ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

September 2023
Heft 02/23
Seiten 53-97

Editorial	**Dr. Dario Ramon Buschor**	What it takes to become a Law Firm Managing Partner	**53**
Steuerrecht	**Mette Rieck**	Kann nach Einführung des MoPeG an der dualistischen Unternehmensbesteuerung festgehalten werden?	**67**
Int. Privatrecht	**Christian Karschau**	Einschränkungskriterien als Beschränkung des Auswirkungsprinzips im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO unter Berücksichtigung wettbewerbsökonomischer Aspekte	**74**
Gesellschaftsrecht	**Maximilian Schlereth** **Moritz Lamm**	Eine chronologische Darstellung der Haftung in der GmbH und ihren Vorgesellschaften	**81**
Insolvenzrecht	**Moritz Benzinger**	Das Schicksal von Kryptowerten in der Insolvenz des Kryptoverwahrers	**90**

DLA PIPER

www.law-journal.de

BLJ

Redaktion der Ausgabe 02/2022

Alicia Albrecht
Benedikt Bartylla
Johanna Becker (Redaktionsleitung)
Simon Bösken
Emanuel Buhl (Redaktionsleitung)
Paul Bülow
Leonard Dieckow
Annika Diemke (Ressortleiterin)
Lisa Dumke
Benedikt Folttmann
Ben Fuhrmann
Maximilian Götze
York Philipp Gräf
Hannah Güntner
Fabian Hagemeister
Sarah Heidner
Julia Heß
Leonard Jaritz
Marvin Kalmbach
Christian Karschau
Philipp Kehl
Lena Ludewig
Julius Ohletz
Cora Pfeiffer
Christoph Rathert (Ressortleiter)
Maximilian Roth (Redaktionsleitung)
Christoph Ruholl (Chefredakteur)
Svenja Schwartz (Ressortleiterin)
Isabelle Stein
Maximilian Tränkner (Webmaster & IT)
Lars Walter
Victoria Wicker
Niklas Wilde

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

Erscheinungsweise

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich in einer Auflage von jeweils 500 Exemplaren.

Umschlaggestaltung

Christoph Ruholl

Urheberrechte

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren sowie dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen und nicht-gewerblichen Gebrauch.

Manuskripte

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt die Autorin bzw. der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist die Autorin bzw. der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Call for Papers

EINSENDUNG VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studierenden deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher vorwiegend studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 50.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) grundsätzlich nicht überschreiten. Die Zitierweise von Fundstellen sollte nach Möglichkeiten den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei RedakteurInnen gelesen und evaluiert. Diese sowie die Redaktionsleitung entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

Bitte beachten Sie: Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit der Autorin bzw. dem Autor und nur von dieser bzw. diesem selbst vorgenommen.

VERÖFFENTLICHUNG STUDENTISCHER ARBEITEN

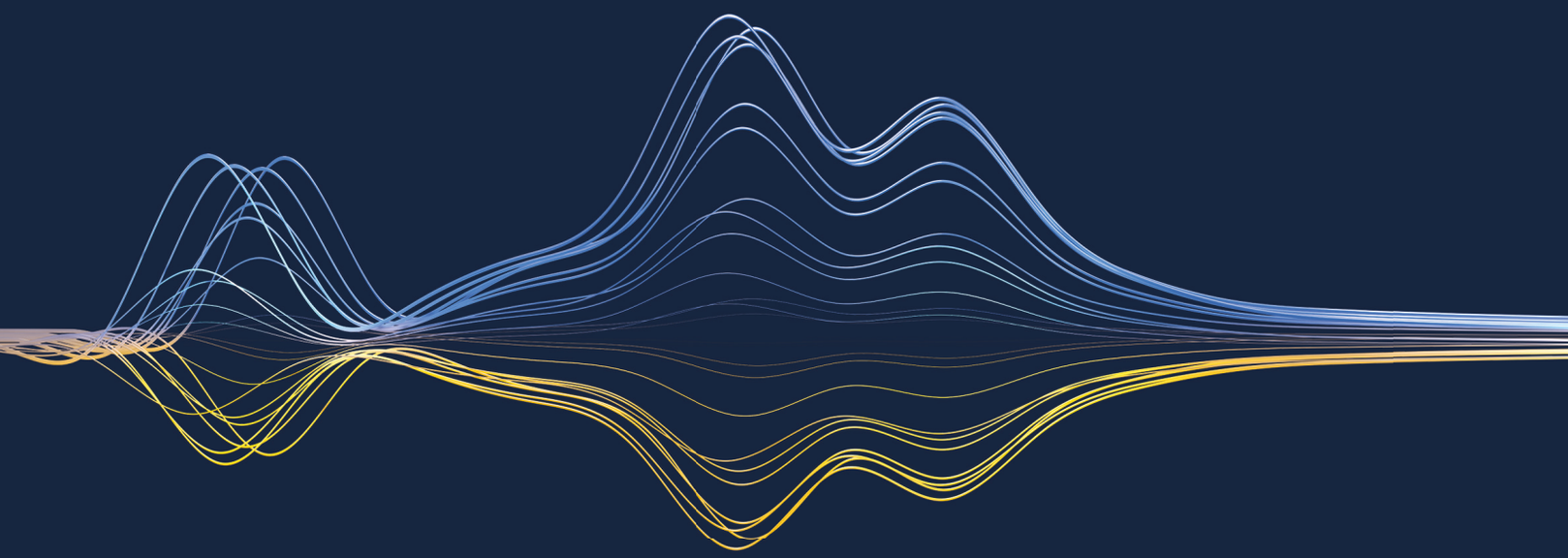
Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studierende regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminar-, Bachelor- oder Masterarbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Arbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann freuen wir uns stets über eine Übersendung an **info@law-journal.de**.

Zwei RedakteurInnen werden Deine Arbeit lesen und evaluieren. Dabei werden sie ggf. auch Umbearbeitungsvorschläge erarbeiten. Im Falle positiver Evaluierung bieten wir Dir (ggf. mit einem entsprechenden Umarbeitungsvorschlag) eine Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Bei einer eventuellen Umarbeitung wirst Du von uns natürlich mit Rat und Tat unterstützt und bist keineswegs verpflichtet, die Vorschläge unserer RedakteurInnen anzunehmen. Du entscheidest weiterhin über Form und Inhalt Deiner Arbeit.

Bitte beachte: Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer studentischen Arbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur“ mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch einen sehr innovativen und daher veröffentlichungswürdigen Gedanken enthalten kann. Die Note sollte Dich also nicht von einer Einreichung abhalten.

Share our Vision
Shape your Future



Let’s reach new heights and achieve more together.

Bewerben Sie sich bei DLA Piper für eine Wissenschaftliche Mitarbeit, das Referendariat oder als Associate (m/w/d)!

Frankfurt · Hamburg · Köln · München

250+ Anwältinnen und Anwälte in Deutschland

dlapipercareers.de

DLA PIPER

dlapiper.com

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct entities. Further details of these entities can be found at dlapiper.com. Lawyer Advertising. Copyright @ 2021 DLA Piper. All rights reserved.

Bucerius Law Journal

Redaktion dieser Ausgabe: Alicia Albrecht, Benedikt Bartylla, Johanna Becker (Redaktionsleitung), Simon Bösken, Emanuel Buhl (Redaktionsleitung), Annika Diemke (Ressortleiterin Öffentliches Recht), Lisa Dumke, Ben Fuhrmann, Hannah Güntner, Fabian Hagemeister, Sarah Heidner, Leonard Jaritz, Christian Karschau, Philipp Kehl, Julius Ohletz, Cora Pfeiffer, Christoph Rathert (Ressortleiter Zivilrecht), Maximilian Roth (Redaktionsleitung), Christoph Ruholl (Chefredakteur), Svenja Schwartz (Ressortleiterin Strafrecht), Maximilian Tränkner (Servermanagement), Viktoria Wicker, Niklas Wilde

Heft 02/2023
Seiten 53-98
September 2023

Dr. Dario Ramon Buschor*

What it takes to become a Law Firm Managing Partner

«Why would anyone want to manage a law firm? Your most important assets – expertise, reputation, and client relationships – belong to highly opinionated and highly mobile individuals, who typically have a strong sense of their own worth and prize their personal autonomy. They tend to have limited time or respect for management. If you do a good job, they will not give you much credit for it; if they do not like what you do, they can get rid of you very quickly.»[1]

The legal profession has undergone an enormous transformation. In the past, lawyers were considered freelancers, working in individual practices to deal with the legal issues and queries of their clients. Over time, a number of factors have contributed to the fact that legal services, the methods of delivering said services, as well as the organization of the lawyers producing the services, had changed considerably. These factors include globalization, increasing liberalization within and the opening of the legal market,[2] which enabled the entry of new legal service providers and thus previously unimagined competition,[3] as well as technological progress and digitalization.[4] But changes have also occurred on the demand side: An increasingly sophisticated clientele, which finds itself exposed to ever more complex regulatory burdens, is developing. They show steadily increasing expectations regarding their legal advisors without, however, being prepared to pay a higher – or even the same – price for the legal services provided to them.[5] Companies are continuously expanding their legal departments and, therefore, their own competencies, allowing them to increasingly handle legal tasks that were previously outsourced to external law firms in-house or internalize entire processes.[6] And last but not least, the loyalty of clients to their law firms and legal advisors has been seen to be continuously declining.[7]

One question that arises in the midst of all these changes and challenges is what requirements a law firm leader needs to meet in order to steer their firm successfully. While there is a lot of research on leadership and the demands placed on leaders of a variety of organizations,[8] the focus has usually been on industrial companies or service providers that do not belong to the subgroup of so-called Professional Service Firms (PSF). Flat hierarchies, concentrated ownership structures, a remarkable need for autonomy on the part of professionals, a lack of opportunity to retain active employees, etc., distinguish PSF from the companies and industries most tar-

* PhD (University of St.Gallen, Switzerland), Attorney-at-Law and Professor Extra Carreira at Fundação Getulio Vargas School of Law in Rio de Janeiro (FGV Direito Rio).

1 Laura Empson & Stuart Popham, *Introduction and Overview*, *in* Managing the Modern law firm – New Challenges, New Perspectives 1 (2007).

2 Richard Susskind, Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future 5-15 (1st ed. 2017).

3 Geertje Tutschka, Kanzleigründung und Kanzleimanagement [Lae Firm Foundation and Law Fim Management] 6 (2018). *See also* Susskind, *supra* note 2; Markus Hartung, *Kanzleien von Morgen* [Law Firms of Tomorrow], *in* Anwaltsrevue [Lawyers Revue] 276, 277 (2017); W. Weiss, *Zukunft des Anwaltsberufs* [Future of the Legal Profession], *in* Anwaltsrevue [Lawyers Revue] 360, 360 (2015); J. Chain & N. Bruch, *Trends in the Global Legal Services Market*, *in* Management von Anwaltskanzleien [Law Firm Management: Successfully Running Law Firms] 941, 942-944 (Leo Staub & Christine Hehli Hidber eds., 2012); Max J. Ringlstetter, et al., *Strategische Entwicklungen von Unternehmensberatungen – Ein Beitrag aus Sicht der Professional Services Firms Forschung* [Strategic Developments of Management Consultancies – A Contribution from the Perspective of Professional Services Firms Research], *in* Consulting Research – Unternehmensberatung aus Wissenschaftlicher Perspektive [Consulting Research – Management Consulting from A Scientific Perspective] 179, 182-183 (Volker Nissen, ed. 2007).

4 Claudia Schieblon, *Management in Kanzleien* [Management in Law Firms], *in* Kanzleimanagement in der Praxis – Führung und Management für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer [Law Firm Management in Practice: Leadership and Management for Law Firms and Auditors] 1, 1-2 (4th ed. 2019). *See also* H. Kolster & T. Heining, *Geschäftsmodelle für die Kanzlei der Zukunft* [Business Models for the Law Firm of the Future], *in* Kanzleimanagement in der Praxis – Führung und Management für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer [Law Firm Management in Practice: Leadership and Management for Law Firms and Auditors] 91, 91-92 (4th ed. 2019); Susskind, *supra* note 2, at 10-15.

5 Susskind, *supra* note 2, at 4-5. *See also* Weiss, *supra* note 3; Chain & Bruch, *supra* note 3.

6 Schieblon, *supra* note 4. *See also* Kolster & Heining, *supra* note 4; Weiss, *supra* note 3.

7 The same holds true for partners, who tend to switch law firms more often than in the past. *See* D. R. Buschor & I. Lührs, *Lateral Moves in der Schweiz* [Lateral Moves in Switzerland], *in* Anwaltsrevue [Lawyers Revue] 169, 169-174 (2020); N. Bruch, et al., *Risky Business – Rethinking Lateral Hiring*, *in* Decipher & ALM Intelligence 10 (2019).

8 *See* James M. Kouzes & Barry Z. Posner, Credibility – How Leaders Gain and Lose It, Why People Demand It (2011); James M. Kouzes & Barry Z. Posner, The Leadership Challenge: How to Make Extraordinary Things Happen in Organizations (6th ed. 2017); Jim Collins, *Level 5 Leadership – The Triumph of Humility and Fierce Resolve*, 79 Harv. Bus. Rev. 66 (2001); F. Malik, *Leadership im Unternehmen – Trends und Perspektiven* [Leadership in Companies – Trends and Perspectives], *in* Leadership – Best Practices und Trends [Leadership – Best Practices and Trends] 285 (Heike Bruch, et al. eds., 2006).

geted by leadership and management studies. Furthermore, rather than simply being part of the above-described subgroup of PSF, law firms maintain distinguishing characteristics, which Maister expresses as follows:

> *«After spending 25 years saying that all professions are similar and can learn from each other, I'm now ready to make a concession: Law firms are different.»*[9]

Also, the topic of management was not prioritized within the PSF sector. In his best-selling book «Managing the Professional Service Firm» David Maister quotes the words of a managing partner:

> *«Professional Service Firms are managed in one of two ways: badly or not at all.»*[10]

This article, therefore, argues that the findings of the existing literature regarding requirements for managers cannot be applied unconditionally to managing partners of law firms. Thus, after a layout of the scientific approach and method, the specific nature of lawyers will be briefly discussed before the results of a literature review on the requirements for managers in general derived from the business management literature as well as for managers in a professional environment derived from the PSF literature (enriched with findings from interviews conducted with law firm consultants) are presented. These results will then be compared with the results of a study conducted among managing partners of the leading national law firms from Germany, Austria and Switzerland, which will not only display the requirements law firm managing partners need to fulfill in order to succeed, but also to what extent these requirements differ from those of managers in other industries.

A. Method

Approaching the research question regarding the qualifications of a managing partner in a law firm environment, this study focused on a qualitative interview study in addition to a review of the existing scientific as well as practice literature.

This study was conducted with the managing partners of the largest national law firms in the so-called DACH region, comprising Germany, Austria and Switzerland. Due to the similarity of the nature of professional work, it is nevertheless alleged that the findings can be translated to other jurisdictions. The term national law firm refers to a law firm which is not merely a country unit of global (mostly American or British) law firms or other PSF such as the BigFour accounting giants or other consulting powerhouses.

Due to the fact that this article primarily deals with a leadership issue, the size of the law firms in the study, measured by the number of professionals, was defined as the first criterion for the selection of the law firms to be examined. After all, their employees are considered the most important production factors in PSF. Only law firms that employ at least 70 lawyers were considered in this study. In Q4 2020, a population of 47 law firms meeting the criteria defined above (national law firms employing at least 70 professionals) could be identified.

Once the appropriate law firms and as well as their managing partners had been determined, they had to agree to conduct an interview. Finding interviewees for qualitative studies is not an easy undertaking, as most of the persons are committed to their organizations and are subject to various restrictions such as confidentiality obligations or personal insecurities or restraints.[11] Although it was not possible to obtain a complete collection sample, the response rate was exceptionally high. After a potential second inquiry, all six law firm advisors targeted as well as 36 managing partners and three COOs from a total of 35 law firms,[12] agreed to sit down for an interview.

In Q4 2020, the interviews with several law firm consultants from Europe and the United States were conducted, which served to obtain a complementary perspective on the topic from the practice side that allowed for a better interpretation, completion and questioning of the literature as well as the answers of the subsequently interviewed managing partners. In addition to a better understanding and helpful background information as well as initial findings, this also created the basis for conducting the interviews with the managing partners.

Following the discussions with the law firm consultants, the managing partners were interviewed about governance issues, their management role within the firm as well as about the main content of this article, i.e., the requirements they have to meet in order to successfully perform the duties bestowed upon them by their partners. The interviewees were given significant leeway to explain, specify and elaborate on their comments. This strategy allowed to point out to interviewees when (further) examples are beneficial for a deeper or more holistic understanding of an issue or that additional details and background is of interest.[13] Since the questionnaire was not sent to the interviewees in advance, they were given as much freedom as possible when sitting through the interviews, which were guided mainly by clarification questions and inquiries for further information. The interviewees were thus able to influence the focus and the course of their interview. Whenever necessary, however, the interviewer steered the conversation back along predefined lines.

The 37 interviews with a total of 39 persons, three of whom officially, i.e., according to the company's designation and not just based on an interpretation of the respective job description, fill a COO role, while the other 36 persons were interviewed as managing partners, took place partly in person and alternatively via video conferencing tools such as Zoom. While the interviews with representatives from Germany and Austria were conducted exclusively remotely,

---

[9] David Maister, *Are Law Firms Manageable?*, David Maister (2006), https://davidmaister.com/articles/are-law-firms-manageable.

[10] David Maister, Managing the Professional Service Firm 291 (2003).

[11] Päivi Eriksson & Anne Kovalainen, Qualitative Methods in Business Research 54-55 (2008).

[12] Out of the population of 47 law firms meeting the criteria set for this study.

[13] Robert S. Weiss, Learning from Strangers – The Art and Method of Qualitative Interview Studies 3 (1995).

the Swiss interviewees were asked to decide whether they agreed to a face-to-face interview or preferred a video call.[14] The in-person interviews always took place in the offices of the respective law firms.

With the consent of the interviewees, all interviews with the law firm consultants and 33 of the 37 interviews[15] with managing partners and COOs were recorded, which allowed a verbatim transcript of the discussions.

The interviews were partially corrected, enhanced or shortened by the interviewees after they were provided with their transcripts. This final version of the transcript was coded using a deductive approach (in the case of the law firm consultants) or a hybrid approach (in the case of the managing partners and COOs).[16] Hybrid in this context means that in a first step, codes were directly derived from the literature. Subsequently, the predefined codes, which were not able to cover the breadth and depth of the interviewees' statements, were inductively supplemented with new codes.[17] All codes were continuously tested, adapted and refined. The final code list was written down and provided with short definitions, which in turn were supplemented with a list of exemplary quotes taken from the test interviews.[18] The coding of the interviews was iteratively developed over three rounds, i.e., the codes were continuously revised, checked, and recategorized until all codes were set as accurately as possible.[19] The interviews, which had not been recorded, could not be coded and analyzed with the same profundity. Nevertheless, the information gained from these interviews was included in the interpretation of the overall data material.[20]

The coded quotes were used for different purposes depending on their specific content. On the one hand, lists of specific points mentioned were used to condense the vast amount of information (e.g., all quotes containing a certain skill or character trait of a successful managing partner). On the other hand, coding made it possible to quantify how often a certain code was used – both within an interview as well as across all interviews. The total number of all citations per code allows for conclusions about the importance of a certain code, e.g., a certain characteristic or a certain ability.[21] Further insights arise from the systematic analysis, contextualization and comparison of the different data and data sets.

[14] This was due in particular to the effects of the Covid-19 pandemic and the resulting risks and uncertainties.

[15] Two interviews were conducted in which two managing partners were interviewed at the same time, leading to a total of 37 separate interviews with 39 interviewees.

[16] H. Russell Bernard, et al., Analyzing Qualitative Data: Systemic Approaches 129-130 (2nd ed. 2016).

[17] *Id.* at 128-129.

[18] *Id.* at 151-152.

[19] Johnny Saldaña, The Coding Manual for Qualitative Researchers 11-13 (3rd ed. 2016).

[20] The interviews with the COOs did not directly contribute to the results. Rather, their statements have contributed to a better understanding of the MP roles. Their statements - where particularly illustrative - have nevertheless been quoted directly within the context of this article. Most interviews were conducted in German. Direct quotes from interviews conducted in German were translated to English for the purposes of this article.

[21] Bernard, et al., *supra* note 16, at 181.

B. Lawyers

One of the first issues of the journal «Legal Chatter», first published in the late 1930s, contains an article entitled «Essentials of A Successful Lawyer» and characterizes the ideal lawyer. She or he must have good character, referring to honesty, integrity, truthfulness, unselfishness and loyalty. Or, as the author sums it up: «A successful lawyer must be a gentleman.» Furthermore, a successful lawyer must be characterized by perseverance, infinite patience, systematic work, good time management, and the will for lifelong learning. But also resourcefulness in combination with tact and politeness and thus an attractive personality structure are, according to the op-eds author, necessary traits of a successful lawyer. Last but not least, common sense is required, with the author stating: «The pity of the whole matter is that a man who has no common sense never knows it.»[22]

These remarks will lead into the next two sections, which will first discuss the special personality structure of lawyers. This will be followed by a discussion of the effects of these properties on the management of lawyers and why the management of lawyers is repeatedly associated with the terms 'cat herding'.

I. Herding Cats

The fact that lawyers vary in their personalities from the rest of the population has already been the subject of numerous articles and was proven by a variety of studies.[23] But what does it mean to be 'different'? What distinguishes a lawyer from the rest of the population? And what are the consequences thereof for the management of lawyers?

By means of extensive data collection based on the Caliper test, in an often-cited study, Richard was able to prove that lawyers differ from the rest of the population with regard to a number of personality traits.[24] Based on the assumption that the entire population would score an average of 50 on a number of personality traits, Richard identified five traits in which lawyers show results that differ significantly: Skepticism, Urgency, Sociability, Resilience, and Autonomy.[25]

[22] W.C. Wells, *Essentials of a Successful Lawyer*, 1 Legal Chatter 1-3 (1938).

[23] While the studies presented below focus explicitly on lawyers, 'cat herding' is also used in the literature on PSF in general. *See* Andrew von Nordenflycht, *What Is a Professional Service Firm? Toward a Theory and Taxonomy of Knowledge-Intensive Firms*, 35 Acad. of Mgmt. Rev. 155, 160-161 (2010).

[24] L. Richard, *Herding Cats: The Lawyer Personality Revealed*, 20 Rep. to Legal Mgmt. 1 (2002). As early as 1993, Richard examined the personality traits of more than 3,000 participating attorneys in a large-scale study. At that time, however, he did not use the Caliper test, but the Myers-Briggs Type Indicator (MBTI). *See* L. Richard, *The Lawyer Types*, 79 ABA J. 74, 74-78 (1993).

[25] Richard (2002), *supra* note 24. In another study from 1998, 95 lawyers, all described by their peers as 'excellent lawyers', were compared with each other. For this purpose, the 95 lawyers were divided into two groups, namely 'Rainmakers' and 'Service Partners.' The study found that the Rainmaker group scored higher in the ego-drive category (60 to 38 on a scale of 0 to 100), as well as in the empathy (75 to 65) and ego-strength (63 to 43) categories. The same study also found that Rainmakers had a sociability score nearly three and a half times higher than service partners. *See* Richard (2002), *supra* note 24, at 3, 9. A high score on the ego-drive trait corresponds to the sense of satisfaction a person feels when he or she can persuade others; ego-strength corresponds to the personal ability to handle rejection and criticism and to deal with setbacks;

Individuals who score high on skepticism tend to be skeptical, partially cynical, judgmental, questioning, argumentative, and also, to some degree, self-protective, while those who score low are more accepting of other people, trusting, and giving others the benefit of the doubt.[26] Over decades, Richard has consistently found that lawyers have, on average, a skepticism score up to 40 percentage points higher than the general population, which is why he calls it the most significant differentiator.[27] Similar observations have already been made by Broderick[28] or Maister, who elaborates on the relationship of lawyers with risk and makes the following comments:

«In any other business, an idea that was likely to work much of the time would be eagerly explored. This is not necessarily the case with lawyers.»

and further:

«If one partner says, 'This works in the vast majority of cases', you can be sure that another will say, 'Maybe, but I can construct a hypothetical scenario where it will fail to work. That makes it risky.'»[29]

Those who score high on Urgency are often characterized by impatience, immediacy, and a certain drive, while a low score is more indicative of a thoughtful, patient, and deliberate person who is not in any particular hurry.[30] Sociability refers to the willingness or desire to interact and get in touch with other people. Here, a low value indicates that a person finds it more difficult to make new contacts and prefers to focus on thought-provoking work. However, this does not necessarily mean that these people shy away from social contacts but rather that they focus on interactions within their core social network.[31] Resilience or Ego Strength is no longer listed individually in the current Caliper Corp. glossary but are included in the descriptions of 'Grit' and 'Mental Toughness'.[32] Individuals with a low Resilience score tend to be defensive, shy away from feedback, and are hypersensitive to criticism.[33] Autonomy is also not listed in the current glossary. Rather, 'External Structure' and thus the degree of sensitivity of a person in relation to prevailing rules and structures is mentioned. Richard describes autonomy, the characteristic that led to the «herding cats» stereotype[34] and can be found in a large number of articles about lawyers (and other professionals), as a kind of unwillingness to be managed, a certain aversion to instructions, and a strong preference for independence.[35] Empson also emphasizes that professionals place a lot of value on their autonomy and that many of them see their work as some kind of self-gratification and like to take on intellectually challenging tasks. For this reason, maximizing income is often not the primary goal of a professional and can only be used as an incentive to a very limited extent.[36]

In a more recent publication, Richard revisits his Caliper study. He shows that lawyers score significantly different from the general population not only in the five personality traits discussed earlier but in a total of seven of the 18 personality traits tested.[37] According to this more recent study, lawyers score higher than the general population in the categories Skepticism, Urgency, Autonomy, and Abstract Reasoning and lower in the categories Sociability, Resilience, and Empathy.[38]

However, Richard was able to identify character traits in which lawyers differ from the general population not only through his decades-long use of the Caliper Test but also with the help of the Hogan Test, which he administered in a joint study with Rohrer to nearly 1,500 lawyers at large international law firms.[39] The Hogan test measures the seven personality traits of Adjustment, Ambition, Sociability, Interpersonal Sensitivity, Prudence, Inquisitive, and Learning Approach. The result of the study showed that lawyers scored lower than the general population on all traits except Learning Approach, i.e., the tendency to value academic work and not to see education only as a means to an end.[40] This result corresponds with the findings of Empson, among others, which characterizes professionals as «highly educated, highly trained, highly motivated».[41]

While there are no recent studies on the personality structure of lawyers that are comparable to Richard's «Herding Cats» study in terms of extent and method, various authors have dealt with the topic. Hartung & Ziercke jointly investigated to what extent Richard's results are transferable to a newer generation of law students as well as lawyers and which differences – if any – have emerged over time.[42] In their research, in which more than 800 students (both local and

empathy is the ability to actively perceive the feelings of others and to recognize and act on social cues. *See Personality Assessment: Terms to Know*, Caliper Corp., https://calipercorp.com/glossary-personality-assessment-terms-to-know.

26 Caliper Corp., *supra* note 25; Richard (2002), *supra* note 24, at 4; L. Richard, *Leadership in Law Firms*, *in* Leadership in Law Firms: An Expert Guide 1, 2 (2014).

27 L. Richard, *The Mind of the Lawyer Leader*, 41 L. Prac. – The Leadership Issue 46, 48 (2015).

28 M. Broderick, *Leading Gently*, 12 The Am. Law. 63, 63 (2010).

29 David Maister (2006), *supra* note 9.

30 Caliper Corp., *supra* note 25; Richard (2002), *supra* note 26; Richard (2014), *supra* note 26.

31 Caliper Corp., *supra* note 25; Richard (2002), *supra* note 26, at 4, 9; Richard (2014), *supra* note 26.

32 Caliper Corp., *supra* note 25.

33 Richard (2002), *supra* note 26, at 9; Richard (2014), *supra* note 26.

34 It should be noted that the 'herding cats' analogy does not originate from Richard but was already used earlier and serves as a metaphorical comparison in various disciplines. For lawyers, *see* Patrick McKenna & Gerald Riskin, Herding Cats: A Handbook for Managing Partners and Practice Group Leaders (1995) and Warren Bennis, Managing People Is Like Herding Cats: Warren Bennis on Leadership (1997), for whom the cat analogy applies not only to the leadership of lawyers, but to the leadership of all people.

35 D. R. Buschor & I. Lührs, *Lateral Moves von der Big Four-Gesellschaft zur Anwaltskanzlei* [Lateral Moves from Big Four Firms to Law Firms], Jusletter (June 14, 2021), https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2021/1070/lateral-moves-von-de_7e0f17d481.html. *See also* Richard (2014), *supra* note 26; Stephen Mayson, Law Firm Strategy: Competitive Advantage and Valuation (1st ed. 2007); Richard (2002), *supra* note 33, at 9-10.

36 Empson & Popham, *supra* note 1, at 13-14.

37 Richard (2014), *supra* note 26, at 1-2.

38 *Id.* at 2.

39 L. Richard & Lisa Rohrer, *A Breed Apart? How Personality Characteristics Influence Who Becomes a Lawyer – and How Far They Rise*, 32 The Am. Law. 43 (2011). More information on the assessment carried out on https://www.hoganassessments.com/assessment/hogan-personality-inventory.

40 Richard & Rohrer, *supra* note 39, at 44.

41 Laura Empson, Leading Professionals: Power, Politics, and Prima Donnas 3 (2017).

42 Markus Hartung & Emma Ziercke, *Managing Lawyers is Like*

exchange students), as well as alumni of the Bucerius Law School in Hamburg, participated, the participants were not tested on the basis of a Caliper test but were merely asked about the individual characteristics of the Caliper test and whether they would identify with them.[43] According to the study by Hartung & Ziercke, the newer generation of lawyers is more resilient and collaborative, which manifested itself in higher Resilience and Sociability scores, while at the same time, lower scores on the Autonomy and Skepticism traits were measured compared to Richard's study.[44] The character traits that resonated most with the study participants were Urgency, Attention to Detail, Ability to Use Abstract Reasoning, Ability to Accurately Sense the Feelings of Others, and Self-Discipline.[45] It is notable that both Richard's main differentiator between lawyers and the general population, skepticism, and the trait that led to the comparison of lawyers to cats, autonomy, were not represented among the most frequently mentioned responses.

II. Implications for the management of lawyers

David Maister compares PSF to sports teams with many talented players who can only realize their full potential by working together. However, in order to do that, the team needs a coach – or in the environment of PSF, a leader or manager.[46] However, it is often not the (lack of) leadership qualities of managers that is the problem in poorly managed companies, but rather a kind of unwillingness on the part of professionals to grant managers the freedom to act, which would be necessary for effective leadership.[47]

While Richard interprets a high score on the personality trait Skepticism as potentially important for a successful career in many areas of the law, he makes the point that skeptical individuals cannot simply turn this trait on and off. Rather, skeptical individuals tend to be skeptical not only in appropriate situations, such as defending a client but also in situations where a collaborative and trustworthy attitude is usually more productive, e.g., during partner meetings.[48] Law Firm Consultant B describes what Maister calls a «professional skeptic» with the following example:

«In a law firm, when a managing partner says 'we need to have this done', the first thing they know is going to happen is a hundred people asking 'why?'» – ***Law Firm Consultant B***[49]

This skepticism also leads to the fact that professionals in general and lawyers, in particular, tend to participate in meetings but feel only bound by the decisions made in them to a limited extent. Particularly in law firms, where work is less collaborative, lawyers are more inclined to protect particular interests than to compromise on common interests.[50]

Individuals with a high Urgency score are often productive and efficient but also tend to be poor listeners and brusque, according to Richard.[51] Combined with a tendency to impatience («Lawyers are not good at patience, because there is constant pressure from delivering results.» – **Law Firm Consultant F**), these characteristics can lead to inefficient meetings and inferior results. According to the managing partners interviewed, meetings can also become inefficient because lawyers tend to have an opinion on everything, including – or especially – on less important matters, and to defend that opinion rigorously. One managing partner explains:

«The most difficult issues in a law firm are not compensation or bonuses, but the most difficult decisions are flower bouquets, Christmas cards and the color of the carpet. These are the most difficult decisions because everyone has an opinion.» – ***MP 6***

Many lawyers, as various managing partners have pointed out, are also particularly good speakers and writers. They are especially strong in pointing out weaknesses in the arguments of others, which – although undoubtedly important characteristics of great and successful lawyers – can be frustrating for management on the one hand and costly for the entire partnership on the other, especially if the discussion is not constructive.[52] Or, as one managing partner describes:

«And sometimes you find yourself having discussions in the partnership in which you get the feeling that arguments are only made for the sake of argumentation because it is simply in the lawyers' blood.» – ***MP 15***

The fact that lawyers scored comparatively low in Sociability can have negative implications in many areas within a law firm: from teamwork to mentoring and leadership to employee turnover and maintaining long-term client relationships.[53] Even though the recent study by Hartung & Ziercke states that lawyers and law students are more collaborative than Richard's study from the early 2000s would suggest,[54] being a lone wolf is still deeply rooted in lawyers. This was confirmed by various managing partners. They attribute this to their academic and professional training, which is shown by statements such as: «As I said because individuality is very strongly practiced during lawyers' training»[55] or «All

Herding Cats – Or Is It?, Legal Bus. World (Mar. 26, 2019), https://www.legalbusinessworld.com/post/2019/03/26/managing-lawyers-is-like-herding-cats-or-is-it. *See also* Markus Hartung & Emma Ziercke, *Sind Anwälte Wirklich wie Katzen?* [Are Lawyers Really Like Cats?], Legal Trib. Online (Sept. 12, 2018), https://www.lto.de/recht/juristen/b/juristen-anwaelte-persoenlichkeit-katzen-psychologie.

43 For more on their study as well as its limitations, *see* Hartung & Ziercke (2019), *supra* note 42, at 92-93.

44 *Id.*

45 *Id.*

46 Maister (2003), *supra* note 10, at 207.

47 *Id.*, at 291.

48 Richard (2002), *supra* note 26. *See also* David Maister (2006), *supra* note 9.

49 Underlining this statement: "In a room full of lawyers, any idea, no matter how brilliant, will be instantly attacked. Lawyers are expert loophole finders, trained to find counterexamples of or exceptions to any proposition." David Maister, *supra* note 9.

50 Empson (2017), *supra* note 41. *See* David Maister (2006), *supra* note 9.

51 Richard (2002), *supra* note 26.

52 The fact that such discussions can also be expensive, even if only in the sense of opportunity costs, was demonstrated by a managing partner during the explorative interviews when he gave the following example (analogously): "Imagine you are sitting in a room with 30 or 40 partners, each of whom can normally charge several hundred dollars per hour. Now, if half an hour is spent discussing the color of the T-shirt to be worn by the law firm's team at the city marathon, you can figure out for yourself what that would cost."

