



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Peter Merk

Zurückweisungsrecht des Altschuldners
bei der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB?

Andor Bischof

Das neue Gesellschaftsregister für
Gesellschaften bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG

Gereon Schuster

Die Legitimation der Haftungsbeschränkung
im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern
mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Amelie Hofmeister

Rechtliche Grundprobleme der Weiterverwendung
von Behandlungsdaten zu Forschungszwecken

Karl-Friedrich Stephan

Die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes
im Verhältnis zur „normativen Kraft des Faktischen“

REZENSIONEN

Garry Konrath

Buchrezension: Prof. Dr. Eric Wagner, Dr. Moritz Holm-Hadulla
und Dr. Marc Ruttloff, Metaverse und Recht

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Andreas Warchal, Patrick Seyfried, Luise Carla Hamsch
Ressortleitung StudZR-WissOn: Elias Sieger, Faustyna Gonka

Lara Achenza	Julia Göbes	Carolin Reh
Alice Ballach	Deren Göral	Viola Sauter
Alina Beckmann	Philipp Heye	Monika Schröder
Emma Bury	Anna Huber	Winnie Schubert
Tim Buchholz	Johanna Kerscher	Fabian Schulz
Franziska Burkhard	Rose Knöchlein	Josefine Schütz
Bozheng Chen	Henrik-Hugo Kohlhas	Emma Sendler
Andra Cristea	Sarah Löffler	Silas Stegert
Rafaela Da Cunha	Oskar Luong	Adrian Trinter
Alec Daudert	Khaled-Ismail Madi	Leonard Wagner
Jonas Fischer	Melina Meding	Johanna Wiegand
Maximilian Funk		Anna Zitt

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Jens Bülte	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker	Prof. Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Volker Erb	Prof. Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Stefan Geibel, Maître en droit	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy
Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess	Prof. Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cambridge)
Prof. Dr. Holger P. Hestermeyer	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Sebastian Unger
Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)	Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Stephan Kirste	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)	Dr. Rumiana Yotova, LL.M. (Leiden)
Prof. Dr. Christian Laue	

Ehemalige Chefredaktionsmitglieder:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal, Benedikt Bien, Johannes Tegel, Lina Rees, Amelie Berz, Leo Krause-Wichmann, Fabienne Schlachter, Patricia Sugg, Huy Lan Tran, Stella Elmentaler, Moritz Barth, Julia Bierlein

Vorstand des StudZR e. V.:

Johannes Tegel, Stella Elmentaler, Fabienne Schlachter

StudZR-WissOn 1/2024

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

1. Ausgabe des Jahres 2024

Erschienen im Juli 2024

Seiten 1 bis 163

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2024.1

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

www.studzr.de

E-Mail: vereinsvorstand@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2024, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Peter Merk

Zurückweisungsrecht des Altschuldners bei der
Schuldübernahme gemäß § 414 BGB? 1

Andor Bischof

Das neue Gesellschaftsregister für Gesellschaften bürgerlichen
Rechts nach dem MoPeG 28

Gereon Schuster

Die Legitimation der Haftungsbeschränkung im faktischen
AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer
GmbH-Tochter im Alleinbesitz 54

Amelie Hofmeister

Rechtliche Grundprobleme der Weiterverwendung von
Behandlungsdaten zu Forschungszwecken 95

Karl-Friedrich Stephan

Die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes im
Verhältnis zur „normativen Kraft des Faktischen“ 123

Rezensionen

Garry Konrath

Buchrezension: Prof. Dr. Eric Wagner, Dr. Moritz Holm-Hadulla
und Dr. Marc Ruttloff, Metaverse und Recht 151

Peter Merk*

Zurückweisungsrecht des Altschuldners bei der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB?

Abstract

Eine Schuldübernahme nach § 414 BGB erfolgt durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer ohne Mitwirkung des Altschuldners. Darin wird ein Widerspruch zu dem als Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner konzipierten Erlass gemäß § 397 BGB erblickt, der es gebietet, dem Altschuldner bei der gläubigervertraglichen Schuldübernahme ein Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB zuzubilligen. Der folgende Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, ob dieser vermeintliche Widerspruch tatsächlich besteht. Nachdem diese Frage aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen für den befreiten Schuldner verneint wird, soll aufgezeigt werden, weshalb der Verzicht auf eine Beteiligung des Altschuldners an der gläubigervertraglichen Schuldübernahme stringent ist. Abschließend wird auf die konstruktiven Schwierigkeiten einer Analogie zu § 333 BGB hingewiesen.

* Der Verfasser studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag beruht auf einer im Wintersemester 2022/23 im Rahmen des Seminars „Relativität der Schuldverhältnisse“ bei Prof. Dr. Thomas Lobinger verfassten Seminararbeit.

A. Einführung

Der Wortlaut des § 414 BGB legt den Schluss nahe, dass ein entgegenstehender Wille des Altschuldners für eine gläubigervertragliche Schuldübernahme unbeachtlich sei.¹ Schließlich bedarf es zur Übernahme einer Schuld gemäß § 414 BGB keiner positiven Mitwirkung des Altschuldners in Form einer vertraglichen Einverständniserklärung.² Dieses Mitwirkungsdefizit erscheint zunächst vor dem Hintergrund der Überlegung, dass der Schuldner regelmäßig ein Interesse an der Befreiung von der ihn belastenden Schuld hat, kaum beachtlich.³ Ein derartiges Interesse dürfte indes bei einem Beamten fehlen, der sich Korruptionsvorwürfen ausgesetzt sieht, weil ein mit ihm in dienstlicher Verbindung stehender Behördenlieferant eine Darlehensschuld des Beamten im Wege des § 414 BGB übernahm.⁴ Auch kann es einem volljährigen Sohn missfallen, wenn dessen verhasster Vater mit dem Gläubiger des Sohns eine befreiende Schuldübernahme vereinbart, um die Familienehre zu retten, nachdem sich die erhebliche Verschuldung des Sohns herumgesprochen hat. Schließlich wird dadurch der Eindruck erweckt, dass der Sohn zu einer selbständigen Lebensführung nicht imstande ist.⁵ Ebenso wenig Zustimmung zu einer Schuldübernahme wird bei einem Unternehmer zu finden sein, dessen Gläubiger eine befreiende Schuldübernahme mit einem anderen Unternehmer vereinbart hat, falls zu erwarten ist, dass in Folge der Bewirkung der Leistung zukünftige Aufträge gewonnen werden können.⁶ Der Wille des Altschuldners kann also bisweilen auch auf den Erhalt seiner Schuldnerstellung gerichtet sein.⁷ Insbesondere bei Verpflichtungen, die nicht auf die Leistung von Geld beschränkt sind, kann das Interesse des Altschuldners an der Erbringung der Leistung über den Vorteil,

¹ *Hirsch*, Die Anfechtung der Schuldübernahme, ihre Voraussetzungen und Wirkungen, Bemerkungen zum Urteil des BGH vom 8.12.59 – VIII ZR 134/58, JR 1960, 291 (292); *Kreße*, in: NK-BGB II, 4. Aufl. 2021, § 414 Rn. 3.

² *Dörner*, Dynamische Relativität, Der Übergang vertraglicher Rechte und Pflichten, 1985, S. 130; *Wurm*, Der Gläubiger- und Schuldnerwechsel im reformierten französischen Recht, Eine Betrachtung aus nationaler und europäischer Perspektive, 2020, S. 142.

³ *Leible*, Die Schuldübernahme, in: GS Unberath, 2015, S. 269 (276).

⁴ *Hirsch* (Fn. 1), S. 292; kritisch *Kleinschmidt*, Der Verzicht im Schuldrecht, Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht, 2004, S. 290.

⁵ *Weimar*, Befreiende Schul- und Bürgschaftsübernahme ohne den Willen des Schuldners, JR 1972, 285 (285).

⁶ *Bar/Clive*, Principles, definitions and model rules of European private law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition 2009, S. 1089.

⁷ *Hirsch* (Fn. 1), S. 292; *Dörner* (Fn. 2), S. 130 f.

den ihm die vereinbarte Gegenleistung vermittelt, hinausgehen.⁸ Allerdings enthält das Gesetz kein ausdrücklich geregeltes Recht, mit dem sich der Altschuldner gegen die Befreiung von seiner Schuld durch eine gläubigervertragliche Schuldübernahme zur Wehr setzen könnte.⁹ Ein solches Recht könnte sich jedoch aus einer Analogie zu § 333 BGB ergeben.¹⁰ Daher soll in diesem Beitrag untersucht werden, ob dem Altschuldner im Falle einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB ein Zurückweisungsrecht in analoger Anwendung des § 333 BGB zuzubilligen ist.

B. Zurückweisungsrecht des Altschuldners bei der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB?

In direkter Anwendung gewährt § 333 BGB dem Dritten, der ein Forderungsrecht nach § 328 ff. BGB ohne eigenes Zutun erworben hat, ein Zurückweisungsrecht.¹¹ Die Zurückweisung lässt das Forderungsrecht *ex tunc* als nicht erworben gelten.¹² Eine unmittelbare Anwendung des § 333 BGB auf die Schuldübernahme gemäß § 414 BGB verbietet sich, da die gläubigervertragliche Schuldübernahme keinen Vertrag zugunsten Dritter darstellt.¹³ Um dem Altschuldner ein Zurückweisungsrecht in entsprechender Anwendung der Rechtsfolge des § 333 BGB bei einer Schuldübernahme nach § 414 BGB einräumen zu können, müssen folglich die Voraussetzungen einer Analogie gegeben sein.¹⁴ Ein Analogieschluss verlangt das Fehlen eines Analogieverbots, das Bestehen einer Regelungslücke sowie die Wertungsgleichheit des unregelmäßig mit dem geregelten Sachverhalt.¹⁵ Hinsichtlich § 333 BGB besteht kein Analogieverbot.¹⁶ Eine Regelungslücke ist gegeben, wenn im Gesetz planwidrig eine Regelung fehlt, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit

⁸ Bar/Clive (Fn. 6), S. 1089; kritisch *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, Eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum internationalen und europäischen Privatrecht, 2015, S. 1108.

⁹ *Zerres*, in: Tonner/Willingmann/Tamm, 1. Aufl. 2010, §§ 414, 415 BGB Rn. 5; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Aufl. 1999, S. 238 f.

¹⁰ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 603.

¹¹ *Klumpp*, in: Staudinger, 2020, § 333 Rn. 1.

¹² *Janoschek*, in: BeckOK-BGB, Ed. 65, Stand: 1.2.2023, § 333 Rn. 4.

¹³ *Weimar* (Fn. 5), S. 286.

¹⁴ *Maurer*, Schuldübernahme, Französisches, englisches und deutsches Recht in europäischer Perspektive, 2010, S. 232.

¹⁵ *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 562.

¹⁶ *Mäsch*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.1.2023, § 333 Rn. 23 ff.

eine Regelung fordert.¹⁷ Wertungsgleichheit setzt voraus, dass im entscheidenden Punkt der geregelte und der unregelte Sachverhalt gleich zu behandeln sind. Dabei müssen die Belange aller Seiten berücksichtigt werden.¹⁸

I. Der Begriff der Schuldübernahme

Bevor der Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen, die eine analoge Anwendung des § 333 BGB rechtfertigen würden, nachgegangen werden kann, muss Klarheit über den Begriff der Schuldübernahme geschaffen werden. Prinzipiell kann die Verpflichtung, eine fremde Schuld als eigene Schuld zu übernehmen, die rechtsgeschäftliche Schuldübernahme selbst oder beides zusammen als Schuldübernahme bezeichnet werden.¹⁹ Der Begriff „Schuldübernahme“ sollte jedoch auf das Rechtsgeschäft, durch das die Schuld vom Altschuldner auf den Übernehmer transferiert wird, beschränkt werden.²⁰ Dabei handelt es sich um einen schuldrechtlichen Verfügungsvertrag.²¹ Eine Schuldübernahme nach § 414 BGB ist damit als Verfügung zugunsten eines Dritten, des Altschuldners, anzusehen.²² Aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Gestattung ist diese dogmatische Einordnung unbedenklich.²³ Die Schuldübernahme ist im Verhältnis zu ihrem Kausalgeschäft abstrakt.²⁴

II. Der vermeintliche Widerspruch des § 414 BGB zum Erlassvertrag

Der Verzicht auf die Beteiligung des Altschuldners an einer Schuldübernahme nach § 414 BGB stieß bei den Vätern des BGB auf keine Bedenken. Sie hielten die Zustimmung des Altschuldners als Wirksamkeitsvoraussetzung des Schuldnerwechsels für entbehrlich, zumal die Schuldübernahme den bisherigen Schuldner wirtschaftlich lediglich begünstige.²⁵ Indes handelt es sich bei dem Verzicht auf die Zustimmung des Altschuldners um keine Selbstverständlichkeit.²⁶ In der Entlassung des Altschuldners aus der

¹⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl. 1983, S. 39; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 199.

¹⁸ *Reimer* (Fn. 15), Rn. 577.

¹⁹ *Hirsch* (Fn. 1), S. 291 f.

²⁰ *Grigoleit/Herresthal*, Die Schuldübernahme, Jura 2002, 393 (394).

²¹ *Heinig*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.12.2022, § 414 Rn. 138.

²² *Maurer* (Fn. 14), S. 229.

²³ *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, Neuere Dogmengeschichte – Anwendungsbereich – Dogmatische Strukturen, 1995, S. 200 f.

²⁴ *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 394.

²⁵ *Kübel*, Recht der Schuldverhältnisse I, Allgemeiner Teil, 1980, S. 985; *Lieder* (Fn. 8), S. 128 f.

²⁶ *Lieder* (Fn. 8), S. 129.

Schuldnerstellung ohne Berücksichtigung seines Willens liegt eine Beeinträchtigung seiner negativen Vertragsfreiheit.²⁷ In ihrer privatrechtlichen Komponente besagt die negative Vertragsfreiheit, dass jede Art von Fremdbestimmung durch ein anderes Privatrechtssubjekt nicht geduldet werden muss.²⁸ Mithin soll eine Person, die einen Vertrag nicht schließt, nicht von den Wirkungen des Vertrags tangiert werden.²⁹ Obwohl die Vertragsfreiheit im Grundgesetz nicht ausdrücklich garantiert wird, findet sie ihre Grundlage in den Grundrechten. So schützt Art. 2 Abs. 1 GG die negative Vertragsfreiheit.³⁰ In der Rechtsanwendung des Privatrechts wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit durch § 311 Abs. 1 BGB umgesetzt.³¹ Das darin enthaltene Vertragsprinzip statuiert, dass Bindungswirkung grundsätzlich nur einem Vertrag zukommt.³² Demnach erfordert die Begründung sowie die Inhaltsänderung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses grundsätzlich einen Vertragsschluss im technischen Sinne, also den Konsens aller von dem Rechtsverhältnis unmittelbar betroffenen Parteien durch übereinstimmende Willenserklärungen.³³ Zu den Betroffenen zählt auch eine Partei, die durch das Wirksamwerden der Änderung aus dem Schuldverhältnis ausscheidet.³⁴ Aus dem Vertragsprinzip ergibt sich zudem, dass Dritte, die an dem Vertragsschluss nicht beteiligt waren, durch den Vertrag prinzipiell weder verpflichtet noch berechtigt werden können.³⁵ Das Vertragsprinzip beansprucht grundsätzlich auch Geltung in Fällen, in denen die Rechtsänderung für den Betroffenen lediglich begünstigend wirkt.³⁶ Wäre das Vertragsprinzip bei Sukzessionen konsequent umgesetzt worden, könnte eine Schuldübernahme folglich nur durch einen dreiseitigen Vertrag erfolgen.³⁷ Stattdessen ist die befreiende Schuldübernahme gemäß § 414 BGB als zweiseitiger Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer konzipiert.³⁸

²⁷ Dörner (Fn. 2), S. 130.

²⁸ Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, 1981, S. 120.

²⁹ Dörner (Fn. 2), S. 124.

³⁰ Looschelders, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2023, S. 457.

³¹ Feldmann, in: Staudinger, 2018, § 311 Rn. 5.

³² Zimmermann, Vertrag und Versprechen, Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich, in: FS Heldrich, 2005, S. 467 (469).

³³ Dörner (Fn. 2), S. 123; Klimke, Die Vertragsübernahme, 2010, S. 46.

³⁴ Klimke (Fn. 33), S. 46.

³⁵ Lapp, in: jurisPK-BGB II, 9. Aufl. 2020, § 311 Rn. 3.

³⁶ Rieble, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 4.

³⁷ Dörner (Fn. 2), S. 124 f.

³⁸ Rosch, in: jurisPK-BGB II (Fn. 35), § 414 Rn. 20.

1. Der Erlass als zweiseitiger Vertrag

Im Gegensatz dazu wird die Geltung des Vertragsprinzips für den Verzicht auf Forderungen in § 397 BGB als *lex specialis* wiederholt und bekräftigt.³⁹ Dementsprechend ist es dem Gläubiger nicht möglich, nach § 397 BGB auf eine Forderung wie auf beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken nach § 875 BGB durch eine einseitige Aufhebungserklärung zu verzichten.⁴⁰ Deshalb scheint § 397 BGB auf den ersten Blick eine § 414 BGB widersprechende Wertung zu enthalten.⁴¹ Der Schuldner kann beim Erlass nach § 397 BGB durch die Verweigerung seiner positiven Mitwirkung den Verlust seiner Schuldnerstellung verhindern. Dahingegen kann der Altschuldner im Wege des § 414 BGB von seiner Schuld befreit werden, auch wenn sein Wille dem entgegensteht, obwohl, davon abgesehen, in beiden Fällen das Schuldverhältnis im weiteren Sinne unverändert fortbesteht.⁴² Die Schuldübernahme nach § 414 BGB hat also ohne Beteiligung des Altschuldners hinsichtlich der Forderung im Verhältnis des Altschuldners zum Gläubiger eine erlassgleiche Wirkung.⁴³ Sofern man diesen vermeintlichen Widerspruch als gegeben unterstellt, bestünde die Gefahr, dass dem Vertragsprinzip in § 397 BGB unter Zuhilfenahme von § 414 BGB faktisch jegliche Bedeutung versagt werden könnte.⁴⁴ Schließlich steht es dem Gläubiger nach der Regelung des § 414 BGB frei mit einem beliebigen Strohmann als Übernehmer eine befreiende Schuldübernahme zu vereinbaren, um anschließend mit diesem einen Erlassvertrag nach § 397 BGB abzuschließen, wenn der Altschuldner selbst nicht gewillt ist, einen Erlass zu vereinbaren.⁴⁵ Aus den besagten Gründen wird von Teilen der Literatur das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bei § 414 BGB abgeleitet. Zur Schließung dieser Regelungslücke und der Harmonisierung der §§ 397, 414 BGB sei es demnach notwendig, dass der Altschuldner bei der gläubigervertraglichen befreienden Schuldübernahme durch die Kundgabe eines entgegenstehenden Willens den

³⁹ Zimmermann (Fn. 32), S. 482; Kleinschmidt (Fn. 4), S. 259.

⁴⁰ Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 2. Aufl. 1994, S. 370.

⁴¹ Hirsch (Fn. 1), S. 293; Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl. 2022, Rn. 755; Stürmer, in: Jauernig, 19. Aufl. 2023, §§ 414, 415 Rn. 1.

⁴² Lieder (Fn. 8), S. 129; Hirsch (Fn. 1), S. 293.

⁴³ Klumpp, in: Staudinger, 2020, Vorbemerkungen zu §§ 328 ff. Rn. 52.

⁴⁴ Hirsch (Fn. 1), S. 293.

⁴⁵ Rieble, in: Staudinger, 2022, § 397 Rn. 2.

Eintritt der Schuldbefreiung verhindern kann. Ihm müsse demzufolge ein Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB zugebilligt werden.⁴⁶

a) *Der einseitige Verzicht auf Forderungen*

Indes wäre sowohl die Widersprüchlichkeit als auch die Gefahr einer Umgehung der Regelung des § 397 BGB ausgeschlossen, wenn ein Gläubiger einseitig auf eine Forderung verzichten könnte. Schon früh wurde die Regelung des § 397 BGB als Übertreibung des Vertragsprinzips kritisiert.⁴⁷ Daher überrascht es kaum, dass von Anfang an *de lege ferenda* der einseitige Forderungsverzicht befürwortet wurde.⁴⁸ Jedoch wäre es auch denkbar, den einseitigen Forderungsverzicht *de lege lata* bereits für zulässig zu erklären. So ließe sich § 397 BGB dahingehend auslegen, dass nur einer von zwei Fällen des Forderungsverzichts von der Vorschrift geregelt werde. Neben dem von der Norm erfassten Verzichtsvertrag sei auch ein einseitiger Verzicht möglich.⁴⁹ Mithin würde § 397 BGB nur die Rechtsfolge eines Verzichtsvertrages bestimmen.⁵⁰ Zudem sei § 311 Abs. 1 BGB teleologisch zu reduzieren, sodass die Norm den Verzicht auf Forderungen nicht erfasse, obwohl das Schuldverhältnis durch den Verzicht geändert wird.⁵¹ Dieses Verständnis wird mit der Anschauung des Rechtsverkehrs begründet.⁵² So gehe der Gläubiger, der seinem Schuldner die Schuld erlassen möchte, nicht davon aus, dass der Schuldner an dem Erlass mitwirken müsse.⁵³ Dabei wird allerdings verkannt, dass die Verkehrsanschauung bereits im Rahmen des Erlassvertrages berücksichtigt wird. An die Zustimmung des Schuldners zum ihn begünstigenden Erlass werden geringe Anforderungen gestellt. Insbesondere ist der Zugang der Annahmeerklärung regelmäßig entbehrlich.⁵⁴ Des Weiteren indiziert die spätere Berufung auf den Erlass, dass der Schuldner bereits zu einem früheren Zeitpunkt mit dem Erlass einverstanden war.⁵⁵ Wiederum wird argumentiert, dass, obwohl das Vertragsprinzip der Freiheitsverwirklichung dienen sollte, durch das Erfordernis eines Erlassvertrages eine Beschränkung der freien

⁴⁶ Hirsch (Fn. 1), S. 293; Fikentscher/Heinemann (Fn. 41), Rn. 755; Stürner, in: Jauernig (Fn. 41) §§ 414, 415 Rn. 1; Bayer (Fn. 23), S. 201.

⁴⁷ Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, S. 122.

⁴⁸ Vgl. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II, Die rechtserheblichen Tatsachen, insbesondere das Rechtsgeschäft, 1. Hälfte, 1914, S. 269.

⁴⁹ Zimmermann (Fn. 32), S. 483; Kleinschmidt (Fn. 4), S. 314 ff.

⁵⁰ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 323.

⁵¹ Ebd., S. 316 ff.; Zimmermann (Fn. 32), S. 483.

⁵² Zimmermann (Fn. 32), S. 484.

⁵³ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 260.

⁵⁴ Rieble, in: Staudinger, 2022, § 397 Rn. 154 ff.

⁵⁵ Gernhuber (Fn. 40), S. 380; a. A. Rieble, in: Staudinger, 2022, § 397 Rn. 156.

Willensbetätigung bewirkt werde.⁵⁶ Dieser Wunsch nach Ausdehnung der Privatautonomie vermag es indes nicht, den klaren Wortlaut des § 397 BGB zu überwinden. Nach ihrem Wortlaut regelt die Vorschrift den Forderungsverzicht als solchen und nicht nur die Rechtsfolge eines vertraglichen Verzichts.⁵⁷ Mithin ist der einseitige Verzicht auf Forderungen *de lege lata* abzulehnen.⁵⁸ Demgemäß lässt sich die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke bei § 414 BGB nicht kategorisch ausschließen.

b) Der Erlass zugunsten Dritter

Fraglich ist, ob der Erlass zugunsten Dritter in die Erwägungen hinsichtlich eines Zurückweisungsrechts bei der Schuldübernahme nach § 414 BGB einbezogen werden muss. Durch einen Erlass zugunsten Dritter könnte der Gläubiger mit einem Dritten die Befreiung des Schuldners von seiner Schuld vereinbaren. Dem Schuldner müsste dann zum Schutz seiner Vertragsfreiheit analog § 333 BGB das Recht zustehen, die ihm zugedachte Schuldbefreiung zurückzuweisen.⁵⁹ Jedoch kann ein Erlass zugunsten Dritter nicht mit der Systematik des BGB vereinbart werden.⁶⁰ Die Regelung der §§ 328 ff. BGB erfasst den derivativen Rechtserwerb nicht.⁶¹ Für eine Analogie besteht kein Raum.⁶² Die Ablehnung einer Analogie zu den §§ 328 ff. BGB wird vereinzelt auf das Vertragsprinzip des § 397 BGB gestützt. Weil ein Dritter, der durch die Vereinbarung nicht belastet wird, stets bereit sein werde, einen solchen Vertrag zu schließen, führte die Anerkennung des Erlasses zugunsten Dritter faktisch zur Einführung des einseitigen Erlasses, worin eine Umgehung des Vertragsprinzips liegen würde.⁶³ Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil sie ebenso gegen die Zulässigkeit des schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrags zugunsten Dritter angeführt werden könnte. Immerhin kann der Versprechende dem Dritten auch ohne dessen vertragliche Mitwirkung einen Anspruch verschaffen, indem er eine entsprechende Vereinbarung mit einem beliebigen Versprechensempfänger trifft.⁶⁴ In der Abkehr vom Regelfall des Zweipersonenverhältnisses eröffnen

⁵⁶ Zimmermann (Fn. 32), S. 484.

⁵⁷ Rieble, in: Staudinger, 2022, § 397 Rn. 6.

⁵⁸ Ebd., § 397 Rn. 154 ff.

⁵⁹ Bayer (Fn. 23), S. 199 f.

⁶⁰ BGH, NJW 1994, 2483 (2484); Klumpp, in: Staudinger, 2020, Vorbemerkungen zu §§ 328 ff. Rn. 50; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 22. Aufl. 2021, S. 124; Ring, in: NK-BGB II (Fn. 1), § 397 Rn. 30; a. A. Bayer (Fn. 23), S. 199 ff.

⁶¹ Schinkels, in: jurisPK-BGB II (Fn. 35), § 328 Rn. 40.

⁶² Rieble, in: Staudinger, 2022, § 397 Rn. 32; Gernhuber (Fn. 40), S. 384.

⁶³ Gernhuber (Fn. 40), S. 384; ders., Das Schuldverhältnis, Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, 1989, S. 474 f.

⁶⁴ Maurer (Fn. 14), S. 229 f.

aber erst die §§ 328 ff. BGB den Vertragsschließenden die Möglichkeit ein Forderungsrecht für einen Dritten zu begründen.⁶⁵ Folglich ist der Grund der Unzulässigkeit des Erlasses zugunsten Dritter nicht im Vertragsprinzip des § 397 BGB zu sehen.⁶⁶ Stattdessen ist der Erlass zugunsten Dritter wegen der Sonderregelung des § 423 BGB abzulehnen, die einen Verfügungsvertrag zugunsten Dritter ausnahmsweise für zulässig erklärt.⁶⁷ Des Weiteren wäre die analoge Anwendung des Zurückweisungsmechanismus des § 333 BGB auf den Erlass rechtstechnisch problematisch.⁶⁸ Letztlich kommt hinzu, dass durch ein unbefristetes *pactum de non petendo* (Stillhalteabkommen), das ein Verpflichtungsgeschäft darstellt und daher unstreitig zugunsten Dritter abgeschlossen werden kann, das gleiche wirtschaftliche Ergebnis erzielt werden kann wie durch einen Erlassvertrag zugunsten Dritter,⁶⁹ indem dem Schuldner eine peremptorische Einrede vermittelt wird.⁷⁰ Demgemäß kann ein Vergleich mit dem Erlass zugunsten Dritter nicht herangezogen werden, um die Argumentation hinsichtlich einer Regelungslücke bei § 414 BGB zu unterstützen.

2. Der Zweck des Vertragsprinzips des § 397 BGB

Um beurteilen zu können, ob sich bei der Schuldübernahme nach § 414 BGB mit dem Vertragsprinzip des § 397 BGB tatsächlich eine planwidrige Regelungslücke begründen lässt, muss der Zweck des Vertragsprinzips des § 397 BGB in die Untersuchung einbezogen werden.

Ein gesonderter Grund für das Vertragsprinzip wäre aufgrund des Mitwirkungserfordernisses bei belastenden Rechtsgeschäften überflüssig, sofern ein Forderungsverzicht für den Schuldner in einem Nachteil resultierte.⁷¹ Er wirkt jedoch für den Schuldner rechtlich lediglich begünstigend.⁷² Aufgrund eines Verzichts des Gläubigers hat der Schuldner nicht zu befürchten, dass seine Ansprüche vereitelt werden. Schließlich stehen diese nicht zur alleinigen Disposition des Gläubigers. Das gilt insbesondere auch für den Anspruch des

⁶⁵ Bayer (Fn. 23), S. 199.

⁶⁶ Klumpp, in: Staudinger, 2020, Vorbemerkungen zu §§ 328 ff. Rn. 50; Bayer (Fn. 23), S. 199.

⁶⁷ Klumpp, in: Staudinger, 2020, Vorbemerkungen zu §§ 328 ff. Rn. 50.

⁶⁸ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 294; Maurer (Fn. 14), S. 230 f.

⁶⁹ Schreiber, in: Soergel V, Teilbd. 3, 13. Aufl. 2010, § 397 Rn. 10.

⁷⁰ Gernhuber (Fn. 63), S. 474.

⁷¹ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 283.

⁷² Esser/Schmidt, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Aufl. 1995, S. 331; Wolber, in: BeckOGK-BGB (Fn. 16), § 397 Rn. 53.

Verkäufers auf Abnahme nach § 433 Abs. 2 BGB.⁷³ An der Bewertung als lediglich begünstigend ändert auch der Umstand, dass der Erlass dem Schuldner gegebenenfalls einen steuerlichen Nachteil aufbürdet, nichts, weil eine anfallende Steuer stets nur einen Bruchteil des Werts der Forderung beträgt. Daher ist darin kein Nachteil, sondern nur eine Minderung des Vorteils zu erblicken. Demgemäß dient das Vertragsprinzip des § 397 BGB nicht dem Schutz des Schuldners vor einem rechtlichen Nachteil.⁷⁴

a) *Der actus contrarius-Gedanke*

Zur Begründung des Vertragsprinzips des § 397 BGB ließe sich der *actus contrarius*-Gedanke bemühen. Demzufolge müsse die Aufhebung spiegelbildlich zur Entstehung der Forderung erfolgen. Da die Parteien die Forderung gemeinsam begründen, müssten auch beide mit der Aufhebung einverstanden sein.⁷⁵ Diese Überlegung erscheint indes zunächst im Hinblick auf Schadensersatzansprüche unpassend, weil eine Kongruenz von Entstehungs- und Aufhebungstatbestand dort nicht gewährt ist.⁷⁶ So kann bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung nicht von einer zweiseitigen Forderungsbegründung gesprochen werden. Schließlich ist das aus einer unerlaubten Handlung resultierende gesetzliche Schuldverhältnis keine Folge der Selbstbestimmung der Parteien.⁷⁷ Des Weiteren steht diesem Gedanken entgegen, dass dem geltenden deutschen Privatrecht kein strenges *actus contrarius*-Prinzip zu entnehmen ist.⁷⁸ Dies zeigt sich zunächst am Beispiel des Widerrufs eines Testaments.⁷⁹ Ein Testament kann nicht nur durch ein Testament, sondern gemäß § 2255 BGB auch mittels einer rein tatsächlichen Handlung widerrufen werden. Die Testamentsform muss für den Widerruf nach § 2255 BGB also nicht beachtet werden.⁸⁰ Zudem kann eine Außenvollmacht auch durch eine Erklärung gegenüber dem Bevollmächtigten widerrufen werden.⁸¹ Außerdem findet § 311b Abs. 1 BGB nach vollständigem Grundbuchvollzug keine Anwendung auf einen Aufhebungsvertrag, falls sich der Konsens der Parteien auf die Aufhebung des

⁷³ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 283.

⁷⁴ Ebd., S. 284 f.; a. A. Fikentscher/Heinemann (Fn. 41), Rn. 341.

⁷⁵ Cohn, Erlaß und Verzicht nach dem B.G.B., Gruchot 47 (1903), 221 (229); Peter, Verzicht auf Rechte und Befugnisse, insbesondere im Obligationenrecht, Kausale und abstrakte Verfügungen, AcP 200 (2000), 149 (184 f.).

⁷⁶ Seetzen, Der Verzicht im Immaterialgüterrecht, Dargestellt an Hand des Urheber- und Patentrechts unter Berücksichtigung des Bürgerlichen Rechts, 1969, S. 30.

⁷⁷ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 267.

⁷⁸ Bleckmann, Die actus-contrarius-Doktrin, JuS 1988, 174 (175).

⁷⁹ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 266.

⁸⁰ Löhnig/Fischinger, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, Rn. 264.

⁸¹ Köhler, BGB Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 47. Aufl. 2023, S. 168.

ursprünglichen Vertrags, der nach § 311b Abs. 1 BGB formbedürftig war, beschränkt, ohne Vereinbarungen bezüglich der Rückabwicklung des erlangten Gegenstands zu treffen.⁸² Sofern der Aufhebungsvertrag eine Rückübereignungsverpflichtung enthält, ist § 311b Abs 1 BGB hingegen anzuwenden.⁸³ Darin zeigt sich, dass die Aufhebung eines Rechtsakts dieselbe Form und dasselbe Verfahren wie dessen Begründung nur bedarf, wenn dies wegen eines besonderen Grundes geboten ist. Ein solcher Grund kann beispielsweise in der Verwirklichung des Formzwecks oder im Schutz des Vertrauens Dritter liegen.⁸⁴ Die Interessenlage bei der Aufhebung muss jedenfalls wegen der Handlungsfreiheit im Privatrecht der Interessenlage bei der Begründung entsprechen, um die Einhaltung derselben Form und desselben Verfahrens verlangen zu können.⁸⁵ Demgemäß vermag der *actus contrarius*-Gedanke das Vertragsprinzip des § 397 BGB nicht zu begründen.⁸⁶

b) Der Schutz vor der Aufdrängung eines Vorteils

Stattdessen findet das Vertragsprinzip des § 397 BGB seine Begründung im Schutz vor der Aufdrängung eines Vorteils.⁸⁷ Aus einem beliebigen Grund könnte es dem Schuldner missfallen, dass seine Verpflichtung entfällt. Die Rücksichtnahme auf einen möglicherweise entgegenstehenden Willen des Schuldners gebietet schon die Achtung seiner Persönlichkeit.⁸⁸ Das Erfordernis der Mitwirkung des Schuldners in der Form einer vertragskonstitutiven Willenserklärung verhindert, dass sich über seinen entgegenstehenden Willen durch die Aufdrängung eines Erlasses hinweggesetzt wird.⁸⁹ Dem entspricht es, dass niemand sich einen Vermögensvorteil gegen seinen Willen aufdrängen lassen muss.⁹⁰ Die Privatautonomie der einen Partei muss durch die

⁸² *Schreindorfer*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 16), § 311b Rn. 261; *Gehrlein*, in: BeckOK-BGB (Fn. 12), § 311b Rn. 29.

⁸³ *Ludwig*, in: jurisPK-BGB II (Fn. 35), § 311b Rn. 288.

⁸⁴ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 266.

⁸⁵ *Bleckmann* (Fn. 78), S. 175.

⁸⁶ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 265 ff.

⁸⁷ *du Chesne*, Begriff und Arten des Verzichtes, ArchBR 42 (1916), 296 (299 ff.); *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 395; *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 144.

⁸⁸ *Larenz* (Fn. 10), S. 267; *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, S. 480; kritisch *Gernhuber* (Fn. 40), S. 371.

⁸⁹ *du Chesne* (Fn. 87), S. 301 ff.; *Binder* (Fn. 88), S. 480.

⁹⁰ *Esser/Schmidt* (Fn. 72), S. 332.

Freiheitssphäre der anderen Partei begrenzt werden. Andernfalls würde Selbstbestimmung durch Fremdbestimmung ersetzt werden.⁹¹

Diese Überlegungen waren bei der Schaffung des § 397 BGB für den von formalen Gesichtspunkten geleiteten Gesetzgeber indes nicht von entscheidender Bedeutung.⁹² Gleichwohl handelt es sich bei dem Schutz vor Aufdrängung um einen Grundgedanken des BGB.⁹³ Er kann auch den Regelungen der §§ 333, 516, 2180 BGB entnommen werden⁹⁴ und auf das Rechtssprichwort „*beneficia non obtruduntur*“ (Wohltaten werden nicht aufgedrängt) zurückgeführt werden.⁹⁵ Die Aussagekraft dieses Sprichworts ist allerdings aufgrund der Ambivalenz, die aus der Ungenauigkeit des Begriffs „*beneficia*“ herrührt, beschränkt.⁹⁶ Unter Zuhilfenahme des soeben Gesagten könnte auch in die entgegengesetzte Stoßrichtung argumentiert werden. So könnte vertreten werden, dass der Schuldner dem Gläubiger mit dem Fortbestehen der Forderung eine Rechtswohltat aufdrängt, indem er ihn durch die Verweigerung seiner Zustimmung an der Forderung festhält, von der ihn der Gläubiger befreien möchte. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass bei einer Forderung, die durch einen Vertrag begründet wurde, der Gläubiger an der Entstehung seiner Gläubigerstellung willentlich mitwirken musste. Bei einer Forderung, die unmittelbar auf dem Gesetz beruht, bewertet das Gesetz einen dem Forderungserwerb womöglich entgegenstehenden Willen des Gläubigers als unbeachtlich. Mithin zwingt der Schuldner dem Gläubiger nichts auf.⁹⁷

Der Grundgedanke des Schutzes vor Aufdrängung wird zudem als eigenständiger Begründungsansatz für eine planwidrige Regelungslücke bei § 414 BGB und damit für eine analoge Anwendung des § 333 BGB fruchtbar gemacht. Da eine vertragskonstitutive Mitwirkung des Altschuldners bei der Schuldbefreiung, die ihm durch eine befreiende gläubigervertragliche Schuldübernahme zuteilwird, nach dem Wortlaut des § 414 BGB nicht erforderlich ist, bestünde die Gefahr, dass der Gläubiger dem Altschuldner die

⁹¹ *Lieder* (Fn. 8), S. 233.

⁹² *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs II, Recht der Schuldverhältnisse, Teilbd. 1, §§ 241-432, 1978, S. 728.

⁹³ *Hirsch* (Fn. 1), S. 292; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht II, Besonderer Teil, 18. Aufl. 2018, S. 155.

⁹⁴ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 280.

⁹⁵ *Lieder* (Fn. 8), S. 233.

⁹⁶ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 277 f.; a. A. *Bayer* (Fn. 23), S. 200.

⁹⁷ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 285 f.

Befreiung von der Forderung aufdränge und damit gegen besagten Grundgedanken verstoßen werde.⁹⁸

aa) Die Funktion des § 333 BGB im System des Vertrags zugunsten Dritter

Ebenso wie durch das Vertragsprinzip kann ein designierter Vorteilsempfänger durch ein Zurückweisungsrecht vor der Aufdrängung eines Vorteils geschützt werden.⁹⁹ Diese Funktion hat im Rahmen des Vertrags zugunsten Dritter nach § 328 BGB das Zurückweisungsrecht des § 333 BGB inne.¹⁰⁰ Kraft fremder Parteivereinbarung wird dem Dritten nach § 328 BGB die Gläubigerstellung zuteil.¹⁰¹ Der Dritte erlangt also ein Recht aus einem Schuldverhältnis an dessen Begründung er nicht beteiligt war. Darin liegt aus der Perspektive des Dritten eine Abweichung vom Vertragsprinzip des § 311 Abs. 1 BGB.¹⁰² Dies wird rechtspolitisch damit begründet, dass im Regelfall unterstellt werden kann, dass der Begünstigte mit dem Rechtserwerb einverstanden ist.¹⁰³ Dennoch wird durch das Zurückweisungsrecht des § 333 BGB seine negative Vertragsfreiheit gesichert. Er kann grundsätzlich ohne zeitliche Beschränkung den Eintritt in die ihm fremde Vertragsbeziehung, der ohne seinen Willen erfolgte, nach eigenem Ermessen ohne Mitwirkung des Versprechenden oder des Versprechensempfängers rückgängig machen.¹⁰⁴ Mithin wird der Schutz vor der Aufdrängung eines Vorteils beim Vertrag zugunsten Dritter lediglich modifiziert. Unter diesem Gesichtspunkt kompensiert das Zurückweisungsrecht des § 333 BGB die Abweichung vom Vertragsprinzip.¹⁰⁵

bb) Aufdrängungsschutz nach § 516 BGB

Darüber hinaus belegt auch die Vertragskonstruktion des § 516 BGB das Bekenntnis des BGB zum Schutz vor der Aufdrängung eines Vorteils.¹⁰⁶ Daher bedarf sowohl die Handschekung als auch das Schenkungsversprechen einer vertraglichen Einigung über das Zustandekommen, den Gegenstand und die Unentgeltlichkeit.¹⁰⁷ Jedoch kann der Schenker nach § 516 Abs. 2 S. 1 BGB dem Beschenkten zur Schaffung von Rechtsklarheit eine Ablehnungsfrist setzen.

⁹⁸ *Hirsch* (Fn. 1), S. 292; *Bayer* (Fn. 23), S. 200.

⁹⁹ *Kramer*, Anmerkungen zum Konsenserfordernis bei zweiseitigen Verträgen, in: FS Canaris I, 2007, S. 665 (665 f.).

¹⁰⁰ *Fries/Schulze*, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021 BGB § 333 Rn. 1.

¹⁰¹ *Bayer* (Fn. 23), S. 219.

¹⁰² *Hadding*, in: Soergel V, Teilbd. 3 (Fn. 69), Vorbemerkungen zu § 328 Rn. 11.

¹⁰³ *Bayer*, in: Erman I, 17. Aufl. 2023, § 333 Rn. 1.

¹⁰⁴ *Dörner* (Fn. 2), S. 126 f.

¹⁰⁵ *Bayer* (Fn. 23), S. 220 f.

¹⁰⁶ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 280.

¹⁰⁷ *Medicus/Lorenz* (Fn. 93), S. 155.

Erfolgt innerhalb dieser Frist keine Ablehnung der Schenkung durch den Beschenkten, so gilt sein Schweigen als Annahme.¹⁰⁸ Damit wird dem Erfahrungssatz Rechnung getragen, dass eine Schenkung in der Regel im Interesse des Beschenkten steht. Trotzdem wird der designierte Beschenkte durch das Vertragsprinzip geschützt.¹⁰⁹ Ist also beispielsweise als Rechtsgrund einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB eine Schenkung intendiert und lehnt der Altschuldner diese Schenkung ab, so unterliegt die Schuldübernahme als Zuwendung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, wenn sie bereits ohne den Willen des Altschuldners erfolgt ist.¹¹⁰

3. Der Unterschied zwischen dem Erlass und der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB

Da soeben aufgezeigt wurde, dass mit dem Vertragsprinzip des § 397 BGB ausschließlich der Schutz vor der Aufdrängung eines Vorteils bezweckt wird, kann jetzt dargelegt werden, dass weder die Gefahr einer Umgehung der Regelung des § 397 BGB noch ein Wertungswiderspruch zu § 397 BGB besteht, wenn dem Altschuldner kein Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB bei einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB zugebilligt wird, weil kein Verstoß gegen den Gedanken der §§ 333, 516 BGB vorliegt.

Der Erlass nach § 397 BGB unterscheidet sich nämlich darin maßgeblich von der Schuldübernahme nach § 414 BGB, dass durch den Abschluss eines Erlassvertrages die Verbindlichkeit des Schuldners ohne Regress eines Dritten zum Erlöschen gebracht werden kann.¹¹¹ Im Gegensatz dazu wird der Altschuldner durch eine befreiende Schuldübernahme nur aus dem Schuldverhältnis, das zum Gläubiger besteht, ausgeschlossen. Ihm wird aber gerade kein Vermögensvorteil aufgedrängt.¹¹² Sofern aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Übernehmer und dem Altschuldner ein Rechtsgrund für die Schuldübernahme bestand, richtet sich der Regressanspruch des Übernehmers nach dieser Vereinbarung.¹¹³ Dann hat aber der Altschuldner die Schuldübernahme ohnehin selbst willentlich veranlasst und ihr damit auch zugestimmt, sodass diese Fälle für die Frage nach einem

¹⁰⁸ *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, S. 139.

¹⁰⁹ *Medicus/Lorenz* (Fn. 93), S. 155.

¹¹⁰ *Weimar* (Fn. 5), S. 286.

¹¹¹ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 292; *Heinemeyer*, in: MüKo-BGB III, 9. Aufl. 2022, § 414 Rn. 6; *Lieder* (Fn. 8), S. 129; *Maurer* (Fn. 14), S. 231; *Heinig*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 414 Rn. 157.1.

¹¹² *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 395; *Lieder* (Fn. 8), S. 129; *Wurm* (Fn. 2), S. 142.

¹¹³ *Heinig*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 414 Rn. 201.

Zurückweisungsrecht nicht von Bedeutung sind.¹¹⁴ Falls die Schuldübernahme nach § 414 BGB hingegen rechtsgrundlos erfolgte, wird der Altschuldner nicht endgültig von seiner Schuld befreit.¹¹⁵ Zwar findet kein gesetzlicher Forderungsübergang vom Gläubiger auf den Übernehmer statt.¹¹⁶ Auch scheidet in den vorliegend relevanten Konstellationen, in denen die Übernahme der Geschäftsführung durch den Übernehmer dem Interesse oder dem Willen des Altschuldners widerspricht und der Altschuldner die Geschäftsführung nicht genehmigt, ein Aufwendungsersatzanspruch nach §§ 683 S. 1, 670 BGB als Grundlage des Regresses des Übernehmers aus.¹¹⁷ Dem Übernehmer, der die Schuld nicht aufgrund eines Rechtsgrunds im Verhältnis zwischen ihm und dem Altschuldner übernommen hat, stehen aber dennoch Regressansprüche gegen den Altschuldner zu.¹¹⁸ Rückgriffsansprüche können in diesen Konstellationen aus den §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB und unmittelbar aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB resultieren.¹¹⁹ Mithin ändert sich für den Altschuldner lediglich die Person seines Gläubigers.¹²⁰ Ohne Beteiligung des Schuldners kann folglich das Ergebnis eines Erlassvertrages nicht durch eine Schuldübernahme herbeigeführt werden.¹²¹

Gegen diese Argumentation wird eingewandt, dass ein Regressanspruch des Übernehmers voraussetze, dass der Altschuldner zuvor von seiner Schuld befreit werde. Demgemäß könne mit einem perspektivischen Gläubigerwechsel nicht begründet werden, dass ohne die Mitwirkung des Altschuldners seine Befreiung bewirkt werden könne.¹²² Bei diesem Einwand wird jedoch verkannt, dass der Altschuldner die Schuldbefreiung nur verhindern könnte, wenn ihm ein Zurückweisungsrecht in analoger Anwendung des § 333 BGB zustünde. Schließlich kommt es nach § 414 BGB unmittelbar durch den Gläubigervertrag zur Schuldbefreiung. Diese Begünstigung lässt wiederum die Regressansprüche nach den allgemeinen gesetzlichen Regelungen entstehen. Da die für einen Analogieschluss erforderliche Gesetzeslücke nur angenommen werden kann,

¹¹⁴ *Heinemeyer*, in: MüKo-BGB III (Fn. 111), § 414 Rn. 6.

¹¹⁵ *Dörner* (Fn. 2), S. 130 f.; *Lieder* (Fn. 8), S. 129 f.

¹¹⁶ *Röthel*, in: Erman I (Fn. 103), § 414 Rn. 16; *Heinemeyer*, in: MüKo-BGB III (Fn. 111), § 414 Rn. 8.

¹¹⁷ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 292; *Maurer* (Fn. 14), S. 232.

¹¹⁸ *Dörner* (Fn. 2), S. 130; *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 292; *Coester-Waltjen*, Der Dritte und das Schuldverhältnis, Jura 1999, 656 (659).

¹¹⁹ *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 395; *Maurer* (Fn. 14), S. 232.

¹²⁰ *Wurm* (Fn. 2), S. 142; *Dörner* (Fn. 2), S. 131.

¹²¹ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 132; a. A. *Rieble*, in: Staudinger, 2022, § 397 Rn. 2.

¹²² *Hirsch* (Fn. 1), S. 293.

wenn eine Regelung planwidrig im Gesetz fehlt, sind die Regressansprüche systematisch vorrangig zu behandeln.¹²³

a) *Einwendungen gegen die Regressansprüche des Übernehmers*

Falls die Voraussetzungen des § 684 S. 1 BGB vorliegen, der Übernehmer in freigiebiger Absicht handelte und seinen Verzichtswillen bei der Übernahme der Geschäftsführung nach außen erkennbar zum Ausdruck brachte, steht seinem Anspruch auf Bereicherungsausgleich aus §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB die rechtshindernde Einwendung des § 685 BGB entgegen.¹²⁴ Die Geltung des § 685 BGB ist aber auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag beschränkt.¹²⁵ Schließlich handelt es sich bei der Regresssperrung des § 685 BGB um eine Vorschrift, die speziell auf einige Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zugeschnitten ist.¹²⁶ Deshalb bleiben Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB von § 685 BGB unberührt.¹²⁷ Hinzu kommt, dass es sich bei der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 684 BGB um keinen Rechtsgrund i. S. v. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB handelt, sodass diese Norm Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht tatbestandlich nicht ausschließt.¹²⁸ Zudem ist § 684 S. 1 BGB nicht als *lex specialis* zur Rückgriffskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB zu verstehen. Daher stehen Ansprüche aus §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB und Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB prinzipiell in Anspruchskonkurrenz.¹²⁹ Nach der hier vertretenen Auffassung ist demnach der Altschuldner aufgrund des Anspruchs des Übernehmers aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB vor der Aufdrängung eines Vorteils auch geschützt, wenn nach § 685

¹²³ Maurer (Fn. 14), S. 232.

¹²⁴ Wandt, Gesetzliche Schuldverhältnisse, Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA, 11. Aufl. 2022, S. 67; Bergmann, in: Staudinger, 2020, § 684 Rn. 8.

¹²⁵ Thole, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.9.2022, § 685 Rn. 2.

¹²⁶ Wiefeld, Bereichsverweisungen auf Rückabwicklungssysteme im Bürgerlichen Gesetzbuch, Eine systematische Analyse, 2020, S. 138 f.

¹²⁷ BGH, NJW 1990, 1789 (1790); Sprau, in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 685 Rn. 1; Schäfer, in: MüKo-BGB VI, 9. Aufl. 2023, § 685 Rn. 9; Gregor, in: jurisPK-BGB II (Fn. 35), § 685 Rn. 1; Dornis, in: Erman I (Fn. 103), § 685 Rn. 2; Schwab, in: NK-BGB II (Fn. 1), § 685 Rn. 4.

¹²⁸ Wandt (Fn. 124), S. 95; Schneider, Rückgriffskondition, Die Legitimation der Rückgriffskondition in Drittleistungsfällen, 2008, S. 122; a. A. Meier, Das subjektive System der Geschäftsführung ohne Auftrag, Die §§ 677-686 BGB im Lichte der zweigliedrigen subjektiven Theorie, 2019, S. 165.

¹²⁹ Schneider (Fn. 128), S. 119 ff.; Schäfer, in: MüKo-BGB VI (Fn. 127), § 677 Rn. 115; Gebrlein, in: BeckOK-BGB (Fn. 12), § 677 Rn. 20; a. A. Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Teilbd., Dreiecksverhältnisse, Bereicherungshaftung, Konkurrenzen, Erkenntnisleitende Grundgedanken, Reformvorstellungen, 2. Aufl. 2016, S. 559 f.; Höpfner, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 437 Rn. 107.

BGB der Anspruch des Übernehmers aus §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB wegen dessen Schenkungsabsicht ausgeschlossen ist.

Ein Ausschluss der Rückgriffsansprüche des Übernehmers nach § 814 Alt. 1 BGB kommt hingegen nicht in Betracht.¹³⁰ Sofern § 684 S. 1 BGB als Rechtsfolgenverweisung angesehen wird, ist die Konditionssperre des § 814 BGB grundsätzlich unanwendbar, da sie als rechtshindernde Einwendung dogmatisch zum Tatbestand der Norm zählt.¹³¹ Auch wenn § 684 S. 1 BGB hingegen als Rechtsgrundverweisung verstanden wird, tangiert § 814 Alt. 1 BGB den Bereicherungsanspruch des Übernehmers nicht, weil der Anwendungsbereich des § 814 BGB auf die *condictio indebiti* beschränkt ist, die in den Fällen des § 684 BGB nicht vorliegt.¹³² Insbesondere betrifft § 814 BGB die Nichtleistungskondition nicht.¹³³ Daher scheidet eine Anwendung dieser Vorschrift auf die Rückgriffskondition aus.¹³⁴

Schließlich ist auch hier der bei der Tilgung fremder Verbindlichkeiten zur Abwehr einer aufgedrängten Bereicherung diskutierte Ausschluss der Kondition durch eine entsprechende Anwendung des § 814 BGB abzulehnen.¹³⁵ Diese Konditionssperre stellt eine spezielle auf die *condictio indebiti* zugeschnittene Ausgestaltung des Grundsatzes „*venire contra factum proprium*“ dar. Sie schützt das Vertrauen des Leistungsempfängers, wenn der Leistende dem Anspruchsgegner zu verstehen gegeben hat, dass er die Leistung auch im Falle des Nichtbestehens der Verbindlichkeit gegen sich gelten lassen will. Der Gedanke der Norm kann nicht dahingehend simplifiziert werden, dass ein Bereicherungsanspruch nicht besteht, wenn ein unerwünschter Vermögensvorteil willentlich zugewendet wurde.¹³⁶ Immerhin stellt § 814 BGB nicht auf das Interesse des Empfängers ab.¹³⁷ Ein widersprüchliches Verhalten liegt nur vor, wenn im Wissen um das Fehlen der Verpflichtung geleistet wird, um anschließend das Geleistete unter Berufung auf die fehlende Verpflichtung zurückzufordern. Dahingegen ist die Forderung eines Ausgleichs, die nicht gegen

¹³⁰ Maurer (Fn. 14), S. 233.

¹³¹ Schäfer, in: MüKo-BGB VI (Fn. 127), § 684 Rn. 10; Bergmann, in: Staudinger, 2020, § 684 Rn. 5; Lorenz, in: Staudinger, 2007, § 814 Rn. 11.

¹³² Wandt (Fn. 124), S. 70.

¹³³ Lorenz, in: Staudinger, 2007, § 814 Rn. 3.

¹³⁴ Schwab, in: MüKo-BGB VII, 8. Aufl. 2020, § 814 Rn. 5.

¹³⁵ Ebd., § 818 Rn. 221 f.; Maurer (Fn. 14), S. 233.

¹³⁶ Wernecke, Abwehr und Ausgleich "aufgedrängter Bereicherungen" im Bürgerlichen Recht, Eine Untersuchung auf systematischer und rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung, 2004, S. 589 ff.

¹³⁷ Wendeborst, in: BeckOK-BGB (Fn. 12), § 818 Rn. 145.

den Leistungsempfänger gerichtet ist, nur widersprüchlich, wenn zuvor die Hoffnung auf einen Verzicht auf den Rückgriff geweckt wurde.¹³⁸ Des Weiteren weiß derjenige, der auftragslos einen anderen von seiner Schuld befreit, häufig, dass ihn keine dahingehende Verpflichtung trifft.¹³⁹ Daher würde die starre Regelung des § 814 BGB regelmäßig zu einem ungerechtfertigten Ausschluss der Rückgriffskondition führen.¹⁴⁰ Nach dieser Regelung könnte selbst dann keine Erstattung verlangt werden, wenn der Schuldner durch die Schuldbefreiung objektiv und subjektiv bereichert ist.¹⁴¹ Mithin ist § 814 BGB nicht zur entsprechenden Anwendung auf die Rückgriffskondition geeignet.¹⁴²

b) Der Inhalt des Regressanspruchs

Ein Bereicherungsanspruch ist primär auf die Herausgabe des konkret Erlangten gerichtet.¹⁴³ Der Altschuldner hat die Befreiung von seiner Schuld gegenüber dem Gläubiger erlangt.¹⁴⁴ Der Anspruch des Übernehmers zielt demnach auf die Rückübernahme der Schuld durch den Altschuldner ab. Die Rückübernahme ist jedoch nicht ohne Beteiligung des Gläubigers möglich. Sofern der Gläubiger sowohl seine vertragskonstitutive Mitwirkung nach § 414 BGB als auch seine Zustimmung gemäß § 415 BGB verweigert, wird der Altschuldner gegenüber dem Übernehmer zum Wertersatz verpflichtet.¹⁴⁵ Demgemäß ist regelmäßig der Wert der rechtsgrundlos erlangten Befreiung von der Verbindlichkeit nach § 818 Abs. 2 BGB vom Altschuldner herauszugeben.¹⁴⁶ Von den soeben dargelegten Grundsätzen ist eine Ausnahme zu machen, falls der Gegenstand der Schuldübernahme eine Verpflichtung war, die nicht auf die Leistung von Geld gerichtet war. Das wäre beispielsweise bei Lieferpflichten oder bei Werkleistungen der Fall. Zwar ist der Altschuldner auch in besagten Fällen durch die Befreiung von der Schuld bereichert, sodass Regressansprüche in der Regel gemäß § 818 Abs. 2 BGB auf Wertersatz gerichtet wären. Dadurch käme es aber zu einer Änderung des objektiven Schuldinhalts ohne Zustimmung des Altschuldners, weil durch den Regress die Verpflichtung des Altschuldners in

¹³⁸ Reuter/Martinek (Fn. 129), S. 131 f.

¹³⁹ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 29. Aufl. 2023, Rn. 952.

¹⁴⁰ Meyer, Der Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen unter besonderer Berücksichtigung der Anweisungsfälle, 1979, S. 142.

¹⁴¹ Buck-Heeb, in: Erman I (Fn. 103), § 818 Rn. 20c.

¹⁴² Medicus/Petersen (Fn. 139), Rn. 952.

¹⁴³ Lorenz, in: Staudinger, 2007, § 818 Rn. 3.

¹⁴⁴ Schnauder, Grundfragen zur Leistungskondition bei Drittbeziehungen, 1981, S. 196; Maurer (Fn. 14), S. 232; Lorenz, in: Staudinger, 2007, § 812 Rn. 46.

¹⁴⁵ Nörr/Scheyhing/Pöggeler (Fn. 9), S. 244 f.; Schwab, in: MüKo-BGB VII (Fn. 134), § 812 Rn. 210; Dörner (Fn. 2), S. 186 f.; a. A. Maurer (Fn. 14), S. 232.

