke, dass alternative Betriebsformen für einen optimierten Personennah- und Regionalverkehr für dünn besiedelte Gebiete und Schwachlaufzeiten bedarfsoorientiert in Betracht gezogen werden sollen.¹⁸⁹ Nach § 5 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999¹⁹⁰ fällt die Bestellkompetenz alternativer Gelegenheitsverkehre, auch solcher, die den Kraftfahrlinienvverkehr ergänzen,¹⁹¹ unter das

180 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018 idF II Nr. 91/2019.

181 Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl. I Nr. 65/2018 idF I Nr. 100/2018.

182 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 89 – 90.

183 Vgl. WKO, Öffentliche und Sektorenaufraggeber im Vergaberecht, <https://www.wko.at/wirtschaftsrecht/oeffentliche-sektorenaufraggeber-vergaberecht>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

184 § 3 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999.

185 § 1 ÖPNRV-G 1999.

186 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 74.

187 § 5 Abs. 1 ÖPNRV-G 1999.

188 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 75.

189 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 217.

190 § 5 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999.

191 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 76.

ÖPNRV-G 1999, sofern diese für Zwecke des ÖPNRV erstellt werden. Somit können diese alternativen Gelegenheitsverkehre zwar den Regelungen des GelverkG entstammen, im Zusammenhang mit dem ÖPRNV aber an zusätzliche Anforderungen und Pflichten, die Taxiverkehre nach dem GelverkG nicht kennen, gebunden werden.¹⁹²

Das ÖPNRV-G 1999 ist jedenfalls grundlegend für die organisatorischen und finanziellen Verhältnisse des ÖPNRV und legt das aus gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben notwendige Bestellsystem für den ÖPNRV fest und überträgt den Abschluss von Verkehrsleistungsverträgen den Ländern und Gemeinden, die wiederum diese Kompetenz an Verkehrsverbundorganisationsgesellschaften übertragen können.¹⁹³ Nach § 13 ÖPNRV-G 1999 erfolgt der Abschluss von Verträgen über Verkehrsdiestleistungen im Personenregionalverkehr, die über das Angebot gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999¹⁹⁴ hinausgehen oder Angebotsverbesserungen im Kraftfahrliniенverkehr darstellen, unter Bedachtnahme der Bestimmungen in § 26 Abs. 3 ÖPNRV-G 1999¹⁹⁵ in den Aufgabenbereich der Länder und Gemeinden, wobei die budgetäre Bedeckung zu berücksichtigen ist.¹⁹⁶ Die Bestimmungen des § 13 ÖPNRV-G 1999 stehen in Verbindung mit den Aufgaben aus § 11 ÖPNRV-G 1999¹⁹⁷, wobei diese den Zielsetzungen der europäischen Verkehrspolitik und der Definition des Begriffs der Behörde nach der VO 1893/91¹⁹⁸ entsprechen.¹⁹⁹

Daraus kann letztendlich schlussgefolgert werden, dass eine Kraftfahrlinie ergänzende Gelegenheitsverkehre vom zuständigen Aufgabenträger bestellt werden dürfen. Hätte der Aufgabenträger keine Zuständigkeit für die Bestellung von Gelegenheitsverkehren, könnten diese nicht adäquat und schlüssig in das ÖPV-Angebot eingebaut werden.²⁰⁰

Ein vergaberechtliches Problem liegt augenscheinlich bereits in der Komplexität der Materie an sich. Sind es im Bereich des Mikro-ÖV professionelle Transportunternehmen, die letztlich operativ die Verkehrsdiest-

192 Vgl. *Autengruber/Kahl*, Mikro-ÖV (2023), S. 74.

193 Vgl. *Autengruber/Kahl*, Mikro-ÖV (2023), S. 75.

194 § 7 ÖPNRV-G 1999.

195 § 26 Abs. 3 ÖPNRV-G 1999.

196 § 13 ÖPNRV-G 1999.

197 § 11 ÖPNRV-G 1999.

198 VERORDNUNG (EWG) Nr. 1893/91 DES RATES vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffssverkehrs, ABl. Nr. L 169/1.

199 Vgl. *Grubmann/Punz/Vladar* (2014), S. 222.

200 Vgl. *Autengruber/Kahl*, Mikro-ÖV (2023), S. 76.

leistungen tätigen sollen, wird regelmäßig auch eine Ausschreibung dieser Dienstleistungen erforderlich sein. Mikro-ÖV Regionen und die Gemeinden auf ihrem Gebiet sollten sich hier Unterstützung von Personen mit entsprechender Expertise einholen. Die Verkehrsverbände mancher Bundesländer bieten hier Unterstützung für die Gemeinden an. Ebenso sind es Planungsbüros, die bei einer Beauftragung einer planerischen Konzeption für ein Mikro-ÖV-Angebot bei Fragen der Ausschreibung unterstützend wirken können.²⁰¹

Rechtliche Herausforderungen mit Bestellungen

Aufgrund der Tatsache, dass das KfLG keine Flächenkonzessionen, sondern eine strikte Linienbindung im Sinne einer Verkehrsverbindung²⁰² kennt, erscheint es schwierig, an den § 13 ÖPNRV-G 1999²⁰³ bei der Aufgabenträgerschaft anzuknüpfen. Zwar ermöglicht die bestehende Rechtslage alternative Betriebsformen, die gegenüber dem KfLG als *lex specialis*, aber nicht zur Umgehung dienen dürfen. Somit ist die Bestellung von Gelegenheitsverkehren ohne irgendeine bestehende Kraftfahrlinie in der Fläche problematisch, währenddessen solche Bestellungen von Gelegenheitsverkehren mit ergänzendem Charakter zulässig sind.²⁰⁴ Genau diese ergänzende und nicht konkurrierende Eigenschaft des Mikro-ÖV zum Liniенverkehr muss hier nach einer Empfehlung des VCÖ noch einmal hervorgehoben werden.²⁰⁵

Bezogen auf die Fläche erscheint es schwierig festzustellen, wo letztlich die Trennlinie zwischen linienunabhängigen alternativen Bedienungsformen und den an einen Linienweg gebundenen Kraftfahrlinien in ihrer Zulässigkeit zur Implementierung in das öffentliche Verkehrssystem als Ganzes rechtlich liegt. Der § 5 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999²⁰⁶ liefert dazu den Hinweis, dass Bestimmungen aus dem GelverkG 1996 nicht unter die Bestimmungen des ÖPNRV-G 1999 fallen, außer sie werden für Zwecke des

201 Vgl. Ausschreibungen und Vergabe: Was ist bei der Beauftragung von Verkehrsdiestleistungen zu beachten?, https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:Ausschreibungen_und_Vergabe, letzter Zugriff am 12.06.2024.

202 § 1 Abs. 1 KfLG.

203 § 13 ÖPNRV-G 1999.

204 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 77.

205 Vgl. VCÖ, Mikro-ÖV kann Mobilität in Gemeinden deutlich verbessern, VCÖ-Factsheet, S. 4.

206 § 5 Abs. 2 ÖPNRV-G 1999.

ÖPNRV eingerichtet, womit der Wille des Gesetzgebers gegeben scheint, dass alternative Betriebsformen in der Peripherie mit ihrem Ergänzungscharakter das Niveau des dort vorhandenen öffentlichen Verkehrsangebotes steigern sollen.²⁰⁷ Die Ergänzungsfunktion alternativer Betriebsformen ist aufbauend auf den vorangegangenen Überlegungen also eher weit als einschränkend auszulegen und kann für die Frage der Fläche auch einen vorhandenen Schienenverkehr miteinbeziehen und ist schließlich überregional und zur Versorgung von denkbar weiten ländlichen Regionen fähig, vorausgesetzt es kann an irgendeiner Stelle ein Konnex zu einer Kraftfahrlinie gezogen werden.²⁰⁸

Der eben erwähnte unbedingte Konnex zu einer Kraftfahrlinie erscheint für eine zukünftige und der Zeit angemessene Weiterentwicklung von alternativen Betriebsformen und Mikro-ÖV-Angeboten als ein Aspekt bei der Bestellung von Mikro-ÖV, die es in der Rechtsfortbildung durch den Gesetzgeber zu beseitigen gilt. Hier zeigt sich gut, wie sich das Aufkommen des Mikro-ÖV in eine Gesetzeslandschaft fügen muss, die in der Breite vorab dafür wohl nicht gedacht war. Ungeachtet der Tatsache, dass sich Verbindungen zu bestehenden Kraftfahrlinien auch in ruralen Gegenden in den meisten Fällen finden lassen werden, darf diese Voraussetzung einer auch nur weit hergeholt Verbindung zu solchen kein Hemmnis für den Mikro-ÖV werden. Denn sicherlich werden sich in der Weiterentwicklung der Mikro-ÖV-Angebote und Angebotsregionen, also Mikro-ÖV Regionen, finden, an denen eine autonome Entwicklung aufgrund der vorgefundenen Strukturen und Gegebenheiten möglich sein muss. Wie unter 2.1.3. erwähnt, kann eine Mikro-ÖV-Region eben nicht eindeutig geographisch definiert und eingegrenzt werden, vielmehr sind es die Angebote, die sie zu einer solchen machen. Und hier muss der Spielraum für Innovationen denkbar günstig sein.

Daten und Datenschutz im ÖPNV und Mikro-ÖV

Die Bezeichnung von Daten als „Öl bzw. Goldstaub“ des Zeitalters der Digitalisierung wird gerne unternommen. Tatsächlich sind Daten ein begehrtes Kernelement und Rohstoff für Veränderung und Innovation. Als Wirtschaftsgut kosten Daten Geld, um erhoben und gewonnen zu werden,

207 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 77.

208 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 77 – 78.

ebenso kosten deren sichere Aufbewahrung und Auswertung. Aus ihnen lassen sich Erkenntnisse generieren und damit wirtschaftliche Erträge. Sie sind aber auch sensibel und sicherheitsrelevant, weshalb Verkehrsverbünde und Unternehmen dazu angehalten sind, eine Datenstrategie zu entwerfen, die dem Wert der Daten im Sinne dessen, was aus ihnen letztlich erzeugt wird, gerecht wird.²⁰⁹

Für den Mobilitätssektor stellen Daten folglich sowohl einen kommerziellen als auch strategischen Wert dar, der durch die digitale Transformation noch weiter steigt.²¹⁰ Für VU bedeutet dies, dass durch neue Dienstleistungen, neue (digitale) Geschäftsmodelle bzw. Werbung neue Erträge generiert werden können. Erkenntnisse aus Daten und datenbasierten Werte lassen sich aber auch einsetzen, um im Bereich der Kostensenkung zu einer höheren Produktivität und einer höheren Kosteneffizienz zu gelangen. Auf der Kundenseite ergeben sich Vorteile für die Reisenden, da VU in die Lage versetzt werden, individualisierte Mobilitätslösungen anzubieten. Schließlich ermöglichen Daten und datenbasierte Werte den VU im Bereich der Produktion Markt- und Nachfrageanalysen, leichtere Planungen und damit eine höhere Flexibilität.²¹¹

Ziele der Datennutzung im ÖV allgemein bedeuten übergeordnet somit das Erreichen einer höheren Kundenzufriedenheit, eine Entwicklung bzw. Lenkung der Nachfrage, die Verbesserung von Pünktlichkeit sowie Regelmäßigkeit ebenso wie eine gesteigerte Wirtschaftlichkeit.²¹² Im Zusammenhang mit der Digitalisierung des ÖPNV ist aus datenschutzrechtlicher Sicht speziell für die Zukunft auch der Einsatz von Künstlicher Intelligenz zu berücksichtigen. Exemplarisch für damit einhergehende ethische, gesellschaftliche und rechtliche Fragestellungen sind hier beispielsweise der Einsatz von Gesichtserkennungstechnologien zur Identifizierung des Schwarzfahrens, wie es etwa in London getestet wird²¹³ oder der Videoüberwachung

209 Vgl. Ackermann in VDV, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020), S. 128.

210 Vgl. Weber-Wernz in VDV-Akademie, Grundwissen Personenverkehr und Mobilität (2021), S. 42.

211 Vgl. Daten haben monetären Wert für Unternehmen, Abb. 1.1 – 13: Der Wert der Daten für ÖV-Unternehmen, Quelle: VDV in Anlehnung an (UITP, 2018) in VDV-Akademie, Grundwissen Personenverkehr und Mobilität (2021), S. 43.

