BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst
Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

GRUNDLAGEN

Vicki Fee Weber
Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

Max Rinckens
Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

ZIVILRECHT

Elisabeth Maria Eckhold
Grundbuch auf der Blockchain

ÖFFENTLICHES RECHT

David Wellstein
An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions

Leo Miura
Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung

4. Jahrgang · Seiten 85–172
www.berlinerrechtszeitschrift.de
ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 2/2023

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Redaktion

Schriftleitung

Moritz Funke, Magnus Habighorst, Diyar Kılıç, Laetizia Krigar, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl

Verlagsleitung

Charles E. Müller, Jiline Schucht (Stellv.)

Redaktion

Rebecca Apel, Mia Barnikel, Julius Baum, Constantin Berlage, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Saner Can Coşkun, Cosima Dengler, Benedict Ertelt, Oscar Genter, Anastasija Glinina, Patricia Grüger, Shiva Khakrah, Sarah Kröning, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Julian Lochen, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Ivette Félix Padilla, Lilly Paeßens, David Reichenheim, Paula Schmidt, Maximilian Schröder, Arne Stockum, Paul Suilmann, Duc Anh Tran, Marie-Christine Wille, Utku Yilmaz

Wissenschaftlicher Beirat

Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*
Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*
Univ.-Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan)
Prof. Dr. *Burkhard Breig*
Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur
Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*
Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*
Univ.-Prof. Dr. *Katharina de la Durantaye*, LL.M. (Yale)
Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago)
Dr. *Andreas Fijal*
Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*
Univ.-Prof. Dr. *Helmut Grothe*
Prof. Dr. *Thomas Grützner*
Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard)
Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*
Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*
Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*
Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*
Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*
Univ.-Prof. Dr. *Christine Morgenstern*
Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*
Prof. Dr. *Bettina Rentsch*, LL.M. (Michigan)
Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*
Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*
Dr. *Michael Sommerfeld*
Prof. Dr. *Björn Steinrötter*
Prof. Dr. *Johannes Weberling*
Prof. Dr. *Maik Wolf*
Univ.-Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

Zitiervorschlag

Name, BRZ 2023, (Seite)

Vorwort der Schriftleitung

Das Jahr 2023 geht langsam zu Ende. Das heißt aber auch: Die Lektüre der BRZ-Ausgabe 2/2023 kann beginnen!

Die vorliegende Ausgabe ist das Ergebnis des großen Einsatzes eines vielköpfigen Teams, in dem es auch seit der letzten Ausgabe wieder zahlreiche Veränderungen gab. *Yola Kretschmann* und *Belisa Miller* verließen nach langjähriger Tätigkeit die Redaktion und beendeten damit auch ihre Tätigkeit in der organisatorischen Schriftleitung. *Julian Westphal* verabschiedete sich nach fast dreijährigem Engagement – zunächst als Redakteur, dann auch als Mitglied der inhaltlichen Schriftleitung – ebenfalls aus der Redaktion. Ihm folgte mit *Magnus Habighorst* der bisherige Leiter des Unterressorts Zivilrecht nach. Diese Aufgabe wiederum hat *Paul Suilmann* übernommen. Die Leitung des Unterressorts Strafrecht ging mit dem Ausscheiden von *Gabriel Schrieber* auf *Antonia Schwarz* über – diejenige des Öffentlichen Rechts mit dem Ausscheiden von *David Wellstein* auf *Ivette Félix Padilla*.

Wir bedanken uns an dieser Stelle nochmals herzlich bei allen Ausgeschiedenen für ihr außerordentliches Engagement. Ohne Euch wäre die BRZ nicht, was sie ist. Allen neuen Verantwortlichen und Mitgliedern wünschen wir viel Freude – auf gute Zusammenarbeit!

Inhaltlich bietet das neue Heft eine spannende Zeitreise durch sehr unterschiedliche Epochen der Rechtsentwicklung. Von der Reederhaftung aus vorchristlicher Zeit und den großen Fragen der Aufklärung über bereits beschlossene und bald in Kraft tretende Gesetze bis hin zu aktuellen und Anstößen für zukünftige Reformdiskussionen ist von allem etwas dabei:

In ihrem Editorial beleuchtet unsere Redakteurin *Antonia Schwarz* die aktuelle Debatte um die Dokumentation der strafprozessualen Hauptverhandlung. Sie begrüßt die Einführung einer solchen Dokumentation und verteidigt den vorliegenden Regierungsentwurf gegen allzu grundsätzliche Kritik – wenn sie auch manche Frage für noch nicht hinreichend geklärt und manches Potenzial für nicht ausgeschöpft hält.

Unser Beiratsmitglied Professor Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan) und unser Schriftleiter *Magnus Habighorst* stellen in einem Beitrag aus der Lehre die wesentlichen Neuerungen durch die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vor. Diese tritt in wenigen Wochen in Kraft und bringt nicht nur für hunderttausende deutsche Personengesellschaften, sondern auch die über hunderttausend Jura-Studierenden in Deutschland wichtige Änderungen mit sich. Denn das Personengesellschaftsrecht ist bekanntlich nicht nur sehr praxis-, sondern auch überaus prüfungsrelevant.

Der erste studentische Beitrag dieser Ausgabe aus dem Bereich „Grundlagen des Rechts“ entführt uns in die Welt der Rechtsphilosophie. *Vicky Fee Weber* nimmt eine rechtstheoretische Untersuchung des Verhältnisses von „Sein“ und „Sollen“ (oder auch: „Normativität“ und „Faktizität“) vor und vergleicht dabei insbesondere die Ansätze von Immanuel Kant und Hans Kelsen.

Im Anschluss hieran widmet sich auch *Max Rinckens* einer Frage aus den „Grundlagen“ und untersucht die sog. *actio exercitoria* – also die Haftung des Reeders nach römischem Recht. Das mag zunächst exotisch anmuten. Die Lektüre des Beitrags zeigt aber schnell, dass man es mit grundlegenden zivilrechtlichen Themen wie Stellvertretung und Vertrauensschutz im Rechtsverkehr zu tun hat, die hier mal aus einer ganz anderen Perspektive beleuchtet werden. So illustriert der Beitrag anhand der Reederhaftung auch, wie aus dem römischen Recht Erkenntnisse für das Recht der Gegenwart gewonnen werden und welche Probleme dabei bisweilen auftreten können.

Eine Brücke zwischen Vergangenheit und Zukunft schlägt auch *Elisabeth Maria Eckhold* mit ihrer Untersuchung der Frage, ob das traditionelle Grundbuch durch eine Blockchain-Lösung abgelöst werden kann und sollte. Hierzu prüft sie nach Darstellung der technischen Grundlagen die Vereinbarkeit der Blockchain-Technologie mit den sachenrechtlichen Prinzipien und Grundsätzen. Diese bejaht sie nicht nur, sondern zeigt darüber hinaus die Vorteile eines Blockchain-Grundbuchs auf, für dessen Einführung sie sich letztlich ausspricht.

Wahlen sind das Herzstück der repräsentativen Demokratie. Doch wo das Wahlrecht von denen gemacht wird, deren Schicksal von ihnen abhängt, drohen Interessenkonflikte. Hieran knüpfen jüngst intensiv geführte Debatten an – vom *gerrymandering* (dem taktisch motivierten Zuschnitt von Stimmbezirken) in den USA bis hin zur Streichung der Grundmandatsklausel im deutschen Bundeswahlgesetz vor wenigen Monaten. Mit sog. *electoral commissions* stellt *David Wellstein* in seinem verfassungsvergleichenden Beitrag ein Instrument vor, das vor diesem Hintergrund einen wertvollen Beitrag zur unabhängigen Durchführung von Wahlen und Wahlrechtsreformen leisten könnte.

Schließlich widmet sich *Leo Miura* in seinem Beitrag zur steuerlichen Behandlung des Firmenwagens einem steuerrechtlichen Dauerbrenner. Nach Verortung der Problematik im Ertrag- und im Umsatzsteuerrecht sowie einer kurzen Einführung in die Grundfragen der Besteuerung widmet er sich schwerpunktmäßig klassischen Problemen mit Blick auf deren Privatnutzung und die Verfassungsmäßigkeit ihrer Behandlung nach geltendem Recht, aber auch aktuellen und Zukunftsfragen rund um die steuerliche Behandlung der Elektromobilität und weitere Anreize für mehr Klimaschutz.

Wir wünschen Ihnen und Euch eine anregende Lektüre!

Moritz Funke, Magnus Habighorst, Diyar Kılıç,
Laetizia Krigar, Valentin Stojiljkovic und Johannes Weigl.

Die BRZ sagt Danke!

Das Team der BRZ bedankt sich herzlich bei ihren Kooperationspartnern:

HAUSFELD

RAUE

KISS AKADEMIE
JURISTISCHES REPETITORIUM

Das Team der BRZ bedankt sich außerdem beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin.

Freie Universität Berlin

Sie möchten die BRZ unterstützten? Dann werden Sie Mitglied im Berliner Rechtszeitschrift e.V.! Mehr Informationen dazu auf www.berlinerrechtszeitschrift.de!

ZUR NÄCHSTEN AUSGABE

SELBST IN DER BRZ VERÖFFENTLICHEN

Wir publizieren Seminar-, Studien- oder Abschlussarbeiten (ab 13 Punkten), aber auch andere Beiträge aus allen Gebieten der Rechtswissenschaft! Die Beiträge können auf Deutsch oder Englisch verfasst sein. Es kommt nicht darauf, welcher Universität Du angehörst.

Passe Deine Arbeit an die Vorgaben unserer Schriftordnung an. Weitere Informationen findest Du auf der Seite „Hinweise für Veröffentlichende“ im Internet auf unserer Website:

www.berlinerrechtszeitschrift.de

Sende Deinen Beitrag an unsere E-Mail-Adresse:

redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de

Nach dem Reviewprozess erfährst Du, ob Dein Beitrag zur Publikation angenommen wurde.

Die Fristen werden auf der Website bekanntgegeben. Später eingereichte Arbeiten werden für die folgende Ausgabe berücksichtigt.

Inhaltsverzeichnis

EDITORIAL Seite

Antonia Schwarz
Was lange währt, wird endlich gut?
Zur Dokumentation der strafprozessualen Hauptverhandlung
nach dem Regierungsentwurf für ein DokHVG 85

AUS DER LEHRE

Prof. Dr. Gregor Bachmann und Magnus Habighorst
Das modernisierte Personengesellschaftsrecht 89

GRUNDLAGEN

Vicki Fee Weber
Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und
Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens 104

Max Rinckens
Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung
des Reeders im römischen Recht 118

ZIVILRECHT

Elisabeth Maria Eckhold
Grundbuch auf der Blockchain 133

ÖFFENTLICHES RECHT

David Wellstein
An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions 147

Leo Miura
Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung 160

Seiten 85–172
Jahrgang 4 · Heft 2
28. November 2023

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT BRZ

Herausgeber: Berliner Rechtszeitschrift e.V.

Schriftleitung: *Moritz Funke, Magnus Habighorst, Diyar Kılıç, Laetizia Krigar, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl*

Redaktion: *Rebecca Apel, Mia Barnikel, Julius Baum, Constantin Berlage, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Saner Can Coşkun, Cosima Dengler, Benedict Ertelt, Oscar Genter, Anastasija Glinina, Patricia Grüger, Shiva Khakrah, Sarah Kröning, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Julian Lochen, Charles E. Müller, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Ivette Félix Padilla, Lilly Paeßens, David Reichenheim, Paula Schmidt, Maximilian Schröder, Jiline Schucht, Arne Stockum, Paul Suilmann, Duc Anh Tran, Marie-Christine Wille, Utku Yilmaz*

Wissenschaftlicher Beirat: Univ.-Prof. Dr. *Christian Armbrüster*, Univ.-Prof. Dr. *Helmut Philipp Aust*, Univ.-Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan), Prof. Dr. *Burkhard Breig*, Univ.-Prof. Dr. *Christian Calliess*, LL.M. Eur, Univ.-Prof. Dr. *Ignacio Czeguhn*, Univ.-Prof. Dr. *Kirstin Drenkhahn*, Univ.-Prof. Dr. *Katharina de la Durantaye*, LL.M. (Yale), Univ.-Prof. Dr. *Andreas Engert*, LL.M. (Univ. Chicago), Dr. *Andreas Fijal*, Univ.-Prof. Dr. *Johannes W. Flume*, Univ.-Prof. Dr. *Helmut Grothe*, Prof. Dr. *Thomas Grützner*, Univ.-Prof. Dr. *Felix Hartmann*, LL.M. (Harvard), Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen*, Univ.-Prof. Dr. *Heike Krieger*, Univ.-Prof. Dr. *Bertram Lomfeld*, Univ.-Prof. Dr. *Cosima Möller*, Univ.-Prof. Dr. *Carsten Momsen*, Univ.-Prof. Dr. *Christine Morgenstern*, Univ.-Prof. Dr. *Olaf Muthorst*, Prof. Dr. *Bettina Rentsch*, LL.M. (Michigan), Univ.-Prof. a. D. Dr. *Helmut Schirmer*, Univ.-Prof. Dr. *Gerhard Seher*, Dr. *Michael Sommerfeld*, Prof. Dr. *Björn Steinrötter*, Prof. Dr. *Johannes Weberling*, Prof. Dr. *Maik Wolf*, Univ.-Prof. Dr. *Johanna Wolff*, LL.M. eur. (KCL)

EDITORIAL

Was lange währt, wird endlich gut?

Zur Dokumentation der strafprozessualen Hauptverhandlung nach dem Regierungsentwurf für ein DokHVG

„Hauptverhandlungsdokumentationsgesetz“ (DokHVG) – diesen Namen trägt das Gesetz, das die Hauptverhandlung in Strafsachen audiovisuell dokumentieren und somit zeitgemäß ausgestalten soll. Den Regierungsentwurf (RegE) hierzu hat das Bundesministerium der Justiz am 10. Mai 2023 vorgelegt (BT-Drucks. 20/8096). Insbesondere sollen mit Hilfe des neuen Hauptverhandlungsprotokolls die Erkenntnismöglichkeiten im Strafverfahren erweitert und dadurch potentielle Fehlerquellen beseitigt werden. Derartiges ist bereits seit langem durch Stimmen aus Praxis und Literatur gefordert worden. Leider hatte sich der federführende Rechtsausschuss des Bundesrats am 7. Juli 2023 vorerst gegen den Gesetzesentwurf ausgesprochen (vgl. BR-Drucks. 227/1/23, S. 1). Er empfiehlt dem Bundesrat, den Gesetzesentwurf in seiner aktuellen Fassung abzulehnen. Zur weiteren Beratung hörte der Bundestag in seinem Rechtsausschuss am 11. Oktober 2023 verschiedene Stimmen aus Richter- und Anwaltschaft. Die Mehrheit von ihnen sprach sich für den aktuellen Gesetzesentwurf aus, weswegen zu hoffen blieb, dass der Bundestag auch weiterhin daran festhalten würde. Hoffnung darauf machte auch der Umstand, dass es sich bei dem DokHVG um ein Einspruchsgesetz handelt. Der Bundesrat hätte das Gesetz also allenfalls durch Anrufung des Vermittlungsausschusses verzögern können. Ein Vetorecht stand ihm nicht zu. Erfreulicherweise ist der Bundestag nun am 17.11.2023 der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nachgekommen und hat den Gesetzesentwurf (in leicht abgewandelter Form) beschlossen (vgl. BT-Drucks. 20/9359). Der folgende Beitrag bezieht sich auf den ursprünglichen Regierungsentwurf (BT-Drucks. 20/8096), was aber aufgrund der minimalen Änderungen des Rechtsausschusses in der finalen Beschlussempfehlung für den Inhalt des Beitrages unschädlich ist.

Grob zusammengefasst sieht der Entwurf des DokHVG vor, dass der gesamte Inhalt der Beweisaufnahme in erstinstanzlichen Verfahren vor den Land- und Oberlandesgerichten digital dokumentiert wird (§ 271 Abs. 2 S. 1 StPO-RegE). Der wichtigste Unterschied im Vergleich zum vorherigen Referentenentwurf (RefE) besteht darin, dass nunmehr lediglich eine „digitale Dokumentation“ zwingend vorgesehenen ist (siehe § 271 Abs. 2 StPO-RegE). Diese ist an die Stelle der zwingenden „Bild- und Tonaufzeichnung“ (siehe § 271 Abs. 2 StPO-RefE) getreten. Einige Details der Ausgestaltung sollen nach § 19 EGStPO-E an die Landesregierungen delegiert werden. Insbesondere soll es diesen überlassen sein, neben der akustischen zusätzlich eine visuelle Dokumentation der Hauptverhandlung einzuführen (§ 19 Abs. 1 S. 2 EGStPO-E). Kritik an der bildlichen Dokumentation war

vor allem aus der Richterschaft laut geworden. Dass ihr nun nachgegeben wird, ist beklagenswert: So wird die spätere Nachvollziehbarkeit letztlich auf verbales Aussageverhalten beschränkt und nonverbale Aspekte werden ausgeblendet. Im Übrigen erscheint die Delegation an die Landesregierungen auch nicht frei von Widersprüchen: Sprächen ernsthafte Sachgründe gegen Bildaufnahmen, wäre es konsequent, ganz von ihnen abzusehen. Nun steht eine halbherzige Kompromisslösung im Raum, die zur Lösung der mit der visuellen Dokumentation zusammenhängenden Probleme nichts beiträgt.

Die nach dem RegE weiterhin zwingende Tonaufnahme soll mit Hilfe einer digitalen Transkriptionssoftware unmittelbar verschriftlicht werden (§ 271 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE). Diese Verschriftlichung würde neben das offizielle Hauptverhandlungsprotokoll treten und den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht bereits während der Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt werden (§ 273b Abs. 2 StPO-RegE). Insbesondere würde sie auch dem Richter als einheitliches objektives Hilfsmittel bei Beweiswürdigung und Urteilsfällung zur Seite stehen. Besonders hervorzuheben ist dabei, dass der RegE, wie auch der vorherige RefE, keine weitergehenden Regelungen für das Revisionsverfahren vorsieht (lediglich diesbezügliche Klarstellung in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE). So überlässt der Entwurf den Umgang mit den (Bild- und) Tonaufnahmen sowie dem Transkript der Tonaufnahme weitgehend der Revisionspraxis (vgl. RegE, BT-Drs. 20/8096, S. 16).

Die nunmehr beschlossene Reform wird begleitet von heftiger Kritik aus Richter- und Anwaltschaft. So ist die aktuelle Debatte letztlich der Höhepunkt einer seit Jahrzehnten schwelenden Diskussion darüber, ob und in welcher Form es einer digitalen Dokumentation der Hauptverhandlung überhaupt bedarf. Gerade Strafverteidiger haben eine solche immer wieder gefordert. Die Mehrheit der Richterschaft lehnt sie allerdings bis heute ab. So ist der Deutsche Richterbund nach wie vor der Auffassung, dass es derart weitreichender Änderungen im Strafprozessrecht nicht bedürfe. Trotz der Herausnahme des zwingenden Erfordernisses einer visuellen Dokumentation greife der aktuelle Entwurf unverhältnismäßig in die Grundrechte von Zeugen und sonstigen Verfahrensbeteiligten ein. Es sei darüber hinaus zu erwarten, dass sich das DokHVG gerade im Bereich der organisierten Kriminalität oder in Staatsschutzsachen nachteilig auf das Aussageverhalten von Zeugen auswirke und damit die Wahrheitsfindung im Strafverfahren erschwere, wenn nicht sogar im Einzelfall vereitele. Bereits bei den dokumentierenden Tatgerichten sei mit einer erheblichen Mehrbelastung durch die Dokumentation zu rechnen, aber auch im Revisionsverfahren drohe eine solche durch einen Anstieg an Verfahrensrügen mit dem Ziel, die Beweiswürdigung des Tatgerichts anzugreifen. Zwar sei die Klarstellung in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO-RegE zu begrüßen, da sie die Trennung von Tat- und Revisionsgericht betone. Ein Mehraufwand könne aber dennoch entstehen, wenn gerügt werde, dass das Tatgericht eine Zeugenaussage falsch gewürdigt habe. Denn dann wäre das Revisionsgericht gehalten, die Tonaufzeichnung und das dazugehörige Transkript zu prüfen, um in einem ersten Schritt feststellen zu können, ob die Rüge ausreichend begründet worden ist (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO-E). Zum Teil wird hierin gar eine Aushebelung des revisionsrechtlichen Rekonstruktionsverbots erblickt.

Unter dem Strich vermag die allzu grundsätzliche Kritik in der Richterschaft indes nicht zu überzeugen. Die Einführung einer Hauptverhandlungsdokumentation ist überfällig. Gerade in immer umfangreicheren Wirtschaftsstrafverfahren würde eine Dokumentation der Hauptverhandlung das Verfahren erleichtern und eine funktionierende Strafrechtspflege sichern. Es erscheint anachronistisch, dass Richter ihre Urteile ausschließlich mithilfe des oft kargen Hauptverhandlungsprotokolls (§§ 272, 273 StPO) und selbst angefertigter Mitschriften fällen. Ein Blick in andere Länder (etwa die USA oder Australien) und die Prozessordnungen internationaler Gerichte (vgl. Art. 69 IStGH-Statut) zeigt, dass es auch anders geht: Video- und Tonaufzeichnungen sind dort gang und gäbe. Mit Blick auf den deutschen Strafprozess muss man sich demgegenüber die Frage gefallen lassen, ob das Fehlen einer Dokumentation und die daraus resultierende Notwendigkeit der Anfertigung von Mitschriften durch die Richter selbst dem Unmittelbarkeitsgrundsatz (siehe insb. § 250 StPO)

überhaupt gerecht wird. Eine institutionalisierte Dokumentation würde nicht nur die spätere Nachvollziehbarkeit erleichtern, sondern durch Vermeidung von Ablenkung bereits die Wahrnehmung während der Verhandlung schärfen.

Der Sorge vor der Aushebelung des Rekonstruktionsverbots begegnen Befürworter des Gesetzes mit dem Argument, dass das geplante „neue Hauptverhandlungsprotokoll", vgl. § 272 Abs. 4, 273 StPO-RegE, lediglich zu einer Verschriftlichung der Zeugenvernehmung führe, die mittels Urkundenbeweises (§§ 249 ff. StPO) in die Hauptverhandlung eingeführt werden könne. Der Entwurf fördere mit dem geplanten Transkript zwar die Nachvollziehbarkeit und damit letztlich auch die Revisibilität von Fehlern. Es entstehe jedoch gerade kein Widerspruch zur bisherigen Grundstruktur der Revision, die explizit nicht angerührt werden soll. Vielmehr würden etablierte Anwendungsfälle nur empirisch erweitert. Im Rahmen sogenannter (auf § 261 StPO gestützter) *Inbegriffsrügen* rügt der Revisionsführer, dass das Tatgericht seinem Urteil Umstände zugrunde gelegt hat, die nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft wurden oder dass ein in der Hauptverhandlung verwendetes Beweismittel inhaltlich etwas anderes ergeben habe, als im Urteil festgestellt worden ist. In letzterem Fall muss sich das Revisionsgericht also häufig die Frage stellen, was genau der Inhalt der Zeugenaussage gewesen ist, woran bisher meist auch die Rüge scheitert. Bereits heute lehnt die Rechtsprechung jedoch einen Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot ab (und lässt damit eine auf § 261 StPO gestützte Rüge zu), wenn die Beweise in der Hauptverhandlung objektiv dokumentiert wurden, wie es beispielsweise bei der Verlesung von Urkunden gem. § 249 StPO oder bei wörtlichen Protokollierungen gem. § 251 StPO üblich ist. Durch das Transkript wird auch bei Vorliegen einer Tonaufnahme (und ggf. Videoaufnahme) der Schriftlichkeitsgrundsatz des Revisionsverfahrens gewahrt. Begreift man das Transkript also als Urkundenbeweis, ist kein Widerspruch zu den bisherigen, maßgeblich durch die Rechtsprechung geformten, Grundprinzipien des Revisionsrechts zu befürchten.

Zwar darf bezweifelt werden, ob der RegE dem Umstand hinreichend Rechnung trägt, dass gerade nicht jede irgendwie festgestellte Abweichung von Protokoll und Urteil zu einer Aufhebung des Urteils führen darf. Um eine übermäßige Mehrbelastung der Revisionsgerichte zu verhindern, sollte die Revisibilität deshalb auch weiterhin auf evidente Fehler beschränkt bleiben. In Ermangelung einer Regelung durch den RegE bedürfte es hierzu jedoch einer Fortentwicklung der Judikatur dahingehend, welche Art und welches Gewicht der Fehler haben muss, um als evident zu gelten. Daher ist sich dem Alternativ-Entwurf Audiovisuelle Dokumentation der Hauptverhandlung (AE-ADH) des Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer anzuschließen, der diesbezüglich eine gesetzgeberische Vorgabe fordert. Diese würden auch sonst mehr Klarheit und Vorhersehbarkeit in das ohnehin schon stark richterrechtlich geprägte Revisionsrecht bringen.

Anders als von Kritikerin verlautbart, wird die digitale Dokumentation und ein Transkript der Hauptverhandlung einen wahren Mehrwert für den deutschen Strafprozess bieten. So wird der Praxis, wonach der Richter ein Urteil allein auf seine eigene – fehleranfällige – Erinnerung stützt, endlich Einhalt geboten. Inhaltliche Mängel eines Urteils könnten so zuverlässiger unterbunden werden. In Fällen knapper Zeugenaussagen mit eindeutigem Inhalt werden in Zukunft also weniger Rügen dieser Art zu erwarten sein.

Auch der Vorschlag des RegE, die Aufzeichnungen und das Transkript den Verfahrensbeteiligten zur Verfügung zu stellen (§ 273b Abs. 1 StPO-RegE) sowie zu den Akten zu nehmen (§ 273a Abs. 1 StPO-RegE) begegnet keinen durchgreifenden (etwa persönlichkeitsrechtlichen) Bedenken: Die Aufnahmen und die Transkripte sollen nicht jedermann zur Verfügung stehen, sondern ausschließlich den jeweiligen Verfahrensbeteiligten. Diese haben die Aussagepersonen im Verfahren ohnehin schon erlebt. Eine Verwendung der Aufzeichnung während des Verfahrens ist nur für Strafverfahrenszwecke uneingeschränkt zulässig (§ 273a Abs. 2 S. 1 StPO-RegE). Für eine weitergehende

Verwendung in anderen Gerichts- oder behördlichen Verfahren bedarf es einer Einwilligung der Angeklagten, Zeugen oder Nebenkläger (§ 273a Abs. 2 S. 3 StPO-RegE). Dass das Transkript und die Aufzeichnungen den Verfahrensbeteiligten bereitgestellt werden sollen, dient der Verfahrensökonomie (Vor- und Nachbereitung, Anträge, Verfassen des Urteils wird erleichtert) und der allgemeinen Wahrheitsfindung im Strafprozess. Dahinter haben die Persönlichkeitsrechte des Einzelnen grundsätzlich zurückzustehen. Ein Eingriff erscheint damit prinzipiell gerechtfertigt.

Weiterhin sieht der RegE zum Schutz der Persönlichkeitsrechte in § 273 Abs. 2 StPO-RegE vor, dass in Fällen von § 172 Nr. 1 GVG (Gefährdung der Staatssicherheit) und § 172 Nr. 1a GVG (Gefährdung des Leibes, Leben oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person) von der Tonaufzeichnung und der Transkription abgesehen werden kann. Dies stellt eine Konkretisierung gegenüber dem RefE dar, der lediglich vorgeschrieben hatte, dass die Aufzeichnung unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte der aufgezeichneten Personen zu erfolgen hat (§ 273 Abs. 1 StPO-RefE). Der unzulässige Ausschluss der Öffentlichkeit stellt einen absoluten Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO dar, weswegen zu erwarten ist, dass § 273 Abs. 2 StPO-RegE in der Praxis mit Bedacht angewandt werden wird. Sofern es nach dem Entwurf zu Bildaufzeichnungen kommt, ordnet § 19 Abs. 2 EGStPO-E außerdem an, dass die Aufnahme unter Wahrung der Persönlichkeitsrechte vorgenommen werden muss. Diese offene Formulierung für Bildaufnahmen, gepaart mit der konkreten Anweisung zur Kameraeinstellung in § 19 Abs. 3 EGStPO-E, betont die besondere Bedeutung von Persönlichkeitsrechten bei Bildaufnahmen und ermöglicht ein Vorgehen, das den Umständen des Einzelfalls gerecht wird. Dadurch wird das Risiko eines unverhältnismäßigen Eingriffs minimiert.

Dem Einwand, die Dokumentation der Hauptverhandlung würde sich nachteilig auf das Aussageverhalten auswirken, ist entgegenzuhalten, dass für eine derartige Annahme keinerlei empirische Belege vorliegen. Es erscheint darüber hinaus möglich, dass sich eine Dokumentation allgemein positiv auf das Verhandlungsklima auswirken wird, weil Aussagen bestimmter Zeugen überprüft werden können und daher haltlose Vorhalte eliminiert werden. Darüber hinaus könnte das Transkript ein Gleichgewicht zwischen den Verfahrensbeteiligten schaffen, weil nicht nur den wohlhabenden unter ihnen, die sich einen Stenografen privat finanzieren können, ein ausführliches Protokoll zur Verfügung steht.

Als weiterer Knackpunkt für das Gelingen der praktischen Umsetzung des Gesetzes könnte sich schließlich die durch den RegE vorgesehene automatisierte Übertragung der Tonaufzeichnung in ein Transkript überweisen. Diese hat bereits viel Kritik auf sich gezogen. Denn die hierfür notwendige Software existiert heute noch nicht. Zwar begegnet der RegE dem technischen Risiko und der mehrheitlichen Erwartung, dass es gerade in der Anfangsphase der Dokumentation vermehrt zu „technischen Komplikationen“ kommen wird, indem er festschreibt, dass die Hauptverhandlung bei Vorliegen einer „vorübergehenden technischen Störung“ der Aufzeichnung oder des Transkripts dennoch fortgesetzt werden kann (§ 273 Abs. 1 StPO-RegE). Dadurch wird der notwendigen Verfahrensbeschleunigung gegenüber der Hauptverhandlungsdokumentation zurecht Priorität eingeräumt. Dennoch bleibt etwa fraglich, was unter einer „vorübergehenden Störung“ zu verstehen ist und welche Rechtsfolgen es nach sich zieht, wenn die Störung nicht vorübergehend ist, die Hauptverhandlung jedoch trotzdem fortgeführt wird.

Insgesamt lässt das Gesetz also weiterhin wichtige Fragen unbeantwortet, wenn die diesbezüglichen Kritikpunkte auch andere sind als noch bezüglich des RefE. Außerdem verschenkt er durch den Verzicht auf die zwingende Bilddokumentation wertvolle Potenziale und ist so noch nicht der erhoffte große Wurf. Dass aber *überhaupt* eine Dokumentation eingeführt wird, ist zu begrüßen. Mit der Erfüllung dieser Kernforderung wurde nun zumindest ein erster Schritt hin zu einem zeitgemäßeren Strafprozess getan.

von **Antonia Schwarz**

Prof. Dr. *Gregor Bachmann* und *Magnus Habighorst*[*]

Das modernisierte Personengesellschaftsrecht

Zum Jahreswechsel erwarten uns in den Medien regelmäßig Berichte, die einen Überblick über das sich ändernde Recht geben. Im Mittelpunkt stehen hier oft der neue Bußgeldkatalog und finanzielle Be- und Entlastungen im Alltag. Für das Jahr 2024 sollte in solchen Aufstellungen – jedenfalls aus Sicht von Studierenden, der Anwaltschaft, Rechtswissenschaft und Wirtschaft – auch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) nicht fehlen. Dieses umfangreiche Artikelgesetz, das Änderungen in mehr als 130 einzelnen Gesetzen vorsieht, wurde 2021 beschlossen und verkündet, tritt aber erst am 1.1.2024 in Kraft. Unser Beitrag soll einen Überblick über die wesentlichen Neuerungen für Studium, Prüfung und Praxis geben und auf fortbestehende und neue Problemstellungen hinweisen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung und Überblick 90
B. Das MoPeG – ein Gesetzgebungsverfahren (fast) aus dem Bilderbuch 90
I. Vorspiel zum MoPeG: Eine kleine Gesellschaftsrechtsgeschichte 90
II. Ein „gutes“ Gesetz 91
C. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundrechtsform 91
I. Normierung der GbR 91
II. Entstehung und Rechtsfähigkeit 91
1. Entstehung der Gesellschaft 91
a) Gesellschaftsvertrag 91
b) Gesellschafter 92
c) Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks 92
2. Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB 92
a) Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB . 92
b) Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 719 BGB 93
III. Das Gesellschaftsregister und die eGbR 93
1. Grundsätzliche Eintragungsfreiheit, aber… 93
2. Bewirkung und Inhalt der Eintragung, Löschung 94
3. Rechtsfolgen der Eintragung 94
IV. Das Innenverhältnis 95
1. Gesellschaftsvermögen 95
2. Geschäftsführung 95
a) Begriff 95
b) Befugnis zur Geschäftsführung 95
c) Selbstorganschaft 95
d) Pflichtverletzung 96
3. Beschlussfassung 96
a) Erfordernis und Verfahren der Beschlussfassung 96
b) Mehrheitsprinzip 97
c) Beschlussmängel 97
4. Aufwendungsersatz gem. § 716 Abs. 1 BGB, Herausgabepflicht 97
V. Die Vertretung der Gesellschaft 97
VI. Gesellschafterhaftung 98
VII. Alles hat ein Ende, doch Gesellschaften haben zwei… 99
1. Auflösung 99
2. Liquidation 99
VIII. Die nicht rechtsfähige GbR (§§ 740–740c BGB) 99
1. Rechtsnatur, Entstehung und Relevanz 99
2. Innenverhältnis 100
3. „Außenverhältnis“ 100
4. Beendigung und Auseinandersetzung, Ausscheiden eines Gesellschafters 100
D. Recht der OHG (§§ 105 ff. HGB) 100
I. Überblick 100
II. Anwendbares Recht 100
III. Entstehung der OHG 100
1. Entstehung gem. § 105 Abs. 1 HGB („Ist-OHG“) 101
2. Entstehung gem. § 107 Abs. 1 HGB („Kann-OHG“); Freiberufler-OHG 101
3. Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 123 HGB 101
IV. Wichtigste Unterschiede zur GbR im Innen- und Außenverhältnis 101
1. Kaufmannseigenschaft und Firma 101
2. Geschäftsführung und Vertretung 101
3. Beschlussfassung und Beschlussmängel 101
4. Haftung 102
E. Recht der Kommanditgesellschaft 102
I. Überblick 102
II. Anwendbares Recht 102
III. Besonderheiten im Innen- und Außenverhältnis der Kommanditgesellschaft 102
IV. Kommanditistenhaftung 102
F. Ausblick 103

* Prof. Dr. *Gregor Bachmann*, LL.M. (Michigan), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt Universität zu Berlin, geschäftsführender Direktor des dortigen Notarinstituts und Beiratsmitglied der Berliner Rechtszeitschrift (BRZ). Er hat als Sachverständiger den Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages zum MoPeG beraten. *Magnus Habighorst* ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am genannten Lehrstuhl und Schriftleiter der BRZ.

A. Einleitung und Überblick

Die Rechtsformen, die das Gesellschaftsrecht im Angebot hat, können in zwei Kategorien, Kapitalgesellschaften[1](v.a. GmbH und Aktiengesellschaft) und Personengesellschaften, aufgeteilt werden. Die wichtigsten letzterer Art sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), auch BGB-Gesellschaft genannt, die offene Handelsgesellschaft (OHG) und die Kommanditgesellschaft (KG) sowie die Partnerschaftsgesellschaft (PartG). Das MoPeG betrifft unmittelbar allein diese Personengesellschaften.

Die in den §§ 705 ff. BGB[2] normierte GbR ist die Grundform der Personengesellschaften; OHG (§§ 105 ff. HGB) und KG (§§ 161 ff. HGB) bauen hierauf auf. Das heißt erstens, dass die Regeln der GbR auch für die anderen Personengesellschaften gelten, wenn keine besonderen Normen für diese vorhanden sind. Zweitens sind Gesellschaften, wenn sie die besonderen Anforderungen an die jeweilige Gesellschaft (noch) nicht erfüllen, im Zweifel eine GbR.

Die Befassung mit dem Personengesellschaftsrecht und seiner Reform, zu der hier eingeladen wird, lohnt sich. Denn im Wirtschaftsleben ist an Personengesellschaften kaum vorbeizukommen; Stand 1.1.2023 waren 22.650 OHG und 297.335 KG in deutschen Handelsregistern erfasst.[3] Letztere erfreuen sich in der Typenvermischung der GmbH & Co. KG besonderer Beliebtheit. Die Zahl der GbR dürfte um ein Vielfaches höher sein, kann aber mangels Registrierungspflicht und bisher auch mangels Registrierungsmöglichkeit nicht erfasst werden. Neben die Praxis- tritt die Prüfungsrelevanz: Personengesellschaften sind in allen Bundesländern Prüfungsstoff in den juristischen Staatsprüfungen.[4]

Im Folgenden soll der Schwerpunkt nach einigen Bemerkungen zum Gesetzgebungsverfahren (B.) auf den relevantesten Fragen aus dem Recht der GbR liegen (C.), wobei die Reihenfolge grob dem Lebensablauf einer Gesellschaft (Entstehung – laufende Geschäfte – Auflösung und Liquidation) entspricht. Es schließen sich die wichtigsten Normen und Abweichungen im Recht von OHG (D.) und KG (E.) an.

B. Das MoPeG – ein Gesetzgebungsverfahren (fast) aus dem Bilderbuch

Die Entstehung des MoPeG kann man in weiten Teilen als einen idealtypischen Gesetzgebungsprozess bezeichnen. Davon wird man auch in Zukunft bei der Rechtsanwendung profitieren.

I. Vorspiel zum MoPeG: Eine kleine Gesellschaftsrechtsgeschichte[5]

Im Jahr 2001 hat der II. Zivilsenat des BGH in der Entscheidung „ARGE Weißes Ross“ die nach außen als solche auftretende GbR als rechtsfähig anerkannt.[6] Spätestens hiernach spiegelten die §§ 705 ff. BGB a.F. nicht mehr die tatsächliche Rechtslage wider. Denn der BGB-Gesetzgeber war sich ursprünglich unsicher, wie die GbR ausgestaltet sein sollte. Auf eine dauerhafte, rechtsfähige und ggf. unternehmenstragende Gesellschaft war das Gesetz nicht ausgerichtet. Vielmehr sah es die Gesellschaft als bloßes Schuldverhältnis ohne eigene Außenbeziehungen vor. Ausdrückliche Normen zur Rechtsfähigkeit der GbR fehlten, die existierenden deuteten in verschiedene Richtungen. Daher wurden nach dem Anerkenntnis der Rechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung zunächst Normen aus dem Recht der OHG analog angewandt, insbes. §§ 124, 128 f. HGB a.F. Neben das Auseinanderfallen von tatsächlicher und geschriebener Rechtslage trat ein Publizitätsdefizit für den Rechtsverkehr, denn die Eintragung der GbR in ein Register war nicht möglich.[7]

Nach zahlreichen Reformforderungen[8] aufgrund dieser Probleme befasste sich 2016 der 71. Deutscher Juristentag (DJT) mit der Reform des Personengesellschaftsrechts[9] und empfahl eine solche mit großer Mehrheit.[10] Den Impuls nahm der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD im Jahr 2018 auf und hob eine Reform des Personengesellschaftsrechts unter Einsetzung einer Expertenkommission aufs Tapet.[11] Jene aus sieben Mitgliedern bestehende Kommission erarbeitete zwischen Dezember 2018 und März 2020 den sog. Mauracher Entwurf.[12] Dieser war in der Folge Gegenstand umfangreicher wissenschaftlicher Diskussionen, die ihn überwiegend als gelungen bewerteten, nicht aber ohne Verbesserungen anzumahnen oder Einzel-

[1] Zu den Begriffen juristische Person, Körperschaft und Kapitalgesellschaft s. *Windbichler*/*Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 25. Aufl. 2023, § 2; *Koch*, Gesellschaftsrecht, 12 Aufl. 2021, § 2 Rn. 3 ff.

[2] Alle Normen sind – soweit nicht mit a.F. gekennzeichnet – in der ab 1.1.2024 geltenden Fassung wiedergegeben, vgl. BGBl. 2021 I, 3436.

[3] *Bayer*/*Lieder*/*Hoffmann*, GmbHR 2023, 709 (710 f.).

[4] In Berlin etwa gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 a) JOA die GbR und gem. § 3 Abs. 3 Nr. 1 c) JAO die OHG und die KG.

[5] Titel entlehnt von *Fleischer*, NZG 2015, 769; dieser adaptiert von *Ramseyer*, Corporate Law Stories, 2009.

[6] BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; zu Vor- und Nachspiel des Urteils *Wedemann* in *Fleischer*/*Thiessen*, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 491 (492 ff.). Dogmatische Grundlage legend *Flume*, ZHR 1972, 177 ff.

[7] Dieses hatte schon der II. Senat in seiner Entscheidung zur Rechtsfähigkeit BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 (1060) selbst identifiziert: es könnte „schwierig werden, eine GbR im Prozess so klar zu bezeichnen, dass eine eindeutige Identifizierung […] möglich ist.“ S. hierzu auch RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 101 f.

[8] Früh *K. Schmidt* in BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 3, 1983, S. 413 ff.; *ders*., ZHR 177 (2013), 712 ff.; *Fleischer*/*Heinrich*/*Pendl*, NZG 2016, 1001; *Röder*, AcP 215 (2015), 450 ff.

[9] Vgl. *Schäfer*, Empfiehlt sich eine Reform des Personengesellschaftsrechts?, Gutachten E zum 71. DJT 2016.

[10] Vgl. Verhandlungen des 71. DJT 2016, Band II/1, O 101, Beschluss I. 1. Über die Frage, wie die Reform stattfinden sollte, herrschte indes weniger Einigkeit, wie die Beschlüsse I. 2. – I. 4. zeigen.

[11] Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 14.3.2018, Zeilen 6162 ff.

[12] Zu Einzelheiten s. bei den Kommissionsmitgliedern *Schäfer* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 3 f. sowie *Schollmeyer,* ZGR-Sonderheft 23 (2021), 29 ff.

heiten zu kritisieren.[13] Einige Vorschläge aus der Diskussion des Mauracher Entwurfes wurden in den auf diesem aufbauenden Referentenentwurf und den Regierungsentwurf übernommen und fanden so den Weg ins Gesetz.[14] Auch Anregungen aus der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages wurden berücksichtigt.[15] Schließlich hat der Bundestag das Gesetz am 25.6.2021 einstimmig beschlossen, welches nach einem Verzicht des Bundesrates auf einen Einspruch ausgefertigt werden konnte.

II. Ein „gutes" Gesetz

Gerade vor dem Hintergrund aktueller Debatten um übereilte Legislativverfahren[16] kann die Reform des Personengesellschaftsrechts als Beispiel guter Gesetzgebung dienen.[17] Ein solches, „gutes" Gesetzgebungsverfahren profitiert von einer breiten Legitimation durch umfangreiche Beteiligung der Öffentlichkeit. Eine fachöffentliche Diskussion und Beteiligung von Experten in allen Verfahrensstufen hilft auch bei der Rechtsanwendung. Denn Unstimmigkeiten können so minimiert werden und für die teleologische und historische Auslegung des neuen Rechts steht umfangreiches Material zur Verfügung. Doch auch ein gutes Gesetz ist vor Fehlern nicht gefeit. So führte etwa eine klarstellungsbedingte Änderung in § 715 Abs. 3 BGB, die im Rechtsausschuss angeregt wurde, zu einem Redaktionsfehler in § 715a S. 1 BGB. Derlei Kleinigkeiten vermögen allerdings am Gesamtbild des MoPeG als einem „Jahrhundertwerk"[18] nichts zu ändern, zumal eine Bereinigung in Aussicht steht.[19]

C. Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundrechtsform

Die GbR war bereits seit 1900 in den §§ 705 ff. BGB normiert. Dort bleibt sie auch beheimatet. Durch das MoPeG wurde der Normenkorpus aber inhaltlich stark verändert und aktualisiert sowie im Sinne der bewährten Klammermethode des BGB („Allgemeines voran und vor die Klammer") neu organisiert. Die **rechtsfähige**, **auf** gewisse **Dauer angelegte** und ggf. unternehmensbetreibende **GbR** ist ausdrücklich **Leitbild des neuen Rechts**.[20] Hierzu wurden einige bisher analog angewandte Regelungen aus dem OHG-Recht ins BGB transferiert, weshalb die GbR im neu geschneiderten Rechtskleid auch als „kleine OHG" bezeichnet wird.[21]

I. Normierung der GbR

Der erste Untertitel des GbR-Rechts enthält „allgemeine Bestimmungen", und zwar mit § 705 BGB nur eine Norm. Diese ist auf rechtsfähige und nichtrechtfähige Gesellschaften anwendbar. Der folgende Untertitel normiert die rechtsfähige GbR und befasst sich zuerst mit der (völlig neuen) Registrierung der Gesellschaft (§§ 706 ff. BGB), dann mit dem Innenverhältnis[22] der Gesellschaft (§§ 708 ff. BGB) und sodann mit dem Außenverhältnis, also dem Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten (§§ 719 ff. BGB). Der Untertitel endet mit Regelungen zum Ende von Gesellschafterstellung und Gesellschaft, nämlich zum Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 723 ff. BGB) sowie zur Auflösung (§§ 729 ff. BGB) und Liquidation (§§ 735 ff. BGB). In einem knappen eigenen Untertitel ist in den §§ 740–740c BGB die nicht rechtsfähige Gesellschaft normiert. Hilfreich bei der Orientierung im GbR-Recht sind die neu eingefügten Zwischenüberschriften.

II. Entstehung und Rechtsfähigkeit

1. Entstehung der Gesellschaft

Die Gesellschaft entsteht gem. § 705 Abs. 1 BGB durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen den Gesellschaftern, durch welchen sich diese zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten.

a) Gesellschaftsvertrag

Das Zustandekommen des Gesellschaftsvertrags richtet sich (wie auch bisher) nach den allg. Regeln der §§ 104 ff. BGB. Es bedarf also **übereinstimmender Willenserklärungen** zwischen den Gesellschaftern und es dürfen keine rechtshindernden Einwendungen, etwa die Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters (§§ 104, 105 BGB) oder ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz (§ 134 BGB), vorliegen. Besondere Formanforderungen gelten für den Vertrag nicht, wenn er nicht ein anderweitig formbedürftiges Rechtsgeschäft enthält, z.B. das Versprechen der Übereignung eines Grundstücks durch einen Gesellschafter (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB).

Gelegentlich stellt sich aber die Frage des Rechtsbindungswillens, ohne den keine Willenserklärungen i.S.d. BGB vorliegen. Zur Feststellung, ob die Verabredung der gemeinsamen Zweckverfolgung rechtsverbindlich sein soll,

[13] Vgl. etwa *Bachmann*, NZG 2020, 612; *Habersack*, ZGR 2020, 539; *Heckschen*, NZG 2020, 761. Grundsätzlich kritisch etwa *Altmeppen*, NZG 2020, 822; *Schall*, ZIP 2020, 1443.
[14] Zu den Änderungen in diesen Verfahrensstadien vgl. *Schäfer* (Fn. 12), § 1 Rn. 18 ff.
[15] Vgl. Protokoll Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz 19/144 sowie Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 22.6.2021, BT-Drs. 19/30942.
[16] Vgl. BVerfG NJW 2023, 2561 (Gebäudeenergiegesetz); schon zuvor *Wissmann*, FAZ v. 3.7.2023, S. 8.
[17] Zum Vorbildcharakter des MoPeG-Reformprozesses für weitere Reformen (konkret: des Vereinsrechts) *Bachmann*, NJW Heft 26/2023, Editorial; allgemein zu den Anforderungen an gelungene Reformprozesse *ders*., in: FS Seibert, S. 13 (17 ff.).
[18] Vgl. Rede des Vorsitzenden des Rechtsausschusses *Hirte* v. 25.6.2021, Plenarprotokoll 19/236, 30755.
[19] Vgl. RegE Wachstumschancengesetz, BR-Drs. 433/23, S. 76, wo eine Korrektur des Redaktionsfehlers vorgesehen ist.
[20] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 2, 105 ff., 125 f.
[21] *Bachmann*, NJW 2021, 3073; *ders*., NZG 2020, 612 (614 f.); für das Außenverhältnis auch *Fleischer*, DStR 2021, 430 (438).
[22] Im Gesetz etwas sperriger als „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft" überschrieben.

sind im Zweifel die betroffenen (wirtschaftlichen) Interessen abzuwägen.[23] Praktisch stellen sich Abgrenzungsfragen v.a. bei der nicht rechtsfähigen GbR (siehe unten, C.VIII.).

Beispielsfälle der Rechtsprechung: Organisation eines Abi-Balls durch ein Abiballkomitee inkl. Engagements einer Band[24]; Verabredung zu gemeinsamer Reise inkl. Kostenteilung[25]; Lotto-Tippgemeinschaft[26]; Teilnahme an Kronkorken-Gewinnspiel[27]; Wohngemeinschaft[28].

b) Gesellschafter

§ 705 Abs. 1 BGB setzt **mehrere Gesellschafter** voraus – einen Vertrag kann man nicht allein schließen und das Gesetz spricht von Gesellschaftern in der Mehrzahl. Zudem macht § 712a Abs. 1 S. 1 BGB deutlich, dass es eine Personengesellschaft mit nur einem Gesellschafter nicht geben kann. Wer sich als Einzelperson gesellschaftsrechtlich organisieren möchte, kann eine Kapitalgesellschaft gründen.[29] Als Gesellschafter einer Personengesellschaft kommen alle rechtsfähigen Personen in Betracht, neben Menschen etwa auch juristische Personen und andere rechtsfähige Personengesellschaften. Eine „faktische" Einmann-Personengesellschaft ist daher denkbar, wenn eine Einzelperson allein eine GmbH gründet und mit dieser gemeinsam durch Gesellschaftsvertrag eine Personengesellschaft errichtet.

c) Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks

Die Willenserklärungen der Gesellschafter müssen auf die **Förderung eines gemeinsamen Zwecks** gerichtet sein, z.B. den Betrieb eines Unternehmens oder die Organisation eines Festes. Der gemeinsame Zweck ist ein maßgebliches Unterscheidungsmerkmal zur Gemeinschaft (§§ 741 ff. BGB), in der die Teilhaber bloß einen gemeinsamen Vermögensgegenstand erwerben, (er)halten und verwalten.[30] Der gemeinsame Zweck kann jeder (legale) Zweck sein. Besteht er im Betrieb eines Handelsgewerbes, liegt indes keine GbR, sondern gem. § 105 Abs. 1 HGB zwingend eine OHG vor. Vom gemeinsamen Zweck sind die Intentionen der Gesellschafter zu unterscheiden, d.h. die inneren Gründe für die Eingehung der Gesellschaft zur Zweckförderung. Diese inneren Motive können stark divergieren oder sogar gegenläufig sein.

2. Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB

Wurde eine GbR durch Vertragsschluss errichtet, ist sie **entweder** eine **rechtsfähige Gesellschaft** (kann also selbst berechtigt und verpflichtet werden, ein eigenes Vermögen haben oder selbst Vertragspartei sein) **oder** eine **nicht rechtsfähige Gesellschaft**. Eine nicht rechtsfähige kann ohne Weiteres später zur rechtsfähigen Gesellschaft werden.

Das MoPeG hat bezüglich der vorher umstrittenen Frage, wann eine GbR rechtsfähig ist, für Klarheit gesorgt.[31] Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen der Rechtsfähigkeit der GbR an sich (vgl. § 705 Abs. 2 und 3 BGB) und der Entstehung der Gesellschaft gegenüber Dritten (§ 719 BGB). Ersteres betrifft die Frage, ob und wann die rechtsfähige GbR als Rechtssubjekt entsteht, Letzteres die Anwendbarkeit der §§ 720 ff. BGB.

a) Rechtsfähigkeit gem. § 705 Abs. 2, 3 BGB

Gemäß § 705 Abs. 2 BGB ist eine GbR **rechtsfähig**, wenn sie nach dem **Willen aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll**. Eine tatsächliche Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr braucht es nicht. Die Anknüpfung an den subjektiven Willen der Gesellschafter stellt die Praxis vor ein Tatsachenproblem: Wie weiß man, wer was will?

Klarheit herrscht jedenfalls, wenn der gemeinsame Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr explizit im Gesellschaftsvertrag geregelt ist, weshalb eine solche Klausel empfehlenswert ist.[32] Ebenso herrscht Klarheit, wenn die Gesellschaft in das Gesellschaftsregister eingetragen wurde, denn eine eingetragene Gesellschaft ist stets rechtsfähig.[33]

Durch § 705 Abs. 3 BGB wird die Feststellung des gemeinsamen Willens zur Teilnahme am Rechtsverkehr erleichtert, wenn Gegenstand der Gesellschaft der **Betrieb eines Unternehmens unter gemeinsamen Namen** ist. Dann wird der **gemeinsame Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr unwiderleglich**[34] **vermutet**. Ein Unternehmen im Sinne dieser Norm ist jede gewerblich oder selbstständige,

[23] Näher *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 46. Aufl. 2022, § 4 Rn. 14 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 6 Rn. 15 ff.; Übungsfälle zur Abgrenzung s. *Frey*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2023, Fälle 53–55.
[24] LG Detmold NJW 2015, 3176 – Rechtsbindungswille bejaht; in Klausurform s. *Hau/Lerp*, JA 2017, 251.
[25] OLG Saarbrücken NJW 1985, 811 – Rechtsbindungswille bejaht; Fall bei *Frey* (Fn. 23), Fall 53 d).
[26] BGH NJW 1974, 1705 – Rechtsbindungswille verneint.
[27] LG Arnsberg NJW 2017, 2421 – Rechtsbindungswille verneint; in Klausurform s. *Mittwoch/Figge*, JURA 2017, 1299.
[28] BGHZ 233, 215 Rn. 14 = NJW 2022, 2030 – Mietvertrag wurde mit jedem Mieter individuell abgeschlossen, daher kein Gesellschaftsvertragsschluss. Anders bei *Frey* (Fn. 23), Fall 53 e). Zur WG als GbR vgl. *Staake* in Staake/von Bressensdorf, Rechtshandbuch Wohngemeinschaften, 2019, § 1 Rn. 27, Rn. 34 ff.
[29] Ausdrücklich § 1 GmbHG, § 2 AktG. Zu Besonderheiten der Einmann-GmbH *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 23 Rn. 50 ff.
[30] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 6. Auflage 2023, § 19 Rn. 6. Zur Abgrenzung *Frey* (Fn. 23), Fall 55.
[31] Zur Diskussion *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 6 Rn. 52.
[32] *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074).
[33] Das ergibt sich aus der Stellung der Normen zur Eintragung, §§ 707 ff. BGB, im Abschnitt der rechtsfähigen Gesellschaft sowie aus § 719 Abs. 1, 2. Fall BGB – eine eingetragene und Dritten gegenüber wirksame Gesellschaft besteht zwingend auch als Rechtssubjekt. So auch *Schäfer* in MüKo-BGB, 9. Aufl. 2023, § 719 BGB Rn. 2.
[34] *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074); *Schäfer* (Fn. 33), § 705 BGB Rn. 4, 189; *Servatius*, GbR, 2023, § 705 BGB Rn. 53; a.A. *Wertenbruch*, ZPG 2023, 1 (11).

planmäßige und nach außen gerichtete („anbietende") entgeltliche Tätigkeit, die von gewisser Dauer ist.[35]

Greift die Vermutung nach Abs. 3 nicht und sind auch keine ausdrücklichen Abreden oder eine Eintragung gegeben, kann für die Feststellung des gemeinsamen Willens auf **Indizien** zurückgegriffen werden. V.a. ein die Teilnahme am Rechtsverkehr erfordernder Gesellschaftszweck sowie Abreden zur Identitätsausstattung (Name und Sitz), zu Handlungsorganisation und Haftungsverfassung im Gesellschaftsvertrag sprechen für einen solchen Willen.[36] Auch die tatsächliche Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr ist ein Indiz für die Rechtsfähigkeit.

Die rechtsfähige GbR ist vollumfängliches Rechtssubjekt, sie kann grundsätzlich jede Rechtsposition, etwa als Schuldnerin, Gläubigerin, Eigentümerin etc., einnehmen. Der bisher zum Teil genutzte Begriff der „Teilrechtsfähigkeit" hat im Personengesellschaftsrecht ausgedient, die **rechtsfähige GbR ist vollrechtsfähig**. Sie ist auch grundrechtsfähig i.S.d. Art. 19 Abs. 3 GG, wenn ein Grundrecht seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist. Der Begriff der „juristischen Person" ist hier nicht zivilrechtsakzessorisch zu verstehen.[37] Am relevantesten dürfte die wesensmäßige Anwendbarkeit von Art. 12 GG sowie Art. 14 GG sein.

b) Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 719 BGB

Im Außenverhältnis entsteht die rechtsfähige Gesellschaft noch nicht mit Vertragsschluss oder dem Willen zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr, sondern erst, wenn sie mit **Zustimmung aller Gesellschafter tatsächlich am Rechtsverkehr teilnimmt**, spätestens jedoch mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister (§ 719 Abs. 1 BGB). Folge dieser Außenwirksamkeit ist die Geltung der §§ 720 ff. BGB, insbes. der Vorschriften über die Vertretung (§ 720 BGB) und die Gesellschafterhaftung (§§ 721 ff. BGB).[38] Wenn alle Gesellschafter als Gesamtvertreter gem. § 720 Abs. 1 BGB auftreten, manifestieren sie den gemeinsamen Willen i.S.d. § 719 Abs. 1 BGB. So zum Beispiel, wenn sie einen Vertrag mit einer Bank schließen, um ein Konto für die Gesellschaft zu eröffnen. Die Aufnahme der „eigentlichen" Tätigkeit ist nicht erforderlich. Eigene Relevanz entfaltet der gemeinsame Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr daher nur, wenn die Gesellschafter Einzelvertretungsmacht vereinbaren (hierzu C.V.) und ein vertretungsberechtigter Gesellschafter entgegen der Absprache vorzeitig im Namen der Gesellschaft auftritt. Der Vertreter haftet dann analog § 179 BGB gegenüber dem Vertragspartner, wenn nicht die anderen Gesellschafter sein Handeln kannten oder kennen mussten. Ist letzteres der Fall und der Geschäftspartner gutgläubig, müssen sich die Gesellschafter aus Rechtsscheingesichtspunkten als Gesellschafter behandeln lassen (Schein-Außengesellschaft).[39]

III. Das Gesellschaftsregister und die eGbR

Die GbR kann mit dem MoPeG in das neu errichtete, durch Amtsgerichte geführte Gesellschaftsregister eingetragen werden. So wird das Publizitätsproblem behoben. Bisher stand der GbR kein Register zur Verfügung, was den Einblick in die Verhältnisse der Gesellschaft erschwerte und zu Problemen führte, wenn ein Nachweis der Existenz und Vertretungsbefugnis einer GbR erforderlich war, etwa wenn sie in Objektregister mit öffentlichem Glauben eingetragen wurde, z.B. in das Grundbuch.[40] Mit Blick auf die Begrifflichkeiten ist darauf hinzuweisen, dass das **Gesellschaftsregister** ein **reines GbR-Register** und damit die vom Gesetz gewählte Bezeichnung irreführend ist. Allen übrigen Gesellschaften steht das Handelsregister bzw. der Partnerschaft das Partnerschaftsregister zur Verfügung.

1. Grundsätzliche Eintragungsfreiheit, aber…

Die Eintragung einer rechtsfähigen GbR in das Gesellschaftsregister ist weder konstitutiv für ihr Entstehen (s.o., II.) noch besteht eine Eintragungspflicht – anders als gem. § 106 Abs. 1 HGB bei OHG und KG. Das zeigt schon der Wortlaut des § 707 Abs. 1 BGB: „können". Es gibt aber eine mittelbare Eintragungspflicht bzw. **Voreintragungsobliegenheit**[41], wenn eine GbR als Rechtsinhaberin in andere Register eingetragen werden soll: Will eine GbR als Gesellschafterin einer anderen GbR eingetragen werden, soll das gem. § 707a Abs. 1 S. 2 BGB nur erfolgen, wenn die Gesellschafter-GbR ebenfalls im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Kraft Verweisung (§ 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB) gilt dasselbe, wenn eine GbR als Gesellschafterin einer OHG oder KG eingetragen werden soll. Die Voreintragungsobliegenheit gilt auch beim Grundstückserwerb (vgl. § 47 Abs. 2 GBO) und gem. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG für die GmbH-Gesellschafterliste. Sie ist aber eine bloße Obliegenheit und für den materiellen Rechtserwerb nicht konstitutiv; es handelt sich nur um „Soll"-Vorschriften.

[35] *Armbrüster* in Schäfer (Fn. 12), § 3 Rn. 17; *Servatius* (Fn. 34), § 705 BGB Rn. 54.
[36] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 126. Hierzu *Armbrüster* in Schäfer (Fn. 12), § 3 Rn. 19 f.; *ders./Böffel*, Examinatorium zum Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2023, S. 65 ff. Fall 6; *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3074); *Windbichler/ders.* (Fn. 1), § 6 Rn. 61 f.; *Schäfer* (Fn. 33), § 705 BGB Rn. 186.
[37] Allg. Meinung, s. etwa *Enders*, in: BeckOK-GG, 55. Ed. 2023, Art. 19 GG Rn. 35; *Remmert*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 100. EL Stand Januar 2023, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 39.
[38] *Schäfer* (Fn. 33), § 719 BGB Rn. 1.
[39] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 161 f. Zu den hier entsprechend anzuwendenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Scheingesellschaft vgl. *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 6 Rn. 115 ff.
[40] Zum Bedürfnis vgl. *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39 (41 ff.).
[41] *Freier*, in: FS Heidinger, S. 137 (138 f.); *Stock*, NZG 2023, 361 ff.

Beispiel: Der rechtsfähigen und nicht im Gesellschaftsregister eingetragenen X-GbR wird von Y ein Grundstück aufgelassen (§ 925 BGB). Aufgrund eines Fehlers des Grundbuchamtes wird sie entgegen § 47 Abs. 2 GBO auch als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Voraussetzungen des Rechtserwerbs gem. § 873 BGB (Einigung und Eintragung) sind erfüllt, die X-GbR ist Eigentümerin des Grundstücks geworden.[42]

2. Bewirkung und Inhalt der Eintragung, Löschung

Die Anmeldung zur Registereintragung wird gem. § 707 Abs. 4 S. 1 BGB von sämtlichen Gesellschaftern bewirkt. Das Register enthält gem. § 707a Abs. 1 S. 1 BGB die nach § 707 Abs. 2 BGB anzumeldenden Angaben. Diese sind Name, Sitz und Anschrift der Gesellschaft, Angaben zu allen Gesellschaftern, die Angabe der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter und die Versicherung, dass die Gesellschaft nicht im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist.[43]

Gemäß § 707a Abs. 4 BGB findet die Löschung einer GbR aus dem Gesellschaftsregister nur nach den allgemeinen Vorschriften statt. Das heißt, dass eine GbR nur durch Auflösung und Liquidation (s.u., C.VII.) aus dem Register (und damit insgesamt als Rechtsträger) verschwinden oder einen Status- bzw. Formwechsel (§ 707c BGB) mit der Folge der Eintragung in ein anderes Register durchführen kann. Einen anderen Weg, etwa zurück zu einer nicht eingetragenen GbR, gibt es nicht, die **Eintragung ist** eine **„Einbahnstraße“**.[44] Diese strenge Regelung dient dem Schutz des Rechtsverkehrs vor einem Publizitätsverlust, indem sich eine GbR nicht willkürlich ein- und austragen lassen kann.[45]

3. Rechtsfolgen der Eintragung

Die eingetragene GbR ist stets rechtsfähig i.S.d. § 705 Abs. 2 BGB und gegenüber Dritten wirksam i.S.d. § 719 BGB.[46] Sie muss gem. § 707 Abs. 2 BGB den Namenszusatz „eingetragene GbR“ oder „eGbR“ führen. Auf den Namen der GbR sind gem. § 707b Nr. 1 BGB die Vorschriften über Wahl und Schutz der Handelsfirma entsprechend anwendbar.[47] Für Studierende besonders bedeutsam ist die Publizität als Rechtsfolge des Gesellschaftsregisters. Gemäß § 707a Abs. 3 S. 1 BGB gilt § 15 HGB entsprechend, die eingetragenen Tatsachen genießen öffentlichen Glauben.

Beispiel: Gesellschafter A, B und C der ABC-eGbR haben Einzelvertretungsmacht vereinbart und eintragen lassen. C hat aber mehrfach Fehler gemacht, sodass sich alle darauf einigen, dass C nur noch interne Aufgaben wahrnimmt. Diese Vereinbarung wird nicht eingetragen. Nun schließt C mit Z einen Kaufvertrag. Z hat einen Anspruch gem. § 433 Abs. 2 BGB gegen die GbR, wenn diese durch C wirksam vertreten wurde (§ 164 Abs. 1 BGB). In Frage steht allein die Vertretungsmacht, die C eigentlich nicht mehr hat. Allerdings handelt es sich bei der Änderung um eine gem. § 707 Abs. 3 S. 1 BGB eintragungspflichtige Tatsache. Diese wurde nicht eingetragen und kann deshalb dem Z gem. § 707a Abs. 3 BGB i.V.m. § 15 Abs. 1 HGB, seine Gutgläubigkeit vorausgesetzt, nicht entgegengehalten werden.

Umstritten ist, ob die **Ersteintragung von Tatsachen in das Gesellschaftsregister positive Publizität** gem. § 15 Abs. 3 HGB entfaltet. Z.T. wird das bezweifelt, weil die GbR zwar eintragungsfähig, nicht aber eintragungspflichtig sei und daher der „Erstbestand“ der Registereintragung auch keine einzutragende Tatsache im Sinne der Norm darstelle.[48] Die herrschende Meinung hält auch die Daten aus dem Erstbestand für einzutragende Tatsachen i.S.d. § 15 Abs. 3 HGB.[49] Diese Auslegung überzeugt. Denn zwar ist die Anmeldung zur Eintragung freiwillig; was eingetragen wird, schreibt das Gesetz aber zwingend vor. § 707a Abs. 1 S. 1 BGB formuliert: „hat […] zu enthalten“.

Beispiel: Gesellschafter A, B und C der ABC-GbR melden die Gesellschaft zur Eintragung ins Gesellschaftsregister an und geben Gesamtvertretungsmacht an. Aufgrund eines Fehlers des Registergerichts wird Einzelvertretungsmacht aller Gesellschafter eingetragen. C schließt allein einen Vertrag mit dem gutgläubigen Z. Obwohl C eigentlich keine Vertretungsmacht hat, kann sich Z auf die eingetragene Einzelvertretungsmacht des C gem. § 15 Abs. 3 HGB i.V.m. § 707a Abs. 3 BGB berufen.

Keine Publizität besteht hingegen mit Blick auf das **Fehlen der Kaufmannseigenschaft**, wie § 707a Abs. 3 S. 1 BGB klarstellt.[50] Das heißt, dass eine zur OHG „herangewachsene“ eGbR trotz Eintragung als GbR wie ein Kaufmann zu behandeln ist, auch zu Lasten gutgläubiger Dritter.[51] Folgerichtig bleibt die Pflicht, eine „herangewachse-

[42] Beispiel aus *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 7 Rn. 8.
[43] Zur konkreten Gestaltung des Registerverfahrens *Freier*, in: FS Heidinger, S. 137 (139 ff.).
[44] *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 7 Rn. 26. Ähnlich *K. Schmidt*, ZHR 2021, 16 (32) „Eintragung ohne Rückfahrkarte“; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149 (1151) „Ausschluss der Rückfahrkarte“.
[45] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 134; *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39 (58 f.).
[46] S. hierzu *Armbrüster*/*Böffel* (Fn. 36), S. 147 Frage 4.
[47] Vor allem Firmenwahrheit und -beständigkeit, Firmenunterscheidbarkeit und der Firmenschutz gem. § 37 HGB.
[48] *Geibel*, ZRP 2020, 137 (139); skeptisch *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (97 f.).
[49] *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319 (322 f.); *Freier*, in: FS Heidinger, S. 137 (145); *Hermanns* in Schäfer (Fn. 12), § 2 Rn. 13; *Schäfer* (Fn. 33), § 707a BGB Rn. 20; *Servatius* (Fn. 34), § 707a BGB Rn. 10.
[50] Kritisch hierzu *Kiehnle*, NZG 2023, 1060.
[51] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 133. Z.B. ist denkbar, dass durch Vorliegen eines beiderseitigen Handelsgeschäfts die Gewährleistungs-

ne“ GbR gem. § 106 Abs. 1 HGB zum Handelsregister anzumelden, gem. § 707a Abs. 3 S. 2 BGB unberührt.