¹⁴⁶ Reuter/Martinek (Fn. 129), S. 164; Schnauder (Fn. 144), S. 197.

eine Zahlungspflicht umgewandelt werden würde. Dies kann jedoch durch eine Beschränkung des Inhalts der Regressansprüche des Übernehmers auf die übernommene Verpflichtung vermieden werden. Der Altschuldner hat folglich die Leistung an den Übernehmer zu erbringen, die er ursprünglich dem Gläubiger schuldet.¹⁴⁷

c) Schuldnerschutz analog §§ 404, 406, 407 Abs. 1 BGB

Bei einer unmodifizierten Durchführung würde diese Lösung zu beachtlichen Nachteilen für den Altschuldner führen. Er könnte der Rückgriffskondition nicht die Einreden entgegenhalten, die er der Forderung des Gläubigers entgegenhalten konnte.¹⁴⁸ Zur Abwehr dieser Nachteile genügen rein bereicherungsrechtliche Mittel nicht.¹⁴⁹ Weder über eine subjektiv verstandene Wertbemessung nach § 818 Abs. 2 BGB noch über den Wegfall der Bereicherung gemäß § 818 Abs. 3 BGB können das Bestehen von Einreden, das Vorliegen einer Aufrechnungslage und das Bestehen der Verjährung angemessen berücksichtigt werden.¹⁵⁰ Einerseits schließen das bloße Bestehen einer vorübergehenden Einrede und die Möglichkeit einer Aufrechnung eine Bereicherung nicht kategorisch aus.¹⁵¹ Andererseits bestehen keine sinnvollen Kriterien zur Berechnung des Minderwerts der Befreiung von einer derartigen Forderung.¹⁵² Da der Kondiktionsanspruch mit der Schuldbefreiung entsteht, kann eine Verjährung, die erst danach eingetreten wäre, im Rahmen des § 818 BGB nicht beachtlich sein.¹⁵³

Daher ist einer Lösung innerhalb des Bereicherungsrechts eine solche außerhalb des Bereicherungsrechts vorzuziehen. Effizienten und flexiblen Schuldnerschutz verspricht eine analoge Anwendung der §§ 404, 406, 407 Abs. 1 BGB auf die nicht veranlasste Rückgriffskondition.¹⁵⁴ Ihren Grund findet die Analogie in der Ähnlichkeit der Interessenlage bei der Rückgriffskondition mit der

¹⁴⁷ Maurer (Fn. 14), S. 236; Lieder (Fn. 8), S. 130.

¹⁴⁸ Meyer (Fn. 140), S. 142.

¹⁴⁹ Canaris, Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in: FS Larenz, 1973, S. 799 (844 f.); Heinig, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 414 Rn. 201; Reuter/Martinek (Fn. 129), S. 131 ff.

¹⁵⁰ Meyer (Fn. 140), S. 142 f.; Canaris (Fn. 149), S. 844 f.; a. A. Wilhelm, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 176.

¹⁵¹ Canaris (Fn. 149), S. 845.

¹⁵² Reuter/Martinek (Fn. 129), S. 131 ff.

¹⁵³ Meyer (Fn. 140), S. 143.

¹⁵⁴ Canaris (Fn. 149), S. 845; Dörner, Die Einwendungen des Schuldners gegen den Nachbürgen, MDR 1976, 708 (713); Wendeborst, in: BeckOK-BGB (Fn. 12), § 818 Rn. 142.

Interessenlage bei der *cessio legis*.¹⁵⁵ Außerdem ist nicht erkenntlich, warum dem Bereicherungsgläubiger eine stärkere Rechtsstellung einzuräumen sein soll als dem ursprünglichen Gläubiger. Dies vermag auch der Umstand, dass der Rückgriffsanspruch auf einem anderen Rechtsgrund basiert, nicht zu begründen, weil die Rückgriffskondition auf der ursprünglichen Forderung fußt. Darüber hinaus ist eine Analogie schon deshalb geboten, weil andernfalls der Gläubiger und ein potentieller Forderungserwerber die Rechtsstellung des Gläubigers unter Zuhilfenahme der Rückgriffskondition nachteilig beeinflussen könnten.¹⁵⁶ Demnach müssen dem Kondiktionsanspruch die Einwendungen entgegengehalten werden können, die gegen die Forderung des Gläubigers begründet waren.¹⁵⁷ Daraus folgt beispielsweise, dass sich der Altschuldner gegen eine Inanspruchnahme durch den Übernehmer vor der Fälligkeit der übernommenen Schuld analog § 404 BGB zur Wehr setzen kann.¹⁵⁸ Sofern eine Aufrechnungslage vor der Schuldbefreiung bestand, kann der Altschuldner danach noch aufrechnen. Wenn die Forderung des Gläubigers inzwischen verjährt ist, steht es dem Altschuldner frei, sich auf die Verjährung zu berufen.¹⁵⁹ Falls der Altschuldner an den Gläubiger in Unkenntnis der Schuldübernahme geleistet hat, kann der Altschuldner dies dem Regressanspruch des Übernehmers in analoger Anwendung des § 407 Abs. 1 BGB entgegenhalten. Der Ausgleich der Bereicherung hinsichtlich der Leistung des Altschuldners erfolgt in diesen Fällen nach § 816 Abs. 2 BGB zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger, sodass der Übernehmer die mit einer Rückforderung verbundenen Risiken trägt.¹⁶⁰

III. Kein Recht des Schuldners auf Beibehaltung seines bisherigen Gläubigers

Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise bewirkt eine nicht veranlasste Schuldübernahme für den Altschuldner lediglich einen Gläubigerwechsel im Gewande des Regresses.¹⁶¹ Schließlich kompensieren die Regressansprüche des Übernehmers unmittelbar die Befreiung von der Schuld.¹⁶² Mithin entspricht die Wirkung einer Schuldübernahme der einer Forderungsabtretung, wenn im

¹⁵⁵ *Canaris* (Fn. 149), S. 845.

¹⁵⁶ *Meyer* (Fn. 140), S. 143 f.

¹⁵⁷ *Dörner* (Fn. 154), S. 713.

¹⁵⁸ *Maurer* (Fn. 14), S. 237.

¹⁵⁹ *Dörner* (Fn. 154), S. 713.

¹⁶⁰ *Maurer* (Fn. 14), S. 234 f.

¹⁶¹ *Dörner* (Fn. 2), S. 131.

¹⁶² *Maurer* (Fn. 14), S. 232.

Verhältnis des Altschuldners zum Übernehmer kein Rechtsgrund vorlag.¹⁶³ Daher ist im Recht der Forderungsabtretung nach einer geeigneten Wertungsparallele zu suchen.¹⁶⁴ Die §§ 398 ff. BGB selbst widersprechen der Annahme einer die analoge Anwendung des § 333 BGB rechtfertigenden Regelungslücke bei der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB.¹⁶⁵ Denn § 398 BGB enthält eine legislatorische Richtungsentscheidung zugunsten des Prinzips der Sukzessionsfreiheit.¹⁶⁶ Dies zeigt sich darin, dass eine Beteiligung des Schuldners am Abtretungsvertrag nicht notwendig ist.¹⁶⁷ In diesem Verzicht auf die Beteiligung des Schuldners liegt jedoch ein Eingriff in seine Kontrahentenwahlfreiheit, die von der Vertragsfreiheit umfasst wird.¹⁶⁸ Immerhin hat der Schuldner beim Vertragsschluss einen bestimmten Vertragspartner ausgewählt. Einen anderen Kontrahenten muss er sich grundsätzlich nicht aufdrängen lassen.¹⁶⁹ Indes würde eine unbeschränkte Umsetzung der Kontrahentenwahlfreiheit faktisch die Sukzessionsfreiheit bei Forderungsrechten aufheben, weil der Schuldner einer Abtretung nur zustimmen würde, wenn ihm der Gläubiger einen Vorteil anbieten könnte, der sein Interesse, den gegenwärtigen Gläubiger beizubehalten, übersteigt.¹⁷⁰ Deshalb hat sich das Gesetz für den Vorrang der ungestörten Zirkulationsfähigkeit von Forderungen entschieden.¹⁷¹ Die Auswirkungen eines Gläubigerwechsels auf die Rechtsposition des Schuldners werden im Gegenzug durch das Schuldnerschutzsystem der §§ 404, 406 ff. BGB dahingehend abgemildert, dass ihm kein Rechtsnachteil droht.¹⁷² Diese Vorschriften gleichen mithin den Eingriff in die Kontrahentenwahlfreiheit des Schuldners aus.¹⁷³ Deshalb hat aber ein Schuldner kein Recht auf Beibehaltung seines bisherigen Gläubigers.¹⁷⁴

Seine Kontrahentenwahlfreiheit kann der Schuldner jedoch durch eine privatautonome Vereinbarung schützen.¹⁷⁵ Gemäß § 399 Alt. 2 BGB kann er mit

¹⁶³ *Lieder* (Fn. 8), S. 130.

¹⁶⁴ *Maurer* (Fn. 14), S. 234.

¹⁶⁵ *Heinemeyer*, in: MüKo-BGB III (Fn. 111), § 414 Rn. 6; *Rieble*, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 10; *Röthel*, in: Erman I (Fn. 103), § 414 Rn. 4; *Coester-Waltjen* (Fn. 118), S. 659.

¹⁶⁶ *Lieder* (Fn. 8), S. 113 ff.

¹⁶⁷ *Müller*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 18. Aufl. 2023, § 398 Rn. 7.

¹⁶⁸ *Busche*, in: Staudinger, 2022, Einleitung zu §§ 398 ff. Rn. 2.

¹⁶⁹ *Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 125), § 398 Rn. 5.

¹⁷⁰ *Lieder* (Fn. 8), S. 114 f.

¹⁷¹ *Dörner* (Fn. 2), S. 141.

¹⁷² *Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 125), § 398 Rn. 5.

¹⁷³ *Lieder* (Fn. 8), S. 115.

¹⁷⁴ *BGH*, NJW-RR 2012, 332 (335); *Rieble*, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 10; *Lieder* (Fn. 8), S. 116.

¹⁷⁵ *Lieder*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 125), § 399 Rn. 3.

dem Gläubiger vereinbaren, dass die Abtretbarkeit einer Forderung mit absoluter Wirkung ausgeschlossen oder beschränkt ist. Insbesondere können die Parteien die Wirksamkeit der Abtretung an die Zustimmung des Schuldners binden.¹⁷⁶ Es dürfte indes kaum begründbar sein, dass einer Forderung nur auf der Seite des Gläubigers die Verkehrsfähigkeit genommen werden kann.¹⁷⁷ Jedenfalls der Umstand, dass der Schuldner die Schuldbefreiung und die daraus resultierenden Regressansprüche nach § 267 Abs. 1 S. 2 BGB allein nicht abwehren kann, vermag das nicht, weil die Parteien diese Vorschrift mit der Vereinbarung eines Übernahmeverbots regelmäßig abbedingen.¹⁷⁸ Des Weiteren bestehen keine überwiegenden Drittinteressen, aufgrund derer eine Beschränkung der Privatautonomie gerechtfertigt werden könnte.¹⁷⁹ Deshalb ist § 399 Alt. 2 BGB entsprechend auf die befreiende Schuldübernahme anzuwenden, sodass die Parteien ein Übernahmeverbot vereinbaren können.¹⁸⁰ Dadurch lassen sich auch die hinsichtlich des Vertragsprinzips gegen § 414 BGB geäußerten Bedenken zerstreuen.¹⁸¹

IV. Kein Recht des Schuldners an seiner Schuld

Letztlich steht der Annahme einer Regelungslücke bei § 414 BGB entgegen, dass nach dem deutschen Zivilrecht ein Schuldner kein Recht an seiner Schuld hat. Nach § 423 BGB kann ein vom Gläubiger mit einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass auch gegenüber den an der Vereinbarung unbeteiligten Gesamtschuldnern wirken. Gemäß § 267 Abs. 1 S. 2 BGB hindert ein entgegenstehender Wille des Schuldners den Gläubiger nicht daran, die befreiende Leistung eines Dritten anzunehmen.¹⁸² Deshalb kann aus § 397 BGB kein allgemeiner Rechtsgedanke abgeleitet werden, der besagt, dass eine Schuldbefreiung den Konsens der Parteien erfordere.¹⁸³ Zudem ist § 267 BGB hinsichtlich der Schuldübernahme gemäß § 414 BGB im Vergleich zu § 397 BGB die sachnähere Norm.¹⁸⁴ § 267 BGB berücksichtigt den Umstand, dass es dem Gläubiger grundsätzlich primär auf den Leistungserfolg und nur sekundär auf die

¹⁷⁶ *Fries/Schulze*, in: HK-BGB (Fn. 100), § 399 Rn. 5.

¹⁷⁷ *Rieble*, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 11.

¹⁷⁸ *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 397.

¹⁷⁹ *Heinig*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 414 Rn. 157.2.

¹⁸⁰ *Ebd.*; *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 397; a. A. *Dörner* (Fn. 2), S. 185.

¹⁸¹ *Rieble*, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 90.

¹⁸² *Ebd.*, § 414 Rn. 10; *Rötbel*, in: Erman I (Fn. 103), § 414 Rn. 4.

¹⁸³ *Rosch*, in: jurisPK-BGB II (Fn. 35), § 414 Rn. 21.

¹⁸⁴ *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 395.

Person des Leistenden ankommt.¹⁸⁵ Entsprechend ist die Situation des Gläubigers bei einer befreienden Schuldübernahme gestaltet. Er möchte einen womöglich leistungsunfähigen Altschuldner durch einen solventeren Übernehmer ersetzen.¹⁸⁶ Schließlich determiniert die Person des Schuldners den Wert einer Forderung.¹⁸⁷ Obwohl eine Dritteistung nach § 267 BGB dem Schuldner keineswegs zwangsläufig erwünscht ist, trägt das geltende Recht, wie sich schon an § 267 Abs. 1 S. 2 BGB zeigt, den Interessen des Schuldners nur eingeschränkt Rechnung.¹⁸⁸ Auch mit der Konstruktion des § 414 BGB gibt das Gesetz dem Interesse des Gläubigers an der Sicherstellung seiner Befriedigung den Vorzug vor den Wünschen des Schuldners.¹⁸⁹ Dafür wirkt sich eine Schuldübernahme gemäß § 414 BGB immerhin nicht zuungunsten des Altschuldners auf seinen Gegenleistungsanspruch aus. Sofern sich der Gläubiger gegenüber dem Altschuldner auf sein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB beruft, kann der Altschuldner auf die übernommene Schuld leisten. Falls sich die Schuldübernahme ohne die Zustimmung des Schuldners vollzogen hat, ist § 267 Abs. 2 BGB nicht anzuwenden, weil den Parteien des Schuldübernahmevertrags nach § 414 BGB nicht das Recht zusteht, den Altschuldner von der Leistungserbringung zu seinem Nachteil auszuschließen.¹⁹⁰ Im Falle einer Dritteistung verbleibt der Anspruch auf die Gegenleistung beim Schuldner.¹⁹¹ Sowohl durch eine Dritteistung nach § 267 BGB als auch durch eine nicht veranlasste Schuldübernahme gemäß § 414 BGB wird der Schuldner wegen der Schuldbefreiung einem Rückgriff nach den Regeln des Bereicherungsrechts ausgesetzt.¹⁹² Wenn nun aber der Widerspruch des Schuldners sogar für das Erlöschen einer Forderung durch das Bewirken der geschuldeten Leistung nach § 267 Abs. 1 S. 2 BGB unbeachtlich ist, dann kann für die im Vorfeld einer Leistung stattfindende Übernahme der Schuld gemäß § 414 BGB nichts anderes gelten. Deshalb kann auch ein *argumentum a maiore ad minus* gegen ein Zurückweisungsrecht des Altschuldners auf § 267 BGB gestützt werden.¹⁹³

¹⁸⁵ *Caemmerer*, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden, in: FS Dölle I, 1963, S. 136 (142 ff.); *Kerner*, in: jurisPK-BGB II (Fn. 35), § 267 Rn. 2; *Schulze*, in: HK-BGB (Fn. 100), § 267 Rn. 1.

¹⁸⁶ *Leible* (Fn. 3), S. 276; *Lieder* (Fn. 8), S. 129.

¹⁸⁷ *Looschelders* (Fn. 30), S. 489; *Medicus/Lorenz* (Fn. 60), S. 376.

¹⁸⁸ *Gernhuber* (Fn. 40), S. 452 f.

¹⁸⁹ *Dörner* (Fn. 2), S. 132.

¹⁹⁰ *Heinig*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 414 Rn. 142.

¹⁹¹ *Bittner/Kolbe*, in: Staudinger, 2019, § 267 Rn. 24.

¹⁹² *Grigoleit/Herresthal* (Fn. 20), S. 395.

¹⁹³ *Robe*, in: BeckOK-BGB (Fn. 12), § 414 Rn. 5; *Coester-Waltjen* (Fn. 118), S. 659; a. A. *Bayer* (Fn. 23), S. 201.

V. Konstruktive Schwierigkeiten einer Analogie zu § 333 BGB

Im Übrigen wäre eine analoge Anwendung des § 333 BGB auf Verfügungsgeschäfte, wie die befreiende Schuldübernahme, mit konstruktiven Schwierigkeiten verbunden,¹⁹⁴ da es sich bei § 333 BGB um eine auf Verpflichtungsgeschäfte zugeschnittene Vorschrift handelt.¹⁹⁵ Zwar ließe sich eine Schuldübernahme gemäß § 414 BGB ohne größere Mühen als Schuldbefreiung zugunsten Dritter verstehen.¹⁹⁶ Es wäre aber unzulässig, dem Gläubiger aufgrund der Zurückweisung den bereits erworbenen Anspruch gegen den Übernehmer mit *ex tunc*-Wirkung wieder zu entziehen, weil dem Altschuldner ansonsten gestattet wäre, eine Verfügung zu Lasten des Gläubigers zu treffen.¹⁹⁷ Daher müsste die Verpflichtung des Übernehmers im Falle einer Zurückweisung der befreienden Schuldübernahme als Schuldbeitritt erhalten werden, sodass der Urschuldner und der Beitretende nebeneinander als Gesamtschuldner verpflichtet blieben.¹⁹⁸ Einerseits wird dadurch aber der Parteiwille verzerrt,¹⁹⁹ weil der Abschluss des Schuldübernahmevertrags einen eindeutig feststellbaren Entlassungswillen des Gläubigers erfordert.²⁰⁰ Andererseits ist ein derart ausgestaltetes Zurückweisungsrecht nicht dazu geeignet, die Interessen des Schuldners zu fördern. Im Hinblick auf die Reputation des Schuldners wird kaum ein Unterschied zwischen den Auswirkungen einer kumulativen Schuldübernahme und denen einer befreienden Schuldübernahme festzustellen sein.²⁰¹ Um Regress vom Urschuldner verlangen zu können, müsste der leistende Beitretende dann auch nicht auf das Bereicherungsrecht zurückgreifen, sondern könnte nach § 426 BGB vorgehen.²⁰²

Probleme ergeben sich außerdem bei einer Anwendung des § 333 BGB auf Verfügungsgeschäfte durch die *ex tunc*-Wirkung der Zurückweisung in Bezug auf Sicherungsrechte.²⁰³ Nach § 418 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB erlöschen infolge einer Schuldübernahme alle akzessorischen Sicherungsrechte, wenn der Sicherungsgeber nicht in die Schuldübernahme eingewilligt hat.²⁰⁴ Auf nicht

¹⁹⁴ Maurer (Fn. 14), S. 231 f.; Kleinschmidt (Fn. 4), S. 287.

¹⁹⁵ Rieble, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 9.

¹⁹⁶ Dörner (Fn. 2), S. 131.

¹⁹⁷ Kleinschmidt (Fn. 4), S. 290.

¹⁹⁸ Larenz (Fn. 10), S. 603; Fikentscher/Heinemann (Fn. 41), Rn. 755.

¹⁹⁹ Rieble, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 9.

²⁰⁰ Röhbel, in: Erman I (Fn. 103), § 414 Rn. 5 f.

²⁰¹ Dörner (Fn. 2), S. 131.

²⁰² Schwab, in: MüKo-BGB VII (Fn. 134), § 812 Rn. 213.

²⁰³ Maurer (Fn. 14), S. 230.

²⁰⁴ Fries/Schulze, in: HK-BGB (Fn. 100), § 418 Rn. 1 f.

akzessorische Sicherheiten ist die Norm entsprechend anzuwenden.²⁰⁵ Das Erlöschen der Sicherheiten ist mit der planwidrigen Risikoveränderung, die der Schuldnerwechsel für den Sicherungsgeber bewirkt, zu begründen.²⁰⁶ Erlöschene Sicherheiten müssten jedoch aufgrund der Rückwirkung der Zurückweisung wieder aufleben.²⁰⁷ Die damit einhergehende Rechtsunsicherheit kann den Sicherungsgebern aber nicht zugemutet werden. Sie haben ein schützenswertes Interesse daran, zu wissen, ob sie damit rechnen müssen, dass sie der Gläubiger in Anspruch nimmt.²⁰⁸ Auch könnten die Sicherungsgeber keinen Einfluss auf die Beendigung dieser Schwebelage nehmen, weil die Entscheidung über die Ausübung des Zurückweisungsrechts allein dem Altschuldner zustünde.²⁰⁹ Es wird versucht, diese Bedenken bezüglich des Interesses des Rechtsverkehrs an klaren Rechtsverhältnissen mit dem Umstand zu relativieren, dass Verfügungsgeschäfte grundsätzlich aufschiebend oder auflösend bedingt werden können.²¹⁰ So kann beispielsweise eine Schuldübernahme auflösend bedingt werden. Das hat zur Folge, dass im Fall des Bedingungseintritts die Schuld wieder an den Altschuldner zurückfällt.²¹¹ Sofern die Schuldübernahmewirkung jedoch einmal eingetreten ist, ist der Verlust von Sicherungsrechten gemäß § 418 BGB endgültig.²¹²

C. Conclusio

Abschließend bleibt festzuhalten, dass sich ein Zurückweisungsrecht des Altschuldners bei einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB allenfalls aus einer Analogie zu § 333 BGB ergeben könnte. Dies setzt jedoch voraus, dass eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz und Wertungsgleichheit bestehen.²¹³

Als zweiseitiger Vertrag bedarf eine Schuldübernahme gemäß § 414 BGB nicht der Beteiligung des Altschuldners. Darin liegt eine Beeinträchtigung seiner negativen Vertragsfreiheit. § 414 BGB weicht damit vom Vertragsprinzip ab.²¹⁴

Im Gegensatz dazu verlangt der Erlass nach § 397 BGB eine Willenseinigung zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger. Jedoch entspricht die Wirkung des

²⁰⁵ *Robe*, in: BeckOK-BGB (Fn. 12), § 418 Rn. 2.

²⁰⁶ *Medicus/Lorenz* (Fn. 60), S. 378 f.

²⁰⁷ *Maurer* (Fn. 14), S. 230 f.

²⁰⁸ *Kleinschmidt* (Fn. 4), S. 288; *Maurer* (Fn. 14), S. 231.

²⁰⁹ *Maurer* (Fn. 14), S. 231.

²¹⁰ *Bayer* (Fn. 23), S. 200.

²¹¹ *Heinig*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 21), § 414 Rn. 160.

²¹² *Rieble*, in: Staudinger, 2022, § 414 Rn. 81.

²¹³ Siehe oben **B**.

²¹⁴ Siehe oben **B. II**.

Erlasses im Verhältnis zum Gläubiger für den Altschuldner der Wirkung einer befreienden Schuldübernahme. Deshalb scheint § 397 BGB *prima facie* im Widerspruch zu § 414 BGB zu stehen. Darauf aufbauend wird befürchtet, dass das Vertragserfordernis des § 397 BGB mit Hilfe der Regelung des § 414 BGB umgangen werden könnte, wenn dem Altschuldner kein Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB zustünde.²¹⁵

Einerseits kann diese Argumentation nicht *a priori* verworfen werden, da ein einseitiger Verzicht auf Forderungen nicht möglich ist.²¹⁶ Andererseits kann sie nicht durch einen Verweis auf den unzulässigen Erlass zugunsten Dritter bekräftigt werden.²¹⁷

Indes muss der Zweck des Vertragsprinzips bei § 397 BGB beachtet werden. Dieser liegt weder in der Abwendung von Nachteilen für den Schuldner²¹⁸ noch im *actus contrarius*-Gedanken.²¹⁹ Stattdessen soll dadurch verhindert werden, dass sich der Schuldner einen Vorteil aufdrängen lassen muss. Der Schutz vor der Aufdrängung eines Vorteils stellt einen Grundgedanken des BGB dar, der auch selbst zur Begründung einer Regelungslücke bei § 414 BGB angeführt wird.²²⁰

Um den Dritten vor einem unerwünschten Rechtserwerb zu schützen, steht ihm nach § 333 BGB im Rahmen des Vertrags zugunsten Dritter ein Zurückweisungsrecht zu. Es fungiert als Ausgleich für die Abweichung vom Vertragsprinzip.²²¹ Auch § 516 BGB stellt sicher, dass dem Beschenkten kein Vorteil aufgedrängt werden kann.²²²

Im Unterschied zum Erlass kann dem Altschuldner durch eine Schuldübernahme gemäß § 414 BGB jedoch kein Vorteil aufgedrängt werden. Der Altschuldner wird lediglich aus dem Schuldverhältnis mit dem Gläubiger ausgeschlossen. Rückgriffsansprüche des Übernehmers können sich aus den §§ 684 S. 1, 812 ff. BGB oder unmittelbar aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ergeben. Demgemäß steht die Regelung des § 414 BGB nicht im Widerspruch zu § 397 BGB.²²³

²¹⁵ Siehe oben **B. II. 1.**

²¹⁶ Siehe oben **B. II. 1. a).**

²¹⁷ Siehe oben **B. II. 1. b).**

²¹⁸ Siehe oben **B. II. 2.**

²¹⁹ Siehe oben **B. II. 2. a).**

²²⁰ Siehe oben **B. II. 2. b).**

²²¹ Siehe oben **B. II. 2. b) aa).**

²²² Siehe oben **B. II. 2. b) bb).**

²²³ Siehe oben **B. II. 3.**

Der Regress des Übernehmers ist weder nach § 685 BGB noch nach § 814 BGB noch entsprechend § 814 BGB ausgeschlossen.²²⁴ Inhaltlich sind die Ansprüche des Übernehmers auf die Rückübernahme der Schuld gerichtet. Scheitert dies am Widerstand des Gläubigers, so schuldet der Altschuldner nach § 818 Abs. 2 BGB regelmäßig Wertersatz. Falls die übernommene Verpflichtung jedoch nicht in der Leistung von Geld bestand, hat der Altschuldner die Leistung an den Übernehmer zu erbringen, die er dem Gläubiger schuldete.²²⁵ In Bezug auf den Regress des Übernehmers ist die Rechtsstellung des Altschuldners durch die analoge Anwendung der §§ 404, 406, 407 Abs. 1 BGB ausreichend geschützt.²²⁶

Wegen der Regressansprüche des Übernehmers vollzieht sich für den Altschuldner nur ein Gläubigerwechsel. § 398 BGB zeigt aber, dass ein Schuldner kein Recht auf Beibehaltung seines bisherigen Gläubigers hat. Dafür kann der Altschuldner ein Übernahmeverbot entsprechend § 399 Alt. 2 BGB mit dem Gläubiger vereinbaren.²²⁷

Der Schuldner hat kein Recht an seiner Schuld. Dies belegen die §§ 267, 423 BGB. Insbesondere die Parallelen zu § 267 BGB verdienen Beachtung. Wenn es der Schuldner hinnehmen muss, dass ein Dritter nach § 267 BGB an seiner statt befreiend leistet, kann für die Übernahme der Schuld nach § 414 BGB nichts anderes gelten.²²⁸

Mithin ergibt sich aus der Gesamtheit der vorstehend genannten Gründe, dass dem Altschuldner *de lege lata* kein Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB bei einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB zu gewähren ist, weil es bereits an einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz fehlt. Im Übrigen wäre ein Zurückweisungsrecht analog § 333 BGB nicht zur Förderung der Interessen des Altschuldners geeignet, weil die zurückgewiesene Schuldübernahme in einen Schuldbeitritt umgedeutet werden müsste. Zudem würde die Rückwirkung eines derartigen Zurückweisungsrechts die Belange etwaiger Sicherungsgeber maßgeblich beeinträchtigen.²²⁹ Deshalb ist ein Zurückweisungsrecht, wie es § 333 BGB für den Dritten im Falle eines Vertrags zugunsten Dritter nach § 328 BGB vorsieht, für den Altschuldner bei einer Schuldübernahme gemäß § 414 BGB auch *de lege ferenda* nicht zu befürworten.

²²⁴ Siehe oben **B. II. 3. a).**

²²⁵ Siehe oben **B. II. 3. b).**

²²⁶ Siehe oben **B. II. 3. c).**

²²⁷ Siehe oben **B. III.**

²²⁸ Siehe oben **B. IV.**

²²⁹ Siehe oben **B. V.**

Andor Bischof*

Das neue Gesellschaftsregister für Gesellschaften bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG

Abstract

Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts ist am 1.1.2024 in Kraft getreten. Es reformiert das Personengesellschaftsrecht so umfassend wie seit dessen Schaffung nicht mehr. Dabei ist eine neue Registrierungsmöglichkeit für Gesellschaften bürgerlichen Rechts das Kernstück der neuen Regelungen. Dieser Beitrag setzt sich mit diesem Novum auseinander und hinterfragt die gesetzgeberischen Entscheidungen im Hinblick auf Effektivität der Reform und Rechtssicherheit der geschaffenen Rechtslage.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Der Beitrag beruht auf einer Seminararbeit, die im Wintersemester 2023/24 im Rahmen des Seminars „Aktuelle Fragen des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts“, ausgerichtet von Prof. *Dr. Dirk Verse, M.Jur. (Oxford)*, Prof. *Dr. Alfred Bergmann (VRiBGH a. D.)* und *Dr. Michael Brellocks, LL.M.*, erstellt wurde.

A. Einleitung

Der Regierungsentwurf zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)¹ wertet die alte Rechtslage als überholt.² Die Rechtspraxis widersprach aufgrund einer umfassenden Rechtsfortbildung³ insbesondere im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR; BGB-Gesellschaft) teils gesetzlichem Leitbild und Systematik.⁴ Der Rechtsverkehr wurde durch die nicht bestehende Subjektpublizität der rechtsfähigen GbR beeinträchtigt.⁵ Diesem Befund stimmt die allgemeine Meinung⁶ zu. Die „Jahrhundertreform“⁷ soll eine weitgehend systemimmanente Angleichung an die Rechtswirklichkeit⁸ herstellen.

Ein Novum ist die beginnend mit *Karsten Schmidt*⁹ 1983 von der Literatur¹⁰ geforderte Registrierungsmöglichkeit von BGB-Gesellschaften. Es ist

¹ BGBl. 2021, Nr. 53 vom 17.8.2021, S. 3436.

² Vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 1 f.

³ Exemplarisch BGHZ 146, 341 ff.; 154, 88 ff.

⁴ *Fleischer*, Ein Rundgang durch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DStR 2021, 430 (430 f.); *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (453, 507 ff.); *Schäfer*, Gutachten E, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. E 10; *Dex.*, Reformbedarf des geltenden Rechts und Schwerpunkte des neuen Personengesellschaftsrechts, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 1; *K. Schmidt*, ZHR 177 (2013), 713 (713 f.); *Wicke*, Reform des Personengesellschaftsrechts aus Sicht der Gestaltungspraxis, DNotZ 2017, 261 (262).

⁵ *Heckschen*, Der so genannte „Mauracher Entwurf“ – ein positiver Schritt zur Reform des Personengesellschaftsrechts, NZG 2020, 761 (763); *Otte-Grübener*, Umfassende Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BB 2020, 1295 (1295).

⁶ Siehe nur *Röder* (Fn. 4), S. 452 ff.; *Schäfer* (Fn. 4), § 1 Rn. 1; *K. Schmidt*, ZHR 185 (2021), 16 (18).

⁷ So teils die Bezeichnung in der Literatur, siehe nur *Bolkart*, Das Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), MittBayNot 2021, 319 (319); *Heckschen/Nolting*, Das MoPeG ist verkündet – Verbesserungen am Gesetz noch auf der Zielgeraden, BB 2021, 2946 (2946); *Kruse*, Das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und seine Auswirkungen aus Praktikersicht, DStR 2021, 2412 (2412); *K. Schmidt* (Fn. 6), S. 16.

⁸ BT-Drucks. 19/27635, 2, S. 101; *Bergmann*, Der Mauracher Gesetzesentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994 (994); *Fleischer* (Fn. 4), S. 438.

⁹ *K. Schmidt*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1983, S. 413, 508.

¹⁰ „Jenenser Appell“ in *Bayer/Koch*, Die BGB-Gesellschaft im Grundbuch, S. 97 (97 f.); *Krüger*, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und das Grundbuch – causa infinita, NZG 2010, 801 (804 f.); *Röder* (Fn. 4), S. 464; *K. Schmidt*, Die BGB-Außengesellschaft: rechts- und parteifähig, NJW 2001, 993 (1002); *Ulmer*, Die rechtsfähige GbR: auf Umwegen im

klärungsbedürftig, ob das MoPeG diesbezüglich tatsächlich den Titel „Jahrhundertreform“ tragen sollte. Es gilt, einzelne Entscheidungen des Gesetzgebers zu hinterfragen und diskussionswürdige Konflikte zu beleuchten. Potenziale ebenso wie Defizite werden dargestellt.

B. Reformbedarf der bestehenden Rechtslage

I. Defizitäre Publizität durch Objektregister

Seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR durch den *BGH*¹¹ war keine unmittelbare Eintragung der Gesellschaft in ein öffentliches Register vorgesehen. Über eine sekundäre Registrierung¹² wurde in Objektregistern wie dem Grundbuch durch Eintragung der GbR, nach § 47 Abs. 2 GBO a. F. auch ihrer Gesellschafter, eine Zuordnung hergestellt. Kraft dieser bestand sogenannte Objektpublizität. Nicht überprüfbar waren jedoch die aktuellen Vertretungsverhältnisse, die Aktualität des Gesellschafterbestandes oder die Existenz der Gesellschaft. Aufgrund der Flexibilität der GbR können sich diese Umstände schnell formfrei verändern. Plastisch wird dies am Beispiel der ARGE – Weißes Ross, die zum Zeitpunkt des historischen Judikats des *BGH* nicht mehr existierte.¹³ Die Handlungsfähigkeit der GbR kann einem Objektregister nicht verlässlich entnommen werden. Es bestand keine Anteilspublizität¹⁴ im Sinne einer Offenkundigkeit der Identität der Gesellschaft.¹⁵ Auch der im Einzelnen umstrittene¹⁶ § 899a BGB a. F. heilte diese

Grundbuch angekommen, ZIP 2011, 1689 (1691); *Wertenbruch*, Die Parteifähigkeit der GbR – die Änderungen für die Gerichts- und Vollstreckungspraxis, NJW 2002, 324 (329).

¹¹ BGHZ 146, 341 ff.

¹² *Schöpflin*, Primäre Registerpflicht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?, NZG 2003, 606 (607).

¹³ *BGH*, NJW 2002, 1207 f.; siehe auch zum Hintergrund der Entscheidung *Prittting*, Die Parteifähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Methodenproblem, in: FS Wiedemann, 2002, S. 1177 (1180 f.).

¹⁴ Zum Begriff *Bergmann*, Die BGB-Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter in oHG und KG, ZIP 2003, 2231 (2235 f.).

¹⁵ Allg. Ansicht, vgl. weniger differenzierend *Baschnagel/Hilser*, Die GbR und ihre registerrechtliche Behandlung nach dem MoPeG, notar 2023, 167 (167); *Hermanns*, Register für die GbR, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 2 Rn. 1; *Luy/Sorg*, Die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des neuen Gesellschaftsregisters, DNotZ 2023, 657 (657).

¹⁶ Siehe dazu *Bormann/Kraus*, Grundbuchrechtliche Aspekte des Gesellschaftsregisters, in: FS Heidinger, 2023, S. 47 (50); *Heinze*, Die Veräußerung von Grundbesitz durch Gesellschaften des bürgerlichen Rechts – Offene Fragen zu § 899a Satz 2 BGB und Möglichkeiten vertraglicher Gestaltung, DNotZ 2016, 344 (344).

defizitäre Publizität nicht.¹⁷ Dieser Mangel führte zu einem Informationsdefizit des Rechtsverkehrs. Rechtssicheres Kontrahieren war nur schwerlich möglich.¹⁸ Ein Subjekt, das nicht greifbar ist, kann einem Objekt unmöglich zugeordnet werden. Objektpublizität kann also ohne Subjektpublizität nicht sinnvoll bestehen.¹⁹ Erst die Verknüpfung beider, die nur effektiv durch ein öffentliches Register für Gesellschaften bürgerlichen Rechts hergestellt werden kann,²⁰ erzeugt eine den Verkehrsbedürfnissen entsprechende Wirkung.²¹

II. Firmenbestattungen

Ein Folgeproblem der Registerlosigkeit der GbR waren im Zusammenhang mit Insolvenzen sogenannte Firmenbestattungen.²² Insolvenzbedrohte Rechtsträger wandelten sich in registerlose GbRs um. Indem anschließend mehrere Veränderungen im Gesellschafterbestand vorgenommen wurden und durch vermeintliche Aufgabe des Verwaltungssitzes an ein anderes Insolvenzgericht verwiesen wurde, konnten die ursprünglichen Schuldner nicht mehr ermittelt werden.²³

III. Sicherung des Rechtsverkehrs durch Reform

Die obigen Defizite schädigten den Rechtsverkehr. Eine Heilung ist möglich, allerdings nur im Rahmen einer weitreichenden Reform.²⁴ Dem MoPeG kommt primär die Aufgabe der Mängelbeseitigung²⁵ zu. Inwiefern dies gelingt, wird im Folgenden untersucht.

¹⁷ *Bergmann* (Fn. 8), S. 996; *Schäfer*, Grundzüge des neuen Personengesellschaftsrecht nach dem Mauracher Entwurf, ZIP 2020, 1149 (1151).

¹⁸ Vgl. *Heckschen* (Fn. 5), S. 763.

¹⁹ *Sefrin*, Die Grundbuchpublizität – Kein Formalismus, sondern Garant für Rechtssicherheit, MittBayNot 2010, 268 (271); *Wimmer*, Ein Register für die GbR, DZWIR 2020, 379 (380).

²⁰ *Hermanns* (Fn. 15), § 2 Rn. 2; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39 (43); *Noack*, Von Maurach in die Welt – Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts im Überblick, NZG 2020, 581 (582).

²¹ *K. Schmidt* (Fn. 10), S. 1002.

²² BT-Drucks. 19/27635, S. 134, 267; *Wicke*, Referat, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. O 39.

²³ Siehe zum Verfahren im Detail *Kleindieck*, Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte "Firmenbestattung", ZGR 2007, 276 (277 ff.); *Werner*, Die Firmenbestattung, NZWiSt 2013, 418 (418 ff.).

²⁴ *Schäfer*, in: MüKo-BGB VII, 9. Aufl. 2024, Vor § 705 Rn. 27.

²⁵ *Schollmeyer*, Die Personengesellschaft in der Umwandlung, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 12 Rn. 1.

C. Funktionsweise der neuen Registrierung

In der Diskussion wurde ein Ausbau der Objektregisterregelungen verworfen.²⁶ Anstelle dessen führt das MoPeG ein sogenanntes Gesellschaftsregister²⁷ ein, das nun in §§ 707 ff. BGB n. F. geregelt ist.

I. Vergleich des Gesellschaftsregisters mit dem Handelsregister

Eine Registrierung der BGB-Gesellschaften hätte neben der Schaffung eines neuen Gesellschaftsregisters auch durch die Öffnung des Handelsregisters²⁸ oder durch die Errichtung eines einheitlichen Registers für alle Rechtsträger²⁹ realisiert werden können. Beide Varianten hätten für sich gehabt, dass ein erhöhtes Maß an Übersichtlichkeit generiert worden wäre. Jedoch war der legislatorische Aufwand für eine Gesamtregisterlösung zu hoch.³⁰ Bei einer Handelsregisterimplementierung wäre dieser geringer ausgefallen.³¹ Sie wäre naheliegend im Zuge des Leitbildwechsels³² der GbR von der Gelegenheitsgesellschaft zur auf Dauer angelegten, am Rechtsverkehr partizipierenden Gesellschaft. Zudem wäre die praktische Handhabung bekannt. Die Praxis hätte geringe Anpassungsschwierigkeiten. Die Reform wäre weniger regelungsintensiv.

Das neue Gesellschaftsregister ist indes eng an das Handelsregister angelehnt.³³ Es wird nach § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 8 HGB ebenso elektronisch geführt. Durch eine dynamische Generalverweisung³⁴ der neuen

²⁶ BT-Drucks. 19/27635, S. 108.

²⁷ Kritik zum Begriff siehe *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, Die geplante Reform des Personengesellschaftsrechts: Gesellschaftsrechtliche Grundfragen und steuerliche Implikationen, ZIP-Beilage 42 (2021), 3 (12); *Krafka*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.1.2024, § 707 Rn. 3; *Wimmer* (Fn. 19), S. 382.

²⁸ Vgl. dazu *K. Schmidt* (Fn. 9), S. 508; *Wicke* (Fn. 4), S. 263.

²⁹ *Krafka* (Fn. 27), Rn. 3.1; *Hippeli*, Zur avisierten Reform des Personengesellschaftsrechts, DZWIR 2020, 386 (392); *Kiehnle*, „Fehlen der Kaufmannseigenschaft“ und neues Gesellschaftsregister: § 707a III 1 BGB nF, NZG 2023, 1060 (1064); *Noack*, Die Gesellschaftsregisterverordnung, ZPG 2023, 95 (95); vgl. auch das französische *Régistre du Commerce et des Sociétés*.

³⁰ *Noack* (Fn. 29), S. 95.

³¹ *Altmeyden*, Kritischer Zwischenruf zum „Mauracher Entwurf“, NZG 2020, 822 (822 f.); *Schall*, Eine dogmatische Kritik am „Mauracher Entwurf“ zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZIP 2020, 1443 (1444); *Wicke* (Fn. 4), S. 263, die daher eine Handelsregisterimplementierung forderten.

³² BT-Drucks. 19/27635, S. 2, 105.

³³ BT-Drucks. 19/27635, S. 109, 213; zur Geltung von § 15 HGB siehe unten **C. II. 2. d) aa).**

³⁴ *Noack* (Fn. 29), S. 96.

Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) in § 1 Abs. 1 GesRV werden die Vorschriften der bekannten Handelsregisterverordnung für entsprechend anwendbar erklärt. Dies verspricht einen geringen Anpassungsaufwand³⁵ und damit faktisch eine ähnlich geringe Regelungsintensität wie eine Handelsregisterimplementierung. Zwar trifft zu, dass die Schaffung eines neuen Registers aufwendiger ist, im Rahmen einer ernstgemeinten Reform kann der Aufwand allein jedoch nicht ausschlaggebend sein. Das neue Register reflektiert zudem die Unterscheidung kaufmännischer und nicht kaufmännischer Personengesellschaften.³⁶ Das ist systematisch mit dem Partnerschaftsregister kongruent. Die gesetzliche Fiktion des § 2 S. 1 HGB hätte bewirkt, dass jedes im Handelsregister registrierte Gewerbe, ein Handelsgewerbe i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB wäre. Die dem Handelsgesetzbuch inhärente Differenzierung zwischen Gewerbe und Handelsgewerbe wäre auf diese Weise aufgehoben. Unternehmenstragende GbRs, bei denen ein Gewerbebetrieb zu bejahen ist, würden stets in das Sonderprivatrecht der Kaufleute gedrängt. Dies ist unbillig. Ein eigenes Register für GbRs überzeugt daher als konsequenter und besserer Lösungsweg.³⁷

II. Eintragung im Gesellschaftsregister

1. Freiwilligkeit der Eintragung

a) „Nudging“ anstelle einer Eintragungspflicht

Naheliegender ist eine generelle Eintragungspflicht für alle GbRs. Diese Anlehnung an das Modell der OHG wäre mit dem vollzogenen Leitbildwechsel stimmig. Im Idealfall erzeugt eine generelle Pflicht breitflächig Transparenz. Eine Registeranmeldung produziert jedoch organisatorischen und finanziellen Aufwand. Dieser könnte zwar für einige GbRs angemessen sein, insbesondere Gelegenheitsgesellschaften jedoch unverhältnismäßig belasten.³⁸

Mangels Publizität können nur Vermutungen angestellt werden, wie viele GbRs es in Deutschland gibt.³⁹ Eine Überforderung der Registergerichte wäre allerdings durch eine generelle Registrierungspflicht gewiss. GbRs sind vielschichtig und in ihrer Ausgestaltung sehr variabel. Eine präzise Einteilung

³⁵ *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 659.

³⁶ BT-Drucks. 19/27635, 2, S. 101, 213.

³⁷ Siehe dazu *Herrler* (Fn. 20), S. 45; *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1295; *Dies.*, Reform des Personengesellschaftsrechts, in: FS Grunewald, 2021, S. 613 (619).

³⁸ BT-Drucks. 19/27635, S. 128; *Herrler* (Fn. 20), S. 47; *Roßkopf*, Referat, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, 2016, S. O 14 f.

³⁹ *Wobst*, Verfügungen von Bestands-GbR über ihre Grundstücke vor und nach Inkrafttreten des MoPeG, ZPG 2023, 58 (59) vermutet „Hunderttausende“.

über grobe Kategorien wie Erwerbsgesellschaft und Gelegenheitsgesellschaft fällt schwer. Es überzeugt daher, dass auch eine abgeschwächte, kriterienbasierte Eintragungspflicht aufgrund ihrer Unschärfe abgelehnt⁴⁰ wurde.

Der Gesetzgeber entschied sich für ein Eintragungswahlrecht. Nach § 707 Abs. 1 BGB n. F. kann sich eine GbR zur Eintragung anmelden, muss es aber nicht. Eine Auswertung zur weitgehend ungenutzten⁴¹ Eintragungsoption der Kann-OHG nach § 105 Abs. 2 HGB a. F. veranlasste dazu, die Eintragung im Gesellschaftsregister attraktiver zu gestalten. Daher schuf man ein Anreizsystem. Bestimmte Privilegien sind die „Nudges“ (motivierende Impulse) für eine Eintragung.⁴² Namentlich sind dies die Errichtung eines Vertragssitzes, die publizitätsgetragene Disposition der Vertretungsregelungen und vollständige Umwandlungsfähigkeit. Auch erwartet der Gesetzgeber gesteigerte Seriosität von eingetragenen BGB-Gesellschaften.⁴³

b) Einschränkung durch Voreintragungserfordernisse

aa) Funktionsweise

Der Hauptzweck von Publizität ist Verkehrssicherheit. Sie darf nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen, indem diese eine unbeschränkte Eintragungswahlfreiheit genießen.⁴⁴ Deswegen schuf der Gesetzgeber durch Voreintragungserfordernisse einen mittelbaren Zwang zur Eintragung,⁴⁵ der die Registrierungsfreiheit einschränkt. Diese, in Form von § 47 Abs. 2 GBO n. F., § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F. und § 67 Abs. 1 S. 3 AktG n. F., sind rein verfahrensrechtliche Voraussetzungen.⁴⁶ Ist eine Eintragung oder Änderung in einem Objektregister gewünscht, hat die Registrierung der GbR zu erfolgen.⁴⁷ Anderenfalls können Verfügungen, die vom Verfahrensrecht materiell

⁴⁰ BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁴¹ Röder (Fn. 4), S. 466.

⁴² Siehe dazu unter **C. II. 2. b).**

⁴³ Vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁴⁴ Röder (Fn. 4), S. 467.

⁴⁵ Vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁴⁶ Siehe zu gewerblichen Schutzrechten Schäfer (Fn. 4), § 1 Rn. 28.

⁴⁷ Ausführlich John, Das Gesellschaftsregister gemäß MoPeG, NZG 2022, 243 (244 ff.); Lay/Sorg (Fn. 15), S. 661 ff.; Stock, Die gesellschaftsrechtlichen Voreintragungserfordernisse nach dem MoPeG, NZG 2023, 361 (362 ff.).

grundsätzlich unabhängig sind, nicht vollzogen werden. Es handelt sich nicht um Pflichten, sondern um Eintragungsobliegenheiten.⁴⁸

Mit Wirkbeginn des MoPeG gelten die Voreintragungserfordernisse auch für Bestands-GbRs (etwa nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F.⁴⁹ für das Grundbuch). Auch Altgesellschaften werden auf diese Weise sanft zur Eintragung gedrängt. In Anbetracht des Reformzieles umfassender Publizität ist dies konsequent.

bb) Kritik an Voreintragungserfordernissen

Neben der zu erwartenden, aber unvermeidbaren Anmeldeflut, die zu einem temporären Registerstau führen dürfte,⁵⁰ entstehen weitere Schwierigkeiten. Der verfahrensrechtliche Charakter der Voreintragungsobliegenheiten kann zu Vollzugsblockaden von materiell wirksamen Rechtsgeschäften führen.⁵¹ Eine GbR kann, auch wenn sie nicht eingetragen ist, Geschäftsanteile einer GmbH wirksam erwerben. Die nach § 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GmbHG vom Notar unverzüglich einzureichende Gesellschafterliste kann nicht erstellt werden, solange die GbR nicht im Gesellschaftsregister registriert ist (§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F.). Die verkehrsrelevante Publizität des Vorgangs ist nur deklaratorisch nachgeschaltet und liegt allein im Verantwortungsbereich der GbR.⁵² Etwa indem die Haftung des § 16 Abs. 1, 2 GmbHG durch beliebige Eintragungsverzögerungen umgangen werden kann, ruft dieser Zustand Rechtsunsicherheit hervor und wurde vom Gesetzgeber nicht bedacht.⁵³

c) Kritik zum Verhältnis von Eintragung und Rechtsfähigkeit

Entscheidend für das Verhältnis von Eintragung und Rechtsfähigkeit ist, ob die Registrierung konstitutiv oder deklaratorisch wirkt. Das MoPeG verfolgt letzteren Ansatz. Nach §§ 705 Abs. 2, 719 Abs. 1 BGB n. F. orientiert sich die

⁴⁸ *Hermanns*, Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) – Entstehung und Überblick, DNotZ 2022, 3 (6); *Herrler* (Fn. 20), S. 50; *John* (Fn. 47), S. 244.

⁴⁹ Ausführlich zu Grundstücksverfügungen *Wobst* (Fn. 39), S. 58 ff.

⁵⁰ So *Heckschen/Knaier*, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch der Personengesellschaften, 88. EL 2024, § 9 Rn. 228b; *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 660.

⁵¹ Siehe dazu unter **C. II. 3. b) bb) (1)**.

⁵² Siehe zum Umgang mit diesem Problem unter **C. II. 3. b)**.

⁵³ Siehe dazu *Heckschen/Knaier* (Fn. 50) § 9 Rn. 230c; *Heckschen/Nolting* (Fn. 7), S. 2947; *Stöck* (Fn. 47), S. 369.

Rechtsfähigkeit einer GbR an dem nach außen getretenen Willen der Gesellschafter, am Rechtsverkehr teilzunehmen.⁵⁴

Insbesondere mit Bedenken hinsichtlich der gewonnenen Verkehrssicherheit wurde im Voraus teils eine Eintragung mit konstitutiver Wirkung gefordert.⁵⁵ Vertreten wurde, nur durch ein strenges Normativsystem⁵⁶ könne das Publizitätsdefizit der GbR beseitigt, Rechtssicherheit vollständig geschaffen werden⁵⁷ und Deutschland im Wettbewerb der Rechtsordnungen bestehen.⁵⁸ Eine deklaratorische Eintragung sei dagegen ein übermäßiges Zugeständnis an die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter zulasten des Rechtsverkehrs.⁵⁹ Daran ist insbesondere zutreffend, dass eine deklaratorisch freiwillige Eintragung weiterhin Transparenzdefizite zulässt.

Gelegenheitsgesellschaften benötigen regelmäßig keine Rechtsfähigkeit.⁶⁰ Der Einwand eines vermeintlich konfligierenden praktischen Bedürfnisses⁶¹ überzeugt daher nicht. In einem strengen Normativsystem gäbe es die rechtsfähige Gelegenheitsgesellschaft nicht mehr. Eine rein schuldrechtliche Ausgestaltung würde aber die Interessen derjenigen, die bislang einen derartigen Zusammenschluss wählten, ausreichend befriedigen.⁶² Eine Fahrgemeinschaft als Lehrbuchbeispiel einer Gelegenheitsgesellschaft benötigt nicht zwingend Rechtsfähigkeit. Warum in Kenntnis der praktischen Probleme eine Gesellschaft, die nicht am Verkehr teilnimmt, weiterhin Rechtssubjektivität haben sollte, ist unverständlich.

⁵⁴ Näher dazu *Verse/Tassius*, Die Entstehung der rechtsfähigen GbR im reformierten Personengesellschaftsrecht, in: FS Grunewald, 2021, S. 1159 (1160 ff.).

⁵⁵ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 3; *Habersack*, Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – aber wie?, ZGR 2020, 539 (556); *Heckschen* (Fn. 5), S. 762; *Röder* (Fn. 4), S. 471 ff.; *Wicke* (Fn. 4), S. 263.

⁵⁶ Siehe zur österreichischen und französischen Rechtslage *Fleischer/Heinrich/Pendl*, Reform der österreichischen Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ein Vorbild für Deutschland?, NZG 2016, 1001; *Fleischer/Pendl*, Ein Register für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts – Teil-2, WM 2019, 2185 (2186 ff.).

⁵⁷ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27) S. 11, 14; *Fleischer/Pendl* (Fn. 56), S. 2189; *Röder* (Fn. 4), S. 471 f.

⁵⁸ *Heckschen* (Fn. 5), S. 762 f.

⁵⁹ Vgl. *Habersack* (Fn. 55), S. 551; *Röder* (Fn. 4), S. 467.

⁶⁰ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 15; a. A. *Schöpflin* (Fn. 12), S. 607.

⁶¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 104, 108.

⁶² *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 15; *Fleischer/Pendl* (Fn. 56), S. 2186, die auf die Beliebtheit der nicht eingetragenen und daher nicht rechtsfähigen *société de fait* und der *société en participation* in Frankreich hinweisen.

Lückenlose Transparenz gäbe es nur, wäre tatsächlich jede GbR registriert.⁶³ Dies wurde vom Gesetzgeber erkannt. Er schuf ein Eintragungswahlrecht, welches in Kombination mit positiven Anreizen und faktischem Zwang zur Registrierung viele Eintragungen motivieren und damit breitflächig Publizität herstellen soll.⁶⁴ Treffend weist *Herrler* darauf hin, dass die Voreintragungserfordernisse den Kern der Registrierung bilden.⁶⁵ Es trifft zu, dass der Umgang mit registrierten Rechten von Publizität begleitet werden muss. Aber auch außerhalb der Objektregister existiert ein Rechtsverkehr, der auf Publizität angewiesen ist. Ungeachtet der teils zweifelhaften Ausgestaltung⁶⁶ lastet auf den Voreintragungserfordernissen eine zu hohe Erwartung zur Bewältigung des gesamten Problems. Verbleibende Lücken sollen durch Eintragungsanreize geschlossen werden. Zwar wird der *Lock-in-Effekt*⁶⁷ des Registers entgegen mancher Einwände⁶⁸ Registrierungsvorhaben nicht ernsthaft behindern,⁶⁹ das Anreizsystem ist jedoch an anderer Stelle defizitär.⁷⁰ Beispielsweise befand man eine Eintragungspflicht für eine Vielzahl von GbRs als unverhältnismäßig, da dies der Gesellschaft ihre Flexibilität raube.⁷¹ Insbesondere bezieht sich dies auf Gelegenheitsgesellschaften und solche bestehend aus Verbrauchern und anderen Geschäftsunerfahrenen. Jene wirtschaftlichen Laien werden die Registrierungsfolgen in der Regel nicht überblicken können.⁷² Ein mittelbarer Zwang wird nicht erzeugt. Es besteht aus ihrer Perspektive kein Grund zur Eintragung. Publizitätslücken können so nicht flächendeckend geschlossen werden. Das geschaffene System basiert also auf Spekulationen des Gesetzgebers zu Lasten der Verkehrssicherheit.

Ein konstitutives Eintragungserfordernis, welches auch die Aberkennung der Rechtsfähigkeit von bestehenden GbRs bewirkte, erhielt wenig Zustimmung

⁶³ *Herrler* (Fn. 20), S. 50.

⁶⁴ BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁶⁵ *Herrler* (Fn. 20), S. 50.

⁶⁶ Siehe dazu oben unter **C. II. 1. b) bb)**.

⁶⁷ Siehe dazu unter **C. II. 2. c)**.

⁶⁸ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 13; *Bachmann*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 612 (615); *DAV*, Stellungnahme durch den Ausschuss Handelsrecht unter Mitwirkung der Ausschüsse Anwaltsnotariat und Berufsrecht zum Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), NZG 2020, 1133 (1135); *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1296.

⁶⁹ *K. Schmidt* (Fn. 6), S. 32.

⁷⁰ Siehe dazu unter **C. II. 2. b)**.

⁷¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 128; *Hermanns* (Fn. 48), S. 6; *Ders.* (Fn. 15), § 2 Rn. 2; *Herrler* (Fn. 20), S. 47.

⁷² *Heckschen* (Fn. 5), S. 763; *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 668.

von Seiten der Betroffenen. Proklamiert wurde, sie wären in die Zeit vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit durch den *BGH* zurückgeworfen.⁷³ Die maßgebliche⁷⁴ Akzeptanz der Reform wäre tatsächlich beeinträchtigt. Freiwillige Eintragungen zur (Rück-)Erlangung der Rechtsfähigkeit sind nicht gewiss.⁷⁵ Anders als im System deklaratorischer Eintragungen droht allerdings keine Unterwanderung der Publizität durch nicht registrierte Verkehrsteilnehmer. Eine Kopplung der Rechtsfähigkeit an die Eintragung käme insbesondere einem Rückschritt nicht gleich. Unsicherheit vor dem Urteil *ARGE – Weißes Ross* ging im Wesentlichen von der diffusen Gesamthand aus. Die Streichung von § 719 BGB a. F. führt jedoch zur endgültigen Aufgabe dieser Struktur. Ohne Registrierung müsste auf Bruchteilsgemeinschaften zurückgegriffen werden.⁷⁶ Zugunsten von Verkehrssicherheit ist dies hinnehmbar.⁷⁷ Unerträgliche Friktionen von Bestandsgesellschaften⁷⁸ hätten durch eine ausreichend lange Übergangsfrist abgemildert werden können.⁷⁹

Gegen eine konstitutive Eintragung spricht systematisch, dass sie nur bei Körperschaften angelegt ist.⁸⁰ Weitere systematische Einwände, die auf einen Systembruch hinweisen, müssen kritisch betrachtet werden. Das bisher systemfremde Konstrukt einer nicht rechtsfähigen „Vor-GbR“ kann aus rechtsvergleichender Perspektive befriedigend gelöst werden.⁸¹ Ein Systembruch ist nicht zu bemängeln, wenn er zur Realisierung des Kerns der Reform vonnöten ist.⁸² Einem allgemein anerkannt hohen Reformbedarf muss mit entsprechenden Maßnahmen begegnet werden. Etwas anderes gilt nur, wenn ein milderes, gleich effektives Mittel zur Verfügung stünde. Die nur deklaratorische Eintragung ist milder, aber nicht gleich effektiv.

⁷³ *Schäfer*, Grundsatzfragen bei der anstehenden Reform des Personengesellschaftsrechts, in: FS Seibert, 2019, S. 723 (728); a. A. *Habersack* (Fn. 55), S. 555.

⁷⁴ *K. Schmidt* (Fn. 6), S. 31.

⁷⁵ Siehe auch *Herrler* (Fn. 20), S. 49; *Schäfer* (Fn. 17), S. 1151.

⁷⁶ *Röder* (Fn. 4), S. 500 ff.

⁷⁷ Zweifel zur Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf die Bruchteilsgemeinschaft bei *Herrler* (Fn. 20), S. 49.

⁷⁸ BT-Drucks. 19/27635, S. 128; *Bergmann* (Fn. 8), S. 995; *Herrler* (Fn. 20), S. 49.

⁷⁹ *Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft* (Fn. 27), S. 14 f.

⁸⁰ *Freier*, Das Gesellschaftsregister nach dem MoPeG (ohne Fragen zum Grundbuchrecht, Statuswechsel und zur Gesellschafterliste), in: FS Heidinger, 2023, S. 137 (138); *Herrler* (Fn. 20), S. 49; *Schäfer* (Fn. 17), S. 1151.

⁸¹ Auf die österreichische Lösung abstellend *Habersack* (Fn. 55), S. 556; *Röder* (Fn. 4), S. 475; die österreichische Lösung modifizierend *Fleischer/Pendl* (Fn. 56), S. 2189; zweifelnd in Anbetracht des Aufwandes *Otte-Gräbener* (Fn. 37), S. 618.