212 Vgl. Schmidt in Nutzung von Daten in der Angebots- und Betriebsplanung in Nahverkehrs-Tage 2017, Digital und Disruptiv – Neue Daten und Methoden für einen kundengerechten ÖPNV, Schriftreihe Verkehr, Heft 28, September 2017, S. 16.

213 Vgl. Kritik nach KI-Versuch in Londons U-Bahn, <https://orf.at/stories/3348219/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

im Allgemeinen zur Abschreckung von Straftaten, anhand derer der Spannungsbogen zwischen Sicherheit auf der einen und Persönlichkeitsrechten auf der anderen Seite²¹⁴ deutlich wird. Denn es ist auch das Sicherheitsempfinden der Reisenden, das für eine attraktive Wahrnehmung des ÖPNV bedeutend ist.²¹⁵

Die Europäische Union hat die Bereitstellung von Mobilitätsdaten in der Delegierten-Verordnung VO (EU) 2017/1926²¹⁶ geregelt. Im Anhang dieser Verordnung finden sich im Detail angeführte Datenkategorien, die dem nationalen Zugangspunkt für Verkehrs- und Mobilitätsdaten zur Verfügung gestellt werden müssen.²¹⁷ Diese nationalen Zugangspunkte sind nach Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2017/1926 als zentrale Anlaufstelle für die Nutzer einzurichten, um diesen einen Zugang zu den mindestens im Anhang zu dieser Verordnung genannten Verkehrsdaten entsprechend zu ermöglichen,²¹⁸ wobei auch zwei oder mehr Mitgliedsstaaten einen gemeinsamen Zugangspunkt einrichten können.²¹⁹ In Österreich ist die Zugangsstelle die mobilitaetsdaten.gv.at.-Plattform im Sinne des nationalen IVS-Gesetzes²²⁰. Auf dieser Plattform sind Informationen über Mobilitätsdaten von privaten und öffentlichen Datenhaltern gesammelt, die überblicksweise einen Datenzugang für Servicebetreiber ermöglichen.²²¹

Eine datenschutzrechtliche Kontroverse ergab sich im Zuge der Neufassung der PSI-Richtlinie RL (EU) 2019/1024²²², die in Österreich auf Bun-

214 Vgl. *Blume* in Der Nahverkehr, Videoschutzsystem gibt Sicherheit im ÖPNV, Heft 10/2023, S. 67.

215 Vgl. *Hempel/Vedder* in Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Subjektive Sicherheit im ÖPNV, 20. Jg., Heft 1, April 2011, S. 75.

216 DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) 2017/1926 DER KOMMISSION vom 31. Mai 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Bereitstellung EU-weiter multimodaler Reiseinformationsdienste, ABl. L 272/1.

217 Vgl. *Ackermann* in VDV, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020), S. 129 – 130.

218 Art. 3 Abs. 1 VO (EU) 2017/1926.

219 Art. 3 Abs. 5 VO (EU) 2017/1926.

220 Bundesgesetz über die Einführung intelligenter Verkehrssysteme im Straßenverkehr und deren Schnittstellen zu anderen Verkehrsträgern (IVS-Gesetz – IVS-G), BGBl. I Nr. 38/2013.

221 Vgl. AustriaTech – Gesellschaft des Bundes für technologiepolitische Maßnahmen GmbH, <https://mobilitaetsdaten.gv.at/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

222 RICHTLINIE (EU) 2019/1024 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), ABl. L 172/56.

desebene durch das Informationsweiterverwendungsgesetz 2022 – IWG 2022²²³ und auf Landesebene in Tirol durch das Informationsweiterverwendungsgesetz 2021 – TIWG 2021²²⁴ umgesetzt wurde. Ziel der PSI-Richtlinie ist es, unter anderem die Wettbewerbsfähigkeit der Europäischen Union zu stärken und Potenziale der digitalen Wirtschaft freizusetzen.²²⁵ Danach fallen unter die Kategorie Mobilitätsdaten beispielsweise Fahrpläne von öffentlichen Verkehrsmitteln sowohl auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene, Straßenarbeiten, Verkehrsinformationen usw.²²⁶ Datensätze im Bereich der Mobilität werden dabei in Anhang 1 der PSI-Richtlinie mit Verweis auf Art. 13 Abs. 1²²⁷ genannt.²²⁸ Der VDV vertritt dabei die Position, dass die Förderung der Digitalwirtschaft im Rahmen der PSI-Richtlinie nicht zu Lasten von Sektoren wie dem ÖPNV gehen soll.²²⁹ Eine verpflichtende Weitergabe von bereits geteilten Daten kann nach Meinung des VDV auch die Bereitschaft einer integrativen Datennutzung z.B. durch Verkehrsverbünde senken und damit der digitalen Transformation entgegenstehen.²³⁰

Wer über Datenschutz spricht, kommt nicht an der Datenschutzgrundverordnung (im Folgenden kurz: DSGVO)²³¹ vorbei. Sie ist mit 25.05.2018 in Kraft getreten und stellt auf gemeinschaftsrechtlicher und nationaler Ebene, damit auch in Österreich, die allgemeine datenschutzrechtliche

223 Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen, öffentlicher Unternehmen und von Forschungsdaten (Informationsweiterverwendungsgesetz 2022 – IWG 2022), BGBl. I Nr. 116/2022.

224 Gesetz über offene Daten und die Bereitstellung und Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (Tiroler Informationsweiterverwendungsgesetz 2021 – TIWG 2021), LGBl. Nr. 79/2015 idF Nr. 101/2021.

225 Vgl. *Semberger*, Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Task Force PSI und Open Data, 25.09.2019, S. 5.

226 Vgl. *Semberger*, Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Task Force PSI und Open Data, 25.09.2019, S. 14.

227 Art. 13 Abs. 1 RL (EU) 2019/1024.

228 Anhang 1 Z 6, RL (EU) 2019/1024.

229 Vgl. VDV, Positionspapier, Für einen fairen Austausch von Daten unter Berücksichtigung von Wettbewerb und Digitalisierung im Verkehrssektor, Juli 2018.

230 Vgl. Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Positionen und Diskussionsbedarf zur Umsetzung der Richtlinie über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (EU) 2019/1024, Ergebnisse des digitalen Fachworkshops am 20. & 28. April 2020.

231 VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1.

Grundlage dar. Während die DSGVO unmittelbar anwendbar ist, ergänzt das Datenschutzgesetz – DSG²³² diese nur.²³³ Auf dem Gebiet des ÖPNV bedeutet dies, dass beispielsweise Fahrgäste sowie Nutzerinnen und Nutzer von digitalen Mobilitätsanwendungen hinsichtlich der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten Betroffenenrechte nach Art. 12 ff. DSGVO²³⁴ geltend machen können.

Die Recherchen zu dieser Arbeit haben ergeben, dass der bestehende datenschutzrechtliche Rechtsrahmen für VU gerade in der Relation zu den Fahrgästen im Wesentlichen schlüssig und praxistauglich ist. Im Zusammenhang mit zunehmenden Open-Data-Beständen und dem Fortschreiten der Digitalisierung von der Meta-Ebene aus betrachtet, kann die (gemeinschaftsrechtliche) Entwicklung des Datenschutzrechtes auch den ÖPNV betreffend wohl als noch nicht abgeschlossen erfasst werden.

Mikro-ÖV im Bundesland Tirol

Im Bundesland Tirol gibt es gegenwärtig 36 Bedarfsverkehre in 60 Gemeinden. Diese Angebote werden zum Teil durch freiwilliges Fahrpersonal erbracht und sind stellenweise touristisch ausgelegt.²³⁵ Ebenso erfüllen einige dieser Bedarfsverkehre eine dem Mikro-ÖV charakteristisch zuordenbare Ergänzungsfunktion.

Der Bedarfsverkehr tritt in Tirol in verschiedener Form in Erscheinung. Bei 17 Modellen handelt es sich um ein Freiwilligensystem, fünf Modelle erfolgen im Rahmen der Beauftragung durch ein Transportunternehmen, vier Bedarfsverkehre werden vom Verkehrsverbund Tirol (im Folgenden kurz: VVT) als Anrufsammeltaxi betrieben, in drei Fällen handelt es sich um ein Citytaxi, Jugend- oder Seniorinnen und Seniorentaxi und zwei Bedarfsverkehre sind vom VVT als RegioFlink eingerichtet.²³⁶

232 Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG), BGBl. I Nr. 165/1999 idF I Nr. 2/2023.

233 Vgl. Österreichische Datenschutzbehörde, Datenschutzrecht in Österreich, <https://www.dsb.gv.at/recht-entscheidungen/gesetze-in-oesterreich.html>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

234 Art. 12 ff. DSGVO.

235 Vgl. Übersicht für Tirol, https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:%C3%9Cbersicht_f%C3%BCr_Tirol, letzter Zugriff am 12.06.2024.

236 Vgl. Bedarfsverkehr in Tirol, https://www.bedarfsverkehr.at/content/Bedarfsverkehr_in_Tirol, letzter Zugriff am 12.06.2024.

Der erste On-Demand-Service des VVT mit dem Namen „RegioFlink“ wurde vor zwei Jahren in der Gemeinde Wattens eingeführt, die durch die dezentrale Lage des Bahnhofes dort eine spezielle Grundgegebenheit aufweist. Aufgrund der Tatsache, dass sich die Zahl der Nutzenden hier positiv entwickelte, wurde dieses Modell bereits verlängert und wird nun mit einem E-Fahrzeug betrieben. Der zweite On-Demand-Service des VVT fährt im Reuttener Talkessel ebenfalls unter dem Namen „RegioFlink“ und hat sich dort genauso etablieren können, sodass im Jahr 2024 ein drittes derartiges Angebot in Jenbach folgen wird.²³⁷

Für den RegioFlink des VVT werden Unternehmen beauftragt, die zur Erbringung dieser Verkehrsdienstleistung über eine Taxikonzession verfügen müssen. Die Planung des Angebotes wird vom VVT in Kooperation mit der jeweiligen Gemeinde durchgeführt, ebenso fällt die Zuständigkeit der Ausschreibung der Verkehrsdiestleistung für den RegioFlink in die Sphäre des VVT.²³⁸

Aufgrund des Umstandes des Erfordernisses der Taxikonzession kommt hier die Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr – BO 1994²³⁹ zur Anwendung, die unter anderem notwendige Eigenschaften von im betreffenden Fahrdienst tätigen Personen hinsichtlich ihrer Ausbildung, ihrem Gesundheitszustand und ihrer Zuverlässigkeit regelt.²⁴⁰ Es geht für die Konzessionserteilung auch um einen Befähigungsnachweis, der in § 5 Abs. 5 und 5a²⁴¹ im Wege einer Bescheinigung die Ablegung von für das Gewerbe notwendigen Prüfungen für das jeweilige Gewerbe vorsieht.²⁴² Des Weiteren ermöglicht das GelverkG unter § 13 Abs. 4 den Landeshauptleuten im Interesse einer geordneten Gewerbeausübung und der die Leistungen in Anspruch nehmenden Personen weitere Vorschriften zu erlassen, die Verbote oder Beschränkungen des Auffahrens auf Standplätzen

237 Vgl. VVT, Mikro-ÖV auf dem Vormarsch – Regionflink in Tirol erfolgreich etabliert, <https://mobilitaetsverbuende.at/mikro-ov-auf-dem-vormarsch-regioflink-in-tirol-erfolgreich-establiert/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

238 VVT RegioFlink, https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:VVT_RegioFlink, letzter Zugriff am 12.06.2024.