IV. Das Innenverhältnis

Das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern und zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft war schon immer recht frei gestaltbar, da es ggf. zu schützende Dritte jedenfalls nicht unmittelbar betrifft. Diese Gestaltungsfreiheit ist nun in § 708 BGB klargestellt.[52]

1. Gesellschaftsvermögen

Gemäß § 713 BGB werden die Beiträge der Gesellschafter sowie alle durch die Gesellschaft erworbenen Rechte und Verbindlichkeiten Vermögen der Gesellschaft. Dieses Vermögen ist von den Gesellschaftern und ihrem Vermögen völlig unabhängig. Es ist, anders als im alten Recht, kein Gesamthandsvermögen mehr. Dort hatte § 718 Abs. 1 BGB a.F. das Gesellschaftsvermögen als das gemeinsame Vermögen der Gesellschafter definiert. Gesamthandsgemeinschaften gibt es im BGB jetzt nur noch am Gesamtgut einer ehelichen Gütergemeinschaft (§§ 1416, 1419 BGB) und in der Erbengemeinschaft.[53]

2. Geschäftsführung

a) Begriff

Die Geschäftsführung ist **jede** tatsächliche oder rechtsgeschäftliche **Tätigkeit zur Förderung** des **Gesellschaftszwecks**.[54] Es ist irrelevant, ob die Tätigkeit bloß zwischen den Gesellschaftern oder auch im Außenverhältnis stattfindet. Beispiele: Gesellschafter A putzt die Räume der Gesellschaft, er kauft eine Palette Ware vom Lieferanten, er instruiert Mitarbeiter. Keine Geschäftsführungsmaßnahmen sind sog. Grundlagengeschäfte, die nicht der Ausführung des Gesellschaftsvertrags, sondern dessen Änderung dienen.[55] Diese sind keine Aufgabe der Gesellschaft, welche die Gesellschafter wahrnehmen, sondern Aufgabe der Gesellschafter.

b) Befugnis zur Geschäftsführung

Zur Geschäftsführung sind in der GbR gem. § 715 Abs. 1 BGB alle Gesellschafter berechtigt und verpflichtet. Gemäß § 715 Abs. 2 S. 1 BGB erstreckt sich die Befugnis auf alle Geschäfte, welche die Teilnahme der (konkreten) Gesellschaft am Rechtsverkehr mit sich bringt (sog. gewöhnliche Geschäfte). Alle darüberhinausgehenden (sog. außergewöhnlichen) Geschäfte bedürfen gem. § 715 Abs. 2 S. 2 BGB eines Beschlusses aller Gesellschafter.

Während § 715 Abs. 1 BGB das „Ob“ der Befugnis regelt, bestimmt Abs. 3 das „Wie“ der Ausübung durch die Befugten: Bei der Führung gewöhnlicher Geschäfte müssen gem. § 715 Abs. 3 S. 1 BGB sämtliche Gesellschafter mitwirken (**Gesamtgeschäftsführung**). Das erfordert aber keine ständige aktive Mitwirkung aller Gesellschafter; eine – auch konkludent mögliche – Billigung von Maßnahmen ist ausreichend.[56]

Von der Geschäftsführungsbefugnis zu unterscheiden ist die Vertretungsmacht. Zwar kann eine Geschäftsführungshandlung auch in der Vertretung der Gesellschaft liegen und die Vertretung der Gesellschaft ist stets Geschäftsführung i.S.d. obigen Begriffs. Die Vertretungsmacht, welche es für eine Stellvertretung gem. § 164 Abs. 1 BGB braucht, ist aber die Befugnis, die Gesellschaft gegenüber Dritten zu binden, wirkt also im Außenverhältnis. Die Geschäftsführungsbefugnis indes berechtigt die Gesellschafter nur gegenüber den anderen Gesellschaftern und der Gesellschaft zum Handeln.

Die gesetzliche Verteilung der Geschäftsführung ist disponibel, und zwar in Bezug auf das „Ob“ und das „Wie“. Die Gesellschafter können etwa im Gesellschaftsvertrag vereinbaren, dass nur bestimmte Gesellschafter berechtigt und verpflichtet sind oder dass bestimmte Gesellschafter dies nicht sind. Auch kann die Gesamtgeschäftsführung zur Einzelgeschäftsführung modifiziert werden. Diesen Fall setzt § 715 Abs. 4 BGB gleichsam voraus und sieht für diese Konstellation ein Widerspruchsrecht der anderen Einzelgeschäftsführungsbefugten vor, bei dessen Ausübung eine Maßnahme zu unterbleiben hat.

c) Selbstorganschaft

Nicht unumstritten ist nach dem MoPeG, ob im Personengesellschaftsrecht der tradierte **Grundsatz der Selbstorganschaft** fortgilt. Er ist gesetzlich nicht ausdrücklich normiert und lässt sich daher unterschiedlich fassen. Unter seinen Anhängern dürfte gesichert sein, dass 1) nur Gesellschafter aufgrund ihrer Mitgliedschaft organschaftliche Geschäftsführer und Vertreter sein können („Organmonopol“) und es auch automatisch ohne jeden Bestellungsakt sind, dass 2) die Gesellschafter sich niemals so entmachten

rechte eines Dritten gem. § 377 Abs. 1 HGB verloren gehen. Weiteres Beispiel bei *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 7 Rn. 21 f.

[52] Umfassend zum Innenverhältnis *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 8.

[53] Zur Aufgabe der Gesamthand im Personengesellschaftsrecht *Bachmann*, in: FS Henssler, S. 769 ff.; *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 148 Frage 5. Zu den steuerrechtlichen Konsequenzen *ders*., FR 2022, 709; kritischer *Röder*, DStR 2023, 1085. Steuerrechtlich beachtlich sind die Ausführungen des RegE Wachstumschancengesetz, BR-Drs. 433/23, S. 254, zu § 5 Abs. 1, 2, § 6 Abs. 3 S. 1, § 7 Abs. 2 GrEStG – um diesbezügliche Auswirkungen des MoPeG wird aktuell (Stand 15.11.2023) noch intensiv diskutiert; sowie zur fortgesetzten Verwendung des Begriffs „Gesamthand“ in § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO-E (S. 41) und § 2a Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz-E (S. 68).

[54] *Hadding*/*Kießling*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2001, § 709 BGB Rn. 7; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 4 II 1 a) (S. 329); *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 85; so auch RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 150.

[55] *Meier*, in: FS Heidinger, S. 333 ff.; *Wiedemann* (Fn. 54), § 4 II 1 a) (S. 329 f.); S. auch *Bachmann*/*Habighorst*, in: FS Heidinger, S. 1 (6).

[56] Allg. Meinung, *Hadding*/*Kießling* (Fn. 54), § 709 BGB Rn. 16; *Schäfer* (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 31; Henssler/Strohn/*Servatius*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 709 BGB Rn. 6.

dürfen, dass sie Geschäftsführung und Vertretung unwiederbringlich und ausschließlich einem Nichtgesellschafter zuweisen und dass 3) diese Grundsätze zwingend sind.[57] Vor und in der Reformdiskussion war die zwingende Selbstorganschaft z.T. deutlicher Kritik ausgesetzt.[58] Der Regierungsentwurf lässt die Frage an einer Stelle ausdrücklich offen[59], bedient sich an anderer Stelle aber eines Arguments, das einen Schluss auf die Fortgeltung zulässt.[60] Vereinzelt wird dem neuen Recht eine Preisgabe der zwingenden Selbstorganschaft attestiert,[61] überwiegend wird aber eine Fortgeltung angenommen.[62] Letzteres trifft zu, denn der Gesetzgeber wollte an dieser Stelle ersichtlich nichts ändern und die wesentliche Begründung, Gesellschafter wegen ihrer persönlichen Haftung nicht von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen, besteht augenscheinlich fort (s. C.VI.). Rechtsprechung und herrschende Lehre wenden den Grundsatz aber ohnehin nicht strikt an und lassen eine weitgehende vertragliche Übertragung von Geschäftsführungsbefugnissen und Vollmachterteilungen an Dritte zu.[63] Zudem ist in der Liquidation die Bestellung von Dritten zu Liquidatoren möglich (§ 736 Abs. 4 S. 1 BGB).

In der Klausur wird der Grundsatz der Selbstorganschaft gelegentlich in folgender Konstellation relevant:

Beispiel: Die Gesellschafter A, B und C der ABC-GbR haben vereinbart, dass nur A geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt ist. Verstirbt der A, bleibt die Gesellschaft bestehen (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB, arg. ex § 730 Abs. 1 S. 1 BGB) und wird durch sein Ableben auch nicht handlungsunfähig. Vielmehr lebt (wenn nichts anderes vereinbart ist) die gesetzliche Geschäftsführungs- und Vertretungsregel gem. § 715 Abs. 1 und Abs. 3, § 720 Abs. 1 BGB wieder auf – Grundsätze 1) und 2) von oben.

d) Pflichtverletzung

Gemäß § 715 Abs. 1 BGB sind alle Gesellschafter zur Mitwirkung an der Geschäftsführung verpflichtet. Bei Geschäftsführungsmaßnahmen haben sie gem. **§ 276 Abs. 2 BGB** die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten, wenn der Gesellschaftsvertrag keinen strengeren oder laxeren Maßstab vorsieht. Die frühere Reduktion des Sorgfaltsmaßstabs auf die in eigenen Angelegenheiten aufgebrachte Sorgfalt (**§ 708 BGB a.F**.) wurde **gestrichen**.[64] Bei Pflichtverletzungen, etwa dem Unterlassen der Mitwirkung an der Geschäftsführung oder Schädigungen der Gesellschaft bei Geschäftsführungsmaßnahmen, haften die Gesellschafter der Gesellschaft gem. § 280 Abs. 1 BGB.[65]

Beispiel: Der einzelgeschäftsführungsbefugte Gesellschafter X der A-GbR zerstört bei der Arbeit für diese leicht fahrlässig eine Vase aus deren Vermögen (§ 713 BGB). Die Gesellschaft hat gegen X einen Schadensersatzanspruch gem. § 280 Abs. 1 BGB. Zahlt X nicht, können andere vertretungsberechtigte Gesellschafter den Anspruch im Namen der Gesellschaft geltend machen. Tun sie das pflichtwidrig nicht, können gemäß § 715b Abs. 1 S. 1 BGB auch nicht vertretungsbefugte Gesellschafter den Anspruch in Prozessstandschaft für die Gesellschaft einklagen – sog. *actio pro socio*.[66]

Betreibt die GbR ein Unternehmen, ist bei der Prüfung des „Vertretenmüssens" die entsprechende Anwendung der aktienrechtlichen *Business Judgement Rule* aus § 93 Abs. 1 S. 2 AktG zu erwägen.[67] Im gleichsam gegenteiligen Fall, der nicht-professionellen bloßen Gelegenheitsgesellschaft, bietet sich eine Haftungsentschärfung durch eine betont verkehrskreisbezogene Ausfüllung des Sorgfaltsmaßstabs gem. § 276 Abs. 2 BGB oder die Annahme stillschweigender Haftungsbeschränkungen an.[68]

3. Beschlussfassung

a) Erfordernis und Verfahren der Beschlussfassung

Wenn Gesellschafter gemeinsam eine Entscheidung treffen, tun sie dies grds. durch Beschluss. An einigen Stellen im Gesetz ist die Beschlussfassung auch ausdrücklich vorgesehen (z.B. bei außergewöhnlichen Geschäften gem. § 715 Abs. 2 S. 2 BGB oder der Ausschließung eines Gesellschafters, § 727 BGB).[69] Der Beschluss ist ein **mehrseitiges Rechtsgeschäft**, das sich aus den Stimmen als Wil-

[57] Vgl. BGHZ 26, 330 (333); BGHZ 33, 105 (108) = NJW 1960, 1997; BGHZ 36, 292 = NJW 1962, 738; BGHZ 146, 341 (360) = NJW 2001, 1056 (1061); BGHZ 188, 233 Rn. 21 = NJW 2011, 2040 Rn. 21; NZG 2016, 1223 Rn. 13; *Schäfer* (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 13; *Servatius* (Fn. 34), § 715 BGB Rn. 1; *Wiedemann* (Fn. 53), § 4 II 2 c) (S. 333).

[58] *Fleischer*, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 1 (23 f.); *Lieder*, ZRP 2021, 34 (36); *ders*., ZGR-Sonderheft 23 (2021), 169 (179 ff.); *Osterloh-Konrad*, ZGR 2019, 271; *Scholz*, NZG 2020, 1044.

[59] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 150.

[60] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 255 – Zusammenhang von Herrschaft und Haftung als Argument gegen organschaftliche Vertretungsmacht des Kommanditisten.

[61] *Schöne*, in: BeckOK-BGB, 67 Ed. Stand 1.1.2024, § 715 BGB Rn. 6 ff.

[62] *Schäfer* (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 13; *Servatius* (Fn. 34), § 715 BGB Rn. 1; *K. Schmidt*, ZHR 2021, 16 (33 f.); *Wertenbruch*, in: FS Henssler, S. 1319; *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 4 Rn. 15 ff.; s. auch *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 168 Fragen 17 und 18.

[63] BGH NJW 1982, 877; NJW 1982, 2495; hierzu *Schäfer* (Fn. 33), § 715 BGB Rn. 14; *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 4 Rn. 17.

[64] Begründung der Streichung s. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140; die *diligentia quam in suis* findet sich im BGB z.B. noch in §§ 277, 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3, 690, 1359, 1664 und § 2131 und ist dort sehr prüfungsrelevant.

[65] *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 49 ff.

[66] Diese ist ein allgemein anerkanntes Institut, das mit dem MoPeG erstmals normiert wurde. Hierzu *Schäfer*, ZHR 2023, 78 ff.; *Osterloh-Konrad*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2021, 63 ff.; *Frey* (Fn. 23), Fälle 64 und 67. Zu rechtsformübergreifenden Aspekten von Gesellschafterklagen *Bachmann*/*Habighorst*, WuB 2023, 239.

[67] *Servatius* (Fn. 34), § 715 BGB Rn. 28; *Geibel*, ZRP 2020, 137 (138); *Martens*, AcP 221 (2021), 68 (89), schon vor MoPeG befürwortet von *Fleischer*/*Danninger* NZG 2016, 481 (490).

[68] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 140.

[69] Vgl. die Aufzählung bei *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 158 Frage 26.

lenserklärungen zusammensetzt und für das die §§ 104 ff. BGB mit gewissen Modifikationen gelten.[70]

Ein bestimmtes Beschlussverfahren ist für die GbR nicht vorgesehen, daher können sie durch jede denkbare Verständigungsform und auch konkludent gefasst werden. Gemäß § 714 BGB bedürfen **Beschlüsse** der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter, müssen also **einstimmig** erfolgen. Aufgrund dieser Tatsache und der Formfreiheit der Beschlussfassung spielt das Beschlusserfordernis bei außergewöhnlichen Geschäften gem. § 715 Abs. 2 S. 2 BGB praktisch nur eine Rolle, wenn eine Abweichung von der Gesamtgeschäftsführung vereinbart ist. Denn bei Gesamtgeschäftsführung wirken ohnehin alle Gesellschafter irgendwie mit und fassen im Zweifel einen Beschluss.

Stimmberechtigt i.S.d. § 714 BGB sind alle Gesellschafter, das Stimmrecht ist mit der Gesellschafterstellung fest verknüpft. Allerdings unterliegen Gesellschafter in bestimmten Situationen **Stimmverboten** und sind dann nicht stimmberechtigt. Für einige Fälle ordnet das Gesetz dies an, namentlich bei Entziehung von Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis (§ 715 Abs. 5 BGB, § 720 Abs. 4 BGB) und dem Ausschluss aus der Gesellschaft (§ 727 BGB). Daneben besteht ein allgemeiner ungeschriebener Grundsatz, dass ein Gesellschafter nicht Richter in eigener Sache sein darf.[71] Das gilt etwa, wenn die Entlastung eines Gesellschafters beschlossen wird.

b) Mehrheitsprinzip

Die Gesellschafter können das unter Umständen sehr lähmende Einstimmigkeitsprinzip des § 714 BGB durch eine Mehrheitsregel ersetzen. Eine der umstrittensten und weiterhin ungeklärten Fragen des Personengesellschaftsrechts betrifft die Grenzen eines solchen Mehrheitsprinzips.[72] Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es Entscheidungen gibt, die nicht pauschal über den Kopf eines Gesellschafters hinweg von der Mehrheit getroffen werden sollen.

Die **Wirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen** wird von der Rechtsprechung in **zwei Schritten** geprüft: Erstens wird rein formell eruiert, ob der Gesellschaftsvertrag für den konkreten Beschlussgegenstand eine Mehrheitsklausel enthält. Früher wurde eine hinreichende Bestimmtheit solcher Mehrheitsklauseln verlangt, die deren Anwendbarkeit auf den konkreten Fall „zweifelsfrei" sein lassen müsse.[73] Dies hat der BGH später ausdrücklich aufgegeben.[74] Im zweiten Schritt wird untersucht, ob die Mehrheit mit dem Beschluss ihre Treuepflicht gegenüber der Minderheit verletzt hat. Der Beschluss muss im Interesse der Gesellschaft geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen Belange zumutbar sein.[75] Weitere materiellrechtliche Schranken ergeben sich aus dem gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot und etwa aus §§ 134, 138 BGB. Wird von den Gesellschaftern das Mehrheitsprinzip eingeführt, richtet sich die Stimmkraft im Zweifel nach den vereinbarten Beteiligungsverhältnissen, § 709 Abs. 3 S. 1 BGB.

c) Beschlussmängel

Im BGB ist die Geltendmachung von Beschlussmängeln **nicht geregelt**. Der im Mauracher Entwurf in §§ 714a–714e BGB-E unterbreitete, an das Aktienrecht angelehnte Vorschlag wurde durch den Regierungsentwurf in das HGB transferiert und gilt nun nur für die Personenhandelsgesellschaften. Im BGB bleibt „alles beim Alten"[76]: Ein Beschlussmangel muss im Rahmen einer nicht fristgebundenen **Nichtigkeitsfeststellungsklage** (§ 256 ZPO) gegen jene Mitgesellschafter geltend gemacht werden, die den Mangel bestreiten.[77] Es bleibt aber auch in der GbR möglich, im Gesellschaftsvertrag das Beschlussmängelrecht des HGB für anwendbar zu erklären.[78]

4. Aufwendungsersatz gem. § 716 Abs. 1 BGB, Herausgabepflicht

Tätigt ein Gesellschafter im Rahmen der Geschäftsführung für die Gesellschaft Aufwendungen (freiwillige Vermögensopfer) oder erleidet er Schäden, muss er nicht darauf sitzen bleiben. § 716 Abs. 1 BGB gibt dem Gesellschafter in solchen Fällen einen Ersatzanspruch gegen die Gesellschaft. Abs. 2 sieht einen Vorschussanspruch für Aufwendungen vor, der Gesellschafter ist nicht gezwungen, in Vorleistung zu gehen. Umgekehrt müssen Gesellschafter alles herausgeben, was sie im Rahmen ihrer Geschäftsführung erlangen, § 716 Abs. 3 BGB. Wer sich durch diese Normen an das Auftragsrecht erinnert fühlt, liegt richtig. § 716 BGB ersetzt den Verweis des § 713 BGB a.F. auf §§ 664–670 BGB durch eigene, sehr ähnliche Regelungen.

V. Die Vertretung der Gesellschaft

Eine Gesellschaft kann als solche nicht handeln, das besorgen die Gesellschafter oder durch sie bevollmächtigte Personen. Wenn ein Vertrag für eine rechtsfähige Gesellschaft geschlossen werden soll, ist Stellvertretung erforderlich. Gemäß § 164 Abs. 1 BGB muss ein Vertreter bekanntlich eine eigene Willenserklärung im Namen des Vertretenen mit Vertretungsmacht abgeben. Die Vertretungsmacht in

[70] Näher *Happ*, Das Beschlussmängelrecht der Personengesellschaften, 2021; *Skauradszun*, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020; dazu *Bachmann*, AcP 222 (2022), 651.
[71] BGH NJW 2023, 1513; NZG 2012, 625.
[72] Zur Entwicklung *Wiedemann* (Fn. 53), § 4 I 3 (S. 300 ff.); *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 126 f.
[73] BGHZ 8, 35 (41 f.) = NJW 1953, 102 (für eine OHG).
[74] Ausdrücklich BGHZ 203, 77 Rn. 14 = NJW 2015, 859 Rn. 14; BGH NZG 2013, 63 Rn. 15.
[75] BGHZ 203, 77 Rn. 19 = NJW 2015, 859 Rn. 19.
[76] *Schäfer* (Fn. 33), § 714 BGB Rn. 68.
[77] Ausführliches Prüfungsschema bei *Windbichler*/*Bachmann* (Fn. 1), § 8 Rn. 155.
[78] So eindeutig der RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 107, 228.

der Personengesellschaft steht gem. **§ 720 Abs. 1 BGB** den Gesellschaftern zu, und zwar als **Gesamtvertretungsmacht**. Das heißt, dass grundsätzlich alle Gesellschafter gemeinsam handeln oder das Rechtsgeschäft jedenfalls billigen müssen. Der Gesellschaftsvertrag kann auch Einzelvertretungsmacht und andere Gestaltungen (zwei Gesellschafter gemeinsam o.ä.) vorsehen. Allerdings ist die **Vertretungsmacht inhaltlich nicht** mit Wirkung gegenüber Dritten **beschränkbar, § 720 Abs. 3 BGB**. Dies dient dem Schutz des Rechtsverkehrs – wer mit einem Vertreter kontrahiert, soll mangels Einblicks in die internen Abreden darauf vertrauen können, dass dieser auch das konkrete Geschäft mit Wirkung für die Gesellschaft abschließen kann.

VI. Gesellschafterhaftung

Neben Selbstorganschaft und Mehrpersonenprinzip ist die **persönliche** und **unbeschränkte Haftung** der Gesellschafter ein weiterer Grundpfeiler des Personengesellschaftsrechts. Personengesellschaften erfordern kein Mindestkapital und kennen keine Kapitalerhaltungsvorschriften, außerdem ist eine Registerpublizität nicht existenznotwendig. Dies alles schafft ein Risiko für Dritte, das mit der Gesellschafterhaftung jedenfalls mitigiert werden kann (für die Ausnahmen in der KG siehe E.IV.). Mit dem MoPeG ist in den §§ 721 ff. BGB die Gesellschafterhaftung für die GbR erstmals normiert worden; Anleihen aus dem OHG-Recht sind nun nicht mehr erforderlich.

Gemäß § 721 S. 1 BGB haften die Gesellschafter als Gesamtschuldner persönlich. Das heißt, dass sie **primär** (und nicht subsidiär), **in vollem Umfang** (und nicht anteilig) und **unbeschränkt** haften. Die Haftung ist **akzessorisch**, sie hängt also in Bestand und Höhe von der Schuld der Gesellschaft ab (ähnlich der Schuld des Bürgen, § 767 BGB). Anspruchsgrundlage ist § 721 BGB i.V.m. der die Gesellschaftsschuld begründenden Norm (z.B. § 433 Abs. 2 BGB). Die Gesellschafterhaftung kann gem. § 721 S. 2 BGB Dritten gegenüber nicht durch eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag beschränkt werden. Eine individuelle Beschränkung ist allenfalls durch Vertrag mit den einzelnen Gläubigern möglich, institutionelle Schranken kennt das Gesetz nicht.[79] Allerdings haben sich in Rechtsprechung und Lehre unmittelbar nach der ARGE-Rechtsprechung einige Fallgruppen gebildet, in denen die strenge Haftung als nicht passend angesehen wird, namentlich Bauherrengemeinschaften und geschlossene Immobilienfonds[80]. Die Gesetzesbegründung deutet an, dass auch weiterhin in derlei Fällen sowie bei Gelegenheitsgesellschaften und gemeinnützigen Gesellschaften „andere adäquate Haftungsmodelle“ denkbar sind.[81] Da es diese aber nicht in den Gesetzestext geschafft haben, ist hier Zurückhaltung geboten und im Zweifel bei den „alten“ Fallgruppen zu bleiben.

Tritt ein Gesellschafter neu in eine bestehende GbR ein, haftet er gem. § 721a BGB zwingend auch für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Auch ein Ausscheiden schützt vor Haftung nicht: Nach den Regeln des § 728b Abs. 1 BGB haftet ein ausgeschiedener Gesellschafter zeitlich begrenzt für solche Verbindlichkeiten nach, die bis zum Ausscheiden begründet wurden.[82] Handelt es sich um eine Schadensersatzhaftung, muss die Pflichtverletzung aber gem. § 728b Abs. 1 S. 2 BGB vor dem Ausscheiden eingetreten sein. Das ist eine Neuerung des MoPeG.

Die Gesellschafter können gem. § 721b Abs. 1 BGB solche **Einwendungen** und **Einreden** geltend machen, die der Gesellschaft zustehen und können gem. § 721b Abs. 2 BGB die Befriedigung verweigern, solange der Gesellschaft Anfechtung, Aufrechnung oder andere Gestaltungsrechte zustehen, aufgrund derer sie die Leistung verweigern könnte. Dieser zweite Absatz wird relevant, wenn ein nicht einzelvertretungsberechtigter Gesellschafter in Anspruch genommen wird; denn ansonsten könnte er die Rechte schlicht ausüben.

Prüfung der Gesellschafterhaftung, z.B. gem. § 721 S. 1 BGB i.V.m. § 433 Abs. 2 oder § 823 Abs. 1 BGB[83]

A. Anspruch entstanden

I. Verbindlichkeit der Gesellschaft

1. Entstehung und Rechtsfähigkeit der Gesellschaft, § 705 BGB
2. Außenwirksamkeit gem. § 719 BGB
3. Entstehung Verbindlichkeit der Gesellschaft

– Stellvertretung (§ 164 BGB) durch Gesellschafter (§ 720 BGB) oder wirksam Bevollmächtigten

– Durch Zurechnung schädigender Handlung eines Gesellschafters (analog § 31 BGB) oder eines Dritten (§ 278 BGB) oder Haftung gem. § 831 BGB

– Keine rechtshindernde Einwendung bei vertraglicher Haftung, § 721b Abs. 1 BGB

[79] *Servatius* (Fn. 34), § 721 BGB Rn. 14; kritisch auch *Bachmann*, NJW 2021, 3073 (3075). Solche waren in der Literatur verschiedentlich angeregt worden, etwa von *Röder*, AcP 215 (2015), 450 (516 ff.); *Bachmann*, NZG 2020, 612 (616 f.).

[80] Vgl. BGHZ 150, 1 = NJW 2002, 1642, hierzu *Reiff*, ZGR 2003, 550; BGHZ 156, 46 = NJW 2003, 2821; s. auch *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 21 ff. Fall 2.

[81] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 165.

[82] Für Einzelheiten s. *Schäfer* (Fn. 33), § 728b Rn. 1 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 9 Rn. 141 ff.

[83] Hierzu insgesamt *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 9 Rn. 76 ff., Hinweise zu Fallbearbeitung und Problemfällen in Rn. 166 f.; Fälle bei *Frey* (Fn. 23), Fälle 77 ff.

II. Haftung des Gesellschafters

– V.a. Prüfung der Gesellschafterstellung

– Ggf. vertragliche Freistellung durch Vereinbarung mit Gläubiger

B. Anspruch nicht erloschen

I. Rechtsvernichtende Einwendungen (Rücktritt, Aufrechnung etc.) der Gesellschaft gem. § 721b Abs. 1 BGB

II. Persönliche rechtsvernichtende Einwendungen des Gesellschafters (z.B. Aufrechnung mit eigener Forderung gegen Gläubiger)

C. Anspruch durchsetzbar

I. Keine Geltendmachung von Einreden der Gesellschaft durch Gesellschafter, § 721b Abs. 1 BGB

II. Keine Leistungsverweigerung des Gesellschafters wegen bestehender Leistungsverweigerungsrechte der Gesellschaft, § 721b Abs. 2 BGB

III. Keine Geltendmachung eigener Einreden des Gesellschafters (z.B. Stundungsvereinbarung mit dem Gläubiger)

Hat der Gesellschafter einen Gläubiger befriedigt, kann er von der Gesellschaft gem. § 716 Abs. 1 BGB Regress in Form von Aufwendungsersatz verlangen, s.o. Von den Mitgesellschaftern kann er gem. § 426 Abs. 1 BGB sowie gem. § 426 Abs. 2 i.V.m. § 721 S. 1 BGB i.V.m. der Anspruchsgrundlage gegen die Gesellschaft anteiligen und insgesamt um den eigenen Verlustanteil gekürzten Ausgleich verlangen.

VII. Alles hat ein Ende, doch Gesellschaften haben zwei…

Die Gesellschafterstellung kann durch das Ausscheiden als Gesellschafter[84] und durch das Erlöschen der Gesellschaft enden. Das Gesetz unterscheidet klar zwischen beiden Tatbeständen und orientiert sich stark am Recht der OHG. So führen Tod, Kündigung und Insolvenz eines Gesellschafters auch bei der GbR nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft, sondern nur zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 723 BGB). Die Gesellschaft endet in zwei Schritten:

1. Auflösung[85]

Erster Schritt ist die **Auflösung** der Gesellschaft. Sieben Auflösungsgründe (v.a. Zeitablauf, Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Kündigung der Gesellschaft, Auflösungsbeschluss, Zweckerreichung und Zweckfortfall) sind in § 729 BGB enumeriert, weitere können im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden. Z.B. können Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters von Ausscheidens- zu Auflösungsgründen aufgewertet werden. §§ 730 ff. BGB konkretisieren die Auflösungstatbestände, § 734 BGB sieht nun ausdrücklich die Möglichkeit der Fortsetzung vor. Mit der Auflösung ändert sich der Zweck der Gesellschaft; an die Stelle des eigentlichen Zwecks (§ 705 Abs. 1 BGB) tritt ihre **Liquidation** als **zweiter Schritt**.

2. Liquidation

Die Liquidation erfolgt nach den recht detaillierten Regeln der §§ 735 ff. BGB.[86] Es werden die laufenden Geschäfte der Gesellschaft beendigt, die Forderungen der Gesellschaft eingezogen und das Gesellschaftsvermögen in Geld umgesetzt (§ 736d Abs. 2 BGB). Sodann werden zunächst die Gläubiger befriedigt und erst dann den Gesellschaftern ihr Beitrag erstattet; bleibt Vermögen übrig, wird es unter den Gesellschaftern verteilt (§ 736d Abs. 3–6 BGB). Reicht das Vermögen nicht aus, müssen die Gesellschafter nachschießen, § 737 BGB. Mit Abschluss der Schlussverteilung erlischt die Gesellschaft als Rechtsträger. Zuständig für die Liquidation sind grds. die Gesellschafter als Liquidatoren, § 736 Abs. 1 BGB. Es können aber auch Dritte zu Liquidatoren berufen werden. Einzelheiten zu diesem Beendigungsorgan finden sich in den §§ 736–736d BGB.

VIII. Die nicht rechtsfähige GbR (§§ 740–740c BGB)

Die nicht rechtsfähige GbR ist die zweite Variante der GbR. Sie wurde als solche durch das MoPeG eingeführt, das alte Recht ging aber bis zum Wandel in Literatur und Rechtsprechung (s. II.1.) davon aus, dass eine GbR niemals rechtsfähig ist. Dieses Leitbild hat sich nun gleichsam umgekehrt.

1. Rechtsnatur, Entstehung und Relevanz

Die nicht rechtsfähige (nrf) GbR ist **bloßes Schuldverhältnis**. Sie kommt gem. § 705 Abs. 1 BGB durch Vertrag zwischen den Gesellschaftern zustande und unterscheidet sich von der rechtsfähigen GbR durch den **fehlenden Willen** der Gesellschafter **zur Teilnahme am Rechtsverkehr** (vgl. C.II.2.a)). Die nrf GbR ist sehr vielseitig, im Alltag tritt sie in Form von Gelegenheitsgesellschaften wie Skatrunden, Ehegatteninnengesellschaften, und im wirtschaftlichen Kontext etwa bei Nebenabreden von Gesellschaftergruppen oder Emissionskonsortien auf.[87]

[84] Hierzu ausführlich *Schäfer* (Fn. 30), § 17; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 10 Rn. 7 ff.; Fälle bei *Frey* (Fn. 23), Fälle 93 ff.

[85] Detailliert zu Auflösungsgründen *Schäfer* (Fn. 33), § 729 Rn. 11; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 11 Rn. 4 ff.; i.Ü. *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 163 f. Fragen 49 ff.

[86] Detailliert zur Liquidation *Schäfer*, in: FS Heidinger, S. 429 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 11 Rn. 32 ff.

[87] Zu Gesellschaftervereinbarungen vgl. *Bachmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, 6. Aufl. 2023, § 21 Rn. 24 ff. Zu Konsortien vgl. BGHZ 118, 83 (99) = NJW 1992, 2222 (2226); hierzu *Schäfer*, ZGR 2008, 455 (490 ff.).

2. Innenverhältnis

Die nrf GbR hat **kein eigenes Vermögen**, wie **§ 740 Abs. 1 BGB** unmissverständlich vorschreibt. Forderungen, bei dieser Rechtsformvariante die Gesamthand zu erhalten, konnten sich nicht durchsetzen.[88] Werden Gegenstände für Zwecke der Gesellschaft angeschafft, kann ein Gesellschafter diese als Treuhänder halten oder es kann neben der Gesellschaft Bruchteilseigentum begründet werden (§§ 741 ff. BGB).

Für das Innenverhältnis erschöpfen sich die Regelungen in dem Verweis des § 740 Abs. 2 BGB auf eine entsprechende Anwendung bestimmter Normen aus dem Abschnitt der rechtsfähigen Gesellschaft. Bei der entsprechenden Anwendung ist stets auf die Eigenheiten der nrf GbR zu achten. Z.B. kann keine Ersatzpflicht der Gesellschaft gem. § 716 Abs. 1 BGB bestehen, denn die nrf Gesellschaft kann keine Rechte und Pflichten haben. Daher muss sich der Anspruch bei entsprechender Anwendung der Norm gegen die Mitgesellschafter richten. Auch § 708 BGB ist entsprechend anwendbar, die Gesellschafter können das Innenverhältnis also weitgehend frei ausgestalten.

3. „Außenverhältnis"

Die nrf GbR hat **kein Verhältnis zu Dritten**, denn sie hat keine eigenen Rechte und Pflichten. Demnach kann sie auch nicht vertreten werden und keine Schuldnerin sein, womit auch die akzessorische Haftung gem. § 720 BGB keine Rolle spielt. Wird zur Verfolgung des Zwecks einer nrf GbR ein Vertrag geschlossen, z.B. mit einem Reiseveranstalter bei gemeinsamer Reisebuchung, vertritt entweder ein Gesellschafter die anderen Gesellschafter oder er handelt auf eigenen Namen und ggfs. auf Rechnung der Gesellschafter als Treuhänder. In der ersten Variante sind die anderen Gesellschafter Schuldner, und zwar i.d.R. Gesamtschuldner gem. § 426 BGB. Die nrf GbR ist nicht von Art. 19 Abs. 3 GG erfasst, da sie mangels Rechtsfähigkeit nicht „Adressat staatlicher Freiheitsverkürzungen sein"[89] kann.

4. Beendigung und Auseinandersetzung, Ausscheiden eines Gesellschafters

Bei der nrf GbR gilt der **Grundsatz der Personenkontinuität** (statt der in den §§ 723 ff. BGB normierten Verbandskontinuität) fort. Das zeigt sich z.B. beim Tod eines Gesellschafters, der gem. § 740a Abs. 1 Nr. 3 BGB im Zweifel zur Beendigung der Gesellschaft führt (statt nur zum Ausscheiden des Gesellschafters). Ihr Ende findet die nrf GbR durch Beendigung (§ 740a BGB) und Auseinandersetzung (§ 740b BGB). Das Ausscheiden eines Gesellschafters regelt § 740c BGB. Alle Normen bedienen sich weitgehender Verweise auf das Recht der rechtsfähigen GbR.

D. Recht der OHG (§§ 105 ff. HGB)

I. Überblick

Im Recht der OHG hat sich durch das MoPeG weniger geändert. Die OHG ist (und bleibt) eine **stets rechtsfähige Personenhandelsgesellschaft.** Sie dient, anders als die GbR, professionellen Marktteilnehmern, für sie gilt das Handelsrecht (s.u., IV.1.). Gemäß § 105 Abs. 1 HGB ist die OHG eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und bei der sämtliche Gesellschafter persönlich haften.

II. Anwendbares Recht

Die OHG ist älter als die GbR und ihre Rechtsfähigkeit im Gesetz schon lange anerkannt, § 124 Abs. 1 HGB a.F. (wenn auch Einzelheiten strittig blieben).[90] Schon vor dem MoPeG enthielt das Gesetz einen **Verweis auf die GbR-Normen als subsidiäre Regeln**. Diese Norm besteht in **§ 105 Abs. 3 HGB** weiterhin; ihre Bedeutung hat mit der Modernisierung der GbR und der Schaffung der rechtsfähigen GbR als Leitbild deutlich zugenommen. Gemäß § 105 Abs. 3 HGB sind auf die OHG die §§ 705 ff. BGB entsprechend anzuwenden, wenn nicht die §§ 105 ff. HGB besondere Regeln treffen. Dies führt zur Anwendbarkeit von § 705 Abs. 1 BGB (Erfordernis eines Vertrags); § 706 BGB (Sitz); §§ 709 f. BGB; §§ 711–712a BGB (Gesellschafterwechsel); § 713 BGB (Gesellschaftsvermögen); §§ 715a, 715b BGB (Notgeschäftsführung, Gesellschafterklage); §§ 716–717 BGB (Aufwendungsersatz, Herausgabeanspruch und Informationspflichten); § 718 BGB (Zeitpunkt von Rechnungslegung und Gewinnverteilung).[91] Bei einigen Vorschriften, die der Gesetzgeber für besonders wichtig hielt, wurde auf – eigentlich mögliche – Verweisungen auf das BGB verzichtet (etwa § 108 HGB – Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis und vor allem die §§ 126–129 HGB – persönliche Haftung der Gesellschafter).

III. Entstehung der OHG

Wie bei der GbR können die Entstehung der OHG als Rechtsträgerin und ihre Entstehung im Außenverhältnis ggü. Dritten unterschieden werden. Ersteres kann auf zwei Wegen erfolgen.

[88] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 190 f.
[89] *Remmert* (Fn. 37), Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 41.
[90] Historische Hintergründe bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 13 Rn. 25 ff.
[91] *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 13 Rn. 6 f. mit Einzelheiten auch zu nicht anwendbaren Normen; *Haas/Wöstmann* in Röhricht/v. Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann, HGB, 6. Auflage 2023, § 105 Rn. 4b.

1. Entstehung gem. § 105 Abs. 1 HGB („Ist-OHG“)[92]

Eine OHG entsteht gem. § 105 Abs. 1 HGB, wenn eine Gesellschaft vertraglich errichtet wird, deren **Zweck** auf den **Betrieb** eines **Handelsgewerbes** gerichtet ist und bei der kein Gesellschafter in seiner Haftung beschränkt ist. Ein Gewerbe ist jede erlaubte, selbstständige, entgeltliche und nach außen gerichtete Tätigkeit, die planmäßig und für eine gewisse Dauer ausgeübt wird und kein „freier Beruf“ ist.[93] Ein Handelsgewerbe ist gem. § 1 Abs. 2 HGB jedes Gewerbe, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.[94] Demnach wird bei einem Gewerbe grds. vermutet, dass es sich um ein Handelsgewerbe handelt. Der tatsächliche Betrieb des Handelsgewerbes ist nicht erforderlich.

Eine entsprechende Gesellschaft ist zwingend eine OHG, selbst wenn sie im GbR-Gesellschaftsregister eingetragen ist (s.o, C.III.3.). Die Gesellschaft ist gem. § 106 Abs. 1 HGB verpflichtend zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden; diese Eintragung ist aber nicht konstitutiv für die Entstehung als OHG.

2. Entstehung gem. § 107 Abs. 1 HGB („Kann-OHG“); Freiberufler-OHG

Anders ist dies in Fällen von Gesellschaften, die entweder kein Gewerbe betreiben (sondern bloß eigenes Vermögen verwalten oder einen freien Beruf ausüben) oder deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert (sog. Kleingewerbe). Für deren Existenz als OHG ist die Eintragung konstitutiv gem. § 107 Abs. 1 HGB, vorher sind solche Gesellschaften GbR. Die ausdrückliche Öffnung der OHG für Freiberufler ist eine bedeutende Neuerung des MoPeG. Diese können gem. § 107 Abs. 1 S. 2 HGB eine OHG gründen, soweit das Berufsrecht es zulässt. Erfolgt ist das bereits für Rechtsanwälte (§ 59b Abs. 2 Nr. 1 BRAO), Steuerberater (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 StBerG) und Wirtschaftsprüfer (§ 44b Abs. 1 WPO). Für die „Kann-OHG“ ist die Registereintragung eine Einbahnstraße. Denn gem. § 107 Abs. 2 S. 2 HGB findet der Weg zurück in die GbR nur im Wege eines Statuswechsels in die eingetragene GbR statt.

3. Entstehung im Verhältnis zu Dritten gem. § 123 HGB

Die Entstehung der OHG im Verhältnis zu Dritten weist starke Ähnlichkeiten zu § 719 BGB auf. Sie erfolgt spätestens mit der Eintragung ins Handelsregister, § 123 Abs. 1 S. 1 HGB, aber auch schon, wenn mit Zustimmung aller Gesellschafter am Rechtsverkehr teilgenommen wird, „soweit sich aus § 107 Abs. 1 [HGB] nichts anderes ergibt.“ Der letzte Halbsatz stellt klar, dass die „Kann-OHG“ immer erst dann eine im Außenverhältnis wirksame OHG ist, wenn sie eingetragen wurde – die Eintragung ist hier sozusagen doppelt konstitutiv (siehe schon oben, 2.)

IV. Wichtigste Unterschiede zur GbR im Innen- und Außenverhältnis

1. Kaufmannseigenschaft und Firma

Die OHG ist (anders als die GbR) gem. § 6 Abs. 1 HGB Kaufmann, für sie gelten die besonderen Normen des Handelsrechts („Sonderprivatrecht der Kaufleute“). Für die Eintragung ihrer Firma (Name eines Kaufmanns, § 17 Abs. 1 HGB) gelten die §§ 8 ff. HGB, insbesondere die Publizitätsvorschrift des § 15 HGB sowie die Normen zu Anforderungen und Schutz der Handelsfirma, §§ 18 ff. HGB. Hier gab es durch das MoPeG keine inhaltlichen Änderungen.

2. Geschäftsführung und Vertretung

Auch im OHG-Recht gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft. Er ist gesetzlich anders ausgeformt als bei der GbR, denn bei der OHG gelten grds. **Einzelgeschäftsführungsbefugnis** (§ 116 Abs. 3 HGB) und **-vertretungsmacht** (§ 124 Abs. 1 HGB), um sie als professionelle Gesellschaft agiler zu machen. Die Gesellschafter können wiederum andere Regelungen treffen. Widerspricht ein Gesellschafter einer Geschäftsführungsmaßnahme, so muss diese unterbleiben, § 116 Abs. 3 S. 3 HGB. Auswirkungen auf das Außenverhältnis, insbes. die Vertretungsmacht, hat der Widerspruch nicht.[95] Eine weitere Besonderheit bei der Vertretung der OHG ist, dass die besonderen handelsrechtlichen Formen der Stellvertretung, insbes. die Prokura, §§ 48 ff. HGB, zur Verfügung stehen.

3. Beschlussfassung und Beschlussmängel

Auch in der OHG entscheidet die Gesellschaftergesamtheit durch Beschlussfassung, welche im Gegensatz zur GbR etwas formalisierter abläuft. § 109 Abs. 1 HGB schreibt erstmals die Beschlussfassung in **Gesellschafterversammlungen** vor. Laut (hier vergleichsweise knapper) Gesetzesbegründung sollen damit auch rein virtuelle Versammlungen gemeint sein.[96] Ob virtuelle Versammlungen ohne Weiteres möglich sind oder einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bedürfen, ist ungeklärt.[97] Auch bei der OHG gilt ein (disponibles) Einstimmigkeitsprinzip, § 109 Abs. 3, 4 HGB.

[92] S. *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 14 Rn. 10 ff. für Details.
[93] *Körber*, in Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 1 Rn. 12; *Brox/Henssler*, HGB, 23. Aufl. 2020, § 2 Rn. 25 ff.
[94] Zu den Kriterien des Handelsgewerbes gem. § 1 Abs. 2 HGB s. *Brox/Henssler* (Fn. 93), § 2 Rn. 42.
[95] BGH NJW 1974, 1555 (1556); *Schäfer*, in: Habersack/Schäfer, OHG, 2. Aufl. 2019, § 115 Rn. 22.
[96] RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 226; so schon *Böffel/Schramm*, WM 2020, 2004 (2008 f.).
[97] Vgl. *Habighorst*, NZG 2023, 356 (360); *Bochmann*, in: ders./Kumpan/Röthel/Schmidt, Beschlussfassung im virtuellem Raum, 2023, 83 (92); *Heckschen*, GmbHR 2023, 105 (106 f.); *Böffel/Schramm*, WM 2020, 2004 (2006 ff.).

Ebenfalls völlig neu ist ein **ausbuchstabiertes**, dem Aktienrecht entlehntes **Beschlussmängelrecht** in den §§ 110–115 HGB.[98] Es unterscheidet zwischen bloßer Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen, vgl. § 110 HGB (wie aus dem Verwaltungsrecht bei Verwaltungsakten bekannt). Die praktische Relevanz dieses Beschlussmängelrechts ergibt sich einerseits daraus, dass gerade in den Personenhandelsgesellschaften mit einer Einführung des Mehrheitsprinzips durch Gesellschaftsvertrag zu rechnen ist.[99] Dann kann die Minderheit nach Maßgabe der §§ 110 ff. HGB die Entscheidungen der Mehrheit kontrollieren (lassen). Zweitens dürfte das HGB-Beschlussmängelrecht auch auf die GmbH als verbreitetste deutsche Rechtsform entsprechend anwendbar sein.[100]

4. Haftung

Die Haftung der OHG und ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsschulden unterscheidet sich nach dem Gesetz nicht von der Haftung der GbR-Gesellschafter, die §§ 126–129 HGB sind wortgleich zu den §§ 721–722 BGB. Die Haftung ist allerdings insofern etwas schärfer als bei der GbR, als bei der OHG von der Rechtsprechung keine Ausnahmefallgruppen anerkannt werden.

E. Recht der Kommanditgesellschaft

I. Überblick

Die Kommanditgesellschaft ist eine Abwandlung der OHG, bei der **mindestens ein Gesellschafter** nur auf einen bestimmten Betrag **beschränkt persönlich haftet, § 161 Abs. 1 HGB**. Die beschränkt haftenden Gesellschafter heißen **Kommanditisten**, die (wie OHG-Gesellschafter) voll Haftenden werden als Komplementäre bezeichnet. Auch die KG ist Handelsgesellschaft und praktisch aufgrund der möglichen Haftungsbegrenzung sehr relevant. Sie tritt am häufigsten in der Rechtsformverbindung der GmbH & Co. KG auf, bei der eine GmbH den Part des Komplementärs übernimmt.[101] So kann eine persönliche Haftung natürlicher Personen vermieden werden. Möglich ist es auch, dass die KG selbst sämtliche Anteile an der Komplementär-GmbH hält (sog. Einheits-KG). Das war schon vor dem MoPeG anerkannt, ist aber nun im Gesetz ausdrücklich bestätigt (vgl. § 170 Abs. 2 HGB).

Auch die KG wurde durch das MoPeG für Freiberufler geöffnet. Damit hat die Partnerschaftsgesellschaft, welche Freiberuflern bisher als einzige Personengesellschaft eine gewisse Haftungsbegrenzung erlaubte (vgl. § 8 Abs. 2–4 PartGG) und so zur beliebten Wahl etwa deutscher Rechtsanwaltssozietäten wurde[102], ihre Exklusivität eingebüßt.

II. Anwendbares Recht

Das KG-Recht ist überschaubar. Gemäß § 161 Abs. 2 HGB ist, wenn keine besonderen Vorschriften vorhanden sind, das **OHG-Recht entsprechend anwendbar**. Dieser Verweis gilt auch für § 105 Abs. 3 HGB, der in Ermangelung besonderer Normen auf das GbR-Recht der §§ 705 ff. BGB verweist. Die §§ 161 ff. HGB beschränken sich auf Besonderheiten betreffend die Kommanditisten. Alle weiteren Regelungen zu Gesellschaft und Gesellschaftern sind den §§ 105 ff. HGB bzw. den §§ 705 ff. BGB zu entnehmen.

III. Besonderheiten im Innen- und Außenverhältnis der Kommanditgesellschaft

Kommanditisten sind als solche weder zur Geschäftsführung (§ 164 HGB) noch zur Vertretung der KG befugt (§ 170 HGB). § 164 HGB ist allerdings dispositiv, sodass Kommanditisten zu Geschäftsführern der KG bestimmt werden können. Sie können auch Geschäftsführer (§ 35 GmbHG) einer Komplementär-GmbH sein und so die KG mit organschaftlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis führen. Wettbewerbsverbote bestehen nicht, die Informationsrechte der Kommanditisten sind im Vergleich zu Komplementären eingeschränkt (§§ 165, 166 HGB).

IV. Kommanditistenhaftung

Die größte Besonderheit im KG-Recht liegt in der Kommanditistenhaftung.[103] Kommanditisten **haften** gem. § 171 Abs. 1 Hs. 1 HGB **nur bis zur Höhe** ihrer gem. § 162 Abs. 2 HGB zum Handelsregister anzumeldenden, gesellschaftsvertraglich vereinbarten **Haftsumme**. Diese Haftung entspricht (bis auf die Begrenzung in der Höhe) der sonstigen Gesellschafterhaftung, ist also akzessorisch etc. Soweit ein Kommanditist aber seine vereinbarte Einlage an die Gesellschaft leistet, haftet er gem. § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB gar nicht mehr. Die Leistung der Einlage kann in der Zahlung von Geld, aber ebenso in der Übereignung von Gegenständen an oder in der Aufrechnung mit eigenen Forderungen gegen die Gesellschaft erfolgen. Die **Haftung** ist **nach vollständiger Leistung der Einlage** nicht auf die Haftsumme des Kommanditisten beschränkt, sondern **völlig ausgeschlossen**. Die Einlage wird hierbei oft der Haftsumme entsprechen, muss es aber nicht. Die erstmals klare Differenzierung der beiden Begriffe ist dem MoPeG zu verdanken.

[98] Prüfungsschema bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 15 Rn. 44; näher auch *Schäfer*, ZPG 2023, 281 (284 ff.); *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 170 Frage 28.
[99] Vgl. RegE MoPeG, BT-Drs, 19/27635, S. 227.
[100] *Bachmann*, NJW 2021, 3073 Rn. 25; *Wörner/Ebel*, NZG 2021, 963; *Kaulbach/Reidt*, GmbHR 2021, 191 (193).
[101] Hierzu *Habighorst*, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 87), § 77; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 39.
[102] Zur Haftung in der PartGmbB und ihrer Entwicklung *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 18 Rn. 26 ff.
[103] Einzelheiten zur Haftung bei *Schäfer* (Fn. 30), § 13 Rn. 2 ff.; *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 19 Rn. 61 ff.; für Fälle s. *Armbrüster/Böffel* (Fn. 36), S. 35 ff. Fall 3; *Frey* (Fn. 23), Fälle 184 ff.

Soweit dem Kommanditisten seine Einlage zurückbezahlt wird, gilt sie gem. § 172 Abs. 4 S. 1 HGB als nicht bewirkt – die Haftung des Kommanditisten lebt also in entsprechender Höhe wieder auf.

Gemäß **§ 176 Abs. 1 HGB** trifft eine besonders **scharfe Haftung** die Kommanditisten einer Kommanditgesellschaft, die noch nicht im Handelsregister eingetragen ist, aber die Geschäfte mit der Zustimmung der entsprechenden Kommanditisten schon aufgenommen hat: Wissen die Gläubiger nicht um die Kommanditistenstellung, haften diese Gesellschafter vor Eintragung wie Komplementäre, also insbesondere unbeschränkt, für sämtliche Verbindlichkeiten. Dies gilt allerdings ausdrücklich nur für solche Gesellschaften, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (sog. Ist-KG); dies wurde durch das MoPeG hinzugefügt. Ist das nicht der Fall, betreibt eine „KG" z.B. ein Kleingewerbe, wird eine Gesellschaft erst gem. § 107 Abs. 1 HGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB mit Eintragung ins Handelsregister zur KG und ist vorher GbR (sog. Kann-KG). „Kommanditisten" haften als GbR-Gesellschafter nach den §§ 721 ff. BGB und sind demnach gegenüber jenen der Ist-KG benachteiligt, die durch Mitteilung an den Gläubiger ihre Haftung begrenzen/ausschließen können. Diesen Wertungswiderspruch nimmt der MoPeG-Gesetzgeber hin, ob und wie er durch Auslegung aufgelöst werden kann, ist ungeklärt.[104]

Gemäß **§ 176 Abs. 2 HGB** haften auch **neu eingetretene Kommanditisten** bis zu ihrer Eintragung gegenüber gutgläubigen Gläubigern wie Komplementäre. Das ist riskant, weshalb es sich empfiehlt, den Neueintritt bis zur Eintragung aufschiebend zu bedingen (§ 158 Abs. 1 BGB).

Immerhin stellt das MoPeG mit dem Wort „weiterer" klar, dass das Haftungsrisiko des § 176 Abs. 2 HGB nicht beim Erwerb einer bereits bestehenden Kommanditbeteiligung gilt.

F. Ausblick

Anders als oft sonstige rechtliche Neuerungen zum Jahreswechsel, dürfte das neue Personengesellschaftsrecht alle erfreuen. Es ist klarer als das alte Recht und setzt einige bisherige Praktiken ins Gesetz um; für verbleibende und neue offene Fragen haben Wissenschaft und Praxis mit der ausführlichen Gesetzesbegründung zumindest Anhaltspunkte für die weitere Arbeit. Für Studierende haben sich einige bisherige „Dauerbrenner" erledigt – es reicht nun ein Blick ins Gesetz, um den Fall zu lösen. Sorgfältige Lektüre des Gesetzestextes und saubere Subsumtion bleiben freilich ebenso gefragt wie der souveräne Umgang mit den zahlreichen Verweisungen. Dass es auch weiterhin an Auslegungsfragen und potentiellen Klausurproblemen nicht fehlt, haben wir hier aufgezeigt.

[104] Vgl. Lösungsansätze bei *Hartig*, ZJS 2022, 648 m.w.N.; ausführliches Beispiel bei *Windbichler/Bachmann* (Fn. 1), § 18 Rn. 87 ff.

Vicki Fee Weber[*]

Das Verhältnis von Sein und Sollen als Möglichkeit zur Beschreibung und Begründung von Recht – eine Untersuchung der Ansätze Kants und Kelsens

Das, was ist, ist nicht unbedingt das, was sein soll. Schließen wir aus dem einen unmittelbar auf das andere, so wird dies in der Philosophie als Sein-Sollen-Fehlschluss bezeichnet.

Doch was ist, wenn sich eine Wissenschaft Normen zu ihrem Gegenstand erwählt hat? Normen, das sind Vorstellungen davon, wie die Welt sein sollte. Sie können in moralischen Erwägungen oder verbindlichen Rechtssätzen festgelegt werden. Als Juristen versuchen wir, mit dem Recht als Sollen ein Verhalten im Bereich des faktischen Seins vorzuschreiben. Auf der anderen Seite folgt das Sollen des Rechts dem Willen des Gesetzgebers, also dem Sein.

Die vorliegende Arbeit ist der Versuch, sich dem Gegenstand der Rechtslehre in einer philosophischen Betrachtungsweise zu nähern. Betrachtet werden dafür zwei Ansätze, die von denselben erkenntnistheoretischen Ursprüngen herrühren und die dennoch in ihrer Ausgestaltung nicht unterschiedlicher sein könnten.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 104
I. Einführung in das Problem 104
II. Die Bedeutung des Problems für die Rechtswissenschaft 105
III. Die Wahl der Autoren 105
IV. Vorgehensweise 106
B. Die Ansätze Kants und Kelsens 106
I. Immanuel Kant 106
1. Das Verhältnis von Sein und Sollen bei Kant und die Frage nach dem Sein 106
2. Sollen als Unbedingtheit – Kants Ethik 107
3. Das äußere Sollen – Das Recht in der Form von Sollenssätzen 108
II. Kelsen 109
1. Der Dualismus von Sein und Sollen 109
2. Die Rechtsnorm als Ausdruck des Wollens ... 110
3. Aufbau der Rechtsordnung 111
4. Recht in Abgrenzung zu anderen normativen Sollensordnungen 112
C. Gegenüberstellung / Kritischer Vergleich 113
I. Zusammenfassende Darstellung der Erkenntnisse 113
II. Methodik des Vorgehens 113
III. Erkenntnistheoretische Begründung des Sollens im Vergleich 114
1. Sein und Sollen als apriorische Kategorien 114
2. Der Ursprung rechtlichen Sollens als transzendentale Idee 114
IV. Ausblick: Die Verbindlichkeit des Sollens 115
D. Fazit 116

A. Einleitung

I. Einführung in das Problem

Die vorliegende Arbeit ist eine Auseinandersetzung mit dem Verhältnis von Sein und Sollen unter Betrachtung der Ansätze *Immanuel Kants* und *Hans Kelsens*.

Immanuel Kant wird im deutschen Raum häufig als „Entdecker“ des Dualismus von Sein und Sollen bezeichnet. Das mag daran liegen, dass sich die Begriffe des Sollens und der Natur durch sein gesamtes Werk ziehen.[1] Die eigentliche Entdeckung des Dualismus lässt sich jedoch auf den angelsächsischen Philosophen *David Hume* zurückführen. In seinem Werk „A Treatise of Human Nature“ von 1739 beobachtet er Gedankengänge zeitgenössischer Autoren: Diese würden von Betrachtungen über das Sein plötzlich, kaum wahrnehmbar und ohne Übergang, darauf schließen, wie etwas sein sollte. Das Sollen aber würde laut *Hume* eine neue Beziehung beschreiben, für die es einer eigenen Begründung bedürfe.[2]

Seit dieser Feststellung *David Humes* wird die Ableitung eines Sollens aus dem Sein als Sein-Sollen-Fehlschluss bezeichnet. Bis heute liefern Philosophen mannigfaltige Begründungsansätze, die sich der Beschreibung des Verhältnisses von Sein und Sollen widmen.

Besonders hervorzuheben sei hier die Arbeit des britischen Philosophen *George Edward Moore*, der darauf aufbauend den Naturalistischen Fehlschluss begründete. Nach diesem könne man, auch bei Vermeidung des Sein-Sollen-Fehlschlusses, dennoch auf sprachlicher Ebene ein grundsätzliches Missverständnis einbauen. Das geschieht, indem die Beschreibung „gut“ über andere Werte definiert wird.[3] Diese sprachanalytische Betrachtungsweise soll hier allerdings nicht vertieft werden.

Die Herausforderung des Verstehens des Verhältnisses besteht weniger auf der Seite des Seins. Natürlich ist das Be-

* Die *Verfasserin* studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Professor Dr. Christoph Möllers, LL.M. (Chicago) im Fach Moderne Rechtsphilosophie im Rahmen des Schwerpunktbereichs Geschichte und Theorie des Rechts erarbeitet wurde.

[1] *Achermann*, Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts, 1955, S. 11; *Klenner*, Kelsens Kant, in: Revue Internationale de Philosophie, Vol. 35, No. 138, 1981, S. 540.
[2] *Hume*, A Treatise of Human Nature, Bk III: I, sec.I, 1739.
[3] Vgl. *Moore*, Principia ethica, 1903; *Prechtl/Burkard*, Metzler Lexikon Philosophie, 3. Aufl., 2008, S. 182.

greifen der Grundstrukturen der Wirklichkeit ein komplexer, eigenständiger Teilbereich der Philosophie. Dass diesem aber zunächst das, was existiert, zugerechnet werden kann, ist an sich plausibel. Als deutlich schwieriger stellt sich die Antwort auf die Frage dar, woher das Sollen zu entnehmen ist. Die Ansätze, die in dieser Arbeit betrachtet werden, sehen das Sollen entweder als gewollte Verallgemeinerbarkeit, also im Willen, oder als Glied einer Struktur, demnach in der Form. Anders lässt sich das Sollen auch in enger Verbindung mit dem Sein erkennen. Der britische Philosoph *Derek Parfit* entwickelte ein Beispiel dafür, wie die Faktenlage, also Elemente aus dem Sein, ein handlungsorientiertes Sollen erschaffen können, indem sie auf eine Reaktion drängen, die den Fakten angemessen ist. In seinem Beispiel befindet sich ein Subjekt in einem brennenden Raum, der einzige Ausweg findet sich in der Flucht durch ein Fenster. Das Feuer und die Gefahr, verbrannt zu werden, werden zu einem Grund, den Raum zu verlassen. Dieser ist so gewichtig, dass er als ein „Müssen" empfunden wird.[4]

Für den Philosophen *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* liegt die Beantwortung der Frage nach dem Sollen im Sein, denn nur dieses sei erkennbar. Versuche, darüber hinaus die Suche nach dem Sollen zu führen, führten zu schnell ins subjektive „Meinen".[5]

II. Die Bedeutung des Problems für die Rechtswissenschaft

Die Beziehung von Sein und Sollen gestaltet sich als deutlich vielfältiger als das simple Verbot der Ableitung eines Sollens aus dem Sein. Daraus, dass etwas ist, kann nicht geschlossen werden, dass es auch so sein sollte, soweit einleuchtend. Bleibt man im Bereich der Aufstellung eines Sollens, muss dieser Grundsatz eingehalten werden und wird auch nicht mehr wesentlich bestritten.[6] Betrachtet man das Verhältnis aber genauer, lässt sich eine erstaunlich komplexe Wechselwirkung erkennen, die gerade für die Rechtsphilosophie von Bedeutung ist.

Das Recht ist ein System von (Rechts-)Normen. In Normen wird ein Sollen ausgedrückt, indem sie ein bestimmtes Verhalten als gesollt oder nicht gesollt setzen. Dieses von der Norm vorgeschriebene Verhalten liegt im Bereich des Seins, zumindest, wenn es verwirklicht wird. Normen können vielerlei Gestalt annehmen, sie können beispielsweise gesellschaftliche Tugenden ausdrücken oder moralische Normen sein. Sie können, je nach Kontext, eine existierende Norm zum Ausdruck bringen oder selbst eine Norm aufstellen.[7]

Eine mögliche Form des Sollens ist dessen Ausgestaltung in Rechtsnormen. Hier entfaltet sich das Verhältnis von Sein und Sollen als dasjenige von Sachverhalt und Norm. Wird der Sachverhalt durch einen Rechtsunterworfenen erfüllt, aktiviert dieser Vorgang gewissermaßen die Norm, die nur in diesem Fall zur Anwendung kommen kann. Dann erhält die Norm in der Verwirklichung ihrer Rechtsfolge selbst einen Seins-Charakter, sie entfaltet ihre Wirkung in der Realität.[8] In anderer Betrachtung kann ein Sein seine spezifische Existenz auch nur durch ein Sollen erhalten. Die Ehe ist beispielsweise nur eine Ehe, weil sie durch eine Norm des Bürgerlichen Gesetzbuches als solche definiert wird. Ohne Vorschriften, die das Zustandekommen durch bestimmte Voraussetzung vorschreiben, wäre sie eben nur eine Verbindung zweier Menschen.[8] Darüber hinaus kann das Sein schon in der Begründung des Sollens eine Rolle spielen, indem auf bestimmte Interessen von Menschen mit Regulierung durch eine Norm zugegangen wird.[9] Schließlich haben Rechtsnormen Faktizität, auch ohne dass in einer konkreten Situation ihr Tatbestand erfüllt wird. Sie existieren vielleicht nicht physisch, aber als gedankliches Phänomen und in Form von Sprache. Sie haben rechtserhebliche Bedeutung und werden tatsächlich beachtet.[10]

Für all das lässt sich die Möglichkeit voraussetzen, dass das Sollen im Sein überhaupt erfüllbar ist. Zumindest, wenn das Sollen auf ein Verhalten ausgerichtet ist, also ein gesolltes Verhalten ausdrückt, erscheint dies notwendig. Das bedeutet keineswegs einen unzulässigen Schluss von Sein auf Sollen. Allein die Möglichkeit der Verwirklichung beinhaltet noch nicht, dass diese geboten sei. Das Kriterium der Möglichkeit erschafft nur das Potenzial dafür.[11]

III. Die Wahl der Autoren

Sowohl der Philosoph der Aufklärung, *Immanuel Kant*, als auch der Rechtspositivist *Hans Kelsen* bauen ihre Theorien auf einer strengen Ablehnung der Ableitung des Sollens aus dem Sein auf. Daher mag die Wahl der beiden Autoren zunächst verwirren.

Mit diesem ihnen gemeinsamen Fundament schaffen sie es jedoch, voneinander völlig verschiedene Beschreibungen des Charakters des Sollens zu begründen. Gerade darin liegt der Reiz des Vergleichs, der in dieser Arbeit vorgenommen wird. Die Einigkeit darüber, dass aus einem Sein kein Sollen ableitbar ist, stellt beide vor die Herausforderung, woher das Sollen zu entnehmen ist. Kommt es aus einem moralischen Imperativ, also einer inneren Pflicht? Oder ist das Sollen erst dann ein solches, wenn es sich in seiner Form und Entstehung in ein System von Rechtsnormen fügt? Die zentrale Frage, die sich diese Arbeit stellt,

[4] *Parfit*, On What Matters, Vol. 2, Part Six, Chapter 24, 2011.
[5] Vgl. *Hegel*, Grundlegung der Philosophie des Rechts, Vorrede, 1820.
[6] *Lindner*, Sein und Sollen, in: Rechtsphilosophie – Zeitschrift für Grundlagen des Rechts, Jahrgang 2017, Heft Nr. 4, S. 396.
[7] *Hörster*, Was ist Recht? Grundfragen der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 2012, S. 39 f.
[8] *Lindner* (Fn. 6), S. 403.
[9] *Lindner* (Fn. 6), S. 410.
[10] *Lindner* (Fn. 6), S. 404 ff.
[11] *Möllers*, Die Möglichkeit der Normen: Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, 2015, S. 139 f.

ist demnach diejenige nach dem Charakter des Sollens: Was macht das Sollen als solches aus und wie kann es dazu beitragen, das Recht als Ordnungssystem zu beschreiben und zu begründen?