⁸² Vgl. *Habersack* (Fn. 55), S. 555.

Zuletzt wäre eine konstitutive Eintragung ein wirksames Mittel gegen Firmenbestattungen. Die Option, ein insolvenzreifes Unternehmen in ein publizitätsloses Vehikel zu verschieben,⁸³ entfiel. Unter diesem Gesichtspunkt ist das hier präferierte Modell einer für die Rechtsfähigkeit konstitutiven Eintragung der deklaratorischen Registrierung überlegen.

Es bleibt abzuwarten, ob das geschaffene System funktioniert und die Reform Erfolg hat. Die Akzeptanz könnte bei der gewählten deklaratorischen Eintragung höher sein. Es überzeugt dennoch nicht, warum zulasten des effektiveren Weges aufbauend auf Spekulationen freiwilliger Eintragungen der Rechtsverkehr (erneut) gefährdet wird.

2. Folgen der Eintragung

a) Zwingender Rechtsformzusatz

Mit Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister ist diese nach § 707a Abs. 2 S. 1 BGB n. F. zur Führung des Namenszusatzes „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ („eGbR“) verpflichtet. Auch eine Obliegenheit zur Namensführung hätte ausgereicht.⁸⁴ Es ist wahrscheinlich, dass eGbRs im System der freiwilligen Eintragung zugunsten des Namenszusatzes optiert hätten, um sich dem Rechtsverkehr als seriös zu präsentieren. Dennoch ist eine Pflicht zur Führung des Zusatzes konsequent und vorzugswürdig. Vertragspartner wissen auf den ersten Blick, ob sie mit einer registrierten Gesellschaft kontrahieren und vom Gesetz abweichende Regelungen bestehen (dazu gleich).

b) Privilegien der eGbR

Kernstück des *Nudging*-Systems sind die Privilegien, die nur durch Eintragung wahrgenommen werden können. Diese sind bei genauerer Betrachtung allerdings für sich teils nicht überzeugend. Das Anreizsystem stellt sich als defizitär heraus.

aa) Seriosität kraft Namenszusatzes

Die Führung des Namenszusatzes „eGbR“ könnte ein Seriositätsindiz für den Rechtsverkehr werden.⁸⁵ Dies gilt allerdings nur hinsichtlich des professionellen Rechtsverkehrs.⁸⁶ Namentlich vermutet der Gesetzgeber eine höhere

⁸³ Siehe zu Firmenbestattungen unter **B. II.**

⁸⁴ So noch der Mauracher Entwurf, S. 76; siehe dazu *Lay/Sorg* (Fn. 15), S. 667 f.; *Schäfer* (Fn. 4), § 1 Rn. 27.

⁸⁵ So BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

⁸⁶ Siehe dazu unter **C. II. 1. c)** und Fn. 72.

Kreditwürdigkeit, während *Wertenbruch* mahnt, Kreditinstitute könnten ihre geldwäscherechtlichen Identifizierungspflichten aus §§ 11, 12 GwG n. F. mit Blick auf § 12 Abs. 2 Nr. 1 GwG n. F., der eine Überprüfung anhand eines Registerauszuges vorsieht, ausschließlich bei eGbRs erfüllen.⁸⁷ Die Konsequenzen wären einschneidend. Jede unternehmenstragende Gesellschaft benötigt Konten bei Kreditinstituten, die für nicht registrierte BGB-Gesellschaften nunmehr unerreichbar wären. Dennoch bewirkt dies keinen faktischen Zwang zur Eintragung.⁸⁸ Verkannt wird, dass die drei Varianten von § 12 Abs. 2 GwG n. F. zueinander in einem Alternativverhältnis⁸⁹ stehen. Dafür streitet unter anderem der Wortlaut „oder“ von § 12 Abs. 2 Nr. 2 GwG n. F. Nicht registrierte GbRs können daher weiterhin auch ohne Eintragung nach § 12 Abs. 2 Nr. 2 GwG n. F. überprüft werden.

Die Reichweite als Anreiz hängt von der noch nicht absehbaren Etablierung am Markt ab. Die Seriosität der Akteure im wirtschaftlichen Geschehen ist regelmäßig ein bestimmender Faktor, sodass ein hohes Wirksamkeitspotenzial als Anreiz besteht. Gegenüber Laien und Außenstehenden ist die Verwirklichung des Effektes hingegen fraglich. Die verpflichtende Führung des Rechtsformzusatzes kann daher allenfalls zurückhaltend positiv hinsichtlich seiner Wirksamkeit als Eintragungsimpuls gewertet werden.

bb) Verwaltungssitzverlegung

Nach § 706 S. 2 BGB n. F. kann die eGbR im Gesellschaftsvertrag neben dem bestehenden Verwaltungssitz einen inländischen Vertragssitz bestimmen, der als Sitz der Gesellschaft gilt. Im Umkehrschluss ist also ein Verwaltungssitz an einem anderen Ort (im Ausland) möglich. Dies führt zu einer (grenzüberschreitenden) Sitzspaltungsfreiheit⁹⁰ und resultiert in einer Sitzwahlfreiheit. Es ist denkbar, dass registrierte Personengesellschaften⁹¹ ihren

⁸⁷ *Wertenbruch*, Das MoPeG – die Reform des Rechts der Personengesellschaften, JZ 2023, 78 (82); *Ders.*, Das neue Personengesellschaftsrecht im Mietverhältnis, NJW 2023, 1393 (Rn. 12).

⁸⁸ A. A. *Rönnau/Saathoff*, Das MoPeG – Konsequenzen für das Wirtschaftsstrafrecht, wistra 2023, 221 (223); *Wertenbruch* (Fn. 87), S. 82.

⁸⁹ *Frey/Brian*, in: BeckOK-GWG, Ed. 17, Stand: 1.3.2024, § 12 Rn. 24; *Sonnenberg*, in: Frankfurter Kommentar zum GwG, 3. Aufl. 2022, § 12 GwG Rn. 40.

⁹⁰ *Lieberknecht*, Der Sitz der GbR nach § 706 BGB n. F., NZG 2023, 1247 (1247); *Servatius*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2023, § 706 Rn. 6.

⁹¹ § 706 BGB n. F. gilt nach § 105 Abs. 3 HGB n. F. entsprechend für OHG, nach § 161 Abs. 2 HGB n. F. für KG und nach § 1 Abs. 4 PartGG n. F. für die PartG.

Verwaltungssitz ins Ausland verlegen, ohne wie zuvor⁹² die deutsche Rechtsform zu verlieren.⁹³ Diese Möglichkeit dient nicht nur der Angleichung an die Rechtslage von AG (§ 5 AktG) und GmbH (§ 4a GmbHG),⁹⁴ sondern befriedigt auch ein praktisches Bedürfnis.⁹⁵ Fraglich bleibt allerdings, ob dieses Privileg auch tatsächlich einen hinreichenden Anreiz zur Eintragung setzt. Eine Sitzverlegung ist typischerweise eine wirtschaftlich folgenreiche Entscheidung, die einer Spontanität regelmäßig nicht bedarf. Stattdessen dürfte eine derartige Maßnahme langfristig geplant werden. Parallel zu dieser Planung kann als vorbereitender Akt eine Eintragung der GbR angestrengt werden. Dass jedoch ohne ein konkretes Vorhaben die Möglichkeit einer Verwaltungssitzverlegung ausschlaggebend für eine Eintragung ist, kann bezweifelt werden. Wirkungen darüber hinaus, dass die Wahl der Rechtsform GbR von Gründern mit vagen Verlegungsperspektiven nicht mehr kategorisch ausgeschlossen wird, da eine Sitzverlegung ohne Formwechsel möglich ist, bleiben aus. Da das Privileg nur eine bestimmte Zielgruppe adressiert, überzeugt es als umfassender Eintragungsanreiz nicht vollständig.

cc) Vollständige Umwandlungsfähigkeit

§ 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n. F. wird durch das MoPeG um eGbRs ergänzt. Eingetragene BGB-Gesellschaften sind in Verbindung mit §§ 124 Abs. 1, 191 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n. F. vollständig umwandlungsfähig.⁹⁶ Überzeugend schließt § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG n. F. die nicht registrierte GbR als neue Rechtsform nach einem Formwechsel aus. Firmenbestattungen wird die Grundlage entzogen.⁹⁷ Die neue Umwandlungsfähigkeit ist ein Privileg. Ob dies zugleich ein Anreiz für eine Registrierung darstellt, ist jedoch zu bezweifeln. Plant eine GbR nicht mit Umwandlungsmaßnahmen, ist keine Eintragung erforderlich. Soll sodann doch etwa ein Verschmelzungsvertrag nach § 4 UmwG abgeschlossen werden, ist eine Registrierung der Gesellschaft im gleichen Beurkundungstermin möglich.⁹⁸ Die vollständige Umwandlungsfähigkeit überzeugt als Anreiz zur Eintragung nicht vollständig.

⁹² Die Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland führte bis 31.12.2023 zur Auflösung und Liquidation; siehe dazu *Leitzgen*, Die Personengesellschaft mit Verwaltungssitz im Ausland, in: FS Heidinger, 2023, S. 277 (277 f.).

⁹³ BT-Drucks. 19/27635, S. 127.

⁹⁴ *Fleischer* (Fn. 4), S. 434; *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1296.

⁹⁵ *Otte-Grübener* (Fn. 5), S. 1296.

⁹⁶ Zuvor konnte eine GbR nach § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG a. F. nur neue Rechtsform im Rahmen eines Formwechsels sein.

⁹⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 267.

⁹⁸ *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 670.

dd) Publizitätsgetragene Disponibilität der Vertretungsverhältnisse

Nach § 720 Abs. 1 BGB n. F. sind die Vertretungsbefugnisse durch Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag disponibel. Unabhängig vom Gebrauch dieser Dispositionsmöglichkeit sind die Vertretungsregelungen nach § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. eintragungspflichtige Tatsachen. Im Verhältnis zur nicht registrierten BGB-Gesellschaft besteht eine Beweiserleichterung der vertretungsberechtigten Gesellschafter der eGbR und Registerpublizität zugunsten des Rechtsverkehrs. Bei Vertragsschlüssen können nun die entsprechenden Nachweise durch eine eGbR leichter erbracht werden. Dies beschleunigt das Kontrahieren im Rechtsverkehr und motiviert zur Eintragung.

Es bleibt aber zu beachten, dass die eGbR durch die Eintragung Aktualisierungspflichten trifft. Geänderte Vertretungsregelungen könnten anderenfalls durch § 15 Abs. 1 HGB i. V. m. § 707a Abs. 3 S. 1 BGB Dritten nicht entgegengesetzt werden, was mitunter einschneidende Folgen haben kann. Im Hinblick auf diese Erweiterung des Pflichtenkreises der Gesellschafter und möglicher negativer Konsequenzen bei Versäumnissen ist die Offenlegung der Vertretungsverhältnisse ebenso nützlich wie gefährlich.⁹⁹ Maßgeblich dürften aus Perspektive der Gesellschafter die Erwartungen des Rechtsverkehrs sein, die erfüllt werden sollen. Dieser wird mit den Nachweismöglichkeiten durch sicherere Vertragsschlüsse begünstigt. Die publizitätsgetragene Disponibilität der Vertretungsverhältnisse kann mithin als Anreiz zur Eintragung beitragen.

ee) Privilegien im Überblick

Zuzugestehen ist, dass eine isolierte Betrachtung der einzelnen Privilegien, wie zuvor vorgenommen, nicht allein die Bewertungsgrundlage darstellen kann. Immerhin konzipierte der Gesetzgeber ein geschlossenes System. Mithin müssen auch die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Privilegien sowie deren Kumulation beachtet werden. Ob gerade das Zusammenwirken der defizitären Anreize jedoch im Hinblick auf durch Publizität vermittelte Transparenz hinreichende Rechtssicherheit erzeugt, ist ungewiss. Angesichts der Last, die in Folge gesetzgeberischer Entscheidungen, insbesondere dem Eintragungssystem mit nur deklaratorischer Wirkung, auf dem *Nudging*-Prinzip liegt, ist dies unbefriedigend.

⁹⁹ Ähnlich *Habersack*, Vertretung der Gesellschaft und Haftung der Gesellschafter, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 4 Rn. 13; a. A. BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

c) Kein gewillkürter Ausstieg aus dem Register

Nach § 707a Abs. 4 BGB n. F. wird eine eGbR nur nach den allgemeinen Vorschriften aus dem Gesellschaftsregister gelöscht. Dies geschieht grundsätzlich, sofern nicht Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen,¹⁰⁰ nach der Liquidation gemäß § 738 BGB n. F. Der Einstieg ins Register ist also freiwillig, während der Ausstieg nicht unmittelbar von der Willkür der Gesellschafter abhängt. Die bisherige Rechtslage in Bezug auf kleingewerbliche Gesellschaften nach § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. i. V. m. § 2 S. 2, 3 HGB, die eine gewillkürte Löschung zuließ, wird entsprechend angepasst.¹⁰¹ Dies ist zugunsten möglichst umfassender Verkehrssicherheit durch Registerkontinuität konsequent und wirkt Firmenbestattungen entgegen.

Teils wird in § 707a Abs. 4 BGB n. F. ein Eintragungshemmnis gesehen.¹⁰² Im System freiwilliger Eintragungen kristallisiert sich jedoch der Anreiz, Erwartungen von Geschäftspartnern im Rechtsverkehr gerecht zu werden, heraus. Indem der *Lock-in*-Effekt des Registers von Firmenbestattungen Abstand nimmt, symbolisiert die freiwillige Registrierung zugleich eine Distanz von solch unseriösem Verhalten. Gesellschaften, die Seriosität ausstrahlen wollen, werden sich daher dennoch eintragen lassen. § 707a Abs. 4 BGB n. F. steht Eintragungsvorhaben damit nicht effektiv entgegen.

d) Publizität

aa) Materielle Publizität

Eine isolierte Registrierung würde das Publizitätsdefizit nicht lösen. Erst § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ordnet durch den Verweis auf § 15 HGB eine materielle Publizität an. Der damit gewährleistete abstrakte Vertrauensschutz in Form negativer und positiver Publizität ist zwingend für einen verlässlichen Rechtsverkehr.¹⁰³ Dazu tritt das schützenswerte Vertrauen in die Aktualität des Gesellschaftsregisters, indem § 707 Abs. 3 BGB n. F. eine Eintragungspflicht bei Änderungen vorsieht.

¹⁰⁰ BT-Drucks. 19/27635, S. 133.

¹⁰¹ Siehe dazu § 107 Abs. 2 S. 2 HGB n. F.; siehe zum Statuswechsel *Hermanns* (Fn. 15), § 2 Rn. 21 ff.

¹⁰² Siehe Fn. 68.

¹⁰³ *Michels*, Die (Register-)Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2020, S. 178 ff.; *Röder* (Fn. 4), S. 483; *Schäfer* (Fn. 4), S. E 68.

Zweifel, ob die Geltung von § 15 HGB außerhalb von Handelsgesellschaften angemessen ist,¹⁰⁴ verblasen mit Blick auf den Leitbildwechsel der GbR und die Annäherung an die OHG. Aus systematischer Sicht spricht dafür zudem § 5 Abs. 2 PartGG, der für das Partnerschaftsregister ebenso auf § 15 HGB verweist. In der Realität der unternehmenstragenden GbR ist eine Anwendung der handelsrechtlichen Publizitätsvorschriften daher angemessen.

Der Verweis gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Von den Publizitätswirkungen ausgenommen ist nach § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. a. E. die Kaufmannseigenschaft. Dies berücksichtigt, dass eine gewerbetreibende GbR im laufenden Geschäftsbetrieb die Schwelle des § 1 Abs. 2 HGB überschreiten kann und dadurch nach § 105 Abs. 1 HGB zur OHG wird. Eine im Gesellschaftsregister eingetragene Muss-OHG kann sich nicht mit Wirksamkeit gegenüber Dritten nach § 15 Abs. 2 S. 1 HGB¹⁰⁵ der Geltung des Handelsrechts entziehen.

bb) Publizität auch bei Ersteintragung?

In der Fachdiskussion zum „Mauracher Entwurf“, dem grundlegenden Gesetzesentwurf einer Expertenkommission, wurde die Reichweite dieses Publizitätsschutzes in Frage gestellt. Abstellend auf die nur fakultative Eintragung wurde bezweifelt, dass der Tatbestand von § 15 HGB hinsichtlich einer eintragungspflichtigen Tatsache erfüllt sei.¹⁰⁶ Ohne dies ausdrücklich zu benennen wurde die Norm als Rechtsgrundverweisung ausgelegt. Angesichts des unergiebigsten Wortlauts von § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. ist jedoch eine darüber hinausgehende Auslegung erforderlich. Für ein abweichendes Verständnis streiten vorwiegend teleologische Gesichtspunkte:

Das MoPeG wird insbesondere vom Drang, die Publizitätsdefizite der GbR zu lösen, angetrieben. Würde die Erstregistrierung nicht von der Publizität des § 15 HGB erfasst, widerspräche dies dem erklärten Willen des Gesetzgebers. Tatsächlich, insofern ist den kritischen Stimmen beizupflichten, wäre das Schutzniveau des MoPeG dann geringer als das durch § 899a BGB a. F.

¹⁰⁴ Hüffer, Die Reform des Schuldrechts im Spiegel weiterer Gutachten und Vorschläge, AcP 184 (1984), 584 (590).

¹⁰⁵ Zweifelnd dazu DAV (Fn. 68), Rn. 15.

¹⁰⁶ Zu § 707a Abs. 2 S. 1 BGB-E Geibel, Mauracher Entwurf zum Personengesellschaftsrecht, ZRP 2020, 137 (139); Herrler (Fn. 20), S. 57; zweifelnd auch Martens, Vom Beruf unserer Zeit für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – Kritische Anmerkungen zum »Mauracher Entwurf«, AcP 221 (2021), 68 (97 ff.).

generierte.¹⁰⁷ Dieser Widerspruch muss zugunsten einer abweichenden Auslegung aufgelöst werden.

Auch der Zweck von § 707a Abs. 1 S. 1 BGB n. F. spricht für eine Erstreckung des Publizitätsschutzes auf die Ersteintragung. Die Inhaltsangaben der Anmeldung müssten nicht verpflichtend geregelt werden, würde ihnen keine verkehrsrelevante Bedeutung zukommen. Sie sind allerdings für den Rechtsverkehr erheblich und werden im Register verlautbart. Es wäre inkonsequent, diese Angaben von der Wirkung des § 15 HGB auszunehmen.¹⁰⁸ Dies gilt besonders vor dem Hintergrund, dass Änderungen, bei denen nach § 707 Abs. 3 BGB n. F. zweifelsfrei ein Eintragungserfordernis besteht, inhaltlich gleich relevant sind. Unter Publizitätsaspekten lässt sich eine Differenzierung von Ersteintragung und Änderung nicht rechtfertigen.¹⁰⁹

Systematisch ähnlich gelagert ist der Fall der Kann-OHG nach § 2 S. 2 HGB. Dass fehlende Publizität der Ersteintragung aufbauend auf Unterschieden in der gesetzlichen Konzeption der Vertretungsbefugnisse größere Risiken für eine GbR als für eine Kann-OHG birgt,¹¹⁰ spricht auch für eine umfangreiche Erstreckung des § 15 HGB.

Mit der Positionierung des Gesetzgebers im finalen Regierungsentwurf zu einer Erstreckung des § 15 HGB auf die Ersteintragung¹¹¹ reduziert sich das Problem auf eine rein dogmatische Kontroverse.¹¹² Entweder sieht man den Tatbestand von § 15 HGB erfüllt, indem die Pflichtangaben der §§ 707a Abs. 1 S. 1, 707 Abs. 2 Nr. 1-3 BGB n. F. als eintragungspflichtige Tatsachen gesehen werden oder man stellt darauf ab, es handele sich um eine Rechtsfolgenverweisung.¹¹³ Indes wirkt die Abkoppelung der freiwilligen Eintragung von der Pflicht zu bestimmten Inhaltsangaben gekünstelt. Dogmatisch überzeugend und vorzugswürdig ist die Auslegung von § 707a Abs. 3 S. 1 BGB n. F. als Rechtsfolgenverweisung.

¹⁰⁷ Siehe nur *Geibel* (Fn. 106), S. 139.

¹⁰⁸ In diese Richtung *Baschnagel/Hilser* (Fn. 15), S. 169; *Bolkart* (Fn. 7), S. 323.

¹⁰⁹ *Aumann*, Das MoPeG: Ein Überblick für die Praxis, notar 2022, 99 (103); *Bolkart* (Fn. 7), S. 323.

¹¹⁰ Vgl. *Geibel* (Fn. 106), S. 139; *Herrler* (Fn. 20), S. 58.

¹¹¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 129.

¹¹² *Freier* (Fn. 80), S. 145 bezeichnet die Debatte als "hinfällig".

¹¹³ Zu letzterem: *Reymann*, Die GbR im Grundbuch – Auf dem Weg vom ERVGBG zum sog. MoPeG, DNotZ 2021, 103 (118).

Die gesetzgeberische Reaktion auf diese Unstimmigkeiten war durch eine wenig eindeutige Wortlautanpassung¹¹⁴ marginal. Trotz zahlreicher Formulierungsvorschläge aus der Literatur nutzte der Gesetzgeber die Chance zur Klarstellung nicht.

3. Verfahren

Nach § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. müssen Anmeldungen von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt werden.¹¹⁵ Stellvertretung ist möglich.¹¹⁶

a) Online-Registrierungen zur Wiederherstellung der Flexibilität der GbR

Ein Argument gegen die konstitutive Eintragung zur Erlangung der Rechtsfähigkeit war der Erhalt der Flexibilität der BGB-Gesellschaft. Tatsächlich verlangsamte ein derartiges Modell den Rechtsverkehr. Dies gilt hingegen nur, wenn eine Anmeldung ausschließlich analog unter Mitwirkung eines Notars erfolgen kann. Dies ist der vom Gesetzgeber durch Verweis von § 707b Nr. 2 BGB n. F. auf § 12 HGB gewählte Weg.¹¹⁷ Denkbar ist mit Blick auf den Richtlinienvorschlag zur Ausweitung und Optimierung des Einsatzes digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht,¹¹⁸ dass einst gescheiterte Harmonisierungsvorhaben auf Unionsebene zunächst für Personenhandelsgesellschaften, anschließend auch für eingetragene Personengesellschaften anlaufen könnten. Insbesondere die GbR könnte von einer Digitalisierung des Anmeldeverfahrens als Mittel zur Kombination von Flexibilität und Rechtssicherheit profitieren.

Gleich wie stark der Wunsch nach Flexibilität sein mag, muss eine Online-Selbstregistrierung, zum Beispiel nach dem Vorbild des britischen Companies

¹¹⁴ Enders, in: BeckOK-BGB, Ed. 70, Stand: 1.5.2024, § 707a Rn. 42 ff.

¹¹⁵ Zum Eintragungsverfahren und dem notwendigen Inhalt der Anmeldung im Detail siehe Hermanns (Fn. 15), § 2 Rn. 3 ff.; Noack (Fn. 29), S. 96 ff.

¹¹⁶ So die hM Baschnagel/Hilser (Fn. 15), S. 170 f.; Hermanns (Fn. 15), § 2 Rn. 10; Röß, Die GbR nach dem MoPeG, NZG 2023, 401 (402 f.); a. A. Böhringer/Melchior, Ausgewählte Anmeldungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum neuen Gesellschaftsregister, NotBZ 2022, 361 (363); Holzer, Die registerrechtlichen Regelungen des "Mauracher Entwurfs für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts", ZNotP 2020, 239 (242 f.).

¹¹⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 135 f.

¹¹⁸ Änderung der Richtlinien 2009/102/EG und (EU) 2017/1132, COM (2023) 177.

House,¹¹⁹ abgelehnt werden.¹²⁰ Ohne die Mitwirkung eines Notars kann die Richtigkeit des Registers nicht im gewohnten Standard gewährleistet werden. Die resultierende Rechtsunsicherheit wäre inakzeptabel. Die Übertragung von Regelungsmodellen wie solchen des Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) und des Gesetzes zur Ergänzung der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiREG)¹²¹ auf die GbR sind jedoch wünschenswert.¹²² Trotz Mitwirkung eines Notars und des praktischen Terminerfordernisses wäre ein Flexibilitätsgewinn erzielt.

b) Mitwirkungspflicht beim Anmeldeverfahren

Angesichts der systematischen Stellung in Kapitel 1 ist § 707 Abs. 4 S. 1 BGB n. F. nicht nach § 708 BGB n. F. disponibel, sondern zwingend. Denkbar sind Situationen, in denen das Voreintragungserfordernis wirkt, das Eintragungsvorhaben jedoch von einzelnen Gesellschaftern blockiert wird. Es stellt sich die Frage, ob aus der Voreintragungsobliegenheit eine Mitwirkungspflicht von Gesellschaftern resultieren kann und wie diese durchzusetzen wäre.

aa) Motive für Mitwirkungsvermeidung

Das Hauptmotiv, einen zur Eintragung führenden Beschluss zu blockieren, ergibt sich aus dem Konflikt zwischen den Eintragungsfolgen und dem Geheimhaltungsinteresse des Gesellschafters. Durch § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. wird dem Rechtsverkehr im Sinne der gesetzgeberisch angestrebten Publizität Zugang zur Identität der Gesellschafter eröffnet. Darüber hinaus ist eine eingetragene GbR nach § 20 Abs. 1 GWG zu weitergehenden Transparenzmitteilungen nach §§ 19 ff. GWG verpflichtet. Insbesondere muss Offenkundigkeit über die wirtschaftlich Berechtigten erzeugt werden. Dies konfliktiert insbesondere mit Interessen von Gesellschaftern, die bisher die Rechtsform der GbR aufgrund der Diskretion zum Rechtsverkehr wählten.

¹¹⁹ Für fünfzig Pfund kann mit einer Bearbeitungszeit von 24 Stunden eine Private Limited Company registriert werden; siehe dazu unter *UK government*, Register your company, 2024, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/limited-company-formation/register-your-company> (zuletzt abgerufen am 30.5.2024).

¹²⁰ Vgl. *Herrler* (Fn. 20), S. 56.

¹²¹ Siehe dazu *Noack*, Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), BB 2021, 643 (645).

¹²² So auch *J. Schmidt*, DiRUG-RefE: Ein Digitalisierungs-Ruck für das deutsche Gesellschafts- und Registerrecht, ZIP 2021, 112 (118).

bb) Herleitung einer Mitwirkungspflicht

(1) Notwendigkeit

Verfahrensrechtliche Voraussetzungen berühren die materielle Rechtslage grundsätzlich nicht. Es besteht eine rechtliche Unabhängigkeit. Beispielsweise ist die Eintragung des § 106 Abs. 6 HGB n. F. nur deklaratorisch. Die Beteiligung einer nicht registrierten GbR an einer OHG würde aufgrund von § 707a Abs. 1 S. 2 BGB n. F. nicht eingetragen werden. Dennoch wäre sie unabhängig davon materiell wirksam. Anderes gilt, wenn beispielsweise nach § 873 Abs. 1 BGB eine Eintragung in das Grundbuch für den Eigentumserwerb konstitutiv ist. Dann schlägt die verfahrensrechtliche Komponente auf die materielle Rechtslage durch. Ist der Gesellschaftszweck beispielsweise nur durch den Erwerb von Grundstücken zu fördern, wäre die nicht eingetragene GbR aufgrund eines Registrierungsmaßnahmen dissentierenden Gesellschafters handlungsunfähig.¹²³ Eine derartige Verzahnung von Verfahrensrecht und materiellem Recht kann sich aber auch auf andere Rechtsträger auswirken.¹²⁴ Etwa könnte eine GmbH mangels Erfüllung der Gründungsvoraussetzungen nach §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG n. F. nicht gegründet werden. Auch könnten GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen erfolgen, ohne in der Gesellschafterliste verlaublich zu werden.¹²⁵ Es besteht daher ein Bedürfnis nach einer durchsetzbaren Mitwirkungspflicht.

(2) Dogmatische Umsetzung

Eine Mitwirkungspflicht könnte sich aus der mitgliedschaftlichen Treuepflicht ergeben. Dies ist nur angemessen, wenn eine Interessenabwägung zugunsten der Gesellschaft und damit zulasten der Minderheit und deren Geheimhaltungsinteresse ausfällt, insbesondere dann, wenn die GbR ohne Eintragung den Gesellschaftszweck nicht erfüllen kann.¹²⁶ Maßgeblich in der Abwägung ist eine Auslegung des Gesellschaftsvertrags. Entscheidend ist dabei auch der Gründungszeitpunkt der Gesellschaft. Wurde der Gesellschaftsvertrag in Kenntnis der Voreintragungserfordernisse des MoPeG geschlossen, kann eine antizipierte Zustimmung zu Anmeldungen entnommen werden. Handelt es sich um Bestands-GbRs, die lange vor der Reform gegründet wurden, müssen bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrages auch die Begleitumstände berücksichtigt

¹²³ Vgl. *Heckschen/Knaier* (Fn. 50), § 9 Rn. 228p.

¹²⁴ Ausführlich *John* (Fn. 47), S. 245 ff.; *Stock* (Fn. 47), S. 362 ff.

¹²⁵ Siehe dazu bereits oben **C. II. 1. b)** bb); dazu auch *Bolkart*, Die GbR als GmbH-Gesellschafterin nach Inkrafttreten des MoPeG, *MittBayNot* 2024, 110 (113 f.).

¹²⁶ *John* (Fn. 47), S. 244; *Luy/Sorg* (Fn. 15), S. 660.

werden.¹²⁷ Das Geheimhaltungsinteresse ist hier höher zu werten, da es zum Gründungszeitpunkt legitim war. Jedoch ist das Diskretionsinteresse am Eingriffsinteresse der Gesellschaft und an der persönlichen Zumutbarkeit für die Betroffenen zu messen.¹²⁸ Je gravierender der Eingriff in die Mitgliedschaft, desto höhere Anforderungen bestehen an das Interesse der Gesellschaft an der Maßnahme. Es gilt den Gesellschaftszweck im Sinne des Unternehmensgegenstandes¹²⁹ und die dahingehenden Förderpflichten umso präziser zu bestimmen. Ist eine GbR nach dieser Auslegung handlungsunfähig, etwa weil der Unternehmensgegenstand ein Grundstückshandel ist, der zwangsläufig in den Bereich von § 47 Abs. 2 GBO n. F. fällt, ist ein überwiegendes Eingriffsinteresse gegeben. Es muss in diesem Fall eine Pflicht zur Mitwirkung an der Eintragung aus der Treuepflicht bestehen;¹³⁰ vertikal zur GbR und horizontal zu den Mitgesellchaftern.¹³¹ Gleiches muss für die GbR selbst als Gesellschafterin eines anderen Rechtsträgers gelten.¹³²

c) Durchsetzung

Insbesondere ist an einen Ausschluss des blockierenden Gesellschafter nach § 727 BGB n. F. zu denken. Nach oben genannten Maßstäben ist die Mitwirkung an der Eintragung „wesentlich“ i. S. v. § 727 S. 2 BGB n. F. Ein Verbleib des dissentierenden Gesellschafter ist unzumutbar. Die Tatbestandsvoraussetzungen für einen Ausschluss aus wichtigem Grund sind gegeben.

¹²⁷ *John* (Fn. 47), S. 244.

¹²⁸ Vgl. BGHZ 203, 77 Rn. 19; siehe dazu *Wertenbruch*, Abschied von Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre im Beschlussanfechtungssystem der Personengesellschaft, DB 2014, 2875 (2877).

¹²⁹ Die bei Kapitalgesellschaften übliche Unterscheidung zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand wird bei Personengesellschaften üblicherweise nicht vorgenommen, siehe dazu *Schöne*, in: BeckOK-BGB, Ed. 70, Stand: 1.5.2024, § 705 Rn. 37.

¹³⁰ Siehe zur ggf. erforderlichen teleologischen Reduktion *Bormann/Kraus* (Fn. 16), S. 56 f.; *Göthel*, in: Lutter, 7. Aufl. 2024, § 235 Rn. 12, § 246 Rn. 30; *Stock* (Fn. 47), S. 368 f.

¹³¹ *Lay/Sorg* (Fn. 15), S. 661; *Stock* (Fn. 47), S. 368; *Freier* (Fn. 80), S. 139.

¹³² *Stock* (Fn. 47), S. 367 f.

D. Die Sitzwahlfreiheit im Konflikt mit der Niederlassungsfreiheit

I. Folgen der Sitzspaltungsfreiheit für eingetragene Personengesellschaften

Ungeachtet der fraglichen Reichweite des Vertragssitzprivilegs der eGbR aus § 706 S. 2 BGB n. F.¹³³ ist der Weg eingetragener Personengesellschaften deutscher Rechtsform ins Ausland gebahnt. Folgt der Zuzugsstaat der Sitztheorie, erfolgt ein grenzüberschreitender Rechtsformwechsel. Gilt hingegen, wie etwa in den EU-Mitgliedstaaten oder bei Parteien von Anerkennungsabkommen¹³⁴, die Gründungstheorie, ist eine identitätswahrende Sitzverlegung möglich.

II. Kollision mit der Niederlassungsfreiheit

Nur registrierte Personengesellschaften, insbesondere nicht die nicht eingetragene GbR, werden von der Sitzwahlfreiheit privilegiert. Diese differenzierte Ausgestaltung des deutschen Gesetzgebers könnte als eine Wegzugsbeschränkung an der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV zu messen sein. Eine erforderliche Eintragung könnte aufgrund des Aufwandes und der Kosten den Marktzugang¹³⁵ erschweren. Das Registrierungserfordernis wäre bei einem Verstoß aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts im Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte unanwendbar.¹³⁶ Dafür müsste zunächst der Schutzbereich eröffnet sein.

1. „Gesellschaft“ i. S. v. Art. 54 Abs. 1 AEUV

Nach Art. 49 Abs. 1 AEUV sind grundsätzlich Staatsangehörige eines Mitgliedstaates vom persönlichen Schutzbereich erfasst. Art. 54 Abs. 1 AEUV stellt dem Gesellschaften, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurden, gleich. Eine GbR ist nach deutschem Verständnis als Personengesellschaft keine juristische Person. Die Definition der Gesellschaft in Art. 54 Abs. 2 AEUV muss autonom ausgelegt werden. Im Sinne eines weitreichenden Schutzes ist der Begriff der Gesellschaft extensiv zu verstehen

¹³³ Siehe dazu unter **C. II. 2. b) bb)**.

¹³⁴ Zum Beispiel USA (Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag vom 29.10.1954), Kanada (CETA-Abkommen) oder die EWR-Staaten (Art. 31, 34 EWR-Abkommen); nicht: Schweiz (siehe BGHZ 178, 192 ff. – Trabrennbahn).

¹³⁵ Siehe zum Erfordernis dieses Kriteriums: *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 8.

¹³⁶ Dafür *Röß*, GbR: Sitzwahlrecht nur bei Eintragung in das Gesellschaftsregister, MDR 2023, 805 (Rn. 36).

und nicht auf juristische Personen zu reduzieren.¹³⁷ An den erforderlichen Erwerbzweck sind geringe Anforderungen zu stellen.¹³⁸ Eine deutsche GbR ist unabhängig von einer öffentlichen Registrierung eine „Gesellschaft“ i. S. v. Art. 54 Abs. 1 AEUV.¹³⁹

2. EuGH-Rechtsprechung zu Wegzugsbeschränkungen

Nach Art. 54 Abs. 1 AEUV muss eine Gründung nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats erfolgt sein. Dieses Tatbestandsmerkmal wird maßgeblich von der Rechtsprechung des *EuGH* zu rechtsformwahrenden Sitzverlegungen beeinflusst. Unter anderem wurden Vorgaben für den Gründungsstaat als Wegzugsstaat aufgestellt. Der *EuGH* bestätigt eine ausschließliche Regelungskompetenz jedes Mitgliedstaates über die Entstehung und den Erhalt der Eigenschaft einer Gesellschaft, Trägerin der Niederlassungsfreiheit zu sein.¹⁴⁰ Im Sinne der Geschöpftheorie¹⁴¹ werden die Voraussetzungen der Trägerschaft der Niederlassungsfreiheit in einer sogenannten Vorfrage beantwortet.¹⁴² Diese ist vorgeschaltet und nicht an der Niederlassungsfreiheit zu messen. Erst Beschränkungen infolge einer positiven Beantwortung der Vorfrage bedürfen einer Rechtfertigung vor der Niederlassungsfreiheit.¹⁴³

3. Registrierungserfordernis als Teil der Vorfrage

Ob das Registrierungserfordernis an der Niederlassungsfreiheit zu messen ist, richtet sich also danach, ob es Teil der Vorfrage im Sinne des *Cartesio* Urteils des *EuGH* ist oder außerhalb davon eine Wegzugsbeschränkung darstellt.

Röß führt für ein Verständnis des Eintragungserfordernisses außerhalb der Vorfrage an, eine bestehende Parallele zum *EuGH*-Urteil in der Sache *Polbud*¹⁴⁴

¹³⁷ *Fortshoff*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 81. EL 2024, Art. 54 AEUV Rn. 5 f.; *Müller-Graff*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 54 AEUV Rn. 4; *Roth*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften, ZGR 2014, 168 (176 f.).

¹³⁸ *Korte*, in: Callies/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 54 AEUV Rn. 10; *Müller-Graff* (Fn. 136), Rn. 2 f.

¹³⁹ *Schön*, Die Personengesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 187 (2023), 123 (131 ff.).

¹⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 110.

¹⁴¹ *V. Hein*, in: MüKo-BGB XII, 9. Aufl. 2024, Art. 3 EGBGB Rn. 95; *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, 458 (461).

¹⁴² *EuGH*, Urt. v. 27.9.1988, C-81/87, *Daily Mail*, Rn. 19 ff.; *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 109.

¹⁴³ *EuGH*, Urt. v. 29.11.2011, C-371/10, *National Grid Indus*, Rn. 28 ff.

¹⁴⁴ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*.

sprache für eine Eröffnung des Schutzbereichs.¹⁴⁵ Die behauptete Parallele besteht nicht. Der *EuGH* stellte fest, dass eine polnische Gesellschaft ohne Verlust der Rechtspersönlichkeit ihren Satzungssitz verlegen könne.¹⁴⁶ Die Löschung im Handelsregister, die als Vollzug der Sitzverlegung zu sehen ist, war abhängig von der Liquidation der Gesellschaft. Vorliegend steht die formwahrende Verwaltungssitzverlegung im Gegensatz zur rechtsformwechselnden Satzungssitzverlegung im Mittelpunkt. Das Registrierungserfordernis für GbRs ist darüber hinaus nicht bloße Vollzugsvoraussetzung auf zweiter Stufe, sondern konstitutiv für einen möglicherweise zu verlegenden Sitz auf erster Stufe.

Der Gesetzgeber begründet das Registrierungserfordernis einerseits als notwendig für den Rechtsverkehr,¹⁴⁷ andererseits zählt er es als Teil des Anreizsystems.¹⁴⁸ Darin sieht *Röß* einen Widerspruch, der für die Eröffnung des Schutzbereiches spräche.¹⁴⁹ Aus der Aufnahme der möglichen Verwaltungssitzverlegung nach Registrierung in den Katalog der Eintragungsanreize kann nicht geschlossen werden, eine Sitzverlegung wäre nach Auffassung des Gesetzgebers auch ohne Eintragung möglich gewesen. Vielmehr ist die Aufnahme als Anreiz ein Hinweis, eine hohe Akzeptanz der Reform werde aufgrund des zuvor bekundeten Bedürfnisses nach einer Sitzverlegung erwartet. Für dieses Verständnis spricht die ausführliche Begründung zur Notwendigkeit im Gegensatz zur lapidaren Nennung des Privilegs als Teil des Anreizsystems.¹⁵⁰

Der *EuGH* stellte fest, dass nicht nur die Gründungsvoraussetzungen, sondern auch die „Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird“¹⁵¹ in der Regelungskompetenz des Mitgliedstaats steht. Eine Registrierung ist zwar nicht für die Gründung, aber für eine Sitzspaltung notwendig. Eine Verlegung des Verwaltungssitzes ist ihrerseits an die Sitzspaltung geknüpft. Nicht eingetragene GbRs werden weiterhin aufgelöst und liquidiert, wenn sie ihren Verwaltungssitz ins Ausland verlegen. Das Registrierungserfordernis regelt also

¹⁴⁵ *Röß* (Fn. 136), Rn. 18.

¹⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017, C-106/16, *Polbud*, Rn. 49.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 19/27635, S. 127; *Röß* (Fn. 136), Rn. 13 bezweifelt die Ausführungen zur Notwendigkeit eines inländischen Vertragssitzes, übersieht jedoch, dass eine Sitzverlegung ohne Publizität zu Schutzlücken führte; siehe dazu *Schön* (Fn. 139), S. 138 ff.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 19/27635, S. 128.

¹⁴⁹ *Röß* (Fn. 136), Rn. 17 f.

¹⁵⁰ Während die Sitzverlegung über eine Seite begründet wird, erfolgt die Nennung beiläufig.

¹⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008, C-210/06, *Cartesio*, Rn. 110.

die Voraussetzungen für den Erhalt der Trägerschaft der Niederlassungsfreiheit. Es ist Teil der Vorfrage.¹⁵² Der Schutzbereich ist nicht eröffnet. Ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit ist daher ausgeschlossen.¹⁵³

E. Ergebnisse

1. Eine Registrierung von GbRs verbessert die Verlässlichkeit des Rechtsverkehrs und erzeugt Rechtssicherheit. Sie verstößt nicht gegen die Niederlassungsfreiheit.
2. Die Kopplung von Registrierung und Rechtsfähigkeit der GbR wäre trotz teils ausgelöster Friktionen überzeugender gewesen, um die bemängelten Publizitätsdefizite zu beheben.
3. Sowohl die Voreintragungsobliegenheiten, obgleich im Kern zu begrüßen, als auch das Anreizsystem des MoPeG sind zulasten der Verkehrssicherheit defizitär.
4. Ob das MoPeG eine „Jahrhundertreform“ ist, verrät die Zukunft, die zeigen wird, ob sich die Spekulationen des Gesetzgebers bewahrheiten.

¹⁵² So auch *Schall*, in: *Heidel*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2024, § 706 Rn. 14; *Ders.*, in: *Heidel/Hirte*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 17 Rn. 26.

¹⁵³ Im Ergebnis zustimmend: *Lieder/Hilser*, Das internationale Personengesellschaftsrecht des MoPeG, ZHR 185 (2021), 471 (493 f.); *Schön* (Fn. 139), S. 137; *Wertenbruch*, Sitz, Gesellschaftsstatut und nationale sowie internationale Gerichtsstände der Personengesellschaft nach MoPeG, NZG 2023, 1343 (1344); a. A. *Röß* (Fn. 136), Rn. 15 ff.

Gereon Schuster*

Die Legitimation der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Abstract

Das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG / § 13 Abs. 2 GmbHG) gilt auch dann, wenn der oder die Gesellschafter juristische Personen sind. Es bildet die Grundlage für die Risiko- und Haftungssegmentierung im Konzern: Die Konzernmutter hat nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Töchter einzustehen und umgekehrt keine Konzerntochter für die Verbindlichkeiten ihrer Mutter oder anderer Konzerngesellschaften. Diese Segmentierung ist jedoch in Folge jüngerer Tendenzen konzernspezifischer Haftungsdurchbrechungen in Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung zunehmend unter Beschuss geraten. Diese Tendenzen bedrohen den Konzern als modernste Organisationsform für Binnenmarkt- und weltweite Aktivitäten. Es bedarf deshalb einer Analyse, welche Argumente die Haftungsbeschränkung im Konzern legitimieren können. Sie herauszuarbeiten und zu bewerten ist Gegenstand des vorliegenden Beitrages.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist dort als studentische Hilfskraft am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht am Lehrstuhl von Prof. Dr. Stefan J. Geibel, *Maître en droit (Université Aix-Marseille III)* tätig. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2023 von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff gestellt wurde.

A. Einleitung

I. Problemaufriss

Empirische Daten weisen nach, dass der Konzern die wichtigste Organisationsform für große und mittlere Unternehmen ist: Der Anteil der Konzerne an der Bilanzsumme liegt in Deutschland bei über 80 %, ihr Anteil an den Beschäftigten bei über 60 %.¹ Aktuellen Schätzungen zufolge sind in Deutschland zwischen 50 und 75 % aller AG² sowie 50 % aller GmbH³ in Konzerne eingebunden. Es überwiegt hierbei deutlich der faktische Konzern, der auf der Möglichkeit der Beherrschung qua Anteilmehrheit beruht.⁴ Das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der Haftungstrennung gilt auch im faktischen Konzern. Die Muttergesellschaft hat insbesondere nicht für die Verbindlichkeiten der Töchter und Enkel wie in einem Eingliederungskonzern gesamtschuldnerisch (§ 322 Abs. 1 AktG) einzustehen. Betrachtet man die jüngsten Tendenzen konzernspezifischer Haftungsdurchbrechungen in Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung, so scheint das Prinzip der beschränkten Haftung im faktischen Konzern bedroht zu sein. Infolgedessen stellt sich die Frage nach der Legitimation der Haftungsbeschränkung. Bei der Beantwortung dieser Frage ist es unausweichlich, die konkrete Konzernierungsform zu berücksichtigen. Es ist daher angezeigt, an die Besonderheiten des faktischen AG-Konzerns und des faktischen GmbH-Konzerns mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz anzuknüpfen.

II. Tendenzen zum Haftungsdurchgriff im Konzern

Insbesondere im deutschen und europäischen Kartellrecht scheint das Prinzip der beschränkten Haftung in seinen Grundfesten erschüttert. Bei einem Verstoß der Tochtergesellschaft gegen Art. 101, 102 AEUV kann die Muttergesellschaft auf Grundlage von Art. 23 VO 1/2003 sowie § 81a Abs. 1 GWB mit einem Bußgeld belegt oder gemäß § 33a Abs. 1 GWB in Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden.⁵ So können nach der Rechtsprechung des *EuGH* unter den

¹ *Bayer*, Aktueller Stand und Entwicklungsperspektiven des Konzernrechts, DK 2023, 1 (1).

² *Ebd.*; *Bayer/Hoffmann*, Beherrschung und Unabhängigkeit in der deutschen Börsenlandschaft, AG 2018 R116 (R116 ff.); *Emmerich/Habersack*, Konzernrecht, 12. Aufl. 2023, § 1 Rn. 8.

³ *Bayer* (Fn. 1), S. 1; *Emmerich/Habersack* (Fn. 2), § 1 Rn. 8.

⁴ *Bayer* (Fn. 1), S. 1.

⁵ *Poelzig*, Das konzernrechtliche Trennungsprinzip und Sanktionsdurchgriffe im (europäischen) Wirtschaftsrecht, AG 2023, 97 (100).

Unternehmensbegriff der Art. 101, 102 AEUV auch wirtschaftliche Einheiten⁶ aus mehreren rechtlich unabhängigen natürlichen und juristischen Personen fallen.⁷ Hierfür wird vorausgesetzt, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochter ausübt. Dies wird seit der *Akzo*-Rechtsprechung für den Fall widerleglich vermutet, dass die Muttergesellschaft nahezu alle Anteile an der Tochter hält.⁸ Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass nach den Ausführungen des *EuGH* in der Rs. *Sumal* auch eine umgekehrte Haftung möglich ist⁹: Die Tochter haftet für einen von der Mutter ausgehenden Kartellverstoß.¹⁰ Weitere Gefahr droht dem Prinzip der Haftungsbeschränkung im Datenschutzrecht. So rekurriert Erwägungsgrund 150 S. 3 der DSGVO für Geldbußen von Unternehmen auf die Begriffsbestimmung der Art. 101, 102 AEUV. Ob ein Verstoß gegen eine Bestimmung der DSGVO zu einer konzernweiten Sanktionierung der Muttergesellschaft für Datenschutzverstöße ihrer Töchter führt, ist im Schrifttum umstritten.¹¹ In einem aktuellen Urteil betont der *EuGH*, dass für die Berechnung von Geldbußen, die für in Art. 83 Abs. 4 bis Abs. 6 DSGVO genannte Verstöße verhängt werden, auf eine die wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit abzustellen ist.¹² Unechte Sanktionsdurchgriffe finden sich ferner im Bankaufsichtsrecht sowie im Vorschlag für die *Corporate-Sustainability-Due-Diligence*-Richtlinie.¹³ Weitere Impulse zur Haftungsdurchbrechung im Konzern sind schließlich im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz¹⁴ zu finden und werden im Deliktsrecht, insbesondere im Zusammenhang mit Menschenrechtsverstößen, diskutiert¹⁵.

⁶ Siehe zu der Entwicklung der Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit *Bauermeister*, Das Unternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht, NZG 2022, 59 (59 ff.).

⁷ *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

⁸ Grundlegend: *EuGH*, Urt. v. 10.9.2009, C-97/08 P, *Akzo Nobel*, Rn. 60.

⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.10.2021, C-882/19, *Sumal*, Rn. 43.

¹⁰ Siehe dazu die Kritik bei *Palzer*, Kartellzivil Haftung als "familiäre" Belastungsprobe, EWS 2022, 23 (23 ff.); noch weitergehend hingegen *Kerstin*, Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht, ZHR 182 (2018), 8 (8 ff.).

¹¹ Vgl. etwa *Ambröck*, Mitarbeiterexzess im Datenschutzrecht, ZD 2020, 492 (493); kritisch dazu *Poelzig* (Fn. 5), S. 101.

¹² *EuGH*, Urt. v. 5.12.2023, C-807/21, *Deutsche Wohnen SE*, Rn. 55 f.

¹³ *Poelzig* (Fn. 5), S. 101 f.

¹⁴ Vgl. dazu *Spindler*, Verantwortlichkeit und Haftung in Lieferantenkette – das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz aus nationaler und europäischer Perspektive, ZHR 186 (2022), 67 (67 ff.).

¹⁵ Vgl. *Schall*, Die Mutter-Verantwortlichkeit für Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter, ZGR 2018, 479 (485 ff.).

B. Die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft

Um die Legitimation der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ergründen zu können, erweist sich zunächst ein Blick auf die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft als erforderlich. Auf diese Weise können die Besonderheiten der Haftungsbeschränkung in der jeweiligen Konzernierungsform isoliert betrachtet werden.

I. Rechtliche Bedeutung der Haftungsbeschränkung

1. Rechtliche Verankerung der Haftungsbeschränkung

Die Haftungsbeschränkung gilt als fundamentaler Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts.¹⁶ Für die Verbindlichkeiten der AG bzw. GmbH hat nach § 1 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 13 Abs. 2 GmbHG nur diese selbst mit ihrem Vermögen einzustehen, nicht aber die Aktionäre bzw. Gesellschafter (sog. *owner shielding*¹⁷). Umgekehrt schützt die Haftungstrennung das Vermögen der Gesellschaft vor dem Zugriff der Privatgläubiger der Gesellschafter (sog. *entity shielding*¹⁸).¹⁹ Die Haftungsbeschränkung ist damit zunächst auf einfachgesetzlicher Ebene positiv normiert.²⁰ Im Rahmen der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1, Art. 19 Abs. 3 GG) garantiert die Verfassung Formen institutioneller Haftungsbeschränkung durch die Gründung juristischer Personen.²¹ Dies gilt selbst dann, wenn man davon ausgeht, dass die Haftungsbeschränkung kein notwendiges Kriterium für die Einstufung als juristische Person ist²², da sich jene jedenfalls als prägendes Merkmal juristischer Personen etabliert hat.²³ Auf unionsrechtlicher Ebene ist die Gründung haftungsbeschränkter Gesellschaften durch das Unionsgrundrecht der

¹⁶ Trautmann, Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern, 2020, S. 62 ff.

¹⁷ Poelzig (Fn. 5), S. 98.

¹⁸ Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, What is Corporate Law?, in: Kraakman, Reinier u. a., The anatomy of corporate law, 2017, S. 1 (6 f.); Hansmann/Kraakman, The Essential Role of Organizational Law, Yale L. J. 2000, 387 (393 ff.); Hansmann/Kraakman/Squire, Law and the Rise of the Firm, Harv. L. Rev. 2006, 1335 (1337 ff.).

¹⁹ Vgl. BGHZ 179, 344; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 21. Aufl. 2023, § 13 Rn. 47; König, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 217 (2017), 611 (618).

²⁰ König (Fn. 19), S. 615 f.

²¹ Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 182.

²² So etwa Föschinger, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 249; a. A. Trautmann (Fn. 16), S. 67 ff.

²³ Poelzig (Fn. 5), S. 99.

unternehmerischen Freiheit (Art. 16 EU-GRCh) gewährleistet.²⁴ Es ist außerdem von einem in den Art. 49, 63 Abs. 1 AEUV angelegten Anspruch des Marktbürgers auf Bereitstellung haftungsbeschränkter Rechtsformen auszugehen.²⁵ Dem kommt der nationale Gesetzgeber mit der AG und GmbH nach.²⁶ Da diese Rechtsformen folglich „garantiert“ sind, kommt eine Durchbrechung der Haftungstrennung nur in Betracht, wenn diese durch ein Allgemeininteresse gerechtfertigt ist und das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahrt.²⁷

2. Rechtshistorische Hintergründe der Haftungsbeschränkung

Das Entstehen der Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung ist auf die Kolonialisierung und Industrialisierung zurückzuführen.²⁸ Die Schaffung der AG sollte eine Kapitalakkumulation durch eine Vielzahl an Gesellschaftern bewirken, um wirtschaftliche Projekte zu fördern, deren Vermögenssummen der Staat allein nicht aufzubringen vermochte.²⁹ Als Beispiel hierfür können der Eisenbahnbau des 19. Jahrhunderts sowie die Bildung kapitalkräftiger Unternehmen in Bergbau, Stahlindustrie sowie der Bank- und Versicherungswirtschaft angeführt werden.³⁰ Es ist daher einleuchtend, dass Leitbild des Aktiengesetzes von 1937 und der ersten beiden Bücher des Aktiengesetzes von 1965 die große Publikumsgesellschaft mit einem weit gestreuten Gesellschafterkreis ist.³¹ Während der Entwicklungsprozess der AG bereits im 17. und 18. Jahrhundert begann, finden sich die Ursprünge der GmbH erst im späten 19. Jahrhundert.³² Mit der Schaffung der GmbH wollte der Gesetzgeber insbesondere weniger kapitalintensive Unternehmungen fördern.³³ Konkret sollte die beschränkte Haftung den Unternehmergeist stärken, um die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen vor allem gegenüber den

²⁴ *Ebd.*

²⁵ *Schön*, Der Anspruch auf Haftungsbeschränkung im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 1037 (1051 ff).

²⁶ *Ebd.*, S. 1054.

²⁷ *Ebd.*, S. 1053.

²⁸ *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 1 Rn. 25; siehe auch ausführlich zur Entstehungsgeschichte der AG und GmbH *Meyer*, Haftungsbeschränkung, 2000, S. 199 ff.

²⁹ *Trautmann* (Fn. 16), S. 74 f.

³⁰ *König* (Fn. 19), S. 617; *Lehmann*, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, ZGR 1986, 345 (353).

³¹ *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 28), § 18 Rn. 8; *Trautmann* (Fn. 16), S. 75.

³² *Drygala/Staake/Szalai* (Fn. 28), § 18 Rn. 1.

³³ *Ebd.*, § 1 Rn. 28.

englischen Kolonialgesellschaften zu verbessern.³⁴ Die Rechtshistorie zeigt folglich, dass es dem historischen Gesetzgeber mit der Schaffung der AG und GmbH nicht um den Schutz der Gesellschafter als solcher ging, sondern volkswirtschaftliche und machtpolitische Interessen im Mittelpunkt standen.³⁵

II. Rechtsökonomische Analyse der Haftungsbeschränkung

Zwar ist der Grundsatz der Haftungsbeschränkung im Recht der Kapitalgesellschaft fest verankert und erscheint rechtsdogmatisch als logische Folge vor dem Hintergrund der Anerkennung der GmbH und AG als eigenständige juristische Person (§ 13 Abs. 1 GmbHG bzw. § 1 Abs. 1 AktG).³⁶ Aus rechtspolitischer Sicht ist die Haftungsbeschränkung hingegen nicht selbstverständlich: Schließlich ermöglicht sie es den Gesellschaftern, eine ökonomische Aktivität zu entfalten, deren Verlust im Misserfolgsfall ganz oder teilweise die Gläubiger trifft, während sich die Beteiligung der Gesellschafter an diesem Verlust auf das in die Gesellschaft eingebrachte Vermögen beschränkt.³⁷ Nachdem festgestellt wurde, dass der historische Gesetzgeber vor allem ökonomische Zwecke mit der Haftungsbeschränkung verfolgte, eröffnet sich nun die Frage, wie die Haftungsbeschränkung das ökonomische Telos aus heutiger Sicht verwirklicht.

1. Ökonomische Vorteile der Haftungsbeschränkung

a) Kapitalsammelfunktion

Ein zentrales Element der AG ist ihre Funktion als Kapitalsammelbecken.³⁸ Die Haftungsbeschränkung stellt eine Voraussetzung für die Investitionsbereitschaft der Anleger dar, da diese sonst Gefahr liefen, wesentliche Teile ihres Privatvermögens zu verlieren.³⁹ Dem steht die geringe Wahrscheinlichkeit eines Haftungsausfalls angesichts des immensen Haftungsumfangs nicht entgegen.⁴⁰

³⁴ *Fischinger* (Fn. 22), S. 252 f.; *Schubert*, Das GmbH-Gesetz von 1892 – „eine Zierde unserer Reichsgesetzesammlung“. Das historische Geschehen um die GmbH von 1888 bis 1902, in: FS 100 Jahre GmbH, 1992, S. 1 (5).

³⁵ *Fischinger* (Fn. 22), S. 252.

³⁶ *Bitter*, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 13 Rn. 55 f.

³⁷ *Ebd.*, § 13 Rn. 56.

³⁸ *Fleischer*, Das Aktiengesetz von 1965 und das neue Kapitalmarktrecht, ZIP 2006, 451 (451); *Hommelhoff*, Jetzt die „Kleine“ und dann noch eine „AnlegerAG“, in: Semler/Hommelhoff/Doralt/Druey, Reformbedarf im Aktienrecht, 1994, S. 65 (65 f.); *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 38 Rn. 2; *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, 2015, S. 853.

³⁹ *Escher-Weingart*, Reform durch Deregulierung im Kapitalgesellschaftsrecht, 2001, S. 14; *Posner*, Economic Analysis of Law, 7. Aufl. 2007, S. 424; *Trautmann* (Fn. 16), S. 88.

⁴⁰ *Trautmann* (Fn. 16), S. 88.

Eine Aufweichung der Haftungsbeschränkung würde zu einer Einschränkung der Kapitalallokation führen, da weniger Anleger bei erhöhtem Risiko zur Investition bereit wären.⁴¹ Es ist deshalb davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Funktion des Kapitalsammelbeckens ermöglicht und unterstützt.