53 Richard (2002), *supra* note 33.

54 Hartung & Ziercke (2019), *supra* note 42.

55 MP 21.

lawyers were and still are trained as lone warriors during their academic studies."[56]

According to Richard, the relatively low Resilience score, which lawyers showcased in his study, explains why many partnership meetings, as well as other inquiries, are not handled proactively and in a solution- and goal-oriented manner but rather end in defensive verbal exchanges.[57] Similar behavior was reported by the managing partners in this study. One of them states:[58]

*«Lawyers, on average, are not particularly creative in, let's say, finding solutions or creative approaches to solutions, but very strong in destroying them.» – **MP 20***

The high Autonomy score shows very clearly how strongly lawyers value their independence and do not like to be submitted to rigid organizational structures or be managed.[59] Or, as Empson describes:

«Ultimately, most professionals want to be left alone from 'interference' by their leaders, to do the job they want to do as well as they possibly can.»[60]

The need for autonomy was also the most frequently directly mentioned or paraphrased characteristic of lawyers in the interview study underlying this article. Lawyers, especially at the partner level, do not wish (or even accept) to be restricted by management. According to the interviewed managing partners, the lawyers in their law firms more often than not see themselves as freelancers who value their autonomy very much, see strategies as restrictive measures and simply «don't like having a boss around».[61] This does not mean, however, that they do not acknowledge, at least in principle, that more leadership in their law firms would be beneficial for the partnership. One managing partner states:

*«We lawyers are all alpha animals. And even without management training, we always know better. And the question is whether you want someone who is a good and effective leader or whether you would rather have someone who takes care of the status quo. Regarding this question, there are always two souls in a lawyer's chest. On the one hand, one knows that a bit of leadership would be beneficial. Perhaps one even wishes for it. On the other hand, however, the leadership team ought to act in such a way that one's own freedom is not restricted, only the freedom of others. From that point of view, lawyers are a bit more skeptical about a leader who is more active, because they don't know what that means for their own freedom.» – **MP 5***

A recent study, for which a group of around 300 managers within the so-called AmLaw200 law firms was surveyed, found that the classic «herding cats» characteristics such as «lawyers need to exercise personal autonomy»,[62] «reluctance to be led», or «aversion to accepting rules» were not the main cause of managerial difficulties. According to the survey, the biggest obstacles were «reluctance to change», «complacency», «some of the lawyer personalities», and «risk aversion».[63] While all of the characteristics mentioned can also be found in this article's interview study, the findings are not congruent. The most frequently mentioned characteristics, in addition to the already described characteristics 'need for autonomy' and 'individualism', were lawyers' fundamental conviction that they know and can do most things better than others.[64] Since they are always looking out for their own advantage and often see themselves as their own bosses, management decisions are ignored – especially partners do not feel obliged to abide by management decisions or even partnership votes[65] or are of the opinion that those only apply to the other partners in their firm. A managing partner explains:

*«People very much like to come to you and say: Someone else is doing something that is not according to our rules. Please intervene; you have to do something about it.' However, if you brought up the same topic with the complaining partner, he would tell you: 'Well, I don't think you have the competence to do that.' (...) Basically, you have to fight with a flaming sword when something goes wrong or isn't being done according to the rules – as long as it's not in the complaining partner's own backyard.» – **MP 5***

In this section, the special nature of lawyers was discussed and with the help of references from the literature and the interviews, it was explained why leadership within this special group of people proves to be more challenging than within other environments. In the following sections, the requirements placed on managers as well as managing partners will be summarized by means of a literature review as well as a comparison with the results of the interview study.

C. Literature Review: Requirements for Successful Managers

The literature on factors that distinguish particularly successful managers or, as Mintzberg puts it, promise management success is extensive. Some authors try to reduce them to a minimum. Collins, for example, condenses the requirements

---

56 MP 35.

57 Richard (2002), *supra* note 33.

58 *See also* D. B. Evans, *Why Lawyers can't Manage – Thoughts from a Frustrated Lawyer*, 19 L. Prac. Mgmt. 26, 28 (1993): "Law schools teach to discover and identify problems. But at partnership meetings this leads to more issues being raised than resolved. Also, they do that all the time even if it means effectively blocking any managerial action by the firm."

59 *See* Richard (2002), *supra* note 33.

60 Empson (2017), *supra* note 41, at 21.

61 MP 16.

62 Matching to this are the findings of Hartung & Ziercke, who found a lower need for autonomy and comment on this as follows: "The lack of autonomy should mean that tomorrow's lawyers are easier to manage than their predecessors, being more accepting of external structure and happy to work in an organization in which direction is set. Interestingly our over 40s were significantly more autonomous than the younger cohorts: An indication that perhaps the older we become, the more independent and less accepting of organizational constraints we become." Hartung & Ziercke (2019), *supra* note 42.

63 Patrick McKenna, *Leadership Survey: Defining Roles and Prioritizing Concerns*, 37 Of Couns. 5, 8 (2018).

64 This applies in particular with regard to persons who are not lawyers themselves. MP 34 states this quite pointedly, albeit a little ironically: «We don't believe in charlatans from outside. We are partners and we only believe partners, we only accept partners.»

65 "I haven't finished that case yet, but the rules require me to get my bills out on a monthly basis!? No, that doesn't apply to me, because I'm an owner. I'm a partner." MP 27. *See* Evans, *supra* note 58: "If partners (as owners) don't like a simple management decision (e.g. file management) they just disregard it, which defeats the goal of uniformity within a firm."

for what he calls Level-5 leadership into two: humility and will.[66]

However, having certain character traits is by no means a guarantee for managerial success. The demands on a leader cannot be reduced to innate character traits but also include learnable and controllable behaviors, acquired knowledge and professional skills and training, actual interaction with other professionals and clients, and the perception of third parties. Different authors bring these requirements together and write simultaneously about 'characteristics', meaning some or all of the before-mentioned, whereby the focus lies on one or the other depending upon the author, while others reject certain requirements completely. According to Malik, for example, the basis of good management is explicitly not a combination of innate traits but rather the manager's technical knowledge and skills and, therefore, learnable.[67]

For the purposes of this article, the requirements have been divided into four subgroups:

- Character traits;
- Skills;
- Track record (revenues, rankings, past positions, etc.); and
- Perception.

It is acknowledged that the boundaries between the individual categories are sometimes blurred and that the category 'Perception' in particular can contain the same factors as the other three when stated alternatively and thus infused with a different meaning. For example, person A would claim that a successful leader must be loyal (category 'Character traits'; internal moment, reference to the leader), while person B describes that a successful leader must be perceived as loyal (category 'Perception'; external moment, reference to the environment of the leader). Clear-cut subdivisions are also not always possible between the categories of character traits and abilities. In this article, for example, empathy is regarded as a character trait, even when formulated as a skill («A managing partner must be able to empathize with his employees»). In the following section, the findings from the management literature (excluding PSF) are summarized before they are compared with the findings from the PSF literature and the interview study.

I. Character Traits

The literature on trait theories contains a large number of different research approaches and findings. Patterns can be recognized, or individual characteristics can be identified to be repeatedly mentioned. These include the findings that good leaders are self-aware, know their own emotions and are able to recognize, understand and fathom them, as well as develop an awareness of how their behavior affects others and what influence they (can) exert on them.[68] Further below, trust will be discussed as one of the most important foundations for effective leadership. However, in order to inspire trust in others, a person must trust him- or herself, which is why a healthy degree of self-confidence and satisfaction within the leadership team is widely seen as the basis for generating trust in others.[69]

However, self-confidence is not a guarantor of success. Leaders must be honest,[70] have integrity, and possess a strong moral compass in order to build trust.[71] Empathetic leaders who recognize and understand the emotions of others and act and treat others accordingly are portrayed in the literature as being extraordinarily successful.[72] They should also exert self-control, constantly reflect upon their actions and never be impulsive.[73] They should be courageous, dare to try new approaches or be the first to go down certain paths.[74] Successful leaders are not afraid of making mistakes,[75] know their limits,[76] and are particularly open[77] as well as enthusiastic, optimistic and positive.[78] They are intrinsically motivated, and feel and show passion for their work, which is necessary in order to possess the willpower and energy to tackle and constantly pursue defined goals.[79] In addition, good leaders should be humorous[80] and dynamic.[81] They must demonstrate stamina, resilience and grit[82] – and

---

66 Collins, *supra* note 8, at 70-73. It must be mentioned here, however, that behind the striking duality of the properties 'Humility' and 'Will' are hidden further characteristics; in comparison, Mintzberg lists 38 properties, namely: courageous, committed, curious, confident, candid, reflective, insightful, open-minded/tolerant, innovative, communicative (incl. being a good listener), connected/informed, perceptive, thoughtful/intelligent/wise, analytic/objective, pragmatic, decisive (action-oriented), proactive, charismatic, passionate, inspiring, visionary, energetic/enthusiastic, upbeat/optimistic, ambitious, tenacious/persistent/zealous, collaborative/participative/cooperative, engaging, supportive/sympathetic/empathetic, stable, dependable, fair, accountable, ethical/honest, consistent, flexible, balanced, integrative, tall. Henry Mintzberg, Managing 197 (2011). Mintzberg points out that the factor 'tall' is not on any list, but that diverse studies have already shown that managers are taller on average than other people; this statement cannot be proven or rejected in the context of the present study – not even anecdotally – since the majority of the interviews took place via video-conferencing applications and were not asked about body height.

67 Malik, *supra* note 8, at 291.

68 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 59-60; Richard (2002), *supra* note 24, at 10; D. Goleman, *What Makes A Leader?*, 76 Harv. Bus. Rev. 93, 95 (1998); Bennis, *supra* note 34, at 162.

69 R. K. Sprenger, *Vertrauen: Wichtiger als Strategie!* [Trust: More Important Than Strategy!], *in* Leadership – Best Practices und Trends [Leadership – Best Practices and Trends] 77, 85 (Heike Bruch, et al. eds., 2006). *See also* D. A. Benton, Executive Charisma: Six Steps to Mastering the Art of Leadership 49 (2003).

70 Kouzes & Posner (2011), *supra* note 8, at 7; Mintzberg, *supra* note 66; Bennis, *supra* note 34, at 163.

71 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 10, 52; Donald J. Polden, *Leadership Matters: Lawyers' Leadership Skills and Competencies*, 52 Santa Clara L. Rev. 899, 908 (2012); Kouzes & Posner (2011), *supra* note 8, at 8. *See also* Malik, *supra* note 8, at 293, 296; Benton, *supra* note 69, at 168.

72 Mintzberg, *supra* note 66; Goleman, *supra* note 68.

73 Benton, *supra* note 69, at 169; Goleman, *supra* note 68.

74 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 16; Mintzberg, *supra* note 66; Benton, *supra* note 69, at 13.

75 Bennis, *supra* note 70.

76 Jim Clifton & Jim Harter, It's the Manager: Moving from Boss to Coach 26 (2019).

77 Mintzberg, *supra* note 66; H. H. Hinterhuber & M. Raich, *Leadership als zentrale Kompetenz von und in Unternehmen* [Leadership as a Central Competence of and in Companies], *in* Leadership – Best Practices und Trends [Leadership – Best Practices and Trends] 49, 52 (Heike Bruch, et al. eds., 2006).

78 Kouzes & Posner (2011), *supra* note 8, at 11.

79 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 286-287; Polden, *supra* note 71; Mintzberg, *supra* note 66; Malik, *supra* note 67, at 291-292; Goleman, *supra* note 68.

80 Benton, *supra* note 69, at 135.

81 Kouzes & Posner (2011), *supra* note 78.

82 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 188-190.

still remain humble despite possessing all of these qualities.[83]

II. Skills

Some authors are convinced that character traits alone do not distinguish a good leader or manager. Malik, in particular, is of the opinion that the basis of good management is not certain innate character traits of a leader but his or her technical knowledge and skills.[84] An important pillar of which is specific professional competence.[85] Managers must be able to see the big picture within their business area,[86] as well as being forward-looking[87] and perceive opportunities that others are unable (or unwilling) to see.[88]

In addition to leadership skills, much of the literature also focuses on so-called 'soft skills', 'social skills' or 'people skills', including in particular the ability to communicate effectively,[89] to formulate a clear vision or a change of direction (and to act accordingly)[90] or to master the arts of asking the right questions and argumentation.[91] Equally important is the ability to be able to listen actively[92] and to have an affinity for establishing new relationships as well as managing these relationships and thus for so-called network building.[93] In addition to building their own networks, managers must be able to prevent and proactively counteract silo-building within the organization by bringing together individuals and teams from different areas of the organization.[94] In collaboration as well as in negotiations, it is of utmost importance that all parties agree on certain fundamental issues. Therefore, another part of the skill set of a successful manager is the ability to find or build consensus between all involved parties.[95]

As mentioned above, leaders must be able to create trust. However, trust can only be generated by those who trust others. Controlling behavior, micromanagement or distrustful observation have a negative effect on trust within an organization.[96] However, blind trust is not the right approach, either. After all, critical thinking and thus the ability to question given facts, decision-making bases and prior decisions contribute to the success of a leader and thus the entire organization.[97]

Effective leaders are responsible for taking the initiative, even when there is inherent uncertainty.[98] They must be able to take criticism, accept it and act accordingly,[99] stand up straight,[100] laugh and generally display a positive aura.[101] Various authors state that managers must be able to inspire and enthuse[102] as well as mobilize their employees.[103] Malik, however, criticizes this view and objects that real leaders are not utopians and do not have to be inspiring people. They must be able to 'convince', which according to him, does not contain the same meaning as 'inspire'.[104]

III. Track Record

In the mainstream leadership literature, there is hardly any mention of the need to have an impressive track record to prove (supposed) managerial effectiveness. In the consulted literature, only Kouzes & Posner look back and emphasize that past achievements can be a valuable indicator of the effectiveness of leaders.[105]

IV. Perception

After having discussed the characteristics successful leaders have and which skills they should master, this section dives into how leaders ought to be perceived. According to Sprenger, the most important prerequisite is that one is perceived as a trustworthy leader because, according to him, trust is the basis of all leadership.[106] This is especially true as leaders enjoying the trust of their colleagues, employees, and thus of those they lead benefit from not being (or to a lesser extent) perceived as inconsistent when changing their opinion or correcting a course, and employees would be more willing to forgive a misstep.[107] In addition, a trusting perception leads to more efficient decision-making processes and more innovation in an organization.[108] Kouzes & Posner also mention that a leader's perception is important, emphasizing credibility as the foundation of any successful leader and stating: «If you don't believe in the messenger, you won't believe the message.»[109]

V. Preliminary Summary

The abundant literature on the requirements for successful managers and leaders focuses strongly on individual character traits and skills. Thereby, a strong future orientation is apparent, which is reflected by the track record of managers

---

83 Malik, *supra* note 8, at 293-294; Collins, *supra* note 66.
84 Malik, *supra* note 67.
85 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 205; Polden, *supra* note 71, at 907.
86 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 99; Kouzes & Posner (2011), *supra* note 8, at 10.
87 Kouzes & Posner (2011), *supra* note 86.
88 Hinterhuber & Raich, *supra* note 77, at 49.
89 Kouzes & Posner (2011), *supra* note 78; Mintzberg, *supra* note 66; Bennis, *supra* note 70.
90 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 86; Polden, *supra* note 71; Kouzes & Posner (2011), *supra* note 86, at 10-11; Bennis, *supra* note 34, at 162.
91 Hinterhuber & Raich, *supra* note 77, at 53; Benton, *supra* note 69, at 59.
92 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 202-203; Mintzberg, *supra* note 66; Malik, *supra* note 8, at 292.
93 Goleman, *supra* note 68; Benton, *supra* note 69, at 38; Bennis, *supra* note 70.
94 Clifton & Harter, *supra* note 76, at 24.
95 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 63.
96 Sprenger, *supra* note 69, at 83.
97 Clifton & Harter, *supra* note 76, at 26-27.
98 Bennis, *supra* note 70.
99 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 154.
100 Benton, *supra* note 69, at 89.
101 *Id.* at 102.
102 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 15; Deborah L. Rhode, *Leadership Lessons*, 83 Tenn. L. Rev. 713, 717 (2016); Kouzes & Posner (2011), *supra* note 78; Mintzberg, *supra* note 66; Hinterhuber & Raich, *supra* note 88.
103 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 416.
104 Malik, *supra* note 8, at 294-295.
105 Kouzes & Posner (2011), *supra* note 8, at 12. The lack of focus on past successes should be specifically highlighted at this point, as these are very important in the PSF and law firm context.
106 Sprenger, *supra* note 69, at 77. At this point, the difficulty of subdividing individual factors mentioned at the beginning becomes clear, since 'trust' has already been written about before.
107 *Id.* at 78. *See also* Bennis, *supra* note 70.
108 Kouzes & Posner (2017), *supra* note 8, at 199.
109 *Id.* at 40.

being hardly mentioned.

PSF is not insignificantly different from industrial and other service companies, which were the basis of the majority of the survey results cited in the above findings. Moreover, law firms themselves occupy a special position within the group of PSF, which is why the findings of this section cannot fully be applied to managers in law firms. Therefore, the following sections will focus on the requirements for managing partners in PSF and law firms.

D. Literature Review: Requirements for Managing Partners in PSF and Law Firms

The particularities both of law firms and of lawyers have two consequences for the management of lawyers: First, because law firms function differently than manufacturing, industrial, or even other service organizations, and lawyers have a number of specific characteristics, they cannot be managed in the same way as employees of other organizations. And secondly, lawyers are often less suitable leaders because of their specific characteristics as well as their professional education and the nature of the legal profession. Additionally, only very few of them have experienced (formal) leadership or management training.

In this respect, Wolfgang Weiss states that the working ways of lawyers widely differ from those of managers. He claims that these differences are so serious that no learning-by-doing effect occurs during the tenure as a lawyer, which would prepare a future manager for their position. Find a few key differences in Table 1.[110]

Lawyers	Managers
Detail-oriented	Holistic
Exception-oriented	Rule-oriented
«Iudex non calculat», balancing	Exact calculations, use of statistics
Superior interests, «justice»	Advantage of the company/ oneself, distribution conflicts
Argumentation/discourse	Decision/implementation, time value for money
Consensus among partners, «expert community»	Hierarchy, division of labor
Maximum, high quality standard	Optimum (self-serving), Service orientation

Table 1: Differences between lawyers and managers[111].

The question arises as to what happens to particularly successful lawyers. While, as has been shown in the course of the study, they are relatively often elected to the position of managing partner, it does not mean that outstanding lawyers are also great managers.[112] Rhode describes this phenomenon as follows:

> *«(…) the disconnect between qualities that enable lawyers to achieve a leadership position and qualities that are necessary once they get there. What propels individuals toward leadership and makes them willing to accept the accompanying pressure, hours, and scrutiny? Often it is more than a commitment to a cause, an organization, or a constituency. It is also an attraction to power, status, admiration, and financial reward. Yet successful leadership requires subordinating self-interests to the greater good. The result is what is variously labeled the 'leadership paradox' or the 'paradox of power.' Individuals reach top positions because of their high needs for personal achievement. Yet to perform effectively, they need to focus on creating the conditions for achievement by others. If left unchecked, the self-confidence and self-centeredness that account for lawyers' ability to secure leadership positions can sabotage their performance.»*[113]

So what makes a good managing partner? The following sections provide information from the PSF literature on what is required of managing partners in order for them to be suitable for successfully managing a PSF or law firm. The requirements are divided into the same four categories that have already been applied above.

I. Character traits

In the literature, one characteristic is by far the most emphasized when speaking of a leader in the PSF environment: Humility, or that the position is not sought because of selfish motives such as power or influence.[114] Additionally, precisely because, as mentioned above, professionals and especially lawyers are regularly not trained in management matters, successful managing partners must be curious and willing to learn[115] and be adaptive[116] in order to settle into their new (and completely different) role.

In addition, it is important that managing partners act with in-

[110] W. Weiss, *Warum gute Anwälte nicht immer gute Manager Sind* [Why Good Lawyers Are Not Always Good Managers], *in* Management von Anwaltskanzleien [Law Firm Management: Successfully Running Law Firms] 924, 929-931 (Leo Staub & Christine Hehli Hidber eds., 2012). However, Weiss also points out that the knowledge of "being different" and consciously dealing with it has led to the fact that, on the one hand, many outstanding managers have a legal background and, on the other hand, that many law firms would be best managed by legal managers. *Id.* at 933.

[112] *See also* Broderick, who points out that even the most successful lawyers are not necessarily good managers, since the two activities require entirely different skills and attributes. Broderick, *supra* note 28, at 64.

[113] Deborah L. Rhode, *What Lawyers Lack: Leadership*, 9 U. St. Thomas L. J. 471, 476-477 (2011). *See also* Rhode (2016), *supra* note 102, at 714-715.

[114] K. Kapoor, *Everyday Leadership as a Practicing Lawyer*, 69 Stan. L. Rev. 1813, 1818 (2017); Rhode (2016), *supra* note 102, at 715-716; Laura Empson, Reluctant Leaders and Autonomous Followers – Leadership Tactics in Professional Service Firms 27 (2nd ed. 2014); H. Bollmann, Es kommt drauf an! Bemerkungen zu Anwaltsunternehmen und zu dem, was Anwälte so alles unternehmen [It depends! Observations on Law Firms and What Lawyers Do] 286, 293, 308 (2013); Rhode (2011), *supra* note 113, at 480; David Maister, True Professionalism: The Courage to Care About Your People, Your Clients, and Your Career 66 (1997). Empson emphasizes, however, that it is not crucial that the position is not sought because of selfish motives, but only that the other partners believe that the success of the partnership is more important to the managing partner than their personal ambitions. Empson & Popham, *supra* note 1, at 28-29; Empson (2017), *supra* note 41, at 50.

[115] J. D. Cotterman, What is Expected from a Partner? 5 (2019).

[116] *Id.*; Kapoor, *supra* note 114, at 1814; Broderick, *supra* note 28.

tegrity,[117] and are honest[118] – not only towards others but also with themselves. This means that they know and realize their weaknesses[119] and continuously reflect upon their actions.[120]

Precisely because managing partners may sometimes feel as if they are «the only fire hydrant in a street full of dogs»,[121] they must be able to handle criticism,[122] be extremely patient[123] and extraordinarily resilient.[124] Despite all the criticism that managing partners have to endure, they should still be balanced[125] and meet their team with a great deal of empathy at all times.[126] It helps if managing partners are positive figures who are perceived as open,[127] optimistic[128] and humorous.[129]

Last but not least, managing partners need to be forward-thinking[130] and pursue creative approaches[131] – and remain predictable despite the before-mentioned.[132]

II. Skills

Lawyers are often not elected to a management position because of their management experience or any special training. It is therefore not surprising that the literature only occasionally assumes that incumbent or future managing partners complete management training or otherwise further their education in management matters.[133] Nevertheless, it is striking that only one author mentions that managing partners need business acumen.[134]

The most often mentioned skill (and this is already the biggest difference to the skills of a manager of a non-PSF) was that managing partners must be able to skillfully maneuver groups of people, bring individuals together and build consensus between them.[135] Empson emphasizes that awareness of political action and the ability to act accordingly are required.[136] This includes an affinity for reading and anticipating interpersonal situations, influencing people, and having good networking skills.[137]

Two other significant points are leadership and communication skills.[138] Thus, managing partners require, on the one hand, the willingness and ability to make difficult and serious decisions.[139] On the other hand, they should be active listeners[140] as well as good communicators.[141] Linguistic skills are particularly important among lawyers since anyone quickly loses his or her respect among their often eloquent colleagues.[142] This also means that managing partners ought to be able to convince their partners and other stakeholders to act with determination and assert themselves in the "shark tank" that is their organization.[143]

Managing partners must also be able to motivate and mobilize their partners and employees.[144] This requires that they are able to inspire and excite them, which includes ensuring loyalty and ongoing commitment within and to the law firm.[145] Being able to effectively act as a mediator in disputes and disagreements and thereby guarantee peace within a firm is therefore, another important requirement for managing partners.[146]

---

[117] B. Heussen, Anwaltsunternehmen führen[Running Law Firms] 235 (2016); Bollmann, *supra* note 114, at 306; M. Heidbrink, *Leadership in einer Anwaltskanzlei: Anspruch und Herausforderung* [Leadership in a Law Firm: Demands and Challenges], *in* Management von Anwaltskanzleien [Law Firm Management: Successfully Running Law Firms] 448, 459 (Leo Staub & Christine Hehli Hidber eds., 2012).

[118] McKenna, *supra* note 114; Bollmann, *supra* note 117, at 306-307.

[119] Heussen, *supra* note 117.

[120] Rhode (2016), *supra* note 102, at 716; Bollmann, *supra* note 114, at 293; Heidbrink, *supra* note 117.

[121] *See* McKenna & Riskin, *supra* note 34, at 7; MP 23.

[122] Rhode (2016), *supra* note 120; Heussen, *supra* note 117; Bollmann, *supra* note 114, at 295-296.

[123] Broderick, *supra* note 28.

[124] Tutschka, *supra* note 3, at 139; Broderick, *supra* note 28, at 293.

[125] Heussen, *supra* note 117.

[126] Bollmann, *supra* note 114, at 296; Maister (1997), *supra* note 114, at 71.

[127] Kapoor, *supra* note 116; Bollmann, *supra* note 114, at 303; Heidbrink, *supra* note 117.

[128] McKenna, *supra* note 114; Kapoor, *supra* note 116.

[129] S. Rizor, *Rolle und Aufgaben des Managing Partners einer Kanzlei* [Role and Duties of the Managing Partner of a Law Firm], *in* Kanzleimanagement in der Praxis – Führung und Management für Kanzleien und Wirtschaftsprüfer [Law Firm Management in Practice: Leadership and Management for Law Firms and Auditors] 171, 193 (4th ed. 2019); Heussen, *supra* note 117. Rizor emphasizes, however, that the humor must never tip over into cynicism.

[130] Heussen, *supra* note 117; Bollmann, *supra* note 114, at 307.

[131] Maister (1997), *supra* note 114, at 69.

[132] McKenna, *supra* note 114; Heidbrink, *supra* note 117.

[133] Cotterman, *supra* note 115; Tutschka, *supra* note 3, at 138. *See* quote in Empson, *supra* note 41, at 145.

[134] Bollmann, *supra* note 114, at 300. *But see* D. A. Bradlow & M. Silverman, *Managing the Law Firm – Is Democracy Obsolete?*, 15 Legal Econs. 29, 31 (1989); J. B. Aschenbrenner, *Wie man Partner in einer Grosskanzlei wird: «Rainmaker ohne Sozialkompetenz will keiner mehr* [How to Become a Partner in a Large Law Firm: "Nobody Wants a Rainmaker Without Social Skills Anymore"], Legal Trib. Online (Oct. 23, 2013), https://www.lto.de/persistent/a_id/9864.

[135] *See* Laura Empson, *Ambiguous Authority and Hidden Hierarchy: Collective Leadership in an Elite Professional Service Firm*, 16 Leadership 62, 74 (2020); Rizor, *supra* note 129, at 178. *See also* Empson (2017), *supra* note 41, at 17; Empson, *supra* note 114; Laura Empson, Who's in Charge? – Exploring Leadership Dynamics in Professional Service Firms4, 47 (1st ed. 2013); R. Büchi, *Wege zur Professionalisierung des Kanzleimanagements* [Ways to Professionalize Law Firm Management], *in* Management von Anwaltskanzleien [Law Firm Management: Successfully Running Law Firms] 513, 522 (Leo Staub & Christine Hehli Hidber eds., 2012); Broderick, *supra* note 28; Maister (2003), *supra* note 10, at 295.

[136] Empson (2017), *supra* note 41, at 28; Empson (2014), *supra* note 114, at 27; Empson (2013), *supra* note 135, at 19, 47.

[137] Empson (2017), *supra* note 136.

[138] Büchi, *supra* note 135; Rhode (2011), *supra* note 113, at 473; Bradlow & Silverman, *supra* note 134, at 32.

[139] Kapoor, *supra* note 116; Empson (2014), *supra* note 136; Empson (2013), *supra* note 135, at 47; Bollmann, *supra* note 114, at 294; Broderick, *supra* note 28.

[140] Cotterman, *supra* note 115; Rizor, *supra* note 135; Empson (2013), *supra* note 139; Broderick, *supra* note 112.

[141] Rizor, *supra* note 135; Kapoor, *supra* note 116; Bollmann, *supra* note 127; Laura Empson, *Your Partnership – Surviving and Thriving in a Changing World: The Special Nature of Partnership*, *in* Managing the Modern Law Firm – New Challenges, New Perspectives 10, 29 (2007).

[142] Büchi, *supra* note 135.

[143] Kapoor, *supra* note 114, at 1813; Bollmann, *supra* note 114, at 294, 303; Heidbrink, *supra* note 117; Broderick, *supra* note 28.

[144] Empson (2020), *supra* note 135, at 83; Broderick, *supra* note 28; Maister (1997), *supra* note 114, at 68; Bradlow & Silverman, *supra* note 138.

[145] Heussen, *supra* note 117; Empson (2014), *supra* note 136; Empson (2013), *supra* note 139; Heidbrink, *supra* note 117; Broderick, *supra* note 112; Maister (1997), *supra* note 144.

[146] Broderick, *supra* note 28; Maister (2003), *supra* note 10, at 295; c. *See* L. Staub, *Leadership in der Anwaltskanzlei – Einführung und Übersicht* [Leadership in Law Firms – Introduction and Overview], *in* Management von Anwaltskanzleien [Law Firm Management: Successfully Running Law Firms] 405, 446 (Leo Staub & Christine Hehli Hidber eds., 2012).

Managing partners are also expected to be able to see the big picture[147] and have the ability to formulate a vision for the rest of the partnership.[148] On the one hand, they should have a clear direction in mind, however, not without remaining open to changes that will undoubtedly occur in any market due to the inherent uncertainties.[149]

III. Track Record

Two further differences between the requirements for managers in law firms and other companies are, on the one side, the need for professional competence in the legal landscape and, on the other side, the previous commercial success in applying this professional competence and the therefrom resulting (internal) reputation.

In a PSF, especially in a law firm, it is assumed that a manager understands the business, i.e., that they have the necessary professional competence with regard to the services that the firm offers on the market.[150] In law firms, however, it is often not enough for a leader to merely possess the necessary expertise; they should be particularly recognized by their colleagues and be successful in their legal field as well as in dealing with clients.[151] Managing partners, therefore, need to be commercially successful and, in a best case scenario, have built up a reputation as rainmakers[152] – according to the principle that «those who prove they can 'feed' their colleagues are also deemed to be qualified to lead them.»[153] Maister emphasizes, however, that the track record should not only be based on financial and economic successes but should take into account how often and to what extent a candidate has passed on responsibility, shared customers with other partners and helped third parties in the past – especially without having benefited directly from these actions.[154] It is important to take into account previous experience and how candidates deal with younger lawyers or even newcomers to the profession: Did they provide feedback and also spur on the junior associates? Was their feedback helpful for the development of the junior associates?[155]

There are also some authors who point to the necessity or advantage of a certain seniority. Heussen, for example, emphasizes that a certain amount of life experience is required, without referring explicitly to management experience within the law firm,[156] while Heidbrink is of the opinion that managing partners should have already passed through various stations in the law firm prior to their tenure as managing partner. This means that they should have gone through a variety of functions with different leadership responsibilities in order to gain the necessary experience for the position of managing partner.[157]

IV. Perception

Just as with the requirements for managers in other business enterprises, the most important requirement for managing partners is that their employees and especially their partners trust them.[158] Because only those who enjoy the trust and respect of the other partners benefit from the natural authority necessary to run a law firm.[159] Heussen elaborates that lawyers can only be led based on natural authority rather than hierarchy.[160] Since commercial success in the legal market is of enormous importance, a professional services executive would do well to make it clear to the other partners that working on client matters is only reluctantly given up in favor of more management responsibilities – regardless of whether this is true or not.[161]

Managers in law firms must also be credible or at least be perceived as such because they act as role models within their firms.[162] This includes, among other things, maintaining the appearance of being fair, accessible and pragmatic[163] and showcasing at least as much (or more) commitment as the other partners and lawyers.[164]

V. Preliminary Summary

The business literature on successful managers evolves to a great extent around character traits. In contrast, there are hardly any authors who deal with the track record of managers, which is wildly different in the PSF environment, where track records play an enormously prominent role. Interestingly, however, it is not so much the track record as a leader that is sought after (although not completely negligible), but rather the previous success in the market. In the following, we will show to what extent the managing

[147] Empson (2007), *supra* note 141.
[148] Empson (2014), *supra* note 136; Empson (2013), *supra* note 139; Broderick, *supra* note 112.
[149] Empson (2014), *supra* note 136; Empson (2013), *supra* note 139; Empson (2007), *supra* note 141.
[150] Tutschka, *supra* note 133; Büchi, *supra* note 135; Heidbrink, *supra* note 117; Broderick, *supra* note 112. *See* T. Podolski, *Die Prügelknaben* [The Whipping Boys], 11 JUVE-Rechtsmarkt [JUVE Legal Market] 32, 39-40 (2008); however, more and more voices of dissent are being raised in this regard. *See* A. E. Davis, et al., *Governance Structures*, *in* Risk Management in Law Firms – Strategies for Safeguarding the Future 19, 22 (2014). Davis is of the opinion that more attention should be paid to looking for suitable executives outside one's own law firm. It should also be noted at this point that one managing partner interviewed joined a law firm laterally in order to fill precisely this position.
[151] Empson (2014), *supra* note 136; Empson (2013), *supra* note 139; Empson (2007), *supra* note 141, at 28.
[152] Rizor, *supra* note 129, at 178, 191; Büchi, *supra* note 135, at 513; Bradlow & Silverman, *supra* note 138; Empson (2014), *supra* note 114, at 43, 52. According to Empson, market success is considered to be the yardstick for internal reputation, according to which the other professionals are guided, as it is the only tangible measure of a professional's real 'ability.' *See* Empson (2014), *supra* note 114, at 12. According to Empson, these people have already been able to hold their own in the market for a long time and very successfully, which is why they receive a great deal of respect from other professionals. The problem, however, is the economic success must be maintained even if less time is available for customer work due to the additional management responsibility. *Id.* at 13.
[153] Empson (2017), *supra* note 41, at 44.
[154] Maister (1997), *supra* note 114, at 66.
[155] *Id.* at 67.
[156] Heussen, *supra* note 117, at 235.
[157] Broderick, *supra* note 112.
[158] Rizor, *supra* note 129, at 179; McKenna, *supra* note 114; Heussen, *supra* note 156; Bollmann, *supra* note 114, at 291.
[159] Rizor, *supra* note 158. *See* Cotterman, *supra* note 115.
[160] Rizor, *supra* note 158.
[161] Cotterman, *supra* note 115.
[162] Bollmann, *supra* note 117, at 306-307.
[163] Cotterman, *supra* note 115.
[164] Büchi, *supra* note 135. Empson emphasizes that an important source of authority in a PSF, in addition to more subject matter expertise, can come from a person working more and harder than his or her peers. Empson & Popham, *supra* note 114.

partners interviewed share these assessments.

E. Interview Study: Requirements for Law Firm Managing Partners

During the interviews, the managing partners were asked, among other things, what requirements they thought law firm managers had to meet in order to successfully fill their roles. In the following, the findings of this part of the interview study are presented according to the same system as in the preceding sections.

I. Character traits

No characteristic was mentioned as frequently by the managing partners interviewed as a prerequisite for their role as resilience. Two managing partners elaborate as follows:

*«It is exhausting. You have to have a certain resilience and a certain frustration tolerance because it's difficult to lead [x] partners.» – **MP 28***

*«In any case, you have to have a certain resilience or thick-skinnedness, depending on which management term you prefer. You have to develop that over time. Otherwise, you won't enjoy it for long.» – **MP 23***

This does not come as a surprise, as resilience has been mentioned repeatedly in both the classic leadership and the PSF literature. However, if the study by Richard is to be believed, lawyers are not particularly resilient, which makes the search for suitable candidates even more difficult.[165]

Two characteristics that are also remarkably prominent in the PSF literature are modesty and that managing partners visibly put the interests of the law firm before selfish motives. This view is also shared by the study participants. For example, one managing partner explains his position in the firm as follows:

*«People know I'm not a... I'm just a normal partner, and I've been through all these stages. And I know what it's like when you're starting out or when you're in the middle of it. And I try to lead in that sense, showing that I'm in no way better than the others.» – **MP 25***

Another managing partner elaborates on why it is especially important to put the law firm first:

*«I think what distinguishes a particularly good managing partner is that he clearly puts the firm before himself as a person. Everyone else will notice that. So what's really bad and what's not appreciated at all, and I don't think these managing partners last very long, is when the partners get the feeling that the managing partner is using his platform to distinguish himself. It ought to be a position where you represent the firm, where you appear to the outside world a lot. And I think it's always very, very important that you're showing quite clearly that you're performing a function that is in the interest of the firm rather than to market yourself or your practice.» – **MP 3***

[165] As mentioned earlier, Hartung & Ziercke come to a different conclusion. According to their study, lawyers have much more 'grit' and are much more resilient than observed by Richard. Hartung & Ziercke (2019), *supra* note 42.