IV. Vorgehensweise

Die Arbeit widmet sich zunächst der einzelnen Betrachtung der Ansätze *Kants* und *Kelsens* (B). In der Darstellung *Kants* (B I.) wird hierbei die Moralphilosophie einen großen Teil einnehmen (B I.2.). Hierfür bedarf es eines Exkurses in seine Erkenntnistheorie, die für das Verständnis des Begriffs des Sollens eine entscheidende Rolle einnimmt. Die Darstellung dessen wird auch noch für das Modell *Kelsens* und den anschließenden Vergleich relevant. Da für beide Autoren die Welt der Erfahrung nicht genügen kann, um verbindliches Sollen aufzustellen, seien es die sittlichen oder die juristischen Normen, verwenden sie eine erkenntnisphilosophische Begründung. Darüber hinaus wird die Darstellung von *Kants* Rechtsphilosophie erfolgen (B I. 3.). Bei *Kelsen* wird die Idee der *Reinen Rechtslehre* als einziger Gegenstand der Betrachtung des Sollens untersucht (B II.). Der dritte Teil der Arbeit versucht sich an einer kritischen Gegenüberstellung beider Modelle (C). Dabei wird vor allem untersucht werden, welche Ähnlichkeiten sich in den Begrifflichkeiten und erkenntnistheoretischen Grundlagen in Bezug auf das Verhältnis von Sein und Sollen finden lassen und worin sich diese unterscheiden. Das umfasst die Betrachtung der Kategorien Sein und Sollen an sich (C III. 1.) sowie die Begründung dessen Ursprungs (C III. 2.). Zudem wird ein kleiner Ausblick gewagt, der aus dem Bereich theoretischer Betrachtungen herausführt und die Frage stellt, wie die Verbindlichkeit des Sollens durch beide Autoren begründet wird (C IV.). Final werden die Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst und reflektiert (D).

B. Die Ansätze Kants und Kelsens

I. Immanuel Kant

1. Das Verhältnis von Sein und Sollen bei Kant und die Frage nach dem Sein

Die Frage „Was soll ich tun?“ nimmt neben den Fragen „Was kann ich wissen?“ und „Was darf ich hoffen?“ einen großen Raum in der Philosophie *Immanuel Kants* ein. Sie ist Teil seiner praktischen Philosophie und bildet den Kern seiner Ethik. Die Untersuchungen dazu stellt er hauptsächlich in den Werken „Grundlegung zur Metaphysik der Sitten“ (1785) und „Kritik der praktischen Vernunft“ (1788) an. Mit der Frage begründet *Kant* Werturteile als Ausfluss der menschlichen Freiheit. Er beschreibt, wie die praktische Vernunft erkennt, was gut und nützlich ist und mit dieser Erkenntnis Aussagen darüber treffen kann, wie gehandelt werden soll. Das sind die praktischen Gesetze. Die praktische steht der reinen Vernunft gegenüber, die Naturerscheinungen mittels Logik und Empirie untersucht und sagen kann, was geschehen wird.[12]

Das Sollen zu ergründen, wird damit ein eigener Betrachtungsgegenstand. Sein und Sollen erscheinen in *Hume*’scher Tradition streng voneinander getrennt. Tatsächlich findet sich aber in der Philosophie *Kants* keine Gegenüberstellung der Begriffe von Sein und Sollen.[13] *Kant* nimmt den Dualismus stattdessen in der Unterscheidung von Natur und Sollen vor. Dieser Dualismus wird vielfach angesprochen und als sicher gegeben dargestellt.[14] So wird das Sollen wie folgt definiert:

„Das Sollen drückt eine Art von Notwendigkeit und Verknüpfung mit Gründen aus, die in der ganzen Natur sonst nicht vorkommt. […] Wir können gar nicht fragen, was in der Natur geschehen soll; […] sondern was darin geschieht. Dieses Sollen nun drückt eine mögliche Handlung aus, davon der Grund nichts anderes als ein bloßer Begriff ist.“[15]

Für die Untersuchung des Dualismus von Sein und Sollen in *Kants* Philosophie muss daher zunächst untersucht werden, ob der Begriff der Natur mit dem Begriff des Seins gleichgesetzt werden kann, ohne dabei in die Tiefe einer ontologischen Untersuchung zu gehen. Die Natur bestimmt *Kant* als das *„Dasein der Dinge, sofern es nach allgemeinen Gesetzen bestimmt ist“*[16]. Der Mensch kann mithilfe seiner Vernunft versuchen, diese Natur zu untersuchen. Das gelingt ihm unter den Bedingungen seiner Erkenntnis mithilfe der begreifbaren Gegebenheiten von Raum und Zeit. Damit ergibt sich für die Natur, dass diese den Raum der Realität umfasst.[17] Für die nachfolgenden Untersuchungen können die Begriffe Natur und Sein daher synonym verwendet werden. Der Dualismus von Natur und Sollen wird im Folgenden als Dualismus von Sein und Sollen geführt.

Ergänzend sei noch gesagt, dass *Kant* es nicht für erreichbar hält, das *„Ding an sich“* zu erkennen, denn das würde die Möglichkeiten des menschlichen Erkenntnisvermögens überschreiten. Der Mensch kann aber durch die Vernunft deren Erscheinung erkennen.[18] Diese Erscheinung ist das Einzige, was uns als objektiv bestimmbare Realität gegeben sein kann, auch wenn sie nicht die absolute Realität des *„Dings an sich“* besitzt.[19]

[12] *Gärtner*, Ist das Sollen ableitbar aus einem Sein? Eine Ontologie von Regeln und institutionellen Tatsachen unter besonderer Berücksichtigung der Philosophie von John R. Searle und der evolutionären Erkenntnistheorie, 2010, S. 12.
[13] *Winkler*, Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre. Theoretische und geistesgeschichtliche Überlegungen zum Dilemma von Sein und Sollen in Hans Kelsens Rechtstheorie, 1988, S. 178.
[14] *Ellscheid*, Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants, 1968, S. 7f.
[15] *Kant*, Kritik der Reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787 (KrV B), AA III 371, zitiert werden diese und folgende Werke Kants nach der Akademieausgabe von Immanuel Kants gesammelten Werken.
[16] *Kant*, Prolegomena, 1983, AA IV 294; *Prechtl/Burkard* (Fn. 3), S. 402.
[17] *Ellscheid* (Fn. 14), S. 9.
[18] *Prechtl/Burkard* (Fn. 3), S. 116; vgl. *Kant* (Fn. 15) S. 209 ff.
[19] *Prechtl/Burkard* (Fn. 3), S. 116, 160; vgl. *Kant* (Fn. 15) S. 209 ff.

2. Sollen als Unbedingtheit – Kants Ethik

a) Erkenntnistheoretische Grundlagen

Das Sein, die nach Zeit und Raum erkennbare Realität, ist das Eine. Es beschreibt eine sinnlich wahrnehmbare und empirisch erforschbare Welt. Das Sollen kommt in dieser Natur nicht vor, denn es ist die Beschreibung einer möglichen Handlung. Um ein Sollen aufzustellen, bedarf es eines vernunftbegabten Wesens, welches das eigene Handeln mit einem Grund versieht. Das Sollen ist eine innere Nötigung, eine Handlung allein aus der Vorstellung eines Vernunftgrundes („Begriff") heraus vorzunehmen.[20]

Um ein solches Sollen aufzustellen, bedarf es für *Kant* einer Begründung, die außerhalb des Bereichs der Erfahrung liegt. Um das zu verstehen, bedarf es einer kurzen Einführung in seine Erkenntnistheorie, die auch für die Darstellung von *Kelsens* Reiner Rechtslehre noch von Bedeutung sein wird. *Kant* unterscheidet Urteile nach dem Ursprung ihrer Erkenntnis. Die philosophischen Grundlagen dafür schuf *Kant* in der „Kritik der reinen Vernunft" (1781). Es gibt Urteile, die auf Beobachtungen gründen (*a posteriori*) und solche, die unabhängig von aller wirklichen Wahrnehmung allein aus der Vernunft geschlossen werden können (*a priori*).[21]

Versucht man, *a posteriori* auf ein Sollen zu schließen, bieten sich unüberwindbare Schwierigkeiten. Denn die Erfahrung kann uns zwar sagen,

„was da sei, aber nicht, dass es notwendigerweise, so und nicht anders, sein müsse"[22].

Versucht man, aus Beispielen guten Handelns den Maßstab des *sittlich Guten* zu „entlehnen", muss dies scheitern, denn diese Beispiele müssten ihrerseits wieder nach „*Prinzipien der Moralität beurteilt werden*", bevor sie zum „*Muster*" für weiteres Verhalten erklärt werden könnten.[23] Denn nur, dass ein Handeln als gut erfahren wurde, bedeutet nicht, dass dieses in jeder Situation immer gleich angebracht und daher notwendiges Handeln sei. Ein gutes Sein ist nicht geeignet, ein moralisch verbindliches Sollen aufzustellen.

Darüber hinaus kann es die Empirie nur leisten, die Neigungen und Interessen von Menschen darzustellen. Versucht man aber aus diesen allgemein verbindliche moralische Sollenssätze in Form von Imperativen aufzustellen, gerät man erneut in Bedrängnis. Diese Imperative gelten dann nur bedingt oder „*hypothetisch*".[24] Sie haben zwar auch Sollens-Charakter, denn sie schreiben vor, wie gehandelt werden soll, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen. Sie sind aber abhängig von Neigungen und Interessen. Fallen diese weg, so ist der Imperativ hinfällig. Wer beispielsweise gesund leben möchte, sollte das Rauchen aufgeben. Es steht aber möglicherweise nicht im Interesse aller Menschen, gesund zu leben.[25] In diesen Fällen ist der Imperativ dann obsolet.

b) Die Begründung des Sollens als synthetisches Urteil a priori

Kants Anspruch geht weiter. Er möchte das Sollen als Ausdruck einer Moralphilosophie verstehen, die höhere Ansprüche erfüllt. Es geht ihm um die Begründung einer als objektiv zu erkennenden Notwendigkeit des Sollens, die nur *a priori*, aus der reinen Vernunft heraus, begründet werden kann. So heißt es bei ihm, es sei

„[...] von der äußersten Notwendigkeit [...], einmal eine reine Moralphilosophie zu bearbeiten, die von allem, was nur empirisch sein mag und zur Anthropologie gehört, völlig gesäubert wäre"[26].

Urteile *a priori* können, gleich den Urteilen *a posteriori*, analytischer und synthetischer Natur sein. Analytische Urteile erläutern nur, was im Begriff eines Betrachtungsgegenstandes bereits enthalten ist. Synthetische Urteile ermöglichen weitergehende Erkenntnisse, indem sie dem Begriff ein Prädikat hinzufügen, sie ihn also in Verhältnis zu etwas anderem setzen.[27]

Synthetische Urteile *a priori* verknüpfen zwei Begriffe miteinander, allein aufgrund der logischen Folge des einen aus dem anderen. Sie ermöglichen objektive Erkenntnis im Gegensatz zu synthetischen Urteilen *a posteriori*, die konsistent sind und widerlegt werden können; sobald sich die empirischen Erfahrungen ändern, sind allgemeingültige Urteile *a priori* notwendig.[28] Gerade das macht *Kant* zum Inhalt eines unbedingten, „kategorischen" Imperativs. Er definiert sich über die Allgemeingültigkeit selbst.[29]

„Handle nur nach derjenigen Maxime, von der du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde."[30]

Dieser kategorische Imperativ verdichtet *Kants* gesamte Ethik in einem Satz.[31] Er wird zum obersten Prinzip und zu einer Forderung, die die Vernunft an den Willen stellen kann. Die Vernunft kann sich auf diese Weise selbst in die Pflicht einer eigenen Gesetzgebung stellen. Diese Selbst-Gesetzgebung ist das, was *Kant* als „autonom" bezeichnet.[32]

[20] *Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 3. Aufl., 2006, S. 11.
[21] Zur Unterscheidung exemplarisch: *Kant* (Fn. 15) S. 28 ff., die Begriffe „a priori" und „a posteriori" ziehen sich weiterhin durch sein gesamtes Werk; *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 39.
[22] *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1. Aufl. 1781 (KrV A), AA IV S. 17.
[23] *Kant* (Fn. 22), S. 408; *Hofmann* (Fn. 20), S. 11.
[24] *Kunzmann/Burkard*, Dtv-Atlas Philosophie, 18. Aufl. 2020, S. 143.
[25] *Volkmann*, Rechtsphilosophie, 1. Aufl. 2018, S. 76.
[26] *Kant* (Fn. 22), S. 389.
[27] *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 23.
[28] *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 39.
[29] *Volkmann* (Fn. 25), S. 76.
[30] *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, AA IV, S. 421.
[31] *Volkmann*, (Fn. 25), S. 76.
[32] *Kunzmann/ Burkard* (Fn. 24), S. 143.

c) Die zentrale Bedeutung des Willens

Auf den Punkt gebracht stellt sich das moralische Sollen für *Kant* als Erkenntnis heraus. Damit wird sein Ursprung in ein erkennendes Subjekt[33] verlagert, also einen vernunftbegabten Menschen. Dieser erkennt die Notwendigkeit einer Handlung, entweder zur Erreichung eines bestimmten Zwecks oder aus sich selbst heraus. Damit kann der Mensch das Sollen in Form hypothetischer oder kategorischer Imperative ausdrücken.

Wenn das Sollen im Menschen liegt, bedarf es gewissermaßen eines inneren Antriebs, der zur Aufstellung von eigenen Pflichten treibt. Die Erfüllung dieser Aufgabe sieht *Kant* im Willen. Nur an seiner Beschaffenheit kann für ihn das sittlich Gute gemessen werden. Die Ausführung einer Handlung hängt von zu vielen äußeren Faktoren ab, die nicht von dem handelnden Menschen kontrolliert werden können. Das Ziel einer Handlung nach dem kategorischen Imperativ ist dessen naturgegebene Notwendigkeit. Damit gibt es für *Kant*

„[...] überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille.“[34]

Verfolgt der Mensch mit einer guten Handlung einen bestimmten Zweck, so ist die Handlung an sich nicht gut. Sobald er sich die Frage stellt, „Was soll ich tun?“, damit seine Handlungen nicht zur Verfolgung eines konkreten eigenen Ziels, sonders als *„[...] Mensch im Verhältnis zu andern Menschen verantwortbar sind [...]“*, definiert er sich selbst als moralisches Wesen. Damit hat die Moral ihren *„Anfang im einseitig wollenden Ich“*[35]. Um diesen Willen zu verstehen, ist „[...] *der Begriff der Freiheit der Schlüssel*“[36]. Die Freiheit ist eine Freiheit des Willens und der Moral, sie umfasst auch die Handlungsfreiheit.[37] Durch den freien Willen ist es dem Menschen möglich, sich unabhängig von Antrieben der Sinnlichkeit oder sozialen Zwängen bestimmen zu können. Er ermöglicht es dem Menschen, von diesen Trieben Abstand zu nehmen und seine Handlungen selbstständig zu beurteilen. Damit kann sich der Mensch eigenen Gesetzen unterwerfen.[38]

Der „gute Wille“ ist vom pathologischen dadurch zu unterscheiden, dass er nicht sinnlich begründet, sondern aus Achtung für das Gesetz besteht. Die „Moralität“ besteht demnach in einem Handeln, das aus der „Pflicht“, der sich der Mensch aus freiem Willen unterworfen hat, vorgenommen wird. Im Gegensatz dazu steht die „Legalität“, in der Handeln und Pflicht lediglich miteinander übereinstimmen.[39]

3. Das äußere Sollen – Das Recht in der Form von Sollenssätzen

a) Der Anspruch eines wissenschaftlich begründeten Rechts unabhängig von Empirie

Neben der Ethik hat es auch die Rechtswissenschaft mit der Aufstellung von präskriptiven Sollenssätzen zu tun. Auch Rechtsnormen schreiben vor, wie gehandelt werden soll. Sie treten als Gebote und Verbote in der Form von Imperativen auf.

Die Betrachtung des rechtlichen Sollens ist für die vorliegende Arbeit von besonderem Interesse, denn hier kann ein geeigneter Vergleich zu *Kelsens* Werk vorgenommen werden, der ausschließlich das Recht als Erkenntnisgegenstand betrachtet. Wie sich zeigen wird, wählt *Kant* zur Begründung des rechtlichen Sollens einen Ansatz, der dem moralischen Sollen sehr nahekommt.

Ebenso wie bei der Ethik kann die Empirie unter der Beachtung des Ableitungsverbots eines Sollens aus einem Sein in der Aufstellung von rechtlichen Imperativen nur einen begrenzten Beitrag leisten. Allein aufgrund empirischer Beobachtungen lässt sich für *Kant* kein Recht begründen.

„Empirische Prinzipien taugen überall nicht dazu, um […] Gesetze darauf zu gründen.“[40]

Nach seinem Verständnis könnten mit der Empirie zwar die Wünsche von Menschen festgestellt werden.[41] Die Erfahrung, die sich auf den Umgang mit Menschen stützt, sei aber „bloß zufällig“[42]. Eine Verbindlichkeit des Rechts lasse sich damit nicht begründen. Zudem seien die Wünsche von Menschengruppen, die sich im Recht manifestieren, auch immer nur eine Machtäußerung. Gerade dieses beliebige Zusammenfallen von aktuellen politischen Machtverhältnissen und Recht möchte *Kant* unterbinden. Ihm geht es um die Suche nach dem rechten Recht, welches unabhängig davon Geltung beanspruchen und nicht durch einen spontanen Willensentschluss verändert werden kann. Was folgt, ist der Versuch, Recht wissenschaftlich zu begründen. Diesen vollzieht *Kant* 1797 in der „Metaphysik der Sitten“. Eine wissenschaftliche Begründung von Recht ist also eine „Metaphysik des Rechts“, befreit von empirischen Bedingungen und allein durch die Vernunft geschaffen.[43]

Eine empirische Beobachtung ist jedoch von Bedeutung: Die Notwendigkeit von Staat und Recht ergibt sich für *Kant* aus der Natur des Menschen:

[33] *Prechtl/ Burkard* (Fn. 3), S. 39.
[34] *Kant* (Fn. 30), S. 393.
[35] *Gerhardt*, Immanuel Kant: Vernunft und Leben, 2007, S. 219.
[36] *Kant* (Fn. 30), S. 446.
[37] *Volkmann* (Fn. 25), S. 79.
[38] *Prechtl/Burkard* (Fn. 3), S. 681.
[39] *Kunzmann/Burkard* (Fn. 24), S. 143.
[40] *Kant* (Fn. 30), S. 442.
[41] *Naucke/Harzer*, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 5. Aufl. 2005, Rn. 148.
[42] *Kant* (Fn. 30), S. 411.
[43] *Kant*, Die Metaphysik der Sitten – Erster Theil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, AA VI, S. 203 ff.; *Naucke/Harzer* (Fn. 41), Rn. 147 ff.

„Der Mensch hat eine Neigung, sich zu vergesellschaften: weil er in einem solchen Zustande sich mehr als Mensch, d.i. die Entwicklung seiner Naturanlagen fühlt.“[44]

Demnach ist „Das größte Problem für die Menschengattung, zu dessen Auflösung die Natur ihn zwingt, […] die Erreichung einer allgemein das Recht waltenden bürgerlichen Gesellschaft.“[45]

Der Mensch ist also nicht nur Zweck des Rechts, sondern auch dessen Ausgangspunkt.[46] Von diesem aus soll das Recht *a priori* erschlossen werden. Das bietet den Vorteil, dass das Recht, wie die aufgestellten moralischen Imperative, als *„[...] notwendig eingesehen werden können“*.[47] Damit gilt das Recht als verbindlich.

b) Recht in Abgrenzung zu anderen normativen Sollensordnungen

Die Abgrenzung zu *Kants* Ethik ist an dieser Stelle nicht leicht, auch wenn für ihn feststeht, dass die Tugend- und die Rechtslehre voneinander verschieden sind. Das ergibt sich aus ihren Gegenständen: die Tugendlehre beschreibt die innere Freiheit der Selbstbestimmung.[48] Das Recht betrifft „[...] *nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere, sofern ihre Handlungen als Facta aufeinander [...] Einfluss haben können*“[49]. Es ist das Mittel der Außensteuerung.

Wie bereits dargestellt, ist nach *Kant* die Verallgemeinerbarkeit selbst das Kriterium zur Aufstellung von Urteilen *a priori*. Gerade im äußeren Bereich sozialer Tätigkeiten führt das zum Begriff der Freiheit. Denn hier treffen die Handlungsfreiheiten (*„Willkür“*) der Menschen aufeinander. Das Recht hat die Aufgabe, diese Handlungsfreiheiten untereinander zu koordinieren, was zu folgender Definition führt:

„Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“[50]

Damit kommt *Kant* zu einem Begriff des Rechts, der die Form eines kategorischen Imperativs annimmt und die Freiheit zum obersten Prinzip macht. Da dieses als Mittel der Außensteuerung fungiert, ist es für *Kant „[...] mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“*[51] Zwang im Sinne *Kants* bedeutet jedes *„[...] Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht“*.[52]

Aus der Begründung des Rechts *a priori*, die wie dargestellt in Form eines kategorischen Imperativs erfolgt, soll das positive Recht abgeleitet werden können. Zumindest erhebt *Kants* Rechtstheorie den Anspruch, einer möglichen positiven Gesetzgebung als Grundlage zu dienen.[53]

So muss jedoch jede Norm die Prüfung einer eigenen Verallgemeinerbarkeit durchlaufen. Das positive Recht muss demnach hohen Anforderungen bezüglich der Formalisierung entsprechen.[54]

An dieser Stelle ist eine Ergänzung von entscheidender Bedeutung: *Kant* spricht dem positiven Recht seiner Zeit die Verbindlichkeit keineswegs ab. Sie stammt zwar nicht aus einer „natürlichen“ Selbstgesetzgebung, sondern wird von einer fremden Quelle oktroyiert.[55] Dennoch ist das positive Recht als staatliche Anordnung dafür verantwortlich, Störungen und Unsicherheiten in der öffentlichen Ordnung zu beseitigen. *Kants* rechtsphilosophische Betrachtungen sind eben vor allem letzteres: philosophisch. Die Aufgabe der Juristen ist es aber, dieses Recht auszulegen, sowie es die Aufgabe des Philosophen ist, auf den Gesetzgeber einzuwirken.[56]

II. Kelsen

1. Der Dualismus von Sein und Sollen

a) Das Verhältnis im Allgemeinen

Für den österreichischen Rechtstheoretiker *Hans Kelsen* (1881 – 1973) ist die formallogische Verschiedenheit von Sein und Sollen entscheidend für die Konzeption seiner Rechtstheorie, die besonders in der „Reinen Rechtslehre“ (1. Aufl. 1934; deutlich veränderte 2. Aufl. 1960) dargelegt wurde. Schon in seinem frühen Werk „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ (1923) stellt er diesen Gegensatz fest:

„Der Gegensatz von Sein und Sollen ist ein formal-logischer und solange man sich in Grenzen formal-logischer Betrachtung hält, führt kein Weg von dem einen zum andern, stehen beide Welten durch eine unüberbrückbare Kluft getrennt einander gegenüber.“[57]

Eine Begründung hierfür braucht es seiner Auffassung nach nicht:

„Der Unterschied zwischen Sein und Sollen kann nicht näher erklärt werden. Er ist unserem Bewusstsein unmittelbar gegeben. Niemand kann leugnen, daß die Aussage: etwas ist – das ist die Aussage, mit der eine Seins-Tatsache beschrieben wird – wesentlich verschieden ist von der Aus-

[44] *Kant*, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, AA VIII, S. 20 f.
[45] *Kant* (Fn. 44), S. 22.
[46] *Schnarrer*, Norm und Naturrecht verstehen – Eine Studie zu Herausforderungen der Fundamentalethik, 1999, S. 73.
[47] *Kant* (Fn. 30), S. 215; *Hofmann* (Fn. 20), S. 12.
[48] *Hofmann* (Fn. 20), S. 9.
[49] *Kant* (Fn. 30), S. 230.
[50] *Kant* (Fn. 30), S. 230.
[51] *Kant* (Fn. 30), S. 231.
[52] *Kant* (Fn. 30), S. 231.
[53] *Hofmann* (Fn. 20), S. 7.
[54] *Möllers* (Fn. 11), S. 120.
[55] *Hofmann* (Fn. 20), S. 13.
[56] *Hofmann* (Fn. 20), S. 5 f.
[57] *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre: Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl. 1923, S. 8.

sage: daß etwas sein soll – das ist die Aussage, mit der eine Norm beschrieben wird – und daß daraus, dass etwas ist, nicht folgen kann, daß etwas sein soll, so wie daraus, dass etwas sein soll, nicht folgen kann, dass etwas ist.“[58]

Damit begibt sich *Kelsen* in die Tradition *Humes* und *Kants*. Er benutzt den Dualismus, um das Recht als Sollensordnung zu begründen. Das Sollen ist für ihn der spezifische Sinn einer Rechtsnorm, die ein bestimmtes Verhalten gebietet, erlaubt oder zu einem Verhalten ermächtigt. Wie bei *Kant* lässt sich das Sollen also als mögliches Verhalten betrachten. Im Unterschied zu *Kant* jedoch ist das Sollen keine Frage, die sich das Subjekt im Vorgang einer Handlung stellt.

Das Sollen steht damit neben dem Sein, ohne dass es dabei jegliche Bezüge dazu verliert. Es ist ein mögliches Verhalten, das von der allgemeinen Rechtsordnung vorgeschrieben wird. Mit diesem gesollten Verhalten lässt sich das tatsächliche Verhalten von Menschen abgleichen. Stimmen tatsächliches und rechtliches Verhalten miteinander überein, so erhält das Verhalten sowohl den Charakter des Seins als auch des Sollens:

„Man kann dies auch so ausdrücken, dass man sagt: ein bestimmtes Etwas, insbesondere ein bestimmtes Verhalten kann die Eigenschaft haben, zu sein, oder die Eigenschaft, sein zu sollen. […] Das Seiende Verhalten und das gesollte Verhalten sind nicht identisch; aber das gesollte Verhalten gleicht dem seienden Verhalten bis auf den Umstand (Modus), daß das eine seiend, das andere gesollt ist.“[59]

Um zu ermitteln, ob faktisches und gesolltes Verhalten übereinstimmen, funktioniert die Norm als Deutungsschema. Das zu erkennen, ist die Aufgabe der Rechtswissenschaft.

b) Kausal- und Zurechnungswissenschaften

Betrachtet man die Sphäre des Seins und die des Sollens, ergibt sich für *Kelsen*, dass beide mit verschiedenen Vorstellungsverknüpfungen[60] arbeiten. In der Betrachtung des Seins werden Ursache und Wirkung durch Kausalität miteinander verknüpft. Für die Aufstellung von Sollensaussagen bedarf es einer Zurechnung. Diese tritt in ähnlicher Weise auf, drückt sich aber durch die Kopula „soll“ anstatt „ist“ aus.[61] Sie unterscheidet sich von der Kausalität vor allem dadurch, dass diese vom menschlichen Willen und Eingreifen vollkommen unabhängig ist.[62]

Die Zurechnung zeichnet sich dadurch aus, dass Bedingung und Folge nicht einfach miteinander in natürlicher Verbindung stehen. Es bedarf eines menschlich gesetzten Verbindungsgliedes. Als solches kann eine Rechtsordnung dienen, die einem bestimmten Tatbestand eine Rechts- oder Unrechtsfolge zurechnet.[63]

Damit gelingt *Kelsen* die Trennung der Rechtswissenschaft von anderen Disziplinen. Er ordnet die etablierten Wissenschaften ihrer Arbeitsweise nach entweder den Kausal- oder den Zurechnungswissenschaften zu. Zu den Kausalwissenschaften gehören die Naturwissenschaften und die Soziologie. Dass auch Gesellschaftswissenschaften dazu gezählt werden, mag zunächst verwirren. Es ergibt sich jedoch aus der Natur der Zurechnung. In den Gesellschaftswissenschaften, besonders in der Soziologie, wird zwar zwischenmenschliches Verhalten untersucht, es geht dabei aber nicht um die künstliche Zurechnung einer Folge zu bestimmten Ursachen. Stattdessen wird betrachtet, welches menschliche Verhalten in gewisser Regelmäßigkeit welche Reaktion hervorruft. Unabhängig von der Frage, ob die Untersuchung von Kausalität wirklich möglich sei,[64] fallen diese Beobachtungen also nicht unter den Begriff der Zurechnung.

Die Rechtswissenschaft als reine Sollenswissenschaft[65] muss sich nicht mit dem Bereich des Seins auseinandersetzen. Es geht ihr nach *Kelsen* ausschließlich um die Erkennung ihres Gegenstandes, also des positiven Rechts. Die Beachtung anderer Disziplinen im Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Betrachtung führe lediglich zu Methodensynkretismus.[66]

2. Die Rechtsnorm als Ausdruck des Wollens

a) Die Rechtsnorm als Deutungsschema

aa) Rechtsnorm

Anders als *Kant*, der das Sollen im handelnden Subjekt erkennt, ist das Sollen bei *Kelsen* der spezifische Sinn einer Rechtsnorm.

Eine Rechtsnorm wird von Kelsen als Bezeichnung dessen beschrieben, „[d]aß etwas sein oder geschehen, insbesondere daß sich ein Mensch in bestimmter Weise verhalten soll. Das ist der Sinn, den gewisse menschliche Akte haben, die intentional auf das Verhalten anderer gerichtet sind.“[67] *Die Ausrichtung auf das Verhalten anderer ergebe sich dann, „[…] wenn sie, ihrem Sinne nach, dieses Verhalten gebieten (befehlen), aber auch, wenn sie es erlauben und insbesondere wenn sie es ermächtigen“*[67].

Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf ein Erlauben und Ermächtigen umfasst das Sollen bei *Kelsen* einen weiten Bereich. Es drückt nicht nur konkret gesolltes Tun oder

[58] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 5. Neudruck der 2. Aufl. von 1960, 2020, S. 5.
[59] *Kelsen*, (Fn. 58), S. 6.
[60] *Dreier*, JZ 1972, (329) 330.
[61] *Kelsen* (Fn. 58), S. 79 f.
[62] *Vonlanthen*, Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, 1965, S. 25.
[63] *Kelsen* (Fn. 58), S. 78 ff.
[64] *Kelsen* (Fn. 58), S. 89.
[65] *Dreier* (Fn. 60), S. 330.
[66] *Kelsen* (Fn. 58), S. 1.
[67] *Kelsen* (Fn. 58), S. 4.

Unterlassen aus. Auch der Bereich, in dem Menschen ihr Handeln frei gestalten können, ist davon erfasst. Damit wird ein Bereich erschaffen, in welchem ein fester Rahmen der Handlungsfreiheit garantiert werden kann, der auch Dritte in die Pflicht nimmt, diesen Bereich zu schützen.[68] Damit umfasst das rechtliche Sollen gewissermaßen ein „dürfen sollen".

bb) Spezifischer Sinn

Der spezifische Sinn einer Norm erklärt sich durch den Inhalt, der in der Rechtsnorm ausgedrückt wird. Er ist die rechtliche Bedeutung eines menschlichen Verhaltens. Der Akt des faktischen Handelns eines Menschen selbst liegt im Bereich des Seins. Er findet in der in Raum und Zeit sinnlich wahrnehmbaren Realität statt.[69] Durch eine Norm kann diesem Akt eine rechtliche Bedeutung verliehen werden. Das ist die Seite des Aktes, die im Sollen liegt.

Als Beispiel führt *Kelsen* unter anderem das Zustandekommen eines Vertrages an:

„Ein Kaufmann schreibt einem anderen Kaufmann einen Brief bestimmten Inhalts, der andere antwortet mit einem Gegen-Brief;" (der äußere, sinnlich wahrnehmbare Vorgang) „das bedeutet: sie haben einen Vertrag geschlossen" (die rechtliche Bewertung).[70]

Um den objektiven, den „spezifisch juristischen" Sinn eines Aktes zu erfassen, braucht es eine Norm als Deutungsschema. Stimmt der tatsächliche Akt mit dem Inhalt der Norm überein, so erhält er die von der Norm beschriebene rechtliche Bedeutung.[71]

Der objektive Sinn des Aktes muss von der subjektiven Wertung unterschieden werden. Damit ist der Sinn gemeint, den die handelnde („Akt setzende") Person mit ihrer eigenen Handlung verbindet. Sie ist eine eigene Deutung davon, wie der Akt aufgefasst werden soll. Die subjektive Wertung kann, muss aber nicht, mit dem objektiven Sinn zusammenfallen.[72]

b) Rechtsnorm und Rechtssatz

Die Aussage darüber, ob ein tatsächliches Verhalten dem spezifischen Sinn einer Norm entspricht, erfolgt in Form eines hypothetischen Urteils. Hierin liegt die Arbeit der Rechtswissenschaftler, sie beschreiben das Recht auf Grund ihrer Erkenntnis in Form von Rechtssätzen.[73] Ein Rechtssatz kann, anders als die Norm selbst, als wahr oder falsch bewertet werden. Die Überprüfung einer Norm kann nur auf ihre Gültigkeit gerichtet sein.

Im Wesentlichen stimmen Rechtsnorm und Rechtssatz überein. Der Rechtssatz aber trifft eine Aussage ohne Verpflichtung, die Rechtsnorm eine Anordnung. Diese Unterscheidung von Rechtsnorm und Rechtssatz tritt erst in den späteren Werken *Kelsens* auf, in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre wird sie im Unterschied zur zweiten noch nicht genannt.[74]

3. Aufbau der Rechtsordnung

a) Die Entstehung einer Norm

Bevor ein Rechtssatz formuliert werden kann, der einem faktischen Verhalten aufgrund des Deutungsschemas der Norm eine rechtliche Bedeutung zuspricht, muss die Norm erst als solche qualifiziert werden.

Eine Norm gestaltet sich zuerst als subjektiver Sinn. Sie ist, vereinfacht gesagt, zunächst der Wille der Person, die in der jeweiligen Rechtsordnung zu dem Erlass von Normen befugt ist. Um zu einer Norm zu werden, muss der Wille objektiv gesollt sein. Das bedeutet, er muss von Dritten als Sollen erkannt werden können und den Willen seines Begründers überdauern. Dafür bedarf es der Ermächtigung durch eine andere Norm, die den Normgeber dazu ermächtigt, den subjektiven Sinn seines Willensaktes in eine geltende Rechtsnorm zu setzen.[75]Als rechtserzeugende Autorität erkennt *Kelsen* nicht nur den Gesetzgeber an. Auch durch den Richter können Rechtsnormen gesetzt werden, die individueller Natur sind.[76]

Der normgebende Moment lässt sich in Raum und Zeit erfahren und gehört dem Bereich des Seins an. Hat sich der subjektive Sinn aber durch den korrekten Verlauf der Rechtssetzung als Norm manifestiert, besteht fortan ein Sollen im Sinn von Rechtsnormen, also im darin festgehaltenen Akt menschlichen Verhaltens.

Die reine Willensäußerung in Form eines Imperativs kann also nie ausreichen, um eine Norm zu sein. Ein Befehl beispielsweise ist nur ein Befehl ohne Normcharakter. Seine Verbindlichkeit ergibt sich nicht aus sich selbst heraus. Normativen Charakter kann er nur unter den Bedingungen erlangen, die eine ihn erfassende Norm statuiert.[77]

b) Stufenbau der Rechtsordnung

Wie sich in der Entstehung einer Norm zeigt, bedarf es für deren Aufstellung anderer Normen, die die rechtserzeugende Autorität dazu ermächtigen. Allein aus der empirischen Betrachtung eines Seins, beispielsweise der Betrachtung einer Abstimmung im Parlament, lässt sich zwar erahnen, dass eine Norm besteht. Geltung erhält diese jedoch nur, wenn Normen aus der Verfassung herangezogen wer-

[68] *Vonlanthen* (Fn. 62), S. 22 f.
[69] *Kelsen* (Fn. 58), S. 2.
[70] *Kelsen* (Fn. 58), S. 2.
[71] *Kelsen* (Fn. 58), S. 3 f.
[72] *Kelsen* (Fn. 58), S. 2 f.
[73] *Kelsen* (Fn. 58), S. 73 f.
[74] *Vonlanthen* (Fn. 62), S. 24 f.
[75] *Kelsen* (Fn. 58), S. 6 ff; *Vonlanthen* (Fn. 62), S. 23 f.
[76] *Kelsen* (Fn. 58), S. 74.
[77] *Volkmann* (Fn. 25), S. 166 Rn. 57.

den, die das Parlament zum Erlass von Normen ermächtigen.[78] Ermächtigende Normen nehmen einen höheren Rang als die erzeugten ein.

Zum Verständnis führt *Kelsen* ein Beispiel in der Hilfestellung für einen in Not um Hilfe Bittenden an. Zwar ist die Bitte der subjektive Sinn seines Willens, der sich in der Forderung entfaltet. Jedoch bedarf es eines weiteren objektiven Sinnes, dass diese Forderung als Norm angesehen werden kann. Dieser könnte in der obligatorischen Nächstenliebe durch einen Religionsstifter liegen. Durch das höhere Gebot, dass dem Willen der göttlichen Entität gefolgt werden soll, ergibt sich die Geltung der Norm für die Hilfeleistung aus Nächstenliebe von ebendieser Soll-Norm, statt der Forderung als Seins-Tatsache.[79]

Für das Recht ergibt sich damit eine Ordnung als Stufenbau. Dieses Modell stammt nicht von *Kelsen* selbst, es ist von seinem Schüler Adolf Merkl entworfen und von *Kelsen* bereits in der ersten Auflage seiner Reinen Rechtslehre aufgegriffen worden.[80]

„Die Beziehung zwischen der die Erzeugung einer anderen Norm bestimmenden und der bestimmungsgemäß erzeugten Norm kann in dem räumlichen Bild der Über- und Unterordnung dargestellt werden. Die die Erzeugung bestimmende ist die höhere, die bestimmungsgemäß erzeugte ist die niedere Norm. Die Rechtsordnung ist somit nicht ein System von gleichgeordneten, gleichsam nebeneinander stehenden Rechtsnormen, sondern eine Stufenordnung verschiedener Schichten von Rechtsnormen.“[81]

c) Grundnorm

Nimmt man, wie *Kelsen*, den Sein-Sollen-Fehlschluss allerdings ernst, ergibt sich hier ein Problem. Logisch zu Ende gedacht, stellt sich, sobald man bei der höchstrangigen Norm im jeweiligen Rechtssystem angelangt ist, die Frage, wovon sich diese wiederum ableiten lässt. *Kelsen* konstruiert als Lösung hierfür die „Grundnorm“.

„Aber die Suche nach dem Geltungsgrund einer Norm kann nicht, wie die Suche nach der Ursache einer Wirkung, ins Endlose gehen. Sie muss bei einer Norm enden, die als letzte, höchste vorausgesetzt wird. Als höchste Norm muss sie vorausgesetzt sein, da sie nicht von einer Autorität gesetzt sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müsste. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet“.[82]

Die Grundnorm ist demnach eine hypothetische Norm, die an der Spitze eines Rechtssystems vorausgesetzt werden muss. Sie wird allein von Rechtswissenschaft und juristischem Denken konstruiert und ermöglicht auch der Verfassung als höchster Norm im Stufenbau den objektiven Sinn einer Norm.[83] Die Grundnorm wurde von *Kelsen* in seinen früheren Betrachtungen in Anlehnung an *Kant* als „transzendental-logische Bedingung“ bezeichnet. Eine nähere Untersuchung dieser Beschreibung wird im vergleichenden Teil dieser Arbeit vorgenommen.

4. Recht in Abgrenzung zu anderen normativen Sollensordnungen

a) Zwangscharakter

Ausgehend von der Grundnorm als Spitze des Stufenbaus entfaltet sich das Recht als geordnetes und vielfältiges Sollen. Das Recht ist jedoch nicht die einzig denkbare Ordnung von Sollenssätzen. Man denke hierbei an gesellschaftlich erwartete Normen und selbstgestellte moralische Pflichten, die Menschen auch vorschreiben, wie sie sich in bestimmten Situationen verhalten sollen. *Kelsen* bleibt in seiner Darstellung des Rechts daher nicht stehen und schafft es, das Recht von diesen anderen Ordnungen abzugrenzen.

„Mit der formalen Kategorie des Sollens oder der Norm ist jedoch nur der Oberbegriff, nicht die spezifische Differenz des Rechts gewonnen.“[84]

Diese „Spezifische Differenz“ des Rechts macht *Kelsen* im Charakter der Rechtsordnung in Form einer Zwangsordnung aus. Nach eigener Beschreibung unterscheidet sich die Reine Rechtslehre in diesem Punkt nicht stark von anderen rechtspositivistischen Theorien des 19. Jahrhunderts. Die Norm knüpft an den in ihr beschriebenen Tatbestand einen staatlichen Zwangsakt. Dieser erfolgt in Form einer Strafe oder durch sonstige zivile oder administrative Zwangsvollstreckung. Dieser Charakter sei das Alleinstellungsmerkmal von Rechtsnormen gegenüber allen anderen metarechtlichen Normen.[85]

Für *Kelsen* ist der Zwang eng definiert, er ist die „*Anwendung oder Inaussichtstellung einer psychischen oder physischen Sanktion für die Nichtbefolgung einer Verpflichtung*.“[86] Damit wird auch klar, wen das Sollen der Zwangsnormen primär adressiert. Es sind diejenigen staatlichen Organe, die den Zwangsakt setzen, wenn dieser als Unrechtsfolge für eine bestimmte Handlung verpflichtend ist. Betrachtet man beispielsweise die Normen des Strafgesetzbuches, wird hier in der Regel kein Verhalten an sich verboten. Wird ein Verhalten aber durch das Deutungsschema

[78] *Von der Pfordten*, Rechtsphilosophie – Eine Einführung, 2013, S. 40.
[79] *Kelsen* (Fn. 58), S. 8 f.
[80] *Volkmann* (Fn. 25), S. 166 Fn. 65.
[81] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, hrsg. von Jestaedt, 2008, S. 74.
[82] *Kelsen* (Fn.58), S. 197.
[83] *Von der Pfordten* (Fn. 78), S. 40.
[84] *Kelsen* (Fn. 81), S. 25.
[85] *Kelsen* (Fn. 81), S. 25 f.
[86] *Von der Pfordten* (Fn. 78), S. 39.

der Strafnorm als Straftatbestand qualifiziert, so ist eine bestimmte Strafe vorgesehen, die von den staatlichen Organen durchgeführt wird. Damit wird ein bestimmtes Verhalten, das keinen Straftatbestand erfüllt und demnach geboten ist, nicht direkt „erzwungen". Es ist vielmehr der psychische Druck, den die Strafandrohung vermittelt, die den Zwang im Sinne *Kelsens* ausmacht.[87]

b) Recht als dynamisches System

In weiterer Abgrenzung beschreibt *Kelsen* das Recht als dynamisches System in Abgrenzung zu statischen normativen Systemen. Bei Letzteren gelten Normen aufgrund ihrer inhaltlichen Übereinstimmung mit einer höherrangigen Norm. Im Bereich des Rechts als dynamisches System kommt es auf den Inhalt einer Norm, die erlassen werden soll, jedoch nicht an. Hier ist lediglich die Ermächtigung durch eine höherrangige Norm entscheidend, also die formal-prozessuale Übereinstimmung mit dieser.[88]

C. Gegenüberstellung / Kritischer Vergleich

I. Zusammenfassende Darstellung der Erkenntnisse

Nachdem die Modelle *Kants* und *Kelsens* unter Betrachtung der Kategorien Sein und Sollen in ihren Grundzügen dargestellt wurden, gilt es nun, sie kritisch miteinander zu vergleichen.

Sowohl *Kant* als auch *Kelsen* beginnen mit derselben Grundprämisse: Sein und Sollen sind voneinander zu unterscheiden. Aus dem einen lässt sich das andere logisch nicht ableiten. Was sie im Anschluss mit diesem Ansatz begründen, ist jedoch grundverschieden.

Der Aufklärungsphilosoph *Immanuel Kant* benutzt den Dualismus zur Begründung seiner Ethik, seiner praktischen Philosophie. Er betrachtet das Sollen als eine innere moralische Frage, die auf Beantwortung durch ein menschliches Handeln drängt und entwickelt sie auf die Spitze seines kategorischen Imperativs. Darüber hinaus entwickelt er mithilfe des Dualismus' die Idee einer Rechtslehre, die das Sollen im äußeren Handlungsbereich bestimmt. Für diese ist es sein Anspruch, eine Rechtsphilosophie zu begründen, die nach wissenschaftlicher Erkenntnis im Recht sucht.[89] Damit sollen die Philosophen beratend auf den Gesetzgeber einwirken und letztlich zu einem besseren Recht verhelfen. Dieses wahre Recht wird metaphysisch begründet. Es führt zu einer „Reinheit" der Rechtslehre, die vom Willen der Rechtssetzenden unabhängiger und dadurch beständiger werden soll.

Für den Rechtstheoretiker *Hans Kelsen* sind derlei moralische Fragestellungen gänzlich uninteressant. Für ihn liegt die „Reinheit" der Rechtslehre in ihrer vollkommenen Abgeschiedenheit des Rechts von allen anderen wissenschaftlichen Disziplinen. Der Dualismus führt ihn zur Abgrenzung des Rechts als Normwissenschaft von allem, was er zu Untersuchungen im Bereich des Seins zählt.

Der Anfang in der Suche nach dem Sollen liegt für beide Autoren im menschlichen Willen. Für *Kant* lässt sich das Sollen im Wollen selbst erkennen. Die Moral ist die Frage danach, wie gehandelt werden soll. Da sich nur der freie Wille unter die moralische Pflicht stellen kann, hat diese ihren „Anfang im einseitig wollenden Ich"[90]. Das Sollen, in seiner unbedingten Form, entstammt daher einer gewollten Verallgemeinerbarkeit und ist Ausdruck des Willens. Für *Kelsen* lässt sich in dem Willen selbst noch kein Sollen erkennen. Bevor der Wille zu einem Sollen wird, bedarf es einer bestimmten Form, in der er sich entfalten kann. Die Manifestation des Willens in Form einer Norm muss wiederum von anderen Normen abgeleitet werden, die den Willensgebenden dazu berechtigen. Erst dann kann der Wille zu einem objektiven Sollen werden.

II. Methodik des Vorgehens

Beide Autoren begründen das Sollen mithilfe der Erkenntnistheorie. Das wird verständlich, wenn man sich deren Zielsetzung vor Augen hält. *Kant* erbrachte mit seiner transzendentalen Logik die Begründung dafür, dass sich unabhängig von empirischer Erfahrung Wissen generieren lassen kann. Dieses Wissen stellt nicht bloß eine Klarstellung oder Beschreibung dessen dar, was bereits in den Begriffen liegt. Es ist synthetisch und lässt neue Erkenntnisse zu. Mit dieser Form des Erkennens lässt sich auch der Bereich des Sollens beschreiben, der der Welt empirischer Erfahrung verborgen liegt. Das machen sich *Kant* und später *Kelsen* zunutze, um die jeweils eigene Sollensordnung zu begründen. *Kants* Moral- und Rechtsprinzipien sowie *Kelsens* Reine Rechtslehre haben den Anspruch, *a priori* erkannt zu werden.

Hans Kelsen gilt allgemein als Kantianer.[91] Besonders in seiner „klassischen Phase" (1921–1960) werden seine Werke von den erkenntnistheoretischen Grundlagen *Kants* untermauert.[92] Das sind insbesondere die Lehre von Urteilen und Kategorien *a priori*. Diese Begriffe ziehen sich durch *Kelsens* Werke und werden an entscheidenden Stellen gebraucht. Besonders dann, wenn es um den Dualismus von Sein und Sollen geht, werden die Bezüge zu dem Philosophen der Aufklärung deutlich. Seine Theorie will schlussendlich als universelles erkenntnistheoretisches Instrument im Sinne *Kants* zum Verständnis des Rechts aufgefasst werden.[93]

[87] *Volkmann* (Fn. 25), S. 165.
[88] *Jestaedt*, Einführung in die 1. Aufl. der Reinen Rechtslehre von 1934, 2008, S. 37; *Von der Pfordten* (Fn. 78), S. 41.
[89] *Naucke/Harzer* (Fn. 41), Rn. 149.
[90] *Gerhardt* (Fn. 35), S. 219.
[91] *Klenner* (Fn. 1), S. 339.
[92] *Gragl*, In Defence of Kelsenian Monism, Countering Hart and Raz, in: Jurisprudence, Bd. 8, 2017, S. 4.
[93] *Gragl* (Fn. 92), S. 6.

Bemerkenswert ist jedoch, dass *Kant* nie von *Kelsen* als Grundlage seiner Theorie benannt wurde. In seinen Werken bis 1927 taucht die Bezugnahme auf *Kant* nicht einmal auf. Erst im Nachhinein, durch andere auf die Ähnlichkeiten aufmerksam gemacht, findet sein Name bei *Kelsen* Erwähnung. Er erkennt *Kants* Werke als Stütze an, wenn auch nicht im Ausarbeitungsprozess der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre, sondern erst in deren Rechtfertigungsprozess.[94] *Kelsen* nimmt für sich selbst in Anspruch, *Kants* Theorie weiterentwickelt zu haben. Dessen Zweiteilung der Metaphysik in die Tugend- und Rechtslehre sei Ausdruck klassischen Naturrechtsdenkens, mit dem rechtspositivistischen Ansatz hätte sich *Kelsen* erst selbst in Gänze emanzipiert.[95] Betrachtet man die Art und Weise, wie *Kants* Theorien bei *Kelsen* verwendet werden, muss man feststellen, dass er diesem eigenen Anspruch nicht gerecht wird. Es zeigt sich vielmehr, dass *Kelsen* eine ganz eigene Interpretation *Kants* aufstellt, mit der er seine Reine Rechtslehre begründet.

An der Untersuchung dieser Unterschiede soll der Vergleich der beiden Modelle aufgemacht werden. Das Verhältnis von Sein und Sollen ist ein Problem theoretischer Natur. Der Vergleich soll sich daher auch nicht wesentlich von der theoretischen Ebene fortbewegen. Anschließend wird ein kurzer Ausblick zu einer denkbaren Situation gegeben, in der die vormals theoretische Begründung des Sollens praktische Bedeutung erlangen kann. Das wird als Begründung der Verbindlichkeit von Recht als Sollen diskutiert.

III. Erkenntnistheoretische Begründung des Sollens im Vergleich

1. Sein und Sollen als apriorische Kategorien

Die Unterscheidung von Sein und Sollen als Fundament der Reinen Rechtslehre ist bereits eine Anlehnung an die Philosophie *Kants*.[96] Sein und Sollen werden bei beiden als *apriorische* Kategorien vorgestellt. Für *Kant* ermöglicht der Dualismus die Unterscheidung von theoretischer und praktischer Vernunft. Durch sie gelingt die Trennung von Wert gegen Wirklichkeit, Moral gegen Natur.[96] Dies ist jedoch nur möglich, indem Sein und Sollen als *apriorische* Kategorien wahrgenommen werden und dies auch bleiben. In *Kelsens* Theorie geht die Unterscheidung jedoch über den erkenntnistheoretischen Bereich hinaus und wagt sich in die Anschauung von Bereichen, die in der Erfahrung liegen.[97]

Versucht man, die Gedanken *Kants* nachzuvollziehen, so ergibt sich, dass Sein und Sollen im Bereich der Erkenntnistheorie voneinander ihrer Natur nach unterschieden werden müssen. Als Begriffe *a priori* haben sie kategorialen Rang. Sie sind allgemeinste Vorstellungen, die unserem Verstand als gewiss und ursprünglich gegeben sind, vergleichbar mit Raum und Zeit. Eine Ableitung des Sollens aus dem Sein ist ebenso wenig vorstellbar wie die Ableitung des Raumes aus der Zeit. Dennoch kann unsere Vorstellungkraft das eine nicht vollständig ohne das andere begreifen. Alle *apriorischen* Begriffe gehören einem Systemgefüge an. Eine Trennung von Sein und Sollen kann also in diesem Bereich gelingen und doch kann selbst hier ihre Bezugnahme aufeinander nicht ignoriert werden.[98]

Verlässt man aber den Bereich des Metaphysischen, ist die Aufrechterhaltung der Trennung schlicht nicht möglich. In der wirklichen Welt bedingen sich Sein und Sollen. Hier tritt ein Problem in *Kelsens* Verständnis auf. Er beschreibt den Dualismus zunächst als einen formallogischen.[99] In einem nächsten Schritt aber identifiziert er das *apriorische* Sollen mit seinem eigenen Erkenntnisgegenstand, dem Recht. Ein Teil des Rechts aber ist auch immer im Sein zu finden. Er liegt in der Vorstellungskraft seiner Rechtssubjekte. Dafür findet sich aber in *Kelsens* Vorstellung kein Raum. Für ihn ist das Sollen gleich dem Recht und von diesem führt kein Weg zum Sein. Durch diese Gleichsetzung gelingt es ihm zum einen nicht, die Idee des Sollens als *apriorische* Kategorie zu halten. Zum anderen kann der eigene Anspruch einer strikten Trennung von Sein und Sollen nicht mehr aufrechterhalten bleiben, sofern die Seins-Ebene des Rechts nicht ignoriert wird.[100]

2. Der Ursprung rechtlichen Sollens als transzendentale Idee

Durch die Prämisse, dass kein Sollen aus einem Sein ableitbar ist, führt *Kelsen* die Suche nach dem Sollenscharakter und der Geltung aller Normen zur Grundnorm. Sie wird von ihren Schöpfer als transzendental-logische Voraussetzung für die Geltung normativer Ordnungen bezeichnet.[101] Damit verwendet er erneut Begriffe *Kants*.

Als solche lässt sie sich auch denken. Sie ist nicht greifbar und wird als Bedingung, um über Recht zu sprechen, gedacht. Sie wird vorausgesetzt und kann nicht von einer Autorität geschaffen werden, die dazu der Ermächtigung einer wiederum höheren Norm bedürfte.[102] Die Idee der Grundnorm wird zuweilen mit der Kopernikanischen Wende *Kants* verglichen.[103] Ähnlich wie *Kant* die Möglichkeiten einer *apriorischen* Erkenntnis beschrieben hat, die trans-

[94] *Klenner* (Fn. 1), S. 541 ff.
[95] *Klenner* (Fn. 1), S. 541.
[96] *Klenner* (Fn. 1), S. 540.
[97] *Winkler* (Fn. 13), S. 72.
[98] *Winkler* (Fn. 13), S. 72.
[99] *Kelsen* (Fn. 57), S. 8.
[100] *Winkler* (Fn. 13), S. 69.
[101] *Kelsen* (Fn. 58), S. 204
[102] *Gragl* (Fn. 92), S. 9.
[103] Vgl. hierzu *Jaestadt* über Kelsens Theorie der Reinen Rechtslehre (Fn. 88), S. 17.

zendental und dennoch synthetisch ist, kann *Kelsen* mit seiner Grundnorm eine Antwort auf die Frage liefern, wie wir geltendes Recht als solches erkennen können.[111] Damit leistet die Grundnorm genau das, was eine *apriorische* Kategorie im Sinne *Kants* bereitstellen soll. Sie verdichtet das Material des Rechts zu einem einheitlichen Erkenntnisobjekt und macht es dem beobachtenden Subjekt zugänglich.[104] Durch sie wird die Ableitung von Normen aus höherrangigen Normen erst möglich. Das Recht kann somit durch sie zu einer Einheit werden, die für das beobachtende Subjekt zugänglich ist. Indem sie das Sollen für Rechtsnormen bereitstellt, kann sie den Juristen die Interpretation von tatsächlichen Akten als Rechtsakte ermöglichen.[113]

Die Beschreibung der Grundnorm als *apriorische* Kategorie, so plausibel sie erscheint, ist jedoch nicht unangreifbar. Eine *apriorische* Kategorie ist gewöhnlicherweise sehr weit gefasst und ohne konkreten Inhalt. Ihre Allgemeinheit ermöglicht es, die eigene Erkenntnis unendlich zu erweitern. Die Grundnorm allerdings ist eine Konstruktion, die gerade nur die Anschauung normativer Systeme wie das Recht als Gegenstand der Erkenntnis ermöglichen soll.[105] Sie mag zwar keinen konkreten Inhalt haben, aber kann keiner Erkenntnis als Grundlage dienen, die über die Erfassung des positiven Rechts hinausgeht.

Darüber hinaus ist eine transzendentale Kategorie für *Kant* erst dann eine solche, wenn sie eine Bedingung darstellt, die zwingend erfüllt sein muss, damit Erkenntnis über einen Gegenstand möglich wird.[106] Das hat *Kelsen* seiner Grundnorm zwar anfangs unterstellt. Die Notwendigkeit der gedachten Grundnorm als Bedingung, um über Recht sprechen zu können, wurde von ihm allerdings später zu einer bloß möglichen Voraussetzung der Deutung von Recht abgeschwächt.[107]

IV. Ausblick: Die Verbindlichkeit des Sollens

Das Sollen stellt sich für beide Autoren als Aufforderung zum Handeln heraus. Dieser Aufforderung liegt eine Verbindlichkeit inne, die beide verschieden begründen.

Für *Kant* entspringt diese Verbindlichkeit aus der Notwendigkeit einer Handlung, sei es zur Erreichung eines Zwecks bei hypothetischen, oder, aus der Vernunft selbst heraus, bei kategorischen Imperativen. Es ist gerade diese Verknüpfung mit der Vernunft, die *Kants* Vorstellung in Hinblick auf die Verbindlichkeit so reizvoll macht. Etwas ist verbindlich, weil es mit den Gesetzen der Vernunft übereinstimmt. Nur die Einsicht des Verpflichtungsgrundes kann einen Satz der Ethik zu einem Sollen machen.[108] Die Form des kategorischen Imperativs, die Verallgemeinerungs-fähigkeit verlangt, bestimmt letztendlich, dass dessen Inhalt auch nur die Verallgemeinerung selbst sein kann. Das unbedingte Sollen erhält hierdurch die nötige Bestimmtheit, dass sich aus dem einen Imperativ alle Forderungen in Gestalt eines Sollens ableiten lassen können.[109] *„Denke ich mir […] einen kategorischen Imperativ, so weiß ich sofort, was er enthalte."*[110]. Damit begründet *Kant* den Übergang von dem Begriff des kategorischen Imperativs zu dessen Inhalt. So glückt ihm letztendlich die Verbindlichkeit des Sollens aus sich selbst heraus. Diese Verbindlichkeit endet nicht mit dem moralischen Sollen. Auch die Legalität, das Handeln in Übereinstimmung mit den geltenden Gesetzen, beinhaltet eine subjektive Pflicht. Sofern das Recht mit ethischen und moralischen Prinzipien übereinstimmt, unterliegt der vernünftige Mensch einer Gewissensbindung, diesem zu folgen. Dann stellt sich die Verbindlichkeit des Rechts als eine „*innere Nötigung*" heraus.[111] *Kant* kann also feststellen: „*Das Rechtshandeln mir zur Maxime zu machen, ist eine Forderung, die die Ethik an mich tut*."[112].

Eine innere Verpflichtungskraft spielt bei *Kelsen* keine Rolle für die Verbindlichkeit des Rechts.[120] *Kelsen* versucht die Verpflichtung zur Rechtsbefolgung moralfrei durch die Grundnorm zu begründen.[113] Der Begriff der Verbindlichkeit ist dabei eng mit der Geltung von Normen verbunden. Kann eine Norm für sich Geltung beanspruchen, wird sie für die ihr unterworfenen Rechtssubjekte verbindlich. *„Daß eine sich auf das Verhalten eines Menschen beziehende Norm „gilt", bedeutet, daß sie verbindlich ist, daß sich der Mensch in der von der Norm bestimmten Weise verhalten soll."*[114]

Neben den Bedingungen, unter denen eine Norm in Übereinstimmung mit dem höherrangigen Recht erteilt wurde, ist auch die Wirksamkeit einer solchen Norm entscheidend. Das ist ein interessanter, da für die Betrachtung einer Rechtslehre, die sich von allem Sein befreit versteht, ungewöhnlicher Aspekt. Wirksamkeit und Geltung sind für *Kelsen* nicht identisch. Sie sind voneinander zu unterscheiden, stehen aber in Zusammenhang.[115] Die Wirksamkeit ist für ihn die „*Seinstatsache*", dass eine Norm „*tatsächlich angewendet und befolgt wird*".[124] Erst dann wird die Norm als „*objektiv gültig*" angesehen.[124] Sieht man die tatsächliche Wirksamkeit der Normen als für deren Geltung entscheidend an, können nur Normen, die eine soziale Wirksamkeit erwarten können, auch zu solchen werden. Es ist der eine Satz, der eine – wenn auch nur formale – Einschränkung des Gebots darstellt, dass „*Jeder beliebige Inhalt*"[116] in *Kelsens* Rechtslehre Recht sein kann.[117]

[104] *Gragl* (Fn. 92), S. 34 f
[105] *Winkler* (Fn. 13), S. 61 f.
[106] *Prechtl/Burkard* (Fn. 3), S. 619.
[107] *Paulson*, JZ 2006, 529 (531).
[108] *Ellscheid* (Fn. 14), S. 53.
[109] *Ellscheid* (Fn. 14), S. 51 ff.
[110] *Kant* (Fn. 30), S. 420.
[111] *Hofmann* (Fn. 20), S. 46.
[112] *Kant* (Fn. 30), S. 231.
[113] *Meyer*, Juristische Geltung als Verbindlichkeit, 2011, S. 233.
[114] *Kelsen* (Fn. 58), S. 196.
[115] *Kelsen* (Fn. 58), S. 10.
[116] *Kelsen* (Fn. 58), S. 201.
[117] *Dreier* (Fn. 60), S. 333.

Was aber, wenn Recht und Gerechtigkeit eine nomologische Differenz bilden, wenn das Recht als solches nicht mehr gerecht ist und grausames Handeln verlangt?

In diesem Punkt kann keiner der Autoren eine hilfreiche Antwort bieten. Für den Rechtspositivisten *Kelsen* führt die Geltung einer Norm auch zu deren Verbindlichkeit. Auch die soziale Wirksamkeit kann als Anforderung keine Sicherheit vor grausamem Recht bieten, denn die Geschichte lehrt, dass auch solches Akzeptanz und Befolgung durch seine Rechtsunterworfenen findet.

Kant, der im Gegensatz zu *Kelsen* die Übereinstimmung des Rechts mit moralischen Grundsätzen fordert, hat trotz dieses Grundsatzes ebenso wenig eine zufriedenstellende Lösung für das Problem. Zwar prägen seine Gedanken über das Recht unsere Verfassung, die gerade als Gegenentwurf zum totalitären Recht des Nationalsozialismus entworfen wurde, noch heute. Der Gedanke, dass wir als autonome Wesen für uns in Anspruch nehmen können, nicht zum reinen Mittel für die Zwecke anderer gebraucht zu werden, hat als Objektformel Einzug in unsere Verfassungsrechtsprechung gefunden. Das Recht als Koordinierung der größtmöglichen Freiheit aller miteinander garantiert darüber hinaus ein gewisses Zugeständnis an alle und müsste Diskriminierung ausschließen.

Dennoch sieht *Kant* gute Gründe, dem Recht zu folgen, auch wenn dieses möglicherweise nicht gerecht ist. Das Recht hat eine bedeutende Aufgabe: Es regelt das menschliche Zusammenleben zu einer bürgerlichen Gesellschaft, was dem Menschen ein grundsätzliches Bedürfnis ist.[118] Damit versichert es, dass „[...] *ein Zustand der Ungerechtigkeit und des Krieges von jedermann gegen jedermann* [...]“[119] vermieden werden kann.

D. Fazit

Der Charakter des Sollens, wie *Kant* und *Kelsen* ihn beschreiben, ist trotz ihres gemeinsamen Ausgangspunkts in der Unterscheidung vom Sein erstaunlich verschieden.

Zunächst aber ist ihnen etwas in der Betrachtung gemein. Die Welt des Seins ist vielfältig und in ihrer Gänze kaum zu erfassen. Die Welt des Sollens entfaltet sich unter der Betrachtung *Kants* und *Kelsens* als einheitliches System. Das Sollen wird aus dem Sein herausgehoben und als Abstraktum mit eigenen Gesetzmäßigkeiten betrachtet. Durch die Aufgabe, ein Handeln entweder in moralischen Dilemmata oder in Rechtsstreiten vorzuschreiben, muss das Sollen in zahlreichen einzelnen Situationen Antworten bereithalten. Aus dem unbedingten Sollen in Form kategorischer Imperative oder dem obersten, gedachten Sollen als Grundnorm lassen sich in beiden Theorien weitere Sollenssätze ableiten, die den konkreten Situationen entsprechen. So stellt sich der Charakter des Sollens bei *Kant* und *Kelsen* als Einheitlichkeit heraus. Sollen ist eine Einheit, der wiederum eine große Vielfalt an Sollensinhalten entspringen kann.[120]

Das Sollen aufzustellen und dieses weiter zu erforschen, ermöglicht beiden die Erkenntnistheorie. So kommen sie beide zu dem Schluss, dass das Sollen eine *apriorische* Kategorie ist, die den Menschen zur Anschauung dienlich sein kann. Das Sollen ist damit eine Idee. Sie liegt für *Kant* als subjektive Pflicht im handelnden Subjekt selbst und gestaltet sich entweder als autonom gestellte *Moralität* oder als von äußerer Setzung abhängige *Legalität*. Für *Kelsen* hingegen liegt die Idee des Sollens im System der Rechtsnormen.

In der Betrachtung der erkenntnistheoretischen Vorgehensweise beider Autoren zeigt sich, dass *Kant* in diesem Punkt weit überlegen ist. Das mag wenig verwundern. Als Philosoph hatte er sich bereits ausführlich und über Jahre hinweg der Erkenntnisphilosophie gewidmet. Er benutzt seine eigenen Erkenntnisse, um damit das Sollen zu ergründen. *Kelsen* hingegen bedient sich dieses Gerüsts, offenbar ohne es zu hinterfragen und sich gründlich mit *Kant* auseinanderzusetzen. Er nutzt zwar dieselben Begrifflichkeiten, verwendet diese aber autodidaktisch zur Erreichung seiner Ziele. Dabei ergeben sich gewisse Inkonsequenzen und Missverständnisse. Er verschleppt die Unterscheidung von Sein und Sollen von der erkenntnistheoretischen Ebene bis zum Objekt der Erkenntnis selbst. Gleichzeitig versucht er, eine deutlichere Unterscheidung von Sein und Sollen zu bewahren, als sie bisher dargestellt wurde. *Kant* halfen die Kategorien von Sein und Sollen zur Erkenntnis. Für *Kelsen* nehmen sie die Form eines selbst gestellten Dogmas an.[121]

Dennoch bietet *Kelsens* Betrachtung des Sollens Vorteile, denen *Kant* nicht gerecht werden kann. Die Aufgabe des Rechtspositivisten wird dahingehend erfüllt, dass mithilfe seiner Reinen Rechtslehre ein jedes Rechtssystem als solches erkannt und beschrieben werden kann. Ferner gelingt es ihm durch das Konzept der Zurechnung, ein Sollen allein durch die Verknüpfung von Ursache und Wirkung in Rechtssätzen beschreiben zu können.

Mit der Grundnorm gelingt ihm darüber hinaus die Schaffung einer Quelle für Sollenssätze, ohne aus einem Sein ableiten zu müssen. Diese Position ist durchaus angreifbar. Wenn die Grundnorm nicht als Norm existiert, muss sie doch zumindest im Gedanken der Rechtswissenschaftler präsent sein und kann dadurch Faktizität erlangen. Für das Verständnis von Recht kann *Kelsens* Auffassung des Sol-

[118] *Kant* (Fn. 44), S. 22.
[119] *Kant*, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, AA VI, S. 97.
[120] *Ellscheid* (Fn. 14), S. 51 ff.
[121] *Novak*, Verwandlung von Kelsens Grundnorm – Ein übersehener Beitrag von Leonid Pitamic, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 107, 2021, S. 590.

lens aber dennoch viel bieten. Mit seiner Hilfe lässt sich stets deutlich erkennen, was Recht ist und ob es Verbindlichkeit beanspruchen kann.