Auch in der GmbH kann die Haftungsbeschränkung eine Kapitalakkumulation zum Gründungszeitpunkt begünstigen.⁴² Zwar sind die Anleger aufgrund ihrer im Vergleich zur AG erhöhten Einflussmöglichkeit grundsätzlich weniger risikoavers.⁴³ Indes wirkt sich dies nur gering aus, da auch hier nicht beeinflussbare Risiken verbleiben, deren Eintritt bei unbeschränkter Haftung den Verlust der gesamten Lebensgrundlage zur Folge hätte.⁴⁴ Freilich ist die Kapitalsammelfunktion in der GmbH im Vergleich zur AG von geringerer Bedeutung, dient die GmbH doch typischerweise der Durchführung weniger kapitalintensiver Projekte.⁴⁵

b) Stimulation unternehmerischer Initiative und Risikobereitschaft

Indem die Haftungsbeschränkung das Risiko jedes Gesellschafters in der GmbH und der AG auf die eigene Einlage beschränkt, erhöht sich auf der einen Seite der Erwartungswert der Rückflüsse und verringert sich auf der anderen Seite die Volatilität der Ergebnisstreueung.⁴⁶ Die Haftungsbeschränkung steigert damit die Risikobereitschaft und stimuliert die unternehmerische Initiative.⁴⁷ Da Entscheidungsträger typischerweise risikoavers sind,⁴⁸ ist der Beitrag, den die Haftungsbeschränkung zur Förderung der unternehmerischen Initiative leistet, besonders groß. Dies zeigt sich auch während der laufenden unternehmerischen Betätigung: Haftungsbeschränkte Gesellschafter geben der Geschäftsleitung ein risikoreicheres Investitionsprogramm vor.⁴⁹ Ohne die Haftungsbeschränkung

⁴¹ *Escher-Weingart* (Fn. 39), S. 14 f.

⁴² *Bitter*, in: Scholz (Fn. 36), § 13 Rn. 65.

⁴³ *Trautmann* (Fn. 16), S. 88.

⁴⁴ *Bitter*, in: Scholz (Fn. 36), § 13 Rn. 65.

⁴⁵ *Trautmann* (Fn. 16), S. 94.

⁴⁶ Siehe dazu die ausführlichen Ausführungen bei *Trautmann* (Fn. 16), S. 95 ff.

⁴⁷ Vgl. *Easterbrook/Fischel*, *Limited Liability and the Corporation*, U. Chi. L. Rev. 1985, 89 (95 f.); *Fischinger* (Fn. 22), S. 253 f.; *Schweitzer/Woeste*, *Die Haftung von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht*, in: Bergmann u. a., *Vom Konzern zum Einheitsunternehmen*, 2020, S. 141 (167).

⁴⁸ *Temming* (Fn. 38), S. 855; *Trautmann* (Fn. 16), S. 98.

⁴⁹ *König* (Fn. 19), S. 619; *Nacke*, *Die Durchgriffshaftung in der U.S. amerikanischen Corporation unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung des Privilegs der beschränkten Haftung und der neuesten Rechtsprechung von New York und Kalifornien*, 1988, S. 257.

würden Investoren allein deshalb von volkswirtschaftlich sinnvollen Projekten trotz eines positiven Erwartungswertes absehen, weil sie risikoreich sind und die Gefahr eines Totalverlustes droht.⁵⁰ Der Haftungsbeschränkung kommt mithin eine wohlfahrtssteigernde Wirkung zu.⁵¹ Ohne das Eingehen von Risiken bleiben gesamtwirtschaftlich vorteilhafte Innovationen aus.⁵² Bei der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft handelt es sich damit um *den* zentralen ökonomischen Vorteil der Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft.

c) Ermöglichung der Trennung von Kapital und Management

Ein weiterer Vorzug der Haftungsbeschränkung ist, dass sie Grundvoraussetzung für die Trennung von Anteilseignern und Management ist.⁵³ Eine derartige Trennung sichert Spezialisierungsvorteile: Kapitalgeber bringen ihre finanzielle Stärke dort ein, wo sie von einer professionellen Geschäftsleitung effizient verwaltet und gesteigert wird.⁵⁴ Von dieser Situation profitiert die Volkswirtschaft insgesamt.⁵⁵ Auf der anderen Seite entstehen innerhalb der Gesellschaft aufgrund der Trennung von Kapital und Management spezielle Agenturkosten, welche durch die *Principal-Agent*-Theorie modelliert werden.⁵⁶ Diese basieren auf Informationsasymmetrien, welche die Gefahr bergen, dass die Geschäftsleiter (*Agents*) nicht die Interessen der Gesellschafter (*Principals*), sondern ihre eigenen Interessen verfolgen.⁵⁷ Freilich darf eine derartige Gefahr nicht überbewertet werden, wird die Geschäftsleitung doch bereits durch die Abberufungsgefahr diszipliniert.⁵⁸

⁵⁰ Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 169; Bitter, in: Scholz (Fn. 36), § 13 Rn. 65; Fleischer, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1 (18); Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2021, S. 801.

⁵¹ Schön, Organisationsfreiheit und Gruppeninteresse im Europäischen Konzernrecht, ZGR 2019, 343 (351 f.).

⁵² Vgl. Laperche/Uzunidis, Powerful Finance and Innovation Trends in a High-Risk Economy, 2008, S. 29.

⁵³ Fleischer (Fn. 50), S. 17.

⁵⁴ Temming (Fn. 38), S. 850.

⁵⁵ Ebd.

⁵⁶ Habersack/Zickgraf, Deliktsrechtliche Verkehrs- und Organisationspflichten im Konzern, ZHR 182 (2018), 252 (260); siehe zur *Principal-Agent*-Theorie Jensen/Meckling, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 JFE (1976), 305 (305 ff.) und Steffek, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft, 2011, S. 24 ff.

⁵⁷ Habersack/Zickgraf (Fn. 56), S. 260.

⁵⁸ Siehe zu der geringen Bedeutung der Gefahr ausführlich Trautmann (Fn. 16), S. 126 ff.

d) Reduzierung von Informations- und Überwachungskosten

aa) Überwachungskosten der Anteilseigner hinsichtlich des Managements

Je geringer das Risiko ist, das ein Anteilseigner trägt, desto weniger lohnt es sich für ihn, das Verhalten der Fremdgeschäftsleiter zu überwachen.⁵⁹ Folglich ist davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung den Anreiz zur Überwachung der Geschäftsleitung und damit die potenziellen Überwachungskosten reduziert.⁶⁰ In der AG ermöglicht die Haftungsbeschränkung somit, dass die Aktionäre die Überwachung dem Aufsichtsrat als neutralem Organ anvertrauen.⁶¹ Gleiches gilt für die Gesellschafter in der über einen fakultativen Aufsichtsrat verfügenden GmbH sowie in der mitbestimmten GmbH, in der ein obligatorischer Aufsichtsrat vorgeschrieben ist (§§ 1, 3 Abs. 1 MontanMitbestG, §§ 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG).⁶² Verfügt die GmbH dagegen über keinen Aufsichtsrat, ist die Bedeutung der Reduzierung der Überwachungskosten vergleichsweise gering, will der typische GmbH-Gesellschafter doch auch im Falle der beschränkten Haftung die Geschäftsleitung intensiv überwachen.⁶³ Hinzu kommt, dass die Geschäftsführer der GmbH regelmäßig auch zum Kreis der Gesellschafter gehören.⁶⁴ Freilich kann die Reduzierung der Überwachungskosten insbesondere bei dem geringfügig beteiligten Gesellschafter, für den sich die Überwachungskosten nicht rentieren würden, einen Vorteil darstellen.⁶⁵ Dies erhöht zwar in der Theorie den Überwachungsaufwand für die Vertragsgläubiger.⁶⁶ Allerdings erscheint es vor dem Hintergrund, dass insbesondere Großgläubiger über geeignete Möglichkeiten der Überwachung verfügen⁶⁷, als hinnehmbar.

bb) Überwachungskosten der Anteilseigner hinsichtlich der Mitgesellschafter

Des Weiteren reduziert die Haftungsbeschränkung die Überwachungskosten der Anteilseigner hinsichtlich der Mitgesellschafter, da eine Kontrolle deren Solvenz

⁵⁹ *Fleischer* (Fn. 50), S. 17; *Nacke* (Fn. 49), S. 233; *Temming* (Fn. 38), S. 851.

⁶⁰ *Steffek* (Fn. 56), S. 773.

⁶¹ *Trautmann* (Fn. 16), S. 131 f.

⁶² Vgl. *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2023, § 16 Rn. 789.

⁶³ *Trautmann* (Fn. 16), S. 145.

⁶⁴ *Halmer*, Gesellschafterdarlehen und Haftungsdurchgriff, 2013, S. 49.

⁶⁵ *Trautmann* (Fn. 16), S. 142.

⁶⁶ *Bitter* (Fn. 50), S. 162.

⁶⁷ *Temming* (Fn. 38), S. 852.

entbehrlich ist.⁶⁸ Jedoch sollte dieser Vorzug nicht überbewertet werden: So fallen die Kontrollkosten bei einem engen Gesellschafterkreis – wie typischerweise in der GmbH – kaum ins Gewicht.⁶⁹ Auf der anderen Seite wäre eine intensive Überwachung der Mitgeschafter für den typischen Kleinaktionär bei einem breit gestreuten Gesellschafterkreis auch bei unbeschränkter Haftung kaum realisierbar.⁷⁰ Vielmehr zeigt sich hier erneut die Bedeutung der Haftungsbeschränkung als Förderin der Risikobereitschaft: Den Investor hindert aufgrund der beschränkten Haftung keine für ihn nicht realisierbare Kontrolle der Solvenz der übrigen Gesellschafter an der Investition.

c) Überwachungskosten der Gläubiger hinsichtlich der Gesellschafter

Schließlich ist in der Theorie davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Überwachungskosten der Gläubiger hinsichtlich der Vermögensverhältnisse der Gesellschafter reduziert.⁷¹ So sind im Fall der Haftungsbeschränkung die privaten Vermögensverhältnisse für die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit eines Forderungsausfalls entbehrlich.⁷² Gleichwohl sollte auch dieser Vorteil nicht überschätzt werden, da eine laufende Überwachung der privaten Vermögensverhältnisse der Gesellschafter für die Gläubiger regelmäßig nicht rentabel wäre.⁷³

e) Beitrag zur Schaffung eines effizienten Kapitalmarktes

Ein weiterer wichtiger Vorteil der Haftungsbeschränkung ist ihr Beitrag zur Schaffung eines effizienten Kapitalmarktes.⁷⁴ Der Gesellschaftsanteil hängt bei beschränkter Haftung nur von Unternehmensparametern und keinen persönlichen Eigenschaften sowie wirtschaftlichen Verhältnissen seines Inhabers ab.⁷⁵ Damit wird er zu einem homogenen und handelbaren Gut.⁷⁶ Infolgedessen ist davon auszugehen, dass die Haftungsbeschränkung die Umlauffähigkeit von

⁶⁸ *Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law, 1991, S. 42; *Halpern/Trebilcock/Turnbull*, An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law, 30 U. Tor. L. J. (1980), 117 (136).

⁶⁹ *Fleischer* (Fn. 50), S. 17.

⁷⁰ *Bitter* (Fn. 50), S. 163 f.; *Temming* (Fn. 38), S. 852 f.

⁷¹ *Bainbridge/Henderson*, Limited Liability: A Legal and Economic Analysis, 2016, S. 8; *Kübler*, Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht der Kapitalgesellschaften – Zur Kritik der „Autokran“-Doktrin des Bundesgerichtshofs –, in: FS Heinsius, 1991, S. 397 (405).

⁷² *Trautmann* (Fn. 16), S. 135.

⁷³ *Bitter* (Fn. 50), S. 163 f.; *Temming* (Fn. 38), S. 853.

⁷⁴ *Bitter* (Fn. 50), S. 166 ff.

⁷⁵ *Ebd.*, S. 166.

⁷⁶ *Ebd.*; *Easterbrook/Fischel* (Fn. 47), S. 96; *Halmer* (Fn. 63), S. 24 f.

Gesellschaftsanteilen ermöglicht.⁷⁷ Des Weiteren können Kapitalgeber ihre Investitionen durch das beschränkte Risiko diversifizieren.⁷⁸ All dies schafft einen allokatoren effizienten Kapitalmarkt. Dies gilt namentlich für die Haftungsbeschränkung in der AG. Demgegenüber ist die Kapitalmarkteffizienz durch die beschränkte Haftung in der GmbH weniger gesteigert, da die Umlauffähigkeit der Gesellschaftsanteile aufgrund des Beurkundungserfordernisses aus § 15 Abs. 3 GmbHG deutlich eingeschränkt ist.⁷⁹ Der volkswirtschaftliche Nutzen eines effizienten Kapitalmarktes ist außerordentlich hoch. Als positiver Nebeneffekt sei an dieser Stelle noch die Möglichkeit der Geschäftsleitungsüberwachung über die Preisbildung eines Unternehmens durch den Kapitalmarkt genannt.⁸⁰

f) *Entity Shielding*

Sowohl in der AG als auch in der GmbH hat die Haftungsbeschränkung umgekehrt den Schutz der Gesellschaft vor unbegrenzter Haftung für Schulden der Aktionäre oder Gesellschafter zur Folge.⁸¹ Eine derartige „umgekehrte Haftungsbeschränkung“ schützt den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft vor schwer vorhersehbaren Vollstreckungsmaßnahmen der Privatgläubiger der Gesellschafter. Ohne diese Abschirmung wäre ein Unternehmen stets der Gefahr des Scheiterns ausgesetzt, was sich negativ auf den Unternehmenswert auswirken würde.⁸² Auch die umgekehrte Haftungsbeschränkung trägt ferner zu einer Reduzierung der Überwachungskosten von Gesellschaftsgläubigern und Mitgesellschaftern bei.⁸³

2. Gefahr der Risikoexternalisierung als wesentlicher ökonomischer Nachteil?

Ogleich die Haftungsbeschränkung namentlich durch die Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft viele ökonomische Vorteile aufweist, darf dies nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass sie auch Gefahren birgt. Als wesentlicher ökonomischer Nachteil der Haftungsbeschränkung wird angeführt, sie eliminiere die Risiken der

⁷⁷ So im Ergebnis *Hommelhoff*, Produkthaftung im Konzern, ZIP 1990, 761 (769).

⁷⁸ *Steffek* (Fn. 56), S. 775; *Temming* (Fn. 38), S. 853.

⁷⁹ *Trautmann* (Fn. 16), S. 154.

⁸⁰ *Ebd.*, S. 137.

⁸¹ *Poelzig* (Fn. 5), S. 98.

⁸² Siehe *Hansmann/Kraakman/Squire* (Fn. 18), S. 1348 f., die die zentrale Funktion der umgekehrten Haftungsbeschränkung in dem Schutze eines *Going-Concern Value* des Unternehmens sehen.

⁸³ *Poelzig* (Fn. 5), S. 98.

Unternehmung nicht einfach, sondern externalisiere sie zu Lasten der Gläubiger.⁸⁴ Die Haftungsbeschränkung setze einen Anreiz für den Unternehmer auch Vorhaben durchzuführen, deren Erwartungswert aus unternehmerischer Sicht positiv, aus volkswirtschaftlicher Sicht jedoch negativ ist.⁸⁵ Dies führe dazu, dass sich der Umfang und die Wahrscheinlichkeit eines kompensationslosen Forderungsausfalls für die Gläubiger erhöht.⁸⁶ Um eine derartige Gefahr bewerten zu können, bietet es sich an, zwischen freiwilligen und unfreiwilligen Gläubigern zu differenzieren.

a) Freiwillige Gläubiger

Sind freiwillige Gläubiger ausreichend informiert, so sind sie in der Lage, die mit der Gesellschaft verbundenen Risiken zu bestimmen und bei den Vertragsverhandlungen zu berücksichtigen. Sie haben die Möglichkeit, das Risiko zu vermeiden, indem sie sich gegen einen Vertragsschluss entscheiden oder sich durch Kündigung von diesem lösen.⁸⁷ Auch können sie das Risiko durch das Vereinbaren von Sicherheiten – wie beispielsweise Bürgschaften der Gesellschafter – reduzieren oder es nur gegen Zahlung einer Risikoprämie übernehmen.⁸⁸ Bei freiwilligen Gläubigern kommt es damit dem Grunde nach nicht zu einer Risikoexternalisierung. Anderes gilt nur dann, wenn die Vertragsgläubiger nicht ausreichend informiert sind oder über eine nur geringe Verhandlungsmacht verfügen.⁸⁹ Als besondere Gruppe der freiwilligen Gläubiger sind in diesem Zusammenhang Arbeitnehmer zu nennen, die zusätzlich das Arbeitsplatzrisiko tragen und als verletzbar in Bezug auf das Externalisierungsrisiko gelten.⁹⁰

b) Unfreiwillige Gläubiger

Als unfreiwillige Gläubiger werden diejenigen bezeichnet, die keine Möglichkeit haben, ihre Gläubigerposition gegenüber der Gesellschaft zu verhindern.⁹¹ Es

⁸⁴ Adams, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung, 1991, S. 53 ff.; Bitter (Fn. 50), S. 183 f.; Easterbrook/Fischel (Fn. 68), S. 49 f.; Hansmann/Kraakman, Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts, Yale L. J. (1991), 1879 (1879 ff.); Lebmann (Fn. 30), S. 350; Schall (Fn. 15), S. 485.

⁸⁵ Bitter (Fn. 50), S. 185; Temming (Fn. 38), S. 875; Trautmann (Fn. 16), S. 110.

⁸⁶ Temming (Fn. 38), S. 874; Trautmann (Fn. 16), S. 111.

⁸⁷ Bitter (Fn. 50), S. 188.

⁸⁸ Ebd.; vgl. auch Posner, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U. Chi. L. Rev. (1976), 499 (501 ff.).

⁸⁹ Adams (Fn. 84), S. 56 f.; Bitter (Fn. 50), S. 188 ff.; Temming (Fn. 38), S. 879.

⁹⁰ Temming (Fn. 38), S. 912.

⁹¹ Bitter (Fn. 50), S. 186; Temming (Fn. 38), S. 877.

handelt sich bei ihnen vor allem um Deliktsgläubiger.⁹² Sie können weder das Risiko beseitigen, indem sie von dem Vertrag Abstand nehmen, noch können sie es mit einer Risikoprämie ausgleichen.⁹³ Bezüglich der unfreiwilligen Gläubiger ist folglich grundsätzlich von einer Risikoexternalisierung auszugehen.

c) Bewertung der Gefahr der Risikoexternalisierung

Namentlich bezüglich unfreiwilliger Gläubiger sowie sonstiger schutzbedürftiger Gläubiger – wie etwa Arbeitnehmer – kann die Gefahr der Risikoexternalisierung nicht von der Hand gewiesen werden. So liegt es im Rahmen des Möglichen, dass die Durchführung eines Vorhabens für die Gesellschafter einen positiven Erwartungswert aufweist, obwohl das Projekt unter Zugrundelegung der Auswirkungen auf sämtliche *Stakeholder* einen negativen Erwartungswert aufweist und deshalb aus gesamtwirtschaftlicher Sicht nicht unternommen werden sollte.⁹⁴ Teilweise wird angeführt, die Externalisierungsgefahr werde durch einen Versicherungsanreiz der Geschäftsleitung begrenzt.⁹⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass angesichts der Vielzahl und Komplexität der risikorelevanten Umstände mit übermäßig hohen Versicherungsprämien zu rechnen ist.⁹⁶ Die Versicherungskosten sind i. d. R. höher als der finanzielle Vorteil, der sich aus dem Externalisierungsrisiko für die Gesellschaft ergibt.⁹⁷ Damit ist zu bezweifeln, dass die Geschäftsleitung einen Anreiz besitzt, derartige Risikoversicherungen abzuschließen.

Dennoch ist davon auszugehen, dass der Bereich, in dem die Erwartungswerte von Projekten aus unternehmerischer sowie aus volkswirtschaftlicher Sicht auseinanderfallen, nur sehr eng ist.⁹⁸ Dies lässt sich darauf zurückführen, dass die vertraglich vereinbarten Risikoprämien bereits den Erwartungswert für die Kapitalgesellschaft als solchen schmälern.⁹⁹ Darüber hinaus ist anzunehmen, dass Projekte, die in diesem verengten Grenzbereich liegen, nur selten durchgeführt werden.¹⁰⁰ Es lässt sich daher festhalten, dass die Gefahr der Risikoexternalisierung zwar existent ist, jedoch nicht überbewertet werden sollte. Insbesondere vertragliche Gläubiger sind i. d. R. nicht schutzbedürftig.

⁹² Adams (Fn. 84), S. 57 f.; Posner (Fn. 88), S. 506.

⁹³ Bitter (Fn. 50), S. 186.

⁹⁴ Habersack/Zickgraf (Fn. 56), S. 257 f.

⁹⁵ Easterbrook/Fischel (Fn. 68), S. 52 ff.; Easterbrook/Fischel (Fn. 47), S. 107 ff.

⁹⁶ Temming (Fn. 38), S. 877; Trautmann (Fn. 16), S. 116.

⁹⁷ Bitter (Fn. 50), S. 187; Temming (Fn. 38), S. 878.

⁹⁸ Trautmann (Fn. 16), S. 113.

⁹⁹ Ebd.

¹⁰⁰ Siehe dazu die Begründung bei Trautmann (Fn. 16), S. 114.

3. Zwischenergebnis

Vergegenwärtigt man sich die zahlreichen Vorzüge der Haftungsbeschränkung in der nicht konzernierten Kapitalgesellschaft, offenbart sich rasch die ihr inhärente wohlfahrtssteigernde Bedeutung. Den zentralen Vorteil stellt hierbei die Steigerung der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft dar. Die Externalisierungsgefahr vermag die wohlfahrtssteigernde Bedeutung der Haftungsbeschränkung nicht wesentlich zu schmälern. Die erhöhte Risiko- und Innovationsbereitschaft der Anleger führt zu positiven *Spill-over-Effekten* für die Gesamtgesellschaft, die die Nachteile namentlich für unfreiwillige Gläubiger überwiegen.¹⁰¹ Das Prinzip der beschränkten Haftung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft steht folglich auf einem sicheren, Legitimationskraft entfaltenden Grundgerüst. Durchbrechungen kommen vereinzelt in Betracht, bedürfen dann jedoch einer eigenständigen teleologischen Rechtfertigung.

III. Diskutierte Fallgruppen des Haftungsdurchgriffs

Die dogmatische Begründung und die konkreten Voraussetzungen sog. echter Haftungsdurchgriffe im Kapitalgesellschaftsrecht sind umstritten.¹⁰² Einzelheiten können hier nicht vertieft werden. Nach allgemeiner Ansicht kommen Haftungsdurchgriffe jedenfalls dann in Betracht, wenn die Rechtsform der juristischen Person und die damit einhergehende Haftungsbeschränkung missbraucht werden oder ein dem Zweck des Haftungsprivilegs widersprechendes Verhalten der Gesellschafter vorliegt.¹⁰³ In Rechtsprechung und Literatur weitgehend anerkannt ist die Vermögensmischung als Anwendungsfall des Durchgriffs.¹⁰⁴ Dies betrifft die Situation, dass Gesellschafts- und Privatvermögen dergestalt miteinander vermischt werden, dass sie nicht mehr klar voneinander unterschieden werden können.¹⁰⁵ Eine Durchgriffshaftung wird darüber hinaus in Konstellationen erwogen, in denen die Sphären von Gesellschafter und Gesellschaft nicht unterschieden werden können.¹⁰⁶ Dies zeigt, dass Haftungsdurchbrechungen ausnahmsweise in Betracht kommen können, sofern sie teleologisch gerechtfertigt sind. Sie ändern gleichwohl nichts an der grundsätzlichen Legitimation der Haftungsbeschränkung. Zu beachten ist ferner, dass der umgekehrte

¹⁰¹ Vgl. *Schweitzer/Woeste* (Fn. 47), S. 167.

¹⁰² *Grigoleit*, in: *Grigoleit, AktG*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 92; *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

¹⁰³ Siehe statt aller *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

¹⁰⁴ Siehe statt aller *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 19), § 13 Rn. 19.

¹⁰⁵ *Ebd.*; *Poelzig* (Fn. 5), S. 100.

¹⁰⁶ *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 19), § 13 Rn. 24; *Grigoleit*, in: *Grigoleit* (Fn. 102), § 1 Rn. 97.

Haftungsdurchgriff mit der Begründung des ihm entgegenstehenden Kapitalerhaltungsgrundsatzes allgemein abgelehnt wird.¹⁰⁷

IV. Besonderheiten bei Einpersonengesellschaften

Die praktische Bedeutung der Einpersonengesellschaft ist hoch, mehr als die Hälfte aller GmbH stehen in Deutschland im Alleinbesitz.¹⁰⁸ Bezüglich der AG wird angenommen, dass rund 30 % von ihnen Einpersonen-AG sind.¹⁰⁹ Die Zulässigkeit der Einpersonengesellschaft war lange Zeit umstritten, ihr haftete gar der Titel eines „Schmerzenskinds der Rechtswissenschaft“¹¹⁰ an. Seit der GmbH-Novelle von 1980 ist die Gründung der Einpersonen-GmbH indes gesetzlich ausdrücklich anerkannt.¹¹¹ Auf Unionsebene sichert die Einpersonengesellschafts-Richtlinie 2009/102/EG¹¹² die Zulässigkeit der Einpersonen-Gesellschaften seit 1989 ab. Art. 6 der Richtlinie stellt es den Mitgliedstaaten außerdem frei, die Einpersonengesellschaft auch für die AG zuzulassen. Mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts von 1994 (BGBl. I, 1961) hat der deutsche Gesetzgeber hiervon durch eine Änderung des § 2 AktG Gebrauch gemacht.¹¹³

Trotz der rechtlichen Verankerung wird die rechtspolitische Legitimation der Haftungsbeschränkung im Rahmen von Einpersonengesellschaften im Schrifttum teilweise noch in Frage gestellt.¹¹⁴ Es wird angeführt, die rechtsökonomischen Gründe, die die Haftungsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften legitimierten, seien bei der Einpersonengesellschaft nicht einschlägig.¹¹⁵ Darüber hinaus wird an die ältere Kritik angeknüpft, bei der Einpersonengesellschaft handele es sich um eine *contradictio in adiecto*¹¹⁶. Dies

¹⁰⁷ Poelzig (Fn. 5), S. 100.

¹⁰⁸ Bayer/Hoffmann, Gesellschafterstrukturen deutscher GmbH, GmbHR 2014, 12 (12); Fleischer, Einpersonen-Kapitalgesellschaften: Ein dogmengeschichtlicher Rechtsvergleich, in: FS Windbichler, 2020, S. 623 (624); Schäfer/Ott (Fn. 50), S. 802.

¹⁰⁹ Bayer/Hoffmann, „Einpersonen-Aktiengesellschaften“ i. S. v. § 42 AktG, AG 2016, R79 (R82).

¹¹⁰ So die treffende Bezeichnung bei Rittner, Die werdende juristische Person, 1973, S. 238.

¹¹¹ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), § 1 Rn. 24.

¹¹² Vormals RL 89/667/EWG vom 21.12.1989 (ABl. 1989 L 395, 40).

¹¹³ Fleischer (Fn. 108), S. 631.

¹¹⁴ Siehe etwa die Kritik bei Gröpl, Flucht in die Haftungsbeschränkung – Fluch der Haftungsbeschränkung (Teil 1), jM 2017, 315 (315 ff.).

¹¹⁵ Ebd., S. 316.

¹¹⁶ Siehe zu diesem Vorwurf bereits Jordano Barea, La sociedad de un solo socio, RDM 91 (1964), 7 (13): „La sociedad unipersonal, a la luz de la lógica pura [...] es una contradictio in adjecto.“

täusche den durchschnittlichen Vertragspartner, weshalb eine Haftungsbeschränkung nicht legitim sei.¹¹⁷

In der Tat können Gesellschaften im Alleinbesitz nicht als Anlageobjekt auf dem Kapitalmarkt dienen. Sie erfüllen somit keine Kapitalsammelfunktion. Auch entfällt damit die Überwachung der Geschäftsleitung durch den Kapitalmarkt. Ferner liegt einer Reduktion der Überwachung der privaten Vermögensverhältnisse der Gesellschafter nicht vor. Freilich stellt dies bereits in der Mehrpersonengesellschaft keinen gewichtigen Vorteil dar. Die Möglichkeit einer ökonomisch sinnvollen Trennung von Human- und Geldkapital besteht in der Einpersonengesellschaft in gleicher Weise, obgleich die Gesellschaft im Alleinbesitz regelmäßig durch ihren Gesellschafter geleitet wird.¹¹⁸ Deshalb ist die mit der Haftungsbeschränkung erreichte Reduzierung der Überwachungskosten der Anteilseigner nur von geringem Gewicht.

Gleichwohl greift auch bei Einpersonengesellschaften *der* zentrale Vorteil der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft: Ohne die Haftungsbeschränkung würden zahlreiche aus wohlfahrtsökonomischer Sicht sinnvolle Projekte ausbleiben.¹¹⁹ Außerdem würde die Gefahr einer persönlichen Haftung potenzielle Einzelunternehmer von einer eigenständigen Tätigkeit abschrecken und in eine abhängige Beschäftigung drängen.¹²⁰ Die Haftungsbeschränkung setzt damit einen volkswirtschaftlich vorteilhaften Anreiz zur selbstständigen Tätigkeit, welche die Anbieterzahl erhöht.¹²¹

Somit entfaltet der ökonomische Vorteil der Stimulation der Risikobereitschaft auch bei der Einpersonengesellschaft legitimatorische Kraft. Dies ist den Stimmen, welche die Haftungsbeschränkung bei Einpersonengesellschaften mehr als Fluch denn als Segen ansehen¹²², entgegenzuhalten. Ausführungen, die in diesem Zusammenhang auf einen vermeintlichen semantischen Widerspruch rekurren, sind trügerisch, vermögen sie die ökonomische Richtigkeit der Haftungsbeschränkung bei Einpersonengesellschaften doch nicht zu eliminieren.

¹¹⁷ Gröpl (Fn. 114), S. 318.

¹¹⁸ Trautmann (Fn. 16), S. 192.

¹¹⁹ Fleischer (Fn. 50), S. 18; Trautmann (Fn. 16), S. 192.

¹²⁰ Beurskens/Mainka, Ende mit Schrecken oder Schrecken ohne Ende? – Nachhaftung im Vertragskonzern, DK 2017, 425 (427); Verse, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 13 GmbHG Rn. 11.

¹²¹ Beurskens/Mainka (Fn. 120), S. 427.

¹²² In diese Richtung gehend Gröpl (Fn. 114), S. 315 ff.

V. Ergebnis

Es lässt sich festhalten, dass die Haftungsbeschränkung in der konzernfreien Kapitalgesellschaft nicht nur fest im Recht verankert ist, sondern auch aus rechtsökonomischen Gründen gerechtfertigt ist. Haftungsdurchbrüche kommen ausnahmsweise in Betracht, bedürfen jedoch stets einer teleologischen Rechtfertigung. Auch wenn nicht alle ökonomischen Vorzüge auf die Haftungsbeschränkung in der Einpersonengesellschaft zutreffen, so ist sie auch in dieser legitim.

C. Die divergierenden Konzeptionen des faktischen AG-Konzerns und des faktischen GmbH-Konzerns mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Um die Frage nach der Legitimation der Haftungsbeschränkung in den zu untersuchenden Konzernierungsformen beantworten zu können, erweist es sich zuvor als erforderlich, deren gesetzliche Konzeption und rechtstatsächliches Erscheinungsbild zu durchleuchten.

I. Die Grundkonzeption des faktischen AG-Konzerns als dezentraler Holdingkonzern

Die Mehrheitsbeteiligung im Rahmen eines faktischen AG-Konzerns ermöglicht es dem herrschenden Unternehmen, im Sinne des § 17 Abs. 1 AktG das von ihm abhängige Unternehmen zu der Vornahme oder Unterlassung von Rechtsgeschäften und Maßnahmen zu veranlassen. Das Einflusspotenzial der Konzernmutter beruht insbesondere auf der Möglichkeit, die Besetzung des Vorstandes der Tochtergesellschaft über die Repräsentanten der Konzernspitze im Aufsichtsrat der Tochter zu steuern.¹²³ Nach den §§ 76 Abs. 1, 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist der Vorstand der Tochter-AG grundsätzlich zu einer eigenverantwortlichen Leitung der Gesellschaft im Tochtereigeninteresse verpflichtet. Gleichwohl gestattet § 311 Abs. 1 AktG dem Tochtervorstand, auf Veranlassung der Mutter ein für die Tochter-AG nachteiliges Rechtsgeschäft oder eine nachteilige Maßnahme vorzunehmen oder zu ihrem Nachteil eine Maßnahme zu unterlassen, sofern der Nachteilsausgleich sichergestellt ist.¹²⁴ Es besteht hierbei allerdings keine Weisungsabhängigkeit des Tochtervorstandes, sodass dieser zur Befolgung der nachteiligen Weisungen nicht verpflichtet ist.¹²⁵

¹²³ Vgl. BGHZ 69, 334 (347); 135, 107, (114); *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 109.

¹²⁴ Die Bestimmungen der §§ 311 ff. AktG privilegieren insoweit sowohl den Tochtervorstand als auch die Konzernspitze. Siehe dazu *Hommelhoff* (Fn. 123), S. 124 f.

¹²⁵ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 311 AktG Rn. 78.

Vielmehr gehen die § 311 ff. AktG von einem Tochtervorstand aus, der auch in den Angelegenheiten des Konzerns seine Entscheidungen im Rahmen eines eigenverantwortlichen Ermessens trifft.¹²⁶ Der Tochtervorstand ist „*Inhaber unternehmerischer Entscheidungsautonomie*“¹²⁷, der der Muttergesellschaft auf Augenhöhe gegenübertritt. Die Tochter-AG stellt somit eine autonom agierende Einheit im faktischen AG-Konzern dar, die das herrschende Mutterunternehmen unter einheitlicher Leitung im Sinne des § 18 Abs. 1 S. 1 AktG zusammengefasst hat. Mit dem Vorstand der Tochter-AG sowie dem Konzernvorstand werden im faktischen AG-Konzern zwei Zentren autonomer Gestaltungsmacht eröffnet.¹²⁸ Dies entspricht der Intention des historischen Gesetzgebers des Aktiengesetzes von 1965, mit den §§ 311 ff. AktG einen dezentral organisierten faktischen Konzern zu ermöglichen.¹²⁹ Auf diese Weise wurden die praktischen Bedürfnisse der Wirtschaft gesetzlich berücksichtigt.¹³⁰ Eine zentrale Unternehmensleitung würde dahingegen den im faktischen AG-Konzern erforderlichen Einzelausgleich unmöglich machen.¹³¹ Jene umfasst eine pauschale Einflussnahme auf das Tagesgeschäft sowie außergewöhnliche und bereichsumfassende, unternehmenspolitische Vorgaben.¹³² Die §§ 311 ff. AktG stehen mithin einer zentral organisierten Leitungsstruktur entgegen. Sie konzipieren den faktischen AG-Konzern vielmehr als dezentralen Holding-Konzern. Die Intensität der Konzernleitung kann im Rahmen der Dezentralität variieren, insbesondere ist eine extrem dezentrale Konzernleitung der Tochter-AG nicht aus zwingenden Rechtsgründen erforderlich.¹³³

Gleichwohl sollte dies nicht über den Umstand hinwegtäuschen, dass rechtstatsächlich auch im faktischen AG-Konzern Zentralisierungsimpulse der Muttergeschäftsleitung entstehen können. Dies gilt namentlich für die nachgeordnete AG, die der Mitbestimmung unterliegt, deren Aktien aber nicht börsennotiert sind.¹³⁴

¹²⁶ Hommelhoff (Fn. 123), S. 118.

¹²⁷ *Ebd.*, S. 120.

¹²⁸ *Ebd.*, S. 131.

¹²⁹ *Ebd.*, S. 130 f.; siehe ferner Habersack, Gedanken zur konzernweiten Compliance-Verantwortung des Geschäftsleiters eines herrschenden Unternehmens, in: FS Möschel, 2011, S. 1175 (1188); Lutter, Konzernphilosophie vs. Konzernweite Compliance und konzernweites Risikomanagement, in: FS Goette, 2011, S. 289 (289).

¹³⁰ Hommelhoff, Konzernorganisation und Haftungsbeschränkung, ZGR 2019, 379 (386).

¹³¹ Hommelhoff (Fn. 123), S. 146, 442; Trautmann (Fn. 16), S. 293.

¹³² Hommelhoff (Fn. 123), S. 142 ff., Trautmann (Fn. 16), S. 293.

¹³³ Hommelhoff (Fn. 130), S. 396 f.

¹³⁴ Hommelhoff, Corporate Governance im faktischen Konzern nach deutschem Recht, in: FS Krieger, 2020, S. 393 (404).

II. Die Offenheit des faktischen GmbH-Konzerns mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz für eine zentralistische Einheitsstruktur

Im Gegensatz zum faktischen AG-Konzern ist der faktische GmbH-Konzern in keinen gesetzlichen Strukturvorgaben eigens geregelt. Gleichwohl stellt die GmbH in der Unternehmenspraxis einen überaus beliebten Konzernbaustein dar.¹³⁵ Die Popularität der GmbH als Konzernbaustein gründet in den Merkmalen des GmbH-Rechts. Die weithin gestaltungsoffene Unternehmensverfassung der GmbH (§§ 37, 45 GmbHG) lässt es zu, Konzerne in ihrem Aufbau individuell zu strukturieren.¹³⁶ Als weiterer Vorzug sind die bestimmende Rechtsmacht der Gesellschafter und ihr Weisungsrecht gegenüber den Mitgliedern der Geschäftsleitung (§ 37 Abs. 1 GmbHG) zu nennen. Schließlich ist im Vergleich zu der AG die Organisationsverfassung der GmbH mit lediglich zwei Organen der Geschäftsleitung und Gesellschafter einfacher, solange kein Fall der Unternehmensmitbestimmung vorliegt.¹³⁷

Die konzernabhängige Tochter- oder Enkel-GmbH steht in der weit überwiegenden Mehrzahl aller Fälle im unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbesitz ihrer Mutter.¹³⁸ Schon von Rechts wegen ist die konzernabhängige GmbH über das Weisungsrecht der Mutter als Alleingesellschafterin (§ 37 Abs. 1 GmbHG) sowie deren Möglichkeit, die Mitglieder der nachgeordneten Geschäftsleitung jederzeit frei abberufen zu können (§ 38 Abs. 1 GmbHG), äußerst stark auf die Interessen und Vorgaben der Mutter ausgerichtet.¹³⁹ Dies ermöglicht der Mutter, den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischen Einheitskonzern zu führen. Im Rahmen der *Corporate Governance* ist die nachgeordnete GmbH dann so zu behandeln, als wäre sie eine Betriebsabteilung im eigenen Unternehmen.¹⁴⁰ Dies gilt namentlich für den Fall, dass die Tochter-GmbH im Alleinbesitz für die

¹³⁵ Hommelhoff, Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau, in: Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S. 91 (126 ff.); Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1; Teichmann, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 (191); Wiedemann, Aufstieg und Krise des GmbH-Konzernrechts, GmbHR 2011, 1009 (1014); Verse, in: Henssler/Strohn (Fn. 120), Anh. § 13 GmbHG Rn. 1.

¹³⁶ Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1; Liebscher, in: MüKo-GmbHG I, 4. Aufl. 2022, Anh. § 13 Rn. 8.

¹³⁷ Hommelhoff, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, ZGR 2012, 535 (537).

¹³⁸ Ebd.; Wiedemann (Fn. 135), S. 1010.

¹³⁹ Hommelhoff (Fn. 134), S. 405.

¹⁴⁰ Ebd.; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 12.

Mutter aus dieser ausgegliederte Hilfsfunktionen wahrnimmt.¹⁴¹ Rechtstatsächlich vermag selbst der obligatorische Aufsichtsrat im Falle der Unternehmensmitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungs- oder Mitbestimmungsgesetz an dem Vorliegen eines faktischen Einheitskonzerns nichts zu verändern.¹⁴²

Freilich bedeutet das nicht, dass die Muttergeschäftsleitung im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz von Rechts wegen von dem Weisungsrecht im Sinne des § 37 Abs. 1 GmbHG Gebrauch machen *mus*s. Die Risiken der Tochter schlagen nicht wie im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern auf die Mutter im Rahmen einer gesamtschuldnerischen Mithaftung (§ 322 Abs. 1 AktG) durch. Infolgedessen ist die Mutter grundsätzlich nicht zur Erfüllung eigener Sorgfaltspflichten nach § 93 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. § 43 Abs. 1 GmbHG verpflichtet, das Weisungsrecht auszuüben. Der Freiraum der Tochtergeschäftsführung steht vielmehr zur veränderbaren Disposition der Muttergeschäftsleitung.

III. Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass sich der faktische AG-Konzern und der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz in ihrer Grundkonzeption diametral gegenüberstehen: Während die Weisungsfreiheit der Tochtergeschäftsführung im faktischen AG-Konzern grundsätzlich den Weg zu einer dezentralen Holdingstruktur ebnet, ermöglicht das Weisungsrecht der Konzernmutter nach § 37 GmbHG, den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischen Einheitskonzern zu führen. Freilich sind von diesen Grundkonzeptionen Abweichungen denkbar.

D. Die ökonomische Notwendigkeit der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Es eröffnet sich die Frage, ob die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz aus ökonomischer Sicht erforderlich ist und damit legitimatorische Kraft entfaltet. Dies wäre der Fall, wenn die mit ihr verbundenen Vorteile im Rahmen einer ökonomischen Analyse im Gegensatz zu möglichen Nachteilen als gewichtiger bewertet werden. Um die *originären* Vor- und Nachteile der Haftungsbeschränkung isolieren zu können, bedarf es eines eigenständigen

¹⁴¹ Hommelhoff (Fn. 134), S. 405.

¹⁴² Ebd., S. 406.

Vergleichsmaßstabs. Hierfür muss gefragt werden, wie die jeweilige Konzernverbindung ohne Haftungsbeschränkung aussähe: Ohne die Haftungsbeschränkung stellt die jeweilige Konzernierungsform eine wirtschaftliche Einheit dar, in der die Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft einzustehen hat. Der Wegfall der Haftungsbeschränkung eliminiert jedoch nicht die rechtliche Gliederung. Insofern wäre es nicht zielführend, ein rechtlich nicht untergliedertes Einheitsunternehmen als Vergleichsmaßstab heranzuziehen.¹⁴³ Dieses Ergebnis wird durch den aktienrechtlichen Eingliederungskonzern bestätigt, in dem die Mutter gesamtschuldnerisch im Sinne des § 322 Abs. 1 AktG für die Verbindlichkeiten der Tochter einzutreten hat, der Konzern jedoch weiterhin rechtlich gegliedert ist. Dass die §§ 319 ff. AktG nicht für die GmbH gelten, steht dem nicht entgegen. Es wird sich im Folgenden auf die zentralen, originären Vor- und Nachteile der Haftungstrennung beschränkt.

I. Ökonomische Vorteile der Haftungsbeschränkung

1. Kapitalsammelfunktion

a) Faktischer AG-Konzern

Die faktisch konzernierte AG kann sowohl mit Minderheitsgesellschaftern als auch ohne diese auftreten.¹⁴⁴ Eine Minderheitsbeteiligung an der nachgeordneten AG ist jedenfalls aus der Sicht des Anlegerpublikums nicht von vornherein unattraktiv.¹⁴⁵ Des Weiteren kann aus der Sicht der Muttergesellschaft in einer faktisch konzernierten AG eine Kapitalakkumulation durch Minderheitsgesellschafter erforderlich sein, wenn der Kapitalbedarf ihre Finanzkraft übersteigt.¹⁴⁶ In dem Fall, in dem die nachgeordnete AG über eine Minderheitsbeteiligung verfügt, ermöglicht die Haftungsbeschränkung damit die Kapitalsammelfunktion der AG. Dies legt nicht zuletzt der Börsengang der *Dr. Ing. h.c. F. Porsche AG* aus dem Jahre 2022 nahe.¹⁴⁷ Steht die Tochter-AG hingegen im Alleinbesitz der Mutter, trägt die Haftungsbeschränkung zu keiner Kapitalsammelfunktion bei.¹⁴⁸

¹⁴³ So aber Trautmann (Fn. 16), S. 222.

¹⁴⁴ Emmerich/Habersack (Fn. 2), § 24 Rn. 19.

¹⁴⁵ Trautmann (Fn. 16), S. 225.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ Vgl. dazu Mohr/Müßgens/Theile, Der sagenhafte Porsche-Börsengang, FAZ v. 29.9.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/finanzen/der-sagenhafte-porsche-boersengang-18351888.html> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

¹⁴⁸ Trautmann (Fn. 16), S. 225.

b) Faktischer GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Da die nachgeordnete GmbH im Alleinbesitz der Mutter steht, kann sie nicht die Funktion einer Kapitalsammelstelle erfüllen. Diese Funktion betraf bereits in der nicht konzernierten Kapitalgesellschaft vornehmlich die AG, sodass sich insoweit nur geringe Unterschiede ergeben.

2. Stimulation unternehmerischer Initiative und Risikobereitschaft

Fraglich ist, ob *das* zentrale Argument der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft auch im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz greift.

a) Keine weitere Risikostimulation im faktischen Konzern?

Möglicherweise kann es im faktischen Konzern generell keine weitere Risikostimulation mehr geben. Das Privatvermögen der Gesellschafter der Spitze des Unternehmensverbundes ist einem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger bereits durch die Anordnung der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der Muttergesellschaft entzogen.¹⁴⁹ Die Haftungsbeschränkung auf der Ebene des konzernabhängigen Unternehmens wird in diesem Zusammenhang als „*second layer of protection*“¹⁵⁰ der natürlichen Person beschrieben. Teilweise wird deshalb vertreten, die Haftungsbeschränkung auf der Ebene der abhängigen Gesellschaft sei kein zusätzlicher Anreiz, risikoreiches und innovatives Unternehmertum zu fördern, da bereits die beschränkte Haftung der Muttergesellschaft die Risikoaversität der Gesellschaft ausschalte.¹⁵¹ Folgte man dieser Ansicht, könnte das Argument der Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft im faktischen Konzern keine legitimatorische Kraft entfalten, unabhängig davon, ob die Gesellschaft über außenstehende Gesellschafter verfügt oder nicht.

Freilich ist nicht davon auszugehen, dass bereits die Haftungsbeschränkung der Muttergesellschaft die Risikoaversität der Gesellschaft auf ein Maß der Risikoneutralität bringt und damit gänzlich ausschaltet. So wird ein Anteilseigner nicht damit einverstanden sein, dass sein eingebrachtes Kapital für jedes spekulative und risikoreiche Projekt verwendet wird.¹⁵² Darüber hinaus wird die

¹⁴⁹ *Blach*, Konzerndeliktsrecht, 2022, S. 176.

¹⁵⁰ *Blumberg*, Limited Liability and Corporate Groups, 11 J. Corp. L. 1986, 573 (607); siehe auch: *Beurskens/Mainka* (Fn. 120), S. 427 „Haftungsbeschränkung in der Haftungsbeschränkung“; *Trautmann* (Fn. 16), S. 226 „doppelte Haftungsbeschränkung“; *Wiedemann*, Spätlese zu Autokran, ZGR 1986, 656 (671) „Mehrfachmantel“.

¹⁵¹ *Wiedemann* (Fn. 150), S. 671.

¹⁵² *Bitter* (Fn. 50), S. 176.

unternehmerische Entscheidung der juristischen Person letztendlich von einer regelmäßig risikoavers handelnden natürlichen Person im Rahmen der Geschäftsleitung gefällt.¹⁵³ Mithin ist grundsätzlich nicht von einem risikoneutralen Investitionsverhalten der Muttergesellschaft im Konzernverbund auszugehen. Vielmehr kann die Haftungsbeschränkung auch im Konzern die Risikoaversität der herrschenden Gesellschaft reduzieren: So wird ein in großem Umfang beteiligtes herrschendes Unternehmen seitens der Gesellschafter ein weniger risikoreiches Investitionsprogramm vorgeben, als ein sich im totalen Streubesitz befindendes Unternehmen.¹⁵⁴ Ferner ist zu beachten, dass durch die zusätzliche Haftungsbeschränkung der maximale Verlustbetrag auf das in der konzernabhängigen Gesellschaft eingebrachte Kapital beschränkt ist. Folglich weisen Investitionsprojekte einen höheren Erwartungswert bei einem geringeren Risiko auf.¹⁵⁵

Infolgedessen ist davon auszugehen, dass sich die Haftungsbeschränkung auf Ebene der nachgeordneten Gesellschaft im faktischen Konzern grundsätzlich als zusätzliche Förderin der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft erweist. Freilich sind die Besonderheiten der konkreten Konzernverbindung zu beachten:

b) Besonderheiten im faktischen AG-Konzern

aa) Vergleichsweise erhöhte Risikoaversität der herrschenden Gesellschaft

Wie gezeigt wurde, liegt der gesetzlichen Konzeption des faktischen AG-Konzerns eine dezentrale Struktur zu Grunde. Der Tochtervorstand ist kein nachgeordneter Weisungsempfänger. Es ist deshalb davon auszugehen, dass das herrschende Unternehmen *a priori* stärker risikoavers ist als in einem zentralistischen Unternehmen. Dies zeigt sich insbesondere in dem Fall, in dem die nachgeordnete AG eine Börsengesellschaft ist und der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegt: Der Aufsichtsrat einer derartigen Gesellschaft stellt ein bedeutsames Gegengewicht zur Muttergesellschaft dar.¹⁵⁶ Dies führt dazu, dass die Tochter- oder Enkelvorstände das Eigeninteresse ihrer Gesellschaft betont zur Geltung bringen werden.¹⁵⁷ Die durch dieses Gegengewicht geschmälerete Möglichkeit der Einflussnahme der Muttergesellschaft führt dazu, dass diese vergleichsweise erhöht risikoavers ist. Die zusätzliche

¹⁵³ *Debus*, Haftungsregeln im Konzernrecht: Eine ökonomische Analyse, 1990, S. 166; *Temming* (Fn. 38), S. 867 f.

¹⁵⁴ *Trautmann* (Fn. 16), S. 228.

¹⁵⁵ *Ebd.* S. 229.

¹⁵⁶ *Hommelhoff* (Fn. 134), S. 403.

¹⁵⁷ *Ebd.*

Haftungsbeschränkung leistet insoweit Bedeutsames, indem sie der erhöhten Risikoaversität entgegenwirkt.

bb) Vergleichsweise reduzierter Erwartungswert aufgrund der Nachteilsausgleichspflicht

Eine nachteilige Einflussnahme der Muttergesellschaft ist nach § 311 Abs. 1 AktG verboten, sofern die Nachteile nicht ausgeglichen werden. Das herrschende Unternehmen haftet bei nicht rechtzeitig erfolgtem Nachteilsausgleich nach § 317 Abs. 1 AktG auf Schadensersatz. Unerheblich hierbei ist, ob das herrschende Unternehmen Alleinaktionär ist oder die abhängige Gesellschaft über außenstehende Aktionäre verfügt.¹⁵⁸ Dies führt dazu, dass der – ursprünglich durch die zusätzliche Haftungsbeschränkung erhöhte – Erwartungswert der Investitionen abgeschwächt wird. Im faktischen AG-Konzern ist der zusätzliche Beitrag, den die beschränkte Haftung in der nachgeordneten AG zur Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft setzt, damit weniger gewichtig als der, den sie bereits auf der Ebene der Muttergesellschaft leistet.¹⁵⁹

Freilich handelt es sich im Vergleich zum Vertragskonzern, bei dem das herrschende Unternehmen generell und unabhängig von einer tatsächlich erfolgten Einflussnahme für die Verluste der von ihr abhängigen Gesellschaft einzustehen hat¹⁶⁰, um einen bedeutsamen Vorteil. Die Pflicht zum Verlustausgleich stellt im Vertragskonzern bei wirtschaftlicher Betrachtung ein Aufbrechen der Haftungsbeschränkung dar, sodass keine Stimulation der Risikobereitschaft erfolgen kann. Gleiches gilt insoweit auch für den qualifiziert faktischen AG-Konzern, wenn man für diesen von einer analogen Anwendung der §§ 302 ff. AktG ausgeht¹⁶¹.

c) Besonderheiten im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

aa) Vergleichsweise reduzierte Risikoaversität der herrschenden Gesellschaft

Die Einflussmöglichkeit der Muttergesellschaft ist aufgrund der §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1 GmbHG im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz im Vergleich zum faktischen AG-Konzern deutlich erhöht. Dies führt dazu, dass das herrschende Unternehmen im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz *a priori* weniger risikoavers ist als im

¹⁵⁸ Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 125), § 311 AktG Rn. 13.

¹⁵⁹ So im Ergebnis auch Trautmann (Fn. 16), S. 227.

¹⁶⁰ Emmerich/Habersack (Fn. 2), § 25 Rn. 2.

¹⁶¹ Siehe dazu *ebd.*, § 28 Rn. 5 ff.

faktischen AG-Konzern. Gleichwohl ist die Risikoaversität nicht gänzlich ausgeschaltet, verbleiben doch auch hier nicht kontrollierbare Risiken.

bb) Vergleichsweise erhöhter Erwartungswert mangels Nachteilsausgleichspflicht

Die Rechtslage im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz unterscheidet sich grundlegend von der Rechtslage im faktischen AG-Konzern. Im faktischen AG-Konzern gelten die §§ 311 ff. AktG auch für die Einpersonen-AG und beschränken damit eine nachteilige Einflussnahme durch den Alleingesellschafter erheblich.¹⁶² Dahingegen existiert im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz keine den §§ 311 ff. AktG vergleichbare Pflicht der Muttergesellschaft zum Nachteilsausgleich.¹⁶³ Ein strenges Schädigungsverbot gilt nach allgemeiner Meinung allein für konzernabhängige GmbH mit Minderheitsgesellschaftern, nicht hingegen für abhängige Gesellschaften im Alleinbesitz.¹⁶⁴ Die Konzernmutter hat im Interesse des Gläubigerschutzes lediglich die Grenzen der Kapitalerhaltung (§§ 30, 31 GmbHG) zu beachten, ferner kommt in bestimmten Fällen eine Haftung aus Existenzvernichtung¹⁶⁵ in Betracht.¹⁶⁶ Im Sinne eines effizienten Gläubigerschutzes ist richtigerweise davon auszugehen, dass die Konzernmutter der Tochter bereits dann haftet, wenn die Lage der Tochtergesellschaft aufgrund der Veranlassung der Mutter derart verschlechtert ist, dass die Gesellschaftsgläubiger die Rechtsbeziehung zu ihr außerordentlich kündigen können.¹⁶⁷ Den Veranlassungen der Mutter entsteht damit eine Grenze vor der Existenzvernichtungshaftung.¹⁶⁸ Doch selbst wenn man dies annimmt, ist der Erwartungswert nicht in der Weise geschmälert, wie es bei einer Nachteilsausgleichspflicht nach § 311 AktG der Fall wäre. Deshalb ist davon auszugehen, dass der zusätzliche Beitrag, den die Haftungsbeschränkung zur Erhöhung des Erwartungswertes leistet, im Vergleich zum faktischen AG-Konzern erhöht ist.

¹⁶² *Ebd.*, § 24 Rn. 19; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG I (Fn. 136), Anh. § 13 Rn. 533.

¹⁶³ BGHZ 119, 257 (262); 122, 333 (336); 142, 92 (95); *Bayer/Trölitzsch*, in: Lutter/Bayer, Holding-Handbuch, 6. Aufl. 2020, Rn. 8.38; *Hommelhoff* (Fn. 137), S. 539.

¹⁶⁴ Siehe statt aller *Hommelhoff* (Fn. 137), S. 539.

¹⁶⁵ BGHZ 173, 246 (246 f.); *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 32; *Steffek* (Fn. 56), S. 832 ff.

¹⁶⁶ *Bayer* (Fn. 1), S. 8.

¹⁶⁷ *Hommelhoff* (Fn. 137), S. 548; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 37.

¹⁶⁸ *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 37.

Gefährlich wird es indes dann, wenn man den qualifiziert faktischen GmbH-Konzern wieder aufleben ließe.¹⁶⁹ Da die hieraus folgende Verlustausgleichspflicht wirtschaftlich gesehen einer Durchbrechung der beschränkten Haftung gleichkommt, wäre die Stimulation der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft de facto *ad acta* gelegt.

d) *Zwischenergebnis*

Es ergibt sich damit folgendes Bild: Die Haftungsbeschränkung auf Ebene der nachgeordneten Gesellschaft im faktischen Konzern kann grundsätzlich einen Beitrag zur Stimulation der Risikobereitschaft leisten. Im faktischen AG-Konzern ist das herrschende Unternehmen grundsätzlich besonders risikoavers, die Haftungsbeschränkung damit von hoher Bedeutung. Die Nachteilsausgleichspflicht reduziert den Erwartungswert gleichwohl in gewisser Weise. Im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist der Erwartungswert dagegen weniger reduziert, da keine Nachteilsausgleichspflicht besteht. Allerdings ist das herrschende Unternehmen *a priori* weniger risikoavers. Sowohl im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als auch im faktischen AG-Konzern führt die zusätzliche Haftungsbeschränkung damit zu einer Steigerung der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft. Dies erhöht die Durchführung volkswirtschaftlich sinnvoller Projekte und ist wohlfahrtssteigernd.

3. Risiko- und Haftungssegmentierung

Dem faktischen Konzern liegt im Gegensatz zum Vertrags- oder Eingliederungskonzern eine abschottende Wirkung zugrunde.¹⁷⁰ Dies gilt sowohl für den faktischen AG-Konzern als auch für den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz: Über die Haftungsbeschränkung aus § 1 Abs. 1 S. 2 AktG bzw. aus § 13 Abs. 2 GmbHG lassen sich die zahlreichen Risiken im gesamten Konzern innerhalb der jeweiligen einzelnen Gesellschaft einschließen.¹⁷¹ Auf diese Weise kann der Gefahr begegnet werden, dass Risiken an einer Stelle im Konzern bei ihrem Eintritt dem gesamten Konzern Schaden

¹⁶⁹ Der BGH hat sich von diesem Ansatz gelöst, siehe nur BGHZ 149, 10 (16 f.); 151, 181 (186 ff.). Siehe aber *OLG Schleswig*, Urt. v. 29.9.2021 – 9 U 11/21 (juris).

¹⁷⁰ *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 400.

¹⁷¹ *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1; *Hommelhoff* (Fn. 77), S. 769; *Hommelhoff*, Ein europäisches Gruppenrecht für den Binnenmarkt, in: Geibel/Heinze/Verse, Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem, 2023, S. 107 (163).

zufügen und damit seine Existenz gefährden.¹⁷² Treffend hat *Hommelhoff* formuliert, eine derartige konzerninterne Risiko- und Haftungssegmentierung¹⁷³ verhindere, dass ein Stubenbrand das ganze Haus entflamme.¹⁷⁴ Infolgedessen ist es der Muttergesellschaft möglich, neue risikoreiche Märkte zu erschließen, deren Gefahren sie nur eingeschränkt überblicken kann.¹⁷⁵ Dies hat insbesondere im Binnenmarkt und darüber hinaus Bedeutung.¹⁷⁶ Des Weiteren ist eine Risiko- und Haftungssegmentierung im Konzern auch für eine Volkswirtschaft insgesamt bedeutsam.¹⁷⁷ So könnte beispielsweise eine Strukturkrise, die lediglich ein einzelnes Produktfeld betrifft, die gesamte Existenz eines grundsätzlich erfolgreichen und gesamtwirtschaftlich bedeutenden Unternehmens gefährden.¹⁷⁸

Es lässt sich festhalten, dass die Risiko- und Haftungssegmentierung einen herausragenden Vorzug der Haftungsbeschränkung im faktischen Konzern darstellt. Sie ist von gleich hoher Bedeutung für den faktischen AG-Konzern und den faktischen GmbH-Konzern. Insbesondere sind die Vorzüge auch dann relevant, wenn der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischer Einheitskonzern geführt wird.

4. Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung

a) Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung im faktischen AG-Konzern

Dezentralität und eine arbeitsteilige Konzernleitung zeichnen die gesetzliche Konzeption des faktischen AG-Konzerns aus.¹⁷⁹ Sie werden geradezu erst durch die Haftungsbeschränkung ermöglicht: Die Muttergesellschaft kann die Dezentralität im Konzern und die geteilte Leitung auf Augenhöhe nur deshalb akzeptieren, weil sie nicht für die Tochter- und Enkelverbindlichkeiten einstehen muss und die Risiken in der jeweiligen nachgeordneten Gesellschaft

¹⁷² Vgl. BGHZ 166, 84 (98); *Blach* (Fn. 149), S. 175; *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 1.