239 Verordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr, mit der gewerbepolizeiliche Regelungen für die nichtlinienmäßige Beförderung von Personen mit Fahrzeugen des Straßenverkehrs getroffen werden (Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr – BO 1994), BGBl. Nr. 951/1993 idF II Nr. 408/2020.

240 § 1 Abs. 1 BO 1994.

241 § 5 Abs. 5 und 5a GelverkG.

242 Vgl. Watzdorf, Stand: Mai 2022, S. 94.

(§ 96 Abs. 4 StVO 1960)²⁴³ für Taxis, die mit Konzession auf einem Standort außerhalb ihrer Gemeinde eingesetzt werden, vorsehen können. Ebenso wie Vorschriften, welche die Reihenfolge des Auffahrens auf Standplätze bzw. die Entgegennahme der Fahrtaufträge via Standplatztelefon, Funk und Nachtdienst betreffen.²⁴⁴ In Tirol führte dies zu Tiroler Personenbeförderungs-Betriebsordnung 2020 – TPBBO 2020²⁴⁵.

Gibt es in einer Gemeinde Standplätze für Taxis im Sinne des § 96 Abs. 4 StVO 1960, so dürfen Taxis grundsätzlich²⁴⁶ nur auf diesen Plätzen auffahren.²⁴⁷ Die TPBBO 2020 legt dabei gemäß § 15 Auffahrbeschränkungen für Taxis fest.²⁴⁸ Konkret bedeutet dies, dass nach § 15 Abs. 1 TPBBO 2020 das Auffahren bzw. Bereithalten von Taxis nur an öffentlichen Orten innerhalb der Gemeinde mit dem Standort der Taxikonzession möglich ist. Ebenso beschränkt die Norm die Zahl der Kraftfahrzeuge auf die für den Standort mittels Konzession bewilligte Zahl an Kraftfahrzeugen und auf solche, die nach den Bestimmungen des GelverkG 1996 für den entsprechenden Standort im Verkehr zugelassen sind.²⁴⁹

Die Bestimmungen des genannten § 15 Abs. 1 TPBBO 2020 sind in der Praxis nicht eindeutig. Für Mikro-ÖV-Angebote stellt die Beschränkung des Auffahrens bzw. Bereithaltens in einer strikten Auslegung eine Schranke dar, wenn es zukünftig auch um gemeindeübergreifende Mikro-ÖV-Angebote in Tirol gehen könnte. Strittig ist hier der Begriff des Bereithaltens auch deshalb, da die Fahrtbuchung am Beispiel des RegioFlink digital über Smartphone bzw. alternativ über eine Telefonnummer erfolgt²⁵⁰ und somit nicht an einen physischen Ort gebunden ist. Neben der regulatorisch ferner zu vermeidenden unbedingten Bindung an eine Kraftfahrlinie, wie in 3.2.3. ausgeführt, sollte der Gesetzgeber die Beschränkung des Auffahrens bzw. Bereithaltens auf eine einzelne Gemeinde aufheben, jedenfalls dann,

243 § 96 Abs. 4 StVO 1960.

244 § 13 Abs. 4 GelverkG.

245 Verordnung des Landeshauptmannes vom 21. Dezember 2020, mit der nähere Bestimmungen über die Ausübung des Personenbeförderungsgewerbes mit Pkw – Taxi sowie des mit Personenkraftwagen ausgeübten Gästewagen-Gewerbes erlassen werden (Tiroler Personenbeförderungs-Betriebsordnung 2020 – TPBBO 2020), LGBl. Nr. 138/2020 idF VBl. Tirol Nr. II8/223.

246 Eigenen Anmerkung: Nach § 14 TPBBO 2020 sind Ausnahmen möglich.

247 § 14 Abs. 1 TPBBO 2020.

248 § 15 TPBBO 2020.

249 § 15 Abs. 1 TPBBO 2020.

250 Vgl. VVT, RegioFlink, <https://www.vvt.at/page.cfm?vpath=ueber-uns/unsere-leistungen/regioflink>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

wenn klar ersichtlich ist, dass die davon betroffene Verkehrsleistung eine Verkehrsleistung des ÖPNV darstellt und damit der Daseinsvorsorge zurechenbar ist. Eine autonome Entwicklung von an die Zeit angemessenen Mikro-ÖV-Angeboten sollte schließlich durch geographische Einschränkungen nicht gehemmt werden dürfen.

Mikro-ÖV als Konkurrenz zum Taxi-Verkehr am Beispiel RegioFlink

Der RegioFlink als ein Angebot des VVT stellt einen On-Demand-Service dar. Er fährt also nach Bedarf, und zwar in der Tiroler Gemeinde Wattens sowie im Talkessel Reutte und hier in den Gemeinden Breitenwang, Höfen, Lechaschau, Pflach, Reutte und Wängle. Dieses Angebot lässt sich über eine spezielle APP buchen. Über virtuelle Haltestellen mit einer Entfernung von ca. 200 Metern von einer Startadresse erfolgt dann der Zustieg bzw. können Fahrgäste mit einer Fahrt in dieselbe Richtung zum RegioFlink zusteigen.²⁵¹ Der RegioFlink fährt dabei unter einer Taxilizenz.²⁵² Die Taxibranche vertritt die Ansicht, dass hier ein Verkehrsträger einen Taxidienst anbietet, der in Konkurrenz zum regulären Taximarkt stünde, wobei der Markt für ein Nebeneinander von derartigen On-Demand-Services und gewöhnlichen Taxidiensten als zu klein angesehen wird und von letzteren ausreichend bedeckt werden könnte.²⁵³ In der Gemeinde Wattens mit ihren etwas mehr als 8.000 Einwohnern²⁵⁴ konnte festgestellt werden, dass etwa 150 Personen den dortigen RegioFlink überproportional nützen, indem er regelmäßig für die gleichen Zeiten und Strecken gebucht wird. Hier ergibt sich das Problem, dass durch diese regelmäßigen Vorbuchungen die Verfügbarkeit für andere Personen entsprechend reduziert wird. Laut der Gemeinde Wattens ist jede zweite gebuchte Fahrt eine geteilte Fahrt, die somit von mindestens zwei Personen in Anspruch genommen wird. Insgesamt käme das Angebot hier nicht nur den Einwohnerinnen und Einwohnern der Gemeinde selbst, sondern auch den Pendlerinnen und Pendlern zugute.²⁵⁵ Gemäß dem VVT

251 Vgl. VVT, RegioFlink, <https://www.vvt.at/page.cfm?vpath=ueber-uns/unsere-leistungen/regioflink>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

252 § 3 Abs. 1 Z 3. GelverkG.

253 Vgl. Zank um Dorftaxis des VVT, <https://tirol.orf.at/stories/3252818/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

254 Vgl. Amt der Tiroler Landesregierung, Wattens, <https://www.tirol.gv.at/gemeinden/gemeinde/70367/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

255 Vgl. Dähling in Tiroler Tageszeitung, Der RegioFlink dient manchen als Privattaxi, 12.04.2024.

würden allerdings 77 % der Vorbuchungen, bezogen auf den März 2024, in einem Zeitraum von 0–3 Stunden vor dem Fahrtwunsch gebucht. Der RegioFlink stellt zudem nach den Aussagen des VVT kein Ruf-Taxi dar, ist nicht privat und kann dort ein Angebot an öffentlicher Mobilität darstellen, wo für gewisse Gemeinden und Regionen Buslinien nicht finanziertbar und daher nicht umsetzbar sind.²⁵⁶ In der Gemeinde Jenbach wurde das Thema der Finanzierung für einen dort ab 1. November 2024 vorgesehenen RegioFlink ebenfalls thematisiert. Hier soll der RegioFlink ebenda eingesetzt werden, wo reguläre Busse aufgrund von engen Gassen und Kurvenradien nicht verkehren können.²⁵⁷ Insgesamt ist die Taxibranche ob der geplanten landesweiten Ausweitung von On-Demand-Systemen wie dem RegioFlink skeptisch, da ihrer Meinung nach die bestehende Dichte an Taxiunternehmen eine Ergänzung mit dem RegioFlink nicht notwendig macht.²⁵⁸

Lösungskonzepte und rechtliche Wege für den Mikro-ÖV

An dieser Stelle der Arbeit angekommen geht es darum, Möglichkeiten und Wege aufzuzeigen, wie sich der Mikro-ÖV in einem zeitgemäßen Format in Zukunft entwickeln kann und welche rechtlichen Lösungskonzepte es dafür gibt. Des Weiteren geht es um eine funktionelle Einordnung, was Mikro-ÖV-Systeme im Zusammenhang mit dem ÖPNV insgesamt, zukünftig, in welchem Umfang, auch unter der Perspektive der Digitalisierung, leisten können und sollen.

Rechtliche Ansätze für einen modernen Mikro-ÖV

In Gegenwart und Zukunft sollen alternative Bedienungsformen eine bedarfsgerechte Verkehrserschließung ermöglichen, wenn ein herkömmlicher ÖV nicht möglich ist. Dabei gilt der Grundsatz, dass den alternativen Bedienungsformen eine Ergänzungsfunktion zukommen soll und dass diese

256 Vgl. Ruf-Shuttle im Kreuzfeuer, VVT verteidigt RegioFlink, Taxler würden ihn gern abschaffen, <https://www.tt.com/artikel/30880333/vvt-verteidigt-regioflink-taxler-wuerden-ihn-gern-abschaffen>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

257 Vgl. *Dähling* in Tiroler Tageszeitung, 12.04.2024.

258 Vgl. Ruf-Shuttle im Kreuzfeuer, VVT verteidigt RegioFlink, Taxler würden ihn gern abschaffen, <https://www.tt.com/artikel/30880333/vvt-verteidigt-regioflink-taxler-wuerden-ihn-gern-abschaffen>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

gegenüber dem herkömmlichen ÖV nicht in einer Konkurrenzsituation auftreten.²⁵⁹

Bei der Schaffung rechtlicher Möglichkeiten für den Mikro-ÖV stellt sich erstmals die Frage, welche Verkehrsdiene unter dieser Denkweise im ÖPNV überhaupt gefördert werden sollen. Ebenso wie gegebenenfalls eine Ausgestaltung neuer Verkehrsdiene auf Basis einer dafür zu schaffenden rechtlichen Grundlage ausschauen soll.²⁶⁰ Der deutsche Gesetzgeber hat hier beispielsweise schon reagiert²⁶¹ und in seinem PBefG Linienbedarfsverkehrs²⁶² und gebündelte Bedarfsverkehrs²⁶³ aufgenommen.

