

MICHAEL DENGA

Zurechnung

Jus Privatum

268

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM
Beiträge zum Privatrecht

Band 268



Michael Denga

Zurechnung

Vom Trennungsprinzip
zum Mehrebenensystem

Mohr Siebeck

Michael Denga, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft in Berlin, Paris (Maîtr. en Droit) und London (LL.M.); Promotion 2015; Assessorexamen 2016, anschließend Rechtsanwalt; 2018–2022 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin; 2022 Habilitation; seither Lehrstuhlvertreter an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.
orcid.org/0000-0003-1880-8385

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 509074272 – und die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung.

ISBN 978-3-16-161614-3 / eISBN 978-3-16-161615-0
DOI 10.1628/978-3-16-161615-0

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde-Druck aus der Garamond gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Vogel, Siri und Ritter.

Ausschließlich zum Zweck der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die geschlechtsspezifische Schreibweise verzichtet. Alle personenbezogenen Bezeichnungen sind geschlechtsneutral zu verstehen.

Vorwort

Diese Arbeit will die Zurechnung im Privat- und Unternehmensrecht systematisieren. Zu einer vertieften wie umfassenden Auseinandersetzung mit der Zurechnung hat mich der Befund motiviert, dass der Begriff der Zurechnung schon im ersten Semester wie selbstverständlich vorausgesetzt wird, gleichsam jedoch schwierigste Fragestellungen aufwirft – was sich nicht zuletzt in der juristischen Aufarbeitung der großen Wirtschaftsskandale der letzten Jahre widerspiegelt. Insbesondere der Abgleich von deutschem mit europäischem Recht zu Fragen der Zurechnung schien wegen grundsätzlich verschiedener Dogmen – Trennungsprinzip und wirtschaftliche Einheit – vielversprechend. Die Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin im Wintersemester 2021/2022 als Habilitationsschrift angenommen. Später erschienene Rechtsprechung und Literatur konnte größtenteils noch in den Fußnoten berücksichtigt werden.

Entstanden ist die Schrift während meiner Zeit als Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin, wo ich am Lehrstuhl von Stefan Grundmann tätig war. Ihm gilt mein besonderer Dank für die vielen Jahre Inspiration und unermüdlicher Unterstützung, auch bei der Betreuung dieser Arbeit. Als herausragender Dogmatiker und interdisziplinärer Pionier, nicht zuletzt freilich auch als europäischer Intellektueller und Humanist, ist mir Stefan Grundmann immer ein Vorbild. Ich danke weiterhin Herbert Zech für wertvolle Anregungen, brillante Einsichten in die Logik der Technikregulierung sowie für die Erstellung des Zweitgutachtens und die freundliche Aufnahme als Fellow am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft, dessen Direktor er ist. Für ihren Rat während der Habilitationsphase danke ich außerdem herzlich Philipp Hacker, Linda Kuschel, Philipp Maume, Anne-Christin Mittwoch, Moritz Renner und Björn Steinrötter. Meine Kollegen am Lehrstuhl und im akademischen Umfeld haben alle direkt oder indirekt zum Gelingen der Habilitation beigetragen. Dafür und für ihre positive Energie bedanke ich mich insbesondere bei Nico Adrian, Frénegonde Blum, Eckhard Bremer, Henning Böttcher, Fernanda Bremenkamp, Klaas Eller, Heike Fach, David Haubner, Angela Huhn, Vincent Moori, Jan-Erik Schirmer, Arthur Winter und Zeno Wirtz.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft sowie die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung haben die Drucklegung des Buches durch ihre großzügige Förderung ermöglicht, wofür ich sehr dankbar bin. Meiner Familie und meinen Freunden danke ich von ganzem Herzen: Eure Unterstützung, Eure Geduld, Eure Wärme und Euer Witz sind mehr als lediglich kausal für meine Arbeit.

Berlin, im Juni 2022

Michael Denga

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
<i>Einleitung</i>	1
A. Problemstellung und Erkenntnisinteresse	1
B. Zurechnung im Unternehmensrecht	5
C. Gang und Methoden der Untersuchung	8
D. Stand der Untersuchungen	14
<i>Teil 1: Begriff und Probleme der Zurechnung</i>	17
Kapitel 1: Begriff der Zurechnung und Zurechnung als Regulierung	19
A. Undifferenzierter Begriffsgebrauch	19
B. Proprium der Zurechnung	25
C. Zurechnung als Regulierung	36
<i>Teil 2: Zurechnung im positiven Recht</i>	43
Kapitel 2: Zurechnung im allgemeinen Privatrecht	45
A. Recht der Willenserklärungen	45
B. Haftungsrecht	70
C. Bereicherungsrecht	106
D. Sachenrecht	119
E. Subjektive Merkmale – „Wissenszurechnung“	129
Kapitel 3: Zurechnung in Zentralgebieten des Unternehmensprivatrechts	143
A. Grundfragen der Zurechnung im Unternehmensrecht	143

B. Komplexe Vertragsbeziehungen	153
C. Konzernrecht	194
D. Kapitalmarktrecht	232
E. Geistiges Eigentum	262
<i>Teil 3: Systematisierung der Zurechnung</i>	<i>295</i>
Kapitel 4: Wertungen und Strukturen der Zurechnung	297
A. Zurechnungsinstrumente	297
B. Zentrale Wertungen der Drittzurechnung	307
C. Einwirkung des Europarechts auf die Zurechnungsdogmatik	322
Kapitel 5: Legitimität der Zurechnung	337
A. Die Legitimitätsfrage	337
B. Zurechnung als Grundrechtseingriff	340
C. Legitimitätsfilter der Zurechnung	351
<i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	<i>361</i>
Literaturverzeichnis	377
Sachverzeichnis	439

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
<i>Einleitung</i>	1
A. Problemstellung und Erkenntnisinteresse	1
B. Zurechnung im Unternehmensrecht	5
C. Gang und Methoden der Untersuchung	8
I. Rechtsdogmatische Arbeit	8
II. Rechtspositiver Ausgangspunkt und Struktur	9
III. Methoden	10
IV. Bedeutung der Systembildung	11
D. Stand der Untersuchungen	14
<i>Teil 1: Begriff und Probleme der Zurechnung</i>	17
Kapitel 1: Begriff der Zurechnung und Zurechnung als Regulierung	19
A. Undifferenzierter Begriffsgebrauch	19
I. Paralleldiskurse im Recht	19
1. Dominanz des Strafrechts	19
2. Weitere Ansätze	21
II. Diffuser Zurechnungsbegriff des Privatrechts	22
1. Weit gestreute Anknüpfungspunkte	22
2. Vielzahl von Umschreibungen	23
3. Rechtspolitische Aufladung	24
B. Proprium der Zurechnung	25
I. Abgrenzung zur Kausalität	25
1. Kausalität als Minimalvoraussetzung der Zurechnung	25
2. Metaphysische Aufladung der Kausalität	26
II. Zurechnungsbegriff nach Kelsen	27

1. Verortung der Zurechnungslehre Kelsens	27
2. Normativität der Zurechnung	28
3. Zurechnung von Rechtsfolgen	30
4. Zurechnung zu normativen Endpunkten	31
5. Besondere Eignung des Kelsenschen Ansatzes	33
C. Zurechnung als Regulierung	36
I. Metamorphose des Privatrechts	36
II. Regulierungscharakter von Zurechnung im Privatrecht	40
 <i>Teil 2: Zurechnung im positiven Recht</i>	 43
 Kapitel 2: Zurechnung im allgemeinen Privatrecht	 45
A. Recht der Willenserklärungen	45
I. Privatautonomie als erster Zurechnungsgrund	45
1. Privatrechtsgesellschaft	45
2. Zentralinstrument Willenserklärung	47
II. Zuordnung von Rechtsverhältnissen durch Vertrag	49
1. Ausdrückliche Ordnung von Rechtsverhältnissen durch Vertrag	49
2. Konkludente Ordnung mehrpoliger Rechtsverhältnisse durch Vertrag	50
III. Grenzen der privatautONOMEN Zuordnungsgestaltung	54
1. Gesetzliche Grenzen privater Zuordnung	54
2. Keine Verträge zu Lasten Dritter	55
a) Zulässige Begünstigungen	55
b) Verbotene Rechtsnachteile	56
c) Zulässige Belastungen	57
d) Wertungen	58
3. Gemeinschaftsschutz	58
4. Haftungsbeschränkungen mit Drittbezug	61
IV. Handeln für andere	63
1. Rechtsgeschäftliche Stellvertretung	63
a) Allgemeines	63
b) Vertretungsmacht	64
c) Offenkundigkeit	66
2. Weitere Modi der Stellvertretung	67
a) Rechtserhebliche Handlungen nicht rechts- geschäftlicher Art	67
b) Mittelbare Stellvertretung	68
V. Zusammenfassung für das Recht der Willenserklärungen	69

B. Haftungsrecht	70
I. Begriff und Abgrenzung des Haftungsrechts	70
II. Mehrpersonenverhältnisse im Haftungsrecht	72
III. Ökonomik als monistisches Zurechnungsprinzip?	73
1. Grunderwägungen	73
2. Kritik	75
3. Ethik als traditionelle Hauptbegründung des Haftungsrechts	75
IV. Zentrale Zurechnungsnormen	77
1. Reihenfolge der Untersuchung	77
2. § 278 BGB	77
a) Anwendungsbereich und Wirkung	77
b) Zu Grunde liegende Wertungen	78
aa) Ethik	79
bb) Ökonomik	80
cc) Voluntarismus	81
dd) Zusammenfassende Betrachtung	82
3. § 831 BGB	83
a) Anwendungsbereich und Wirkung	83
b) Zu Grunde liegende Wertungen	84
4. §§ 31, 89 BGB	85
a) Anwendungsbereich und Wirkung	85
b) Zu Grunde liegende Wertungen	87
5. § 830 BGB (mit § 840 BGB)	89
a) Anwendungsbereich und Wirkung	89
b) Zu Grunde liegende Wertungen	90
V. Überlagerung der Spezialnormen durch Organisations- pflichten	91
1. Ausweitung der Sorgfaltspflichten im Haftungsrecht	92
2. Organisationspflichten der Arbeitsteilung	93
3. Das Dogma des Rechtsträgerprinzips	95
4. Dogmatik der Störerhaftung	98
VI. Multikausales Großgeschehen	101
1. Volle Haftung jedes Beteiligten	101
a) Keine causa proxima	101
b) Wertungsprobleme	102
2. Normativer Zurechnungsausschluss	102
a) Konkrete Sorgfaltspflichten	102
b) Herausforderungsfälle	103
c) Proportionalhaftung?	104
VII. Zusammenfassung zur Drittzurechnung im Haftungsrecht	105

C. Bereicherungsrecht	106
I. Funktion und Grundgedanken	106
II. Mehrpersonenverhältnisse im Bereicherungsrecht	107
1. Mehrpersonenverhältnisse als Problem der Drittzurechnung	107
2. Überblick und Systematisierung	108
III. Zentrale Zurechnungsnormen	109
1. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	109
a) Anwendungsbereich	109
b) Zu Grunde liegende Wertungen	110
2. § 822 BGB	111
a) Anwendungsbereich	111
b) Zu Grunde liegende Wertungen	111
IV. Zurechnung durch den Leistungsbegriff	112
1. Leistungsketten	112
2. Anweisungsfälle	113
3. Leistung auf fremde Schuld	115
4. Zession	116
5. Leistungsversprechen an Dritte	116
V. Zusammenfassung zu den Zurechnungswertungen des Bereicherungsrechts	117
D. Sachenrecht	119
I. Funktion und Grundgedanken	119
II. Mehrpersonenverhältnisse im Sachenrecht	122
1. Besitzverhältnisse	122
2. Eigentumsverhältnisse	125
a) Rechtsgeschäftlicher und gutgläubiger Erwerb	125
b) Verbindung, Vermischung, Verarbeitung	126
III. Ergebnis zur Zurechnung im Sachenrecht	129
E. Subjektive Merkmale – „Wissenszurechnung“	129
I. Grundlagen	129
II. Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 166 BGB	132
1. Von der Suche nach „Repräsentanten“ zu Wissens- organisationspflichten	132
2. Modell der Risikozuweisung unter § 166 BGB	134
3. Exkulpationsmöglichkeiten und Ausnahmen?	137
III. Ausweitung des Wissensbegriffs als Zurechnungsobjekt	138
IV. Zusammenfassung zur Wissenszurechnung	140

Kapitel 3: Zurechnung in Zentralgebieten des Unternehmensprivatrechts	143
A. Grundfragen der Zurechnung im Unternehmensrecht	143
I. Allgemeine Grundsätze als Leitlinien der Zurechnung	143
1. Schnelligkeit und Sicherheit des Handelsrechts	144
2. Balance zwischen Ermöglichung und Konfliktausgleich im Gesellschaftsrecht	145
II. Die Begründung künstlicher Rechtsträger als Zurechnungsentscheidung	146
1. Rechtsfähigkeit und Vermögen als wechselbezügliche Kategorien	147
2. Die Anerkennung künstlicher Rechtsträger als Wertungsfrage	147
3. Die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften im Spektrum kollektiver Vermögensbindung	148
III. Stellvertretung im Unternehmensverkehr	149
1. Besondere Arten der Vollmacht	149
2. Offenkundigkeit beim „unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft“	150
3. Organschaftliche Stellvertretung	151
IV. Zusammenfassung der Grundfragen unternehmensrechtlicher Zurechnung	152
B. Komplexe Vertragsbeziehungen	153
I. Komplexe Vertragsstrukturen als Hybride zwischen Markt und Organisation	153
1. Untersuchungsgegenstand und Zurechnungsfragen	153
2. Interdisziplinäre Theorie komplexer Vertragsstrukturen	154
a) Relevanz für die Zurechnung?	154
b) Institutionenökonomik	155
c) Unternehmenssoziologie	158
d) Ein Recht der Vertragsnetze?	159
II. Risikoallokation in Zulieferverhältnissen	161
1. Konstruktion und zentrale Fragen	161
2. Zurechnung bei der Produkthaftung	162
a) Zweispuriges System	162
b) Rollenverteilung der Produkthaftung	164
c) Einheitliche Zurechnung über den Sorgfaltsbegriff	165
d) Besonderheiten bei KI-Systemen	168
3. Zurechnung bei illegaler Endnutzung	171
a) Problemlage und dogmatische Ansätze	171

b)	Bewertung nach unternehmenssoziologischen Erkenntnissen	172
c)	Wertungen hinter dem Erkennbarkeitsmaßstab	174
III.	Lieferketten	174
1.	Ein Sonderfall des Zuliefervertrags	174
a)	Diverse Komponenten der Komplexität	174
b)	Durchbildung im Mehrebenensystem	175
2.	Organisationspflichten über das Unternehmen hinaus?	176
a)	Berichtspflichten unter der CSR-Richtlinie	176
b)	Neue Pflichten unter dem Lieferkettensorgfalts- pflichtengesetz	178
3.	Ethik als Zurechnungsgrund	179
IV.	Digitale Plattformen	180
1.	Ökonomik des Plattformmodells	180
2.	AGB-Organisationen	183
3.	Vom Intermediärsprivileg zur spezifischen Inpflicht- nahme für Inhalte	186
a)	Mithaftung für Nutzer?	186
b)	Intermediärsprivileg	187
c)	Relativierung des Intermediärsprivilegs im geistigen Eigentum	188
d)	Prozedurale Regulierung von Nutzerkonflikten	189
4.	Zurechnung durch Grundrechtsbindung	191
V.	Zusammenfassung zur Zurechnung in komplexen Vertragsbeziehungen	193
C.	Konzernrecht	194
I.	Das Konzernverhältnis und dessen Auswirkungen im Überblick	194
1.	Begriff und Regelungsvektoren des Konzernrechts	194
2.	Ökonomik des Konzerns	197
3.	Verfassungsmäßige Legitimation des Konzerns unter der Organisationsfreiheit	198
II.	Insbesondere: keine „Konzernhaftung“	201
III.	Europarechtliche Konsolidierung des Konzernrechts	203
1.	Europäische Unternehmensregulierung ohne Trennungsprinzip	203
2.	Wettbewerbsrecht	205
a)	Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung	205
b)	Wettbewerbsrechtlicher Unternehmensbegriff	206
c)	Zu Grunde liegende Wertungen	209
3.	Related Party Transactions	212

a) Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung	212
b) Zurechnungswertungen	214
4. Übernahmetatbestände	215
a) Wirkung, Anwendungsbereich	215
b) Zurechnungswertungen	216
5. Datenschutzrecht	216
a) Datenschutz als Zurechnungsproblem des Unternehmensrechts	216
b) Verantwortlichkeit als Schlüsselkonzept datenschutz- rechtlicher Pflichtenordnung	218
c) Trennungsprinzip für die Primärpflichten der Datenverarbeitung im Konzern	219
d) Eigene Kategorien für Verarbeitung in Mehrpersonen- verhältnissen	221
e) Gesamtschuldnerische Sekundärhaftung der Konzernmutter	223
f) Haftung für Mitarbeiter und Organe	226
g) Zurechnungswertungen des Datenschutzrechts	229
IV. Zusammenfassung zur Zurechnung im Konzernrecht	232
D. Kapitalmarktrecht	232
I. Regelungsrahmen	232
1. Funktionen des Kapitalmarkts	233
2. Ziele und zurechnungsrelevante Vektoren des Kapital- marktrechts	235
II. Prospekthaftung	236
1. Spezifische Regelungsgedanken des Prospektrechts	236
2. Zurechnungsprobleme der Prospekthaftung	237
a) Prospekthaftung im Mehrebenensystem	237
b) Prospekthaftung in Mehrpersonenkonstellationen	239
3. Zusammenfassung zur Zurechnung bei der Prospekthaftung	242
III. EU-Marktmissbrauchs-Verordnung	242
1. Regulierungsansätze der EU-Marktmissbrauchs- Verordnung	242
2. Insiderhandel	245
a) Spezifische Ratio	245
b) Zurechnungswertungen	246
3. Ad-hoc Publizität	250
a) Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung	250
b) Zurechnungsfragen	251
4. Marktmanipulation	254

a) Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung	254
b) Zurechnungsfragen	255
5. Zusammenfassung zur Zurechnung unter der EU-Marktmissbrauchs-Verordnung	257
IV. Konzernorganisationspflichten für Kreditinstitute	258
1. Regelungsrahmen des Finanzmarktaufsichtsrechts	258
2. Zurechnungsmodell des Kapitalmarkt- organisationsrechts	259
V. Zusammenfassung zur Zurechnung im Kapitalmarktrecht	261
E. Geistiges Eigentum	262
I. Regelungsrahmen und Leitideen	263
II. Originärer Rechtserwerb	266
1. Urheberrechte	266
a) Schöpferprinzip des Urheberrechts	266
b) Urheberrechtliche Schöpfungen im Kooperations- verhältnis	270
c) Ungeschützte Hilfstätigkeiten	274
d) Schöpfungen im Subordinationsverhältnis	275
e) Einsatz künstlicher Intelligenz	276
2. Verwandte Schutzrechte	277
a) Grundstrukturen	277
b) Mehrpersonenverhältnisse	278
3. Registerrechte	280
a) Allgemeine Funktionslogik	280
b) Zurechnungswertungen einzelner Registerrechte	281
III. Nutzungen	284
1. Vielfalt und Einheit der Nutzungsdogmatik	284
2. Urheberrechte, verwandte Schutzrechte und Markenrechte	285
a) Verletzer	285
b) Störer	286
c) Besonderheiten im Markenrecht	287
3. Patentrecht	288
a) Nutzungskonzept des Patentrechts	288
b) Mehrpersonenverhältnisse	289
4. Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz	290
a) Allgemeine Funktionslogik	290
b) Zurechnung über normative Begriffe	291
IV. Zusammenfassung zum Recht des geistigen Eigentums	292

<i>Teil 3: Systematisierung der Zurechnung</i>	295
Kapitel 4: Wertungen und Strukturen der Zurechnung	297
A. Zurechnungsinstrumente	297
I. Keine Offenkundigkeit der Zurechnungsfunktion	297
II. Tatbestandliche Begriffe	298
1. Wissensbegriff der Wissenszurechnung	298
2. Bereicherungsrechtlicher Leistungsbegriff	299
3. Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff	299
III. Subjektqualität	300
1. Begründung der Rechtsträgerschaft	300
2. Haftungsrecht	301
a) Leitbilder von Täterschaft und Teilnahme	301
b) Täter und Störer im Deliktsrecht	301
3. Verantwortlicher für die Datenverarbeitung	302
4. Begründung von Rechtspositionen – „positive Zurechnung“	303
IV. Offene Überleitungsnormen der Arbeitsteilung	303
1. Stellvertretung	303
2. Spektrum der Haftungsüberleitungen	303
V. Pflichtenbegründung	304
1. Sorgfaltspflichten	304
2. Informationsgenerierungspflichten	305
a) Wissensorganisation im BGB	305
b) Wissensorganisationspflicht im europäischen Kapital- marktrecht	306
VI. Zusammenhänge und Differenzen	307
B. Zentrale Wertungen der Drittzurechnung	307
I. Triptychon der Wertungsklassen	308
1. Privatautonomie	308
a) Grundwertung der Zurechnung im Privatrecht	308
b) Privatautonomie als „Antiprinzip“ exogener Zurechnung	309
2. Ethik	311
a) Ambivalente Rolle der Ethik im Recht	311
b) Unternehmensethik für ein Unternehmensprivatrecht	313
3. Ökonomik	315
4. Wertungspluralismus	316
II. Rechtsgehalt der Zurechnungswertungen	317
1. Unklarer Rechtsgehalt von Wertungen	318
a) Feststellung maßgeblicher Wertungen	318

b) Rechtliche Unbestimmtheit außerrechtlicher Wertungen	318
2. Von Werten zu Rechtsprinzipien	319
a) Wirkung von Werten als Rechtsprinzipien	319
b) Probleme des Prinzipiendiskurses	321
C. Einwirkung des Europarechts auf die Zurechnungsdogmatik	322
I. Das Mehrebenensystem des Europäischen Privatrechts	323
1. Negative und positive Integration	323
2. Allgemeine Funktionsgrundsätze des Europarechts	324
a) Effet utile	324
b) Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz	326
c) Fehlerregime der Richtlinienumsetzung	327
II. Spezifische Zurechnungsregeln des Europarechts	328
1. Vorrang europäischer Zurechnungsregeln in Sondergebieten	328
2. Zurückdrängung des Trennungsprinzips	328
3. Ausweitung der Haftung für Personal und Dritte	329
III. Zurechnungsdogmatik im Mehrebenensystem	331
1. Systematische Auslegung im Europarecht	331
a) „Inter-Instrumental-Interpretation“	331
b) Anwendung des Mehrebenensystems	333
2. Risiko der Politisierung	335
Kapitel 5: Legitimität der Zurechnung	337
A. Die Legitimitätsfrage	337
I. Legitimitätsmaßstäbe als Mittel im Diskurs der Rechtsquellen	337
II. Legitimitätsprobleme als Regulierungsprobleme	338
B. Zurechnung als Grundrechtseingriff	340
I. Grundrechtsschutz gegen Privatrecht	340
1. Deutsches Privatrecht	340
2. Privatrecht im Anwendungsbereich der Europäischen Grundrechtecharta	341
3. Privatrecht im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten	344
4. Konvergenz der Schutzordnungen	344
II. Betroffene Rechtspositionen im Unternehmensrecht	346
1. Grundrechte	346
a) Eigentum, mit Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	346
b) Insbesondere: Organisationsfreiheit	347

2. Grundfreiheiten	347
III. Eingriffscharakter von Regulierung	348
1. Privatrechtlicher Rechtfertigungszwang für Freiheits- beschränkungen	348
2. Rechtfertigungszwang für Grundrechts- beschränkungen	349
3. Rechtfertigungszwang für Grundfreiheiten- beschränkungen	350
C. Legitimitätsfilter der Zurechnung	351
I. Freier Wille	351
II. Angemessener Grundrechtseingriff	352
1. Rechtssicherheit, insbesondere Vorhersehbarkeit der Zurechnung	353
2. Legitime Ziele der Zurechnung	354
3. Geeignetheit und Erforderlichkeit	355
4. Verhältnismäßigkeit der Zurechnung – Praktische Konkordanz	356
a) Abwägung	356
b) Vorgaben der Grundfreiheitenrechtsprechung	357
c) Probleme und Vorzüge der Abwägungsmethode	358
 <i>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>	 361
 Literaturverzeichnis	 377
Sachverzeichnis	439

Einleitung

A. Problemstellung und Erkenntnisinteresse

Das Institut der Zurechnung ist im deutschen und europäischen Privatrecht eine zentrale, allerdings unbestimmte Rechtsfigur. Der Begriff hat für wesentliche Rechtsfragen eine Schlüsselfunktion – von der Eigentumsbegründung über die Zuordnung geistiger Schöpfungen, den Vertragsschluss bis hin zur Deliktshaftung. Trotz seiner Allgegenwärtigkeit im Recht ist er bislang nicht kohärent durchbildet.¹ Die gesetzlichen Anknüpfungspunkte der Zurechnung sind in Relation zum breiten Anwendungsgebiet und ihrer herausragenden Bedeutung schmal. Eine einheitliche abstrakt-generelle Regelung fehlt, das BGB erwähnt den Begriff der Zurechnung nur an einer einzigen Stelle (und dies lediglich in der amtlichen Überschrift von § 166). Diese positivrechtliche² Stille verursacht vielfältige Auslegungs- und Anwendungsprobleme,³ die vom rechtswissenschaftlichen Diskurs obschon intensiv, stets nur fragmentiert adressiert werden. Die bereichsspezifische Dogmatik und Versuche einer Begriffsbestimmung sind vielfältig, zumeist allerdings einer Kasuistik völlig untergeordnet. Selbst im Schadensersatzrecht, das die Zurechnung am prominentesten behandelt, wird ein „chaotisches Durcheinander“ der Zurechnungstheorie konstatiert.⁴

Es fehlt bei der Zurechnung insgesamt, und insbesondere bei der Zurechnung in Bezug zu Dritten, eine zusammenfassende wissenschaftliche Betrachtung und Bestandsaufnahme. Das Tableau ist unübersichtlich. Dennoch wird Zurechnung vielfach wie selbstverständlich als stehender Rechtsbegriff verwendet.⁵

¹ So schon *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468 f.

² Zum Begriff des positiven Rechts, vgl. etwa *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. 1967, S. 48; zum Positivismus *ders.*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 36 ff.

³ So auch *Buck*, Wissen und Juristische Person, 2001, S. 5.

⁴ So für das Deliktsrecht: *Gottwald*, Kausalität und Zurechnung, *Karlsruher Forum*, 1986, S. 3; auf diesen rekurrend: *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 1; siehe aber die Stringenz in der Konzeption der Rechtsprechung, *Grüneberg/Grüneberg*, Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Aufl. 2022, Vorb. § 249 Rn. 24 ff.; A. A. allerdings *Schmidt*, Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht, 1987, S. 20; Bereits im römischen Recht war allerdings die Zurechnung des Verhaltens Dritter heterogen begründet, m. w. N. *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 79.

⁵ Kritisch zuletzt, statt vieler: *Liebscher*, ZIP 2019, 1837; s. a. *Zech*, FS Schack (i. E.).

In der neueren Literatur wird der grundsätzliche Definitionsmangel zwar immer wieder betont,⁶ und werden auch für verschiedene Rechtsprobleme einzelne Theorien formuliert – der grundlegende Mangel fehlender Einheitlichkeit bleibt jedoch ungelöst.⁷ Die Betrachtung einzelner Themenkomplexe und ihrer spezifischen Wertungen bleibt unentbehrlich; sie sollte freilich um einen entschiedenen „Schritt zurück“ ergänzt werden, der das System der Zurechnung auf einer höheren Abstraktionsebene würdigt. Die vorliegende Arbeit zielt gerade auf die systematisierende Ordnung der Zurechnungsdogmatik ab.

Dabei geht es nicht um eine selbstzweckliche akademische Übung – denn in Anbetracht der großen Relevanz von Zurechnung sind durch eine Systembildung Gewinne insbesondere bei der Vorhersehbarkeit und Fortentwicklung des Rechts zu erwarten. Ob und wie die hier gefundenen systematischen Wertungen, insbesondere der abzuleitende Legitimitätsfilter im Einzelnen wirken können, soll dann ein weiteres Forschungsfeld erschließen. Mehrwert der Arbeit soll jedenfalls sein, den doppelten Charakter von Zurechnung als Belastung und Begünstigung in den Kontext des gesamten Privatrechtssystems zu rücken, und damit auch die Regeln und Grenzen der Zurechnung, die bisweilen verschwimmen, einer Konkretisierung zuzuführen.

Besonders im Unternehmensrecht⁸ bereitet die Zurechnung erhebliche Probleme, zumal in europarechtlich determinierten Kerngebieten wie dem Datenschutz- und Wettbewerbsrecht. Wegen der Leitfunktion der Wirtschaft im weiteren und des Unternehmensrechts im konkreten Sinne, für die Gesellschaft allgemein und das Recht im Besonderen,⁹ soll hier vor allem das Unternehmensrecht betrachtet werden. Eine weitere Einschränkung folgt aus der besonderen Dynamik des Unternehmensrechts: die zunehmende „Diffusion“ von Unternehmen, nach innen und außen, rechtfertigt die besondere Fokussierung auf die Fragen der Zurechnung zwischen Rechtsträgern. Wenn der Unternehmensbegriff immer diffuser wird, so sind davor auch die Beziehungen zwischen den

⁶ Vgl. etwa *Buck*, Wissen und Juristische Person, 2001, S., 2001, S. 106 ff.; *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 1 ff.; vor allem wird *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 469 zitiert.