¹⁷³ *Kallfass*, Ökonomische Analyse der Konzernbildung, in: Mestmäcker/Behrens, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, 1991, S. 19 (33 ff.).

¹⁷⁴ *Hommelhoff*, Die qualifizierte faktische Unternehmensverbindung: ihre Tatbestandsmerkmale nach dem TBB – Urteil und deren rechtsdogmatisches Fundament, ZGR 1994, 396 (408).

¹⁷⁵ *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 398; *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 163.

¹⁷⁶ *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 163.

¹⁷⁷ Siehe dazu die treffende Formulierung von *Lutter*, Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe, ZGR 1982, 244 (247): „Die Risikotrennung [...] verhindert [...], daß sich der Brand eines Hauses zum Flächenbrand einer ganzen Stadt entwickelt“.

¹⁷⁸ *Trautmann* (Fn. 16), S. 231.

¹⁷⁹ *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 389 f.

eingeschlossen bleiben.¹⁸⁰ Um Schaden von der Mutter abzuwehren, dürfte deren Geschäftsleitung den Geschäftsleitungen der nachgeordneten Gesellschaften bei unbeschränkter Haftung keine den faktischen AG-Konzern kennzeichnenden Handlungs- und Entscheidungsspielräume gewähren.¹⁸¹ Ohne die Haftungsbeschränkung wäre eine arbeitsteilige Konzernleitung in Dezentralität mithin undenkbar.

b) Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz?

Der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz weist im Gegensatz zu dem faktischen AG-Konzern regelmäßig eine zentralistische Konzernstruktur auf, die einem faktischen Einheitskonzern gleichkommt. Freilich kommt der Arbeitsteilung auch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz eine gewisse Bedeutung zu: Die Muttergeschäftsleitung *muss* von ihrem Weisungsrecht keinen Gebrauch machen. Die arbeitsteilig einvernehmliche Konzernleitung steht zu ihrer Disposition.

c) Vorteile von Dezentralität und Arbeitsteilung

Die abgestimmte Arbeitsteilung und das abgestimmte Zusammenwirken der Geschäftsleitungen sind von herausragender Bedeutung für die gesamte Leistungskraft des Konzerns.¹⁸² Sie führen zu einer ökonomisch äußerst sinnvollen Mehrzahl an Initiativzentren, die Produktivitätsgewinne der Arbeitsteilung bereits auf der Leitungsebene ermöglichen.¹⁸³ Die nachgeordneten Gesellschaften befinden sich des Weiteren im Wettbewerb um die Förderung der Konzernspitze.¹⁸⁴ Infolgedessen sind sie leistungsbereiter und bieten vermehrt innovative Lösungen an.¹⁸⁵ In vielen Konstellationen wird die Tochtergeschäftsleitung die Risiken darüber hinaus präziser steuern können als die Mutter: So ist sie beispielsweise über lokale Herausforderungen regelmäßig besser informiert und für den Einsatz lokaler Ressourcen besser vorbereitet als

¹⁸⁰ *Ebd.*, S. 401.

¹⁸¹ *Ebd.*, S. 402; *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 164.

¹⁸² *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 389 f.

¹⁸³ *Ebd.*

¹⁸⁴ *Trautmann* (Fn. 16), S. 259.

¹⁸⁵ *Harms*, *Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1968, S. 115; *Hommelhoff* (Fn. 123), S. 231; *Trautmann* (Fn. 16), S. 259.

die Geschäftsleitung der Muttergesellschaft.¹⁸⁶ Die Dezentralität ermöglicht es dem Unternehmen damit, sich an konkreten Kunden-, Markt-, und Regionalverhältnissen zu orientieren.¹⁸⁷ Es kann festgehalten werden, dass die Ermöglichung von Dezentralität und Arbeitsteilung einen herausragenden ökonomischen Vorteil der beschränkten Haftung im faktischen Konzern darstellt.

5. Senkung des Kontroll- und Überwachungsaufwandes

Im Schrifttum wird teilweise pauschal angeführt, die Haftungsbeschränkung im Konzern bewirke eine Senkung der Überwachungskosten, da die Mutter- die Tochtergesellschaft nicht in demselben Maße überwachen müsse, wie dies bei Geltung einer unbeschränkten Haftung der Fall wäre.¹⁸⁸ Es eröffnet sich allerdings die Frage, inwieweit dies *in concreto* auf den faktischen AG-Konzern und den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz zutrifft. Zur Vereinfachung ist im Folgenden davon auszugehen, dass die Muttergesellschaft über einen Aufsichtsrat verfügt.

a) Faktischer AG-Konzern

aa) Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung

Wie weitgehend man die Konzernleitungspflicht¹⁸⁹ des Vorstands ausgestaltet und wie weit der Überwachungsauftrag des Aufsichtsrates an der Konzernspitze konkret geht, ist im Einzelnen umstritten. Es wird hier jedenfalls vertreten, dass sich der Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung bei einer unbeschränkten Haftung für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im faktischen AG-Konzern regelmäßig erhöhen würde. Dies zeigt sich an dem Beispiel des echten Sanktionsdurchgriffs im Kartellrecht. Aufgrund des drohenden Risikodurchschlags ergeben sich für die Muttergeschäftsleitung qualifizierte Sorgfaltsanforderungen: Hinsichtlich des kartellrechtlich relevanten Geschehens im nachgeordneten Bereich ist die Kontrolle so zu intensivieren, als handle es sich bei der nachgeordneten Gesellschaft um eine bloße Betriebsabteilung.¹⁹⁰ Durch die jeweiligen Haftungsdurchbrechungen steigt damit der Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung. Daraus folgt im Umkehrschluss,

¹⁸⁶ Schön (Fn. 51), S. 363; siehe dazu ferner die empirische Untersuchung bei Lin/Luo/Yue, Allocation of Decision Rights Between the Parent Company and Its Subsidiaries, J. Account. Audit. Finance 33 (2018), 355 (355 ff.).

¹⁸⁷ Trautmann (Fn. 16), S. 257.

¹⁸⁸ Habersack/Zickgraf (Fn. 56), S. 262 f.; Poelzig (Fn. 5), S. 99.

¹⁸⁹ Dazu grundlegend Hommelhoff (Fn. 123), S. 43 ff.; siehe auch Hommelhoff, Vernetzte Aufsichtsratsüberwachung im Konzern? – eine Problemskizze –, ZGR 1996, 144 (149).

¹⁹⁰ Hommelhoff (Fn. 134), S. 401.

dass das Prinzip der Haftungsbeschränkung jedenfalls zu einer gewissen Reduktion des Kontrollaufwandes beiträgt. Dies gilt namentlich für den Fall, dass dem faktischen AG-Konzern – seiner gesetzlichen Konzeption der §§ 311 ff. AktG entsprechend – eine dezentrale Konzernstruktur zugrunde liegt. Bei einer zentralisierten Konzernstruktur hingegen erfährt das Argument der Senkung des Kontrollaufwandes eine Abschwächung, hat hier die Muttergeschäftsleitung das Geschehen der nachgeordneten Gesellschaft doch bereits wie gegenüber einer bloßen Betriebsabteilung zu kontrollieren.¹⁹¹

bb) Überwachungsaufwand des Mutteraufsichtsrats

Ähnliches gilt für den Überwachungsaufwand des Aufsichtsrates der Mutter: Es ist an dieser Stelle davon auszugehen, dass in einer dezentralisierten Tochter- oder Enkel-AG der Aufsichtsrat der Mutter in die Überwachung des Tochter- oder Enkelgeschehens nicht wie in einem Einheitsunternehmen eingeschaltet werden muss.¹⁹² Diese Aufgabe übernimmt vielmehr der jeweilige Aufsichtsrat allein, sodass im nachgeordneten Bereich Leitungsmacht und Überwachung einen Ausgleich finden.¹⁹³ Ginge die dezentrale Governance-Struktur jedoch mit einer unbeschränkten Haftung der Konzernmutter verloren, hätte der Mutteraufsichtsrat auch das intensiviertere Geschehen der Muttergeschäftsleitung in den nachgeordneten Gesellschaften zu überwachen. Es wird an dieser Stelle angenommen, dass dies im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu einem erhöhten Überwachungsaufwand durch den Aufsichtsrat führt. Folglich ist festzuhalten, dass die Haftungsbeschränkung im dezentral organisierten faktischen AG-Konzern im Vergleich zu dem Fall der unbeschränkten Haftung i. d. R. eine Senkung des Aufwandes der Überwachungsorgane bewirkt.

b) *Faktischer GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz*

aa) Kontrollaufwand der Muttergeschäftsleitung

Geht man davon aus, dass der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz als zentralistischer Konzern strukturiert ist, so bilden Mutter und nachgeordnete Tochter- oder Enkel-GmbH in der *Corporate Governance* ein Einheitsunternehmen. Das Argument der Senkung des Kontrollaufwandes erfährt damit eine gewisse Abschwächung, da hier die

¹⁹¹ Vgl. *ebd.*, S. 405.

¹⁹² Hommelhoff (Fn. 134), S. 407; vgl. auch Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 7. Aufl. 2020, § 4 Rn. 146.

¹⁹³ Hommelhoff (Fn. 134), S. 407

Muttergeschäftsleitung das Geschehen der nachgeordneten Gesellschaft wie gegenüber einer bloßen Betriebsabteilung kontrollieren muss.¹⁹⁴

bb) Überwachungsaufwand des Mutteraufsichtsrates

Auch bezüglich der Senkung des Überwachungsaufwandes des Mutteraufsichtsrates wird hier der Standpunkt vertreten, dass sie in einem zentralistisch geführten faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz einen weniger gewichtigen Vorzug darstellt als in einem dezentral organisierten faktischen AG-Konzern. Dies zeigt sich dann, wenn man davon ausgeht, dass in einer derartigen Konzernverbindung der Aufsichtsrat der Mutter auch bei beschränkter Haftung deren Geschäftsleitung nicht anders zu überwachen hat als hinsichtlich des Geschehens im eigenen Unternehmen der Mutter.¹⁹⁵ Die Senkung des Überwachungsaufwandes aufgrund der beschränkten Haftung ist daher von geringerem Gewicht.

6. Differenzierte Finanzmittelversorgung

Die zusätzliche Haftungsbeschränkung führt schließlich zu risikodifferenzierten Angeboten auf dem Eigen- und Fremdkapitalmarkt.¹⁹⁶ Im faktischen AG-Konzern können die vorhandenen Präferenzen der Investoren durch die Risikosegmentierung effektiv genutzt werden: Sofern die AG nicht im Alleinbesitz des herrschenden Unternehmens steht, können potenzielle Anleger die ganze Bandbreite an Investitionsmöglichkeiten von einer regelmäßig risikoreichen Eigenkapitalbeteiligung an der nachgeordneten Gesellschaft bis hin zur regelmäßig sicheren Fremdkapitalbeteiligung an der Obergesellschaft nutzen.¹⁹⁷ Dies führt dazu, dass die Investoren ihr Risiko diversifizieren können.¹⁹⁸ Im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist dieser Vorteil abgeschwächt: Hier ist lediglich die differenzierte Risikoneigung verschiedener Gläubiger in ihrer Rolle als Fremdkapitalgeber relevant.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Vgl. *ebd.*, S. 405.

¹⁹⁵ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 134), S. 405; a. A. *Verse*, Compliance im Konzern, ZHR 175 (2011), 401 (413).

¹⁹⁶ *Bitter* (Fn. 50), S. 177; *Temming* (Fn. 38), S. 868.

¹⁹⁷ *Trautmann* (Fn. 16), S. 277.

¹⁹⁸ *Ebd.*, S. 278.

¹⁹⁹ *Temming* (Fn. 38), S. 868.

II. Ökonomische Nachteile

1. Gefahr der Risikoexternalisierung als wesentlicher Nachteil der Haftungsbeschränkung?

a) Gefahr der Risikoexternalisierung im faktischen Konzern

Auch im faktischen Konzern geht die Haftungsbeschränkung grundsätzlich nicht ohne die Gefahr einer Risikoexternalisierung einher. Die Risiken verschwinden nicht, sondern werden zu Lasten Dritter externalisiert. Im Vergleich zu der konzernfreien Kapitalgesellschaft ist diese Gefahr sogar erhöht, da aufgrund der zusätzlichen Haftungsbeschränkung mehr Unternehmungen in jenem Grenzbereich durchgeführt werden, in dem Projekte aus volkswirtschaftlicher Sicht ineffizient sind, aus Unternehmenssicht hingegen einen positiven Erwartungswert aufweisen.²⁰⁰ Insbesondere der Vorzug der zusätzlichen Steigerung der unternehmerischen Initiative und Risikobereitschaft scheint im faktischen Konzern ins Negative gewandt zu einer erhöhten Gefahr der Risikoexternalisierung zu Lasten Dritter zu führen.

Allerdings sollte erneut wie bei der konzernfreien Gesellschaft zwischen unfreiwilligen und freiwilligen Gläubigern unterschieden werden. Freiwillige Gläubiger werden regelmäßig wie auch in der konzernfreien Gesellschaft nicht von dem Externalisierungsrisiko betroffen sein. Im Vergleich zu der konzernfreien Gesellschaft kommen im Konzern Transparenzvorteile²⁰¹ hinzu, die die Informationsmöglichkeiten vertraglicher Gläubiger erhöhen. So tritt neben den Einzelabschluss als Zusatzinstrument der Konzernabschluss, der ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Konzerns als wirtschaftliche Einheit vermitteln soll (§ 297 Abs. 2 S. 2 HGB).²⁰² Für den faktischen AG-Konzern ist darüber hinaus der Abhängigkeitsbericht i. S. d. § 312 Abs. 1 AktG zu berücksichtigen. Zwar wird er in seiner Gesamtheit nicht publiziert.²⁰³ Allerdings ist die Schlusserklärung des Vorstands zum Abhängigkeitsbericht in den Lagebericht aufzunehmen (§ 312 Abs. 3 S. 3 AktG), der durch die Offenlegungspflichten nach § 325 HGB grundsätzlich auch den Gläubigern zugänglich ist.²⁰⁴ Die Informationen ermöglichen es, den Risiken beim Vertragsschluss Rechnung zu tragen, indem die Vertragsgläubiger über den Vertragsschluss als solchen befinden oder über

²⁰⁰ Trautmann (Fn. 16), S. 229.

²⁰¹ Ebd., S. 233.

²⁰² Siehe dazu *Wöhe/Mocke*, Die Handels- und Steuerbilanz, 7. Aufl. 2020, § 22 Rn. 20 ff.

²⁰³ *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 102), § 312 Rn. 3.

²⁰⁴ *Altmeyden*, in: MüKo-AktG VI, 6. Aufl. 2023, § 312 Rn. 7.

konzernspezifische²⁰⁵ Sicherheiten oder Risikoprämien verhandeln.²⁰⁶ Es stellt sich allerdings die Frage, wie die Gefahr für schutzbedürftige Gläubiger, vor allem aus der Gruppe der unfreiwilligen Gläubiger, die von der Risikoexternalisierung betroffen sind, zu bewerten ist.

b) Bewertung der Gefahr

Zunächst ist zu beachten, dass auch im Konzern angesichts der Risikoeinpreisung durch die Vertragsgläubiger der Bereich, in dem der Erwartungswert für das Unternehmen zwar positiv ist, das Projekt aus volkswirtschaftlicher Sicht jedoch ineffizient ist, i. d. R. eingeengt ist.²⁰⁷ Darüber hinaus liegt es im Interesse der Konzernmutter, einen Ausfall der Tochtergläubiger zu vermeiden, um den Gesamtkonzern vor Reputationsschäden zu schützen.²⁰⁸ Der Muttergesellschaft lastet ferner das finanzielle Risiko an, ihre Beteiligung unmittelbar an der Tochter oder mittelbar an der Enkelgesellschaft zu verlieren.²⁰⁹ Schließlich können gläubigerschützende Mechanismen der Gefahr der Externalisierung entgegenwirken. So führen Schutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger dazu, dass die Wahrscheinlichkeit eines Forderungsausfalls sinkt und damit die Gefahr der Risikoexternalisierung entschärft wird. Es sind deshalb die Mechanismen der konkreten Konzernierungsform genauer in den Blick zu nehmen:

aa) Schutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger im faktischen AG-Konzern

Zunächst ist hervorzuheben, dass die §§ 311 ff. AktG die abhängige Gesellschaft schützen und über diese mittelbar auch die außenstehenden Aktionäre und Gläubiger.²¹⁰ So verbietet § 311 AktG jede nachteilige Einflussnahme und macht

²⁰⁵ Siehe beispielsweise zur Patronatserklärung im Konzern *Emmerich/Habersack* (Fn. 2), § 20 Rn. 28 ff.

²⁰⁶ *Hommelhoff* (Fn. 171), S. 165 f.

²⁰⁷ *Trautmann* (Fn. 16), S. 229.

²⁰⁸ *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 401; *Klabold/Kremer*, Compliance-Programme in Industriekonzernen, ZGR 2010, 113 (122); siehe zur Unternehmensreputation im Allgemeinen: *Klöhn/Schmolke*, Unternehmensreputation (Corporate Reputation), Ökonomische Erkenntnisse und ihre Bedeutung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, NZG 2015, 689 (689 ff.); siehe ferner *Peitsmeier*, Der Ruf der Allianz hat gelitten, FAZ v. 10.8.2023, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/allianz-ruf-hat-gelitten-skandal-um-us-fondstochter-19093475.html> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024), als aktuelles Beispiel aus der Wirtschaftspresse, das zeigt wie sich das Tochterverhalten reputationschädigend auf den Gesamtkonzern auswirken kann. Konkret ging es um den Betrug der Allianz Global Investors (AGI) als Tochter im Rahmen des Allianz-Konzerns.

²⁰⁹ *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 401 f.

²¹⁰ *Ebd.*, S. 385 f.

davon nur eine Ausnahme, wenn das herrschende Unternehmen Nachteilsausgleich gewährt oder rechtsverbindlich zusagt.²¹¹ Darüber hinaus knüpft § 317 AktG an die Nichterfüllung der Ausgleichspflicht eine Schadensersatzpflicht an. Die Berichtspflicht aus § 312 Abs. 1 AktG steht in unmittelbarem Zusammenhang dazu, indem sie die Durchsetzung der Ersatzansprüche aus § 317 AktG erleichtern soll. Von noch größerer Bedeutung ist gleichwohl die präventive Wirkung, die dem Abhängigkeitsbericht zukommt.²¹² Außerdem wirken sich die Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 57 ff. AktG auch im faktischen AG-Konzern gläubigerschützend aus.²¹³ Hierbei ist insbesondere an verdeckte Vermögensverlagerungen im Konzern und konzerninterne Leistungsbeziehungen zu denken.²¹⁴ Schließlich kommt als Hebel des Gläubigerschutzes noch die Existenzvernichtungshaftung in Betracht. Im faktischen AG-Konzern greifen damit verschiedene Mechanismen, die dem Gläubigerschutz zugutekommen und damit der Gefahr einer Risikoexternalisierung entgegenwirken.

bb) Schutzmechanismen zu Gunsten der Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Die nachgeordnete GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist im Gegensatz zur Tochter-AG im faktischen AG-Konzern grundsätzlich offen für kompensationslose Nachteilszufügungen. Des Weiteren sind im Vergleich zur AG die Regeln zur Kapitalerhaltung weit weniger streng ausgestaltet.²¹⁵ Infolgedessen ist davon auszugehen, dass die Gefahr der Risikoexternalisierung zulasten der Gläubiger im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz höher ist als im faktischen AG-Konzern. Dennoch sollte die Gefahr nicht überbewertet werden, wenn man zutreffend davon ausgeht, dass die Gläubiger durch die Regeln des Kapitalschutzes in konzernspezifischer Fortschreibung, die Existenzvernichtungshaftung und deren Vorverlagerung im Falle des „Abbruch-Rechts“ geschützt sind.²¹⁶ Es ist weitaus effektiver, die bestehenden Mechanismen konzernspezifisch fortzuschreiben, indem beispielsweise den Mutterveranstaltungen schon vor der Existenzvernichtungshaftung eine Grenze gezogen wird, als die

²¹¹ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack (Fn. 125), § 311 AktG Rn. 4.

²¹² *Hommelhoff*, Praktische Erfahrungen mit dem Abhängigkeitsbericht – Ergebnisse einer rechtstatsächlichen Umfrage –, ZHR 156 (1992), 295 (295 ff.).

²¹³ *Bayer/Trölitzsich*, in: Lutter/Bayer, Holding-Handbuch (Fn. 163), Rn. 8.36 f.

²¹⁴ *Ebd.*, Rn. 8.37.

²¹⁵ *Ebd.*, Rn. 8.38.

²¹⁶ *Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 39.

Haftungsbeschränkung mit all ihren Vorteilen aus Angst vor einer Externalisierungsgefahr aufzuweichen oder gar aufzugeben.

cc) Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Externalisierungsgefahr insbesondere zu Lasten unfreiwilliger Gläubiger dem Grunde nach besteht, jedoch nicht überbewertet werden sollte. Vielmehr ist es dienlicher, die bestehenden Mechanismen konzernspezifisch fortzuschreiben und hierbei die Haftungsbeschränkung nicht aufzugeben.

2. Entfallen der Steuerungs- und Präventionsfunktion von Haftungsnormen?

Mit der Externalisierungsgefahr verzahnt ist die Frage, ob die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz dazu führt, dass die mit Haftungsnormen einhergehende Steuerungs- und Präventionswirkung²¹⁷ entfällt. So wird teilweise angeführt, die Haftungsnormen könnten ihre präventivsteuernde Funktion nicht erfüllen, da sie aufgrund der Risikosegmentierung nur an die nachgeordnete Gesellschaft gerichtet seien und nicht das handlungsursächliche Steuerungszentrum der Muttergesellschaft trafen.²¹⁸

Dem ist zum einen entgegenzuhalten, dass es der Konzeption von Dezentralität und Arbeitsteilung eklatant widersprechen würde, die Muttergesellschaft stets als handlungsursächliches Steuerungszentrum anzusehen, an welche die Steuerungs- und Präventionsimpulse zu richten sind. Die Konzernmutter ist regelmäßig nicht in der Lage, die Risiken so präzise wie die Tochtergesellschaft zu steuern. Indem man die Steuerungs- und Präventionsimpulse an die nachgeordnete Gesellschaft richtet, werden mögliche Schäden durch ein entsprechendes präzises Management der Tochter vermieden.²¹⁹ Dies zeigt sich namentlich in dem faktischen AG-Konzern, der als dezentraler Holding-Konzern konzipiert ist: Die Tochter-AG ist gerade kein nachgeordneter Weisungsempfänger, sondern tritt der Mutter auf Augenhöhe gegenüber. Aber auch in dem faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz wäre es verfehlt, pauschal an

²¹⁷ Vgl. BGHZ 190, 145 (164); 225, 316 (344); *Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, ZIP 2021, 1095 (1096).

²¹⁸ *Tenbrner*, Die „Politik des Gesetzes“ im Recht der Konzernhaftung, in: FS Steindorff, 1990, S. 261 (266).

²¹⁹ *Hommelhoff* (Fn. 77), S. 770.

die Mutter als Steuerzentrum anzuknüpfen. So *muss* diese von ihrem Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG nicht zwingend Gebrauch machen.

Freilich kann die Muttergesellschaft in bestimmten Situationen als handlungsursächliches Steuerzentrum bewertet werden, an welches damit die Steuerungs- und Präventionsimpulse zu richten sind. Dies ist im faktischen AG-Konzern dann der Fall, wenn der Schaden im Rahmen einer Handlung entstanden ist, zu der die Muttergesellschaft die nachgeordnete AG veranlasst hat.²²⁰ Allerdings ist zu beachten, dass bei Vorhersehbarkeit der Rechtsverletzung der Schaden aufgrund eines nachteiligen Geschäftes i. S. v. § 311 Abs. 1 AktG eingetreten ist und die Muttergesellschaft der nachgeordneten Gesellschaft deshalb den Betrag zu erstatten hat.²²¹ Diese Gefahr berücksichtigt die Mutter im Rahmen einer Kosten-Nutzen-Rechnung, sodass die Steuerungs- und Präventionsimpulse der Haftungsnormen auch bei einer Haftungssegmentierung die Mutter treffen.²²² Im stark zentralistisch geführten faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz könnte dies allerdings nicht der Fall sein, da es keine Nachteilsausgleichspflicht gibt. Allerdings wurde bereits gezeigt, dass die Mutter aufgrund der sie betreffenden Reputationsrisiken Anreize zur Schadensvermeidung hat.²²³ Bereits deshalb wäre es verfehlt, anzunehmen, dass die Steuerungs- und Präventionsimpulse der Haftungsnormen im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Mutter im Alleinbesitz nicht die handlungsursächliche Muttergesellschaft träfen.

Es lässt sich damit festhalten, dass ein mögliches Entfallen der Steuerungs- und Präventionsfunktion von Haftungsnormen nicht als Nachteil der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz angeführt werden kann.

III. Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Haftungsbeschränkung sowohl im faktischen AG-Konzern als auch im faktischen GmbH-Konzern zu einer Vielzahl an zusätzlichen ökonomischen Vorteilen führt. Ein Wegfall dieser Vorteile würde nicht nur dem Unternehmen, sondern der Volkswirtschaft insgesamt schaden. Es wäre verfehlt, an dieser Stelle den einen *zentralen* Vorzug herauszuarbeiten, kommt doch jedem der Vorteile eine außerordentlich hohe Bedeutung zu. Aufgrund der unterschiedlichen Strukturvorgaben sind die

²²⁰ Trautmann (Fn. 16), S. 304.

²²¹ Ebd.

²²² Ebd.

²²³ Siehe oben **D. II. 1. b).**

Vorzüge im zentral organisierten faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz teilweise unterschiedlich gewichtet. In der Summe ist sie gleichwohl in beiden Konzernierungsformen von äußerst hoher Bedeutung. Der angebliche Nachteil des Entfallens der Steuerungs- und Präventionsfunktion von Haftungsnormen ist nicht gegeben. Die Gefahr der Risikoexternalisierung ist schließlich von geringer Bedeutung. Es ist deshalb festzuhalten, dass die Haftungsbeschränkung aufgrund ihrer originären wirtschaftlichen Vorteile im faktischen AG-Konzern und im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ökonomisch notwendig ist.

E. Die rechtliche Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Nachdem die ökonomische Notwendigkeit eruiert wurde, stellt sich nun die Frage, ob die Haftungsbeschränkung in den zu untersuchenden Konzernierungsformen auch aus rechtlicher Perspektive notwendig ist.

I. Die rechtliche Verankerung der Haftungsbeschränkung durch den Gesetzgeber

Das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der beschränkten Haftung gilt sowohl im faktischen AG-Konzern als auch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz: Nach § 1 Abs. 1 S. 1 AktG muss die Mutter im Rahmen des faktischen AG-Konzerns nicht für die Verbindlichkeiten der nachgeordneten AG einstehen. Auch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz haftet die Mutter als Alleingesellschafterin nach § 13 Abs. 2 GmbHG nicht für die Verbindlichkeiten der Tochter-GmbH. Eine Haftungsdurchbrechung wie im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern (§ 322 AktG) hat der Gesetzgeber gerade nicht ausdrücklich angeordnet.²²⁴ Die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz erfährt damit eine feste gesetzliche Verankerung.

Der europäische Gesetzgeber hat dagegen zur Haftungssegmentierung im Konzern keine ausdrückliche Regelung getroffen, sondern dies den Mitgliedstaaten überlassen (Art. 2 Abs. 2 der Einpersonengesellschafts-

²²⁴ König (Fn. 19), S. 616.

Richtlinie).²²⁵ Eine zunächst diskutierte Durchgriffshaftung, die Konzernmütter von Töchtern im Alleinbesitz getroffen hätte, hat er jedenfalls aufgegeben.²²⁶

II. Die rechtssystematischen Widersprüche bei dem Wegfall der Haftungsbeschränkung

1. Der rechtssystematische Widerspruch im faktischen AG-Konzern

Es wurde aufgezeigt, dass die gesetzliche Konzeption der §§ 311 ff. AktG von einer dezentralen Struktur im faktischen AG-Konzern ausgeht.²²⁷ Die Tochtergesellschaft ist keine nachgeordnete Weisungsempfängerin (§ 76 Abs. 1 AktG). Die Risiko- und Haftungsdurchschläge führen dazu, dass die Muttergesellschaftsleitung die Risiken bereits in ihrer Entstehung steuern muss. Es entstünde damit ein Spannungsverhältnis zu § 76 Abs. 1 und §§ 311 ff. AktG. Ein breitflächiges Aufbrechen des Prinzips der beschränkten Haftung im faktischen AG-Konzern stellt damit einen eklatanten Widerspruch zu der grundlegenden gesetzlichen Konzeption des faktischen AG-Konzerns als dezentralen Holding-Konzern dar, der nicht hinnehmbar ist. Das Gesetz hat dem Muttervorstand gerade kein umfassendes Weisungsrecht wie im aktienrechtlichen Eingliederungskonzern (§ 323 Abs. 1 S. 1 AktG) eingeräumt.

2. Der rechtssystematische Widerspruch im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz

Der Muttergesellschaft als Alleingeschafterin steht im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz durch das Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG eine weitreichende Einflussmöglichkeit zu. Die Muttergesellschaft *kann* das Weisungsrecht ausüben, *muss* es aber nicht. Breitflächige Haftungsdurchbrechungen würden folglich dazu führen, dass aus der bloßen Möglichkeit eine Pflicht erwächst, obwohl dies im Gesetz nicht angelegt ist.²²⁸ Es liegt damit auch bei dem faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ein durch die Haftungsdurchbrechungen ausgelöster systemsprengender Widerspruch vor.

3. Der rechtssystematische Widerspruch auf unionsrechtlicher Ebene

Auf unionsrechtlicher Ebene ist darauf hinzuweisen, dass die Muttergesellschaft bei breitflächigen Haftungsdurchbrechungen daran gehindert wäre, von ihrer

²²⁵ Lutter/Bayer/Schmidt, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, S. 1047 f.; Hommelhoff (Fn. 171), S. 162 Fn. 154.

²²⁶ Hommelhoff (Fn. 171), S. 162 Fn. 154.

²²⁷ Siehe oben C. I.

²²⁸ Vgl. Trautmann (Fn. 16), S. 309.

Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) in der Weise Gebrauch zu machen, wie eine wettbewerbsfähige ökosoziale Marktwirtschaft (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 EUV) im Binnenmarkt (Art. 26 AEUV) es gebietet.²²⁹ Folglich kommt es auch auf dieser Ebene zu einem rechtssystematischen Widerspruch. Freilich ist hiervon nur der Fall der grenzüberschreitenden Konzernierung betroffen.

III. Die Haftungsbeschränkung als logische Folge des Konzernrechts als *enabling law*

Ein modernes Konzernrecht darf sich nicht lediglich als bloßes Schutzrecht verstehen (*protecting law*), sondern muss ein stabiles Fundament bereitstellen, um Konzerne rechtssicher etablieren und praktizieren zu können (*enabling law*).²³⁰ Mit anderen Worten muss es „Gewährleistungs- und Schutzrecht“²³¹ zugleich sein. Diese Ermöglichungsfunktion liegt dem faktischen GmbH-Konzern zugrunde: Dies hat der MoMiG-Gesetzgeber mit der Regelung des § 30 Abs. 1 S. 2 GmbHG mittelbar zum Ausdruck gebracht.²³² So ist es nur dann sinnvoll, dem *cash pooling* einen rechtssicheren Boden zu geben, wenn das organisatorische Konstrukt, dem die Finanzierung nützt, rechtlich abgesichert ist.²³³ Dies betrifft auch den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz. Auf der anderen Seite liegt die Ermöglichungsfunktion auch dem faktischen AG-Konzern zugrunde: Die §§ 311 ff. AktG gestatten dem herrschenden Unternehmen eine nachteilige Einflussnahme, wodurch sie die Einbindung der abhängigen Gesellschaft in das Konzerninteresse gestatten und damit die Konzernbildung ermöglichen.²³⁴ Eine Aufweichung des Prinzips der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern und im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz steht der Ermöglichungsfunktion des Konzernrechts diametral entgegen. Die Haftungssegmentierung ist eine notwendige Bedingung dafür, den faktischen Konzern rechtssicher gewährleisten und zu fördern. Schließlich ließe sich ohne die Haftungsbeschränkung weder der faktische AG-Konzern noch der faktische GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz sinnvoll leiten.

IV. Kein entgegenstehendes Postulat von Herrschaft und Haftung

Eine Haftungsbeschränkung auf der Ebene der nachgeordneten Gesellschaft könnte aus rechtlicher Sicht deshalb nicht hinnehmbar sein, da sie dem Postulat

²²⁹ Hommelhoff (Fn. 171), S. 165.

²³⁰ Hommelhoff (Fn. 137), S. 538.

²³¹ Ebd.

²³² Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 19), Anh. § 13 Rn. 7.

²³³ Ebd.

²³⁴ Habersack, in: Emmerich/Habersack (Fn. 125), § 311 AktG Rn. 2.

von Herrschaft und Haftung widersprechen würde.²³⁵ Im faktischen AG-Konzern, der über Minderheitsgesellschafter verfügt, greift dieser Einwand bereits deshalb nicht, weil ein Minderheitsgesellschafter im Konzern nur über einen geringen Einfluss verfügt. Aber auch, wenn das herrschende Unternehmen Alleinaktionär ist, ist zu beachten, dass die Tochter-AG nicht verpflichtet ist, seinen Weisungen Folge zu leisten. Im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz ist die Lage aufgrund des § 37 Abs. 1 GmbHG anders. Dennoch wäre es auch hier verfehlt, der Muttergesellschaft rechtstheoretisch eine umfängliche Herrschaftsmacht zuzusprechen. Schließlich gilt auch hier, dass § 37 Abs. 1 GmbHG lediglich die Ausübung des Weisungsrechts ermöglicht. Vor allem aber gibt es einen Grundsatz des Gleichlaufes von Herrschaft und Haftung im deutschen Korporationsrecht gerade nicht.²³⁶

V. Zwischenergebnis

Es lässt sich festhalten, dass die Haftungsbeschränkung für den faktischen AG-Konzern und den faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz rechtlich fest verankert ist. Sie ist aus Rechtsgründen bereits deshalb geboten, um systemsparenden Wertungswidersprüchen zu entgehen. Darüber hinaus ist sie logische Folge der Anerkennung des Konzernrechts als *enabling law*. Ein Postulat des Gleichlaufes von Herrschaft und Haftung, das dem deutschen Gesellschaftsrecht fremd ist, vermag daran nichts zu ändern. Die Haftungsbeschränkung ist im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz rechtlich notwendig.

F. Gesamtergebnis und Ausblick

Die Untersuchungen haben ergeben, dass die Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im Alleinbesitz sowohl ökonomisch als auch rechtlich notwendig ist. Die Ausgangsfrage nach deren Legitimation lässt sich damit eindeutig bejahen. Die Haftungsbeschränkung ist mithin rechtspolitisch gerechtfertigt. Aber nicht nur dies, die eruierte ökonomische und rechtliche Notwendigkeit hat vielmehr gezeigt, dass der Grundsatz der Haftungsbeschränkung im faktischen AG-Konzern sowie im faktischen GmbH-Konzern mit einer GmbH-Tochter im

²³⁵ In diese Richtung gehend *Pohmer*, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, in: Raiser/Sauermann/Schneider, Das Verhältnis von Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, 1964, S. 57 (64).

²³⁶ Siehe dazu *Lutter* (Fn. 177), S. 266.

Alleinbesitz zwingend ist. Vergegenwärtigt man sich dies, erscheinen die neusten Tendenzen der Haftungsdurchbrechungen insbesondere auf unionsrechtlicher Ebene als äußerst bedrohlich. Es sollte deshalb mit Nachdruck in der Wissenschaft auf die rechtliche und ökonomische Notwendigkeit der beschränkten Haftung hingewiesen werden und dies insbesondere auch in andere Rechtsgebiete, namentlich das Kartellrecht, getragen werden. Es muss allgemein verstanden werden, dass der faktische Konzern kein furchteinflößender Krake²³⁷, sondern *die* organisatorische Schöpfung des 20. Jahrhunderts ist.²³⁸

²³⁷ Zum Bild der Krake siehe *Damler*, Konzern und Moderne, 2016, S. 303 ff.

²³⁸ *Druey*, Corporate Governance im Konzern: ein Vorschlag, SZW 2012. 414 (416); zustimmend *Hommelhoff* (Fn. 130), S. 399 und *Trautmann* (Fn. 16), S. 370.

Amelie Hofmeister*

Rechtliche Grundprobleme der Weiterverwendung von Behandlungsdaten zu Forschungszwecken

Abstract

Aus medizinischer, grundrechtlicher, aber auch ethischer Sicht ist bekannt, dass der Nutzen von Behandlungsdaten für Forschungszwecke groß ist und den Erkenntnisgewinn in der Forschung fördert. Der Weiterverwendung dieser Daten außerhalb des ursprünglichen Behandlungskontextes können allerdings verfassungsrechtliche, datenschutzrechtliche sowie ärztliche Pflichten entgegenstehen. Ferner ergeben sich bei der Verwendung von Behandlungsdaten von Minderjährigen, Verstorbenen oder nach dem Widerruf der Einwilligung in die Verwendung durch den Betroffenen Regelungslücken. Der Beitrag gibt einen Überblick über diese Herausforderungen und schließt mit möglichen Lösungsvorschlägen zur Verbesserung und Fortentwicklung des derzeitigen Stands.

* Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Medizin- und Gesundheitsrecht. Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2023 verfassten Seminararbeit im Rahmen des Seminars „Ausgewählte organisationsrechtliche Probleme im Gesundheitsrecht“ bei Prof. Dr. Stefan J. Geibel, *Maître en droit* (Université Aix-Marseille III).

A. Einleitung

Im März 2023 kündigte Gesundheitsminister *Karl Lauterbach* an, die elektronische Patientenakte (ePA) solle ab Ende 2024 für alle Bürgerinnen und Bürger der Bundesrepublik Deutschland verbindlich zur Anwendung kommen.¹ Die in diesem Zusammenhang entstehenden Daten sollen dann auch der Forschung zugänglich gemacht werden, insbesondere die Behandlungsdaten der Patienten. Welche Vorteile die Weiterverwendung dieser Daten außerhalb ihres ursprünglichen Behandlungskontextes beispielsweise hat, wurde im Rahmen der COVID-19-Impfkampagnen weltweit sichtbar: In Israel konnte die Bevölkerung gerade deswegen so schnell geimpft werden, weil die Forschung Impfwirkungen und Impfnebenwirkungen anhand von verfügbaren Behandlungsdaten der Patienten analysieren konnte.² Eine Weiterverwendung bzw. Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten liegt insofern vor, sobald die Daten nicht mehr im Rahmen des Zwecks verwendet werden, für den sie ursprünglich erhoben wurden.³ Die Verarbeitung fasst dabei nach Art. 4 Nr. 2 DS-GVO jedes Erheben, Speichern, Verwenden und Übermitteln von Daten zusammen. Die Sekundärnutzung ist allerdings in Anbetracht von Art. 6 Abs. 1, Art. 9 Abs. 1 DS-GVO nicht ohne weiteres möglich. Denn nach Art. 6 DS-GVO ist eine Datenverarbeitung nur rechtmäßig, wenn zumindest eine Voraussetzung des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO erfüllt ist. Die Verarbeitung gesundheitsbezogener Daten unterliegt gemäß Art. 9 DS-GVO zudem einem grundsätzlichen Verbot. Der rechtliche Rahmen für die Sekundärnutzung ist darüber hinaus von Regelungslücken und Disparitäten geprägt.⁴ Einen ersten Ansatz zur Schließung dieser Lücken verfolgt der Gesetzgeber mit § 287a SGB V. Zudem sind die Anforderungen an die Einwilligung des Patienten in die Sekundärnutzung seiner

¹ *Bundesgesundheitsministerium*, Lauterbach: Elektronische Patientenakte ab Ende 2024 für alle verbindlich, abrufbar unter: <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/presse/interviews/interview/fas-030324-elektronische-patientenakte.html>; *Bollmann*, Karl Lauterbach: Wir machen viele Dinge zu kompliziert, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/karl-lauterbach-wir-machen-viele-dinge-zu-kompliziert-18720159.html> (beide zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

² *Fricke*, Fachleute werben für Datennutzung bis hin zum „Echtzeit-Gesundheitssystem“, abrufbar unter: <https://www.aerztezeitung.de/Wirtschaft/Fachleute-werben-fuer-Datennutzung-bis-hin-zum-Echtzeitgesundheitsystem-429348.html> (zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

³ *Rückert/Seidenath*, Deutschland braucht ein Gesundheitsdatennutzungsgesetz, Argumentation Kompakt Hanns Seidel Stiftung, Ausgabe v. 23.11.2021, abrufbar unter: https://www.hss.de/download/publications/AK_6_Gesundheit.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

⁴ *V. Kielmansegg*, Gesetzgebung im Windschatten der Pandemie: § 287a SGB V und der Datenschutz in der Gesundheitsforschung, *VerwArch* 2021, 133 (135).

Daten gesetzlich nur stichpunktartig geregelt. Unter welchen Umständen, wie oft und wie umfassend ein Patient in die Nutzung einwilligen muss, bleibt zu klären.⁵ Die Bereitschaft zur Spende der eigenen Daten zu Forschungszwecken ist in Deutschland zwar grundsätzlich groß.⁶ Welche rechtlichen Herausforderungen der Sekundärnutzung derzeit noch entgegenstehen, soll im Folgenden erörtert werden.

B. Einwilligungsunabhängige Rechtsgrundlagen für die Sekundärnutzung zu Forschungszwecken

Zunächst werden die einschlägigen einwilligungsunabhängigen Rechtsgrundlagen für die Weiterverwendung von Behandlungsdaten zu Forschungszwecken beleuchtet.

I. Das PDSG und das Konzept der Datenspende

Die Neuregelung der §§ 303a ff. SGB V durch das Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur, dem sog. Patientendatenschutzgesetz (PDSG), sollte für Datentransparenz und neue Datennutzungsmöglichkeiten sorgen.⁷ § 363 PDSG⁸ dient hierbei als Rechtsgrundlage für die Freigabe von Daten aus der ePA zu Forschungszwecken. Zwar findet sich für diesen Vorgang die Bezeichnung der „Datenspende“ nicht ausdrücklich im Normtext wieder, allerdings wird in diesem Kontext oft auf die „Datenspende“ als Formulierung des Deutschen Ethikrates aus seiner Stellungnahme aus dem Jahr 2017 zurückgegriffen.⁹ Die

⁵ *Dochow*, Das Patienten-Datenschutz-Gesetz (Teil 3): Die Datenspende, MedR 39 (2021), 115 (116).

⁶ *Bitkom e. V.*, Große Offenheit für Spende von Patientendaten, 3.7.2020, abrufbar unter: <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Grosse-Offenheit-fuer-Spende-von-Patientendaten>; *Königter et al.*, Patients' Willingness to Provide Their Clinical Data for Research Purposes and Acceptance of Different Consent Models: Findings From a Representative Survey of Patients With Cancer, J Med Internet Res 2022 Vol 24 No 2, abrufbar unter: <https://www.jmir.org/2022/8/e37665> (beide zuletzt abgerufen am 15.7.2024).

⁷ BGBl. 2020 I, Nr. 46, S. 2115; *Dochow* (Fn. 5), S. 123; *Jungkunz et al.*, Stellungnahme zur Etablierung der sekundären Forschungsnutzung von Behandlungsdaten in Deutschland Ergebnisse des Verbundprojekts LinCDat: „Learning from Clinical Data. Ethical, Social and Legal Aspects“ v. 1.11.2022, abrufbar unter: <https://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/forum-mk/article/view/91697/86828> (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

⁸ Wortgleich mit § 363 SGB V.

⁹ *Dochow* (Fn. 5), S. 116; *Deutscher Ethikrat*, Stellungnahme, Big Data und Gesundheit – Datensouveränität als informationelle Freiheitsgestaltung v. 30.11.2017, abrufbar unter:

Datenspende ermöglicht dem Patienten als rechtliche Grundlage, nicht-öffentlichen oder öffentlichen Stellen des Bundes oder der Länder als Verantwortlichen die Befugnis zur umfassenden Nutzung seiner Daten für klinische und medizinbezogene Forschungsvorhaben ohne eine enge Zweckbindung zu erteilen.¹⁰ Um die Spende von Daten als „soziale Ressource“ zu ermöglichen, bedarf es zur datenschutzrechtlichen Harmonisierung des Vorgangs einer Einwilligung i. S. d. Art. 9 DS-GVO.¹¹ § 363 Abs. 2 SGB V setzt dabei ausdrücklich eine informierte Einwilligung voraus. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich jedoch, dass die Einwilligung dabei nicht als Rechtsgrundlage, sondern vielmehr als „aktive“ Zustimmung zur Verarbeitung der eigenen Daten, gewissermaßen als eine „Verarbeitungsbedingung“ einzuordnen ist.¹² Konkret lässt sich die Einwilligung damit als eine „zusätzliche Bedingung“ unter Art. 9 Abs. 4 DS-GVO subsumieren.¹³ Aus dem Grundsatz des Verarbeitungsverbots gemäß Art. 9 Abs. 1 DS-GVO geht jedoch der besonders hohe Schutzbedarf der dort genannten Daten hervor. Auch Art. 8 Abs. 1 GRCh verdeutlicht, dass die personenbezogenen Daten in besonderem Maße geschützt sind. Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh erkennt die Einwilligung neben „anderen gesetzlich geregelten legitimen Grundlagen“ als ebenbürtigen und gleichwertigen Erlaubnistatbestand und nicht als zusätzliche Bedingung an.¹⁴ Es wäre widersprüchlich, die Einwilligung als „zusätzlich“ einzuordnen, wenn ohne sie erst gar keine Verarbeitung stattfinden darf. Dies verdeutlichen Art. 9 Abs. 1 DS-GVO und Art. 8 Abs. 1 GRCh. Die informierte Einwilligung ist demzufolge nicht zusätzliche Bedingung, sondern notwendige Voraussetzung einer zulässigen Datenverarbeitung.¹⁵ In § 363 Abs. 8 SGB V folgt der Gesetzgeber dieser Auffassung sogar, indem er die informierte Einwilligung abweichend von § 363 Abs. 2 und 3 SGB V zur alleinigen Grundlage der Freigabe der Daten durch den Patienten erklärt. Die Divergenz zwischen den Absätzen des § 363 SGB V ist im Hinblick auf die angestrebte Verständlichkeit für spendenwillige Patienten indes kontraproduktiv.

Als Gegenentwurf zur Einwilligungslösung in die Datenspende wird teilweise für eine Widerspruchslösung plädiert, die eine einwilligungsunabhängige

<https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/stellungnahme-big-data-und-gesundheit.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

¹⁰ *Deutscher Ethikrat* (Fn. 9), S. 267.

¹¹ *Dochow* (Fn. 5), S. 116.

¹² BT-Drucks. 19/18793, S. 131; *Dochow* (Fn. 5), S. 119.

¹³ BT-Drucks. 19/18793, S. 131.

¹⁴ *Schulz*, in: Gola/Heckmann, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 10.

¹⁵ *Dochow* (Fn. 5), S. 120.

Datenverarbeitungsmöglichkeit bietet.¹⁶ Damit könnten die Daten aller Nutzer der ePA bis zum Widerspruch Einzelner verwendet werden. Viele Aspekte wie geringerer Aufwand mangels notwendiger Aufklärung als auch höhere Repräsentativität der Datensätze zeigen Vorteile der Widerspruchslösung auf.¹⁷ Die Verfassungskonformität der Widerspruchslösung ist jedoch umstritten.¹⁸ Insofern stellt die Widerspruchslösung keine konstruktive Alternative zur Einwilligungslösung dar, sondern steht vielmehr vor eigenen Herausforderungen.

II. § 287a SGB V

Der Gesetzgeber hat 2020 zur Etablierung bundesweit einheitlicher Datenschutzregelungen für die Datenverarbeitung zu Forschungszwecken § 287a SGB V eingeführt, der auf § 27 BDSG verweist. Demnach ist § 27 BDSG auch auf länderübergreifende medizinische Forschungsprojekte anwendbar. Der Verweis soll dafür sorgen, dass die länderübergreifende Forschung nicht durch abweichende Landesdatenschutzgesetze, Landeskrankenhausregelungen oder andere landesspezifische Normen erschwert wird.¹⁹ Der Wortlaut des § 287a SGB V deutet nicht wie in § 75 Abs. 1 Nr. 1 SGB X explizit auf Daten aus dem Sozialleistungsbereich hin, sodass unsicher ist, welche Daten gemeint sind.²⁰ Auch der Regelungsstandort des § 287a SGB V lässt offen, in welchen Fällen die Verweisung überhaupt Anwendung findet.²¹ Der systematische Standort im SGB lässt vermuten, dass die Regelung bei personenbezogenen Daten i. S. d. § 67 Abs. 2 SGB X, sog. Sozialdaten, zur Anwendung kommen soll.²² Daraus folgt,

¹⁶ *Strech et al.*, „Datenspende“ – Bedarf für die Forschung, ethische Bewertung, rechtliche, informationstechnologische und organisatorische Rahmenbedingungen Wissenschaftliches Gutachten erstellt für das Bundesministerium für Gesundheit v. 30.3.2020, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Ministerium/Berichte/Gutachten_Datenspende.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

¹⁷ *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer*, Stellungnahme der Zentralen Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten (Ethikkommission) bei der Bundesärztekammer „Bereitstellung und Nutzung von Behandlungsdaten zu Forschungszwecken“ v. 23.11.2022, abrufbar unter: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/zentrale-ethikkommission/BAEK_SN_Behandlungsdaten.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

¹⁸ *Ebd.*

¹⁹ BT-Drucks. 19/18111, S. 26.

²⁰ *V. Kielmansegg* (Fn. 4), S. 136.

²¹ *Jungkunz et al.* (Fn. 7), S. 98.

²² *Spitz/Cornelius*, Einwilligung und gesetzliche Forschungsklausel als Rechtsgrundlagen für die Sekundärnutzung klinischer Daten zu Forschungszwecken, *MedR* 40 (2022), 191 (198).

dass die Sekundärnutzung von Daten außerhalb des sozialrechtlichen Kontextes für länderübergreifende Forschungsprojekte aufgrund divergierender landesrechtlicher Regelungen erschwert bleibt, obwohl der Gesetzgeber die Norm im Grunde zur Lösung dieses Problems erlassen hat. Hätte der Gesetzgeber allerdings jegliche gesundheitsbezogene Daten und nicht nur Sozialdaten mit der Norm erfassen wollen, hätte er die Regelung des § 287a anstelle im SGB auch im BDSG verankern können.²³ Von diesem Problem erfasst werden sämtliche Daten, die im Behandlungskontext entstehen und noch nicht zu Abrechnungszwecken an Krankenversicherungen übertragen wurden.²⁴ Um dieser Problematik Rechnung zu tragen, hat die aktuelle Regierung in ihrem Koalitionsvertrag angekündigt, ein Gesundheitsdatennutzungsgesetz zu erlassen.²⁵ Das Gesetz soll die wissenschaftliche Nutzung von Daten im Einklang mit der DS-GVO ermöglichen, befindet sich jedoch noch in der Ausgestaltung.²⁶

III. Verfassungsrechtliche Aspekte der Datenverwendung

Des Weiteren sind verfassungsrechtliche Aspekte bei der Sekundärnutzung von Daten zu berücksichtigen. Die Grundrechte und Grundfreiheiten des einzelnen Betroffenen sind dem wissenschaftlichen Interesse bzw. dem Interesse der Allgemeinheit an der Durchführung des Forschungsprojekts gegenüberzustellen und in Ausgleich zu bringen.²⁷ Einerseits betrifft die Sekundärnutzung von Daten das Recht des Patienten auf Schutz der Privatsphäre und der informationellen Selbstbestimmung im Rahmen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG.²⁸ Die Würde des Menschen ist mit der Möglichkeit der Selbstbestimmung auch aus ethischer Sicht eng verbunden.²⁹ Der Datenschutz des Einzelnen ist Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung.³⁰ In diesem Kontext wird auch oft die sog. digitale Selbstbestimmung miteinbezogen, die die Fähigkeit des Einzelnen

²³ V. Kielmansegg (Fn. 4), S. 136.

²⁴ Jungkunz et al. (Fn. 7), S. 98.

²⁵ Bundesregierung, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800>, S. 83 (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

²⁶ Schmitt et al., Das Gesundheitsdatennutzungsgesetz – Potenzial für eine bessere Forschung und Gesundheitsversorgung, Das Gesundheitswesen 85 (2023), 215 (216).

²⁷ Schneider, Einrichtungsübergreifende elektronische Patientenakten, 1. Aufl. 2015, S. 82.

²⁸ Ebd.

²⁹ Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung v. 10.10.2019, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

³⁰ BVerfG, NJW 2013, 3086 Rn. 19; BVerfGE 65, 1.

umfasst, selbst zu bestimmen, mit welchen Inhalten und inwiefern er mit der Außenwelt durch seine Persönlichkeitsentfaltung interagiert.³¹ Damit soll jedoch nicht der Eindruck erweckt werden, dass der Betroffene ein umfassendes Entscheidungsrecht darüber innehat, welche Informationen Dritte generell über ihn haben und zu welchem Zweck sie diese benutzen dürfen.³² Die informationelle Selbstbestimmung muss aufgrund ihres Bezugs zur Gemeinschaft im Falle des überwiegenden Allgemeininteresses durchaus Einschränkungen hinnehmen.³³ Anonymisierte Daten fallen mangels Personenbezogenheit gemäß Erwägungsgrund (ErwG) 26 S. 2 DS-GVO nicht unter die informationelle Selbstbestimmung,³⁴ die eigenen Gesundheitsdaten allerdings schon.³⁵

Auf europäischer Ebene werden die Privatsphäre und die personenbezogenen Daten des Einzelnen zudem durch Art. 8 EMRK, Art. 7, 8 GRCh sowie Art. 16 Abs. 1 AEUV geschützt.³⁶ Ihnen gegenüber stehen der Schutz der Forschungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 3 GG, Art. 13 S. 1 GRCh und die staatliche Gewährleistung eines hochwertigen Gesundheitsschutzniveaus gemäß Art. 35 S. 2 GRCh.³⁷ Auf Unions- wie Bundesebene sind die Forschungsfreiheit und der Schutz personenbezogener Daten grundrechtlich gleichrangig.³⁸ Die Forschungsfreiheit schließt auch die Verwendung personenbezogener Daten zu Forschungszwecken ein.³⁹ Es bedarf daher maßgebend einer Abwägung zwischen der Förderung des wissenschaftlichen Fortschritts und dem Schutzinteresse des Betroffenen.⁴⁰ Gerade die Entscheidung im Einzelfall, ob die

³¹ *Deutscher Ethikrat* (Fn. 9), S. 126.

³² *Strech et al.* (Fn. 16), S. 86.

³³ *BVerfG*, NJW 1984, 419 (422).

³⁴ *Weichert*, *Assessing Big Data – Big Data im Gesundheitsbereich*, Gutachten 2018, abrufbar unter: <https://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten-Gesundheitsbereich.pdf> (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

³⁵ *EGMR*, *I v. Finland*, Urt. v. 17.7.2008, Rs. 20511/03, Rn. 38 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-87510> (zuletzt abgerufen am 4.4.2024); *S. and Marper v. The United Kingdom*, Urt. v. 4.12.2008, Rs. 30562/04 und 30566/04, Rn. 70 ff., abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-90051> (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

³⁶ *Dochow*, *Unterscheidung und Verhältnis von Gesundheitsdatenschutz und ärztlicher Schweigepflicht* (Teil 1), *MedR* 37 (2019), 279 (280).

³⁷ *Giesecke*, in: Meyer/Hölscheidt, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2019, Art. 35 Rn. 33 ff.; *Deutscher Ethikrat* (Fn. 9), S. 126.

³⁸ *Spitz et al.*, *Rechtlicher Rahmen für eine privilegierte Nutzung klinischer Daten zu Forschungszwecken*, *MedR* 39 (2021) 499 (500).

³⁹ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *GG*, 8. Aufl. 2024, Art. 5 Abs. 3 Rn. 361.

⁴⁰ *Weichert*, *Stellungnahme des Netzwerks Datenschutzexpertise zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur*

Rechtsgüter des Betroffenen oder des Forschungsvorhabens überwiegen, ist von erheblichen Rechtsunsicherheiten gekennzeichnet.⁴¹ Auch der Grundrechtsschutz anderer Privatrechtssubjekte, die die Verarbeitung der Behandlungsdaten zu Sekundärzwecken beabsichtigen, sind in diesem Prozess zu beachten.⁴² Der Begriff der Forschung umfasst jegliche Tätigkeit, die das Ziel verfolgt, in methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnis zu gewinnen.⁴³ Aus einer *ex ante*-Betrachtungsweise sind die Ergebnisse und der mögliche Nutzen eines Forschungsvorhabens in aller Regel ungewiss.⁴⁴ Der Schutz der freien Forschung hat jedoch eine Schlüsselfunktion inne, die der gesamtgesellschaftlichen Weiterentwicklung zugutekommt.⁴⁵ Die Verfassung stellt keine unmittelbaren Solidaritätspflichten zugunsten der Forschungsförderung zwischen den Bürgern untereinander auf, sondern lässt vielmehr eine Erwartung an den Bürger zu solidarischem Verhalten vermuten.⁴⁶

Es lässt sich argumentieren, dass eine Verhältnismäßigkeit zwischen den kollidierenden Grundrechten am ehesten herzustellen ist, je substantieller der medizinische Nutzen und je geringer der damit verbundene Eingriff in die Rechte des Betroffenen infolge entsprechender Schutzvorkehrungen sind.⁴⁷ Auf gesetzgeberischer Ebene findet diese Kollision in erster Linie durch die DSGVO, aber auch durch Datenschutzgesetze mit bundes- und landesweiter Reichweite sowie in bereichsspezifischen Datenschutzgesetzen Berücksichtigung. Sofern die Datenfreigabe somit auf einer Einwilligung beruht, bedeutet dies nicht zwangsläufig eine Aufgabe des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, sondern eine jederzeit widerrufliche Einwilligung in die Datenverarbeitung.⁴⁸

(Patientendaten-Schutz-Gesetz-PDSG), BT-Drs.19/18793, insbesondere § 363 SGB V-E v. 12.5.2020, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/695750/863297494cf776913b4f9d23c786f7f7/19_14_0165-1-_Netzwerk-Datenschutzexpertise_PDSG-data.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

⁴¹ Geibel, in: Geibel/Heinze/Verse, Binnenmarktrecht als Mehrebenensystem, 1. Aufl. 2023, S. 243.

⁴² Deutscher Ethikrat (Fn. 9), S. 126.

⁴³ BVerfGE 35, 79 (113); 47, 327 (367).

⁴⁴ Strech et al. (Fn. 16), S. 87.

⁴⁵ BVerfG, NVwZ 2011, 224 (224, Rn. 88).

⁴⁶ Strech et al. (Fn. 16), S. 87.

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ Weichert (Fn. 40), S. 1 f.