Also mentioned with some frequency was that managing partners should be empathic. While empathy is given enormous weight in the leadership literature, it was mentioned far less often in the discussion of PSF, which represents a clear discrepancy with the statements of the managing partners interviewed, who see empathy as an essential factor. Other characteristics of good managing partners, according to the interview study, are that they enjoy their management roles and like working with people, which is underlined by the following statement:

*«Yes, I enjoy it. I mean, you have to have a knack for it and enjoy it to some extent. You asked me at the very beginning if I had any formal management training. No, of course, I haven't. But nevertheless, it's fun to do something non-legal. And that's ultimately the motivation behind it. Because you get much more involved within the firm, in all the relationships.» – **MP 24***

However, they should never enjoy it too much. This goes with the statement that managing partners are supposed to be reluctant to accept the position[166] or at least give the impression that they are reluctant to give up client work. A managing partner states:

*«We once made the mistake of choosing a managing partner who really liked doing the whole thing. And we quickly discovered that he did far too much managing, sort of overmanaging.» – **MP 13***

Mentioned less often than these rather soft traits were character traits such as determination,[167] willingness to implement ideas and changes,[168] steadiness[169] or risk tolerance.[170]

II. Skills

Precisely because managing lawyers is a challenging exercise, due not only to their personality structure but also to the unique governance of law firms, one of the main tasks of all managing partners is to find a consensual solution on all important issues or to proactively seek and build such consensus. Building consensus requires particularly good communication skills. managing partners must carefully listen to their fellow partners, hear them out, involve them in the process and convince them of a consensual solution. One managing partner describes this in the following words:

«So communication is the key. You have to be a good communicator. You need to have a certain empathy. Before I came along, we had a very dominant managing partner, (...) who led in a more commanding tone. We somehow got certain fatigue and decided that we'd rather have someone who empowers and involves people in the decision-making

[166] Law Firm Consultant B.

[167] «I am not afraid to make decisions that my partners will not like.» – MP 14.

[168] «(…) I also have the will to do what I think is right.» – MP 27.

[169] «But simply standing by one's opinion and not waving it back and forth like a flag in the wind is very, very crucial for credibility.» – MP 2; However, and this has also been mentioned repeatedly, this is by no means to say that a managing partner does not have to be open to other opinions and is willing to change her or his mind if the other argument is better.

[170] «(…), who brings with him a certain courage for renewal and who is also prepared to leave well-trodden paths.» – MP 30.

*process, someone who doesn't punish but rather inspires. And I think I can do that. I actually think I can do that quite well.» – **MP 20***

In addition, it was mentioned (here, the findings of this study differ from the literature cited in the previous section) that managing partners in law firms should have management skills or «have certain qualities that distinguish one not only as a lawyer but also as a manager.»[171] Or, as one managing partner admitted:

*«It would make a lot of sense that companies of the size of our firm would be run by people who have learned how to actually run a company.» **– MP 28***

However, when asked how these qualities can be signaled to other partners, one managing partner explains:

*«So, of course, I could run around waving with my management degree. I think hardly any of my partners know that I actually have a degree [in business management]. (...) I think that leadership abilities are just something you transmit over time through personal interaction. Over time people will realize whether you are someone who puts forward future-oriented ideas and who can execute and implement them – in a socially acceptable way.» – **MP 1***

Managing partners are also required to be capable of making tough and fast decisions. This is in contrast to lawyers in general, who tend to argue and develop arguments for various contingencies, but shy away from making decisions. A managing partner states the following:

*«(...) if you manage to implement the decisions made, then and only then, management is successful. In general, it's a weakness of lawyers to distinguish between advisory work and management. The high standard in advisory work, the fear of making wrong decisions, and having to commit oneself to a certain idea leads to hesitant behavior in management decisions. If you are not capable of making decisions that you stand by, there is really no place for you on the management board.» – **MP 2***

Anyone who fills a management position in a law firm should not only enjoy working with people but also have a good knowledge of human nature. They must be able to motivate others and be able to resolve arising conflicts diplomatically. It was further mentioned that managing partners must not be too detail-oriented but rather see the big picture and, at best, have a "certain radar"[172] that allows them to successfully navigate the law firm in the ever-changing legal market.

III. Track Record

Unlike in other industries, in law firms, it is a prerequisite in most jurisdictions that the managing partner is admitted to the bar. The mere possession of a license to practice law, however, is usually not sufficient for someone to be elected as managing partner. The interview study confirms the findings from the PSF literature that managing partners must be 'successful', whereby success refers to commercial success, revenues and acquisition strength. Two managing partners put it as follows:

*«(...) Usually, partners like to put someone in this position which is also very successful in other ways because they say that someone who is successful with clients may be doing a lot of things right and not all too many things wrong.» – **MP 15***

*«They will not be able to convince the other partners. If the managing partner is not strong in client acquisition or does not produce high revenues himself, he will not be able to tell the others what they have to do in order to be successful.» – **MP 28***

However, opinions differ on the question of how successful managing partners must have been in the market. One managing partner is of the opinion that someone in his position should be one of the most successful partners within the law firm or, at best, in the market. He states this as follows:

*«And if you want to lead in a multi-stakeholder organization, (...) you always have to be among the top 3 in all official and unofficial rankings in a law firm or in the law firm market. That's a Darwinian statement, but I guess it's true. (...) [His successor] has understood the system that one cannot lead well without having a certain economic weight. I mean, it can work. But you'd end up being an administrator, a mere caretaker. The employees would quickly refer to you as a "fair-weather pilot."« – **MP 16***

However, the majority of the managing partners interviewed consider the hurdle to be somewhat lower and say that a Manager Partner must be only relatively successful, i.e., have a comparatively strong performance and not generate below-average revenues. A managing partner describes this in the following words:

*«It is important to set a good example. This certainly applies to other areas as well. But it helps if you are commercially successful because it gives you more acceptance within the partnership.» – **MP 6***

Another managing partner emphasizes that high revenues not only lead to credibility and acceptance but also fulfill a completely different but important function: commercially successful partners who achieve a sufficiently high turnover (even with a reduced workload due to the management function) have the advantage of remaining independent. He elaborates:

*«You have to be sure that you can survive with your practice if the others make you too angry. This is very important in order to remain independent and to be able to do this job in an independent fashion.» – **MP 17***

However, although a very large proportion of them, not all of the interviewed managing partners rated commercial success as a decisive factor. In addition to quantifiable success in terms of revenue, the qualitative component, namely a track record in legal excellence, was repeatedly mentioned as a feat that managing partners should have in order to be successful in their position.

Some managing partners emphasized that in their law firms, they want managing partners to have been part of various committees before or have been in charge of other management assignments. He argues:

[171] MP 1.
[172] MP 21.

*«It's important to showcase success by having a team that you've successfully led over a certain period of time. And lifted other people up during that period. I think that's the essential factor.» – **MP 1***

In certain law firms, other factors include some that cannot be influenced by potential candidates themselves or at least cannot be accelerated. It was mentioned, for example, that successors are regularly sought after within a certain age group or who have been in the partnership for a long time (however, opinions differed widely on this point). Additionally, especially in the case of law firms with many offices or those with several managing partners, other factors such as gender, office affiliation, or legal specialization of a partner play a role in their selection for management.

IV. Perception

As described above, the most important resource of a leader, both in PSF as well as in other companies, is that they enjoy the trust of their employees and colleagues. Not surprisingly, the managing partners interviewed also frequently emphasized that the trust of their partners is an important prerequisite for leadership. While often cannot be defined what this trust refers to exactly, several managing partners noted that partners must be able to trust that their managing partners will put the interests of the law firm before their own.[173] One managing partner summarizes these points as follows:

*«I believe that a managing partner gets his or her authority because of the trust that he or she has built up over time. So it's about two things: First, you need to be trusted that you always put the interests of the firm before your own interests or the interests of a specific partner. And that you always have a vision for the firm and not pursue your own selfish interests. I think that's the reason why some partners get elected as managing partners. If you have that trust, people will listen to you and respect your ideas. That's not to say they'll always agree with you, but they'll respect your ideas, and they'll know where the ideas are coming from and what your interests are. And if they know that you don't have ulterior motives and that you allow for preferential treatment of certain partners, it's much easier to convince the entire partnership.» – **MP 10***

The word 'acceptance' was also frequently mentioned by the interviewed managing partners, i.e., that managing partners have to be accepted by the other partners, especially since, unlike the CEOs of industrial companies, they have little or no formal hierarchical authority. An excerpt from an interview exemplifies the role of acceptance:

«(...) They're all prima donnas here. To keep your people happy, to make sure they all march in the same direction and to have something like a corporate culture or a spirit... It is hard to envision all that. But it's quite a lot of work, keeping everybody together.»

«To build on your point. How do you achieve that?»

*«You cannot learn that. It's a question of your personality and the acceptance by your partners. It's not something you can learn from textbooks or achieve by introducing ordinances... Either people trust you and follow you, or they don't.» – **MP 31***

One interviewee also confirmed the statement that managing partners should at least appear to be reluctant to give up client work in favor of more management tasks or not to push too hard for more management responsibilities[174] with the following statement:

*«Pushing yourself into such a position, so to say, that would – in our firm anyway – be questioned a bit. Why would you do that? What is your agenda?» – **MP 23***

The interviews also revealed that some managing partners felt that one of the reasons they were successful in their positions was because the partnership recognized their management skills or ability to implement decisions and were convinced that they were better at it than the others. Another group emphasized that they were not polarizing compared to other candidates or were seen as having a particularly strong sense of integrity, fairness, and/or reliability.

F. Conclusion

It became evident that the requirements for managing partners in law firms are not identical to the requirements for managers in other industries. On the one hand, this is due to the specialties of law firms, and on the other hand, because of the managed individuals – the lawyers – themselves. The interview study confirmed the extraordinary importance of the characteristics 'trust' and 'humility', which are frequently mentioned in the classical business literature as well as in the PSF literature. The interview study also confirmed the assumption often repeated in the PSF literature that managing partners of law firms should have been or be successful lawyers – a characteristic that, according to the literature, on managers in other business areas, plays only a minor role. Even though not every interviewee shared this view and there are good reasons not to elect particularly successful partners to management positions, a majority of the interviewees were of the opinion that economic and/or professional success is required to manage a law firm.

As was said at the outset of this article, management and leadership in law firms have not been given a large share of the attention in neither the legal nor the business side of academia. However, with law being an ever-growing branch of the world's economy and law firms becoming bigger and more sophisticated businesses, this article intended to shed light on an underdeveloped field of research that aims to both incentivize more management research within the legal sector as well as helping law firms to reflect on their leadership structures, the processes in place to select, train and replace leaders and make lawyers realize what it means and takes to be a manager in a law firm.

[173] See above, where it was shown that for many managing partners, modesty and putting the law firm first are among the most important qualities. As also described above, Empson believes that it is especially important that the other partners believe that the law firm's interests are put before their own. *See* Empson (2017), *supra* note 41, at 50. Here this point is reinforced.

[174] *Id.* at 53.

Mette Rieck*

Kann nach Einführung des MoPeG an der dualistischen Unternehmensbesteuerung festgehalten werden?

A. Einleitung

„Änderungen an den ertragsteuerlichen Grundsätzen bei der Besteuerung von Personengesellschaften sind mit dem vorliegenden Entwurf nicht verbunden."[1] So steht es im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts.[2] Zentrales Regelungsanliegen des MoPeG ist die Konsolidierung des Rechts der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) sowie die Anpassung des Personengesellschaftsrechts an die aktuellen praktischen Bedürfnisse.[3] Insbesondere seit der höchstrichterlichen Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR[4] divergiert die allgemein anerkannte[5] Rechtslage vom Wortlaut des BGB. Anders als im Recht der Personenhandelsgesellschaften im HGB durch § 124 Abs. 1 ist die Rechtsfähigkeit der GbR weiterhin nicht kodifiziert.[6] Die Normen des BGB bilden keine zuverlässige Orientierung für die Rechtsanwendung mehr.[7] Dem sog. Mauracher Entwurf[8] folgte der überarbeitete Gesetzesentwurf der Bundesregierung[9] und die endgültig beschlossene Fassung des Bundestags, die am 1.1.2024 in Kraft treten soll.[10] Laut Gesetzesbegründung der Bundesregierung geht damit keine Änderung der Besteuerung der Personengesellschaften einher, wobei insbesondere die transparente Besteuerung der Personengesellschaften Bestand haben soll.[11] Der Regierungsentwurf plant demnach keine bewussten Änderungen des Besteuerungsregimes der Personengesellschaften, die Auswirkungen des MoPeG darauf sind jedoch Gegenstand von Diskussionen.[12] Ob das, was im Regierungsentwurf in wenigen Worten festgestellt wurde, Bestand haben kann, gilt es zu klären.

B. Wesentliche gesellschaftsrechtliche Änderungen durch das MoPeG

Die aus der Perspektive des Steuerrechts wohl wichtigste Neuerung stellt die Abkehr vom Gesamthandsprinzip dar.[13] So nimmt auch der Regierungsentwurf konkret Bezug auf diese, indem er eine Änderung von ertragsteuerlichen Grundsätzen bei der Besteuerung von Personengesellschaften ausschließt.[14]

I. Das Gesamthandsprinzip im geltenden Recht der Personengesellschaften

Die § 718 und §§ 719, 738 BGB bilden die Grundlage des Gesamthandsprinzips und werden durch das MoPeG ersetzt.[15] Gem. § 718 Abs. 1 BGB sind Beiträge der Gesellschafter und Gegenstände, die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworben wurden, gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Nach der traditionellen Idee der Gesamthand waren demnach die Gesellschafter selbst Träger von Rechten und Pflichten in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit.[16]

II. Neuerungen durch das MoPeG

Ersetzt wird der § 718 BGB durch den § 713 BGB-E, der festlegt, dass Beiträge der Gesellschafter sowie die für oder durch die Gesellschaft erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten Vermögen der Gesellschaft sind.[17] Das dem gemeinsamen Zweck gewidmete Vermögen ist also der Gesellschaft selbst zuzurechnen.[18] Dieser Wandel gilt über die § 105 Abs. 3 und § 161 Abs. 2 HGB auch für die Personenhandelsgesellschaften.

Die gesamthänderische Zurechnung des Gesellschaftsvermögens wird mit dem MoPeG jedoch aufgegeben.[19] Das Gesamthandsprinzip soll laut Gesetzesentwurf der Bundesregierung, trotz Fortbestand einiger Elemente der Gesamthand,[20] zumindest auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ausgedient haben.[21]

---

* Die Autorin ist Studentin der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag ist ein Auszug ihrer Schwerpunktseminararbeit bei Prof. Brigit Weitemeyer.

1 Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeGE), BT-Drs. 19/27635, S. 107.

2 Im Folgenden: MoPeG.

3 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 2.

4 BGHZ 146, 341.

5 Vgl. zB *Sprau,* in: Grüneberg, Beck'scher Kurzkommentar Bd. VII: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen[81], 2022, § 705 Rn. 24; *Stürner,* in: Jauernig, Kommentar zum BGB[18], 2021, § 705 Rn. 28; *Schöne,* in: Beck'scher Online-Kommentar BGB[61], 2022, § 705 Rn. 142.

6 Vgl. *Fleischer,* DB 2020, 1107.

7 *Fleischer* DB 2020, 1107; MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 1.

8 Abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_-Mopeg.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zul. Abgerufen: 18.4.2022).

9 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635.

10 MoPeG vom 10.8.2021, BGBl. 2021 I, 3436; Überblick über die Entwicklung: *Herrmanns,* DnotZ 2022, 3.

11 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 107.

12 Ein Überblick über die Diskussion zB bei: *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3.

13 So auch: *Mayer/Käshammer,* NWB 2021, 2514, 2515 f.

14 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 107.

15 *Schäfer,* in: Münchner Kommentar zum BGB[8], 2020, § 718 Rn. 5; MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 169.

16 *Hau/Poseck,* in: BeckOK-BGB (Fn. 6), § 718 Rn. 2.

17 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 17, 148.

18 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 148.

19 U.a. *Fleischer,* DB 2020, 1107, 1110 f.; *Wertenbruch,* GmbHR 2021, 1, 2; *Schumm,* StuB 2021, 643, 646; aA *Schmidt,* ZHR (185) 2021, 16, 28.

20 *Schmidt,* ZHR (185) 2021, 16, 28.

21 MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 104.

C. Auswirkungen des Zivilrechts auf das Steuerrecht

Welche Auswirkungen die Aufgabe des Gesamthandsprinzips im Zivilrecht auf das Steuerrecht hat, wird kontrovers diskutiert.[22]

Nach hM, der sich auch das BVerfG angeschlossen hat, steht das Zivilrecht als nebengeordnetes, gleichrangiges Rechtsgebiet neben dem Steuerrecht.[23] Die Steuergesetze knüpfen grundsätzlich an wirtschaftliche Vorgänge an, die durch das Zivilrecht nur vorgegeben werden.[24]

Seine Grenzen findet der Steuergesetzgeber im Verfassungsrecht.[25] Besondere Bedeutung entfaltet der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.[26] Danach ist der Gesetzgeber verpflichtet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Eigenart unterschiedlich zu behandeln.[27] Von diesem Grundsatz darf nur wegen eines hinreichenden sachlichen Grundes abgewichen werden.[28] Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz liegt vor, wenn der Gesetzgeber die Vergleichsgruppen anders behandelt, obwohl zwischen ihnen keine Unterschiede von solcher Art und Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen.[29] Der allgemeine Gleichheitssatz wird durch das steuerrechtliche Leistungsfähigkeitsprinzip konkretisiert.[30] Im Wesentlichen verlangt es die Ausrichtung einer Besteuerung anhand der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Besteuerten.[31] Demnach muss auch bei gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit eine gleiche steuerliche Belastung erfolgen.[32] Dabei ist der Sachverhalt umfassend – und deshalb regelmäßig auch in seiner zivilrechtlichen Bewertung – zu vergleichen.[33] Gegebenenfalls lässt sich dabei auch eine Verschiebung der Leistungsfähigkeit gegenüber einer rein wirtschaftlichen Betrachtungsweise aus zivilrechtlichen Grundwertungen ableiten.[34] Ändert sich auf Ebene des Zivilrechts eine solche Grundwertung kann sich das auch maßgeblich auf die verfassungs- und damit steuerrechtliche Bewertung eines Sachverhalts auswirken.[35]

[22] S. zB: *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3; *Prinz,* DB 2020, 1766; *Mayer/Käshammer,* NWB 2021, 2514; *Hubert,* StuB 2021, 113.

[23] BVerfG, DStR 1992, 106, 107; *Seer,* in: Tipke/Lang (Begr./Hrsg.), Kommentar zum Steuerrecht[24], 2021, Rn. 1.31, 1.34, mwN.

[24] *Seer,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 1.32.

[25] Dazu ausführlich: *Hey,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 3.90 ff.; *Vogel,* FS 50 Jahre BVerfG, 2001, S. 527.

[26] Vgl. *Birk,* StuW 2000, 328, 329; *Kruse,* StuW 1990, 322, 326 ff.

[27] Vgl. *Kischel,* in: Beck'scher Online-Kommentar GG[50], 2022, Art. 3 Rn. 14; *Kruse,* StuW 1990, 322, 323.

[28] *Kruse,* StuW 1990, 322, 325; *Vogel* (Fn. 26), S. 527, 541.

[29] S. BVerfGE 81, 108 Rn. 36.

[30] *Kirchhof,* StuW 1984, 297, 304; *Kruse,* StuW 1990, 322, 327; *Birk,* Leitgedanken des Rechts Bd. II, 1591, 1592.

[31] *Birk,* Leitgedanken des Rechts Bd. II, 1591, 1592; *Kirchhof,* StuW 1984, 297, 304 f.

[32] *Birk,* StuW 2000, 328, 329; vgl. *Kirchhof,* StuW 1984, 297, 301.

[33] *Lang,* DStJG 24 (2001), 49, 100; *Kirchhof,* StuW 1984, 297, 304; *Jachmann,* DStJG 23 (2000), 9, 20.

[34] BVerfGE 116, 164 Rn. 117; BVerfGE 145, 106 Rn. 113-114.

[35] Vgl. BVerfGE 145, 106 Rn. 113-114.

D. Bedeutet die Aufgabe des Gesamthandsprinzips das Ende der transparenten Besteuerung der Personengesellschaften?

Eine solche neue Wertung des Zivilrechts stellt die Abschaffung des Gesamthandsprinzips dar, deren Auswirkungen folgend untersucht werden. Konkret ist zu diskutieren, inwieweit ohne eine gesamthänderische Vermögensordnung an dem Transparenzprinzip für die Besteuerung der Personengesellschaften festgehalten werden kann.[36] Um dies zu untersuchen, ist zunächst das Transparenzprinzip darzustellen und im System der Unternehmensbesteuerung einzuordnen (I.& II.). Danach ist auf die einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken hinsichtlich des Festhaltens an der dualen Unternehmensbesteuerung einzugehen (III.).

I. Grundlagen des Transparenzprinzips

Personengesellschaften sind, anders als natürliche Personen und Körperschaften (namentlich Kapitalgesellschaften), kein Besteuerungssubjekt des Ertragsteuerrechts.[37] Für die Besteuerung der Personengesellschaften gilt das Transparenzprinzip.[38] Danach sind nicht die Gesellschaften selbst, sondern die dahinterstehenden Gesellschafter die Besteuerungssubjekte, denen die Einkünfte zugerechnet werden.[39]

Das Transparenzprinzip wird durch die Gleichstellungsthese konkretisiert.[40] Danach soll der sog. Mitunternehmer weitgehend dem Einzelunternehmer gleichgestellt werden.[41] Einfachgesetzlich wird die Gleichstellungsthese für die Mitunternehmerschaften in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG (iVm § 13 Abs. 7 bzw. § 18 Abs. 4 S. 2 EStG) umgesetzt.[42] Danach sind Gewinnanteile der Gesellschafter (Mitunternehmer) einer OHG, KG und anderer Gesellschaften, sowie gewisse Vergütungen der Gesellschaft an den Gesellschafter als Einkünfte der Gesellschafter aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren. Angeknüpft wird dabei zentral an den Begriff des Mitunternehmers, der die Gleichstellung mit dem Einzelunternehmer begründet.[43] Damit ein Gesellschafter einer Personengesellschaft als Mitunternehmer gilt, muss er Mitunternehmerrisiko tragen und Mitunternehmerinitiative entfalten.[44] Überschreiten diese Merkmale eine gewisse Erheblichkeitsgrenze, begründen sie die Gleichstellung

[36] Insb.: *Schall,* NZG 2021, 494; vgl. auch schon: *Fischer,* FS Crezelius, 117, 129 f.

[37] *Krumm,* in: Kirchhof/Seer (Begr./Hrsg.), Kommentar zum EStG[21], 2022, § 15 Rn. 162; *Wacker,* in: Schmidt (Begr.), Kommentar zum EStG[41], 2022 § 15 Rn. 160.

[38] ZB: *Hennrichs,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 10.1.

[39] *Niehus/Wilke,* Best. d. PersG, S. 19; vgl. *Hennrichs,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 10.10.

[40] *Krumm,* in: Kirchhof/Seer (Fn. 38), § 15 Rn. 163; vgl. *Hennrichs,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 10.11.

[41] ZB: BFHE 219, 36 Rn. 22; s. ausführlich: *Hallerbach,* FR 2016, 1117.

[42] *Rätke,* in: Herrmann/Heuer/Raupach (Begr.), Kommentar zum EStG und KStG[309], 2022, § 15 Rn. 81; *Bodden,* in: Korn (Hrsg.), Kommentar zum EStG[135], 2021 § 15 Rn. 134.

[43] *Krumm,* in: Kirchhof/Seer (Fn. 38), § 15 Rn. 206; *Rätke,* in: H/H/R (Fn. 43), § 15 Rn. 97 f.

[44] *Schenke,* in: Beck'scher Online-Kommentar EstG[12], 2022, § 15 Rn. 1485; *Rätke,* in: H/H/R (Fn. 43), § 15 Rn. 304.

des Mitunternehmers mit dem Einzelunternehmer.[45] Nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG werden die Gewinne sowie die sog. Sondervergütungen (zB Geschäftsführungsvergütung) dem Mitunternehmer zugerechnet und zählen zu seinen gewerblichen Einkünften aus der Mitunternehmerschaft.

II. Das Transparenzprinzip im System der dualen Unternehmensbesteuerung

Das dargestellte Transparenzprinzip unterscheidet die Besteuerung von Personengesellschaften maßgeblich von der Besteuerung der Körperschaften, namentlich der Kapitalgesellschaften.[46] Anders als bei den Personengesellschaften gilt für die Besteuerung von Körperschaften iSd § 1 Abs. 1 KStG das Trennungsprinzip: Die Körperschaft und Anteilseigner stehen sich grundsätzlich wie zwei fremde Dritte gegenüber und verfügen steuerrechtlich über getrennt zu besteuernde Vermögenssphären.[47] Dieses Nebeneinander der transparenten und intransparenten Besteuerung wird auch als Dualismus der Unternehmensbesteuerung bezeichnet.[48]

Darstellend ein Beispiel: A und B sind beide als Gesellschaftergeschäftsführer tätig. A arbeitet für eine OHG und B für eine GmbH. Als Mitunternehmer der OHG erzielt A nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Darunter fallen nicht nur die anteiligen Gewinne der OHG, sondern auch seine Gesellschaftervergütung. B hingegen muss die Gewinne der GmbH nur nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuern, soweit sie ihm ausgeschüttet werden. Auf Ebene der GmbH werden die Gewinne unabhängig von ihrer Verteilung (§ 8 Abs. 3 S. 1 KStG) darüber hinaus mit einer Körperschaftssteuer belegt. B erzielt mit seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der GmbH Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit nach § 19 EStG, die wiederum als Betriebskosten den Gewinn auf Ebene der GmbH gemindert haben.[49]

III. Fortbestand der transparenten Besteuerung von Personengesellschaften

Mit der Annährung der Personengesellschaften an die juristische Person wird die steuerliche Unterscheidung zwischen Personengesellschaft, Kapitalgesellschaft und ihren jeweiligen Gesellschaftern in Frage gestellt.[50] Neben reinen Reformüberlegungen[51] werden insbesondere verfassungsrechtliche Bedenken geäußert.[52] Ob das MoPeG tatsächlich eine grundlegende Neuordnung der Unternehmensbesteuerung sogar erzwingt, ist zu untersuchen. Dafür gilt es zunächst, die Auswirkungen der Abschaffung des Gesamthandsprinzips auf die weitere Anwendung des zentralen § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zu analysieren (1.). Danach ist zu untersuchen, inwieweit aus verfassungsrechtlicher Sicht noch am Transparenzprinzip und dem dualen System der Unternehmensbesteuerung festgehalten werden kann (2.).

1. Weitere Anwendbarkeit des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG

Mit Aufgabe des Gesamthandsprinzips wird die Grundlage der Mitunternehmerbesteuerung, namentlich die weitere Gültigkeit der Gleichstellungsthese, nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG in Frage gestellt.[53] Dort wo eine Annäherung an die juristischen Personen gesehen wird, entfernt sich die Personengesellschaft im Umkehrschluss auch weiter vom Einzelunternehmer.[54] Allerdings knüpfen weder § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG noch die Gleichstellungsthese unmittelbar an die Idee der Gesamthand an.[55] Der Wortlaut des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG erwähnt den Begriff der „Gesamthand" nicht. Zentrales Anknüpfungsmerkmal ist vielmehr die Mitunternehmerstellung.[56] Auch die Personengesellschaft iSd § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG muss nicht notwendigerweise eine Gesamthandsgemeinschaft sein. So werden unter den Begriff „andere Gesellschaft" auch jetzt schon gesellschaftsähnliche Gebilde wie Bruchteilsgemeinschaften subsumiert, die nicht als Gesamthand organisiert sind.[57] Dies lässt sich in Zukunft auch daraus ableiten, dass die OHG und KG als künftig ehemalige Gesamthandsgemeinschaften auch weiterhin im Gesetzestext aufgelistet sein werden.[58] Auch für die GbR, die allgemein als mögliche „andere Gesellschaft" iSd Gesetzes anerkannt ist,[59] darf nichts anderes gelten.[60] Die für die Mitunternehmerschaft wichtige persönliche Haftung[61] und die allgemeinen Vorschriften zur Geschäftsführung[62] werden durch das MoPeG nicht wesentlich verändert. Es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass das Ende des Gesamthandsprinzips das Ende der Anwendbarkeit des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG bedeutet.[63]

---

45 Vgl. *Krumm,* in: Kirchhof/Seer (Fn. 38), § 15 Rn. 206; *Haep,* in: H/H/R (Fn. 43), § 15 Rn. 300.

46 Vgl. *Hennrichs,* StuW 2002, 201, 201; *Hennrichs,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 10.1.

47 *Hey,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), Rn. 11.2; *Hennrichs,* StuW 2002, 201, 202.

48 *Hennrichs,* StuW 2002, 201, 201; *Blischke/Desens,* in: Kirchhof/Söhn/Mellinghof (Hrsg.), Kommentar zum EStG[322], 2022, § 15 Rn. C1.

49 Vgl. zum Ganzen: *Hennrichs,* StuW 2002, 201, 202 ff.

50 *Schall,* ZIP 2020, 1443, 1446 f.; *Kilincsoy,* StuW 2021, 29, 45; *Prinz,* DB 2021, 914, 918.

51 ZB: *Prinz,* DB 2020, 1766, 1767; Bergmann et al./*Knaier,* ZGR-Sonderheft 23, S. 80 f.

52 S. insb.: *Schall,* NZG 2021, 494; problematisierend auch: *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 6 f.

53 *Fischer,* FS Crezelius, 117, 130; *Prinz,* FR 2022, 61, 64; *Dißars,* StuB 2022, 59, 63.

54 Vgl. *Prinz,* FR 2021, 61, 64.

55 So auch *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 5; *Mayer/Käshammer,* NWB 2021, 2514, 2522; *Hubert,* StuB 2021, 113, 115.

56 Vgl. *Haep,* in: H/H/R (Fn. 43), § 15 Rn. 300; *Bode,* in: Brandis/Heuermann (Hrsg.), Kommentar zum EStG[160], 2021, § 15 Rn. 343 f.

57 BFHE 178, 86 Rn. 54.

58 Vgl. MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, der keine Wortlautänderung steuerlicher Gesetze vorsieht.

59 *Bode,* in: Brandis/Heuermann (Fn. 57), § 15 Rn. 311; *Bitz,* in: Littmann/Bitz/Pust, Kommentar zum Einkommensteuerrecht[156], 2022, § 15 Rn. 54.

60 Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 5.

61 Vgl. *Schulteis,* GWR 2021, 112, 116; *Bachmann,* NZG 2020, 612, 617; *Storz,* GWR 2020, 257, 260.

62 *Fleischer,* BB 2021, 386, 388; vgl. MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 150 ff.

63 So auch: *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 5; *Mayer/Käshammer,* NWB 2021, 2514, 2522; *Hallerbach,* steueranwaltsmagazin 2021, 99, 100 f.

2. Zwingt das Verfassungsrecht nach Aufgabe des Gesamthandsprinzips ein Ende der transparenten Besteuerung?

Trotz der grundsätzlichen weiteren Anwendbarkeit des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG könnte die transparente Besteuerung der Mitunternehmerschaften aufgrund von Wertungen des Verfassungsrechts zu Fall gebracht werden. Das Gesamthandsprinzip erlangte Bedeutung im verfassungsrechtlichen Zusammenhang, als das BVerfG es zur Grundlage der Rechtfertigung der unterschiedlichen Besteuerung von Körperschaften und Personengesellschaften machte.[64] Mit der Anerkennung der getrennten Vermögensträgerschaft von Personengesellschaften und ihren Gesellschaftern gerät diese Rechtfertigung ins Wanken.[65] Scheitert die Rechtfertigung, ist es zwar grundsätzlich auch möglich, die Kapitalgesellschaften künftig einer transparenten Besteuerung zu unterwerfen.[66] Die Aufgabe des Transparenzprinzips erscheint im Ergebnis jedoch durch die Annäherung der Personengesellschaften an die juristische Person wahrscheinlicher als eine transparente Besteuerung von Kapitalgesellschaften.[67]

a) Rechtfertigung des Dualismus der Unternehmensbesteuerung durch das BVerfG

Das BVerfG hat sich in zwei Entscheidungen mit der dualen Unternehmensbesteuerung auseinandergesetzt.[68] Zunächst beschäftigte sich das BVerfG im Jahr 2006 im Rahmen einer konkreten Normkontrolle nach Vorlage des BFH mit der Verfassungsmäßigkeit des § 32c EStG a.F.[69] In einem zweiten Beschluss im Jahr 2017 entschied das BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG a.F.[70] Zentral wurde in beiden Entscheidungen die Frage um die Rechtfertigung des Dualismus der Unternehmensbesteuerung.[71]

aa) Gebot der rechtsformneutralen Besteuerung als Maßstab

Der BFH stellte bei seiner Vorlage zu § 32c EStG a.F. insbesondere darauf ab, dass er das Gebot der rechtsformneutralen Besteuerung durch die Differenzierung zwischen Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft verletzt sah.[72] Nach dem Gebot kommt eine rechtsformabhängige Besteuerung nur in Betracht, wenn diese auf Rechtsformunterschieden beruht, die im Hinblick auf die Besteuerungsprinzipien Bedeutung entfalten, also Ausdruck einer unterschiedlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind. Werden durch das Zivilrecht jedoch wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte geschaffen, sind die Rechtsformen auch gleich zu besteuern.[73] Insoweit fordert das Gebot der rechtsformneutralen Besteuerung im Speziellen die Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit.[74] Hintergrund des Gebots ist die Idee, dass das Steuerrecht die Entscheidung zwischen unterschiedlichen Rechtsformen nicht beeinflussen darf.[75] Ableiten lassen soll sich das Gebot insbesondere aus Art. 3 Abs. 1 GG.[76]

bb) Maßstab und Rechtfertigung durch das BVerfG

Das BVerfG lehnt in seinen Entscheidungen jedoch das Vorliegen eines allgemeinen Verfassungsgebots der rechtsformneutralen Besteuerung ab.[77] Dennoch geht das BVerfG davon aus, dass die duale Unternehmensbesteuerung vor Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen ist und fordert dafür einen hinreichenden sachlichen Grund.[78]

Einen sachlichen Grund findet das BVerfG in den verschiedenen Vermögensstrukturen von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften. Die Vermögenssphäre der Kapitalgesellschaft sei gegenüber ihren Anteilseignern abgeschirmt. Deshalb entstehe eine eigene objektive Leistungsfähigkeit unabhängig von der Leistungsfähigkeit ihrer Anteilseigner. Mit den verschiedenen Besteuerungssystemen greife das Steuerrecht verfassungsrechtlich unbedenklich die zivilrechtliche Gestaltung von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften auf.[79] Dabei verweist das BVerfG in einem Klammerzusatz auf die § 718 BGB iVm § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB[80] und legt der Rechtfertigung damit die Vermögenszurechnung der Gesellschafter iSd Gesamthandsprinzips zu Grunde.[81]

Das BVerfG bestätigte und vertiefte diese Argumentation in seiner Entscheidung um die Verfassungsmäßigkeit des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG a.F. im Jahr 2017.[82] Die von Kapitalgesellschaften abweichende Vermögensstruktur der Personengesellschaften ergebe sich auch aus der persönlichen Haftung der Gesellschafter mit ihrem sonstigen Vermögen nach §§ 128, 161 Abs. 2, 171 Abs. 1 HGB. Es gebe demnach keine abgeschirmte Vermögenssphäre bei Personengesellschaften, die im Gegensatz dazu eine eigene Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaften begründe.[83]

Das Vermögen stellt neben Einkommen und Konsum einen Indikator für das Vorliegen von Leistungsfähigkeit dar.[84] Entsprechend sieht das BVerfG in den getrennten Vermögenssphären einer Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern zwei Sphären der Leistungsfähigkeit, denen jeweils ein Einkommen in Form von Gewinn(-ausschüttungen) zufließe.[85] Erhöht sich das Vermögen in Form von Gewinn, könne die

---

64 S. BVerfGE 116, 164 Rn. 117; BVerfGE 145, 106 Rn. 113-114.
65 Insb.: *Schall,* NZG 2021, 494.
66 Vgl. Bergmann et al./*Benz,* ZGR-Sonderheft 23, S. 168.
67 Vgl. schon *Hennrichs,* FR 2010, 721, 725.
68 Zum Überblick: *Schall,* NZG 2021, 494.
69 BVerfGE 116, 164.
70 BVerfGE 145, 106.
71 Vgl. *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 17; *Schall,* NZG 2021, 494, 495 ff.
72 BVerfGE 116, 164 Rn. 115.
73 Zum Ganzen: *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 17; vgl. *Lang,* DStJG 24 (2001), 49, 101 ff.
74 Vgl. *Lang,* StuW 1990, 107, 112; *Pelka,* StuW 2000, 389, 393.
75 *Hey,* DStJG 24 (2001), 155, 157; *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 17; *Drüen,* in: Frotscher/Drüen (Hrsg.), Kommentar zum KStG/GewStG/UmwStG[161], 2021, vor § 1 KStG Rn. 25.
76 *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 17; *Pelka,* StuW 2000, 389, 393.
77 BVerfGE 116, 164 Rn. 118; BVerfGE 145, 106 Rn. 112.
78 BVerfGE 116, 164 Rn. 116; BVerfGE 145, 106 Rn. 112.
79 Zum Ganzen: BVerfGE 116, 164 Rn. 117.
80 BVerfGE 116, 164 Rn. 117.
81 Vgl. *Schall,* NZG 2021, 494, 495; *Hennrichs,* FR 2010, 721, 722 f.
82 BVerfGE 145, 106.
83 BVerfGE 145, 106 Rn. 113-114.
84 *Hey,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), 3.55; vgl. *Hennrichs,* FR 2010, 721, 726; *Birk,* StuW 1989, 212, 214.
85 BVerfGE 116, 164 Rn. 117; BVerfGE 145, 106 Rn. 110.