Kant hingegen trennt seine metaphysische Rechtslehre vom positiven Recht und verhöhnt diejenigen, die eine reine Betrachtung dessen wahren. Sein Anspruch jedoch, dass die reine Vernunft zu einem besseren Recht verhelfen kann, erscheint utopisch. Es kann kaum jemals genug Experten für die Reine Vernunft geben, die auf die Gesetzgebung einwirken.[122]

Ferner wird das Recht als solches undurchsichtig. Sobald dann die Frage gestellt würde, welches Sollen, das moralische oder das rechtliche, in einem Fall von Diskrepanz dieser beiden Kategorien die stärkere Verbindlichkeit beanspruchen kann, ist *Kants* Antwort wenig zufriedenstellend. Sie äußert sich als eigentlich moralisch, aber praktisch sei dies doch irrelevant. Damit kann er Rechtswissenschaftlern wie *Kelsen*, die nur mit dem Recht und ohne jeden weiteren Anspruch der Gerechtigkeit arbeiten, vorwerfen, sie würden ohne jeden Verstand arbeiten: *„Eine bloße empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phaedrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur Schade! daß er kein Gehirn hat."*[123]

Letztendlich müssen wir aber mit *Kants* sowie mit *Kelsens* Weg einem ungerechten Recht Folge leisten. Das Sollen entfaltet eine Verbindlichkeit, sei dies nun aus seinem Platz im systematischen Zusammenhang des Rechts oder aus inneren Vernunftgründen. Mit *Kant* können wir aber möglicherweise versuchen, als verantwortliche Juristen zu handeln und uns nicht von reiner Dogmatik leiten zu lassen.

[122] *Naucke/Harzer* (Fn. 41), Rn. 156.

[123] *Kant* (Fn. 30), S. 230.

Max Rinckens[*]

Die *actio exercitoria* – Grundlage und Grenzen der Haftung des Reeders im römischen Recht

Obwohl Sklaven und Hauskinder nach römischem Recht in der Antike nicht vermögensfähig waren, sondern lediglich der pater familias *als ihr Gewaltherr, konnten sie am Rechtsverkehr teilnehmen, weil die adjektizischen Klagen funktionell dem Bedürfnis nach Stellvertretung entsprachen. Als eine solche Klage sah die* actio exercitoria *die Haftung des Reeders für Geschäfte vor, die seine Kapitäne mit Dritten abgeschlossen hatten. Der Beitrag zeichnet die Funktionsweise der* actio exercitoria *aus einem Verständnis der patriarchalischen römischen Familienstruktur nach und geht insbesondere auf die Organisation des römischen Seehandels ein, dessen Verkehrsschutzerfordernisse die Gestaltung der Klage beeinflusst haben. Vor diesem Hintergrund wird erörtert, wie Grundlage und Grenzen der Haftung rechtlich gehandhabt wurden und welche rechtlichen Problematiken sich in der Praxis ergaben. Konnte der Kapitän etwa einen Unterkapitän bestellen? Konnte er selbstständig ein Darlehen aufnehmen? Und musste eine Haftung auf den Reeder beschränkt werden, obwohl dieser wiederum gewaltunterworfen war?*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 118
II. Die römische Familienstruktur und die adjektizischen Klagen 119
III. Die Grundkonstellation der *actio exercitoria* 119
IV. Rekonstruktion der Rechtswirklichkeit der *actio exercitoria* 120
1. Die Rollen von *exercitor* und *magister navis* 120
2. Der zeitliche Entstehungskontext der *actio exercitoria* 121
3. Relative Datierung im Verhältnis zu den anderen adjektizischen Klagen 121
4. Die rechtliche Organisation des Seehandels mit der *actio exercitoria* 122
V. Die *aequitas* als Maßstab der *actio exercitoria* 123
VI. Die *praepositio* als Grundlage und Grenze der Haftung 124
VII. Die Bestellung eines Unter-*magister* 126
VIII. Die Aufnahme eines Darlehens durch den *magister navis* 128
1. Das Darlehensproblem bei Ulpian (D. 14,1,1,8–9) 128
2. Das Darlehensproblem bei Afrikan (D. 14,1,7 pr.) 128
3. Würdigung der unterschiedlichen Lösungen in D. 14,1,1,8–9 und D. 14,1,7 pr. vor dem Hintergrund der Rechtsschulen der Prokulianer und Sabinianer 129
4. Weitere Gründe im Kompilationsprozess und aufgrund der Literaturgattungen 131
5. Zwischenergebnis zur Darlehensproblematik 131
IX. Das Problem des gewaltunterworfenen *exercitor* .. 131
X. Conclusio 132

I. Einleitung

Im antiken Rom war es Sklaven möglich, als Schiffskapitäne selbstständig im gesamten Mittelmeer für ihren Reeder Handel zu treiben. Sogar dieser Reeder konnte ein Sklave sein, dem ein Seehandelsunternehmen mit mehreren Schiffen von seinem Gewaltherren, also seinem Eigentümer, zur wirtschaftlichen Führung anvertraut worden ist. Dabei waren Sklaven nach römischem Recht nicht rechtsfähig und erst recht nicht vermögensfähig. Zudem kannte das römische Recht keine Stellvertretung. Der römische Prätor hat eine Teilnahme von Sklaven am Seehandel dennoch durch eine spezielle Klage ermöglicht, die den Reeder für die Handelsgeschäfte seiner Kapitäne haften ließ: die *actio exercitoria*.

Die *actio exercitoria* gehört zur Gruppe der sogenannten adjektizischen Klagen, die jeweils für spezifische Bedürfnisse des Rechtsverkehrs geschaffen wurden. Sie ermöglichten Sklaven und gewaltunterworfenen Hauskindern, deren rechtliche Stellung Sklaven in dieser Hinsicht ähnelte, die effektive Teilnahme am Rechtsverkehr und erfüllten funktionell das Bedürfnis nach Stellvertretung. Weil der Anwendungsbereich der *actio exercitoria* im Seehandel ein lebendiges und dynamisches Setting bietet, eignet sich diese Klage besonders, um das eigentümlich-römische Konstrukt der adjektizischen Haftung kennenzulernen.[1]

* Der Autor studiert im elften Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag geht aus einer Studienabschlussarbeit hervor, die im Schwerpunktbereich Römische Rechtsgeschichte im Wintersemester 2021/2022 bei Prof. Dr. *Cosima Möller* verfasst wurde.

[1] Ob das römische Recht direkte Stellvertretung kannte und ob die adjektizischen Klagen ein Vorgängermodell der „modernen" Stellvertretung darstellen, war besonders im 19. Jh. umstritten, vgl. etwa ablehnend *Mitteis*, Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, 1885, S. 1–77. Für eine neuere Untersuchung der Problematik siehe *Wacke*, Die adjektizischen Klagen im Überblick. Erster Teil: Von der Reeder- und der Betriebsleiterklage zur direkten Stellvertretung, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (insb. 339–351). Im Rahmen dieser Untersuchung soll auf den Problemkreis nur am Rande eingegangen werden, denn es besteht die Gefahr durch Projektion späterer Prinzipien auf die Vergangenheit Schlussfolgerungen zu produzieren, die letztlich auf einer Illusion beruhen.

II. Die römische Familienstruktur und die adjektizischen Klagen

Nach dem Rechtskreis des *ius civile*, das den strikt-rechtlichen Kern des römischen Rechts bildete, war eine Stellvertretung im heutigen Sinne nicht möglich. Die einzige voll vermögensfähige Person war der *pater familias*, in dessen Gewalt grundsätzlich auch erwachsene Kinder mit ihren Familien verblieben. Jeglicher Rechtserwerb aller seiner Gewalt (*potestas*) unterworfenen Hauskinder und Sklaven fiel *ipso iure* ihm zu.[2] Gewaltunterworfene Familienmitglieder funktionierten so als Organe der unter der Person des *pater familias* organisierten Wirtschaftseinheit *familia*. Aufgrund dieser Organstruktur der Familie bestand lange Zeit kein Bedürfnis nach einer Stellvertretung im Rechtsleben.[3]

Eine Verpflichtung des *pater familias* durch Gewaltunterworfene war grundsätzlich ausgeschlossen.[4] Seine Rechtsposition konnte von Gewaltunterworfenen nur verbessert, nicht verschlechtert werden.[5] Aus der Perspektive des *ius civile* handelte also jeder rechtsgeschäftlich in eigener Sache. Gewaltunterworfene waren zwar grundsätzlich nach Erreichen des entsprechenden Alters geschäftsfähig und die von ihnen abgeschlossenen Verpflichtungsgeschäfte wurden auch als Naturalobligationen (*obligationes naturales*) anerkannt, sodass etwa auf sie Geleistetes nicht kondiziert werden konnte, oder mit ihnen aufgerechnet werden konnte.[6] In der Praxis konnte ihr Geschäftspartner sein Recht jedoch schwer durchsetzen, da eine Klage gegen einen Sklaven mangels Rechtsfähigkeit unmöglich und gegen ein Hauskind mangels Vermögensfähigkeit zwecklos war.[7] Sowohl Sklaven als auch Hauskinder konnten also am Rechtsverkehr nur eingeschränkt teilnehmen. Über die Jahrhunderte wandelte sich die römische Gesellschaft und Wirtschaft, sodass dies als Mangel wahrgenommen wurde.

Dieser Mangel des *ius civile* wurde durch das *ius honorarium* behoben. Auf dieser Rechtsebene griff der Prätor kraft seiner Amtsgewalt (*imperium*) ein und gewährte in seinem Edikt zusätzlichen Rechtsschutz, der das *ius civile* unterstützen, ergänzen oder verbessern sollte („*adiuvandi vel suppledendi vel corrigendi*").[8] Für durch Gewaltunterworfene oder Angestellte abgeschlossene Geschäfte gewährte er dem Geschäftspartner unter bestimmten Voraussetzungen eine adjektizische Klage,[9] die neben die Klage aus dem unmittelbar abgeschlossenen Geschäft trat.[10] Der Geschäftspartner erhielt so mit dem Gewaltherren einen zweiten Schuldner, gegen den eine Klage rechtlich möglich und auch wirtschaftlich sinnvoll war. Zu dieser Gruppe von Klagen gehören die *actio de peculio*, die *actio de in rem verso*, die *actio quod iussu*, die *actio exercitoria* und die mit ihr eng verwandte[11] *actio institoria*, sowie die *actio tributoria*.[12]

Diese Klagen ergänzten als ein lose zusammenhängendes System das *ius civile*. Gemeinsam ermöglichten sie nicht nur funktional eine rechtsgeschäftliche Vertretung, sondern befähigten Gewaltunterworfene vielmehr erst zur effektiven Teilnahme am Rechtsverkehr.[13] Welchen Maßstäben der Prätor folgte, wenn er das *ius civile* durch die Ebene des *ius honorarium* ergänzte, wird am Beispiel der *actio exercitoria* nachvollzogen werden.

III. Die Grundkonstellation der *actio exercitoria*

Der *actio exercitoria* liegt eine Drei-Personen-Konstellation zugrunde. Ein Reeder, genannt *exercitor*, setzte einen *magister navis* als Kapitän auf einem Schiff ein. Für alle Verträge, die der *magister* im Rahmen seiner Tätigkeit mit Dritten abschloss, wurde dessen Geschäftspartnern vom Prätor die *actio exercitoria* gegen den *exercitor* gewährt. Die Klage war unbefristet (*perpetua*)[14] und ging auf die volle Höhe des abgeschlossenen Geschäfts (*in solidum*). Dies stellte einen entscheidenden Vorteil gegenüber der *actio de peculio* und *actio de in rem verso* dar, bei denen die Haftung des *exercitor* als *pater familias* beschränkt blieb.[15] Der *exercitor* selbst hatte lange Zeit gegen den Dritten

[2] Gaius Inst. 2,86; Gewaltfreie Personen konnten überhaupt keine Rechte für andere erwerben, sondern immer nur für sich selbst, vgl. *Kirschenbaum*, Sons, Slaves and Freedmen in Roman Commerce, 1987, S. 7–15.

[3] *Costa*, Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano, 1891, S. 19–22; *Chiusi*, Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94. *Kaser*, Zum Wesen der römischen Stellvertretung, Romanitas. Revista de cultura Romana 9 (1970), 333 (343–350) = Ausgewählte Schriften II, 1976, S. 257–264.

[4] *Kaser*, Romanitas 9 (1970), 333 (333–334, 347) = Ausgewählte Schriften II, S. 247–248, 261–262.

[5] Gaius D. 50,17,133 pr.: *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest*.

[6] *Kaser*, Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt, 2. Aufl. 1971, S. 481.

[7] *Kaser* (Fn. 6), S. 605.

[8] Papinian D. 1,1,7,1. Das Edikt enthielt die anerkannten Klagformulare und wurde vom jährlich neu gewählten Prätor auf dem Forum öffentlich ausgestellt. Er konnte Änderungen vornehmen, aber übernahm oft das alte Edikt weitgehend unverändert. Allgemein zum prätorischen Edikt *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte. Erster Abschnitt, 1988, S. 462–478; für einen umfassenden Überblick zu der innovativen Rolle, die der Prätor in der Rechtsfortbildung spielte, siehe *Kaser*, Ius honorarium und ius civile, SZ Roman. Abt. 101 (1984), 1.

[9] *Kaser* (Fn. 6), S. 606.

[10] Paulus D. 14,1,5,1: *[…] hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur*. Vom Wort „*adicitur*" wurde im Mittelalter der Begriff *actiones adiecticiae* abgeleitet, *Wacke,* SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (281–284).

[11] Die beiden Klagen sind parallel gestaltet und wahrscheinlich in kurzer Aufeinanderfolge geschaffen worden. In den Digesten werden sie an zahlreihen Stellen miteinander verglichen: D. 14,1,1 pr., D. 14,1,1,5, D. 14,1,1,20, D. 14,1,7,2, D. 14,3,7,1, D. 14,3,13,2.

[12] Für einen Überblick über das Zusammenwirken der Klagen in der Praxis siehe *Chiusi,* A che cosa servivano le actiones adiecticiae qualitatis? Sulla funzione delle cosiddette azioni adiettizie, in: Lo Cascio/Mantovani, Diritto romano e economia. Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero), 2018, S. 289 (insb. 317–322); *Kaser* ordnet die *actio tributoria* zwar nicht den adjektizischen Klagen zu, dennoch ist sie in deren Kontext zu betrachten, *Kaser* (Fn. 6), S. 609.

[13] *Chiusi* (Fn. 12), S. 294–295.

[14] Ulpian D. 14,1,4,4.

[15] Gaius sagt deshalb, dass niemand so töricht sein würde („*sed nemo tam stultus erit*"), diese Klagen der *actio exercitoria* vorzuziehen, Gaius Inst. 4,74.

keine eigene gegenläufige Klage (*actio contraria*).[16] Dies zeigt, dass es sich um keine Stellvertretung im heutigen Sinne handelte, sondern dem Dritten lediglich ein zweiter Schuldner gegeben werden sollte. Zumindest, wenn der *magister* gewaltfrei war, hatte der Dritte die Wahl, ob er gegen den *magister* oder den *exercitor* vorgeht.[17]

Der Geschäftskreis, in dem der *magister* tätig werden durfte, wurde durch den Bestellungsakt, die *praepositio*, definiert. Der *exercitor* musste nur für solche Geschäfte einstehen, die von diesem Geschäftskreis erfasst wurden.[18] Die *praepositio* wird im Rahmen dieser Untersuchung von besonderem Interesse sein, da sie sowohl die rechtliche Grundlage als auch die Grenze der Haftung nach der *actio exercitoria* ist (VI–IX). Für ein quellengerechtes Verständnis der Funktion der *actio exercitoria* ist es jedoch zunächst notwendig, sich in ihre Rechtswirklichkeit zu versetzen (IV) und die besonderen Verkehrsschutzerfordernisse im Seehandel gemäß der *aequitas* nachzuvollziehen (V).

IV. Rekonstruktion der Rechtswirklichkeit der *actio exercitoria*

1. Die Rollen von *exercitor* und *magister navis*

Für die Rekonstruktion der Rechtswirklichkeit ist es zunächst von Bedeutung zu untersuchen, wie die Rollen von *exercitor* und *magister* in der Praxis ausgestaltet waren. Der *exercitor* wird als derjenige definiert, dem der wirtschaftliche Ertrag aus dem Betrieb des Schiffes zufiel,[19] wobei er entweder selbst Eigentümer des Schiffes sein oder dasselbe gechartert haben konnte.[20] Er ist mit dem heutigen Reeder vergleichbar, der in § 476 HGB als „Eigentümer eines von ihm zum Erwerb durch Seefahrt betriebenen Schiffes“ definiert ist.[21] Der *exercitor* konnte zum Betrieb des Schiffes einen *magister navis* einsetzen, den Ulpian wie folgt definiert:

D. 14,1,1,1 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.	Unter einem Kapitän versteht man denjenigen, dem die Verantwortung für das ganze Schiff übertragen ist.[22]

Unter Verweis auf diese Digestenstelle wird *magister* meist als Kapitän übersetzt und zugleich unterstellt, dass er wie ein Kapitän heute die gesamte Schiffsgewalt innehatte. Es wurde allerdings von *Moschetti* überzeugend herausgearbeitet, dass die Position des *magister* eine spezifisch römische Schöpfung war und nicht ohne Weiteres mit dem heutigen Kapitän gleichgesetzt werden kann.[23] Die eigentliche technische Führung, also die Navigation und Steuerung des Schiffes, oblag dem *gubernator*. Aufgrund der großen Gefahren, denen die antike Schifffahrt ausgesetzt war, hatte dieser eine herausragende Stellung. Als auch rituell aufgeladener Persönlichkeit war ihm das Leben aller Schiffsreisenden anvertraut und er hatte die alleinige Autorität auf der Reise von Hafen zu Hafen.[24] Der *magister* verantwortete hingegen nur die kommerzielle Führung des Schiffes.[25] In § 2 desselben Fragments betont Ulpian, dass die *actio exercitoria* nur für Geschäfte mit dem *magister* gewährt wird, nicht jedoch für solche mit einfachen Seeleuten (*nautae*). Demnach beschreibt *magister* diejenige Person, an die sich Dritte wenden mussten, wenn sie das Schiff betreffende Verträge abschließen wollten, für die der *exercitor* einstehen sollte.

Die einzelnen Funktionen der technischen (*gubernator*) und der kommerziellen Führung (*magister*) konnten durchaus zusammenfallen, wenn der Schiffsherr das Schiff selbst führte oder er einem *gubernator* zusätzlich die Aufgaben des *magister* übertrug. Ein *magister* war also zum Betrieb eines Schiffes nicht unbedingt notwendig, sondern eher bei komplexeren Seehandelsunternehmen üblich, deren Schiffe in viele verschiedene Vertragsverhältnisse eintreten mussten, sodass ihre Abwicklung eine spezielle Position erforderte.[26] Der *magister* fungierte dabei als Repräsentant des *exercitor* und dessen Seehandelsunternehmen. Tatsächlich wird in D. 14,1,4 pr. angedeutet, dass eine Schiffsführung auch ohne *magister* möglich war. Und D. 14,1,1,13 zeigt, dass auch mehrere *magistri* mit verschiedenen Aufgabenbereichen auf einem Schiff tätig sein konnten.

Guarino erkennt die Relevanz der unterschiedlichen Rollen zwar grundsätzlich an, betont jedoch, dass sie meist zusammenfielen. In der Praxis soll die Unterscheidung wenig Relevanz gehabt haben, da in den Fällen der Rollentrennung der *gubernator* wohl vom *magister* engagiert wurde, der so indirekt die Entscheidung über das Ziel der Navigation behielt.[27] Festzuhalten bleibt dennoch, dass der Rechtsbegriff *magister navis* die kommerzielle Seite der Schiffsführung beschreibt und dass eine Aufgabentrennung, auch wenn sie

[16] In der Kaiserzeit wurde dieser Grundsatz im Interesse der Getreideversorgung durchbrochen und im Rahmen der Prozessform der *cognitio extra ordinem* dem *exercitor* auch eine *actio contraria* gewährt, Ulpian D. 14,1,1,18.

[17] Ulpian D. 14,1,1,17: *Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus*.

[18] Ulpian D. 14,1,1,7, Gaius Inst. 4,71.

[19] Dabei ist sein personenrechtlicher Status egal. Auch Frauen, Hauskinder oder Sklaven konnten *exercitor* sein, Ulpian D. 14,1,1,16.

[20] Ulpian D. 14,1,1,15.

[21] Derjenige, der ein Schiff betreibt, das nicht in seinem Eigentum steht, heißt zwar gem. § 477 Abs. 1 HGB nicht Reeder, sondern Ausrüster, wird aber im Verhältnis zu Dritten gem. § 477 Abs. 2 HGB als Reeder angesehen; siehe dazu auch *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (298–299).

[22] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung II. Digesten 11–20, 1999, S. 197.

[23] *Moschetti*, Gubernare navem, gubernare rem publicam. Contributo alla storia del diritto marittimo e del diritto pubblico romano, 1966, S. 59–85.

[24] *Moschetti* (Fn. 23), S. 29–58; im zweiten Teil seiner Arbeit zeigt *Moschetti*, wie aus der Figur des „*bonus gubernator*“ die antike Metapher des Staatenlenkers entstanden ist, die auch heute noch einflussreich ist und etwa im Begriff „Governeur“ zu finden ist.

[25] *Moschetti* (Fn. 23), S. 65–70.

[26] *Moschetti* (Fn. 23), S. 80–85.

[27] *Guarino*, Magister e gubernator navis, Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Labeo) 11 (1965), 36 = Pagine di diritto romano IV, S. 224.

nicht immer stattfand, erst im Kontext eines komplexeren Seehandels relevant wurde. Damit unterscheidet sich der römische *magister* vom Kapitän nach heutigem Recht, der neben privatrechtlichen Repräsentationsbefugnissen immer auch weitergehende „öffentlich-rechtliche" Befugnisse hat und dem die volle Kontrolle des Schiffes obliegt.[28]

2. Der zeitliche Entstehungskontext der *actio exercitoria*

Die *actio exercitoria* wird also erst in einer Zeit des komplexeren Seehandels entstanden sein. Als zeitlicher Ankerpunkt kann der Zweite Punische Krieg dienen, der den Beginn des Aufstiegs Roms zu einer imperialen Großmacht im 2. Jh. v. Chr. markiert. In einem Zeitraum von nur 50 Jahren eroberte Rom Territorien in Afrika, Spanien, Griechenland und Kleinasien.[29] Beflügelt durch diese militärischen Eroberungen verlor die römische Wirtschaft ihre agrarische Prägung und es entwickelte sich eine Handelswirtschaft mit nennenswertem Seehandel.[30] Dieser wurde entgegen einer in der Vergangenheit verbreiteten Meinung nicht nur von griechischen Händlern betrieben, sondern auch römische Bürger und Italiker beteiligten sich.[31] Bereits in der späten Republik hatte der Seehandel ein hohes Volumen erreicht und versorgte den römischen Markt auch mit Luxusgegenständen, wie etwa durch das Schiffswrack von Mahdia belegt wird. Dieses Schiff transportierte Ende des 2. Jh. v. Chr. eine Ladung von 70 marmornen Säulen, einigen Skulpturen und anderen Kunstgegenstände vom athenischen Hafen Piräus nach Rom. Der Gesamtwert der Fracht wird auf ca. eine Million Sesterzen geschätzt, was zu jener Zeit ein beachtliches Vermögen darstellte.[32] Der Seehandel wurde zunehmend in reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen organisiert. Ein Zeugnis für die Entwicklungsstufe, die in der Kaiserzeit erreicht worden ist, stellt die sogenannte Piazzale delle Corporazioni in Ostia dar. Dort unterhielten Händler aus dem gesamten *imperium Romanum* Zweigstellen. Aus den bildlich gestalteten Bodenmosaiken vor ihren Büros lassen sich noch heute ihre vielfältigen Aktivitäten in eindrucksvoller Weise ablesen. Teilweise handelt es sich um allgemeine Geschäfte wie den Getreidehandel, aber auch spezielle Aktivitäten wie der Handel mit Seilen sind belegt.[33] Solche reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen stellten wahrscheinlich den primären Anwendungskontext der *actio exercitoria* dar.

Die tiefgreifenden Veränderungen der Wirtschaft brachten komplexe und anonyme Handelsbeziehungen mit potenziell hohen Ausfallsummen mit sich, die eine Form von Stellvertretung notwendig machten. Weil diese Entwicklungen nach dem Zweiten Punischen Krieg begannen, wird die Entstehung der *actio exercitoria* in der Literatur meist ins 2. Jh. v. Chr. datiert.[34] Mit Sicherheit ist sie aber in der späten Republik ab Beginn des 1. Jh. v. Chr. bekannt gewesen, da sie von den Juristen seit dieser Zeit ausführlich diskutiert wurde.[35]

3. Relative Datierung im Verhältnis zu den anderen adjektizischen Klagen

Eine genauere Datierung ist aufgrund des spärlichen Quellenmaterials kaum möglich und im Rahmen dieser Untersuchung auch nicht weiter von Interesse. Von größerer Bedeutung ist hingegen die Frage der relativen Datierung, also die Untersuchung, in welchem Verhältnis sich die *actio exercitoria* zu den anderen adjektizischen Klagen entwickelt hat.[36] Nach einer weit verbreiteten Meinung soll die *actio exercitoria*, wie es *Jhering* formuliert hat, der „Durchbruchspunkt"[37] gewesen sein, an dem der Gedanke der Stellvertretung in das römische Recht eingebrochen ist. Ein entscheidendes Argument dieser Ansicht ist, dass im Seehandel die Notwendigkeit für die Einsetzung eines Stellvertreters am drängendsten gewesen sei, weshalb hier der Prätor die erste adjektizische Klage gewährt habe.[38] Gegen eine frühe Einführung der *actio exercitoria* führt *De Ligt* an, dass dies nur schwer mit der traditionellen Haltung der Römer und der Organstruktur der Familie zu vereinbaren ist. Denn die Römer standen einer Haftung für das Handeln anderer skeptisch gegenüber. Es sei unwahrscheinlich, dass der Prätor die in der Einleitung dargestellten Grundsätze, nach denen eine Stellvertretung auf Ebene des *ius*

[28] *Pötschke*, in: MüKo-HGB, Bd. 7, 5. Aufl. 2023, § 479 Rn. 1–3.
[29] Für einen Überblick dieser Periode siehe *Bleicken*, Geschichte der römischen Republik, 6. Aufl. 2004, S. 40–57.
[30] *De Martino*, Wirtschaftsgeschichte des alten Rom, 2. Aufl. 1991, S. 146–147.
[31] *De Martino* (Fn. 30), S. 157.
[32] Zum Schiffswrack von Mahdia und dem Kunsthandel der späten Republik siehe *Coarelli*, Il commercio delle opere d'arte in età tardo-repubblicana, Dialoghi di archeologia serie III anno 1 (1983), 45 (48–53).
[33] Zur Piazzale delle Corporazioni siehe *Meiggs*, Roman Ostia, 2. Aufl. 1973, S. 283–287.
[34] So bereits *Costa* (Fn. 3), S. 21–23, 33–34; ähnlich *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 94–96; *De Ligt* akzeptiert das 2. Jh. v. Chr. als groben Rahmen, aber will die *actio exercitoria* nicht vor 184 v. Chr. datieren, *De Ligt*, Legal History and Economic History: The Case of the actiones adiecticiae qualitatis, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (TR) 67 (1999), 205 (221–226).
[35] Zur *actio exercitoria* äußert sich als ältester uns bekannter Jurist Ofilius (D. 14,1,1,9) und zur eng verwandten *actio institoria* sein Lehrer Servius Sulpicius Rufus (D. 14,3,5,1), *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (294–295).
[36] Im Detail kann auf die vielschichtige Diskussion hier nicht eingegangen werden. Eine ausführliche Darstellung bietet *De Ligt*. Die von ihm vorgeschlagene Reihenfolge (1) *actio de peculio*, (2) *actio de in rem verso*, (3) *actio quod in iussu*, (4) *actio exercitoria*, (5) *actio institoria*, (6) *actio tributoria* liegt auch dieser Untersuchung zugrunde, *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (208–212).
[37] *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Zweiter Teil. Zweite Abtheilung, 1. Aufl. 1858, S. 367.
[38] Dieser Begründungsstrang wurde entscheidend von *Solazzi* geprägt. In seinem Aufsatz zum Alter der *actio exercitoria* begründet er zunächst, weshalb die *actio exercitoria* älter als die *actio institoria* sein müsse und stellt am Ende die Vermutung auf, dass sie gar die älteste adjektizische Klage sein könnte, *Solazzi*, L'età dell'actio exercitoria, Rivista del Diritto della Navigazione (Riv. dir. navigaz.) 7 (1941), 185 (206–211) = Scritti di diritto romano IV, 1962, S. 259–262; auch *Pugliese* hält die *actio exercitoria* für die älteste adjektizische Klage, *Pugliese*, In tema di actio exercitoria, in: Studi in onore di F. Messineo 4, 1959, S. 289 (289–290) = Scritti giuridici scelti II, 1985, S. 505–506; ebenso *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (291–295).

civile unmöglich war, zuerst mit einer Klage durchbrach, die den *pater familias* zur Haftung *in solidum* verpflichtete. Stattdessen habe die Entwicklung wahrscheinlich mit den Klagen begonnen, die dem *pater familias* möglichst viel Kontrolle über seine Haftung beließen.[39] Aus dieser Perspektive erscheint insbesondere die *actio de peculio* älter als die *actio exercitoria*, weil bei ihr die Haftung auf die Höhe des *peculium* unter Abzug der Schulden des Sklaven gegenüber seinem Gewaltherren beschränkt war.[40] Das *peculium* war ein Sondervermögen, das der *pater familias* dem Hauskind oder Sklaven gewährte. Es blieb rechtlich zwar dem *pater familias* zugeordnet, aber der Gewaltunterworfene konnte faktisch selbst darüber verfügen.[41] Dabei wurde es nicht zwangsläufig im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Interesse des *pater familias* eingesetzt, sondern diente auch dem täglichen Gebrauch des Gewaltunterworfenen. So konnte dieser am Rechtsverkehr teilnehmen, obwohl er formell nach dem *ius civile* nicht rechtsfähig war. Er wurde hier nicht als ein Vertreter tätig, sondern die *actio de peculio* stellte sicher, dass seine Gläubiger überhaupt einen rechtlich einklagbaren und wirtschaftlich durchsetzbaren Anspruch erhielten. Diese Notwendigkeit bestand aller Wahrscheinlichkeit nach bereits vor einer solchen im Seehandel.[42]

Eine Haftung *in solidum* ist hingegen wahrscheinlich erstmals mit der *actio quod iussu* eingeführt worden. Denn auch hier behielt der Gewaltherr möglichst viel Kontrolle über seine Haftung, da er nach ihr jedes Geschäft einzeln und zielgerichtet autorisieren musste.[43] Die *actio exercitoria* und *actio institoria* gehen darüber hinaus und erkennen in der *praepositio* eine generelle Autorisierung für den durch sie definierten Geschäftskreis an. In dieser Hinsicht stellt die *actio exercitoria* eine fortgeschrittene Stufe des Gedankens der adjektizischen Haftung dar.[44]

Weiterentwickelt war sie auch in der Hinsicht, dass der *pater familias* durch sie erstmals für Angestellte haftete, die nicht seiner Gewalt (*potestas*) unterstanden, sondern gewaltfrei (*sui iuris*) waren.[45] Mit ihr hat man sich also von dem Modell der organschaftlichen Struktur der *familia* entfernt. Zum Teil wurde in der Literatur spekuliert, ob auch der *actio exercitoria* zunächst ein *potestas*-Verhältnis zugrunde lag. Erst in einem zweiten Schritt soll die Haftung des *pater familias* auch auf *magistri sui iuris* ausgeweitet und nun allein am Bestellungsakt der *praepositio* festgemacht worden sein.[46] Gegen diese Auffassung wird eingewandt, dass die Struktur der *familia* in der Entwicklung des Instituts nur eine geringe Rolle gespielt habe und vielmehr die wirtschaftlichen Bedürfnisse bedeutender gewesen seien. Gerade diese sollen von Beginn an eine Haftung auch für *magistri sui iuris* notwendig gemacht haben.[47] Angesichts des Umstands, dass die überlieferten Quellen keine Hinweise auf eine evolutionäre Entwicklung aus dem Kontext der *familia* bieten, erscheint dies richtig.

4. Die rechtliche Organisation des Seehandels mit der *actio exercitoria*

Die Funktionsweise der *actio exercitoria* in der Rechtswirklichkeit ist dennoch nur unter Berücksichtigung der römischen Familienstruktur zu verstehen. Wie beschrieben war der *magister* kein unabhängiger Spezialist, wie der *gubernator*, sondern er übernahm für den *exercitor* die kommerzielle Führung des Schiffes. Im Rechtsverkehr galt er als dessen Repräsentant und als in dessen *familia* als Wirtschaftseinheit eingegliedert.[48] Dass die *actio exercitoria* erst zu einem Zeitpunkt entstand, als das traditionelle organschaftliche Verständnis der *familia* bereits durch erste adjektizische Klagen gelockert worden war, lässt es als plausibel erscheinen, dass neben Sklaven und Hauskindern von Beginn an auch gewaltfreie *magistri* eingesetzt wurden.[49] Das Verhältnis zwischen *exercitor* und *magister* beruhte dann entweder auf einem Dienstvertrag (*locatio conductio operarum*), wenn es entgeltlich war, oder auf einem Auftrag (*mandatum*), wenn es unentgeltlich war.[50] Entgeltliche Arbeitsverhältnisse galten in Rom nach traditioneller ethischer Anschauung als unfrei und der Arbeiter als in die *familia* des Arbeitgebers eingegliedert.[51] Zumindest im Fall der entgeltlichen Anstellung wird der Unterschied eines *magister sui iuris* zu einem gewaltunterworfenen *magister* also nicht groß gewesen sein.

[39] *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (213–214).
[40] Pomponius D. 15,1,4 pr.
[41] *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, S. 147; *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 34–35.
[42] *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (214–215).
[43] Dieses Argument wurde bereits von *Costa* vorgebracht, der die *actio quod iussu* allerdings als älteste adjektizische Klage sah, *Costa* (Fn. 3), S. 24; vgl. *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (216–217).
[44] *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (218).
[45] Ulpian D. 14,1,1,4; *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (218).
[46] So etwa *Costa* (Fn. 3), S. 39–44.
[47] *De Martino*, Studii sull'actio exercitoria, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (17–20) = Diritto economia e società nel mondo romano I, 1995, S. 505–509; ähnlich *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (295–297, 302–304).
[48] Dass in der römischen Handelswirtschaft viele Sklaven eingesetzt wurden und ihnen auch Vertrauenspositionen übertragen wurden, ist eine römische Eigenart. *Kirschenbaum* bezeichnet die Sklaven als „true middlemen of the city", *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 31; dennoch gehen *De Martino* und *Wacke*, die beide die höhere Bedeutung der wirtschaftlichen Bedürfnisse betonen, davon aus, dass der *magister* meist *sui iuris* gewesen ist. Sie sehen den *magister* allerdings in Gleichstellung mit dem heutigen Kapitän als einen unabhängigen Spezialisten, vgl. die Nachweise in Fn. 47.
[49] *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (218–219).
[50] Ulpian D. 14,1,1,18.
[51] Zu dieser ethischen Bewertung von Arbeit, die in der vorklassischen Jurisprudenz vorherrschte und sich auch trotz einer konkurrierenden Auffassung der klassischen Jurisprudenz in der Kaiserzeit behauptete, siehe *Behrends*, Die Arbeit im römischen Recht. Zur Frage ihrer rechtlichen Einordnung und moralischen Bewertung, in: Annequin/Geny/Smadja, Le travail. Recherches historiques, 1999, S. 115 = Avenarius/Meyer-Pritzl/Möller (Hg.), Institut und Prinzip II, 2004, S. 723; zum Verhältnis von Lohn- und Sklavenarbeit siehe auch *Möller*, Die mercenarii in der römischen Arbeitswelt, SZ Roman. Abt. 110 (1993), 296.

Vor Einführung der *actio exercitoria* wurde Schifffahrt entweder in Eigenreederei oder von einem Gewaltunterworfenen im Rahmen seines *peculium* betrieben.[52] Im Laufe des 2. Jh. v. Chr. entwickelten sich größere Seehandelsunternehmen, durch die ein *exercitor* mit mehreren Schiffen im gesamten *imperium Romanum* tätig werden konnte. Zur kommerziellen Führung der Schiffe setzte er *magistri* als seine Repräsentanten ein. Diese wurden von ihren Geschäftspartnern als Teil der *familia* des *exercitor* (als Wirtschaftseinheit) angesehen. In Reaktion auf diese Rechtswirklichkeit schuf der Prätor die *actio exercitoria* und überwand so die zuvor nach der *actio de peculio* beschränkte Haftung des *pater familias* durch eine Haftung *in solidum*, was den neuen wirtschaftlichen Bedürfnissen angemessen war.

V. Die *aequitas* als Maßstab der *actio exercitoria*

Die *actio exercitoria* ist eine honorarrechtliche Klage, die vom Prätor[53] in Ausübung seiner Amtsgewalt (*imperium*) im Edikt gewährt wurde und zum Rechtskreis des Völkergemeinrechts (*ius gentium*) gehört.[54] Im *principium* des Titels über die *actio exercitoria* der Digesten sind in einem „Lob auf das Edikt" (*laudatio edicti*) die besonderen Verkehrsschutzerfordernisse vorangestellt, deren Berücksichtigung das Gerechtigkeitsprinzip der *aequitas* vom Prätor forderte:

D. 14,1,1 pr. Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. Quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium.	Der Nutzen dieses Edikts liegt, wie niemand verkennt, auf der Hand. Denn da wir angesichts der Notwendigkeit der Schifffahrt immer wieder mit Kapitänen Verträge abschließen, ohne ihren personenrechtlichen Status oder ihre persönlichen Eigenschaften zu kennen, war es gerecht, denjenigen, der einen Kapitän bestellt hat, in derselben Weise haften zu lassen wie denjenigen, der einen Geschäftsleiter zur Führung eines Ladens oder eines [sonstigen] Erwerbsgeschäfts bestellt hat, zumal oft eine größere Notwendigkeit besteht, mit einem Kapitän Verträge abzuschließen als mit einem Geschäftsleiter. Die Umstände lassen es ja auch zu, den personenrechtlichen Status eines Geschäftsleiters zu ermitteln und dann den Vertrag zu schließen. Nicht so beim Kapitän, denn oft genug erlauben es die örtlichen und zeitlichen Verhältnisse nicht, die Absicht, sich eingehender zu erkundigen, zu verwirklichen.[55]

Ulpian bezieht sich hier auf die praktischen Bedürfnisse des Seehandels „(*propter navigandi necessitatem*"), die im Laufe der wirtschaftlichen Umwälzungen des 2. Jh. v. Chr. entstanden sind. Der *magister* führte selbstständig das ihm anvertraute Schiff und musste dazu in fremden Häfen in Vertragsverhältnisse eintreten. Die wirtschaftlichen Erträge seiner Tätigkeit flossen aber dem *exercitor* zu. Aus dem Verweis auf die parallele Gestaltung der Geschäftsleiterklage im Landhandel (*actio institoria*) ist zu entnehmen, dass beide Klagen auf demselben Grundgedanken beruhen. Laut der *laudatio edicti* zur *actio institoria* erschien es dem Prätor nämlich als gerecht, den Geschäftsherren für die Geschäfte des Angestellten haften zu lassen, weil ihm der wirtschaftliche Ertrag zufiel.[56] Für die *actio exercitoria* wird diese allgemeine ökonomische Erwägung konkretisiert. Da Geschäftspartner im Seehandel, anders als im Landhandel, wo der *institor* lokal verankert war, nicht immer genaue Informationen über die Person des *magister* einholen konnten, trug der Prätor bei der Ausgestaltung der *actio exercitoria* dem Verkehrsschutz in besonderem Maße Rechnung. Der *exercitor* musste, weil er die wirtschaftlichen Erträge der Seehandelstätigkeit des *magister* genoss, auch die Risiken tragen, die für den Verkehr durch dieselbe entstanden.[57]

In der älteren Literatur herrschte die Meinung vor, dass die *laudatio edicti*, sowie eine Reihe anderer Digestenstellen zur *actio exercitoria*, interpoliert worden sei, also im Laufe der Überlieferung durch Kopisten und andere Autoren verfälscht worden ist.[58] Dies beruht im Allgemeinen auf dem

[52] *De Ligt*, TR 67 (1999), 205 (215).

[53] Wie auch *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 95 Fn. 15 bemerkt, wohl eher durch den *praetor urbanus* als den *praetor peregrinus*. Auch wenn bei den Prozessen zur *act. ex.* oft eine Partei peregrin gewesen sein wird, lag die Jurisdiktion in der Republik für solche gemischten Prozesse noch hauptsächlich beim städtischen Prätor, *Daube*, The Peregrine Praetor, Journal of Roman Studies 41 (1951), 66; siehe auch *Wieacker* (Fn. 8), S. 438–439; für eine Einführung durch den *praetor peregrinus* ist *Pugliese*, der aber fälschlicherweise davon ausgeht, dass Römer nur selten am Seehandel teilnahmen, und die *exercitores* und *magistri* hauptsächlich aus der hellenischen Welt stammten, *Pugliese* (Fn. 38), S. 290 Fn. 2 = S. 506 Fn. 2.

[54] *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (95–96).

[55] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 197.

[56] Ulpian D. 14,3,1 pr.: *Aequm praetori visum est, sicut commoda sentimus ex actu institorum, ita etiam obligari nos ex contractibus ipsorum et conveniri*. Übersetzung von *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 214: Der Prätor hat es für gerecht angesehen, dass wir, so wie wir die Vorteile aus den Handlungen unserer Geschäftsleiter ziehen, ebenso auch aus deren Verträgen verpflichtet und verklagt werden können.

[57] Insbesondere *Martin Zimmermann* hat die Quellen zur *actio exercitoria* nach ökonomischen Gesichtspunkten untersucht. D. 14,1,1 pr. ordnet er als Ausprägung des „cheapest-cost-avoider"-Prinzips ein, *M. Zimmermann*, Die Haftung des Reeders mit der actio exercitoria, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (569); siehe auch *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (298).

[58] Sowohl den Inhalt als auch die Form befindet *Solazzi* für verdächtig und ordnet die gesamte *laudatio edicti* als postklassisch ein, *Solazzi*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 185 (187–189) = Scritti di diritto romano IV, S. 245–246; als „sostanzialmente ulpianeo" ordnet sie, trotz Zweifeln an der Form *Longo* ein, der aber an anderen Stellen zur *act. ex.* weitreichende Interpolationen annimmt, *Longo*, Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria, in: Studi in onore di Gaetano Scherillo II, 1972, S. 581 (584–586). Die angesprochene Interpolationsdebatte wurde vor allem in der italienischsprachigen Literatur geführt, insbesondere *De Martino* und *Pugliese* lieferten sich einen leidenschaftlichen Schlagabtausch, *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 = Diritto economia e società nel mondo

Vorurteil, dass erst eine postklassische bzw. byzantinische Jurisprudenz den Verkehrsschutz besonders berücksichtigt und die klassischen Quellen in den Digesten verfälscht habe. *Pugliese* etwa, obwohl er an anderen Stellen mit Interpolationsvermutungen vorsichtiger ist, hält in einer spitzfindigen Interpretation die *laudatio edicti* für interpoliert. Denn in ihr werde in Abweichung vom ursprünglich klassischen Institut der *praepositio* die rechtliche Grundlage im Verkehrsschutz begründet.[59] Dies kann nicht überzeugen. Abgesehen davon, dass Verkehrsschutz keine rechtliche Grundlage für etwas sein kann, sondern immer nur eine Motivation oder ein Argument darstellt, wird in der *laudatio edicti* der fundamentale Maßstab der *aequitas* konkretisiert. Das Behaupten eines institutionellen Kerns, um anschließend alle darüberhinausgehenden wertenden Gesichtspunkte nach der *aequitas* als interpoliert darzustellen, ist ein typisches Vorgehen der mittlerweile überholten Methodik der radikalen Interpolationistik.[60] Auch das Vorurteil, dass die *aequitas* erst mit einer byzantinischen Dogmatik Eingang in die Quellen gefunden habe, ist unzutreffend. Die *aequitas naturalis* ist ein von der skeptischen Philosophie inspiriertes Konzept, dass seit der späten Republik eine entscheidende Rolle in der Entwicklung des klassischen römischen Rechts gespielt hat.[61] Sie ist der materielle Maßstab der Gerechtigkeit, nach dem der Prätor das *ius civile* ergänzte.[62] Dass in einem großen Teil der älteren Literatur diese Rolle verkannt und die *laudatio edicti* für gefälscht gehalten wurde, hat zu weiteren Missinterpretationen geführt. Denn die von der *aequitas* geforderten Maßstäbe des Verkehrsschutzes haben die Diskussion der römischen Juristen von Anfang an beeinflusst und sind zum Verständnis der Quellen von ganz wesentlicher Bedeutung.

In der *laudatio edicti* wird ausgedrückt, dass aus wirtschaftlicher Perspektive des Dritten der Vertrag mit dem *exercitor* abgeschlossen wurde.[63] Auf diesen richtete sich sein Vertrauen, während die persönlichen Verhältnisse des *magister* für ihn nur schwierig erforschbar waren. Für seine Vertragspartner galt der *magister* stets als Repräsentant des Seehandelsunternehmens des *exercitor*. Deshalb erschien es dem Prätor als gerecht („*aequum fuit*"), den *exercitor* für die vom *magister* abgeschlossenen Geschäfte haften zu lassen. Dabei orientierte er sich an dem materiellen Maßstab der *aequitas* und schuf unter Berücksichtigung der besonderen Verkehrsschutzbedürfnisse des Seehandels und allgemein-ökonomischen Ausgleichserwägungen eine passgenaue Klage. Diese Überlegungen sind entscheidend, um die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Klage zu verstehen und insbesondere die Rolle der *praepositio* zu würdigen.

VI. Die *praepositio* als Grundlage und Grenze der Haftung

Der Bestellungsakt des *magister* nimmt als *praepositio* eine zentrale Stellung in der *actio exercitoria* ein, indem sie die Haftung des *exercitor* sowohl begründet als auch begrenzt. Diesen Grundsatz führt Ulpian in D. 14,1,1,7 ein:

D. 14,1,1,7 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem, sed eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit, id est si in eam rem praepositus sit, ut puta si ad onus vehendum locatum sit aut aliquas res emerit utiles naviganti vel si quid reficiendae navis causa contractum vel impensum est vel si quid nautae operarum nomine petent.	Der Prätor gewährt aber nicht aus jedem Grund eine Klage gegen den Reeder, sondern nur in einer Sache, für die der Kapitän auf dem Schiff bestellt wurde, das heißt wenn er für die betreffende Sache bestellt worden ist, zum Beispiel wenn das Schiff [von ihm] zum Warentransport verchartert worden ist oder wenn er irgendwelche für die Schifffahrt nötigen Sachen gekauft hat oder wenn er für die Instandsetzung des Schiffes einen Vertrag geschlossen hat oder wenn jemand [auf das Schiff] Verwendungen gemacht hat oder für den Fall, dass die Seeleute für ihre Arbeit die Heuer verlangen.[64]

In dieser Digestenstelle wird ein Teil der Ediktsklausel des Prätors paraphrasiert. In der von Lenel restaurierten Form lautet sie: *Quod cum magistro navis gestum erit eius rei nomine, cui ibi praepositus fuerit, in eum, qui navem exercuerit, iudicium dabo.*[65] Der Prätor verspricht demjenigen, der ein Geschäft mit einem *magister navis* in einer Sache abgeschlossen hat, für die dieser eingesetzt wurde, eine Klage gegen den *exercitor*. Dazu wird die Klagformel des zugrundeliegenden Geschäfts modifiziert. In der Tatbestandsumschreibung (*intentio*) wird weiterhin das Rechtsgeschäft zwischen dem Dritten und dem *magister* beschrieben. Anschließend wird durch einen Subjektwechsel in der Verurteilungsklausel (*condemnatio*) die Haftung auf den exercitor erweitert.[66] Der Haftung des *exercitor* liegt also

romano I, S. 495, darauf *Pugliese* (Fn. 38), darauf wiederum *De Martino*, Ancora sull'actio exercitoria, Labeo 4 (1958), 274 = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 629.

[59] *Pugliese* (Fn. 38), S. 292–293 = S. 508–509.

[60] *Behrends* nennt dieses Vorgehen treffend eine „geistige Enthauptung" der römischen Rechtswissenschaft, *Behrends*, Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationistischen Methode, Index. Quaderni camerti di studi romanistici (Index) 19 (1991), 169 (204) = Institut und Prinzip I, S. 305.

[61] Zu dieser grundlegenden Kritik an der radikalen Interpolationistik vgl. *Behrends*, Index 19 (1991), 169 (184–207) = Institut und Prinzip I, S. 283–309

[62] *Kaser*/*Knütel*/*Lohsse* (Fn. 41), S. 19; zur ethischen Seite der Rolle des Prätors siehe *Behrends*, Index 19 (1991) 169 (172–182) = Institut und Prinzip I, S. 271–281; siehe auch *Kaser*, SZ Roman. Abt. 101 (1984), 1 (69), dessen Charakterisierung der *aequitas* als „Fallgerechtigkeit" aber nicht ausreichend ihren ethisch-materiell-rechtlichen Aspekt einfängt.

[63] *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (284–285); *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (557).

[64] Text und Übersetzung nach *Behrends*/*Knütel*/*Kupisch*/*Seiler* (Fn. 22), S. 198–199.

[65] *Lenel*, Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 3. Aufl. 1927, S. 258.

[66] Diese Formeltechnik ist allen adjektizischen Klagen gemein, *Kaser*/*Hackl*, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, S. 341–343.

die Haftung des *magister* zugrunde; sie wird daher nach dem für dieses Geschäft geltenden Rechtskreis beurteilt.[67] Die *praepositio* fungiert dabei in der Klagformel als das Bindeglied zwischen dem vom *magister* abgeschlossenen Geschäft (*negotium gestum*) und dem *exercitor* und begründet dessen Haftung. Demnach hat die *actio exercitoria* zwei Voraussetzungen. Erstens die Existenz einer *praepositio* des *exercitor* und zweitens ein *negotium gestum* innerhalb ihrer Grenzen.[68]

Damit ein Geschäft von der *praepositio* erfasst wird, muss es zunächst allgemein eine Beziehung zu dem Schiff aufweisen, auf dem der *magister* eingesetzt worden ist. Laut der beispielhaften Aufzählung in D. 14,1,1,7[69] fallen darunter die Vercharterung zum Warentransport, der Kauf von Schiffszubehör, Verträge zur Durchführung notwendiger Reparaturen, Verwendungen von Dritten auf das Schiff und die Heuer für die Seeleute. Die *praepositio* ist also stets in Verbindung mit dem Schiff zu interpretieren. Es werden nur solche Geschäfte erfasst, die typischerweise mit dem Betrieb desselben zusammenhängen.

Der *exercitor* kann die konkreten Grenzen des Geschäftskreises durch die *praepositio* anpassen. Laut D. 14,1,1,12 kann die Ermächtigung beispielsweise auf das Einfordern von Frachtgeldern beschränkt werden, sodass eine selbstständige Vercharterung ausgeschlossen ist oder andersherum. Die Tätigkeit des *magister* kann auch auf den Passagier- oder Frachtverkehr, auf eine bestimmte Warengruppe oder eine bestimmte Route beschränkt werden. Wenn die Grenzen der *praepositio* nicht ausreichend klar sind, können sie sich aus den Umständen ergeben; beispielsweise, wenn ein Schiff nur zum Passagiertransport oder nur zur Flussschifffahrt geeignet ist.[70] Außerdem ist es möglich, mehrere *magistri* mit getrennten oder auch geteilten Geschäftskreisen zu benennen.[71] Für alle Geschäfte, die außerhalb des durch die *praepositio* definierten Geschäftskreises fallen, hat der *exercitor* grundsätzlich nicht einzustehen. Die Grenzen der *praepositio* werden also in erster Linie durch den Willen des *exercitor* festgelegt, aber im Detail durch die Umstände und Verkehrsnotwendigkeiten konkretisiert.

Dass in der *praepositio* der Wille des *exercitor* enthalten ist, betont Gaius:

Gaius Institutiones 4,70–71

Inprimis itaque, si iussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia, qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur. ***71.*** Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit, negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari; […]	Zunächst also: Wenn ein Geschäft auf Befehl des Vaters oder Herrn geführt worden ist, hat der Prätor eine Klage gegen den Vater oder Herrn auf das Ganze geschaffen; und dies zu Recht, denn wer derart ein Geschäft führt, vertraut mehr dem Vater oder Herrn als dem Sohn oder Sklaven. ***71.*** Aus derselben Überlegung hat er zwei weitere Klagen geschaffen, die Schiffsführerklage und die Geschäftsführerklage. Und zwar wird die Schiffsführerklagformel dann angewandt, wenn ein Vater oder Herr einem Sohn oder Sklaven die Führung eines Schiffes übertragen hat und ein Geschäft mit ihm in Bezug auf das Schiff, dessen Führung ihm übertragen worden ist, gemacht wurde. Man nimmt nämlich an, dass auch eine solche Angelegenheit aufgrund des Willens des Vaters oder Herrn ausgeführt wird, und es ist daher nach Ansicht der Juristen vollkommen angemessen, eine Klage auf das Ganze zu gewähren; […][72]

Gaius behandelt die *actio exercitoria* nach der *actio quod iussu*. Genau wie bei dieser ist es gerecht, den Prinzipal *in solidum* zu verpflichten, da sich auf ihn das Vertrauen richtet („*magis patros dominive […] fidem sequitur*"). Denn bei allen Geschäften, die innerhalb der *praepositio* vom *magister* getätigt werden, wird angenommen, dass sie dem Willen des *exercitor* entsprechen („*ex voluntate patris dominive contrahi videatur*"). Die *praepositio* ist somit auch nach Gaius die rechtliche Grundlage der *actio exercitoria*. In ihr manifestiert sich der Wille (*voluntas*) des *exercitor*, in dem definierten Umfang für die vom *magister* abgeschlossenen Geschäfte aufzukommen.[73] Dabei richtet sich die *praepositio* auch an den Dritten, welcher mit dem *magister* in Rechtsgeschäfte eintreten möchte, und gibt ihm

[67] Ulpian D. 14,1,1,24: *Haec actio ex persona magistri in exercitorem dabitur* […]. Trotz dieser nach der Ediktsstruktur erkennbaren mittelbaren Verpflichtung des *exercitor*, vertrat wohl, wie *Behrends* vermutet, eine Mindermeinung die Konstruktion einer unmittelbaren Verpflichtung, die sich noch in Inst. 4,7,8 erahnen lässt (*directo posse condici placet, quia huius quoque iussu contractum intellegitur*), *Behrends*, Index 19 (1991), 169 (176–177) = Institut und Prinzip I, S. 274–276; *Behrends*, Der Kommentar in der römischen Rechtsliteratur, in: Assmann/Gladigow, Text und Kommentar, 1995, S. 421 (444–445) = Institut und Prinzip I, S. 247–248. Eine weitere Spur scheint mir in einem *responsum* von Scaevola in D. 14,4,20 pr. enthalten zu sein, wonach ein *institor* nach dem Tod seines Geschäftsherren nicht für ein Darlehensgeschäft haften sollte, dass er in dieser Rolle noch vor dem Todesfall abgeschlossen hatte. Eine weitergehende Untersuchung dieser Hinweise auf eine unvermittelte Haftung wäre wünschenswert.

[68] *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (336).

[69] *De Martino* erkennt zwar an, dass D. 14,1,1,7 mit dem *praepositio*-Prinzip im Kern ulpianisch ist, aber hält die Aufzählung in der zweiten Hälfte für interpoliert, *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (7–9) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 495–497; so auch trotz inhaltlich leicht geänderter Interpretation in *De Martino*, Labeo 4 (1958), 274 (275–277) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 630–632.

[70] *De Martino*, Labeo 4 (1958), 274 (277–278) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 632–633; *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (305).

[71] Ulpian D. 14,1,1,13.

[72] Text und Übersetzung nach *Manthe*, Die Institutionen des Gaius, 2004, S. 358–361.

[73] *Costa* (Fn. 3), S. 36; *Pugliese* (Fn. 38), S. 293 = S. 509; *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 495.

eine „feste Maßgabe“,[74] bei welchen Verträgen er Vertrauen (*fides*) auf die adjektizische Haftung des *exercitor* fassen kann.

Das Geschäft muss der *magister* nicht wie bei der Stellvertretung i.S.d. § 164 BGB „in fremdem Namen“ abschließen. Dass eine solche Voraussetzung auch im römischen Recht existierte, wurde vor allem im 19. Jahrhundert vertreten, als die dogmatischen Grundlagen des heutigen Rechts erarbeitet wurden.[75] Für ein solches Erfordernis finden sich jedoch weder in der Ediktsklausel noch in anderen Quellen Belege.[76] Darüber hinaus wäre es auch nicht mit der Natur der adjektizischen Klagen vereinbar, denn der adjektizischen Haftung des *exercitor* liegt das Geschäft des *magister* zugrunde. Der primären Klage gegen den *magister* wird lediglich die *actio exercitoria* als zweite Klagmöglichkeit hinzugefügt. Deshalb muss der *magister* nicht ausdrücklich für den *exercitor* handeln. Dennoch muss es sich für den Dritten zumindest aus den Umständen ergeben, dass das Geschäft im Rahmen einer *praepositio* getätigt wurde.[77] Nur dann hat er den Vertrag mit Vertrauen auf die Haftung des *exercitor* abgeschlossen und ist somit schutzwürdig. Dabei trägt er das Risiko, dass das Geschäft nicht von der *praepositio* erfasst ist. Im Zweifel muss er sich über deren Umfang informieren.[78]

Die Informationen über den Umfang der *praepositio* konnte der Geschäftspartner wahrscheinlich einer schriftlichen Urkunde entnehmen, die dem *magister* mitgegeben wurde.[79] Auch wenn die *praepositio* an kein Formerfordernis gebunden war, könnte sich eine solche Praxis aus informeller Übung ergeben haben. Noch vor Einführung der *actio exercitoria* könnte der *exercitor* seine Kapitäne mit einem Schreiben ausgestattet haben, in dem er versprach für deren Verpflichtungen aufzukommen. Dieses Versprechen war zunächst rechtlich unverbindlich und stützte sich auf das allgemeine Vertrauensprinzip der *fides*.[80] Vor allem die oben angesprochenen, reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen könnten so ihren Namen eingesetzt haben, um ihren *magistri* die Handelstätigkeit zu erleichtern. Auf der anderen Seite begannen deren Vertragspartner Vertrauen auf das Zahlungsversprechen der *exercitores* zu entwickeln. Einer solchen bereits vorhandenen Praxis könnte der Prätor mit der *actio exercitoria* Rechnung getragen haben. Den Bestellungsakt und das formlose Zahlungsversprechen erkannte er als *praepositio* an, die er zur rechtlichen Grundlage der neuen Klage machte. Denn in ihr manifestierte sich die *voluntas* des *exercitor* in einer für den Verkehr erkennbaren Weise und folglich wurden ihre Grenzen aus Drittperspektive beurteilt.

In den Quellen und der Literatur werden vor allem drei Fälle diskutiert, in denen diese Grenzen problematisch erscheinen: Die Bestellung eines Unter-*magister* (VII.), die Aufnahme eines Darlehens durch den *magister* (VIII.) und die Haftung für den gewaltunterworfenen *exercitor* nach der *voluntas*-Lehre (IX.). Durch eine Betrachtung der entsprechenden Quellen wird die Rolle der *praepositio* deutlicher werden.

VII. Die Bestellung eines Unter-*magister*

In der Praxis des Seehandels ist es anscheinend vermehrt dazu gekommen, dass der *magister* einen eigenen Stellvertreter bestellt hat. Denn in den Digesten wird die Diskussion wiedergegeben, ob die *actio exercitoria* auch Geschäfte erfasst, die ein Unter-*magister* abgeschlossen hat:

D. 14,1,1,5 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem.	Als Kapitän sehen wir jedoch nicht nur denjenigen an, den der Reeder bestellt hat, sondern auch denjenigen, den der Kapitän [zum Unterkapitän] bestellt hat. Dies hat Julian auf Anfrage im Falle eines Reeders, der davon nichts wusste, entscheiden. Wenn im Übrigen der Reeder weiß und zulässt, dass dieser [Unterkapitän] auf dem Schiff als Kapitän tätig ist, wird er so angesehen, als habe er ihn selbst eingesetzt. Diese Ansicht erscheint mir beifallswert. Denn für alle Handlungen des Kapitäns muss ich einstehen, wenn ich ihn bestellt habe; andernfalls würden die Vertragspartner getäuscht. Und dies lässt sich aus Gründen des Verkehrsschutzes bei einem Kapitän sicher eher zugeben als bei einem Geschäftsleiter.
Quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeponere? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne	Was gilt jedoch, wenn ein Reeder den Kapitän mit der Bestimmung bestellt hat, dass er keinen anderen zum Kapitän bestellen darf? Hier stellt sich die Frage, ob man auch dann die Ansicht Julians billigen soll. Nimm etwa an, ein Reeder habe es dir [als Kapitän] sogar ausdrücklich untersagt, dich des Titius

[74] Ulpian D. 14,1,1,12: *Igitur praepositio certam legem dat contrahentibus.*

[75] So etwa *Mitteis* (Fn. 1), S. 25–32; einen Überblick über die damalige Diskussion bietet *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (333–337).

[76] Gegen die Existenz der Voraussetzung „Handeln in fremdem Namen“ oder jegliche Bezugnahme zum *exercitor* war *Schlossmann*, Das Kontrahieren mit offener Vollmacht, in: FS Jhering, 1892, S. 215 (237–255).

[77] So die vermittelnde Lösung von *Lenel*, Handeln in fremdem Namen und die actiones adiecticiae qualitatis, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 36 (1896), S. 131 (135–137); zustimmend *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (336–337).

[78] *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (559).

[79] So bereits *Karlowa*, Römische Rechtsgeschichte. Zweiter Band. Erster Teil, 1901, S. 1124; zustimmend *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (306), der zudem auf die in der Antike verbreitete Übung der Mitgabe von Empfehlungsbriefen hinweist; vgl. auch *De Martino*, Labeo 4 (1958), 274 (277) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 632.

[80] Eine Entwicklung aus der unverbindlichen *fides* heraus schwebt wohl auch *Costa* vor, jedoch ohne Hinweis auf eine Urkundenpraxis, vgl. *Costa* (Fn. 3), S. 21–22.

Titio magistro utaris. Dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.	als Kapitän zu bedienen. Gleichwohl wird man sich dafür aussprechen müssen, den Verkehrsschutz für die am Seehandel Beteiligten so weit auszudehnen.[81]

Die Interpolationsforschung hat die Stelle heftig kritisiert. Laut *De Martino* stammt sie beinahe gänzlich von postklassischen Autoren. Nach ihm habe sich Julian in der ursprünglichen Fassung strikt an der *praepositio* orientiert und eine Haftung des *exercitor* für Geschäfte des Unter-*magister* nur angenommen, wenn dieser Kenntnis von der Unter-Anstellung hatte (*exercitor sciens*), nicht aber, wenn jene ihm unbekannt war (*exercitor ignorans*). Denn es sollen allein die Grenzen der *praepositio* entscheidend gewesen sein, die wiederum von der *voluntas* des *exercitor* abhängig gewesen sind. Das in der überlieferten Fassung enthaltene Argument des Verkehrsschutzes soll dagegen erst von postklassischen Autoren eingefügt worden sein und eine vollständige Umkehrung der Bedeutung des Textes verursacht haben.[82] *Pugliese* erkennt die Textkritik von *De Martino* im ersten Teil der Stelle nicht an und meint, dass Julian ursprünglich sehr wohl die Haftung auch des *exercitor ignorans* anerkannt hat. Denn in der *praepositio* soll auch die implizite Erlaubnis enthalten gewesen sein, einen Unter-*magister* zu benennen. Wollte der *exercitor* dies verhindern, musste er es seinem *magister* ausdrücklich in der *praepositio* verbieten. Das soll in der originalen Fassung der zweiten Hälfte dieser Stelle ausgedrückt gewesen sein, die entgegen der überlieferten Fassung eine Haftung des *exercitor* bei einem Verbot ausgeschlossen habe.[83]

Doch auch *Pugliese* teilt mit *De Martino* das interpolationistische Vorurteil, nach dem die klassische Linie sich strikt an der *praepositio* orientiert habe und der Verkehrsschutz erst in postklassischer Zeit stärker berücksichtigt worden sei.[84] Stattdessen muss man die beiden Aspekte gemeinsam betrachten. Das Problem des Unter-*magister* wird in D. 14,1,1,5 diskutiert, noch bevor in D. 14,1,1,7 das Prinzip der *praepositio* ausführlich eingeführt wird. Es wird also nicht primär als ein Problem der Grenzen der *praepositio* angesehen, sondern als eines der Definition des *magister* in D. 14,1,1,1. Diese wiederum folgt auf die *laudatio edicti*, in der die besonderen Verkehrsschutzbedürfnisse dargelegt werden, die von der *aequitas naturalis* berücksichtigt werden. Wie durch den Vergleich mit der *actio institoria* zu Beginn der vorliegenden Stelle signalisiert wird, sind diese für die Ausweitung der Haftung auf die Geschäfte des Unter-*magister* entscheidend. Aus der Perspektive des Dritten gilt nach D. 14,1,1,1 derjenige als Repräsentant des *exercitor*, dem die kommerzielle Führung des Schiffs anvertraut worden ist. Das Anstellungsverhältnis eines Unter-*magister* ist für ihn dabei nicht einsehbar. Und selbst wenn in der *praepositio* eine Person namentlich als *magister* bestimmt gewesen sein sollte, wird eine zeitnahe Identitätsprüfung in einem fremden Hafen ohne moderne Mittel wie beispielsweise Personalausweise schwierig, wenn nicht gar unmöglich gewesen sein.[85] Wenn der *magister* ohne Wissen des exercitor einen Unter-*magister* einsetzt, fällt das demnach in die Risikosphäre des *exercitor*, der sich das Verhalten seines *magister* zurechnen lassen muss („*omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui*"). Unter Berücksichtigung des Verkehrsschutzes („*utilitatem navigantium*") kann und muss der Dritte lediglich kontrollieren, ob das Geschäft von dem inhaltlichen Umfang der *praepositio* gedeckt ist, und nicht, ob der *magister* ordnungsgemäß bestellt wurde.[86] Ansonsten würde sein gerechtfertigtes Vertrauen enttäuscht („*decipientur*").

Mit dieser Kontextualisierung erscheint auch der zweite Teil von D. 14,1,1,5 als folgerichtig, der die Haftung auch bei einem Verbot des *exercitor* zulässt. Hier ist sich ein großer Teil der Literatur sicher, eine Interpolation zu erkennen und insbesondere *Pugliese* betont, dass es in diesem Fall am Willen des *exercitor* fehle, durch Geschäfte des Unter-*magister* gebunden zu werden.[87] Das tatsächliche Vorhandensein von *voluntas* ist allerdings für die Haftung des *exercitor* nicht notwendig. Stattdessen sind die beiden einzigen Voraussetzungen der *actio exercitoria* das Vorliegen einer *praepositio* und ein ihr entsprechendes Geschäft. Die *voluntas* wird in D. 14,1,1,7 nicht als Voraussetzung erwähnt, sondern findet sich nur in Gaius Inst. 4,71. Dort ist sie, wie gesehen, keine unmittelbare Voraussetzung der *actio exercitoria*. Stattdessen ist die *praepositio* der Träger, aus dem der Dritte auf die *voluntas* des *exercitor* schließen und entsprechendes Vertrauen fassen kann. Entscheidend ist also nicht, dass der Wille des *exercitor* zu jeder Zeit tatsächlich vorhanden war, sondern nur, wie sich dieser für den Dritten darstellt.[88] Auch wenn der *exercitor* dem *magister* verboten hat, einen Unter-*magister* zu bestimmen,

[81] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 198.

[82] *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (15–17) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 503–505; diesem im Ergebnis zustimmend *Solazzi*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941) (Riv. dir. navigaz.), 185 (189–191) = Scritti di diritto romano IV, S. 246–248.

[83] *Pugliese* (Fn. 38), S. 294–298 = S. 510–514; zustimmend *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 102–103.