IV. Datenschutz bei der Sekundärnutzung zu Forschungszwecken

Die DS-GVO ermöglicht durch verschiedene Normen die privilegierte Datenverwendung zu Forschungszwecken und berücksichtigt zugleich einen effektiven Schutz der Daten der Betroffenen.⁴⁹ Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO sieht die Abweichung von der an sich verbindlichen Kompatibilitätsprüfung des Art. 6 Abs. 4 DS-GVO im Fall der Sekundärnutzung personenbezogener Daten zu Forschungszwecken vor.⁵⁰ Auch Art. 14 Abs. 5 lit. b, 22 Abs. 6 und 89 Abs. 2 DS-GVO gewähren die Privilegierung der Forschung im Rahmen der Sekundärnutzung von personenbezogenen Daten.⁵¹ Ferner schaffen Art. 9 Abs. 2 lit. j und 89 DS-GVO die Möglichkeit, die Sekundärnutzung von Daten ohne die erforderliche Voraussetzung einer Einwilligung national-gesetzlich auszugestalten.⁵² Art. 9 DS-GVO ermöglicht im Zusammenhang mit ErwG 33 DS-GVO anhand der Rechtsgrundlage der Einwilligung das Abweichen von ursprünglich verbindlichen Voraussetzungen der Datenverarbeitung. Es gilt der sog. Anwendungsvorrang des Europarechts, nach dem der DS-GVO widersprechende Normen keine Anwendung finden.⁵³

1. Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 DS-GVO

Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung besonderer personenbezogener Daten aus Art. 9 Abs. 1 DS-GVO sind in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO normiert. Dabei sind Teile dieser Ausnahmen jedoch nicht unmittelbar anwendbare Rechtsgrundlagen, sondern vielmehr Öffnungsklauseln, die eine Gesetzgebung der EU-Mitgliedstaaten erfordern.⁵⁴ Erst die Erlaubnisnorm des jeweiligen Mitgliedstaats bildet die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung.⁵⁵ Neben der ausdrücklichen Einwilligung des betroffenen Patienten⁵⁶ kommen auch die Erlaubnistatbestände des Art. 9 Abs. 2 lit. j und g DS-GVO für die Verarbeitung und Weiterverwendung der Behandlungsdaten in Betracht. Der Zweck der Verarbeitung ist somit maßgeblich für Verantwortlichkeit und Haftung im Rahmen der Verarbeitung.⁵⁷ Die rechtfertigende Wirkung eines solchen

⁴⁹ *Spitz et al.* (Fn. 38), S. 501.

⁵⁰ *Heckmann/Scheurer*, in: Heckmann/Paschke, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Stand: 4.4.2023, Kap. 9 Rn. 220.

⁵¹ *Kamlab*, in: Plath, DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 14 Rn. 224; Art. 22 Rn. 286; *Grages*, in: Plath, DS-GVO/BDSG/TTDSG, 4. Aufl. 2023, Art. 89 Rn. 814.

⁵² *Spitz et al.* (Fn. 38), S. 501.

⁵³ *Dochow*, in: Dochow et al., Datenschutz in der ärztlichen Praxis, 1. Aufl. 2019, S. 33.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 36.

⁵⁵ *Ebd.*

⁵⁶ Explizit auch als Erlaubnistatbestand aufgeführt in Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO.

⁵⁷ *Schütz*, in: Dochow et al. (Fn. 53), S. 84.

Verwendungszwecks lässt die grundsätzliche Rechtswidrigkeit der Verarbeitung des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO dann entfallen.⁵⁸

a) Erhebliches öffentliches Interesse als Erlaubnistatbestand

Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO i. V. m. § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BDSG rechtfertigt die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, also auch Behandlungsdaten, aufgrund eines „erheblichen öffentlichen Interesses“. Der Begriff ist in der Norm nicht präziser beschrieben und birgt dementsprechend großes Auslegungspotenzial.⁵⁹ Angesichts des Ausnahmecharakters der Norm des § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BDSG liegt eine restriktive Auslegung nahe.⁶⁰ Das öffentliche Interesse muss derart relevant sein, dass die Verarbeitung der Daten erforderlich und geboten ist.⁶¹ Es wird oftmals auch von einem *qualifizierten* öffentlichen Interesse gesprochen.⁶² Ein solches wird beim Schutz hochrangiger und grundlegend schützenswerter Rechtsgüter im Gemeinwohlinteresse bejaht.⁶³ Gerade bei der Bekämpfung von Pandemien oder im Rahmen des Katastrophenschutzes liegt ein solches erhebliches öffentliches Interesse vor.⁶⁴ Allerdings macht die Gesetzesbegründung deutlich, dass bei geschäftsmäßiger Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen eigener Geschäftsmodelle tatbestandlich kein erhebliches öffentliches Interesse vorliegt.⁶⁵ Außerdem gebietet § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BDSG eine gesonderte Interessenabwägung i. S. d. § 22 Abs. 1 Nr. 2 BDSG. Zusätzlich müssen bei der Verarbeitung die Interessen des Verantwortlichen an der Datenverarbeitung in einem angemessenen Verhältnis zu dem verfolgten Zweck stehen und den Wesensgehalt des Rechts auf Datenschutz wahren. Selbst wenn die Norm damit die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 2 lit. g DS-GVO berücksichtigt, so sind in der Realität damit kaum noch Fälle vorstellbar, in denen das erhebliche öffentliche Interesse das Individualinteresse überwiegt.⁶⁶

⁵⁸ Jungkunz et al. (Fn. 7), S. 100.

⁵⁹ Heckmann/Scheurer, in: Gola/Heckmann (Fn. 14), § 22 Rn. 34.

⁶⁰ Ebd., Rn. 35.

⁶¹ Weichert, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, § 22 Rn. 21.

⁶² Dochow (Fn. 53), S. 46.

⁶³ Ebd.

⁶⁴ BT-Drs. 19/4674, S. 211.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Jaspers/Schwartzmann/Mühlenbecke, in: Schwartzmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020, Art. 9 Rn. 107.

b) Forschungszwecke als Erlaubnistatbestand

Art. 9 Abs. 2 lit. j, 89 DS-GVO i. V. m. § 27 BDSG stellt die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu Forschungszwecken dar.⁶⁷ Gemäß § 27 Abs. 1 BDSG ist eine Verarbeitung zu Forschungszwecken auch ohne Einwilligung des Betroffenen zulässig. Weder DS-GVO noch BDSG enthalten eine Definition des Forschungszwecks.⁶⁸ Aufgrund der bereits in Art. 9 und Art. 89 DS-GVO zum Ausdruck kommenden Privilegierung von Forschungs- und Statistikzwecken sind diese Zwecke jedoch weit auszulegen.⁶⁹ Auch ErwG 159 und 160 DS-GVO sowie Art. 179 Abs. 1 AEUV dringen auf eine Privilegierung der Forschung.⁷⁰ Anhand des europarechtlichen und nationalen Verständnisses des Forschungsbegriffs ist entscheidendes Kriterium für die Klassifizierung einer Tätigkeit als *Forschung*, dass die Tätigkeit das Ziel verfolgt, in methodischer, systematischer sowie nachweisbarer Art und Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen.⁷¹

Ferner muss die Verarbeitung der Daten i. S. v. Art. 9 Abs. 1 DS-GVO für den wissenschaftlichen Forschungszweck *erforderlich* sein und auf eine Abwägung zwischen den Interessen der Verantwortlichen und jenen des Betroffenen folgen. Dabei müssen die Interessen der Forschenden die des Betroffenen i. S. d. § 27 Abs. 1 BDSG *erheblich* überwiegen. Mit diesem Kriterium weicht die Norm von Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO ab, der kein erhebliches Überwiegen fordert. Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurde eine drohende Praxisuntauglichkeit registriert und befürchtet.⁷² Denn im Rahmen der Interessenabwägung stellt sich infolgedessen nun die Frage, wann die Erheblichkeitsschwelle überschritten wird.⁷³ Jedenfalls schränkt das Kriterium der Erheblichkeit die Praktikabilität von Forschungsvorhaben angesichts dieser Unsicherheit ein.⁷⁴ Durch das Kriterium wird die intendierte Privilegierung von Forschungsvorhaben letztlich erschwert, was im Hinblick auf eine angestrebte Harmonisierung des europäischen Datenschutzrechts bedauerlich erscheint.⁷⁵

⁶⁷ *Dochow* (Fn. 53), S. 53.

⁶⁸ *Krohm*, in: Gola/Heckmann (Fn. 14), § 27 Rn. 13.

⁶⁹ *Schlösser-Rost/Koch*, in: BeckOK Datenschutzrecht, BDSG, Stand: 1.5.2023, § 27 Rn. 15a.

⁷⁰ *Krohm* (Fn. 68), Rn. 13.

⁷¹ *BVerfG*, NJW 1973, 1176 (1176); *Krohm* (Fn. 68), Rn. 14.

⁷² Stellungnahme des Bundesrats v. 10.3.2017, BR-Drucks. 110/117, S. 26.

⁷³ *Pauly*, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, § 27 Rn. 10.

⁷⁴ *Krohm* (Fn. 68), Rn. 28.

⁷⁵ *Ebd.*

2. Fazit

Die unpräzise Formulierung des „erheblichen öffentlichen Interesses“ birgt erhebliche Rechtsunsicherheiten im Rahmen der Sekundärnutzung. Der Anwendungsbereich des § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BDSG ist aufgrund der wenigen denkbaren Fallkonstellationen, in denen ein erhebliches öffentliches Interesse zu bejahen wäre, stark begrenzt. Die Ungewissheit darüber, wann das Interesse der Forschung die des Einzelnen *erheblich* übersteigt, schränkt die praktische Umsetzung von Forschungsvorhaben entgegen des eigentlichen Ziels der Norm zusätzlich ein. Eine denkbare Lösung wäre, wie auch im Gesetzgebungsverfahren von § 27 BDSG schon erwogen wurde,⁷⁶ das Erheblichkeitskriterium ersatzlos zu streichen. Eine Präzisierung des Forschungsbegriffs in § 27 BDSG durch den Gesetzgeber unter Angabe beispielhafter Fallgruppen könnte die Praxistauglichkeit zusätzlich erhöhen und Rechtsunsicherheiten vorbeugen.⁷⁷

V. DGA, DNG und EU-Clinical Trials Verordnung

Der EU-Data Governance Act (Verordnung (EU) 2022/868 (DGA)), das Datennutzungsgesetz (DNG) sowie die EU-Clinical Trials Verordnung (VO (EU) Nr. 536/2014) wurden 2021 und 2022 mit dem Ziel veröffentlicht, die Weiterverwendung von Daten durch öffentliche Stellen zu kommerziellen und nicht kommerziellen Zwecken zu fördern.⁷⁸ Dies betrifft auch personenbezogene Daten, die in der jeweiligen Krankenakte erfasst und anschließend in kodierter Form einheitlich in einer EU-Datenbank gesammelt, angeordnet und analysiert werden.⁷⁹ Gemäß ErwG 67 EU-Clinical Trials Verordnung soll die EU-Datenbank die Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit unterstützen, weshalb die Datenbank für die Öffentlichkeit gemäß Art. 81 Abs. 4 EU-Clinical Trials Verordnung generell frei zugänglich ist. Personenbezogene Daten der Prüfungsteilnehmer klinischer Prüfungen sind gemäß Art. 81 Abs. 7 EU-Clinical Trials Verordnung als vertraulich einzustufen und werden nicht veröffentlicht. Um vertraglich eingeräumte Exklusivrechte an Daten und deren Weiterverwendung zu vermeiden, verfolgt der DGA das in Art. 4 DGA verankerte Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen.⁸⁰

⁷⁶ Stellungnahme des Bundesrats (Fn. 72).

⁷⁷ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 198.

⁷⁸ *Gerst et al.*, Die Bereitstellung von Daten aus klinischen Prüfungen – Auswirkungen der EU-Clinical Trials Verordnung und des EU-Data Governance Act auf Investigator Initiated Trials (IITs), *MedR* 41 (2023), 204 (207).

⁷⁹ *Gerst et al.* (Fn. 78), S. 205.

⁸⁰ *Schildbach*, Zugang zu Daten der öffentlichen Hand und Datenaltruismus nach dem Entwurf des Daten-Governance-Gesetzes, Mehrwert für das Teilen von Daten oder leere Hülle?, *ZD* 2022, 148 (151).

Praktiken, die einzelne, meist marktmächtige Akteure bevorzugen könnten, sind nach Art. 4 Abs. 2 DGA deshalb nur im Ausnahmefall erlaubt. Problematisch ist es demnach, sobald eine universitäre Stelle, die klinische Prüfungen durchführt, Daten exklusiv mit pharmazeutische Unternehmen vor der verpflichtenden Veröffentlichung der Forschungsergebnisse teilt und damit gegebenenfalls gegen Art. 4 DGA verstößt.⁸¹ Hierbei stellt sich die Frage, ob die verarbeiteten Behandlungsdaten überhaupt als schützenswerte Daten i. S. d. Art. 3 Abs. 1 DGA gelten. Angesichts der Pseudonymisierung der Daten im Rahmen klinischer Prüfungen sind personenbezogene Daten, also auch solche aus Behandlungskontexten, jedoch überhaupt nicht betroffen, sodass auch der Anwendungsbereich des DGA nicht eröffnet ist.⁸² Darüber hinaus ist auch das DNG zumindest bis zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Daten nicht anwendbar.⁸³ Das generelle Verbot von Ausschließlichkeitsvereinbarungen im Rahmen von DGA und DNG steht der Nutzung personenbezogener Daten aus klinischen Prüfungen folglich nicht entgegen. Der DGA erlangt insbesondere Bedeutung für Datentreuhandstellen, die prüfen müssen, ob ein Forschungsvorhaben den Bedingungen des DGA entspricht.⁸⁴

C. Einwilligung in die Datenverwendung als Rechtsgrundlage

Die Einwilligung des betroffenen Patienten in die Verarbeitung seiner Behandlungsdaten ist mangels gleich effektiver gesetzlicher Alternativen zumeist notwendige Voraussetzung für eine zulässige Weiterverwendung der Daten. Gemäß Art. 4 Nr. 2 DS-GVO stellt jegliches Erheben, Speichern, Verwenden oder Übermitteln eine Verarbeitung von Daten dar. Solange die Verarbeitung personenbezogener Daten *zum Zweck der Behandlung* des Patienten mit dessen Einwilligung erfolgt, ist sie im Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO, der einen festgelegten und eindeutigen Zweck der Verarbeitung voraussetzt, legitim. Sobald die Verarbeitung über den ursprünglichen Zweck der Behandlung hinausgeht, ist sie nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO i. V. m. Art. 89 Abs. 1 DS-GVO rechtfertigungsbedürftig. Die Verarbeitung zu Forschungszwecken ist damit eine zweckändernde und rechtfertigungsbedürftige Weiterverwendung der Daten, selbst wenn die datenerhebende Stelle die Daten vor der Freigabe an die Forschungsstelle verschlüsselt hat.⁸⁵ Als rechtfertigende Rechtsgrundlage für die Weiterverwendung der Daten besteht deshalb die Möglichkeit, dass der

⁸¹ Gerst et al. (Fn. 78), S. 208.

⁸² Ebd., S. 209.

⁸³ Ebd., S. 210.

⁸⁴ Geibel (Fn. 41), S. 267.

⁸⁵ Klar/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 61), Art. 4 Nr. 5 Rn. 11.

Betroffene in die Zweckänderung der Weiterverwendung einwilligt. Zu Beginn eines Forschungsvorhabens können dessen Verlauf, Inhalte und Nutzen allerdings regelmäßig nicht akkurat prognostiziert werden.⁸⁶ Der Betroffene kann nicht in einen Forschungszweck einwilligen, der zum Einwilligungszeitpunkt, d. h. zu Beginn des Forschungsvorhabens, noch überhaupt nicht bekannt ist. Es stellt sich damit die Frage, wie eine Zweckbindung und -festlegung der Einwilligung dergestalt erfolgen kann, dass Daten aus dem Behandlungskontext in einen noch nicht präzise festgelegten Forschungskontext überführt werden und anschließend für einen längeren Zeitraum verwendet werden können, ohne dabei gegen Datenschutzregelungen zu verstoßen.

I. Biobanken und das Problem des Verarbeitungszwecks

Bereits im Kontext der Biobanken wurde eine zulässige Zweckbindung und -festlegung der Einwilligung in die Sekundärnutzung von Behandlungsdaten diskutiert.⁸⁷ Biobanken verknüpfen Sammlungen von Körpermaterialien mit medizinischen oder genetischen Daten und weisen infolgedessen eine Art „Doppelcharakter“ als Proben- und Datenbanken auf.⁸⁸ Im Rahmen dessen ist umstritten, inwieweit die Wirksamkeit einer Einwilligung mit dem Umfang eines Forschungszwecks kollidiert.⁸⁹ Zum einen muss der Verwendungszweck schließlich hinreichend konkretisiert sein, sodass der betroffene Patient die Konsequenzen seiner Einwilligung beurteilen kann.⁹⁰ Zum anderen kann im Laufe eines Forschungsvorhabens ein neues Verwendungsbedürfnis für die Proben oder Daten entstehen, sodass zu Beginn des Prozesses der Verwendungszweck schlicht unmöglich vorauszusagen ist.⁹¹ Die Einwilligung des Patienten wird deshalb auch als Konzept verstanden, das die Eigenständigkeit des betroffenen Patienten durch Entscheidungs- und Mitsprachemöglichkeiten stärken soll, aber gleichzeitig auch an die Gegebenheiten von Forschungsvorhaben angepasst werden muss.⁹²

⁸⁶ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 191.

⁸⁷ Augsberg/v. Ulmenstein, Modifizierte Einwilligungserfordernisse: Kann das Datenschutzrecht vom Gesundheitsrecht lernen?, GesR 2018, 341 (347).

⁸⁸ Albers, Rechtsrahmen und Rechtsprobleme bei Biobanken, MedR 31 (2013), 483 (484).

⁸⁹ Ebd., S. 490.

⁹⁰ Dabrock et al., Trust in Biobanking – Dealing with Ethical, Legal and Social Issues in an Emerging Field of Biotechnology, 1. Aufl. 2012, S. 140.

⁹¹ Ebd., S. 143.

⁹² Ebd.

II. Auslegung des Verarbeitungszwecks innerhalb der Einwilligung

Der Zweck der Sekundärnutzung, in den der Betroffene einwilligt, muss ihm genannt werden, aber gleichzeitig auch anpassungsfähig sein, sobald dafür im Verlauf des Forschungsvorhabens ein Bedürfnis entsteht.⁹³ Es stellt sich demnach die Frage, welche Voraussetzungen an den Zweck, in den eingewilligt wird, zu stellen sind und in welchem Rahmen zugunsten der Praktikabilität von diesem ursprünglichen Zweck abgewichen werden darf. Hierzu bedarf es der Auslegung des Zwecks im Rahmen der Einwilligung anhand der einschlägigen Regelungen der DS-GVO.

1. Wortlaut

Im Rahmen der Auslegung des Wortlauts sind die 24 Sprachfassungen der Verordnung gleichberechtigt nebeneinander zu berücksichtigen.⁹⁴ Die deutsche Fassung des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO setzt eine Einwilligung „für den bestimmten Fall“ (Englisch: „*specific*“, Französisch: „*spécifique*“) und in „informierter Weise“ (Englisch: „*informed*“, Französisch: „*éclairée*“) voraus. Der bestimmte Fall deutet eine Fall- und Zweckbegrenzung an.⁹⁵ Eine Angabe zu einer Obergrenze oder dazu, welche wissenschaftliche Disziplin dem „bestimmten Fall“ hinreichend Rechnung trägt, enthält Art. 4 Nr. 11 DS-GVO jedoch nicht. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO fordert zumindest „einen oder mehrere bestimmte Zwecke“ (Englisch: „*one or more specified purposes*“, Französisch: „*une ou plusieurs finalités spécifiques*“). Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO steigert das Maß der Zweckfestlegung gegenüber Art. 4 Nr. 11 und Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO, indem darin „festgelegte Zwecke“ dezidiert gefordert werden. Die englisch- und französischsprachige Version unterscheiden sich an dieser Stelle im Wortlaut bei Art. 6 und Art. 9 DS-GVO nicht. Ein Vergleich der deutschen, englischen und französischen Sprachfassungen zeigt jedoch, dass der festgelegte Zweck auf einen spezifizierten Zweck abzielt und damit erhöhte Bedingungen an die Zweckfestlegung stellt.⁹⁶ Der Wortlaut der Normen der DS-GVO ermöglicht insofern, dass der Betroffene in eine Vielzahl von Zwecken zugunsten einer Datenverarbeitung einwilligt („mehrere Zwecke“). Die Zwecke sind notwendigerweise festzulegen bzw. zu spezifizieren. Ob hierzu auch eine Zweckfestlegung „für sämtliche Forschungszwecke“ zählt, oder auch, ob eine vage Zweckfestlegung wie „medizinische Forschung“ (anstelle von

⁹³ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 192.

⁹⁴ EuGH, Urt. v. 30.5.2013, C-488/11, *Brusse*, NJW 2013, 2579 Rn. 26; *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 14.

⁹⁵ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 192.

⁹⁶ Petri, in: Simitis et al., Datenschutzrecht, 2. Aufl. 2023, Art. 9 Rn. 32.

beispielsweise „neurowissenschaftlicher Forschung“) ausreicht, ist unklar.⁹⁷ Eine Einwilligung ohne Angabe jeglicher fachlicher Präzision der Forschung könnte nicht ausreichend sein.⁹⁸ Auch die beliebige Beschreibung „medizinische Forschung“ wird aufgrund der vielen Teilgebiete, in die sich diese Angabe anschließend noch entfalten kann, als unzureichend kritisiert und folglich als Verwendungszweck nicht akzeptiert.⁹⁹

2. Systematik

Systematisch lässt sich eine Wechselwirkung zwischen der Zweckbindung gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO und dem Einwilligungserfordernis gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO erkennen.¹⁰⁰ Indem die Einwilligung an einen Zweck gebunden ist, soll der Einwilligende darauf vertrauen dürfen, dass die Verarbeitung seiner Daten i. S. d. ErwG 32 S. 4 DS-GVO ausschließlich dem genannten Zweck bzw. den genannten Zwecken dient.¹⁰¹ Zweckfestlegung und Zweckbindung beeinflussen sich insofern sowohl auf grundrechtlicher als auch auf datenschutzrechtlicher Ebene gegenseitig. Sowohl Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh als auch Art. 13 Abs. 1 lit. c, Art. 14 Abs. 1 lit. c, Art. 17 Abs. 1 lit. a sowie Art. 5 Abs. 1 lit. b, Art. 6 Abs. 4 DS-GVO konstituieren dabei die Pflichten gegenüber dem Einwilligenden, die sich aus der Zweckbindung und -festlegung ergeben.¹⁰² Diese Pflichten bezwecken, dass eine Sekundärnutzung der Daten mit dem ursprünglich festgelegten Zweck der Verarbeitung vereinbar sein muss und sichern dem Einwilligenden damit zu, so genau und umfassend wie möglich über den Verwendungszweck informiert zu sein.¹⁰³ Je ungenauer und oberflächlicher der Zweck der Sekundärnutzung festgelegt wird, desto höher ist das Risiko für den Einwilligenden, die Übersicht über den Verwendungszweck zu verlieren.¹⁰⁴ Ein unpräzise festgelegter Verwendungszweck könnte insofern die intendierte Beschränkung der Verwendung umgehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass Art. 5 Abs. 1 lit. b Var. 2 DS-GVO für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke Ausnahmen vom Grundsatz der Zweckfestlegung vorsieht.¹⁰⁵ Diese Ausnahmen beziehen sich allerdings lediglich auf die Vereinbarkeit von ursprünglichem und neuem Verwendungszweck gemäß Art. 6

⁹⁷ *Spranger*, Die datenschutzrechtliche Einwilligung im Gesundheitskontext: zum Umgang mit genetischen, biometrischen und Gesundheitsdaten, *MedR* 35 (2017), 864 (864).

⁹⁸ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 192.

⁹⁹ *Ebd.*

¹⁰⁰ *BVerfG*, *NJW* 2020, 300 (307).

¹⁰¹ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 192.

¹⁰² *Buchner/Kühling*, in: *Kühling/Buchner* (Fn. 61), Art. 14 Rn. 46.

¹⁰³ *Ebd.*, Rn. 50.

¹⁰⁴ *Weichert*, Die Forschungsprivilegierung in der DSGVO, *ZD* 1 (2020), 18 (21).

¹⁰⁵ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 193.

Abs. 4 DS-GVO, nicht jedoch auf die grundsätzlich notwendige Ermächtigungsgrundlage und Legitimation der Sekundärnutzung.¹⁰⁶ Die systematische Verbindung von Einwilligung und Zweckfestlegung deutet mithin an, dass der Einwilligende zumindest selbst entscheiden können muss, ob er in einen präzise oder weit gefassten Zweck einwilligt.

3. Entstehungsgeschichte

Bereits vor Erlass der DS-GVO war der Umfang der Festlegung des Verwendungszwecks strittig.¹⁰⁷ Aufgrund dessen setzte die deutsche Delegation mithilfe der Ausgestaltung von ErwG 33 DS-GVO durch, dass es den Einwilligenden erlaubt sein solle, „ihre Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung zu geben, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht“ (ErwG 33 S. 2 DS-GVO).¹⁰⁸ In der Folge wird ErwG 33 DS-GVO regelmäßig als Wille des Gesetzgebers interpretiert, der betroffenen Person zu ermöglichen, einen breiten Verwendungszweck festzulegen.¹⁰⁹ Allerdings lässt die Formulierungswahl des ErwG 33 DS-GVO in Satz 1 („oftmals“) oder auch in Satz 2 („sollten“) doch eher vermuten, dass ein weit gefasster Verwendungszweck eine Ausnahme darstellt.¹¹⁰ Ferner wurde die Möglichkeit einer breiten Zweckfestlegung erst gegen Ende der Verhandlungen in die Erwägungsgründe aufgenommen.¹¹¹ ErwG 33 DS-GVO sollte aufgrund seines Ausnahmecharakters dementsprechend keine Priorität vor Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 lit. a, Art. 7 oder Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO haben und einer grundsätzlich eng gefassten und spezifischen Zweckfestlegung nicht vorgehen.¹¹²

4. Sinn und Zweck

Bereits systematische Gesichtspunkte lassen erkennen, dass die datenschutzrechtlichen Normen eine möglichst umfassende Information des Einwilligenden über den Verwendungszweck seiner Daten verfolgen. Die

¹⁰⁶ Bäcker, in: Kühling/Buchner (Fn. 61), Art. 14 Rn. 47.

¹⁰⁷ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 193.

¹⁰⁸ Rat der Europäischen Union, General Data Protection Regulation – Consent, abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14707-2014-REV-2/en/pdf>, S. 3 (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹⁰⁹ Buchner/Kühling, in: Kühling/Buchner (Fn. 61), Art. 7 Rn. 64.

¹¹⁰ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 193.

¹¹¹ Ebd.

¹¹² European Data Protection Supervisor, A Preliminary Opinion on data protection and scientific research v. 6.1.2020, abrufbar unter: https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/20-01-06_opinion_research_en.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024), S. 19: „Recital 33 does not however take precedence“.

betroffene Person soll anhand der Einwilligung so viel Autonomie wie möglich im Umgang mit ihrem Körper im Behandlungskontext und mit ihren Daten im Sekundärnutzungskontext behalten.¹¹³ Die Einwilligung stärkt und stützt die Selbstbestimmung und Würde des Einzelnen.¹¹⁴ Dadurch gewinnt auch die informierte Einwilligung im Rahmen der Weiterverwendung von Behandlungsdaten an Bedeutung, indem sie als Schutzmaßnahme („*safeguard*“) die Kontrolle des Einwilligenden und das gesellschaftliche Vertrauen in die Wissenschaft stärkt und aufrechterhält.¹¹⁵ Damit gilt die Einwilligung auch als Ausdruck medizinischer Selbstbestimmung.¹¹⁶ Ziel der Einwilligung ist es, den Patienten zu ermächtigen, über den Umgang mit seinen sensiblen Daten zu entscheiden und durch die Aufklärung über mögliche Risiken an der Verwendung seiner Daten teilhaben zu lassen.¹¹⁷ Es soll nicht *über* den Patienten, sondern *mit* ihm entschieden werden. Hierfür muss der Verwendungszweck hinreichend konkretisiert sein, sodass der Patient den Umfang seiner Einwilligung überblicken und die Konsequenzen tatsächlich einschätzen kann.¹¹⁸

Bei einem breit gefassten Verwendungszweck kann angezweifelt werden, ob der Patient denn wirklich noch nachvollziehen kann, wofür und worin er einwilligt. Insbesondere dem Gedanken des Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO, der erhöhte Anforderungen an die Einwilligung in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten stellt, könnte ein breit gefasster Verwendungszweck zuwiderlaufen.¹¹⁹ Gerade bei groß angelegten Forschungsvorhaben, bei denen weder der Zweck noch die verwendenden Stellen im Vorhinein präzise bestimmt werden können und die insofern eine Einwilligung mit breiter Zweckfestlegung zum Regelfall machen, dürfte die rechtliche Wirksamkeit der Einwilligung fraglich sein.¹²⁰ Selbst wenn der Einwilligende nicht über jedes kleinste Detail des Forschungsvorhabens informiert werden muss, so kommt es doch auf jene Details an, die einen bedeutenden Einfluss auf die Entscheidung des Einzelnen zur Einwilligung haben.¹²¹ Gleichzeitig darf ein *information overload* nicht dazu führen, dass der

¹¹³ Dabrock et al. (Fn. 90), S. 143.

¹¹⁴ Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 16 AEUV Rn. 70.

¹¹⁵ EDPS (Fn. 112), S. 19: „*a means for giving individuals more control and choice and thereby for upholding society's trust in science*“.

¹¹⁶ BVerfGE 52, 131 (167).

¹¹⁷ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 193.

¹¹⁸ Radlanski, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, 1. Aufl. 2016, S. 71.

¹¹⁹ Ebd., S. 72.

¹²⁰ Ebd., S. 97.

¹²¹ Dorneck et al., Contextual Consent Selbstbestimmung diesseits der Illusionen des Medizinrechts, MedR 37 (2019) 431 (433).

Einwilligende mit Informationen überfrachtet wird und in der Folge den tatsächlichen Verwendungszweck nicht mehr durchdringt.¹²² Es ist ausschlaggebend, dass dem Betroffenen der Verwendungszweck, die Bedeutung und die Konsequenzen in seiner Laiensphäre bekannt sind und er sich auf Grund dieser Angaben zur Einwilligung in die Sekundärnutzung entschließen kann.¹²³ Ein breit gefasster Verwendungszweck, der zu einer breiten Einwilligung führt, muss auch nach teleologischer Auslegung die Ausnahme sein bzw. bleiben.¹²⁴

5. Stellungnahme

Einerseits ist nachvollziehbar, dass die Forschung eine möglichst breite, flexible und langfristige Verwendung der Daten zugunsten einer vereinfachten Praktikabilität der Sekundärnutzung fordert. Insbesondere beim Aufbau von Forschungsdatenbanken kann ein Verwendungszweck noch nicht festgelegt werden, mit dem die Daten für Forschungszwecke bevorratend gespeichert werden.¹²⁵ Sogar die Datenschutzkonferenz (DSK) akzeptiert eine breite Einwilligung unter Einhaltung bestimmter Maßnahmen zur Gewährleistung von Transparenz, Vertrauen und Datensicherheit in Einzelfällen, sofern die groben Umriss des Forschungsvorhabens erkennbar sind und eine vollständige Zweckbestimmung bis zum Zeitpunkt der Datenerhebung nicht möglich ist.¹²⁶ Dabei ist jedoch zu beachten, dass die DSK die breite Einwilligung ausdrücklich nur unter Prämissen akzeptiert hat, beispielsweise dass der einwilligende Patient auf das Risiko der Rückverfolgbarkeit durch die Datenverarbeitung unmissverständlich aufmerksam gemacht werden muss und er ein durchweg bestehendes Widerrufsrecht innehat.¹²⁷ Man könnte deshalb durchaus in Frage stellen, ob eine breite Einwilligung in die Sekundärnutzung von Behandlungsdaten unter Berücksichtigung der hohen Sensibilität und des damit verbundenen hohen Schutzbedarfs der Daten überhaupt möglich sein sollte. Unter Einhaltung anerkannter ethischer Standards der wissenschaftlichen

¹²² *Ebd.*, S. 434.

¹²³ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 193.

¹²⁴ *Ebd.*, S. 194.

¹²⁵ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 194.

¹²⁶ *Datenschutzkonferenz*, Beschluss der 97. Konferenz zur Auslegung des Begriffs „bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung“ im ErwG 33 der DS-GVO v. 3.4.2019, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20190405_auslegung_bestimmte_bereiche_wiss_forschung.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

¹²⁷ *Datenschutzkonferenz*, Pressemitteilung v. 15.4.2020, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20200427_Beschluss_MII.pdf (zuletzt abgerufen am 10.7.2023).

Forschung,¹²⁸ also Empfehlungen und Leitlinien wissenschaftlicher Praxis, die sich aus Ethikkodizes und Berufsordnungen ergeben, ist die Möglichkeit der breiten Einwilligung jedoch zu bejahen.

Aus dem Beschluss der DSK lässt sich folgern, dass eine Sekundärnutzung auf Grundlage einer breiten Einwilligung möglich sein soll, solange es dabei jedoch beim Ausnahmeprinzip bleibt.¹²⁹

III. Dynamische Einwilligung und Meta-Einwilligung

Ferner kann der Patient ergänzend im Verlauf des Forschungsvorhabens dynamisch aufgeklärt und seine Einwilligung konkretisiert eingeholt werden, sobald dies bei Fortschreiten des Projekts möglich ist.¹³⁰ Durch die Konkretisierbarkeit des Forschungszwecks entfällt die rechtfertigende Ausnahmesituation des breiten Verwendungszwecks und der damit verbundenen breiten Einwilligung im Nachhinein.¹³¹ Ein „*dynamic consent*“ stellt sich durch seine grundlegende Praxistauglichkeit und Anpassungsfähigkeit als autonomiesicherndes Auffangnetz der breiten Einwilligung dar.¹³² Der Patient wird im Verlauf des Forschungsprojekts wiederkehrend nach seiner Einwilligung in die weitere Verwendung seiner Daten gefragt.¹³³ Die praktische Handhabbarkeit der dynamischen Einwilligung wird wegen ihres hohen Aufwands und der damit verbundenen Hürden für Forschungsvorhaben jedoch häufig in Frage gestellt.¹³⁴

IV. Verhältnis von Einwilligung und Forschungsklauseln

Die Einwilligung und datenschutzrechtliche Forschungsklauseln sind als Rechtsgrundlage für die Sekundärnutzung von Patientendaten generell gleichrangig.¹³⁵ Die Forschungsklauseln sind Ausnahmeregelungen, sog. Öffnungsklauseln, die für den Bereich der Verarbeitung zu Forschungszwecken

¹²⁸ *Dochow* (Fn. 5), S. 122.

¹²⁹ *Jungkunz et al.* (Fn. 7), S. 94.

¹³⁰ *Europäischer Datenschutzausschuss*, Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679 v. 4.5.2020, abrufbar unter: https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024).

¹³¹ *Molnár-Gábor*, in: Bartfeld et al., *Organoide*, 1. Aufl. 2020, S. 248 ff.

¹³² *Datenethikkommission* (Fn. 29), S. 126.

¹³³ *Hänold*, DSK: Zustimmung zu Broad-Consent- Formular der Medizininformatik-Initiative, ZD 2020, 07198 (07198).

¹³⁴ *Hänold*, Zulässigkeit eines broad consent in der medizinischen Forschung – a never ending story?, ZD 2020, 06954 (06954).

¹³⁵ *Spitz/Cornelius* (Fn. 22), S. 196.

im europäischen Datenschutzrecht gelten.¹³⁶ Insbesondere Art. 9 Abs. 2 lit. j DS-GVO ermöglicht als Öffnungsklausel i. V. m. Art. 89 DS-GVO neben einer Einwilligung des Betroffenen die Sekundärnutzung von Gesundheitsdaten. Sofern die verfolgten Forschungsinteressen das Interesse des Betroffenen „erheblich überwiegen“, gilt auf Bundesebene § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG als Rechtsgrundlage und ermöglicht eine Sekundärnutzung ohne Einwilligung des Betroffenen. Auf Landesebene sind dem § 27 BDSG verwandte Regelungen vorhanden, allerdings unterscheiden sich die Anforderungen an den Verwendungszweck zu denen der DS-GVO, sodass eine allgemeine Unübersichtlichkeit die Anwendung der verschiedenen Forschungsklauseln erschwert.¹³⁷ Grundsätzlich spricht der Wortlaut des § 27 Abs. 1 BDSG („auch ohne Einwilligung [...] zulässig“) jedoch eher dafür, dass eine Sekundärnutzung zwar ohne Einwilligung als Rechtsgrundlage erfolgen kann, aber nicht zwingende Alternative zur Einholung der Einwilligung des Betroffenen ist.¹³⁸ Im Falle einer breiten Einwilligung (*broad consent*) entfielen die rechtfertigende Ausnahmesituation, in der eine breite Einwilligung ausschließlich erlaubt sein sollte,¹³⁹ ohnehin, sobald eine Konkretisierung des Verwendungszwecks möglich wird. Im Verhältnis zur einwilligungsunabhängigen Sekundärnutzung sollte der *broad consent* folglich als ergänzende, datenschutzrechtliche Maßnahme gemäß § 27 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 22 Abs. 2 S. 2 BDSG eingeordnet werden, aber nicht als vorrangige Rechtsgrundlage.¹⁴⁰ Ein Zusammenspiel von gesetzlicher Forschungsklausel und breiter Einwilligung als Baustein einer einzelfallbezogenen Interessengewichtung i. S. d. § 27 Abs. 1 S. 1 BDSG berücksichtigt den Schutzbedarf des Betroffenen insofern in gesteigertem Maße.¹⁴¹ Mithilfe der datenschutzrechtlichen Maßnahmen kann die Interessenabwägung auf diesem Wege zugunsten des verfolgten Forschungsinteresses ausfallen.

¹³⁶ Kübling/Raab, in: Kübling/Buchner (Fn. 61), Einführung Rn. 98 f.

¹³⁷ Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO fordert „festgelegte Zwecke“, § 13 Abs. 1 LDSG BW oder z. B. auch § 11 Abs. 1 HmbDSG setzen jedoch lediglich „wissenschaftliche Forschungszwecke“ voraus.

¹³⁸ Strech et al. (Fn. 16), S. 109.

¹³⁹ Siehe oben **C. II. 5.**

¹⁴⁰ European Data Protection Supervisor, Opinion 03/2020 on the European strategy for data v. 16.6.2020, abrufbar unter: https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/20-06-16_opinion_data_strategy_en.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024), S. 9.

¹⁴¹ Spitz/Cornelius (Fn. 22), S. 197.

V. Re-Consent des volljährig gewordenen Minderjährigen

Handelt es sich bei dem in die Sekundärnutzung einwilligenden Patienten um einen Minderjährigen, so geben seine gesetzlichen Vertreter gemäß § 104 ff. i. V. m. §§ 1626, 1629 BGB die Einwilligungserklärung für ihn ab. Sowohl im Rahmen des § 1626 Abs. 2 BGB als auch Art. 24 Abs. 1 S. 3 GRCh ist bei der Erteilung der Einwilligung durch die Sorgeberechtigten der geistige Reifegrad des Minderjährigen zu berücksichtigen.¹⁴² Wird der Minderjährige volljährig, wird er selbst einwilligungsfähig und es drängt sich die Frage auf, ob die Einwilligung der Sorgeberechtigten obsolet geworden ist.¹⁴³ Die Frage besteht somit darin, ob eine einmal erteilte Einwilligung fortbesteht, oder ob es einer „Bestätigung“ durch den volljährig Gewordenen oder gar einer vollständig neuen Einwilligung durch ihn bedarf. Der volljährig Gewordene soll sich im höchstpersönlichen Bereich aufgrund seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts zwar von Vereinbarungen lösen können, die seine gesetzlichen Vertreter in seinem Namen getroffen haben.¹⁴⁴ Mithilfe des Rechts, die Einwilligung jederzeit widerrufen zu können, wird der Schutz des volljährig Gewordenen jedoch umfangreich berücksichtigt und seine Situation unterscheidet sich nicht von der eines Patienten, der bereits zu Beginn der Behandlung volljährig war.¹⁴⁵ Schließlich gilt auch der Grundsatz des deutschen Minderjährigenrechts, dass der Minderjährige durch seine Volljährigkeit nicht jegliche in seinem Namen getroffene Vereinbarungen seiner Eltern aufkündigt. Die in seinem Namen getroffenen Geschäfte bleiben vielmehr wirksam und bestehen, da sonst eine allgemeine unzumutbare Unsicherheit im Rechtsverkehr entstünde.¹⁴⁶ Ein notwendiger *Re-Consent* hätte außerdem zur Folge, dass neue Dateien mit personenbezogenen Daten geschaffen werden müssten, also mit Angaben dazu, wann welcher Minderjährige volljährig wird und wie dieser dann zu kontaktieren ist. Dies widerspräche jedoch dem Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 89 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO.¹⁴⁷

¹⁴² OLG Hamm, NJW 2020, 1373, Rn. 29; *Arbeitskreis Medizinischer Ethikkommissionen*, Mustertext zur Information und Einwilligung von Minderjährigen (12 – 17) in die Verwendung von Biomaterialien und zugehöriger Daten in Biobanken v. 24.6.2022, abrufbar unter: <https://www.akek.de/biobanken/> (zuletzt abgerufen am 4.4.2024), S. 1.

¹⁴³ *Schreiber*, Die medizinische Forschung mit abgetrennten Körpersubstanzen Minderjähriger, 1. Aufl. 2019, S. 275.

¹⁴⁴ *Taupitz*, Biobanken: Re-Consent des volljährig gewordenen Minderjährigen erforderlich?, MedR 40 (2022), 703 (705).

¹⁴⁵ *Schreiber* (Fn. 143), S. 304.

¹⁴⁶ *Ebd.*, S. 303.

¹⁴⁷ *Taupitz* (Fn. 144), S. 706.

Außerdem käme dann die Frage auf, welche Vorgaben für den Zeitraum zwischen Erreichen der Volljährigkeit und Einholung des *Re-Consents* gelten.¹⁴⁸ Darüber hinaus könnte sich ein *Re-Consent* als redundant erweisen, wenn der Minderjährige zum Zeitpunkt der ursprünglichen Einwilligung, die seine Eltern für ihn abgeben, bereits nach seiner geistigen Reife als einwilligungsfähig einzustufen war und sein Einverständnis in die Weiterverwendung zum Ausdruck gebracht hat. Im Übrigen indiziert auch die Tatsache, dass weder DS-GVO noch BDSG einen *Re-Consent* für den Erhalt einer wirksamen Einwilligung fordern, dass von einem solchen abzusehen ist.¹⁴⁹

VI. Widerruf der Einwilligung

Gemäß Art. 7 Abs. 3 S. 1 DS-GVO hat der Patient im Sinne effektiver informationeller Selbstbestimmung das Recht, seine Einwilligung ganz oder teilweise jederzeit zu widerrufen.¹⁵⁰ Die Ausübung des Widerrufsrechts führt dazu, dass der Erlaubnistatbestand der Einwilligung entfällt und dass zur Weiterverwendung freigegebene Daten für ein Forschungsprojekt ohne einen ersatzweisen Erlaubnistatbestand nicht mehr verwendet werden dürfen.¹⁵¹ Aus Gründen des Vertrauensschutzes wird deshalb teilweise befürwortet, den vom BAG entwickelten Grundsatz zu Einwilligungen im Anwendungsbereich des Kunsturhebergesetzes, einen Widerruf ausschließlich nach Angabe „plausibler Gründe“ zuzulassen,¹⁵² auch auf die Anwendung der DS-GVO zu übertragen.¹⁵³ Dies stünde jedoch im Widerspruch dazu, dass der Widerruf als *actus contrarius* zur Einwilligung durch Art. 8 Abs. 2 S. 1 GRCh grundrechtlich verbürgten Schutz genießt.¹⁵⁴ Ferner gibt die DS-GVO für die Prüfung der Unzumutbarkeit der weiteren Sekundärnutzung für den Betroffenen keinen Anlass.¹⁵⁵ Andererseits stellt der Grundsatz der freien Widerrufbarkeit der Einwilligung einen Eingriff in die unionsrechtlich anerkannte und ebenfalls schützenswerte Vertragsfreiheit dar.¹⁵⁶ Insofern wird teilweise die Einschränkung des Widerrufsrechts zur Vermeidung einer Primärrechtswidrigkeit unter Berücksichtigung der allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätze befürwortet.¹⁵⁷ Ein Kompromiss könnte darin liegen, statt des Widerrufsrechts die Folgen des

¹⁴⁸ *Ebd.*

¹⁴⁹ *Schreiber* (Fn. 143), S. 302.

¹⁵⁰ *Bucher/Kühling*, in: Kühling/Buchner (Fn. 61), Art. 7 Rn. 34.

¹⁵¹ *Dochow* (Fn. 5), S. 117.

¹⁵² *BAG*, ZD 2015, 380, Rn. 37.

¹⁵³ *Schulz*, in: Gola/Heckmann (Fn. 14), Art. 7 DS-GVO Rn. 54.

¹⁵⁴ *Klement*, in: Simitis et al. (Fn. 96), Art. 7 Rn. 86.

¹⁵⁵ *Ebd.*, Rn. 91.

¹⁵⁶ *Ebd.*, Rn. 92.

¹⁵⁷ *Ebd.*

Widerrufs einzuschränken.¹⁵⁸ Durch die Aufhebung etwaiger Löschverpflichtungen und die Ergänzung weiterer Sekundärnutzungstatbestände unter Berücksichtigung der Regelungen der DS-GVO könnte ein solcher Kompromiss realistisch Umsetzung finden.¹⁵⁹

D. Postmortale Weiterverwendung von Behandlungsdaten

Im Todesfall des Patienten stellen sich verschiedene Fragen an die rechtliche Zulässigkeit der Sekundärnutzung von Behandlungsdaten, die auch bereits im Kontext der postmortalen Weiterverwendung von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken in der Vergangenheit diskutiert wurden.¹⁶⁰ Unter Berücksichtigung grundrechtlicher Aspekte sind sowohl die postmortal fortgeltende Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG sowie das postmortale Persönlichkeitsrecht¹⁶¹ und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG in die Fragestellungen einzubeziehen.¹⁶² Das Erfordernis für eine rechtlich zulässige postmortale Sekundärnutzung der Behandlungsdaten wäre zunächst, dass der verstorbene Patient noch zu Lebzeiten in die Weiterverwendung eingewilligt hat.¹⁶³ Sollte diese Einwilligungserklärung fehlen, stellt sich die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Sekundärnutzung seiner Behandlungsdaten trotzdem ermöglicht werden kann. Naheliegend erscheint, Angehörige unter Einbeziehung des mutmaßlichen Willens des Verstorbenen eine Einwilligung erklären zu lassen.¹⁶⁴ Mangels Unanwendbarkeit der DS-GVO auf Verstorbene gemäß ErwG 27 S. 1 DS-GVO führt die Frage zurück auf bundesrechtlichen Regelungen, die angesichts des oben genannten postmortalen Persönlichkeitsrechts eine mutmaßlich i. S. d. Verstorbenen erteilte Einwilligung eher nicht vertretbar erscheinen lassen.¹⁶⁵ Um etwaigen Verstößen gegen das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen zu entgehen, gibt es auch den Vorschlag, keine ethisch umstrittenen Forschungsziele mit den Daten des

¹⁵⁸ *Dochow* (Fn. 5), S. 117.

¹⁵⁹ *Ebd.*

¹⁶⁰ *Zentrale Ethikkommission*, Stellungnahme der Zentralen Ethikkommission: Die (Weiter-)Verwendung von menschlichen Körpermaterialien für Zwecke medizinischer Forschung v. 20.2.2003, abrufbar unter: https://www.zentrale-ethikkommission.de/fileadmin/user_upload/_old-files/downloads/pdf-Ordner/Zeko/Koerpermat-1.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024), S. 2.

¹⁶¹ *BVerfG*, NJW 2023, 755, Rn. 19 ff.

¹⁶² *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer* (Fn. 17), S. 13.

¹⁶³ *Lippert*, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, 4. Aufl. 2020, Kap. E Rn. 69.

¹⁶⁴ *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer* (Fn. 17), S. 11.

¹⁶⁵ *Klement*, in: Simitis et al. (Fn. 96), Art. 7 Rn. 89.

Verstorbenen zu verfolgen.¹⁶⁶ Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass sich Patienten selten ausdrücklich zu solchen Fragen positionieren und ein Schweigen des Betroffenen nicht in eine konkludente Einwilligung umgedeutet werden darf.

E. Lösungsvorschlag Data Transfer Agreement

Aufgrund des besonders sensiblen Inhalts der Gesundheitsdaten kann es für den betroffenen Patienten von Interesse sein, dass er ergänzende Möglichkeiten hat, um sich gegen Risiken der Verarbeitung seiner Daten abzusichern. Zu solchen Risiken zählt auch, dass trotz größtmöglicher Vorsicht eine Re-Identifikation des Patienten selbst bei komplett anonymisierten Daten nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann.¹⁶⁷ Die Reichweite der Details, mit denen ein Patient re-identifiziert werden kann, wird kontrovers diskutiert.¹⁶⁸ Durch die Re-Identifizierung fallen die Daten von neuem unter den Schutz personenbezogener Daten.¹⁶⁹ Ein probates Mittel, um den Schutz der Daten zu gewährleisten, stellt ein *Data Transfer Agreement* dar.¹⁷⁰ Mithilfe eines solchen vereinbaren die datenerhebende Behandlungsstelle und die sekundär nutzende Forschungsstelle, dass letztere keinerlei rechtlichen Ansprüche auf Zuordnungsmöglichkeiten hat oder geltend machen wird. Zusätzlich verpflichten sich die Beteiligten, jegliche Versuche der De-Pseudonymisierung der Daten zu unterlassen und durch Kontrollen und Sanktionen Datensicherheit zu gewährleisten. Sanktionen bestehen beispielsweise in außerordentlichen Kündigungsrechten und hohen Vertragsstrafen, die ein vertragswidriges Verhalten mit großer Wahrscheinlichkeit unterbinden.¹⁷¹ Ein solches Agreement entfaltet auch Schutzwirkung für Dritte, sodass die Patienten, deren Daten verwendet wurden, aus dem Vertrag Rechte ableiten können.¹⁷² Alternativ kann der betroffene Patient auch von Anfang an in das *Agreement* einbezogen werden.¹⁷³

¹⁶⁶ *Spranger et al.*, Die postmortale Weiterverwendung von Körpersubstanzen zu Forschungszwecken, *MedR* 40 (2022), 8(10).

¹⁶⁷ *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer* (Fn. 17), S. 5.

¹⁶⁸ *Spitz/Cornelius*, in: *Datenreiche Medizin und das Problem der Einwilligung*, 1. Aufl. 2022, S. 108.

¹⁶⁹ *Jungkunz et al.* (Fn. 7), S. 88.

¹⁷⁰ *Deutsches Krebsforschungszentrum*, Vorlage eines Data Transfer Agreements, abrufbar unter: <https://www.dkfz.de/en/CanEpi/EGA/Data-Transfer-Agreement-of-Human-Data-for-Research-Purposes-Jan.-2020.pdf> (zuletzt aufgerufen am 4.4.2024).

¹⁷¹ *Spitz/Cornelius* (Fn. 168), S. 114.

¹⁷² *Jungkunz et al.* (Fn. 7), S. 88.

¹⁷³ *Spitz/Cornelius* (Fn. 168), S. 118.

F. Ärztliche Pflichten als Hürden für die Datenverwendung

Das Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt, das im Rahmen eines Behandlungsvertrags i. S. d. §§ 630a ff. BGB entsteht, zeichnet sich dadurch aus, dass der Patient dem Arzt äußerst sensible Informationen anvertraut.¹⁷⁴ Die Informationen, die der Patient dem Arzt in dessen Eigenschaft als Arzt mitteilt, sind sowohl durch datenschutzrechtliche Normen als auch durch die ärztliche Schweigepflicht vor einer Offenbarung durch den Arzt geschützt.

I. Verhältnis von Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht

Das Verhältnis von Datenschutzrecht und ärztlicher Schweigepflicht wirkt aufgrund partiell gemeinsamer Zielsetzungen, aber unterschiedlich strenger Anforderungen Fragen auf.¹⁷⁵ Die ärztliche Schweigepflicht wurzelt als eine Form des Berufsgeheimnisschutzes teilweise in der Ausprägung des Privatsphärenschutzes.¹⁷⁶ Insbesondere die Wahrung des Berufsgeheimnisses ist Voraussetzung für eine Verarbeitung von Patientendaten i. S. v. Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO.¹⁷⁷ Aufgrund der spezielleren Regelungen des ärztlichen Berufsgeheimnisses gegenüber den allgemeinen Datenschutzregelungen könnte man davon ausgehen, dass die ärztliche Schweigepflicht Vorrang genießt.¹⁷⁸ Einen solchen Vorrang erkennt das Datenschutzrecht allerdings nicht an.¹⁷⁹ Schließlich garantiert die ärztliche Schweigepflicht kein grundlegend höheres Schutzniveau.¹⁸⁰ Nach dem *Zwei-Schranken-Prinzip* bleibt es daher bei der Anwendung beider Rechtsregime, die autonom unterschiedliche Anforderungen aufstellen.¹⁸¹ Dieses interpretierte Nebeneinander bedingt, dass die Weiterverwendung von Behandlungsdaten die Voraussetzungen beider Rechtsregime berücksichtigen muss.¹⁸²

II. Risiken für Ärzte bei der Datenverarbeitung

Art. 9 Abs. 1 DS-GVO statuiert das grundsätzliche Verbot der Verarbeitung von Gesundheitsdaten, also auch der Daten, die im Behandlungskontext entstehen.

¹⁷⁴ *Dochow* (Fn. 36), S. 281.

¹⁷⁵ *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. IX Rn. 1.

¹⁷⁶ *Dochow* (Fn. 36), S. 279.

¹⁷⁷ *Dochow*, Unterscheidung und Verhältnis von Gesundheitsdatenschutz und ärztlicher Schweigepflicht (Teil 2), *MedR* 37 (2019), 363 (363).

¹⁷⁸ *Lipp/Hohenbövel*, Ärztliche Schweigepflicht und Patientendatenschutz in der ethischen Fallberatung, *MedR* 39 (2021), 330 (331).

¹⁷⁹ *Jülcher*, *Medizininformationsrecht*, 1. Aufl. 2018, S. 85.

¹⁸⁰ *Weichert*, in: Kühling/Buchner (Fn. 61), Art. 9 Rn. 146.

¹⁸¹ *Dochow* (Fn. 177), S. 368.

¹⁸² *Lipp/Hohenbövel* (Fn. 178), S. 331.

Die besondere Schutzbedürftigkeit dieser Daten zeigt auch Art. 83 Abs. 5 DSGVO auf, der durch hohe Geldsanktionen vor dem Verstoß gegen Datenschutzregelungen abschrecken soll.¹⁸³ Die ärztliche Schweigepflicht ist § 9 Abs. 1 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte sowie den entsprechenden Berufsordnungen der Landesärztekammern zu entnehmen.¹⁸⁴ Darüber hinaus stellt § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Verletzung des Patientengeheimnisses unter Strafe. Ferner begründet der Behandlungsvertrag i. S. d. §§ 630a ff. BGB die Schweigepflicht als Nebenpflicht, sodass der Patient bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche gegen den Arzt geltend machen kann.¹⁸⁵ Der Behandlungsvertrag ist mithin keine Rechtsgrundlage, sondern vielmehr Grund und Anlass für die Verarbeitung der Daten.¹⁸⁶ Sowohl Berufs- als auch Strafrecht regeln zudem die postmortale Fortgeltung der ärztlichen Schweigepflicht.¹⁸⁷ Aus den verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten für den Verstoß gegen die ärztliche Geheimhaltungspflicht wird ersichtlich, dass ein Arzt gegebenenfalls ein hohes Risiko eingeht, wenn er Daten aus Behandlungskontexten in Forschungskontexte überführen will. Durch gesetzliche Ausnahmeregelungstatbestände wird ihm deshalb ermöglicht, an der Sekundärnutzung mitzuwirken, ohne berufs- oder strafrechtliche Sanktionen befürchten zu müssen.

G. Schlusswort

Die Weiterverwendung von Behandlungsdaten zu Forschungszwecken kollidiert angesichts der oben genannten Herausforderungen insbesondere mit datenschutzrechtlichen Regelungen. Damit die Sekundärnutzung der Behandlungsdaten den wissenschaftlichen Erkenntnisgewinn fördern kann, bedarf die Nutzung der Daten einer permanenten Evaluation der angestrebten Ziele und der möglichen Risiken.¹⁸⁸ Ein vielseitig befürworteter Ansatz zur Konfliktlösung ist es, die Verantwortung für Kontrolle, Nutzen-Risiko-Abwägung und Kompatibilität der Einwilligung für künftige Verwendungsanfragen an Dritte zu übertragen.¹⁸⁹ Dritte i. d. S. sind die Forschungseinrichtungen, Ethikkommissionen, Datenzugriffskomitees, Treuhandstellen und weiteren Überwachungsstrukturen einer Daten-

¹⁸³ Halbe/Ippach, in: Dochow et al. (Fn. 53), S. 187.

¹⁸⁴ Dörfer, in: Dochow et al. (Fn. 53), S. 161.

¹⁸⁵ Ebd., S. 162.

¹⁸⁶ Dochow, in: Dochow et al. (Fn. 53), S. 41.

¹⁸⁷ Dörfer, in: Dochow et al. (Fn. 53), S. 162.

¹⁸⁸ Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer (Fn. 17), S. 16.

¹⁸⁹ Geibel (Fn. 41), S. 251; Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer (Fn. 17), S. 10.

Governance, die sowohl Betroffeneninteressen als auch Forschungsinteressen wahren.¹⁹⁰ Je weniger Einwirkungsmöglichkeit der Patient auf die Verwendung seiner Daten hat, desto höhere Voraussetzungen sind an die Auskunftspflichten, Transparenz und Vertrauenswürdigkeit der Kontrollinstanzen zu stellen.¹⁹¹ Insbesondere unabhängige Treuhandstellen haben hier eine Schlüsselrolle inne, indem sie die Daten der Patienten in deren bestem Interesse sowie i. S. v. *Stewardship*, einer fürsorglichen Vertretung, verwalten.¹⁹² Die Tätigkeit der unabhängigen Treuhandstellen ist dabei von festgelegten Rechten und Pflichten geprägt, sodass sie die verwalteten Daten nur nach verbindlichen Kriterien und konkreten Verfahren freigeben.¹⁹³ Durch ergänzendes Einrichten von Ethik- und Governance-Gremien innerhalb der Treuhandstellen kann ferner dem Bedarf an Aufsicht und Mitentscheidung der Patienten Rechnung getragen werden, sodass ein umfassender Patienten-, Daten- und Verbraucherschutz bei der Weiterverwendung der Behandlungsdaten zu Forschungszwecken gewährleistet werden kann.¹⁹⁴

¹⁹⁰ *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer* (Fn. 17), S. 10.

¹⁹¹ *Datenschutzkonferenz*, Petersberger Erklärung zur datenschutzkonformen Verarbeitung von Gesundheitsdaten in der wissenschaftlichen Forschung v. 24.11.2022, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/en/20221124_en_06_Entscheidung_Petersberger_Erklaerung.pdf (zuletzt abgerufen am 4.4.2024), S. 3.

¹⁹² *Ebd.*, S. 6.

¹⁹³ *Geibel* (Fn. 41), S. 266; *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer* (Fn. 17), S. 10.

¹⁹⁴ *Zentrale Ethikkommission der Bundesärztekammer* (Fn. 17), S. 10.

Karl-Friedrich Stephan*

Die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes im Verhältnis zur „normativen Kraft des Faktischen“

Abstract

Die Art und Weise, auf die sich *Russland* völkerrechtlicher Begriffe im jüngsten Angriffskrieg gegen die *Ukraine* bedient, scheint jene alten Geister heraufzubeschwören, die schon früh an der Geltung des Allgemeinen Gewaltverbotes nach Art. 2 Nr. 4 VN-Charta zweifelten. Welche Bedeutung für diese Normativität hat die soziale Wirksamkeit des Allgemeinen Gewaltverbotes, unter Berücksichtigung der Bedingungen des Völkerrechtssystems der VN-Charta mit all seinen Defiziten? Wie verhält sich dazu wiederum das Selbstverteidigungsrecht nach Art. 51 VN-Charta, wenn sich auch *Russland* darauf beruft? Unter anderem die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen von *Georg Jellinek* lässt die Grenzen völkerrechtlicher Normativität greifbar werden und zeigt schließlich, wie resilient das Allgemeine Gewaltverbot weiterhin ist.