Steuerbelastung auch auf zwei Ebenen erfolgen.[86] Der Rechtsprechung des BVerfG kann darüber hinaus entnommen werden, dass es die Rechtsform als Differenzierungsgrund als nicht ausreichend ansieht, da nach einem Rechtfertigungsgrund über die Rechtsform hinaus gesucht wird.[87] Auch das BVerfG macht demnach seine Rechtfertigung an Indikatoren der Leistungsfähigkeit fest und sieht in den verschiedenen Rechtsformen allein keine hinreichende Rechtfertigung einer abweichenden Besteuerung. Im Ergebnis werden damit vom BVerfG weitgehend die gleichen Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt, wie sie von den Verfechtern des Gebots der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung gefordert werden.[88] Dieser Maßstab ist demzufolge auch der folgenden Untersuchung zugrunde zu legen.

b) Rechtfertigung der transparenten Besteuerung auch nach Abschaffung des Gesamthandsprinzips

Bereits vor der Abkehr vom Gesamthandsprinzip wurde die Rechtsprechung des BVerfG kritisiert.[89] So gehen einige Stimmen davon aus, dass dem Gesamthandsprinzip bereits heute keine Bedeutung mehr zukommt (s. B.II.). Legt man dieses Verständnis zugrunde, ist die Rechtfertigung des BVerfG bereits jetzt in Frage zu stellen.[90] Die Aufnahme der persönlichen Haftung als weiteres Unterscheidungsmerkmal kann als Reaktion auf ebendiese Kritik gesehen werden.[91] Da die persönliche Haftung der Gesellschafter durch das MoPeG nicht geändert wird, kann zwar nicht davon gesprochen werden, dass die Rechtsprechung des BVerfG ohne das Gesamthandsprinzip vollkommen in sich zusammenfällt.[92] Dennoch wird diskutiert, inwieweit die Rechtfertigung der dualen Unternehmensbesteuerung durch das BVerfG in der neuen Situation noch Bestand haben kann.[93]

Es ist deshalb zu untersuchen, inwieweit weiterhin ein sachlicher Grund für die Differenzierung zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften besteht, der die ungleiche Behandlung der Gesellschaftsformen vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen kann. Konkret geht es um die Frage, mit welcher Begründung für Personengesellschaften nur eine leistungsfähige Vermögenssphäre auf Ebene der Anteilseigner entsteht, während bei Kapitalgesellschaften im Gegenzug zwei abgeschirmte Vermögenssphären bestehen sollen, die jeweils ihre eigene Leistungsfähigkeit begründen. Zunächst ist dafür zu klären, welche Ansprüche an die Rechtfertigung zu stellen sind. Danach sind verschiedene Begründungsansätze auf ihre Tragfähigkeit zu prüfen.

aa) Anforderungen an eine Rechtfertigung

Die *Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags* haben sich der Frage um die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der dualen Unternehmensbesteuerung angenommen und festgestellt, dass bis auf den Fall der Gewinnthesaurierung im Ergebnis eine annähernd gleich hohe Besteuerung erfolge. Die unterschiedliche Behandlung von thesaurierten Gewinnen werde durch den § 34a EStG und die neue Option zur Körperschaftsbesteuerung für Personengesellschaften nach § 1a KStG darüber hinaus abgemildert. Auch die Möglichkeit der Gesellschaft schlicht eine andere Rechtsform zu wählen, führe dazu, dass die Hürden einer Rechtfertigung niedriger werden.[94]

Dies hebt die grundsätzliche Rechtfertigungsbedürftigkeit jedoch nicht auf.[95] In einem Verfahren vor dem BVerfG werden zudem die unterschiedlichen Besteuerungssysteme nicht als Ganzes auf dem Prüfstand stehen, sondern eine konkrete Ungleichbehandlung zwischen den Systemen geltend gemacht. Diese konkreten Ungleichbehandlungen können nicht im Rahmen von einer Gesamtbetrachtung, die eine annähernd gleiche Besteuerung von Personen- und Kapitalgesellschaften ergibt, aus dem Raum geschafft werden.[96] So führt etwa der § 34a EStG im Ergebnis tatsächlich nicht zu der angestrebten gleichen Besteuerung von thesaurierten Gewinnen und darüber hinaus muss die Begünstigung zunächst durch einen Antrag geltend gemacht werden.[97] Schließlich können zwar die Personengesellschaften durch das Optionsmodell nach § 1a KStG insofern eine mit den Körperschaften gleiche ertragsteuerliche Behandlung erreichen.[98] Auch diese Besteuerung stellt jedoch keinen gesetzlichen Regelfall dar, sondern erfolgt nur auf Antrag der Personengesellschaft.[99] Die Besteuerung gleich einer Körperschaft kann also nur auf Bestreben der Personengesellschaft selbst und nicht von Anfang an erreicht werden, obwohl sie aus Gründen der Gleichbehandlung auch für die Personengesellschaft geboten wäre. Zudem ist die GbR nach Abs. 1 S. 1 vom Anwendungsbereich des § 1a KStG nicht erfasst. Darüber hinaus stellt die Rechtsform zwar ein abänderbares persönliches Merkmal dar, dies bedeutet jedoch nur, dass an die Rechtfertigung geringere Anforderungen gestellt werden dürfen.[100]

bb) Die persönliche Haftung als Rechtfertigungsgrund

Als sachlicher Grund für die Rechtfertigung wird in der Literatur und in der Rechtsprechung des BVerfG neben dem Gesamthandsprinzip insbesondere die persönliche

---

86 Vgl. *Birk,* StuW 2000, 328, 333.
87 Vgl. BVerfGE 116, 164 Rn. 116.
88 *Pelka,* StuW 2000, 389, 393; *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 17.
89 ZB: *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 18 ff.; *Hennrichs,* FR 2010, 721, 723 ff., *Drüen,* GmbHR 2008, 393, 398; *Palm,* Person im Ertragsteuerrecht[1], 2013, S. 551 f.
90 *Hennrichs/Lehmann,* StuW 2007, 16, 18 ff.; vgl. auch *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 6 f.
91 *Schall,* NZG 2021, 494, 496.
92 Vgl. *Arbeitskreis Bilanzrecht,* ZIP 2021, Beilage zu Heft 2, 3, 7.
93 Überblicksartig zur Diskussion: *Hubert/Stokes,* StuB 2021, 637, 639 ff.
94 Wissenschaftliche Dienste – Deutscher BT, Ausführungen zu: Auswirkungen d. MoPeG auf die verf. Rechtfertigung d. Dualismus d. Unternehmenssteuerrechts, 11.5.2021, S. 18 f.; abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/847526/93583924611a0e252d0fbb40bce2-c3c4/WD-4-051-21-pdf-data.pdf (zul. abgerufen: 18.4.2022).
95 *Hey,* DStJG 24 (2001), 155, 175.
96 S. dazu: *Hey,* FS Herzig, 7, 16.
97 Im Detail: *Hey,* DStR 2007, 925; auch: *Niehus/Wilke,* in: H/H/R (Fn. 43), § 34a Rn. 3; *Lindberg,* in: Frotscher/Geuerts (Hrsg.), Kommentar zum EStG[227], 2022, § 34a Rn. 1a.
98 Vgl. *Wackerbeck,* in: Brandis/Heuermann (Hrsg.), Kommentar zum KStG[160], 2021, § 1a Rn. 25 f.; *Herkens,* in: Lippross/Seibel (Hrsg.), Basiskommentar Steuerrecht[130], 2022, § 1a KStG Rn. 5; *Pung,* in: Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Kommentar zum KStG und UmwStG[104], 2021, § 1a KStG Rn. 2.
99 Vgl. *Mückl,* in: Streck (Bearb.), Kommentar zum KStG[10], 2022, § 1a Rn. 1; *Sobanski,* in: Dölker et. al. (Hrsg.), 360° KStG-eKommentar, 17.03.2021, § 1a Rn. 29.
100 *Heun,* in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar[3], 2013, Art. 3 Rn. 38; vgl. *Boysen,* in: Münch/Kunig (Begr.), Kommentar zum GG[7], 2021, Art. 3 Rn. 105.

Haftung der Personengesellschafter gesehen.[101] Den *Wissenschaftlichen Diensten* zu Folge zeige sich daran im Gegensatz zur Kapitalgesellschaft die konzeptionell engere Verbindung von Personengesellschaftern mit dem Vermögen ihrer Gesellschaft und die damit einhergehende geringere Trennung zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen.[102] Der Ansatz erklärt sich weiter, wenn man sich die Kehrseite der Gewinnzurechnung anschaut. So erfolgt iSd Transparenzprinzips auch eine Zurechnung von Verlusten einer Personengesellschaft an ihre Gesellschafter.[103] Aufgrund ihrer unmittelbaren persönlichen Haftung sind Gesellschafter von den Verlusten einer Personengesellschaft gegebenenfalls viel unmittelbarer betroffen als die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, was eine Zuweisung dieser Verluste sachgerecht erscheinen lässt.[104] Die Zuweisung von Gewinnen würde insofern nur die notwendige Kehrseite dieses Prinzips darstellen. Fraglich ist, ob dies als sachlicher Grund ausreicht, um die Sonderbehandlung der Personengesellschaften zu rechtfertigen.

Laut *Schall* sei die Reichweite der Annahme einer engen Vermögensbindung in Frage zu stellen, wenn man sich die nunmehrige Struktur der persönlichen Haftung der Gesellschafter genauer anschaut. Aus der Gesellschafterhaftung ließe sich, mit Anerkennung der unbeschränkten Rechtsfähigkeit von Außen-GbR, OHG und KG im Zuge der Aufgabe des Gesamthandsprinzips, keine Identität der Personengesellschaft mit ihren persönlich haftenden Gesellschaftern mehr herleiten. Die Haftung der Gesellschafter gestalte sich vielmehr als gesetzlichen Schuldbeitritt, der die Kreditbasis der Personengesellschaft erweitere.[105] So haftet die Gesellschaft primär selbst für ihre Verbindlichkeiten, während die Haftung der Gesellschafter eine Bürgschaftsfunktion einnimmt.[106] Im Haftungsfall haben die Gesellschafter zudem einen Regressanspruch gegen die Gesellschaft (künftig nach § 716 BGB-E).[107] Damit ist die Haftung wirtschaftlich nicht mehr von etwa der eines für seine GmbH rechtsgeschäftlich bürgenden Gesellschafters zu unterscheiden.[108] Insofern erscheint es gefährlich, die Haftungsunterschiede als ausschließlichen Rechtfertigungsgrund auszumachen. Der Gesellschafter einer Personengesellschaft könnte geltend machen, dass seine Situation mit der eines Gesellschafters einer GmbH, der umfangreich für die Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft einsteht, vergleichbar ist. Seine Gesellschaft solle deshalb nicht nur über den Umweg des § 1a KStG gleich einer GmbH behandelt werden. In solchen Einzelfällen könnte regelmäßig eine gleichheitsrechtlich gebotene Gleichbehandlung unabhängig von der konkreten Rechtsform geltend gemacht werden.

Darüber hinaus verliert das Haftungsargument an Überzeugungskraft für die KG, wenn man die Haftung eines Kommanditisten einer KG mit zB der eines Aktionärs vergleicht.[109] Mit dem MoPeG und der ersatzlosen Streichung des § 172 Abs. 5 HGB erfährt die Kommanditistenhaftung zwar eine leichte Verschärfung.[110] Der Kommanditist hat bei Auszahlung eines Scheingewinns künftig keinen Gutglaubensschutz im Außenverhältnis.[111] Dennoch haftet der Kommanditist auch weiterhin nach § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB nicht für die Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft, soweit er seine Einlage geleistet hat. So ist er im Regelfall weitgehend von der Haftung für die Gesellschaft ausgenommen.[112] Es entsteht eine ähnliche Abschirmwirkung der Vermögenssphären wie bei einer Kapitalgesellschaft.[113]
Schließlich kann die Gewinnzurechnung auch nicht als notwendige Kehrseite einer Verlustzuweisung gesehen werden. Die persönliche Haftung des Gesellschafters wirkt sich wirtschaftlich nur auf ihn aus, wenn das Gesellschaftsvermögen die Verbindlichkeiten der Gesellschaft endgültig nicht mehr decken kann und der Gesellschafter mit seinem Regress ausfällt.[114] Tritt dieser Definitivverlust auf Ebene des Gesellschafters ein, sollte er auch berücksichtigt werden.[115] Allein das Haftungsrisiko begründet die Verlustzuweisung jedoch nicht zwingend.[116]

cc) Entnahmerechte/Gewinnverteilung

Schon vor der (offiziellen) Aufgabe des Gesamthandsprinzips wurden in der Literatur weitere Rechtfertigungsgründe für eine duale Unternehmensbesteuerung diskutiert.[117] Argumentiert wurde in diesem Rahmen auch schon mit der Gewinnverteilung an die Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft, durch die eine größere Nähe zwischen Vermögen der Personengesellschaft und ihren Gesellschaftern begründet werde.[118] Nach dem neuen § 122 Abs. 1 HGB-E findet grundsätzlich eine Vollausschüttung des Gewinns statt, soweit die Auszahlung nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht.[119] Ein Beschluss über die Verwendung des Gewinns wird nur erforderlich, wenn statt einer Vollausschüttung der Gewinn teilweise thesauriert werden soll.[120] Danach besteht grundsätzlich ein großes Näheverhältnis zwischen dem von der Gesellschaft erwirtschafteten Erfolg und ihren Gesellschaftern.

Etwas anderes gilt für die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft. Der individuelle Anspruch auf die Dividende entsteht bei Kapitalgesellschaften erst mit Beschlussfassung über die Gewinnverwendung, die jährlich vorgesehen ist (s. §§ 29 Abs. 2, 46 Nr. 1 GmbHG, § 174 AktG).[121] Es ergibt sich kein entsprechendes Näheverhältnis.

---

[101] Etwa: *Drüen,* GmbHR 2008, 393, 398; *Hüttemann,* DStJG 25 (2002), 123, 139 f.
[102] Ausführungen Wissenschaftliche Dienste (Fn. 115), S. 16.
[103] S. etwa: *Wacker,* in: Schmidt (Fn. 38), § 15 Rn. 408; *Tiede,* in: H/H/R (Fn. 43), § 15 Rn. 450.
[104] S. *Hüttemann,* DStJG 25 (2002), 123, 139; bestätigend: *Drüen,* GmbHR 2008, 393, 398.
[105] *Schall,* NZG 2021, 494, 496.
[106] Dazu schon vor Einführung des MoPeG: *Hennrichs,* FR 2010, 721, 727.
[107] MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 20, 157 ff.
[108] *Hennrichs,* FR 2010, 721, 727; vgl. *Palm,* in FS für Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. II: Staat und Bürger, 2013, S. 1697, 1704.
[109] S. *Schall,* NZG 2021, 494, 496.
[110] MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 257.
[111] Ausführlich: *Fleischer,* DStR 2021, 483, 488 f.
[112] *Schmidt,* in: Münchner Kommentar zum HGB[4], 2016, §§ 171, 172 Rn. 4; *Häublein/Beyer,* in: Beck'scher Online-Kommentar HGB[35], 2022, § 171 Rn. 2.
[113] *Häublein/Beyer,* in: BeckOK-HGB (Fn. 113), § 171 Rn. 2.
[114] *Hennrichs,* FR 2010, 721, 727; *Palm* (Fn. 90), S. 557 f.
[115] *Hennrichs,* FR 2010, 721, 727.
[116] *Hennrichs,* FR 2010, 721, 727.
[117] *Hennrichs,* FR 2010, 721, 724; *Palm* (Fn. 109), S. 1697, 1701.
[118] *Hallerbach,* Die Personengesellschaften im Einkommensteuerrecht, 1999, S. 46 ff., 99; *Palm* (Fn. 109), S. 1697, 1701.
[119] MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 56.
[120] MoPeGE, S. 240.
[121] *Hennrichs,* FR 2010, 721, 724.

Gegen diese Argumentation ist jedoch einzuwenden, dass die konkrete Ausgestaltung der Gewinnverteilung als reines Innenrecht der Personenhandelsgesellschaft grundsätzlich dispositiv ist, § 109 HGB (bzw. § 108 HGB-E[122]). So kann auch eine Personengesellschaft einen vorherigen Gewinnverwendungsbeschluss zur Voraussetzung einer Gewinnverteilung machen.[123] Genauso können jedoch auch die Gesellschafter einer GmbH ihr Rechtsverhältnis untereinander grundsätzlich gleich der Modalitäten einer Personengesellschaft gestalten, § 45 GmbHG. Die Modalitäten der Gewinnverteilung stellen demnach keine zuverlässige zivilrechtliche Wertung dar, die der Gesetzgeber entsprechend im Steuerrecht umsetzt. Auch hier würde die Rechtfertigung von jeder vom gesetzlichen Regelfall abweichenden rechtlichen Ausgestaltung in Frage gestellt und regelmäßig Einzelfallungerechtigkeiten hervorrufen.

dd) Weitere mögliche Rechtfertigungsgründe

Die *Wissenschaftlichen Dienste* sehen einen sachlichen Grund schließlich auch in den anderen klassischen Merkmalen der Personengesellschaften. So bliebe namentlich die Selbstorganschaft, das Anwachsungsprinzip und das Verbot der Ein-Personen-Gesellschaft erhalten.[124] Diese Argumente genügen dem vom BVerfG gesetzten Maßstab nicht. Die Merkmale greifen keinen der Indikatoren von Leistungsfähigkeit auf.[125] Weder die Selbstorganschaft noch das Anwachsungsprinzip kann sachlich begründen, warum eine Personengesellschaft keine eigenständige Leistungsfähigkeit entwickelt und sich die alleinige Leistungsfähigkeit auf Ebene der Gesellschafter verlagert.[126] Sie sind nur eine Auflistung von verbleibenden Unterschieden zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften und suchen damit den Grund ausschließlich auf Grundlage der Rechtsform.[127] Die Rechtsform allein hat dem BVerfG in der Vergangenheit jedoch nicht genügt, um die unterschiedlichen Besteuerungsregimes zu begründen.[128]

E. Fazit

Ob das BVerfG auch nach der Einführung des MoPeG an seiner Rechtsprechung zur dualen Unternehmensbesteuerung festhalten wird bleibt es abzuwarten. Gerade außerhalb des gesetzlichen Regelfalls können mögliche Rechtfertigungsansätze jedenfalls in Frage gestellt werden. Jedoch sind an die Rechtfertigungsgründe der Ungleichbehandlung, wie gesehen, keine hohen Anforderungen zu stellen. Es ist demnach nicht unwahrscheinlich, dass das BVerfG einen der vorgetragenen Gründe, trotz ihrer Mängel, als hinreichend erachten wird und so an der transparenten Besteuerung der Personengesellschaften festhält. Um diese Grundsatzdebatte zur dualen Unternehmensbesteuerung zu vermeiden, scheint man im Gesetzgebungsverfahren vor steuerrechtlicher Fragen zurückgeschreckt zu sein. Ohne den ganz großen Sprung einer Abschaffung der transparenten Besteuerung von Personengesellschaften zu wagen, könnten verbleibende Unklarheiten durch ein entsprechendes Steuergeleitgesetz erfolgen.

---

[122] MoPeGE, BT-Drs. 19/27635, S. 52, 225.
[123] *Klimke,* in: BeckOK-HGB (Fn. 113), § 122 Rn. 26;
vgl. *Roth,* in: Hopt, Beck'scher Kurzkommentar Bd. IX: Handelsgesetzbuch[41], 2022, § 122 Rn. 15 f.
[124] Ausführungen Wissenschaftliche Dienste (Fn. 115), S. 17.
[125] Vgl. *Hey,* in: Tipke/Lang (Fn. 24), 3.55.
[126] *Hubert/Stokes,* StuB 2021, 637, 640;
so auch: *Jachmann,* DStJG 23 (2000), 9, 20.
[127] Vgl. Kritik v. *Vogel* (Fn. 26), S. 527, 541.
[128] Vgl. BVerfGE 116, 164 Rn. 116.

Christian Karschau*

Einschränkungskriterien als Beschränkung des Auswirkungsprinzips im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO unter Berücksichtigung wettbewerbsökonomischer Aspekte

A. Einleitung: Das Auswirkungsprinzip

Jede Norm des internationalen Privatrechts befindet sich in einem Spannungsfeld: Auf der einen Seite besteht ein Interesse an Vorhersehbarkeit, auf der anderen Seite ein Bedürfnis nach Flexibilität.[1] Auch die Verordnung Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II-VO) bewegt sich in diesem Gegensatz. Schon in den Erwägungsgründen wird deutlich, dass die Rom II-VO dem Ziel der Rechtssicherheit eine besonders große Bedeutung beimisst.[2] Ob Art. 6 Rom II-VO diesem Anspruch gerecht wird, wird in der Literatur bezweifelt: Die Norm wurde als „the most imprecise of all the rules on the applicable law within the Rom II Regulation" betitelt.[3]

Insbesondere im Rahmen von Art 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO ist eine Diskussion darum entbrannt, wie das Anknüpfungsmoment zu konkretisieren ist. Hier wird auf das Recht des Staates abgestellt, „dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird". Hier sehen zahlreiche Kommentatoren das Auswirkungsprinzip („effects doctrine") verankert,[4] wonach örtlich der Markt entscheidend wäre, an dem sich das den Wettbewerb einschränkende Verhalten auswirkt.[5] Dabei ist der Wortlaut „beeinträchtigt" zu vernachlässigen: Sowohl der Erwägungsgrund 22, die englische („affected") und französische („affecté") Sprachfassung der Rom II-VO bekennen sich deutlich klarer zum Auswirkungsprinzip[6] und die deutsche Übersetzung ist eine der einzigen Fassungen, wo eine Differenz zwischen Normtext und Erwägungsgrund existiert.[7]

Allerdings endet hier bereits die Einigkeit in der Literatur: Zahlreiche Kommentatoren sehen die Notwendigkeit von qualifizierenden Kritierien in verschiedensten Ausprägungen, die das Auswirkungsprinzip beschränken sollen. Ob dies geboten ist, soll unter Berücksichtigung der klassischen Auslegungsmethoden, ergänzt durch ökonomische Erwägungen, im Folgenden untersucht werden.

B. Qualifizierende Kritierien

Zunächst verneinen einige die Notwendigkeit von einer qualifizierten Marktauswirkung im Rahmen von Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO. Das wird damit begründet, dass alle diskutierten Einschränkungsmerkmale Fragen des Sachrechts und damit auf Ebene des Kollisionsrechts unbeachtlich sein sollen.[8]

Allerdings führt die Marktortanknüpfung insbesondere im *Multistate* Wettbewerb durch die Mosaikbetrachtung zur Anwendung einer Vielzahl von Rechtsordnungen. Dadurch werden die Rechtsverfolgungskosten erhöht und die Vorhersehbarkeit reduziert.[9]

Für das allgemeine Auswirkungsprinzip werden deswegen die Einschränkungsmerkmale der Wesentlichkeit, der Spürbarkeit und der Vorhersehbarkeit diskutiert. Ursprünglich wurden auch eine Interessenabwägung und ein Tatsächlichkeitserfordernis als Einschränkungsmerkmale vorgeschlagen. Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO umfasst nunmehr auch ausdrücklich „wahrscheinlich beeinträchtigt" – auf eine tatsächliche Beeinträchtigung kann es somit nicht ankommen.[10] Für eine Interessenabwägung fehlen Anhaltspunkte in der Norm. Daneben wäre sie bei einer allseitigen Kollisionsnorm weder sachgerecht noch völkerrechtlich geboten.[11] Insofern beschränkt sich die folgende Untersuchung auf die Merkmale der Wesentlichkeit bzw. Spürbarkeit, der Vorhersehbarkeit und der Unmittelbarkeit.

I. Wesentlichkeit bzw. Spürbarkeit

Zunächst wird vertreten, dass eine Spürbarkeitsgrenze notwendig sei.[12] Die genaue Bestimmung variiert dabei: Während sich einige am europäischen Kartellrecht orientieren und 5 % Marktanteil als quantitativen Richtwert heranziehen wollen,[13] stellen andere auf die Bagatellbekanntmachung der Kommission[14] ab. Danach wäre eine Marktbeeinträchtigung nicht spürbar, wenn der Marktanteil der beteiligten Unternehmen bei vertikalen Vereinbarungen

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine gekürzte Fassung seiner Examensseminararbeit bei Prof. Dr. Karsten Thorn, LL.M., Prof. Dr. Stefan Kröll, LL.M. und Prof. Dr. Florian Faust, LL.M. dar.

1 *Symeonides*, A. Jour. o. Comp. L. Vol. 56 (2008), 173, 179.

2 Vgl. Erwägungsgründe (EG), 6, 14, 16, 31.

3 *Francq/Wurmnest*, in: Basedow/Francq/Idot (Hrsg.), International Antitrust Litigation, 2012, S. 92.

4 Vgl. nur *Junker*, Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage, NJW 2007, 3675, 3679.

5 *Handig*, Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht – Auswirkungen der Rom II-Verordnung, GRUR Int. 2008, 24, 29.

6 *Massing*, Europäisches Internationales Kartelldeliktsrecht, 2011, S. 172.

7 *Kluth*, Das Markauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrechts, 2015, S. 179.

8 *Dickinson*, The Rom II Regulation, The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, 2008, Rn. 6.65.

9 *Mills*, in: Basedow/Kono (Hrsg.), The Rom II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations, 2009, S. 134.

10 *Wurmnest*, in: MüKoBGB[8], 2021, Art. 6, Rn. 285.

11 *Fezer/Koos*, in: Staudinger, 2019, Rn. 356.

12 *Hellner*, in: Volken/Bonomi (Hrsg.), Yearbook of Private International Law Vol. 9, 2007, S. 62; *Mankowski*, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 186; *Leible/Lehmann*, Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, RIW 2007, 721, 730.

13 *Mankowski*, Internationales Privatrecht Bd. 2: Besonderer Teil[2], 2019, § 2 Rn. 311.

14 Bekanntmachung der Kommission vom 22.12.2001 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung (de minimis), ABl. EG 2001 C 368/13., Rn. 7.

10 %, bei horizontalen Vereinbarungen 15 % nicht übersteigt.[15]

II. Vorhersehbarkeit

Allgemein wird für das Auswirkungsprinzip vertreten, dass die Folgen auf dem Markt vorhersehbar sein müssen, um dem Schädiger die Auswirkung zurechnen zu können.[16] Dabei würde die präventive Funktion des Kartellrechts gestärkt, wenn sich die Marktteilnehmer darauf verlassen könnten, dass nur solche Rechtsordnungen Anwendung finden, die für sie erkennbar sind.[17]

Die Notwendigkeit einer Vorhersehbarkeit wird vereinzelt auf Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO übertragen.[18]

III. Unmittelbarkeit

Das Kriterium der Unmittelbarkeit soll solche Fälle ausschließen, die lediglich mittelbare Reflexwirkungen oder Nebenfolgen auf anderen Märkten darstellen.[19] Der Markt ist regelmäßig dort unmittelbar betroffen, wo der streitgegenständliche Schaden eintritt.[20]

C. Auslegung und Stellungnahme

I. Wortlaut

Zunächst ist festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO keines der diskutierten Merkmale enthält.[21] Hiergegen wird ins Feld geführt, dass auch im Rahmen des Sachrechts[22] und des nationalen Kollisionsrecht[23] die einschränkenden Merkmale regelmäßig ungeschriebene Tatbestandsmerkmale sind.[24] Auch wird behauptet, dass dem Auswirkungsprinzip, zu dem sich Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO bekennt, eine Spürbarkeitsschwelle immanent sei.[25] Das kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Wortlaut keine Rückschlüsse auf einschränkende Kritierien zulässt.

II. Historie

Auch die Historie der Rom II-VO spricht gegen jegliche Einschränkungskriterien. In früheren Entwürfen der Rom II-VO existierte der Erwägungsgrund 11a[26] bzw. 20[27], der eine „unmittelbare und erhebliche Auswirkung“ auf dem Markt erforderte. Dieser Erwägungsgrund wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahren entfernt, während in den Wortlaut des Abs. 3 lit. b. „unmittelbar und wesentlich“ eingefügt wurde.[28] Damit liegt es nahe, dass der Gesetzgeber Einschränkungsmerkmale in lit. a für nicht erforderlich gehalten hat.[29]

Einige führen das Fehlen der Einschränkungskriterien auf ein Versehen des Gesetzgebers zurück.[30] Das erscheint aufgrund der ausführlichen Diskussionen um eine Sonderanknüpfung für Kartelldelikte aber wenig wahrscheinlich.[31]

Dass die Kommission eine Einschränkung für selbstverständlich gehalten hat und deswegen nicht gesondert benennen wollte,[32] erscheint auch wenig überzeugend. In lit. b hielt der Gesetzgeber eine Nennung für erforderlich.[33] Daneben war die Diskussion in der Literatur um die Einschränkungsmerkmale keineswegs eindeutig und es existierten abweichende Formulierungsvorschläge, die Einschränkungskriterien ausdrücklich vorsahen.[34]

III. Systematik

1. Verhältnis zu Art. 6 Abs. 3 lit. b Rom II-VO

Im systematischen Vergleich wird argumentiert, dass in Abs. 3 lit. b ausdrücklich von den „unmittelbar und wesentlich“ betroffenen Märkten gesprochen wird, Abs. 3 lit. a eine solche Einschränkung hingegen nicht enthält.[35] In einem Umkehrschluss bedeutet das, dass eine Einschränkung bei Art. 3 lit. a nicht gefordert wird.[36] Mittelbar bestätigt wird dies durch EG 23, der auch keine Begriffsbegrenzung für lit. a enthält.[37] Vereinzelt wird dagegen eingewandt, dass die grammatikalischen Schwächen europäischer Gesetzgebungsakte hinreichend bekannt seien.[38] Allerdings beinhalten auch die englische[39] und französische[40] Sprachfassung nur eine Einschränkung in lit. b, sodass eine Übersetzungsungenauigkeit ausscheidet. Es wurde also bewusst lediglich in lit. b die Einschränkungskriterien aufgenommen, obwohl die Möglichkeit bestanden hätte, lit. a gleichermaßen zu formulieren.[41]

Daneben wollen einige in der Formulierung des lit. b („sofern der Markt in diesem Mitgliedstaat zu den Märkten gehört, die

---

15 *Massing*, (Fn. 7), S. 194.
16 *Meessen*, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, 1975, S. 159 f.
17 *Fabig*, Internationales Wettbewerbsprivatrecht nach Art. 6 Rom II-VO, 2016, S. 139.
18 *Mankowski*, RIW 2008, 177, 185.
19 *Wurmnest*, in: MüKoBGB (Fn. 11), Art. 6, Rn. 292.
20 Ausführlich *Fabig*, (Fn. 18), S. 140 ff, 149.
21 *Rodriguez Pineau*, J. Priv. Int'l L. Vol. 5 (2009), 311, 322.
22 Vgl. zum Merkmal der Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht *Fuchs*, Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 81 EG, ZweR 2007, 369, 386.
23 Vgl. auch C.IV.2.c.
24 *Schnur*, Internationales Kartellprivatrecht nach der Rom II-Verordnung, 2012, S. 115.
25 *Mankowski*, RIW 2008, 177, 186.
26 Vermerk des Vorsitzes für den Ausschuss für Zivilrecht (Rom II), 2.5.2006, 8498/06 JUSTCIV 105 CODEC 358, 6.
27 Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 22/2006 vom Rat festgelegt am 25.9.2006 („Rom II“), ABl. EU 2006 C 289 E/68, 68 f.
28 *Dickinson*, (Fn. 9), Rn. 6.65.
29 *Schnur*, (Fn. 25), S. 116.
30 *Hellner*, (Fn. 13), S. 61 Fn. 49; *Zimmer*, Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen, 2013, S. 395.
31 *Wurmnest*, in MüKoBGB (Fn. 11), Art. 6, Rn. 295 mwN.
32 *Kluth*, (Fn. 8), S. 181 f.
33 *Tzakas*, Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr, 2011, S. 341.
34 Vgl. *Zimmer/Leopold*, Private Durchsetzung des Kartellrechts und der Vorschlag zur Rom II-VO, EWS 2005, 149, 154; *Basedow*, in: Ders. (Hrsg.), Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, S. 229, 249 f.
35 Vgl. nur *Dicey/Morris/Collins*, Conflict of Laws Vol. 2[15], 2012, Rn. 35-060.
36 „zwingender Gegenschluss“, *Roth*, in: FS Kropholler, 2008, S. 623, 640; *Adolphsen/Möller*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker (Hrsg.), Kartellverfahren und Kartellprozess, 2017, § 33 Rn. 33.
37 *Unberath/Cziupka/Pabst*, in Rauscher Bd. 3[4], 2016, Art. 6, Rn. 69.
38 *Massing*, (Fn. 7), S. 180.
39 "Directly and substantially affected".
40 „sont affectés de manière directe et substantielle".
41 *Rodriguez Pineau*, J. Priv. Int'l L. Vol. 5 (2009), 311, 322.

unmittelbar und wesentlich“) Anhaltspunkte sehen, dass eine Einschränkung in lit. a als selbstverständlich vorausgesetzt werde.[42] Dabei wird allerdings das Verhältnis zwischen lit. a und lit. b und der Charakter von lit. b als Ausnahmevorschrift[43] verkannt: lit. b ermöglicht eine erleichterte Geltendmachung des Schadens, wobei alle internationalen Auswirkungen nach der *lex fori* bewertet werden. Damit einher geht eine erweiterte Gefahr des *forum shopping*.[44] Der Kläger wird sich regelmäßig den betroffenen Markt aussuchen, an dem der größtmögliche Schadensersatz zur erwarten ist. Damit besteht ein sachliches Interesse, erhöhte Anforderungen an die Betroffenheit in lit. b gegenüber lit. a zu stellen, um missbräuchlichen Verwendungen der Anknüpfung zu vermeiden. Über die expliziten Einschränkungsmerkmale kann somit die Möglichkeiten des *forum shopping* eingegrenzt werden.[45] Dieses Problem besteht bei lit. a nicht: Das Mosaikprinzip bewertet jede Auswirkung nach der jeweiligen nationalen Rechtsordnung.