⁷ Eine Ausnahme ist wohl die Arbeit von *Waldkirch*, *ibid.*, die allerdings eben auf das Deliktsrecht beschränkt ist.

⁸ Zur Begriffsbestimmung und der Teilkongruenz mit dem Handels- und Gesellschaftsrecht, vgl. *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 1 Rn. 14 ff.; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 70 ff. m. w. N.; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 477. Zur Frage, inwieweit das Handelsrecht gegenüber dem Privatrecht eigenständig ist, vgl. einerseits (dafür) *K. Schmidt*, *ibid.* § 3; andererseits (dagegen) *Canaris*, *ibid.*, § 1 Rn. 22, 30 ff., 47.

⁹ Zur Wirtschaft als Grundlage der Gesellschaft und des Rechts, *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts, 2016, S. 149 ff.; Grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75–151. Dieses Verständnis ist keineswegs allein „liberaler“ Prägung, sondern etwa auch schon bei *Max Weber* angelegt, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1. Auflage 1921, S. 181 ff.

Rechtsträgern betroffen.¹⁰ Daher soll der Schwerpunkt der hiesigen Betrachtung auf der Drittzurechnung liegen – auf der Zuordnung von in und durch Dritte verwirklichten Rechten und Pflichten. „Für Dritte ist grundsätzlich nicht einzustehen“¹¹ – dieser vermeintlich allgemeingültige Grundsatz ist genauso klärungsbedürftig wie seine Ausnahmen. Genau herauszuarbeiten ist, wie Drittzurechnung als Belastung wirkt und einzuhegen ist.

Die Zurechnung des rechtlich erheblichen Verhaltens Dritter muss für die Zurechnungssubjekte mindestens an allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen zu messen und insbesondere vorhersehbar sein. Die gegenwärtige Begriffsunschärfe bei der Zurechnung erschwert indes gerade die Vorhersehbarkeit und öffnet, ganz im Gegenteil, ein Einfallstor für rechtspolitische Wertungen.¹² Wo die Unschärfe des Zurechnungsbegriffs allein schon zu unvorhersehbaren und damit unverhältnismäßigen Ergebnissen führen kann, ist die Fehleranfälligkeit in einem politisch geladenen Kontext noch viel größer. Gerade bei der Zurechnung von Verantwortlichkeit für komplexe, arbeitsteilige Geschehen, ist dies ein misslicher Zustand. Die Suche nach Maß und Grenzen von Zurechnung wird damit umso akuter. Sie muss sich an der Rechtsdogmatik orientieren, die Stabilität und Vorhersehbarkeit gewährleistet und widersprüchliche Ergebnisse verhindert.¹³

Prüfstein sollen wesentliche Probleme des Unternehmensrechts sein, insbesondere die Abgrenzung von Verbänden zu Organisationen und deren Beziehungen zu verschiedenen Kategorien von „Dritten“ – von Organen und Angestellten über Erfüllungsgehilfen zu Dienstleistern und Zulieferern. Die rechtlichen Kategorien von Zurechnung, Auslegung, Pflichtenbegründung und Rechtsträgerschaft stehen dabei in einer Wechselwirkung, die bislang nur unzureichend untersucht wurde. Es sind hingegen vermehrt Tendenzen einer „Gesamtbetrachtung“ von komplexen Transaktionen zu beobachten, ein Ansatz von gewisser Radikalität, der hier kritisch gewürdigt wird.

Die Diffusionsproblematik in Unternehmensnetzwerken und die damit verbundene Frage nach einer Einstandspflicht für Dritte wird regelmäßig be-

¹⁰ Das Konzept der Diffusion ist insbesondere vom Unternehmenssoziologen *Stefan Kühl* ausgearbeitet und ist durchaus auch im Unternehmensrecht fruchtbar, vgl. *Kühl*, Wenn die Affen den Zoo regieren, 2. Aufl., 1995, S. 45 ff., 82 ff. ; mit einem vergleichbaren systemtheoretischen Ansatz *Teubner*, ZGR 1991, 189; *ders.*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004. Aus einem systemischen Ansatz folgen freilich auch erhebliche Unschärfen, was die Rolle der Rechtsdogmatik hervorhebt, dazu noch unten Kapitel 1., A., II.

¹¹ *Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468; dazu auch *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 77 ff.; siehe für die Figur des Repräsentanten, *Lehmann*, r+s 2019, 361.

¹² Kritisch auch *Di Fabio*, JZ 2020, 1073; *Liebscher*, ZIP 2019, 1837. Exemplarisch für eine rechtspolitische Invasion: *Beck*, Gegengifte: Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988, S. 220 ff.

¹³ Dazu *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 12. Aufl. 2022, § 20.

schränkt auf Schadensersatzansprüche in Fällen offener Überspannung rechtlicher Konstruktion diskutiert – wenn trotz wirtschaftlicher Organisationszugehörigkeit auf die rechtlichen Haftungsgrenzen des Unternehmens verwiesen wird. In der Tat sind hier zwei zentrale Fälle der Rechtspolitik zu verorten: die Plattformhaftung als Beispiel der Außendiffusion des Unternehmens, der Dieselskandal als Beispiel für die Innendiffusion des Unternehmens. In beiden Fällen steht die Verantwortlichkeit des Unternehmenskerns für das Verhalten anderer Rechtsträger – hier der Plattformnutzer, dort der Mitarbeiter oder anderer Unternehmen – im Fokus. Die Kooperation im Mehrpersonenverhältnis – „die Arbeitsteilung“¹⁴ – stellt allerdings über die Haftung hinaus vielfältige Rechtsprobleme, etwa hinsichtlich der Zuordnung von Vermögen und Eigentumspositionen, also *a priori* „positiv“ empfundener Positionen. Zurechnung insgesamt, nicht Schadensersatzansprüche oder Haftung allein, stellt den Kern der Fragestellungen in diffusen Unternehmensstrukturen dar, ob es um Menschenrechtsverletzungen durch Konzerntochterunternehmen in Schwellenländern geht,¹⁵ oder die Zurechnung von Assets bei der Bewertung im Zuge von M&A-Transaktionen, das Erreichen von Beteiligungsschwellen bei der Frage nach Übernahmepflichten nach Art. 5 der Übernahme-RL oder – schlicht – die Steuerlast.¹⁶ Auch bei dem innovativen Instrument der nichtfinanziellen Berichtspflichten unter der Richtlinie zur Corporate Social Responsibility (CSR-RL)¹⁷ ist die Zuordnung von unterschiedlichen Organisationseinheiten zu einem Unternehmen entscheidend – und die Kriterien hierfür noch nicht hinreichend geklärt.¹⁸

Der erhoffte wissenschaftliche wie praktische Mehrwert der Analyse soll aus einer weitgehenden Gesamtschau der wichtigsten Zurechnungstatbestände im positiven Unternehmensrecht folgen. Es sollen nicht mehr allein isolierte Zu-

¹⁴ Ein durchaus altes, schon von Platon bearbeitetes Konzept *Plato: The Republic*, translated by H.D.P. Lee (Penguin Books, London 1955), Part II, §§ 1–2, S. 102–8 (Book II, 369–73); an der Schwelle zum 20. Jahrhundert maßgeblich dann die Arbeiten von *Simmel*, Über soziale Differenzierung, 1890 und *Durkheim*, De la division du travail social, 1893. Vgl. auch das prominente Beispiel der arbeitsteiligen Herstellung von Stecknadeln bei *Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations, Campell/Skinner/Todd (Hrsg.), Glasgow Edition, Bd. 1, 1976, I.i. Rdnr. 3., S. 14 f.

¹⁵ Vgl. etwa *Renner/Hesselbarth*, in: Krajewski (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen, 2017, S. 51.

¹⁶ Tatsächlich scheint das Steuerrecht ein Hauptanwendungsgebiet der Zurechnung zu sein – vgl. § 246 Abs. 1 S. 2 HGB, § 39 AO.

¹⁷ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte große Unternehmen und Gruppen.

¹⁸ Dazu *Fleischer*, AG 2017, 509, 521; *Rehbinder*, FS Baums, 2017, Band II, S. 959 ff.; *Bachmann*, ZGR 2018, 231 ff.; zum Begriff CSR umfassend *Spießhofer*, Unternehmerische Verantwortung, 2017, S. 54 ff. und *dies.* zum Verhältnis zur Compliance, NZG 2018, 441; spezifisch zur Unklarheit des Unternehmensbegriffs, *Kolter*, RW 2019, 50.

rechnungsoperationen zwischen Rechtsträgern betrachtet, sondern diese in ihrer Verschiedenartigkeit und Vielfalt strukturell erfasst werden, etwa vom Erwerb, über Wissen und Verletzungen bis hin zum Vertragsschluss. Ziel ist es, Gemeinsamkeiten und Trennendes zu erfassen und so weit als möglich einer Systematisierung zuzuführen; verbleibende ungelöste Konflikte in Zweifelsfällen der Zurechnung können auf dieser Basis kohärenter gelöst werden.¹⁹

Gesucht wird nicht zuletzt nach Zurechnungsprinzipien als Ordnungskriterien, um die fragmentarisch entwickelten Zurechnungssätze zu prüfen und zu systematisieren. Hiermit kann die Grenzziehung zwischen Rechtsträgern im konkreten Einzelfall stringent ausgestaltet werden. Die Ordnung von Prinzipien ist freilich eines der Kernprobleme der Rechtsdogmatik. Die Betrachtung von Zurechnung im Kontext des Europäischen Mehrebenensystems²⁰ verspricht hier allerdings wichtige Orientierung. Besonders relevant scheint die angemessene Verortung der Zurechnungsregeln im europäischen Mehrebenensystem, was vor allem die Erfassung von Zurechnung auch als Grundrechts- und Grundfreiheiteneingriff erfordert. Eine Zurechnungsentscheidung gegen den Willen des Rechtssubjekts kann als staatlicher Eingriff zu werten sein; die verfassungs- und europarechtlich verbürgte Autonomie schützt grundsätzlich gegen den Zwang durch Zurechnung und konditioniert Zurechnung als staatlichen Eingriffsakt. Daraus folgt, dass Zurechnung zwingend auch ein autonomiebezogenes Konzept sein muss. In diesem Licht scheint auch ein Legitimitätsfilter für Zurechnung erstrebenswert.

B. Zurechnung im Unternehmensrecht

Zurechnung ist ein weiter Begriff, der hier noch genauer als rechtliche Kategorie zu fassen sein wird. Als dogmatische Figur kann Zurechnung allerdings auch zum multidimensionalen sowie interdisziplinären Betrachtungsgegenstand werden, der weit über das Recht hinaus analysiert werden kann – etwa in

¹⁹ Mit dem Postulat eines Zurechnungsgrunds auch *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, S. 722 f.; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2016, Rn. 1325 ff.

²⁰ Zum Konzept des Mehrebenensystems, *Marks/Hooge/Blank*, Journal of Common Market Studies, Vol. 34 No. 3 (1996), 341, 346; *Scharpf*, Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1994, S. 475 ff.; zur Anwendung des Konzepts auf das Privatrecht, *Joerges*, ELJ (1997–12) Vol. 3 (4), 378, 386 ff.; *Basedow*, in: Zimmermann/Knutel/Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 79, 92; *Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, S. 115 ff.

den Gesellschaftswissenschaften,²¹ der Philosophie²² und der Ökonomik. Vor allem ist Zurechnung nicht nur in der Privatrechtsdogmatik relevant, sondern auch in den beiden anderen Säulen des Rechts, dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht.²³ All diese und weitere Ansätze in einer einzigen Arbeit mit tatsächlichem Mehrwert zu verfolgen, wäre nicht zu bewältigen. Gegenstand der hiesigen Arbeit soll allein Zurechnung im Privatrecht sein, mit einem besonderen Fokus auf die Drittzurechnung im Unternehmensrecht, die wegen der genannten Diffusionserscheinungen in der Unternehmensrealität große Herausforderungen an die Praxis stellt.

Es soll pragmatisch vom für das Privatrecht Wichtigen und Prägenden ausgegangen werden – für die Privatrechtsentwicklung ist es fraglos das Unternehmensleben. Wirtschaft und die mit ihr verbundenen Rechtsbeziehungen sind „die Keimzelle“ des Rechtsstaats und der bürgerlichen Gesellschaft.²⁴

Daher soll auch die Systematisierung der Zurechnung hier, im Recht der Wirtschaft, im privatrechtlichen Diskurs vor allem unter dem Begriff Unternehmensrecht behandelt,²⁵ ihren Ausgangspunkt nehmen. Die Arbeit soll bei der fragmentierten Betrachtung der Zurechnung im Unternehmensleben ansetzen und ihre Erscheinungen ordnen und systematisieren, mit dem Ziel hinreichend justiziable Verhaltensanforderungen. Den Fokus auf das Unternehmensrecht gebietet auch die besondere Bedeutung der Organisationsfreiheit der Unternehmen. Die Vorhersehbarkeit von Zurechnung ist ein bedeutsames und berechtigtes Anliegen jeglichen planmäßigen Wirtschaftens und eine Grundbedingung für die angemessene Vorsorge und Strukturierung im Unternehmen. Eine hinsichtlich der Zurechnungsfolgen wie Haftung und Eigentum optimierte Organisation unternehmerischen Betriebs ist ebenso wie die antizipierende Vorsorge der Marktgegenseite nur dann möglich, wenn sich die Verantwortungssphären verlässlich absichten lassen. Andererseits ist es durchaus Herausforderung für die Zurechnungsdogmatik, die in einer „Komplexitätsgesellschaft“²⁶ angelegten Diffusionstendenzen und Missbrauchsneigungen im Grundsatz wie in den Einzelfällen einzudämmen.

²¹ Etwa: *Beck*, Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit, 1988; *Kaufmann*, Der Ruf nach Verantwortung. Risiko und Ethik in einer unüberschaubaren Welt, 1992; *Etzioni*, Die Verantwortungsgesellschaft, Frankfurt a.M. 1999; *Shamir*, Economy and Society 37 (2008), 1.

²² Grundlegend *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785/86), Werkausgabe, Bd. VII, Frankfurt a.M. 2000, S. 45; vgl. auch bei *Di Fabio*, JZ 2020, 1073, 1074.

²³ Dazu noch unten, Kapitel 1., A., I.

²⁴ Zur Wirtschaft als Grundlage der Privatrechtsgesellschaft *Mestmäcker*, Europäische Prüfsteine der Herrschaft des Rechts, 2016, S. 149ff. Grundlegend *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75–15; dies ist auch bei *Max Weber* angelegt, Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Auflage 1921, S. 181ff.

²⁵ Zum Begriff bereits die Nachweise in Fn. 8, Einleitung.

²⁶ In Anlehnung an die „Risikogesellschaft“, die von Komplexitätssteigerungen und Steu-

Die wesentlichen Funktionen von Zurechnung im Unternehmensrecht erschließen sich besser, wenn der Problembereich zugleich sowohl eingeschränkt als auch erweitert wird: Zum einen bildet Kooperation im Mehrpersonenverhältnis eine zentrale Fragestellung des Unternehmensrechts, insbesondere im unten noch genauer darzulegenden Diffusionskontext. Die Zuordnung von Rechtsfolgen, die in und durch Dritte ausgelöst werden, soll deshalb unter dem Stichwort „Drittzurechnung“ einen Schwerpunkt der Betrachtung bilden. Drittzurechnung ist freilich kein stehender Begriff, sondern ist bislang vor allem auf die Kommentierung von §§ 2 Abs. 3 und 19 VVG beschränkt.²⁷ Diskutiert werden freilich auch in der Kommentierung zu allgemeinen Zurechnungsregeln spezifisch „Drittwirkungen“ des rechtlich relevanten Handelns einer Person, insbesondere von Boten, Gehilfen, Organen und Besitzdienern.²⁸ Damit sind letztendlich alle Dreieckskonstellationen in den Blick zu nehmen, bei denen die Zuweisung von Rechten und Pflichten problematisch ist. Anders als im Vertragsrecht, wo der mehrseitige Vertrag trotz erheblicher praktischer Relevanz lediglich ein Nischendasein fristet,²⁹ ist die segmentielle Zurechnungsdogmatik durchaus auf Mehrpersonenverhältnisse geschärft. Der Fokus soll dabei auf systembildenden Normen liegen, auf „Grundnormen“ die in der Ausbildung, der Praxis und im rechtswissenschaftlichen Diskurs wichtig sind. Besondere Teile des Unternehmensrechts sollen nach ihrer Relevanz behandelt werden, wobei sich neben dem Haftungsrecht allgemein, samt seiner postulierten Steuerungsfunktionen, das Konzernrecht aufdrängt, im Kontext einer digitalen Wirtschaft freilich auch das geistige Eigentum, das Wettbewerbsrecht und das Datenschutzrecht.³⁰ Als zentrales kapitalmarktrechtliches Instrument wirkt schließlich die Marktmissbrauchsverordnung Zurechnungsfragen auf.

Eine Erweiterung soll der Analyserahmen andererseits durch ein konzeptionell weites Verständnis von Zurechnung erfahren. Die Diffusionsproblematik in Unternehmensnetzwerken und die damit verbundene Frage nach einer Einstandspflicht für Dritte wird regelmäßig nur hinsichtlich von Schadensersatzfolgen diskutiert – indem auf die rechtlichen Haftungsgrenzen des Unternehmens verwiesen wird, die in einem Spannungsverhältnis zum Faktum wirtschaftlicher Organisationszugehörigkeit stehen. Dies ist ohne Frage sehr relevant, doch tatsächlich stellt sich das Problem der Kooperation im Mehrper-

erungsverlusten geprägt ist, nach Beck, Weltrisikogesellschaft: Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit, Frankfurt a. M. 2007.

²⁷ Dazu etwa Muschner, in: MüKo VVG, 2. Aufl. 2016, § 2 VVG, Rn. 64–70; Buck, Wissen und Juristische Person, 2001, S. 145.

²⁸ MüKo-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rn. 1. Zu Organen – § 31; siehe auch Petersen, Der Dritte im Privatrecht, 2018.

²⁹ Vgl. Zwanzger, Der mehrseitige Vertrag: Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen, 2013, S. 1–9.

³⁰ Dazu jeweils im Kapitel 3 unter E. (Geistiges Eigentum), C. III. 2. (Wettbewerbsrecht) und C. III. 5. (Datenschutzrecht).

sonenverhältnis genereller, namentlich auch als eines der Zuordnung von Vermögen und Eigentum, das heißt a priori „positiv“ empfundener Positionen. Dies wird etwa bei der gemeinschaftlichen Schaffung immaterieller Werke, wie Software oder „Content“, relevant.³¹ Zurechnung setzt umfassend die binäre Logik der Konditionalnormen von Berechtigung und Verpflichtung um. Dieses Verständnis von Zurechnung als „positiv“ und „negativ“ folgt aus seiner Normativität als Rechtsinstrument – und bedarf in der Folge noch vertiefter Begründung (dazu Kapitel 1).

C. Gang und Methoden der Untersuchung

I. Rechtsdogmatische Arbeit

Dies ist eine rechtsdogmatische Arbeit. Das geltende Recht soll Ausgangspunkt für die Analyse der Zurechnung sein. Ausgehend von den geltenden Rechtssätzen soll mit den hergebrachten Techniken der Jurisprudenz eine Systematisierung des Rechts unternommen werden,³² freilich zwingend im Kontext des Europäischen Mehrebenensystems. Zunächst ist das positive Recht zu analysieren, untergliedert in das allgemeine Privatrecht (Kapitel 2) und das besondere Unternehmensrecht (Kapitel 3). Hierbei sind die Zurechnungsnormen hinsichtlich der ihnen zu Grunde liegenden Logiken und Wertungen zu untersuchen, maßgeblich sind dabei über die grammatikalische Methode hinaus vor allem die teleologische und systematische, und, soweit es das Material hergibt, auch die historische Methode. Ein funktionaler Betrachtungsrahmen³³ erlaubt zudem in einem zweiten Schritt, die vorgefundenen Zurechnungsnormen zu systematisieren, insbesondere hinsichtlich ihrer Rolle im Europäischen Mehrebenensystem (Kapitel 4). Die Arbeit erhebt nicht den Anspruch, ein umfassendes Handbuch für die Frage der Zurechnung zu sein, sondern widmet sich der Systembildung anhand ihrer zentralen Erscheinungsformen. Die Auswahl der Zurechnungsfiguren erfolgt unter dem Gesichtspunkt ihrer dogmatischen wie praktischen Relevanz. Ziel ist es, eine Gesamtschau der Zurechnungsprinzipien zu ermöglichen, um sie auf Hintergrund der drängenden Frage nach der Legiti-

³¹ Hierzu hält § 8 UrhG eine kontroverse Lösung bereit, die eine leistungsbezogene Vergütung sicherstellt, vgl. Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 8 UrhG Rn. 1, 26 ff.; Thum, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht, 5. Aufl., 2019, § 8 Rn. 1 ff.; für bestimmte Werkartern sind Leistungsschutzrechte vorgesehen, die (wie § 950 BGB) eine zentralisierte Zuteilung nach dem Investmentkriterium vorsehen, etwa §§ 87a (Datenbankrecht des Investors), 94 (Recht des Filmproduzenten) UrhG.

³² Klassische Grundsäule ist hierbei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, insbes. Kapitel 6; vgl. im interdisziplinären Kontext: *Fried*, Texas Law Review 60 (1981), 35.

³³ Zur funktionellen Begriffsbildung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 482.

mität von Zurechnung in eine Gesamtlogik einzuordnen, die sich von der Grundrechts- und Grundfreiheitendogmatik inspiriert (Kapitel 5).

II. Rechtspositiver Ausgangspunkt und Struktur

Das vorzufindende, disparate „Gestrüpp“ an gesetzgeberischen Vorgaben für die Zurechnung sowie die diesbezüglichen Fortentwicklungen der Rechtsprechung bieten positivrechtliche Ansatzpunkte für eine Systematisierung. Wegen der noch festzustellenden, funktionsspezifischen Weite des Begriffs der Zurechnung ist hingegen vor rein deduktiven Ableitungen aus „*metaphysischen*“ – oder schlicht rechtspolitisch überformten – Prinzipien Vorsicht geboten. Obwohl ein übergreifendes kodifiziertes Konzept von Zurechnung gerade noch nicht beschrieben wurde, kann doch das positive Recht Ausgangspunkt der erforderlichen Konkretisierungen sein, da dieses – abgesehen von seiner demokratischen Legitimation – immerhin die konkretste greifbare Manifestation allgemeiner Prinzipien darstellt und eine induktive Argumentation ermöglicht.³⁴ Die Arbeit will sich daher, entsprechend der *Larenzschen* Programmatik, nicht auf eine Beschreibung der Normtexte beschränken, sondern die Wertungen und Sinnzusammenhänge der einzelnen Normen und Regelungen untereinander und mit den Leitgedanken der Rechtsordnung offenlegen und geordnet darstellen.³⁵

Das Feld der privatrechtlichen Zurechnungstatbestände ist unübersichtlich, weshalb auch eine rechtsgebietsbezogene, und nicht etwa an den Tatbeständen und Rechtsfolgen der Zurechnung orientierte, Strukturierung der Arbeit erfolgen soll. Nur so kann gewährleistet sein, dass ein allgemeines, kohärentes Konzept der Zurechnung offengelegt werden kann. Die Betrachtung soll von allgemeinen hin zu besonderen Regelungen erfolgen – zunächst sind im Allgemeinen Privatrecht die Zurechnungstatbestände zu untersuchen. Die Analyse soll vom Recht der Willenserklärungen ausgehen, die dem freiheitlichen Urgrund der Zurechnung, der Privatautonomie, ein adäquates Instrumentarium zur Verfügung stellt; in der Folge sind die Zurechnungswertungen des Haftungsrechts, des Bereicherungsrechts und des Sachenrechts auszuwerten. Als Querschnittsmaterie soll die Wissenszurechnung den allgemeinen Teil des Privatrechts (Kapitel 2) abrunden. Im darauf folgenden Kapitel 3 sollen Zurechnungsfragen des besonderen Unternehmensrechts bearbeitet werden, wobei von exemplarischen Zurechnungsproblemen des Unternehmensrechts auszugehen ist, die die allgemeinen Zurechnungsregeln modifizieren können; darauf folgt die Betrachtung

³⁴ Dies ist der von *Canaris* empfohlene Ansatz einer Strukturanalyse, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 3 f.; auch *Larenz* hält die Diskussion von Prinzipien nur am positiven Recht für möglich, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 53 f.

³⁵ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 435 ff.

komplexer Vertragsstrukturen, des Konzernrechts, samt der Besonderheiten, die aus dem Wettbewerbs- und Datenschutzrecht folgen; schließlich ist das mit scharfen, möglicherweise modellhaft wirkenden Zurechnungswertungen ausgestattete Kapitalmarktrecht zu analysieren. Da es sich bei der Arbeit nicht um ein Handbuch handeln soll, bleibt die Auswahl auf einige besonders relevante Zurechnungsfälle beschränkt. Die Ergebnisse sollen eingeordnet, hinterfragt und gegebenenfalls fortentwickelt werden, wobei entscheidende Perspektive diejenige der Organisationsfreiheit und ihrer grundrechtlichen- und grundfreiheitlichen Stützen ist.

III. Methoden

Der Arbeit liegt ein bestimmtes normtheoretisches und methodisches Vorverständnis zu Grunde, welches offenzulegen ist.³⁶ Trotz des positiv-rechtlichen Ausgangspunkts der Arbeit will sie im Sinne einer *aufgeklärten Rechtswissenschaft*³⁷ auch interdisziplinäre Erkenntnisse berücksichtigen. Der rechtswissenschaftliche Methodendiskurs ist in einer Selbstfindung der Postmoderne³⁸ begriffen, die einem pluralistischen Ansatz zuneigt, dessen endgültige Aggregatsform derzeit jedoch noch nicht absehbar ist – und wohl auch nicht absolut gefunden werden kann.³⁹ Ein Methodenpluralismus soll hier als Ausgangspunkt dienen.⁴⁰ Zurechnung ist ein Paradeffall für die Aufgabe der Rechtswissenschaft, in einem Kontext von Vielfalt und Heterogenität von Diskursen Rechtssätze zu destillieren.⁴¹ Wenn die „Systematik von Heterogenem“ im Allgemeinen eine der Hauptherausforderungen des Privatrechts der Gegenwart ist, so trifft das voll auf die Frage der Zurechnung zu – denn wie zu zeigen sein wird, ist das Recht der Zurechnung bereits im rein nationalen Diskurs von einem Wertungsdreieck von Privatautonomie, Ethik und Ökonomik geprägt.

Daneben können soziologische Erkenntnisse für die Kritik bestehender Lösungsansätze und die Erarbeitung eines Systems und neuer Konzepte herangezogen werden – sie können vor allem im Unternehmensrecht die wertungsoffe-

³⁶ Vgl. *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, S. 124 ff., 136 ff.

³⁷ *Weber*, Rechtssoziologie, 1960, S. 334; zur zentralen Methode der Typenbildung in Webers Rechtssoziologie *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, S. 110 ff.; vgl. mit diesem Ansatz bei der AGB-Kontrolle *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 691 f., 695, mit Verweis auf *Hayek*, *Ordo* 26 (1975), 12; *Luhmann*, Soziologische Aufklärung, 1969; für eine responsive Rechtswissenschaft *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 ff.

³⁸ Zum Konzept der Postmoderne, mit parallelen „Erzählungsansätzen“, *Lyotard*, *La condition postmoderne*, 1979.

³⁹ So wohl schon *Grundmann*, *Der Treuhandvertrag*, 1997, S. 1.

⁴⁰ *Grundmann*, *RabelsZ* 61 (1997), 423; *ders.* *RabelsZ* 2022, i.E.; *Ladew*, *RabelsZ* 64 (2000), 60; weiterhin auch „die Rechtstheorie“ von *Grundmann/Micklitz/Renner* (2015), sowie *deren* *New Private Law Theory* (2021).

⁴¹ Zu dieser Generalaufgabe *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 893 f.

nen Tatbestände des positiven Rechts konkretisieren.⁴² Obwohl das Anliegen der Arbeit ein Beitrag zum dogmatischen Problem der Zurechnung ist und nicht die Lösung des Methodendiskurses, muss sie sich doch der Legalitätsfrage zur juristischen Analyse eingesetzter Methoden und Wertungen stellen⁴³ – und beantworten, *wie genau* soziologische Wertungen in die Rechtsfindung einfließen können.⁴⁴ Gleiches gilt für rechtsethische und philosophische Argumente, vor allem die inzwischen verbreitete, den Diskurs bisweilen monopolisierende, Methode der ökonomischen Analyse des Rechts.⁴⁵

Auf europäischer Ebene treten hingegen stärker spezifische rechtspolitische Regelungsziele hinzu, die rechtsgebietsabhängig ganz unterschiedliche Schwerpunkte haben, von ökonomischer Theorie der Kapitalmärkte bis hin zur Verpflichtung auf Europäische Werte, insbesondere zuletzt beim Datenschutz und bei der Plattformregulierung. Ziel der Arbeit ist es daher auch, die verschiedenen parallel und bislang ohne Schnittstellen laufenden Zurechnungsdiskurse des Privat- und Unternehmensrechts, auf der nationalen und Europäischen Ebene in eine gemeinsame Perspektive zu setzen. Am Ende dieser Bemühungen kann ein Legitimitätsfilter definiert werden, der Zurechnung nach Konsens der Beteiligten sowie Grundrechts- und Grundfreiheitenkonformität messbar macht.