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft im vierten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)*. Der Beitrag beruht auf einer im Sommersemester 2023 im Rahmen des Seminars „Krieg, Eroberung und Besetzung im Europa des 21. Jahrhunderts“ bei Prof. *Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)* verfassten Seminararbeit.

A. Problemaufriss

Der Präsident der *Russischen Föderation*, *Wladimir Putin*, hatte in den frühen Morgenstunden des 24.2.2022 erklärt: „Ich habe deshalb in Übereinstimmung mit Artikel 51 Absatz 7 der Charta der Vereinten Nationen, mit Zustimmung des Russländischen Föderationsrats und in Erfüllung der von der Föderationsversammlung ratifizierten Freundschafts- und Beistandsverträge mit der Donezker Volksrepublik und der Lugansker Volksrepublik den Beschluss gefasst, einen militärischen Spezialeinsatz durchzuführen.“¹

Wolodymyr Selenskyj, Präsident der *Ukraine*, erklärte am 22.9.2022 vor der VN-Generalversammlung: „Die Ukraine hat auf dem Schlachtfeld Stärke gezeigt und von ihrem Recht auf Selbstverteidigung gemäß Artikel 51 der VN-Charta Gebrauch gemacht.“²

Was mit der Erklärung *Putins* anhub, war nach der Annexion der *Krim* und dem im *Donbass* geförderten Separatismus eine erneute militärische Intervention Russlands in der Ukraine, eine Verletzung der territorialen Integrität und Souveränität eines anderen Staates. Ein Krieg begann. In diesem Krieg – von *Putin* euphemistisch „Spezialoperation“ genannt – stehen sich indes nicht nur diametrale politische Haltungen, sondern auch völkerrechtliche Rechtsbehauptungen gegenüber. Aggressor und Aggressionsopfer berufen sich beide auf den in Art. 51 VN-Charta normierten Ausnahmetatbestand vom Allgemeinen Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta. Unbestreitbar ist dem politischen Beobachter, dass am 24.2.2022 Russland das Allgemeine Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta verletzte³ und *Putins casus belli*⁴ – unmittelbare Bedrohung *Russlands* durch eine vermeintlich nazistisch-bellizistische *Ukraine* – absurd ist. Doch ist die materielle Wahrheit von der rechtlichen Würdigung eines Außenweltgeschehens mit Bindungswirkung zu

¹ *Zeitschrift Osteuropa*, Kriegserklärung. Die Ansprache des russländischen Präsidenten am Morgen des 24.2.2022, 2022, abrufbar unter: <https://zeitschrift-osteuropa.de/blog/vladimir-putin-ansprache-am-fruehen-morgen-des-24.2.2022/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

² *René Wiesenhal*, Die UN-Rede des ukrainischen Präsidenten im Wortlaut, *Die Zeit*, 22.9.2022, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/politik/ausland/2022-09/wolodymyr-selenskyj-un-vollversammlung-rede-kriegsende-bedingungen> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

³ *Schmahl*, Völker- und europarechtliche Implikationen des Angriffskriegs auf die Ukraine, NJW 2022, 969 (969); bereits der Truppenaufmarsch unmittelbar vor dem Überfall auf die Ukraine war eine Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbotes, vgl. *Schaller*, Der Angriff auf die Ukraine im Lichte des Völkerrechts, NJW 2022, 832 (833).

⁴ „Kriegsgrund“.

trennen. Das Normative ist nämlich ein Zurechnungsakt und Deutungsschema.⁵ Im demokratischen Rechtsstaat geschieht dies durch die ermächtigte Judikative, im Völkerrecht, das keine zentralisierte obligatorische Gerichtsbarkeit kennt,⁶ durch internationale Organisationen für ihre Mitglieder und durch internationale Gerichte für die Streitparteien. Dem zu unterwerfen haben sich als Rechtssubjekte im Fall des innerstaatlichen Rechts die gewaltunterworfenen Bürger, im Fall des Völkerrechts souveräne Staaten. Souverän aber ist, in den Worten von *Emmerich de Vattel*, „*qui se gouverne elle-même, sous quelque forme que ce soit, sans dépendance d'aucun étranger*“⁷. Hinzu tritt ferner, dass das einzige Organ, das Zwangsmaßnahmen *erga omnes* sanktionieren und durch die angeordnete Verletzungsfolge auch die auslösende Verletzungshandlung bestimmen kann, der Sicherheitsrat ist – ein Organ, zu dessen Ständigen Mitgliedern mit *Russland* eine der Kriegsparteien zählt. „*Auctoritas, non veritas facit legem*“⁸?

Was sich im Fall des Art. 51 VN-Charta offenbart, ist eine Situation, in der dem Aggressionsopfer ein „naturgegeben[s] Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung“ zusteht und eine Inkonsistenz zwischen dem zu ahndenden Rechtsbruch („bewaffnete[r] Angriff [...] gegen ein Mitglied der Vereinten Nationen“) sowie den Unrechtsfolgen (Maßnahmen des Selbstverteidigungsrechtes und Zwangsmaßnahmen nach Kapitel 7 der VN-Charta) besteht.

Fraglich ist die Normativität des Völkerrechts, das schon von *John Austin* als „*law (improperly so called)*“⁹ gewertet wird, aber zuletzt im *annus mirabilis* 1990 (Ende des Kalten Krieges und militärische Intervention gegen den *Irak*) von einem „konstitutionalischen Optimismus“¹⁰ erfrischt wurde. Dem strafen indes 83

⁵ Vgl. *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*. Mit einem Anhang: *Das Problem der Gerechtigkeit*. Studienausgabe der 2. Auflage 1960 unter Berücksichtigung von Kelsens Änderungen anlässlich der Übersetzung ins Italienische 1966 herausgegeben und eingeleitet von Matthias Jestaedt, 1. Aufl. 2017 S. 25.

⁶ *Arnauld*, *VölkerR*, 4. Aufl. 2019, § 6 Rn. 439.

⁷ „wer sich selbst regiert, in welcher Form dies auch sei, ohne Abhängigkeit von irgendeinem anderen.“ (eigene Übersetzung des Autors); zitiert im Original nach *Emmanuelle Tourmet Jouannet*, *La disparation du concept d'Empire*, *Jus Politicum*, 2014, abrufbar unter: <http://juspoliticum.com/article/La-disparition-du-concept-d-Empire-986.html> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸ „Einfluss/Autorität, nicht Wahrheit macht die Gesetze“ (eigene Übersetzung des Autors).

⁹ *Austin*, *The Province of Jurisprudence Determined: Being the First Part of a Series of Lectures on Jurisprudence, or, the Philosophy of Positive Law*, 2. Aufl. 1861, S. 177.

¹⁰ *Arnauld* (Fn. 6), § 1 Rn. 32.

zwischenstaatliche bewaffnete Konflikte seit 1945 (Stand 2024)¹¹ und darunter der russisch-ukrainische Krieg im pazifizierten Völkerrechtssystem der VN-Charta Lügen.

Neben der naheliegenden Frage nach den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Allgemeine Gewaltverbot und der von einem positiven Rechtsbegriff vorausgesetzten sozialen Wirksamkeit des Völkerrechts insgesamt ist eine phänomenologisch-materielle Frage in diesem Beitrag zu erörtern. Wenn nämlich nicht durch eine rechtsverbindliche *Entscheidung* auch eine materiellrechtliche *Feststellung* getroffen worden ist, könnte sich ein Vakuum des Deziisionistisch-Politischen eröffnen, in dem sich beide Parteien, die eine aber bösgläubig, auf Art. 51 VN-Charta als natürliches Recht berufen, bis dass der Sicherheitsrat die erforderlichen Maßnahmen getroffen hat.¹² Doch der Sicherheitsrat erweist sich zu oft als handlungsunfähig und so bestehen beide Rechtsbehauptungen fort. „*Quis iudicabit?*“¹³

Sollte dann nicht angesichts von Kriegen wie dem russisch-ukrainischen an der Rechtsgeltung des Allgemeinen Gewaltverbotes gezweifelt werden? Im Folgenden soll dagegen aus verschiedenen Perspektiven nachgewiesen werden, dass sich die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes trotz allem als äußerst resilient erweist.

Dies setzt voraus, dass zunächst die historischen Ursprünge und völkerrechtlichen Grundlagen des positivierten Allgemeinen Gewaltverbotes der VN-Charta skizziert werden. Zugleich muss geklärt werden, was die Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbotes für einen positivrechtlichen Normenbegriff und andere mögliche Quellen von Normativität im Völkerrecht bedeutet. Dabei soll zugleich immer auch ein Augenmerk auf der Grundfrage liegen, ob das Völkerrecht und das jetzige Völkerrechtssystem der VN-Charta insgesamt ein effektives Rechtssystem darstellen.

Wie sich der politische Deziisionismus im Verhältnis von Art. 2 Nr. 4 zu Art 51 VN-Charta und die Faktizität der Macht auf das Normative auswirken, kristallisiert sich in dem von *Georg Jellinek* eingeführten und seitdem in den allgemeinen Sprachgebrauch übergegangenen Begriff der „normativen Kraft des

¹¹ *Wikipedia*, List of interstate wars since 1945, 2024, abrufbar unter: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_interstate_wars_since_1945 (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹² Dies hat *Kelsen*, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, 2. Aufl. 1951, S. 799 f. erkannt.

¹³ „Wer entscheidet?“

Faktischen“. *Jellinek's* Lehre soll daher als Referenzbegriff fruchtbar gemacht werden.

B. Zur Entstehung des Allgemeinen Gewaltverbotes

I. Die Lehre des *bellum iustum* und des *ius ad bellum* bis zum 20. Jahrhundert

Ogleich schon *Cicero* eine Lehre vom *bellum iustum*, „gerechten Krieg“, entworfen hatte,¹⁴ hat sich v. a. die moraltheologische, christliche Doktrin der Scholastik für das Völkerrecht als wegweisend erwiesen (Ansätze sind schon im Werk des *Augustinus* enthalten)¹⁵. Nach *Thomas von Aquin* ist die Bedingung der Ausübung des *ius ad bellum*¹⁶ ein *bellum iustum*, d. h. eine *iusta causa*¹⁷, die von der Kriegspartei mit der *recta intentio*¹⁸ und einem *mandatum*¹⁹ verfolgt wird.²⁰

Bedeutend für die Genese des völkerrechtlichen Allgemeinen Gewaltverbotes ist an der Lehre des *bellum iustum*, dass, indem sie die Kriegsführung von Voraussetzungen abhängig machte, Krieg als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme vom Frieden verstanden wurde.

Mit dem Aufkommen des von *Jean Bodin* in „*Les six livres de la République*“ formulierten modernen Souveränitätsbegriffes sowie Konfessionalisierung und Säkularisierung wurde die klassische Lehre des *bellum iustum* sukzessive zurückgedrängt. Die Emanzipation von der Glaubenseinheit des christlichen Abendlandes, an die noch eine objektive *iusta causa* gebunden werden konnte, und das Problem der Subjektivierung des Kriegsgrundes führten dazu, dass zusehends das *ius ad bellum* einzig aus der Autorität des Souveräns bzw. des souveränen Staates abgeleitet wurde; der Krieg diene nicht mehr primär einer (Wieder-)Herstellung materieller Gerechtigkeit. Den Schritt dahin vollzog als einer der ersten *Alberico Gentili*, der angesichts des Paradoxes eines *bellum iustum ex utraque parte*²¹ den gerechten Kriegsgrund nunmehr auf die *auctoritas* des fürstlichen Souveräns reduzierte.²² *Francisco Suárez* hat wiederum die Behauptung der *causa iusta* durch die Kriegsparteien nach zivilrechtlichen Muster durch eine

¹⁴ *Cicero*, Über den Staat. Übersetzt von Walter Sontheimer, 1. Aufl. 2011, III, 23, 34 ff.

¹⁵ *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2007, § 13 II 3, III 3; *Kunz*, *Bellum Iustum and Bellum Legale*, AJIL 1951, 528 (530).

¹⁶ „Recht zur Kriegsführung“.

¹⁷ „gerechter Grund“.

¹⁸ „Gerechter Beweggrund“.

¹⁹ „Bevollmächtigung“.

²⁰ *Kastner*, Vom „gerechten Krieg“ zur Ächtung des Krieges, JA 1999, 705 (706).

²¹ „Beiderseits gerechter Krieg“.

²² Vgl. *Arnauld* (Fn. 6), § 13 Rn. 1032.

neutrale Schiedsstelle entscheiden lassen wollen (dass der Papst die Besetzung dieses Schiedsgerichtes bestimmen sollte, hat indes *Suárez*'s Vorschlag für die protestantischen Potentaten unmöglich gemacht).²³ Bis zur zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als die Kodifikation des humanitären Völkerrechtes begann, wodurch wenigstens Art und Weise der Kriegsführung (*ius in bello*) beschränkt wurden,²⁴ war zwar kein allgemeines *liberum ius ad bellum* anerkannt.²⁵ Aber es existierte auch kein allgemeines Verbot der Kriegsführung und das rein politische *ius ad bellum* war schlichtweg keine positive Kategorie des Völkerrechtes.²⁶ Auch die Drago-Porter-Konvention im II. Haager Abkommen betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden von 1907 vermochte nicht den Krieg als solchen zu ächten, sondern nur in diesem bestimmten Fall die Anwendung militärischer Gewalt generell zu verbieten.²⁷

II. Der Völkerbund

Auch die Satzung des *Völkerbundes* von 1919 kannte kein absolutes Gewalt- bzw. Kriegsführungsverbot.²⁸ Indessen wurde in Teil I. Völkerbundsatzung (VS) die Schaffung des neuen kollektiven Sicherheitssystemes unter das Licht der Sicherung internationalen Friedens und internationaler Sicherheit gestellt. Dem Organ des Völkerbundsrates wurden in diesem Rahmen Befassungsrecht wie Sanktionsbefugnisse zuerkannt. Grundsätzlich wurde jeder Krieg zur „Angelegenheit des gesamten Bundes“ (Art. 11 VS) erklärt und die Kriegsführung eines Bundesmitgliedes ohne Rechtfertigung nach Art. 12, 13, 15 VS im Sinne eines kollektiven Sicherheitssystemes als Angriff gegen alle Völkerbundmitglieder gewertet (Art. 16 VS). Emblematisch indes für das Fortbestehen des Krieges im Völkerrechtssystem der Zwischenkriegszeit ist Art. 12 VS. Dieser bestimmt zwar, dass im Konfliktfall zwischen Völkerbundmitgliedern vorrangig auf Schiedsgerichtsbarkeit, ein gerichtliches Verfahren oder eine Prüfung durch den Völkerbundrat zurückzugreifen ist, was eine verfahrensmäßige Beschränkung der staatlichen Souveränität in Gestalt des

²³ *Kastner* (Fn. 20), S. 707.

²⁴ Zur völkerrechtsgeschichtlichen Bedeutung des *ius in bello* *Pierlings*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann, Völkerrechtsprechung Ausgewählte Entscheidungen zum Völkerrecht in Retrospektive, 1. Aufl. 2005, S. 832 f.

²⁵ Dazu ausführlich *Simon*, The Myth of Liberum Ius ad Bellum: Justifying War in 19th-Century Legal Theory and Political Practice, EJIL 2018, 113 (113 ff.).

²⁶ *Arnould* (Fn. 6), § 13 Rn. 1040.

²⁷ *Herdegen*, VölkerR, 22. Aufl. 2022, § 34 Rn. 1.

²⁸ *Blum*, Das System der verbotenen und erlaubten Kriege in Völkerbundsatzung, Locarno-Verträgen und Kellog-Pakt, Frankfurter Abhandlungen zum modernen Völkerrecht Heft 31, S. 8

ius ad bellum durch friedliche Streitbeilegung impliziert. Nach Ablauf der dreimonatigen Wartefrist ist indessen neben dem Fall der Kriegsführung als Bundesexekution durch ein Völkerbundmitglied implizit auch der völkerbundsatzungskonforme Einzelkrieg anerkannt. In diesem Fall und unter den Voraussetzungen, dass der Völkerbundsrat nach Art. 15 VII VS nicht einstimmig einen Beschluss fasst bzw. dieser von den Parteien nicht anerkannt oder dessen Erfüllung von einer der Parteien verweigert wird, ist ein Einzelkrieg ohne mögliche Beteiligung der restlichen Völkerbundsmitglieder grundsätzlich erlaubt.²⁹ Vom Völkerbundsrat beschlossene Zwangsmaßnahmen zur Sicherung der Durchführung eines schiedsgerichtlichen Spruches nach Art. 12 VS mussten zudem erst vorgeschlagen werden, was den Mitgliedern des Rates ein gewisses Ermessen gab und sie privilegierte. Statt den Krieg zu verbieten, hat die VS nur die Unterscheidung von erlaubtem und unerlaubtem Krieg, wie sie mit der völkerrechtlichen Doktrin des *bellum iustum* bekannt war, reproduziert.³⁰

III. Der Briand-Kellogg-Pakt

Auch wenn es sich dabei nur um einen völkerrechtlichen Vertrag handelte, der nur unzureichend zur tatsächlichen Kriegsprävention unter den ratifizierenden Staaten beitragen konnte, hat der Briand-Kellogg-Pakt, indem die Signatarstaaten den Krieg als Mittel für die Lösung internationaler Streitfälle verurteilten, eine Rechtsentwicklung eingeleitet, die ihren Abschluss in Art. 2 Nr. 4 VN-Charta finden sollte³¹ und völkerstrafrechtlich beim Internationalen Militärtribunal in Nürnberg herangezogen wurde.³² Gleichwohl hat auch der Briand-Kellogg-Pakt keineswegs ein dem Art. 2 Nr. 4 VN-Charta vergleichbares umfassendes Allgemeines Gewaltverbot, sondern nur ein *Kriegsverbot* statuiert.³³

²⁹ Vgl. *Schücking/Wehberg*, Die Satzung des Völkerbundes, 2. Aufl. 1924, S. 512 f.

³⁰ *Ebd.*, S. 94; *Blum* (Fn. 28), macht allein in den Fällen des Art. 10, 12, 13, 15 VS neun Formen des erlaubten Krieges bzw. „Maschenkriege“ aus; vgl. *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1. Aufl. 1984, S. 729 f.; s. auch *Rigaux*, EJIL 1998, 325 (335 ff.) zu *Kelsens bellum-iustum*-Lehre und dagegen *Kunz*, AJIL 1951 mit dem Begriff des *bellum legale*.

³¹ Zum Briand-Kellogg-Pakt in der historischen Entwicklung des Allgemeinen Gewaltverbotes *Arnauld* (Fn. 6), § 13 Rn 1035 und *Kastner* (Fn. 20), S. 710.

³² *Internationaler Militärgerichtshof*, Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof. Nürnberg. 14. November 1945 – 1. Oktober 1946, 1. Aufl. 1947, Bd. III, S. 114 f., 120.

³³ Würdigung des Briand-Kellogg-Paktes durch *Kimminich*, Einführung in das VölkerR, 4. Aufl. 1990, S. 90 f.

C. Rechtliche Grundlage des Allgemeinen Gewaltverbotes der VN-Charta

I. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta

Das jüngere Völkerrecht seit der Proklamation der VN-Charta kennt kein *ius ad bellum* mehr. Als *ius contra bellum*³⁴ und „cornerstone of the United Nations Charter“³⁵ kann Art. 2 Nr. 4 VN-Charta verstanden werden. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta untersagt die Androhung und Anwendung von Gewalt in den internationalen Beziehungen der Mitgliedsstaaten der *Vereinten Nationen*. „Gewalt“ meint dabei nach herrschender Meinung physisch-militärische Gewalt.³⁶

Da einerseits zu den Rechtsgütern des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta die territoriale Integrität eines Völkerrechtssubjektes gehört,³⁷ andererseits das Allgemeine Gewaltverbot umfassender als die Ächtung der Aggression ist, muss hier und im Zusammenhang des Ukraine-Krieges nicht auf den Streit um die Ausdehnung des Tatbestandes des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta eingegangen werden. Auch dahinstehen kann die kontrovers v. a. seit der militärischen Operation der *NATO* gegen die serbisch-montenegrinische *Bundesrepublik Jugoslawien* 1999 geführte Debatte um humanitäre Interventionen als Rechtfertigungsgrund des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta.

Neben der territorialen Integrität des betroffenen Staates werden durch das Gewaltverbot auch dessen politische Unabhängigkeit und die Ziele der *Vereinten Nationen* vor der Androhung und Anwendung von Gewalt geschützt. Insofern ist das Verbot militärischer Gewalt ein umfassendes,³⁸ das nur aufgrund eines bestimmten Rechtfertigungsgrundes tatbestandsmäßiges Verhalten zulässt, als, wenn nicht die ersten beiden Alternativen des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta erfüllt sind, die Alternative „sonst mit den Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt“ gegeben sein muss. Diese wird u. a. konkretisiert durch Art. 1 Nr. 1 VN-Charta und insbesondere die Präambel der VN-Charta. Neben Abs. 1 Präambel VN-Charta, der als ersten Zweck der VN und Absicht der Mitgliedsstaaten die Verhinderung von Krieg proklamiert, wird dieser „Zweckdienst“ in Abs. 7 Präambel VN-Charta („Verfahren einzuführen,

³⁴ Erstmals *Kotzsch*, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, 1. Aufl. 1956, S. 96.

³⁵ *IGH*, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo v. Uganda)*, Urt. v. 19.12.2005, ICJ Reports 2005, Tz. 148.

³⁶ *Randelzhofer*, in: *Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar*, 1. Aufl. 1991, Art. 2 Nr. 4 Rn. 15.

³⁷ *Herdegen* (Fn. 27), § 34 Rn. 15.

³⁸ *Herdegen* (Fn. 27), § 34 Rn. 20; v. *Heinegg*, in: *Ipsen, VölkerR*, 7. Aufl. 2018, § 55 Rn. 32.

die gewährleisten, dass Waffengewalt nur noch im gemeinsamen Interesse angewendet wird“) deutlich.

I. Durchbrechung des Allgemeinen Gewaltverbotes

Nach der VN-Charta gibt es nur drei rechtfertigende Ausnahmetatbestände des umfassenden Allgemeinen Gewaltverbotes für die Androhung oder Anwendung von Gewalt. Diese sind die Befugnisse des VN-Sicherheitsrat nach Kapitel VII und VIII VN-Charta (z. B. Art. 39 ff., 42 VN-Charta) und das Recht zur individuellen oder kollektiven Selbstverteidigung nach Art. 51 VN-Charta, wobei der dritte Ausnahmetatbestand, die Feindstaatenklausel (Art. 107 VN-Charta), durch den Beitritt sämtlicher ehemaliger Feindstaaten bis 1973 obsolet geworden³⁹ und die etwaige Gewaltanwendung durch die *Vereinten Nationen* selbst keine rechtfertigungsbedürftige Gewalt i. S. d. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta ist.⁴⁰

Beide Ausnahmen stehen in einem Verhältnis des Vorbehaltes und der Bestätigung zueinander. Denn das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht ist durch die Voraussetzung eines „bewaffneten Angriffes“, der in höherem Maße die Integrität eines Völkerrechtssubjekts verletzt als die grundsätzlich vom Allgemeinen Gewaltverbot betroffene „Anwendung von und Drohung mit Gewalt“ und somit der engere Begriff ist,⁴¹ eingeschränkt. Die Tendenz zur teleologischen Extension des „bewaffneten Angriffes“, um gewaltsame Abwehrmaßnahmen im Rahmen des Selbstverteidigungsrechtes auch bei Terrorismus,⁴² *cyber attacks*,⁴³ oder hybrider Kriegsführung⁴⁴ zu ermöglichen, verkennt, dass diese Diskrepanz zwischen dem Gewaltverbot (Art. 2 Nr. 4 VN-Charta) und dem individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrecht (Art. 51 VN-Charta) gewollt ist. *Ratio legis* ist zunächst, die unilaterale Gewaltanwendung einzelner Staaten zurückzudrängen. Wie schon in der Satzung des *Völkerbundes* von 1919, wo das unilaterale Selbstverteidigungsrecht nicht ausdrücklich neben der Verhütung des Krieges durch ein kollektives Sicherheitssystem (Art. 11-13 VS) erwähnt wird,⁴⁵ jedoch

³⁹ *Arnault* (Fn. 6), § 13 Rn. 1049; vgl. A/RES/ES-50-52 v. 15.12.1995.

⁴⁰ *Arnault* (Fn. 6), § 13 Rn. 1050.

⁴¹ *Randelzhofer*, in: Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar (Fn. 36), Art. 51 Rn. 4.

⁴² Vgl. *Dau*, Die völkerrechtliche Zulässigkeit von Selbstverteidigung gegen nicht-staatliche Akteure, 1. Aufl. 2018, S. 106 ff.

⁴³ S. *Krajewski*, *VölkerR*, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 131-136.

⁴⁴ Exemplarisch *Hector*, Hybride Kriegsführung: Eine neue Herausforderung, *ZaöRV* 2016, 513 (513 ff.).

⁴⁵ *Penna*, The Right to Self-Defense in the Post-Cold War Era: The Role of the United Nations, *DJILP* 1991, 41 (42).

völkergewohnheitsrechtlich anerkannt war,⁴⁶ musste bzw. sollte der Verzicht einzelstaatlicher Gewaltanwendung kompensiert werden. Im Fall eines „bewaffneten Angriffes“ sollte der Angegriffene sich auf sein „naturgegebenes Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung“ berufen können, bis dass der Sicherheitsrat einen Verstoß gegen Art. 2 Nr. 4 VN-Charta festgestellt und entsprechende Maßnahmen nach Art. 42 ff. VN-Charta eingeleitet hat. Konsequenz dieser Privilegierung des Handelns im kollektiven Sicherheitssystem ist auch, dass der angegriffene VN-Mitgliedsstaat seine Abwehrmaßnahmen dem Sicherheitsrat sofort anzeigen muss und die Rechtfertigung weiterer Gewaltanwendung wegfällt, sobald die nötigen Maßnahmen zur Wahrung oder Wiederherstellung der internationalen Sicherheit getroffen worden sind. Die Verletzung der Notifikationspflicht ist indes ein formelles, kein materielles Kriterium des Selbstverteidigungsrechtes,⁴⁷ das die Subsidiarität der Ausübung des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes wahren und einen Missbrauch des Art. 51 VN-Charta verhindern soll.⁴⁸ Zulässig ist die Ausübung des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes nur so lange, wie der Sicherheitsrat die erforderlichen Maßnahmen autorisiert oder mandatiert hat. Insofern ist das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 VN-Charta im Grunde nur subsidiär gegenüber dem Eingreifen des Sicherheitsrates;⁴⁹ zudem provisorisch und temporär.⁵⁰ So lange die Alliierten des Zweiten Weltkrieges, die als damalige Großmächte in institutioneller Tradition des Völkerbundsrates die Ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates bildeten, geeint wären, würde die Friedenserhaltungsfunktion der *Vereinten Nationen* durch den Sicherheitsrat gesichert sein. Doch der geopolitische Antagonismus des Kalten Krieges ließ dieses kollektive Sicherheitssystem, wenngleich die Unwiderstehlichkeit schnellen und wirksamen militärischen Zwangs durch diese Großmächte stärker denn je war,⁵¹ in seiner ursprünglichen Konzeption

⁴⁶ Vgl. *Arnauld* (Fn. 6), § 13 Rn 1093; die Caroline-Kriterien sind eine Konkretisierung der Anwendung des Selbstverteidigungsrechtes, das aufgrund eines *Argumentum a minori ad maius* notwendig schon zu diesem Zeitpunkt völkergewohnheitsrechtlich existiert haben muss.

⁴⁷ *Krajewski* (Fn. 43), § 9 Rn. 95; v. *Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 38), § 56 Rn. 39.

⁴⁸ *Oakley*, *Through The Looking Glass: Reimagining Legal and Legitimate Force in the Contemporary Operating Environment*, *SJIL* 2020, 289 (305).

⁴⁹ *Krajewski*, *Selbstverteidigung gegen bewaffnete Angriffe nicht-staatlicher Organisationen – Der 11. September 2001 und seine Folgen*, *ARV* 2002, 183 (186); s. auch Art. 24 VN-Charta („die Hauptverantwortung für die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit“) und Art. 25 i. V. m. Art. 103 VN-Charta.

⁵⁰ *Hilpold*, *Die Vereinten Nationen und das Gewaltverbot. Die Reformvorschläge des High-level Panels sind wenig hilfreich*, *Vereinte Nationen* 2005, 81 (81).

⁵¹ Vgl. dazu v. *Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 38), § 57 Rn. 4.

entscheidungsunfähig werden.⁵² Schon die *Frage* nach der Reichweite der Rechtsbindung des Sicherheitsrates nach Art. 24 Abs. 2 S. 1 VN-Charta i. V. m. Art. 1, 2 VN-Charta, dem Ermessensspielraum desselben in seiner Feststellungskompetenz nach Art. 39 VN-Charta und einer Prüfung der Sicherheitsratsresolutionen auf Rechtmäßigkeit ist symptomatisch dafür, dass die ursprüngliche Konzeption des kollektiven Sicherheitssystems nicht mehr wie vorgesehen funktioniert.

Art. 51 VN-Charta ist schließlich darin bemerkenswert, dass es sich bei dieser völkerrechtlichen Norm nicht um eine Sanktion zur Rechtsdurchsetzung handelt, sondern dem Wortlaut und der *ratio legis* nach nur um ein Abwehrmittel gegen einen bewaffneten Angriff. Da das Recht zur individuellen und kollektiven Selbstverteidigung also kein üblicher, normlogischer Konditional wie z. B. § 223 Abs. 1 StGB ist, kann sogar die Ansicht vertreten werden, dass der die Rechtsfolge auslösende materielle Tatbestand nicht in der Anwendung festgestellt wird. Es ist sogar zweifelhaft, ob Art. 41, 42 VN-Charta *stricto sensu* Sanktionsnormen bzw. Zwangsakte⁵³ sind, da wegen des faktischen Vetoposition der Ständigen Mitglieder nach Art. 27 Abs. 3 VN-Charta die „Sanktion“ nicht zwangsläufig ist.⁵⁴ Dem Charakter nach handelt es sich überdies eher um polizeiliche Gefahrenabwehr durch den Sicherheitsrat als um Pönalisierung.⁵⁵

Da der Sicherheitsrat in den 78 Jahren seines Bestehens bisher nur in wenigen Fällen militärische Gewaltmaßnahmen autorisierte,⁵⁶ hat sich schließlich die Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes als der Normalfall erwiesen, wobei die Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes völkergewohnheitsrechtlich dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und den Anforderungen des humanitären Völkerrechts unterworfen ist.⁵⁷ Der Versuch, die Inhalte von Art. 2 Nr. 4 und Art. 51 VN-Charta zur Deckung zu bringen, kann daher weniger normlogisch, als nur rechtspolitisch im Kontext des Entscheidungsmechanismus des Sicherheitsrates verstanden werden. U. a. die faktische Vetoposition der Ständigen Mitglieder stellt eine politische Prerogative dar, die im

⁵² Zum Verhältnis von geopolitischer Realität und Völkerrechtsordnung im Kalten Krieg *Greve* (Fn. 30), S. 750 ff.

⁵³ Zum Begriff *Kelsen* (Fn. 5), S. 208 f., 554 ff.; s. auch *Jakab*, *Kelsens Völkerrechtslehre zwischen Erkenntnistheorie und Politik*, *ZaöRV* 2004, 1045 (1051 f.).

⁵⁴ Vgl. *Kelsen* (Fn. 12), S. 732-737; dagegen *Arntz*, *Der Begriff der Friedensbedrohung in Satzung und Praxis der Vereinten Nationen*, 1. Aufl. 1975, S. 29-42.

⁵⁵ v. *Heinegg*, in: *Ipsen* (Fn. 38), § 57 Rn. 20.

⁵⁶ S. *Vereinte Nationen*, S/RES/83 v. 27.6.1950 im Koreakrieg, S/RES/678 v. 29.11.1990 im 2. Irakkrieg und S/RES/1441 v. 8.11.2002 nach den Terroranschlägen vom 11.9.2001.

⁵⁷ *Krajewski* (Fn. 43), § 8 Rn. 99.

Abstimmungsverhalten Opportunismus wie jenen *Russlands*, das gegen seine eigene Verurteilung durch den Sicherheitsrat stimmte,⁵⁸ oder allgemein die Tendenz zur Durchsetzung von Partikularinteressen⁵⁹ befördert. Dadurch wird das kollektive Sicherheitssystem, auf dessen Effektivität die Friedenssicherung nach der VN-Charta angewiesen ist, blockiert. Neben der „intensiven“ Dimension des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes – „Welche Intensität muss die Verletzung der Integrität des Völkerrechtssubjekt erreichen?“ – wird auch die restriktive Auslegung des Gewaltverbotes in der extensiven, zeitlichen Dimension – „Ab welchem Zeitpunkt sind gewaltsame Verteidigungsmaßnahmen gerechtfertigt?“ – von demselben Bedürfnis, effektive Reaktionen auf völkerrechtswidriges Verhalten durchzuführen, angetrieben.

Gleichwohl interessant für diesen Beitrag sind dabei zwei mögliche Antworten auf die Frage, die sich für die extensive wie intensive Dimension des Selbstverteidigungsrechtes stellt: Besteht *unabhängig* vom Selbstverteidigungsrecht des Art. 51 VN-Charta ein *naturrechtliches* oder *völkergewohnheitsrechtliches* Selbstverteidigungsrecht? Im Kontext dieses Beitrags ist die Frage nach der Normativität des bedeutendsten Ausnahmetatbestandes vom Allgemeinen Gewaltverbot besonders geeignet, um *generelle* Erkenntnisse über die Rechtsgeltung völkerrechtlicher Normen aus etwaigen Rechtsquellen zu gewinnen. Zudem lassen sich umgekehrt Schlüsse auf die normative Qualität des Regeltatbestandes des Allgemeinen Gewaltverbotes ziehen.

1. Naturrechtlich begründetes Selbstverteidigungsrecht

Vereinzelt wird behauptet, dass Art. 51 VN-Charta ein der positiven Norm vorgelagertes Selbstverteidigungsrecht anerkennt.⁶⁰ Art. 51 VN-Charta hätte nach dieser Auffassung allein deklaratorischen Charakter.⁶¹ Dem Wortlaut nach werde auf ein „*inherent right*“ zur Selbstverteidigung und somit dem Anschein nach auf eine den Staaten z. B. qua Völkerrechtssubjektivität zukommende,⁶² jedenfalls von der VN-Charta vorausgesetzte⁶³ „*individual or collective self-defence*“

⁵⁸ *Vereinte Nationen*, Security Council Fails to Adopt Draft Resolution on Ending Ukraine Crisis, as Russian Federation Wiields Veto, <https://press.un.org/en/2022/sc14808.doc.htm> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024)

⁵⁹ Z. B. das Verhalten Chinas in der Darfur-Krise, vgl. *Bernhard/Lingnau*, Die Vereinten Nationen und die Darfur-Krise. Nationale Interessen stehen einer Lösung im Wege, *Vereinte Nationen* 2004, 167 (171 f.).

⁶⁰ Z. B. *Schachter*, The Right of States to Use Armed Force, *MLR* 1984, 1620 (1634).

⁶¹ *Ebd.*

⁶² Sondervotum *Shahabuddeen*, *IGH*, Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, *Advisory Opinion v. 8.7.1996*, *ICJ Reports* 1996, S. 417.

⁶³ *Kelsen* (Fn. 12), S. 791.

verwiesen. So geht der IGH in *Nicaragua II* davon aus, dass Art. 51 VN-Charta, weil er u. a. keine Konkretisierung und Regulierung der Ausübung des Selbstverteidigungsrechtes bietet, grundsätzlich nicht abschließend sein kann.⁶⁴

Eine a. A.⁶⁵ versteht den Art. 51 VN-Charta als abschließende Regelung über das individuelle und kollektive Selbstverteidigungsrecht bzw. sieht ein völkergewohnheits- oder naturrechtlich begründetes Selbstverteidigungsrecht als inhaltlich deckungsgleich mit der Regelung der VN-Charta und insofern die Frage nach ihrer deklaratorischen oder konstitutiven Normqualität als unerheblich an.⁶⁶ Dafür wird vorgebracht, dass ein naturrechtliches Selbstverteidigungsrecht der *ratio legis* des Art. 51 VN-Charta (weitestgehende Eindämmung einzelstaatlicher Gewalt in den internationalen Beziehungen) widersprechen würde.⁶⁷ Dass Art. 51 VN-Charta von einem „natürlichen Recht“ spricht, wird vielmehr dahingehend historisch verstanden, dass auch Nicht-Mitgliedern der Vereinten Nationen, denen gegenüber die VN-Charta keine unmittelbare Bindungswirkung entfalten kann, ein individuelles Selbstverteidigungsrecht bzw. VN-Mitgliedern das Recht zur kollektiven Selbstverteidigung zusteht.⁶⁸

Die Auffassung, nach der Art. 51 VN-Charta abschließend ist, erscheint vorzuzugswürdig. Somit scheidet eine *naturrechtliche* Begründung des individuellen und kollektiven Selbstverteidigungsrechtes aus.

2. Völkergewohnheitsrechtlich begründetes Selbstverteidigungsrecht

Fraglich ist, ob ein mit Art. 51 VN-Charta koexistierendes völkergewohnheitsrechtliches Selbstverteidigungsrecht existiert. Nach der Legaldefinition in Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut besteht

⁶⁴ IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 176.

⁶⁵ Z. B. *Kelsen* (Fn. 12), S. 797; *Verdross/Simma*, *Universelles VölkerR*, 3. Aufl. 1984, § 470.

⁶⁶ So z. B. die *USA* in IGH, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 181; *Kelsen* (Fn. 12), S. 792.

⁶⁷ *Randelzhofer*, in: *Simma/Mosler/Randelzhofer*, *VN-Charta-Kommentar* (Fn. 36), Art. 51 Rn. 12; vgl. dazu, dass insbesondere in einer horizontal strukturierten Rechtsordnung wie dem Völkerrecht die Neigung zur Selbsthilfe wahrscheinlich werden kann, *Hilpold* (Fn. 50), S. 82.

⁶⁸ *Randelzhofer*, in: *Simma/Mosler/Randelzhofer*, *VN-Charta-Kommentar* (Fn. 36), Art. 51 Rn. 10 Fn. 25; s. dazu auch Art. 2 Nr. 6 VN-Charta entgegen dem Grundsatz *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Völkergewohnheitsrecht aus einer dauerhaften Übung (*longa consuetudo*) und einer diese Übung tragenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris ac necessitatis*).⁶⁹

Die Frage nach der völkergewohnheitsrechtlichen Geltung des Selbstverteidigungsrechtes bzw. des Allgemeinen Gewaltverbotes stellt sich naturgemäß selten seit dem Inkrafttreten positivrechtlicher Regelungen in Gestalt der VN-Charta und der Tatsache, dass mit wenigen Ausnahmen sämtliche Völkerrechtssubjekte Mitglieder der *Vereinten Nationen*, deren Charta für sie verbindlich ist, sind. Eine Möglichkeit zur Beantwortung dieser Frage bot sich aber in der *IGH*-Leitentscheidung *Nicaragua II*. Da sich die *USA*, von *Nicaragua* wegen ihrer geheimen Unterstützung der antisandinistischen Contra-Rebellen von Honduras aus vor dem *IGH* angeklagt, auf den Vorbehalt in der sog. Vandenberg-Klausel bezüglich der Unterwerfungserklärung unter die Jurisdiktion des *IGH* beriefen, hat der *IGH* i. E. die VN-Charta nicht als Entscheidungsgrundlage verwendet.⁷⁰ Stattdessen wurde u. a. aus der einstimmigen Annahme der – als *soft law* unverbindlichen – Deklaration der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Grundsätze des Völkerrechts betreffend freundschaftliche Beziehungen und Zusammenarbeit von Staaten (A/RES/ES-2625 v. 24.10.1970) eine *opinio iuris* über das Gewaltverbot als Rechtssatz des allgemeinen Völkergewohnheitsrechtes abgeleitet.⁷¹

Ferner hat der *IGH* das Selbstverteidigungsrecht völkergewohnheitsrechtlich hergeleitet, jedoch dieses Mal aus dem Wortlaut des Art. 51 VN-Charta. Wovon Art. 51 VN-Charta als „naturegebenem Recht der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung“ spricht, vermag nach dem *IGH* nur als Völkergewohnheitsrecht verstanden zu werden.⁷² Allein, weil es *lex specialis* ist, geht das positivrechtliche, vertragsrechtliche Selbstverteidigungsrecht dem nebeneinander und unabhängig davon geltenden Völkergewohnheitsrecht in der Normenhierarchie und Anwendung vor. Dies schließe nicht aus, dass die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen der beiden Ausprägungen des

⁶⁹ S. auch *ILA*, Statement of Principles Applicable to the Formation of General Customary International Law, Tz. 41.

⁷⁰ Dazu *Wengler*, Die Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs im Nicaragua-Fall, NJW 1986, 2994 (2995); *Dederer*, in: Menzel/Pierlings/Hoffmann (Fn. 24), S. 840

⁷¹ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 188.

⁷² *Ebd.*, Tz. 176; kritisch zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter des kollektiven Selbstverteidigungsrechtes Sondervotum *Oda*, *Ebd.*, Tz. 92-97.

Selbstverteidigungsrechtliches sich voneinander unterscheiden.⁷³ Das völkergewohnheitsrechtliche Gewaltverbot und das Allgemeine Gewaltverbot nach Art. 2 Nr. 4 VN-Charta bestehen somit unabhängig voneinander mit unterschiedlichem Anwendungsbereich. Eine andere Frage ist es indessen, wie sich der Verstoß gegen die *positivrechtliche* Norm des Art. 51 VN-Charta auswirkt, selbst wenn die Rechtssätze mit unterschiedlichem Geltungsgrund denselben Inhalt haben.

3. Zwischenergebnis

Das Ergebnis der vorangehenden Überlegungen ist, dass das völkerrechtliche Selbstverteidigungsrecht mangels einer nicht-positiven Normbegründung jedenfalls mit der Normgeltung des Art. 51 VN-Charta oder des entsprechenden Völkergewohnheitsrechtes steht und fällt.

D. Positivistische Geltung des Völkerrechts im Allgemeinen und des Allgemeinen Gewaltverbotes im Besonderen

Nachfolgend ist zu ermitteln, wie sich die Verletzung einer *positivrechtlichen* Völkerrechtsnorm wie Art. 51 VN-Charta auf deren Geltung auswirkt. Dies stellt, wie dargelegt, eine mögliche Begründung des Allgemeinen Gewaltverbotes dar.

I. Positivistischer Rechtsbegriff

Positivismus ist eine rechtsphilosophische Richtung, deren Vertreter die Geltung von Rechtsnormen ausschließlich vom Kriterium der sozialen Wirksamkeit und der ordnungsgemäßen Gesetztheit durch eine hierzu ermächtigte Instanz abhängig machen.⁷⁴ Geltung meint dabei die „spezifische Existenz einer Norm“,⁷⁵ d. h. ein Norminhalt wird gesollt und wird zu einem objektiven, intersubjektiv verbindlichen Sollen, wenn die Norm als solche existiert. Systematisch kann bei einem positivistischen Rechtsbegriff ferner zwischen einem primär wirksamkeitsorientierten Begriff, der entweder auf den äußeren Aspekt der Befolgung einer Norm und die Sanktionierung ihrer Nichtbefolgung oder den inneren Aspekt der Motivation zur Normbefolgung abstellt, und einem primär setzungsorientierten Begriff differenziert werden. Anders als im Fall eines

⁷³ So ist die Notifikationspflicht des Art. 51 VN-Charta vertragsrechtlich und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Selbstverteidigungsmaßnahmen völkergewohnheitsrechtlichen Ursprunges, s. etwa *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, Tz. 40 f.

⁷⁴ *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts. Erweiterte Neuausgabe, 1. Aufl. 2020, S. 29.

⁷⁵ *Kelsen* (Fn. 5), S. 35.

naturrechtlich-nichtpositivistischen Rechtsbegriffes, der die Kassation positiven Rechts aufgrund inhaltlicher Unrichtigkeit als möglich anerkennt, sind für den Rechtspositivismus nur diese zwei, freilich unterschiedlich stark gewichteten, Elemente konstitutiv für eine Rechtsnorm bzw. ein Rechtssystem. Folglich kann der Rechtscharakter, die juristische Geltung einer Sollensnorm⁷⁶ durch Hinwegfallen eines dieser Elemente verloren gehen. Für das jeweilige normative Element der Rechtsnorm kann dies durch *desuetudo*, also Obsolet-Werden, hinsichtlich der sozialen Wirksamkeit⁷⁷ oder Derogation hinsichtlich der autoritativen Gesetztheit⁷⁸ geschehen. Während erstere von der Normsetzungsinstanz ausgeht, wird letztere in der Rechtsanwendung individualisierter Normen z. B. durch Gerichte⁷⁹ bzw. in der Rechtsbefolgung⁸⁰ ausgelöst.

1. Primär setzungsorientierte Geltung

Mit Blick auf völkerrechtliche Normen lässt sich bezüglich ihrer normativen Geltung die Besonderheit konstatieren, dass es eine Normsetzungsinstanz, wie sie für einen rechtspositivistischen Etatismus notwendig ist, in den internationalen Beziehungen der Völkerrechtssubjekte so nicht gibt; ebenfalls gibt es keine obligatorische Gerichtsbarkeit, die durch Rechtsfortbildung verbindlich Recht setzen und zur Identifikation des geltenden Rechts herangezogen werden könnte.

Im Fall des Allgemeinen Gewaltverbotes und seiner positivrechtlichen Ausgestaltung in Art. 2 Nr. 4 VN-Charta würde einem Verlust der Rechtsgeltung auf der Ebene der autoritativen Setzung eine (formelle) Derogation gleichkommen. Dem entspräche am ehesten eine Änderung der VN-Charta nach Art. 108 VN-Charta.⁸¹ Grundsätzlich können multilaterale völkerrechtliche Verträge nur durch Zustimmung aller Vertragsparteien geändert werden, sofern im Vertrag nicht eine abweichende Bestimmung vorgesehen ist (vgl. Art. 39 f. Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)). Art. 108 VN-Charta abbedingt dieses dispositive Recht und sieht eine formelle Satzungsänderung durch Annahme mit Zweidrittelmehrheit der Mitglieder der Generalversammlung

⁷⁶ Zu einem möglichen Normbegriff bspw. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 4 Rn. 120.

⁷⁷ *Kelsen* (Fn. 5), S. 385.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 114.

⁷⁹ *Ebd.*, S. 386.

⁸⁰ *Ebd.*, S. 385.

⁸¹ Wegen der Übereinstimmung der materiellen Voraussetzungen kann hier darauf verzichtet werden, das außerordentliche Änderungsverfahren (Revision) nach Art. 109 VN-Charta einzeln zu behandeln.

sowie durch Ratifikation durch eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder der Generalversammlung und sämtliche Ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates vor. Bisher gab es nur fünf Anwendungsfälle des Art. 108 VN-Charta, die sich materiell darin erschöpften, die Organe der *Vereinten Nationen* und die Abstimmungserfordernisse an die Zunahme der VN-Mitgliederzahl infolge der Dekolonisierung anzupassen.⁸² Dies rührt daher, dass eine faktische Sperrminorität der Staaten des sog. Globalen Südens in der Generalversammlung besteht und jedes Ständige Mitglied des Sicherheitsrates ein sog. Vetorecht innehat.⁸³ Im Kontext des russischen Angriffskrieges werden dergleichen Satzungsänderungen aber derzeit nicht einmal diskutiert.

Da es sich bei der VN-Charta um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt, ist sie grundsätzlich derogierendem Völkergewohnheitsrecht ausgesetzt. Es bedürfte also einer von einer Rechtsüberzeugung getragenen abweichenden Praxis der Vertragsparteien. Einzelfälle wie die russische Invasion können noch keine Staatenpraxis darstellen. Allerdings kann der Mangel an *consuetudo* durch eine umso stärkere *opinio iuris* ausgeglichen werden, insofern sich diese konstitutiven Elemente von Völkergewohnheitsrecht auf einer „*sliding scale*“⁸⁴ befinden. Daher haben die Reaktionen der internationalen Gemeinschaft auf Verletzungen völkerrechtlicher Normen eine erhöhte Relevanz für gegenläufige Rechtsentwicklungen. Wenn diese Reaktionen auf das russische Verhalten überwältigend positiv gewesen wären, hätte dies als *opinio iuris* neuen Völkergewohnheitsrechtes entsprechende Auswirkungen auf die Normativität des jetzigen Allgemeinen Gewaltverbotes gehabt.⁸⁵ Bei der Beurteilung des aktuellen Standes des Allgemeinen Gewaltverbotes und seiner Ausnahmetatbestände ist daher der Blick auf die Reaktionen anderer Völkerrechtssubjekte zu werfen.

Im Fall des russisch-ukrainischen Krieges waren die internationalen Reaktionen weitgehend einmütig. So reichten sie in den ersten Tagen des Krieges von der unmissverständlichen Verurteilung der russischen Invasion als

⁸² *Mützelburg/Karl*, in: Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar (Fn. 36), Art. 108 Rn. 44 ff; Art. 109 VN-Charta fand trotz des Bestehens eines Committee on Arrangements for a Conference for the Purpose of Rewriting the Charter zwischen 1955 und 1967 bislang keine Anwendung.

⁸³ Dazu *Mützelburg/Karl*, in: Simma/Mosler/Randelzhofer, VN-Charta-Kommentar (Fn. 36), Art. 108 Rn. 35.

⁸⁴ Vgl. *Kirgis*, Custom on a Sliding Scale, AJIL 1987, 146 (149 ff.).

⁸⁵ Vgl. ILC, Draft conclusions on identification of customary international law, 2018, S. 139.

völkerrechtswidrig z. B. durch die Präsidentin der *EU-Kommission*⁸⁶ und den Präsidenten der *USA*⁸⁷ bis hin zur bloßen Missbilligung durch den Vorsitzenden der *Afrikanischen Union*,⁸⁸ die Außenminister der *ASEAN*-Mitglieder⁸⁹ oder auch die Sprecherin des chinesischen Außenministeriums.⁹⁰ Auch wenn die Staaten des Globalen Südens zumeist verbal zurückhaltender waren als der Westen in der Positionierung zum russisch-ukrainischen Krieg, wird doch selbst von diesen für einen Waffenstillstand bzw. eine Friedenslösung plädiert und so die positive Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes affirmiert.

Das Verhalten jener Staaten, die den russischen Angriffskrieg als Verletzung des Allgemeinen Gewaltverbotes mehr oder weniger missbilligen, gibt mithin eine eindeutige *opinio iuris* hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der russischen Aggression und der Geltung des Allgemeinen Gewaltverbotes wider. Da das Allgemeine Gewaltverbot des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta als universelles *ius cogens*, also zwingendes Recht, angesehen wird,⁹¹ sind die Anforderungen an eine Derogation nochmals erhöht. Nach Art. 53 WVK, der als eine Positivierung von Völkergewohnheitsrecht betrachtet werden kann, vermag eine Norm mit Geltung als *ius cogens* nur durch eine davon abweichende *ius-cogens*-Norm derogiert zu werden,⁹² was, da es verglichen mit der Derogation einfachen Völkergewohnheitsrechtes erschwert ist, in der Staatenpraxis faktisch unmöglich erscheint. Da die internationale Gemeinschaft in der Auseinandersetzung mit

⁸⁶ *Europäische Kommission*, Presseerklärung von Präsidentin von der Leyen zu Russlands Aggressionen gegenüber der Ukraine, 2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/statement_22_1322 (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸⁷ *Weißes Haus*, Remarks by President Biden on Russia's Unprovoked and Unjustified Attack on Ukraine, 2022, abrufbar unter: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/speeches-remarks/2022/02/24/remarks-by-president-biden-on-russias-unprovoked-and-unjustified-attack-on-ukraine/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸⁸ *Afrikanische Union*, Statement from Chair of the African Union, H. E President Macky Sall and Chairperson of the AU Commission H. E Moussa Faki Mahamat, on the situation in Ukraine, 2022, abrufbar unter: <https://au.int/en/pressreleases/20220224/african-union-statement-situation-ukraine> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁸⁹ *ASEAN*, ASEAN Foreign Minister's Statement on The Situation in Ukraine, 2022, abrufbar unter: <https://asean.org/asean-foreign-ministers-statement-on-the-situation-in-ukraine/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁹⁰ *Außenministerium der Volksrepublik China*, Foreign Ministry Spokesperson Hua Chunying's Regular Press Conference on February 24, 2022, 2022, abrufbar unter: https://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/xwfw_665399/s2510_665401/202202/t2022024_10645282.html (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

⁹¹ *IGH*, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 190 f.; *Herdegen* (Fn 27), § 16 Rn. 25; *Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, 1. Aufl. 1992, S. 30.

⁹² *Arnould* (Fn. 6), § 3 Rn. 290.

dem russisch-ukrainischen Krieg bisher selbst das Allgemeine Gewaltverbot als einfaches Völkergewohnheitsrecht nicht in Frage stellt,⁹³ zeichnet sich erst recht kein derogierendes *ius cogens* ab.

Auch ein Außerkrafttreten der Bestimmungen des Allgemeinen Gewaltverbotes in der VN-Charta durch *desuetudo*, d. h. fehlende Übung, ohne dass eine abweichende gewohnheitsrechtliche Norm als Ersatz entstanden ist, ist im Kontext des russisch-ukrainischen Krieges erst recht nicht ersichtlich.⁹⁴

2. Primär wirksamkeitsorientierte Geltung

Zweifelhaft ist, ob die zahlreichen Verletzungen des Allgemeinen Gewaltverbotes seit dessen Positivierung einen Verlust der Rechtsgeltung aufgrund fehlender sozialer Wirksamkeit nahelegen. Mangels einer zugleich legitimierten⁹⁵ und effektiven Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsinstanz zur Anwendung von Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen kommen der sozialen Wirksamkeit und allgemein rechtssoziologischen Erwägungen bei Fragen der völkerrechtlichen Normativität besonderes Gewicht zu.

Prinzipiell erscheint es aber methodologisch fragwürdig, die Normgeltung aus einzelnen Akten der Normverletzung abzuleiten, da die Motivation für normverletzende Handlungen nicht immer dieselbe ist, sondern auch gutgläubig-normstabilisierend sein kann,⁹⁶ und bei diesem Ansatz das Unterlassen von Normverletzungen gleichsam ausgeblendet wird.⁹⁷ Es ist überdies eine allzu simple Vorstellung, dass Normen ab einer gewissen Häufigkeit von Normverletzungen mit einem gewissen Schweregrad *irgendwann* ihre Geltung verlieren. Dass sich das Allgemeine Gewaltverbot im kollektiven Sicherheitssystem der VN-Charta z. B. angesichts des 2. Irak-Krieges 1990 bewährt hat, obgleich *Franck* schon 1970 den „Tod“ des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta

⁹³ So wurde A/RES/ES-11/1 v. 2.3.2022, die den Verstoß der Russischen Föderation gegen Art. 2 Nr. 4 VN-Charta missbilligt, mit einer Stimmenmehrheit von 141 Delegierten gegen 12 Delegierte, darunter Russland selbst, angenommen.

⁹⁴ Dagegen allgemein für das Allgemeine Gewaltverbot *Glennon*, How International Rules Die, GLJ 2005, 939 (958 ff.); s. auch zur Kombination von Völkergewohnheits- und Vertragsrecht als gleichzeitige Träger des *ius cogens* *Kadelbach* (Fn. 91), S. 186.

⁹⁵ Infolge des Allgemeinen Gewaltverbotes ist die zwischen Staaten angewandte Repressalie als traditionelle Form der völkerrechtlichen Sanktion ausgeschlossen worden; dagegen sieht *Kelsen* (Fn. 5), S. 557 f. u. a. durch den Krieg, den er als *bellum iustum* immer noch in der VN-Charta lokalisiert, den Sanktionscharakter des Völkerrechts gewahrt.

⁹⁶ Bspw. die humanitäre Intervention im Kosovo 1999.

⁹⁷ S. auch *Henkin*, The Reports of the Death of Article 2 (4) Are Greatly Exaggerated, AJIL 1971, 544.

verkündete,⁹⁸ lässt eine derartige These voreilig erscheinen. Vielmehr wird die *consuetudo* der Staatenpraxis durch eine *wertende* Einschätzung⁹⁹, statt durch eine quasimathematische erfasst.

Bedeutsam ist auch die Tatsache, dass sich militärische Aggressoren fast immer der Konstruktion völkerrechtlicher Argumente bedienen, um ihre Handlungen, auch wenn bösgläubig, zu rechtfertigen. Einerseits könnte darin, jenseits des positiven Völkervertragsrechtes, ein Relikt des *bellum iustum* gesehen werden, insofern die Friedensordnung als Normalzustand, von dem man rechtfertigungsbedürftig abweichen kann, anerkannt wird, andererseits spricht dies für die Effektivität des Allgemeinen Gewaltverbotes, da real die Handlungen von Völkerrechtssubjekten, auch wenn in noch so geringer Weise, beeinflusst werden.¹⁰⁰ Selbst wenn verschiedenste Faktoren, zu einem gewissen Grad ununterscheidbar in ihrem eigenständigen Effekt, multikausal die Staatenpraxis beeinflussen, kann in der abnehmenden Zahl von bewaffneten Angriffen seit der Proklamation der VN-Charta durchaus eine kausale Determiniertheit durch das Allgemeine Gewaltverbot gesehen werden; jedenfalls impliziert die kausale Ununterscheidbarkeit *nicht zwingend* eine mangelhafte Effektivität der Völkerrechtsnorm. Im Vergleich zwischen dem Völkerrechtssystem der Zwischenkriegszeit, das keine dem Art. 2 Nr. 4 VN-Charta gleichkommende positivierte Norm kannte, und jenem der VN-Charta kann beispielhaft darauf verwiesen werden, dass das *Deutsche Reich* (1933), *Japan* (1935) und *Italien* (1937) aus dem *Völkerbund* austraten, bevor sie ihre jeweiligen Angriffskriege begannen, während Indonesien, dessen Präsident *Sukarno* entschlossen von der „Zerschmetterung Malaysias“ sprach,¹⁰¹ 1965 aus Protest gegen *Malysias* Sitz im Sicherheitsrat und der Furcht davor, vor diesem Organ als Aggressor zu erscheinen, zwar aus den *Vereinten Nationen* austrat,¹⁰² aber schließlich von einem Krieg absah. Bezeichnend ist auch, dass in der Staatenpraxis nach dem Ersten Weltkrieg, aber noch vor der Proklamation der VN-Charta mit ihrem Allgemeinen Gewaltverbot und dem natürlichen Recht auf Selbstverteidigung zumeist auf Kriegserklärungen verzichtet worden ist, wozu politische¹⁰³ oder

⁹⁸ *Franck*, Who Killed Article 2 (4)? or: Changing Norms Governing the Use of Force by States, *AJIL* 1970, 809.

⁹⁹ *Dörr*, in: Ipsen (Fn. 38), § 19 Rn. 12.

¹⁰⁰ Vgl. *Wippman*, The Nine Lives of Article 2 (4), *MJIL* 2007, 387 (390, 400).