[84] Insbesondere hält er die *laudatio edicti*, da sie den Verkehrsschutz einführt, für vollständig gefälscht, *Pugliese* (Fn. 38), S. 292–293 = 508–509.

[85] *De Martino* erkennt solche Notwendigkeiten des Verkehrs zwar als schlüssig an, betont aber dennoch, dass die klassische Linie sich strikt an der *praepositio* und der Zustimmung des *exercitor* orientiert habe, vgl. *De Martino*, Labeo 4 (1958), 274 (281) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 636.

[86] Die *praepositio* wird „entpersönlicht", *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (310–311); ähnlich *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (560–561).

[87] *Pugliese* (Fn. 38), S. 296–297 = S. 512–513; erst recht *De Martino* und *Solazzi,* siehe oben Fn. 82; ebenso *Kirschenbaum* (Fn. 2), S. 103.

[88] *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (106–107); ähnlich *M. Zimmermann*, der den Reeder als den „cheapest-cost-avoider" sieht, *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (587–588).

kann dies dem Geschäftspartner nicht zulasten fallen, soweit die fehlerhafte Bestellung für ihn nicht erkennbar war. Wenn man den in der *laudatio edicti* eingeführten Maßstab der *aequitas* und die sich aus ihr ergebenden Verkehrsschutzerfordernisse angemessen berücksichtigt, fügt sich D. 14,1,1,5 nahtlos in ein Gesamtkonzept ein. Es besteht kein Anlass, eine Interpolation anzunehmen.

VIII. Die Aufnahme eines Darlehens durch den *magister navis*

Das Problem der Aufnahme eines Darlehens (*mutuum*) durch den *magister* wird in den Digesten in zwei Fragmenten behandelt: Von Ulpian in D. 14,1,1,8–9 und von Afrikan in D. 14,1,7 pr. Das lädt dazu ein, die beiden Stellen miteinander zu vergleichen.

1. Das Darlehensproblem bei Ulpian (D. 14,1,1,8–9)

Ulpian behandelt das Problem der Darlehensaufnahme in seinem Ediktskommentar unmittelbar nachdem er die *praepositio* in D. 14,1,1,7 eingeführt hat:

D. 14,1,1,8–9 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Quid si mutuam pecuniam sumpserit, an eius rei nomine videatur gestum? Et Pegasus existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem, quam sententiam puto veram: quid enim si ad armandam instruendamve navem vel nautas exhibendos mutuatus est?	Wie ist es, wenn der Kapitän ein Darlehen aufgenommen hat? Erscheint dies als sein Geschäft in der Sache, für die er bestellt worden ist? Und Pegasus ist der Meinung, dass die Klage [gegen den Reeder] erteilt werden muss, wenn er das Darlehen im Interesse einer Sache aufgenommen hat, für die er bestellt worden ist. Diese Auffassung halte ich für richtig. Denn was soll sonst gelten, wenn er das Darlehen aufgenommen hat, um das Schiff instandzusetzen oder auszurüsten oder um die Besatzung zu verpflegen?
9. Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. Et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem preposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat.	***9.*** In diesem Zusammenhang fragt Ofilius, ob die Reederklage gegen den Reeder zu gewähren sei, wenn der Kapitän das zur Instandsetzung des Schiffes geliehene Geld in eigenem Interesse verwendet hat. Und er sagt, habe der Kapitän das Geld mit der Absprache aufgenommen, er werde es für das Schiff verwenden, bald darauf jedoch seine Absicht geändert, so hafte der Reeder, weil er es sich zurechnen lassen müsse, dass er einen solchen Mann zum Kapitän bestellt hat. Habe aber der Kapitän die Absicht gehabt, den Darlehensgeber zu hintergehen und nicht ausdrücklich erklärt, er nehme das Darlehen im Interesse des Schiffes auf, dann gelte das Gegenteil. Pedius billigt diese Unterscheidung.[89]

Das grundlegende Problem ist, dass ein Darlehensgeschäft aus sich heraus keinen Aufschluss darüber gibt, zu welchem Zweck es aufgenommen wird.[90] Die römischen Juristen haben daher verschiedene Methoden entwickelt, die bloße Geldsumme mit dem Schiff und so der *praepositio* in Verbindung zu bringen. Ulpian gibt zunächst die Meinung von Pegasus wieder, der verlangt, dass das Darlehen in einer im Interesse des Schiffes liegenden Sache aufgenommen worden sein muss. Notwendig ist also allgemein eine Zweckrichtung auf den in der *praepositio* definierten Geschäftskreis. Ulpian stimmt dem zu und überliefert in D. 14,1,1,9 des Weiteren die Meinung von Ofilius, die auf den allgemeinen Grundsatz von Pegasus aufbaut, ihn aber konkretisiert. Ofilius respondiert in einem Fall, bei dem der *magister* die Darlehenssumme nach Erhalt nicht auf das Schiff, sondern im eigenen Interesse verwendet hat. Laut Ofilius genügt es zur Gewährung der *actio exercitoria*, wenn zwischen dem Dritten und dem *magister* die Zweckrichtung auf das Schiff gesondert vereinbart wurde („*hac lege accepit*“). Dann schadet auch eine nachträgliche betrügerische Absicht des *magister* nicht.[91] Diese subjektive Seite ist nicht, wie teilweise behauptet wird, Teil einer postklassischen Lehre, die das Fehlen eines Betrugsvorsatzes als zweite Voraussetzung neben der Vertragsklausel verlangte.[92] Vielmehr diente sie nur zur Erläuterung und hat keine rechtliche Relevanz.[93]

Ofilius und auch Pedius, der sich ihm anschließt, verlangen also, dass durch eine besondere Abrede die Verbindung zwischen dem Darlehen und dem Geschäftskreis der *praepositio* hergestellt wird.

2. Das Darlehensproblem bei Afrikan (D. 14,1,7 pr.)

Eine weiter verfeinerte Methode, um die Verbindung des Darlehens zur *praepositio* sicherzustellen, findet sich einige Fragmente weiter in einem Text von Afrikan:

D. 14,1,7 pr. Africanus libro octavo quaestionum

Lucius Titius Stichum magistrum navis praeposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse: quaesitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse con-	Lucius Titius bestellte den Stichus zum Kapitän eines Schiffes; dieser nahm ein Darlehen auf und bekundete in dem Rückzahlungsversprechen, das Geld zur Instandsetzung des Schiffes entgegengenommen zu haben. Es stellt sich die Frage, ob Titius nur dann mit der Reederklage hafte, wenn der Gläubiger beweist, dass das Geld zur Instandsetzung des Schiffes

[89] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 199.
[90] *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (307).
[91] *Kirschenbaum* glaubt hier gar eine deliktische Verantwortlichkeit („tort liability“) des *exercitor* zu erkennen, vgl. *Kirschenbaum* (Fn. 3), S. 117.
[92] So *Pugliese* (Fn. 38), S. 299 = S. 515 und *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (10–11) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 498–499.
[93] *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (562); *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (109).

sumptam. Respondit creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficiendae navis curam suscipiat et negotium domini gerat (quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse), ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit praepositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit necessariam refectioni pecuniam esse. […]

verwendet worden ist. Er [Julian] hat geantwortet, dass die Klage des Gläubigers Erfolg haben wird, wenn das Schiff zur Zeit der Darlehenshingabe in einem ausbesserungsbedürftigen Zustand war. Und wie man in der Tat den Gläubiger nicht dazu zwingen darf, sich selbst um die Ausbesserung des Schiffes zu kümmern und damit ein Geschäft des Eigentümers zu besorgen (was zweifellos eintreten würde, wenn er gezwungen wäre, die Verwendung des Geldes für die Instandsetzung zu beweisen), so muss man doch verlangen, dass er weiß, dass er den Kredit wegen einer Sache gewährt, zu der der Kapitän bestellt worden ist; dies kann zweifellos nur dann der Fall sein, wenn er auch weiß, dass das Geld für die Instandsetzung notwendig ist. […] [94]

Die dem Fall zugrundeliegende Problematik ist dieselbe, die auch Ofilius' Rechtsmeinung inspiriert hat. Ein *magister* hat ein Darlehen aufgenommen und mit dem Darlehensgeber die Vereinbarung getroffen, wahrscheinlich in Form einer *stipulatio*,[95] es zur Instandsetzung des Schiffes zu verwenden („*cavit se in refectionem navis eam accepisse*"). Nach dem Kriterium der Zweckvereinbarung von Ofilius müsste also der *exercitor* haften. Dieser trug dagegen vor, dass der Darlehensgeber zu beweisen habe, dass die Darlehenssumme tatsächlich zu dem vereinbarten Zweck eingesetzt worden ist. Afrikan gibt hierauf ein Rechtsgutachten von Julian wieder, wie so oft, ohne ihn im lateinischen Text namentlich zu benennen.[96] Julian stellt eine vermittelnde Meinung auf (*media sententia*).[97] Er verneint die Notwendigkeit, eine tatsächliche Verwendung nachzuweisen, verlangt aber, dass sich das Schiff in einem ausbesserungsbedürftigen Zustand befunden hat. Denn würde man den Nachweis des effektiven Einsatzes der Darlehenssumme verlangen, müsste der Darlehensgeber letztlich selbst für die Reparaturen Sorge tragen. Auf der anderen Seite sei bei einem Darlehen, dass zur Reparatur aufgenommen wurde, sein Vertrauen aber nur schutzwürdig, wenn das Schiff auch reparaturbedürftig ist. Aus den gleichen Gründen fehle es an einer Schutzwürdigkeit, wenn ein Kredit für ein Segel auf einer einsamen Insel ohne Möglichkeit eines dortigen Kaufs aufgenommen wurde.[98] Julian knüpft also an Ofilius an, verlangt aber neben einer Zweckvereinbarung zusätzlich, dass der Darlehensgeber nach den ihm objektiv erkennbaren Umständen die Reparaturbedürftigkeit überprüft, also eine Prüfung auf Plausibilität des vereinbarten Darlehenszwecks.[99] Julians Methode ist damit flexibler, aber erfordert eine Betrachtung der Umstände des Einzelfalls. Während nach Ofilius der Darlehensgeber lediglich auf eine besondere Zweckvereinbarung achtgeben muss, erlegt ihm Julian darüber hinaus aktive Sorgfaltspflichten im Interesse des *exercitor* auf.

3. Würdigung der unterschiedlichen Lösungen in D. 14,1,1,8–9 und D. 14,1,7 pr. vor dem Hintergrund der Rechtsschulen der Prokulianer und Sabinianer

Dieser feine Unterschied wurde in der Literatur zwar erkannt und auch diskutiert, aber noch nicht angemessen gewürdigt. Die Lösungen von Pegasus, Ofilius und Pedius werden von Ulpian in D. 14,1,1,8–9 wiedergegeben, der sich ihnen anschließt. Julians Responsum hingegen wird uns erst einige Fragmente weiter in D. 14,1,7 pr. durch Afrikan mitgeteilt. Ulpian scheint Julians Meinung „unterschlagen" zu haben. Dies verwundert, da sie ihm eigentlich bekannt sein sollte. Schließlich hatte er noch kurz zuvor beim Problem des Unter-*magister* einer Rechtsmeinung Julians zugestimmt. Um nachzuvollziehen, weshalb Ulpian die Methode Julians möglicherweise verschwiegen haben könnte, ist es von Bedeutung, die einzelnen Juristen und ihre konzeptionellen Hintergründe zu beleuchten.

Behrends hat in einem seit den 1970er Jahren konsequent verfolgten Forschungsansatz überzeugend dargelegt, dass sich in den Quellen des römischen Rechts zwei unterschiedliche Denkrichtungen auffinden lassen, die in der späten Republik entstanden sind und sich in der Kaiserzeit zu den Rechtsschulen der Prokulianer und Sabinianer formierten. Das Denken der Prokulianer lässt sich als institutionell beschreiben, das der Sabinianer als prinzipiell. Während der sogenannten Schulenkonvergenz in der Hoch- und Spätklassik übernahmen beide Schulen Elemente der jeweils anderen Seite.[100] Die vorgenannten Juristen, die sich

[94] Text und Übersetzung nach *Behrends*/*Knütel*/*Kupisch*/*Seiler* (Fn. 22), S. 205.

[95] So die plausible Annahme von *De Martino* ausgehend von „*cavit*" mit Verweis auf die verbreitete Praxis, bei Darlehen mit einer *stipulatio* Sondervereinbarungen zu treffen, *De Martino*, Labeo 4 (1958), 274 (283–285) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 638–640.

[96] Zum Verhältnis von Afrikan zu Julian in seinem *quaestiones* genannten Werk siehe *Bund*, Salvius Iulianus. Leben und Werk, in: Temporini, Aufstieg und Niedergang der römischen Welt (ANRW) II 15, 1976, S. 408 (439–440).

[97] *Cerami*, Mutua pecunia a magistro navis reficiendae causa sumpta e praepositio exercitoris, in: Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, 1999, S. 271 (275).

[98] So die anschließende Erläuterung von Julian in Africanus D. 14,1,7,1.

[99] *Pugliese* (Fn. 38), S. 302–303 = S. 518–519.

[100] Siehe etwa seine Antrittsvorlesung von 1976: *Behrends*, Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht, SZ Roman. Abt. 95 (1978), 187 (216–231) = Institut und Prinzip I, S. 38–50; einen erleichterten Einstieg bietet nun *Behrends*, Römisches Recht. Von den Anfängen bis heute, 2022, insb. S. 45–123; in dieser Zeitschrift zuletzt *Möller*, Römisches Recht als Gegenstand der universitären Lehre, BRZ 2023, 4 (8–11); vgl. auch *Avenarius*, Art. ‚Law Schools', in: Bagnall et al., The Encyclopedia of Ancient History, 2012, https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah13142 (zuletzt aufgerufen am 24.10.2023). Dieser Forschungsansatz konnte sich jedoch bisher nicht durchsetzen. Die allgemeine Meinung deutet die Rechtsschulen als Lehrtraditionen, die sich aus persönlicher Gefolgschaft entwickelten und auf keinen grundlegenden methodischen oder philosophischen Gegensatz zurückgehen, vgl. repräsentativ *Kaser*/*Knütel*/*Lohsse* (Fn. 41), S. 5–7.

zur Darlehensproblematik geäußert haben, lassen sich den Rechtsschulen zuordnen, die ihre Lösungen inspiriert haben könnten.

Pegasus, der das allgemeine Kriterium der Zweckrichtung vertritt, lebte in der zweiten Hälfte des 1. Jh. n. Chr. unter Vespasian und Domitian. Er war Schüler von Proculus, dem er als Schuloberhaupt der Prokulianer folgte.[101] Ofilius, der die allgemeine Zweckrichtung konkretisiert und eine ausdrückliche Zweckvereinbarung fordert, lebte hingegen noch vor Pegasus im 1. Jh. *vor* Chr. Er war ein Schüler des berühmten Servius Sulpicius Rufus, der in der späten Republik die klassische Jurisprudenz begründete und an dessen Lehren die Prokulianer in der Kaiserzeit anknüpften.[102] Diese Jurisprudenz deutete Recht aus der Perspektive der skeptischen Philosophie als ein Kunstgebilde zur Ordnung des menschlichen Zusammenlebens. Daraus folgte ein institutionell-formales Rechtsverständnis, wonach das Recht von der Jurisprudenz zu Regeln gestaltet werden sollte, die eine klare Struktur aufweisen und im Rechtsverkehr sicher anwendbar sind.[103] Nach diesen Grundätzen ist auch Ofilius' Erfordernis der Zweckvereinbarung gestaltet. Es stellt ein durch die Sprache als ordnendes Zivilisationsmedium[104] eindeutig definiertes Kriterium dar, das sowohl für den Rechtsverkehr als auch die Rechtsanwendung leicht zu verwenden ist. Indem die Zweckvereinbarung die Darlehenssumme mit der *praepositio* verbindet, ordnet sie das Darlehensgeschäft deren Geschäftskreis zu. Diese Zuordnung ist ein sprachlich-formaler Prozess, der allein auf die rechtliche Regel zurückgeht. Ofilius' institutionellem Kriterium stimmt Pedius zu, der in der zweiten Hälfte des 1. Jh. n. Chr. lebte und der prokulianischen Schule folgte.[105] Es ist also gut möglich, dass Pedius und Pegasus sich kannten. Jedenfalls scheint das von Ofilius geschaffene Institut der Zweckvereinbarung die Schulmeinung der Prokulianer geworden zu sein, welcher sich auch Ulpian angeschlossen hat. Er selbst wirkte in der Spätklassik und ist wohl als Spätprokulianer einzuordnen, auch wenn sich die Rechtsschulen zu seiner Zeit bereits weitgehend angenähert hatten.[106]

Dieser als Schulenkonvergenz bezeichnete Prozess der Annäherung fand während der Hochklassik im 2. Jh. nach Chr. statt und wurde maßgeblich von Julian betrieben, der Schuloberhaupt der Sabinianer war.[107] Seine juristische Methodik zeichnet sich durch einen „Übergang vom institutionellen zum prinzipiellen Denken" (*Behrends*)[108] aus. Als juristischen Ausgangspunkt wählte er wie die Prokulianer ein Institut, das er anschließend durch das naturrechtliche Prinzip der *bona fides* konkretisierte. Durch eine Interpretation im Lichte dieses verkehrsrechtlichen Vertrauensprinzips konnten insbesondere den Teilnehmern des Rechtsverkehrs aktive Handlungspflichten auferlegt werden.[109] In Julians Lösung der Darlehensproblematik findet sich diese Methodik in beispielhafter Weise wieder. Zunächst bleibt das von Ofilius geforderte institutionelle Kriterium der Zweckvereinbarung die grundsätzliche Voraussetzung. Darüber hinaus hat der Darlehensgeber aber weitergehende Treuepflichten, die nach der *bona fides* auf die Verkehrserwartungen abgestimmt werden. Der Darlehensgeber muss die Reparaturen nicht selbst überwachen, da er dann für den *exercitor* ein fremdes Geschäft vornähme, was für ihn eine unzumutbare Last darstellen würde. Er muss aber, soweit es ihm möglich ist, die Plausibilität des vereinbarten Darlehenszweckes überprüfen. Im Interesse des *exercitor* soll er prüfen, ob die Reparatur auch notwendig ist, um so eine übermäßige Darlehensaufnahme des *magister* zu verhindern.[110] Auch aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts ist dies folgerichtig, da er der „cheapest-cost-avoider"[111] ist. Insbesondere soll ein treuwidriges, kollusives Zusammenwirken des *magister* mit dem Darlehensgeber zulasten des *exercitor* verhindert werden.[112] Julians Lösung erfordert also eine Untersuchung, in welchem Umfang die Darlehensaufnahme notwendig war, inwiefern dies erkennbar war und welches Verhalten demnach vom Darlehensgeber nach dem Prinzip der *bona fides* im Verkehr erwartbar, aber auch zumutbar war. Nur wenn dessen Vertrauen auf die getroffene Zweckvereinbarung nach dieser umfassenden Einzelfallbetrachtung als gerechtfertigt erscheint, soll ihm die *actio exercitoria* gewährt werden.

[101] Pomponius D. 1,2,2,53; eine Übersicht über die spärlichen Informationen zu Pegasus bietet *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967, S. 133–134.

[102] Pomponius D. 1,2,2,44; zu Ofilius' Person und seinem juristischen Denken siehe *Möller*, Art ‚Ofilius', in: Bagnall et al., The Encyclopedia of Ancient History, 2019, https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah30658 (zuletzt aufgerufen am 24.10.2023).

[103] *Behrends*, Die geistige Mitte des römischen Rechts. Die Kulturanthropologie der skeptischen Akademie, SZ Roman. Abt. 125 (2008), 25 (65–75); *Behrends*, SZ Roman. Abt. 95 (1978), 187 (222–225) = Institut und Prinzip I, S. 43–45.

[104] Zur besonderen Bedeutung der Sprache für die klassisch-prokulianische Rechtslehre siehe *Behrends*, SZ Roman. Abt. 125 (2008), 25 (35–44).

[105] *Möller*, Art. ‚Pedius', in: Bagnall et al., The Encyclopedia of Ancient History, 2021, https://doi.org/10.1002/9781444338386.wbeah30659 (zuletzt aufgerufen am 24.10.2023).

[106] Die Einordnung ist aufgrund der bereits weitgehend abgeschlossenen Schulenkonvergenz zu Ulpians Zeit nicht ganz eindeutig, vgl. *Möller*, Die Zuordnung von Ulpian und Paulus zu den kaiserzeitlichen Rechtsschulen, in: FS Liebs, 2011, S. 455.

[107] Pomponius D. 1,2,2,53; zu Julians Leben und Werk siehe *Bund* (Fn. 96), S. 408–440.

[108] *Behrends*, SZ Roman. Abt. 95 (1978), 187 (196) = Institut und Prinzip I, S. 22.

[109] *Behrends*, Die bona fides im mandatum, in: FS Waldstein, 1993, S. 33 (38–40) = Institut und Prinzip II, S. 812–813; *Behrends*, SZ Roman. Abt. 95 (1978), 187 (192–198) = Institut und Prinzip I, S. 19–24.

[110] *Cerami* (Fn. 97), S. 275; *Wacke*, SZ Roman. Abt. 111 (1994), 280 (307–309).

[111] *M. Zimmermann*, SZ Roman. Abt. 129 (2012), 554 (568).

[112] *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (109–111).

4. Weitere Gründe im Kompilationsprozess und aufgrund der Literaturgattungen

Doch wieso hat Ulpian das *responsum* von Julian nicht erwähnt? Die unterschiedlichen Schultraditionen sind ein möglicher Grund, wenn auch allein nicht ausreichend überzeugend, da in der Spätklassik der Schulengegensatz sich bereits abgeschwächt hatte und Ulpian wie erwähnt andernorts Julian durchaus zitiert hat.

Es ist jedoch möglich weitere Vermutungen anzustellen, wenn man die Überlieferungsweise der Texte berücksichtigt. Denn sie sind uns nicht aus ihrem Originalwerk erhalten, sondern nur als Fragmente in den Digesten, die ein Teil des uns als Corpus Iuris Civilis bekannten Kodifikationswerkes des oströmischen Kaisers Justinian aus dem frühen 6. Jh. n. Chr. bilden. Die Digesten sind eine Zusammenstellung (Kompilation) aus damals schon jahrhundertealten Juristenschriften der Blütezeit der römischen Jurisprudenz der Zeit von ca. 150 v. Chr. bis 250 n. Chr.[113] Möglicherweise hat nun Ulpian in der Originalschrift tatsächlich Julian zitiert, aber die Kompilatoren haben den entsprechenden Passus gekürzt. Allerdings leuchtet nicht ein, weshalb Julians Meinung einige Fragmente weiter dennoch in die Digesten aufgenommen wurde.

Der Abstand zwischen den beiden Fragmenten lässt sich jedenfalls durch die Bluhmesche Massentheorie erklären. Nach ihr wurden zur Durchführung der Kompilation der Digesten drei Arbeitsgruppen gebildet, die jeweils unterschiedliche Literaturgattungen (Massen) bearbeiteten: In der Sabinusmasse wurden die Zivilrechtskommentare gesichtet, in der Ediktsmasse die Ediktskommtare und in der Papiniansmasse hauptsächlich Gutachtensammlungen; zudem wurde an einige Titel nachträglich eine sog. Appendixmasse angefügt.[114] Das Ulpian-Fragment entstammt einem Ediktskommentar und wurde also in der Ediktsmasse bearbeitet; das Afrikan-Fragment hingegen aus einer Quästionensammlung, die in der Papiniansmasse bearbeitet wurden. Da die Ergebnisse der verschiedenen Arbeitsgruppen nicht miteinander zusammengeführt und nicht immer inhaltlich aufeinander abgestimmt wurden, sondern hintereinander in die jeweiligen Digestentitel sortiert wurden, kann die Massentheorie die Lücke zwischen den beiden Fragmenten erklären.

Zudem könnten die unterschiedlichen Literaturgattungen auch erklären, weshalb Ulpian nicht Julians *responsum* wiedergegeben hat. Das Edikt stellte in der klassisch-prokulianischen Tradition die zentrale Rechtsquelle dar, was dem Ediktskommentar eine besondere Rolle gab.[115] Tatsächlich hat Ofilius den ersten umfassenden Ediktskommentar verfasst.[116] In dieser Tradition steht auch Ulpian als Spätprokulianer. Beim Verfassen seines eigenen Kommentars hat er wahrscheinlich mit verschiedenen anderen Ediktskommentaren gearbeitet, die er in seiner Darstellung miteinander verwob. Julians Responsum könnte er deshalb nicht berücksichtigt haben, da es aus einer anderen Literaturgattung stammte und ihm bei seiner Arbeit nicht schriftlich vorlag – oder er hat es tatsächlich wissentlich ignoriert.

5. Zwischenergebnis zur Darlehensproblematik

Es hat sich gezeigt, dass die römischen Juristen verschiedene Methoden entwickelt haben, um die bloße Darlehenssumme mit der *praepositio* zu verbinden. Die prokulianische Schule verlangte nach Ofiliius eine besondere Zweckvereinbarung der Parteien, die als klar definiertes Kriterium eine formelle Zuordnung traf. Die sabinianische Schule behielt die Zweckvereinbarung als einen institutionellen Ausgangspunkt bei, den sie aber nach Julian durch den Maßstab der *bona fides* um weitere Treuepflichten ergänzte. Die beiden Lösungen sind zwar nicht als direkter Schulenstreit überliefert und in der Literatur auch noch nicht als solcher diskutiert worden,[117] aber die Überlieferung an unterschiedlichen Stellen bei Ulpian und Afrikan lässt sich dennoch aus der Perspektive der Rechtsschulen und der unterschiedlichen Literaturgattungen erklären. Gleichzeitig zeigt die Tatsache, dass sie von den justinianischen Kompilatoren gemeinsam in die Digesten aufgenommen worden sind, dass sie gut miteinander vereinbar sind.

IX. Das Problem des gewaltunterworfenen *exercitor*

Zum Schluss soll noch ein spezielles Problem betrachtet werden, das die Funktion der *praepositio* als Bindeglied der Haftung bestätigt:

D. 14,1,1,19 Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum

Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur.	Wenn der Reeder in der Hausgewalt eines anderen steht und mit dessen Willen ein Schiff als Reeder betreibt, wird wegen der Geschäfte, die mit seinem Kapitän vorgenommen wurden, eine Klage gegen den Gewalthaber des Reeders erteilt.[118]

[113] *Kaser/Knütel/Lohsse* (Fn. 41), S. 10–12; eingehend zum justinianischen Kodifikationsprojekt und den geistesgeschichtlichen Hintergründen *Möller*, In unam reducere consonantiam – Justinians Verhältnis zur Überlieferung des römischen Rechts, JZ 2019, 1057.

[114] *Bluhme*, Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 4 (1820), 257; die Theorie gilt auch heute noch als „in ihren Grundzügen gesichert", *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte, 11. Aufl. 2014, S. 277.

[115] Zur Bedeutung des Ediktskommentars siehe *Behrends* (Fn. 67 ‚Assmann/Gladigow'), S. 441–445 = S. 243–248.

[116] Zuvor hatte sein Lehrer Servius Sulpicius Rufus ein kleineres Werk zum Edikt verfasst, das zwei Bücher umfasste, Pomponius D. 1,2,2,44.

[117] In der bekannten Auflistung der Schulenstreitigkeiten von *Liebs* findet sich die Darlehensproblematik etwa nicht, *Liebs*, Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat, in: Temporini, ANRW II 15, 1976, S. 197 (243–275).

[118] Text und Übersetzung nach *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler* (Fn. 22), S. 201, hier wurde *voluntas* allerdings nicht mit „Zustimmung", sondern mit „Willen" übersetzt.

Hier liegt nicht mehr die klassische Dreierkonstellation der *actio exercitoria* zugrunde. Der *exercitor* ist nun selbst gewaltunterworfen, sodass nach dem Grundsatz der *praepositio* aus D. 14,1,1,7 nur er nach der *actio exercitoria* haften würde. Der Prätor gewährte dennoch eine Klage in die nächsthöhere Organisationsstufe der *familia* gegen den Gewaltherren des *exercitor*. Zu diesem Zweck schuf er einen Zusatz zur ursprünglichen Ediktsklausel, der in dem abgedruckten Fragment enthalten ist.[119] Voraussetzung für die zusätzliche Haftungserweiterung *in solidum* ist, dass der Gewaltunterworfene die Reederei mit dem Willen („*eius […] voluntate navem exercuerit*") des Gewaltherrn betreibt. Weil von diesem selbst keine *praepositio* vorhanden ist, wird die *voluntas* als neues, haftungsverlängerndes Element eingeführt. Denn durch seine *voluntas* macht der Gewaltherr sich die *praepositio* des ihm gewaltunterworfenen *exercitor* zu eigen – diese definiert jedoch weiterhin die Grenzen der Haftung.[120]

Diese Durchgriffshaftung ist eine Besonderheit der *actio exercitoria*.[121] Als Grund für diese Sonderbehandlung wird in D. 14,1,1,20 die Bedeutung des Seehandels für das Gemeinwesen genannt („*quia ad summam rem publicam navium exercitio pertinet*"). Wie zu Beginn das Beispiel des Schiffswracks von Mahdia gezeigt hat, war der antike Seehandel mit großen wirtschaftlichen Risiken verbunden. Die Geschäftspartner der Schiffskapitäne hatten daher ein hohes Interesse daran, einen möglichst solventen Schuldner zu erhalten. Dem entsprach der Prätor, indem er den *pater familias* des *exercitor* ebenso *in solidum* verpflichtete, soweit die Schiffsführung mit seiner *voluntas* geschah. Auch wenn der in der *laudatio edicti* enthaltene Maßstab der *aequitas* nicht in diesem Kontext genannt wird, kann er zur Konkretisierung der Motivation des Prätors herangezogen werden. Ein Gewalthaber, der mit seiner *voluntas* einen gewaltunterworfenen *exercitor* eine Reederei betreiben lässt, genießt alle wirtschaftlichen Vorteile dieser Aktivitäten. Daher erscheint es folgerichtig, ihn als den wirklichen *exercitor* anzusehen. So konnte auch verhindert werden, dass er sich hinter einem „Strohmann" verstecken konnte.[122] Diese Erwägungen würden aber in gleichem Maße für die *actio institoria* gelten, die eine solche Haftungserweiterung nicht kennt.[123] Ausschlaggebend für die Sonderbehandlung des Seehandels bleibt also nach dem Wortlaut von D. 14,1,1,20 dessen hohe öffentliche Bedeutung. Aber diese in erster Linie „wirtschaftspolitische" Entscheidung wird maßgeblich von der *aequitas* bestimmt gewesen sein. Dies wird dadurch belegt, dass die *voluntas* des *exercitor*, also die effektive Führung der Reederei durch diesen, unbedingt notwendig war. Ansonsten blieb die Haftung des *pater familias* bei bloßer Kenntnis von der Reedereitätigkeit des Gewaltunterworfenen nach der *actio tributoria* oder bei Unkenntnis derselben nach der *actio de peculio* beschränkt.[124]

X. Conclusio

Die *actio exercitoria* entstand während des Aufstiegs Roms zur imperialen Großmacht im 2. Jh. v. Chr., als sich ein nennenswerter Seehandel mit reichsweit agierenden Seehandelsunternehmen entwickelte. Mit diesen konnte ein *exercitor* mehrere Schiffe kontrollieren, deren kommerzielle Führung er einem *magister navis* anvertraute. Dieser war in die Wirtschaftseinheit der *familia* des *exercitor* eingegliedert und galt seinen Geschäftspartnern folglich als dessen Repräsentant. Der Prätor reagierte auf diese Rechtswirklichkeit und schuf die *actio exercitoria*. Sie stellte insofern eine fortgeschrittene Stufe des Gedankens der adjektizischen Haftung dar, als sie den *exercitor in solidum* verpflichtete und auch *magistri sui iuris* erfasste. Dabei ließ der Prätor sich von der *aequitas naturalis* leiten, die im Seehandel einen besonderen Verkehrsschutz forderte. Weil der *exercitor* die wirtschaftlichen Vorteile aus der Tätigkeit des *magister* genoss, sollte er auch die Risiken tragen, die sich aus den zunehmend komplexen und anonymen Handelsbeziehungen ergaben.

Im Bestellungsakt der *praepositio* erkannte der Prätor eine generelle Ermächtigung des *exercitor*. Sie nahm als Bindeglied zwischen dem vom *magister* abgeschlossenen Geschäft und dem *exercitor* eine zentrale Stellung in der Klagformel ein und bildete Grundlage und Grenze der Haftung. In ihr manifestierte sich in einer für Dritte erkennbaren Weise die *voluntas* des *exercitor* im definierten Umfang zu haften. Ihre Grenzen wurden in erster Linie vom *exercitor* definiert, aber im Detail in Verbindung mit der Aktivität des *magister* unter Berücksichtigung der *aequitas* konkretisiert. Dass die Drittperspektive entscheidend war, ist am Problem des Unter-*magister* deutlich geworden. Dem Dritten konnte lediglich zugemutet werden, die inhaltlichen Grenzen der *praepositio* zu kontrollieren, nicht aber, ob der *magister* ordnungsgemäß bestellt wurde. Bei Betrachtung der Darlehensproblematik hat sich ergeben, dass die röm-

[119] In Rekonstruktion von *Lenel* (Fn. 65), S. 258: *Si is, qui navem exercuerit, in aliena potestate erit eiusque voluntate navem exercuerit, quod cum magistro eius gestum erit, in eum, in cuius potestate is erit qui navem exercuerit, iudicium datur*. Vgl. auch *Pugliese* (Fn. 38), S. 303–304 = S. 519–520.

[120] *Costa* (Fn. 3), S. 58–61; *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (98–100).

[121] Insbesondere weil von dem ursprünglichen *praepositio*-Grundsatz abgewichen wird, wurde das Fragment von *De Martino* für interpoliert gehalten, *De Martino*, Riv. dir. navigaz. 7 (1941), 7 (20–31) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 509–519; dagegen *Pugliese* (Fn. 38), S. 303–316 = S. 519–532, der betont, dass das Kriterium der *voluntas* an anderen Stellen zu oft wiederholt werde, um interpoliert zu sein.

[122] *Pugliese* (Fn. 38), S. 324–325 = S. 540–541.

[123] Laut *De Martino* reicht auch die Begründung der Staatsinteressen nicht aus, um eine Abweichung vom *praepositio*-Grundsatz und damit eine Sonderbehandlung gegenüber den größten Landunternehmen zu rechtfertigen, *De Martino*, Labeo 4 (1958), 274 (289–290) = Diritto economia e società nel mondo romano I, S. 644–645.

[124] Ulpian D. 14,1,1,20, Paulus D. 14,1,6 pr.; für eine ausführliche Darstellung des sich daraus ergebenden besonderen Haftungsregimes für den Seehandel siehe *Chiusi*, SZ Roman. Abt. 124 (2007), 94 (96–104, 111–112).

ischen Juristen verschiedene Strategien erfanden, um die bloße Darlehenssumme mit der *praepositio* zu verbinden. Die Prokulianer forderten nach Ofilius eine Zweckvereinbarung, die als Institut eine formale Verbindung herstellte. Die Sabinianer, repräsentiert durch Julian, legten darüber hinaus dem Dritten in Interpretation im Lichte der *bona fides* eine besondere Pflicht zur Überprüfung des Darlehenszwecks auf. Schließlich belegt das Problem des gewaltunterworfenen *exercitor* die Bindegliedfunktion der *praepositio*. Dem Dritten wurde eine Durchgriffshaftung gegen den *pater familias* des *exercitor* gewährt, wenn dieser durch seine *voluntas* die wirtschaftliche Führung der Reederei an sich zog und sich so die *praepositio* des ihm gewaltunterworfenen *exercitor* zu eigen machte.

Elisabeth Maria Eckhold *

Grundbuch auf der Blockchain

Das Thema Blockchain verbinden viele vor allem mit Kryptowährungen wie Bitcoin oder Ethereum. Dabei prägen nicht nur Hypes, sondern auch Skandale das Bild der jungen Technologie. Trotzdem hält sie zunehmend Einzug in diverse Lebensbereiche – vom Finanzsektor über das Gesundheitssystem bis hin zur Kunst. Aber kann die Blockchain auch Grundbuch? Im Folgenden soll untersucht werden, wie gut die Blockchain und das Grundbuch miteinander vereinbar sind und inwiefern eine kategorische Ablehnung des Blockchain-Grundbuchs auf der einen und die Prognose der Ablösung der Grundbuchämter und des Notariats durch die Blockchain auf der anderen Seite gerechtfertigt sind. Nach einer kurzen Einführung in die Blockchain-Technologie werden ihre Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Sachen- und Grundbuchrechts sowie die Chancen und Probleme einer praktischen Umsetzung beleuchtet.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 133
B. Einführung in die Blockchain-Technologie 134
C. Vereinbarkeit der Blockchain-Technologie mit den zentralen Grundsätzen des Sachen- und Grundbuchrechts 135
I. Sachenrechtlicher *numerus clausus* und Typenzwang 135
1. Repräsentation von Rechten an Grundstücken durch Tokens 136
2. Erweiterungen des Typenkatalogs 136
II. Eintragungsgrundsatz und Konzeption des Grundbuchs als *title register*, § 873 Abs. 1 BGB 136
1. Elemente des *deeds systems* in der Blockchain 137
2. Elemente des *title registers* in der Blockchain 137
3. Fazit 137
III. Eintragungsvoraussetzungen, insb. formelles Konsensprinzip des § 19 GBO 137
IV. Publizitätsgrundsatz, §§ 891, 892 BGB, § 12 Abs. 1 S. 1 GBO 138
1. Öffentlicher Glaube und Blockchain 138
2. Ausgestaltung der Einsichtnahme 140
V. Prioritätsgrundsatz, § 879 BGB, §§ 17, 45 GBO 141
1. Erfassung der Eingangsreihenfolge mithilfe eines qualifizierten elektronischen Zeitstempels 142
2. *Mining* in einer Grundbuch-Blockchain 142
VI. Zusammenfassung 143
D. Chancen und Probleme im Rahmen der praktischen Umsetzung 143
I. Ersetzen und Entlasten der Intermediäre durch *Smart Contracts* 143
1. Einreichung der beurkundeten Willenserklärungen 143
2. Automatisierung trivialer Eintragungsvoraussetzungen 144
II. Energieverbrauch und Transformationskosten .. 144
III. Sicherheitsrisiken 145
IV. Zusammenfassung 146
E. Fazit und Schlussbemerkungen 146

A. Einleitung

Die Blockchain wird von den einen als „Kette, die Ketten sprengt“ bejubelt,[1] während andere in ihr nur ein Instrument für Spekulationen und Lösegeldzahlungen sehen.[2] Die Blockchain ist in aller Munde und sogar zu einem Gesprächsthema der Regierung geworden. Denn die seit 2021 regierende Ampel-Koalition will prüfen, ob die neue Technologie auch für das Grundbuch nutzbar gemacht werden kann. In ihrem Koalitionsvertrag kündigt sie an, eine Machbarkeitsstudie in Auftrag geben zu wollen, um zu untersuchen, ob ein Grundbuch auf der Blockchain möglich und vorteilhaft ist.[3] Noch 2019 hatte sich die damalige Bundesregierung eher gegen ein Blockchain-Grundbuch ausge-

* Die Autorin studiert im achten Semester Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine Studienabschlussarbeit, die bei Dr. *Peter McColgan* im Rahmen des Schwerpunktbereichs Recht und digitale Transformation erarbeitet wurde.

[1] *Zepf*, Blockchain, Technologien, Innovationen und Anwendungen – oder: eine Kette, die Ketten sprengt, 2016.

[2] *Göpfert*, Wehe, wenn die Bitcoin-Blase platzt, tagesschau.de v. 8.7.2021, https://web.archive.org/web/20211216043552/https://www.tagesschau.de/wirtschaft/finanzen/bitcoin-ether-krypto-waehrung-blase-crash-101.html, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.

[3] Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP 2021, https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/0

sprochen.[4] Das deutsche Grundbuchverfahren sei zu komplex, um es angemessen auf einer Blockchain abbilden zu können, so manche.[5] Aber kann das Blockchain-Grundbuch mit seiner Dezentralität wirklich nur in Entwicklungsländern wie Ghana und Honduras Abhilfe schaffen, die von unklaren Eigentumsverhältnissen und einer korrupten, ineffizienten Verwaltung geprägt sind?[6] Oder können wir dem schwedischen Beispiel[7] folgen und auch in Deutschland das Grundbuch zukünftig auf der Blockchain führen?

Die Rechtswissenschaft ist sich uneins. Manche lehnen ein Blockchain-Grundbuch mit der Begründung ab, dass sich hochsensible staatliche Register nicht als Spielwiese für die Erprobung neuer Technologien eignen würden;[8] für Sozialexperimente stünden Register nicht zur Verfügung.[9] Andere halten dem entgegen, die Technologie sei dem jetzigen Grundbuch überlegen[10] und könne sogar Notariate und behördliche Register vollständig ersetzen.[11] Kann und sollte also ein Grundbuch auf Basis der Blockchain-Technologie umgesetzt werden? Welche Wertungen aus dem Grundbuch- und Sachenrecht müssten berücksichtigt werden? Gibt es Konfliktpunkte zwischen technischer Gestaltung und rechtlichen Vorgaben?

Zur Beantwortung dieser Fragen erfolgt zunächst eine kurze Einführung in die Blockchain-Technologie am Beispiel der Bitcoin-Blockchain (B.). Daraufhin wird die Vereinbarkeit der zentralen Grundsätze des Sachen- und Grundbuchrechts mit der Blockchain-Technologie untersucht (C.). Schließlich werden Chancen und Probleme im Rahmen der praktischen Umsetzung mit einem Schwerpunkt auf der Einsetzbarkeit von Smart Contracts im Grundbuchverfahren beleuchtet (D.).

B. Einführung in die Blockchain-Technologie

Die Blockchain lässt sich ganz grundsätzlich als dezentrales Register für Transaktionen verstehen.[12] Sie zeichnet auf, wann von wem welche Werte an wen übertragen wurden, wobei die Transaktion erst mit ihrer Aufnahme in die Blockchain vollendet wird. Dafür werden sämtliche Transaktionen innerhalb eines Netzwerks nach bestimmten Regeln in Blöcken gesammelt, die miteinander zu einer Kette verknüpft werden.[13] Diese Regeln sind in eine Open-Source-Software integriert, die alle Mitglieder des Netzwerks (*Nodes*) auf ihrem Rechner haben und über deren Änderung demokratisch entschieden wird, indem die Mehrheit der *Nodes* das vorgeschlagene Update installiert.[14]

Die erste Frage, die sich dabei stellt, ist: Woher wissen wir, dass eine Transaktion wirklich von der Person veranlasst wurde, die als Übertragende ausgewiesen wird? Diesem Problem begegnet die Blockchain mit einer *digitalen Signatur* jeder Transaktion durch Verschlüsselung mit einem *private key*.[15] Dieser *private key* ist Teil eines Schlüsselpaares, bestehend aus zwei verschiedenen, aber mathematisch miteinander verbundenen Schlüsseln (*private* und *public key*) – Grundlage der asymmetrischen Verschlüsselung (*ECDSA*).[16] Eine Nachricht, die mit einem dieser Schlüssel verschlüsselt wurde, kann nur mit dem anderen wieder entschlüsselt werden.[17] Dabei ist es wichtig zu wissen, dass es aufgrund des mathematischen Problems der *Primfaktorzerlegung* nahezu unmöglich ist, von dem öffentlichen Schlüssel oder von dem Chiffrat auf den privaten Schlüssel zu schließen (*Einwegfunktion*, *Urbildresistenz*).[18] Wenn eine Transaktion zusammen mit einer einzigartigen Transaktions-ID mit dem *private key* verschlüsselt wird, erzeugt das also ein Chiffrat, das eindeutig von der übertragenden Person kommt, denn nur diese hat den *private key*. Durch die Entschlüsselung des Chiffrats mit dem öffentlichen Schlüssel, der hier als eine Art Signaturprüfschlüssel dient, kann das auch von allen *Nodes* überprüft werden.[19] Die einzigartige ID sichert außerdem, dass das Chiffrat keine bloße Kopie einer alten Transaktion ist und ein Vermögenswert tatsächlich nur einmal übertragen wird (*Double-Spending Problem*).[20]

So signierte Transaktionen werden dann von den *Nodes* gesammelt und von *Minern* (Personen, die als *Full Nodes* die komplette Blockchain auf ihrem Computer gespeichert haben) in Blöcken zusammengefasst.[21] An dieser Stelle kommt erneut die asymmetrische Verschlüsselung zum Einsatz. Denn ein Block besteht u.a. aus einer Liste an Transaktionen aus dem Transaktionspool und einem *Hash*,

4221173eef9a6720059cc353d759a2b/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1, S. 92, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.

[4] *BMWi*, Blockchain-Strategie der Bundesregierung, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/blockchain-strategie.pdf?blob=publicationFile&v=22, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 19.

[5] *Püls/Gerlach*, NotBZ 2019, 81 (87 f.).

[6] *Bates*, Bitland Global, Whitepaper, https://assets.ctfassets.net/sdlntm3tthp6/resource-asset-r405/f54471d0b493ca9bc3c1f04afcfc29d9/04ec478c-5be6-416f-8987-6d87dd1db014.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023; *Peiró/García*, European Property Law Journal (EPLJ) 2017, 296 (318); *Thomas*, EPLJ 2017, 361 (380 f.).

[7] https://chromaway.com/solutions, zuletzt abgerufen am 20.9.2023; *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (447 f.).

[8] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (323).

[9] *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (787).

[10] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (344).

[11] *Bues*, LTO v. 29.10.2015, https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/blockchain-trend-legal-tech-innovation/, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 2.

[12] *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251.

[13] *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251.

[14] *Narayanan u. a.*, Bitcoin and Cryptocurrency Technologies, 2016, S. 67.

[15] *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 17.

[16] *Kuner/Hladjk*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel MultimediaR, 57. Ergänzungslieferung 2021, Teil 17 Rn. 4; *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 17.

[17] *Kaulartz*, Computer und Recht (CR) 2016, 474 (475); *Kuner/Hladjk* (Fn. 16), Teil 17 Rn. 6.

[18] *Brisch/Brisch* (Fn. 16), Teil 13.3 Rn. 24.

[19] *Brisch/Brisch* (Fn. 16), Teil 13.3 Rn. 26; *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 70.

[20] *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 22 f.

[21] *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, https://bitcoin.org/bitcoin.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 3; *Sorge/Krohn-Grimberghe*, DuD 36 (2012), 479 (480).

der mit einer sog. *Hash-Funktion* (*SHA-256*) generiert wird.[22] Die *Hash-Funktion* erzeugt aus einer Zeichenkette beliebiger Länge eine Zeichenkette mit immer gleicher, festgelegter Länge (256-bit), wobei es leicht ist, einen *Hash* zu erzeugen, aber aufgrund des Charakters der *Hash-Funktion* als Einwegfunktion sehr aufwendig, von dem *Hash* auf den Input zu schließen.[23] Diese Eigenschaften macht sich die Bitcoin-Blockchain zunutze und hat die Regel aufgestellt, dass ein Block erst akzeptiert wird, wenn sein *Hash* mit einer bestimmten Anzahl an Nullen beginnt.[24] Es muss also eine Zeichenkette (*Nonce*) gefunden werden, die in Kombination mit den in dem Block enthaltenen Transaktionen einen *Hash* erzeugt, der mit dieser Anzahl an Nullen beginnt. Dafür gibt es keinen effizienteren Weg, als verschiedene *Nonces* zu probieren (*Brute-Force Search*).[25] *Miner* wenden demnach viel Arbeit bzw. Rechenkraft für die Verschlüsselung eines Blocks auf, indem sie sehr viele verschiedene *Nonces* ausprobieren, bevor sie eine taugliche Zeichenkette finden. Diese Arbeit kann andersherum leicht von den *Lightweight Nodes*, die nur die zur Validierung des Blocks benötigten Blockheader gespeichert haben, und den anderen *Full Nodes* überprüft werden (oft mithilfe der zur Validierung und Übermittlung meistgenutzten Open-Source-Software „*Bitcoin Core*").[26] *Miner* erhalten als Anreiz und Kompensation für ihre Hardwarekosten Transaktionsgebühren und einen festen Betrag an neu geschaffenen Bitcoins pro Block, der im Laufe der Zeit immer geringer wird, bis er voraussichtlich im Jahr 2140 vollständig durch die Transaktionsgebühren ersetzt wird.[27]

Der Fakt, dass das *Hashen* eines Blocks sehr aufwendig ist, wird wiederum zur Erstellung einer vertrauenswürdigen Kette genutzt. Dafür wird in jeden neuen Block zunächst der *Hash* seines Vorgängers integriert.[28] Wollte man nun die Reihenfolge verändern, müsste für jeden Block ein neuer *Hash* erzeugt werden, weil der alte, zu integrierende *Hash* signifikant anders aussehen würde. Denn der *SHA-256* Algorithmus zeichnet sich durch eine hohe Abweichungsempfindlichkeit aus.[29] Bereits leichte Veränderungen im Klartext führen zu teilweise komplett verschiedenen Chiffraten. Würde jemand versuchen, die Bitcoin-Blockchain zu seinen*ihren Gunsten zu manipulieren, müsste diese Person also viel Arbeit für den manipulierten Block und jeden darauffolgenden Block aufbringen und zusätzlich mindestens 51 % der Rechenleistung des gesamten Netzwerks haben, um stets als erstes eine geeignete Nonce zu finden und die anderen *Miner* quasi zu „überholen" („*51-Prozent-Attacke*").[30] Weil das auf kurz oder lang beinahe unmöglich ist, vertrauen die Mitglieder des Netzwerks immer der längsten Kette; der Kette, in der am meisten Arbeit steckt (*Proof of Work*).[31]

Diese Kette wird dann auf den Computern aller *Nodes* gespeichert. Durch die redundante Speicherung auf miteinander über das Internet verbundenen Rechnern bedarf es keiner zentralen, verwaltenden Instanz mehr (*peer-to-peer-Netzwerk*).[32] Auch die Aufnahme neuer Mitglieder in die Bitcoin-Blockchain wird nicht von einer zentralen Instanz organisiert, die klassische Nutzerkonten erstellt und verwaltet. In der Blockchain dient der öffentliche Schlüssel als Kontonummer, als Adresse, und der private Schlüssel ist ein Äquivalent zum Passwort.[33]

Blockchains können dabei ganz unterschiedlich ausgestaltet sein und in einzelnen Punkten auch von dem eben Erklärten abweichen. Es gibt verschiedene Alternativen zum *Proof of Work* (z.B. *Proof of Stake*, den sich u.a. die Ethereum-Blockchain zunutze macht, oder *Proof of Authority*)[34] und unterschiedliche Netzwerkstrukturen und -konfigurationen (*private*/*public*, *permissioned*/*permissionless*).[35] Auf diese sowie auf weitere erforderliche Details wird im Laufe der folgenden Erläuterungen an gegebener Stelle eingegangen.

C. Vereinbarkeit der Blockchain-Technologie mit den zentralen Grundsätzen des Sachen- und Grundbuchrechts

Nachdem die Grundsätze der Funktionsweise der Blockchain-Technologie erläutert wurden, kann der Blick auf die Vereinbarkeit dieser Technologie mit den zentralen Grundsätzen des Sachen- und Grundbuchrechts gerichtet werden. Dazu erfolgt zunächst stets eine kurze Darstellung des jeweiligen Grundsatzes, um anschließend eine Bewertung der Vereinbarkeit vornehmen zu können.

I. Sachenrechtlicher *numerus clausus* und Typenzwang

Im Sachenrecht sind, anders als im Schuldrecht, die einzelnen dinglichen Rechte auf die im Gesetz festgelegten Typen beschränkt. Es ist nicht möglich, vertraglich neue ding-

[22] *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 9 f., 110 f.
[23] *Lewis*, The Basics of Bitcoins and Blockchains, 2021, S. 137; *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 2.
[24] *Nakamoto* (Fn. 21), S. 3.
[25] *Baldominos/Saez*, Entropy 21 (2019), 723 (724).
[26] *Lewis* (Fn. 23), S. 153; *Nakamoto* (Fn. 21), S. 5; *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 70 f.
[27] *Lewis* (Fn. 23), S. 173 f.
[28] *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431 (1432).
[29] *Kaulartz*, CR 2016, 474 (475); *Sorge/Krohn-Grimberghe*, DuD 36 (2012), 479.
[30] *Möllenkamp*/*Shmatenko* (Fn. 16), Teil 13.6 Rn. 6; *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431 (1432).
[31] *Nakamoto* (Fn. 21), S. 3, 6 ff.; *Sorge/Krohn-Grimberghe*, DuD 36 (2012), 479 (480).
[32] *Kaulartz*, CR 2016, 474 (475).
[33] *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251 (1251 f.); *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 18–20.
[34] *Schlatt*/*Schweizer*/*Urbach*/*Fridgen,* Blockchain: Grundlagen, Anwendungen und Potenziale, Whitepaper, https://www.fit.fraunhofer.de/content/dam/fit/de/documents/Blockchain_WhitePaper_Grundlagen-Anwendungen-Potentiale.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 12.
[35] *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251 (1252); *Walport*, Distributed Ledger Technology, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 35.

liche Rechte zu schaffen (*numerus clausus*) oder die gesetzlichen Regeln zur Begründung und Ausgestaltung eines dinglichen Rechts abzubedingen oder zu verändern (Typenfixierung/Typenzwang).[36] Dies ist zwar im BGB nicht ausdrücklich normiert, lässt sich jedoch u.a. aus den §§ 1018, 1030, 1068, 1085 BGB herleiten. Durch das Verb „kann" ergibt sich *e contrario*, dass eben nur diese Rechte übertragen oder begründet werden können; alles andere ist gesetzlich nicht erlaubt.[37]

Der *numerus clausus* macht das Grundstücksrecht zu einem stark formalisierten Rechtsgebiet, weshalb es sich grundsätzlich besonders für eine Automatisierung eignet.[38] Auf einer Blockchain können nur klar definierte Rechte an zuvor festgelegten Werten bestehen. Im Rahmen von Kryptowährungen sind diese Werte die sich auf der Blockchain befindenden *Coins* der jeweiligen Währung, deren „Besitz"[39] von einer Person auf eine andere übertragen wird. Das verhält sich im Immobiliarsachenrecht ähnlich. Die Erdoberfläche ist eine nicht zu vermehrende, im Grundbuch abgebildete Ressource, an der durch den *numerus clausus* abschließend definierte Rechte, vgl. §§ 1018, 1030, 1068, 1085 BGB, bestehen und übertragen werden können. Technologisch müsste folglich vor allem sichergestellt werden, dass genau dieses Konglomerat an Rechten auf einer Grundbuch-Blockchain abgebildet werden kann.[40]

1. Repräsentation von Rechten an Grundstücken durch Tokens

Das Grundbuch sieht mit seinen drei Abteilungen sehr differenzierte Eintragungen vor (§§ 9–11 GBV). Neben den Übereignungskonstellationen gibt es auch Belastungskonstellationen, bei denen lediglich ein „Eigentumssplitter" übertragen wird.[41] Die aktuellen Ausgestaltungen der Blockchain konzentrieren sich hauptsächlich auf die Transaktion der *Coins* von Kryptowährungen. Es können ganze *Coins*, aber auch Teile von *Coins* übertragen werden.[42] Damit ist es zwar möglich, das Eigentum an einem realen Vermögenswert über einen sog. *Title Token* abzubilden[43], eine Abstufung der in einem *Token* verkörperten Befugnisse ist aber nicht vorgesehen. Die Möglichkeit, *Coins* oder *Tokens* in kleinere Untereinheiten zu zerteilen, hilft hier nicht weiter, weil das Eigentum bzw. der *Token*, auf dem das Eigentum abgebildet ist, vollständig bei dem*der Eigentümer*in verbleiben muss und nicht zerstückelt und aufgeteilt werden soll. Denn es handelt sich bei einer Belastung nicht um eine Aufteilung des Eigentums, sondern um dessen Beschränkung in Bezug auf die Nutzungs- oder die Verwertungsrechte.[44] Deshalb wird zum Teil ein Doppel-Token-Modell vorgeschlagen, bei dem es einen Vollrechts- und aus diesem abgeleitete Eigentumssplittertokens gäbe.[45] Unter Zuhilfenahme des *Change Mode* (CHMOD) Systems, mit dem aktuell Zugriffsrechte (Lesen, Schreiben und Ausführen) auf Dateien durch Dateieigentümer*innen verändert werden können, könnte zwischen Veräußerungs-, Nutzungs- und Besitzrechten differenziert werden.[46] Diese stünden dann initial dem*der Eigentümer*in zu, könnten aber unabhängig von dem Eigentum verwaltet und übertragen werden. So könnte sichergestellt werden, dass verschiedene Rechte an Grundstücken wirksam übertragen werden können, das Eigentum aber bei den Übertragenden verbleibt.

2. Erweiterungen des Typenkatalogs

Wilsch weist außerdem zu Recht darauf hin, dass es praktische Konfliktpunkte und Erweiterungen des Typenkatalogs geben kann. Denkbar sind Neuanlegungen von Grundbuchblättern, in Form einer Teilung nach § 3 WEG oder im Wege der Flurbereinigung bzw. der städtebaulichen Umlegung, oder die Ausbuchung eines Grundstücks auf Antrag des*der Eigentümer*in unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 GBO.[47] Aber auch die Neugestaltung des Erbbaurechts, die Einführung des Wohnungseigentums sowie das Dauerwohn- und -nutzungsrecht flexibilisieren den Typenkatalog.[48] Bereits an dieser Stelle wird also klar, dass es einer Entität bedarf, die erweiterte Bearbeitungsrechte hat und unabhängig von der Zustimmung der Mehrheit der Mitglieder des Netzwerks solche Veränderungen des Grundbuchs in einer potenziellen Grundbuch-Blockchain umsetzen kann.

II. Eintragungsgrundsatz und Konzeption des Grundbuchs als *title register*, § 873 Abs. 1 BGB

Ein weiterer zentraler Grundsatz des Sachen- und Grundbuchrechts ist der Eintragungsgrundsatz des § 873 Abs. 1 BGB. Danach bedarf es zur Übertragung des Grundstückseigentums, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Recht sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts neben der Einigung stets auch einer Eintragung in

[36] *Gaier*, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 8. Auflage 2020, Einl. SachenR Rn. 11; *Heinze*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2019, Einleitung BGB Rn. 94.
[37] *Berger*, in: Jauernig, 18. Auflage 2021, Vor § 854 Rn. 3.
[38] Vgl. *Biederer*, Die rechtlichen Voraussetzungen elektronischer Grundstückstransaktionen in rechtsvergleichender Sicht, 2006, https://www.pfandbrief.de/site/dam/jcr:50df7fda-bc84-4667-80e3-afcc9d20eabe/Schriftenreihe%20-%20Band%2022.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 106; *Simmchen*, Grundbuch ex machina – Eine kritische Untersuchung zum Einsatz der Blockchain im Grundbuchwesen, 1. Auflage 2020, S. 89.
[39] Vgl. *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 2012, S. 239; *Shmatenko/Möllenkamp*, MMR 2018, 495 (498), die den „Besitz" eines Bitcoins als sonst. Recht i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB geschützt sehen.
[40] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (342).
[41] *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Auflage 2009, § 3 Rn. 23; *Berger* (Fn. 37), Vor § 854 BGB Rn. 6; *Stadler*, AcP 189 (1989), 425 (428).
[42] *Lewis* (Fn. 23), S. 317.
[43] *Konashevych*, EPLJ 2020, 21 (27); *Lewis* (Fn. 23), S. 304, 310.
[44] *Baur/Stürner* (Fn. 41), § 3 Rn. 23; *Berger* (Fn. 37), Vor § 854 BGB Rn. 6.
[45] *Simmchen* (Fn. 38), S. 108.
[46] *Konashevych*, EPLJ 2020, 21 (43–47).
[47] *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (769).
[48] *Heinze* (Fn. 36), Einleitung BGB Rn. 119.

das Grundbuch. So wird sichergestellt, dass das Grundbuch durch wirksame Rechtsgeschäfte in Bezug auf dingliche Rechte niemals unrichtig werden kann; was nicht im Grundbuch steht, gilt nicht.[49] Damit ist die Eintragung nicht bloß eine Art Beurkundung der Einigung (*deeds system*), sondern steht als Wirksamkeitsvoraussetzung für das dingliche Rechtsgeschäft gleichwertig neben der Einigung und repräsentiert das dingliche Recht (*title register*).[50] Anders als im *deeds system* ist deshalb auch zum Nachweis der Berechtigung bloß ein Blick in das Grundbuch nötig (§§ 891, 892 BGB, § 39 Abs. 1 GBO) und nicht die Vorlage einer ununterbrochenen Kette von Urkunden und Dokumenten aller vorhergehenden Eigentümer*innen, wie es vor allem im angelsächsischen Rechtsraum üblich war und zum Teil immer noch ist.[51]

1. Elemente des *deeds systems* in der Blockchain

In der Darstellung dinglicher Rechte an Grundstücken auf der Blockchain sehen manche eine Rückkehr zum veralteten *deeds system*.[52] Mit der Blockchain-Technologie lasse sich die bloße Aneinanderreihung von Urkunden und Transaktionen, nicht aber ein Abbild der dinglichen Rechte kreieren.[53] Auf den ersten Blick wirkt die Blockchain dabei tatsächlich wie ein bloßes Transaktionsregister und kann auch als solches eingesetzt werden.[54] Genau wie in einem *deeds system* ergibt sich die Berechtigung aus vorhergehenden Transaktionen und deren Nachverfolgbarkeit bis zur Entstehung des jeweiligen *Coins*.[55]

2. Elemente des *title registers* in der Blockchain

Es zeigt sich aber durch einen Vergleich mit Kryptowährungen, dass das Wesen der Blockchain dem des deutschen Grundbuchs sehr ähnlich ist. Die Bitcoin-Blockchain zeichnet nicht bloß Transaktionsanmeldungen auf, sondern Zustände; sie verleiht einer Transaktion erst ihre Wirksamkeit.[56] Wird eine Transaktion nicht in die Blockchain aufgenommen, ist sie nicht erfolgt. Es gibt keine *off chain transactions*.[57] Das zeigt sich besonders eindringlich an sog. *orphan blocks*. Sie entstehen, wenn zwei *Miner* unterschiedliche Transaktionen in Blöcken zusammenfassen und diese zufällig gleichzeitig an die *Nodes* übermitteln.[58] Weil das Netzwerk nur mit einer Blockchain arbeiten kann, entscheiden die Zeit und die Mehrheit der Mitglieder, welche Netzwerkgabelung die gültige ist. Die Kette, mit der der Großteil des Netzwerks weiterarbeitet, an die also mehr Blöcke angehängt werden, ist die valide Kette, denn sie ist die längste.[59] Die Blöcke der anderen Blockchain enden als *orphan blocks*; die in ihr enthaltenen Transaktionen gelten als nicht validiert und fallen zurück in den Transaktionspool.[60] Für die Parteien einer Transaktion gilt eine Wartezeit von einer Stunde, in der ca. 6 Blöcke angefügt werden, als Richtwert für die zuverlässige Aufnahme in die Blockchain.[61] Erst dann können sie sich sicher sein, dass ihre Transaktion wirklich erfolgt ist.

3. Fazit

Die Blockchain hat demnach eher den Charakter eines *title registers* als den eines *deeds systems.* Denn wie das deutsche Grundbuch hat auch die Blockchain den Anspruch, keine rechtsbezeugende, sondern eine rechtsbegründende Eintragung zu enthalten.[62] Ein Vergleich zum Mobiliarsachenrecht zeigt, dass es sogar gerade die Konzeption des Grundbuchs als *title register* ist, die eine sinnvolle Implementierung auf der Blockchain ermöglicht. Denn die Transaktionen von Mobilien auf einer Blockchain abzubilden, gestaltet sich im Vergleich dazu sehr schwierig, weil hier diverse Szenarien denkbar sind, in denen die digitale und die physische Realität kollidieren.[63] Im deutschen Grundbuch soll die reale Rechtslage aber nicht von der dokumentierten abweichen.[64] Sowohl für das Grundbuch als auch für die Blockchain lässt sich i.S.d. § 873 Abs. 1 BGB daher abschließend festhalten: Was nicht eingetragen ist, gilt nicht.

III. Eintragungsvoraussetzungen, insb. formelles Konsensprinzip des § 19 GBO

In das Grundbuch wird eine Rechtsänderung dabei i.d.R. nur eingetragen, wenn der*die Aktiv- oder Passivbeteiligte einen Antrag auf Eintragung stellt (§ 13 GBO) und der*die Passivbeteiligte als Berechtigte*r (vor)eingetragen ist (§ 39 GBO). Vor allem aber erfolgt die Eintragung erst, wenn der*die Passivbeteiligte sie bewilligt (§ 19 GBO).[65] Die

[49] *Prütting*, Sachenrecht, 37. Auflage 2020, Rn. 145; *Stürner*, in: Soergel, Bd. 14, 13. Auflage 2002, Vor § 873 Rn. 6.
[50] *Prütting* (Fn. 49), Rn. 148; *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (762).
[51] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (342); *Konashevych*, EPLJ 2020, 21 (29); *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, S. 375; *Schöttler*, Verbraucherschutz durch Verfahren, 2003, S. 166, 173, 245 f., 291.
[52] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (318); *Thomas*, EPLJ 2017, 361 (385); *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (762); *Zimmer*, LTO v. 15.1.2018, https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/blockchain-grundstuecksrecht-immobilien-verkauf-notare-grundbuch-transaktionen-sicherheit/, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.
[53] *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (762).
[54] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (318); *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (596); *Konashevych*, EPLJ 2020, 21 (38 f.); *Swan*, Blockchain, Blueprint for a New Economy, 2015, S. 1, 46, 48.
[55] *Konashevych*, EPLJ 2020, 21 (38 f.); *Lewis* (Fn. 23), S. 186; *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 22; *Thomas*, EPLJ 2017, 361 (385).
[56] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (342); *Konashevych*, EPLJ 2020, 21 (38 f.).
[57] *Lewis* (Fn. 23), S. 316.
[58] *Pesch*, Cryptocoin-Schulden, Haftung und Risikoverteilung bei der Verschaffung von Bitcoins und Alt-Coins, 2017, S. 23.
[59] *Lewis* (Fn. 23), S. 179 f.
[60] *Pesch* (Fn. 58), S. 24; *Schlatt/Schweizer/Urbach/Fridgen* (Fn. 36), S. 11.
[61] *Schlatt/Schweizer/Urbach/Fridgen,* (Fn. 34), S. 11.
[62] *Simmchen* (Fn. 38), S. 100; *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (468).
[63] *Lewis* (Fn. 23), S. 317 f.
[64] Für den seltenen Fall eines Rechtsübergangs außerhalb des Grundbuchs sieht § 82 GBO einen Grundbuchberichtigungszwang vor.
[65] *Prütting* (Fn. 49), Rn. 273–283.