Zunächst wird dazu im folgenden Kapitel 4.1.1. eine Bestandsaufnahme zur aktuellen Einordnung des ÖPNV und Mikro-ÖV in rechtlicher Hinsicht vorgenommen, ehe es in Kapitel 4.1.2. um einen konkreten Gesetzesvorschlag darüber geht.

Zuordnung des ÖPNV und Mikro-ÖV im bestehenden Recht

Um mögliche rechtliche Lösungsansätze im bestehenden nationalen Recht zu verstehen, wird hier noch einmal auf den vorhandenen Rechtsrahmen referenziert. Im nationalen Recht der Republik Österreich ist zunächst einmal die verfassungsrechtliche Kompetenzbestimmung zu identifizieren. Hier blicken wir zunächst in das B-VG²⁶⁴. Dabei verweisen die Art. 10 ff. B-VG auf eine Zuständigkeit hinsichtlich der Verteilung in der Gesetzgebung und der Vollziehung im hoheitlichen Bereich auf den Bund und die Länder. Für den ÖPNV und den Mikro-ÖV maßgebliche Gesetze sind namentlich das KflG²⁶⁵, das ÖPNRV-G 1999²⁶⁶ sowie das GelverkG^{267,268} wobei an das KflG aufgrund der Verordnungsermächtigung nach § 46 Abs. 1 Z 1

259 Vgl. Huber, BMK, Anforderungen an ein zeitgemäßes Kraftfahrlinienrecht, 20.04.2021, S. 13.

260 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 136.

261 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 129.

262 § 44 PBefG.

263 § 50 PBefG.

264 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 (WV) idF BGBl. I Nr. 194/1999 (DFB) idF I Nr. 47/2024.

265 Kraftfahrliniengesetz – KflG, BGBl. I Nr. 203/1999 idF I Nr. 203/2023.

266 Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 (ÖPNRV-G 1999), BGBl. I Nr. 59/2015.

267 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG), BGBl. I Nr. 18/2022.

268 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 47.

KfLG²⁶⁹ die Kraftfahrliniengesetz-Durchführungsverordnung – KfLG-DV²⁷⁰ gebunden ist.²⁷¹

Für das KfLG ist Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG²⁷² relevant für die Zuordnung als Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung unter dem Kompetenztatbestand von Angelegenheiten des Gewerbes.²⁷³ Der Gesetzgeber hat den ÖV und seine VU jedenfalls als eine Angelegenheit, die im öffentlichen Interesse liegt, betrachtet. Die so vorgegebene Bedeutung für die Daseinsvorsorge weist den funktionsfähigen ÖPNV der Verantwortung der Staatsverwaltung zu und legt somit das Ziel des Kraftfahrlinienrechts, nämlich der optimalen, nicht maximalen Versorgung der Bevölkerung mit Kraftfahrlinien fest.²⁷⁴

Für das ÖPNRV-G 1999 wiederum sind die Grundlagen der Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG²⁷⁵ und 9²⁷⁶ B-VG sowie Art. 17 B-VG²⁷⁷, das Finanz Verfassungsgesetz 1948²⁷⁸ sowie EU-Sekundärrecht.²⁷⁹ Insbesondere der Art. 10 Abs. 1 Z 9 B-VG mit dem Kompetenztatbestand des Verkehrswesens stützt das ÖPNRV-G 1999. Wichtig zu beachten ist hier, dass unter den Begriff der Eisenbahn auch Anschlussbahnen²⁸⁰, Straßenbahnen, Seilbahnen und Schwei-

269 § 46 Abs. 1 Z 1 KfLG.

270 Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die Durchführung des

Bundesgesetzes über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrliniengesetz) (Kraftfahrliniengesetz-Durchführungsverordnung – KfLG-DV), BGBl. II Nr. 45/2001.

271 Präambel/Promulgationsklausel KfLG-DV.

272 Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG.

273 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 47.

274 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 4.

275 Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG.

276 Art. 10 Abs. 1 Z 9 B-VG.

277 Art. 17 B-VG.

278 Bundesverfassungsgesetz über die Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Bund und den übrigen Gebietskörperschaften (Finanz-Verfassungsgesetz 1948 – F-VG 1948), BGBl. Nr. 45/1948 idF BGBl. I Nr. 194/1999 (DFB) idF I Nr. 51/2012.

279 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 47 -48.

280 Eigene Anmerkung: Dabei handelt es sich nach § 7 EisbG um Schienenbahnen, die den Verkehr eines einzelnen oder mehrerer Unternehmen mit Haupt- oder Nebenbahnen oder Straßenbahnen vermitteln und mit ihnen derart in unmittelbarer oder mittelbarer Verbindung stehen, dass ein Übergang von Schienenfahrzeugen stattfinden kann.

bebahnens²⁸¹ fallen. Diese können somit als ein Verkehrsmittel unter dem Begriff des ÖPNV subsummiert werden.²⁸² Das ÖPNRV-G 1999 soll einen eindeutigen Strukturrahmen für die Organisation und die Finanzierung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs vorgeben. Hier geht es auch darum, das Bestellerprinzip für Verträge über Verkehrsdienste als bei nicht eigenwirtschaftlich erbrachten Verkehrsdiensten zu forcieren und Finanzierungsmechanismen zu regeln, die für ein verbessertes ÖPNV-Angebot sorgen sollen.²⁸³

Zuletzt sind Art. 10 Abs. 1 Z 8 und 9 B-VG wiederum jene verfassungsrechtliche Grundlage, auf die auch das GelverkG aufbaut.²⁸⁴

KfLG, ÖPNRV-G 1999 und GelverkG sind für den Zweck der allgemeinen Versorgung mit öffentlichen Verkehrsangeboten miteinander verknüpft.²⁸⁵ Festgehalten werden kann zudem ebenso, dass es sich bei den drei im nationalen Recht entscheidenden Gesetzen für den ÖPNV und den Mikro-ÖV allesamt um Bundesgesetze mit der Zuständigkeit des Bundes bei Gesetzgebung und Vollziehung handelt. Diese Erkenntnis wird insofern noch bedeutend sein, als dass die Möglichkeit der Schaffung eines einheitlichen ÖPNV-Gesetzes oder eines Mikro-ÖV-Gesetzes daraus abgeleitet vermutlich ebenfalls in die Kompetenzzuständigkeit des Bundes fallen wird.

Mikro-ÖV-Gesetz

Wie die Bestandsaufnahme des gegenwärtigen Rechtsrahmens ergeben hat, ist dieser für die praktischen Entwicklungen im Mikro-ÖV nicht ausreichend.²⁸⁶ Der Gesetzgeber hat dies hierzulande grundsätzlich erkannt und erwähnt demgemäß den Mikro-ÖV und seine alternativen Verkehrsdienste im Regierungsprogramm 2020–2024. Darin ebenfalls enthalten ist eine Reform des ÖPNRV-G 1999 hinsichtlich verschiedener Finanzierungsaspekte und vor allem einer möglichen Neuorganisation.²⁸⁷ Diese Neuorganisation

281 Eigene Anmerkung: Dabei handelt es sich nach § 5 Abs. 1 Z 2 EisbG um eine Form einer straßenunabhängigen Bahn, die als Schienenfahrzeuge ausschließlich auf einem eigenen Bahnkörper verkehrt, vergleichsweise einer Hoch- oder Untergrundbahn.

282 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 48.

283 Vgl. Grubmann/Punz/Vladar (2014), S. 211 – 212.

284 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 48.

285 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 73.

286 Vgl. Rechtliches: Welche rechtlichen Rahmenbedingungen gibt es? <https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:Rechtliches>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

287 Vgl. Aus Verantwortung für Österreich., Regierungsprogramm 2020–2024, S. 86.

ist in Folge der Recherche zu dieser Arbeit allerdings bislang nicht umgesetzt worden. Ebenfalls erwähnt sind im Regierungsprogramm 2020–2024 Mikro-ÖV-Angebote als Ergänzung zu Bahn- und Kraftfahrlinien auf der letzten Meile²⁸⁸ und die gemeinwohlorientierte Absicherung solcher Mobilitätsdienste.²⁸⁹

In der Literatur ist die Schaffung eines vollumfänglichen Gesetzes für die öffentliche Personenbeförderung auf der Straße bereits diskutiert worden. Dies würde dabei auch als Signal verstanden werden, dem ÖPNV und damit dem Mikro-ÖV den ihm gebührenden Stellenwert einzuräumen²⁹⁰ und offene Regelungsfelder zu beseitigen.²⁹¹

Ein eigenständiges Mikro-ÖV-Gesetz könnte demgegenüber die Bedeutung des Mikro-ÖV und seiner neuen Bedien- bzw. Betriebsformen noch einmal im Besonderen akzentuieren und seine autonome Entwicklung gegenüber herkömmlichen öffentlichen Verkehrsdiensten ermöglichen, ohne dabei in seiner Ergänzungs-, Versorgungs- und Zubringerfunktion zu diesen in Konkurrenz zu treten. Des Weiteren könnte ein Mikro-ÖV Gesetz die Lücken der Legaldefinitionen für Mikro-ÖV-Verkehrsdienste und Mikro-ÖV-Regionen im Allgemeinen schließen und die Bestellung, den Betrieb und die Finanzierung seiner Angebote und Leistungen für die Zukunft sicherstellen und somit wiederum einen merklichen Beitrag zur Daseinsvorsorge der Menschen, speziell in ländlichen Regionen, leisten.

Mikro-ÖV im Kontext einer Mobilitätsgarantie

Unter Mobilitätsgarantie wird in Österreich die garantierte Sicherstellung einer flächendeckenden Mobilität ohne eigenes Auto mit Bus und Bahn an allen Orten verstanden.²⁹² Eine Mobilitätsgarantie schließt damit einerseits die Möglichkeit eines regelmäßigen und zuverlässigen Angebotes mit Bus

288 Eigene Anmerkung: Interessant ist hier die Erwähnung der, wenn auch im Gegensatz zur ersten relevanten, letzten Meile, nicht jedoch der ersten Meile selbst. Um konkret den Mikro-ÖV auch in seiner Zubringerfunktion zu unterstreichen wäre dies an dieser Stelle jedoch sinnvoll.

289 Vgl. Aus Verantwortung für Österreich., Regierungsprogramm 2020–2024, S. 87.

290 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 121.