2. Verhältnis zu Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO

Für eine Beschränkung mit einem Unmittelbarkeitskriterium spricht das Verhältnis zur Erfolgsortanknüpfung aus Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO.[46] Hier sind „indirekte Schadensfolgen“ unbeachtlich. Gemäß Erwägungsgrund 21 ist Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO lediglich eine „Präzisierung“ der allgemeinen Regel aus Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO. Daraus wird gefolgert, dass mittelbare Auswirkungen nicht dem Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO unterfallen sollen.[47]

3. Verhältnis zu Art. 5 Rom II-VO

Kritik an dem Merkmal der Vorhersehbarkeit ergibt sich aus dem Verhältnis zur Kollisionsregel der Produkthaftung aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 Rom II-VO: Hier wird eine abweichende Anknüpfung angeordnet, soweit der potenziell Haftende das Inverkehrbringen „vernünftigerweise nicht voraussehen konnte“. Die Vorhersehbarkeitsklausel wird auch in EG 20 S. 2 wiederholt. Damit streitet gegen die Vorhersehbarkeit, dass Einschränkungskriterien in Art. 6 Rom II-VO nicht enthalten sind.[48] Das wäre auch nicht sachgerecht: Während Art. 5 Rom II-VO mit der Vorhersehbarkeitsklausel die Herstellerinteressen berücksichtigt, zielt Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO auf einen Interessenausgleich verschiedener Schutzgüter ab, ohne auf die Interessen des Kartells besondere Rücksicht zu nehmen.[49] Auch unter Berücksichtigung des Geschädigtenschutzes wäre es unbillig die Anknüpfung davon abhängig zu machen, ob die Auswirkungen für die Kartellanten vorhersehbar waren.[50]

[42] *Massing*, (Fn. 7), S. 180.
[43] *Schnur*, (Fn. 25), S. 118.
[44] *Mankowski*, Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten, 2012, S. 53; *Ashton/Vollrath*, Choice of Court and Applicable Law in Tortious Actions for Breach of Community Competition Law, ZWeR 2006, 1, 24; **a.A.** *Immenga,* in: FS Kühne, 2009, S. 725, 730.
[45] Vgl. *Maier*, Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht, 2011, S. 351.
[46] *Francq/Wurmnest*, (Fn. 4), S. 123.
[47] *Lühmann*, Risiken und Nebenwirkungen des IPR bei der kollektiven Durchsetzung von Kartellschadensersatzansprüchen, RIW 2019, 7, 17 f. mwN.
[48] *Hellner*, (Fn. 13), S. 64.
[49] *Fabig*, (Fn. 18), S. 140.
[50] *Wurmnest*, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten, EuZW 2012, 933, 938.

IV. Telos

1. Allgemein

a) Verhältnis Sach- und Kollisionsnorm

Grundsätzlich ist es eine sachrechtliche Frage, ab welchem Grad der Marktbeeinträchtigung ein Ersatzanspruch zugestanden wird.[51] Soweit das Kollisionsrecht zu weitreichend materiellrechtliche Aspekte miteinbezieht, beraubt es dem Sachrecht seiner Aufgabe.[52] Bagatellklagen können daneben regelmäßig durch die prozessrechtlichen Regeln der einzelnen Staaten abgewendet werden.[53] Es ist lediglich Aufgabe des Kollisionsrechts, die anwendbare Rechtsordnung zu bestimmen.

Außerdem bestehen auf Ebene des Sachrechts regelmäßig weitere Anforderungen, die für eine Kompensation erfüllt sein müssen: Die Anwendung einer bestimmten Rechtsordnung führt nicht automatisch zu einer Kompensation des Schadens.[54] Sollte eine Rechtsordnung bereits eine Kompensation bei nur leichter Beeinträchtigung des Marktes anordnen, ist das grundsätzlich hinzunehmen. Im Extremfall kann eine *Ordre-public*-Kontrolle ein besonders unbilliges Ergebnis verhindern.[55]

b) Rechtssicherheit

Für eine Einschränkung spricht grundsätzlich der Aspekt der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit. Ohne Einschränkungen könnten schon geringe und unvorhergesehene Auswirkungen zur Anwendung einer nicht bedachten Rechtsordnung führen.[56]

Daneben soll eine Orientierung an den primärrechtlichen Kriterien zu einem vorteilhaften Gleichlauf zwischen Primär- und Sekundärrecht führen, was mehr Rechtssicherheit bedeuten soll.[57] Allerdings ist das genaue Verständnis der Schrankentrias schon im Primärrecht mit Problemen behaftet und somit schwer definierbar.[58] Dann wäre zwar Einheitlichkeit zwischen Primär- und Kollisionsrecht geschaffen, die Unsicherheit wäre aber der Rechtssicherheit kaum zuträglich.[59]

c) Praktikabilität und ausufernder Marktbegriff

Auch müsste das Gericht den Einschränkungskriterien eine kollisionsrechtliche und verordnungsautonome Bedeutung beimessen, was eine erhebliche Herausforderung darstellt.[60] Dagegen führt ein uneingeschränktes Auswirkungsprinzip dazu, dass zahlreiche Rechtsordnungen zur Anwendung kommen, was die Rechtsanwendung verkompliziert.[61] So müsste die Kompensation bei Streudelikten nach einer

[51] *Thorn*, in: Grüneberg[81], Art. 6 Rom II-VO, Rn. 13.
[52] *Schnur*, (Fn. 25), S. 123.
[53] Ebd. mit Verweis auf § 495a ZPO und § 15a EGZPO.
[54] *Rodriguez Pineau*, J. Priv. Int'l L. Vol. 5 (2009), 311, 322.
[55] So für Art. 6 Abs. 1 Rom II-VO, *Bauermann*, Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht, 2015, S. 58.
[56] Ebd.
[57] *Mankowski*, (Fn. 14), § 2 Rn. 311.
[58] *Kluth*, (Fn. 8), S. 183.
[59] Ebd.
[60] *Tzakas*, (Fn. 34), S. 342.
[61] Ebd. S. 365.

Vielzahl von Rechtsordnungen eingeklagt werden.[62]

Deswegen wird für die Notwendigkeit der Unmittelbarkeit angeführt, dass der Einbezug von indirekten und mittelbaren Marktauswirkungen den Markt zu einem Weltmarkt ausufern lassen würde.[63] So begrenzt ein Spürbarkeitskriterium die „uferlose Anwendung der Kartellrechte verschiedenster Staaten".[64] Dabei ist allerdings zu bedenken, dass Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO nicht auf neutral ausgestaltete Rechtsnormen verweist, sondern diese im Bereich des Kartellrechts regelmäßig ihren eigenen Regelungsbereich definieren.[65] Der Anwendungsbefehl dieser Normen kann vielmehr auf Ebene des Sachrechts berücksichtigt werden.[66]

2. Spürbarkeit

a) Entscheidungseinklang

Grundsätzlich ist eines der Ziele der Rom II-VO eine einheitliche Auslegung der Regelungen und der daraus resultierende Entscheidungseinklang.[67] Gerade bei dem Einschränkungskriterium der Spürbarkeit besteht ein rechtliches Vorverständnis, womit eine einheitliche Auslegung des Auswirkungsprinzips im Kartell- und Kollisionsrecht gewährleistet werde.[68]

Das kann jedoch nicht uneingeschränkt überzeugen, da eine Übertragung des primärrechtlichen Verständnisses zu zahlreichen Problemen führt.[69] Die Marktabgrenzung ist regelmäßig die entscheidende sachrechtliche Frage und mit entsprechendem Aufwand verbunden. Somit würde man mit Kanonen auf Spatzen schießen: Die Marktabgrenzung wäre – außerhalb von *follow-on*-Klagen – für die Zwecke des Kollisionsrechts viel zu komplex[70] und die allseitige Kollisionsnorm würde den Drittstaaten ein gemeinschaftsrechtliches Verständnis des Kartellrechts unterstellen:[71] Damit würde der Anwendungswille der nationalen Rechtsordnung ignoriert. Daneben ist gerade der Entscheidungseinklang gefährdet, wenn Geltung beanspruchende Kartellordnungen nicht zur Anwendung kommen.[72]

b) Kein anwendbares Recht

Dieses Problem entsteht in Fällen, in denen alle betroffenen Staaten die Anforderungen an die Spürbarkeit nicht erfüllen. Hier führen die Einschränkungskriterien dazu, dass keine Rechtsordnung zur Anwendung berufen wird.[73] Allerdings könnten nationale Rechtsordnungen schon Kompensationen für Kartellverstöße zugestehen, die aufgrund der geforderten Einschränkungskriterien nicht durch Art. 6 Rom II-VO zur Anwendung berufen werden. Da sich die diskutierten Einschränkungen regelmäßig am europäischen Primärrecht orientieren, betrifft dies insbesondere das Verhältnis gegenüber Drittstaaten.[74] Damit wird im Ergebnis die rechtspolitische Entscheidung dieser Staaten nicht respektiert.

V. Ökonomische Aspekte

In der bisherigen Auseinandersetzung um die qualifizierten Marktauswirkungen wurden in der Literatur nur vereinzelt ökonomische Aspekte miteinbezogen – hier sollen diese ersten Ansätze vertieft werden. Es ist allerdings umstritten, inwieweit ökonomische Analyse und Effizienzkriterien in der Auslegung berücksichtigt werden können.[75] Ökonomische Aspekte sollen jedenfalls dann relevant sein, wenn ökonomische Aspekte in den Schutzgütern und dem Gesetzeszweck enthalten sind.[76] EG 1 formuliert als allgemeines Ziel der Rom II-VO das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes. Ob die Rom II-VO insgesamt auf ökonomische Effizienz abzielt, wird in der Literatur bezweifelt.[77] Allerdings soll speziell Art. 6 Rom II-VO nach EG 21 das reibungslose Funktionieren der Marktwirtschaft sicherstellen. Daraus wird gefolgert, dass Art. 6 Rom II-VO ökonomisch motiviert ist,[78] sodass ökonomische Aspekte in der Auslegung berücksichtigt werden können.[79]

1. Makroökonomisches Regelungsinteresse

Es ist das makroökonomische Interesse des Kartellrechts, wettbewerbsbeschränkendes und damit Verhalten, das die Gesamtwohlfahrt mindert, effektiv zu verhindern.[80]

Dabei ist das Regelungsinteresse eines Staates deutlich reduziert, wenn eine Auswirkung auf seinem Markt nicht spürbar ist. Grundsätzlich ist ökonomisch eine staatliche Regelung nur dann notwendig, wenn daraus ein Nettowohlfahrtsgewinn folgt.[81] Das entspricht dem aus dem *Kaldor-Hicks*-Kriterium abgeleiteten Vermögensmaximierungsprinzip.[82] So müsste für eine effiziente Gestaltung iSv *Kaldor* und *Hicks*[83] das Recht des Staates Anwendung finden, der am stärksten betroffen ist.[84] Das Regelungsinteresse ist in den Staaten, die unmittelbar und spürbar betroffen sind, höher als in Staaten, in denen lediglich mittelbare und unwesentliche Auswirkungen bestehen.

So formuliert *Koos* treffend, dass die Begrenzungskriterien „rein funktionale Kriterien zur Aussonderung von Fällen

---

62 *Dickinson*, (Fn. 36), Art. 6 III, Rn. 6.60.
63 *Bär*, in: FS Moser, 1987, S. 143, 167.
64 *Kluth*, (Fn. 8), S. 180.
65 *Tzakas*, (Fn. 34), S. 338.
66 Ebd.
67 Vgl. EG 4, 6.
68 *Fezer/Koos*, in: Staudinger 2019, Rn. 355.
69 **a.A.** *Francq/Wurmnest*, (Fn. 4), S. 91, 121; *Massing*, (Fn. 7), S. 180.
70 *Dickinson*, inEncyclopedia, 1563.
71 *Tzakas*, (Fn. 34), S. 337.
72 *Massing*, (Fn. 7), 182.
73 *Schnur*, (Fn. 25), 123.
74 Vgl. nur *Mankowski*, RIW 2008, 177, 186.
75 *Grundmann/Riesenhuber*, Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts, JuS 2001, 529, 532; **krit**. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip[4], 2015, S. 450 ff.
76 *Grundmann*, Methodenpluralismus als Aufgabe, RabelsZ 66 (1997), 423, 430 ff., 434.
77 *Rühl*, in: Leible (Hrsg.), General Principles of European Private International Law, 2016, S. 9.
78 Ebd.
79 Zurückhaltend *Rühl*, Statut und Effizienz, 2011, S. 174.
80 *Mankowski*, (Fn. 45), S. 23.
81 *Viscusi/Harrington/Vernon*, Economics of Regulation and Antitrust[4], 2005, S. 378.
82 *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts[6], 2020, S. 23.
83 Begründet nach *Kaldor*, Econ. Journ. Vol. 49 (1939), 549 ff.; *Hicks*, rev. of Econ. Stud., Vol 8 (1941), 108 ff.
84 *Michaels*, in: Basedow/Kono (Hrsg.), An Economic Analysis of Private International Law, 2006, S. 133, 166.

[sind], in denen ein Rechtsanwendungsbedürfnis nicht besteht“[85]. Danach ist aus ökonomischer Perspektive zu fragen, ob ein makroökonomisches Regelungsbedürfnis auch unterhalb der Schwelle der Begrenzungskriterien besteht.

Kartellrecht ist Marktordnungsrecht. Beachtet man wie oben festgestellt, dass kollisionsrechtlich die engste Verbindung zu den Märkten besteht, die am ehesten betroffen sind, erscheint zunächst das Kriterium der Unmittelbarkeit nicht passend: Die Unmittelbarkeit trifft keine Aussage über den tatsächlichen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit des betroffenen Marktes.[86] Auch mittelbare Auswirkungen können erhebliche Folgen für die nationalen Märkte haben und den Wettbewerb gefährden. Ähnliches gilt für die Spürbarkeitsgrenze. Die tatsächliche Betroffenheit eines Marktes hängt an der jeweiligen Wettbewerbsstruktur, den Marktzutrittsbarrieren und der Markttransparenz.[87] Dabei kann ein Markt auch unter der Grenze von 5 % Marktanteilen beeinträchtigt werden, wenn dieser stark fragmentiert ist. Wettbewerbsökonomisch kann dies dazu führen, dass auf diesen Märkten kein *level-playing field* zwischen den europäischen und nationalen Unternehmen herrscht.

Allgemein wird angeführt, dass die makroökonomische Regulierungsfunktion des Kartellrechts verfehlt wäre, wenn ein Recht zur Anwendung kommen soll, das gar keinen Regulierungsanspruch erhebt oder diesen verneint.[88] Allerdings wurde gezeigt, dass die kartellrechtlichen Sachnormen ihren Anwendungsbereich regelmäßig selbst regeln, eine solche Gefahr also nicht besteht.[89]

Schließlich soll Kartelldeliktsrecht verhaltenssteuernd wirken. Grundsätzlich sollen Haftungsregeln aus ökonomischer Perspektive Anreize schaffen, sich so zu verhalten, dass ein gesamtgesellschaftlicher Vorteil entsteht.[90] So sollen allgemein durch Haftungsregeln externe Faktoren internalisiert werden.[91] Dabei verteuert eine Sanktion eine Handlungsoption, wodurch diese weniger attraktiv erscheint und der Haftungsregel verhaltenslenkende Wirkung zukommt.[92] Das Ziel der Verhaltenssteuerung, Rechtsverstöße von vorneherein zu verhindern, kann nur erreicht werden, wenn ein funktionierendes System der Rechtsdurchsetzung existiert: Nur wer tatsächlich mit juristischen Konsequenzen rechnet, verhält sich *ex ante* gesetzestreu.[93] Bei einer Schadensersatzklage aufgrund eines Kartellrechtsverstoßes werden dabei positive Externalitäten in Bezug auf den ungestörten Wettbewerb internalisiert und dadurch Akteure von kartellrechtswidrigem Verhalten abgehalten.[94] Bei Fällen, die außerhalb der Einschränkungskriterien liegen, würde die verhaltenssteuernde Wirkung des Kartelldeliktsrecht verfehlt: Es findet aufgrund der Einschränkungskriterien keine Anwendung.

[85] *Koos*, in: FS Fezer, 2016, S. 263, 269.
[86] *Massing*, (Fn. 7), S. 185.
[87] Ebd., S. 192 f.
[88] *Mankowski*, (Fn. 45), 33.
[89] Siehe C.IV.1.a).
[90] *Faltmann*, Schadensersatz im Deliktsrecht aus Rechtsökonomischer Perspektive, ZJS 2017, 10, 12.
[91] *Cooter/Ulen*, Law and Economics[6], 2014, S. 325.
[92] Ebd.
[93] Vgl. *Weber*, in: Heiderhoff/Schulze (Hrsg.), Verbraucherrecht und Verbraucherverhalten, 2016, S. 187, 188.
[94] *Rodriguez Pineau*, J. Priv. Int’l L. Vol. 5 (2009), 311, 328 f.

2. Transaktionskosten

Es ist das ökonomische Ziel des internationalen Privatrechts, durch effizienten Ressourceneinsatz eine Maximierung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt zu erreichen.[95] Das *Coase*-Theorem beschäftigt sich mit der effizienten Allokation von Ressourcen, die sich unabhängig von der anfänglichen Verteilung mit der Zeit ergeben würde.[96] Das *Coase*-Theorem ist allerdings an die unrealistische Bedingung geknüpft, dass keine Transaktionskosten anfallen.[97] Übertragen auf das internationale Privatrecht ist damit das ökonomische Ziel, Transaktionskosten weitestgehend zu reduzieren, um eine möglichst effiziente Allokation von Ressourcen sicherzustellen.[98]

Grundsätzlich ist zu bedenken, dass im internationalen Privatrecht regelmäßig hohe Transaktionskosten anfallen.[99] Das ist dem internationalen Bezug geschuldet: Sobald ein Sachverhalt Bezüge zu mehreren Rechtsordnungen hat, müssen neben den materiellrechtlichen auch die kollisionsrechtlichen Fragen beantwortet werden. Allerdings hat das internationale Privatrecht durch eine effiziente Gestaltung das Potential, Transaktionskosten erheblich zu reduzieren.[100]

Für die Sicherstellung des Wettbewerbs im Markt ist notwendig, dass auch Unternehmen und Privatpersonen die Möglichkeit haben, Wettbewerbsverstöße einzuklagen.[101] So besteht weitgehend Einigkeit, dass die Kartellbehörden allein nicht in der Lage sind, das Kartellrecht hinreichend durchzusetzen.[102] Allerdings sehen private Akteure von der Durchsetzung ab, sollten die Kosten einer Klage zu hoch sein.[103] Durch die Einschränkungskriterien wird eine Zersplitterung in eine Vielzahl von anwendbaren Rechtsordnungen vermieden und es sind nur diejenigen Rechtsordnungen anwendbar, die mehr als unerheblich betroffen sind.[104] Das ist prozessökonomisch erstrebenswert: Dadurch ist für die Adressaten vorhersehbar, welche Rechtsordnungen Anwendung finden, sodass die tertiären Rechtsverfolgungskosten reduziert werden.[105]

Allerdings ist der Kontext von Art. 6 Rom II-VO zu beachten. Im Bereich von Streuschäden gestattet Abs. 3 lit. b dem Geschädigten aus Gründen der Prozessökonomie, am Wohnsitzgerichtsstand des Schädigers zu klagen und die Klage an die *lex fori* anzuknüpfen.[106] Damit kann der Geschädigte durch Ausübung des Wahlrechts seine Rechtsverfolgungskosten jedenfalls bei *Multistate* Delikten reduzieren.

Auch sind die Probleme der Rechtszersplitterung und der erhöhten Rechtsverfolgungskosten durch die Begrenzungskriterien keineswegs gelöst: Zunächst schließen die

[95] *Rühl*, (Fn. 78), S. 195.
[96] *Coase*, J. L. & Econ. Vol. 3 (1961) 1, 2.
[97] Ebd. 15.
[98] *Rühl*, (Fn. 78), S. 209.
[99] Ebd.
[100] Ebd.
[101] *Adolphsen*, J. Priv. Int’l L. Vol. 1 (2005), 151, 153.
[102] Ebd.
[103] Weißbuch der Kommission 2.4.2008, KOM (2008) 165 endg., 11.
[104] *Schnur*, (Fn. 25), S. 122.
[105] *Michaels*, (Fn. 83), S. 156.
[106] *Von Hein*, Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung, ZeuP 2009, 6, 29.

Begrenzungskriterien nur Rechtsordnungen aus. Eine richtige Konzentration wie bei Abs. 3 lit. b findet gerade nicht statt. Dabei ist ein generelles Problem des Mosaikprinzips, dass es die Rechtsverfolgungskosten erhöht. Das kann eine faktische Barriere für eine Geltendmachung des erlittenen Schadens bedeuten.[107]

3. Mikroökonomisches Regelungsinteresse

Wie festgestellt, soll das Kartellrecht gesamtwohlfahrtsminderndes Verhalten effektiv verhindern.[108] Daneben werden auch die Interessen der individuellen Marktteilnehmer geschützt.[109] Dabei kann ein Verhalten unterhalb der Spürbarkeitsschwelle nicht nur gesamtwohlfahrtsmindernd sein, sondern auch ein Kompensationsinteresse der Betroffenen begründen. Denn auch wenn kartellrechtliche Folgen nicht auf dem Markt spürbar sind, kann bei einzelnen Marktakteuren ein Schaden entstehen. Dabei sollte keine Marktbeeinträchtigung unbeanstandet bleiben, soweit sie nach nationalem Recht ersatzfähig wäre, sodass jeder individuelle Marktteilnehmer angemessen kompensiert wird.[110]

4. Private Enforcement

Diese Feststellung fügt sich in eine jüngere Entwicklung[111] des Kartellrechts ein: Der europäische Verordnungsgeber setzt vermehrt auf *Private Enforcement* zur Durchsetzung des europäischen Kartellrechts.[112] Ausgangspunkt dieser Entwicklung waren die Fälle *Courage*[113] und *Manfredi*[114] des EuGH, die die Möglichkeiten des *Private Enforcements* erheblich ausgeweitet haben.[115] Auch Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO soll die Rechtsdurchsetzung durch Private fördern.[116] Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung wird argumentiert, dass der europäische Verordnungsgeber von Einschränkungskriterien abgesehen hat, um immer eine Kompensation zuzugestehen, wenn der Schaden nach nationalem Recht ersatzfähig wäre.[117]

Aus ökonomischer Perspektive ist die Ausweitung von *Private Enforcement* begrüßenswert: Schadensersatzklagen können wesentlich zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbs beitragen.[118] Eines der ökonomischen Bewertungskriterien ist das Effizienzprinzip, das auf die Wohlfahrtsökonomik (*welfare economics*) zurückgeht, die sich mit der Allokation von Ressourcen und ihrer Auswirkung auf den Gesamtwohlstand beschäftigt.[119] Es ist anerkannt, dass Monopole, Oligopole und Preisabsprachen die Gesamtwohlfahrt verringern.[120] Dagegen haben ökonomische Untersuchungen gezeigt, dass private Schadensersatzklagen dem effektiv begegnen: Als Ergänzung zur behördlichen Durchsetzung erhöhen sie die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt.[121]

Außerdem hängen die Kosten der Aufdeckung von Fehlverhalten im Wesentlichen von der Informationslage der Berechtigten ab.[122] Damit ist *Private Enforcement* ökonomisch erstrebenswert, da die Wettbewerber gegenüber Behörden regelmäßig bessere Marktkenntnisse und Informationen über Kartellrechtsverstöße haben, die ohne *Private Enforcement* unentdeckt bleiben würden.[123] Daneben hat *Private Enforcement* eine höhere Abschreckungswirkung.[124] Schließlich besteht der ökonomische Vorteil, dass gegenüber dem behördlichen Kartellrecht eine direkte Kompensation beim Geschädigten erfolgt.[125] Überträgt man diese Argumente auf den vorliegenden Streit, ist es wettbewerbsökonomisch sinnvoll, die Anwendung der nationalen Rechte, die ggf. eine Kompensation zugestehen, nicht an einer qualifizierten Marktauswirkung scheitern zu lassen, um die positiven Effekte des *Private Enforcement* nicht einzuschränken.

VI. Internationaler Seitenblick

1. Unmittelbarkeit

Es existieren im internationalen Vergleich Rechtsordnungen, in denen ausdrücklich oder implizit Einschränkungskriterien in den Kartellkollisionsnormen kodifiziert sind. So umfasst der Wortlaut von Art. 137 Abs. 1 IPRG der Schweiz nur „unmittelbare“ Wettbewerbsbehinderungen. Auch die USA schließen mittelbare Verstöße aus.[126] Allerdings besteht dahingehend kein internationaler Konsens: So können in Deutschland auch mittelbare Auswirkungen auf den Markt dem GWB unterfallen.[127]

2. Spürbarkeit

a) Materielles Recht

Im materiellen Recht finden sich in zahlreichen Rechtsordnungen Spürbarkeitsschwellen: Zunächst existieren ausdrückliche Festschreibungen in den Wettbewerbsgesetzen der USA, Italiens und der Niederlande.[128] Ungeschriebene Spürbarkeitsschwellen werden in Deutschland, Großbritannien und Frankreich angewendet. In Schweden und im europäischen Kartellrecht sind Spürbarkeitsgrenzen in Verwaltungsvorschriften statuiert.[129] Dies unterstützt zunächst die These, dass es international eher als Frage des Sachrechts verstanden wird, ab welchem Grad der Beeinträchtigung ein Kartellrechtsverstoß vorliegt. Einige argumentieren,

---

[107] *Koeckritz/Holzmueller*, G.C.L.R., Vol. 3 (2010), 91, 95.
[108] *Mankowski*, (Fn. 45), S. 23.
[109] *Adolphsen*, J. Priv. Int'l L. Vol. 1 (2005), 151, 172.
[110] *Tzakas*, (Fn. 34), S. 563.
[111] *Mankowski*, Ausgewählte Einzelfragen zur Rom II-VO, IPrax 2010, 389, 395.
[112] *Becker/Kammin*, die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen, EuZW 2011, 503, 506.
[113] EuGH, Urt. v. 20.9.2001, Rs. C- 435/99, Courage/Crehan.
[114] EuGH, Urt. v. 13.7.2006, verb. Rs. C-295/04-C-298/04, Manfredi/Lloyd.
[115] *Wenzel Bulst*, zum Manfredi Urteil des EuGH, ZeuP 2008, 178, 183.
[116] *Francq/Wurmnest*, (Fn. 4), S. 91, 92 mwN.
[117] *Tzakas*, (Fn. 34), S. 563.
[118] *Immenga*, (Fn. 45), S. 725, 726.
[119] *Rühl*, (Fn. 78), S. 139 ff.
[120] *Posner*, Economic Analysis of Law[9], 2014, S. 363 ff.
[121] *McAfee /Mialon/Mialon*, Journal of Public Economics, Vol. 92, 1863 ff, Corollary 3.
[122] *Peolzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 371.
[123] Ebd.; *Segal/Whinston*, Public vs. Private Enforcement of Antitrist Law: A Survey, Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 355, 2006, S. 4 ff.
[124] *Schwalbe/Höft*, in: FS Möschel, S. 697, 621; Weißbuch der Kommission 2.4.2008, KOM (2008) 165 endg., 3.
[125] *Rubinfeld*, in Hawk (Hrsg.), Annual Proceedings of the Fordham Competition Law Institute, 2009, S. 457, 467.
[126] „direct (…) effect“, Foreign Trade Antitrust Improvement Act of 1982 (FTAIA), 15 U.S.C § 6(a).
[127] *Rehbinder/von Kalben*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewersrecht[6], 2020, Rn. 158.
[128] *Fabig*, (Fn. 18), 112 f.
[129] *Woll*, Die Konvergenz der Kartellgesetze in Europa, 2002, S. 151 f.

dass dieser internationale Konsens ein Argument für eine Spürbarkeitsschwelle auf Kollisionsebene sei, was allerdings das Verhältnis von Sach- und Kollisionsrecht verkennt.[130]

b) Kollisionsrecht

Zwar existieren auch im Kollisionsrecht anderer Länder Regelungen, die eine Erheblichkeitsschwelle für die Anwendung des nationalen Rechts anordnen. So fordert das US-Kartellrecht einen „direct, substantial, and reasonably foreseeable effect“[131] auf den US-Markt, um angewendet zu werden und auch in Deutschland muss die Inlandsauswirkung spürbar[132] sein.[133] Ähnliche Einschränkungskriterien kennen auch die britischen Kartellrechtsnormen.[134]

c) Einseitige und allseitige Kollisionsnormen

Befürworter der Einschränkungskriterien führen diese kartellrechtlichen Kollisionsnormen ins Feld, um auch Einschränkungskriterien bei Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO zu begründen. Die Übertragbarkeit der Wertungen dieser Vorschriften ist allerdings fraglich.[135] Die nationalen Vorschriften regeln als einseitige Kollisionsnormen ihren eigenen Anwendungsbereich. Damit besteht ein völkerrechtliches Einschränkungsinteresse, um die extraterritoriale Anwendung des eigenen Rechts zu beschränken.[136] Allerdings ist das Problem der Extraterritorialität schon grundsätzlich im Bereich des Privatrechts – gegenüber dem öffentlichen Recht – deutlich abgeschwächt.[137] Schließlich ist Art. 6 Abs. 3 Rom II-VO – gegenüber den nationalen Regelungen – als allseitige Kollisionsnorm ausgestaltet und wählt damit aus allen Rechtsordnungen diejenigen aus, die zur Anwendung berufen werden sollen. Damit besteht bei einer allseitigen Kollisionsnorm kein vergleichbares Einschränkungsinteresse.[138]

D. Ergebnis

Insgesamt überzeugt es, Einschränkungskriterien als sachrechtliche Fragestellungen zu behandeln. Der Wortlaut, die Historie und die Systematik streiten gegen ein qualifiziertes Auswirkungsprinzip. Teleologisch wiegt der Unterschied zwischen Sach- und Kollisionsnormen besonders schwer. Die verbleibenden Nachteile wie die Verkomplizierung der Rechtsanwendung sowie die höheren Rechtsverfolgungskosten sind vor dem ökonomischen Hintergrund des mikro- und des makroökonomischen Kompensationsinteresses und eines effektiven *Private Enforcement* hinzunehmen. Die Ansicht, dass bestimmte Einschränkungen dem Auswirkungsprinzip bereits innewohnen, kann nicht überzeugen: Völkerrechtlich sind Einschränkungen bei allseitigen Kollisionsnormen gerade nicht gefordert.

Damit sind die Einschränkungskriterien der Spürbarkeit, Vorhersehbarkeit und Wesentlichkeit im Rahmen des Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO nach der hier vertretenen Ansicht nicht anzuwenden, aber die Unsicherheit bleibt: Eine höchstrichterliche Auseinandersetzung mit der Frage nach einem qualifizierten Auswirkungsprinzip fehlt bisher. Es bleibt abzuwarten, wie sich der EuGH in der Diskussion um die Einschränkungskriterien positioniert.

---

[130] Siehe bereits C.IV.1.a).
[131] FTAIA 1982, 15 U.S.C § 6(a).
[132] Vgl. nur BGH, Beschl. v. 25.9.2007, Rs. KVR 19/07, Organische Pigmente, Rn. 20.
[133] *Ackermann*, in: FS Slot, 2009, S. 109, 114.
[134] Ebd.
[135] *Massing*, (Fn. 7), S. 181.
[136] Ebd.
[137] *Mankowski*, RIW 2009, 177, 187.
[138] *Schnur*, (Fn. 25), S. 122.

Maximilian Schlereth, Moritz Lamm*

Eine chronologische Darstellung der Haftung in der GmbH und ihren Vorgesellschaften

Das Gesellschaftsrecht ist eines der Randgebiete der juristischen Grundausbildung. Als solches ist es jedoch mitnichten – insbesondere in der Examensvorbereitung – zu vernachlässigen. Dies gilt gerade auch für Haftungsfragen in Kombination mit der GmbH und ihren Gesellschaftern. Dieser Beitrag beleuchtet daher chronologisch vom Vorgründungsstadium (**A.**) über das Gründungsstadium (**B.**) bis zur Eintragung ins Handelsregister (**C.**) die prüfungsrelevantesten gesellschaftsrechtlichen Normen und Grundsätze des Haftungsregimes der GmbH. Hierbei wird nicht nur die Haftung aufgrund von Verbindlichkeiten gegenüber Dritten, sondern auch im Zusammenhang mit der Kapitalaufbringung und -erhaltung thematisiert.

Stichwörter: Vorgründungsgesellschaft, Gründungsgesellschaft, Vor-GmbH, GmbH, Gesellschafterhaftung, Geschäftsführerhaftung

A. Vorgründungsstadium

Die GmbH findet ihren Ursprung im Vorgründungsstadium. Dieses beginnt mit der formfreien Einigung der Gründer (sodann Gesellschafter) darüber, eine GmbH gründen zu wollen.[1] Es endet mit der notariellen Beurkundung des fertigen Gesellschaftsvertrages (§§ 2 f. GmbHG).

Durch die formfreie Einigung, eine GmbH zu gründen, entsteht eine (nicht rechtsfähige) Innen-GbR mit dem Verbandszweck der Gründung einer GmbH. Wird für diese jedoch bereits einvernehmlich im Rechtsverkehr kontrahiert, entsteht eine rechtsfähige Außen-GbR;[2] respektive, insofern ein Handelsgewerbe betrieben wird, eine OHG (§§ 105 I i.V.m. 1 II, 123 II HGB).[3] Die Vorgründungsgesellschaft wird in der Regel gem. § 726 BGB durch Zweckerreichung mit Abschluss des notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrages beendet.

Die Haftung der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter in diesem Stadium unterscheidet sich ergo nicht von den allgemeinen personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen betreffend die GbR bzw. OHG, auf die an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden kann.[4]

B. Gründungsstadium

Durch die notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages (§ 2 GmbHG) wächst die Gesellschaft in das Gründungsstadium hinein, welches bis zur Handelsregistereintragung (§§ 7, 8 GmbHG) andauert.[5]

I. Gesellschaft

Die so entstandene Vorgesellschaft (Vor-GmbH) ist ein Rechtsträger eigener Art.[6] Diese rechtsfähige Gesamthandsgesellschaft ist mit der später entstehenden GmbH rechtlich identisch, was bedeutet, dass etwaige Verbindlichkeiten aus dem Gründungsstadium voll auf die später entstandene GmbH übergehen, ohne dass es einer besonderen Eintritts- oder Genehmigungserklärung bedarf.[7]

Die Vor-GmbH kann entsprechend § 35 GmbHG durch ihre Geschäftsführer per Stellvertretung (§ 164 I, III BGB) verpflichtet werden, wobei die Vertretungsmacht darauf begrenzt ist, die Entstehung der GmbH zu fördern und das bis dahin eingebrachte Vermögen zu verwalten und zu erhalten.[8] Anzumerken ist, dass im Falle des Einbringens eines Unternehmens als Sacheinlage der Zweck der Vorgesellschaft auch dessen Fortführung umfasst.[9]

Diese beschränkte Vertretungsmacht kann durch formloses Einvernehmen aller Gesellschafter jederzeit erweitert werden.[10] Dies hat zur Folge, dass sodann auch bei nicht gründungsnotwendigen Geschäften die Gesellschaft selbst verpflichtet werden kann.

Daneben haftet auch die Vor-GmbH, wie die Personengesellschaften im Vorgründungsstadium, durch Zurechnung analog § 31 BGB für deliktische Handlungen der Geschäftsführer oder sonstiger Organmitglieder, soweit diese im Zusammenhang mit der Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen entstanden sind.[11]

---

* Der Autor Schlereth ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Medizinrecht sowie Privatversicherungsrecht und Tutor für Bürgerliches Recht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Mannheim.
Der Autor Lamm ist studentischer Mitarbeiter der Kanzlei Rowedder Zimmermann Hass Rechtsanwälte PartmbB in Mannheim und Tutor für Bürgerliches Recht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Mannheim.