Parteien müssen also i.d.R.[66] nicht die Einigungserklärung beim Grundbuchamt vorlegen, sondern es genügt die Einwilligung, veraltend der *Konsens*, des*der Berechtigten.[67] Dieses formelle Konsensprinzip soll als Gegenentwurf zum materiellen Legalitätsprinzip des BGB den Arbeitsaufwand des Grundbuchamtes senken und den Eintragungsprozess beschleunigen, was in der Praxis jedoch nicht vollends zu gelingen scheint.[68]

Durch das Erfordernis der Voreintragung des*der Passivbeteiligten nach § 39 GBO werden die Eintragungen ähnlich wie in der Blockchain gewissermaßen miteinander verkettet.[69] Gemeinsam haben Grundbuch und Blockchain auch, dass es sowohl für die Eintragung ins Grundbuch als auch für die Aufnahme einer Transaktion in die Blockchain einer Handlung der Berechtigten bedarf.[70] In der Grundbuchpraxis wird die Bewilligung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde (§ 29 Abs. 1 S. 1 GBO) nachgewiesen; der Eintragungsantrag kann in einfacher Schriftform gestellt werden (§ 13 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 GBO).[71] Die Blockchain fordert einen Nachweis des Ursprungs und damit des Einverständnisses des*der Berechtigten „lediglich" in Form des *private keys*. Hier könnten zumindest außerhalb des § 20 GBO potenziell Arbeitsaufwand und Ressourcen eingespart werden. Durch die digitale Signatur einer Transaktion könnte auf den Nachweis der Bewilligung in der von § 29 Abs. 1 S. 1 GBO geforderten Form verzichtet werden, denn eine digital signierte Transaktion wurde eindeutig und unzweifelhaft von der berechtigten Person veranlasst und damit auch bewilligt.[72] Der Einsatz digitaler Signaturen im Grundbuchverfahren ist auch kein absolutes Novum, können doch gem. § 137 GBO bereits öffentliche Beglaubigungen unter Anwendung der kryptographischen Mechanismen an das Grundbuchamt übermittelt werden. Die digitale Signatur und die Übermittlung in den Transaktionspool könnten also Antrag und Bewilligung zusammenfassen[73] sowie die Vorlage einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde nach § 29 Abs. 1 S. 1 GBO bzw. § 30 GBO ersetzen und damit den Eintragungsprozess zusätzlich beschleunigen.

IV. Publizitätsgrundsatz, §§ 891, 892 BGB, § 12 Abs. 1 S. 1 GBO

Nach dem Publizitätsgrundsatz soll die dingliche Rechtslage aufgrund ihres absoluten Charakters für den Rechtsverkehr deutlich erkennbar sein. Anders als schuldrechtliche Beziehungen entfalten dingliche Rechte Wirkung gegenüber jedermann (*inter omnes*), weshalb die Offenkundigkeit der an einem Grundstück bestehenden Rechte über die Eintragung im Grundbuch (§ 873 BGB) hergestellt werden muss.[74] In materieller Hinsicht findet sich der Publizitätsgrundsatz in Bezug auf Grundstücke in der Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs durch die gesetzliche Vermutung gem. § 892 BGB.[75] Er erfährt eine formelle Verklammerung in § 12 Abs. 1 S. 1 GBO, der jeder Person mit berechtigtem Interesse ein Recht zur Einsicht gewährt und damit Ausprägung und zugleich Grundlage des öffentlichen Glaubens ist.[76]

1. Öffentlicher Glaube und Blockchain

Das Grundbuch dient dem Immobiliarsachenrecht also als Äquivalent zum Besitz, denn bei Grundstücken fallen Eigentum und Sachherrschaft regelmäßig durch Vermietung und Verpachtung auseinander. Auch die Blockchain stellt ein solches Besitzäquivalent dar, da digitale Vermögenswerte nicht im herkömmlichen Sinne besessen werden können. Die Öffentlichkeit muss auch hier Zugriff auf ein Register haben, das klar und unwiderleglich ausweist, wem welche Vermögenswerte zustehen. Auf das, was in der Blockchain steht, können sich ihre Mitglieder verlassen, denn ob eine Transaktion zulässig ist, wird auf der Grundlage der Daten in der Blockchain bewertet. Die rechtliche Berechtigung wird hier durch eine technische ersetzt.[77] Dass sich die Publizität der Blockchain in einer bloßen Möglichkeit der Nachprüfbarkeit erschöpfe,[78] ist insofern nicht zutreffend.

Im Bereich der Kryptowährungen ist ein gutgläubiger Erwerb von Nichtberechtigten i.d.R. technisch gar nicht möglich, weil hier Schein und Sein insb. aufgrund der Verschlüsselung und Irreversibilität theoretisch nicht auseinanderfallen können.[79] Für die seltenen Fälle einer Datenpanne oder eines „Diebstahls" ist der Bitcoin-Blockchain allerdings keine Publizitätswirkung, sondern nur beschränkter Vertrauensschutz zuzuschreiben, weil ihr (bislang) keine

[66] Eine Ausnahme konstituiert § 20 GBO insb. für den wichtigen Fall der Eigentumsübertragung; hier muss die Einigung nachgewiesen werden.
[67] *Wilsch*, Grundbuchordnung für Anfänger, 2. Auflage 2017, Rn. 121.
[68] *Böttcher*, in: Meikel-GBO, 12. Auflage 2021, § 19 Rn. 7; *Wilsch* (Fn. 67), Rn. 120; *ders.*, DNotZ 2017, 761 (786 f.).
[69] *Peiró/García*, EPLJ 2017, 296 (301); *Simmchen* (Fn. 38), S. 91 f.
[70] *Simmchen* (Fn. 38), S. 91 f; *Vos*, Blockchain-based land registry: Panacea, illusion or something in between?, 2016, https://www.elra.eu/wp-content/uploads/2017/02/10.-Jacques-Vos-Blockchain-based-Land-Registry.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 13.
[71] *Vieweg/Lorz*, Sachenrecht, 9. Auflage 2022, § 13 Rn. 7; *Wilsch* (Fn. 67), Rn. 116.
[72] Zu der Ersetzbarkeit der öffentlichen Beglaubigung durch kryptographische Referenzen siehe auch *Simmchen* (Fn. 38), S. 249.
[73] *Simmchen* (Fn. 38), S. 92.
[74] *Bonn/Siemens*, JURA 2021, 130; *Prütting* (Fn. 49), Rn. 18, 38.
[75] *Vieweg/Lorz* (Fn. 71), § 13 Rn. 8.
[76] *Böhringer*, Rpfleger 1987, 181; *Wilsch* (Fn. 67), Rn. 28.
[77] *Weiss*, JuS 2019, 1050 (1052 f.).
[78] *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (768).
[79] *Simmchen* (Fn. 38), S. 240 f; *Weiss*, JuS 2019, 1050 (1052 f.).

gesetzliche Registerfunktion zukommt.[80] Die Blockchain hat damit im Rahmen ihrer bisherigen Anwendung nur eine Art faktischen, nicht aber einen rechtlich anerkannten öffentlichen Glauben, der auf ihrer technischen Gestaltung und Transparenz basiert.[81] Würde jedoch das Grundbuch auf der Blockchain implementiert, würde sich daraus eine Blockchain mit Registerfunktion und dadurch mit einem öffentlichen Glauben im rechtlichen Sinne ergeben.

a) Grenzen des öffentlichen Glaubens und Löschung von Grundbucheintragungen in Anbetracht der Unveränderlichkeit der Blockchain

Der Einsatz der Blockchain könnte die Anzahl und Härte von Rechtsscheinkonstellationen minimieren, denn versehentliche oder bewusste Fehleintragungen werden unwahrscheinlicher und der zwingend notwendige Einsatz des *private key* sorgt für eine Erhöhung der Zurechenbarkeit der Grundbucheintragung und damit eines potenziellen Rechtsscheins.[82] Dennoch können Rechtsscheinkonstellationen und fehlerhafte Eintragungen auch durch den Einsatz der Blockchain nicht endgültig ausgeschlossen werden.[83] Zwar konstituiert § 891 BGB sowohl eine negative als auch eine positive Publizität und damit eine umfassende Richtigkeitsvermutung, an der nicht nur das Nichtbestehen gelöschter Rechte, sondern auch das Bestehen und die inhaltliche Richtigkeit eingetragener Rechte teilnehmen.[84] Allerdings kann vor allem dadurch, dass sich die positive Publizität nicht auf alle Aspekte des Grundbuchs erstreckt, dennoch die Rückabwicklung einer Transaktion nötig werden. Denn bloße Fakten wie die exakte Lage eines Grundstücks oder die Geschäftsfähigkeit einer Partei unterfallen nicht der Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB, was zu der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts bspw. nach § 105 BGB führen kann.[85] Auch bösgläubige Erwerber*innen genießen gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nicht den Schutz des öffentlichen Glaubens.

In einer Blockchain hingegen ist es irrelevant, ob die berechtigte Person geschäftsfähig und der*die Erwerber*in gutgläubig ist oder nicht. Wer in der Blockchain als berechtigt ausgewiesen ist, kann auch eine wirksame Transaktion vornehmen. Der „technische öffentliche Glaube" der Blockchain erstreckt sich auf sämtliche Tatsachen und das sogar bei Bösgläubigkeit des*der Erwerber*in. Im deutschen Recht fällt die Abwägung zwischen Verkehrsschutz und Schutz der Interessen der Berechtigten aber, anders als in der Blockchain, nicht absolut zugunsten des Verkehrsschutzes aus.[86] Wegen dieses konzeptionellen Unterschieds muss sichergestellt werden, dass eine fehlerhafte Eintragung rückgängig gemacht werden kann.

Grundsätzlich sind die Reihenfolge und der Inhalt der Blöcke in einer Blockchain unveränderlich,[87] was gerade ihre Unverfälschbarkeit sicherstellt. Diese Eigenschaft könnte in Konflikt mit dem Bedürfnis der Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB etwa aufgrund der Nichtigkeit der Einigung wegen Geschäftsunfähigkeit einer Partei geraten.[88] Ein ähnliches Problem sehen manche auch bezüglich der fehlenden Löschungsmöglichkeit von Einträgen in Anbetracht des § 53 Abs. 1 S. 2 GBO.[89] Diese Thematik entpuppt sich jedoch bei genauerer Betrachtung als Scheinkonflikt. In der Grundbuchpraxis werden sowohl Veränderungen als auch Löschungen von Einträgen, anders als es der Wortlaut vermittelt, durch Eintragung eines entsprechenden Vermerks bzw. durch Rötung gem. § 46 GBO, §§ 17, 76a Abs. 1 Nr. 2 GBV umgesetzt.[90] An den bisher getätigten Eintragungen werden keine Veränderungen vorgenommen. Daran zeigt sich, dass die Konzeption der Blockchain, die solche Rechtsänderungen abbildet, indem sie gleichsam Blöcke mit „negativem Vorzeichen" anfügt,[91] in dieser Hinsicht sogar mit der des Grundbuchs übereinstimmt und allen Anforderungen an eine nachträgliche Veränderbarkeit gerecht wird.[92]

b) Erschütterung des guten Glaubens und Vormerkung

Zusätzlich zu dem begrenzten Umfang der positiven Publizität gibt es weitere Möglichkeiten, die Interessen der Berechtigten zu schützen. Das deutsche Sachenrecht stellt dafür als Instrumentarium zur Erschütterung der Gutgläubigkeit die Eintragung eines Widerspruchs nach §§ 892 Abs. 1 S. 1, 899 BGB und zum Schutz vor Zwischenverfügungen die Vormerkung nach §§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB bereit. Auch diese müssten zwingend auf einer Grundbuch-Blockchain abgebildet werden.[93] Dabei gilt es zu beachten, dass der Widerspruch und die Vormerkung keine Grundbuchsperre auslösen, eine Verfügung über das betroffene

[80] *Denga*, JZ 2021, 227 (228); *Köndgen*, in: BeckOGK, 1.10.2020, BGB § 675c Rn. 135; anders *Saive*, Kommunikation & Recht (K&R) 2018, 615 (618).
[81] Ähnlich *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (468); *Vos* (Fn. 70), S. 13.
[82] *Simmchen* (Fn. 38), S. 245.
[83] Vgl. *Simmchen* (Fn. 38), S. 242, der insbesondere auf die Verfügung eines Scheinerben gem. § 2366 BGB hinweist.
[84] *Picker* (Fn. 36), § 891 Rn. 25 f., 43.
[85] *Picker* (Fn. 36), § 891 Rn. 10, § 892 Rn. 66, 67; *Vieweg/Lorz* (Fn. 71), § 13 Rn. 43.
[86] *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (473).
[87] Das gilt zumindest für die klassische Konfiguration von permissionless Blockchains mit dem PoW Mechanismus. Bei anderen Konsensmechanismen wie dem PoA oder der Konzeption als permissioned Blockchain ist es technisch durchaus möglich, die Blockchain nachträglich zu verändern, vgl. *Ateniese/Magri/Venturi/Andrade*, IEEE EuroS&P 2017, 111 (112 ff.); *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (474).
[88] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (319); *Schöner/Stöber*, Handbuch der Rechtspraxis, Band 4, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 356; *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (473 f.).
[89] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (319); *Kuntz*, AcP 220 (2020), 51 (94); *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (773 f.).
[90] *Schöner/Stöber* (Fn. 88), Rn. 425.
[91] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (319); *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431 (1435).
[92] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (600); *Saive*, DuD 42 (2018), 764 (767); *Simmchen* (Fn. 38), S. 102 f.
[93] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (596); *Simmchen* (Fn. 38), S. 242.

Recht also grundsätzlich möglich bleibt.[94] Der Widerspruch und auch die Vormerkung dürften auf einer Grundbuch-Blockchain demnach lediglich als Warnmeldung dargestellt werden, nicht aber dazu führen, dass eine Verfügung über das betroffene Recht automatisch blockiert wird. Stellt sich ein Widerspruch später als begründet heraus oder macht der*die Vormerkungsgläubiger*in den Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB geltend, müsste das Blockchain-Grundbuch nach dem unter a) beschriebenen Prinzip berichtigt werden.

2. Ausgestaltung der Einsichtnahme

Unterschiede zeigen sich vor allem in der Ausgestaltung der Einsichtnahmemöglichkeiten, die der öffentliche Glaube zwingend voraussetzt. Das Grundbuch gewährt nur der Person Einsicht, die ein berechtigtes Interesse darlegen kann (§ 12 Abs. 1 S. 1 GBO), gestattet dann aber vollen Zugriff auf personenbezogene Daten wie Name und Adresse. Die Bitcoin-Blockchain geht einen anderen Weg. Sie ist vollständig öffentlich zugänglich, verzichtet aber konsequent auf die Offenlegung von Namen oder Adressen durch Pseudonymisierung.[95] Es ist möglich und sogar empfohlen, mehrere Identitäten zu erstellen, indem einfach mehrere Schlüsselpaare erzeugt werden.[96] Die Mitglieder sind lediglich mit ihrem *public key* vertreten, der zumindest theoretisch keinerlei Rückschlüsse auf ihre wirkliche Identität zulässt. In der Praxis konnten Nutzerkonten allerdings mittels Kryptoanalysen rückblickend natürlichen Personen zugeordnet werden.[97]

a) Netzwerkkonfiguration eines Blockchain-Grundbuchs

An dieser Stelle müsste eine Grundbuch-Blockchain also offenkundig angepasst werden. Klar ist, dass auf einen beträchtlichen Grad an Dezentralisierung verzichtet werden muss. Mehrere Identitäten und nicht zurückführbare Pseudonyme sind im Grundbuch undenkbar. Wie bereits im Rahmen der Ausführungen zur Vereinbarkeit mit dem Typenzwang gezeigt,[98] bedarf es einer zentralen Instanz, der die Erzeugung von Schlüsseln und auch die Anlage von Grundbuchblättern, mit anderen Worten die Bearbeitungsrechte, vorbehalten sind.[99] Das Grundbuch müsste also auf einer *permissioned* Blockchain aufgebaut werden, bei der die *Nodes*, die eine entsprechende Validierung durchführen, durch eine zentrale Autorität, die Grundbuchämter (§ 1 Abs. 1 GBO), vorher ausgewählt werden.[100] Vorgeschlagen wird hier zum einen der Aufbau eines Netzes aus allen 638 Grundbuchämtern, die dann die Validierung von Transaktionen in ganz Deutschland übernähmen.[101] Zum anderen sei die Einrichtung einer *Public-Key*-Infrastruktur (PKI), die digitale Zertifikate und Schlüsselpaare ausstellt, verteilt und prüft,[102] ein wichtiger Schritt bei der Etablierung eines Blockchain-Grundbuchs.[103]

In diesem Rahmen kommt auch eine Verknüpfung mit dem elektronischen Identitätssystem eIDAS in Betracht. Notar*innen sind bereits gem. § 33 Abs. 1 BNotO verpflichtet, eine elektronische Signatur zu nutzen, und Eintragungen im Grundbuch sollen gem. § 75 S. 1 GBV nur nach Verschlüsselung mit einer solchen erfolgen, Beglaubigungen können gem. § 39a BeurkG elektronisch errichtet werden.[104] Für Privatpersonen ist der Einsatz der eID-Funktion des Personalausweises bislang nicht verpflichtend, wäre aber ein ideales Verbindungsstück zwischen Blockchain und Grundbuch; die eID könnte zur Erstellung des *public* und *private key* genutzt werden und würde damit deren Leistungsangebot erweitern sowie möglicherweise die Akzeptanz erhöhen, was gem. Erwägungsgrund 2 eIDAS-VO deren langfristiges Ziel ist.[105]

In Bezug auf die Leserechte kommen zwei Ausgestaltungsmöglichkeiten in Betracht: Eine öffentlich zugängliche (*public*), aber pseudonymisierte Blockchain, bei der die Pseudonyme durch eine verwaltende Instanz (das Grundbuchamt) bei berechtigtem Interesse enthüllt werden,[106] oder eine *private* Blockchain, bei der die Einsicht in die Datenblöcke ausschließlich zugelassenen Personen vorbehalten ist. In Anbetracht der erfolgreichen Identifizierungen einiger User der Bitcoin-Blockchain über ihren *public key* ist mit Rücksicht auf die informationelle Selbstbestimmung eine *private permissioned* Blockchain zu favorisieren.[107]

b) Blockchain-Grundbuch und Datenschutz

Da eine vollständige Pseudonymisierung im Rahmen eines Blockchain-Grundbuchs ausscheidet und ein *public key* damit stets auf eine natürliche Person zurückführbar sein

[94] *Picker* (Fn. 36), § 892 Rn. 131; *Kessler* (Fn. 36), § 883 Rn. 236.
[95] *Nakamoto* (Fn. 21), S. 6.
[96] *Nakamoto* (Fn. 21), S. 6.
[97] *Martini/Weinzierl*, NVwZ 2017, 1251 (1253).
[98] C., I., 2.
[99] Vgl. *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (597–599); *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (465).
[100] *Schlatt/Schweizer/Urbach/Fridgen,* (Fn. 34), S. 11; *Walport* (Fn. 35), S. 17.
[101] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (342); *Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik*, Blockchain sicher gestalten, Konzepte, Anforderungen, Bewertungen, 2019, https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Krypto/Blockchain_Analyse.pdf?__blob=publicationFile&v=3, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 17, 58; *Schuster*, Blockchain als Kataster- und Grundbuchanwendung, 2021, https://www.bdvi.de/application/files/3116/1667/9019/FORUM_Blockchain.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 10.
[102] *Püls/Gerlach*, NotBZ 2019, 81 (87).
[103] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (596); *Schuster* (Fn. 101), S. 10; *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (464 f.).
[104] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (596); *Püls/Gerlach*, NotBZ 2019, 81 (84).
[105] *Martini*, DÖV 2017, 443 (444); *Simmchen* (Fn. 38), S. 152; *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (458 f.).
[106] Ähnlich *Adam*, White Paper – Project Hurricane, 2017, https://op us4.kobv.de/opus4-htw/frontdoor/deliver/index/docId/329/file/White_Paper_Adam.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 12.
[107] Im Ergebnis ebenso *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (342 f.); *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (599); *Peiró/García*, EPLJ 2017, 296 (311); *Saive*, K&R 2018, 615 (619); *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (465).

muss, handelt es sich bei einer Führung des Grundbuchs auf der Blockchain um eine Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.d. Art. 4 Nr. 1 DSGVO, deren Rechtmäßigkeit nach der DSGVO teilweise angezweifelt wird.[108] Sämtliche Bedenken in Bezug auf eine Vereinbarkeit der Datenverarbeitung mit der Datenschutzgrundverordnung können jedoch mit Blick auf Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO sowie Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. e, III DSGVO in Verbindung mit Erwägungsgrund 73 DSGVO ausgeräumt werden. Danach ist es den Mitgliedstaaten gestattet, für „das Führen öffentlicher Register aus Gründen des allgemeinen öffentlichen Interesses" Daten zu verarbeiten und Abweichungen von den Betroffenenrechten zuzulassen. Ein Blockchain-Grundbuch würde damit weder mit dem Recht auf Vergessenwerden noch mit einer fehlenden Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nach Art. 6 DSGVO in Konflikt geraten.[109]

c) Darlegung eines berechtigten Interesses

Schließlich bleibt die Frage, wie in einem Blockchain-Grundbuch das berechtigte Interesse dargelegt werden kann. Wann ein berechtigtes Interesse i.S.d. § 12 Abs. 1 S. 1 GBO besteht, ist hochgradig unbestimmt. Formeln wie „es genügt, wenn der Antragsteller ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse darlegt"[110] räumen diese Unbestimmtheit nur bedingt aus. Die negative Abgrenzung des Begriffs, „nicht zur Befriedigung der Neugier oder zu unlauteren, unbefugten Zwecken", und die Untergliederung in Fallgruppen, namentlich in rechtliches, wirtschaftliches oder bloß tatsächliches Interesse, konkretisieren das berechtigte Interesse schon eher.[111]

Manche fordern eine Formalisierung des schwammigen Rechtsbegriffs, sodass der Prüfmechanismus in die Blockchain implementiert und an dieser Stelle auf Intermediäre verzichtet werden könnte.[112] Denkbar wäre es, die bestehenden Fallgruppen der Einsichtskonstellationen als funktionsauslösende Bedingungen in sog. *Smart Contracts* einzuspeisen.[113] Der Begriff *Smart Contract* wurde 1996 von dem Kryptographen *Nick Szabo*[114] entwickelt und beschreibt digital niedergelegte Versprechungen, die selbstausführend und selbstvollstreckend sind.[115] *Simmchen* betont allerdings zu Recht, dass das berechtigte Interesse durch Fallgruppenbildung zwar in gewisser Weise standardisiert wurde, aber dennoch bewusst nicht abschließend definiert worden ist und in jedem Einzelfall durch den*die Notar*in gem. § 133a Abs. 1 S. 1 GBO bzw. die Urkundsbeamt*innen der Geschäftsstelle gem. § 12c Abs. 1 Nr. 1 GBO geprüft wird.[116] Dass § 12 Abs. 1 S. 1 GBO so unbestimmt ist, erweist sich vielmehr als seine Stärke. Nur so kann im Sinne der praktischen Konkordanz in jedem Einzelfall das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen angemessen gegen das Informationsbedürfnis des Grundstücksverkehrs abgewogen werden.[117]

Ein Ersetzen der Intermediäre im Rahmen der Einsichtsgewährung durch *Smart Contracts* ist damit *de lege lata* nicht möglich und *de lege ferenda* nicht erstrebenswert, da es einen Rückschritt im Vergleich zu der grundrechtssensiblen Ausgestaltung des § 12 GBO darstellen würde. Es erscheint aber eine Ergänzung der Einsichtnahmemöglichkeiten angebracht. Die Grundbuch-Blockchain könnte so ausgestaltet werden, dass benötigte Informationen allein durch Zustimmung des*der Eigentümer*in an die Einsichtswilligen übertragen werden können, ohne dass es bei Vorliegen dieser Zustimmung des „Umweges" über Intermediäre bedarf.[118] Damit wäre dem informationellen Selbstbestimmungsrecht in höherem Maße Rechnung getragen, als dies bisher der Fall ist, und es könnten in einer beträchtlichen Anzahl der Fälle Kosten gespart werden.

Konkret ausgestaltet werden könnte die Einsichtnahme durch die von *Barenkamp* und *Schaaf* vorgeschlagene Autorisierungsmöglichkeit mittels befristeter Zugangscodes, deren Übermittlung von Notar*innen bzw. von den Eigentümer*innen initiiert wird und die ein Einsichtsrecht in das Blockchain-Grundbuch gewähren.[119] Dabei wird wohl die Etablierung eines Sekundärsystems nach schwedischem Vorbild nötig sein, das die Daten aus der Blockchain zur begrenzten Einsicht aufbereitet.[120]

V. Prioritätsgrundsatz, § 879 BGB, §§ 17, 45 GBO

Die grundstücksrechtlichen Vorschriften §§ 1024, 1179a Abs. 1, 1290 BGB räumen gesetzlich die Möglichkeit ein, Rechtsobjekte mehrfach zu belasten.[121] Um eine Kollision von Gläubigerinteressen zu vermeiden, bedarf es eines konfliktlösenden Rangverhältnisses der Rechte, mit denen ein

[108] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (318 f.); *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431 (1433–1435).
[109] Vgl. *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (342); *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (319); *Simmchen* (Fn. 38), S. 146.
[110] OLG Düsseldorf FGPrax 2015, 199; *Böhringer*, Rpfleger 1987, 181 (183); *Wilsch*, in: BeckOK-GBO, 44. Edition 2021, § 12 Rn. 1; *Demharter*, Grundbuchordnung, 32. Auflage 2021, § 12 Rn. 7.
[111] *Böhringer*, Rpfleger 1987, 181 (183); *Böttcher* (Fn. 68), § 12 Rn. 6, 8. Für eine umfangreiche Auflistung aller im Einzelfall berechtigten Personen siehe *Böttcher* (Fn. 68), § 12 Rn. 15–61.
[112] *Schuster* (Fn. 101), S. 9.
[113] *Simmchen* (Fn. 38), S. 148.
[114] *Szabo*, Smart Contracts, 1996, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.
[115] Die Bezeichnung dieser selbstausführenden Transaktionen als Smart Contracts wird heute vielfach als unpassend und missverständlich kritisiert, da „Smart Contracts" als simple Wenn-Dann-Funktion weder smart noch zwangsläufig ein Vertrag im zivilrechtlichen Sinne sind, vgl. *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (341); *Paulus/Matzke*, NJW 2018, 1905; *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431. Dennoch stellt sie die gängige Bezeichnung in der Branche dar und soll deshalb auch in diesem Beitrag verwendet werden.
[116] *Simmchen* (Fn. 38), S. 148.
[117] OLG München FGPrax 2019, 115; *Böhringer*, Rpfleger 1987, 181 (182 f.); *Böttcher* (Fn. 68), § 12 Rn. 3 f.
[118] *Simmchen* (Fn. 38), S. 147.
[119] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (343).
[120] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (599); *Lemieux*, EPLJ 2017, 392 (414).
[121] *Stadler*, AcP 189 (1989), 425 (427).

Grundstück belastet ist. Dieses bestimmt sich gem. § 879 BGB nach der Reihenfolge der Eintragungen der Rechte. Deshalb legen die §§ 17, 45 GBO fest, dass mehrere Anträge, die das gleiche Recht betreffen, in der Eingangsreihenfolge bearbeitet werden müssen und mehrere Eintragungen in einer Abteilung des Grundbuchs die Eingangsreihenfolge erhalten.[122]

1. Erfassung der Eingangsreihenfolge mithilfe eines qualifizierten elektronischen Zeitstempels

Bei einer Grundbuch-Blockchain müsste demnach sichergestellt werden, dass die Anträge auch in ihrer Eingangsreihenfolge auf der Blockchain abgebildet werden. Hier kann erneut die qualifizierte elektronische Signatur i.S.d. eIDAS-VO fruchtbar gemacht werden. Nach den Art. 41 Abs. 2, Art. 3 Nr. 33, 34 eIDAS-VO wird die Richtigkeit des in einem qualifizierten elektronischen Zeitstempel enthaltenen Datums und der konkreten Uhrzeit sowie die Unversehrtheit der verbundenen Daten vermutet. Blockchain-Eintragungen erfüllen durch die hohe Abweichungsempfindlichkeit und die dezentrale Gewährleistung eines strikten, an der koordinierten Weltzeit orientierten Prioritätsprinzips auch die Anforderungen des Art. 42 Abs. 1 eIDAS-VO.[123] Durch dieses Zeitstempelverfahren kann die Rangfolge der Rechte sekundengenau angeordnet werden, was insbesondere in Fällen des tagesgleichen Eingangs gem. § 45 Abs. 2 GBO, § 879 Abs. 1 a.E. BGB einen Mehrwert darstellt.[124]

2. *Mining* in einer Grundbuch-Blockchain

Es müsste außerdem sichergestellt werden, dass die *Miner* einer Grundbuch-Blockchain diesem Zeitstempel auch Beachtung schenken und die Anträge konsequent in der Eingangsreihenfolge bearbeiten bzw. *minen*.[125] Dem Auftreten von Netzwerkgabelungen und *orphan blocks*, deren Inhalt zurück in den Pool fällt und verspätet Einzug in die Blockchain findet, muss im Rahmen des Grundbuchs vorgebeugt werden.[126] Es stellt sich deshalb die Frage, welcher Konsensmechanismus für eine Grundbuch-Blockchain geeignet ist und wer in einer solchen überhaupt Blöcke *minen* können soll.

Teilweise wird vorgeschlagen, die Notar*innen und Grundbuchämter als *Nodes* einzusetzen.[127] Differenziert ausgestaltet könnten die Notar*innen zu *Lightweight Nodes* und die Grundbuchämter zu *Full Nodes* werden, sodass Transaktionen – angelehnt an die bisherige Konzeption des Grundbuchverfahrens – von Notar*innen verifiziert (§§ 15 Abs. 3, 29 GBO) und an die Grundbuchämter übermittelt werden,[128] damit sie von diesen dann in Blöcken zusammengefasst und in die Blockchain integriert werden können.

Die gesetzlichen Zuständigkeitsregelungen ersetzen dabei den Konkurrenzkampf zwischen *Minern* und die Zugangskontrolle schafft Vertrauen zwischen den Beteiligten, weshalb das *Proof of Work* (PoW) Verfahren eher als ungeeignet und unnötig ressourcenintensiv erscheint.[129] Eine vor allem ressourcensparende Alternative stellt der *Proof of Stake* (PoS) dar, der die „*Mining Power*" von vornherein unter den Mitgliedern entsprechend deren Anteil am Netzwerk aufteilt, statt den Umfang der *Power* von dem gekauften *Mining*-Equipment abhängig zu machen.[130] Aber auch der PoS passt nicht zu dem bestehenden Grundbuchsystem, bei dem sich die Parteien den*die Notar*in zur Transaktionserstellung aussuchen und nicht – wie sonst beim PoS – die *Miner* die Transaktionen.[131] Außerdem wäre ein Konsensmechanismus, der vor allem die inhaltliche Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Transaktion gewährleistet, wünschenswert.

Ein solcher ist in dem *Proof of Authority* (PoA) zu erblicken.[132] Hier kann einen *Node* nur betreiben, wer durch eine zentrale Stelle zugelassen wurde; wer seine „*Authority*" nachweist.[133] Andersherum schädigt ein *Node* seine Reputation, wenn er die Regeln des Netzwerks, bspw. §§ 17, 45 GBO, missachtet. Der PoA baut also darauf auf, dass der *Node* seine Reputation als wertvoll ansieht und ein hohes Interesse daran hat, diese nicht zu schädigen.[134] Darauf musste auch bisher vertraut werden, zumal Notar*innen bei Manipulation des Blockchain-Grundbuchs auch die Entziehung der Zulassung drohen könnte.[135] Weil der Konkurrenzkampf zwischen den *Nodes* wegfällt, gibt es auch keine Netzwerkgabelungen mehr, die aber ohnehin aufgrund der niedrigen Transaktionszahlen[136] unwahrscheinlich sind,

[122] *Wilsch* (Fn. 67), Rn. 27.
[123] Vgl. *Simmchen* (Fn. 38), S. 196.
[124] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (596).
[125] *Peiró/García*, EPLJ 2017, 296 (303–305).
[126] Vgl. *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (341); *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (465 f.).
[127] *Saive*, K&R 2018, 615 (619).
[128] *Simmchen* (Fn. 38), S. 179.
[129] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (598).
[130] *Narayanan u. a.* (Fn. 14), S. 206 f.
[131] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (598).
[132] *Haaker*, V.i.S.d.P. 2021, Ampelpläne zum Blockchain-Grundbuch, Ein Interview mit Prof. Dr. Marco Barenkamp, LL.M., https://web.archive.org/web/20220527144628/https://www.lmis.de/media/2021/12/lmis-ag-dok-whitepaper-blockchain-interview.pdf, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 4.
[133] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (340); *Toyoda/Machi/Ohtake/Zhang*, IEEE Access 2020, 141611 (141612).
[134] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (341); *Joshi*, Feasibility of Proof of Authority as a Consensus Protocol Model, 2021, https://arxiv.org/abs/2109.02480, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 2.
[135] *Haaker* (Fn. 132), S. 4.
[136] In Baden-Württemberg sind schätzungsweise maximal 200.000 monatliche Grundbuchvorgänge zu verzeichnen, vgl. *Baur/Stürner* (Fn. 41), § 14 Rn. 4; in Berlin gab es 2022 nur 21.708 kaufbedingte Übereignungen, vgl. Immobilienmarktbericht Berlin 2022/23, https://www.berlin.de/gutachterausschuss/marktinformationen/marktanalyse/artikel.175633.php, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 76; wohingegen auf der Blockchain täglich mehr als 450.000 Transaktionen getätigt werden, vgl. https://www.blockchain.com/de/charts, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.

und der Mechanismus ist insgesamt ressourcenschonender, schneller und effizienter als andere Konsensmechanismen und damit im Endeffekt skalierbarer.[137] Deshalb ist der PoA Mechanismus trotz seiner geringeren Dezentralität wohl der geeignetste für ein Grundbuch auf der Blockchain.[138]

VI. Zusammenfassung

Eine *public permissionless* Blockchain mit dem PoW Konsensmechanismus ist im Rahmen des deutschen Grundbuchs nicht denkbar. Das führt aber nicht dazu, dass Blockchain und Grundbuch unvereinbar sind.[139] Im Ergebnis zeigt sich, dass die Grundsätze des Sachen- und Grundbuchrechts zwar nicht zu der klassischen Konzeption der Blockchain als vollständig dezentrales Register passen. Das gilt aber nicht für eine *private permissioned* Blockchain mit einem PoA. In einer solchen verbleiben sämtliche Bearbeitungsrechte und die Kontrolle über Leserechte bei den Grundbuchämtern und den Notar*innen, sodass die Wertungen aus dem Sachen- und Grundbuchrecht berücksichtigt werden können.

D. Chancen und Probleme im Rahmen der praktischen Umsetzung

Nachdem festgestellt werden konnte, dass die Grundsätze des Sachen- und Grundbuchrechts mit der Blockchain-Technologie in Ausgestaltung einer *private permissioned* Blockchain unter Verwendung eines PoA vereinbar sind, stellt sich die Frage, wie ein Blockchain-Grundbuch praktisch umsetzbar wäre. Dabei soll untersucht werden, welche Chancen und Probleme sich ergeben, wenn das Grundbuch auf der Blockchain implementiert würde.

I. Ersetzen und Entlasten der Intermediäre durch *Smart Contracts*

Häufig wird die Blockchain mit dem Ende, der „Eliminierung“[140], von Intermediären verbunden. Dass das auch im Rahmen des Grundbuchs gelten kann und es bald „R.I.P. lieber Notar“[141] heißt, ist eher unwahrscheinlich. Wie bereits unter C. festgestellt, ist ein kompletter Verzicht auf Intermediäre im Rahmen des Grundbuchverfahrens nach geltendem Recht nicht möglich. Die Notar*innen haben Belehrungs-, Beratungs-, Interessenausgleichs-, Warnungs- und Hinweisfunktion (vgl. § 17 BeurkG) und sorgen für eine gerechte Rechtsverwirklichung und einen Übereilungsschutz.[142] Eine einzelfallsensitive und individuelle Beratung ist Kern des deutschen Grundstücksrechts und kann durch die Blockchain-Technologie nicht ersetzt werden. Denkbar ist aber durchaus, das Notariat und die Grundbuchämter durch eine Grundbuch-Blockchain gezielt an einzelnen Stellen innerhalb des Verfahrens zu ersetzen oder zu entlasten. Die Blockchain-Technologie könnte hier in Form von *Smart Contracts* nutzbar gemacht werden, indem Vorgänge mithilfe von *Self-Executing Transactions* automatisiert werden.

1. Einreichung der beurkundeten Willenserklärungen

Um das Eigentum an einem Grundstück wirksam von einer Partei auf die andere zu übertragen, bedarf es nach einem gemeinsamen Notartermin stets einer treuhänderischen Mitwirkungshandlung des*der Notar*in. Gem. § 53 BeurkG soll dieser*diese die Einreichung der beurkundeten Willenserklärungen beim Grundbuchamt veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann, es sei denn, dass alle Beteiligten gemeinsam etwas anderes verlangen.

Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht, da die Vertragsparteien eigentlich eine Leistung Zug-um-Zug begehren und ein hohes Interesse daran haben, das Risiko einer Vorleistung zu minimieren.[143] Verkäufer*innen sollen das Eigentum nicht vor Zahlung des Kaufpreises verlieren und Käufer*innen sollen den Kaufpreis nicht zahlen, bevor sie nicht mindestens einen Anspruch auf den Erwerb des Eigentums haben. § 925 Abs. 2 BGB lässt aber nur eine vorbehaltlose Erklärung der Auflassung zu. Deshalb wird gegenwärtig oft eine Nuance des folgenden Dreischritts für den Abwicklungsvorgang vereinbart: Antrag auf Eintragung einer Eigentumsvormerkung, vollständige Kaufpreiszahlung und daraufhin Übermittlung der Auflassung an das Grundbuchamt durch den*die Notar*in.[144]

a) Konzeption einer automatisierten Auflassungsübermittlung

Dieses Verfahren weist einen hohen Standardisierungsgrad auf und hat einen ausschließlich administrativen Charakter, weshalb *Smart Contracts* hier eine geeignete und modernisierte Lösung bieten können. Den gesetzlichen Rahmen dafür bildet § 137 Abs. 1 GBO, der die elektronische Übermittlung von Urkunden zulässt. Konkret eignet sich für eine Abwicklung mithilfe eines *Smart Contracts* die Ausgestaltung in Form der beurkundungsrechtlichen Auflassung mit Vorlagesperre.[145] Bei diesem Lösungsansatz wird die Auflassung zwar mit in die Kaufvertragsurkunde aufge-

[137] *Joshi* (Fn. 134), S. 3; *Manolache/Manolache/Tapus*, Procedia Comput. Sci. 199 (2022), 580 (582 f.).
[138] Ebenso *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (340); *Joshi* (Fn. 134), S. 4; *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (598 f.).
[139] A.A. *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (786 f.).
[140] *Dapp*, Heute schon mit Blockchain experimentiert?, 2016, https://www.dbresearch.com/PROD/RPS_DE-PROD/PROD000000000044193 9/Heute_schon_mit_Blockchain_experimentiert%3F_%28Fintec.PDF, zuletzt abgerufen am 20.9.2023, S. 1.
[141] *Streichert*, R.I.P. lieber Notar – Wie die Blockchain Notare ersetzen könnte, https://blockchain-infos.de/blockchain-notare/, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.
[142] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (597); *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (775).
[143] *Biederer* (Fn. 38), S. 250; *Weirich/Ivo*, Grundstücksrecht, 4. Auflage 2015, Rn. 329, dort auch zum folgenden Satz.
[144] *Adam* (Fn. 106), S. 3 f; *Resch*, Sicherungsinstrumente beim Grundstückserwerb, 2016, S. 316.
[145] *Simmchen* (Fn. 38), S. 208 f.

nommen, die vollständige Ausfertigung und beglaubigte Ablichtung wird aber erst nach vollständiger Kaufpreiszahlung an das Grundbuchamt weitergeleitet.[146]

In einem ersten Schritt müsste folglich die dingliche Einigung in die Blockchain eingespeist werden, damit diese anschließend automatisiert an das Grundbuchamt weitergeleitet werden kann.[147] Außerdem muss eine Schnittstelle eingebaut werden, welche die *off-chain* Informationen, von denen die Auslösung der Funktion abhängt, für die Blockchain nutzbar macht; es bedarf eines sog. *Oracles*.[148] Dieses würde auf die funktionsauslösende Bedingung, namentlich die Zahlung des Kaufpreises, hören und schließlich die Eintragung herbeiführen.

b) Effizienzsteigerung und Fehlerprävention

Wenn der Kaufpreis an ein gewöhnliches Bankkonto[149] in einer Fiat-Währung wie Euro oder Dollar überweisen wird, müsste der*die Verkäufer*in, der*die Notar*in oder die Empfängerbank den Eingang der Zahlung verifizieren und über das *Oracle* in die Blockchain einpflegen.[150] Weitaus innovativer wäre die Zahlung des Kaufpreises in einer Kryptowährung, denn dann könnte vollständig auf die fehleranfällige[151] Integration von *off-chain* Daten mittels eines *Oracles* verzichtet werden und sämtliche Vorgänge spielten sich *on-chain* ab.[152] Diese Lösung würde sich nicht in bloßen Effizienzsteigerungen erschöpfen, sondern unmittelbar zur Lösung des Interessenkonflikts beitragen, indem das Vertrauen in die beteiligten Personen durch ein Vertrauen in das System und dessen automatisierte Abläufe ersetzt würde.

Durch die Nutzung von *Smart Contracts* könnte auch bekannten Fehlerquellen vorgebeugt werden. Vor allem die „räumliche" Trennung der Auflassung vom Rest der Urkunde, die eine versehentliche, verfrühte Einreichung beim Grundbuchamt verhindern soll,[153] könnte im Datenmodell dieses Verfahrens fest etabliert werden. Aber auch Fehler auf Seiten des Grundbuchamtes können durch die Abwicklung mithilfe von *Smart Contracts* ausgeschlossen werden. Besonders schwerwiegend ist es, wenn das Grundbuchamt übersieht, dass die Auflassung nicht vorgelegt wurde und daraufhin den Eigentumswechsel einträgt.[154] Denn dann verliert der*die Verkäufer*in sein*ihr Eigentum, auch wenn die Auflassung nicht in der Form des § 29 GBO vorliegt, weil es sich bei diesem um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, deren Missachtung nicht den Eintritt der Rechtsänderung verhindert.[155] Ein *Smart Contract* kann aber nicht „übersehen", dass die Auflassung noch gar nicht vorgelegt wurde; er folgt einem strikten Wenn-Dann-Schema.

Insgesamt wären damit, wenn die Einzahlung des Kaufpreises, die Bewilligung einer Eigentumsvormerkung, die Eigentumsumschreibung und die Auszahlung des Kaufpreises durch einen *Smart Contract* sequenziell miteinander verknüpft werden, Steigerungen der Effizienz und die Minimierung von Fehlerquellen zu erwarten.[156] Für die Notar*innen verbliebe die Befugnis, einen solchen *Smart Contract* aufzusetzen und den zuvor zu ergründenden Parteiwillen in eine maschinenlesbare Form zu überführen.[157] Es wird also auch hier deutlich, dass das Notariat nicht insgesamt, sondern nur in einigen administrativen Bereichen durch die Blockchain ersetzt werden kann, die notarielle Beratung aber unverzichtbar bleibt.

2. Automatisierung trivialer Eintragungsvoraussetzungen

Bevor die Eintragung einer Rechtsänderung in das Grundbuch erfolgt, muss außerdem eine Reihe an Bedingungen erfüllt sein, die zu einem großen Teil aus der Vorlage von Bescheinigungen und Erklärungen besteht. Beispielweise muss die Gemeinde erklären, dass sie auf ihr Vorkaufsrecht verzichtet (§§ 24 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 2 ff. BauGB) und das Finanzamt muss eine Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 22 Abs. 1 S. 1 GrEStG) erteilen. Diese Akteure könnten ihren entsprechend digital signierten Antrag ebenfalls mithilfe eines *Oracles* an einen *Smart Contract* übermitteln, sodass auf die zeit- und ressourcenaufwendige Kommunikation mit dem Grundbuchamt verzichtet werden könnte.[158] Auch die Bekanntmachung der Eintragung i.S.d. § 55 Abs. 1 GBO an sämtliche in Abs. 1 genannten Personen könnte, statt auf dem Postweg, automatisiert und in Echtzeit über die Blockchain übermittelt werden.[159]

II. Energieverbrauch und Transformationskosten

Letztendlich entscheiden oft ökonomische Aspekte ohne Rücksicht auf praktische Machbarkeit und idealisierte Zukunftsvisionen über die Umsetzung eines Projekts wie das Blockchain-Grundbuch. Einige meinen, eine solche sei auf-

[146] *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 134 (138); *Krauß*, in: BeckNotar-HdB, 7. Auflage 2019, § 1 Rn. 453–462.
[147] *Kaulartz*, CR 2016, 474 (319 f.); *Simmchen* (Fn. 38), S. 209.
[148] *Hecht*, MittBayNot 2020, 314 (321); *Kaulartz/Heckmann*, CR 2016, 618 (620); *Kuntz*, AcP 220 (2020), 51 (77).
[149] Der Kaufpreis kann entweder direkt auf das Konto des*der Verkäufer*in überwiesen werden oder auf ein Notaranderkonto, auf dem der Kaufpreis treuhänderisch verwahrt wird, bis die Voraussetzungen der Auszahlung vorliegen, vgl. *Resch* (Fn. 144), S. 321 ff.; *Schöner/Stöber* (Fn. 88), Rn. 3152 ff.
[150] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (341); *Simmchen* (Fn. 38), S. 210.
[151] Zu den Risiken und Problemen eines Oracles siehe *Kuntz*, AcP 220 (2020), 51 (78).
[152] *Simmchen* (Fn. 38), S. 210, dort auch zum folgenden Satz.
[153] *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 134 (139).
[154] *Dieckmann*, BWNotZ 2008, 134 (139).
[155] *Hertel* (Fn. 68), § 29 Rn. 21; *Vieweg/Lorz* (Fn. 71), § 13 Rn. 26.
[156] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (343); *Simmchen* (Fn. 38), S. 211; *Adam* (Fn. 106), S. 13.
[157] *Simmchen* (Fn. 38), S. 211 f.
[158] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (344); ähnlich sogar der sonst kritische *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (770).
[159] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (344).

grund des exorbitant hohen Energieverbrauchs der Bitcoin-Blockchain aktuell nicht zu befürworten.[160] Zuzustimmen ist dem insoweit, als eine Blockchain, die mehr Energie verbraucht als die gesamten Niederlande,[161] nicht zur Führung des deutschen Grundbuchs geeignet ist. Die hier vorgeschlagene *private permissioned* Blockchain mit dem *Proof of Authority* Mechanismus verbraucht aber nur einen Bruchteil dieser Energie.[162] Außerdem wären auf einer Grundbuch-Blockchain längst nicht so viele Transaktionen zu erwarten wie auf den zahlreichen Blockchains im Bereich der Kryptowährungen.[163] Insgesamt stellt der Energieverbrauch der Blockchain also kein Problem dar, zumal durch ihren Einsatz auf einige Papierakten und postalische Benachrichtigungen und Erklärungen verzichtet werden könnte.

Anders könnte das in Bezug auf die Transformationskosten aussehen. Hohe Transformationskosten haben bereits bei der Einführung des Datenbankgrundbuchs zu einer sehr schleppenden Implementierung der Technologie geführt.[164] Es muss daher genau evaluiert werden, welche Anpassungen für den konkreten Anwendungsfall erforderlich werden und wie hoch die Kosten der Umstellung sind.[165] Es gibt zwar mittlerweile diverse Blockchains mit unterschiedlichsten Konfigurationen,[166] die zu einem großen Teil sogar *open source* sind, sodass unter Umständen nur kleine Anpassungen nötig sind. Abgesehen davon bedarf es jedoch eines codierten Datenbestands, der für die Blockchain nutzbar ist. Das könnte in den Bundesländern, die sich bei der Einführung des EDV-Grundbuchs für die nicht-codierte Implementierung in Form von Scans des bestehenden Papiergrundbuchs entschieden haben, zum Problem werden.[167] Auch der nur schleppend voranschreitende Breitbandausbau und die immer noch existierenden „grauen Flecken" könnten eine Hürde für das Blockchain-Grundbuch darstellen und zusätzliche Kosten verursachen.[168] Wie hoch die Transformationskosten letztendlich genau sind, wäre folglich zu prüfen, um ein abschließendes Urteil über die konkrete Umsetzbarkeit fällen zu können.

III. Sicherheitsrisiken

Oft werden auch Sicherheitsrisiken als Argument gegen den Einsatz der Blockchain ins Feld geführt.[169] Die 51-Prozent-Attacke sei die Achillesferse der Blockchain und schließe ihren Einsatz als modernes Rechtsregister aus.[170] Ein solches Risiko besteht allerdings i.d.R. nur bei *public* Blockchains. In einer *private* Blockchain, deren *Nodes* aus Grundbuchämtern und Notar*innen bestehen, ist wohl kaum zu erwarten, dass sich eine Gruppe dieser mit mehr als 51 % der Rechenkraft zusammentut, um das Grundbuch zu fälschen.[171] Außerdem können bestimmte Sicherheitsrisiken durch die Blockchain sogar minimiert werden. Das Risiko eines Verlusts des Grundbuchs durch Umwelteinflüsse oder einen Hackerangriff auf ein Grundbuchamt ist aufgrund der redundanten Speicherung bei allen *Nodes* des Netzwerks erheblich geringer.[172] In dieser Hinsicht wird also sogar zusätzliche Sicherheit gewährleistet.

Die sichere Aufbewahrung von *private keys* und die Kooperation der Parteien stellt ein deutlich größeres Problem dar. Wie bereits erwähnt,[173] könnte eine Verknüpfung der Grundbuch-Blockchain mit der eID-Funktion des Personalausweises eine geeignete Grundlage zur Etablierung einer PKI darstellen. Dafür müssten sich aber alle Parteien eines Grundbuchverfahrens bereit erklären, diese Funktion auch zu nutzen, oder die Nutzung müsste *de lege ferenda* verpflichtend sein. Und selbst wenn es möglich wäre, eine flächendeckende Nutzung zu etablieren, gibt es einige Risikofaktoren, deren rechtliche Handhabung einer Klärung bedürfen: Was passiert, wenn eine Person ihren *private key* verliert oder stirbt, ohne ihn an ihre Erben weitergegeben zu haben, und der Zugriff auf die *Title Tokens* damit verwehrt bleibt?[174] Sollen sämtliche *private keys* in Anbetracht dieses Risikos bei den Grundbuchämtern hinterlegt werden oder erhöht diese Zentralisierung nur das ohnehin schon bestehende Risiko einer unbefugten Nutzung des *private keys* aufgrund eines Hackerangriffs?[175] Und wie wäre grundsätzlich mit einer unbefugten Nutzung umzugehen?

[160] *Vos* (Fn. 70), S. 17; *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (785 f.).
[161] https://ccaf.io/cbnsi/cbeci/comparisons, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.
[162] *Sedlmeir/Buhl/Fridgen/Keller*, Informatik Spektrum 2020, 391 (399 f.).
[163] Vgl. C., V., 2.
[164] *Bredl*, MittBayNot 1997, 72; *Keim*, DNotZ 1984, 724 (725 f.).
[165] *Simmchen* (Fn. 38), S. 126 f.
[166] Nach *Adam* (Fn. 106), S. 12 sind für den Einsatz als Grundbuch-Blockchain vor allem *Hyperledger* und *Multichain* denkbar. Aber auch die in Georgien als Grundbuch-Blockchain eingesetzte *Exonum* Blockchain von *BitFury*, die für das schwedische Grundbuch genutze *ChromaWay* Blockchain oder *VeChain*, die auf einem PoA basiert, könnten für eine Grundbuch-Blockchain geeignet sein, vgl. https://exonum.com/story-georgia, https://chromaway.com/solutions, https://www.vechain.org/whitepaper/, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.
[167] *Böhringer*, BWNotZ 1998, 129 (132 f.).
[168] Vgl. https://web.archive.org/web/20220714072308/https://www.bmvi.de/DE/Themen/Digitales/Breitbandausbau/Breitbandfoerderung/breitbandfoerderung.html, zuletzt abgerufen am 20.9.2023.
[169] *Barenkamp/Schaaf*, ZdiW 2021, 339 (341); *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (783).
[170] *Wilsch,* DNotZ 2017, 761 (783).
[171] *Simmchen* (Fn. 38), 170; *Wilsch*, DNotZ 2017, 761 (783 f.).
[172] *Peiró/García*, EPLJ 2017, 296 (319); *Vos* (Fn. 70), S. 10.
[173] C, IV., 2., a).
[174] Vgl. *Adam* (Fn. 106), S. 13 f; *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (463).
[175] In ähnlicher Form vorgeschlagen von *Thomas*, EPLJ 2017, 361 (387 f.); *Verheye*, EPLJ 2017, 441 (464 f.); das Risiko der Zentralisierung betonend *Vos*, EPLJ 2017, 293 (294).

IV. Zusammenfassung

Die Antwort auf diese Fragen ist vor allem eine politische Entscheidung, eine Entscheidung zwischen dem Vertrauen auf die privaten Parteien und dem Vertrauen auf staatliche Stellen; zwischen selbstverantwortlicher Dezentralität und fremdverantwortlicher Zentralität. Unabhängig von der Entscheidung, werden wohl nie alle Risiken auszuschließen sein. Das ist aber auch im bisherigen, weniger effizienten Grundbuchverfahren der Fall. Letztlich könnte nur eine Auswertung von Praxisdaten aufzeigen, wo die Blockchain alte Sicherheitslücken schließt[176] und wo neue entstehen. Ob allerdings ein Blockchain-Grundbuch mindestens genauso sicher sein muss wie das bisherige Verfahren,[177] ist in Anbetracht der erwarteten Effizienzsteigerung und der zunehmenden Abkehr von einer endlosen Zettelwirtschaft fraglich.[178] Das Grundbuchverfahren darf selbstredend nicht an Qualität einbüßen. Es sollte aber eine differenzierte Risiko-Nutzen-Abwägung erfolgen, in die auch Erwägungen bzgl. einer gesteigerten Effizienz einfließen. Die „absolute Sicherheit" auf Kosten eines effizienteren Verfahrens ist ökonomisch weder sinnvoll noch erstrebenswert.

E. Fazit und Schlussbemerkungen

Ein Grundbuch auf Basis der Blockchain-Technologie ist aus rechtlicher Perspektive umsetzbar. Die Grundsätze des Sachen- und Grundbuchrechts können durch leichte Modifizierungen der klassischen Blockchain-Konfiguration und teilweise sogar besser als im jetzigen Grundbuch gewahrt werden. Große Ähnlichkeiten zwischen Blockchain und Grundbuch zeigen sich im Rahmen des Eintragungsprinzips, weil in beiden Registern die Eintragung einen rechtsbegründenden Charakter hat. Im Rahmen des formellen Konsens-, des Publizitäts- und des Prioritätsgrundsatzes sind sogar Verbesserungen in Bezug auf Effizienz sowie auf Korrektheit und Präzision der Daten zu erwarten. Auch die verschiedenen, durch den *numerus clausus* abschließend beschriebenen Rechte an einem Grundstück sowie Grenzen und Erschütterungen des öffentlichen Glaubens lassen sich durch spezielle Konfigurationen grundsätzlich auf der Blockchain abbilden.

Auch hat sich gezeigt, dass der vielfach proklamierte Verzicht auf das Notariat ebenso wenig möglich wie erstrebenswert ist. Eine *public* und *permissionless* Blockchain, die ohne Intermediäre auskommt und sich selbst verwaltet und kontrolliert, passt nicht zu dem ausdifferenzierten deutschen Grundbuchverfahren, das durch seine Komplexität gerade die Parteien schützt und ein korrektes, verlässliches Register hervorbringt. Wird die Blockchain-Technologie aber gezielt zur Automatisierung administrativer Aufgaben innerhalb des Grundbuchverfahrens eingesetzt, kann sie Notar*innen und Grundbuchämter entlasten und ihnen die Möglichkeit geben, sich auf die Aufgaben zu konzentrieren, in denen sie aktuell unersetzbar sind.

Schließlich verbleibt die Beantwortung einer letzten, elementaren Frage: *Sollte* ein Grundbuch auf Basis der Blockchain-Technologie auch umgesetzt werden? Trotz der grundsätzlichen Möglichkeit eines Blockchain-Grundbuchs unterstellen einige diesem keinen Mehrwert gegenüber dem Einsatz etablierter Technologien.[179] Dabei wird jedoch oft außer Acht gelassen, dass die beschriebenen etablierten Technologien wie Datenspeicherung und -austausch, digitale Signaturen und Datenverknüpfung über *Hashes* in ihrer Kombination eben genau die Blockchain ausmachen.[180] Die Blockchain ist an sich keine neue Erfindung, sondern eine innovative Kombination existierender Technologien, die neue Möglichkeiten eröffnet. Und genau diese Möglichkeiten, namentlich eine erhöhte Sicherheit der Daten durch dezentrale und redundante Speicherung, die zuverlässige Authentifizierung mithilfe von *private* und *public keys* und die Unverfälschbarkeit des Datenbestands durch Verkettung über *Hashes*, stellen, wie sich im Laufe der Untersuchung gezeigt hat, einen immensen Mehrwert für das Grundbuchverfahren dar. Die zu erwartenden Effizienzsteigerungen und Arbeitserleichterungen bekräftigen zusätzlich folgendes abschließendes Urteil: Ein Grundbuch auf Basis der Blockchain kann und sollte auch in Deutschland umgesetzt werden.

[176] Vgl. u.a. C., IV., 1.; D., III.
[177] So *Simmchen* (Fn. 38), S. 22 f.
[178] Vgl. *Thomas*, EPLJ 2017, 361 (375 f.), für den die Risiko-Nutzen-Abwägung trotz grundsätzlicher Kritik positiv ausfällt.
[179] *Keuchen*, ZfIR 2020, 593 (600); *Thomas*, EPLJ 2017, 361 (390).
[180] *Lewis* (Fn. 23), S. 331 f., dort auch zum folgenden Satz.

David Wellstein[*]

An Introduction to the Legal Design of Electoral Commissions

New constitutions tend to establish independent electoral commissions as state institutions to ensure free and fair elections. To prevent partisan capture of the electoral process, they manage elections, enforce party financing regulations, engage in law reforms, adjudicate electoral disputes, and much more. This paper seeks to provide an introduction into how electoral commissions are meant to protect democracy. It shows that electoral commissions are established as a response to the threat of partisan capture of the electoral process, which the executive, legislature, and judiciary fail to combat credibly. Therefore, they are located as independent institutions outside of the traditional branches of government. At the same time, electoral commissions must be accountable to some extent in order to prevent abuse of power and to ensure its public standing. The analysis is completed by an examination of some of the main tasks performed by electoral commissions.

Table of Contents

I. Introduction 147
II. Reasons for establishing electoral commissions 148
1. Partisan interest in capturing elections 148
2. Shortcomings of the traditional branches of government 149
III. Institutional design 150
1. Independence 151
a) Impartiality 151
b) Freedom of external control 153
2. Accountability 154
3. Ability to perform the given tasks effectively 156
IV. Operational design 157
1. Organisation of free and fair elections 157
2. Engagement in law reforms 158
3. Enforcement of law regulating political parties . 159
V. Conclusion 159

I. Introduction

Article 181 (1) f) of the South African Constitution establishes an "Electoral Commission" to "strengthen constitutional democracy" among other institutions with the same purpose. According to Article 190 (1), "[t]he Electoral Commission must […] manage elections [and] ensure that those elections are free and fair".

Generally, new constitutions often contain similar provisions on electoral commissions.[1] Examples include the constitutions of Algeria (2020), Angola (2010), Burundi (2018), the Democratic Republic of the Congo (2005, rev. 2011), Fiji (2013), Kenya (2010), Malawi (1994, rev. 2017), Mexico (1917, rev. 2015), and many others.[2] They establish electoral commissions as bodies to safeguard electoral integrity.[3] Their exact responsibilities vary from system to system. Alongside the main task of managing elections, electoral commissions may be mandated to monitor party and campaign financing, adjudicate electoral disputes, and engage in law reforms.[4] They may thus perform "quasi-executive", "quasi-judicial", and even "quasi-legislative" functions.[5] In this sense, recent academic work recognises independent electoral commissions as being located outside the traditional three branches of government.[6]

So, how are electoral commissions supposed to protect democracy? This paper seeks to provide an introduction into the legal design of electoral commissions. In doing so, it identifies abstract design principles and shows how they can be translated into concrete design choices in different contexts. For illustrative purposes, examples from various countries are given throughout the paper. The paper is divided into three main sections:

First, section II lays the groundwork for understanding independent electoral commissions by presenting the main argument for why they are established in the first place. In short, they are intended to protect electoral integrity in contexts where such protection is not credibly provided by actors of the executive, legislature, or judiciary.

---

* The author is a law student in his ninth semester at Freie Universität Berlin. This article was originally written in a seminar by Professor Yvonne Tew on Comparative Constitutional Law at the Center for Transnational Legal Studies in London in 2021.

[1] For an overview: *Ginsburg/Huq*, How to save a constitutional democracy, 2018, pp. 194–195; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85.

[2] See for further constitutions with provisions on electoral commissions or similar bodies https://www.constituteproject.org/constitutions?lang=en& key=ecom&status=in_force, lastly accessed on 25.09.2023.

[3] Using the term "electoral commission", I do not wish to exclude functionally similar bodies with different names from my analysis. For the purpose of this paper, I use the term electoral commissions to describe different domestic bodies outside electoral courts that are established to protect electoral democracy by conducting election administration or parts of it as one central function. This also includes electoral boundary commissions. Thus, the term electoral commissions may refer to the "National Independent Election Authority" in Algeria (Art. 209 of the Constitution of Algeria), the "Supreme Tribunal of Elections" in Costa Rica (Art. 9 of the Constitution of Costa Rica), and the "National Electoral Institute" in Mexico (Art. 35 of the Constitution of Mexico). Scholarly work also refers to those bodies as, for example, "Electoral Management Bodies" (*Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85).

[4] A more detailed analysis is provided in section IV.

[5] Pal introduces these terms in *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (94).

[6] For a detailed elaboration on their role outside the (functional and structural) tripartite of power, see *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, pp. 1–41; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (85–113).

Section III then examines how electoral commissions function as institutions. As they are located outside the traditional branches of government, their relationship with actors within these branches is of particular importance. In general terms: While electoral commissions must be independent of actors with conflicting interests (subsection III.1), they should be accountable to actors who share their interest in electoral integrity (subsection III.2). Furthermore, electoral commissions must have sufficient expertise as well as capacity to carry out the tasks assigned to them effectively (subsection III.3).

In section IV, the paper explores the tasks of electoral commissions. To this end, it focuses on electoral administration (subsection IV.1), participation in law reforms (subsection IV.2), and the enforcement of party regulations (subsection IV.3) as the main tasks of electoral commissions. In performing these tasks, they prevent direct partisan access to the electoral process and electoral competition. This makes electoral manipulation more difficult and costly and may even discourage partisan actors from attempting to manipulate elections in the first place or, at least, mitigate the effects of partisan interference.

II. Reasons for establishing electoral commissions

What are the reasons for establishing multifunctional electoral commissions outside the traditional branches of government? The argument is simple: Once elected, the government, or law-making majority of representatives, have an interest in consolidating their own status and in shielding themselves from accountability through electoral competition by interfering with the electoral process.[7] In this sense, democracy as a constitutional norm is non-self-enforcing, i.e. it is endangered by those who gain power through it.[8]

While in some contexts the genuine support for democratic values by the ruling party, public pressure, or effective judicial oversight can already be sufficient to prevent partisan interference with electoral integrity,[9] in other contexts traditional actors fail to credibly provide sufficient protection. In such contexts, additional safeguards become necessary. Electoral commissions are established to act as such safeguards. They are located outside the traditional branches of government due to specific shortcomings of the executive, legislature, and judiciary.[10]

1. Partisan interest in capturing elections

In a democratic framework, elections and state power are closely linked: Electoral success leads to power. Thus, those who want to gain or maintain power have an interest in manipulating the electoral process in their favour. This generally applies to political parties that try to succeed in electoral competition. While opposition parties usually do not have sufficient power to seriously endanger electoral integrity, the ruling party or coalition on the other hand are more likely to be able to threaten the freedom and fairness of elections and shield themselves from electoral competition.[11, 12]

This can be seen in less traditional democracies such as Hungary, where Orbán's Fidesz party imposed "several tricky changes" favouring itself in elections, including for example "right-wing-friendly" redrawing of electorate districts or the so-called "winner-compensation".[13] Another example is given by Poland, where the PiS government recently changed the composition of the National Electoral Commission in its favour. Six out of nine members of the new National Electoral Commission are selected by the factions in the legislature (Sjem) in proportion to their seats, and one is a judge of the PiS-controlled Constitutional Tribunal.[14] Partisan interference in electoral law by the ruling party can also be observed in more traditional democracies. A prominent example in this regard is the practice of gerrymandering, i.e. redrawing of electoral districts in one's own favour,[15] in the U.S.[16]

[7] *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (716).

[8] Introducing the term "non-self-enforcing norms" in this context *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S53 ff.).

[9] The overall level of democracy in Germany, for example, is generally assessed as quite high (see, e.g., the 2022 indices of Freedom House (Rank 18 out of 210), https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores?sort=desc&order=Total%20Score%20and%20Status, lastly accessed on 15.9.2023, or V-Dem (Rank 12 out of 179 in the Liberal Democracies Ranking), https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf, lastly accessed on 15.9.2023, although Germany lacks an institution like the independent election commissions under examination.

[10] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (86). For a political science point of view, Pal refers to *Birch*, Electoral Malpractice, 2012.

[11] *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S54).

[12] It should be noted that the threat to electoral integrity is not limited to the interest in self-entrenchment. Paul Kildea recognises further endangerment by foreign interference or external actor's financial influence. *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (471). Electoral commissions might also be suited to react to such threats. However, this paper does not address the issue explicitly.

[13] *Notz*, How to Abolish Democracy: Electoral System, Party Regulation and Opposition Rights in Hungary and Poland, Verfassungsblog 2018, https://verfassungsblog.de/how-to-abolish-democracy-electoral-system-party-regulation-and-opposition-rights-in-hungary-and-poland/, lastly accessed on 15.9.2023. The article also provides a comprehensive explanation about the system of "winner-compensation".

[14] *Notz*, How to Abolish Democracy: Electoral System, Party Regulation and Opposition Rights in Hungary and Poland, Verfassungsblog 2018, https://verfassungsblog.de/how-to-abolish-democracy-electoral-system-party-regulation-and-opposition-rights-in-hungary-and-poland/, lastly accessed on 15.9.2023. I address the problem of executive and legislative interference with election commissions in section III. In particular, I argue for entrenching the composition in the constitution to immunise the commission from the ordinary political change in section III.1.b.

[15] *Collins* Dictionary, https://www.collinsdictionary.com/de/worterbuch/englisch/gerrymandering, lastly accessed 15.9.2023.

[16] Wasserman, Realignment – More Than Redistricting – Has Decimated Swing House Seats, The Cook Political Report 2023, https://www.cookpolitical.com/cook-pvi/realignment-more-redistricting-has-decimated-swing-house-seats, lastly accessed on 15.9.2023.