291 Vgl. Autengruber/Kahl, Mikro-ÖV (2023), S. 122.

292 Vgl. Kosok/Rublack/Markus, Mobilitätsgarantie für Deutschland – Teil I (2023), S. 5 – 6. Hier S. 6, zitiert nach VCÖ (2022).

und Bahn über den ganzen Tag als auch flexible Bedienformen, wie On-Demand-Angebote, mit ein.²⁹³

Der VCÖ empfiehlt, für eine flächendeckende Mobilitätsgarantie Mikro-ÖV bzw. Zubringerdienste, Anrufsammeltaxis und Sharing-Angebote sowie gut erschlossene Geh- und Radwege miteinzuschließen.²⁹⁴

In Summe zeigt sich, dass von den wachsenden Angeboten an On-Demand-Verkehren neben Städten und suburbanen Räumen vor allem der ländliche Raum profitiert. Gerade in letzterem werden etwa schwach ausgelastete, regelmäßige Busfahrten auf kleinere Fahrzeuge im Rahmen eines On-Demand-Angebotes umgestellt. VU setzen zudem verstärkt auf ergänzende On-Demand-Angebote, wenn es um die Verknüpfung beispielsweise von Wohngebieten mit Stadt- und Regionalbahnstationen auf der letzten Meile geht.²⁹⁵

Im Kontext einer Mobilitätsgarantie ist es wichtig zu wissen, dass das KfLG bereits eine Betriebspflicht, wonach eine Kraftfahrlinie während ihrer gesamten Berechtigungsdauer vom Inhaber nach den Vorschreibungen der Berechtigung bzw. dem Fahrplan durchgehend betrieben werden muss²⁹⁶ sowie eine Beförderungspflicht²⁹⁷, kennt. Im GelverkG wird für die Ausübung des Personenbeförderungsgewerbes mit PKW (Taxi) bzw. des Gästewagen-Gewerbes mit PKW den Landeshauptleuten eine Verordnungsmöglichkeit zuerkannt, die eine Beförderungspflicht vorsehen kann,²⁹⁸ wobei diese in Tirol innerhalb des Landes für Fahrten bestimmt ist, die in der Standortgemeinde des Gewerbeinhabers ihren Ausgangspunkt haben,²⁹⁹ unterdessen Ausnahmen möglich sind.³⁰⁰

Eine Mobilitätsgarantie im Sinne eines Mindestangebots wird für den Mikro-ÖV gerade hinsichtlich seiner Betriebszeiten in Zukunft einer der maßgeblichen Faktoren sein, um seine Akzeptanz und Annahme für ein möglichst individuelles Angebot an potenziell Reisende sicherzustellen.

293 Vgl. Kosok/Rublack/Markus, Mobilitätsgarantie für Deutschland – Teil I (2023), S. 6.

294 Vgl. VCÖ, Mobilitätsgarantie flächendeckend umsetzen, <https://vcoe.at/publikationen/vcoe-factsheets/detail/mobilitaetsgarantie-flaechendeckend-umsetzen>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

295 Vgl. VDV, On-Demand im ÖPNV, <https://www.vdv.de/ondemandumfrage22.aspx>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

296 § 20 Abs. 1 Z 1 lit. f KfLG.

297 § 20 Abs. 1 Z 2 KfLG.

298 § 13 Abs. 3 GelverkG.

299 § 10 Abs. 1 TPBBO 2020.

300 § 10 Abs. 2 TPBBO 2020.

Funktionelle Einordnung des Mikro-ÖV

Für die Zukunft wird es wichtig sein, wie mit dem Zielkonflikt zwischen den Chancen, die Mobilität in unserem Leben eröffnet, und den Risiken, die sich aus der Abwicklung des Verkehrs ergeben, umgegangen wird. Es ist dabei keine Frage, dass wir weiterhin mobil sein werden, vielmehr geht es um die Art und Weise. Die Verkehrsnachfrage kann dabei mit Bedacht auf Umwelt und die wirtschaftliche Entwicklung durch den Einsatz technischer und organisatorischer Mittel bewältigt werden.³⁰¹

Auch die Europäische Kommission hat den Mikro-ÖV in seiner Ergänzungsfunktion bereits als bedeutungsvoll erkannt. Der Mikro-ÖV wird von ihr dabei in der Bekanntmachung der Kommission zu einem gut funktionierenden und nachhaltigen lokalen Bedarfsverkehr für die Personenbeförderung (Taxis und private Mietfahrzeuge)³⁰² als äußerst wichtig hinsichtlich der Integration von Bedarfsverkehren und Linienverkehren eingestuft. Der ÖPNV soll demnach durch den Mikro-ÖV auf der ersten und letzten Meile in dünn besiedelten Gebieten attrahiert werden und Mobilitätshindernisse auch auf kurzen Strecken beseitigen.³⁰³

Ein Ansatzpunkt in der Mobilitätsgestaltung der Zukunft liegt im ÖV und seiner Umgestaltung hin zu einem integrierten Tür-zu-Tür-Service. Dabei geht es einerseits um ein flächendeckendes ÖV-Serviceangebot in einer Mindestqualität³⁰⁴. Um Lücken in einem Mindestangebot zu schließen, kann einerseits das Linienverkehrsangebot ausgebaut werden, anderseits kann auch der Mikro-ÖV dafür sorgen, dass etwa die Erreichbarkeit von Haltestellen höherrangiger Verkehrsmittel, wie S-Bahnen, verbessert wird. Wichtig ist dabei die Schaffung attraktiver Betriebszeiten, die auch den Ansprüchen des Berufsverkehrs gerecht werden. Die Betriebszeiten müssen damit auch an Randzeiten und Wochenenden auf den höherrangigen ÖV angepasst sein. Um die Angebote für die Reisenden komfortabel zu

301 Vgl. *Frank* in Mobilität Grundbedürfnis des Menschen, Spektrum der Wissenschaft 6/1997, S 34.

302 MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION – EUROPÄISCHE KOMMISSION: Bekanntmachung der Kommission zu einem gut funktionierenden und nachhaltigen lokalen Bedarfsverkehr für die Personenbeförderung (Taxis und private Mietfahrzeuge), ABl. 2022/C 62/01.

303 Vgl. *Kahl* in *Autengruber/Kahl*, Mobilitätswende (2023), S. 17.

304 Eigene Anmerkung: Der Beitrag erwähnt hier die Güteklassen der ÖROK zur Ermittlung einer Mindestqualität.

gestalten, ist es wiederum notwendig, möglichst alle öffentlich zugänglichen Verkehrsmittel digital zu integrieren.³⁰⁵ Die Erreichbarkeit höherrangiger Verkehrsmittel lässt hier den Schluss zu, dass die Ergänzungsfunktion des Mikro-ÖV durchaus weit gedacht werden kann. Somit ist diese unter Umständen auch in städtischen Agglomerationen³⁰⁶ umsetzbar.

Da es in der Fläche regelmäßig um eine Mindestbedienung im Ergänzungsnetz³⁰⁷ geht, kann die Zubringerfunktion des Mikro-ÖV hier noch einmal unterstrichen werden. Durch diese Zubringerfunktion werden Mikro-ÖV-Systeme zu einem integralen Bestandteil des gesamten ÖV-Systems, was letztlich zu einer Erhöhung des Modal-Split³⁰⁸ in Richtung des ÖPNV führen kann. Ebenso kann der Mikro-ÖV in Gegenden mit schwacher Nachfrage eine Ersatzfunktion für herkömmliche Linienangebote, die aus wirtschaftlicher Sicht nicht zu argumentieren wären, leisten. Damit übt er auch eine Versorgungsfunktion aus, die der Sicherung der Daseinsvorsorge dient und die schlussfolgernd gerade in ländlichen Regionen Abwanderungstendenzen entgegenwirken kann, indem durch den Ausgleich vorhandener Defizite in der peripheren Mobilitätsversorgung durch den Mikro-ÖV etwa die Nachfrage von lokalen Versorgungseinrichtungen gestützt wird.³⁰⁹

Somit erfüllt der Mikro-ÖV verschiedenen Funktionen, die allesamt als Bündel unter Aspekten wie dem demographischen Wandel oder Änderungen in der Raumordnung und Siedlungsstruktur in den nächsten Jahrzehnten sicherlich eine noch stärkere Berücksichtigung finden werden.

Digitaler ÖPNV und Mikro-ÖV

Das Smartphone als zukünftige Mobilitätszentrale wurde in der Branche schon vor einigen Jahren erkannt.³¹⁰ Damit einher ging die Feststellung,

305 Vgl. Slupetzky in ÖZV extra, Erster Review Mobilität 2020, Sonderausgabe 2/2024, S. 6 – 7.

306 Vgl. Heineberg, Stadtgeographie, 6. Auflage (2022), S. 58.

307 Vgl. Dorsch (2019), S. 35.

308 Vgl. VDV, Modal Split, <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Modal-Split>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

309 Vgl. BMK, Definition und Funktionen, https://www.bmk.gv.at/themen/mobilitaet/alternative_verkehrskonzepte/mikrooev/definition.html, letzter Zugriff am 12.06.2024.

310 Vgl. Ackermann, Der Einfluss der Digitalisierung auf den ÖPNV der Zukunft, ÖVG-Tagung am 14.01.2016 in Linz, S. 8.

dass Services umfassend digital, mobil und in Echtzeit für die individuelle Kundschaft zur Verfügung stehen müssen. Dabei kommt es bei der Eroberung von Märkten auch auf die Geschwindigkeit an, in der VU Lösungen für den Kunden entwickeln können. Dem Besitz von Daten der Kundschaft wird hier eine zentrale Bedeutung zuordenbar sein, denn über die Bereitstellung gegenwärtiger Mobilitätsangebote wird sich zeigen, wohin die Kundschaft gehen wird. Es wird zudem eine gemeinsame Anstrengung von Aufgabenträgern, VU und der ÖV-Branche erfordern, Mobilitätsplattformen langfristig zur Verfügung zu stellen, um die Menschen zu erreichen.³¹¹

Während integrierte Mobilität im Forschungsbereich bereits funktioniert, gibt es im praktischen Alltag noch genug Potenzial für Servicegestaltung von Mobilitätsplattformen. Einige Apps sind bereits in der Lage, multimodale Routingvorschläge über den ÖV hinaus z.B. mit Sharing-Angeboten oder den Mikro-ÖV miteinzubeziehen, Buchungen und Bezahlvorgänge müssen dennoch oftmals noch im Einzelnen entlang der Reisekette bei der Nutzung verschiedener Verkehrsmittel getätigter werden.³¹²

Indes ist die technologische bzw. digitale Spielwiese der Gegenwart und sicher auch der Zukunft im Verkehrswesen äußerst bunt. So setzten beispielsweise die ÖBB bereits auf Drohnen, um als erstes europäisches Bahnunternehmen auf diesem Wege Streckeninspektionen durchzuführen,³¹³ in Luxemburg werden Investitionen getätigter, um öffentliche Verkehrsmittel mit Sensoren auszustatten, die laufend deren Auslastung analysieren und die Reisende über das Internet abrufen können,³¹⁴ und schließlich wird in Tirol mittels neuartiger Datenerhebung und Analyse über Kamerasysteme, WiFi bzw. Mobilfunk versucht, Fahrgastströme zu ermitteln und in eine schlüssige Angebotsplanung einfließen zu lassen,³¹⁵ von der Digitalisierung

311 Vgl. Ackermann, Der Einfluss der Digitalisierung auf den ÖPNV der Zukunft, ÖVG-Tagung am 14.01.2016 in Linz, S. 16.

312 Vgl. Slupetzky in ÖZV, Themenschwerpunkt Mobilität 2050, Roadmap zum Umbau des Verkehrssystems, Ausgabe 2/2021, S. 15.

313 Vgl. ÖBB: Drohnengaragen ersparen künftig tausende Minuten Verspätung, <https://presse-oebb.at/news-oebb-drohnengaragen-ersparen-kuenftig-tausende-minuten-verspaetung?id=189940&menuid=27024&l=Deutsch>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

314 Vgl. Renner, Das großmütige Großherzogtum, https://www.wienerzeitung.at/a/das-grossmuetige-grossherzogtum?utm_source=pocket-newtab-de-de, letzter Zugriff am 12.06.2024.

315 Vgl. Öffis sollen die Bedürfnisse besser erfüllen, <https://tirol.orf.at/stories/3231351/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

des ÖPNV als ein wesentlicher Schritt zu einem ÖPNV mit autonomen Fahrzeugen³¹⁶ ganz zu schweigen.