1 *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 32 Rn. 2 f.; *Koch* Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 33 Rn. 27.

2 BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056.

3 BGH DStR 2004, 1094, 1095 = JuS 2004, 727, 728 f. (m. Anm. *K. Schmidt*); siehe hierzu allgemein *J. Schmidt* ZJS 2019, 110.

4 Siehe zur akzessorischen Gesellschafterhaftung im Überblick *Denke* ZJS 2021, 248 ff.; vgl. zur Haftung in der GbR *Garz/Flaßhoff* ZJS 2021, 282, 285 f.; *Bitter/Heim* Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 5 Rn. 39 ff.; zum Überblick über die Änderungen durch das MoPeG ab dem 01.01.2024 *Mohamed* JuS 2021, 820, 825; vgl. zur Haftung in der OHG *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 6 Rn. 1 ff. u. § 9 Rn. 23, 30.

5 *Wicke* GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 3.

6 Reichert/*Ihrig* GmbH & Co KG, 8. Aufl. 2021, § 12 Rn. 16; *Koch* Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 33 Rn. 36.

7 BGHZ 80, 129 = NJW 1981, 1373; BGHZ 80, 182, 184 = NJW 1981, 1452; *Grunewald* Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 39, 50.

8 BGHZ 80, 129, 139 = NJW 1981, 1373, 1375; *Steiner* BWNotZ 1999, 10, 12.

9 BGHZ 80, 129, 139 = NJW 1981, 1373, 1375; *Grunewald* Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 41.

10 BGHZ 80, 129, 139 = NJW 1981, 1373, 1375; vgl. BeckOK GmbHG/*Jaeger C.,* 54. Ed. 1.11.2022, § 11 Rn. 14 f.

11 OLG Stuttgart NJW-RR 1989, 637, 638 = BeckRS 1988, 3571; zum Ganzen *Piper* JuS 2011, 490.

II. Gesellschafter

Neben die selbstständige Haftung der Vor-GmbH tritt die Haftung ihrer Gesellschafter. Hierbei ist zwischen Innenhaftung, also der Haftung der Gesellschafter gegenüber der Vor-GmbH, und Außenhaftung, der unmittelbaren Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Vor-GmbH, zu differenzieren.

Hinweis: Bei der (Re-)Aktivierung eines GmbH-Mantels, der durch Mantel- oder Vorratsgründung entstanden ist, (wirtschaftliche Neugründung) sind die folgenden Haftungsgrundsätze der Innenhaftung analog anzuwenden.[12] Dies gilt selbstverständlich nicht für die Verlustdeckungshaftung, da der GmbH-Mantel bereits eine fertige juristische Person darstellt.

1. Innenhaftung

Die Haftung der Gesellschafter im Verhältnis zur Vor-GmbH ergibt sich sowohl aus dem GmbHG als auch aus gefestigter Rechtsprechung. Aus didaktischen Gründen werden hier auch Ansprüche dargestellt, die erst zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung, also dem Ende der Gründungsphase, entstehen, jedoch in aller Regel im Gründungsstadium begründet werden.

a) Einlagepflicht

Nach §§ 19 I, 14 S. 1 GmbHG haben die Gesellschafter auf ihre Geschäftsanteile die Einlagen zu leisten. Diese ergeben sich gemäß § 3 I Nr. 4 GmbHG aus dem Gesellschaftsvertrag und sind nach § 8 I Nr. 1 GmbHG Teil des Inhaltes der Handelsregisteranmeldung.

§ 7 II GmbHG normiert, dass zum Zeitpunkt der Anmeldung auf jeden Geschäftsanteil mindestens ¼ des Nennbetrages und insgesamt mindestens ½ des Mindeststammkapitals (12.500 €, vgl. § 5 I GmbHG) eingezahlt sein muss. Sacheinlagen sind grundsätzlich so zu bewirken, dass sie endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen, § 7 III GmbHG.

b) Verlustdeckungshaftung

Nach einvernehmlichem[13] Geschäftsbeginn gilt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft bis zur Handelsregistereintragung eine andauernde Verlustdeckungshaftung, die in der Regel eine Innenhaftung der Gesellschafter gegenüber der Vor-GmbH darstellt (zu Ausnahmen siehe **B. II. 2.**).[14]

Diese unbeschränkte Haftung im Verhältnis der Beteiligungsverhältnisse (pro rata) erstreckt sich auf die Verluste der Vor-GmbH.[15] Kommt es zu keiner Eintragung, sind also nur die bisherigen Verluste auszugleichen.[16]

Beispiel 1: A und B schließen sich zum Zweck des Lebensmittelhandels gesellschaftsvertraglich zusammen. Hierbei übernimmt A einen Anteil von 40 % an der Gesellschaft, B trägt die verbleibenden 60 %. Nach notarieller Beurkundung des GmbH-Gesellschaftsvertrags, aber noch vor Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, wird die Vor-GmbH zahlungsunfähig. Offenstehende Rechnungen i.H.v. 20.000 € kann die insolvente Gesellschaft aus ihrem Kapital nicht mehr decken. Nach dem Grundsatz der Verlustdeckung haftet A über 8.000 € und B über 12.000 € gegenüber der Gesellschaft. Dieser Anspruch wird in praxi von dem Insolvenzverwalter geltend gemacht.[17]

c) Überbewertung von Sacheinlagen

Im Falle einer im Gesellschaftsvertrag nach § 5 IV GmbHG vereinbarten Sacheinlage sind bei Handelsregisteranmeldung gemäß § 8 I Nr. 5 GmbHG Unterlagen einzureichen, die belegen, dass der Wert der Sache den Nennbetrag der übernommenen Geschäftsanteile deckt.

Wenn im Zeitpunkt der Anmeldung der Wert nicht den Nennbetrag erreicht, haftet der einlegende Gesellschafter gemäß § 9 I 1 GmbHG in Höhe der Differenz.

Umstritten ist, zu welchem Zeitpunkt der Anspruch auf die Differenzhaftung entsteht.[18] Da sich bis zum Zeitpunkt der Anmeldung der objektive Wert der Sache volatil verhalten kann, ist im Interesse des Gläubigerschutzes nicht bereits auf den Zeitpunkt der Einbringung, also der Überlassung der Sache an die Gesellschaft, abzustellen. Richtigerweise entsteht der Anspruch daher erst zum Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister, da erst zu diesem Stichtag die Feststellung eines möglichen Fehlbetrages erfolgen kann.[19]

d) Fehlverhalten im Zusammenhang mit der Gründung

Nach § 9a I GmbHG haften Gesellschafter für relevante Angaben im Zusammenhang mit dem gesamten Gründungsvorgang, die objektiv unrichtig oder unvollständig sind.[20] Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bewertung der Angaben ist das Inverkehrbringen der Erklärungen.[21] Zusätzliche Voraussetzung ist die nach § 9a III GmbHG vermutete Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der die Ersatzpflicht begründenden Tatsachen. Was der maßgebliche Zeitpunkt hierfür ist, ist stark umstritten; konsequenterweise ist im Gleichlauf mit § 9 I 1 GmbHG auf den Zeitpunkt der Anmeldung zum Handelsregister abzustellen.[22]

---

[12] MünchKomm-GmbHG/*Wicke*, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 39 f.; *Winnen* RNotZ 2013, 389, 400 ff.; siehe zur Unterbilanzhaftung bei unterbliebener Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung BGHZ 192, 341 = NZG 2012, 539; *Wicke* MittBayNot 2014, 13, 21.

[13] War der Geschäftsbeginn nicht einvernehmlich, konnte die Vor-GmbH nicht wirksam verpflichtet werden. Eine Verlustdeckungs- oder Unterbilanzhaftung würde daher mangels Gesellschaftsverbindlichkeit nicht greifen, vgl. nur unter **B. I.**; *Koch* Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 33 Rn. 37 f.

[14] BGHZ 149, 273, 275 = NJW 2002, 824; BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

[15] BGHZ 149, 273, 275 = NJW 2002, 824.

[16] *Ulmer* ZIP 1996, 733, 738; *Legron* RNotZ 2003, 214, 216 f.

[17] Vgl. nur BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

[18] Vgl. *Altmeppen* GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 9 Rn. 13.

[19] Henssler/Strohn/*Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 9 GmbHG Rn. 10; Scholz/*Veil* GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 9 Rn. 22; *Altmeppen* GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 9 Rn. 14.

[20] MünchKomm-GmbHG/*Herrler*, 4. Aufl. 2022, § 9a Rn. 38; *Wicke* GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 9a Rn. 4 f.

[21] OLG Brandenburg BeckRS 2017, 140653 Rn. 51 f.; OLG Bremen GmbHR 1998, 40 f.

[22] Hierbei kommt es entscheidend darauf an, ob man eine Berichtigungspflicht der eintragenden Gesellschafter annimmt; vgl. zum Ganzen

Hinweis: § 9a I GmbHG gilt analog bei der (Re-)Aktivierung einer Mantel-/Vorratsgesellschaft, wobei es auf den Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung gegenüber dem Registergericht ankommt.[23]

Gemäß § 9a II GmbHG haften alle Gesellschafter als Gesamtschuldner, wenn der Gesellschaft vorsätzlich oder grob fahrlässig durch Einlagen oder Gründungsaufwand ein Schaden zugefügt wurde. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine objektiv werthaltige Sacheinlage eingebracht wurde, diese jedoch für die Gesellschaft unbrauchbar ist und nicht ohne weiteres veräußert werden kann.[24] § 9a II GmbHG ist gegenüber Abs. 1 subsidiär.[25]

e) Unterbilanzhaftung

Die Verlustdeckungshaftung wird zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung durch die Unterbilanzhaftung (auch: Differenz- oder Vorbelastungshaftung) abgelöst.[26] Nach dieser Haftungsregel müssen die Gesellschafter unbeschränkt für eine etwaige Differenz zwischen dem statuarischen Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens entsprechend ihrer Beteiligungsquote (pro rata) einstehen.[27]

Vergleichend haften die Gesellschafter also nicht nur auf die Verluste, wie bei der Verlustdeckungshaftung, sondern darüber hinaus bis zur Grenze des geschuldeten Stammkapitals (Kapitalaufbringung).

Beispiel 2:[28] A ist Alleingesellschafter der X-GmbH, die vor einiger Zeit ein Bauunternehmen betrieben hat. Das ursprünglich voll eingezahlte Stammkapital in Höhe von 50.000 € wurde mittlerweile vollständig aufgebraucht. A veranlasst daraufhin die Einstellung des Geschäftsbetriebs. Nach einiger Zeit melden sich B und C, die am Erwerb der Geschäftsanteile der X-GmbH Interesse zeigen. Sie benötigen für die Gründung eines Metallbauunternehmens schnell einen Rechtsträger. A übertragt daraufhin gegen Zahlung eines Kaufpreises seine Geschäftsanteile gleichmäßig auf B und C. Diese verlegen sodann den Unternehmenssitz und ändern die Firma ab. Der Vorgang soll dem Registergericht offengelegt werden. B und C fragen sich, wieviel Kapital sie der Gesellschaft nun zur Verfügung stellen müssen. Da die Gesellschaft vorliegend vor der Übernahme durch B und C kein Unternehmen mehr betrieben hat und die neue Tätigkeit auch keinen Bezug zu ihrem früheren Geschäftsbetrieb aufweist, handelt es sich hierbei um eine wirtschaftliche Neugründung (sog. Mantelgründung). Rechtsfolge der wirtschaftlichen Neugründung ist die entsprechende Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften des GmbHG. Hierzu zählt auch die der Kapitalaufbringung dienende Unterbilanzhaftung. Maßgeblicher Stichtag hierfür ist die – mit der Versicherung nach § 8 II GmbHG zu verbindende – Offenlegung gegenüber dem Handelsregister. Auf A und B entfallen daher jeweils Zahlungsverpflichtungen i.H.v. 25.000 €. Hiervon sind für die Eintragung entsprechend § 7 II 1 GmbHG 12.500 € (¼ des Nennbetrages) jeweils von B und C zum Zeitpunkt der Offenlegung zur freien Verfügung der Geschäftsführung zu stellen.

f) Aufbringung von Fehlbeträgen

Die bisher dargestellten Haftungsprinzipien haben das gemeinsame Ziel der Sicherstellung der Kapitalaufbringung. § 24 GmbHG installiert diesbezüglich eine Gesamtverantwortung aller Gesellschafter für die Aufbringung des Stammkapitals.[29]

Für den Fall, dass ein Gesellschafter seine fällige Stammeinlage nicht erbringt und diese auch nicht auf andere Weise (§§ 21 ff. GmbHG) aufgebracht werden kann,[30] statuiert § 24 S. 1 GmbHG eine Ausfallhaftung aller weiteren Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung (pro rata). Ist jedoch einer dieser Gesellschafter ebenso nicht in der Lage, die anteilige Haftungssumme zu erbringen, regelt § 24 S. 2 GmbHG eine weitere Umlegung der Zahlungsverpflichtung pro rata auf die übrigen Gesellschafter.

Im Ergebnis kann dies bedeuten, dass ein einzelner solventer Gesellschafter – ungeachtet der prozentualen Beteiligung an der Gesellschaft – alleine für die gesamte Stammeinlage haften muss.[31]

§ 24 GmbHG gilt durch seine Konzeption als Nothaken der Kapitalaufbringung auch für die Differenzhaftung aus § 9 I 1 GmbHG sowie für die Unterbilanzhaftung.[32] Zudem ist er bei der Verlustdeckungshaftung analog anzuwenden;[33] so wird selbst bei Aufgabe der Eintragungsabsicht ein angemessener Gläubigerschutz für Altverbindlichkeiten gewährleistet.

2. Außenhaftung

Neben die Innenhaftung tritt bis zur Handelsregistereintragung in Ausnahmefällen eine unmittelbare Außenhaftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Vor-GmbH.

Diese anerkannte anteilige Durchgriffshaftung (pro rata) greift, wenn an der Vor-GmbH nur ein Gesellschafter beteilig ist (Einmann-Gründung);[34] nur ein Gläubiger vorhanden ist; sowie wenn die Vor-GmbH vermögenslos[35]

BeckOK GmbHG/*Ziemons*, 54. Ed. 1.11.2022, § 9a Rn. 38; dementgegen argumentiert bspw. MünchKomm-GmbHG/*Herrler*, 4. Aufl. 2022, § 9a Rn. 72 für den späteren Zeitpunkt der Eintragung.

23 BGH NZG 2011, 1066 = GmbHR 2011, 1032 (m. Anm. *Bayer*); OLG Thüringen GmbHR 2004, 1468, 1470.

24 Vgl. MünchKomm-GmbHG/*Herrler*, 4. Aufl. 2022, § 9a Rn. 88.

25 KG BeckRS 2011, 14597; BeckOK GmbHG/*Ziemons*, 54. Ed. 1.3.2022, § 9a Rn. 50.

26 BGHZ 134, 333 = NJW 1997, 1507.

27 *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 5; *Grunewald* Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 47; zu einem Rechenbeispiel *Bitter/Heim* Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 4 Rn. 43.

28 Angelehnt an BGHZ 155, 318 = DNotZ 2003, 951.

29 Rowedder/Pentz/*Pentz*/*Maul* GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 24 Rn. 1.

30 Vgl. *Wicke* GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 24 Rn. 2.

31 OLG Hamm GmbHR 2011, 588, 590; MünchKomm-GmbHG/*Schütz*, 4. Aufl. 2022, § 24 Rn. 2.

32 Noack/Servatius/Haas/*Kersting* GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 24 Rn. 2; *Altmeppen* GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 24 Rn. 2.

33 Reichert/*Ihrig* GmbH & Co KG, 8. Aufl. 2021, § 12 Rn. 20; *Peifer*, JuS 2008, 490 (492); *Legron* RNotZ 2003, 219.

34 BGH NZG 2001, 561 = NJW 2001, 2092.

35 BGH NZG 1998, 103 = NJW 1998, 628; BSG NZG 2000, 590 = DStR 2000, 741; BFH NJW 1998, 2926 = DStR 1998, 1129.

oder führungslos ist.[36]

Jene ausnahmsweise Außenhaftung findet ihre Begründung darin, dass in den dargestellten Konstellationen entweder eine Gläubigergleichbehandlung ohnehin nicht garantiert werden kann, sich mangels anderer Gläubiger erübrigt hat oder der Umweg über die Inanspruchnahme der Vor-GmbH nicht mehr zumutbar ist.[37]

Neben dieser Haftung im Verhältnis der Beteiligungsverhältnisse ist eine Außenhaftung nach den für Personengesellschaften (GbR & OHG) geltenden Vorschriften, also im Wege einer Gesamtschuldnerschaft betreffend den gesamten Anspruch, anerkannt, wenn es den Gesellschaftern an einer ernsthaften Eintragungsabsicht fehlt[38] oder diese trotz Fortsetzung der Geschäfte davor aufgegeben[39] wurde.

Diese noch strengere Außenhaftung in der sog. unechten Vorgesellschaft[40] begründet sich dadurch, dass tatsächlich keine Vor-GmbH, sondern eine GbR oder (je nach Betrieb eines Handelsgewerbes i.S.d. § 1 II HGB) eine OHG vorliegt.[41] Diesen gesellschaftsrechtlichen Rechtsformzwang können die Gesellschafter einer vermeintlichen GmbH in Gründung (Vor-GmbH) nicht umgehen.

III. Geschäftsführer

Neben der Haftung der Gesellschafter kommt in den folgenden Fällen eine gesonderte Haftung der Geschäftsführer in Betracht:

1. Innenhaftung

Die Haftung aus § 9a I GmbHG gilt nach seinem Wortlaut auch für die Geschäftsführer. Insoweit kann auf das unter **B. II. 1. d)** Gesagte verwiesen werden. Hinzuweisen ist darauf, dass der Anspruch erst zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung entsteht und somit faktisch erst von der fertigen GmbH geltend gemacht werden kann.

2. Außenhaftung

Von der Haftung der Gesellschafter der Vor-GmbH ist die sog. Handelndenhaftung[42] nach § 11 II GmbHG zu differenzieren. Danach haftet derjenige unmittelbar im Außenverhältnis, der vor Handelsregistereintragung im Namen der Gesellschaft Verbindlichkeiten begründet hat. Haben mehrere gehandelt, haften diese als Gesamtschuldner.

Handelnder ist der Geschäftsführer, oder wer als Geschäftsführer auftritt.[43] Damit richtet sich die Haftung nach § 11 II GmbHG auf denjenigen, der dem Gläubiger naturgemäß am nächsten kommt, also am ehesten greifbar ist.

Handelt der Geschäftsführer – unabhängig, ob er von den Gesellschaftern ermächtigt worden ist (vgl. oben unter **B. I.**) – haftet er nach § 11 II GmbHG.[44] Explizit sind jedoch bei einem einvernehmlichen Geschäftsbeginn nicht diejenigen Gesellschafter Handelnde i.S.d. § 11 II GmbHG, die lediglich mit der Geschäftsaufnahme einverstanden waren oder den Geschäftsbeginn in sonstiger Weise gefördert haben.[45]

Liegen die Voraussetzungen vor, haftet der Geschäftsführer gegenüber dem Gläubiger unbeschränkt persönlich (unmittelbare Außenhaftung).[46]

Beispiel 3: A, B und C sind Gesellschafter einer Vor-GmbH. C führt in Absprache mit A die Geschäfte der Gesellschaft. Als C im Namen der Vor-GmbH mit X einen Vertrag schließen möchte, fragt sich X, gegen wen er künftige Ansprüche geltend machen kann. Schließt C den Vertrag ab, so ist er Handelnder (nicht jedoch A und B). Damit tritt er als Haftungssubjekt gem. § 11 II GmbHG neben die Vor-GmbH.

Hinweis: § 11 II GmbHG gilt analog bei der (Re-)Aktivierung einer Mantel-/Vorratsgesellschaft für bis zur Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung entstandene Verbindlichkeiten – jedoch nach Rechtsprechung des BGH nur, wenn die Gesellschafter der Geschäftsaufnahme nicht zugestimmt haben.[47]

C. Zeitpunkt nach Eintragung

Mit dem letzten Schritt der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister (§ 11 I GmbHG) wird aus der Vorgesellschaft die fertige GmbH.

I. Gesellschaft

Die Handelsregistereintragung stellt insofern eine Zäsur dar, da ab diesem Zeitpunkt die GmbH als juristische Person entstanden ist und grundsätzlich den Gläubigern als einziger Schuldner mit ihrem gesamten Gesellschaftsvermögen zur Verfügung steht (§ 13 I, II GmbHG).

Die bereits unter **B. I.** erwähnte Organhaftung für deliktische Handlungen der Geschäftsführer und verfassungsmäßig berufene Vertreter durch Zurechnung analog § 31 BGB gilt

---

[36] BGHZ 134, 333, 341 = NJW 1997, 1507, 1509; BAG NZA 2000, 956, 958 = NJW 2000, 2915, 2917.

[37] Vgl. zum Ganzen MünchKomm-GmbHG/*Merkt*, 4. Aufl. 2022, § 11 Rn. 86; *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 6.

[38] Vgl. BGHZ 143, 314, 319 = NJW 2000, 1193, 1194; Noack/Servatius/Haas/*Servatius* GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 32 f.

[39] BGHZ 152, 290, 294 = NJW 2003, 429, 430; BSG NZG 2000, 590, 592 = DStR 2000, 741; BFH NJW 1998, 2926 = DStR 1998, 1129; BGHZ 22, 440 = NJW 1957, 218.

[40] Vgl. zu dem Begriff nur BGHZ 152, 290, 294 f. = NJW 2003, 429, 430; MünchKomm-GmbHG/*Merkt*, 4. Aufl. 2022, § 11 Rn. 87.

[41] Vgl. nur *Bitter/Heim* Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 4 Rn. 58; BGH NJW 2008, 2441, 2442 = JuS 2008, 941, 942 (m. Anm. *K. Schmidt*).

[42] Zum Ganzen *Schwab* NZG 2012, 481 ff.

[43] BGHZ 66, 359, 360 f. = NJW 1976, 1685; BGHZ 53, 206, 208 f. = NJW 1970, 1043, 1044; MünchKomm-GmbHG/*Merkt*, 4. Aufl. 2022, § 11 Rn. 145 ff.

[44] BGHZ 53, 210, 216 = NJW 1970, 806, 808; BeckOK GmbHG/*Jaeger C.,* 54. Ed. 1.11.2022, § 11 Rn.63 f.; ob dies in Anbetracht einer möglichen Haftung nach §§ 177 ff. BGB (falsus procurator) nicht auf Fälle des einvernehmlichen Geschäftsbeginns zu beschränken ist, bleibt fraglich, siehe dazu *Beuthien* GmbHR 2013, 1, 8.

[45] KG NJW-RR 1994, 494 = BeckRS 1993, 592.

[46] Vgl. Habersack/Caspar/Löbbe/*Ulmer/Habersack* GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 11 Rn. 141.

[47] BGH NZG 2011, 1066 = GmbHR 2011, 1032 (m. Anm. *Bayer*); *Grunewald* Gesellschaftsrecht, 11. Aufl. 2020, § 12 Rn. 5; zurecht kritisch bzgl. der Reduzierung auf eine reine Falsus-procurator-Haftung *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 33 Rn. 7.

auch für die GmbH.[48]

Bestanden zum Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister noch Ansprüche gegen die Vor-GmbH, muss die konsekutiv entstandene GmbH auch für diese einstehen, da alle Aktiva und Passiva der Vorgesellschaft nahtlos übergehen.[49] Ob der Übergang durch Gesamtrechtsnachfolge, Formwechsel oder schlicht aufgrund einer Identität der Gesellschaften erfolgt, ist umstritten, im Ergebnis jedoch ohne Bedeutung.[50]

II. Gesellschafter

Entsprechend der Konzeption der GmbH als juristische Person und Kapitalgesellschaft kommt nach ihrer Entstehung grundsätzlich nur noch eine Innenhaftung der Gesellschafter in Betracht (§ 13 II GmbHG), die jedoch unter bestimmten Voraussetzungen durchbrochen werden kann – die Haftungstatbestände im Innen- und Außenverhältnis werden im Folgenden dargestellt.

Anzumerken ist, dass diese Haftungsgrundlagen auch immer mit Blick auf die unter **B. II. 1.** dargestellten Ansprüche gelesen werden sollten, die teilweise erst zum Zeitpunkt der Handelsregistereintragung entstehen, da diese denklogisch erst von der sodann entstandenen GmbH geltend gemacht werden können.

1. Innenhaftung

Zuerst wird die Haftung der Gesellschafter im Verhältnis zur GmbH besprochen. Diese findet ihren Ursprung sowohl innerhalb als auch außerhalb des GmbHG.

Hinweis: Bei der (Re-)Aktivierung eines GmbH-Mantels, der durch Mantel- oder Vorratsgründung entstanden ist, (wirtschaftliche Neugründung) sind die folgenden Haftungsgrundsätze der Innenhaftung ebenso (analog) anzuwenden.[51]

a) Verdeckte Sacheinlagen

Wie bereits die Notwendigkeit eines Sachgründungsberichts nach § 5 IV 2 GmbHG zeigt, ist die Unterscheidung zwischen Sach- und Geldeinlage von erheblicher Bedeutung. Um einer Umgehung der Vorschriften zur Sacheinlage vorzubeugen, regelt § 19 IV 1 GmbHG den Umgang mit verdeckten Sacheinlagen.

Dieser Umgehungsschutz greift, wenn eine geschuldete Geldeinlage eines Gesellschafters bei wirtschaftlicher Betrachtung aber vollständig oder teilweise als Sacheinlage zu qualifizieren ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn die Gesellschaft im Anschluss an die Geldeinlage von dem Einlegenden sacheinlagefähige Vermögensgegenstände erwirbt;[52] oder wenn der Einlegende die Bareinlageforderung mit ihm im Zeitpunkt der Übernahme der Geschäftsanteile zustehenden Altforderungen gegen die Gesellschaft aufrechnet.[53]

Zudem muss die Umgehung im Vorhinein zwischen den Gründern verabredet worden sein. Eine solche Verabredung kann bei einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang (Faustformel: sechs Monate) zwischen Gründung und der die Sacheinlage begründenden Handlung vermutet werden.[54] Einer weiteren subjektiven Komponente, insbesondere der ausdrücklichen Umgehungsabsicht, bedarf es nicht.[55]

Beispiel 4:[56] Die I-GmbH hat von den L-Werken Waren im Wert von 2,5 Mio. € bezogen. Der Anspruch ist mittlerweile fällig und L verlangt Zahlung. Da die I-GmbH zwischenzeitlich in Liquiditätsschwierigkeiten geraten ist und nicht direkt zahlen kann, wird zwischen I-GmbH und L-Werken folgendes vereinbart: Die I-GmbH fasst einen Kapitalerhöhungsbeschluss, bei dem die L-Werke sämtliche neuen Geschäftsanteile übernimmt. Die von den L-Werken sodann eingezahlte Bareinlage in Höhe von 2,5 Mio. € verwendet die I-GmbH, um die Forderung der L-Werke zu begleichen. Steht der I-GmbH noch einen Anspruch auf Einzahlung der Einlage gegen die L-Werke zu? Hier liegt eine Abrede vor, die darauf gerichtet ist, dass die im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzte Bareinlage durch einen anderen, sacheinlagefähigen Gegenstand ersetzt wird. Hierdurch erreichten die Parteien, dass die GmbH statt der ihr zustehenden Bareinlage effektiv die Zahlungsforderung der L-Werke erhält. Diese Forderung kann wirksam nur als Sacheinlage (§ 5 IV GmbHG) eingebracht werden. Das Vorliegen einer solchen verdeckten Sacheinlage führt gem. § 19 IV 1 GmbHG (bei der Kapitalerhöhung über § 56 II GmbHG anwendbar) dazu, dass zunächst weder das Einbringen der Sacheinlage noch die Barzahlung die Einlageforderung tilgt. Der Anspruch besteht daher grundsätzlich fort.

Die fortbestehende Geldeinlagepflicht kann jedoch gemäß § 19 IV 3, 4 GmbHG durch Anrechnung des tatsächlichen Wertes der eingebrachten Sache verringert werden.[57] Eine Anrechnung findet danach jedoch nicht vor Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister statt.

Beispiel 5: Wenn nun bei Beispiel 4 die Eintragung ins Handelsregister erfolgt, so wird der tatsächliche Wert der eingelegten Forderung gem. § 19 IV 2 bis 4 GmbHG auf die fortbestehende Einlageforderung angerechnet. Ob vorliegend die verdeckt eingelegte Zahlungsforderung werthaltig ist, ist angesichts der Liquiditätsschwierigkeiten der I-GmbH jedenfalls zweifelhaft. Die Beweislast für die Werthaltigkeit trägt gem. § 19 IV 5 GmbHG die L.

---

48 OLG Saarbrücken BeckRS 2014, 2985 = GmbHR 2014, 481; BGHZ 99, 298, 299 f. = NJW 1987, 1193 f.; zum Ganzen DNotI-Report 2019, 113 ff.

49 Noack/Servatius/Haas/*Servatius* GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 56 f.; vgl. auch unter **B. I.**

50 Vgl. *Koch* Gesellschaftsrecht, 12. Aufl. 2021, § 33 Rn. 42 m. w. N.

51 Dies gilt insbesondere für § 19 GmbHG, da es bei diesem explizit um die Kapitalaufbringung geht, vgl. OLG Düsseldorf NZG 2004, 380 = ZIP 2003, 1501; OLG Hamburg GmbHR 2005 164, 166 = NZG 2005, 483, 484; *Ihrig* BB 1988, 1197, 1203.

52 Vgl. nur BGHZ 184, 158, 164 f. = NJW 2010, 1747, 1748; *Pentz* ZIP 2003, 2093, 2094.

53 BGHZ 180, 38, 41 = NJW 2009, 2375 f. m. w. N.

54 BGHZ 125, 141 = NJW 1994, 1477; BGHZ 166, 8, 10 = NZG 2006, 344, 345; BeckOK GmbHG/*Ziemons*, 54. Ed. 1.3.2022, § 19 Rn. 153 ff.

55 *Pentz* ZIP 2003, 2093, 2094.

56 Angelehnt an BGHZ 110, 47 = NJW 1990, 982.

57 Zur dogmatischen Einordnung *Pentz* GmbHR 2010, 673, 680 ff.

b) Hin- und Herzahlen

Neben der Regelung zur verdeckten Sacheinlage bestimmt § 19 V 1 GmbHG, dass auch im Falle eines Hin- und Herzahlens grundsätzlich die Einlageleistung als nicht erbracht gilt und der Anspruch insofern fortbesteht.

Der Tatbestand des Hin- und Herzahlens ist entsprechend des Wortlauts verwirklicht, wenn – aufgrund einer vorherigen Abrede – vor oder nach Leistung der Einlage eine Auszahlung an den Einlegenden erfolgt, die wirtschaftlich einer (zumindest teilweisen) Einlagenrückzahlung entspricht und keine verdeckte Sacheinlage ist. Der Grundfall hierfür ist die Gewährung eines Darlehens an den Einlegenden.[58]

Wie bei der verdeckten Sacheinlage gilt auch hier, dass eine vorherige Abrede bei einem engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang (Faustformel: sechs Monate) zwischen Leistung der Einlage und Auszahlung an den Einlegenden vermutet wird.[59]

Zu einer ausnahmsweisen Anrechnung der Rückzahlung auf die Einlageschuld und somit die Ermöglichung des Eintritts der Erfüllung ist gemäß § 19 V 1 a.E. GmbHG erforderlich, dass die Rückzahlung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist, der jederzeit fällig ist oder durch fristlose Kündigung durch die Gesellschaft fällig gestellt werden kann. Zusätzliche Voraussetzung[60] ist gemäß § 19 V 2 GmbHG die Angabe des Vorgangs in der Handelsregisteranmeldung (§ 8 GmbHG).

Beispiel 6: A und B sind Gesellschafter einer Vor-GmbH, C ist deren Geschäftsführer. A hat eine Bareinlage in Höhe von 1 Mio. € übernommen. Vor Handelsregisteranmeldung zahlt A diese Summe auf ein Bankkonto der GmbH ein. Nach vollzogener Handelsregistereintragung, fünf Monate nach der Leistung der Einlage, erhält A sodann denselben Betrag von der GmbH zurück. In diesem Zusammenhang sind sich A und C einig, dass A das Geld behalten darf. Hat die GmbH weiterhin einen Zahlungsanspruch i.H.v. 1 Mio. €? Der Erfüllung (§ 362 I BGB) der Einlageforderung der GmbH durch die Zahlung von A steht vorliegend § 19 V 1 GmbHG entgegen: A erhielt die geleistete Geldsumme zurück; dies geschah auch in einem engen zeitlichen Zusammenhang zu der ursprünglichen Einzahlung, was die hier nicht entkräftete Vermutung einer vorherigen Abrede begründet. Eine Ausnahme nach § 19 V 1 a.E. GmbHG liegt nicht vor, weil die GmbH keinen vollwertigen und fälligen Rückgewähranspruch gegen A erhält. Er sollte das zurückgezahlte Geld vielmehr endgültig behalten dürfen. Daher schuldet A der GmbH weiterhin die Zahlung von 1 Mio. €. Wenn C voraussichtlich nicht gerichtlich gegen A vorgehen will, kann B den Zahlungsanspruch der GmbH nach den Grundsätzen der actio pro socio (gesetzliche Prozessstandschaft) in eigenem Namen für die Gesellschaft klageweise geltend machen.[61]

c) Sonderfall Cash-Pooling

Einen hervorzuhebenden Sonderfall stellt das sog. Cash-Pooling dar. Bei der in praxi am weitesten verbreiteten Form des sog. physical Cash-Poolings zahlen die Teilnehmer des Cash-Pools, meistens innerhalb eines Konzerns, ihre Liquidität auf ein gemeinsames sog. Masterkonto.[62]

Wenn nun beispielsweise der Einlegende (insb. Muttergesellschaften) seine Geldeinlage an die Vor-GmbH zahlt und das Kapital nach Handelsregistereintragung vereinbarungsgemäß auf einen Cash-Pool überwiesen wird, an dem auch der Einlegende beteiligt ist, ist zu differenzieren:

Wenn im Zeitpunkt der Einzahlung auf ein in den Cash-Pool einbezogenes Konto der Saldo zugunsten der GmbH positiv ist, das Kapital also dem Cash-Pool (und damit auch dem Einlegenden) zur Verfügung gestellt wird, liegt ein Fall des Hin- und Herzahlens (**C. II. 1. b)**) vor.[63] Dies ist damit zu begründen, dass auf diese Weise faktisch ein Darlehen ausgekehrt wird, das dem Einlegenden zur Verfügung steht.[64]

Ist jedoch der Saldo des einbezogenen Kontos zum Zeitpunkt der Einzahlung zulasten der GmbH negativ, so handelt es sich um eine verdeckte Sacheinlage (**C. II. 1. a)**).[65] Der Grund hierfür ist, dass faktisch die Gesellschaft durch die Einlage von einer Darlehensverbindlichkeit aus der Cash-Pool Vereinbarung befreit wird (Forderungseinbringung).[66]

Beispiel 7:[67] Die A-AG möchte sich an dem Geschäftsmodell der B-Vor-GmbH beteiligen. Zu diesem Zwecke übernimmt sie einen Geschäftsanteil, auf den eine Bareinlage i.H.v. 2 Mio. € entfällt. Zudem tritt B einem von der A-AG geführten Cash-Pool bei der X-Bank bei. B soll nun ihren gesamten Zahlungsverkehr über ein dort geführtes Konto abwickeln. Dieses Konto ist mit einem sog. Zentralkonto gekoppelt, das den angeschlossenen Gesellschaften des Cash-Pools auch kurzfristig Mittel zur Verfügung stellt und so etwaige Fehlbeträge auf deren Konten ausgleicht. Im Ergebnis werden jeden Tag sämtliche Konten – mit Ausnahme des Zentralkontos – „auf Null gestellt" (sog. ZeroBalancing). Der hierfür geschlossene Cash-Management-Vertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und ist mit einer Frist von drei Monaten, frühestens aber nach dem Ablauf von vier Jahren, kündbar.