IV. Bedeutung der Systembildung

Systembildung ist nach wie vor ein essentielles Anliegen der Rechtswissenschaft. Für den Umgang mit der disruptiven Technologie des Internets etwa hat *Easterbrook* einen möglichen Ansatz formuliert: „Develop a sound law [of intellectual property], then *apply* it to computer networks“.⁴⁶ Der Richtigkeitsgehalt dieses Gedankens ist nicht von der Hand zu weisen – denn wie kann ein schon im

⁴² Dazu grundlegend *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, 1971; für eine „responsive Rechtsdogmatik“, *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 ff.; spezifisch für das Urheberrecht ders., in: *Grünberger/Leible* (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 1 ff.; zum Konzept des „more technological approach“ siehe *Grünberger/Podszun*, ZGE 2016, 269, 270 und *Specht*, GRUR 2019, 253.

⁴³ Dazu etwa *Grundmann*, Treuhandvertrag, 1997, S. 62 ff., 67.

⁴⁴ Dazu *Grundmann*, RabelsZ 61 (1997), 423; siehe auch *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, 1970.

⁴⁵ Vgl. nur die inzwischen in 4. Aufl. 2015 erschienene Habilitationsschrift von *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip; grundlegend für das US-Recht *Posner*, Economic Analysis of Law, 1973 und *Williamson*, Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications, 1975; siehe auch die kontextualisierende Darstellung bei *Grundmann*, Treuhandvertrag, 1997, S. 48 ff.

⁴⁶ *Easterbrook*, U. Chi. Legal Forum (1996), 207, 208; weitergehend zum Verhältnis von Innovation und Recht, *Grundmann/Möslein*, in: dies. (Hrsg.), Innovation und Vertragsrecht, 2020, S. 3–50.

Inneren brüchiges System mit immer extremeren Anwendungssituationen im Außenverhältnis umgehen?⁴⁷ Bei dem Anliegen der Systembildung handelt es sich keineswegs um einen obsoleten Ansatz. Dies legt nicht nur der drängende Bedarf an Rechtsklarheit nahe, sondern auch ein Vergleich mit den weiteren Wissenschaften. Gegenwärtig wird etwa die Bedeutung von „Design Patterns“ quer durch die Gesellschafts- und Naturwissenschaften hinweg zunehmend anerkannt und insbesondere in ethischen Richtlinien für die Entwicklung von Informationssystemen befürwortet.⁴⁸ Das Konzept der Design Patterns wurde ursprünglich vom Architekturtheoretiker *Christopher Alexander* eingeführt, um wiederverwendbare Designlösungen für die gewünschte soziale Interaktion in physischen Räumen zu identifizieren und zu sammeln.⁴⁹ Das Konzept wurde dann von Softwareentwicklern übernommen, um Problemlösungen durch das Sammeln funktionaler Designlösungen zu verbessern. Dieser Gedanke kommt auch im Recht zum Tragen, wenn man – im Grundgedanken des Gleichheitssatzes – davon ausgeht, dass Gleiches gleich zu behandeln ist und man gerade zu diesem Zweck ein kohärentes System sucht. Die Identifizierung von wiederkehrenden Lösungen über verschiedene Rechtsbereiche hinweg, ihre Bewusstmachung, dient letztlich guter Rechtspraxis und stärkt die proaktiven Fähigkeiten des Rechts in einer immer komplexeren Umwelt.⁵⁰

Systembildung in den Rechtswissenschaften kann auf einem gesicherten konzeptionellen Fundament aufsetzen. Die im nationalen Recht zu beobachtende Fokussierung auf eine Kasuistik der Zurechnung führt zu einer zunehmenden Entfernung von den Grundlagen der Zurechnung, ihren Prinzipien.⁵¹ Es geht bei der Systembildung insbesondere um die (Wieder)entdeckung eben solcher Grundprinzipien der Zurechnung und die mögliche Zusammenfassung in einer einheitlichen Methode, die soeben schon als Legitimitätsfilter postuliert wurde, und welche bestehende Wertungswidersprüche messen und gar aufheben kann. Damit stellt sich die Arbeit in Licht (und Schatten) des privatrechtlichen Systemdenkens. Hier ist wesentliche Aufgabe, die Zusammenhänge zwischen Regelungskomplexen aufzudecken und auf gemeinsame Prinzipien zurückzuführen,⁵² die als Elemente eines komplementären Gefüges wirken

⁴⁷ Zum Verhältnis des Systeminneren zum Systemäußeren, *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, insbes. S. 19ff., S. 40ff.

⁴⁸ *Rossi et al.*, Legal Design Patterns: Towards a New Language for Legal Information Design, Internet of Things. Proceedings of the 22nd International Legal Informatics Symposium IRIS 2019 517 (Erich Schweighofer et al. eds., 2019).

⁴⁹ Etwa *Alexander et al.*, A Pattern Language: Towns, Buildings, Construction, 1977, unter X. (als Teil einer dreiteiligen Serie).

⁵⁰ Mit diesem Ansatz *Koulu/Peters/Poble*, HIIG Discussion Paper Series, No. 2021-03, insbes. S. 16ff.

⁵¹ „Zunehmende Stille“ um den Grundsatz der Zurechnung beklagend: *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 428.

⁵² Vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 437ff., insbes. Zu Rechtsprinzipien, S. 474ff.

können.⁵³ Zu suchen ist also nach Wert- und Strukturprinzipien der Zurechnung, und dies im Zusammenhang des Europäischen Mehrebenensystems.⁵⁴ Erforderlich ist dabei auch die grundsätzliche Hinterfragung des juristischen Wertes von Prinzipien im Wechselspiel der Rechtsordnungen und zwischen Privat- und öffentlichem Recht (Kapitel 4).

Deshalb soll auf die klassische, genuin juristische Dogmatik von *Larenz* und *Canaris* rekurriert werden, die auf Basis eines Systemkonzepts zu einer prinzipiengeleiteten Wertungsjurisprudenz geführt hat. In diesem Systemdenken sind Zusammenhänge zwischen bestehenden Normkomplexen aufzuzeigen und die gemeinsamen Bezüge der Normen zu Grundprinzipien nachzuzeichnen, um sodann die herauskristallisierten Grundprinzipien zu übertragen.⁵⁵ Es erstaunt bei der Klarheit dieses Ansatzes, dass gerade für den kritischen Begriff der Zurechnung die relevanten Prinzipien und Ordnungen nicht bereits vertieft aufgearbeitet wurden.

Ausgangspunkt ist, wie oben schon aufgezeigt, das positive Recht, da es *primär* die juristische Relevanz von Rechtsfällen vorgibt.⁵⁶ Auf diese Weise kann die anzutreffende Kasuistik der Zurechnung überwunden werden, die nicht dem Selbstverständnis und der Überlegenheit einer auf Kodifikation beruhenden Rechtsordnung entspricht.⁵⁷ „Die Aufgabe des wissenschaftlichen Systems ist es, die der Rechtsordnung als einem Sinn Ganzen innewohnenden Sinnzusammenhänge sichtbar zu machen und darzustellen. Dem dient die Aufdeckung der leitenden Prinzipien und ihrer Konkretisierung in den Regelungsinhalten, die Bildung funktionsbestimmter Begriffe und deren Aufbereitung zum System.“⁵⁸ Bei diesem Verständnis ist allerdings sicherer Abstand zur Metaphysik und der Behauptung einer „*inneren Vernunft des Rechts*“ zu wahren,⁵⁹ schlägt diese doch nur allzu oft in eine rechtspolitisch begründete Rechtferti-

⁵³ Zum Gedanken der Tatbestandsbildung durch ein „bewegliches System“, vgl. *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 26 ff.; *ders.*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht 1950; *ders.* AcP 163 (1963), 346; *Canaris*, Systemdenken und Systembildung in der Jurisprudenz, 2., 2. Aufl. 1983, S. 76 ff.; dazu zuletzt auch *Paas*, Das bewegliche System, 2021.

⁵⁴ Zu diesen Begriffen *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 34 ff.

⁵⁵ Nach *Larenz* die „Hauptaufgabe der Wissenschaft“, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 437; zur Offenheit des Systemdenkens gegenüber Veränderung, S. 165 ff.

⁵⁶ So auch *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 45, 63.

⁵⁷ *Canaris*, Systemdenken und Systembildung in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 11 ff.; vgl. auch *Laufs*, Unglück und Unrecht, 1994, S. 5.

⁵⁸ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 487 f.

⁵⁹ Metaphysische Ansätze finden sich bei *Canaris* schon im Vorwort seiner Habilitationsschrift, wenn er von „geheimer Vernunft“ der Rechtsordnung spricht und bei *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 48 ff. Mit einem demokratischen Rechtsstaatsverständnis und den Erkenntnissen aus der Theorie der Postmoderne lassen sich solche Konzepte mit Absolutheitsanspruch wohl nur schwer vereinbaren.

gungsjurisprudenz um. Das Unterfangen einer Systembildung kann etwaige Wertungswidersprüche auch erst aufdecken. In den einzelnen Rechtsgebieten sind im Grundsatz zuerst das Zurechnungsthema und dessen Bedeutung vorzustellen, die geltenden Zurechnungsregeln zu beschreiben und die ihnen zu Grunde liegenden Wertungen mittels der hergebrachten Auslegungsmethoden aufzudecken.

Prämisse ist dabei axiomatisch, dass der Rechtsgehalt der Rechtsordnung als kohärent gewollt wird; gerade im Recht des europäischen Mehrebenensystems, welches aus zeitlich, systemisch und persönlich unterschiedlichen Quellen stammt, ist freilich eine eingehendere Überlegung hinsichtlich der Möglichkeit kohärenter Auslegung vonnöten.⁶⁰ Sie ist dem Ziel untergeordnet, durch Systembildung ein Mehr an Rechtssicherheit zu erreichen,⁶¹ umgekehrt können Wechselbezüge der Inspiration zwischen den Ebenen des Mehrebenensystems, in alle Richtungen, gefördert werden.⁶²

D. Stand der Untersuchungen

Für eine allgemeine Zurechnungsdogmatik ist die Dissertation von *Larenz* zur Hegelschen Zurechnungslehre von 1927 immer noch beachtenswert,⁶³ aus der immerhin *Canaris* seine häufig rezipierte Skizze einer allgemeinen Zurechnungslehre ableitet.⁶⁴ Arbeiten von *Kelsen* weisen ebenfalls einen allgemeineren Charakter auf, sie sollen hier noch eine bedeutsame Rolle spielen und werden in der Folge im Einzelnen aufgegriffen. Übergreifende Ansätze zur Erfolgszurechnung finden sich in den (weiteren) Publikationen von *Larenz*, *Deutsch* und *Canaris*.⁶⁵ Die genannten Arbeiten sind freilich für die Frage der Zurechnung allenfalls fragmentarisch und ersetzen eine grundlegende Untersuchung für den Bereich des Unternehmensrechts und der Drittzurechnung nicht, zumal in Perspektive des Europäischen Mehrebenensystems.

Klassischer Fokus der Zurechnungsdogmatik war bisher stets der Bereich der Haftung mit Fragen der Verhaltens- und Verschuldenszurechnung. Hier weisen die Standard-Kommentare umfangreiches Material auf. Zuletzt hat *Waldkirch*⁶⁶

⁶⁰ Dazu, unter Berücksichtigung der spezifischen Probleme im Mehrebenensystem, Kapitel 4., C., III., 1.

⁶¹ *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 907.

⁶² *Grundmann/Riesenhuber*, *JuS* 2001, 529.

⁶³ *Larenz*, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927; danach vertieft insbesondere im Allgemeinen Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, § 6; *ders.* *JuS* 1965, 373; *ders.*, *FS Honig*, 1970, S. 79 ff.

⁶⁴ *Canaris*, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, S. 467–471.

⁶⁵ *Larenz*, *JuS* 1965, 373; *ders.*, *FS Honig*, 1970, S. 79 ff.; *Deutsch*, *FS Honig*, 1970, S. 30 ff.; *Canaris*, *VersR* 2005, 577 ff.

⁶⁶ *Waldkirch*, *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht*, 2018.

monographisch für das Haftungsrecht eine grundsätzliche Untersuchung der komplementären Begriffe von Zufall und Zurechnung aufgegriffen, die prinzipienfokussiert ist. Anfang der 2000er Jahre traten die von *Canaris* betreuten Dissertationen von *Rothenfuß* und *Röckrath* zum Thema hervor.⁶⁷ Von großer Bedeutung ist der wiederkehrend angegangene Vergleich von Haftung im geistigen Eigentum mit der im allgemeinen Deliktsrecht, zumal in Konstellationen „mittelbarer Verletzungen“, unter dem Visum der Verkehrspflichten.⁶⁸ Drittverhalten wurde bisher ansonsten eher akzessorisch behandelt, als Untergruppe psychischer Kausalität, lebt allerdings mit der Welle der Veröffentlichungen zu KI-Themen auf.⁶⁹ Hier ist allerdings auch auf die umfassende Arbeit von *Spindler* zu Organisationspflichten aufzubauen, die in einer Komplementaritätsperspektive das Problem der Zurechnung implizit betreffen.⁷⁰

Die jüngsten Konzernskandale – Dieselgate und Cum Ex – haben zusätzlich die Wissenszurechnung in den Fokus gerückt. War die Habilitation von *Buck-Heeb* 1999⁷¹ noch einzigartig zu dem Thema, hat inzwischen eine umfassende Aufarbeitung begonnen. Stellung genommen haben insbesondere in einem ZHR-Sonderband *Grigoleit*,⁷² *Wagner*⁷³, *Weller*⁷⁴ sowie *Spindler*⁷⁵.

*Tröger*⁷⁶ hat mit spezifischem Zuschnitt auf Probleme der Arbeitsteilung die Dogmatik der Gehilfenhaftung grundlegend analysiert und dabei eine Rückbesinnung auf die Grundprinzipien der Haftungszurechnung angemahnt. Bereichernd ist insbesondere sein Ansatz, eine umfassende rechtshistorische Bestandsaufnahme neben und mit der Institutionenökonomik zu verwenden.⁷⁷ Mehrere Arbeiten zu Netzeffekten können ebenfalls wertvolle Ansätze für eine übergreifende Dogmatik der Drittzurechnung liefern.⁷⁸

Die Zurechnung von Willenserklärungen ist als traditionelles Forschungsgebiet ebenfalls gut abgedeckt, wobei für die Legitimationswirkung der Willenserklärungen neben den Konzepten von *Flume* vor allem auch auf die Habilitationen von *Singer* und *De la Durantaye* zentral sind.⁷⁹

⁶⁷ *Rothenfuß*, Kausalität und Nachteil, 2003; *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, 2004.

⁶⁸ *Leister*, GRUR-Beil. 2010, 1; *Obly*, ZUM 2017, 793; *Wagner*, GRUR 2020, 329 und 447; *Hofmann/Specht-Riemenschneider*, ZGE 2021, 48.

⁶⁹ Dazu etwa *Hacker*, RW 2018, 243; *Denga*, CR 2018, 69.

⁷⁰ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001; zur Systematisierung der Zurechnungsinstrumente noch ausführlich unten, Kapitel 4, A.

⁷¹ *Buck*, Wissen und Juristische Person, 2001.

⁷² *Grigoleit*, ZHR 2017, 160.

⁷³ *Wagner*, ZHR 2017, 203.

⁷⁴ *Weller*, ZGR 2016, 384.

⁷⁵ *Spindler*, ZHR 2017, 311, 314–319.

⁷⁶ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012.

⁷⁷ *Ibid.*, Kapitel 2 und 4.

⁷⁸ Zuletzt etwa: *Bien*, Haftungskoordination in der arbeitsteiligen Pflichtenkette, 2021.

⁷⁹ *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1993; *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020.

Insbesondere auf diesen vorgenannten Arbeiten ist aufzusetzen; ihre Gedanken sind bei dem Bemühen einer Systembildung der Zurechnung aufzugreifen und fortzuführen.

TEIL 1

Begriff und Probleme der Zurechnung

Kapitel 1

Begriff der Zurechnung und Zurechnung als Regulierung

A. Undifferenzierter Begriffsgebrauch

Ausgangspunkt einer Systematisierung der Zurechnungsdogmatik muss der Zurechnungsbegriff selbst sein. Nur ein klarer Zurechnungsbegriff ermöglicht die adäquate Erfassung der vielfältigen Zurechnungsprobleme. Die Suche nach einem eindeutigen Begriff bedeutet dabei keinesfalls ein Zugeständnis an eine überlebte Begriffsjurisprudenz mit genealogischer Argumentation, sondern ist schlicht logisches Erfordernis jeder Arbeit an der Ordnung des Rechts.¹

I. Paralleldiskurse im Recht

1. Dominanz des Strafrechts

Zurechnung ist zweifellos Kernbegriff des Rechts. Sie betrifft neben dem Privatrecht auch die beiden weiteren Divisionen des öffentlichen und des Strafrechts.² Zur begrifflichen Verworrenheit im Privatrecht trägt indes nicht unwesentlich bei, dass in den beiden anderen Disziplinen, insbesondere freilich im Strafrecht, parallele, weitgehend entkoppelte Diskurse um den Topos der Zurechnung geführt werden.³ Im Strafrecht ist die Zurechnungslehre sehr umfassend und historisch mit den Arbeiten von *Kant*⁴, *Hegel*⁵ und *Fichte*⁶ gewachsen.

¹ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 439–441; zu den methodischen Prämissen dieser Arbeit vgl. bereits oben Einleitung, C., III.

² Für einen schulmäßigen Überblick vgl. etwa im Privatrecht: *Larenz*, JuS 1965, 373; *Musielak*, JA 2013, 241; im Strafrecht: MüKo-StGB/*Freund*, 4. Aufl. 2020, Vorb. § 13, Rn. 332 ff.; *Frisch*, JuS 2011, 116; vgl. im öffentlichen Recht zur Störerdogmatik: *Götz*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Aufl. 2022, S. 103 ff.; siehe auch mit einer rechtsgebietsübergreifenden Darstellung: *Rönnau/Faust/Fehling*, JuS 2004, 113; schon früh für einen erweiterten Zurechnungsbegriff: *Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, S. 722 ff.; krit. Auch *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 467 f.

³ Zur Interdisziplinarität der Zurechnung, mit Betonung der sozialen Zusammenhänge, bereits *Max Weber*, etwa: Kritische Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik, MWG I/7, 384, 453 f. (= Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 22 (1906) 143, 190). Dazu auch *Lepsius*, Interessen, Ideen und Institutionen, 1990, S. 31 ff.; *Petersen*, Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Aufl. 2020, S. 14 ff.

⁴ Dazu *Joerden*, ARSP 77 (1991), 525.

⁵ Dazu *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927.

⁶ Dazu *Zaczyk*, Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, 1981.

Dabei wird Zurechnung offen besprochen für problematische Fälle der Kausalität – und verdeckt für mittelbare Konstellationen der Täterschaft und Teilnahme, eine Verschleifungsbewegung wie sie im Wesentlichen auch im Privatrecht zu beobachten ist. Bemerkenswert sind für die hier gegenständlichen Probleme der Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen gerade die Täterschafts- und Teilnahmefiguren bei Organisationsdelikten, wie der „Täter hinter dem Täter“.⁷ Allerdings ist der strafrechtliche Zurechnungsbegriff wegen der Spezifität des Diskurses, zumal wegen der besonderen, weit weniger ausdifferenzierten Rechtsfolgen und der limitierten Straftheorien,⁸ nur mit Vorbehalten auf den privatrechtlichen Diskurs übertragbar. Die starke strafrechtliche Durchbildung der Lehre von der objektiven Zurechnung ist eng auf das Erfolgsunrecht der einzelnen strafrechtlichen Tatbestände bezogen,⁹ denn erforderlich ist die „verbotswidrige Schaffung eines Erfolgsrisikos“,¹⁰ und macht sie allenfalls für das Deliktsrecht und die besonderen Verbotsregeln des Unternehmensrechts fruchtbar. Zudem ist die strafrechtliche Zurechnungslehre ganz überwiegend moralisch konnotiert,¹¹ schon wegen des Schuldprinzips,¹² während die privatrechtliche, zumal unternehmensrechtliche Zurechnung auch noch weitere Motive verfolgen kann.¹³ Schließlich hat im Strafrecht das Problem der „Zurechnungsfähigkeit“ einen ganz anderen Stellenwert als im Privatrecht.¹⁴ Die Bezüge der Zurechnungslehren sind also nur bei oberflächlicher Betrachtung identisch, ihre abschließende Klärung muss jedenfalls einem weiteren, säulen-

⁷ Grundlegend hier: *Roxin*, GA 1963, 193; *ders.*, Strafrecht AT II, 2003, § 25 Rn. 105 ff.; BGHSt 40, 218, 232 ff.; *Lackner/Kühl*, StGB, 29. Aufl. 2018, § 25 Rn. 2.

⁸ Herrschend ist heute eine präventive Vereinigungstheorie, welche auf Vergeltungsaspekte verzichtet, dazu *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 3 VI; mit historischem Überblick, *Frommel*, Präventionsmodelle, S. 42 ff.

⁹ Umfassend: *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 55 ff.

¹⁰ Dazu den Überblick von *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, vor § 13 Rn. 91 ff.; s. a. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, insbes. S. 33 ff., 428 f., 526; *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien des Strafrechts, 2006; *ders.*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996.

¹¹ Vgl. zuletzt den Überblick von *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018, insbes. S. 181 ff., 231 ff. Eine ökonomische Analyse des Strafrechts ist freilich im Vordringen befindlich, siehe nur m. w. N. *Beckemper*, FS Achenbach, 2011, S. 29; im Strafrecht wirkt sich der ethische Topos der Verantwortlichkeit auf ganz unterschiedlichen Tatbestandsebenen aus, Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind ua die Schuldfähigkeit (§§ 19, 20 StGB), die Möglichkeit der Unrechtskenntnis (§ 17 StGB) und die Normalität der Handlungssituation, die bei bestimmten Formen der Gefahr (§ 35 StGB) und des Notwehrexzesses (§ 33 StGB) fehlt; außerdem gibt es im Besonderen Teil, im Nebenstrafrecht und im übergesetzlichen Bereich Fälle ausgeschlossener Verantwortlichkeit, dazu insgesamt: *Roxin/Greco*, Strafrecht AT I, 5. Aufl. 2020, § 19 Rn. 1.

¹² Art. 103 Abs. 2 GG; § 46 Abs. 1 S. 1 StGB, dazu: *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 51 ff.

¹³ Zum Wertungstriptychon siehe unten Kapitel 4., B., I.

¹⁴ Auch im Privatrecht ist die Zurechnungsfähigkeit als Filter der Verantwortungsfrage im engeren Sinne vorgelagert, dazu ebenfalls schon *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468 f.; *ders.*, NJW 1964, 1989 ff.

übergreifenden Forschungsvorhaben vorbehalten sein.¹⁵ Schließlich herrscht auch im Steuerrecht ein weiter Zurechnungsbegriff unter § 39 Abs. 2 AO vor, der freilich ebenfalls von kaum übertragbaren Wertungen geprägt ist, die sich aus besonderen Risikolagen der Steuervermeidung ergeben.¹⁶

2. Weitere Ansätze

Insbesondere ist Zurechnung Gegenstand umfassender historischer rechtsphilosophischer Auseinandersetzungen, schon bei *Kant*¹⁷ und *Hegel*,¹⁸ im 20. Jahrhundert überwiegend durch Strafrechtslehrer, insbesondere bei *Loening*¹⁹, *Hardwig*²⁰, *Hruschka*.²¹ Im Privatrecht ist insbesondere die Dissertation von *Larenz* über *Hegels* Zurechnungslehre²² zu nennen, der die Entdeckung des Prinzips objektiver Zurechnung zugeschrieben wird,²³ und in der die Unterscheidung von Zufall und Zurechnung im Fokus steht. Bei *Deutsch* ist die Zuordnung durch Zurechnung ebenfalls eher ethisch konnotiert, wenn er sie als „Verantwortung“ bezeichnet.²⁴ *Canaris* erkennt Zurechnung als „Gebot der Gerechtigkeit“, beklagt allerdings ebenfalls deutlich das Fehlen „jede(n) Versuchs, allgemeine, d. h. von der Beziehung auf einen bestimmten Problembereich wie z. B. das Schadensersatzrecht, unabhängige Grundsätze herauszuarbeiten“. ²⁵ Insbesondere mahnt *Canaris* eine Schärfung ansonsten „unbestimmter Schlagwörter“ an,²⁶ was im zeitgeistig hochpolitisierten – dadurch freilich be-

¹⁵ Wofür durchaus Ansätze bestehen, vgl. früh schon: *Traeger*, Der Kausalbegriff in Straf- und Privatrecht, 1904; mit vergleichenden Aspekten auch *Rönnau/Faust/Fehling*, JuS 2004, 113.

¹⁶ Vgl. zur „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ m. w. N. zur BFH-Rechtsprechung etwa *Koenig*, in: *Koenig*, AO, 4. Aufl. 2021, § 39 Rn. 1.

¹⁷ Etwa *ders.*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785/86, Werkausgabe, Bd. VII, Frankfurt a. M. 2000, S. 45; vgl. auch bei *Di Fabio*, JZ 2020, 1073, 1074.

¹⁸ Etwa *ders.*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: *Gesammelte Werke*. Hrsg. von der Nordrhein-westfälischen Akademie der Wissenschaften, Bd. 14.1, 2009, § 117.

¹⁹ *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, 1903 – hier insbesondere Kritik am Zurechnungsbegriff Pufendorfs, S. XI.

²⁰ *Hardwig*, Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957; *Hruschka*, in: *Kaufmann/Renzikowski* (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, S. 17.

²¹ *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, 1976.

²² *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927. Für *Larenz* ist Zurechnung eher ein schwaches Prinzip, wonach „das Recht den Einzelnen als Persönlichkeit, Subjekt und Geist an[erkennt] [...] es sein Tun als Tat der Freiheit“ werte, S. 50.

²³ *Canaris*, Karl Larenz, in: *Grundmann/Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Band 2, S. 265.

²⁴ *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 64; *ders.*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, S. 59; *ders.*, VersR 1988, 1197.

²⁵ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468, 472.

²⁶ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 481.

griffsvagen – Kontext einer postulierten „Verantwortungsgesellschaft“ hoch relevant bleibt.²⁷ Die Dominanz des strafrechtlichen Diskurses zum Thema Zurechnung erklärt die Migration ihrer überwiegend ethischen Konzepte ins Privatrecht. Im öffentlichen Recht war vor allem die Arbeit von *Kelsen* eminent, der hier auch eine besondere Rolle zukommen soll, da *Kelsen* als erster Autor Zurechnung nicht als Funktion eines einzigen, des ethischen, Prinzips ansieht und sie auch nicht auf den individuellen Fall beschränkt, sondern sie als rechtstechnische Funktion begreift, die in der gesamten Rechtsordnung wirkt.²⁸

II. Diffuser Zurechnungsbegriff des Privatrechts

1. Weit gestreute Anknüpfungspunkte

Fragen der Zurechnung werden im Rahmen unterschiedlichster Normen diskutiert, die zum Teil auch in dieser Arbeit noch genauer, im systematischen Zusammenhang, analysiert werden sollen. Im allgemeinen Privatrecht sind dies insbesondere die §§ 31, 278, 831, 832, 833 BGB über die Schadensersatzpflicht etwa für das Verhalten von Organen, Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen oder Tieren; beim Eigentumserwerb in kooperativen Verarbeitungsprozessen § 950 BGB; im Bereich der Zurechnung von Willenserklärungen der Stellvertreter die §§ 164 ff. BGB; im Bereich der Wissenszurechnung des Stellvertreters der rudimentäre § 166 BGB. Zurechnungsnormen sind im besonderen Unternehmensrecht vielfach anzutreffen, etwa für die bilanzielle und steuerliche Behandlung von Vermögen in § 246 Abs. 1 2 HGB und § 39 AO, für besondere handelsrechtliche Arten rechtsgeschäftlicher Stellvertretung unter den §§ 48 ff. HGB, für kooperative geistige Schöpfungen § 8 UrhG, für die Intermediärhaftung nach der E-Commerce-Richtlinie, oder im Konzern- und Übernahmerecht. Zurechnung wird dabei in den unterschiedlichsten Zusammenhängen genannt: Schwerwiegende, allerdings nicht nur negative, Rechtsfolgen sollen von der Zurechnung ganz unterschiedlicher tatsächlicher und rechtlicher Umstände abhängig sein – die Schadensersatzpflicht von der Zurechnung eines Erfolgs etwa, die vertragliche Leistungspflicht von der Zurechnung eines rechtsgeschäftlichen Angebots durch Stellvertretung, der Erwerb einer Sache von der Zurechnung bösen Glaubens oder der Beginn von Ausschluss- und Verjährungsfristen von der Zurechnung des Wissens um die sie auslösenden Umstände.²⁹

²⁷ Dazu: *Etzioni*, Die Verantwortungsgesellschaft, 1999; *Kaufmann*, Der Ruf nach Verantwortung, Risiko und Ethik in einer unüberschaubaren Welt, 1992; kritisch dazu: *Luhmann*, der im Verantwortungsdiskurs eine „Verzweiflungsgeste“ sieht, in: Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 133; mit einem breiten Überblick zum Verantwortungsdiskurs, siehe: *Eller*, RW 2019, 5.

²⁸ Dazu sogleich, Kapitel 1., B., II.

²⁹ Dazu bereits *Denga*, ZIP 2020, 945 ff.