Es hat sich in der Branche bereits gezeigt, dass neue digitale Angebote, wie On-Demand-Ridepooling³¹⁷, funktionieren und von den Reisenden gut angenommen werden. Derartige Angebote können helfen, die Verkehrswende zu bewältigen und den ÖPNV weiterzuentwickeln. Autonome, dynamische und flexible Verkehre werden als On-Demand-Angebote sowohl im urbanen als auch ruralen Bereich Teil des Nahverkehrs werden.³¹⁸ Es ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass den potenziell Reisenden ein flexibles, komfortables und verlässliches Angebot gemacht werden muss, um eine brauchbare Alternative zum MIV herzustellen, was letztliche eine gesamt-politische und gesellschaftliche Aufgabe darstellt. Personen, die den PKW als präferiertes Verkehrsmittel für sich benützen, werden so zur neuen Zielgruppe des ÖPNV³¹⁹ und damit auch des Mikro-ÖV.

Nicht vergessen werden darf in einer global vernetzten Welt unserer Zeit, dass auch Social Media einen Einfluss auf die Kommunikation in der Branche hat. Die über Social-Media-Kanäle neu geschaffenen Möglichkeiten zu kommunizieren und Informationen auszutauschen, stellen für VU durchaus Problemfelder dar.³²⁰ Gerade der Marketingbereich der VU kann hier aber zum Profiteur werden, da Informationen und Inhalte auf verschiedenste Art und Weise dargestellt werden können und den VU ein Storytelling ermöglichen.³²¹ Gefragt sind hier die Fähigkeiten von Social-Media-Managern, um das Potenzial von Social Media, nämlich auch die Aufmerksamkeit der Menschen auf die VU zu lenken, auszuschöpfen.³²²

Es kann angenommen werden, dass technologische bzw. digitale Entwicklungen den ÖPNV, ferner den Mikro-ÖV, weiterhin und noch mehr als bisher betreffen und gestalten werden. Hier können kleine und auto-

316 Vgl. Ackermann, Der Einfluss der Digitalisierung auf den ÖPNV der Zukunft, ÖVG-Tagung am 14.01.2016 in Linz, S. 33.

317 Eigene Anmerkung: Das Teilen einer Fahrt bzw. eines Verkehrsmittel auf digitalem Weg. Konzepte können hier fließend sein und anderen Gelegenheitsverkehrsangeboten ähneln.

318 Vgl. Nohroudi in VDV, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020), S. 174.

319 Vgl. Nohroudi in VDV, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020), S. 176.

320 Vgl. Heger-Mehnert in VDV, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020), S. 356.

321 Vgl. Heger-Mehnert in VDV (2020), S. 359.

322 Vgl. Heger-Mehnert in VDV (2020), S. 360.

nom fahrende Shuttlebusse den ländlichen Raum an den höherrangigen Massenverkehr anbinden und die Flexibilität des ÖPNV auch im Sinne der MaaS unterstreichen.³²³ Dabei wird hier die klassische Haltestelle von virtuellen Haltestellen zunehmend abgelöst werden,³²⁴ wobei die Festlegung von Haltestellen im regionalen Verkehrsbereich durch die dispersen Besiedlungsstrukturen einen Mittelweg bei der Berücksichtigung der Durchgangsverkehrs-, Quell- und Zielverkehrsinteressen notwendig macht.³²⁵ Gerade Möglichkeiten für eine gezielte Angebotserstellung und die genannten autonomen Fahrzeuge als eine langfristige Perspektive werden also im Mikro-ÖV Einzug halten und diesem ermöglichen, auf ein neues Servicelevel zu gelangen.

Schlussbetrachtung

Im letzten Teil dieser Arbeit geht es noch einmal darum, einen Überblick über die gewonnenen Erkenntnisse zu bekommen und in die Zukunft zu schauen. Gehen wir dafür zunächst zurück an den Ausgangspunkt und betrachten erneut eine typische Woche in unserem Lebensalltag. Dieses Mal stellen wir uns eine Woche aus dem Lebensalltag von vor 15 Jahren und eine Woche aus dem Lebensalltag von heute vor. Unsere Mobilitätsbedürfnisse sind wahrscheinlich auf unsere Lebenssituation angepasst, aber haben sich nicht grundlegend geändert. Eine Änderung wird sich vielleicht in der Verkehrsmittelwahl zeigen, mit Blick auf den ÖPV/ÖPNV, sicher aber in der Art und Weise, wie wir diesen nutzen. Im Vergleichszeitraum sind wir durch die mittlerweile als selbstverständlich erscheinende Omnipräsenz von Smartphones wesentlich umfangreicher mit Informationen versorgt. Der Fahrplanfolder in Papierform tritt in seiner Bedeutung zurück, Abfahrten haben wir bereits im Vorfeld ganz im Sinne der MaaS über eine APP abgerufen, womit die Fahrplanauskunft eine Wandlung³²⁶ erlebt. Info-Screens in Bussen, Bahnen und an Haltestellen verkürzen die

323 Vgl. *Hahn/Pakusch/Stevens* in HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik – Die Zukunft der Bushaltestelle vor dem Hintergrund von Mobility-as-a-Service – Eine qualitative Betrachtung des öffentlichen Personennahverkehrs in Deutschland, Volume 57, 04.02.2020, S. 360.

324 Vgl. *Hahn/Pakusch/Stevens*, 04.02.2020, S. 362.

325 Vgl. Arten und Lage von Zugangsstellen zum Regionalverkehr, <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/409024/>, letzter Zugriff am 12.06.2024.

326 Vgl. *Ackermann* in *Bruhn/Hadwich* (2022), S. 518.

Reisezeit, der erste und vor allem letzte Teile einer Reise mit dem lokalen Shuttleservice werden bequem bereits tags zuvor bestellt oder mit dem E-Scooter zurückgelegt. Nicht nur auf dieser individuellen Ebene, auch im gesamtgesellschaftlichen und politischen Spektrum haben sich Veränderungen und die Betrachtungsweise auf den gesamten ÖV verändert. Attraktive Tarifangebote verbunden mit flächendeckenden Angeboten, auch und gerade im Mikro-ÖV, bewegen immer mehr Menschen zu einem Umstieg vom MIV auf öffentliche Verkehrsmittel. Die Digitalisierung hat Vereinfachungen und Möglichkeiten mit sich gebracht, deren Ende noch nicht absehbar ist. Während der ÖPNV in Städten und noch mehr am Land vor 15 Jahren politisch nicht in der Form wie heute im Mittelpunkt stand, haben übergeordnete Themen wie die Klimakrise und die Erreichung der mit ihr in Verbindung stehenden Mobilitätswende als ein ihr zuzuordnender Lösungsbestandteil³²⁷ zu einem Umdenken geführt, die öffentlichen Verkehrsangebote im Nah- wie im Fernbereich einen ganz neuen Stellenwert in der Daseinsvorsorge³²⁸ verliehen haben. Ohne die zunehmende Digitalisierung wäre diese Entwicklung sicher nicht in der Form verlaufen, insbesondere der Mikro-ÖV hat bekanntlich dadurch profitiert. Die Schaffung neuer und der Zeit angemessener öffentlicher Personennahverkehrssysteme ist somit eine im Laufen befindliche Tatsache mit großer Dynamik.

Zusammenfassung

Wie wir gesehen haben, umfasst der Begriff des ÖPNV rechtlich zunächst einmal Verkehrsdienste, die in einem städtischen Raum und dessen Umland angeboten werden, während der Personenregionalverkehr rechtlich Verkehrsdienste in ländlichen Regionen meint. Bei der Definition bedienen sich die Staaten des DACH-Raumes verschiedener Herangehensweisen, wobei ÖPNV in der Praxis letztlich jene öffentlichen Verkehrsdienste bezeichnet, die Menschen in ihrem Alltag zur Befriedigung ihrer Mobilitätsbedürfnisse in einem geographischen Nahebereich nützen. Der Mikro-ÖV als Teil des ÖPNV bezieht sich schließlich auf ein kleinräumiges Umfeld vor allem in der Peripherie, kann in seiner Kleinräumigkeit allerdings auch den ÖPNV in städtischen Verdichtungsräumen unterstützen. Die Begriffe Bedarfsverkehr (on-demand) bzw. Gelegenheitsverkehr werden für den

327 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich (2022), S. 517.

328 Vgl. Ackermann in Bruhn/Hadwich (2020), S. 446.

Mikro-ÖV oft synonym verwendet. Bedarfsverkehre (on-demand) können indes als Mikro-ÖV-Angebote eingeordnet werden, die tatsächlich nur auf Abruf zur Verfügung stehen, Gelegenheitsverkehre denken den Mikro-ÖV dagegen in Richtung seiner rechtlichen Erscheinung.

Die Digitalisierung hat in den letzten Jahrzehnten nahezu alle Lebensbereiche des Menschen erfasst und übt damit ebenso Einfluss auf die Entwicklung des ÖPNV bzw. des Mikro-ÖV aus. Die daraus massiv entstehenden Datensätze und Datenflüsse erfordern eine datenschutzrechtliche Sensibilität in der Verkehrsbranche und stellen Gesellschaft und Politik insgesamt vor neue Herausforderungen. On-Demand-Angebote im Mikro-ÖV sind ohne bestimmte digitale Errungenschaften, wie dem Smartphone, gar nicht denkbar. Digitale Prozesse bringen den VU neue Möglichkeiten in der Fahrgaststromanalyse, der Angebotsplanung und führen schließlich zur MaaS, die den Reisenden die Nutzung von ÖPNV-Angeboten als individuelle, mit dem Smartphone organisierbare Dienstleistung erscheinen lässt.

Für den Mikro-ÖV ergeben sich in der Realität rechtliche Fragestellungen zu seiner grundsätzlichen Einordnung ebenso, wie dazu, wenn es um seine Bestellung bzw. das Vergaberecht geht. Vielfach fahren Mikro-ÖV-Angebote nach dem GelverkG unter einer Taxikonzession und den damit einhergehenden Rechtsfolgen. Da eine Flächenkonzession im KflG nicht vorgesehen ist, kommt Mikro-ÖV-Angeboten nach dem GelverkG eine Ergänzungsfunktion zu, die nach herrschender Meinung allerdings eine, wenn auch nur ferne, Verbindung zu einer Kraftfahrlinie benötigt, und die gegenwärtig eine vollständig autonome Entwicklung von Mikro-ÖV-Angeboten in dafür potenziell in Frage kommenden Mikro-ÖV-Regionen verunmöglicht. Die praktische Anlehnung an den Taxiverkehr kann zu einem Konflikt mit dem originären Taxibetrieb führen, regional unterschiedliche Betriebsordnungen zeigen einzelne und für den Mikro-ÖV hemmende Bestimmungen, wie die TPBBO in Tirol mit Blick auf die Begriffe des Auffahrens und Bereithaltens mit räumlicher Beschränkung zeigt.