Bereits vor Handelsregisteranmeldung zahlt die A-AG absprachegemäß 1 Mio. € an B, die über den Cash-Pool automatisch wieder an das Zentralkonto weitergeleitet werden. Nach Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister zahlt die A-AG die verbleibenden 1 Mio. € an die B-GmbH.

---

58 Beispielhaft *Wicke* GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 31.

59 BGHZ 125, 141 = NJW 1994, 1477; *Schäfer* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 35 Rn. 11.

60 Die Offenlegungspflicht ist materielle Erfüllungsvoraussetzung, vgl. dazu BT-Drucks. 16/9737, 56; BGHZ 182, 103 f. = NJW 2009, 3091; BGH NZG 2012, 231, 232 = DStR 2011, 2307, 2308; *Pentz* GmbHR 2009, 505, 511.

61 Siehe zur actio pro socio im GmbH-Recht *Kumkar* NZG 2020, 1012.

62 Vgl. zum Ganzen *Schilling/Greil* IStR 2020, 201, 202.

63 BGH DStR 1999, 1451 (m. Anm. *Goette*) = BeckRS 9998, 40644; Rowedder/Pentz/*Pentz* GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 19 Rn. 161.

64 BGHZ 182, 103, 107 = NJW 2009, 3091, 3092.

65 BGHZ 182, 103 = NJW 2009, 3091; Michalski u.a./*Ebbing* GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 19 Rn. 186 f.; krit. *Schäfer* BB-Special 7 2006, 5, 7.

66 BGHZ 166, 8, 12 = NJW 2006, 1736, 1737; *Altmeppen* GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 19 Rn. 132.

67 Angelehnt an BGHZ 182, 103 = NJW 2009, 3091.

Auch diese Summe fließt auf dem gleichen Weg auf das Zentralkonto. Zum Zeitpunkt der ersten Zahlung wies das Cash-Pool-Konto der B einen ausgeglichenen Saldo auf; bei der zweiten Zahlung stand dieses Konto mit 1 Mio. € im Soll. Hat die A-AG ihre Bareinlageverpflichtung erfüllt?

Die erste Zahlung stellt durch die Weiterleitung an das Zentralkonto wirtschaftlich betrachtet die Gewährung eines Darlehens und damit einen Fall des Hin- und Herzahlens (§ 19 V GmbHG) dar. Mangels Anmeldung dieses Vorgehens zum Handelsregister, die Erfüllungsvoraussetzung ist (sic!), hatte diese Zahlung keine Erfüllungswirkung (vgl. § 19 V 2 GmbHG). Die zweite Zahlung führte im wirtschaftlichen Ergebnis dazu, dass der B-GmbH in Folge der Weiterleitung der Bareinlage auf das Zentralkonto nicht der vereinbarte Barbetrag, sondern die Befreiung von der Verbindlichkeit aus der Cash-Pool-Verbindung zugeflossen ist. Dies erfüllt die Voraussetzungen einer verdeckten Sacheinlage gem. § 19 IV GmbHG (Forderungseinbringung). Anders als bei der ersten Zahlung führt dies zur Anrechnung des Forderungswertes auf die fortbestehende Geldeinlagepflicht der A-AG und führt insoweit zur Erfüllung (vgl. § 19 IV 3 GmbHG). Die Beweislast für die Werthaltigkeit der Rückzahlungsforderung im Zeitpunkt der Gutschrift auf dem Zentralkonto trägt gem. § 19 IV 5 GmbHG die A-AG.

d) Aufbringung von Fehlbeträgen

Die in **B. II. 1. f)** beschriebene Ausfallhaftung gemäß § 24 S. 2 GmbHG gilt konsequenterweise auch für die Kapitalaufbringung nach § 19 GmbHG.

e) Verbotene Rückzahlungen

Nach § 31 I GmbHG entsteht der GmbH ein sofort fälliger[68] Erstattungsanspruch über gewährte Leistungen an Gesellschafter, die einen Verstoß gegen das Auszahlungsverbot des § 30 I 1 GmbHG darstellen (Kapitalerhaltung).

Ein solcher Verstoß liegt nach § 30 I GmbHG vor, wenn das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Gesellschaftsvermögen ausgezahlt wird und insb. nicht durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gedeckt ist.

Der Erstattungsanspruch richtet sich auf die volle Rückgewähr, hilfsweise auf Wertersatz.[69] Ist die Erstattung von dem Gesellschafter nicht zu erlangen, haften die Mitgesellschafter pro rata gemäß § 31 III GmbHG.

War der Empfänger der gewährten Leistung jedoch in gutem Glauben, so schuldet er nach § 31 II GmbHG die Erstattung nur soweit sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Dies wird regelmäßig bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Fall sein.

[68] BGH NJW 1987, 779 = NJW-RR 1987, 614.
[69] *Altmeppen* GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 31 Rn. 10.

f) Existenzvernichtende Eingriffe

Neben § 31 GmbHG haften Gesellschafter nach den Grundsätzen des existenzvernichtenden Eingriffs, wenn sie der Gesellschaft planmäßig Vermögen entziehen und dadurch die Gesellschaft dauerhaft an der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten hindern und in die Insolvenz treiben bzw. diese vertiefen.[70]

Seit der Trihotel-Entscheidung des BGH ist anerkannt, dass diese Haftung einen Unterfall des § 826 BGB darstellt, insoweit muss der Gesellschafter also auch zumindest eventualvorsätzlich gehandelt haben.[71]

Beispiel 8:[72] A ist Eigentümer eines Hotelgrundstücks, das er an die X-GmbH verpachtet, deren Alleingesellschafter und -geschäftsführer er ist. Als sich die Geschäftslage der X-GmbH verschlechtert, entschließt er sich, den Pachtvertrag aufzuheben. Das Hotel verpachtet er sodann an die Y-GmbH, bei der er ebenfalls Alleingesellschafter und -geschäftsführer ist. Das Inventar für den Hotelbetrieb stellt weiterhin die X-GmbH zur Verfügung, die hierfür von der Y-GmbH eine Umsatzbeteiligung erhält. Die Umsatzbeteiligung ist jedoch erkennbar so gering, dass sie die laufenden Kosten der X-GmbH weit unterschreitet, sodass diese insolvent wird. Es ist davon auszugehen, dass sich A wirksam von Beschränkungen nach § 181 BGB befreit hat. Der Insolvenzverwalter der X-GmbH möchte nun A bezüglich noch ausstehender Gläubigerforderungen persönlich beanspruchen. Eine solche Haftung kann sich durch vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung des Gesellschaftsvermögens aus § 826 BGB ergeben. Dem Vorsatzerfordernis ist hierbei genügt, wenn dem Handelnden bewusst ist, dass durch die Maßnahmen das Gesellschaftsvermögen sittenwidrig geschädigt wird; dafür reicht es aus, dass ihm die Tatsachen bewusst sind, die den Eingriff sittenwidrig machen, während ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit nicht erforderlich ist. Dies betrifft nicht nur die Fälle, in denen die Vermögensentziehung geschieht, um den Zugriff der Gläubiger zu verhindern, sondern ist auch dann anzunehmen, wenn die faktische dauerhafte Beeinträchtigung der Erfüllung der Verbindlichkeiten die voraussehbare Folge des Eingriffs ist und der Gesellschafter dies in Erkenntnis ihres möglichen Eintritts billigend in Kauf genommen hat (dolus eventualis). Dieser Anspruch ist im Übrigen nicht subsidiär gegenüber Ansprüchen aus §§ 30, 31 GmbHG, sondern steht zu diesen in Anspruchsgrundlagenkonkurrenz.

2. Außenhaftung

Neben die Innenhaftung tritt unter strengen Voraussetzungen eine unmittelbare Durchgriffshaftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern und damit eine faktische Durchbrechung des § 13 II GmbHG.

Eine (gesamtschuldnerische) Haftung analog § 128 HGB wird insbesondere dann angenommen, wenn durch undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise die Abgrenzung

[70] Vgl. nur BGH NZG 2008, 597 (598) = NJW-RR 2008, 1417 (1418); Rowedder/Pentz/*Pentz* GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 13 Rn. 110 ff.
[71] BGHZ 173, 246 f. = NJW 2007, 2689; BGHZ 193, 96, 99 f. = NZI 2012, 517, 518; *Prütting* JuS 2018, 409, 414; *Odemer* JuS 2016, 203, 205 f.
[72] Angelehnt an BGHZ 173, 246 f. = NJW 2007, 2689.

zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen der Gesellschafter verschleiert wird (Vermögensvermischung).[73]

Stark umstritten ist eine Außenhaftung (analog § 128 HGB) für den Fall, dass das Stammkapital erkennbar außer Verhältnis zum satzungsmäßigen Zweck der Gesellschaft steht (materielle Unterkapitalisierung).[74] Mit dem Gamma-Urteil des BGH hat der II. Zivilsenat jedoch überraschenderweise eine (Außen-)Haftung nach diesen Grundsätzen kategorisch abgelehnt.[75]

III. Geschäftsführer

Abschließend muss die Haftung der Geschäftsführer der GmbH besprochen werden. Diese stellt grundsätzlich eine reine Innenhaftung dar.

1. Organhaftung

Nach § 43 II GmbHG haften Geschäftsführer für spezifisch organschaftliche Pflichtverletzungen gesamtschuldnerisch.[76] Besonders herausgehoben sind in § 43 II 1 GmbHG Verstöße gegen die §§ 30, 33 GmbHG, also gegen die Kapitalerhaltung und gegen die Vorschriften zum Erwerb eigener Geschäftsanteile.

Zu den Obliegenheiten gehören jedoch auch die Pflicht zur Beachtung rechtlicher Vorgaben (Legalitätspflicht), die organschaftliche Treupflicht, die Pflicht zur ordnungsgemäßen Unternehmensleitung und die Überwachungspflicht.[77]

Besonders hervorzuheben ist, dass dem Geschäftsführer im Rahmen der Unternehmensleitung die sog. Business-Judgement-Rule (analog § 93 AktG) zugutekommt.[78] Dies bedeutet, dass der Geschäftsführer nicht haftungsbegründend handelt, wenn er lediglich eine unternehmerische Entscheidung zum Wohle der Gesellschaft auf Basis angemessener Informationen trifft und hierbei kein unverantwortliches Risiko eingeht und frei von Interessenkonflikten ist.[79]

Beispiel 9:[80] G ist Fremdgeschäftsführer der A-GmbH, deren Alleingesellschafter B ist. G erhält eines Tages E-Mails von einem koreanischen Geschäftspartner, in denen um Begleichung von Rechnungen auf ein bestimmtes Konto gebeten wird. Da die Korrespondenz authentisch erscheint, insbesondere die Rechnungen plausibel sind und deren Betrag für die Gesellschaft einen alltäglichen Umfang hat, veranlasst G die Überweisung. Bei genauem Hinsehen wäre jedoch für G erkennbar gewesen, dass die Senderadresse manipuliert war (w…flim statt w…film). Es stellt sich heraus, dass G einem Betrüger aufgesessen war, der so genannte Phishing-E-Mails versandt hatte. B fragt sich nun, welche Ansprüche die A-GmbH wegen etwaiger Schäden gegen G hat. Ein Anspruch aus § 43 II GmbHG setzt die Verletzung einer organspezifischen Pflicht voraus. Weder gehörte die Überweisung zu typischen Aufgaben der Unternehmensleitung noch ist vorliegend mangels entsprechender Indizien ein Verstoß gegen Organisationspflichten ersichtlich.[81] Eine Haftung aus § 43 II GmbHG scheidet daher aus; sogleich lebt aber die allgemeine Haftung aus § 280 I BGB (i.V.m. dem Anstellungsvertrag) wieder auf.[82] Daneben könnte man Ansprüche aus § 823 BGB anprüfen. Diese Anspruchsgrundlagen setzten jeweils Vertretenmüssen bzw. Verschulden voraus – also Vorsatz oder Fahrlässigkeit. Vorliegend handelte G leicht fahrlässig (§ 276 II BGB), da er die erforderliche Sorgfalt in lediglich geringem Ausmaß außer Acht lies.[83] Nichtsdestotrotz könnten eine Verantwortlichkeit und damit auch die Ansprüche aus §§ 280 I, 823 BGB im Ergebnis ausgeschlossen sein, wenn G nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung analog § 254 I BGB für leichte Fahrlässigkeit nicht einzustehen hat.[84] Ob ein GmbH-Geschäftsführer Arbeitnehmer i.S.v. § 611a BGB sein kann, ist lebhaft umstritten.[85] Nimmt man dies vorliegend für den Fremdgeschäftsführer G im Ergebnis an, so haftet er nicht für leichte Fahrlässigkeit.[86] Der A-GmbH stehen nach diesem Ergebnis keine Ansprüche gegen G zu.[87]

2. Geschäftschancenlehre/Wettbewerbsverbot

Geht ein Geschäftsführer im eigenen Namen eine Vertragsbeziehung mit einem Dritten ein, die der Gesellschaft zugeordnet werden kann, insbesondere wenn diese mit der Geschäftschance als erste in Berührung gekommen ist, verstößt er gegen seine organschaftliche Treupflicht.[88] Dasselbe gilt, wenn er durch private Geschäfte mit der Gesellschaft in Konkurrenz tritt.[89]

Liegt ein solcher Verstoß vor, steht der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer analog bzw. entsprechend des Rechtsgedankens des § 88 II AktG entweder Schadenersatz oder

---

[73] BGHZ 125, 366, 368 = NJW 1994, 1801 f.; BGHZ 165, 85, 91 = NJW 2006, 1344, 1346; *Wicke* GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 14.

[74] BGHZ 68, 312 = NJW 1977, 1449; vgl. zum Streitstand Rowedder/Pentz/*Pentz* GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 13 Rn. 149 ff.; Scholz/*Bitter* GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 13 Rn. 143 ff.

[75] BGHZ 176, 204 = JuS 2008, 939 (m. Anm. *K. Schmidt*), offengelassen wurde lediglich die Möglichkeit einer Haftung nach § 826 BGB.

[76] Zur Abgrenzung siehe OLG Zweibrücken BeckRS 2022, 40648, Rn. 21 ff.

[77] BeckOK GmbHG/Pöschke, 54. Ed. 1.11.2022, Vorbem. zu § 43.

[78] BGHZ 152, 280 = NJW 2003, 358;
OLG Koblenz GmbHR 2015, 357, 359.

[79] BGHZ 135, 244, 253 = NJW 1997, 1926, 1928; vgl. auch KG NZG 2001, 129 = DStR 2001, 1042; zum Ganzen *Lutter* ZIP 2007, 841, 843 ff.

[80] Angelehnt an OLG Zweibrücken BeckRS 2022, 40648 = NZG 2023, 330; zu einer detaillierten Besprechung siehe *Bachmann* NZG 2023, 316.

[81] Hingewiesen sei an dieser Stelle auf das Urteil OLG Koblenz NJW-RR 1999, 911, in welchem das Gericht ausführt, dass die Haftung nach § 43 II GmbHG auch dann greife, wenn ein Geschäftsführer einen Schaden an einem von ihm geführten Firmenwagen grob fahrlässig verursacht.

[82] § 43 II GmbHG verdrängt, soweit er Anwendung findet, die Haftung aus § 280 I BGB (lex specialis derogat legi generali); vgl. dazu m. w. N. Henssler/Strohn/*Oetker* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 GmbHG Rn. 3.

[83] So OLG Zweibrücken BeckRS 2022, 40648, Rn. 44 ff. = NZG 2023, 330, 333.

[84] Ob die Grundsätze der beschränkten Arbeitnehmerhaftung im Übrigen auch auf § 43 I GmbHG anwendbar sind, ist umstritten, Henssler/Strohn/*Oetker* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 GmbHG Rn. 11 m. w. N.

[85] Vgl. zu dem Meinungsstand *Fischinger* Arbeitsrecht, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 49 ff.

[86] Siehe zur beschränkten Arbeitnehmerhaftung *Schreiber* JURA 2009, 26.

[87] So im Ergebnis das hier zugrundeliegende Urteil OLG Zweibrücken BeckRS 2022, 40648, Rn. 42 ff. = NZG 2023, 330, 333.

[88] BGH NJW-RR 1986, 257 = NJW 1986, 585;
zum Ganzen *Lawall* NJW 1997, 1742, 1743 ff.

[89] BeckOK GmbHG/Pöschke, 54. Ed. 1.11.2022, § 43 Rn. 178.4.

ein Eintrittsrecht in den Vertrag zu.[90]

D. Zusammenfassung

Ein guter systematischer Überblick über die wichtigsten Haftungsgrundsätze der GmbH und ihrer Vorgesellschaften ist mit Blick auf die verschiedenen Stadien und diversen Rechtsfortbildungen und Konkretisierungen durch die Rechtsprechung von großer Bedeutung für das Grundverständnis des (Kapital-)Gesellschaftsrechts. In der Klausurvorbereitung sollte ein besonderes Augenmerk auf die ungeschriebenen Haftungstatbestände gelegt werden.

[90] Vgl. BGHZ 214, 220 = NJW 2017, 1749, 1751; OLG Rostock NZG 2020, 1152 = NZI 2020, 900; Henssler/Strohn/*Oetker* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 35 GmbHG Rn. 22 ff.

Moritz Benzinger*

Das Schicksal von Kryptowerten in der Insolvenz des Kryptoverwahrers

A. Einführung

„Not your keys not your coins":[1] Sollte sich dieses Mantra der Krypto-Community in der Insolvenz eines Kryptoverwahrers bewahrheiten, würde dies den wirtschaftlichen Totalverlust für dessen Kunden bedeuten. Verwahrte Kryptowerte sind den kryptographischen Schlüsseln des Verwahrers und nicht den Schlüsseln der Kunden zugeordnet.[2] Die Kunden müssten sich – wie alle anderen Gläubiger – mit der Insolvenzquote von durchschnittlich 7 %[3] begnügen. Insbesondere vor dem Hintergrund spektakulärer Großinsolvenzen in der Kryptobranche in der jüngeren Vergangenheit – namentlich sei hier nur FTX[4] genannt – wird daher die Frage virulent, ob den Kunden eines Kryptoverwahrers nicht in der Insolvenz ein Herausgaberecht an „ihren" Kryptowerten zusteht oder zustehen sollte.

Daher will nun der europäische Gesetzgeber mit der „Markets in Crypto-Assets Regulation" (MiCAR)[5] Rechtssicherheit schaffen und Kunden von Kryptoverwahrern in der Insolvenz umfassend schützen.[6] Anknüpfend an diese absehbaren europarechtlichen Vorgaben hat sich auch der deutsche Gesetzgeber entschieden, im Rahmen des Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG) in diesem Bereich ergänzend zu der MiCAR tätig zu werden.[7] Dabei greift der Gesetzgeber die bestehende und bewährte Rechtsprechung zur Aussonderung und Herausgabe (§ 47 InsO) in Treuhandverhältnissen auf.[8] Diese Rechtsprechung wird von Literatur bereits unmittelbar auf das Schicksal von verwahrten Kryptowerten in der Insolvenz des Verwahrers angewendet und gewährt den Kunden von Kryptoverwahrern in bestimmten – aber nicht allen – Fällen ein Herausgaberecht.[9]

Diese Arbeit geht daher der Frage nach, inwieweit Kunden des Kryptoverwahrers bereits „de lege lata" in entsprechender Anwendung dieser Rechtsprechung geschützt werden. (C.) In der Folge sollen die Auswirkungen von MiCAR und ZuFinG auf das Schutzniveau der Kunden des Kryptoverwahrers ergründet werden. Dabei werden auch erste rechtliche Unklarheiten ausgeräumt. (D.) Sodann wird die Regelungssystematik von MiCAR und ZuFinG analysiert und bewertet, um einen konkreten Änderungsvorschlag für ein umfassenderes Schutzniveau zu erarbeiten (E.).

B. Das Kryptoverwahrgeschäft

I. Die Verwahrung von Kryptowerten

Um Kryptowerte zu halten, bedarf es eines sog. Wallets. Ein Wallet kann entweder durch den Inhaber der Kryptowerte unmittelbar selbst (sog. private Wallet) oder durch einen Wallet-Provider geführt werden.[10]

Technisch gesehen besteht somit keine Notwendigkeit, einen Wallet-Provider, wie einen Kryptoverwahrer, zwischenzuschalten. Eigentlich widerspricht es auch dem Gedanken der „Distributed Ledger Technologie" Intermediäre (wie bspw. Depotbanken oder Kryptoverwahrer) zwischenzuschalten. Transaktionen sollen unmittelbar zwischen den Parteien ermöglicht werden (sog. Disintermediation).[11] Wallet-Provider und Kryptoverwahrer sind dennoch äußerst relevant für das Krypto-Ökosystem. Durch hohe Benutzerfreundlichkeit ermöglichen Kryptoverwahrer, die zugleich auch als Kryptobörsen fungieren, einem breiteren Publikum den Handel mit Kryptowerten.[12] In Deutschland kann man seine Kryptowerte bei einem der sieben Wallet-Provider verwahren, die bereits eine Erlaubnis für das Kryptoverwahrgeschäft erhalten haben.[13] In der Zukunft ist mit einer größeren Auswahl zu rechnen, da die BaFin derzeit eine Vielzahl von Anträgen bearbeitet.[14]

Wallet-Provider unterscheidet man nach verwahrenden und nicht-verwahrenden Anbietern (engl. custodian and non custodian wallet providers).[15]

1. Verwahrende Wallet-Provider

Verwahrende Wallet-Provider halten den private Key für den Kunden und haben über diesen eigenständige Verfügungsgewalt.[16] Der Kunde kann nun allein durch Eingabe seiner Nutzerdaten (Benutzername und Passwort) Transaktionen vornehmen. Dafür muss der Kunde seinen private Key nicht unmittelbar selbst nutzen, da der Wallet Provider für den Kunden die Authentifizierung und Transaktion durchführt.[17] Die Auslagerung der Verwahrung auf einen verwahrenden Wallet-Provider hat damit den wesentlichen Vorteil, dass das

---

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

1 *Birch*, Not Your Keys, Not Your Coins? Whatever., abrufbar unter: https://tinyurl.com/53thyh9n (alle online Quellen wurden zuletzt am 15. Juli 2023 aufgerufen)

2 *Fromberger/Zimmermann*, Maume/Maute § 1 Rn. 24.

3 https://tinyurl.com/evfkp47z.

4 *Yaffe-Bellany*, Embattled Crypto Exchange FTX Files for Bankruptcy, abrufbar unter: https://tinyurl.com/3ktxxuu4

5 Verordnung (EU) Nr. 1114/2023 des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. Mai 2023 über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Richtlinien 2013/36/EU und (EU) 2019/1937.

6 Vgl. Art. 75 Abs. 7 MiCAR.

7 Referentenentwurf ZuFinG S. 2, 119 f.

8 Referentenentwurf ZuFinG S. 119 f.

9 Vgl. *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101-2113; *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214-2222; *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12-19.

10 *Fromberger/Zimmermann*, Maume/Maute § 1 Rn. 24.

11 *Haentjens/De Graaf/Kokorin*, SJLS S. 533 f.; *Omlor/Möslein*, Ellenberger/Bunte § 34 Rn. 75.

12 *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 (2215); http://tinyurl.com/2ny3fdxu

13 https://portal.mvp.bafin.de/database/InstInfo/sucheForm.do

14 Zum Stand der Anträge Ende 2021 BT Drs. 19/31746 S.

15 Vgl. *Fromberger/Zimmermann*, Maume/Maute § 1 Rn. 26.

16 *Fromberger/Haffke/Zimmermann*, BKR 2019, 377 (378).

17 "This means a third party will hold and manage your private keys on your behalf." (http://tinyurl.com/2ny3fdxu).

Risiko minimiert wird, den privaten Schlüssel zu verlieren.[18]

Verwahrende Wallet-Provider betreiben ein Krypto-verwahrgeschäft i.S.v. § 1 Abs. 1a Nr. 6 KWG und bedürfen daher der Erlaubnis durch die BaFin (§ 32 KWG).[19]

2. Nicht-verwahrende Wallet-Provider

Auf der anderen Seite eröffnen nicht verwahrende Wallet-Provider dem Kunden lediglich die Möglichkeit, den private Key selbst zu speichern, damit der Kunde eigenständig mit dem Private-Key Transaktionen vornehmen kann.[20] Dafür behält der Kunde die Verfügungsgewalt über seinen private Key. Diese Art des Wallets wird eher von professionellen Krypto-Tradern genutzt.[21]

Grundsätzlich sind auch nicht-verwahrende Wallet-Provider der Regulierung durch das KWG unterworfen.[22] Nur solche Provider, die bloß Hard- und Software zur Sicherung der kryptografischen Schlüssel bereitstellen, deren Wallets von den Nutzern eigenverantwortlich betrieben werden und bei denen der Provider keinen bestimmungsgemäßen Zugriff auf die gespeicherten Daten hat, betreiben kein Kryptoverwahrgeschäft im Sinne des KWG.[23]

Im Folgenden wird sich die Arbeit daher de lege lata nur mit verwahrenden Wallet-Providern auseinandersetzen, die Kryptowerte im Sinne des KWG (§ 1 Abs. 11 S. 4 KWG) verwahren. Diese Kryptoverwahrer weisen die größte praktische Relevanz auf und bereiten rechtlich eine Herausforderung.

II. Arten der Verwahrung

Dabei ist Kryptoverwahrer nicht gleich Kryptoverwahrer. Wie die Verwahrung technisch ausgestaltet ist, hängt vom konkreten Kryptoverwahrer ab. Angeboten werden derzeit zwei verschiedene Aufbewahrungssysteme.[24]

1. Segregated Wallets

Zum einen können die Kryptowerte des Kunden in sog. Segregated Wallets aufbewahrt werden. Dies bedeutet, dass der Kryptoverwahrer für jeden einzelnen Kunden ein eigenes Wallet mit eigener Wallet-Adresse betreibt. Hierdurch sind die Kryptowerte der Kunden voneinander getrennt.[25]

Dieses System der Verwahrung ist jedoch mit hohem Aufwand verbunden. Zum einen müssten eine Vielzahl an Wallets eingerichtet werden. Zum anderen muss jede einzelne Kundentransaktion „On-Chain" erfolgen, d.h. eine Übertragung auf der Blockchain selbst findet statt. Eine „On-Chain-Übertragung" erfolgt aber nur gegen Zahlung einer Transaktionsgebühr.[26] Um diese Transaktionskosten zu sparen, können Kryptowerte auch in einem Omnibus Wallet verwahrt werden:

2. Omnibus Wallets

In den sog. Omnibus Wallets werden die Kryptowerte einer Vielzahl an Kunden gebündelt und in einer einzigen Wallet-Adresse verwahrt.[27] Auf der Blockchain sind die jeweiligen Kryptowerte dann nicht dem Kunden, sondern vielmehr dem Verwahrer zugeordnet. Die Zuordnung des jeweiligen Kryptowerts aus dem Deckungsbestand des Kryptoverwahrers zum Kunden erfolgt über ein internes Buchungssystem des Kryptoverwahrers (sog. Internal settlement).[28] In der Folge kann der Kryptoverwahrer Transaktionen zwischen seinen Kunden „Off-Chain" über das interne Buchungssystem durchführen. Aufgrund der geringeren Transaktionskosten nutzen Kryptoverwahrer inzwischen überwiegend Omnibus Wallets.[29]

C. Insolvenzrecht De Lege Lata

Ist ein Kryptoverwahrer insolvent, stellt sich die Frage, ob die Kunden „ihre eigenen" Kryptowerte herausverlangen können. Dies ist dann der Fall, wenn den Kunden ein Aussonderungsrechts (§ 47 InsO) an den verwahrten Kryptowerten zusteht. Ein Aussonderungsrecht liegt vor, wenn sich ein „Gegenstand" in der Insolvenzmasse befindet, an dem ein dingliches oder persönliches Recht eines Dritten (sog. Aussonderungsberechtigter) besteht.[30] Hierdurch kann der Aussonderungsberechtigte bestehende materiell rechtliche Ansprüche (aus dinglichen oder persönlichen Rechten) an dem Gegenstand (bspw. § 985 BGB) ausnahmsweise außerhalb des Insolvenzverfahrens geltend machen.[31] Was der Aussonderungsberechtigte konkret verlangen kann, richtet sich nach dem jeweiligen materiell rechtlichen Anspruch.[32]

I. Gegenstand i.S.v. § 47 InsO

Damit ein Aussonderungsrecht an den verwahrten Kryptowerten bestehen kann, müsste es sich zunächst um einen „Gegenstand" handeln, der nicht zur Insolvenzmasse gehört (§ 47 InsO).

Bereits die Formulierung „Gegenstand" in Abgrenzung zu „Sachen" (definiert als „körperliche Gegenstände" § 90 BGB) macht deutlich, dass Körperlichkeit keine Voraussetzung

---

18 *Haentjens/De Graaf/Kokorin*, SJLS S. 533 f.

19 *Renning*, BKR 2020, 23 (28).

20 Vgl. https://appinventiv.com/blog/custodial-vs-non-custodial-wallets; *Fromberger/Haffke/Zimmermann*, BKR 2019, 377 (378).

21 http://tinyurl.com/2ny3fdxu

22 *Maume*, Maume/Maute § 12 Rn. 83.

23 BT-Drs. 19/13827, S. 109; *Patz*, BKR 2021, 725 (726).

24 Taganay AGB Ziffer J „Der Plattformanbieter kann für die Verwahrung von Kryptowerten zwischen zwei Arten von Wallets wählen: gemäß der Einzelnutzer-Kontentrennung („Einzelnutzer-Konten") und der Omnibusnutzer-Kontentrennung („Omnibusnutzer-Konten") geführte Wallets".

25 Taganay AGB Ziffer J „Die Kryptowerte des Nutzers werden folglich getrennt von den Kryptowerten der übrigen Nutzer und Tagany's Eigenbeständen verwahrt."; *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (14).

26 Vgl. *Dietsch*, MwStR 2018, 250 (251).

27 Statt vieler: Coinbase Use Agreement "**2.7.4. Omnibus Accounts.** In order to more securely and effectively custody assets**,** Coinbase may use shared blockchain addresses, controlled by Coinbase, to hold Supported Digital Assets for Digital Asset Wallets on behalf of customers and/or held on behalf of Coinbase."

28 *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2111); *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (16).

29 *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (13).

30 Zur Begrifflichkeit *Bäuerle*, Braun InsO § 47 Rn. 3.

31 *Ganter*, MüKoInsO § 47 Rn. 5.

32 *Brinkmann*, Uhlenbruck InsO § 47 Rn. 3; *Ganter*, MüKoInsO § 47 Rn. 5; *Thole*, K. Schmidt InsO § 47 Rn. 1.

für die Aussonderung ist. Der Gesetzgeber verwendet den Begriff des Gegenstands als Oberbegriff. Darunter fallen sowohl Forderungen als auch sonstige Vermögensrechte und immaterielle Güter.[33] Allgemein anerkannt ist deshalb, dass auch Daten als Vermögensgegenstand – ungeachtet der sachenrechtlichen Einordnung – unter den Begriff des Gegenstands (§ 47 InsO) fallen.[34]

Kryptowerte im Sinne des KWG sind als die „digitale Darstellungen eines Wertes" definiert (§ 1 Abs. 11 S. 4 KWG). Als digitale Darstellung handelt es sich daher letztlich um Daten, die einen Vermögenswert aufweisen. Als solche sind Kryptowerte Gegenstände i.S.v. § 453 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB und § 47 InsO.[35]

Zudem unterliegen Kryptowerte der Zwangsvollstreckung (§ 857 Abs. 1 ZPO), weshalb sie zur Insolvenzmasse (§§ 35 Abs. 1, 36 Abs. 1 S. 1 InsO) gehören können.[36] Damit sind Kryptowerte ein taugliches Aussonderungsobjekt.[37]

II. Anspruch aus dinglichem oder persönlichem Recht

Auch müsste ein Anspruch auf Herausgabe der Kryptowerte bestehen. Ein solcher Herausgabeanspruch könnte sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen Kunden und Kryptoverwahrer ergeben. Auch schuldrechtliche Ansprüche können aussonderungsfähig sein, soweit es sich um einen Herausgabe- (bspw. § 667 Var. 1 BGB) und nicht um einen Verschaffungsanspruch (bspw. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) handelt. Bei einem Verschaffungsanspruch ist der Gegenstand haftungsrechtlich gerade noch nicht dem Gläubiger zugeordnet, wohingegen dies bei einem Herausgabeanspruch der Fall ist.[38]

1. Rechtsnatur des Kryptoverwahrvertrags

Ob der Kunde ein Recht auf Herausgabe seiner Kryptowerte gegenüber dem Kryptoverwahrer hat, hängt vom „Kryptoverwahrvertrag" ab. Idealtypisch entspricht Kryptoverwahrung einer fremdnützigen Treuhand. In dieser Beziehung ist der Kunde der wirtschaftlich Berechtigte, kann aber nicht auf den privaten kryptographischen Schlüssel zugreifen und hat daher keine Verfügungsmacht über seine Kryptowerte. Die Verfügungsmacht liegt allein beim Kryptoverwahrer, der vertraglich gebunden ist, Anweisungen des Kunden zu befolgen.[39] In der Regel vereinbaren Kryptoverwahrer mit ihren Kunden daher die fremdnützige treuhänderische Verwahrung der Kryptowerte.[40] Aus schuldrechtlicher Perspektive ist diese Treuhandbeziehung eine entgeltliche Geschäftsbesorgung (§ 675 Abs. 1 BGB).[41] Damit steht dem Kunden – außerhalb der Insolvenz – ein Anspruch auf Herausgabe der Kryptowerte aus § 667 Var. 1 BGB zu.

Abweichend von diesem Idealtypus wird teils aber durch AGB vereinbart, dass der Verwahrer mit den Kryptowerten der Kunden am Konsensmechanismus bestimmter Blockchains auf eigene Rechnung teilnehmen kann.[42] Da der Verwahrer hierdurch auf eigene Rechnung Erträge mit den Kryptowerten seiner Kunden erwirtschaftet (sog. Staking)[43], liegt in diesem Fall keine fremdnützige Treuhandverwahrung vor.[44]

2. Aussonderung bei Treuhand

Nur wenn eine fremdnützige Treuhand vorliegt, steht dem Treugeber ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) an dem Treugut zu.[45] Dazu hat die Rechtsprechung konkrete Anforderungen entwickelt, die sicherstellen sollen, dass tatsächlich eine Treuhandbeziehung besteht, in der das Treugut vermögensrechtlich dem Treugeber zuzuordnen ist.[46] Nur wenn diese Voraussetzungen vorliegen, können verwahrte Kryptowerte ausgesondert werden.

a) Unmittelbarkeit oder Offenkundigkeit

Zunächst muss das Treugut dem Treuhänder „zu treuen Händen anvertraut" worden sein.[47] Dies wird von der Rechtsprechung so interpretiert, dass das Treugut unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übergegangen sein muss.[48] Davon macht die Rechtsprechung zu Treuhandkonten dann aber eine Ausnahme, wenn ein Konto offenkundig dazu bestimmt ist, fremde Gelder treuhänderisch zu verwalten.[49] Dieser Gedanke wird von der depotrechtlichen Literatur auf Treuhanddepots übertragen. Es könne keinen Unterschied machen, ob das Treugut Forderungen oder Wertpapiere sind.[50]

Ebenso kann es bei funktionaler Betrachtung keinen Unterschied machen, ob Forderungen, Wertpapiere oder

---

33 *Skauradszun*, AcP 221 (2021) 353, 365; zu § 453 BGB *Westermann*, MüKoBGB § 453 Rn. 6; *Berger*, Jauernig § 453 Rn. 11.

34 Zu personenbezogenen Daten: *Thole*, K. Schmidt InsO § 47 Rn. 8; *Jülicher* ZIP 2015, 2063; *Leithaus*, Andres/Leithaus InsO § 47 Rn. 4; OLG Düsseldorf, NZI 2012, 887.