2. Vielzahl von Umschreibungen

Es ist erstaunlich, dass der Begriff der Zurechnung heute im Privatrecht, trotz der umfassenden und tiefeschürfenden Diskussion sowie aller theoretischer Fundierung in den anderen Disziplinen des Rechts, allem voran im Strafrecht, vielfach undifferenziert gebraucht wird und eine allgemeine Definition – ja selbst lediglich die Bemühung um eine solche – fehlt.³⁰ Verlegenheitswendungen und vage Umschreibungen sind auch bei den namhaftesten Kommentatoren und Gerichten anzutreffen – so ist etwa die Rede von Zurechnung „im originären Sinn“, „als Rechtsproblem“,³¹ „als Grundoperation des Rechts“.³² An Klarheit ist durch diese Benennungen wenig gewonnen – Bedingungen und Funktionsweise von Zurechnung werden dabei nicht einmal ansatzweise mit allgemeingültigem Ansatz geklärt. Es fehlen sogar grundsätzliche, freilich wegen der Souveränität der Rechtsbegrifflichkeiten gegenüber der Alltagssprache nur beschränkt aussagekräftige,³³ etymologische Analysen. Dabei läge es nahe, die Begriffsbestandteile von „Zurechnung“ zu analysieren – so ist „rechnen“ allgemein als logische Operation zu verstehen, das Präfix „zu“ bedeutet die Verknüpfung, was schon sehr nahe an dem hier für maßgeblich befundenem Begriffsverständnis liegt. Das lateinische „imputare“ bedeutet ebenfalls „zuweisen“. Die lexikalische Bedeutung des Begriffs ist stark an das strafrechtliche Verständnis angelehnt, so etwa historisch definiert als „Der Ausspruch, dass eine Person für eine bestimmte Tat verantwortlich ist“;³⁴ in der modernen Wikipedia heißt es allgemeiner, wenngleich mit Quellenverweis auf den Strafrechtler *Joerden*, „Zurechnung (auch *Zuschreibung*, lat. *imputatio*) bedeutet, dass man eine Person für ein bestimmtes Verhalten und dessen Folgen rechtlich verantwortlich macht. Die Person treffen dann die Rechtsfolgen, die die Rechtsordnung an das betreffende Verhalten knüpft.“³⁵ Verbindliches für das Privatrecht lässt sich aus diesen breit aufgelesenen Spuren nicht feststellen, allenfalls allein als empirischer Befund zum Diskurs, gerade kehrseitig zu seiner Undifferenziertheit, dass Zurechnung zunächst weit verstanden wird. Angesichts der Unschärfen des Zurechnungsbegriffs wundert es nicht, dass Zurechnung in

³⁰ Nochmals sei auf dieselbe Feststellung durch *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 469 verwiesen; siehe freilich die kurze Übersicht von *Bork*, BGB AT, 4. Aufl. 2016, Rn. 1322 ff.

³¹ *Liebscher*, ZIP 2019, 1837 ff.

³² *Di Fabio*, JZ 2020, 1073.

³³ Zum Verhältnis der Sprachwissenschaft zur Rechtsdogmatik und zu abstrakten Rechtsbegriffen *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 204 ff., 439 ff.; s. m. w. N. auch *Denga*, ZfPW 2021, 73, 96 ff.

³⁴ *Meyer*, Meyers Kleines Konversations-Lexikon, 1910, Bd. 6, S. 957.

³⁵ Siehe unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Zurechnung> (zuletzt abgerufen am 1.5.2022); der mitzitierte Verweis richtet sich auf die internetbasierte „Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie“, darin den Eintrag von *Joerden* mit dem Titel „Zurechnung“, abrufbar unter <https://de.wikipedia.org/wiki/Zurechnung> (zuletzt abgerufen am 1.5.2022).

vielfältigen Zusammenhängen genannt und methodisch durch verschiedene Funktionen umgesetzt wird – erstaunlich ist dann freilich die teilweise geäußerte Kritik, dass Grenzüberschreitungen durch die verschiedenen Modi der Zurechnung vorlägen. Wichtig für die analytische Untersuchung des positiven Rechts ist, dass der Begründungstopos der Zurechnung mit anderen Instrumenten des Rechts verschliffen wird, eine Beobachtung, die bei der systematischen Analyse des positiven Rechts noch zu bestätigen sein wird.

3. Rechtspolitische Aufladung

Dass eine kohärente Dogmatik der Zurechnung bislang nicht vorliegt, darf wegen des hier aufgezeigten Fehlens eines klaren Zurechnungsbegriffes nicht verwundern. Denn ist der Zurechnungsbegriff konturenlos, so kann – und wird! – er als Konsequenz fast beliebig rechtspolitisch aufgeladen. Selbst wenn einer Reinen Rechtslehre nach *Kelsen* nicht zu folgen ist,³⁶ muss die Eigenständigkeit juristischer Dogmatik schon wegen ihrer Gewährleistungen von Verhaltenssicherheit und Vorhersehbarkeit besser gewahrt werden, als es jetzt bei der Begriffsverwirrung um die Zurechnung der Fall ist. Im gegenwärtigen Diskurs wird Zurechnung stark moralisch aufgeladen, es ist ganz überwiegend die Rede von „Zurechnung von Verantwortung“.³⁷ Etablierte Prinzipien des Rechts werden vor einer ethisch deklinierten Verantwortung reduziert, zu nennen sei im Zusammenhang mit der Unternehmensorganisation und dem Konzernrecht nur das Trennungsprinzip: es soll bei – fraglos! – wichtigen gesellschaftlichen Belangen wie dem Menschenrechts- und Umweltschutz nicht mehr grundsätzlich gelten, sondern vielmehr ein weitreichendes „piercing the corporate veil“.³⁸ Ein anderes akutes Beispiel für die ausufernden Tendenzen der Zurechnung ist die Plattformhaftung für Nutzerinhalte – die vom Grundprinzip der Immunität ins Gegenteil der Gefährdungshaftung verkehrt wurde.³⁹ Über die rechtspolitische Aufladung des Zurechnungsbegriffs wird ein Einfallstor gegen die gesamte Rechtsdogmatik aufgestoßen, diese in ihren wesentlichen Gewährleistungsfunktionen hinsichtlich Vorhersehbarkeit und Methode in Frage gestellt.⁴⁰

³⁶ Zu dieser sogleich ausführlich, im Zusammenhang mit der hier im Wesentlichen übernommenen Zurechnungslehre Kelsens, Kapitel 1., B., II.

³⁷ Siehe nur den von *Lübbe* herausgegebenen Band „Kausalität und Zurechnung: Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen“, 1994; *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 890; kritisch auch: *Di Fabio*, JZ 2020, 1073; auch *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 103 f.

³⁸ Siehe noch ausführlich unten zum Trennungsprinzip im Konzernrecht, Kapitel 3., C., II.

³⁹ Dazu näher unten, Kapitel 3., B., IV., 3.

⁴⁰ Zur Vorhersehbarkeit und Sicherheit durch Rechtsmethodik vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl. 2012, S. 326 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 651; *Vogelauer*, ZEuP 2005, 234, 235; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, § 13; zuletzt auch *Möllers*, ZfPW 2019, 94, 99.

B. Proprium der Zurechnung

I. Abgrenzung zur Kausalität

Zurechnung kann vermittelt der Abgrenzung zur Kausalität an Konturen gewinnen. Die Begriffe haben eine enge Beziehung, sind jedoch in ihrer Funktionsweise deutlich verschieden.

1. Kausalität als Minimalvoraussetzung der Zurechnung

Kausalität soll die Minimalvoraussetzung jeder Zurechnung sein, also deren notwendige Bedingung.⁴¹ Herrschend in der Rechtsprechung ist die *conditio-sine qua non*-Formel. Ursache ist nach ihr *jede* Bedingung, die nicht hinweggedacht werden könnte, ohne dass dabei der Erfolg entfiel.⁴² Die Bedingungen sind dabei gleich wichtig, äquivalent, womit insbesondere auch mittelbare Beeinflussungen des finalen Erfolges ohne weiteres als Bedingungen zu zählen sind, etwa die Beteiligung für die schädigende Handlung, unter § 830 Abs. 1 S. 2 BGB.⁴³ Die *conditio*-Formel ist bekanntlich ausufernd grenzenlos und ermöglicht einen Regress ad infinitum – die Eltern des Mörders haften ohne eine genuine Tatbeteiligung nicht bloß wegen seiner Zeugung für seine Tat.⁴⁴ Auch bei Unterlassungserfolgen erfordert die *conditio*-Formel eine Modifikation, mit der Figur hypothetischer Kausalität: wäre der Erfolg durch den Zurechnungspunkt vermeidbar gewesen?⁴⁵ Maßgeblich ist wegen dieser evidenten Schwäche das Verständnis von Kausalität als notwendige, allerdings nicht hinreichende Bedingung der Zurechnung. Freilich kommt es gerade darauf an, wie die Feinsteuerung der Ergebnisse des Kausalfilters einzustellen ist. Schon an dieser Stelle kann das Verursacherprinzip vernachlässigt werden, welches wohl nur als Scheinprinzip im Diskurs erwähnt wird, da es identisch mit der Kausalität ist. Es ist nach dem Konzept von *Kelsen* in einem gesellschaftswissenschaftlichen Fach deplatziert⁴⁶ und wird konsequenterweise auch von *Canaris* als taugliches Kriterium der Zurechnung abgelehnt.⁴⁷

⁴¹ Für die private Haftung *Gottwald*, Kausalität und Zurechnung. Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts, Karlsruher Forum, 1986, S. 3.

⁴² Dazu etwa MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 103; Grüneberg/*Grüneberg* Vor § 249 Rn. 25.

⁴³ Dies verkennt *Röckerath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, 2004 – alle von ihm auf S. 107 ff. angeführten Fälle von „Haftung ohne nachgewiesene Verursachung“ bieten Ansätze für eine mittelbare Verursachung.

⁴⁴ Zum Erfordernis eines Negativfilters *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II § 33 I vor 1 (S. 224); Überblick bei MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 104 ff.

⁴⁵ Dazu *Esser/Schmidt* SchuldR AT II § 33 I 2 (S. 229 f.); *Soergel/Ekkenga/Kuntz* Vor § 249 Rn. 122.

⁴⁶ *Kelsen*, ARSP, Vol. 46, No. 3 (1960), 321.

⁴⁷ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971), S. 473 f.; inwieweit der Schutzzweck der Norm als Zurechnungsprinzip behandelt werden sollte ist fraglich, denn

2. Metaphysische Aufladung der Kausalität

Von diesem reinen, vorrechtlichen Verständnis von Kausalität gibt es allerdings Abweichungen. In der Privatrechtslehre wird die *Conditio-Sine-Qua-Non*-Formel nur zögerlich hinterfragt und um Wertungen ergänzt, wie sie im strafrechtlichen Diskurs insbesondere von *Engisch* als Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung entwickelt wurden.⁴⁸ Es gibt auch abgesehen von besonderen Kausalitätskonzepten eine erhebliche Unklarheit über den Begriff der Bedingung als solche – insbesondere in Sonderkonstellationen, wie dem Unterlassen,⁴⁹ der Doppelkausalität und Überbestimmtheit.⁵⁰ Für letztere ist kennzeichnend, dass der Erfolg kausal „überdeterminiert“ ist, weil zwei oder mehrere Ursachen zwar alternativ, jedoch nicht kumulativ hinweg gedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfele.⁵¹ Praktisch wichtiges Beispiel im Unternehmensrecht sind Gremienentscheidungen, die nur durch die kumulative Stimmzahl zustande kommen.⁵² Im Strafrecht wird hier überwiegend mit der Figur des „Hinwegdenkens“ gearbeitet, und einer hypothetischen Betrachtung, wobei der Erfolg in seiner konkreten Gestalt bewertet wird.⁵³ Hier drängen sich Rückschaufehler auf. Dass tatsächliche Probleme der Bewertung von Ursächlichkeit mit Wertungen überwunden werden, sollte nicht überraschen, denn letztendlich liegt auch der Kausalität selbst, so sehr man sie – wie *Kelsen* etwa – als rein naturwissenschaftliches Phänomen vom Recht trennen möchte, ein philosophisches, nachmetaphysisches Verständnis zu Grunde, das auf *Hume* und *Mill* zurückzuführen ist, die damit den Befund verarbeiteten, dass viele Ursachen schlicht nicht zu beobachten sind.⁵⁴ In diese Richtung sind Kausalitätsabschwächungen im Un-

dieser Topos dient zur Eingrenzung der wahrscheinlichkeitsgestützten Äquivalenzformel der Kausalität, hat aber weniger den Anspruch, eine allgemeine Gültigkeit zu haben, denn vielmehr die Funktion, die Auslegung einzelner Normen (als „konkreter Haftungsgründe“) zu leiten – vgl. dazu m. N. zur Rechtsprechung *Grüneberg/Grüneberg*, Vorb. § 249 Rn. 29; A. A. *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 309ff.; grundlegend für die Schutzzwecktheorie *Rabel*, Recht des Warenkaufs, Bd. I, 1964, S. 495 ff.

⁴⁸ *Schulin*, Der natürliche, vorrechtliche Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, 1976, S. 81 ff.; *Röckrath*, NStZ 2003, 641; *ders.*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung, 2004, S. 5 ff.

⁴⁹ Dazu im zivilrechtlichen Diskurs *Medicus/Lorenz*, SchuldR AT Rn. 679; *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II § 33 I 2, S. 229 f.

⁵⁰ Fein differenzierend: *Röckrath*, NStZ 2003, 641, 645 f.

⁵¹ Eingehend: *Puppe*, Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, S. 112 ff.; vgl. auch *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, 1996, Rn. 153; etabliert hat sich auch der sog. NESS-Test: Necessary Element of a Sufficient Set, *Wright*, 73 Iowa L. Rev. 1001 (1988), 1018 ff.

⁵² Dazu *MüKo-BGB/Wagner*, § 830 Rn. 79.

⁵³ *Hilgendorf*, GA 1995, 515

⁵⁴ *Hume*, A Treatise of Human Nature, Book I, part III sections II-IV, 1739; *ders.*, Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals, section VII, 1777, S. 60 ff.; *Mill*, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, 1872, Book III Chapter V; vgl. dazu *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung 2002, S. 149 ff., 159 f.; *Stegmüller*, Pro-

ternehmensrecht zu deuten, wie etwa bei der Prospekthaftung die (historische) Figur der Anlagestimmung.⁵⁵

II. Zurechnungsbegriff nach Kelsen

Am klarsten tritt die Trennung zwischen Kausalität und Zurechnung bei *Kelsen* zu Tage, der bereits in seiner staatsrechtlichen Habilitationsschrift eine intensive Rundschau in die Lösungen des Straf- und Privatrechts unternahm. Die grundlegende, abstrakt-konzeptionelle Aufarbeitung der Zurechnung von *Kelsen* hebt dabei hervor, dass Zurechnung das für das Recht als Wissenschaft überhaupt prägende Konzept ist und es von den kausalitätsbezogenen Naturwissenschaften abgrenzt. Es verknüpft Tatbestand und Rechtsfolge durch „sollen“ – also normativ.⁵⁶ Kausalität ist dagegen faktisch determiniert und wertfrei, zumindest frei von rechtlichen Wertungen. Sie ist ein vorrechtliches Kriterium.⁵⁷ An der Klarheit und Prägnanz dieser Trennung ist festzuhalten. Sie soll daher in dieser Arbeit zu Grunde gelegt werden und als Ordnungshilfe bei der Erfassung des Phänomens der Zurechnung im Recht dienen.

1. Verortung der Zurechnungslehre Kelsens

Kelsen ist nicht nur „Jurist des 20. Jahrhunderts“⁵⁸, sondern er hat auch eine überzeugende Zurechnungslehre begründet, die als am weitesten entwickelte Zurechnungslehre überhaupt zu gelten hat.⁵⁹ Dass sie bislang im privatrechtlichen Diskurs zu wenig Beachtung findet, mag daran liegen, dass *Kelsen* insbesondere im Verfassungsrecht wirkte, es gar prägte, und nicht explizit zu Fragen des Privatrechts publizierte. Seine rechtstheoretische Analyse zur Zurechnung vermag indes zur Lösung bestehender Probleme der Privatrechtsdogmatik beizutragen indem sie sie auf einer abstrakteren Ebene bindet.⁶⁰ Der von *Kelsen* insbesondere in seinem Werk *Hauptprobleme des Staatsrechts* sowie einigen

bleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Bd. I, 2. Aufl. 1969, S. 501 ff.; *Hilgendorf*, ARSP, Vol. 81 No. 2 (1995), 273.

⁵⁵ Dazu zuletzt BGH NZG 2021, 457 Rn. 79 ff.; Überblick bei Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Fleischer*, 5. Aufl. 2020, § 6 Rn. 27.

⁵⁶ *Kelsen*, ARSP, Vol. 46, No. 3 (1960), 321, insbes. 329 f.; *ders.*, umfassend bereits in seiner Habilitationsschrift, *Hauptprobleme des Staatsrechts*, 2. Aufl. 1923, S. 57 ff., 143 ff.

⁵⁷ Zum Begriff *Schulin*, *Der natürliche, vorrechtliche Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht*, 1976.

⁵⁸ *Dreier*, in: Heinrichs u. a. (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, 1993, S. 705–732.

⁵⁹ *Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, S. 231; ähnlich ausgeprägt ist lediglich die Lehre *Larenz* – dazu *seine* Dissertation *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927.

⁶⁰ Überblick, freilich eher über das Frühwerk Kelsens, bei: *Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, S. 147–237.

Folgepublikationen erarbeitete Ansatz passt zum hier gewählten analytischen Rahmen, Zurechnung nicht nur in einem einzelnen Regelungssprengeln des Unternehmensprivatrechts zu untersuchen, sondern sie im Unternehmensprivatrecht insgesamt zu betrachten. Der Zurechnungsbegriff *Kelsens* kann dabei durchaus auch ohne Rückbindung an seine strikt rechtspositivistische „Reine Rechtslehre“⁶¹ fruchtbar gemacht werden, die alle Betrachtungsgegenstände aus der Rechtsanwendung ausschließen will, die nicht unmittelbaren Normbezug haben und nicht im Reich des „Sollens“ liegen, sondern im „Sein“. Wenn auch der Ansatz, das Sollen vom Sein zu trennen,⁶² ebenfalls tragend für den Zurechnungsbegriff *Kelsens* ist,⁶³ so ist er doch als *methodisches Instrument* auch in ein prinzipiendeterminiertes und Mehrebenensystem, sowie in eine pluralistische Rechtswissenschaft übertragbar. Aus der Reinen Rechtslehre kann freilich die Behauptung des Selbstwerts einer juristischen Dogmatik übernommen werden, sie lässt sich mit dem Anspruch der wirtschaftssoziologischen Anwendung des Rechts, insbesondere durch seine Generalklauseln, in Einklang bringen, wenn es Methode, Gegenstände und Bezüge der Zurechnung ordnet. Diese Übertragung entspricht auch einem eher dialektischen Verständnis der Dichotomie von Sein und Sollen, welches *Kelsen* als hegelianisch selbst eher fern lag.⁶⁴

2. Normativität der Zurechnung

Kelsens Zugriff auf die Zurechnung ist in einem ersten Schritt grob: sie sei „eine ganz eigenartige [...] Verknüpfung von Elementen“.⁶⁵ Allerdings enthält diese Bezeichnung schon die wesentlichen Fragestellungen: Welche Verknüpfung? Und welche Elemente?

Für *Kelsen* ergibt sich der besondere Gehalt der Zurechnung aus ihrer Abgrenzung zur Kausalität. Zwischen beiden soll ein „Parallelismus“ bestehen, da sie die Funktion erfüllen, „Elemente des Erkenntnisgegenstandes“ zu verknüpfen.⁶⁶ Zurechnung zeichnet sich für *Kelsen* als Verknüpfungsoperation dadurch aus, dass sie, im Gegensatz zur naturwissenschaftlich determinierten Kausalität, normativ, also nach menschlichem Willen wirkt: „Der Unterschied zwischen Kausalität und Zurechnung besteht [...] darin, dass die Beziehung zwi-

⁶¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934; Überblick bei: *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 69–81 (sowie zur historischen Vorgängerin nach *Puchta*, der Begriffsjurisprudenz S. 19–35; zuletzt *Renner*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), *New Private Law Theory*, 2021, S. 61 f.

⁶² *Kelsen*, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 5 ff.; zum rechtswissenschaftlichen Diskurs und Methodendualismus umfassend: *Lindner*, *RphZ* 3 (2017), 396.

⁶³ So auch *Heidemann*, Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, 2005, S. 26.

⁶⁴ So auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 73.

⁶⁵ *Kelsen*, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 72.

⁶⁶ *Kelsen*, *ARSP*, 1960, Vol. 46, No. 3 (1960), 321, 333.

schen der Bedingung als Ursache und der Folge als Wirkung, die im Naturgesetz ausgesagt wird, nicht, wie die Beziehung von Bedingung und Folge, die in einem Moral- oder Rechtsgesetz dargestellt wird, durch den Eingriff eines menschlichen Willensaktes hergestellt, sondern von jedem solchen Eingriff unabhängig ist. Da der spezifische Sinn des Aktes, durch den die Beziehung zwischen Bedingung und Folge in einem Moral- oder Rechtsgesetz hergestellt wird, eine Norm ist, kann von einer normativen, zum Unterschied von einer kausalen Beziehung gesprochen werden ‚Zurechnung‘ bezeichnet eine normative Beziehung. Diese Beziehung und nichts anderes wird in dem Worte *sollen* ausgedrückt.“⁶⁷

Zurechnung ist also normative Verknüpfung – Verknüpfung auf Grund von Normen. Besonders hervorzuheben ist aus diesem bedeutsamen Zitat die Rolle des menschlichen Willens als Ursprung von Normen – also die Willkür in der Festlegung der Rechtsfolgen, die gerade keiner metaphysischen Ordnung entspringen, sondern aus einem Prozess menschlicher Entscheidung, mit all ihren Rationalitäten und Irrationalitäten hervorgeht. Dabei geht *Kelsen*, interessanter Weise wie *Larenz*, der eher *Hegel* als *Kant* anhängt, von der Unterscheidung zwischen Zurechnung und Kausalität als der Unterscheidung zwischen Wille und Zufall aus.⁶⁸ Allerdings bleibt *Larenz* allein auf der Ebene des individuellen Willens,⁶⁹ während *Kelsen*, als Staatsrechtler wohl intuitiv, auch den abstrakten Willen des Gesetzgebers mit in sein Konzept einbezieht: „Der Willensakt, dessen Sinn eine Norm ist, kann in verschiedener Weise vollzogen werden: durch eine Geste, durch gesprochene oder geschriebene Worte, durch eine Reihe von Akten, die einen komplizierten Gesetzgebungsprozess oder eine sogenannte Gewohnheit darstellen. Wenn man sagt, dass durch einen solchen Akt oder solche Akte eine Norm „erzeugt“ oder „gesetzt“ wird, so ist das nur ein figürlicher Ausdruck dafür, dass der Sinn des Aktes oder der Akte eine Norm ist. Eine durch einen menschlichen Akt oder menschliche Akte gesetzte Norm ist eine positive, d. h. eben eine gesetzte Norm. Ihre spezifische Existenz bezeichnen wir als ihre Geltung.“⁷⁰

Die normative Prägung der Zurechnung sieht *Kelsen* gar als Proprium der entwickelten Gesellschaftswissenschaften schlechthin: „Der Dualismus von Natur als einer kausalen und Gesellschaft als einer normativen Ordnung, der Dualismus zweier verschiedener Methoden, die gegebenen Elementen miteinan-

⁶⁷ *Kelsen*, ARSP, 1960, Vol. 46, No. 3 (1960), 321, 330; *ders.*, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 709.

⁶⁸ *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 61; mit dieser Interpretation auch *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 119; zentral auch für *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 220 ff.

⁶⁹ Vgl. etwa *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 63–67.

⁷⁰ *Kelsen*, ARSP, 1960, Vol. 46, No. 3 (1960), 321, 323 f.

der zu verknüpfen, ist dem primitiven Bewußtsein völlig fremd.“⁷¹ Den Dualismus von Zurechnung und Kausalität hat auch *Larenz* in seiner Dissertation zu *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung* zu Grunde gelegt, freilich eher in Abwendung von den neukantianischen Grundsätzen einer Dichotomie von Sein und Sollen. Allerdings steht auch für *Larenz* der normative Charakter der Zurechnung im Vordergrund, es soll (grundsätzlich) zugerechnet werden, was auf den Willen des Einzelnen zurückzuführen ist.⁷² Für beide ist die innere Logik der Zurechnung also determiniert vom Willen – ein Umstand, der für die Analyse positiven Zurechnungsrechts und den zu entwickelnden Legitimitätsfilter von eminenter Bedeutung sein wird.⁷³

3. Zurechnung von Rechtsfolgen

Vielfach undifferenziert wird mit der Grundfrage umgegangen, welche Elemente Zurechnung überhaupt in Bezug setzt.⁷⁴ Auch hier bietet die Theorie *Kelsens* Klarheit – versteht man Zurechnung als normativen Operator, dann kann sie nicht die Verknüpfung von Tatsachen untereinander zum Gegenstand haben, da diese nicht im Gebiet des Sollens liegen, sondern im Sein, welches gerade nicht normativ durch das Recht erfasst ist. Zurechnung betrifft daher ausschließlich die Zurechnung von Rechtsfolgen, entweder in Bezug auf Tatsachen oder auf Rechte: „Die Zurechnung, die im Begriff der Zurechnungsfähigkeit zum Ausdruck kommt, ist somit nicht – wie die traditionelle Theorie annimmt – die Verknüpfung eines bestimmten Verhaltens mit dem sich so verhaltenden Menschen; dazu bedarf es keiner Verknüpfung durch eine Rechtsnorm, da sich das Verhalten von dem sich so verhaltenden Menschen gar nicht trennen lässt; auch das Verhalten eines Unzurechnungsfähigen ist sein Verhalten, seine Handlung oder seine Unterlassung, wenn auch kein Unrecht, d. h. kein Verhalten, mit dem eine Unrechtsfolge verknüpft wird. Die Zurechnung, die im Begriff der Zurechnungsfähigkeit zum Ausdruck kommt, ist die Verknüpfung eines bestimmten Verhaltens, nämlich des Unrechts, mit einer Unrechtsfolge. Daher kann man sagen: die Unrechtsfolge wird dem Unrecht zugerechnet, sie wird jedoch nicht durch das Unrecht – als durch ihre Ursache – bewirkt. Dass die Rechtswissenschaft durchaus nicht auf eine kausale Erklärung der Rechtsphänomene Un-

⁷¹ *Kelsen*, ARSP, 1960, Vol. 46, No. 3 (1960), 321, 327; *ders.* relativiert an anderer Stelle freilich selbst den Widerspruch zwischen Natur und Gesellschaft, sieht letztere grundsätzlich als Teil der ersten an; dass Zurechnung über reine Kausalität hinausgeht, betont noch nicht hinreichend *Di Fabio*, JZ 2020, 1073 unter Verweis auf *Bork*, ZGR 1994, 237 ff.

⁷² *Larenz*, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, S. 55.

⁷³ Zu den wichtigsten Wertungen im deutschen Recht, unten Kapitel 4., B.; zum Legitimitätsfilter Kapitel 5.

⁷⁴ Mit einem Überblick über verschiedene Modelle: *Koriath*, *Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung*, 1994, S. 137.

recht und Unrechtsfolge, abzielt, ist ja selbstverständlich. In den Rechtssätzen, mit denen sie diese Phänomene beschreibt, wendet sie nicht das Prinzip der Kausalität, sondern ein Prinzip an, das man – wie diese Analyse zeigt – als Zurechnung bezeichnen darf.⁷⁵

Die Trennung von Sein und Sollen, wichtiges Axiom für die neukantianische Schule insgesamt,⁷⁶ findet sich hier einerseits sehr deutlich verwirklicht, denn Ausgangs- und Endpunkt der Zurechnung sind jeweils in der einen oder anderen Ordnung zu finden. Zurechnung stellt allerdings auch das Bindeglied zwischen den beiden Ordnungen dar, wenngleich sie dabei selbst normativ bleibt. Der Bezug von Zurechnung allein auf Tatsachen steht, und das wird in der Folge noch im Einzelnen aufzuzeigen sein, in Widerspruch zu einigen Zurechnungskonzepten in der gegenwärtigen Dogmatik – zu nennen sei nur die Wissenszurechnung: Wissen als (immaterielle) Tatsache zuzurechnen ist in der normativen Konzeption von Zurechnung nicht möglich. Das Konzept ist stimmig, denn Tatsachen als solche sind vom Recht getrennt, relevant wird erst eine rechtliche Bewertung der Tatsachen, die sich durch Zurechnung verändern kann: erst die Zurechnung von Rechten und Pflichten in Bezug auf Wissen – und vor allem seine Gegenstände! – ist von Bedeutung für den Juristen, nicht das Wissen selbst.⁷⁷ Gleiches gilt für die Zurechnung von Schadensereignissen – die ohne eine auf das Schadensereignis bezogene Rechtspflicht für den juristischen Diskurs gleichgültig ist.⁷⁸

Für das hier gegenständliche Problem komplexer Rechtsbeziehungen mehrerer Rechtsträger untereinander ist damit ebenfalls eine wichtige Weichenstellung vorgenommen: die Zurechnung vom Verhalten Dritter als Tatsachen spielt für eine juristische Würdigung keine Rolle. Wichtig sind nur die Pflichten und Rechte, die in Bezug auf das Verhalten Dritter bestehen. Dies ermöglicht eine harmonische Erfassung der Organisationspflichtendogmatik als Zurechnung – denn sie fokussiert sich ja gerade auf die rechtliche Einhegung des Verhaltens Dritter.

4. Zurechnung zu normativen Endpunkten

Sind der Modus der Zurechnung (normativ) sowie ihre Gegenstände (Rechtsfolgen auf Tatsachen) geklärt, ist weiter noch entscheidend, die Zurechnungssubjekte zu definieren. Denn Rechtsfolgen machen nur Sinn, wenn Sie auf ein

⁷⁵ Kelsen, ASRP 1960, 325; so auch Bork, der die Prämisse freilich nicht konsequent durchhält und auch Tatbestandsverhältnisse addiert, Rn. 1323 f.