2. Shortcomings of the traditional branches of government

The interest in capturing elections leads to the need for safeguarding electoral integrity. The executive and legislature do not seem suited to credibly administrate elections impartially as their power depends on elections. Even where presidential elections and parliamentary elections are separated, they can share a common party identity, so that they do not have the credibility to organise elections neutrally for each other.[17]

Unlike the legislature or the executive, the judiciary is usually characterised by its impartiality.[18] However, due to the typical function of the judiciary it suffers from shortcomings which can lead to the conclusion that additional protection through a separated institution is necessary:

Large-scale administration, such as the administration of state elections, does not fit the role of the judiciary. The judiciary is mainly responsible for resolving disputes. Thus, institutions within the judiciary typically already lack the expertise and capacity to manage elections. Judges are neither trained nor accustomed to supervising large-scale administration. Moreover, judicial institutions usually do not have the structural flexibility and personnel capacity to administer elections. Managing the electoral process requires, for example, just little personnel between elections, but the demand increases dramatically at election time. The Australian Electoral Commission (AEC) has only 800 employees between, but 87,000 workers during elections.[19] This flexibility in staffing does not match the organisation of the judiciary in most countries.[20, 21]

As the judiciary is not suited to administering elections themselves, it could still protect electoral integrity by effectively controlling the impartiality of elections that are administered by the executive or legislature. As specialists in determining the legality of administrative acts, courts have the ability to oppose electoral fraud and other forms of unlawful interference in the electoral process. However, the judicial control suffers from significant deficits in this regard as well:

Courts make decisions exclusively on the basis of law. The scope of judicial inquiries is therefore limited.[22] This leads to three major difficulties with entrusting courts to safeguard electoral integrity. First, the courts' protection of electoral integrity is only as good as the law on which their decisions are based. They must apply the law, even if it favours a particular party.[23] Second, courts can only rule on cases that are brought before them, so the effectiveness of judicial oversight depends on whether (political) actors are willing and able to bring a case before the court. Third, if engaging in the electoral process, courts would participate in high-level politics as they would be likely to have a significant political influence. Typically, courts lack the political expertise to engage in such high-level politics, given their technical scope of determining lawfulness.[24, 25] Making decisions with such a significant electoral impact could also lead partisan actors to accuse the courts of bias and thereby harm the overall reputation of the judicial system.[26] Damage to the courts' public standing could rather be exacerbated by the absence of public or political accountability.[27]

In addition, courts lack certain capacities to oversee election administration. For instance, they usually do not have the power to launch police-like investigations into irregularities.[28] Furthermore, the judiciary often does not have the structures and means to react swiftly to a large number of cases, for example on election day.[29]

---

[17] This is at least the case in party-political systems. Something else might be true for a truly Madisonian model of governance, which is characterised by genuine competition between the branches. In this sense, Tushnet argues that the Madisonian "argument about competition among the branches was defeated by the rise of political parties organized on a national scale". However, in such a system of competition, there might actually be no need for institutions beyond the three traditional branches in general since the traditional branches would check each other effectively. Going beyond what Tushnet says explicitly, in such a system the legislature and executive might be able to control the electoral process of the other branch. *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, pp. 12, 21.

[18] Referring to the judiciary, I also include constitutional courts in my analysis for the purpose of this paper. At the same time, I acknowledge that constitutional courts have a (slightly) different function than other courts, which leads Tushnet to understand them as part of the fourth branch (e.g. "[…] constitutional court and other fourth-branch institutions"). *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, p. 37.

[19] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (474).

[20] Khaitan comes to a similar result and argues that (constitutional) courts "typically lack the capacity to administer elections". Khaitan, Asian Journal of Comparative Law, 16 (2021).

[21] The only country I have come across in my research, whose constitution entitles an (electoral) court with administering election is Bolivia (Article 208 (1) of the Constitution of Bolivia). However, the image is somewhat confused due to "quasi-judicial" functions of electoral commissions.

[22] In this sense, Khaitan argues that "judicial reasoning is bounded perspectivally". *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S58)

[23] Since electoral commissions are bound by the law, a similar concern can be raised regarding electoral commissions. I addressed this issue in section IV.2. In short, unlike courts whose function is exhausted in the application of the law, electoral commissions can be – and are in fact often – designed to engage in electoral law reforms and thereby serve a "quasi-legislative" function.

[24] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (471). Even if courts have the expertise necessary to enduringly engage in mega-politics, they might not have the discretion to take the decision's political impact into account.

[25] I argue for the need for political expertise regarding electoral commissions in section III.3 with reference especially to *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 8.

[26] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (471).

[27] *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S58). This paper argues for some extent of political accountability regarding electoral commissions also for this reason in section III.2.

[28] In contrast, electoral commissions usually have the capacity to initiate court proceedings.

[29] For this reason, the Australian Election Commission often does not go before the courts but issues informal warnings instead. *Karp/Knaus*, Australian Electoral Commission finds 87 cases of election ads breaching law, The Guardian 2019, https://www.theguardian.com/australia-news/

Still, in some cases, the judiciary might provide sufficient protection despite its weaknesses. Here, context is crucial. In countries with powerful civil society actors or strong opposition rights, courts seem likely to be called upon to rule on cases of electoral irregularities and fraud. Their rulings may unmask illegal electoral interference. Especially in stable democracies, court rulings could thereby lead to civilian protests against the interfering party and support for institutions that oppose the illegitimate electoral outcome. The mere possibility of such judicial review of the electoral process could already deter any partisan interference. In severe cases, courts with strong public support could even annul the election and call for a new one.[30] At the international level, the exposure of electoral capture could increase international pressure or lead to sanctions against the interfering actor, especially if the country is deeply integrated into the international community. In such contexts, court rulings trigger further protection mechanisms and thus sufficiently safeguard electoral integrity.

In other cases, however, judicial protection alone cannot protect electoral democracy.[31] Especially in unstable democracies, the courts might fail to serve this function. This can be seen in Poland or Hungary, where the courts have been unable (or unwilling) to prevent partisan interference with the electoral process. Yet, this can also happen in more traditional democracies, as arguably demonstrated by the Fair Elections Act in Canada, where the Supreme Court only agreed on the unconstitutionality of one provision concerning freedom of speech, while not engaging against the further provisions allowing more partisan interference.[32, 33]

Against this background, electoral commissions are established to increase the guarantee of electoral democracy. They should not replace, but rather supplement existing protection mechanisms presented by the judiciary.[34] This seems particularly, but not exclusively, desirable in instable democracies, where the traditional branches of government are more likely to fail in safeguarding fair and free elections against partisan interference.[35, 36]

III. Institutional design

Having introduced the reasons for their establishment, this section discusses the institutional design of electoral commissions. The question of institutional design (What are the *characteristics* of effective electoral commissions?) can be distinguished from the question of operational design (What are the *tasks* of electoral commissions in order to be effective?), which will be addressed in section IV.

As electoral commissions are deliberately located outside the traditional three branches of power, their relationship with actors within the branches is crucial. On the one hand, the need for independence from partisan actors seems obvious, given that the very reason for establishing electoral commissions is to prevent partisan capture of elections. Therefore, the electoral commission itself needs to be shielded from partisan influence. On the other hand, some degree of accountability to the traditional branches is essential for the public standing and protection of the commission as well as to prevent the abuse of power by the electoral commission itself. To avoid conflicts with the requirement of independence, electoral commissions should be substantially accountable only to those whose interests are generally compatible with electoral integrity.

Furthermore, electoral commissions need to be able to protect electoral integrity; they must have sufficient expertise and capacity to carry out their role effectively. Because of their involvement in high-level politics, electoral commis-

2019/may/22/australian-electoral-commission-finds-87-cases-of-election-ads-breaching-law, lastly accessed on 15.9.2023.

[30] An example of the annulment of an election can be seen in Berlin, where the state's constitutional court required to repeat the 2021 election (VerfGH Berlin, 16.11.2022 – No. 154/21). However, examples are also given in less traditional democracies. Enjoying broad public support, courts in Kenya (1 September 2017) and Malawi (3 February 2020) recently annulled major elections due to violations of electoral integrity, leading to new elections. On the annulment in Kenya, see: *Burke*, Kenyan election annulled after result called before votes counted, says court, The Guardian 2017, https://www.theguardian.com/world/2017/sep/20/kenyan-election-rerun-not-transparent-supreme-court, lastly accessed on 15.9.2023. Regarding the annulment in Malawi, see: *Tew*, Strategic Judicial Empowerment, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3323022, lastly accessed 15.9.2023, pp. 42–50; *Harding*, Malawi election: What the annulment means for democracy across Africa, BBC 2020, https://www.bbc.com/news/world-africa-51369191, lastly accessed 15.9.2023.

[31] In support, Tushnet argues on a more abstract level that "[i]n some settings, authorizing the constitutional court to perform all the tasks identified by the logic of conflicts of interest might be sufficient […]. In other settings, though, creating several fourth-branch institutions might well be the more sensible choice". *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, p. 37.

[32] See already section II.1.

[33] In more traditional democracies, partisan interference with the electoral process is usually less severe. Alongside further reasons, this can be explained by the scope of judicial control. While strong courts are effective against electoral fraud or other obviously unlawful behaviour, judicial review fails to react to minor undemocratic shifts in law or administrative practice.

[34] In this sense, Kildea argues that the Australian Electoral Commission "helps to safeguard the fairness and integrity of the electoral process". *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (476).

[35] More radically, Khaitan argues that "[u]nless a polity wishes to risk counting solely on its cultural respect for democracy the management of free and fair democratic elections requires an electoral commission […] that is sufficiently independent of political parties". *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S55). Kildea goes even further by claiming that "[f]ourth branch institutions, such as EMBs[, as he calls what I mean with electoral commissions], are therefore required if democracy is to be protected". *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (471).

[36] This analysis also fits with Khaitan's more general approach to establish the need for "guarantor institutions". He argues that guarantor institutions are placed to protect non-self-enforcing constitutional norms, which he defines as norms that are likely to have powerful actors attempting to frustrate them. Furthermore, guarantors are only necessary if there is no sufficient protection within the traditional three branches. Electoral integrity is such a norm: It potentially has the ruling party in legislature and government as powerful actors trying to frustrate it and is, as argued above, not sufficiently protected by institutions within the traditional three branches. *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S53 ff).

sions need political, legal, and administrative expertise in the highly regulated area of electoral administration. In addition, they need sufficient personnel and financial capacity as well as legal powers to carry out their tasks effectively.

1. Independence

Almost every constitution that includes provisions for an electoral commission introduces independence as a basic requirement of institutional design.[37] Similarly, the vast majority of scholars refer to independence as a necessary design feature.[38]

Since electoral commissions can be understood as guardians of electoral integrity, partisan influence or even capture endangers them as much as it endangers the electoral process.[39] Moreover, even in the absence of direct attempts at partisan influence, an electoral commission depending on partisan actors, such as the legislative majority or the government, has a strong incentive to maintain good relations with the ruling party or coalition. This may discourage the commission from investigating or controlling the ruling party or coalition, thereby creating partisan bias.[40]

Simply enshrining the commission's independence in a constitutional provision is not enough to protect the commission from partisan capture in practice.[41] Therefore, further legal design must ensure the independence of the commission. Independence is understood here as freedom from interests that conflict with the commission's function to ensure electoral integrity, especially partisan interests.

(a) First, independence includes the impartiality of the electoral commission and its members, i.e. the absence of conflicts of interest. (b) Second, the electoral commission must be free from control by external actors; partisan actors, such as the legislative majority or the government, must not control the commission's actions.

a) Impartiality

The impartiality of the commission is crucial to the impartiality of its actions. The commission must not have partisan interests that override its commitment to fair and free elections.[42] Two different approaches are taken to achieve impartiality: (aa) Some electoral commissions try to avoid party affiliations altogether. They aim to achieve neutrality as an institution by ensuring the neutrality of its members. (bb) Other electoral commissions only try to be neutral as a whole. While explicitly allowing partisan interests to enter the commission, they try to balance opposite interests so that they outweigh each other.

aa) General avoidance of partisan interest

Most legal systems with independent electoral commissions follow the first approach and seek to prevent the commission from having partisan interests by avoiding individual partisan interests of its members.[43] They establish rules that seek to achieve impartiality in two ways: First, they try to avoid partisan appointments. Second, they impose restrictions on the party affiliations during and after their time as a commission member, thus preventing the development of partisan interest during their time in office.[44]

(1) For appointing neutral members, the appointment body is decisive; biases within the appointment body lead to biased appointments. Therefore, members of electoral commissions should not be selected by an institution dominated by a partisan actor or coalition.

Instead, neutral bodies should be entitled to appoint members of the commission or at least have a veto right on any appointment. In this sense, Art. 100 of the Constitution of Costa Rica, for example, requires a super-majority of the Supreme Court to appoint members of the electoral commission. In India, the Chief Election Commissioner is chosen by the President (Article 324 (2) of the Indian Constitution), who is supposed to be a respected statesman and therefore above party politics.[45]

[37] Examples of these are provided by Article 209 of the Constitution of Algeria, Article 107 (1) of the Constitution Angola, Article 90 of the Constitution of Burundi, Article 81 (1) (a) of the Constitution of Kenya, Article 181 (2) of the Constitution of South Africa and so forth.

[38] For example: *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (721); *Appleby*, Australian Journal of Human Rights 23 (2017), 168 (171 f.); *Ginsburg/Huq*, How to save a constitutional democracy, 2018, pp. 194–196; *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), pp. 5–7; *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (86–114); *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, pp. 42–77.

[39] Again, Poland gives a good example. As seen above, the ruling PiS party has changed the composition of the National Election Commission in their favour to capture the commission in order to interfere with the electoral process itself (see section II. 1).

[40] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (473, 480).

[41] One might imagine the case of a weak constitutional court unable or unwilling to protect the electoral commission's independence. This concern is addressed in section III. 1. b). But even in a system with a strong constitutional court, the term "independence" does not in itself provide sufficient clarity for effective protection. For instance, "independence" could be interpreted as mere freedom of governmental supervision allowing indirect forms of partisan influence. Klug addresses these "difficulties" of "translating […] this promise [of independence] into reality" in *Klug*, New York Law School Law Review 60 (2015), 153 (161).

[42] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 7.

[43] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 7.

[44] Speaking from *ex ante* and *ex post* mechanisms of independence: *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, pp. 20 f.

[45] *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (718). Notably, the Indian approach arguably failed in 1989, when the President used his power to appoint further commissioners and made political appointments. *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (108).

The inclusion of international experts or representatives of international organisations without strong links to politics in the given country could further enhance the neutrality of appointments. This has the distinct advantage of breaking up a process that is otherwise likely to be characterised by interdependencies within inner-country politics.[46] This practice has not yet been applied in any of the electoral systems under examination. However, forms of such international vetting procedures have been implemented, for example, in Ukraine for the selection of members or heads of the High Anti-Corruption Court (2018), the National Anti-Corruption Agency (2019), the High Judicial Council (2019), the High Qualification Commission of Judges (2019), the Specialized Anti-Corruption Prosecutor's Office (2021), and the National Anti-Corruption Bureau (2022), where some significant success has been identified.[47]

As an alternative to bodies with neutral members, bodies of weighted multi-partisanship, i.e. bodies consisting of representatives of different parties and coalitions which are designed in a way that multi-partisan or cross-coalition agreement is typically necessary for any appointment, might serve a similar function of avoiding biased appointments.[48] In Botswana, for example, an "All Party Conference", defined as a meeting of all registered political parties, recommends candidates based on agreement (Article 65a (1) (c), (3) of the Constitution of Botswana). A similar requirement of cross-party agreement is suggested in Mexico, where according to Article 41 (5) Section A of the Constitution a two-thirds majority of the House of Representatives is necessary for electing members of the National Electoral Institute.

In any case, as the electoral commission itself, the appointment body is also endangered of partisan capture. Including more actors can mitigate the risk; maybe only some will be captured or by different governments. Thus, in the majority of examined countries several institutions are involved in the appointment procedure. Various combinations of actors are possible. In Botswana, for example, the "All Party Conference" creates a list of recommended candidates from which the Judicial Service Commission selects the commissioners. In Mexico, the appointment procedure involves, alongside the House of Representatives, the National Commission for Human Rights, the National Transparency Agency, and the Supreme Court of Justice (Article 41(5) Section A of the Constitution of Mexico).

The inclusion of further bodies can also provide additional advantages. Parliamentary participation, for example, can increase an appointment's democratic legitimacy and public acceptance. Including the judiciary, for example, could increase the safeguard of lawfulness of the election process.

In addition to the appointment body, the appointment criteria are of particular importance. In this regard, prohibitions of the appointment of applicants with current or former party affiliations or of those who hold public offices can guarantee neutrality. Following this principle, Section 6 (2) (b) of the South African Electoral Commission Act 1996 prohibits the appointment of a person who has "a high party-political profile".[49]

(2) Similar to existing bars on party affiliations of appointees, the later development of partisan interest can be prevented by imposing future bars on political offices or other positions in high-level party politics. According to Article 88 (3) of the Constitution of Kenya, "[a] member of the Commission shall not hold another public office". Going further, Article 41 (5) Section A (e) of the Constitution of Mexico even prohibits commissioners to "be hired by the executive organs of political parties or being candidates of public office for the next two years after their time in office at the Institute have concluded".

To avoid partisan removal, members of electoral commissions can usually only be removed on limited grounds,[50] typically including multi-partisan or judicial approval.[51] In addition, the conditions of service, such as the salary during the membership, can be made out of reach for the ordinary political process.[52] Lastly, prohibiting re-elections or lifetime appointments decreases interest in good relations with political parties included in the appointment procedure.[53]

[46] *Hooper/Hoppe/Matos*, To Trust is to Choose, Verfassungsblog 2021, https://verfassungsblog.de/to-trust-is-to-choose/, lastly accessed on 15.9.2023.

[47] *Ackerman*, Harvard Law Review, 718 (2000). Notably, the Indian approach arguably failed in 1989, when the President used his power to appoint further commissioners and made political appointments. *Pal*, Review of Constitutional Studies 21, 108 (2016).

[48] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 11.

[49] Notably in this regard, Tushnet refers to Hans Kelsen, who already proposed that members of the constitutional court, which he saw as the single guardian of the constitution, should not hold high-level party positions and be appointed by neutral bodies in order to avoid conflicts of interests. *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, p. 16.

[50] See for example the Commonwealth Electoral Act 1918, Section 8 (3)–(4) in Australia.

[51] The Chief Election Commissioner in India can, for example, only be removed through impeachment due to Article 324 (5) of the Indian Constitution. Further Election Commissioners cannot be removed without the recommendation of the Chief Election Commissioner (Article 324 (5) of the Indian Constitution). *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (719). In Canada, the removal of the Chief Electoral Officer is only permissible for cause by the Governor General with approval of both houses of Parliament (Section 13 (1) of the Canada Elections Act, 2000).

[52] Again, India provides a good example stating that "the conditions of service of the Chief Election Commissioner shall not be varied to his disadvantage after his appointment" in Article 324 (5) of the Indian Constitution.

[53] Section 13 (2) of the Canada Elections Act, 2000, for example, prohibits re-appointments. Before 2014, the Chief Election Commissioner in Canada was elected for a lifetime. *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (92).

bb) Balancing partisan interests

Not a constitutional institution, yet of significance for this study, the U.S. Federal Elections Commission (FEC) follows the second approach: Instead of aiming toward the impartiality of every single member, the FEC aims to be independent only as a whole by balancing the partisan interest of the different members of the FEC. For this approach, the composition of the commission is crucial. The FEC consists of six members, while only three members may represent the same party.[54] In practice, the FEC, therefore, is staffed with three Democrats and three Republicans.[55] Building on the distinct feature of a de-facto two-party system, the FEC attempts to achieve neutrality as a whole by creating a system in which partisan interests outweigh each other.

One limit of this second approach seems obvious. To rely on the balance of partisan interests through an equal representation of opposing partisan members, as seen in organisations like the FEC, can only be effective in a two-party system. As soon as more parties get involved, it is difficult if not impossible to avoid coalitions and satisfy the need for flexibility due to political change.[56]

But even in a two-party system, this approach comes with at least two major difficulties. Firstly, having a similar number of commissioners from both parties increases the risk of deadlocks.[57] In particular, both parties have the power to block investigation and enforcement against them through their members in the commission.[58] Secondly, and even more dramatically, this second approach to independence of balancing opposing partisan positions fails to take into account political change beyond the two parties that existed when the system was designed. An emerging third party would, at least as long as it is not established, not be considered by the system. This also leads to the most salient problem of this approach: Even if we achieve a balance between the two parties, this will not balance out every interest that conflicts with electoral integrity. Most evident, both parties share the common interest to exclude other parties from the electoral competition and therefore the interest to undermine electoral fairness regarding other actors.[59]

Thus, the second approach is less suited to provide internal independence.

b) Freedom of external control

Ensuring the commission's neutrality is not sufficient to guarantee that the commission acts impartially. Powerful partisan actors, such as the government or the legislative majority, could attempt to control the commission's actions in their favour. Thus, freedom from external control is crucial as well.

Since electoral commissions are mostly imposed as independent bodies, it seems clear that they ought not to be formed as executive office under ministerial supervision. In this sense, electoral commissions must be generally free from governmental control through explicit directions.

However, partisan influence can be exercised in more subtle ways. Indirect control might be carried out through funding.[60] If the commission's budget depends on the government or parliamentary majority, they can use this power to cut the funding if the commission acts against their will and thereby exerting pressure on it.[61] The mere possibility might already incentivise the electoral commission to comply with the ruling party's will in order to avoid sanctions.[62] Electoral commissions should, therefore, be financially out of reach of the government or legislative majority to some degree. Bruce Ackerman, for example, suggests allocating a certain percentage of the total governmental revenue to guarantee budgetary freedom.[63]

A distinct threat to the neutrality of the commission's actions is posed by the law-making majority of the legislature. The ruling party or coalition could change the law concerning the electoral commission. They might, for instance, favour themselves by changing the commission's composition, as seen in Poland.[64] They could also influence the commission by taking away some of its powers (such as on evidence or sanctions), imposing ministerial supervision, transforming the decision-making process, limiting or abolishing the commission's budgetary independence, and so forth. They could even abolish the electoral commission altogether.[65]

[54] See: Website of the Federal Election Commission, https://www.fec.gov/about/leadership-and-structure/, lastly accessed on 15.9.2023.
[55] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (90).
[56] Supporting this: *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 7. As far as my research is concerned, I have not found any electoral commission following this approach in a multi-party system.
[57] For example, the FEC has been criticised for frequent deadlocks and their inability to enforce the law they are charged with *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (713).
[58] In the case of the FEC, Ackerman goes on to argue that the FEC is provided "with a structure that virtually guaranteed administrative failure" for this reason. *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (717).
[59] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 7; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (91).
[60] For instance, Kildea heavily criticises the lack of financial independence of the Australian Electoral Commission. *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (475-6, 478, 482).
[61] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (91).
[62] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (473, 480).
[63] Ackerman argues for financial independence of what he calls the "integrity branch" but his argument is transferable. *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (694).
[64] See section II.1 with reference to *Notz*, How to Abolish Democracy: Electoral System, Party Regulation and Opposition Rights in Hungary and Poland, Verfassungsblog 2018, https://verfassungsblog.de/how-to-abolish-democracy-electoral-system-party-regulation-and-opposition-rights-in-hungary-and-poland/, lastly accessed on 15.9.2023.
[65] For a more detailed analysis, including some case studies of partisan interference in established democracies, especially regarding the Fair

Such interference by the legislative majority could be avoided by entrenching the electoral commission in the constitution. Constitutional change typically needs broad multi-partisan agreement.[66] Thus, constitutionalising the commission protects it from the ordinary political process and thereby significantly increases structural independence.[67, 68]

In systems of constitutional entrenchment, the level of detail of constitutional provisions varies from system to system.[69] The more precise the constitutional provision, the less room for the simple majority in parliament to change the legal design in their favour.[70] Thus, as a general principle, constitutional entrenchment of non-self-enforcing design features, i.e. aspects of institutional and operational design that the legislative majority is likely to have an interest in undermining, seems desirable for the independence of the commission.[71]

This might include general design principles, such as independence,[72] the general function to protect electoral integrity,[73] and more precise design aspects, such as the commission's mandate and precise tasks,[74] its budget and other capacities,[75] its relationship to (partisan) actors within the traditional three branches of government,[76] its composition,[77] the appointment procedure,[78] the removal procedure,[79] rules on internal decision-making,[80] and even the salary[81] as well as the tenure[82] of commission members and so forth.[83]

This is not to say that constitutional entrenchment is strictly necessary for a functioning electoral commission or that constitutional entrenchment combats all threats to independence effectively. Notably, this does not mean that statutory electoral commissions must fail. Political entrenchment might already be enough. Regarding the Australian Electoral Commission, Paul Kildea argues, for example, that "a long history of professional and nonpartisan electoral administration, combined with institutional independence and high public confidence in its performance" have already been sufficient to protect the commission's independence.[84]

Reversely, constitutionalising the electoral commission can be insufficient and fail to prevent partisan capture in some cases. Firstly, the constitution could already be biased due to its original drafting.[85] Secondly, and more importantly, the political environment is crucial. Constitutional provisions might only be a "parchment barrier"[86] in systems, where constitutional amendment is relatively easy for the ruling party due to the amendment rules or an overwhelming majority in the Parliament.[87] In Hungary, in this sense, the Fidesz party's replacement of the constitution allowed them to pack the electoral commission.[88] In other contexts, the constitutional court might be unwilling or unable to protect constitutional provisions including institutional design.[89] Here, a limit of legal design is reached.

2. Accountability

Sometimes understood as the counterpart to the commission's independence,[90] electoral commissions are usually and rightfully established with some form of accountability. Almost universally, this includes some legal accountability to the judiciary. As electoral commissions are bound by law, their actions can be subject to judicial review in almost all countries.[91] In addition, most systems also introduce some degree of political accountability. Typical in this context is the commission's duty to report to the parliament

Elections Act (2014) in Canada see *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (89–93).

[66] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (96).

[67] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 11; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (96); *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (692).

[68] While I acknowledge that this is not only true for written constitutions but also for small-c constitutions, my following argument focuses on written constitutions.

[69] Regarding the tasks of electoral commissions, at the more detailed end of the spectrum, one can find in Mexico. In contrast, the South African Constitution states general principles which are filled out by the statutory South African Electoral Commission Act (1996). Already referring to such a spectrum: *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (97-99).

[70] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (97, 106–112).

[71] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (97, 110): "[A]n overall lesson […] is that EMBs [= Electoral Management Bodies] should be defined as specifically as possible in the constitution."

[72] See already footnote no. 37.

[73] For example: Article 86 (a) of the Constitution of Kenya, Article 190 (1) (b) of the Constitution of South Africa.

[74] For Example: Article 88 (4) of the Constitution of Kenya.

[75] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (91).

[76] For example: Article 181 (2)–(5) of the Constitution of South Africa. Article 103 of the Constitution of Costa Rica. For a detailed analysis of this aspect see: id. at, *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (100–104).

[77] For example: Article 191 of the Constitution of South Africa.

[78] For example: Article 88 (2) of the Constitution of Kenya, Article 193 of the Constitution of South Africa, Article 100 of the Constitution of Costa Rica.

[79] For example: Article 194 of the Constitution of South Africa.

[80] For example: Article 41 of the Constitution of Mexico.

[81] For example: Article 324 (5) of the Constitution of India.

[82] For example: Article 101 of the Constitution of Costa Rica.

[83] A more detailed analysis is given by *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (97–106).

[84] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (482).

[85] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (107).

[86] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (90, 96).

[87] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (96).

[88] *Landau*, Abusive constitutionalism, U.C. Davis Law Review 47 (2013), 189 (210).

[89] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (88).

[90] *Appleby*, Australian Journal of Human Rights 23 (2017), 168 (171 f.); *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (472); *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (111).

[91] A counterexample is given by Burundi's Independent National Electoral Commission regarding their "quasi-judicial" function of solving electoral disputes. In this area, "[t]he decisions of the Committee are unappealable […]" (Article 92 (1) (f) of the Constitution of Burundi). Another counterexample is given by Costa Rica, where, due to Article 9 of the Constitution, the Supreme Electoral Tribunal's decisions cannot be overturned by the judiciary. *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (103).

or government.[92] The South African Electoral Commission, for example, is "accountable to the National Assembly, and must report on [its] activities and the performance of [its] functions to the Assembly at least once a year".[93] Another form of political accountability can be seen in the duty to transparency as imposed, for instance, in Algeria.[94] In Mexico, transparency of the Federal Electoral Institute is created through political appointees who may attend the Institute's meetings but are expressly barred from voting (Article 41(5) Section A of the Constitution of Mexico).[95]

While the duty to report or general transparency is not linked to any formal consequences, more substantial mechanisms of political accountability include sanctions for the members of the electoral commission. For example, most laws on electoral commissions foresee the possibility of a commissioner's removal in cases of misconduct.[96] In contrast to weaker forms of political accountability, such as reports or general transparency, which incentivise impartiality and professionality, substantial accountability might motivate the commission to act in compliance with the interest of those who are entitled to impose sanctions. Here, Micheal Pal identifies a "tradeoff between independence and accountability".[97] Having elected representatives influence the commission, he argues, can on the one hand be seen as legitimate oversight, but on the other hand limits the commission's independence.[98] Indeed, where unipartisan bodies can impose sanctions on electoral commission members, some tension with the commission's independence cannot be denied.[99] Electoral commissions should, therefore, not be accountable to unipartisan, but instead to bodies who have a genuine interest in supporting electoral integrity. For this reason, Tarunabh Khaitan suggests political accountability to bodies of weighted multi-partisanship.[100] Instead of giving the government or legislative majority the ability to remove commissioners, more parties and other (political) actors should be involved.[101]

In general terms, the electoral commission should not be substantially accountable to those with an interest in undermining electoral democracy. This principle is also applicable to legal accountability to the courts. That most systems impose general legal accountability can be understood as based on the assumption that courts mostly are not interested in capturing the electoral process.[102] However, where courts are more likely to be controlled by political parties, it seems as if it might be reasonable to make (some) decisions of the electoral commission unreviewable.[103]

Generally, accountability of the electoral commission is desirable as legitimate oversight over the commission and to ensure their effectiveness. Due to the significant impact electoral commissions have on the electoral outcome, they must be subject to some control to prevent overzealousness or partisan behaviour and to correct errors. Likewise, accountability is crucial for the commission's public standing and thereby for its effectiveness:

Electoral commissions affect high-level politics.[104] When administrating and supervising elections, their decisions and actions can have a substantial impact on the electoral outcome and thus the distribution of political power.[105] Their investigations and inquiries can significantly harm the professional reputation of politicians.[106] At the same time, there is a risk of electoral commissions making mistakes[107] or acting overzealous[108] or even partisan.[109] Some degree of accountability is therefore desirable to ensure adequate oversight of the commissions' power or as Ackerman puts it: "Once we have created our constitutional watchdogs, we must take steps to keep them under control."[110]

Accountability is also desirable from the point of view of the electoral commission. Public standing is crucial for electoral commissions.[111] For their legitimacy, it is necessary that their electoral administration is not only accepted by the "winner", but also by the "loser" of the election.[112]

[92] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (472).
[93] Article 181 (5) of the Constitution of the Republic of South Africa. Similar provisions can be found in, for example, Armenia (Article 194 (3) of the Armenian Constitution) or Botswana, where the electoral commission is even accountable "to the Minister for the time being responsible for matters relating […] [and] the National Assembly" (Article 65a (13) of the Constitution of Botswana).
[94] Article 210 of the Constitution of Algeria.
[95] For an overview of the Mexican regulation see *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (104).
[96] This example has already been touched upon in section III.1.a)aa).
[97] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (111). Pal argues only in regard to constitutional entrenchment of electoral commissions, but the argument is transferable.
[98] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (111).
[99] This is, for example, also identified by *Appleby*, Australian Journal of Human Rights 23 (2017), 168 (172); *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 11 f.
[100] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 11–14.
[101] See already above in section III. 1. a) aa).
[102] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (104).
[103] According to Pal, this can be seen in Mexico and Costa Rica. *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (104).
[104] *Tushnet*, The new fourth branch: institutions for protecting constitutional democracy, 2021, p. 125; *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S44)
[105] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (480).
[106] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (472).
[107] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (475).
[108] *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S58); *Tushnet*, Institutions Protecting Democracy: A Preliminary Inquiry, Law and Ethics of Human Rights 2018, 181 (197).
[109] Ackerman recognises this regarding what he calls the "integrity branch" as "obvious dangers of partisan abuse". *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (694).
[110] *Ackerman*, Harvard Law Review 113 (2000), 633 (694).
[111] *Appleby*, Australian Journal of Human Rights 23 (2017), 168 (175–179); *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (478 f.). Appleby argues that way regarding the Australian Human Rights Commission, but her argument can be generalised and applied to electoral commissions as well.
[112] *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S43).

Without public and political acceptance, electoral commissions might be subject to attacks by partisan actors or even be ignored entirely.[113] This would not only undermine the authority of the electoral commission itself but also challenge the entire electoral process administrated by the electoral commission. To ensure general support, the commission's neutrality and professionalism must be visible and partisan influence detectable. Where public confidence in courts is high, some credibility can already be achieved by legal accountability. Further political accountability in the form of transparency towards the public and political parties in the parliament can increase the commission's credibility.

In addition, transparency can even reduce the risk of direct partisan capture of electoral commissions. Parties have to fear greater public backlash for trying to influence the electoral commission if the commission's decision-making process is transparent and influence is visible. Thereby, accountability increases the political cost of attempted partisan capture. In this sense, accountability could even prevent giving "institutional legitimacy" to partisan actors, who try to interfere with the electoral process by gaining legitimacy through the captured electoral commission.[114]

3. Ability to perform the given tasks effectively

Furthermore, electoral commissions need the ability to carry out their tasks effectively. This includes sufficient expertise, i.e. sufficient knowledge on how to perform their tasks and the skills necessary to carry them out.[115] In addition, electoral commissions need to have sufficient capacities to perform the tasks allocated to them. Both are strongly linked to the precise tasks given to the electoral commission. As the given tasks vary from system to system, the exact expertise and capacity required by different commissions also vary. However, some general considerations can be made.

As seen above, electoral commissions are mandated with highly political matters. They engage with various political actors[116] and their actions can have a significant impact on the electoral outcome.[117] When the political environment changes, the commissions must be able to react to those changes. They must keep a good reputation and, at the same time, perform their tasks in an impartial and effective manner. To balance these aims in each political environment, electoral commissions require political expertise.[118] On a basic level, this includes the ability to estimate how their actions will be received by the general public and by other political actors. Building on this basic understanding, timing is important; publishing a report on election day might have a different, unjustifiably higher impact than publishing it one month earlier. Sometimes it might be necessary to refrain from using their full power to avoid public and political attacks. The Australian Electoral Commission, for example, tends to issue warnings instead of taking legal steps to increase the swiftness of their actions, avoid the appearance of bias, and prevent backlash for incorrect legal actions.[119]

This leads to the second form of expertise that is generally required: legal expertise. Electoral commissions must have expertise in making legal assessments. This is often considered in the composition of electoral commissions. The South African electoral commission, for example, consists of five members, and one of them must be a judge.[120] Similarly, the Chairperson of the Independent Electoral Commission in Botswana must be a judge from the High Court.[121]

In addition to general political and legal expertise, various specific forms of expertise might be required due to the tasks the electoral commission performs. Different expertise requirements can partly explain differences in the composition of electoral commissions. If more types of expertise are necessary, a multi-membered electoral commission might be reasonable. Reversely, it can make sense to have a single-membered electoral commission where the commission's tasks are quite limited.[122]

The commission's capacity includes sufficient staff and financial resources. As seen in subsection III.2., electoral commissions should be financially independent to avoid indirect influence by the legislative majority or government. Since the work of electoral commissions is heavily linked to the electoral process, the need for personnel increases significantly during elections. Therefore, flexibility in their personnel structure is particularly significant.

Furthermore, electoral commissions must have sufficient legal authority, i.e. they must be legally empowered to perform what is necessary for them to fulfil their tasks. As their

[113] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (472 f.).
[114] *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S54 f.).
[115] For a detailed exploration of the theory underlying expertise, see *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 8.
[116] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 8 f.
[117] See already section III. 2.
[118] Tarunabh Khaitan calls this political nous. *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S44).
[119] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (479 f.); *Karp/Knaus*, Australian Electoral Commission finds 87 cases of election ads breaching law, The Guardian 2019, https://www.theguardian.com/australia-news/2019/may/22/australian-electoral-commission-finds-87-cases-of-election-ads-breaching-law, lastly accessed on 15.9.2023.
[120] Section 6 (1) of the South African Electoral Commission Act. 1996.
[121] Article 65a (1) (a) of the Constitution of Botswana. Something similar is true for the Chairperson of the Australian Electoral Commission, see Section 6 (4) of the Commonwealth Electoral Act. 1918.
[122] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 10. Khaitan's argument concerns guarantor institutions in general but is transferable.

tasks differ from system to system, there is no exhaustive list of legal powers electoral commissions need in order to be effective. These range from administrative powers, such as the power to register voters, to investigative powers, such as the power to conduct audits or to enter and search buildings, to judicial powers, such as the power to rule on cases on political partiality of state officials, to legislative powers, such as the power to submit draft laws or to veto new legislation. A particularly broad and vague empowerment is provided by Section 6 (3) of the Commonwealth Electoral Act, stating that the Australian Electoral Commission "may do all things necessary or convenient to be done for or in connection with the performance of its functions".

IV. Operational design

According to Section 5 (1) of the South African Electoral Commission Act of 1996, the Electoral Commission must "(a) manage any election; (b) ensure that any election is free and fair; […]; (e) compile and maintain voters' rolls […]; (j) continuously review electoral legislation and proposed electoral legislation, and to make recommendations in connection therewith" and so forth.[123] Similar lists of tasks of electoral commissions have been established either by statute, like in South Africa, or by constitutional provisions.[124] They address the question of operational design: What do electoral commissions do in order to protect electoral democracy effectively?[125]

Established in response to the threat of electoral interference, electoral commissions are meant to shield elections from partisan influence. This section focuses on three fundamental tasks given to electoral commissions in this regard:

1. In order to prevent political parties from capturing the electoral process, they take election administration away from the partisan executive or legislature and organise free and fair elections.
2. In order to prevent the legislative majority from imposing election law favouring themselves, they engage in electoral law reforms, partly even empowered with law-making capacities.
3. In order to prevent the partisan executive from biased enforcement of electoral law, they replace executive administration and enforce regulations concerning political parties themselves.

In performing these tasks, electoral commissions reduce partisan access to vulnerable aspects of the democratic process. Although this does not eliminate the party-political interest in manipulating elections, it increases the effort and time required for interfering with elections and the political costs of attempts significantly. This decreases the likelihood of successful election manipulation and disincentivises attempts of interference with electoral integrity in the first place.

1. Organisation of free and fair elections

Most fundamentally, the main task of electoral commissions is usually to manage fair and free elections.[126, 127]

The administration of high-level elections is an administrative mega-project. The preparation of elections already includes maintaining the electoral roll,[128] drawing electoral boundaries,[129] the registration of political parties for the election,[130] overseeing and regulating the nomination of candidates,[131] registration of candidates,[132] and so forth. The workload increases significantly when it comes to actually conducting the election. During the election campaign, electoral commissions impose and enforce the law on campaign advertisement[133] and educate voters and candidates about their rights and the democratic process.[134] On election day, the electoral commission must run polling stations[135] and ensure that voting is accessible for everyone,[136] and, most crucial for the electoral process, they count the ballots and proclaim the election results.[137]

[123] This list continues until: "[…] (p) appoint appropriate public administrations in any sphere of government to conduct elections when necessary".

[124] An example of such a constitutional provision is given by Article 88 (4) of the Constitution of Kenya.

[125] In acknowledge that electoral commissions not only protect electoral democracy against threats but also facilitate it. In this sense, Kildea claims that "we should reflect not only on their capacity to *protect* but also to *facilitate* certain values". *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (471). Khaitan addresses some aspects of facilitation by calling it "the duty to nourish the norm". *Khaitan*, Asian Journal of Comparative Law 2021, S40 (S46). However, I focus only on their function to protect electoral democracy for the purpose of this paper.

[126] See, for example, Article 92 (1) (a–c) of the Constitution of Burundi or Article 190 (1) (a) of the Constitution of South Africa.

[127] Often electoral commissions are not limited to administering elections but are also responsible for the administration of referendums. I do not address this directly, but many of the following explanations are also applicable to the administration referendums.

[128] Article 88 (4) (a)–(b) of the Constitution of Kenya; Section 5 (1) (e) of the South African Electoral Commission Act of 1996.

[129] Article 88 (4) (c) of the Constitution of Kenya; Section 5 (1) (m) of the South African Electoral Commission Act of 1996; Article 76 (2) (a)–(b) of the Constitution of Malawi.

[130] E.g.: Section 5 (1) (f)–(g) of the South African Electoral Commission Act of 1996.

[131] E.g.: Article 88 (4) (d) of the Constitution of Kenya.

[132] E.g.: Article 88 (4) (e) of the Constitution of Kenya.

[133] E.g.: Article 41 (III) (A)–(B), (D) of the Constitution of Mexico.

[134] E.g.: Article 88 (4) (g) of the Constitution of Kenya, Section 7 (1) (c) of the Commonwealth Electoral Act. 1918.

[135] For an account of this process in Australia, see *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (474).

[136] For the example of the Australian Electoral Commission, see *Australian Election Commission,* Annual Report 2020–21, https://www.aec.gov.au/About_AEC/Publications/annual-report/files/aec-annual-report-2020-21.pdf, lastly accessed on 15.9.2023. Due to their system of compulsory voting, the need for easy accessibility of elections in Australia is particularly high.

[137] E.g.: Section 5 (1) (n) of the South African Electoral Commission Act of 1996.

The varying workload leads to a distinctive feature of electoral commissions. The need for staff increases significantly during elections. As seen above, the Australian Electoral Commission, for example, has only 800 employees under normal circumstances but 87,000 workers during elections.[138] In this sense, electoral commissions need distinct flexibility regarding their personnel capacity. Furthermore, as the conduct of elections is an administrative megaproject, commissions need expertise regarding the logistics of large-scale administration.[139]

By administrating the election from outside the legislature or executive, electoral commissions limit access of partisan actors to the electoral process. Thereby, they take away direct partisan control over elections. In order to interfere with the electoral process, partisan actors must attempt to capture the electoral commission first.

2. Engagement in law reforms

An electoral commission, which is actually shielded against partisan influence of all kinds, which enjoys broad public support and has the expertise as well as the capacity to administrate elections, does not eliminate the partisan interest to capture elections. Being confronted with an effective and impartial electoral administration, partisan actors might seek other ways to manipulate elections in their favour.[140]

Since electoral commissions are bound by the law, their protection of electoral integrity is – like the protection practiced by courts –[141] only as effective as the law they apply.[142] Therefore, the ruling party or coalition in the legislature might be tempted to use their law-making majority to impose election laws favouring themself.[143] There are two possible solutions to combat this threat:

(1) Similarly to electoral commissions which are protected against the legislative majority through constitutional entrenchment, constitutionalising election laws might prevent partisan manipulation. Indeed, most systems entrench at least fundamental principles regarding the electoral process, such as the freedom and fairness of elections, in their constitutions and thereby immunise them against ordinary political change.[144] Like with the constitutional entrenchment of electoral commissions,[145] the more precise the constitutionalised provisions, the less discretion for the legislative majority, i.e. the less room for partisan manipulation by the legislative majority.[146] However, providing more detailed provisions also increases the threshold for desirable innovation. In addition, technological development might create demand for new regulations and thereby cause gaps in the constitutionalised election law, which can still be exploited for manipulation by the legislative majority.[147]

(2) Instead of or in addition to constitutionalising election laws, electoral commissions can prevent biased election law by engaging in law reforms. Thereby, electoral commissions perform a "quasi-legislative function".[148] A relatively weak form of participation in law reforms can be seen in Australia, where the AEC's role is primarily to give advice.[149] Slightly more powerful but rarely used in practice, the AEC is also entitled to comment on law reforms publicly and thereby create political pressure.[150] Joo-Cheong Tham suggests a statutory duty to comment on law reforms in response to its rare usage.[151] A more formal way of intervening in law reforms could be established by giving the electoral commission the ability to challenge statutes before a constitutional court that exercises strong-form judicial review. Even more drastic intervention powers could be provided for electoral commissions by vesting them with a genuine veto power. An indirect veto power, for example, is given to the Supreme Electoral Tribunal in Costa Rica. If the Supreme Electoral Tribunal denies their approval of an electoral law, the legislature needs a two-thirds majority to pass the law.[152] Considering that changing the power of the constitutionally entrenched electoral commission would also need a two-thirds majority, this can be seen as indirect constitutional veto power. Even stronger, the Supreme Electoral Commission has a direct veto power, i.e. a veto power that cannot be overruled by a two-thirds majority, within six months before an election.[153]

Having electoral commissions engage in law reforms allows greater flexibility than the constitutional entrenchment of electoral law. While advice or public commenting on law reforms might only slightly increase the political costs, a veto power like in Costa Rica might more effect-

[138] See already section II. 2 with reference to *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (474).
[139] *Khaitan*, Designing Post-Partisan Guarantor Institutions (unpublished manuscript on file with the author), p. 8.
[140] Expressing a similar concern: *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (88).
[141] See section II. 2.
[142] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (106 f., 110). Pal also refers to examples given by South Africa, the first one regarding the discrimination against prisoners and the second one concerning voter identification.
[143] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (88, 106 f., 110).
[144] For a detailed account of this with elaborations of examples in Bangladesh, Costa Rica, Ghana, India, Indonesia, South Africa, and Uruguay, see *Catt* et al., Electoral Management Design, 2014, pp. 46–48.
[145] See section III. 1. b).
[146] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (97, 106–112).
[147] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (110).
[148] *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (94).
[149] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (481). Another example is given by the South African Electoral Commission, which has the function to "continuously review electoral legislation and proposed electoral legislation, and to make recommendations in connection therewith" (Section 5 (1) (j) of the also South African Electoral Commission Act of 1996).
[150] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (481).
[151] *Tham*, Election Law Journal: Rules, Politics, and Policy 12 (2013), 386 (398).
[152] Article 97 of the Constitution of Costa Rica; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (101).
[153] Article 97 of the Constitution of the Republic of Costa Rica; *Pal*, Review of Constitutional Studies 21 (2016), 85 (101).

tively prevent the legislature from imposing biased election laws as long as the electoral commission is able to operate effectively and impartially.

3. Enforcement of law regulating political parties

Going beyond the mere electoral process, electoral commissions are often tasked to enforce the laws regulating political parties. In performing this "quasi-executive" function, they serve the rationale of the law enforced and guarantee impartiality as well as political competition.

A risk of enforcing the law directly against political parties is imposed on the electoral commission's public standing. Parties who are subject to investigations, inquiries, or even sanctions might accuse the electoral commission of bias and, thereby, harm the commission's public reputation.[154] Electoral commissions can avoid such attacks by restraining their actions and, for example, only issuing warnings instead of taking formal steps.[155] However, this might lead to overcautiousness of the electoral commission.[156] Not enforcing the law because of the possibility of such attacks gives political parties factual control over the electoral commission. This is a clear example of the commission's engagement in mega-politics. It is therefore necessary that they have sufficient political expertise to predict the effects of their actions and not generally defer to political parties.

Further examination of this aspect focuses on enforcing campaign and party finance law. Alongside political expertise, electoral commissions must have some basic expertise in police-like investigation and accountant-like expertise in finding irregularities in statements of accounts. Furthermore, specific legal expertise is needed to determine violations of party finance law. In addition, electoral commissions need legal power for investigating and sanctioning political parties[157] or for referring the matters to public prosecution.[158] In this context, the swiftness of the commission is crucial as sanctions are more likely to have an impact before the actual election takes place, because they are more dangerous for political reputation of the addressee at this time. Electoral commissions therefore need sufficient personnel and financial capacity to act fast.

By overseeing financial disclosure, electoral commissions help to foster transparency and support the public in overviewing connections between donations and policy outcomes.[159] Effective enforcement and monitoring of party finance increase the effort necessary for corrupt donors to hide their donations and raises the political costs of corruption by making corruption more visible and traceable, which might increase public backlash. In addition, impartiality is required to uphold electoral competition.

V. Conclusion

To sum up, electoral commissions are established to safeguard electoral integrity, especially from partisan capture. To do so, they must be independent of actors with an interest in influencing the electoral process in their favour, especially partisan actors. For this reason, members of electoral commissions should be impartial and the commission as an institution should be free from external control by partisan actors. At the same time, electoral commissions should be accountable to actors with a shared interest in electoral integrity to ensure their impartiality and effectiveness. Lastly, electoral commissions must have the necessary expertise and capacity to carry out the tasks assigned to them effectively.

How these abstract terms translate into concrete design choices is highly context-depending: In systems with a strong civil support for and political commitment to free and fair elections, it might not even be necessary to establish an independent electoral commission; in other systems, it may be. Impartiality in the process of appointing members of electoral commissions may already be ensured by the involvement of several national institutions in some systems; in others, where national institutions cannot be trusted to act neutrally, it may be necessary to involve international experts or representatives of international organisations without strong links to domestic politics in the appointment process. Where the judiciary can be trusted to act impartially, it makes sense to make electoral commissions fully accountable to the judiciary through judicial review of their decisions; where this is not the case, it could be reasonable to make some decisions of the commission unreviewable.

Overall, even a perfectly designed electoral commission cannot fully guarantee electoral integrity. Despite all design, powerful actors might attempt and succeed in influencing elections. However, well-designed electoral commissions seem likely to increase the costs of attempts and make success less probable.

[154] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (479).
[155] *Karp/Knaus*, Australian Electoral Commission finds 87 cases of election ads breaching law, The Guardian 2019, https://www.theguardian.com/australia-news/2019/may/22/australian-electoral-commission-finds-87-cases-of-election-ads-breaching-law, lastly accessed on 15.9.2023.
[156] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (480).
[157] For examples in the case of Australia, see *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (478 f.).
[158] The Australian Electoral Commission, for example, can "refer the matter to the Commonwealth Department of Public Prosecution". *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (478).
[159] *Kildea*, Federal Law Review 2020, 469 (478).

Leo Miura[*]

Firmenwagen – Grund- und aktuelle Fragen ihrer steuerlichen Berücksichtigung

Aus steuerrechtlicher Sicht erweist sich der Firmenwagen als überaus komplex und vielseitig: Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung müssen sich beim Thema Firmenwagen einer Vielzahl an Herausforderungen stellen, die sie – mal mehr, mal weniger elegant – auf verschiedenen Wegen gelöst haben. Dazu zählt insbesondere die Problematik der im Alltag üblichen Privatnutzung eines eigentlich betrieblichen Firmenwagens, die Herausforderungen durch neue, alternative Antriebsarten, aber auch die stetig wachsende Verantwortung im Lichte des Klimaschutzes, die den Verkehrssektor nicht nur indirekt trifft. Dieser Beitrag beleuchtet die Geltung derzeitiger steuerrechtlicher Regularien für den Firmenwagen und beschäftigt sich dabei mit grundlegenden und aktuellen Fragen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 160
B. Verortung des Firmenwagens im Steuerrecht 161
I. Ertragsteuerliche Behandlung 161
II. Umsatzsteuerliche Behandlung 162
C. Privatnutzung des Firmenwagens 162
I. Begriffliche Grundlagen 162
II. Bewertungsmethoden zur Nutzungswertbesteuerung 163
1. Pauschale Nutzungswertmethode 163
2. Individuelle Nutzungswertmethode 164
3. Besonderheiten bei der Anwendung 164
III. Verfassungsmäßigkeit der 1%-Methode 164
1. Unzulässige Einschränkung des objektiven Nettoprinzips 165
2. Zu strenge Anforderungen an das Fahrtenbuch 166
3. Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit 166
4. Entscheidung der Gerichte 166
IV. Rechtsentwicklung zum Anscheinsbeweis 166
D. Nebenaspekte der Privatnutzung 167
I. Kostenbeteiligungen des Arbeitnehmers 167
II. Nutzungswertbesteuerung bei Leasing-Verträgen 167
E. Weitere Fahrtarten 167
I. Regelungstechnik für Gewinneinkunftsarten 168
II. Regelungstechnik für Überschusseinkunftsarten 168
F. Elektromobilität 168
I. Nachteilsausgleich bei Anwendung der 1%-Methode 169
II. Nachteilsausgleich bei Anwendung der Fahrtenbuchmethode 169
G. Firmenwagen und Klimaschutz 169
I. Umweltverträglichkeit der Firmenwagenbesteuerung 170
1. Steuervergünstigung durch die 1%-Methode . 170
2. Weitere begünstigende Faktoren 170
3. Nachteilsausgleich für Plug-In-Hybridfahrzeuge 171
II. Firmenwagen im internationalen Vergleich 171
H. Fazit 171

A. Einleitung

In zwei Jahren feiert die erste Normierung zur Nutzungswertbesteuerung des Kraftfahrzeugs ihren einhundertsten Geburtstag – die Regelung des § 16 Abs. 5 Nr. 4 für Fahrten zwischen Wohnung und Arbeitsstätte im EStG von 1925.[1] Inzwischen hat sich ein Gerüst aus mehreren Rechtsnormen an verschiedenen Stellen des EStG und des UStG, Stellungnahmen der Finanzverwaltung sowie ständiger Rechtsprechung gebildet, das in seiner Gesamtheit die rechtliche Gestalt des Firmenwagens ergibt. Aus Sicht der deutschen Automobilindustrie ist der Firmenwagenmarkt einer der wichtigsten Absatzmärkte. Der Marktanteil deutscher Autohersteller liegt im Bereich des Firmenwagengeschäfts bei ganzen 82 %.[2] Auf dem Arbeitsmarkt ist es besonders bei großen Unternehmen als Arbeitgebern üblich, neben der Lohnzahlung als Arbeitsvergütung die Nutzung eines Firmenwagens als Vorteil anzubieten, um neues Personal anzuwerben.[3]

Es lässt sich eine Fülle an Gründen benennen, aufgrund derer eine einfache und abschließende Regelung der Besteuerung schwerfällt. Zunächst werden Firmenwagen je nach Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oft nicht nur für dienstliche Zwecke, sondern auch für private Fahrten genutzt. Dies wirft unter anderem die Frage auf, wie und weshalb der daraus entstandene Vorteil für den Arbeitnehmer versteuert werden kann. Mit der grundlegenden Problematik der Privatnutzung eines Firmenwagens und den vielen Anschlussfragen beschäftigen sich die Abschnitte (C.) bis (E.). dieser Arbeit in entsprechendem Umfang.

---

* Der *Verfasser* studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag wurde als Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Allgemeines Steuerrecht bei Herrn Univ.-Prof. Dr. *Markus Heintzen* verfasst.

[1] RGBl. I 1925, S. 193; *Schanz*, FA 1926, 132 (138); vgl. *Urban*, Besteuerung von Firmen- und Dienstwagen – Ertragsteuerliche Behandlung des Nutzungswerts von Kraftfahrzeugen, 2009, S. 33.

[2] *Hubik/Tyborski*, „Besteuerung überfällig? – Deutsche Autohersteller fürchten um das Dienstwagen-Geschäft“, Handelsblatt v. 22.8.2022, https://www.handelsblatt.com/28617502.html, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.

[3] *Schiefer/Buse*, DB 2017, 2097 (2100); *Becker/Uhlendorf*, „Elektroautos in Flotten – Öko-Autos oder Protz-Limousinen?“, SZ v. 6.10.2022, https://sz.de/1.5648757, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.

Ein weiterer Grund, insbesondere für die stetige Veränderung der Rechtslage, ist die aktuelle Relevanz des Themas. Denn das Voranschreiten der Elektromobilitätswende und die zunehmende Bedeutung des Klimaschutzes betrifft auch den Firmenwagen. Fast zwei Drittel aller neuen Fahrzeuge wurden im vergangenen Jahr gewerblich zugelassen.[4] Dass der Gesetzgeber zur Beeinflussung des künftigen Fahrzeugbestandes in Deutschland den Firmenwagen in Augenschein nimmt, scheint daher unausweichlich.[5] Mit der Elektrifizierung beschäftigt sich Abschnitt (F.), mit (sonstigen) Umweltfragen Abschnitt (G.) dieser Arbeit.

Bevor die einzelnen Probleme behandelt werden, ist ein Überblick über die für den Firmenwagen einschlägigen Steuernormen nötig. Was das Steuerrecht also unter dem „Firmenwagen" versteht, soll der folgende Abschnitt (B.) für das Ertrag- und das Umsatzsteuerrecht erläutern.

B. Verortung des Firmenwagens im Steuerrecht

An sich ist der Begriff „Firmenwagen" kein steuergesetzlicher. Nach einer wörtlichen Erwähnung oder gar Legaldefinition sucht man in den deutschen Steuergesetzen vergeblich.[6] Die Unterscheidung zwischen den zwei geläufigen Begriffen „Firmenwagen" und „Dienstwagen" ist weder praktisch noch steuerrechtlich von Bedeutung.[7] Beide Begriffe meinen letztlich gleichermaßen Kraftfahrzeuge (Kfz), die einem Betriebsvermögen zugeordnet sind; das Gesetz unterscheidet lediglich deren Nutzungsart.[8] Dabei sind Kfz im Sinne der Firmenwagenbesteuerung nur solche Fahrzeuge, die nach allgemeinen Erfahrungssätzen überhaupt einer nicht nur untergeordneten privaten Nutzung zugänglich sind; Lkw und Zugmaschinen sind daher keine Firmenwagen in diesem Sinne.[9] Auf Fahrräder sind die Regelungen des Firmenwagens nur anwendbar, wenn sie verkehrsrechtlich als Kfz einzuordnen sind.[10]

I. Ertragsteuerliche Behandlung

Spricht man vom Firmenwagen, bewegt man sich aus steuerrechtlicher Sicht vornehmlich im Bereich der Einkommensteuer. Gemäß § 2 Abs. 2 S. 1 EStG wird im deutschen Steuerrecht zwischen Gewinneinkünften (insbesondere Einkünfte aus Gewerbebetrieb und selbstständiger Arbeit) und Überschusseinkünften (insbesondere Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit) unterschieden. Je nach Einkunftsart sind verschiedene Berechnungsmethoden des letztlich zu versteuernden Einkommens im Sinne des § 2 Abs. 5 EStG vorgesehen. Die Einkünfteermittlung des Arbeitnehmers im Rahmen der Überschusseinkünfte erfolgt durch die Berechnung des Unterschiedsbetrages zwischen Einnahmen und Werbungskosten (Überschussrechnung) nach den §§ 8–9a EStG.[11] Gewerbetreibende und Selbstständige mit Buchführungspflicht ermitteln ihre Einkünfte grundsätzlich durch den Betriebsvermögensvergleich nach § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 EStG, indem sie das Betriebsvermögen zum Schluss des Wirtschaftsjahres mit dem Betriebsvermögen zum Schluss des vorigen Wirtschaftsjahres vergleichen, den Wert der Entnahmen dazurechnen und den Wert der Einlagen abziehen (Bilanzierung).[12] Innerhalb der Gewinneinkunftsarten kann gemäß § 4 Abs. 3 EStG schließlich auch mittels Überschussrechnung ermittelt werden, wenn dem Steuerpflichtigen keine Buchführungspflicht zukommt und er dies auch nicht freiwillig tut.[13] Der Dualismus der Einkunftsarten ist auch für den Firmenwagen bedeutend. Je nachdem, ob das Fahrzeug von einem Gewerbetreibenden bzw. einem Selbstständigen, oder von einem Arbeitnehmer verwendet wird, ist die (private) Nutzung anhand unterschiedlicher Normen zu bewerten. Damit ein Fahrzeug überhaupt als Firmenwagen verwendet werden kann, muss es bei seiner Anschaffung der unternehmerischen Sphäre zugeordnet werden.[14]

Denn grundsätzlich können Wirtschaftsgüter entweder dem Betriebsvermögen oder dem Privatvermögen zugeordnet sein. Beträgt der Anteil ihrer betrieblichen Nutzung mehr als 50 %, sind sie gemäß R 4.2 Abs. 1 S. 4 der Einkommensteuer-Richtlinien (EStR) Teil des sogenannten notwendigen Betriebsvermögens.[15] Bei einer betrieblichen Nutzung von weniger als 10 % gehören sie gemäß R 4.2 Abs. 1 S. 5 EStR zum notwendigen Privatvermögen. Im Bereich des betrieblichen Nutzungsanteils zwischen 10 und 50 % hat der Steuerpflichtige die Möglichkeit, das Wirtschaftsgut wahlweise dem betrieblichen oder dem privaten Vermögen zuzuordnen (gewillkürtes Betriebsvermögen, R 4.2 Abs. 1 S. 6 EStR).[16] Für Kfz bedeutet dies, dass sie dem Betriebsvermögen angehören und damit als Firmen-

[4] Kraftfahrt-Bundesamt (KBA), Pressemitteilung Nr. 01/2023 – Fahrzeugzulassungen im Dezember 2022, https://www.kba.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/Fahrzeugzulassungen/2023/pm01_2023_n_12_22_pm_komplett, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.

[5] *Transport & Environment* (T&E), Ökologische Umgestaltung des Firmenwagenmarkts in Deutschland, https://www.transportenvironment.org/wp-content/uploads/2022/08/202208-Okologische-Umgestaltung-des-Firmenwagenmarkts-in-Deutschland.pdf, zuletzt abgerufen am 29.9.2023, S. 14–16; *Becker/Uhlendorf* (Fn. 3).

[6] *Wirfler* in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 63. Aufl. 2023, Stichwort „Firmenwagen", Rn. 1; *Urban* (Fn. 1), S. 3.

[7] Anderer Ansicht ist *Urban*, der den Begriff „Firmenwagen" für Gewinn- und „Dienstwagen" für Überschusseinkunftsarten verwendet, vgl. *Urban*, FR 2/2020, 61 Fn. 1; gleichsinnig *Gröpl*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, Einkommensteuergesetz, Bd. 8, 335. EL 2023, § 8 Rn. C 21.

[8] S. unten, Abschnitte (C.) und (E.)

[9] BFH, DStRE 2003, 712 (713); BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 3–6.

[10] Dazu müssen sie mit einem Motor ausgestattet sein, eine gewisse Geschwindigkeit erreichen können und kennzeichen- und versicherungspflichtig sein: BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 3.

[11] *Hey* in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Kap. 8 Rn. 189; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 25. Aufl. 2022, S. 243.

[12] *Hey* (Fn. 11), Kap. 8 Rn. 350.

[13] *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 11), S. 242.

[14] *Markgraf*, Firmenwagen in der Buchhaltung, 1. Aufl. 2019, S. 13; *Albert/Braun*, Kraftfahrzeuge im Ertrag- und Umsatzsteuerrecht, 2008, S. 26.

[15] Bei den Einkommensteuer-Richtlinien handelt es sich um Weisungen des BMF an die Finanzbehörden zur einheitlichen Anwendung des Einkommensteuerrechts: BMF, BStBl S1 2005, S. 3.

[16] Vgl. *Albert/Braun* (Fn. 14), S. 26.

wagen zu qualifizieren sind, wenn der Anteil der betrieblich veranlassten Fahrten über 50 % (dann als notwendiges Betriebsvermögen), bzw. über 10 % (dann je nach Willen des Steuerpflichtigen als gewillkürtes Betriebsvermögen) im Verhältnis zu allen sonstigen Fahrten beträgt.[17] Dem Privatvermögen angehörende Fahrzeuge dienen insbesondere der privaten Lebensführung. Sie werden nicht als Firmenwagen behandelt.[18]

Eine Besonderheit bei Firmenwagen ist, dass sie trotz ihrer vollständigen Angehörigkeit zum Betriebs- oder Unternehmensvermögen nicht nur betrieblich oder unternehmerisch, sondern gleichzeitig auch für private Zwecke (etwa private Fahrten) genutzt werden können.[19] Für die private Nutzung eines betrieblichen Firmenwagens durch Gewerbetreibende oder Selbstständige hat das Gesetz in den § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG und § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG verschiedene Bewertungsmethoden im Rahmen der Gewinneinkünfte aufgestellt, deren Parallelregelung für die Arbeitnehmer bei den Überschusseinkünften in § 8 Abs. 2 S. 2–5 EStG zu finden ist.[20] Aus diesen Normen lassen sich verschiedene Fahrt- bzw. Nutzungsarten ableiten. Der Gesetzgeber hat demnach – wenn auch uneinheitlich und unpräzise – vier mögliche steuerlich relevante Zwecke für die Fahrt mit einem Firmenwagen festgelegt:[21] (1) Rein private Fahrten,[22] (2) Fahrten zwischen Wohnung und Arbeits- bzw. Betriebsstätte,[23] (3) Familienheimfahrten bei doppelter Haushaltsführung,[24] und zuletzt (4) alle übrigen Fahrten, also rein betriebliche Fahrten.[25]

Jede der vier Fahrtarten löst verschiedene Rechtsfolgen insbesondere im Hinblick auf die Nutzungswertbesteuerung der Privatnutzung aus.[26] Die Nutzung des Firmenwagens für rein betriebliche Fahrten wird je nach Gewinnermittlungsart als Betriebsausgabe nach § 4 Abs. 4 EStG berücksichtigt. Da Kosten für rein betriebliche Fahrten grundsätzlich vom Unternehmen getragen werden, sind diese Kosten für den jeweiligen Nutzer des Firmenwagens persönlich nicht steuerlich relevant.[27]

II. Umsatzsteuerliche Behandlung

Ähnlich wie im Ertragsteuerrecht muss bei seiner Anschaffung entschieden werden, ob und inwieweit das Fahrzeug dem unternehmerischen oder dem nichtunternehmerischen (Privat-)Bereich zugerechnet werden soll.[28] Bei einer unternehmerischen Nutzung von mindestens 10 % kann das Fahrzeug wahlweise in voller Höhe, teilweise in Höhe seines unternehmerischen Nutzungsanteils oder gar nicht dem Unternehmensvermögen zugeordnet werden.[29] Die vollständige Zurechnung zur Betriebssphäre berechtigt das Unternehmen zugleich zum vollständigen Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 UStG, während die anteilige Zurechnung nur zum Vorsteuerabzug in Höhe des tatsächlichen unternehmerischen Nutzungsanteils des Fahrzeugs berechtigt.[30] Ein unternehmerischer Nutzungsanteil von weniger als 10 % führt zwingend zur Zuordnung des Kfz in das Privatvermögen und schließt einen Vorsteuerabzug aus.[31]

Während im Ertragsteuerrecht innerhalb der Privatnutzung nochmals zwischen verschiedenen Fahrtarten unterschieden wird, kennt das Umsatzsteuerrecht lediglich zwei mögliche Fahrtarten. Denn reine Betriebsfahrten, Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte sowie Familienheimfahrten gehören hier zum unternehmerischen Nutzungsanteil – alle anderen Fahrten gelten als außerunternehmerisch.[32] Wird der Firmenwagen trotz vollständiger Zuordnung zum Unternehmensvermögen zu privaten Zwecken genutzt, liegt eine unentgeltliche Wertabgabe in Form der fiktiven Leistungsabgabe nach § 3 Abs. 9a Nr. 1 UStG vor, die umsatzsteuerpflichtig ist und von der Bemessungsgrundlage nach § 10 Abs. 4 Nr. 2 UStG erfasst wird.[33]

C. Privatnutzung des Firmenwagens

I. Begriffliche Grundlagen

Für die Nutzungswertbesteuerung des Firmenwagens hat der Gesetzgeber keine einheitliche und übergreifend geltende Regelung getroffen. Verschiedene Rechtsnormen an unterschiedlichen Stellen des EStG entfalten als Sonderregelungen ihre Wirkung. Für die Gewinneinkünfte sind dies § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG zu Betriebsausgaben und § 6

[17] *Kremer* in: Beck'sches Steuer- und Bilanzrechtslexikon, 63. Aufl. 2023, Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 2; *Markgraf* (Fn. 14), S. 14 f.; *Dräger/Dorn* in: Littmann/Bitz/Pust, Einkommensteuerrecht, Bd. 3, 165. EL 2023, § 6 Rn. 1100.
[18] *Markgraf* (Fn. 14), S. 16.
[19] *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 1.
[20] *Ettlich* in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Bd. 1, 166. Aufl. 2023, § 8 Rn. 90.
[21] Kritik an der Terminologie: *Urban* (Fn. 1), S. 114 ff.
[22] § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 EStG („Privatfahrten"), § 8 Abs. 2 S. 2 EStG („private Fahrten").
[23] § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG (zw. „Wohnung und Betriebsstätte"), § 8 Abs. 2 S. 3 EStG (zw. „Wohnung und erster Tätigkeitsstätte"); vgl. *Thomsen/Markgraf*, Einnahmenüberschussrechnung 2021/2022, 16. Aufl. 2022, S. 98.
[24] § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG („Familienheimfahrten"), § 8 Abs. 2 S. 5 EStG („Familienheimfahrt im Rahmen einer doppelten Haushaltsführung").
[25] § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG („betrieblich genutzt"), § 8 Abs. 2 S. 4 EStG („übrigen Fahrten"); vgl. *Urban*, NJW 2011, 2465 (2466).
[26] S. unten, Abschnitte (C.) bis (E.)
[27] *Wirfler* (Fn. 6), Stichwort „Firmenwagen", Rn. 3; *Albert/Braun* (Fn. 14), S. 75.
[28] BFH, DStR 2002, 633 (634); *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 3; *Albert/Braun* (Fn. 14), S. 106.
[29] § 15 Abs. 1 S. 2 UStG; UStAE zu § 15 UStG, Abschnitt 15.23 Abs. 2 S. 1.
[30] *Markgraf* (Fn. 14), S. 18.
[31] § 15 Abs. 1 S. 2 UStG; *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 3.
[32] *Urban*, FR 2/2020, 61 (63); *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 3.
[33] *Dorn/Hauf/Schmitt*, NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht 52 (2018), Beilage 4, 5 (6); *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 10.