35 *Skauradszun*, AcP 221 (2021) 353, 365; *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2108); zu „Gegenstand" i.S.v. § 453 BGB *Westermann*, MüKoBGB § 453 Rn. 6.

36 Vgl. *Skauradszun*, ZIP 2021, 2610 (2614); *Effer-Uhe*, ZZP 2018, 513 (530); *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 6 (9).

37 So im Ergebnis auch *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (14); *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 (2218); *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2108); a.A. *Kütük/Sorge*, MMR 2014, 643 (645).

38 *Thole*, K. Schmidt InsO § 47 Rn. 62, 66; *Ganter*, MüKoInsO § 47 Rn. 341, 347; NJW-RR 1993, 301 (301).

39 Vgl. Bison blocknox AGB 2.17.: „Verwahrung" das treuhänderische Halten von Kryptowährungen" (Stand 27. Oktober 2021); Concedus AGB 5.1: „CONCEDUS Digital Assets verwahrt die Kryptowerte der Privatkunden als Treuhänder"; dazu auch *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2105).

40 Vgl. *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (15).

41 *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (15) Fn. 26; *Hoch*, Maume/Maute § 7 Rn. 21; *Denga*, Möslein/Omlor § 13 Rn. 34.

42 Vgl. Bitpanda AGB 6.4. „Der Bitpanda-Kunde stimmt hiermit zu, dass Bitpanda E-Token des Bitpanda-Kunden für Zwecke des Staking einsetzen darf, und dass sämtliche daraus resultierende Erträge (Staking Rewards) einzig Bitpanda zukommen.".

43 Hierzu ausführlich *Fomberger/Zimmermann*, Maume/Maute § 1 Rn. 27 ff.

44 *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 21 ff.

45 RGZ 94, 305 (307); BGHZ 156, 356 (360); BGH NJW 1959, 1223 (1224) von „Gewohnheitsrecht" sprechend; BGH NJW 1998, 2213 (2214).

46 Vgl. *Thole*, K. Schmidt InsO § 47 Rn. 81.

47 MwN *Henssler*, AcP 196 (1996), 37, 54 f.

48 RGZ 84, 214 (216); RGZ 91, 12 (14).

49 BGH NJW 1959, 1223 (1225).

50 *Scherer*, EBJS DepotG § 22 Rn. 12; nach *Böttcher*, NomosK DepotG § 22 Rn. 7 sogar eine „allgemeinen Ansicht".

Kryptowerte verwahrt werden. Daher ist das Merkmal der Offenkundigkeit auch auf Wallets übertragbar.[51] Offenkundig wird es sich vor allem dann um ein Treuhand-Wallet handeln, wenn ein Wallet allein der Verwahrung für Kunden dient.[52]

b) Bestimmtheits- und Trennungsgrundsatz

Für die Aussonderung muss zudem ein konkreter Gegenstand bestimmt oder bestimmbar sein. Nur so kann sichergestellt werden, dass der konkrete Gegenstand des Aussonderungsberechtigten ausgesondert wird. Ein anderer Gegenstand ist nicht dem Aussonderungsberechtigten, sondern dem Schuldner oder einem anderen Gläubiger haftungsrechtlich zugeordnet und kann daher nicht herausverlangt werden.[53]

Ein Unterfall des Bestimmtheitsgrundsatzes ist das Vermögenstrennungsprinzip. Der Treuhänder darf das Treugut nicht mit dem eigenen Vermögen vermischen. Eigen- und Fremdvermögen ließe sich nicht mehr trennen und der Treugeber wäre nicht mehr „wirtschaftlicher Eigentümer" des Treuguts. In diesem Fall besteht deshalb kein Aussonderungsrecht.[54] Um zu bestimmen, ob verwahrte Kryptowerte bestimmt oder bestimmbar und ausreichend vom Vermögen des Verwahrers getrennt sind, muss zwischen den Wallet-Arten differenziert werden:

aa) Segregated Wallet

Werden Kryptowerte in einem Segregated Wallet verwahrt, können die Kryptowerte unproblematisch einem Kunden zugeordnet werden. Welche Kryptowerte welchem Kunden gehören, lässt sich über die öffentliche Adresse des Wallets bestimmen. Da Segregated Wallets allein Kryptowerte eines Kunden und keine des Verwahrers zugeordnet sind, ist auch die Vermögenstrennung gewährleistet.[55]

bb) Omnibus Wallet

Sind die Kryptowerte einem Omnibus Wallet zugeordnet, ist es komplizierter, deren Schicksal zu beurteilen, da die Kryptowerte einer Vielzahl an Kunden einem Wallet zugeordnet sind. Ein weiterer Aspekt der Rechtsprechung zu Treuhandkonten wird relevant. Es schadet nämlich nicht, wenn auf einem Treuhandkonto die Gelder mehrerer Kunden aufbewahrt werden, solange nicht auch zugleich Gelder des Treuhänders auf dem Konto verwahrt werden. Die notwendige Trennung zwischen Fremd- und Eigenvermögen des Treuhänders bleibt in diesem Fall aufrechterhalten. Dann, aber nur dann, lässt es die Rechtsprechung genügen, wenn nur bestimmbar ist, welchem Kunden welcher Anteil an dem Konto zusteht.[56]

(1) Grundfall

Sind einem Omnibus Wallet allein Kryptowerte von Kunden zugeordnet,[57] kann man ohne Weiteres von einem Treuhandwallet ausgehen. Das Vermögen von Verwahrer und Kunden sind in diesem Fall über unterschiedliche Wallet Adressen in hinreichender Weise getrennt.[58]

Über das interne Buchhaltungssystem des Verwahrers kann bestimmt werden, welcher Anteil der Kryptowerte in dem Wallet welchem Kunden zugeordnet ist.[59] Damit sind die Kryptowerte in einem Omnibus Wallet grundsätzlich aussonderungsfähig.[60] Zwar kann nur der Anteil des Kunden an den verwahrten Kryptowerten bestimmt werden, die Herausgabe der Kryptowerte kann dann aber entsprechend der von *K. Schmidt* zu Treuhandkonten entwickelten fiktiven Bruchteilsgemeinschaft erfolgen.[61]

(2) Vermischung von Kryptowerten

Umstritten ist aber, wie es sich verhält, wenn der Kryptoverwahrer neben den Kryptowerten der Kunden auch eigene Kryptowerte in einem Omnibus Wallet verwahrt.[62] Im Wesentlichen hängt der Streit an der Frage, wie sich das von der Rechtsprechung für Treuhandkonten entwickelte Vermögenstrennungsprinzip auf Omnibus Wallets anwenden lässt.[63]

In der Literatur wird die These aufgestellt, dass die Vermögenstrennung auch dann gewahrt werden kann, wenn sich sowohl Kryptowerte der Kunden als auch des Verwahrers einem Wallet zugeordnet werden. Über das interne Buchhaltungssystem könne einem Wallet faktisch zwei Unterkonten zugeordnet werden. Auf dem einen Unterkonto befänden sich die Kryptowerte des Verwahrers und auf dem anderen Unterkonto befänden sich die Kryptowerte der Kunden.[64]

Die Unterteilung eines Wallets in zwei Unterkonten über ein internes Buchhaltungssystem erscheint jedoch gekünstelt. Ein Wallet entspricht einem Konto, nicht aber Zweien. Auch ist die Ansicht nicht mit den hohen Anforderungen der Rechtsprechung an die Vermögenstrennung vereinbar:

Bei Treuhandkonten kann der Treugeber sein Guthaben nicht aussondern, wenn der Treuhänder ein Konto nicht nur

---

51 Vgl. *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (15 f.); implizit anwendend *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2109).

52 Die Konstellation, in welcher der Kryptoverwahrer auch eigene Kryptowerte verwahrt, wird hier, genau wie in der Literatur an einem anderen Prüfungspunkt diskutiert.

53 BGH NJW 1972, 872 (872).

54 BGH NJW-RR 2011, 779 Rn. 16 ff.; kritisch dazu *K. Schmidt,* FS Wiegand, S. 933, 961.

55 *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2110 f.); *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (16); *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 (2218).

56 mwN *K. Schmidt,* FS Wiegand, S. 933, 960 f.

57 Dies ist regelmäßig der Fall: Tagany AGB (J) „Tangany hält ihre Eigenbestände jedoch nicht auf Omnibusnutzer-Konten."; Bison blocknox AGB 4.1. „Aus rechtlichen Gründen verwahren wir eigene Kryptowährungen getrennt von den Kryptowährungen unserer Kunden."

58 *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 29.

59 *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 29; *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2110 f.); *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (16).

60 *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2110 f.); *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (16); a.A. mit Verweis auf die Beweislast *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 (2218 f.).

61 *K. Schmidt,* FS Wiegand, S. 933, 960 f.

62 Für Vermögenstrennung durch interne Buchhaltung *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2111); *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (17 f.); a.A. *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 34.

63 Vgl. zu Auslandsverwahrung *Schröder/Triantafyllakis*, BKR 2023, 12 (15 f.); implizit anwendend *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2109).

64 *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2111).

zu Treuhandverwahrung von Kundengeldern, sondern auch für eigene Gelder nutzt. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass das Vermögen der Bank und des Kunden dann nicht mehr unterscheidbar ist. Der bloße Wertbetrag, der dem Kunden weiterhin zugeordnet werden könnte, ist selbst nicht aussonderbar.[65] Wahrt die Bank die Vermögenstrennung nicht, ist auch nicht relevant, ob Einzahlungen auf dem Treuhandkonto noch in voller Höhe unterscheidbar vorhanden sind.[66]

Übertragen auf Wallets bedeutet dies, dass die Vermögenstrennung nur dann gewahrt ist, wenn sich allein Kryptowerte von Kunden auf einem Wallet befinden.[67] Selbst wenn bei einem gemischten Wallet weiterhin bestimmbar ist, welcher Anteil der Kryptowerte jeweils dem Kunden oder dem Verwahrer gehört, gewährleistet dies nicht die Vermögenstrennung.[68] Welche konkreten Kryptowerte ursprünglich zum Vermögen des Verwahrers oder der Kunden gehörten, ließe sich nicht mehr bestimmen.

Daher ist die Vermögenstrennung zwischen Verwahrer und Kunden nur dann gewahrt, wenn deren Kryptowerte auf unterschiedlichen Wallets verwahrt werden.[69]

(3) Zwischenfazit

Treuhandverwahrte Kryptowerte können nur dann ausgesondert werden, wenn sie auf anderen Wallets gehalten werden als die Kryptowerte des Verwahrers. Die notwendige Vermögenstrennung kann nämlich nicht über ein internes Buchhaltungssystem gewährleistet werden.

c) Abredewidriges Verhalten des Kryptoverwahrers

Nicht aussondern kann der Kunde hingegen dann, wenn der Kryptoverwahrer die Bindung des Treuhandvertrags missachtet. Dies ist der Fall, wenn die Kryptowerte von Kunden und Verwahrer unzulässigerweise vermischt werden, kein ordnungsgemäßes internes Buchhaltungssystem geführt wird oder der Kryptoverwahrer ohne Zustimmung des Kunden über dessen Kryptowerte verfügt.[70] Nur, wenn die Treuhand auch tatsächlich gelebt wird, rechtfertigt dies eine Zurechnung der Kryptowerte zum Vermögen der Kunden.[71]

Damit liegt das Schicksal der Kryptowerte in der Hand des Verwahrers. Achtet der Verwahrer die Treuhandabrede, kann der Kunde aussondern, tut er dies nicht, kommt bei einer entgeltlichen Verfügung an einen Dritten, allein eine – oftmals nicht erfolgversprechende – Ersatzaussonderung (§ 48 InsO) in Betracht. Auch die dem Kunden zustehenden Schadensersatzansprüche (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB) sind weitgehend wertlos, da sie als Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) der Insolvenzquote unterliegen.[72]

3. Insolvenzgläubiger ohne fremdnützige Treuhand

Wurde zwischen Kryptoverwahrer und Kunde keine fremdnützige Treuhand vereinbart, weil der Kryptoverwahrer mit den Kryptowerten der Kunden auf eigene Rechnung Erträge erwirtschaftet (Staking), hat der Kunde lediglich einen allgemeinen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Verwahrer und ist damit Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO).[73] In der Folge unterliegt der Kunde der Insolvenzquote. Wirtschaftlich gesehen steht der Kunde damit deutlich schlechter, als wenn eine fremdnützige Treuhand vereinbart worden wäre.

Insoweit besteht ein Interessenkonflikt zwischen Kunde und Kryptoverwahrer. Der Verwahrer hat ein Interesse, durch die Nutzung der Kryptowerte, auf eigene Rechnung Erträge zu erwirtschaften. Dies kollidiert mit dem Interesse des Kunden in der Insolvenz auszusondern. Anlegern ist daher zu raten, entweder Kryptowerte in einem privaten Wallet oder erst nach sorgfältiger Durchsicht der AGB bei einem Verwahrer zu halten.[74]

III. Fazit De Lege Lata

Zwischen Kryptoverwahrer kann entweder eine quasi-dingliche fremdnützige Treuhand[75] oder eine bloße schuldrechtliche Geschäftsbesorgung vereinbart werden. Kommt der Kryptoverwahrer im Rahmen der Treuhand all seinen Pflichten nach und verwahrt eigene Kryptowerte separat von denen der Kunden, können die Kunden in der Insolvenz nach geltendem Recht die Kryptowerte aussondern (§ 47 InsO). Verhält sich der Kryptoverwahrer hingegen abredewidrig und gewährleistet entweder die Vermögenstrennung oder Bestimmbarkeit nicht, kann der Kunde nicht aussondern.[76] Dann kommen, genau wie wenn keine Treuhand vereinbart wurde, nur Ansprüche in Betracht, die der Insolvenzquote unterliegen. Daher lässt sich zwar die Rechtsprechung zu Treuhandverhältnissen übertragen, weil aber wegen entgegenlaufender Interessen des Verwahrers nicht immer ein Treuhandverhältnis besteht und das Aussonderungsrecht vom Verhalten des Verwahrers abhängt, kommt man *de lege lata* dennoch teils zu unbefriedigenden Ergebnissen. Damit besteht nur in gewissen Konstellationen ein hinreichendes Schutzniveau.

D. Gesetzgebungsverfahren

Deshalb sehen sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber Regelungsbedarf in diesem Gebiet. Mit der „Markets in Crypto Assets Regulation“ (MiCAR), die bereits im Gesetzblatt veröffentlicht wurde, und dem Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG), das inzwischen als Regierungsentwurf vorliegt, sollen die Rechte der Kunden von Kryptoverwahrern in der Insolvenz gestärkt werden.[77]

---

65 BGH NJW 1972, 872 (872); *Henssler*, AcP 196 (1996) 37, 58.
66 BGH NZI 2011, 371 Rn. 23.
67 *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 34.
68 Vgl. BGH NJW 1972, 872 (872); *Henssler*, AcP 196 (1996) 37, 58.
69 *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 34; mit der Beweislast begründend *d'Avoine/Hamacher*, ZIP 2022, 2214 (2219).
70 Vgl. BGH NJW-RR 2011, 779 Rn. 16; *Holzer*, ZIP 2009, 2324 (2329).
71 *Holzer*, ZIP 2009, 2324 (2328).
72 Vgl. *Holzer*, ZIP 2009, 2324 (2329).
73 Vgl. *Büteröwe*, K. Schmidt InsO § 38 Rn. 1.
74 *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 21 ff.
75 *Ganter*, MüKoInsO § 47 Rn. 356c.
76 Vgl. *Holzer*, ZIP 2009, 2324-2329.
77 Ref-E ZuFinG S. 2, 55, 119.

I. Rechtliche Vermögenstrennung

1. Vermögenstrennungspflicht

Daher sind verwahrte Kryptowerte vom Kryptoverwahrer *rechtlich* – im Einklang mit der jeweils geltenden Rechtsordnung – derart vom Vermögen des Kryptoverwahrers zu trennen, dass die Gläubiger des Kryptoverwahrers in der Insolvenz nicht auf die Kryptowerte der Kunden zugreifen können (Art. 75 Abs. 7 S. 3 MiCAR).[78] Ein konkretes Herausgaberecht der Kunden an den verwahrten Kryptowerten wird nicht ausdrücklich in der MiCAR statuiert. Dies würde der Systematik der MiCAR widersprechen, da die MiCAR keine unmittelbare privatrechtliche Wirkung hat, sondern allein aufsichtsrechtliche Pflichten festlegt.[79]

2. Rechtliche Zuordnung in der Insolvenz

Damit bleibt es Aufgabe der Kryptoverwahrer, die Beziehung mit ihren Kunden so zu gestalten, dass die Kryptowerte in der Insolvenz derart von ihrem Vermögen getrennt sind, dass die Kryptowerte nach nationalem Recht herausverlangt werden können. Nach deutschen Insolvenzrecht ist dies de lege lata – wie bereits dargelegt – nur durch die Aussonderung (§ 47 InsO) in Treuhandbeziehungen möglich. Damit entsteht eine Pflicht zur fremdnützigen Treuhand, die den bereits dargelegten Interessenkonflikt über die wirtschaftliche Nutzung der verwahrten Kryptowerte auf Rechnung des Verwahrers zwischen Kunden und Verwahrer auflöst.

Darüber hinaus hat sich der deutsche Gesetzgeber entschieden, weitere Rechtsklarheit zu schaffen. Nach § 46i Abs. 1 S. 1 KWG-E gelten „für einen Kunden verwahrte Kryptowerte […] als dem Kunden gehörig". Damit zieht die Norm ausweislich ihrer Begründung „die haftungsrechtlichen Konsequenzen aus dem Treuhandcharakter des Verwahrgeschäfts, der den Kunden als wirtschaftlich Berechtigten ausweist."[80] Die vermögensrechtliche Zuordnung der Kryptowerte und kryptografischen Schlüssel zum Kunden erfolgt dabei lediglich als Fiktion.[81] Eine Fiktion nutzt der deutsche Gesetzgeber deshalb, um die Debatte zur Rechtsnatur und den güter- und güterzuordnungsrechtlichen Fragen offenzulassen.[82] Ausdrücklich wird auch in § 46i Abs. 1 KWG-E kein Aussonderungsrecht des Kunden angeordnet. Da die Kryptowerte aber fiktiv zum Vermögen des Kunden gehören, sind diese in der Insolvenz massefremd. Damit schafft § 46i Abs. 1 KWG-E die Voraussetzungen für ein Aussonderungsrecht.[83]

3. Tatsächliche Vermögenstrennung als Voraussetzung für rechtliche Vermögenstrennung?

In ersten Interpretationsversuchen der Literatur zu § 46i Abs. 1 KWG-E während der Referentenentwurfsphase wurde von *Skauradszun* und *Haneke* vertreten, dass die vermögensrechtliche Fiktion des § 46i Abs. 1 KWG-E und damit in der Folge auch die Aussonderung nicht an die Bedingung geknüpft seien, dass eine *tatsächliche* Vermögenstrennung (§ 26b Abs. 1 S. 1 KWG-E) gewahrt wird.[84] Der Kryptoverwahrer könne sich abredewidrig verhalten und sogar über einen Teil des Kryptowerte Bestands verfügen, ohne dass dies die Aussonderung hindere.[85] Dies lasse der Wortlaut von § 46i Abs. 1 KWG-E zu, der ein pflichtgemäßes Verhalten des Verwahrers nicht ausdrücklich voraussetze:

„Der im Rahmen eines Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden verwahrte Kryptowert gilt als dem Kunden gehörig."[86]

Mit gewichtigen Argumenten ließ sich diese Literaturansicht aber bestreiten. Inhaber von Kryptowerten würden in der Insolvenz besser geschützt als solche Anleger, die Bankguthaben oder Wertpapieren treuhänderisch verwahren lassen.[87] Bei Bankguthaben oder Wertpapieren müsste die Vermögenstrennung weiterhin gewährleistet sein.[88] Zu diesem Schluss kam auch *Skauradszun*, hielt die Diskrepanz aber – ohne weitere Begründung – für „vertretbar".[89]

Ein weiterer Aspekt war, dass rechtsdogmatisch nicht ersichtlich ist, woraus sich eine *rechtliche* Zuordnung zum Kundenvermögen rechtfertigt. Nur aus der Treuhandabrede konnte sich eine solche Zuordnung rechtfertigen.[90] Dann aber, wenn die Treuhandabrede mangels Vermögenstrennung nicht tatsächlich gelebt ist, ist nicht ersichtlich, weshalb die Kryptowerte dem Vermögen der Kunden und nicht des Verwahrers (Schuldners) zugeordnet sind. Der BGH hat hierzu passend formuliert: „Respektiert der Treuhänder die treuhänderische Bindung des Kontos [oder Wallets] nicht, kann dies auch von seinen Gläubigern nicht verlangt werden."[91]

Zutreffend hat der Gesetzgeber daher in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung zu Treuhandabreden die Begründung des Regierungsentwurfs nachgeschärft. Nur solche Kryptowerte, „die nach Maßgabe des § 26b Absatz 1 Satz 1 KWG-E getrennt von den Werten und Schlüsseln des Instituts und anderer Kunden verwahrt werden und die darum dem Kunden individuell zugeordnet werden können"[92] sind demnach dem Kundenvermögen zugeordnet. Darüber hinaus wäre es aber wünschenswert gewesen, nicht nur in der Begründung nachzuschärfen, sondern auch den Wortlaut von § 46i Abs. 1 KWG-E anzupassen:

„Der im Rahmen eines Kryptoverwahrgeschäfts für einen Kunden **nach Maßgabe des § 26b Abs. 1** verwahrte Kryptowert gilt als dem Kunden gehörig."[93]

---

[78] Missverständlich noch zur Vorgängernorm Art. 67 Abs. 10 MiCAR „Verpflichtung der Mitgliedsstaaten" *Skauradszun/Schweizer/Kümpel*, ZIP 2022, 2101 (2112).
[79] Vgl. *Burchardi*, EuZW 2021, 1013 (1018).
[80] Ref-E ZuFinG S. 119.
[81] Stellungnahme des VID zum ZuFinG S. 6.
[82] Ref-E ZuFinG S. 120.
[83] *Skauradszun*, RDi 2023, 269 Rn. 5.
[84] *Skauradszun*, RDi 2023, 269 Rn. 9; *Haneke*, BeckOK InsR § 47 Rn. § 92i.1.
[85] *Skauradszun*, RDi 2023, 269 Rn. 17.
[86] Ref-E ZuFinG S. 34.
[87] Vgl. BGH NJW-RR 2011, 779 Rn. 17.
[88] Vgl. BGH NJW-RR 2011, 779 Rn. 17.
[89] *Skauradszun*, RDi 2023, 269 Rn. 17.
[90] Vgl. *Lange*, NJW 2007, 2513 (2514).
[91] Vgl. BGH NJW-RR 2011, 779 Rn. 16.
[92] Reg-E ZuFinG S. 162.
[93] Vgl. Stellungnahme Gravenbrucher Kreis ZuFinG S. 5.

4. Ausnahme von der vermögensrechtlichen Fiktion

Die vermögensrechtliche Fiktion und damit das Aussonderungsrecht greifen dann nicht, wenn „der Kunde die Einwilligung zu Verfügungen über den Wert für Rechnung des Instituts oder Dritter erteilt hat." (§ 46i Abs. 1 S. 1 KWG-E). Damit soll ausweislich der Begründung sichergestellt werden, dass nur solche Verwahrverhältnisse von der Fiktion erfasst werden, die dem Kunden eine „echte wirtschaftliche Berechtigung vermitteln".[94] Beachtet man diese Zielsetzung, dann sind auch solche Verhältnisse, in denen der Kryptoverwahrer mit den Kryptowerten der Kunden durch Teilnahme am Konsensverfahren einer Blockchain Erträge erwirtschaften kann (Staking), von der vermögensrechtlichen Fiktion ausgenommen. Dies ist zwar keine „Verfügung" (§ 46i Abs. 1 S. 1 KWG-E) im klassischen sachenrechtlichen Sinne, sondern die Ziehung von Nutzungen (§ 100 BGB), doch liegt auch hier die wirtschaftliche Berechtigung – zumindest in Teilen – beim Kryptoverwahrer. Versteht man § 46i Abs. 1 KWG-E deshalb, wie nach hier vertretener Ansicht, als Fortführung der Rechtsprechung zu Treuhandverhältnissen, dann kann auch in diesem Fall keine vermögensrechtliche Zurechnung zum Kunden erfolgen. Die vermögensrechtliche Zuordnung rechtfertigt sich nur daraus, dass der Kunde alleiniger wirtschaftlicher Berechtigter ist. Dies ist aber, wenn der Verwahrer mit den Kryptowerten auf eigene Rechnung Erträge erwirtschaftet, gerade nicht der Fall. Dementsprechend ist „Verfügung" i.S.v. § 46i Abs. 1 S. 2 KWG-E weit auszulegen. Dies hindert den Verwahrer aber nicht daran, für seine Kunden „Staking" auf deren Rechnung anzubieten. Dann liegt die wirtschaftliche Berechtigung allein beim Kunden und der Zweck von § 46i Abs. 1 S. 2 KWG-E wird nicht tangiert.[95]

II. Einhaltung der tatsächlichen Vermögenstrennung

1. Tatsächliche Vermögenstrennungspflicht nach dem KWG-E

Um die tatsächliche Vermögenstrennungspflicht nach § 26b Abs. 1 S. 1 KWG-E einzuhalten, muss der Kryptoverwahrer – genau, wie dies nach der Rechtsprechung zu Treuhandkonten notwendig ist – seine Kryptowerte auf anderen Wallets halten, als die Kryptowerte seiner Kunden. Besonders relevant wird dies für Omnibus-Wallets, weshalb im KWG-E die Verpflichtung der Vermögenstrennung bei der Verwahrung in Omnibus-Wallets („gemeinschaftliche Verwahrung") besonders hervorgehoben wird (§ 26b Abs. 1 S. 2 KWG-E).[96] Diese ist dann eingehalten, wenn dem Wallet allein Kryptowerte von Kunden zugeordnet sind und sich der Anteil – nicht aber bestimmte Kryptowerte – des Kunden an den gemeinschaftlich verwahrten Werten jederzeit bestimmten lässt. Diese ebenfalls von der Rechtsprechung zu Treuhandkonten inspirierte Regelung[97] billigt damit implizit auch die Praxis der Omnibus-Verwahrung von Kryptowerten.

Grundsätzlich kann die Vermögenstrennungspflicht auch bereits aus dem Treuhandvertrag hergeleitet werden,[98] nun kann die tatsächliche Vermögenstrennungspflicht aber durch die jeweilige Aufsichtsbehörde – in Deutschland durch die BaFin – mittels Verwaltungsgeldbußen durchgesetzt werden (Art. 111 Abs. 1 lit. d MiCAR; § 57 Abs. 1 KWG-E). Diese Verwaltungsgeldbußen mitigeren das Risiko für den Kunden, dass in der Treuhandbeziehung die Aussonderung allein vom abredegemäßen Verhalten des Kryptoverwahrers – namentlich der Einhaltung der Vermögenstrennung – abhängt.

2. Tatsächliche Vermögenstrennungspflicht nach der MiCAR

Neben der Regelung im nationalen Recht legt auch die MiCAR die Organisationspflicht fest, eigene Beteiligungen an Kryptowerten getrennt und gesondert gekennzeichnet zu verwahren (Art. 75 Abs. 7 S. 1 MiCAR). Dafür dürfen die Kryptowerte von Verwahrer und Kunden nicht an gleicher Stelle auf der Blockchain eingetragen sein (Art. 75 Abs. 7 S. 2 MiCAR).

Damit stellt sich die Frage, inwieweit es zulässig ist, dass der deutsche Gesetzgeber neben der durch die Verordnung unmittelbar geltenden *tatsächlichen* Vermögenstrennungspflicht (Art. 75 Abs. 7 S. 1 MiCAR) zusätzlich im nationalen Recht eine *tatsächliche* Vermögenstrennungspflicht geschaffen hat (§ 26b Abs. 1 KWG-E). Teils wird von einer zulässigen Konkretisierung- und Durchführungsvorschrift ausgegangen.[99]

III. Zwischenfazit: Tatsächliche Auswirkungen von MiCAR und ZuFinG

Die kodifizierten Trennungspflichten auf europäischer und nationaler Ebene werden in Zukunft von den Kryptoverwahrern zu beachten sein. Soweit zwischen Verwahrern und Kunden noch keine Treuhandbeziehung besteht, durch welche rechtliche Vermögenstrennung gewährleistet werden kann, müssen Kryptoverwahrer ihre AGB ändern. Möglich ist, dass Kryptoverwahrer nun ihre Gebühren anheben werden, um die verlorenen Erträge, die ohne Treuhandbeziehung mit den Kryptowerten von Kunden erwirtschaftet werden konnten, zu kompensieren.

Für Kunden von Kryptoverwahrern wird ein höheres Schutzniveau erreicht. Die Trennungspflichten und die vermögensrechtliche Fiktion legen die Grundlage für eine Aussonderung der Kryptowerte nach deutschem Insolvenzrecht (§ 47 InsO). Kunden werden nun in der Insolvenz eines Kryptoverwahrers umfassender und unabhängig vom konkreten Kryptoverwahrer einheitlich geschützt.

---

[94] Ref-E ZuFinG S. 120.

[95] Zur Rechtslage vor dem ZuFinG ausführlich *Meier/Schneider/Schinerl*, RDi 2023, 257 Rn. 47 ff.

[96] *Skauradszun*, RDi 2023, 269 Rn. 8.

[97] Vgl. mwN *K. Schmidt,* FS Wiegand, S. 933, 960 f.

[98] Vgl. *Lange*, NJW 2007, 2513 (2514).

[99] *Skauradszun*, RDi 2023, 269 Rn. 18 geht davon aus, dass die Vorschrift als Konkretisierung- und Durchführungsvorschrift zulässig ist.

E. De Lege Ferenda

Deshalb wird die Regelungsintention ZuFinG und der MiCAR betreffend des Schicksals von Kryptowerten in der Insolvenz weitgehend positiv gewürdigt.[100] An mancher Stelle besteht aber noch Regelungsbedarf de lege ferenda.[101]

I. Umfangreiche Zivilrechtliche Lösung

Im nachfolgenden Regelungsvorschlag soll, da dies ersichtlich den Umfang des ZuFinG gesprengt hätte, nicht darauf eingegangen, dass der Gesetzgeber auch eine umfangreiche zivilrechtliche Lösung in Form von Privateigentum an Datenobjekten[102] hätte schaffen können. Hierdurch wäre mittelbar entlang des Schicksals herkömmlichen Eigentums auch das insolvenzrechtliche Schicksal von Kryptowerten in der Insolvenz des Verwahrers geklärt worden.

II. Originär insolvenzrechtliche Lösung

Vielmehr soll sich die hier vorgebrachte Kritik allein gegen die systematische Einordnung in die Finanzmarktregulierung und den damit einhergehenden Folgeproblemen richten. Denn die Fiktion des KWG-E begründet nur für Kryptowerte i.S.v. § 1 Abs. 11 S. 4 KWG ein Aussonderungsrecht. Je nach Gestaltung des Tokens sind Utility Token aber nicht von dieser Definition umfasst.[103] Deshalb besteht insoweit eine Schutzlücke für Utility Token. Eine (rechtsunsichere) Aussonderung aufgrund der Treuhandverwahrung ist nach der hier vertretenen Ansicht „de lege lata" aber weiterhin möglich.

Die MiCAR hat diese Schutzlücke nicht. Deren Definition von Kryptowerten umfasst auch Utility Token (Art. 3 Abs. 9 i.V.m. Abs. 5 MiCAR). Insoweit wird der deutsche Gesetzgeber nicht seinem Anspruch gerecht, dem Schutzniveau der MiCAR gerecht zu werden.[104] Aber auch die MiCAR umfasst nicht sämtliche Kryptowerte. Teils sind fungible Kryptowerte (NFT's) von deren Anwendungsbereich ausgeschlossen.[105]

Damit zeigt sich das systematische Problem, dass die Anknüpfung der Gläubigerrechte an die Finanzmarktregulierung durch MiCAR und dem KWG aufweist. Aufgrund der vorwiegend finanzmarktregulierenden Funktion umfasst deren Anwendungsbereich immer nur bestimmte Arten von Kryptowerten, die dieser Finanzmarktregulierung unterworfen sein sollen.[106] Damit verbleiben aber immer Schutzlücken für solche Kryptowerte, die nicht unter das jeweilige Regulierungsregime fallen. Hätte man die vermögensrechtliche Fiktion von Kryptowerten nicht im KWG, sondern in der InsO geregelt, könnte man sich von den restriktiven Definitionen der Finanzmarktregulierung lösen und umfassenden Schutz für Kryptowerte gewähren.

Diesen Ansatz hat beispielsweise die Schweiz mit dem Aussonderungsrecht für Kryptowerte nach Art. 242a SchKG gewählt. In dem dortigen Konkursrecht hat man einen wesentlich weiteren Tatbestand geschaffen.[107] Man musste keine Rücksicht darauf nehmen, was für aufsichtsrechtliche Folgen dies hat. Eine solche originär insolvenzrechtliche Lösung wäre auch für das deutsche Recht zu befürworten. Die *rechtliche* und *tatsächliche* Vermögenstrennungspflicht für Kryptoverwahrer könnte man nach dieser Konzeption im KWG beibehalten. Allein der Normgehalt von § 46i Abs. 1 KWG-E – die vermögensrechtliche Fiktion – sollte mit einer umfassenderen Definition von Kryptowerten in das Insolvenzrecht verlagert werden. In der Folge könnten auch solche Kryptowerte, die nicht dem KWG oder der MiCA unterfallen, aber dennoch bei einem Kryptoverwahrer oder sonstigen fremdnützigen Treuhänder verwahrt werden, unter Einhaltung der in diesem Fall lediglich vertraglich bedingten Vermögenstrennungspflicht, ausgesondert werden.

F. Schlussbetrachtungen

1. Ob bereits de lege lata Kryptowerte in der Insolvenz des Krypoverwahrers herausverlangt werden können, hängt davon ab, ob eine Treuhand vereinbart wurde. Verhält sich der Kryptoverwahrer gemäß der Treuhandabrede und hält eigene Kryptowerte auf einem anderen Wallet als Kryptowerte von Kunden, ist der Kunde durch ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) geschützt. Anderenfalls unterliegt der Kunde als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) der Insolvenzquote. Daher besteht kein einheitliches Schutzniveau für die Kunden von Kryptoverwahrern.

2. Durch den KWG-E und die MiCAR werden eine *rechtliche* und *tatsächliche* Vermögenstrennungspflicht kodifiziert. Die vermögensrechtliche Fiktion des § 46i Abs. 1 KWG-E als Schlussfolgerung aus der *rechtlichen* und *tatsächlichen* Vermögenstrennung begründet rechtssicher ein Aussonderungsrecht. Im Ergebnis wird ein hohes Schutzniveau für alle Kunden von Kryptoverwahrern in der Insolvenz gewährleistet.

3. Noch bestehen aber (kleine) Schutzlücken für Kryptowerte im KWG-E und der MiCAR. Dies ist der kapitalmarktrechtlichen Lösung geschuldet, die nicht alle Kryptowerte umfasst. Langfristig gesehen wird der Gesetzgeber eine umfangreiche zivilrechtliche Lösung für Kryptowerte schaffen müssen. Nach dieser Lösung wird sich dann auch das Schicksal der Kryptowerte in der Insolvenz des Kryptoverwahrers richten.

---

[100] Stellungnahme des VID ZuFinG S. 6.; Gravenbrucher Kreis ZuFinG S. 2; Deutscher Anwalt Verein Rn. 5.
[101] VID ZuFinG S. 6. ff; Gravenbrucher Kreis ZuFinG S. 2 ff.
[102] *Omlor*, WM 2022, 2153 (2154 f.).
[103] *Schäfer*, Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 300c.
[104] Stellungnahme Gravenbrucher Kreis ZuFinG S. 2.
[105] Art. 2 Abs. 3 MiCAR; Erwägungsgrund 10.
[106] Vgl. *Schäfer*, Fischer/Schulte-Mattler KWG § 1 Rn. 300c.
[107] Schweizer BBI 2020 S. 264 ff.