⁷⁶ Dazu zuletzt etwa Vossenkuhl, in: Karageorgoudis/Noller (Hrsg.), Sein und Sollen, 2021, S. 11 ff.

⁷⁷ So auch Grigoleit, ZHR 181 (2017), 160, 177; ausführlich zur Wissenszurechnung noch unten Kapitel 2., E.; auch auf Tatsachen als Zurechnungsobjekte abstellend etwa Di Fabio, JZ 2020, 1073 f.

⁷⁸ So auch Waldkirch, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 103.

Rechtssubjekt wirken. *Kelsen* spricht hier von „Endpunkten“ der Zurechnung, die, weil Zurechnung eben eine normative Operation ist, selbst normativ sind. Zurechnungsendpunkte sind damit a priori – und hier zeigt sich seine staatsrechtliche Prägung mit besonderer Deutlichkeit – künstliche Rechtsträger, für ihn logisch zunächst nur der Staat.⁷⁹ Er lehnt dabei sogar die juristische Person als Konzept ab,⁸⁰ um jegliche Fiktion oder Anthropomorphisierung in seiner Reinen Rechtslehre zu vermeiden, sondern akzeptiert sie nur als Bündel von Relationen. Natürliche Personen sind konsequenterweise erst kraft normativer Anordnung Rechtsträger, wobei er ihre Rechtssubjektivität ab- und sie nur noch als Zurechnungspunkte anerkennt.⁸¹ Diese Position vermag das von *von Savigny* aufgeworfene „Dualitätsproblem“ zwischen natürlichen und künstlichen Rechtsträgern zu lösen,⁸² wenn auch durch eine irritierenden Inversion der Rangordnung von künstlichen und natürlichen Rechtsträgern und Nivellierung derer Unterschiede. Die Erfassung natürlicher Personen als lediglich abgeleitet rechtsfähig stand schon in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts quer zu weit rezipierten Naturrechtsgedanken und insbesondere heute zum Primat der Menschenwürde in der Rechtsordnung.⁸³ Wenngleich der nur abgeleitete Charakter der Rechtsträgerschaft des Menschen nicht haltbar ist, hat die Erklärungskraft der *Kelsensche* These doch erhebliche Reichweite für Zurechnungsfragen. Denn schon bei natürlichen Personen ist die Zurechnungsfähigkeit auf Grund Gesetzes beschränkt, wie schon das Recht der Geschäftsfähigkeit der §§ 104–113 BGB zeigt;⁸⁴ und insbesondere im Gesellschaftsrecht hat die These normativer Endpunkte besondere Überzeugungskraft – denn dort sind künstliche Rechtsträger sehr wohl nur auf Grund von Normen als Zurechnungspunkte des

⁷⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 57 ff., 143 ff., 185.

⁸⁰ Zur Rechtspersönlichkeit: *Raiser*, AcP 194 (1994), 455 ff.; *Timm*, NJW 1995, 3209. *John*, Die organisierte Rechtsperson, 1977, S. 22 ff.; *Ott*, Recht und Realität der Unternehmenskorporation, 1977, S. 36 ff., 52 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, S. 112 ff., 196; *Dieckmann*, Gesamthand und juristische Person, 2019, S. 138 ff.; *Ulmer*, ZIP 2001, 585, 589.

⁸¹ Vgl. *Kelsen*, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 71–78, 121–146, 183–187, 517–520, 707–709, et passim; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 48–51, S. 65 f., 71 f., 267 f., 310 f.; s. a. *Paulson*, AÖR 12 (1999), 650 ff.

⁸² Zur Theorie der juristischen Person bei *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 1840–49, § 60; vgl. allgemein *Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907; *Wieracker*, FS Huber, 1973, S. 339.

⁸³ Etwa, *Maunz/Dürig/Herdegen*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 73 f.; s. auch den Überblick bei *BeckOK BGB/Bamberger/Poseck*, § 1 Rn. 3–6; zur Bedeutung des Menschenbildes für die Rechtsordnung vgl. *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, § 17 II; zu den Grundwerten im Europäischen Privatrecht, *Alpa/Andenas*, Grundlagen des Europäischen Privatrechts, 2010, S. 36 ff., 47 ff.; zur mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Mehrebenensystem vgl. *Denga*, EuR 2021, 569, 584 ff.

⁸⁴ Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben MüKo-BGB/*Spickhoff*, § 104 Rn. 2 ff. Umfassend *Czeguhn*, Geschäftsfähigkeit – beschränkte Geschäftsfähigkeit – Geschäftsunfähigkeit, 2003.

Rechts in der Welt.⁸⁵ Ein Umstand, der etwa für die Rechtsträgerschaft der GbR besonders relevant ist, da deren Existenz an sich nicht von staatlicher Teilhabe abhängt, sondern von einem bisweilen unklar zu fassenden Parteiverhalten.⁸⁶

5. Besondere Eignung des Kelsenschen Ansatzes

Das Zurechnungskonzept von *Kelsen* ist zunächst rein funktional zu verstehen, als Verknüpfung von Tatsachen mit Rechtsfolgen, die einen normativen Endpunkt berechtigen oder verpflichten.⁸⁷ Es ist damit entkoppelt von *spezifischen* Wertungen, insbesondere solcher ethischer oder ökonomischer Art, und ermöglicht daher eine Systematisierung ohne vorherige Parteinahme für die eine oder andere Wertungsrichtung auf Ebene der Analysemethode. Der Ansatz *Kelsens* ist technisch und nicht moralisch-ethisch, wie etwa derjenige von *Aristoteles* geprägte *Loenings*⁸⁸ oder auch derjenige von *Hegel* geprägte *Larenz*⁸⁹ – und hat damit den Vorzug der Reinen Rechtslehre für sich, von Zeitgeistigkeiten befreit zu sein, zumindest solange man das Streben nach Reinheit und Technizität nicht selbst als zeitgeistig betrachten möchte.⁹⁰ Für *Kelsen* ist schon das Recht an sich und insgesamt ein von ethisch-politischen Postulaten befreites Instrument, das Rechtsprobleme als Ordnungsprobleme stellt und löst.⁹¹ Zurechnungsprozesse bilden die Dynamik dieser Ordnung ab. Eine Begrenzung des Zurechnungsprinzips auf einen bestimmten Regelungsbereich ist nicht angezeigt – vielmehr kann Zurechnung als Instrument zur Erfassung der gesamten Rechtsordnung angesehen werden, die ein Gefüge von Zurechnungsprozessen ist, die von menschlichen Normen geleitet werden.⁹² Der Ansatz von *Kelsen* ist weiterzuverfolgen, da er konsistent und hinreichend abstrakt ist. Er ist befreit von Zwecken und als grundlegendes a-priorisches Ordnungsprinzip ein Operator der Logik – und dieser Aspekt sollte bei den anzutreffenden Anwendungsproblemen entscheidend sein.⁹³

⁸⁵ Zum Erfordernis staatlicher Mitwirkung bei der Entstehung juristischer Personen, vgl. BGHZ 25, 134; Soergel/*Hadding*, BGB, Band 1, 13. Aufl. 2000, vor § 21, Rn. 6; *Hadding*, Festgabe Privatrechtslehrer 1934/1935, 1999, S. 147, 154; *Wolf/Neuner*, BGB AT, 11. Aufl. 2019, § 16 Rn. 2.

⁸⁶ Dazu noch unten – Zurechnung zur GbR, zwischen den Gesellschaftern; zur Definition der GbR umfassend *Denga*, ZfPW 2021, 73.

⁸⁷ Zur Konkretisierung von Rechtsbegriffen durch Funktionsbestimmung, siehe bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 482ff.

⁸⁸ *Loening*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, 1903, S. XIII, 129.

⁸⁹ Vgl. etwa *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927, S. 72.

⁹⁰ Zu dieser besonderen Qualität von Kelsens Zurechnungsbegriff auch *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994.

⁹¹ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 195.

⁹² So auch *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, S. 192.

⁹³ Zur Bildung abstrakter Begriffe und ihrer Rolle bei der Systembildung, *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 441–449.

Durch seine Offenheit eignet sich das *Kelsensche* Zurechnungskonzept für die Anwendung auf alle Zurechnungsfragen des Privatrechts – indem es einen logischen Analyserahmen vorgibt und herausstreicht, dass es auf die jeweiligen Wertungen der betrachteten Norm ankommt. Zugleich ist der Zurechnungsbegriff damit auch offen für einen interdisziplinären Zugriff. Die bei den einzelnen Zurechnungsoperationen des Privatrechts vorgefundenen Wertungen können dann allerdings sehr wohl verglichen und bewertet werden: für die Zurechnung im Unternehmensprivatrecht insgesamt, jedenfalls freilich für bestimmte Regelungssprengel kann so die Konsistenz von Zurechnung geprüft werden. Bewertungsleitend kann dabei der Vergleich von Verknüpfungen verschiedener Tatbestände (mit Rechtsfolgen) sein – vom tatsächlichen Verhalten, etwa der Herstellung oder Zerstörung einer Sache, über die Schuld, das Wissen, das Vermögen, bis hin zu Erklärungen⁹⁴ – sowie, umgekehrt, die Analyse der verschiedenen Rechtsfolgen (für Tatbestände) – etwa: Schadensersatz, Erfüllungshaftung, Eigentumserwerb, Verfügungsbefugnis. Die Offenheit des funktionellen Verständnisses von Zurechnung ermöglicht auch die Erfassung der noch im Einzelnen darzulegenden instrumentellen Verschleifungsprozesse als Zurechnungsoperationen und kann sie einem wertenden Vergleich und damit der Systematisierung unter dem Oberbegriff der Zurechnung zuführen.

Die Betrachtung von Zurechnung als Funktion immunisiert sie nicht gegen Kritik, sondern ermöglicht sie erst, indem die Normativität von Zurechnung systematisiert wird. Denn der Ansatz *Kelsens* ist, wie bereits dargelegt, klar auf den Willen als Grund der Normativität ausgerichtet, nicht etwa auf eine Naturgesetzlichkeit, die ja für die Kausalität bestimmend sein soll – und Wille als solcher ist seit jeher Anknüpfungspunkt für rechtliche Verantwortung, auch im voluntaristisch konzipierten Privatrecht.⁹⁵ Die besondere Fokussierung des Funktionsverständnisses *Kelsens* auf den Willen soll allerdings sehr wohl noch eine Rolle spielen, legt sich doch die fundamentale Differenzierung für die Legitimität von Zurechnung in deren Verständnis selbst an: Zurechnung auf Grund konkreten Willens, dann meist Parteiwillens, ist verschieden von der Zurechnung auf Grund von abstraktem Willen, meist des Gesetzgebers oder Richters.⁹⁶

Das *Kelsensche* Verständnis von Zurechnung ist wie folgt zu visualisieren:

⁹⁴ Vgl. auch bei *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468 (Fn. 1, Einleitung).

⁹⁵ Dazu unten noch, Kapitel 2., A., I.

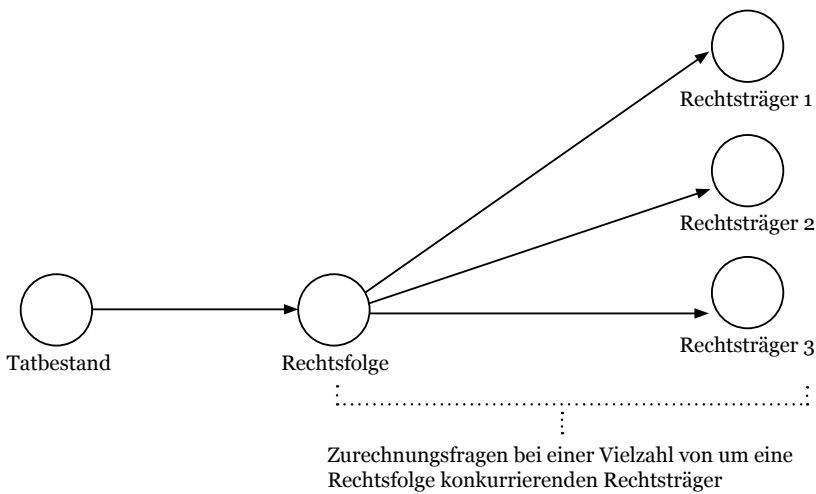
⁹⁶ Dazu unten Kapitel 5., C.



Die praktisch besonders kritischen Fragen der Drittzurechnung stellen sich als Auswahlentscheidungen für die Zuweisung von Rechtsfolgen zu einem oder mehreren von mehreren alternativen Rechtsträgern dar. Dabei ist die Dreigliedrigkeit der Verknüpfungsoperation durch Zurechnung zu wahren, auch die Zurechnung im Mehrpersonenverhältnis wirft Rechtsprobleme allein zwischen zweitem und dritten Glied auf, nämlich bei der Frage, welchem Rechtsträger eine Rechtsfolge zuzurechnen ist.

Die Verknüpfung zwischen dem ersten Glied (Tatbestand) und dem zweiten Glied (Rechtsfolge) ist hingegen rechtspolitisch und wird etwa im Haftungsrecht von *Canaris* separat als „Haftungsgrund“ problematisiert, also der Grund, warum und wie ein Rechtsgut geschützt wird.⁹⁷

Die visuelle Übersetzung des Vorgesagten ist Folgende:



⁹⁷ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 470f.

C. Zurechnung als Regulierung

I. Metamorphose des Privatrechts

Ein wesentlicher Diskurs im Privatrecht betrifft dessen Bezüge zur Regulierung.⁹⁸ Grundmann spricht hier gar von einer „Jahrhundertfrage“.⁹⁹ Gegenstand sind die wechselseitigen Einflüsse zwischen den Vorgaben des Unternehmens- oder öffentlichen Rechts und privatautonom getroffenen „Ordnungen“.¹⁰⁰ Noch bis zum Ende des 20. Jahrhunderts galt das Privatrecht unbestritten als Hochburg der Privatautonomie, in Anlehnung an das Verständnis des BGB als „spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus“¹⁰¹ und Kernelement einer „Privatrechtsgesellschaft“,¹⁰² das in erster Linie der Ermöglichung der Ausübung von Privatautonomie dienen sollte.¹⁰³

Wurden zunächst nur eher zaghaft objektive Schutzinstrumente für unterlegene Parteien einbezogen, wandelte sich das Bild insbesondere durch den Einfluss des Europäischen Rechts¹⁰⁴ – so wurde neben dem Handelsrecht, als verschärfte Sonderordnung für Kaufleute, in entgegengesetzter Richtung das Verbraucherrecht auf die allgemeinen Regelungen des BGB „gesetzt“, insbesondere zunächst im AGB-Recht. Prägend ist weiterhin auch das EU-Nichtdiskriminierungsrecht. *Canaris* sprach hier zutreffend von einer „Materialisierung des Privatrechts“.¹⁰⁵

⁹⁸ Vgl. im weiteren Sinne die Beiträge in *Möslein* (Hrsg.), *Private Macht*, 2016; aus transnationaler Perspektive: *Cafaggi*, *Journal of Law and Society* 38 (1) (2011), 20; *Zumbansen*, *Journal of Law and Society* 38(1) (2011), 50; *ders.*, *Law and Contemporary Problems* 76(2) (2013), 117.

⁹⁹ *Grundmann*, *Bankvertragsrecht*, 2021, Teil 6/2 Rn. 64; *ders./Renner*, *JZ* 2013, 379.

¹⁰⁰ Begriffsprägend: *Bachmann*, *Private Ordnung: Grundlagen ziviler Gesetzgebung*, 2006, *passim*.

¹⁰¹ *Wieacker*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974, S. 9 ff., 22 (dort das Zitat) – Neudruck des erstmals 1952 gehaltenen Vortrages; näher zur politischen Genese des BGB *Schulte-Nölke*, *NJW* 1996, 1705, 1707.

¹⁰² Zu diesem auf *Böhm* zurückgehenden Konzept noch unten, Kapitel 2, A., I., 1.

¹⁰³ Siehe nur *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75, 91; *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht* 1999, 1. Teil, § 2 Rn. 52; *Collins*, *Regulating Contracts*, 1999, 7 f.; *Körber*, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, 2004, S. 41 ff.; *Grundmann*, *European Review of Private Law* 6-2010, 1055, 1063–1066; *Wagner*, in: *Blaurock/Hager* (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13, 14 f.; *Starke*, *EU-Grundrechte und Vertragsrecht*, 2016, S. 36–38; diese Ermöglichungsfunktion wird auch als Infrastrukturfunktion des (Privat-)Rechts bezeichnet, siehe *Windbichler*, *AcP* 198 (1998), 261, 271; *Bachmann*, *Private Ordnung*, 2006, S. 73–76; *Ackermann*, *Der Schutz des negativen Interesses*, 2007, S. 136; *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 380 („staatliche Infrastrukturverantwortung“); *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S., 2016, S. 56–59; vgl. für das Gesellschaftsrecht auch *Fischel/Easterbrook*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1996, S. 34; zuletzt auch den Band von *Maute/Mackenrodt* (Hrsg.), *Recht als Infrastruktur für Innovation*, 2018.

¹⁰⁴ Dazu *Stürner*, *Europäisches Vertragsrecht*, 2021, S. 19 ff.

¹⁰⁵ *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273; kritisch *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, *Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. 1979, § 14: „Für den Bereich der Privatautonomie

Ist Regulierung die verbindliche Lösung von Interessenkonflikten durch staatliche Entscheidung,¹⁰⁶ so ist Privatrecht das Instrument für den Ausgleich von Interessen durch private Entscheidung.¹⁰⁷ Regulierung im Privatrecht ist daher ein Paradoxon, zieht sich gleichwohl oder gerade deshalb als roter Faden durch den rechtswissenschaftlichen Diskurs der letzten Jahre. Im letzten Jahrzehnt sind insbesondere die Arbeiten von *Binder*¹⁰⁸, *Poelzig*¹⁰⁹, *Franck*¹¹⁰ und *Hellgardt*¹¹¹ prägend für das Verständnis des Privatrechts als Regulierungsinstrument, freilich erfolgte die Grundlegung schon früher, wie etwa die Arbeiten von *Bachmann*¹¹² und *Möslein*¹¹³ zeigen. Anerkannt ist inzwischen, dass Ausgleich im öffentlichen Interesse auch durch Privatrecht erfolgen kann – indem die Instrumente des Privatrechts den Interessen der Gemeinheit entsprechend angepasst werden,¹¹⁴ von der Schaffung von Widerrufsrechten für Verbraucher, über Aufklärungspflichten bei Anlagegeschäften bis hin zur AGB-Kontrolle. Bedingung dieser regulatorischen Funktion ist Marktversagen, also der Mangel

gilt der Satz: stat pro ratione voluntas.“; vgl. auch *Grimm*, Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 11, 49.

¹⁰⁶ Vgl. *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band I, 2. Aufl. 2012, S. 1319, Rn. 5; der Begriff der Regulierung ist freilich nicht einheitlich, *ibid.* Rn. 1 ff.; rechtsvergleichend: *Grundmann*, Privatrecht und Regulierung, FS Canaris, 2017, S. 907, 909 f.; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 16 ff., 50 ff., 81; *Collins*, Regulating Contracts, 1999, S. 7.

¹⁰⁷ Näher zum zu Grunde liegenden Konzept der „Privatrechtsgesellschaft“ Kapitel 2., A., I.

¹⁰⁸ *Binder*, Regulierungsinstrumente und Regulierungsstrategien im Kapitalgesellschaftsrecht, 2012.

¹⁰⁹ *Poelzig*, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012.

¹¹⁰ *Franck*, Marktordnung durch Haftung, 2016.

¹¹¹ *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016.

¹¹² *Bachmann*, Private Ordnung, 2006.

¹¹³ *Möslein*, Dispositives Recht, 2011.

¹¹⁴ Siehe dazu umfassend: *Collins*, Regulating Contracts, 1999, S. 8 f. und 31 ff. (für das Vertragsrecht); *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 46 ff.; sowie: *Windbichler*, AcP 198 (1998), 261, 272; *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 47 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 422 ff. (Steuerungsfunktion, insbesondere des Haftungsrechts); *Micklitz*, GPR 2009, Vol. 6, 254, 255 ff. (Europäisches Vertragsrecht als „Regulierungsprivatrecht“); *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 38–44; *Grundmann*, FS Canaris, 2017, S. 907, 910 ff.; *Grundmann/Hacker*, 13 European Review of Contract Law (2017), 255, 256 f.; *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213, 241; siehe auch die verwandte Unterscheidung zwischen marktkonstitutivem und marktcompensatorischem Vertragsrecht bei *Fornasier*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht 2013, S. 65 ff. Es bleibt allerdings umstritten, ob die Regulierungsfunktion des Privatrechts sich auf die Ermöglichungsfunktion des Privatrechts beschränkt, dafür: *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 98 f.; vgl. auch *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309, 344 f.; weitergehend: *Collins*, Regulating Contracts, 1999, 8; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 432 ff.; *Micklitz*, GPR 2009, 254, 257; *Collins*, Vol. 22 EBLR (2011), 425, 426; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 59 ff., 81; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, insbes. § 6 und § 9. Für das Recht allgemein *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 50 ff.

privater Lösungen für Transaktionsprobleme.¹¹⁵ Die immer noch einflussreiche ordoliberalen Regulierungstheorie sieht den Staat hier als „bewaffneten Nachwächter“, der nur in die Pläne seiner Bürger eingreifen darf, um die Grundwerte der Privatautonomie abzusichern.¹¹⁶ Da der freie Markt – als theoretischer Ort des *gleichgeordneten* Ausgleichs von Angebot und Nachfrage – Voraussetzung der Privatautonomie ist,¹¹⁷ soll sich Regelungsaktivität auf Erhaltung der Marktmechanismen konzentrieren.¹¹⁸ Dazu gehört die Vertragsparität, als Chancengleichheit der Marktakteure.¹¹⁹ Situationen strukturellen Ungleichgewichts, der Unwucht *privater Macht*,¹²⁰ sind Hauptanwendungsfall der Regulierungstätigkeit. Hier ist der Staat zur Systembildung und -ordnung aufgerufen. Zwar gilt damit nicht ein „*laissez-faire*“¹²¹ zu Gunsten der Unternehmensteilnehmer.¹²² Zentral bleibt freilich der Subsidiaritätsgedanke – Selbstgestaltung geht der Fürsorge vor und Fürsorge soll zur Selbstgestaltung befähigen.¹²³ Bei Informationsasymmetrien sind in dieser Logik etwa Informationspflichten vorzuziehen, die zu aufgeklärten Entscheidungen befähigen.¹²⁴ Sie genügen insbesondere dem der Privatautonomie als Korrelat zu Grunde liegenden Selbst-

¹¹⁵ Etwa für das AGB-Recht MüKo-BGB/Basedow, Vor §305 Rn.4–8; allgemeiner Grundmann, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 1, 29; weitergehend Collins, Regulating Contracts, 1999, S. 7f.; zum Begriff des Marktversagens und der damit verbundenen Regulierungskonzepte, vgl. m. w. N. Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 444.

¹¹⁶ Böhm, ORDO 17 (1966), 75, 85f.; Eucken, Grundsätze der Unternehmenspolitik, 6. Unternehmenspolitik, 6. Aufl. 1990, S. 217, 370; zu den verfassungs- und unionsrechtlichen Bedingungen der Unternehmensregulierung, vgl. Möslein, Dispositives Recht, 2011, S. 337 ff. (§ 8).

¹¹⁷ Mestmäcker, JZ 1964, 441, 443; Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 90; ders., AcP 200 (2000), 273, 292 ff.; Roth, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 175 ff.

¹¹⁸ Dazu Eucken, Grundsätze der Unternehmenspolitik, 6. Aufl. 1990, S. 278.

¹¹⁹ Diese wird wohl auch durch das Kartellrecht geschützt, vgl. Mohr, EuZW 2019, 265, 271. A. A. Podszun, JZ 2017, 208, 212.

¹²⁰ Dazu Mestmäcker, in: Möslein (Hrsg.), Private Macht, 2016, S. 25 ff.; s. auch Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 93 ff.

¹²¹ Dazu Grundmann, ZHR 163 (1999), 635, 659 ff.; siehe auch die prominente Behandlung im Weißbuch Digitale Plattformen des BMWi, 2017, S. 17.

¹²² Zum Vorrang der Prävention vor der Repression etwa BVerfGE 30, 336, 350; 39, 1, 44.

¹²³ Vgl. zum Subsidiaritätsgedanken, Bydlinksi, AcP 194 (1994), 319–351; dazu auch Riesenhuber, in: ders. (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft 2007, S. 7f. Das Sozialstaatsprinzip soll nach herrschendem verfassungsrechtlichem Verständnis zum tatsächlichen Freiheitsgebrauch befähigen, Maunz/Dürig/Grzeszick, Art. 20 GG, Rn. 17.

¹²⁴ Das Informationsmodell setzt auf Informationsbereitstellung als Mittel für die Erreichung eines Regulierungszwecks – dazu etwa Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 203–208, 570–572; Kerton/Bodell, 29 Journal of Consumer Affairs (1995), 1, bes. 20–24; Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001, dort insbes. die Einleitung. Zu den Einschränkungen des Modells, siehe etwa EuGH Urt. v. 16.5.1989, Rs. 382/87 – *Buet; Schön*, FS Canaris, 2007, S. 1191.

verantwortungsgedanken.¹²⁵ Nimmt man das Konzept einer „Privatrechtsgesellschaft“ ernst,¹²⁶ gibt das Selbstverantwortungsprinzip dem weiten Ermessen des Gesetzgebers bei der Marktregulierung die Richtung vor.¹²⁷ Es steht damit jedenfalls in Einklang mit dem Menschenbild einer aufgeklärten, freiheitlichen Gesellschaft. Die Beseitigung von Marktstörungen ist legitimer Zweck von Regulierung. Unter gleichgeeigneten Regulierungsstrategien muss allerdings diejenige ausgewählt werden, welche den mildesten Eingriff in Rechtspositionen bedeutet.¹²⁸ Zur Wahl stehen komplementär strenge markterhaltende und mildere, lediglich marktunterstützende Normen.¹²⁹ Markterhaltende Normen erlegen Marktakteuren konkrete Pflichten auf, wobei insbesondere zwischen dem Informations- und Verbotsmodell differenziert wird. Die Einschränkung der Privatautonomie durch Verbote ist *ultima ratio*. Vorrangig sollen Informationsgebote Informationsasymmetrien beseitigen und damit die Voraussetzungen für privatautonome Entscheidungen und Vereinbarungen wiederherstellen.¹³⁰

Außerhalb der Informationslösungen wird der Entscheidungsspielraum der Akteure begrenzt, indem Rechtsfolgen als zwingend oder unzulässig determiniert werden;¹³¹ umgekehrt, oft reziprok, wird der Spielraum einer Seite durch Regulierung im Privatrecht erweitert, etwa durch einseitige Lösungsrechte, ge-

¹²⁵ Vgl. *Riesenhuber*, in: ders. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 14 f.; dazu auch der Band von *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011.

¹²⁶ Grundlegend *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75–151; siehe auch die Einordnung von *Mestmäcker*, *Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts*, 2016, S. 149 ff.

¹²⁷ Vgl. etwa *Buck-Heeb/Dieckmann*, *Selbstregulierung im Privatrecht*, 2010, S. 227. Zum Konzept der Ko-Regulierung als „regulierte Selbstregulierung“: *Klindt*, *EuZW* 2002, 133 ff. („New Approach“ im Produktsicherheitsrecht); *Röthel*, *JZ* 2007, 755, 758 f.; *Spindler/Thorun*, *Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, Politikempfehlungen zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für eine effektive Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft*, 2015, Studie im Auftrag von *Selbstregulierung Informationsgesellschaft e.V.* (insbes. S. 23 ff.); *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, *MMR* 2016, 787, 789.

¹²⁸ Zur Verhältnismäßigkeit als Grundsatz der EU-Gesetzgebung, *Trstenjak/Beysen*, *EuR* 2012, 265; zur Pflicht eines Mittelvergleichs unter demselben regulatorischen Ziel, vgl. *BVerfGE* 64, 72, 85; zum Vorrang der Prävention vor der Repression etwa *BVerfGE* 30, 336, 350; *BVerfGE* 39, 1, 44; siehe auch *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 605 ff.

¹²⁹ Vgl. *Grundmann*, *ZHR* 163 (1999), 635, 645.

¹³⁰ *EuGH* – Urteil v. 20.2.1979, Rs. 120–78 – *Cassis de Dijon* (Rn. 13) und Urteil v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 – *Centros* (Rn. 37 f.); *Grundmann*, *ZHR* 163 (1999), 635, 659; *ders.*, *BKR* 2001, 66, 67 f.; zur *Bounded Rationality* vgl. *Dauner-Lieb*, *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung*, 1983, S. 105–107; *Kemper*, *Verbraucherschutzinstrumente*, 1994, S. 156, 176–182; *Merkt*, *ZfbF* (Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung) Sonderheft 54/2006, 24–60.; *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 395.

¹³¹ *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S., 2016, S. 59; vgl. auch *Eifert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* – Band I, 2. Aufl. 2012, 1319 Rn. 3; *Eisner/Worsham/Ringquist*, *Contemporary Regulatory Policy*, 2000, S. 6 ff.; speziell für das Datenschutzrecht *Buchner*, *Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht*, 2006, S. 62.

rade im Vertragsrecht gehen die ermöglichenden und zwingenden Funktionen perspektivenabhängig ineinander über.¹³² Zentral für seinen Regulierungscharakter ist auch das Verständnis des Privatrechts als Infrastruktur, durch Anerkennung von Instituten, etwa des Eigentums (insbesondere vor Inkrafttreten des Grundgesetzes) oder der verschiedenen Gesellschaftsformen,¹³³ sowie der transaktionskostensparenden Vertragstypen.¹³⁴

II. Regulierungscharakter von Zurechnung im Privatrecht

Die systematische Erfassung der Zurechnung muss sich nicht nur an der Dogmatik, sondern auch an den soeben nachgezeichneten Regulierungsfunktionen des Privatrechts orientieren.¹³⁵ Zurechnung bildet dann mit den anderen Elementen des Privatrechts einen Rahmen für die privatautonome Gestaltung der Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse.¹³⁶ Sie entspricht mit ihrem offenen, funktionalen Begriff nach *Kelsen* durchaus den verschiedenen Funktionen des Privatrechts.