Abs. 1 Nr. 4 EStG zur Bewertung von Entnahmen; für die Überschusseinkünfte § 8 Abs. 1, 2 EStG zur Bewertung von Einnahmen und § 9 Abs. 1 EStG zu Werbungskosten.

Bei Gewinneinkünften ist auf den Betriebsvermögensvergleich folgend gemäß § 4 Abs. 1 EStG der Wert der *Entnahmen* dazuzurechnen. Nach der Legaldefinition in § 4 Abs. 1 S. 2 EStG ist unter einer Entnahme jedes Wirtschaftsgut zu verstehen, das der Steuerpflichtige dem Betrieb für sich, seinen Haushalt oder andere betriebsfremde Zwecke entnommen hat. Da die Betriebsvermögensminderung durch eine solche Entnahme außerbetrieblicher Natur ist, darf sie den Gewinn nicht mindern und muss bei der Gewinnermittlung wieder hinzugerechnet werden.[34] Darunter fällt auch die Privatnutzung eines Firmenwagens – wird ein Kfz aus dem Betriebsvermögen für nicht betrieblich veranlasste Fahrten genutzt, liegt eine *Nutzungsentnahme* vor.[35]

Für Überschusseinkünfte gilt: Überlässt der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer unentgeltlich oder verbilligt einen Firmenwagen aus dem Betriebsvermögen unter anderem zur privaten Nutzung, fließt dem Arbeitnehmer dadurch *zusätzlicher Arbeitslohn* nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Form von Gütern in Geldeswert nach § 8 Abs. 1 S. 1 EStG zu.[36] Güter in Geldeswert sind alle wirtschaftlichen Vorteile, die einen in Geld ausdrückbaren Wert besitzen und den Empfänger objektiv bereichern; darunter fällt auch der Nutzungsvorteil, den der Arbeitnehmer aus der Überlassung eines Firmenwagens zur Privatnutzung zieht.[37]

Die Differenzierung zwischen den Einkunftsarten ist zumindest für den Grundtatbestand der Nutzungswertbesteuerung nötig, da nur bei Gewinneinkunftsarten die Privatnutzung von dem Betriebsvermögen zugehörigen Wirtschaftsgütern die Höhe des Gewinns beeinflusst wird, während die Privatnutzung außerhalb der Einkünfteerzielung bei Überschusseinkunftsarten ein nicht steuerbarer Vorgang ist.[38] Die Regelungsunterschiede zwischen den Überschuss- und Gewinneinkünften betreffen weitgehend nur die Grundtatbestände, da der Gesetzgeber auf Rechtsfolgenseite für eine steuerlich möglichst gleichmäßige Behandlung der Einkunftsarten gesorgt hat.[39] Ausschlaggebend für die Höhe der anzusetzenden Nutzungsvorteile sind die Bewertungsmethoden, die – wie folgend dargestellt – beim Firmenwagen für beide Einkunftsarten grundsätzlich auf dasselbe Ergebnis hinauslaufen.

II. Bewertungsmethoden zur Nutzungswertbesteuerung

Wurde dem Steuerpflichtigen Arbeitnehmer ein Firmenwagen überlassen und nutzt er diesen zu privaten Zwecken, muss der ihm daraus entstandene Nutzungsvorteil festgesetzt werden. Dasselbe gilt für die Höhe der Nutzungsentnahme durch den Selbstständigen, wenn er seinen Firmenwagen für private Zwecke nutzt. Mit der Einführung durch das JStG 1996[40] sind seit dem Veranlagungszeitraum 1996 zwei grundlegende Methoden vorgesehen, um den privaten Nutzungsanteil des Firmenwagens zu bewerten:

1. Pauschale Nutzungswertmethode

Die pauschale Nutzungswertmethode, besser bekannt als „1%-Methode", ist in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG geregelt und gilt durch den Verweis in § 8 Abs. 2 S. 2 EStG für beide Einkunftsarten gleichermaßen.[41] Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG ist die Anwendung dieser Methode nur bei Fahrzeugen des notwendigen Betriebsvermögens (d.h. mit einem betrieblichen Nutzungsanteil von mehr als 50 %) möglich. Ob diese Voraussetzung wegen des Verweises auch für Überschusseinkünfte gilt, ist nicht eindeutig. Da es sich bei § 8 Abs. 2 S. 2 EStG jedoch lediglich um einen Rechtsfolgenverweis handelt, wird angenommen, dass die Beschränkung nur für Gewinneinkünfte gilt.[42] Diese Regelung führt bei Kfz, die zum gewillkürten Betriebsvermögen gehören, zu einem Ausschluss der Anwendbarkeit der 1%-Methode – der Nutzungsvorteil ist in diesen Fällen nach der Fahrtenbuchmethode zu ermitteln.[43]

Nach der pauschalen Nutzungswertmethode in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG ist die private Nutzung eines Firmenwagens für jeden Kalendermonat mit einem Prozent des inländischen Listenpreises im Zeitpunkt der Erstzulassung zuzüglich der Kosten für Sonderausstattung einschließlich Umsatzsteuer anzusetzen.

Anders als bei der Besteuerung von Nutzungsentnahmen üblich, knüpft die 1%-Methode nicht an den tatsächlichen Aufwand des Steuerpflichtigen (also den Anschaffungspreis), sondern an dessen Vorteil an.[44] Daher gilt als Bemessungsgrundlage der Bruttolistenpreis zum Zeitpunkt der Erstzulassung des Fahrzeugs – selbst, wenn das Fahr-

[34] *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 11), S. 270 f.
[35] *Drüen* in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Bd. 1, 166. Aufl. 2023, § 4 Rn. 451, § 4 Rn. 495 unter „PKW"; *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 5.
[36] *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 92.
[37] *Seer* in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, 2023, § 8 Rn. 18; *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 13; bzgl. Firmenwagen: BFH, DStR 2013, 1421.
[38] *Urban* (Fn. 1), S. 75.
[39] *Gröpl* (Fn. 7), § 8 Rn. C 22; *Seer* (Fn. 37), § 8 Rn. 38; *Urban* (Fn. 1), S. 74.
[40] Jahressteuergesetz, BGBl. I 1995, S. 1250 (1255), gültig ab Veranlagungszeitraum 1996 (VZ 96).
[41] *Kister* in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, Bd. 4, 317. EL 2023, § 8 Rn. 80; BT-Drucks. 13/1686, S. 8.
[42] Zudem lässt sich in der Lohnsteuerrichtlinie zu § 8 Abs. 2 EStG – LStR 2023, R 8.1 Abs. 9 – kein entsprechender Hinweis entnehmen; dieser Ansicht folgen *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 93, 95; *Kister* (Fn. 41), § 8 Rn. 80; vgl. BFH, DStR 2013, 1421 (1423); a.A. *Urban*, FR 2020, 61 (62).
[43] *Ehmcke/Krumm* in: Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, Bd. 1, 166. Aufl. 2023, § 6 Rn. 1013d.
[44] BFH, DStR 2000, 765 (768); BFH, DStRE 2018, 1220 (1221); *Schindler* in: Kirchhof/Seer, Einkommensteuergesetz, 2023, § 6 Rn. 172; *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013.

zeug gebraucht angeschafft wurde.[45] Mit dem Listenpreis ist die unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers gemeint.[46] Auf den Listenpreis werden Aufwendungen für Sonderausstattungen (z.B. Navigationsgerät, Klimaanlage oder Diebstahlsicherung) hinzugerechnet, solange sie bereits bei der Erstzulassung des Firmenwagens werksseitig eingebaut waren.[47]

Die private Nutzung des Firmenwagens ist für jeden Kalendermonat mit einem Prozent der Summe aus Listenpreis inklusive Umsatzsteuer zuzüglich der Sonderausstattung auf volle Hundert Euro abgerundet anzusetzen. Der sich daraus ergebende Betrag ist der pauschal ermittelte zusätzliche Arbeitslohn, also zusätzliches zu versteuerndes Einkommen. Eine Kürzung des Brutto-Listenpreises oder der Monatswerte ist grundsätzlich unzulässig.[48]

2. Individuelle Nutzungswertmethode

Die private Nutzung des Firmenwagens kann abweichend von der 1%-Methode auch gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 EStG bzw. gemäß § 8 Abs. 2 S. 4 EStG mit den auf die Privatfahrten entfallenden Aufwendungen angesetzt werden. Beide Normen beinhalten trotz leichter Unterschiede im Satzbau sinngemäß dieselben Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Durch diese als „Fahrtenbuchmethode“ bekannte Methode wird der geldwerte Vorteil mit dem tatsächlich auf Privatfahrten entfallenden Teil der gesamten Kfz-Aufwendungen anteilig bewertet.[49] Zu den insgesamt durch das Kfz entstehenden Aufwendungen (Gesamtkosten) gehören alle Kosten, die unmittelbar dem Halten und dem Betrieb des Kfz zu dienen bestimmt sind und durch dessen Nutzung typischerweise entstehen – unter anderem Kosten für Betriebsstoffe, Wartung und Reparatur, Haftpflichtversicherung sowie die Absetzung für Abnutzung (AfA).[50] Der anzusetzende Nutzungswert errechnet sich konkret aus dem Verhältnis der Laufleistung für Privatfahrten zur Gesamtlaufleistung. Die sich daraus ergebende Dezimalzahl wird dann mit den gesamten Kfz-Aufwendungen multipliziert. Der Endbetrag ist schließlich der zu versteuernde geldwerte Vorteil.[51]

Zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Fahrtenbuchmethode ist gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 EStG, dass (1) die für das Kfz insgesamt entstehenden Aufwendungen durch Belege und (2) das Verhältnis der privaten zu den übrigen Fahrten durch ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nachgewiesen werden können. Das Fahrtenbuch ist an strenge Formvorschriften gebunden und muss für jede dienstliche Fahrt Angaben zu Datum und Kilometerstand zu Beginn und Ende der Fahrt, sowie Reiseziel und Reisezweck enthalten.[52]

3. Besonderheiten bei der Anwendung

Im Falle der Privatnutzung eines Firmenwagens gilt die pauschale 1%-Methode als Grundform der Nutzungswertermittlung.[53] Dies ergibt sich aus dem Umstand, dass die individuelle Fahrtenbuchmethode nur bei Vorliegen eines ordnungsgemäß geführten Fahrtenbuches angewandt werden kann. Ist eine der Formvoraussetzungen nicht erfüllt, muss zwingend nach der 1%-Methode bewertet werden.[54] Dasselbe gilt, wenn die Belege über die Gesamtkosten des Kfz nicht korrekt dokumentiert wurden. Denn der Belegnachweis dient dazu, die inhaltliche Richtigkeit eines Fahrtenbuchs zu überprüfen – fehlt ein Teil des Beweises, ist er insgesamt nicht erbracht.[55] Kann der Steuerpflichtige ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch sowie den Belegnachweis vorlegen, hat er insoweit ein Wahlrecht zwischen den beiden Ermittlungsmethoden.[56] Die Wahl trifft er im Rahmen seiner Steuererklärung. Das Wahlrecht kann bis zur Bestandskraft ausgeübt werden.[57] Das Bewertungsverfahren darf bei demselben Fahrzeug während des Kalenderjahres nicht gewechselt werden, nur ausnahmsweise ist der Wechsel im Rahmen des § 41c EStG möglich.[58] Die Nutzungswertermittlung durch eine andere als die beiden normierten Methoden ist nicht möglich.[59]

Die Berechnung der Nutzungsentnahme nach der 1%-Methode erfolgt unabhängig von den Aufwendungen des Steuerpflichtigen, weshalb der pauschale Nutzungswert und die nicht abziehbaren Betriebsausgaben in manchen Fällen die tatsächlichen Aufwendungen übersteigen können. Daher sind diese Beträge auf den Wert der Gesamtkosten des Fahrzeugs zu begrenzen (Kostendeckelung).[60]

III. Verfassungsmäßigkeit der 1%-Methode

Ausgangsgröße der pauschalen Nutzungswertmethode (1%-Methode) ist der Bruttolistenpreis des Fahrzeugs; eine Reduzierung dieser Summe oder der Monatswerte für die Berechnung des Nutzungsvorteils ist jedoch nicht vorgesehen – nicht einmal, wenn das Auto gebraucht gekauft oder der tatsächliche Kaufpreis aus sonstigen Gründen deutlich

[45] BFH, DStRE 2018, 1220 (1222); *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013h; *Gröpl* (Fn. 7), § 8 Rn. C 31.
[46] R 8.1 Abs. 9 Nr. 1 S. 6 LStR 2023.
[47] BFH, DStR 2005, 1135; R 8.1 Abs. 9 Nr. 1 S. 6 LStR 2023.
[48] *Schober* in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, Bd. 3, 317. EL 2023, § 6 Rn. 809; *Kister* (Fn. 41), § 8 Rn. 83.
[49] *Kister* (Fn. 41), § 8 Rn. 100.
[50] R 8.1 Abs. 9 Nr. 2 S. 9 f. LStR 2023; *Kister* (Fn. 41), § 8 Rn. 101; bzgl. AfA: BFH, DStR 2005, 1933 (1935).
[51] *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 126.
[52] R 8.1 Abs. 9 Nr. 2 S. 3 Lit. a–c LStR 2023.
[53] *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 128.
[54] *Luft*, SteuK 2015, 71; *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 121.
[55] *Urban*, FR 2/2020, 61 (64).
[56] *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 128.
[57] *Schindler* (Fn. 44), § 6 Rn. 174.
[58] R 8.1 Abs. 9 Nr. 3 S. 2 f. LStR 2023.
[59] BFH, DStR 2005, 1933 (1934).
[60] BMF, BStBl. I 2009, S. 1326 Rn. 18.

niedriger war.[61] Daher ist die Verfassungsmäßigkeit der Berechnung des geldwerten Vorteils für die private Nutzung eines Firmenwagens anhand des Bruttolistenpreises durch die pauschale Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG angezweifelt worden. Im September 2011 hatte das Niedersächsische Finanzgericht (FG Niedersachsen) schließlich über eine Klage gegen das zuständige Finanzamt zu entscheiden.[62] Der Kläger hatte von seinem Arbeitgeber ein gebrauchtes Fahrzeug, das zu diesem Zeitpunkt allerdings weniger als die Hälfte des Listenpreises wert war, zur Privatnutzung überlassen bekommen. Das Finanzamt hatte ihm daraufhin unter Anwendung der 1%-Methode einen monatlich zu versteuernden geldwerten Vorteil von einem Prozent des vollen Bruttolistenpreises angesetzt. Das FG Niedersachsen wies die Klage als unbegründet ab.[63] Auch die Revision des Urteils wurde vom Bundesfinanzhof (BFH) als unbegründet zurückgewiesen.[64] Entlang der ausführlichen Begründung des FG Niedersachsen wird folgend die Frage um die Verfassungsmäßigkeit der 1%-Methode anhand von drei substanziellen Kritikpunkten dargestellt.

1. Unzulässige Einschränkung des objektiven Nettoprinzips

Einer der Hauptkritikpunkte stammt von *Gröpl*, der bemängelt, dass in bestimmten Konstellationen ein Teil der Steuerpflichtigen geringere Vorteile aus der Nutzung eines Firmenwagens ziehen würde, als es die Pauschalierung in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG intendiert – mit der Konsequenz, dass Nutzungsvorteile versteuert würden, die dem Betroffenen tatsächlich gar nicht zuflössen.[65] Wenn die Anschaffungskosten (beispielsweise beim Gebrauchtwagenkauf) deutlich unter dem Listenpreis für Neufahrzeuge liegen oder wenn der Firmenwagen nur sehr selten für private Zwecke genutzt wird, könne es im Einzelfall durch die 1%-Methode zu unrealistischen Nutzungswerten führen, die den tatsächlichen Lebensverhältnissen nicht entsprächen und den Steuerpflichtigen unbillig benachteiligen würden.[66] In diesem Sinne stellen *Ehmcke/Krumm* fest, dass die 1%-Methode bereits zu einem überhöhten Entnahmewert führe, wenn der Steuerpflichtige seinen Firmenwagen zu weniger als 30 bis 35 % privat nutze.[67] Dies könne zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift wegen unzulässiger Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte aus Art. 3 GG und damit der unzulässigen Einschränkung des objektiven Nettoprinzips führen.[68]

Das FG Niedersachsen begründet seine Entscheidung diesbezüglich mit der vorgesehenen Möglichkeit des Gesetzgebers, das objektive Nettoprinzip zu durchbrechen.[69] Es bestehe keine Pflicht, gewillkürte Aufwendungen zwingend in ihrer tatsächlichen Höhe zu berücksichtigen – die Anwendung typisierender, pauschalierender und generalisierender Regelungen wie dem § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG sei gerade in diesem Bereich erlaubt.[70] Typisierende Regelungen bei Massenerscheinungen sind insbesondere bei der Steuergesetzgebung häufig anzutreffen. Um die Vielzahl komplizierter Lebenssachverhalte übersichtlicher und verständlicher zu gestalten, müssen Steuergesetze geringfügige Ungleichheiten in Kauf nehmen.[71] Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG bedeutet das zwar einschränkend für Typisierungen, dass durch sie hervorgerufene Härten und Ungerechtigkeiten nur eine relativ kleine Zahl von Personen treffen und nicht sehr intensiv sein dürfen.[72] Dies gilt jedoch nur für *unwiderlegbare* Typisierungen. Da der Steuerpflichtige die pauschale 1%-Methode durch den Nachweis des tatsächlichen Sachverhalts mittels Fahrtenbuchmethode umgehen kann, kommt dem Gesetzgeber ein größerer Ermessensspielraum zu.[73] Ausgeschlossen sind bei solchen *widerlegbaren* Typisierungen nur willkürliche oder unangemessene Differenzierungen, welche nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden können.[74] Bei der 1%-Methode verneint das FG Niedersachsen eine solche willkürliche oder unangemessene Differenzierung.[75]

Die Regelung der 1%-Methode bezweckt, den beim Steuerpflichtigen entstandenen Vorteil eines betriebsbereiten Kfz zu bewerten. Sie soll nicht dessen Neuanschaffungskosten oder etwa den tatsächlichen Wert rekonstruieren. Denn der Vorteil umfasst auch die Übernahme sämtlicher verbundener Kosten wie Steuern, Versicherungskosten, Reparatur- und Wartungskosten sowie insbesondere Treibstoffkosten – Aufwendungen, die weder im Listenpreis noch in den tatsächlichen Anschaffungskosten enthalten sind und die der Steuerpflichtige durch die Überlassung des Fahrzeugs erspart.[76] Laut BFH normiert die 1%-Methode zudem keine zwingende und unwiderlegbare Typisierung, sondern tritt alternativ neben die Fahrtenbuchmethode, die er deshalb in seiner Revisionsentscheidung als „Escape-Klausel“ bezeichnet. Mit Hinblick auf das Wahlrecht des Steuerpflichtigen hält der BFH die pauschalierende Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG daher entsprechend seiner bisherigen Rechtsprechung für verfassungsrechtlich unbedenklich.[77]

[61] BFH, DStR 1992, 1130 (1131); *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013h; *Balmes*, BB 2011, 2263; *Schober* (Fn. 48), § 6 Rn. 806.
[62] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 ff.
[63] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (8).
[64] BFH, DStR 2013, 456 (457).
[65] *Gröpl* (Fn. 7), § 8 Rn. C 44.
[66] *Kratzsch* in: Frotscher/Geurts, Kommentar zum Einkommensteuergesetz Online, Stand v. 13.5.2015, § 8 Rn. 154e; *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013i.
[67] *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1012, 1013i; vgl.BR-Drs. 937/05, S. 9.
[68] Vgl. *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013i.
[69] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (11).
[70] St. Rspr., vgl. BVerfG, DStRE 1999, 940 (943).
[71] BFH, DStR 2000, 765 (766); FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (11); *Hey* (Fn. 11) Kap. 3 Rn. 147.
[72] Grundlegend BVerfG, NJW 1967, 147 (148); BFH, DStR 2000, 765 (767).
[73] BFH, DStR 2000, 765 (767).
[74] BFH, DStR 2000, 765 (767).
[75] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (11).
[76] St. Rspr., s. nur BFH, BFHE 72, 376; BFH, DStR 2013, 456 (458)
[77] BFH, DStR 2013, 456 (457).

2. Zu strenge Anforderungen an das Fahrtenbuch

Gegen die Fahrtenbuchmethode wird wiederum eingewendet, sie sei zu kompliziert und als „Escape-Klausel" deshalb nicht geeignet. So würde das Sammeln von Belegen zu viel Aufwand für den Steuerpflichtigen bedeuten, außerdem seien die hohen Ansprüche an das ordnungsgemäße Fahrtenbuch kaum erreichbar.[78]

Das FG Niedersachsen folgt diesbezüglich der Argumentation von *Urban*: Demnach gingen die Anforderungen an das Fahrtenbuch nicht über die nach allgemeinen Buchführungsgrundsätzen gebotenen Anforderungen hinaus.[79] Aufgrund erschwerter Überprüfbarkeit der tatsächlichen Verhältnisse und der daraus resultierenden erheblichen Missbrauchsneigung müsse der Gesetzgeber auf strenge Anforderungen zurückgreifen.[80] Außerdem müsse berücksichtigt werden, dass der Aufzeichnungsaufwand durch die Möglichkeit, ein elektronisches Fahrtenbuch zu führen, erheblich reduziert werden könne.[81] Zudem führen kleine Mängel nach der Rechtsprechung des BFH nicht gleich zur Verwerfung des Fahrtenbuchs, soweit die Angaben insgesamt plausibel sind.[82]

3. Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit

Ferner wird bemängelt, dass durch den Wortlaut der 1%-Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit nach Art. 20 Abs. 3 GG verletzt sei: § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG verwende zwar Begriffe wie „Listenpreis" oder „Fahrtenbuch", enthalte jedoch weiter keine Konkretisierungen der Begriffe. Auf welche Liste einheitlich zur Bewertung zugegriffen werden soll, oder was genau unter einem Fahrtenbuch zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen es korrekt geführt wird, sei laut *Nolte* nicht eindeutig genug.[83]

Dagegen führt das FG Niedersachsen an, das Gebot der Normenklarheit erfordere lediglich so klare, bestimmte und verständliche Normen, wie dies nach der Eigenart der zu regulierenden Lebenssachverhalte und Normzwecke möglich sei. Bloße Auslegungsschwierigkeiten würden die Verfassungsmäßigkeit nicht behindern.[84] Einen Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit kann das FG Niedersachsen nicht erkennen. Ob § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG tatsächlich rechtstechnische und sprachliche Mängel, uneinheitliche Begriffsbildungen, unklare Verweisungstechniken und unklare Regelungen der Rechtsfolgen beinhalte, könne ohnehin offenbleiben. Denn der Grundregelungsgehalt der Norm sei spätestens nach Anwendung der Auslegungstechniken ausreichend verständlich und überschreite somit nicht die Grenzen des Gebots der Normenklarheit.[85]

4. Entscheidung der Gerichte

Das FG Niedersachsen und der BFH haben bestätigt, dass die in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG erfolgte pauschale 1%-Methode mit Ansatz des Bruttolistenpreises als Bemessungsgrundlage durchaus eine recht grobe Typisierung darstellt. Trotzdem bestünden entsprechend der bisherigen Rechtsprechung keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.[86] Diese Ansicht wird mittlerweile als herrschende Meinung akzeptiert; danach ist die 1%-Regelung trotz möglicher Bedenken als verfassungsmäßig zu betrachten.[87] Etwaige Verfassungsbeschwerden hat das Bundesverfassungsgericht bisher nicht zur Entscheidung angenommen.[88]

IV. Rechtsentwicklung zum Anscheinsbeweis

Stellt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer unentgeltlich oder verbilligt einen Firmenwagen zur privaten Nutzung zur Verfügung, führt dies beim Arbeitnehmer auch dann zu einem steuerpflichtigen Vorteil, wenn er das Fahrzeug tatsächlich gar nicht privat nutzt.[89] Die Überlassung eines Firmenwagens zur Privatnutzung führt nach aktueller Rechtsprechung des BFH bei Überschusseinkünften grundsätzlich immer zu Arbeitslohn – auf die tatsächlichen Umstände komme es nicht an.[90]

Damit hat der BFH seine bisherige Rechtsprechung, nach welcher bei der Überlassung eines Firmenwagens zur Privatnutzung grundsätzlich der Beweis des ersten Anscheins galt, aufgegeben und korrigiert.[91] Von einer privaten Nutzung des Fahrzeugs wurde bis dahin ausgegangen, bis der Steuerpflichtige diesen Anscheinsbeweis unter Vorlage eines atypischen Sachverhalts widerlegte.[92] Der Beweis des ersten Anscheins beruht auf allgemeiner Lebenserfahrung – Erkenntnissen aus serienmäßig typisch verlaufenden Sachverhalten, die erfahrungsgemäß die gleichen Folgen auslösen.[93] Der Anscheinsbeweis kommt auch im finanzgerichtlichen Verfahren in Betracht und spricht dafür, dass dem Arbeitnehmer überlassene Firmenwagen erfahrungsgemäß auch zu privaten Zwecken genutzt werden.[94] So

[78] *Gröpl* (Fn. 7), Rn. C 47.
[79] *Urban* (Fn. 1), S. 255; *Urban*, FR 2/2020, 61 (66); FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (12).
[80] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (12); *Urban*, FR 2/2020, 61 (66).
[81] R 8.1 Abs. 9 Nr. 2 S. 6 LStR 2023.
[82] BFH, DStR 2008, 1373; *Schober* (Fn. 48), § 6 Rn. 836.
[83] *Nolte* in: Herrmann/Heuer/Raupach, Kommentar zum Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz, Bd. 3 (a.F.), 220. EL, § 6 Rn. 1202d.
[84] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (12).
[85] FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (12); vgl. *Urban* (Fn. 1), S. 257 f.
[86] BFH, DStR 2013, 456 (457); FG Niedersachsen, DStRE 2012, 7 (8 f.).
[87] U.a. *Schober* (Fn. 48), § 6 Rn. 795; *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013i; *Seer* (Fn. 37), § 8 Rn. 39.
[88] *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013i.
[89] BFH, DStR 2013, 1421 (1422); unter Verweis auf dieses Urteil s. auch H 8.1 (9–10) Stichwort „Anscheinsbeweis" LStR 2023.
[90] BFH, DStR 2013, 1421; bzgl. der Begrenzung auf Überschusseinkünfte *Kratzsch* (Fn. 66), § 8 Rn. 154c.
[91] Alte Rspr. unter anderem in BFH, DStRE 2004, 1218.
[92] *Wirfler* (Fn. 6), Stichwort „Firmenwagen", Rn. 5.
[93] BFH, NVwZ 1990, 303.
[94] BFH, DStR 1999, 1309; *Schiefer/Buse*, DB 2017, 2097 (2101).

konnte bisher der Anscheinsbeweis beispielsweise dadurch entkräftet werden, dass sich im Privatvermögen des Steuerpflichtigen ein, dem überlassenen Firmenwagen vergleichbares, eigenes Fahrzeug befand.[95]

Diese Erschütterungsmöglichkeit gibt es nun nicht mehr.[96] Der BFH begründet seinen Kurswechsel damit, dass der Arbeitnehmer sich – selbst, wenn er das Fahrzeug tatsächlich nicht privat nutze – zumindest die nutzungsunabhängigen Kosten für das Vorhalten eines betriebsbereiten Kfz erspare.[97] Mit der bloßen Möglichkeit zur Nutzung, also der Inbesitznahme des Firmenwagens, läge demnach bereits der lohnsteuerliche Vorteil vor. Lediglich ein ausdrückliches Nutzungsverbot kann die automatische Anwendung des § 8 Abs. 2 S. 2 EStG entkräften.[98] Diese Argumentation wird indes für ihre systematischen Unstimmigkeiten kritisiert. Für die Annahme von Arbeitslohn fehle schon der Zufluss eines geldwerten Vorteils (also einer Vermögensmehrung), wenn der Arbeitnehmer das Kfz überhaupt nicht privat nutze, so *Ettlich*.[99] Bestätigt wird dies zudem durch den Wortlaut der § 8 Abs. 2 S. 2 und § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG, die beide eine „private Nutzung" des Kfz und nicht etwa eine „Nutzungsmöglichkeit" voraussetzen.[100]

D. Nebenaspekte der Privatnutzung

I. Kostenbeteiligungen des Arbeitnehmers

Zahlt der Arbeitnehmer an den Arbeitgeber für die außerdienstliche Nutzung eines betrieblichen Kfz ein *Nutzungsentgelt*, mindert dies gemäß R 8.1 Abs. 9 Nr. 4 LStR 2023 den Nutzungswert. In Höhe dieses Nutzungsentgelts liegt beim zahlenden Arbeitnehmer keine von § 8 Abs. 1 EStG i.V.m. § 19 Abs. 1 EStG vorausgesetzte Bereicherung vor.[101] Dies gilt unabhängig von der Ermittlungsmethode, für die sich der Steuerpflichtige entschieden hat.[102] Nutzungsentgelt kann in Form von arbeitsvertraglich vereinbarten nutzungsunabhängigen pauschalen Beträgen oder einer Kilometerpauschale entrichtet werden.[103] Auch einzelne, vom Arbeitnehmer getragene nutzungsabhängige Kosten des Firmenwagens wie etwa Kraftstoffkosten, sind vorteilsmindernd zu berücksichtigen.[104] Für eine unterschiedliche Behandlung von Nutzungsentgelten und einzelnen Kfz-Kosten, wie sie zeitweise praktiziert wurde, gibt es auch bezüglich der zwei Ermittlungsmethoden keinen sachlichen Grund.[105]

Einmalige *Zuzahlungen zu den Anschaffungskosten* des Firmenwagens durch den Arbeitgeber sind gemäß R 8.1 Abs. 9 Nr. 4a LStR 2023 bei der Bemessung des geldwerten Vorteils auf den vereinbarten Nutzungszeitraum gleichmäßig zu verteilen und vorteilsmindernd zu berücksichtigen.

Ein negativer geldwerter Vorteil (geldwerter Nachteil) kann für den Arbeitnehmer in keinem Fall entstehen, selbst wenn das vom Arbeitnehmer zu zahlende Nutzungsentgelt den Wert der Privatnutzung des Firmenwagens übersteigt.[106]

II. Nutzungswertbesteuerung bei Leasing-Verträgen

Voraussetzung für die Nutzungsentnahme ist die Zugehörigkeit des Fahrzeugs zum Betriebsvermögen. Der Firmenwagen muss dem Arbeitgeber, bzw. dem Betriebsinhaber zivilrechtlich oder wirtschaftlich zurechenbar sein.[107] Dies gilt auch für von ihm geleaste Fahrzeuge. Denn für die Bewertung des geldwerten Vorteils seitens des Steuerpflichtigen durch die Privatnutzung des Firmenwagens kann es nicht darauf ankommen, ob das Fahrzeug zum Betriebsvermögen des Arbeitgebers gehört.[108] Least der Arbeitgeber ein Fahrzeug, um es dem Arbeitnehmer auch zur Privatnutzung zu überlassen, ist die Nutzungsüberlassung daher regulär nach § 8 Abs. 2 S. 2–5 EStG zu bewerten.[109] Eine einmalig durch den zu Privatfahrten nutzungsberechtigten Arbeitnehmer geleistete Leasing-Sonderzahlung ist bei der Ermittlung des geldwerten Vorteils auf die Laufzeit des Leasing-Vertrages zu verteilen und vorteilsmindernd zu berücksichtigen.[110] Davon abgesehen gibt es beim geleasten Firmenwagen keine weiteren beachtlichen Differenzen zum regulär angeschafften Firmenwagen.

E. Weitere Fahrtarten

Neben der reinen Privatnutzung des Firmenwagens gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG und dem Rechtsfolgenverweis auf diese Norm in § 8 Abs. 2 S. 2 EStG kennt das Gesetz noch zwei weitere Fahrtarten: Die Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte sowie Familienheimfahrten bei doppelter Haushaltsführung. Beide Fahrtarten unterliegen der Nutzungswertbesteuerung. Allerdings wirkt sich der Dualismus der Einkunftsarten, wie er unter Abschnitt (C.) (I.) dargestellt wurde, hier deutlicher aus als bei den Regelungen zur reinen Privatnutzung. So ist in § 6 EStG weder eine Erwähnung noch ein Rechtsfolgenverweis zu

[95] BFH, DStR 2013, 243 (245).
[96] *Kister* (Fn. 41), § 8 Rn. 86.
[97] BFH, DStR 2013, 1421 (1422).
[98] BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 19.
[99] *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 96.
[100] *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 96; *Kister* (Fn. 41), § 8 Rn. 86; *Gröpl* (Fn. 7), § 8 Rn. C 26.
[101] BFH, DStR 2017, 371 (372).
[102] BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 53.
[103] BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 53.
[104] Mit der Einschränkung, dass die vom Arbeitnehmer getragenen Kraftfahrzeugkosten nur Gesamtkosten i.S.d. § 8 Abs. 2 S. 4 EStG sein können: BFH, DStR 2017, 371 (374); *Markgraf* (Fn. 14), S. 219.
[105] BFH, DStR 2017, 371 (373); entgegen der ehem. Rspr. nach BFH, DStR 2007, 2318.
[106] BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 56, 65 f.; *Schiefer*, DB 36/2017, 2097 (2103); *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 102.
[107] *Drüen* (Fn. 35), § 4 Rn. 454; *Ettlich* (Fn. 20), § 8 Rn. 95; s. oben, Abschnitt (B.) (I.)
[108] BFH, DStR 2002, 581 (582).
[109] BMF, BStBl. I 2022, S. 232 Rn. 49.
[110] *Wirfler* (Fn. 6), Stichwort „Firmenwagen", Rn. 9.

diesen Fahrtarten zu finden – wohingegen in § 8 Abs. 2 S. 3–5 EStG ausführlich die Bewertungsmethoden für beide Fahrtarten normiert werden. Das bedeutet allerdings nicht, dass Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte sowie Familienheimfahrten nur bei den Überschusseinkünften besteuert werden.

I. Regelungstechnik für Gewinneinkunftsarten

Nutzt der Selbstständige seinen Firmenwagen für Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte sowie Familienheimfahrten, zählen diese Fahrten nicht zur Privatnutzung und sind aufgrund ihrer betrieblichen Veranlassung nach der allgemeinen Regel des § 4 Abs. 4 EStG grundsätzlich als Betriebsausgaben zu werten.[111] Trotzdem dürfen sie den Gewinn durch die Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG nicht mindern. Als „Betriebsstätte" in diesem Sinne ist der Ort zu verstehen, an dem oder von dem aus die beruflichen oder gewerblichen Leistungen erbracht werden.[112] Unter „Familienheimfahrt" fällt entsprechend § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 5 S. 5 EStG die Fahrt vom Beschäftigungsort zum Ort des eigenen Hausstands.[113]

Wird der Firmenwagen neben den Privatfahrten auch für Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte verwendet, kommt zusätzlich zur 1%-Methode eine weitere Pauschale zum Nutzungswert hinzu. Dieser zusätzliche Nutzungsvorteil ergibt sich aus dem positiven Unterschiedsbetrag zwischen 0,03 % vom Bruttolistenpreis des Fahrzeugs für jeden Entfernungskilometer pro Kalendermonat und dem davon abzuziehenden Betrag der gemäß § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 und Abs. 2 EStG errechneten Entfernungspauschale.[114] Nutzt der Steuerpflichtige den Firmenwagen zudem für Familienheimfahrten, ist noch eine weitere Pauschale hinzuzurechnen. Diese ergibt sich wiederum aus dem positiven Unterschiedsbetrag zwischen 0,002 % des Bruttolistenpreises für jeden Entfernungskilometer und dem Betrag der Entfernungspauschale. Ermittelt der Steuerpflichtige seine private Nutzung des Firmenwagens nach der individuellen Nutzungswertmethode (Fahrtenbuchmethode), wird der entsprechende Betrag für Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte und für Familienheimfahrten ebenfalls nach der Fahrtenbuchmethode ermittelt.[115]

Durch dieses Verfahren soll gewährleistet werden, dass Steuerpflichtige mit Gewinneinkünften hinsichtlich der Aufwendungen für Wege zwischen Wohnung und Betriebsstätte mit Arbeitnehmern gleichgestellt werden, die für ihre Wege zur Arbeit die Entfernungspauschale als Werbungskosten geltend machen können.[116]

II. Regelungstechnik für Überschusseinkunftsarten

Für die Überschusseinkünfte gilt gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 EStG Folgendes: Sollte der Firmenwagen vom nichtselbstständigen Arbeitnehmer neben rein privaten Fahrten auch für Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte genutzt werden, erhöht sich der mittels 1%-Methode ermittelte Nutzungsvorteil in jedem Kalendermonat um 0,03 % des Listenpreises für jeden Kilometer der Entfernung zwischen Wohnung und Betriebsstätte. Wird das Kfz für Familienheimfahrten genutzt, erhöht sich gemäß § 8 Abs. 2 S. 5 EStG dieser Wert in der Regel nochmals um 0,002 % des Listenpreises nach derselben Berechnung.[117] Ermittelt der Steuerpflichtige seine private Nutzung des Firmenwagens nach der Fahrtenbuchmethode, wird der entsprechende Betrag für Fahrten zwischen Wohnung und Betriebsstätte und Familienheimfahrten gemäß § 8 Abs. 2 S. 4, 5 EStG ebenfalls nach der Fahrtenbuchmethode ermittelt.

F. Elektromobilität

Schon seit einigen Jahren entwickelt sich ein Trend in der Automobilindustrie in Richtung Elektrifizierung.[118] Spätestens mit der im April 2019 verabschiedeten EU-Verordnung VO (EU) 2019/631, nach welcher der durchschnittliche CO_2-Ausstoß der gesamten Neuwagenflotte nicht über 95 Gramm CO_2 pro Kilometer liegen darf, sind die Autohersteller bemüht, den Anteil elektrisch angetriebener Fahrzeuge in ihrer Flotte zu erhöhen.[119] Auch die jüngst durch die Verkehrsminister der EU erfolgte Änderung dieser Verordnung zur Verschärfung der CO_2-Emissionsnormen für neue Fahrzeuge steuert den Verkehrssektor weiter auf eine Elektromobilitätswende zu: Gemäß Art. 1 Abs. 5a der VO (EU) 2019/631 sollen in der Europäischen Union ab dem 1.1.2035 keine Neuwagen mehr verkauft werden dürfen, die mit Benzin oder Diesel betrieben werden.[120] Die verschärften Anforderungen an die Minderung der CO_2-Emissionen sollen laut Gesetzesbegründung dazu anregen, den Anteil emissionsfreier und emissionsarmer Fahrzeuge

[111] *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 1013k.
[112] BFH, DStRE 2014, 386 (387); zu mehreren Betriebsstätten s. *Schober* (Fn. 48), § 4 Rn. 1366.
[113] *Schober* (Fn. 48), § 4 Rn. 1366.
[114] § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG; *Schober* (Fn. 48), § 4 Rn. 1372.
[115] § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 S. 3 Hs. 2 EStG.
[116] *Kremer* (Fn. 17), Stichwort „Kraftfahrzeug, Privatnutzung", Rn. 6.
[117] *Gröpl* (Fn. 7), § 8 Rn. C 48; vgl. *Dorn/Hauf/Schmitt*, NWB-Beilage 52/2018, 5 (11).
[118] *Priemer*, APuZ 43/2019, 27.
[119] Vgl. BMUV, Das System der CO_2-Flottengrenzwerte für Pkw und leichte Nutzfahrzeuge, https://www.bmuv.de/gesetz/die-eu-verordnungen-zur-verminderung-der-co2-emissionen-von-strassenfahrzeugen, zuletzt abgerufen am 12.4.2023; *Priemer*, APuZ 2019, 27.
[120] Verordnung EU 2021/0197 (COD) v. 22.3.2023 zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/631 im Hinblick auf eine Verschärfung der CO2-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge im Einklang mit den ehrgeizigeren Klimazielen der Union, PE-CONS 66/22, S. 26; vgl. *Paulsen*, Verbrenner-Verbot: Ab 2035 keine neuen Diesel und Benziner mehr, https://www.adac.de/news/aus-fuer-verbrenner-ab-2035/, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.

auf dem Markt zu erhöhen.[121] Gerade der Verkehrssektor könne zur Erreichung der Klimaneutralität in der EU eine große Rolle spielen.[122]

Diese Entwicklung blieb vom deutschen Steuergesetzgeber nicht unbeachtet. Da bei der Anschaffung von Elektro- bzw. Hybridelektrofahrzeugen vergleichsweise sehr hohe Anschaffungskosten anfallen, kann sich dies aufgrund der höheren Werte nachteilig auf die Ermittlung des geldwerten Vorteils auswirken.[123] Um diesen Wettbewerbsnachteil zu nivellieren und gleichzeitig einen Anreiz für emissionsärmere Fahrzeuge zur Firmenwagenüberlassung zu schaffen, wurden als sogenannter *Nachteilsausgleich* schon im Jahr 2013 Sonderregelungen für Elektrofahrzeuge und Hybridelektrofahrzeuge erlassen.[124]

I. Nachteilsausgleich bei Anwendung der 1%-Methode

§ 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 Hs. 2 EStG sieht für die pauschale Nutzungswertermittlung eine Vielzahl an Begünstigungen vor, welche sich je nach Art der Antriebsmaschine, der rein elektrischen Reichweite, der Kohlendioxid-Emission, dem Bruttolistenpreis und dem Tag der Anschaffung des Fahrzeugs voneinander unterscheiden. Es gilt unter anderem: Für bestimmte Elektrofahrzeuge und Hybridfahrzeuge, die in den Jahren 2019 bis 2021 angeschafft wurden, ist die Privatnutzung nur zur *Hälfte* anzusetzen.[125] Das heißt, dass für die Berechnung nach der 1%-Methode nur der halbe Bruttolistenpreis herangezogen wird. Hybridfahrzeuge müssen allerdings, betreffend ihre elektrische Reichweite und ihre Kohlendioxid-Emissionen, strenge Voraussetzungen erfüllen, um unter diese Begünstigung zu fallen.[126] Bei Elektrofahrzeugen ohne CO_2-Ausstoß wird sogar nur ein *Viertel* des Bruttolistenpreises angesetzt, wenn sie in den Jahren 2019 bis 2030 angeschafft werden und einen bestimmten Bruttolistenpreis nicht überschreiten.[127]

II. Nachteilsausgleich bei Anwendung der Fahrtenbuchmethode

Ermittelt der Steuerpflichtige seinen Nutzungsvorteil aus der Privatnutzung nach der Fahrtenbuchmethode, hat er zur Berechnung gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 Hs. 2 EStG eine modifizierte Gesamtkostenbasis anzuwenden. Es gelten im übertragenen Sinne die gleichen Begünstigungen wie zur 1%-Methode in S. 2 derselben Norm – mit dem Unterschied, dass bei der Fahrtenbuchmethode dafür der Bruttolistenpreis nur zur Hälfte bzw. zu einem Viertel herangezogen wird. Für ein und dasselbe Fahrzeug soll dadurch möglichst dieselbe Subventionsgrundlage zum Nachteilsausgleich gelten – unabhängig von der Nutzungswertmethode.

G. Firmenwagen und Klimaschutz

Seit den 1990er Jahren sind die Kohlendioxid-Emissionen in Deutschland aufgrund der aktiven Klimaschutz-Politik der Bundesregierung kontinuierlich zurückgegangen.[128] Allerdings ist mit 21,5 % ein relativ großer Anteil der Kohlendioxid-Emissionen nach wie vor auf den Verkehrssektor zurückzuführen.[129] Um seine Klimaziele zu erreichen, muss Deutschland geplante Maßnahmen unter anderem im Verkehrssektor nochmals verschärfen.[130] Gelegenheit für Verbesserungen bietet laut *Harding* auch der Firmenwagen. Je nach steuerlicher Behandlung des Firmenwagens könne man gezielt Anreize schaffen, um das Verhalten und die Entscheidungen der beteiligten Parteien in eine umweltfreundlichere Richtung zu lenken. Auf Arbeitnehmerseite könne man etwa beeinflussen, wie häufig mit dem Fahrzeug gefahren wird und auf Unternehmensseite beispielsweise die Anzahl der Fahrzeuge, die das Unternehmen in seinen Fahrzeugpool aufnimmt sowie deren Eigenschaften wie Antriebsart, Motorisierung und Kraftstoffeffizienz.[131] Da die meisten neuen Kfz in Deutschland gewerblich zugelassen werden und private Haushalte bei der Anschaffung eher auf den Gebrauchtwagenmarkt zugreifen, könnte der Firmenwagen langfristig gesehen auch eine Einflussmöglichkeit auf den privaten Verbrauchermarkt bieten.[132] Folgend wird dargestellt, warum neben *Harding* noch weitere Stimmen wie etwa das Umweltbundesamt eine Veränderung der Firmenwagenbesteuerung für nötig halten, um den Klimaschutzzielen gerecht zu werden.

[121] Verordnung EU 2021/0197, PE-CONS 66/22, S. 9.
[122] Verordnung EU 2021/0197, PE-CONS 66/22, S. 6.
[123] *Markgraf* (Fn. 14), S. 232.
[124] *Ehmcke/Krumm* (Fn. 43), § 6 Rn. 9, Rn. 1013l.
[125] § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 Hs. 2 Nr. 2 EStG.
[126] Unter diese Regelung fallen nur noch PHEV (extern aufladbare „Plug-In“ Hybridfahrzeuge), die den Anforderungen des § 3 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 des Elektromobilitätsgesetzes genügen müssen.
[127] § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 Hs. 2 Nr. 3 EStG.
[128] Umweltbundesamt, Kohlendioxid-Emissionen, https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/treibhausgas-emissionen-in-deutschland/kohlendioxid-emissionen#kohlendioxid-emissionen-2022, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.
[129] Umweltbundesamt (Fn. 128).
[130] Expertenrat für Klimafragen, Prüfbericht zu den Sofortprogrammen 2022 für den Gebäude- und Verkehrssektor, https://expertenrat-klima.de/content/uploads/2022/08/ERK2022_Pruefbericht-Sofortprogramme-Gebaeude-Verkehr.pdf, zuletzt abgerufen am 29.9.2023, Rn. 115; Agora Verkehrswende, Unternehmensmobilität nachhaltig gestalten, https://www.compan-e.de/wp-content/uploads/2023/02/91_Compan-e_unternehmensmobilitaet_nachhaltig_gestalten.pdf, zuletzt abgerufen am 29.9.2023, S. 7; *Transport & Environment* (Fn. 5), S. 2.
[131] *Harding*, Personal Tax Treatment of Company Cars and Commuting Expenses – Estimating the Fiscal and Environmental Costs, 2014, S. 36 f.
[132] Agora Verkehrswende, Dienstwagen auf Abwegen, https://www.compan-e.de/wp-content/uploads/2022/01/20211012-dienstwagen_auf_abwegen_compan-e.pdf, zuletzt abgerufen am 29.9.2023, S. 5; Kraftfahrt-Bundesamt (Fn. 4).

I. Umweltverträglichkeit der Firmenwagenbesteuerung

1. Steuervergünstigung durch die 1%-Methode

Es wird angenommen, dass durch das aktuelle Besteuerungsmodell ein spürbarer Vorteil für die Firmenwagennutzung im Vergleich zum privat gehaltenen Fahrzeug entsteht. Wie hoch eine etwaige Vergünstigung durch die pauschale Nutzungswertermittlung tatsächlich ausfällt, kann nicht eindeutig beantwortet werden – der individuelle Vorteil hängt dafür von zu vielen unterschiedlichen Faktoren ab.[133]

Einen Ansatz zur Berechnung dieser Divergenz bietet *Harding* in einer Studie aus 2014 für die OECD.[134] Durch ihren *employee-cost-approach* bewertet sie den Vorteil anhand der Kosten, die der Steuerpflichtige für die gleiche Leistung durch den Privatkauf des Firmenwagens auf sich nehmen müsste.[135] Dazu gehören nach dem Opportunitätskostenprinzip als Fixkosten unter anderem der Neuanschaffungspreis des Kfz, Versicherungskosten, jährliche Steuer- und Zulassungskosten sowie als variable Kosten die Kraftstoffkosten und die durchschnittlichen Reparatur- und Wartungskosten pro Kilometer.[136] Nach diesem Ansatz erfolgt die Berechnung auf Grundlage der für den Arbeitnehmer optimalen Bedingungen – das heißt: vollständige Übernahme der Anschaffungs-, Kraftstoff- und sonstigen Instandhaltungskosten des Fahrzeugs durch den Arbeitgeber. Als Informationsgrundlage greift *Harding* zwar auf vereinfachte Datensätze, Statistiken und Durchschnittswerte als Berechnungsparameter zurück. Einzelfallbezogene Umstände sowie die Möglichkeit der individuellen Fahrtenbuchmethode in Deutschland werden jedoch außer Acht gelassen, weshalb es sich bei dem Ergebnis lediglich um ein Rechenbeispiel und nicht etwa um eine akkurate Festsetzung des tatsächlichen durchschnittlichen Vorteils handeln kann.[137]

Der nach dem *employee-cost-approach* ermittelte Wert des steuerbaren Vorteils, den der Steuerpflichtige aus der Überlassung eines Firmenwagens insgesamt zieht, wird anschließend mit dem durch die 1%-Methode ermittelten pauschalen Nutzungsvorteil verglichen. Die Differenz dieser beiden Werte ergibt schließlich die *estimated tax expenditure*, also den Betrag der geschätzten Steuervergünstigung.[138] In ihrer Auswertung vermutet *Harding* für Deutschland, dass unter Anwendung der pauschalen 1%-Methode im Schnitt nur 40 % des wahren Vorteils ausgeglichen werden.[139] Entscheidet der Steuerpflichtige sich gegen die Fahrtenbuchmethode, könnte er demnach durch die Überlassung eines Firmenwagens besser gestellt sein, als durch das Anschaffen eines gleichwertigen Privatfahrzeugs.[140]

Das Umweltbundesamt nimmt dies zum Anlass, die 1%-Regelung als umweltschädliche Subvention einzustufen: Durch die Vergünstigung werde ein Anreiz für die Anschaffung und Nutzung von Firmenwagen geschaffen, was im Endeffekt zu einem erhöhten Fahrzeugbestand mit negativen Umwelteffekten führe.[141] Für die künftige Gesetzgebung schlägt es vor, privat gefahrene Kilometer in die Berechnung des geldwerten Vorteils einzubeziehen oder den zu versteuernden geldwerten Vorteil beispielsweise auf 1,5 % des Listenpreises anzuheben.[142]

2. Weitere begünstigende Faktoren

Laut *Transport & Environment* ergibt sich aus den steuerlichen Regelungen, abgesehen von etwaigen Steuervergünstigungen, zusätzlich eine spezielle Anreizsituation für die erhöhte Nutzung des Firmenwagens.[143]

Insbesondere durch die 1%-Methode komme es *de facto* zu einer „Flatrate-Regelung" für die private Nutzung eines Fahrzeugs, die bei Beschäftigten mit einem Firmenwagen deutlich verringerte Anreize zur Begrenzung der privaten Fahrleistung oder zu einer verbrauchs- und emissionsarmen Fahrweise auslöse.[144] Je nach Vertragsgestaltung bestehe aufgrund der Möglichkeit zur Privatnutzung des Firmenwagens auch so gut wie kein Anreiz, öffentliche Verkehrsmittel oder andere emissionsarme Alternativen zu nutzen. Dies werde durch sogenannte *Tankkarten* begünstigt, mit denen viele Unternehmen die Kraftstoffkosten ihrer Arbeitnehmer auch für private Fahrten übernehmen.[145]

Auch die Wahl des Fahrzeugtyps sei durch die pauschale 1%-Methode verzerrt. Da sich der geldwerte Vorteil am Bruttolistenpreis und nicht an den tatsächlichen Anschaffungskosten bemisst,[146] bevorteile die 1%-Methode die Beschaffung von Neufahrzeugen gegenüber der Nutzung von Gebrauchtwagen.[147] Durch die steuerliche Absetzbarkeit

[133] *Bernau*, „Was machen wir jetzt mit den Dienstwagen?", FAZ v. 5.9.2022, https://www.faz.net/-gqe-avywo, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.
[134] Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD).
[135] *Harding* (Fn. 131), S. 19.
[136] *Harding* (Fn. 131), S. 19 f.
[137] Datensätze gelistet in: *Harding* (Fn. 131), S. 19 ff.
[138] *Harding* (Fn. 131), S. 22.
[139] *Harding* (Fn. 131), S. 22 Abbildung 6.
[140] A.A. *Eichfelder/Neugebauer*, StuW 2/2016, 134 ff., denen zufolge zumindest höherklassige Fahrzeuge unter Umständen steuerlich weder besonders begünstigt, noch subventioniert würden.
[141] Umweltbundesamt, Klimaschutzinstrumente im Verkehr – Dienstwagenbesteuerung, https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/366/dokumente/uba-kurzpapier_dienstwagenbesteuerung_kliv_v2.pdf, zuletzt abgerufen am 29.9.2023, S. 3; vor diesem Effekt warnt auch *Harding* (Fn. 131), S. 37.
[142] Umweltbundesamt (Fn. 141), S. 5 f.
[143] Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 12.
[144] Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 12 f.; *Bernau*, „Das perfekte Statussymbol", FAZ v. 9.9.2022, https://www.faz.net/-gqe-awc2x, zuletzt abgerufen am 29.9.2023.
[145] Umweltbundesamt (Fn. 141), S. 5.
[146] S. oben, Abschnitt (C.) (II.) (1.)
[147] Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 13

der Fahrzeugkosten als Betriebsausgaben sowie dem Vorsteuerabzug fielen Mehrkosten weniger stark ins Gewicht, was zudem den Anreiz abdämpfe, kleinere und verbrauchsärmere Fahrzeuge als Firmenwagen anzuschaffen.[148]

3. Nachteilsausgleich für Plug-In-Hybridfahrzeuge

§ 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 Hs. 2 Nr. 2 EStG sieht für die pauschale Nutzungswertermittlung von Plug-In-Hybridfahrzeugen vor, dass zur Berechnung nach der 1%-Methode nur der halbe Bruttolistenpreis herangezogen wird.[149] Fahrzeuge dieser Art kombinieren für den Antrieb einen extern aufladbaren elektrischen Motor und einen Verbrennungsmotor. Bei einem hohen elektrischen Fahranteil können bei Plug-In-Hybridfahrzeugen daher auch die Emissionswerte deutlich gesenkt werden. Da allerdings der tatsächliche elektrische Fahranteil bei Firmenwagen mit Plug-In-Hybridmotoren durchschnittlich bei lediglich 15 % liegt, wird die Aussetzung dieses Nachteilsausgleichs gefordert.[150] Das Umweltbundesamt führt den geringen elektrischen Anteil unter anderem darauf zurück, dass Arbeitgeber meist nur die Tankkosten, nicht jedoch die Kosten des Ladens am Wohnort übernehmen.[151] Dies mache das Fahren mit dem Verbrennungsmotor finanziell attraktiver für den Arbeitnehmer. Aus ökologischer Perspektive sei die pauschale steuerliche Begünstigung von Plug-in-Hybrid-Firmenwagen daher eher schädlich.[152]

II. Firmenwagen im internationalen Vergleich

Für die Besteuerung des Vorteils, den der Steuerpflichtige aus der Privatnutzung eines Firmenwagens zieht, wird in verschiedenen Ländern auf unterschiedliche Weise ermittelt. Dabei haben sich laut *Harding* grundlegende, besonders häufig angewandte Methoden herauskristallisiert: Als Besteuerungsgrundlage kommen zum Beispiel der Preis des Fahrzeugs, die damit zurückgelegte Strecke, die unmittelbaren Kosten der Privatnutzung, wie Kraftstoff oder Wartungskosten, sowie ein fester Betrag in Betracht.[153] Zudem können weitere Faktoren wie das Alter des Fahrzeugs, der CO_2-Ausstoß oder die Motorleistung den Nutzungswert beeinflussen. Oft gibt es Variationen innerhalb der Besteuerungsgrundlage. Die Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Methoden (wie in Deutschland) ist ebenfalls gängig. Am häufigsten bemessen die Staaten den Nutzungsvorteil anhand eines Prozentsatzes vom Kauf- oder Listenpreis des Fahrzeugs (pauschale Nutzungswertmethode) – wobei der zu versteuernde Anteil von monatlich 1 % des Listenpreises in Deutschland bis hin zu monatlich 2,5 % des Listenpreises in Norwegen variiert.[154] Darüber hinaus zieht der Staat in einigen europäischen Ländern für Fahrzeuge mit hoher Leistung und entsprechenden Kohlendioxid-Emissionen einen Zuschlag von bis zu 3 % des Listenpreises pro Monat ein.[155]

H. Fazit

Der Gesetzgeber hat für den Firmenwagen eine komplexe, auf verschiedene Stellen der Steuergesetze verteilte Regelungssystematik geschaffen. Die Rechtsanwendung wird durch Lohnsteuerrichtlinien, Stellungnahmen der Finanzverwaltung und etliche höchstrichterliche Urteile konkretisiert. Gerade für einen täglich in millionenfacher Anwendung vorkommenden Sachverhalt wie der Privatnutzung des Firmenwagens, wäre jedoch eine einheitlichere und übergreifend geltende Regelung angemessen.

Beispielsweise ist bei der Nutzungswertbesteuerung der reinen Privatnutzung[156] zu sehen, dass § 8 Abs. 2 S. 2 EStG für die Überschusseinkunftsarten statt einer genauen Regelung der Bewertungsmethoden kurzerhand auf die Regelung in § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG verweist, welche ausführlich die pauschale Listenpreismethode für ebendiese Privatfahrten reguliert. Hintergedanke des Gesetzgebers war, durch diesen Verweis eine Vereinheitlichung und Vereinfachung der Nutzungswertermittlung bei Kfz herbeizuführen.[157] Das ist an dieser Stelle insoweit auch gelungen; statt den Wortlaut des § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG Wort für Wort in § 8 Abs. 2 S. 2 EStG zu rezitieren, ist ein einfacher Verweis auf die vorangehende Norm deutlich effizienter und übersichtlicher. Fraglich ist allerdings, warum dies für die Fahrten zwischen Wohnung und erster Tätigkeitsstätte sowie Familienheimfahrten[158] nicht genauso gehandhabt wurde. Hier sucht man in § 6 EStG vergeblich nach einer Erwähnung oder einem Rechtsfolgenverweis zu diesen Fahrtarten. Stattdessen finden sich die entsprechenden Regelungen für die Gewinneinkunftsarten in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 EStG. Für die Überschusseinkunftsarten normiert diesmal § 8 Abs. 2 S. 3–5 EStG ausführlich die Bewertungsmethoden für beide Fahrtarten, verweist jedoch für den Nachteilsausgleich wiederum auf § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 3 Hs. 2 EStG. Nicht nur deswegen bezeichnet *Urban* den Zustand der Nutzungswertbesteuerung hinsichtlich der Regelungstechnik als vom „Idealzustand […] weit entfernt".[159]

[148] Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 21; *Harding* (Fn. 131), S. 37.
[149] S. oben, Abschnitt (F.) (I.)
[150] Zur Statistik: Fraunhofer ISI/ICCT, Real-World Usage of Plug-In Hybrid Vehicles in Europe, https://theicct.org/wp-content/uploads/2022/06/real-world-phev-use-jun22-1.pdf, zuletzt abgerufen am 20.3.2023, S. 14; Absetzungsforderungen: Umweltbundesamt (Fn. 141), S. 5; Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 21.
[151] Umweltbundesamt (Fn. 141), S. 5.
[152] *Transport & Environment* (Fn. 5), S. 12; Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 21
[153] *Harding* (Fn. 131), S. 10 f.
[154] Grundwerte ungeachtet möglicher Besonderheiten für bestimmte Fahrzeuge. Grds. Regelung in Norwegen: The Norwegian Tax Administration, Car-rates for company cars, www.skatteetaten.no/en/rates/car-rates---company-cars/, zuletzt abgerufen am 29.9.2023; Regelung in Deutschland: s. oben, Abschnitt (C.) (II.) (1.), § 6 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG; vgl. *Harding* (Fn. 131), S. 12.
[155] *Becker/Uhlendorf* (Fn. 3).
[156] S. oben, Abschnitt (C.) (I.)
[157] BT-Drucks. 13/1686 v. 13.6.1995, S. 8.
[158] S. oben, Abschnitt (E.)
[159] *Urban* (Fn. 1), S. 1.

Auch seitens der Umweltschützer prägt das Verlangen nach Veränderungen das Meinungsbild zur Firmenwagenbesteuerung.[160] Um negative Umwelteffekte zu verhindern, werden verschiedene Handlungsmöglichkeiten vorgeschlagen: Die pauschale Besteuerung könne beispielsweise an den CO_2-Ausstoß gekoppelt werden.[161] Durch höhere Steuersätze bei Fahrzeugen mit Verbrennungsmotor würde dann ein Anreiz für emissionsärmere Fahrzeuge mit alternativen Antrieben entstehen. Da sie einen geringen Vorteil für die Umwelt bieten, solle daher auch der aktuell vorgesehene Nachteilsausgleich für Plug-In-Hybridfahrzeuge ausgesetzt werden.[162] Überhaupt müsste der Prozentsatz für die pauschale Nutzungswertmethode höher angesetzt werden, da es nach der aktuellen 1%-Methode zu einer Steuervergünstigung für die Anschaffung und Privatnutzung eines Firmenwagens im Vergleich zu einem privat gehaltenen Kfz käme.[163]

Bei jeglichen Reformen sollte jedoch stets darauf geachtet werden, die Balance zwischen den gewollten ökologischen Effekten, den ökonomischen Auswirkungen für einen so wichtigen Markt der Automobilindustrie und dem Erhebungsaufwand für die Steuerpflichtigen und die Finanzverwaltung beizubehalten. Die Steuernormen zum Firmenwagen bieten eine gute Möglichkeit, den Firmenwagenmarkt (und auch auf lange Sicht den privaten Gebrauchtwagenmarkt) in eine Richtung zu lenken, die zur Einhaltung der Klimaschutzziele beiträgt. Sie können die Umweltprobleme jedoch allein nicht lösen. Weitere fiskalische Instrumente wie die Entfernungspauschale, die Kfz-Steuer und Kaufprämien für Fahrzeuge mit alternativen Antrieben – aber auch vom Kfz unabhängige abgabenrechtliche Instrumente – sollten kumulativ und aufeinander abgestimmt Anreize für einen umweltbewussteren Umgang mit dem Firmenwagen bilden.[164]

Sicher ist, dass der Firmenwagen dem Gesetzgeber so einiges abverlangt: Zum einen muss er für die verschiedenen Fahrtarten jeweils eine möglichst gerechte Nutzungswertbesteuerung finden, ohne dabei die Gleichbehandlung der Einkunftsarten auszusetzen. Zum anderen muss er die steuerlich höchst komplexe Frage der Privatnutzung für die Vielfalt an Lebenssachverhalten einheitlich und verfassungsgemäß lösen, dabei mögliche ergänzende Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und -nehmer berücksichtigen und dafür sorgen, dass verschiedene moderne Antriebsarten einen Nachteilsausgleich erhalten. Zugleich muss er dabei seiner wachsenden Verantwortung im Lichte der Klimaschutzziele gerecht werden. Eine äußerst schwierige Aufgabe also, die schon ihrer Natur nach keinesfalls als abgeschlossen deklariert werden kann.

[160] S. oben, Abschnitt (G.)
[161] *Transport & Environment* (Fn. 5), S. 12.
[162] Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 21.
[163] Umweltbundsamt (Fn. 141), S. 2.

[164] Agora Verkehrswende (Fn. 132), S. 26; zur allg. Instrumentalisierung des Steuerrechts zum Klimaschutz: *Englisch* in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Kap. 7 Rn. 7.113; bzgl. der aktuell ansteigenden eigenhändigen Lösung durch Unternehmen, ein Mobilitätsbudget einzuführen: *Maurus*, „Geht die Ära der Firmenwagen bald zu Ende?“, FAZ v. 11.4.2023, https://www.faz.net/-gzl-b78p9, zuletzt abgerufen am 22.4. 2023.

IMPRESSUM

BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

Juristische Fachzeitschrift am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin

Herausgeber

Die Berliner Rechtszeitschrift wird herausgegeben vom gemeinnützigen Verein *Berliner Rechtszeitschrift e.V.*

Der Verein ist eingetragen beim Amtsgericht Charlottenburg, Registernummer: VR 37649 B.

c/o Freie Universität Berlin, Van't-Hoff-Straße 8, 14195 Berlin

E-Mail: verein@berlinerrechtszeitschrift.de

Vertreten durch den Vorstand: *Ruth Lipka* (1. Vorsitzende), *Ivette Félix Padilla* (2. Vorsitzende), *Antonia Bordt* (Schatzmeisterin), *Hendrik Schwenke* (Beisitzer), *Nural Hizal* (Beisitzer).

Redaktion

Schriftleitung (V.i.S.d.P.): *Moritz Funke, Magnus Habighorst, Diyar Kılıç, Laetizia Krigar, Valentin Stojiljkovic, Johannes Weigl*

Verlagsleitung: *Charles Müller, Jiline Schucht* (Stellv.)

Redaktion: *Rebecca Apel, Mia Barnikel, Julius Baum, Constantin Berlage, Antonia Bordt, Vanessa Braun, Moritz Breckwoldt, Yeseo Choi, Saner Can Coşkun, Cosima Dengler, Benedict Ertelt, Oscar Genter, Anastasija Glinina, Patricia Grüger, Shiva Khakrah, Sarah Kröning, Justus Lassmann, Lina Lautenbach, Julian Lochen, Lionie Offenbach, Kaan Oğurlu, Ivette Félix Padilla, Lilly Paeßens, David Reichenheim, Paula Schmidt, Maximilian Schröder, Arne Stockum, Paul Suilmann, Duc Anh Tran, Marie-Christine Wille, Utku Yilmaz*

Manuskripte zur Veröffentlichung werden in digitaler Form an redaktion@berlinerrechtszeitschrift.de erbeten. Mehr Informationen unter https://berlinerrechtszeitschrift.de/hinweise-fuer-veroeffentlichende/. Für unverlangt eingereichte Manuskripte haftet der Berliner Rechtszeitschrift e.V. nicht. Eine Rücksendung von unverlangt eingereichten Manuskripten erfolgt nur bei Übersendung von Rückporto und einem entsprechenden Rückumschlag.

Die Redaktion bedankt sich herzlich bei den Mitgliedern des Wissenschaftlichen Beirats für die Betreuung der Beiträge dieser Ausgabe.

Die Berliner Rechtszeitschrift wird im Rahmen von Kooperationspartnerschaften unterstützt von *HAUSFELD LLP*, der *KissAkademie GbR* sowie *Raue LLP*. Weiterhin bedankt sich die Redaktion beim Dekanat des Fachbereichs Rechtswissenschaft der *Freien Universität Berlin* für seine Unterstützung.

Verantwortliche für Anzeigen und die Betreuung von Kooperationspartnern: *Ruth Lipka* (verlag@berlinerrechtszeitschrift.de)

Layout/Satz: *Charles Müller,* Berlin

Bei Rückfragen bezüglich des Heftes sind die vorstehend genannten Personen über die obenstehende Vereinsanschrift erreichbar.

Druck: WIRmachenDRUCK GmbH · Mühlbachstraße 7 · 71522 Backnang

Erscheinungsort: Berlin · Auflage: 250 Exemplare · ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (online) 2699-2132

© 2023 Berliner Rechtszeitschrift e.V. Alle Rechte vorbehalten.

www.berlinerrechtszeitschrift.de