¹⁰¹ *Der SPIEGEL*, Strick und Krise, 12.1.1965, abrufbar unter <https://www.spiegel.de/politik/strick-und-krise-a-cfb93fd8-0002-0001-0000-000046169037> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹⁰² *Ebd.*

¹⁰³ Zur politischen Funktion des Kriegsgrundes der Selbstverteidigung *Wolff*, Kriegserklärung und Kriegszustand nach Klassischem Völkerrecht, 1. Aufl. 1990, S. 28 f.

auch völkerrechtliche Gründe wie die *opinio iuris* motiviert haben könnten. Ausnahmen wie die Kriegserklärung des *Deutschen Reiches* an die *USA* vom 11. Dezember 1941, in der die Reichsregierung feststellt, sich „während des ganzen gegenwärtigen Krieges streng an die Regeln des Völkerrechts gehalten“ zu haben,¹⁰⁴ bestätigen die Regel der Rechtfertigungsbedürftigkeit.

Allerdings könnte aus dieser Tatsache auch gegenteilig der Schluss gezogen werden, dass das Allgemeine Gewaltverbot nicht als eine völkerrechtlich bindende, sondern einzig als eine soziale Norm auf das Verhalten der Völkerrechtssubjekte einwirkt,¹⁰⁵ wobei Effektivität i. S. d. Normbefolgung bzw. -verletzung als Kriterium dafür fungiert, um welche Normkategorie es sich handle. Da unabweisbar das Allgemeine Gewaltverbot in der Staatenpraxis häufig verletzt wurde, könne es sich mangels Effektivität der Norm nur um eine soziale handeln. Diese Betrachtungsweise ist aber, so wie der Normbegriff selbst, nicht epistemisch zwingend, sodass, dem Völkerrechtssystem der VN-Charta mit seiner handlungsunfähigen Gewaltmonopolisierung und dezentraler Sanktionierung durch die Staatengemeinschaft angemessener, statt der Effektivität als Element der Normgeltung die *opinio iuris* stärker betont werden kann.

Dass durch einzelne Normverletzungen die Geltung einer Norm als objektives Sollen nicht in Frage gestellt wird, wird beispielhaft auch vom *IGH* in *Nicaragua II* festgestellt: Derjenige, der seine Normverletzung aufgrund von dieser positiven Norm immanenten Ausnahmetatbeständen rechtfertigt, hat gleichwohl *opinio iuris* bzgl. der Rechtsgeltung der verletzten völkergewohnheitsrechtlichen Norm.¹⁰⁶ Nach den vorhergehenden Überlegungen erscheint es nicht mehr allzu bemerkenswert, dass der *IGH* in diesem Fall von Völkergewohnheitsrecht v. a. an die Entwicklung der *opinio iuris* der internationalen Gemeinschaft statt an eine einheitliche Staatenpraxis, die wegen der unveränderten Anwendung militärischer Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen durchaus bezweifelt werden könnte, anknüpft.

Der Soziologe *Niklas Luhmann* hat diese Normstabilität auch auf Fälle bezogen, in denen die Normverletzung nicht vom Rekurs auf eine der Norm immanente Rechtfertigung begleitet war, stattdessen aber eine kontrafaktische Stabilisierung

¹⁰⁴ *Thomas Vogel*, *Weltkrieg*, BPB, 30.4.2015, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/themen/nationalsozialismus-zweiter-weltkrieg/der-zweite-weltkrieg/199399/weltkrieg/> (zuletzt abgerufen am 18.7.2024).

¹⁰⁵ *Glennon* (Fn. 94), S. 963.

¹⁰⁶ Deutlich *IGH*, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, 27.6.1986, ICJ Reports 1986, Tz. 186.

einsetzte. *Luhmanns* soziologisch-systemtheoretische These ist, dass Normen enttäuschungsfeste, stabilisierte Verhaltenserwartungen sind, deren Geltung sich kontrafaktisch (*contra factum*) auch gegen ihre faktische Nichterfüllung behaupten kann.¹⁰⁷ Die einzelne Nichterfüllung der Norm und Normerwartung wird vom Subjekt, das seine Verhaltenserwartung an der Norm orientiert, als Abweichung registriert.¹⁰⁸ Erst wenn sich die Nichterfüllung der Norm verstetigt, wird das Subjekt seine Verhaltenserwartung nicht mehr an der geltenden Norm orientieren, da nun deren Befolgung einen von der normativen Erwartung abweichenden Charakter hat.¹⁰⁹ Verglichen mit der Überlegung des *IGH* in *Nicaragua II* kann nach *Luhmanns* faktischer Geltungslehre eine Norm sogar ihre „systemwidrige“ Verletzung tolerieren.

Für die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes würde dies bedeuten, dass die seit der Annexion der *Krim* 2014 mit der militärischen Intervention in der gesamten *Ukraine* wiederholte Verletzung des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta durch *Russland* noch lange nicht die Normgeltung zu erschüttern vermag. Das Echo von Entrüstung in der internationalen Staatengemeinschaft ob der militärischen Aggression *Russlands* und die Tatsache, dass *Russland* und seine Sympathisanten immer noch den Krieg durch Ausnahmetatbestände vom Allgemeinen Gewaltverbot zu rechtfertigen versuchen (humanitäre Intervention, Rettung eigener Staatsangehöriger, Intervention auf Einladung der separatistischen „Volksrepubliken“, kollektive Selbstverteidigung der „Volksrepubliken“, präventive individuelle Selbstverteidigung),¹¹⁰ verletzen selbst nach der Anschauung des *IGH* und zumal nach *Luhmanns* These der kontrafaktischen Stabilisierung die grundsätzliche Geltung des Allgemeinen Gewaltverbotes nicht.

E. Eine „normative Kraft des Faktischen“?

Den primär wirksamkeitsorientierten positivistischen Geltungslehren ist auch die von *Georg Jellinek* vertretene Akzeptanztheorie¹¹¹ mit ihrer berühmten Wortprägung der „normativen Kraft des Faktischen“ zuzurechnen. Weil *Jellinek*s These die Interdependenz der Sphäre der politischen Faktizität und der Normativität des Rechts wiedergibt und im Gegensatz zu den obigen

¹⁰⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1. Aufl. 1995, S. 219

¹⁰⁸ *Neves*, Grenzen der Autonomie des Rechts in einer asymmetrischen Weltgesellschaft: Von Luhmann zu Kelsen, ARSP 2007, 363 (373).

¹⁰⁹ *Ebd.*

¹¹⁰ Zusammenstellend *Schmahl* (Fn. 3), S. 969 (passim).

¹¹¹ Effektivitätstheorien hingegen bestimmen die Geltung einer Rechtsnorm aufgrund ihrer faktischen, empirischen Geltung und damit Effektivität; Zwangstheorien aufgrund der zwangsweisen Durchsetzung des Norminhaltes.

Geltungslehren eine einfachere Möglichkeit der Normerzeugung sieht, soll sie im Folgenden Berücksichtigung finden.

I. Die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen

Jellineks Allgemeine Staatslehre changiert zwischen empirisch-deskriptiver Rechtssoziologie und positivistischer Rechtstheorie. Der Staatsbegriff *Jellineks* und damit auch die von einer Entität Staat als Garantie abhängige Rechtsnorm ist im Verständnis *Jellineks* weniger eine Substanz, als eine Funktion sozialer Beziehungen zwischen Menschen.¹¹² *Jellinek* geht sodann von dem Befund aus, dass die faktischen Verhältnisse den Normen, die aus diesen entstehen, vorausgehen.¹¹³ Das Faktische wiederum ist ein soziales Faktum, das durch Übung entsteht. Insofern hat Gewohnheitsrecht denselben Geltungsgrund wie z. B. das Zeremonielle oder Mode, deren Entstehung *Jellinek* aus der „allgemeinen psychischen Eigenschaft“, das „sich stets wiederholende Faktische als das Normative“ anzusehen, ableitet.¹¹⁴ Auch nach ihrer Entstehung wirken diese faktischen Machtverhältnisse unmittelbar auf die (Rechts-)Normen ein.¹¹⁵ Recht ist laut *Jellinek* zunächst nur eine faktische Übung, sodass sich bei Veränderung der faktischen Übung notwendig auch das Recht, dessen Objekt es ist, verändern würde. Durch fortdauernde Übung entstünde sodann die Vorstellung des Normmäßigen dieser Übung. Die „Norm“ wird zur Rechtsnorm, wie *Jellinek* pointiert;¹¹⁶ wovon *Jellinek* als „normativer Kraft des Faktischen“ spricht, ist das Verhältnis von Normalität und Normativität als dem Geltungsgrund des Rechtes. *Jellinek* lässt jedoch die faktische Übung nicht als Grund der Rechtsgeltung genügen, wenn die Gewaltunterworfenen nicht auch die Überzeugung von der Rechtmäßigkeit der Rechtsordnung haben. „Wo diese Überzeugung ausbleibt, da kann die faktische Ordnung nur durch äußere Machtmittel aufrechterhalten werden, was auf die Dauer unmöglich ist; entweder tritt schließlich doch Gewöhnung an sie ein, oder die rein äußerliche Ordnung selbst bricht in Stücke.“¹¹⁷ Entstehung wie Untergang des Rechtes und seiner Elemente findet außerhalb der Rechtsordnung, also empirisch statt.

Während die normative Kraft des Faktischen ein konservatives Element darstellt, gibt es laut *Jellinek* in der Sphäre des Rechts auch ein rationales, evolutionäres

¹¹² *Breuer*, Von der sozialen Staatslehre zur Staatssoziologie: Georg Jellinek und Max Weber, 2. Aufl. 2020, S. 98

¹¹³ Vgl. *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1960, S. 356.

¹¹⁴ Vgl. *ebd.*, S. 339.

¹¹⁵ Vgl. *ebd.*, S. 342.

¹¹⁶ Vgl. *ebd.*, S. 339.

¹¹⁷ *Ebd.*, S. 342

Element, das Recht derogieren kann und den bestehenden Rechtszustand ändert. Wenn sich aufgrund einer „psychologischen Tendenz“ die Vorstellung entwickelt hat, dass das, was ist, auch sein soll, kann immer noch die Rechtsgeltung des bestehenden sozialen Zustands bzw. positiven Rechts erschüttert werden. Wie dargelegt, geschieht dies durch Veränderung der sozialen Verhältnisse, die auch den Wert, „der den in Kraft befindlichen Normen zugeschrieben wird“¹¹⁸, determinieren. Was dabei die bestehenden sozialen Verhältnisse zu verdrängen versucht, ist ein anderes Recht „mit dem Anspruch auf höhere Geltung“.¹¹⁹ Im Rekurs auf ein überpositives Recht wird das neue Recht um Anerkennung mit dem sozial geltenden Recht konkurrieren.

II. Anwendung auf das Allgemeine Gewaltverbot

Explizit spricht *Jellinek* von einer normativen Kraft des Faktischen im Völkerrecht nur im Kontext der Anerkennung von Regierungen durch andere, insofern dabei eine „vollendete [...] Tatsache [...]“ geschaffen wird;¹²⁰ implizit mit seiner Feststellung, dass das gesamte Recht, also auch das Völkerrecht, gegenüber den „rechtsändernden historischen Mächten“ hilflos ist. Die *Jellinek*'sche Lehre von der normativen Kraft des Faktischen vermag jedoch nicht strikt auf eine vom Nationalstaat sanktionierte Rechtsordnung beschränkt zu werden. Vielmehr determinieren in der völkerrechtlichen Ordnung grundsätzlich dieselben Kausalgesetze die Akzeptanz der *faits sociaux*, sozialer Tatsachen. Von einem nationalstaatlichen Referenzsystem unterscheidet sich das völkerrechtliche sodann nur darin, dass die völkerrechtlichen Gewaltunterworfenen¹²¹ eine Doppelstellung haben, indem sie sogar durch zwei soziale Systeme determiniert sind: jenes der internationalen Beziehungen zwischen Staaten und jenes der Individuen in der einzelstaatlichen Ordnung, die personell Vertreter der Staaten sind und im Fall von demokratisch-repräsentativ verfassten Staaten durch innerstaatliche Entwicklung mittelbar die Staatenpraxis beeinflussen. Für *Jellinek* wiederum sind diese „internationalen Gesellschaftsverhältnisse“ der „wesentliche[...] Inhalt des internationalen Rechtes“.¹²² *Jellinek* folgt der Ansicht, dass der freie Bindungswille der Staaten der formelle Existenzgrund des Völkerrechtes ist,¹²³ wobei dessen Rechtsgeltung nicht notwendig durch das

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 344.

¹¹⁹ *Ebd.*, S. 345.

¹²⁰ *Ebd.*, S. 340.

¹²¹ Grundsätzlich sind die Gewaltunterworfenen des Völkerrechts die Staaten als Inhaber von Völkerrechtssubjektivität, wobei die traditionelle Mediatisierung des Individuums in den meisten Bereichen noch fortbesteht, vgl. *Arnauld* (Fn. 6), § 2 Rn. 66 ff.

¹²² *Jellinek* (Fn. 113), S. 379.

¹²³ *Ebd.*, S. 376.

Fehlen eines rechtlich geordneten Zwanges negiert wird. Umso bedeutender seien aber als Garantien des Völkerrechts internationale Rechtshilfe, -pflege und -verwaltung sowie die Machtverhältnisse der Staaten und die öffentliche Meinung.¹²⁴ Konsequenz der Staatswillenstheorie *Jellinek's* ist, dass der Geltungsgrund des Völkerrechts im Konflikt mit demjenigen des Nationalstaates zurückgedrängt werden kann, denn das Völkerrecht sei um der Staaten, und nicht die Staaten um des Völkerrechtes willen da.¹²⁵ Da das lückenhafte Völkerrechtssystem der Geschlossenheit entbehrt und stattdessen auf den Kompromissen gegenläufiger Interessen beruht, seien die Außenpolitik der Staaten und die Bildung von Rechtssätzen vor allem durch faktische Macht beeinflusst.¹²⁶ Diese Lückenhaftigkeit des „anarchische[n] Recht[es]“ Völkerrecht erscheint *Jellinek* sogar erwünscht, um Fortschritt im Völkerrecht zu ermöglichen, und nicht nur den *Status quo* der Staatenwelt zu konservieren.¹²⁷

Der russisch-ukrainische Krieg ist eine Faktizität, die grundsätzlich dazu fähig ist, als faktisches Verhältnis normative Geltung zu gewinnen. Bis dahin üben diese faktischen Verhältnisse zunächst auch eine konkurrierende Geltungskraft auf die geltenden Normen aus, sich dem Faktischen anzugleichen. Nicht nur die Ausnahmetatbestände des Allgemeinen Gewaltverbotes, wie eine humanitäre Intervention oder die Ausübung des präventiven Selbstverteidigungsrechtes, sind der Faktizität ausgesetzt. Vielmehr könnte indirekt das Allgemeine Gewaltverbot selbst mit einer normativen Kraft konfrontiert sein, denn eine extensive Ausdehnung von Ausnahmetatbeständen, ohne dass eine materielle Feststellung des bewaffneten Angriffes und eine effektive Sanktionierung des Normbruches stattfindet, müssten zwar nicht zu einer *desuetudo* des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta führen. Ein Allgemeines Gewaltverbot, dessen Anwendungsbereich rein tatsächlich durch Ausnahmetatbestände ausgehöhlt wird, läuft indes Gefahr, „künftige Geschlechter“ nicht mehr „vor der Geißel des Krieges zu bewahren“. In der Tatsache, dass der russisch-ukrainische Krieg ein bewaffneter Angriff im Völkerrechtssystem der VN-Charta ist, sich die Invasion *Russlands* in der *Ukraine* an den durch russische Militärhandlungen geförderten Separatismus in *Südossetien* und *Abchasien* (2008), auf der *Krim* und im *Donbass* (2014) anschließt oder in der Fortdauer der Kriegshandlungen trotz internationalen Protestes und Rechtswidrigkeit könnte eine fortdauernde Übung solcher Ausnahmetatbestände gesehen werden. Die territoriale Souveränität und politische Unabhängigkeit eines Staates wie der *Ukraine* zwecks Machtpolitik oder eines der vorgebrachten

¹²⁴ *Ebd.*, S. 377.

¹²⁵ *Ebd.*

¹²⁶ *Ebd.*, S. 378.

¹²⁷ *Ebd.*, S. 378.

casus belli zu verletzen, müsste aber auch seitens der Gewaltunterworfenen, d. h. der Völkerrechtssubjekte, von einer Vorstellung des Normmäßigen begleitet werden. Dies ist jedoch, wie dargelegt,¹²⁸ eher zu verneinen. Das Faktische der russischen Invasion könnte gleichwohl eine normative Kraft entfalten, wenn Gewöhnung einsetzt oder die faktische Ordnung schließlich nicht mehr aufrechtzuerhalten ist. Darauf könnte man schließen, sobald entweder die russischen Annexionen international anerkannt worden sind bzw. die Sanktionierung *Russlands* endet oder der *Status quo ante* vor der militärischen Intervention *Russlands* restituiert worden ist. Hier kann zwar nicht eines der beiden Szenarien eindeutig prognostiziert werden, jedoch scheint das Ende der russischen Okkupation und somit der Zusammenbruch der faktischen Verhältnisse wahrscheinlicher.

Ob neben dem konservativen Element der normativen Kraft des Faktischen im Fall der russischen Annexionen auch das evolutionäre, überpositive zu bejahen ist, kann daher dahingestellt bleiben, auch wenn eine solche in der Extension der Ausnahmetatbestände des Allgemeinen Gewaltverbotes erblickt werden könnte.

F. Ausblick

Wie sich schon bei der Anwendung des primär geltungsorientierten positivistischen Rechtsbegriffes auf das Allgemeine Gewaltverbot ergab, ist die normative Qualität völkerrechtlicher Normen zumeist dadurch gesichert, dass die Rechtfertigung tatbestandsmäßigen Handelns innerhalb des geltenden positiven Völkerrechts, d. h. Art. 51 i. V. m. Art. 2 Nr. 4 VN-Charta, geschieht. Dass sich allein aus den Annexionen *Russlands* im Krieg gegen die *Ukraine* eine mit dem völkerrechtlichen *Status quo* konkurrierende Auflösung des Allgemeinen Gewaltverbotes entwickelt, erscheint höchst unwahrscheinlich, selbst wenn auf die neuen Rechtsentwicklungen aufgeschlossene Lehre von der normativen Kraft des Faktischen rekurriert wird.

Allerdings darf auch nicht vergessen werden, dass sich in der Zusammenschau mit Art. 51 VN-Charta Lücken des Allgemeinen Gewaltverbotes im Hinblick auf die materielle autoritative Feststellung von Rechtsbrüchen ergeben. Es könnte nämlich auch die These vertreten werden, dass ohne die tatsächliche materielle Feststellung durch den Sicherheitsrat darüber, welche Rechtsbehauptung der Ausübung des kollektiven und individuellen Selbstverteidigungsrechtes

¹²⁸ Siehe oben **D. I. 1., 2.**

rechtmäßig und wahr ist,¹²⁹ in der Abwesenheit des *ius ad bellum* gleichwohl ein aus der Souveränität der Völkerrechtssubjekte und umgekehrt sogar folgendes *ius ad defensionem sui* besteht.

Zu sehr ist ferner das positiv kodifizierte Völkerrechtssystem der VN-Charta in seiner Effektivität von politischem Devisionismus abhängig und zu schnell muss die Delegitimierung von Gewalt in den zwischenstaatlichen Beziehungen quasigewohnheitsrechtlich – mittels der *opinio iuris* – bestätigt werden. Langfristig wird indes weniger der russisch-ukrainische Krieg, als das Aufkommen von revisionistischen Akteuren, die zum einen mit ökonomischer und politischer Macht die Staatenpraxis und -*überzeugung* zu ihren Gunsten beeinflussen können und zum anderen sich nicht mehr auf die fundamentalen Kategorien des jetzigen Völkerrechtssystems berufen, eine ernsthafte Gefahr für die Normativität des Allgemeinen Gewaltverbotes sein.

Die Friedenssicherungsfunktion der durch die VN-Charta geschaffenen positiven Völkerrechtsordnung ist im Grunde konservativ und primitiv, indem sie innerhalb der Antinomie der Rechtswerte Sicherheit und Gerechtigkeit erstere konserviert, ohne dass letztere hergestellt wird.¹³⁰ Durch das eigentlich subsidiäre Selbstverteidigungsrecht, das in die Lücke des entscheidungsunfähigen Sicherheitsrates stößt, wird wiederum eine Aporie des jetzigen Völkerrechtssystems eskamotiert, die sich schon in dem Versuch der tatbestandsmäßigen Extension des Art. 51 VN-Charta manifestiert: Ohne effektive Feststellungs- und Sanktionskompetenz ist das *protectio et oboedientia*¹³¹, auf dem auch die zu konsitutionalisierende VN-Charta und das Gewaltmonopol des Sicherheitsrates in den zwischenstaatlichen Beziehungen basiert, bis zu einem gewissen Grad in Frage gestellt;¹³² ein Rest politischer Voluntarismus verbleibt, wo der „diskriminierende“ Kriegsbegriff der VN-Charta keine folgerichtige Juridifizierung der Rechtsdurchsetzung erfährt.¹³³ Vor diesem Hintergrund und jenem der hier behandelten virulenten Probleme, nämlich der materiellen Rechtsbruchfeststellung und des Geltungsgrundes des Allgemeinen Gewaltverbotes, wird hier die Meinung vertreten, dass die Generalversammlung

¹²⁹ Die autoritative materielle Feststellung durch den Sicherheitsrat würde der Funktion des Völkerbundesrates als ein monopolisiertes „Legalisierungssystem“ entsprechen, vgl. *Schmitt*, Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff, 1. Aufl. 1938, S. 2.

¹³⁰ *Kunz*, AJIL 1951, 528 (533 f.).

¹³¹ „Schutz und Gehorsam“.

¹³² Vgl. *Tönnies*, Im Hintergrund der Debatte: Die Aporie des modernen Völkerrechts, Die Friedens-Warte 2006, 67 (72).

¹³³ Vgl. in sehr kritischer Richtung die trotzdem zutreffende Beschreibung der Konsequenzen eines diskriminierenden Gewaltbegriffes *Schmitt* (Fn. 129), S. 42 f.

die Kompetenz erhalten sollte, mit einer qualifizierten Mehrheit die Verletzung von Art. 2 Nr. 4 VN-Charta mit Wirkung für die internationale Gemeinschaft materiell festzustellen, sodass auch die *opinio iuris* nicht erst z. B. durch die – den politischen Abwägungsprozessen ausgesetzte – reziproke Sanktionierung normwidrigen Verhaltens wiedergegeben wird. Die *Uniting-for-Peace-Resolution* der Generalversammlung vom 3.11.1950 könnte dafür ein Vorbild sein. So lange die *opinio iuris* der internationalen Gemeinschaft die Rechtsgeltung des Allgemeinen Gewaltverbotes affirmiert, bleibt dies wünschenswert. Nicht weniger revolutionär wäre eine Konstitutionalisierung der *Vereinten Nationen* durch die Schaffung eines judikativen Organs bzw. Ermächtigung eines bestehenden, das wenigstens die Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen der Art. 39, 51 VN-Charta durch den Sicherheitsrat kontrolliert oder die Maßnahmen nach Art. 39, 41 f. VN-Charta zu *Sanktionen* im Sinne *Kelsens* juridifiziert. Ferner sollte eine Verletzung des Art. 2 Nr. 4 VN-Charta automatisch verhältnismäßige Sanktionen auslösen oder es sollte in der Staatenpraxis zumindest darauf hingewirkt werden, dass sich völkergewohnheitsrechtlich die *erga-omnes*-Verpflichtung, auf schwerwiegende Normverletzungen sanktionierend zu reagieren, etabliert.

Garry Konrath*

Buchrezension: Prof. *Dr. Eric Wagner, Dr. Moritz Holm-Hadulla* und *Dr. Marc Ruttloff*, *Metaverse und Recht*

Abstract

Rezension des Werkes „Metaverse und Recht“, herausgegeben von *Eric Wagner, Moritz Holm-Hadulla* und *Marc Ruttloff*, 2023, erschienen in den Verlagen Vahlen und C.H.Beck, München, 298 Seiten, 69,00 €.

* Der Verfasser ist *Trainee* im Ausbildungsring der Deutschen Industrie- und Handelskammer (DIHK). Er hat seine Erste Juristische Prüfung an der Universität Heidelberg abgelegt, an der er aktuell Unternehmensrestrukturierung (*LL.M. corp restruc.*) studiert.

A. Einleitung

Das Metaverse – eines der großen Buzz-Wörter der letzten Jahre.

Als *Facebook*-Chef *Mark Zuckerberg* 2021 die Änderung des Unternehmensnamens von „*Facebook*“ zu „*Meta*“ bekanntgegeben hat, waren digitale Inhalte, rangierend von sozialen Netzwerken, Kryptowährungen und *Non-Fungible Tokens* (NFTs) bis hin zu Videospiele, weitestgehend partikuläre Themen. Nur selten wurden sie im Kontext eines übergeordneten Ziels, nämlich der Schaffung einer durch das synergetische Zusammenwirken verschiedener Technologien entstehenden „virtuellen“ Welt diskutiert, mit der der Mensch mittels technischer Hilfsmittel interagieren kann. *Zuckerberg* hat diese Welt als das „Metaverse“ bezeichnet und zum strategischen Leuchtturm der Aktivitäten von *Meta* gemacht.

Dabei ist die Idee nicht neu – bereits 1992 hat der amerikanische Autor *Neal Stephenson* in seinem dystopischen Roman „*Snow Crash*“ sowohl die Idee als auch den Begriff des „Metaverse“ als Bezeichnung einer zur realen Welt parallel existierenden, menschengeschaffenen virtuellen Welt geprägt.¹

Nicht nur hat *Stephenson* in seiner literarischen Welt bereits diverse technologische Entwicklungen prognostiziert, die für uns inzwischen unspektakulär anmuten mögen, wie z. B. elektronische Währungen, sondern er hat auch eine Mammutaufgabe des modernen Rechtsstaates – das Mithalten des Gesetzgebers mit der fortschreitenden Technisierung der Gesellschaft – in den Kontext der damals noch rein imaginären virtuellen Welt eingeordnet:

“*Y’know, watching government regulators trying to keep up with the world is my favorite sport.*”²

Dieses zynische Zitat hallt im Jahr 2024 noch deutlich lauter nach als bei Veröffentlichung des Buches im Jahre 1992. Denn inzwischen ist das Metaverse zu mehr als bloßer Fiktion geworden – es ist erklärtes technologisches und strategisches Ziel milliardenschwerer Weltunternehmen. Seine Realisierung, in welcher Form sie letzten Endes auch geschehen mag, ist mehr als reine Vorstellung eines Autors geworden: VR-Brillen, Kryptowährungen, NFTs, Blockchain-Technologie – diese und weitere Bausteine, die zur tatsächlichen Umsetzung einer virtuellen Realität benötigt werden, existieren bereits heute und

¹ *Bell*, The metaverse is a new word for an old idea, 8.2.2022, abrufbar unter: <https://www.technologyreview.com/2022/02/08/1044732/metaverse-history-snow-crash/> (zuletzt abgerufen am 17.7.2024).

² *Stephenson*, *Snow Crash*, 1992, S. 134 (Kindle).

ermöglichen eine tiefere virtuelle Immersion, als man noch vor zehn oder 15 Jahren für möglich gehalten hätte.

B. Autoren und Aufbau

Da die fortschreitende Entwicklung von Schlüsseltechnologien, die zur Schaffung eines Metaverse notwendig sind, eher exponentiell als linear verläuft, ist es von essentieller Bedeutung, dass sich Gesetzgeber und Rechtsanwender bereits jetzt, wo das Metaverse noch in Kinderschuhen steckt, Gedanken über regulatorische Herausforderungen einer virtuellen Parallelwelt machen und konkrete Vorschläge erarbeitet werden, wie der bereits absehbaren Evolution des virtuellen Raums begegnet werden kann, ohne dass diese später schlecht reguliert oder faktisch sogar rechtsfrei aufgestellt sein wird.

Dieser Aufgabe widmen sich die Herausgeber Prof. *Dr. Eric Wagner*, *Dr. Moritz Holm-Hadulla* und *Dr. Marc Ruttloff* in ihrem Werk „Metaverse und Recht“ mit Fokus auf Unternehmen, die ihre Geschäftsaktivitäten zumindest teilweise in die virtuelle Welt verlagern möchten.³ Alle drei Herausgeber sind Rechtsanwälte in der Wirtschaftskanzlei *Gleiss Lutz*, wobei anzumerken ist, dass der Herausgeber *Holm-Hadulla* in den Sommersemestern 2023 und 2024 eine mit dem Buch gleichlautende Lehrveranstaltung an der Universität Heidelberg angeboten hat.⁴

Da das Werk als Handbuch konzipiert ist, sei an dieser Stelle nur darauf verwiesen, dass insgesamt 32 Bearbeiter die zwölf Kapitel des Buches verfasst haben, auf deren detaillierte Nennung an dieser Stelle verzichtet wird.

Der Aufbau des Buches ist im Grunde eine Aneinanderreihung von zwölf gleichrangigen, größtenteils voneinander unabhängigen Kapiteln, wobei insbesondere die ersten beiden („§ 1“, „§ 2“) wichtige Grundlagen zur Zuständigkeit, zum anwendbaren Recht sowie zum Verständnis der rechtlichen Einordnung der technischen Begrifflichkeiten in Fällen mit Metaverse-Bezug legen, die in den nachfolgenden Kapiteln immer wieder aufgegriffen werden.

³ *Wagner/Holm-Hadulla/Ruttloff*, Metaverse und Recht, 2023, Vorwort.

⁴ Siehe den Vorlesungskommentar der juristischen Fakultät der Universität Heidelberg für das Sommersemester 2023, S. 103 f., abrufbar unter: https://www.uni-heidelberg.de/md/jura/studium/studienberatung/studienfuhrer_komplett_uni_heidelberg_ss2023_lowres.pdf und das Vorlesungsverzeichnis für das Sommersemester 2024, S. 42 f., abrufbar unter: <https://backend.uni-heidelberg.de/de/dokumente/vorlesungsverzeichnis-juristische-fakultaet-2024/download> (beides zuletzt abgerufen am 23.7.2024).

Die Kapitel drei bis zwölf behandeln hingegen spezielle Rechtsgebiete bzw. Rechtsakte, in denen die Herausgeber rechtliche Fragestellungen für Fälle mit Metaverse-Bezug identifiziert haben und die insbesondere für Unternehmen, die auch im virtuellen Raum aktiv sind, bedeutsam werden könnten. Als Beispiele seien das Gesellschaftsrecht, das IP-Recht oder das Datenschutzrecht genannt.⁵

Des Weiteren lässt sich beobachten, dass die meisten Kapitel einem ähnlichen Aufbau folgen. Zuerst gibt es eine Einleitung, in der die relevanten Themen grob angerissen werden und, wodurch das jeweilige Rechtsgebiet in einen Metaverse-Kontext eingeordnet wird. Danach wird notwendiges Grundlagenwissen des spezifischen Rechtsgebiets für einen Leser mit juristischer Vorbildung vorgestellt, der mit der jeweiligen Materie nicht im Detail vertraut sein muss, jedoch nach ebendiesen inhaltlichen Vorbemerkungen den Transferüberlegungen der Bearbeiter zum Metaverse wohl in den meisten Fällen folgen können sollte. Nach der Darstellung bereits existierender Rechtsfragen mit Metaverse-Bezug wird mitunter noch ein „Spekulations-Abschnitt“ eingefügt,⁶ oder es werden hypothetische Rechtsfragen in bereits existierende Konstellationen oder in einen Ausblick eingeflochten.⁷ Im Kern werden hier auf Basis des aktuellen Standes des Metaverse Schlussfolgerungen darüber geäußert, welche rechtlichen Sachverhalte sich künftig stellen könnten.

C. Inhalt

I. § 1 – Gerichtliche Zuständigkeit/Konfliktlösung

Wie üblich in der juristischen Praxis und Lehre beginnt auch „Metaverse und Recht“ mit der Klärung der gerichtlichen Zuständigkeit. Dabei werfen die Bearbeiter *Quinke*, *F. Wagner* und *Ebert* überblicksartig mögliche zivilprozessuale, schiedsverfahrens- und zwangsvollstreckungsrechtliche Fragen auf, die sich künftig im Metaverse-Kontext stellen könnten. Sie gehen insbesondere ein auf die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte, Wirksamkeitsfragen zur

⁵ Die Gesamtheit der Kapitel lautet wie folgt: § 1 Gerichtliche Zuständigkeit/Konfliktlösungen, § 2 Internationales Privatrecht und Zivilrecht, § 3 Arbeitsrecht, § 4 Gesellschaftsrecht/Mergers & Acquisitions, § 5 Compliance & Investigations, § 6 IP, § 7 Regulatory – Produktsicherheit, Cyber-Security und Medienrecht, § 8 Datenschutzrecht, § 9 Kartellrecht, § 10 Finanzaufsichtsrecht, § 11 Steuerrecht, § 12 Implikationen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz für das Metaverse.

⁶ Z. B. *Viciano Gofferje/Pfarr/Schaffer*, in: Metaverse und Recht (Fn. 3), S. 71, Rn. 231 f., S. 79, Rn. 263; *Weidert/Molle/von Werder*, in: Metaverse und Recht (Fn. 3), S. 121, Rn. 384 ff.

⁷ Z. B. *Quinke/F. Wagner/Ebert*, in: Metaverse und Recht (Fn. 3), S. 15, Rn. 46 ff., S. 32, Rn. 106; *Ruttloff/Kappler/Bug*, in: Metaverse und Recht (Fn. 3), S. 169, Rn. 562 ff.

Vereinbarung zu Gerichtsständen und prozessualen *Smart Contracts*, die zunehmende Digitalisierung von Zivilprozessen sowie den Umgang mit dem erhöhten Wunsch der Nutzer nach Anonymität in der virtuellen Realität. Im Web3 und damit vielen aktuell geläufigen Blockchain-Technologien lässt sich häufig nur schwer die wirkliche Identität der Nutzer feststellen, z. B. bei *Krypto-Wallets*, sodass Anonymität einer der Grundpfeiler vieler Metaverse-Konzeptionen ist. Das wirft diverse Probleme auf, mitunter in der Zwangsvollstreckung, aber auch in anderen Rechtsgebieten.

Im Anschluss folgen Ausführungen zu Schiedsverfahren inklusiver metaverse-spezifischer Anforderungen, wie z. B. die Bestimmung des Schiedsorts in der virtuellen Welt oder die Gestaltung des Schiedsspruchs als *Smart Contract*, die Zwangsvollstreckung in digitale Avatare und die Vollstreckung in grenzüberschreitenden Sachverhalten.

II. § 2 – Internationales Privatrecht und Zivilrecht

Im zweiten Kapitel gehen die Bearbeiter *E. Wagner* und *Jörges* auf Fragen des internationalen Privatrechts im Kontext des Metaverse ein, beispielsweise die internationale Zuständigkeit und das anwendbare Recht. Diese Fragen werden bei steigender Nutzung virtueller Welten im zivilrechtlichen Kontext stark an Bedeutung gewinnen, da das Metaverse kein nationales Phänomen sein kann; selbst das heute noch mögliche *Geo-Blocking* könnte sich nämlich in einem extrem dezentralisierten⁸ Metaverse als obsolet erweisen. Zunächst wird auf Fragen vertraglicher und außervertraglicher Ansprüche eingegangen, wobei sich insbesondere Fragen bei der Ermittlung des zuständigen Gerichts und des anwendbaren materiellen Rechts, d. h. des UN-Kaufrechts bzw. des anwendbaren Kollisionsrechts ergeben werden. Zudem legen die Bearbeiter einen Schwerpunkt auf weitere zivilrechtliche Aspekte des Metaverse, wobei hier vorrangig auf digitale Vertragsgegenstände und die Vertragsparteien bei Verträgen im Metaverse eingegangen wird. Auch werden *Smart Contracts* tiefergehend beleuchtet, da diesen als „selbstaussführende Verträge“ – im technologischen Sinn, nicht im Rechtssinn – eine besondere Bedeutung bei der Rechtsdurchsetzung zukommt.

III. § 3 – Arbeitsrecht

Das dritte Kapitel von *Günther, Gerigk* und *Haußmann* behandelt das Metaverse als nächste Stufe des mobilen Arbeitens, auf der die Nachteile der aktuellen

⁸ Zur Frage, „welches“ Metaverse es künftig geben kann *Reischl/Stilz*, in: *Metaverse und Recht* (Fn. 3), S. 92, Rn. 301 ff.

Technik weitestgehend beseitigt sind und neuartige digitale Arbeitsmethoden sowie eine höhere Immersion zu Innovationen und einer noch größeren Flexibilisierung des Arbeitsalltags führen könnten. Auch hier wird zunächst die Frage des anwendbaren Rechts erörtert, um die arbeitsrechtlich relevante Rechtsordnung zu finden. Weiter werden Arbeitsverhältnisse mit Schwerpunkt im Metaverse sowie der Einstieg eines Unternehmens in ebendieses beleuchtet, da hierbei individual- und kollektivarbeitsrechtliche Begleitmaßnahmen notwendig werden. So werden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates erörtert, die sich aus der Verlagerung der Arbeit mittels neuer IT-Systeme in den digitalen Raum ergeben können. Außerdem wird die Gestaltung der Avatare als virtuelle Verkörperung des Arbeitnehmers behandelt, und auch die Vergütung wird als potentiell Streitthema erkannt, insbesondere wenn es um die Bezahlung in Kryptowährungen geht. Ferner sind Arbeitsschutz und Arbeitnehmerdatenschutz relevante Aspekte, auf die die Arbeitgeber eingehen, da die Nutzung von besonderer Hardware, wie z. B. VR-Brillen, zu einer gesteigerten Belastung für Körper und Psyche führen können. Dabei erhobene Daten könnten durch genau jene Hardware dann dokumentiert werden, was zur Notwendigkeit der Einführung besonderer Datenschutzvorkehrungen führen könnte. Zuletzt wird noch ein besonderes Augenmerk auf Konflikte bzw. Konfliktlösungsansätze für Fehlverhalten am virtuellen Arbeitsplatz gelegt. Denn durch die noch weiter ansteigende persönliche Entfernung zu Arbeitgeber und Kollegen, und natürlich den Einsatz von virtuellen Avataren, wird auch die Hemmschwelle für Belästigungen, Beleidigungen und Diskriminierungen voraussichtlich weiter sinken. Arbeitgeber stehen daher vor einer ganzen Reihe arbeitsrechtlicher Herausforderungen, wenn sie den Schritt ins Metaverse wagen möchten.

IV. § 4 – Gesellschaftsrecht – *Mergers & Acquisitions*

Auch gesellschaftsrechtlich zeigen sich diverse zu berücksichtigende Umstände für Unternehmen jedweder Größe, die sich im virtuellen Raum positionieren möchten. Insbesondere weisen die Bearbeiter *Viciano Gofferje, Pfarr* und *Schaffer* darauf hin, dass zwischen der Ebene der Plattform der einzelnen „Metaversen“ sowie Unternehmungen, die ausschließlich innerhalb einer Plattform stattfinden, unterschieden werden muss. Bezüglich der Funktionsweise der virtuellen Welten wird zwischen „offenen“ und „geschlossenen“ Systemen unterschieden, wobei die „offenen“, d. h. dezentralen Systeme ohne kontrollierenden Plattforminhaber den Schwerpunkt der Bearbeitung ausmachen. Hier wird vor allem auf die sogenannte dezentralisierte autonome Organisation (DAO) als neuartige Organisationsform eingegangen, die kein klassisches Management aufweist,

sondern von allen Mitgliedern mittels *Smart Contracts* geführt wird. Das anwendbare Recht, die Errichtung von DAOs, ihre rechtlichen Stellung gegenüber Dritten sowie ihre innere Willensbildung und Gesellschaftsstruktur, inklusiver der ihr immanenten *Governance*-Probleme, werden umfassend erörtert. Anschließend werden gesellschaftsrechtliche Fragen auf der Metaverse-Ebene selbst diskutiert, was die Verwendung der virtuellen Welt als Kommunikationsplattform sowie originäre Metaverse-Gesellschaften umfasst, wobei Letztere aktuell noch komplettes Neuland im akademischen Diskurs darstellen. Diese Diskussion setzt die Prämisse voraus, dass das Metaverse als eine parallel zur Realität agierende virtuelle Realität umgesetzt wird, in der reale Menschen mittels ihrer Avatare agieren. Allerdings wäre auch eine solche Parallel-Realität kein rechtsfreier Raum, sodass sich auch hier die Frage nach dem anwendbaren Recht, den Rechtssubjekten und Gesellschaftsformen stellt.

Für die in einem zweiten Teilabschnitt behandelten *Me&A*-Transaktionen differenzieren die Bearbeiter nach denselben Plattform-Kategorien. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt daher auf den Themen, die auch jetzt schon für Krypto- und Web3-Investitionen relevant sind, insbesondere die Arten, Funktionen und rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit sogenannten *Tokens* als Datensätze auf einer Blockchain.

V. § 5 – *Compliance & Investigations*

Was straf- und haftungsrechtliche Risiken anbelangt, skizzieren die Bearbeiter *Reischl* und *Stilz* die Grundsätze eines *Compliance Management Systems (CMS)* und erörtern Notwendigkeit und Inhalt eines *Compliance*-Risikoprofils zur Ermittlung, Überwachung und Bewertung von Risiken. Danach übertragen sie diese Gedanken auf das Metaverse und Web3, was wegen vermeintlich immer vorliegender grenzüberschreitender Sachverhalte die Ermittlung des anwendbaren Rechts auch hier besonders wichtig erscheinen lässt. Dabei gehen die Bearbeiter auch auf das Wesen der Blockchain und des Metaverse sowie auf spezifische Strafdelikte im Metaverse-Kontext ein. Aus diesen Erwägungen entwerfen sie die Pflichten des Unternehmens inklusive der Durchführung einer metaverse-spezifischen Risikoanalyse und eines *CMS*, um die Risiken der virtuellen Realität zu navigieren. Dabei vertreten sie einen risikobasierten Ansatz; es wird ausdrücklich nicht für eine umfassende Untersuchung der Rechtsordnungen aller 195 Länder plädiert, was die Grenzen der Praktikabilität weit überschreiten würde. Anschließend zeigen sie Risikoschwerpunkte im Web3 und Metaverse auf, beispielsweise Betrug, „*Rug Pull*“, Pyramidensysteme oder „*decentralized finance*“. Zuletzt werden die Herausforderungen der Fehlverhaltensuntersuchung (*Investigations*) in der virtuellen Welt dargestellt,

welche sich im Wesentlichen um die extrem komplexe Ermittlung der Metaverse-Benutzeridentität drehen.

VI. § 6 – IP

Im Kapitel zum *Intellectual Property* wollen die Bearbeiter *Weidert, Molle* und *von Werder* überblicksartig die möglichen Probleme bei der Anwendung geistiger Eigentumsrechte im Metaverse darlegen und aufzeigen, in welchen Bereichen das aktuell geltende Recht bereits metaverse-spezifische Probleme lösen kann, und in welchen nach jetziger Rechtslage besondere Risiken bestehen. Sie beginnen die Ausführungen mit dem Territorialitätsprinzip als Grundlage gewerblicher Schutzrechte, das im Metaverse aufgrund dessen umfassender Natur an seine Grenzen stoßen wird. Daraufhin werden die Schutzrechte im Hinblick auf ihre Problemfelder in der virtuellen Welt erörtert – zunächst das Markenrecht, danach das Designrecht, das Patentrecht und schließlich das Urheberrecht, wobei bei Letzterem ein Schwerpunkt auf dem Verhältnis zwischen *NFTs* als Kerntechnologie des Metaverse und dem Urheberrecht liegt.

VII. § 7 – *Regulatory*– Produktsicherheit, *Cybersecurity* und Medienrecht

Ruttloff, Kappler und *Bug* stellen im siebten Kapitel geplante sowie bereits existierende Regulierung in den Bereichen Produktsicherheit, *Cybersecurity* und Medienrecht vor. Vorangestellt wird bereits angemerkt, dass es in Bezug auf den regulatorischen Rahmen und das anwendbare Recht erheblichen Regulierungsbedarf gibt, da das geltende Recht die supraterritorialen Sachverhalte des Metaverse nicht ausreichend abdecken kann. Jedoch gibt es bereits in der Vorbereitung befindliche bzw. verabschiedete Gesetzgebung, die die Bearbeiter umfassend mit Metaverse-Bezug aufbereiten:

Die „KI-Verordnung“⁹ zur stärkeren Regulierung von künstlicher Intelligenz; der „*Cyber-Resilience-Entwurf*“ über horizontale Cybersicherheitsanforderungen an Produkte mit digitalen Elementen, der Lücken in der Cybersicherheitsarchitektur der EU schließen soll; der „*Digital Services Act*“ zur Regulierung von Online-Intermediären und Online-Plattformen sowie zur Stärkung der Nutzerrechte im Internet; die „*Plattform-to-Business* Verordnung“, die das Verhältnis zwischen Handelsplattformbetreibern und ihren gewerblichen Nutzern ausgestaltet; zuletzt die nationalen Regelungen,

⁹ Die Veröffentlichung erfolgte am 21.5.2024, siehe Bundesregierung, Einheitliche Regeln für Künstliche Intelligenz in der EU, 22.5.2024, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/digitalisierung/kuenstliche-intelligenz/ai-act-2285944> (zuletzt abgerufen am 17.7.2024).

aktuell also das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) und das Telemediengesetz (TMG).

In einem Ausblick werfen die Bearbeiter dann die Frage auf, ob es eines spezifisch auf das Metaverse ausgerichteten Regulierungsrahmens bedarf. Da die annähernd vollständige Etablierung des Skeletts der virtuellen Parallelwelt aufgrund diverser Hindernisse jedoch noch viele Jahre auf sich warten lassen wird, ist hiermit wohl aber vorerst nicht zu rechnen.

VIII. § 8 – Datenschutzrecht

Das von *Hamann, Klar* und *Wegmann* bearbeitete achte Kapitel zum Datenschutzrecht geht in besonderem Maße auf die Grundlagen des Datenschutzrechts ein – seien es Funktion, Rechtsquellen, oder personenbezogene Daten als Schutzgegenstand. Anschließend werden die verschiedenen Rollen definiert, die das Datenschutzrecht kennt und auf Akteure wie Plattformanbieter, Betreiber von Metaverse-Präsenzen und Besucher angewandt, wobei es auch gemeinsame Verantwortlichkeiten geben kann. Dem folgt eine Darstellung der Grundprinzipien der zulässigen Datenverarbeitung mit Fokus auf die zuvor ermittelten Metaverse-Akteure. Ferner gehen die Bearbeiter noch auf die Betroffenenrechte im Falle von Datenschutzverletzungen, die Pflichten der Verantwortlichen sowie einige Einzelfragen wie die Blockchain-Technologie ein. Zu guter Letzt folgen dann die Sanktionen bei DS-GVO-Verstößen, die als Schadensersatzansprüche und Bußgelder ausgestaltet sind und empfindliche Mittel darstellen, um die Verantwortlichen zur Einhaltung des Datenschutzrechts zu bewegen.

IX. § 9 – Kartellrecht

Das Kartellrecht bearbeiten *Holm-Hadulla, Raible* und *Schüssel* im neunten Kapitel des Buches. Nach der Einleitung, in der die Bearbeiter die Anwendbarkeit des Kartellrechts nach dem Auswirkungsprinzip erläutern, stellen diese das Kartellverbot kurz vor, den weiten, funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts dar und gehen danach auf Zurechnungsfragen ein. Hier differenzieren sie, wie es auch in vorherigen Kapiteln des Buches geschieht, zwischen zentralen und dezentralen Metaverse-Plattformen, wobei in Letzteren¹⁰ die Mehrheit der Nutzer über grundlegende Unternehmensangelegenheiten entscheiden könnten, was kartellrechtlich zu ungeklärten Zurechnungsproblematiken führt. Anschließend wird auf

¹⁰ Hierzu *Holm-Hadulla/Raible/Schüssel*, in: *Metaverse und Recht* (Fn. 3), S. 199, Rn. 645 ff.

Unternehmensvereinbarungen bzw. aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, Wettbewerbsbeschränkungen und Freistellungsmöglichkeiten vom Kartellverbot eingegangen, bevor potentielle Kartellverstöße in der virtuellen Welt identifiziert werden. Metaversen dienen dabei als Foren bzw. Kommunikationsmittel für den Austausch zwischen Unternehmen und Marktteilnehmern. Im Anschluss wird auf relevante Tatbestände der Missbrauchsverbote und die Regulierung einseitiger Verhaltensweisen eingegangen, insbesondere spezifisches Verhalten wie die Zugangsbeschränkung zu Metaverse-Plattformen, -Diensten und -Daten, die technische Durchlässigkeit von Plattformen in Form von *App Stores* und Zahlungsdiensten („*Gatekeeper*“) und die Kopplung von weiteren Produkten an Metaverse-Plattformen. Darauf folgen Ausführungen zur kartellrechtlichen *Compliance* und zur Kartellrechtsdurchsetzung im Metaverse sowie abschließend ein Abschnitt zur Fusionskontrolle. Die Fusionskontrolle ist dabei nicht nur durch geographische und sachliche Marktabgrenzungsschwierigkeiten geprägt, sondern auch durch die häufig dezentral kontrollierten Metaverse-Plattformen. Ferner werden fusionskontrollrechtliche Schwellenwerte mit Blick auf Fusionen mit bzw. von in der virtuellen Realität aktiven Unternehmen sowie besondere, wettbewerbliche Effekte im Zusammenhang mit Metaverse-Plattformen und -Diensten erörtert.

X. § 10 – Finanzaufsichtsrecht

Im Fokus des finanzaufsichtsrechtlichen Teils des Buches stehen für *Bühler* und *Leger* digitale Vermögenswerte. Die Schaffung, Verwahrung und Übertragung dieser Vermögenswerte ist jedoch, genau wie in der realen Welt, eine Dienstleistung, die ohne die Mitwirkung Dritter in keiner Form möglich ist. Daher stellen sich auch im Metaverse finanzaufsichtsrechtliche Fragen. Zunächst stellen die Bearbeiter hierzu die mögliche Anwendbarkeit deutschen Finanzaufsichtsrechts auf Basis des vertriebsbezogenen Ansatzes der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (*BaFin*) vor, wenn ein sich im Ausland befindlicher Anbieter aktiv an den deutschen Markt herantritt. Danach folgen Definitionsversuche zu digitalen Vermögenswerten, genauer gesagt E-Geld, Kryptowerte und *Security Token* sowie deren Verwendung im Metaverse. Es schließt sich ein Abschnitt zur gewerblichen Verwahrung von Kryptowährungen in Deutschland und ein Ausblick auf die am 29.6.2023¹¹ in Kraft getretenen Verordnung über Märkte für Kryptowerte (MiCA), Zahlungsdienste im

¹¹ BaFin, Dienstleistungen und Tätigkeiten im Zusammenhang mit Kryptowerten gemäß MiCAR, geändert am 5.7.2024, abrufbar unter: https://www.bafin.de/DE/Aufsicht/MiCAR/MiCAR_node.html (zuletzt abgerufen am 17.7.2024).

Metaverse und zuletzt zur Finanzberatung in Bezug auf virtuelle Vermögenswerte an.

XI. § 11 – Steuerrecht

Stumm und *Kettner* widmen das elfte Kapitel der steuerlichen Behandlung von Kryptowerten. Sie beginnen mit der Ertragssteuer, wobei hier zwischen gewerblichen und vermögensverwaltenden Geschäftsaktivitäten im Metaverse differenziert wird. Es schließen sich Ausführungen zur Bilanzierung und Bewertung von *Fungible* und *Non-Fungible Tokens* an. Ferner geht es um die Umsatzsteuer, die die Unternehmen im Metaverse vor ganz neue Herausforderungen stellen wird, da bereits das „ob“ des Umsatzes strittig ist, und wenn dies zu bejahen wäre, wo diese Umsätze zu versteuern sind. Die Bearbeiter unterscheiden dabei zwischen „*In-Game-Umsätzen*“ im Sinne von „Spielwährungen“ innerhalb virtueller Welten, virtuellen Währungen wie *Bitcoin*, die auch außerhalb der virtuellen Welt verwendet und mit Fiatwährungen¹² gleichgesetzt werden, Lieferungen körperlicher Gegenstände sowie sonstigen Leistungen i. S. d. UmStG. Ferner wird auf den Leistungsort bei Verkäufen und Veranstaltungen eingegangen und es werden einige Praxishinweise gegeben. Zuletzt folgen noch Ausführungen zur Lohnsteuer, wobei hier die Unterscheidung zwischen Sachbezug und Geldleistung zu berücksichtigen ist, was bei Kryptowerten strittig ist.

XII. § 12 – Implikationen des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes für das Metaverse

Im zwölften und letzten Kapitel von „Metaverse und Recht“ gehen die Bearbeiter *E. Wagner*, *Ruttloff*, *S. Wagner* und *Schuler* auf das am 1.1.2023 in Kraft getretene Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) ein. Dabei stellen sie fest, dass das Gesetz selbst keine Anknüpfungspunkte zum Metaverse besitzt, aber wegen des Rechtsstaatsprinzips womöglich auch auf die virtuelle Welt angewendet werden muss – denn einen rechtsfreien Raum darf es nicht geben. Dabei werden zunächst die allgemeinen Pflichten des LkSG dargestellt und danach geprüft, inwiefern diese auf das Metaverse angewandt werden können. Problematisch ist hier bereits die Anwendbarkeit des LkSG auf im Metaverse tätige Unternehmen wie z. B. DAOs, was wohl eine Einzelfallfrage ist.

¹² Fiatwährungen sind solche Währungen, denen kein materieller Wert innewohnt und die ihren Tauschwert allein durch Staatsgewalt gewinnt. Im Bereich von Kryptowährungen bezeichnet man mit „Fiat“ alle gängigen Währungen, z. B. den Euro, Yen, US-Dollar, etc. Hierzu Polleit, Gold ist die bessere Währung, abrufbar unter: <https://www.wiwo.de/finanzen/geldanlage/intelligent-investieren-gold-ist-die-bessere-waehrung/20437430.html> (zuletzt abgerufen am 19.7.2024).

Anschließend wird geprüft, inwiefern Metaverse-Aktivitäten Teil der Lieferkette i. S. d. LkSG sein können und welche Auswirkungen ein Metaverse-Bezug auf die Pflichtenerfüllung nach dem LkSG hat.

D. Fazit

„Metaverse und Recht“ ist, soweit ich es erkennen kann, ein Unikat im deutschsprachigen Raum. Es handelt sich um einen „Rundumschlag“ in alle (wirtschaftsrechtlichen) Rechtsbereiche mit dem Ziel, den Leser für rechtliche Fragestellungen zur sich immer schneller entwickelnden virtuellen Welt und ihren fundamentalen Technologien zu sensibilisieren. Dabei bietet es in allen Kapiteln einen groben Überblick über den jeweiligen Rechtsbereich, den die Bearbeiter für Metaverse-Sachverhalte für relevant erachten. Zweck ist es, dem designierten Hauptklientel eine erste Hilfestellung zu bieten: Unternehmen, die ihre Geschäftsaktivitäten (zumindest partiell) ins Metaverse verlagern wollen.

Das ist meines Erachtens gelungen, wenn in diesen Unternehmen Juristen arbeiten, was allerdings bei kleinen und mittleren Unternehmen regelmäßig nicht der Fall ist. Ein Geschäftsführer, der von Haus aus Betriebswirt oder Ökonom ist, wird vielleicht beim Kapitel zum Arbeitsrecht noch folgen können und wollen; wenn es dann aber z. B. in § 7 um Regulationsthemen oder in § 9 um kartellrechtliche Fragestellungen geht, wird er wahrscheinlich das Handtuch werfen, bevor er sich (Fachfremdheit vorausgesetzt) mit dem *Cyber-Resilience Act* oder Art. 22 Abs. 1 der Fusionskontrollverordnung auseinandersetzt.

Das heißt aber nicht, dass das Buch unverständlich geschrieben oder überkomplex entworfen ist. Ganz im Gegenteil. Als Jurist konnte ich aufgrund der Konzeption, trotz geringer Vorkenntnisse in einigen Rechtsbereichen, zumeist gut folgen – sowohl wenn es um die rechtlichen als auch wenn es um die technischen Fragestellungen geht. Das Konzept, zuerst die relevanten Themen grob in der Einleitung vorzustellen und dann eingehender für die „reale“ Welt darzustellen, überzeugt, denn es hat dazu geführt, dass ich den Subsumtionen folgen und mir selbst eine Meinung bilden konnte.

Eine weitere Leistung des Buches ist das hohe Maß an Kreativität, das die Bearbeiter in jedem einzelnen Kapitel beweisen, da noch viele Weichen gestellt werden müssen, bevor die tatsächlichen Grenzen des Metaverse tatsächlich klar werden. Daher müssen die Bearbeiter sehr häufig im Konjunktiv denken. Denn nicht nur wird das geltende Recht auf ein der Juristerei sehr fernes, nahezu fiktives Konzept – eine digitale Welt, die Parallel zur physischen Realität existiert – angewandt, sondern es werden auch praktische Ideen und Vorschläge für eine

künftige Gesetzgebung geliefert. Hier seien beispielsweise die Vorschläge zur Errichtung einer „Avatarbörse“ zur Verwertung zwangsvollstreckter Avatare¹³ oder eines *on-chain*-Gesellschaftsrechts im *Code* des Metaverse genannt.¹⁴

Wenn man sich nun, unter Berücksichtigung der identifizierten Stärken des Buches, die Frage stellt, wer die eigentlichen Adressaten von „Metaverse und Recht“ sind, kommt man allerdings zu einem etwas anderen Ergebnis als die Herausgeber im Vorwort. Denn die ganz große Mehrheit der Unternehmer wird den Ausführungen des Buches nicht folgen können oder wollen. Vielmehr sind es Juristen, die sich – aus welchen Gründen auch immer – mit der Schnittstelle zwischen Technologie und Recht beschäftigen. Das können natürlich, wie von den Herausgebern intendiert, *In-House* Juristen von Unternehmen sein, aber auch „normale“ Rechtsanwälte, Richter und Verwaltungsbeamte.

Am wichtigsten jedoch – der *Gesetzgeber*.

Zwar gibt es bereits Partikularregulation zu Schlüsseltechnologien des Metaverse, wie z. B. § 7 des Buches dargelegt hat, aber derzeit ist es nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Metaverse als Endpunkt erkannt hat, an dem diese Technologien synergetisch eine virtuelle Realität bilden werden. Da die Entwicklung immersiver Technologien jedoch immer weiter und schneller voranschreitet, sollte sich der Gesetzgeber nicht erst dann umfassende Gedanken machen, wenn bereits unzählige Bürger in der virtuellen Welt agieren bzw. einen Großteil ihrer wachen Lebenszeit verbringen. Insofern ist es absolut begrüßenswert, dass „Metaverse und Recht“ bereits jetzt, wo die Genese der virtuellen Parallelwelt noch ganz am Anfang steht und der *Impact* von Technologien wie KI, VR- und AR-Brillen, *Smart Contracts* als Mittel automatisierter Rechtsdurchsetzung, etc. langsam einem größeren Publikum bekannt werden, einen ersten Ansatzpunkt für Beratung, Rechtsanwendung und künftige Gesetzgebung bietet. Es bleibt zu hoffen, dass das Buch das Interesse vieler Kollegen weckt, sich eingehender mit dem Metaverse zu beschäftigen, damit sich die Rechtswirklichkeit nicht wie in „*Snow Crash*“ darstellt und man in der Zukunft Zitate wie:

„*Y'know, watching government regulators trying to keep up with the world is my favorite sport.*“

guten Gewissens widersprechen kann.

¹³ *Quinke/F. Wagner/Ebert* (Fn. 7), S. 17, Rn. 52.

¹⁴ *Viciano Gofferje/Pfarr/Schaffer* (Fn. 6), S. 71, Rn. 231 f.