Denn zum einen bietet sie das Instrument zur freien Gestaltung der Rechtsverhältnisse, worauf insbesondere das Recht der Willenserklärungen abzielt, indem es privatautonome Zuordnungen von Rechtspositionen ermöglicht; zum anderen, und das sind die besonders rechtfertigungsbedürftigen Fälle von Zurechnung, erfolgt die Zuweisung von Rechten und Pflichten gegen den Willen der Beteiligten, im Interesse des Gemeinwohls. Zurechnung manifestiert sich dort, wo Interessenkonflikte auftreten als Gegenteil privater Ordnung, nämlich als zwangsweise Auferlegung von Rechtsfolgen – und das meist implizit, teilweise jedoch sogar gegen den expliziten Willen der Parteien. Hier zeigt sich Zurechnung als wesentlicher Rahmen der Rechts- und Unternehmensordnung, als Wettbewerbsbedingung *par excellence*. Ihr Ansatz bei der Zuweisung von Rechten und Pflichten ist sogar dreifach: sie erfasst die subjektiven Zurech-

¹³² So etwa §§ 104 ff., 119 ff. BGB; vgl. nur *Reinhardt*, FS Schmidt-Rimpler, 1957, S. 115, 125; *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 99; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 280 f.; *Grundmann*, 6 European Review of Private Law (2010), 1055, 1057; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 78 f.

¹³³ *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 41 f.; *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 71 ff.; *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 36

¹³⁴ *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 42; *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 72.

¹³⁵ Zu weiteren Funktionen vgl. freilich noch *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S., 2016, S. 62 ff. (Organisations- und Begrenzungsfunktion); *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 52 ff. (Integrationsfunktion im Binnenmarkt). Früh bereits *Böhm*, ORDO 17 (1966), 75, 91 f.; *Steindorff*, FS Ludwig Raiser, 1974, S. 621, 625; *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 98–100. Umfassend dazu *Grundmann*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie, 2015, Band I, S. 875, 877 ff.

¹³⁶ *Kilian*, in: Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 427, 431; *Grundmann*, FS Canaris, 2017, S. 907, 911.

nungspunkte, die Zurechnungsobjekte und die Zurechnungsbedingungen. Dieser Einsicht folgend soll der Regulierungscharakter von Zurechnung in dieser Arbeit aufgedeckt, benannt und explizit gemacht werden, um eine kritische Würdigung besser zu ermöglichen. Denn bisweilen scheint Zurechnung hinter Begriffen der Dogmatik und von Rechtsprinzipien „versteckt“.

Der Regulierungsbegriff im privatrechtlichen Kontext ist wie gezeigt sehr weit und vielfach belegt. Unzweifelhaft fällt zwingendes Vertragsrecht darunter, insbesondere das AGB-Recht und das Recht zur Umsetzung von Verbraucherschutzbelangen aus sekundärem EU-Recht. Schon in seiner Monographie von 1999 spricht *Collins* von der Regulierung von Verträgen durch AGB-Recht und auch das dispositiven Recht.¹³⁷

Möslein hat die Bedeutung auch dispositiven Rechts als Regulierungsfaktor im nationalen Recht besonders hervorgehoben, gerade, wenn es einer opt-out-Logik unterliegt. Dann haftet es dem Sachverhalt a priori an („stickiness“), wenn nicht die Parteien eine andere Lösung vereinbaren.¹³⁸ Da die Suche nach alternativen Lösungen transaktionskostenbehaftet ist, handelt es sich also auch bei dispositiven Regelungen um eine faktische Einschränkung der Privatautonomie. Sie mag freilich milder wirken als zwingende Lösungen, bei denen den Parteien überhaupt keine Wahlmöglichkeit mehr zukommt. Neben dieser Logik ist im dispositiven Recht freilich durchaus eine objektive Gerechtigkeitsordnung zu erkennen, die durch die normativen Einfallstore der Generalklauseln, freilich auch anerkannter Instrumente, wie der ergänzenden Vertragsauslegung, und nicht zuletzt auch im Bereicherungsrecht wirkt.¹³⁹

Wo Regulierung zwar dispositiv ist, jedoch unbestimmt, kann sie ebenso einschneidend wirken wie zwingendes Recht. Ungeschriebene Zurechnungsregeln, die dynamisch anwendbar sind, können daher erheblich belasten und den Freiheitsraum einschränken. Es mag daher verwundern, dass teils einschneidende Rechtsfolgen, insbesondere im Bereich der Haftung, auf ungeschriebenen Regeln beruhen und noch dazu weit wertungssoffen für rechtspolitische Einflüsse sind. Die Rechtssicherheit erfordert klare Regeln, die eine Verhaltensanpassung und Berechenbarkeit ermöglichen. Die Anforderungen an die Regelklarheit verändern sich allerdings mit der Komplexität des Regelungsgegenstandes.

Eine spezifische Folge der Einordnung von Elementen des Privatrechts als Regulierung, die auch ein Mehr an Rechtssicherheit bewirken kann, ist die besondere Gewichtung von öffentlichen Belangen im betreffenden Regulierungsinstrument. Zurechnung ist damit einer Abwägung von privaten gegen öffentliche Interessen im Rahmen einer praktischen Konkordanz zugänglich, ein Be-

¹³⁷ *Collins*, *Regulating Contracts*, 1999, insbes. S. 7 ff., 31 ff.

¹³⁸ *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, insbes. S. 120 ff.

¹³⁹ Auch zum Gedanken der Gerechtigkeitsordnung durch dispositives Recht *Möslein*, *ibid.* S. 108 ff.

fund, der für den richtigen Umgang mit den hier aus dem positiven Recht zu extrahierenden Prinzipien von großer Bedeutung ist und letztendlich den Schlüssel zu einem Legitimitätsfilter der Zurechnung bildet.

TEIL 2

Zurechnung im positiven Recht

Kapitel 2

Zurechnung im allgemeinen Privatrecht

Im folgenden Kapitel ist zu darzulegen, wie die Zurechnung im positiven Recht konstruiert wird. Dabei wird der Regelungsbestand als empirischer Befund erfasst und gewürdigt. Die den wichtigsten Zurechnungsfragen zugeschriebenen Begründungen und Argumente werden kritisch diskutiert, um darauf aufbauend eine Systematisierung zu ermöglichen.

A. Recht der Willenserklärungen

Das Recht der Willenserklärungen ist auf die privatautonome Begründung von Rechtsfolgen ausgerichtet, mithin auf den Prototypen der bürgerlich-rechtlichen Zurechnung.

I. Privatautonomie als erster Zurechnungsgrund

1. Privatrechtsgesellschaft

Privatautonomie bezeichnet den Bereich des Privatrechts:¹ mit ihrer Hilfe übernehmen Rechtsträger Rechte oder Pflichten oder geben sie auf.² Stellt man die Frage nach Zurechnung als Frage nach der Zuweisung von Rechten und Pflichten zwischen Rechtsträgern, sind damit zwingend zuerst die Instrumente der Willenserklärung und des Rechtsgeschäfts in den Blick zu nehmen, welche pri-

¹ Grundlegend *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, FS Deutscher Juristentag, 1960, S. 135, 141 ff.; *ders.*, AT BGB II, 4. Aufl. 1992, S. 1 ff.; *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 123, 126–131; *Auer*, Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit – Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie, 2021, S. 67 ff.; *Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1996; *Grundmann*, FS Hopt 2010, S. 61; kritisch zu den neueren Tendenzen *Röthel*, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, S. 91 ff.; dazu auch *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352.

² *Flume*, AT BGB II, 4. Aufl. 1992, S. 12f. Zu den Instrumenten siehe auch *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 259 ff. Zur Willenstheorie *Zimmermann*, AcP 193 (1993), 121, 129 ff.; *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 23 ff.; vgl. auch *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, 223 ff.; *ders.*, in: Micklitz et al. (Hrsg.), Research Methods in Consumer Law. A Handbook, 2018, 77.

vatautonome Entscheidungen ins Recht überführen. In einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung ist erster Ursprung der Zurechnung der Parteiwille; der Kontrast zu staatlich gelenkten, totalitären Planwirtschaften ist an diesem Punkt am deutlichsten.³ *Böhm* bezeichnet das Konzept treffend als „Privatrechtsgesellschaft“.⁴ Es liegt der sozialen Marktwirtschaft in Deutschland und dem Europäischen Binnenmarkt zu Grunde.⁵

Dabei stehen die Freiheiten der Mitglieder auch einer Privatrechtsgesellschaft in ihrer Entfaltung keineswegs grenzenlos, sondern in Reibung gegen- und in Konkordanz miteinander. Kehrseite ihrer Freiheit ist Verantwortung.⁶ Längst ist in der Gesellschafts- und Vertragstheorie etabliert, dass Transaktionskosten sowie Macht- und Informationsasymmetrien die optimale Verwirklichung dieser entgegengesetzten Parteiwillen allein durch freie Verhandlung verhindern.⁷ Die Sicherung der Vertragsparität als Grundlage der Privatautonomie ist daher Hauptmotiv für die Beschränkung der Privatautonomie selbst.⁸ Der Herstellung von Vertragsparität, der Überwindung von Marktversagen in dieser Hinsicht, dienen die zwingenden Normen des Rechts, freilich auch, wenngleich in beschränkterem Umfang, die dispositiven.⁹

Die einzelnen Umstände und Bedingungen der Beschränkung von Vertragsfreiheit durch gesetzgeberische Moderationsleistungen können nicht Gegenstand einer einzigen Untersuchung sein und würden ihren Rahmen sprengen. Wesentlich sind für die hier im Ausgangspunkt aufgezeigten Probleme, insbesondere im Unternehmensrecht, allerdings sehr wohl die Strukturen und

³ *Hayek*, *The American Economic Review*, Vol. 35 (1945), No. 4, 519; *ders.*, *Die Anmaßung von Wissen*, *Ordo* 26 (1975).

⁴ *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75–151; dazu *Mestmäcker*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2008, S. 35 ff.; dazu auch *Grundmann*, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie I*, 2015, Kapitel 6. Zentral hier auch der Gedanke der Selbstverantwortung, vgl. dazu den Band von *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011, mit insbesondere den Beiträgen von *Leistner*, S. 101 ff. (zur Verhaltensökonomik) und *Riesenhuber*, S. 213 ff. (zum Europäischen Privatrecht).

⁵ *Behrens*, *Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht*, 2017, S. 3 ff.; zu den verfassungs- und unionsrechtlichen Bedingungen der Unternehmensregulierung vgl. *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 337 ff. (§ 8); dazu zuletzt auch *Schweitzer*, *AcP* 220 (2020), 544, 549 ff.

⁶ *Di Fabio*, *JZ* 2020, 1073; *Gerhardt*, *Individuelle Verantwortung*, in: *Heidbrink/Langbehn/Loh* (Hrsg.), *Handbuch Verantwortung*, 2017, S. 431, 437.

⁷ *Coase*, 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960); *Fleischer*, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, 2001, insbes. Zweiter Teil; zum Begriff des Marktversagens und der damit verbundenen Regulierungskonzepte, vgl. nochmals m. w. N. *Hellgardt*, *Regulierung und Privatrecht* 2016, S. 175 ff., 444.

⁸ *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75, 85 f.; *Eucken*, *Grundsätze der Unternehmenspolitik*, 6. Aufl. 1990, S. 217, 370; *Mestmäcker*, *JZ* 1964, 441, 443; *Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, S. 90; *ders.*, *AcP* 200 (2000), 273, 292 ff.; *Roth*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2007, S. 175.

⁹ Zur Begrenzungswirkung dispositiven Rechts vgl. *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 137 ff.

grundsätzlichen Wirkmechanismen der Rechtsgeschäftslehre und der in ihr angelegten, einer absoluten Privatautonomie gegenläufigen Konkordanzbewegungen. Den Motiven der Beschränkung privatautonomer Gestaltung durch Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen soll nachgegangen werden. Nimmt man die primäre Gestaltungsfunktion des Rechtsgeschäfts, ja schon der Willenserklärung, ernst, so müssen für eine kohärente Zurechnungsdogmatik ihre Grundsätze der Ausgangspunkt sein. In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre sind die Grenzen des Parteiwillens kritisch erkennbar (dazu sogleich); die Grenzziehungen sollen sich von diesem Ausgangspunkt des Privatrechts bis in die besonderen Teile des Unternehmensrechts fortsetzen, denn gerade dort wird dem Parteiwillen bei der Schaffung separater Rechtsträger unter dem Topos des Trennungsprinzips absoluter Wert als Zurechnungsgrenze beigemessen.¹⁰

Solch eine grundsätzliche Betrachtung stellt auch den Regulierungscharakter von Einschränkungen freier rechtsgeschäftlicher Zuordnung von Rechten und Pflichten scharf.¹¹ So hat ein Großteil des Zurechnungsrechts die Zuweisung nicht nur durch, sondern vor allem ohne oder gegen den Willen der Zurechnungssubjekte zum Gegenstand. Soll fehlender oder entgegenstehender Wille bei der Frage nach der Zuweisung von Rechten und Pflichten überwunden werden, so muss es freilich auch um Legitimation und Regulierung im Privatrecht gehen. Der am Ende dieser Arbeit stehende Legitimitätsfilter für Zurechnung fasst daher konsequenterweise die Privatautonomie als Kern jeder Zurechnungsoperation auf.¹²

2. Zentralinstrument Willenserklärung

Die Willenserklärung ist zentrales Gestaltungsinstrument der Vertrags- und auch der Organisationsfreiheit und bestimmt im Raum der Privatautonomie die Beziehungen zwischen Rechtsträgern. Sie soll Bindungen entfalten, weil in ihr der freie Wille der Person zum Ausdruck kommt.¹³ Der deutsche Gesetzgeber denkt der Manifestation des freien Willens ein besonderes Recht der Willenserklärungen in den §§ 116–144 BGB zu.¹⁴ Eine Definition der Willenserklärung findet sich trotz ihrer wesentlichen Rolle im Privatrechtssystem nirgends aus-

¹⁰ Zum Trennungsprinzip unten Kapitel 3., A., I. 2., und im Kontext des Konzernrechts, unten Kapitel 3., C., II.

¹¹ Zum Regulierungscharakter von Zurechnung schon oben, Kapitel 1., C.

¹² Dazu Kapitel 5.

¹³ Nach der Gesetzesbegründung des BGB beruht jedes Rechtsgeschäft auf einer „Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist“, Mot. I 126; vgl. auch *Flume*, BGB AT II, 3. Aufl. 1979, S. 4 ff.

¹⁴ In anderen Rechtsordnungen hingegen wird die Willenserklärung lediglich als Teil des Vertragsrechts gesehen.

drücklich, sondern erschließt sich erst systematisch.¹⁵ Hier ist erster Befund, dass Schweigen, mangels positiver Manifestation eines Willens, gerade keine Willenserklärung darstellen kann.¹⁶ Der Tatbestand der Willenserklärung wird zweigliedrig verstanden, getrennt zwischen objektiver und subjektiver Ebene.¹⁷ Ihr unproblematischer Ausgangsfall ist die eindeutige Willenserklärung, freilich bindet auch eine konkludente Willenserklärung. Harmonisieren die objektiv, aus Sicht eines objektiven Verkehrsteilnehmers, erkennbare Erklärung und ihr vom Äußernden gewünschter Gehalt, so steht sie als potentiell bindend im Raum, § 145 BGB, und verwirklicht die Privatautonomie des Erklärenden; der Erklärungsgegner kann sie annehmen, so kommt ein Vertrag zu Stande, der damit auch die Privatautonomie der Gegenseite verwirklicht.¹⁸ Der Erklärende muss nicht unmittelbar selbst handeln, sondern kann in einer ersten Komplexitätsstufe im Mehrpersonenverhältnis einen Boten zur Übermittlung seiner Erklärung einsetzen.¹⁹ Der Einsatz des Boten beruht auf einem Auftrag oder einer Geschäftsbesorgung; der Bote ist dabei lediglich Mittler einer fremden Willenserklärung, er gibt keine eigene Willenserklärung wie ein Stellvertreter ab. Seine Funktion ist die exakte Wiedergabe der zu übermittelnden Erklärung, weshalb § 120 BGB ein Anfechtungsrecht des Erklärenden für Übertragungsfehler einräumt. Anerkannt ist die Bindungswirkung von Willenserklärungen auch bei Einsatz von Maschinen, wenn sich die Erklärung nur eindeutig auf einen Rechtsträger zurückführen lässt.²⁰ Maschinelle Erklärungen, die auf Voreinstellungen beruhen, sind unter dem Begriff der „Computererklärung“ als vollwertige eigene Willenserklärung anerkannt.²¹ Es handelt sich dabei um eine

¹⁵ Zur Begriffsbedeutung *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, S., 1972, S. 124 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 6 ff.; zur systematischen Begriffskonzeption *MüKo-BGB/Armbrüster*, Vor § 116 Rn. 1.

¹⁶ Zum Grundsatz, Schweigen sei ein rechtliches Nullum, vgl. *MüKo-BGB/Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, Vorbm. Zu § 116 Rn. 8 f.; zu Abweichungen im Handelsrecht vgl. noch unten, Kapitel 3., A.,

¹⁷ Etwa zuletzt ausführlich *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 30 ff.; zu den Unterkategorien *MüKo-BGB/Armbrüster*, Vor § 116 Rn. 3–19.

¹⁸ *Dagan/Heller*, The Choice Theory of Contract, 2017; *Fried*, Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation, 1981.

¹⁹ Zur Stellvertretung sogleich, Kapitel 2., A., IV.

²⁰ Vgl. BGH MMR 2002, 95 m. Anm. *Spindler*; OLG Hamm MMR 2004, 761; OLG Frankfurt MMR 2003, 405, 406; BT-Drs. 14/4987, S. 11; *Taeger*, NJW 2016, 3764; früh schon etwa: *Mehrings*, MMR 1998, 30, 31; *Heun*, CR 1994, 595, 595 f.; *Fritzsche/Malzer*, DnotZ 1995, 3, 7. Umfassend dazu *Köhler/Fetzer*, Recht des Internets, 8. Aufl. 2016, Rn. 169 f.; früh schon: *Viebecke*, Durch Datenverarbeitungsanlagen abgegebene Willenserklärungen und ihre Anfechtung, 1972, S. 45; *Kuhn*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation, 1991, S. 69 ff.; Überblick bei *MüKo-BGB/Säcker*, Einl. BGB Rn. 186–219.

²¹ *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker (Hrsg.), E-Commerce, 1. Aufl. 2017, 14. Teil Rn. 15; zu sog. „Blanketterklärungen“, die weitergehen sollen, vgl. *Spindler/Schuster/Spindler*, Vorb. Zu §§ 116 ff. BGB, Rn. 6–13; allgemein auch *Köhler*, AcP 182 (1982), 126; *Clemens*, NJW 1985,

unmittelbare Abgabe durch den Erklärenden, nicht etwa durch einen – wie auch immer autonomen – Boten.²²

II. Zuordnung von Rechtsverhältnissen durch Vertrag

1. Ausdrückliche Ordnung von Rechtsverhältnissen durch Vertrag

Rechtsverhältnisse stellen Zurechnungsfragen in Bezug auf die Rechte und Pflichten der Parteien, sollen sie vor allem für ihre jeweiligen Kernfragen ordnen. Die Ordnung mehrpoliger Rechtsverhältnisse erfolgt im Grundsatz durch aufeinander bezogene Willenserklärungen, den Vertrag, nur ausnahmsweise im Rahmen der gesetzlichen Schuldverhältnisse.²³ Der Vertrag führt zu relativen Bindungen zwischen den beteiligten Parteien – er zeitigt dabei Rechtsfolgen *inter partes*, nicht *erga omnes*.²⁴ Allerdings lässt die Gestaltungsfreiheit der Privatrechtssubjekte es offen, einen Nexus von Bindungen zu erzeugen und es ist ohne weiteres möglich, mehr als zwei Parteien in einen Vertrag einzubeziehen. Dies kann ausdrücklich durch Benennung mehrerer Parteien erfolgen. An dieser Stelle zeigt sich die besondere Eignung von Verträgen als Planungsinstrument, welches soziale und wirtschaftliche Komplexität außerhalb individueller Vertrauensbeziehungen auffangen soll, indem Verhaltensanreize und Sanktionsmechanismen eingeführt werden.²⁵

Freilich stellen multipolare Anordnungen der Vertragsparteien die Grundkonzepte dispositiven Vertragsrechts auf die Probe, da diese binär ausgelegt sind. Etwa ist der Begründungsaufwand für die Modifikation des Synallagmas in ein Triallagma, um qualifiziert wechselbezügliche Interessen im Dreieck abzubilden, erheblich.²⁶ Die Zuweisungen von Rechten und Pflichten muss immer relational nachgewiesen werden, die Relativität der Schuldverhältnisse verbietet es grundsätzlich auch in Mehrparteienverträgen, einen Durchgriff am Schuldverhältnis vorbei vorzunehmen, deren einzelne Glieder streng zu berücksichtigen sind.²⁷ So sind Einwendungen des Vertragspartners aus dessen

1988; *Brehm*, FS Niederländer, 1991, S. 233; *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 191 ff.

²² Zum Problemfeld der Willenserklärungen *Paulus*, JuS 2019, 960; *Spindler/Schuster/Spindler*, § 120 Rn. 10.

²³ *MüKo-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 677 Rn. 14; *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, Überblick vor § 311 Rn. 5; *Staudinger/Feldmann*, 2020, § 311 Rn. 16; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2022, 1. Teil, § 1 Rn. 2.

²⁴ Zur Relativität der Schuldverhältnisse vgl. § 241 Abs. 1 BGB; dazu etwa *Bärtschi*, Verabsolutierte Relativität, 2009; *Henke*, Die sogenannte Relativität des Schuldverhältnisses, 1989; *Looschelders/Makowsky*, JA 2012, 721.

²⁵ Grundlegend *Raiser*, FS Juristentag, 1960, S. 101, 109 ff.; vgl. auch die Beiträge in *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.) *Contract Governance*, 2015, insbes. in Teil IV.

²⁶ Zu diesem Problemkreis, *Zwanzger*, Der Mehrseitige Vertrag, 2013, S. 35 ff.

²⁷ Für das Bereicherungsrecht wird das noch im Einzelnen nachzuweisen sein, dazu unten Kapitel 2., C.

Rechtsverhältnissen zu Dritten unerheblich, *exceptio ex iure tertii*.²⁸ Andererseits ist die ausdrückliche Ordnung mehrpoliger Rechtsverhältnisse durch Vertrag nicht auf den Vertragsschluss mit bekannten Partnern beschränkt. Unvorhergesehenes tritt gerade auch bei Langzeitverträgen typischerweise ein, die eine ganze Disziplin der *Contract Governance* hervorgebracht haben.²⁹ Auf die Spezifika komplexer Vertragsbeziehungen soll unten noch im Einzelnen eingegangen werden;³⁰ an dieser Stelle ist zu betonen, dass in Verträge überführte Willenserklärungen Grundmittel für die Zuordnung von Rechtspositionen zwischen mehreren Rechtsträgern sind – Wertungsgrund der Zuordnung ist dabei die Privatautonomie, als unumstrittenes Axiom der Privatrechtsgesellschaft.

2. Konkludente Ordnung mehrpoliger Rechtsverhältnisse durch Vertrag

Die ausdrückliche Ordnung von Rechtspositionen zwischen Rechtsträgern ist freilich konstruiertes Ideal, denn in der Realität gewinnt die konkludente Ordnung eine besondere Bedeutung. Hier knüpft die Rechtsordnung an das Verhalten der Parteien an, um daraus ihre Regelungsverständigung abzuleiten. Die Ergebnisfindung ist nur zum Teil vom Primat der Privatautonomie geleitet, denn es tritt als gewichtiger Zuordnungsgrund der Verkehrsschutz hinzu, daneben allerdings auch spezielle Gründe des Gemeinwohls.³¹ Die konkludente Zuordnung steht im Zeichen der §§ 133, 157 BGB sowie der ergänzenden Vertragsauslegung.³² Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind im Interesse der Erklärungsadressaten und -empfänger eher objektiviert auszulegen, als solche die nicht empfangsbedürftig sind.³³ Dabei ist freilich auch bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht ein abstrakt-objektiver Bewertungsmaßstab einzunehmen, sondern ein situativer, der sich nach dem konkreten Adressatenkreis der Erklärung bestimmt. Maßgeblich ist der Empfängerhorizont, der von Empfängerpflichten beim Umgang mit Erklärungen anderer Rechtsträger ergänzt wird.³⁴ *Heck* spricht von der „Gesamtheit des Materials, das dem hypothetischen Ausleger zugerechnet wird, sowohl das Umstandswissen wie das

²⁸ *Goetz/Scott*, 89 Yale L.J. 1261 (1980); s. auch. *Bernstein*, 21 J. Legal Stud. 115 (1992); *ders.*, 144 U. Pa. L. Rev. 1765 (1996); *Charny*, 104 Harv. L. Rev. 375 (1990).

²⁹ Dazu der Band *Grundmann/Möslein/Riesenhuber* (Hrsg.), *Contract Governance*, 2015.

³⁰ Dazu unten Kapitel 3., B.

³¹ Die gleich noch unter dem Topos der Nichtigkeitsgründe besprochen werden sollen, sogleich, Kapitel 2., A., III., 3.

³² Zum Verhältnis zwischen den beiden Instituten vgl. *Staudinger/Roth*, 2020, § 157 Rn. 5.

³³ Dazu *Mittelstädt*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, 2016, S. 118ff., 298ff.; *ders.*, *ZfPW* 2017, 175, 182ff.; vgl. *MüKo-BGB/Busche*, § 133 Rn. 10.

³⁴ Grundlegend *Heck*, *AcP* 112 (1914), 1, 43; Einzelheiten auch bei *MüKo-BGB/Busche*, § 133, Rn. 12; zum Stand der Rechtsprechung *Grüneberg/Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, § 133 Rn. 9–11.

Regelwissen, also sowohl die Kenntnis der vorausgegangenen Verhandlungen, begleitenden Umstände, als die Kenntnis von Sprache und Verkehrssitte“; die Rechtsprechung ergänzt diese Formel um die normativen Pfeiler von Treu und Glauben und Verkehrssitten,³⁵ was § 133 und § 157 BGB zur Einheit führt.³⁶ Bemerkenswert ist, dass *Heck* für die Definition der Willenserklärung, die dogmatischer Zurechnungsgrund für Rechte und Pflichten ist, wiederum auf die Zurechnung von Material zum *Ausleger* (nicht zum Erklärenden!) zurückgreift. Die Erfassung von Zurechnung als Rechtsoperation erlaubt freilich auch das Durchdringen auf diese nachgelagerte Ebene – das Material wird nicht selbst zugerechnet, sondern nur die Pflicht, es zur Kenntnis zu nehmen und angemessen zu berücksichtigen.³⁷

Sofern sich ein Verhalten für einen Erklärungsempfänger als Ausdruck eines bestimmten Rechtsfolgwillens darstellt und der Erklärungsempfänger berechtigterweise darauf vertrauen konnte, bindet es den Erklärenden auch dann als Willenserklärung, wenn er bei Abgabe kein konkretes Erklärungsbewusstsein hatte, indes „bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass die in seinem Verhalten liegende Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte“.³⁸ Der Wille des Erklärenden erfährt damit schon bei der Definition des Tatbestandes der Willenserklärung erhebliche Einschränkungen, wenn der verobjektivierte Empfängerhorizont das subjektiv Gewollte bei Abweichungen überwiegt.³⁹ Es handelt sich hier klar um eine normative Zurechnung.⁴⁰ Für sie werden verschiedene Argumente angeführt, häufig recht pauschal vor allem der Verkehrs- und Vertrauensschutz im Rechtsverkehr, der letztendlich auch bei allen Arten der Rechtsscheinhaftung als Zurechnungsmotiv akut wird.⁴¹ Zentrales Rechtfertigungsargument ist daneben das „potentielle Erklärungsbewusstsein“. Damit wird wiederum die Rückbindung an die Privatautonomie gesucht, freilich auch auf ein Fahrlässigkeits- und Sanktionselement abgestellt, das in der Literatur teils stark kritisiert wird. Die Kritik dürfte vor allem in Unterlassungssituationen gerechtfertigt sein, denn wie schon er-

³⁵ BGH NJW 2013, 598; BGH NJW 2010, 2422 Rn. 33 – insoweit in BGHZ 184, 128 nicht abgedruckt; BGH NJW 2009, 774 Rn. 25; BGH NJW 1990, 3206; BGH NJW 1988, 2878, 2879; BGH GRUR 2021, 721; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, § 133 Rn. 21.

³⁶ Vgl. *Flume*, BGB AT II, § 16, 3b.

³⁷ Zur „Wissenszurechnung“ noch unten, Kapitel 2., E.

³⁸ BGH NJW 1995, 953; BGH NJW 1990, 454, 456; BGH NJW 1984, 2279, 2280 m. krit. Anm. *Canaris*; m. w. N. Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, Einf. V. § 116 Rn. 17. Siehe zur analogen Diskussion bei der Duldungsvollmacht, unten Kapitel 2., A., II. Zur Frage, inwieweit Fahrlässigkeit positiven Vertrauensschutz herbeiführen kann, vgl. (zur Anscheinsvollmacht) m. w. N. MüKo-BGB/*Schubert*, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 95 ff.; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, § 172 Rn. 11.