Die Forschungsfrage kann somit dahingehend beantwortet werden, dass die gegenwärtig in Österreich bzw. Tirol zur Verfügung stehende Rechtslage die Einrichtung und den Betrieb von Mikro-ÖV-Angeboten grundsätzlich ermöglicht, für eine autonome Entwicklung von der Zeit angemessenen Mikro-ÖV-Angeboten in der Zukunft unter Bedachtnahme auf veränderte Mobilitätsbedürfnisse und der damit einhergehenden Verkehrswende insgesamt allerdings unbefriedigend ist. Ein eigenes Mikro-ÖV Gesetz, das den Begriff des Mikro-ÖV, seine flächenmäßige Einordnung, Bestellung, Betrieb und Finanzierung klar regelt, kann hier Abhilfe schaffen und ist

eine vordringliche Aufgabe für den Gesetzgeber, um die Leistungsfähigkeit öffentlicher Verkehrsdiene st insgesamt zu verbessern und ihnen einen der Zeit angemessenen Stellenwert für die Gesellschaft zuerkennen zu lassen. Ungeachtet dessen ist eine moderne Servicegestaltung durch die Chancen und Möglichkeiten der Digitalisierung für den ÖPNV bzw. den Mikro-ÖV unter einer datenschutzrechtlichen Betrachtung realisierbar und kann den mit öffentlichen Verkehrsangeboten Reisenden schon jetzt ein individualisiertes Erlebnis im Sinne der MaaS bieten. Mikro-ÖV-Angebote sind schließlich dazu geeignet, eine Angebotsform im ÖPNV darzustellen, die diesen in seiner herkömmlichen Form des Linienbetriebes durch ihre hervorzuhebende Ergänzungsfunktion, speziell in ländlichen Regionen, einen deutlich attraktiveren Stellenwert verleihen. Abgesehen davon, dass liniengebundene Angebote auch in Zukunft einen Großteil des ÖPNV ausmachen werden, ist der Mikro-ÖV sicherlich in der Lage, als unverzichtbarer Bestandteil des ÖPNV in für ihn geeigneten Mikro-ÖV-Regionen zu bestehen.

Ausblick

Die Entwicklungen des ÖPNV und seiner digitalen bzw. rechtlichen Ausgestaltung in den nächsten zehn Jahren werden entscheidend sein, wie nachhaltig und wirkungsvoll dieser für die Mobilitätswende bestim mend sein wird. Die Realität zeigt bereits unaufhaltsame technische Trends in Bereichen wie der E-Mobilität oder dem autonomen Fahren, ein verändertes Denken in der Politik hin zu mehr Nachhaltigkeit und damit verbunden auf verschiedenen politischen und rechtlichen Ebenen Bemühungen einen der Zeit angemessenen Rechtsrahmen zu schaffen. Der Gesetzgeber wird dabei den Verlauf digitaler und anderer technischer Innovationen im Verkehrsbereich im Blick behalten müssen, um die für den ÖV/ÖPNV und besonders für den Mikro-ÖV maßgebliche Normenlandschaft so auszuge stalten, dass dieser im Wettbewerb um die bessere Wahl des Verkehrsmittels gegenüber dem MIV erfolgreich konkurrieren und somit einen wichtigen Beitrag für ökologische und sozioökonomische Ziele im Verkehrswesen leisten kann. Denn natürlich bietet auch der MIV nach wie vor ein attraktives Umfeld für Investitionen in Forschung und Entwicklung für die Industrie. Politisch ambitionierte Ziele, wie das der Klimaneutralität, sprechen zunächst einmal für eine zukünftige Gewichtsverlagerung hin zu mehr öffentlichen Verkehrsangeboten, die Lobbystärke im Umfeld des MIV darf

hier allerdings keinesfalls unterschätzt werden. Somit wird das Bestreben für eine fortlaufende Modernisierung der öffentlichen Verkehrsinfrastruktur, der darauf aufliegenden Verkehrsmittel und den öffentlichen, überdies grenzüberschreitenden Verkehrssystemen in deren Gesamtheit samt ihrer rechtlichen Ausgestaltung zur bestimmenden Zielgröße Top-Down für den gemeinschaftsrechtlichen Gesetzgeber der Europäischen Union, der nationalen und föderalen Gesetzgeber der einzelnen Staaten und subnationalen Entitäten bis hin zu den lokalen Senaten in Städten und Gemeinden. Mit der Schaffung eines einheitlichen ÖPNV-Gesetzes bzw. dem in dieser Arbeit vorgeschlagenen Ansatzes eines Mikro-ÖV-Gesetzes könnte die Politik hierzulande einen wesentlichen Schritt zu diesem modernen und dem Zeitgeist angemessenen Rechtsrahmen unternehmen. Dies würde nicht nur die Beantwortung von noch offenen Rechtsfragen im Mikro-ÖV ermöglichen, sondern auch ein Statement setzen, das dem ÖV/ÖPNV eine klare und prioritäre Richtung hin zu einem Mehr an flächendeckenden und zeitlich flexiblen Angeboten für die Zukunft vorgibt. Eine so vorgegebene Richtung wiederum ermöglicht einen belebenden Horizont für die Erstellung digitaler Services und Dienstleistungen im öffentlichen Verkehrsbereich, die letztlich allen Reisenden eine adäquate Mobilität in einer vernetzten Welt ermöglicht.

Literaturverzeichnis

Kommentare, Monographien und Sammelwerke

- Autengruber/Kahl*, Mobilitätswende, Verkehre unter dem Einfluss von Nachhaltigkeit und Digitalisierung (2023)
- Autengruber/Kahl*, Rechtliche Umsetzungs- und Gestaltungsmöglichkeiten bei der Bestellung von Mikro-ÖV (2023)
- Bruhn/Hadwich*, Automatisierung und Personalisierung von Dienstleistungen, Konzepte – Kundeninteraktionen – Geschäftsmodelle, Band 1 (2020)
- Bruhn/Hadwich*, Smart Services Band 3: Kundenperspektive – Mitarbeiterperspektive – Rechtsperspektive (2022)
- Ceder*, Public Transit Planning and Operation, Modeling, Practise and Behaviour, Second Edition (2016)
- Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer*, Einführung in die Verkehrssystemplanung (2004/2010)
- Cerwenka/Hauger/Hörl/Klamer*, Handbuch der Verkehrssystemplanung (2007)
- Dander/Bettinger/Ferraro/Leineweber/Rummel*, Digitalisierung – Subjekt – Bildung: Kritische Betrachtungen der digitalen Transformation (2020)

- Dorsch*, Öffentlicher Personennahverkehr, Grundlagen und 25 Fallstudien mit Lösungen (2019)
- Groche/Thiemer*, Handbuch für den öffentlichen Personen- Nahverkehr, ÖPNV (1980)
- Grubmann/Punz/Vladar*, Personenbeförderungsrecht – Straße (2014)
- Heineberg*, Stadtgeographie, 6. Auflage (2022)
- Lachmayer/Derosier*, Rechtsqualität der Auslegungsleitlinien der Kommission zur PSO-Verordnung, Rechtswissenschaftliches Fachgutachten (2023)
- Leeser*, Digitalisierung in KMU kompakt, Compliance und IT-Security (2020)
- Linden*, Dr. Gablers Verkehrs-Lexikon (1966)
- Reinhardt*, Öffentlicher Personennahverkehr, Technik – rechts- und betriebswirtschaftliche Grundlagen, 2. Auflage (2018)
- Riener/Appel/Dorner/Huber/Kolb/Wagner*, Autonome Shuttlebusse im ÖPNV, Analysen und Bewertungen zum Fallbeispiel Bad Birnbach aus technischer, gesellschaftlicher und planerischer Sicht (2020)
- Schnieder*, Betriebsplanung im öffentlichen Personennahverkehr, Ziele, Methoden, Konzepte, 2. Auflage (2018)
- Schulz*, Verkehr und Tourismus: Ein Studienbuch in Fallbeispielen (2012)
- VDV*, Digitale Transformation des ÖPNV, Chancen, Lösungen und Herausforderungen für die Branche (2020)
- VDV-Akademie*, Grundwissen Personenverkehr und Mobilität (2021)
- Watzdorf*, Berufsrecht Gewerbeordnung 1994, Stand: Mai 2022
- T. Zerres/M. Zerres*, Europäisches Wirtschaftsrecht, Eine Darstellung des Rechts der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung der Grundfreiheiten als Rahmenbedingung eines marktorientierten Managements deutscher Unternehmen (2015)

Artikel und Beiträge aus Fachzeitschriften und Printmedien

- Blume* in Der Nahverkehr, Videoschutzsystem gibt Sicherheit im ÖPNV, Heft 10/2023
- Dähling* in Tiroler Tageszeitung, Der RegioFlink dient manchen als Privattaxi, 12.04.2024
- Frank* in Mobilität Grundbedürfnis des Menschen, Spektrum der Wissenschaft 6/1997
- Hahn/Pakusch/Stevens* in HMD Praxis der Wirtschaftsinformatik – Die Zukunft der Bushaltestelle vor dem Hintergrund von Mobility-as-a-Service – Eine qualitative Betrachtung des öffentlichen Personennahverkehrs in Deutschland, Volume 57, 04.02.2020
- Hempel/Vedder* in Technikfolgenabschätzung – Theorie und Praxis, Subjektive Sicherheit im ÖPNV, 20. Jg., Heft 1, April 2011
- Krummheuer/Pullig* in On-Demand-Mobilität zwischen Vision und Wirklichkeit in Nahverkehrs – Tage 2017, Digital und Disruptiv – Neue Daten und Methoden für einen kundengerechten ÖPNV, Schriftenreihe Verkehr, Heft 28, September 2017

Leitfaden Mikro-ÖV Systeme für den Nahverkehr im ländlichen Raum – 1. Ausschreibung, Eine Förderaktion des Klima- und Energiefonds der österreichischen Bundesregierung, 2. Auflage Dezember 2011

Schmidt in Nutzung von Daten in der Angebots- und Betriebsplanung in Nahverkehr-Tage 2017, Digital und Disruptiv – Neue Daten und Methoden für einen kundengerechten ÖPNV, Schriftreihe Verkehr, Heft 28, September 2017

Schulze in Der Nahverkehr, ÖPNV-Ausbau: Finanzierungsmodelle und strategische Kommunikation von Anfang an verzahnen, Heft 10/2023

Slupetzky in ÖZV extra, Erster Review Mobilität 2020, Sonderausgabe 2/2024

Slupetzky in ÖZV, Themenschwerpunkt Mobilität 2050, Roadmap zum Umbau des Verkehrssystems, Ausgabe 2/2021

Strobl in Tiroler Tageszeitung, Beilage Magazin, Wann kommt der nächste Bus?, 31.03.2024.