³⁹ Zuletzt insbesondere *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 42–48.

⁴⁰ Vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster*, Vor § 116 BGB Rn. 3

⁴¹ Dazu eingehend *Altmeyden*, Disponibilität des Rechtsscheins, 1994.

wähnt ist Schweigen im Grundsatz ein rechtliches Nullum. Es stellt jedenfalls nicht als solches eine Willenserklärung dar.⁴² Seine in Ausnahmesituationen anerkannte „Erklärungswirkung“ bei Verstoß gegen eine Widerspruchspflicht mag auf römisches Recht zurückgehen,⁴³ lässt allerdings Rechtssicherheit über die entsprechenden Erklärungspflichten vermissen, die eine subjektgerechte, autonome Verhaltensanpassung ermöglichen könnte.⁴⁴ Stärker die gesamte Rechtsordnung im Blick hat schließlich der Gedanke einer „Erziehungsfunktion“, der auf einen Lerneffekt bei der Bindung an fahrlässig abgegebene Erklärungen abstellt. Ohne auch nachteilhafte Konsequenzen wäre die Herausbildung einer verlässlichen Praxis im Rechtsverkehr nicht effektiv möglich.⁴⁵ Kritisch scheint bei dieser Erwägung die Betrachtung des Rechtsträgers selbst, dem ein Pflichtverstoß entgegengehalten wird; zum einen fällt die Formulierung eines positiven Pflichtentatbestandes dabei schwer – geht es um die Pflicht, allgemein keine ambivalenten Gesten kund zu tun? Daneben scheint auch die Prämisse kritisch, am Einzelfall ein Exempel für die Allgemeinheit zu statuieren, der Gedanke der Generalprävention ist im Privatrecht nicht allgemein anerkannt, selbst wenn verhaltenssteuernde Aspekte im Privatrecht methodisch berücksichtigt werden können.⁴⁶ Die Dogmatik konkludenter Willenserklärungen zeigt, dass schon auf Ebene der Willenserklärung als Grundtatbestand privater Zurechnung die reine Privatautonomie wertungsmäßig ergänzt und überspielt wird; hinter dem Topos des Verkehrsschutzes⁴⁷ steht letztendlich auch die Funktionalität des Rechts- und Unternehmenssystems, welches sich an objektiven Manifestationen der Gestaltungswünsche orientiert und den rein subjektiven Willen der Akteure nicht als alleinverbindlich ansehen kann. Es kann als wesentlich günstiger gelten, von umfassenden Ermittlungspflichten des Rechtsverkehrs abzusehen und stattdessen dem Erklärenden eine Klarheitspflicht aufzubürden, da dieser näher am Wissen um seinen wahren Willen ist.⁴⁸ Weiterhin ist es klassisches Anliegen der ökonomischen Analyse des Vertragsrechts, Informationen in angemessenem Umfang zur Verfügung zu stellen, was die Sanktionsmechanismen bestätigt,⁴⁹ die auf unzureichende Marktinformati-

⁴² Flume, BGB AT II, § 5, 2b; A. A. Staub/*Canaris* Anh. § 362 Rn. 3; Hopt/*Leyens*, § 346 Rn. 30 ff.

⁴³ Hopt/*Leyens*, 2022, § 346 Rn. 30 ff.

⁴⁴ Vgl. Grüneberg/*Ellenberger*, Einf. V. § 116 Rn. 8.

⁴⁵ *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 46 f.

⁴⁶ Zur Verhaltenssteuerung durch das Privatrecht siehe bereits die Nachweise oben in Fn. 114, Kapitel 1.

⁴⁷ Vgl. *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag, 1970, S., 1970, S. 53 f.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 54 ff.; *Lüdeking*, Die zugerechnete Willenserklärung, 2017, S. 92 ff.

⁴⁸ *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 9 ff., 249 ff.

⁴⁹ Grundlegend *Stigler*, 3 J. Pol. Econ. 213 (1961); *Arrow*, 64 Am. Econ. Rev. 1 (1974). Zu Entwicklung, Stand und Bedeutung instruktiv *Stiglitz*, 92 Am. Econ. Rev. 460 (2002); *Hirshleifer*, 61 Am. Econ. Rev. 561, 563 ff. (1971); *ders.*, 63 Am. Econ. Ass'n Papers & Proc. 31,

on folgen. Neben dieser ökonomischen Lesart, die sich weder in Rechtsprechung noch Literatur in nennenswertem Umfang wiederfindet, kommt es vielmehr auf ein ethisches Verantwortungsmoment an, das der Erklärende für seine Erklärung und seine Wirkungssphäre hat.⁵⁰ Letztendlich ist die Dogmatik konkludenter Willenserklärungen geprägt von der praktischen Konkordanz zwischen Verkehrsfunktionalitäts- und Schutzinteressen einerseits, andererseits vom Wert des Willens und der Verantwortlichkeit des Rechtsträgers. Grenzen der Parteiautonomie finden sich damit bereits im Tatbestand der Willenserklärung selbst.⁵¹

Dass die verobjektivierte Lesart von Willenserklärungen nicht völlig unflexibel ist, zeigt schon die Ausnahme der *falsa demonstratio*, bei der sich beide Seiten übereinstimmend falsch äußern und richtig meinen, wobei nur das tatsächlich Gewollte gilt.⁵² Weiterhin kann bei Abweichung des erkennbaren objektiven Willens vom inneren subjektiven Willen eine Korrektur vorgenommen werden. Fehler auf Ebene der subjektiven Willensbildung, welche die Grundlagen autonomer Entscheidung betreffen mögen und zuletzt verstärkt im Zusammenhang mit automatisierten und digital vorgegebenen Entscheidungen diskutiert werden, werden vom Institut der Anfechtung nur in sehr beschränktem Umfang erfasst, was ebenfalls mit dem Verkehrsschutz begründet wird.⁵³

Diese Feststellungen zur konkludenten Ordnung von Rechtsverhältnissen sind besonders relevant in komplexen Konstellationen, die meist auf der zentralen Stellung einer Partei, wie etwa von Franchise-Gerbern oder einer digitalen Handelsplattform beruhen,⁵⁴ und wo ein „Netzzweck“⁵⁵ Wirkungen zwischen Vertragspartnern des Zentralakteurs entfalten mag, insbesondere hinsichtlich Gleichbehandlungsaspekten und Rücksichtnamepflichten. Die einzel-

34, 38 (1973); s. auch *Adams*, AcP 186 (1986), 453; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 146ff.

⁵⁰ Vgl. *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, S. 76, im Anschluss an *Manigk*, Irrtum und Auslegung, 1918, S. 255; *Staudinger/Singer*, 2017, Rn. 20ff.

⁵¹ *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 26ff. Zur Konkordanz zwischen Willen und Verkehrsschutz unter §§ 133, 157 BGB vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster*, Vor § 116 BGB Rn. 3; dazu zuletzt ausführlich *De la Durantaye*, Erklärung und Wille, 2020, S. 66ff.

⁵² Vgl. dazu BGH NJW 1984, 721; BGH NJW 1997, 261, 261 f.; BGH WM 1972, 1422, 1424; *Hagen*, FS Schippel, 1996, S. 180f.; *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung, 1972, S. 137; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 327; m. w. N. MüKo-BGB/*Armbrüster*, § 119, Rn. 63–65.

⁵³ *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. V. § 116, Rn. 19; *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220; auf Forschungslücken hinweisend *Busch*, Personalisierte Verbraucherinformationen, 2020, S. 27. Zur Grundlegung durch von Savigny, *Flume* BGB AT II 435 ff. (§ 22).

⁵⁴ Dazu im Einzelnen noch unten, Kapitel 3., B.

⁵⁵ Zum Begriff *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004, S., 2004, S. 142ff.; vgl. auch *Grundmann*, AcP 207 (2007), 718; *Amstutz/Teubner*, Networks: Legal Issues of Multilateral Cooperation, 2008; *Grundmann/Cafaggi/Vettorino*, The Organizational Contract, 2013; *Jung/Krebs/Teubner*, Business Networks Reloaded, 2015.

nen Partner des Zentralakteurs schließen zwar nicht Verträge miteinander, jedoch den Vertrag mit dem Zentralakteur, gerade weil dieser auch mit einer Vielzahl anderer, für sie anonyme Teilnehmer, kontrahiert. Dies kann als konkludente Vertragsordnung mehrpoliger Rechtsverhältnisse begriffen werden. Diese Fälle sind freilich nicht die Regel und dogmatisch noch nicht zweifelsfrei anerkannt. Die h. M. hält vielmehr absolut an der Relativität der Schuldverhältnisse fest und lässt nur bedingt Fernwirkungen anderer Verträge zu.⁵⁶ Maßgeblich ist daher weiterhin die wertende Vertragsauslegung nach den §§ 133, 157 BGB in den *einzelnen* Vertragsbeziehungen, welche die auf die komplexe Konstellation bezogenen Intentionen der Parteien in Form von Nebenpflichten abbilden kann.

III. Grenzen der privatautonomen Zuordnungsgestaltung

1. Gesetzliche Grenzen privater Zuordnung

Abgesehen von der bereits tatbestandlichen Begrenzung der privatautonomen Zuordnung durch eine verobjektivierte Auslegung der Willenserklärung ist letztendlich das gesamte zwingende Recht als Grenze der Privatautonomie zu verstehen, und darüber hinaus wegen seiner „Stickiness“ auch das dispositive Recht.⁵⁷ Dies betrifft etwa das Leistungsstörungenrecht, welches als Auffangordnung bei Störungen in der Abwicklung von Verträgen bereit steht und häufig auch durch AGB nicht bis in die letzte Konsequenz bewusst von den Parteien abbedungen wird.⁵⁸ Die Beispiele ließen sich in Beliebigkeit fortsetzen und die Zurückdrängung der Privatautonomie im Vertragsrechts bildet ein wesentliches Narrativ im rechtswissenschaftlichen Diskurs der letzten Jahrzehnte.⁵⁹ Seine grundsätzliche Berechtigung findet die Beschränkung der Privatautonomie im Gedankenexperiment – wie sähe eine Gesellschaft aus, in der der freie Wille unumschränkt gilt? Es käme wohl vor allem durch die natürlichen Machtungleichgewichte zwischen den Rechtsträgern auch zur ungleichen Verteilung der rechtlichen Positionen, und darüber hinaus zu Verzerrungen durch Individualisierung von Profit und Sozialisierung von Risiken. Hier schlägt sich nichts anderes nieder als das Spannungsverhältnis zwischen der Privatautonomie als

⁵⁶ Vgl. *Grundmann*, AcP 207 (2007), 718; dazu noch unten Kapitel 3., B., I.

⁵⁷ *Möslein*, Dispositives Recht, 2011, insbes. S. 120ff.

⁵⁸ Zur Lückenschließungsfunktion des dispositiven Gesetzesrechts etwa m.w. N. *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 232ff.

⁵⁹ Etwa *Singer*, Selbstbestimmung im Recht der Willenserklärungen, 1995; radikal kritisch zum Regierungsentwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes *Säcker*, ZRP 2002, 286; kritisch auch *Picker*, in: Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, 2005, S. 7–115; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352, 423; vgl. auch *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 379. Die Wechselwirkung von Vertragsautonomie und ihren Grenzen, unter dem Dach der demokratischen Gesellschaft, ist auch zentral für *Raiser*, FS Juristentag, 1960, S. 101, 109ff.

Kern des Privatrechts einerseits und andererseits der Gleichheit als Kern eines philosophisch-ethischen Gerechtigkeitsbegriffs, der inzwischen auch als taktgebend für das Rechtssystem insgesamt anzusehen ist.⁶⁰ Im Folgenden sind zunächst die Begrenzungen der Vertragsfreiheit herauszugreifen, welche nicht einer „Gesamtgesellschaft“⁶¹ abstrakt dienen sollen, sondern spezifischen Drittbezug haben und so das Problem der Zurechnung in Mehrpersonenkonstellationen als „Drittzurechnung“ unmittelbar betreffen.

2. Keine Verträge zu Lasten Dritter

a) Zulässige Begünstigungen

Rechtliche Drittbezüge, die über das bilaterale Vertragsverhältnis hinausgehen, sind nur beschränkt möglich. Hier stößt die vertragliche Zurechnung von Rechten und Pflichten insbesondere unter dem Aspekt der Relativität der Schuldverhältnisse auf tradierte Grenzen. Durch Willenserklärungen und Verträge können Bezüge zu Rechten und Pflichten Dritter nicht grenzenlos entstehen, zulässig sind allerdings Begünstigungen. Mehrpolige Vertragsverhältnisse finden ihre gesetzliche Stütze in den §§ 328 ff. BGB; hier finden sich auch spezifische Grenzen der Drittbezüge privater Zuordnung. Unter den §§ 328 ff. BGB und ihren richterrechtlichen Erweiterungen können Dritten ohne deren Mitwirkung Ansprüche auf Leistung oder Schadensersatz sowie Einreden verschafft werden.⁶² Denkbar sind auch alle Arten faktischer Auflagen zu Gunsten Dritter, als unechter Vertrag zu Gunsten Dritter.⁶³ Anerkannt sind auch Schutzwirkungen zu Gunsten „leistungsnaher“ Dritter, die im Haftungsrecht von erheblicher Bedeutung sind, gerade um Außenstehenden Privilegierungen der Vertragsparteien, etwa in Form der Verschuldensvermutung aus § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, zukommen zu lassen.⁶⁴

⁶⁰ Mit breitem Überblick zum Diskurs *Grundmann/Thiessen*, in: dies. (Hrsg.), Von formaler zu materialer Gleichheit, Vergleichende Perspektiven aus Geschichte, Kranz der Disziplinen und Theorie, 2021 (Vorwort); um das Spannungsfeld Freiheit-Gleichheit kreist der Methodendiskurs der Privatrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts, vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Teil 1, Kapitel 5; vgl. auch *Auer*, am Beispiel des Eigentumsbegriffs, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 130 ff.

⁶¹ Zum Problem hier eine geeignete Referenzgröße unter vielen Subsystemen zu fassen *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 550 ff.

⁶² Vgl. die Übersicht bei *Schlechtriem/Schmidt-Kessel* SchuldR AT Rn. 715; *Staudinger/Klumpp*, 2020, Vor § 328 Rn. 101 ff. Umfassend *Bayer*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 1995, S. 5 ff.; *Wesenberg*, Verträge zugunsten Dritter, 1949, S. 119 ff.

⁶³ *Krauskopf*, Der Vertrag zugunsten Dritter, 2000, S. 363.

⁶⁴ Zu den Voraussetzungen vgl. BGHZ 193, 297 Rn. 13; BGH NJW 2010, 3152, 3153; BGH NJW-RR 2011, 462, 463; BGH NJW 2004, 3035, 3036; BGHZ 133, 168, 170 ff.; *Martiny*, JZ 1996, 19, 20; *Sieber*, Vertragliche Dritthaftung von Berufsträgern, 2009, S. 34 ff.; gegen eine zu weite Ausdehnung *Honsell*, FS Medicus, 1999, S. 211, 233; *Canaris*, JZ 1995, 443.

b) Verbotene Rechtsnachteile

Verträge zu Lasten Dritter sind grundsätzlich unzulässig,⁶⁵ wengleich *faktische* Belastungen Dritter in bestimmten Grenzen zulässig sein können. Sie werden in den §§ 328 ff. BGB nicht direkt adressiert. In diesem Graubereich bewegen sich insbesondere Abreden über die Übernahme von Rechten und insbesondere Pflichten, etwa über die Aufsicht und Sorgfalt.⁶⁶ Werden derartige Pflichten vertraglich delegiert, um gerade Haftungsansprüche Dritter ins Leere oder auch nur gegen einen weniger liquiden Schuldner laufen zu lassen, so liegt eine verbotene Drittbelastung auf der Hand. Die Leitlinien der Drittbelastungsdogmatik bleiben allerdings immer noch vage und sind kasuistisch geprägt.⁶⁷

Das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter betrifft in erster Linie *Rechtsnachteile*.⁶⁸ Begründet wird dies mit dem Schutz der Privatautonomie; die Möglichkeit der Zurückweisung von Rechten aus dem Vertrag durch den Dritten nach § 333 BGB böte nicht hinreichend Schutz und die Widerspruchsobliegenheit würde an sich schon eine Belastung der „Freiheit der Person und der Privatautonomie“ darstellen.⁶⁹ Auch § 185 BGB scheint insoweit ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip aufzugreifen, wonach Verfügungen Nichtberechtigter nur mit Einwilligung oder Zustimmung des Berechtigten erfolgen.⁷⁰ Aus § 58 Abs. 1 VwVfG wird ebenfalls ein Argument abgeleitet, wonach Rechte Dritter durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nur betroffen sein können, wenn diese Dritten schriftlich zustimmen.⁷¹ Diese Begründung allein griffe freilich viel zu kurz, denn nicht nur die Privatautonomie kann Pflichten begründen, das Regulierungsrecht insgesamt kann es. Neben der Begründung bleibt auch die Reichweite des Drittbelastungsverbotens fraglich, es gilt lediglich ein recht grober Leitsatz, wonach gleichgültig sein soll, auf welche Weise Dritten Rechte genommen werden. Unzulässig sind demnach etwa prozessuale Beschränkun-

⁶⁵ BGH NJW 1995, 3183, 3184; BGHZ 61, 359, 361; BGHZ 58, 216, 219; BGHZ 54, 145, 147; *Ulrici*, ZfA 2016, 377, 395; *Staudinger/Klumpp*, 2020, vor § 328 Rn. 53 ff.

⁶⁶ Dazu, freilich mit Fokus auf deliktische Sorgfaltspflichten, *Ulmer*, JZ 1969, 163, 171; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II § 76 III 5c, S. 419.

⁶⁷ Mit Leitlinien für die Erfassung externer Effekte von Verträgen freilich *Grundmann/Renner*, JZ 2013, 379.

⁶⁸ *Martens*, AcP 177 (1977), 113, 164 ff.; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 57 ff.

⁶⁹ *MüKo-BGB/Gottwald*, 9. Aufl. 2022 § 328 BGB Rn. 261; *Säcker*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970, S. 61 ff.; *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 328 Rn. 13, § 333 Rn. 1 f.

⁷⁰ Vgl. *Simon*, FS Wolf, 2000, S. 221, 224.

⁷¹ *MüKo-BGB/Gottwald*, 9. Aufl. 2022, § 328 BGB Rn. 261.

gen wie eine Beweislastumkehr⁷² oder Schiedsgutachtensklauseln,⁷³ in materiell-rechtlicher Hinsicht auch der Anspruchs- oder der Haftungsverzicht.⁷⁴

c) Zulässige Belastungen

Eine Konturierung des Verbots von Verträgen zu Lasten Dritter im Umkehrschluss aus dem Verbot von Rechtsnachteilen ist nur auf Einzelfallbasis möglich. Scharf zu trennen von der Belastung eines Dritten ist etwa das Versprechen der Leistung eines Dritten, durch welche seine Rechtsstellung weder unmittelbar noch mittelbar beeinträchtigt wird.⁷⁵ Denn Schuldner des Leistungsversprechens bleibt allein der Vertragspartner, wird nicht etwa der Dritte; es handelt sich dann um einen Dienstverschaffungs- oder Garantievertrag zu Lasten des Schuldners.⁷⁶ Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln in Mitgliedschaftsrechte sollen in dieser weitreichenden Lesart konsequenterweise ebenfalls unzulässig sein, da die Mitgliedschaft zwingend auch Pflichten, zumindest solche im Innenverhältnis, mit sich bringt.⁷⁷ Freilich scheinen dadurch die Besonderheiten komplexer Rechtspositionen nicht hinreichend gewürdigt, zumal wirtschaftlich in Summe durchaus ein deutlicher Vorteil für den Dritten aus dem Positionseintritt folgen kann.⁷⁸ Zulässig sollen auch Belastungen des Dritten sein, die sich nur als Einschränkung seiner Begünstigung darstellen. So sollen mit einer Zuwendung verbundene Leistungspflichten nicht als verbotene Belastung zu werten sein, etwa die Zahlung von Frachtkosten.⁷⁹ Maßgeblich soll freilich sein, dass der Dritte der Belastung zustimmen muss,⁸⁰ was freilich nicht für Nebenpflichten gelten soll, die etwa schon im Rahmen der Zurückweisung nach § 333 BGB entstehen.⁸¹

⁷² KG OLGZ 1975, 8, 11.

⁷³ KG NJW 1980, 1342, 1343.

⁷⁴ BGHZ 12, 213, 217 ff.; Staudinger/*Klumpp*, 2020, Vor § 328 Rn. 54; vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 928 ff.

⁷⁵ MüKo-BGB/*Gottwald*, 9. Aufl. 2022, § 328 BGB Rn. 262.

⁷⁶ OLG München WM 1985, 368; Soergel/*Hadding* Rn. 27; Staudinger/*Klumpp*, 2020, vor § 328 Rn. 94 ff.; *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, 1999, S. 94 ff.

⁷⁷ Zum Meinungsstand MüKo-BGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 263.

⁷⁸ *Säcker*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften, 1970; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 32; *Landsittel*, in: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 113.

⁷⁹ *Martens*, AcP 177 (1977), 113, 140; Staudinger/*Klumpp*, 2020, vor § 328 Rn. 62; *Looschelders*, SchuldR AT Rn. 1133.

⁸⁰ *Martens*, AcP 177 (1977), 113, 140 f.

⁸¹ MüKo-BGB/*Gottwald*, § 328 Rn. 269.

d) Wertungen

Eine Differenzierung nach faktischen und rechtlichen Belastungen, so schwer sie wegen des im Einzelfall weiten Kreises in Betracht kommender Rechtspositionen auch sein mag, passt grundsätzlich zum Verständnis von Zurechnung als rechtlich-normativer Funktion und eignet sich daher als Maßstab der Zulässigkeit der Drittbezüge von Verträgen.⁸² Die konkreten Leitlinien zur Bestimmung unzulässiger Verträge zu Lasten Dritter sind freilich wie gezeigt nicht immer klar; während die Rückführung auf den Grundsatz der Privatautonomie einleuchtet, scheint sie jedoch zu undifferenziert durchgeführt. Bei exklusiv ethischer Betrachtung, die sich in einem Verantwortungsprinzip kondensiert, ist der Rechtsträger vor allen Belastungen zu schützen, die er nicht frei wählt. So wären Verträge mit Drittbezug allerdings in einen ethischen Gesamt- und Verantwortungskontext einzuordnen, um auch Fernwirkungen der Privatautonomie abzubilden. Freilich wäre dann wohl die Grenze zur hypothetischen Erklärung und einer Zustimmungsfiktion bald überschritten. Gangbarer scheint hingegen ein stärker ökonomischer Ansatz, der sich an der Gesamtwirkung des Geschäfts orientiert, wie auch von namhaften Autoren bereits für die Nachfolge in der Gesellschafterstellung entwickelt wurde. Denn es ist nicht einleuchtend, gerade im Fall komplexer Rechtspositionen auf eine Gesamtbetrachtung der Vor- und Nachteile zu verzichten. Dabei wären allerdings auch die Abwehrkosten aller ungerechtfertigter Belastungen im Einzelfall zu beachten.

3. Gemeinschaftsschutz

Die Vertragsfreiheit ist außerhalb der Kategorien des Vertrags zu Lasten Dritter hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Gemeinschaft im Ganzen oder einzelne Mitglieder beschränkt. Dies folgt aus den Nichtigkeitsgründen des gesetzlichen Verbots und der Sittenwidrigkeit, §§ 134, 138 BGB. Selbst wenn der Vertrag zwischen seinen Parteien ausgewogen sein mag und alle formellen Anforderungen erfüllt, können vermittels dieser beiden Normen seine externen Effekte zur Nichtigkeit führen. Auf diese Weise ist die Privatautonomie auf eine konforme Wirkung im Gemeinwesen verwiesen.⁸³

Die Rechtsordnung hält eine wohl unüberschaubare Vielzahl von Vorschriften bereit, welche dem Schutz der Interessen Dritter dienen; differenziert wirken etwa die Instrumente des Verbraucherschutzes, welche an ein strukturelles Ungleichgewicht anknüpfen, oder auch die Diskriminierungsverbote, deren besonderer Regelungsgehalt jedoch in dieser Arbeit mangels speziellen Zurech-

⁸² Zu den Bezügen zur *Kelsenschen* reinen Rechtslehre vgl. oben Kapitel 1., B., II.

⁸³ Zu diesem „Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens“ vgl. *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 10 ff.; zu den Außenschranken der Privatautonomie vgl. auch *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 20 ff.

nungsbezuges nicht abgebildet werden soll.⁸⁴ Die Analyse der Grundnormen von §§ 134, 138 BGB soll für Zurechnungsfragen Reichweite und Wirkmechanismus der Begrenzung privatautonomer Zuordnung im Gemeinschaftsinteresse exemplarisch illustrieren. So ist § 134 BGB Überleitungsnorm für effektiven Schutz Dritter auch im Privatrecht, indem durch diese Norm der Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen Verbotsgesetze dessen Nichtigkeit begründet. Verbotsgesetze sind in Abgrenzung zu bloßen Ordnungsvorschriften solche, die nach Sinn und Zweck gerade Rechtsgeschäfte als solche verbieten soll.⁸⁵ Vorschriften mit drittschützendem Verbotscharakter lassen sich nach ganz h. M. allein im Wege der Einzelbetrachtung feststellen.⁸⁶ Verallgemeinerungsfähige Feststellungen sind freilich im Rahmen von § 138 BGB zulässig, der zu § 134 BGB grundsätzlich subsidiären, allerdings auch ergänzenden Charakter hat, wenn weitere Umstände außerhalb des Verbotsverstoßes hinzukommen.⁸⁷ Diese können auch die Position Dritter betreffen.⁸⁸ Mit *Teubner* ist hier allerdings die historische Kontingenz und der Bedeutungswandel des Sittenwidrigkeitsverbots hervorzuheben.⁸⁹ Der Definition guter Sitten durch das RG als „*Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden*“ ist kein großes Gewicht mehr beizumessen.⁹⁰ § 138 BGB stellt inzwischen unzweifelhaft lediglich einen rechtsethischen Mindeststandard mit geringer Prüfungsdichte dar.⁹¹ So sind für die Sittenwidrigkeitskontrolle kasuistisch anerkannte Elemente prägend, die, wenngleich breit gestreut, im Verhältnis der Wechselwirkung zueinander stehen.⁹² Praktikabel gemacht wird die Norm letztendlich – implizit in Folge

⁸⁴ Vgl. zum Schutz unterlegener Parteien durch das Verbraucherrecht m. w. N. den Überblick bei Staudinger/*Gsell*, *Eckpfeiler des Privatrechts*, 7. Aufl. 2020, insbes. Rn. 14–44 zu den Instrumenten privatrechtlichen Verbraucherschutzes; zum Nichtdiskriminierungsrecht umfassend *Grüneberg*, *Personale Gleichheit*, 2013, Überblick auf S. 29–52.

⁸⁵ Zur Abgrenzung von bloßen Ordnungsvorschriften vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster*, § 134 BGB, Rn. 41 f.

⁸⁶ BVerfG NJW 2016, 3153 Rn. 46; *Beater*, AcP 197 (1997), 505, 515 ff.; *Krampe*, AcP 194 (1994), 1, 28 ff.

⁸⁷ BGH NJW 1970, 1179 f.; BGHZ 67, 119, 123; BGH NJW 1981, 1439; BGH NJW 2003, 3692, 3693; BGH RGZ 115, 320, 325.

⁸⁸ Dazu der Überblick von MüKo-BGB/*Armbrüster*, § 138 Rn. 96 und die Kasuistik in den darauffolgenden Rn.

⁸⁹ Dazu *Teubner*, *Standards und Direktiven in Generalklauseln*, 1970, S. 65 ff., 115 ff.

⁹⁰ § 727 Mot. II; BGHZ 179, 218, stRspr seit RGZ 48, 124; „trägt zur inhaltlichen Präzisierung des § 138 wenig bei“: *Grüneberg/Ellenberger*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 138 Rn. 2; zurückhaltender MüKo-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 14 f.

⁹¹ Siehe bei *Grunewald*, *Der Ausschluss aus Gesellschaft und Verein*, 1987, S. 128. Zur Unbestimmtheit des Begriffs etwa *Grüneberg/Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, § 138 Rn. 2.

⁹² Sittenwidrigkeitskriterien als „bewegliche Elemente“, vgl. MüKo-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 27 ff.; zum Grundgedanken eines beweglichen Systems, *Wilburg*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, 1951; *ders.*, AcP 163 (1964), 346 ff.; vgl. dazu *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, S. 74 ff.; *Westerhoff*, *Die Elemente des Beweglichen Systems*, 1991; zuletzt *Paas*, *Das bewegliche System*, 2021. Zur Konkretisierung von Generalklauseln durch das bewegliche System *Bydlinski*,

einer Delegationstheorie, bei welcher der Richter das Parlament ersetzt – durch eine quasi-gesetzgeberische Interessenabwägung.⁹³ Das Rechtsgeschäft ist umfassend zu erfassen, von Inhalt, Motiv und Zweck bis hin zu Zustandekommen, Umsetzung und Rechtsfolge.⁹⁴

Auch in Bezug auf dem Vertrag Außenstehende entfalten die guten Sitten eine nicht unerhebliche Kontrollfunktion, wenngleich stark einzelfallbasiert.⁹⁵ Richtet sich etwa das Rechtsgeschäft gegen erworbene Rechte Dritter, auch außerhalb von absoluten Rechten unter § 823 Abs. 1 BGB⁹⁶ und faktisch⁹⁷, so kann hierin ein Sittenverstoß liegen.⁹⁸ So liegt etwa in der Abtretung aller zukünftigen Geschäftsforderungen ein kritischer Fall, der künftige Vertragspartner wegen des Prioritätsprinzips schlechter stellen kann. Die dazu vom RG erschlossene Kasuistik hat der BGH zu Gunsten eines eher einzelfallabhängigen Maßstabs für Gläubigergefährdung aufgegeben.⁹⁹ Auch besondere Rücksichtslosigkeit und Loyalitätsmangel, insbesondere in Fällen des Missbrauchs von Vertretungsmacht als Kollusion erfasst, können den Schutz Dritter durch Nichtigkeitssanktion rechtfertigen.¹⁰⁰ Das allgemeinere, ebenfalls drittbezogene, Verbot des Rechtsmissbrauchs ist etwa in § 117 BGB manifestiert und insbeson-

in: Behrends (u. a.) (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990, S. 189 ff.; kritisch zur herausgebildeten Kasuistik und den historischen Funktionswandel der Norm betonend *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1970, S. 115 ff.