VCÖ-Factsheet, Mikro-ÖV kann Mobilität in Gemeinden deutlich verbessern

VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 2/2023, Bessere Mobilität für die Regionen

VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 3/2018, Sharing und neue Mobilitätsangebote

VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 3/2021, Öffentlicher Verkehr – Mobilität und Klimaschutz

VCÖ-Schriftenreihe „Mobilität mit Zukunft“, 4/2017, Transformation von Mobilität und Transport unterstützen

Analysen, Präsentationen und Studien

Ackermann, Der Einfluss der Digitalisierung auf den ÖPNV der Zukunft, ÖVG-Tagung am 14.01.2016 in Linz

Aus Verantwortung für Österreich., Regierungsprogramm 2020–2024

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, Positionen und Diskussionsbedarf zur Umsetzung der Richtlinie über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (EU) 2019/1024, Ergebnisse des digitalen Fachworkshops am 20. & 28. April 2020

Huber, BMK, Anforderungen an ein zeitgemäßes Kraftfahrlinienrecht, 20.04.2021

Kosok/Rublack/Markus, Mobilitätsgarantie für Deutschland – Teil I, Ausgangslage und Praxisbeispiele für eine bundesweit garantierte Grundversorgung mit Bus und Bahn, Agora Verkehrswende (2023)

Kosok/Rublack/Markus, Mobilitätsgarantie für Deutschland – Teil II, Ausgangslage und Praxisbeispiele für eine bundesweit garantierte Grundversorgung mit Bus und Bahn, Agora Verkehrswende (2023)

Semberger, Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Task Force PSI und Open Data, 25.09.2019

VDV, Positionspapier, Für einen fairen Austausch von Daten unter Berücksichtigung von Wettbewerb und Digitalisierung im Verkehrssektor, Juli 2018

Voss/Vitols, Digitaler Wandel und Sozialdialog im öffentlichen Personennahverkehr in Europa, Abschlussbericht (Juli 2020)

WKO, wkoanalyse, Mobilität – Ein Grundbedürfnis für Wirtschaft und Gesellschaft, 08.05.2018

Onlinequellenverzeichnis

Arten und Lage von Zugangsstellen zum Regionalverkehr: <https://www.forschungsinformationssystem.de/servlet/is/409024/>

Ausschreibungen und Vergabe: Was ist bei der Beauftragung von Verkehrsdiestleistungen zu beachten?: https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:Ausschreibungen_und_Vergabe

AustriaTech – Gesellschaft des Bundes für technologiepolitische Maßnahmen GmbH: <https://mobilitaetsdaten.gv.at/>

Bedarfsverkehr in Tirol: https://www.bedarfsverkehr.at/content/Bedarfsverkehr_in_Tirol

Bedarfsverkehre („Mikro-ÖV“): <https://www.bedarfsverkehr.at/content/Hauptseite>

Bedienungsstandard: <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Bedienungsstandard>

Das großmütige Großherzogtum: https://www.wienerzeitung.at/a/das-grossmuetige-grossherzogtum?utm_source=pocket-newtab-de-de

Datenschutzrecht in Österreich: <https://www.dsbs.gv.at/recht-entscheidungen/gesetze-in-oesterreich.html>

Definition und Funktionen: https://www.bmk.gv.at/themen/mobilitaet/alternative_verkehrskonzepte/mikrooev/definition.html

Die digitale Transformation des ÖPNV im Spannungsfeld von Politik und Start-ups: <https://ae-network.de/keynote-von-herr-dr-ackermann/>

Intelligente Mobilität durch Digitalisierung: Potenziale, die Bewegung reinbringen: <https://www.austriatech.at/de/digital>

Intelligente Verkehrssysteme (IVS): https://www.bmk.gv.at/themen/mobilitaet/alternative_verkehrskonzepte/telematik_ivs.html

Kritik nach KI-Versuch in Londons U-Bahn: <https://orf.at/stories/3348219/>

Mikro-ÖV auf dem Vormarsch – Regionflink in Tirol erfolgreich etabliert: <https://mobilitaetsverbuende.at/mikro-ov-auf-dem-vormarsch-regioflink-in-tirol-erfolgreich-establiert/>

Mobilität im ländlichen Raum: <https://www.vdv.de/mobilitaet-im-laendlichen-raum-staerken.aspx>

Mobilitätsgarantie flächendeckend umsetzen: <https://vcoe.at/publikationen/vcoe-factshheets/detail/mobilitaetsgarantie-flaechendeckend-umsetzen>

Modal Split: <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Modal-Split>

ÖBB: Drohnengaragen ersparen künftig tausende Minuten Verspätung: <https://presse-oebb.at/news-oebb-drohnengaragen-ersparen-kuenftig-tausende-minuten-verspaetung?id=189940&menueid=27024&l=Deutsch>

Öffentliche und Sektorenauftraggeber im Vergaberecht: <https://www.wko.at/wirtschaftsrecht/oeffentliche-sektorenauftraggeber-vergaberecht>

Öffis sollen die Bedürfnisse besser erfüllen: <https://tirol.orf.at/stories/3231351>

On-Demand im ÖPNV: <https://www.vdv.de/ondemandumfrage22.aspx>

On-Demand mobility: <https://www.uitp.org/topics/on-demand-mobility/>

Qualität: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/qualitaet-45908>

Rechtliches: Welche rechtlichen Rahmenbedingungen gibt es?: <https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:Rechtliches>

RegioFlink: <https://www.vvt.at/page.cfm?vpPath=ueber-uns/unsere-leistungen/regioflink>

Ruf-Shuttle im Kreuzfeuer, VVT verteidigt RegioFlink, Taxler würden ihn gern abschaffen: <https://www.tt.com/artikel/30880333/vvt-verteidigt-regioflink-taxler-wuerden-ihn-gern-abschaffen>

Übersicht für Tirol: https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:%C3%9Cbersicht_f%C3%BCr_BCr_Tirol

VCÖ: Fast jede 2. Gemeinde in Österreich unzureichend mit Öffentlichem Verkehr versorgt: <https://vcoe.at/presse/presseaussendungen/detail/vcoe-fast-jede-2-gemeinde-in-oesterreich-unzureichend-mit-oeffentlichem-verkehr-versorgt>

Verkehr – Sicherer, nachhaltiger und vernetzter Verkehr: https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/actions-topic/transport_de

Verkehrsmittel: <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Verkehrsmittel>

Verkehrsträger: <https://www.mobi-wissen.de/Verkehr/Verkehrstr%C3%A4ger>

VVT RegioFlink: https://www.bedarfsverkehr.at/content/Handbuch:VVT_RegioFlink

Wattens: <https://www.tirol.gv.at/gemeinden/gemeinde/70367/>

Wie der öffentliche Verkehr zukunftsfit wird: <https://vcoe.at/news/details/wie-der-oeffentliche-verkehr-zukunftsfit-wird>

Wie die Digitalisierung den ÖPNV stärken kann: <https://background.tagesspiegel.de/mobile/wie-die-digitalisierung-den-oepnv-staerken-kann>

Zank um Dorftaxis: <https://tirol.orf.at/stories/3252818/>

Rechtsquellenverzeichnis

Rechtsquellen – Österreich

Bundesgesetz über die Einführung intelligenter Verkehrssysteme im Straßenverkehr und deren Schnittstellen zu anderen Verkehrsträgern (IVS-Gesetz – IVS-G), BGBl. I Nr. 38/2013

Bundesgesetz über die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern mit Kraftfahrzeugen (Güterbeförderungsgesetz 1995 – GütbefG), BGBl. Nr. 593/1995 (WV) idF I Nr. 18/2022

Bundesgesetz über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Kraftfahrliniengesetz – KfLG), BGBl. I Nr. 203/1999 idF I Nr. 203/2023

Bundesgesetz über die nichtlinienmäßige gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 – GelverkG), BGBl. Nr. 112/1996 (WV) idF I Nr. 18/2022

Bundesgesetz über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (*Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgegesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999*), BGBl. I Nr. 204/1999 idF I Nr. 59/2015

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (*Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018*), BGBl. I Nr. 65/2018 idF II Nr. 91/2019

Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (*Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018*), BGBl. I Nr. 65/2018 idF I Nr. 100/2018

Bundesgesetz über die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen, öffentlicher Unternehmen und von Forschungsdaten (*Informationsweiterverwendungsgesetz 2022 – IWG 2022*), BGBl. I Nr. 116/2022

Bundesgesetz über Eisenbahnen, Schienenfahrzeuge auf Eisenbahnen und den Verkehr auf Eisenbahnen (*Eisenbahngesetz 1957 – EisbG*), BGBl. Nr. 60/1957 idF I Nr. 231/2021

Bundesgesetz vom 6. Juli 1960, mit dem Vorschriften über die Straßenpolizei erlassen werden (*Straßenverkehrsordnung 1960 – StVO 1960*), BGBl. Nr. 159/1960 idF I Nr. 52/2024

Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (*Datenschutzgesetz – DSG*), BGBl. I Nr. 165/1999 idF I Nr. 2/2023

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 (WV) idF BGBl. I Nr. 194/1999 (DFB) idF I Nr. 47/2024

Bundesverfassungsgesetz über die Regelung der finanziellen Beziehungen zwischen dem Bund und den übrigen Gebietskörperschaften (*Finanz-Verfassungsgesetz 1948 – F-VG 1948*), BGBl. Nr. 45/1948 idF BGBl. I Nr. 194/1999 (DFB) idF I Nr. 51/2012

Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 (WV) idF I Nr. 56/2024

Verordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr über den Zugang zum mit Kraftfahrzeugen betriebenen Personenbeförderungsgewerbe (*Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr – BZP-VO*), BGBl. Nr. 889/1994 idF II Nr. 459/2010

Verordnung des Bundesministers für öffentliche Wirtschaft und Verkehr, mit der gewerbepolizeiliche Regelungen für die nichtlinienmäßige Beförderung von Personen mit Fahrzeugen des Straßenverkehrs getroffen werden (*Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr – BO 1994*), BGBl. Nr. 951/1993 idF II Nr. 408/2020

Verordnung des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie über die Durchführung des Bundesgesetzes über die linienmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (*Kraftfahrliniengesetz*) (*Kraftfahrliniengesetz-Durchführungsverordnung – KflG-DV*), BGBl. II Nr. 45/2001

Rechtsquellen – Tirol

Gesetz über offene Daten und die Bereitstellung und Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen (*Tiroler Informationsweiterverwendungsgesetz 2021 – TIWG 2021*), LGBl. Nr. 79/2015 idF Nr. 101/2021

Verordnung des Landeshauptmannes vom 21. Dezember 2020, mit der nähere Bestimmungen über die Ausübung des Personenbeförderungsgewerbes mit Pkw – Taxi sowie des mit Personenkraftwagen ausgeübten Gästewagen-Gewerbes erlassen werden (*Tiroler Personenbeförderungs-Betriebsordnung 2020 – TPBBO 2020*), LGBl. Nr. 138/2020 idF VBl. Tirol Nr. 118/223

Rechtsquellen – Deutschland

Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das zuletzt durch Artikel 7 Absatz 4 des Gesetzes vom 11. April 2024 (BGBl. 2024 I Nr. 119) geändert worden ist

Rechtsquellen – Schweiz

Bundesgesetz über die Personenbeförderung (*Personenbeförderungsgesetz, PBG*) vom 20. März 2009 (Stand am 1. September 2023)

Rechtsquellen – Europäische Union

DELEGIERTE VERORDNUNG (EU) 2017/1926 DER KOMMISSION vom 31. Mai 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Bereitstellung EU-weiter multimodaler Reiseinformationsdienste, ABl. L 272/1

MITTEILUNGEN DER ORGANE, EINRICHTUNGEN UND SONSTIGEN STELLEN DER EUROPÄISCHEN UNION – EUROPÄISCHE KOMMISSION: Bekanntmachung der Kommission zu einem gut funktionierenden und nachhaltigen lokalen Bedarfsverkehr für die Personenbeförderung (Taxis und private Mietfahrzeuge), ABl. L 2022/C 62/01

RICHTLINIE (EU) 2019/1024 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 20. Juni 2019 über offene Daten und die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (Neufassung), ABl. L 172/56

RICHTLINIE 2014/23/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94/1

RICHTLINIE 2014/24/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94/65

RICHTLINIE 2014/25/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94/243

VERORDNUNG (EG) Nr. 1073/2009 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 21. Oktober 2009 über gemeinsame Regeln für den Zugang zum grenzüberschreitenden Personenkraftverkehrsmarkt und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 561/2006 (Neufassung), ABl. L 300/88

VERORDNUNG (EG) Nr. 1370/2007 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315/1

Regulatorische Herausforderungen des öffentlichen Personennahverkehrs

VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1

VERORDNUNG (EWG) Nr. 1893/91 DES RATES vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl. Nr. L 169/1

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Konsolidierte Fassung), ABl. C 202/1