⁹³ Grundlegend *Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962, S. 99; *Kraft*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerb, 1963, S. 42.; m. w. N. *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1970, S. 42 ff., 106 ff.

⁹⁴ Vgl. nur *Grüneberg/Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, § 138 Rn. 8.

⁹⁵ BGH NJW 1970, 657; *Nirk*, NJW 1971, 1913, 1914; vgl. auch BGH WM 1972, 585, 586; zum Problem der Einzelfallgerechtigkeit durch Generalklauseln, *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 64 ff., 144 ff.

⁹⁶ BGH NJW 1981, 2184, 2185 im Anschluss an BGHZ 12, 308, 317, betr. Doppelverkauf und BGH NJW 1979, 1704; *Medicus/Petersen* BGB AT, Rn. 706.

⁹⁷ BGHZ 60, 102, 104 f.; BGH NJW 1988, 902, 903; BGHZ 103, 235, 241 aE; BGH NJW-RR 1996, 869; OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 1025, 1026 betr. Abtretung einer Werklohnforderung, um Aufrechnung zu vereiteln; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 703.

⁹⁸ Dazu *Krasser*, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter, 1971, S., 1971, S. 215 ff., 261 ff.; vgl. ferner *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, 1967, S. 34 ff., 40 ff.; *Schramm*, GRUR 1961, 328 ff.; zur Einschränkung der Vertragsfreiheit durch Interessen Dritter *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992.

⁹⁹ BGHZ 10, 228, 232; dazu *Haberstumpf*, Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1976, S. 44 ff.

¹⁰⁰ BGH ZIP 2014, 615 Rn. 10; BGH NJW-RR 2016, 1138 Rn. 24; BGH BeckRS 2016, 109948 Rn. 19; *Staudinger/Sack/Fischinger*, 2022, § 138, Rn. 374. Zum kollusiven Zusammenwirken von Treuhänder-Gesellschafter und Treugeber zu Lasten der Gesellschaft *Armbrüster*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, 2001, S. 126 ff.; s. auch *Grage*, RnotZ 2005, 251, 258. In der Regel ist nicht allein die Kollusionsvereinbarung sittenwidrig, sondern auch das Hauptgeschäft, RGZ 136, 156, 159; BGH NJW 1989, 26, 27; s. auch BGH BauR 2004, 337, 341; BGH NZG 2011, 1225 Rn. 9; BGH NZG 2014, 389 Rn. 10; BGH NZG 2014, 389 Rn. 10.

dere auch vom EuGH als Rechtsgrundsatz anerkannt.¹⁰¹ Schutztopos der Rechtsprechung mit Drittbezug ist hier ebenfalls die Verleitung zum Vertragsbruch.¹⁰² Schließlich kann die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts auch begründet werden, wenn es nur die Möglichkeit der Täuschung und Schädigung Dritter bietet.¹⁰³

4. Haftungsbeschränkungen mit Drittbezug

Haftungsbeschränkungen dienen dazu, den eigenen Pflichtenkreis zu reduzieren, im Schadensfall die Ersatzpflicht und vorgelagert schon eine Reduktion der eigenen Sorgfaltspflichten. Sie sind grundsätzlich zulässig.¹⁰⁴ Am geläufigsten ist die Haftungsbeschränkung auf bestimmte Schäden und bestimmte Verschuldensarten. Das BGB und insbesondere das AGB-Recht geben Arten des unzulässigen Haftungsausschlusses vor, insbesondere ist er unzulässig für vorsätzliches Handeln, § 276 Abs. 3 BGB, in AGB für grobes Verschulden, § 309 Nr. 7b) BGB, und für Verletzungen von Leben, Körper und Gesundheit, § 309 Nr. 7a) BGB.

Haftungsbeschränkungen beziehen sich häufig auch auf das Verhalten Dritter; hier besteht ein gewisser Widerspruch zwischen dem AGB-Recht, welches die verbotenen Beschränkungen unmittelbar auf gesetzliche Vertreter und Erfüllungsgehilfen erstreckt¹⁰⁵ und § 276 Abs. 3 BGB, der den Haftungsausschluss für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen zulässt. Der Gesetzgeber misst damit der Form des Haftungsausschlusses entscheidenden Wert bei. Dies erscheint plausibel, da bei der Verwendung von AGB ein erhebliches Verunklarpotential über die Personen besteht, derer sich der Verwender zur Erfüllung seiner Pflichten bedient.¹⁰⁶

Zentrales Element der formularmäßigen Haftungsbeschränkungen, mit unmittelbarem Bezug zu Dritten, ist die Festlegung eigener und fremder Pflichten.

¹⁰¹ EuGH, 5.7.2007, Rs. C-321/05 Rn. 37 – Kofoed; EuGH, 28.1.2016, Rs. 50/14 Rn. 65 – CASTA; EuGH, 22.11.2017, Rs. C-251/16 Rn. 29 ff. – Cussens; siehe auch *Englisch*, StuW 2009, 3, 5; *Sørensen*, CMLR 43 (2006), 423, 439; *Fleischer*, JZ 2003, 865, 871; *Baudenbacher*, ZfRV 2008, 205, 212 f., 218; *De La Feria*, CMLR 45 (2008), 395, 436 ff.; *A. Zimmermann*, Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaft, 2002, S. 225; *Schön*, FS Wiedemann, 1999, S. 1271, 1282 f.

¹⁰² BGH NJW 1981, 2184, 2186; BGHZ 103, 235, 241; BGH NJW 1991, 1952; BGH NJW 2008, 3438 Rn. 7 f.

¹⁰³ BGHZ 10, 228, 233; so auch BGHZ 60, 102, 104 f.; BGH NJW 1985, 2953, 2954; vgl. auch BGH NZM 2006, 194.

¹⁰⁴ Vgl. MüKo-BGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 183 ff. m. w. N.; „Element moderner Industriegesellschaften“, *Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 741 ff.

¹⁰⁵ Vgl. MüKo BGB/*Wurmnest*, 9. Aufl. 2022, § 309 Nr. 7 Rn. 21 f.

¹⁰⁶ Zum Informationsproblem bei AGB allgemein vgl. *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020, S. 473 ff.

Insbesondere Digitale Handelsplattformen neigen dazu, ihr Leistungsspektrum in ihren AGB eher schlank zu halten.¹⁰⁷ Dem reinen Intermediärmodell entspricht es, dass der Plattformbetreiber nur für die Vermittlungsleistung eintreten will, nicht allerdings für den Leistungsaustausch im vermittelten Geschäft. So stellen Plattform-AGB klar, dass der Betreiber nicht für die vermittelten Fahrten, Übernachtungen, Kredite etc. haftet. Schadensersatzbegründende Pflichtverletzungen können dann nur an das Vermittlungsgeschäft selbst anknüpfen. Folglich greift auch § 278 BGB nicht, wenn der Drittanbieter einen Schaden verursacht, da die Norm gerade eigene Pflichten des Plattformbetreibers voraussetzen würde.¹⁰⁸ Es stellt sich mithin die Frage, wie eng die Hauptleistungspflichten bei Verwendung von AGB zugeschnitten werden können.

Dafür scheint plausibel, maßgeblich auf das Erscheinungsbild des Verwenders und seiner Angebote als Träger von Verkehrserwartungen und Vertrauensschutz abzustellen. Stellen sich Vermittlung und Durchführung des Vertrags als Angebot „aus einer Hand“ dar, muss die Vorschiebung eines Drittanbieters in AGB als überraschend nach § 305c BGB gelten.¹⁰⁹ Sie verstößt dann weiterhin nicht nur gegen das Transparenzgebot, sondern auch gegen die Kardinalspflichtenrechtsprechung, wonach keine Freizeichnung die Leistungszusage des AGB-Verwenders aushöhlen und dem Kunden Rechtspositionen nehmen darf, die ihm der Vertrag nach Inhalt, Natur und Zweck zu gewähren hat.¹¹⁰ Inhalt, Natur und Zweck des Vertrags bestimmen sich freilich nach dem objektiven Empfängerhorizont, auf Grundlage des Parteiverhaltens.¹¹¹

Außerhalb des Klauselrechts sind hingegen weitgehende Zu- und Einschnitte der vertraglichen Leistungspflichten denkbar, die eine Abwälzung der Verantwortlichkeit – in den oben bereits aufgezeigten Grenzen der Lehren über Verträge zu Lasten Dritter – auf Dritte ermöglichen. Insbesondere sind die Ver-

¹⁰⁷ Zu den diesbezüglichen Problemen der Plattformverantwortlichkeit siehe *Maultzsch*, in: *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erlner, Plattformen*, 2018, S. 226 ff.; zu Plattformen im Besonderen noch ausführlich unten, Kapitel 3., B., IV.; *Moes* spricht von einer „Flucht in die Leistungsbeschreibung“, *Vertragsgestaltung*, 2020, Rn. 324.

¹⁰⁸ BGH NZM 2006, 194. Vgl. *MüKo-BGB/Grundmann*, § 278 Rn. 20, 25 ff.; *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 313 ff.; ob es sich bei der Haftung für die Leistungen Dritter um eine Kardinalspflicht des Intermediärs nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB handelt, ist freilich noch ungeklärt; zu § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB umfassend *Renner*, AcP 213 (2013), 677.

¹⁰⁹ *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 313 ff.; im Ergebnis auch *Vilgertshofer*, *Online-Plattformen und vertragliche Haftung*, 2019, S. 43 ff., 67 ff.; *Redeker*, *IT-Recht*, 7. Aufl. 2020, Rn. 1003 ff.; *Spindler*, in: *Spindler/Wiebe, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze*, 2. Aufl. 2005, Kap. 5 Rn. 33.

¹¹⁰ BGHZ 89, 363, 367 = NJW 1984, 1350, 1351; BGHZ 103, 316, 324 = NJW 1988, 1785, 1787; *MüKo BGB/Wurmnest*, § 309 Nr. 7 Rn. 26; *Erman/Roloff*, 16. Aufl. 2020, § 309 Rn. 72 ff.; *Christensen*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen AGB-Recht*, 13. Aufl. 2022, § 309 BGB Rn. 43 ff. jew. m. w. N.

¹¹¹ *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 678.

tragstypen als dispositive Modelle konzipiert, die der Parteiregelung im Einzelfall umfassend zugänglich sind.¹¹²

IV. Handeln für andere

Mehrpersonenkonstellationen werden vom Recht der Willenserklärungen nicht nur inhaltlich, sondern auch instrumentell erfasst; so kann der Abschluss von Rechtsgeschäften, wenn es nicht lediglich um die unveränderte Übermittlung einer Willenserklärung durch den schon oben angesprochenen Einsatz von Boten geht, durch Stellvertreter erfolgen. Die bei der Stellvertretung vorzufindende Personenmehrheit stellt gleichzeitig die Grundform von privatrechtlich abgebildeter Arbeitsteilung dar.¹¹³

1. Rechtsgeschäftliche Stellvertretung

a) Allgemeines

Durch die Stellvertretung wirkt die eigene Willenserklärung des Vertreters für und gegen den Vertretenen, und die Rechtsfolgen treten unmittelbar in der Person des Vertretenen ein. Der Vertreter wird als Repräsentant des Vertretenen begriffen: zugerechnet wird nicht die Erklärung selbst, wie etwa unter der historischen Geschäftsherrentheorie,¹¹⁴ sondern lediglich deren rechtliche Wirkung („Fremdwirkung“),¹¹⁵ was sich nahtlos in das hier vertretene rechtlich-normative Zurechnungskonzept fügt. Wirksamkeit und Anfechtbarkeit des durch Stellvertretung zustande kommenden Rechtsgeschäfts hängen nicht vom Vertretenen, sondern vom Vertreter ab. Nur sein Verhalten, sein Wissen und Wissenmüssen sind maßgeblich, §§ 164, 166 BGB, es sei denn, er ist weisungsgebunden, § 166 Abs. 2, in welchem Fall auf den weisenden Vertretenen abzustellen ist.¹¹⁶ Auf die Besonderheiten der Wissenszurechnung ist in der Folge noch gesondert einzugehen, da es sich um einen über die Stellvertretung hinausweisenden Querschnittsbereich handelt (unten, Kapitel 2., E.).

¹¹² Dazu etwa *Möslein*, Dispositives Recht, 2011, S. 45 ff.

¹¹³ Dazu noch unten, Kapitel 2., E.

¹¹⁴ Vgl. *v. Savigny*, Obligationenrecht als Teil des römischen Rechts, Bd. II, 1853, S. 21 ff., 54 ff., 60: Die Lehre vom „Unterschied zwischen dem Boten und dem Bevollmächtigten [sei] entschieden [zu] verwerfen“; *ders.*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840, Nachdruck 1973, S. 90 ff.

¹¹⁵ *Ballerstedt*, AcP 151 (1951), 501, 513 f.; *Pawlowski*, JZ 1996, 125, 130; *Beuthien*, FS Medicus, 1999, S. 1, 4 f.; *MüKo-BGB/Schubert*, 9. Auflage 2021, § 164 Rn. 19.

¹¹⁶ Dazu vgl. BGH NZG 2004, 580, 582; BGHZ 94, 232; *Mock*, JuS 2008, 309, 310; *Staudinger/Schilken*, 2019, vor § 164 Rn. 32.

Die Fremdverpflichtung ist legitimierungsbedürftige Ausnahme vom Grundsatz der privatautonomen Eigenvertretung.¹¹⁷ Rechtsgeschäftliche Stellvertretung ist zugleich das häufigste Mittel, den eigenen rechtsgeschäftlichen Wirkungskreis durch Arbeitsteilung zu erweitern und damit auch der am meisten verbreitete Fall institutionalisierter Drittzurechnung. Die Stellvertretung ist damit die Grundform der im Privatrecht erfassten Arbeitsteilung, weshalb ihre Regelungen Leitbildcharakter für alle anderen Formen der Arbeitsteilung, auch in Organisationen, haben müssen.¹¹⁸

b) Vertretungsmacht

Gegenüber dem Vertretenen wird die unmittelbare Auswirkung der Stellvertretung gegen seine Person durch die Vertretungsmacht gerechtfertigt. Die Vertretungsmacht kann als Vollmacht selbst unmittelbar auf rechtsgeschäftlicher Einräumung beruhen, §§ 167–176 BGB.¹¹⁹ Gesetzliche Vertretungsmacht hingegen dient Schutz und Fürsorge und folgt unmittelbar selbst aus dem Gesetz oder aus Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.¹²⁰ Sie ist für den hiesigen Fokus auf das Unternehmensrecht von untergeordneter Bedeutung. Der gesetzlichen Vertretungsmacht verwandt ist die organschaftliche Vertretung künstlicher Rechtsträger durch ihre Organe.¹²¹ Im Zentrum der Betrachtung soll hier zunächst die Vollmacht stehen.

Wie § 168 BGB zeigt, ist die Vollmacht abstrakt gegenüber dem kausalen Rechtsgeschäft.¹²² Folge ist insbesondere, dass das rechtliche „Können“ im Außenverhältnis über das rechtliche „Dürfen“ im Innenverhältnis hinausgehen kann. Dem Vollmachtgeber stehen allerdings verschiedene Mittel zur Verfügung, um hier eine Synchronisierung im Sinne seines Willens zu bewirken, sei es durch die wenig übliche Vollmachtsform der Kundgebung oder durch die spezifische Bevollmächtigung in einer Urkunde, §§ 171 f. BGB. Verzichtet der Vertretene allerdings auf diese Mittel, so haftet er nach außen voll für die Wirkungen der Stellvertretung.

Die Vollmacht soll insbesondere auch konkludent erteilt werden können, was zu einigen dogmatischen Verwerfungen führt. Denn für eine konkludente Voll-

¹¹⁷ Etwa *Beuthien*, FS Medicus, 1999, S. 1, 2; *Schilken*, Wissenszurechnung im Privatrecht, 1983, S. 9; *Moser*, Die Offenkundigkeit der Stellvertretung, 2010, S. 20.

¹¹⁸ Vgl. zuletzt *Klingbeil*, ZfPW 2020, 150, 151.

¹¹⁹ BGH NJW-RR 07, 1202; *Grüneberg/Ellenberger*, § 167 Rn. 1; *MüKo-BGB/Schubert*, § 167 Rn. 6; *Lorenz*, JuS 2010, 771, 772.

¹²⁰ *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. v. § 164 Rn. 5; *MüKo-BGB/Schubert*, § 164 Rn. 2.

¹²¹ Zu dieser eingehend unten, Kapitel 3, A. III., 3.

¹²² Grundlegend *Laband*, ZHR 10 (1866), 183, 204 ff.; dazu auch *Staudinger/Schilken*, 2019, vor § 164 Rn. 33; *Erman/Maier-Reimer*, 2020, Vor § 164 Rn. 6; *Flume*, BGB AT II, § 45 II 2; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 949; *Grüneberg/Ellenberger*, Einf. v. § 164 Rn. 2; *MüKo-BGB/Schubert*, § 164 Rn. 14 f.

machtserteilung soll das „erkennbare Dulden“ des Handelns eines Dritten ausreichen.¹²³ Die Erkennbarkeit der Duldung bleibt freilich ein weit wertungsöffener Begriff. Nicht abschließend geklärt ist auch, ob das objektive Element allein ausreicht oder inwieweit subjektive Anforderungen auf ein lediglich potientiell Erklärungsbewusstsein reduziert werden können.¹²⁴ Für ein potientiell Erklärungsbewusstsein fordert die Rechtsprechung heute allgemein lediglich, dass der Vertretene nach Treu und Glauben hätte erkennen müssen, dass sein „Verhalten“ als Willenserklärung verstanden werden kann.¹²⁵ Setzt man für den Verhaltensbegriff hier Handeln mit Unterlassen gleich, dürfte das potentielle Erklärungsbewusstsein immer ab dem Zeitpunkt gegeben sein, in dem der Vertretene die vollmachtlose Vertretung entdeckt, so dass neben der konkludenten Vollmacht kein Raum für eine Duldungsvollmacht übrig bleibt.¹²⁶ Handeln und Unterlassen sind freilich wesensverschieden, so dass in Unterlassungssituationen überhaupt kein Erklärungsbewusstsein anzunehmen sein dürfte, wofür auch die oben genannte Wertung spricht, dass Schweigen im Grundsatz ein rechtliches Nullum ist.¹²⁷ Jedenfalls scheint es daher inkonsequent, auf das Erfordernis eines wenigstens potentiellen Erklärungsbewusstseins zu verzichten, auch weil ansonsten die Grenze zur Anscheinsvollmacht verwischt wird, die gerade auf rein objektivem Rechtsschein basiert und nicht anfechtbar ist. Die Unwirksamkeit einer Vollmachtserteilung soll eine konkludente Duldung der Vollmacht ausschließen.¹²⁸ Auch ein entsprechender Rechtsschein soll ausgeschlossen sein, wenn der Schutzzweck des Unwirksamkeitsgrundes dies gebietet, was durch Auslegung zu bestimmen ist.

Die konkludente Vollmachtserteilung soll der Rechtsscheinvollmacht generell vorgehen.¹²⁹ Letztere dient dem Vertrauensschutz des Geschäftsgegners, abstrakter: des Rechtsgeschäftsverkehrs und des Marktes insgesamt, hinsichtlich der Vertretungsmacht und privilegiert ihn über die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, § 179 BGB, sowie die punktuellen Sonderregeln zum Schutz des Rechtsverkehrs im Vertrauen auf den Fortbestand einer Vollmacht in den §§ 170–173 BGB hinaus. Voraussetzung ist gemäß dem anerkannten Dreischritt der Rechtsscheinhaftung:¹³⁰ der Rechtsschein einer Vollmacht, der

¹²³ So MüKo-BGB/Schubert, § 164 Rn. 94 und § 167 Rn. 8; Grüneberg/Ellenberger, § 167 Rn. 1 und § 172 Rn. 6.

¹²⁴ Dazu MüKo-BGB/Schubert, § 164; Merkt, AcP 204 (2004), 638, 639.

¹²⁵ BGH NJW 1964, 1951; 1962, 2196, 2197; Soergel/Leptien, Rn. 19; Staudinger/Schilken, 2019, vor § 164 Rn. 39; Wolf/Neuner, BGB AT § 50 Rn. 86, Grüneberg/Ellenberger, § 172 Rn. 11.

¹²⁶ Zum Meinungsstand MüKo-BGB/Schubert, § 167 Rn. 7, 95.

¹²⁷ Oben Kapitel 2., A., II., 2.

¹²⁸ So MüKo-BGB/Schubert, § 167 Rn. 8.

¹²⁹ Vgl. MüKo-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 167 Rn. 94; zu den Abgrenzungsschwierigkeiten, Staudinger/Schilken, 2019, Rn. 29a.

¹³⁰ Canaris, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, 1971, S. 28ff.

vom Vertretenen „zurechenbar“ gesetzt wurde und auf den der Geschäftsgegner gutgläubig vertraut. Die h.M. erkennt Zurechenbarkeit des Rechtsscheins bereits an, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters kennt und in nach außen erkennbarer Weise nicht gegen das Handeln vorgeht.¹³¹

Die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins bei der Anscheinsvollmacht soll sich auf eine Sorgfaltspflichtverletzung des Vertretenen stützen, der das Verhalten des Vertreters bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen müssen und beeinflussen können.¹³² In dieser Perspektive kann die Zurechenbarkeit des Rechtsscheins als Zuordnung einer Sorgfaltspflicht mit dem oben festgelegten Zurechnungsverständnis vereinbart werden. Handelt der Stellvertreter ohne Vertretungsmacht, so ist das abgeschlossene Geschäft nach § 177 BGB schwebend unwirksam und ist die persönliche Haftung des Stellvertreters eröffnet, § 179 BGB.

c) *Offenkundigkeit*

Zweiter Legitimationsgrund der Fremdwirkung von Willenserklärungen ist die Offenkundigkeit, § 164 Abs. 2 BGB; so treten die Rechtswirkungen der Stellvertretung nur dann in der Person des Vertretenen ein, wenn der Vertreter erkennbar im Namen des Vertretenen auftritt. Auch die Offenkundigkeitsbedingung ist normativ geladen, sie dient allein dem Verkehrsschutz, genauer der Möglichkeit, sich seinen Schuldner frei zu wählen. Insbesondere ist der Offenkundigkeitstatbestand der Auslegung zugänglich, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein intensiver Überschneidungsbereich von Vertretungsmacht und Offenkundigkeit ist bei den soeben besprochenen Fällen der Rechtsscheinvollmacht gegeben, da dort die Offenkundigkeit des Fremdbezugs des Rechtsgeschäfts mit der exogenen Begründung von Vertretungsmacht verwoben ist.

Zuordnungsprobleme und besondere Zurechnungsbegründungen bestehen bei fehlender Offenkundigkeit; „tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor“, so haftet der Vertreter grundsätzlich auf ein Eigengeschäft. Nicht im engeren Sinne zu einem Offenkundigkeitsmangel gehören Ge-

¹³¹ Zum Rechtsschein: BGHZ 202, 158; BGH NJW 2005, 2985, 2987; BGHZ 2004, 2745 2747; BGHZ 2003, 2091; BGHZ 2002, 2325; zur Kenntnis: StRSpr, BGH NJW 1955, 985; BGH NJW 2003, 2091; BGH NJW 2004, 2736, 2737; BGH NJW 2004, 2745, 2747; BGH NJW 2005, 2985, 2987; 2007, 987, 988; BGHZ 189, 346 Rn. 15; BGHZ 202, 158; LG Bonn BeckRS 2012, 21314; *Wolf/Neuner*, BGB AT § 50 Rn. 86, 88; zur Gutgläubigkeit: BGH LM § 164 Nr. 34; LM Nr. 13, 15; NJW 1988, 1199, 1200; VersR 1992, 989 995. Eingehend MüKo-BGB/*Schubert* § 167 Rn. 106 ff.

¹³² BGH NJW 2014, 2790 Rn. 12 ff.; BGN NZG 2012, 916, 917; BGH NJW 2011, 2421, 2422; BGH NJW 1998, 1854, 1855; BGH NJW-RR 1986, 1169; OLG Hamburg BeckRS 2015, 08511; OLG München WM 1997, 2249, 2250; OLG Frankfurt BauR 2006, 419; OLG Brandenburg NJW-RR 2009, 235, 236; Grüneberg/*Ellenberger*, § 172 Rn. 11 und Rn. 13; MüKo-BGB/*Schubert*, § 167 Rn. 122 f.

schäfte, bei denen der Fremdbezug, allerdings nicht die Identität des Vertragspartners offengelegt wird.¹³³ Anders liegt es auch, wenn der Rechtsverkehr kein Interesse an der Identität des Vertragsgegners hat, etwa im Fall von Handeln unter fremdem Namen¹³⁴ – oder durch einen anderen Vertragsgegner sogar bessergestellt wird. Ersterer Aspekt wird für „Bargeschäfte des täglichen Lebens“ angenommen. Hier soll der am, wenngleich verdeckten, Einsatz eines Stellvertreters wirtschaftlich Interessierte auch eine rechtliche Position direkt erwerben, ohne Durchgangserwerb beim verdeckten Stellvertreter. Zweiter Aspekt, der des „besseren“ Vertragspartners, gilt insbesondere beim unten noch ausführlich zu analysierenden unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft – hier sind die Umstände des konkreten Einzelfalls maßgeblich, die nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung von Willenserklärungen zu behandeln sind und sich insbesondere nach dem objektiven Empfängerhorizont bemessen.¹³⁵

2. Weitere Modi der Stellvertretung

a) Rechtserhebliche Handlungen nicht rechtsgeschäftlicher Art

Auch bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen ist Stellvertretung möglich.¹³⁶ Sie sind Erklärungen, die auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtet sind, was eine Stellvertretung nicht ausschließen soll. Diese Sicht stimmt mit dem hier zu Grunde liegenden Konzept von Zurechnung als Rechtsoperation überein: Tatsachen sind nicht zurechenbar, nur Rechte und Pflichten sind es. So können im Wege analoger Anwendung der Vorschriften über die Stellvertretung zwar nicht die Tatsachen selbst, jedoch die an die Tatsachen geknüpften Rechtsfolgen, die kraft Gesetzes eintreten, auf den Geschäftsherren umgeleitet werden. Dabei verbietet sich freilich eine schematische Anwendung, es soll von der Eigenheit jeder rechtsgeschäftlichen Handlung abhängen, ob sie den Vorschriften über Willenserklärungen zugänglich ist.¹³⁷ Bei Realakten, die nicht auf einer Willenserklärung basieren, soll dies nur mit noch größerer Zurückhaltung möglich sein. Die Abgrenzung zwischen rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen, die auf einer Erklärung beruhen, und Realakten, die nur auf einer Willensbetätigung beruhen, vermag allerdings nicht ganz zu überzeugen, da auch durch Realakte für den Rechtsverkehr hinreichend klar vom gestalterischen Umfang der Privatautonomie Gebrauch gemacht werden kann und die Figur konkludenter Erklärungen anerkannt ist. Die generelle Zurückhaltung bei Realakten geht also am

¹³³ Staudinger/Schilken, 2019, vor § 164, Rn. 51.

¹³⁴ Dazu MüKo-BGB/Schubert, § 164, Rn. 149f.

¹³⁵ BGH NJW 2008, 1214, Rn. 11; BGH NJW 2000, 2984; BGH NJW-RR 1995, 991; BGH NJW 1995, 43, 44; BGH NJW 1975, 1166; sowie OLG Frankfurt GmbHR 1993, 158; OLG Hamm NJW-RR 1995, 350, 351; OLG Köln WM 2003, 1714.

¹³⁶ Grüneberg/Ellenberger, vor § 164 Rn. 3.

¹³⁷ Grüneberg/Ellenberger, vor § 104 Rn. 6f.

Kern des Interessenkonflikts bei der Stellvertretung vorbei, der die Pole private Legitimierung und Verkehrsschutz vereinigen soll. Geboten ist vielmehr eine offene Einzelfallbetrachtung an der Leitfrage, ob auf privatautonome Gestaltung abgezielt wurde.

Im weiteren Sinne als rechtserhebliche Handlungen im Interesse eines anderen können auch die Fälle von § 311 Abs. 3 BGB eingeordnet werden. Wird besonderes Vertrauen durch einen Dritten beansprucht und dadurch die Vertragsverhandlung beeinflusst, so liegt außerhalb vertraglicher Abreden ein Fall faktischer Interessenvertretung vor. Die negativen Folgen können beide Seiten des Vertrages treffen, in Abhängigkeit davon, zu wessen Nutzen und Lasten der Dritte tätig wird.

b) Mittelbare Stellvertretung

Mittelbare Stellvertretung ist jedes Handeln im wirtschaftlichen oder ideellen Interesse eines anderen, welches keine unmittelbare Fremdwirkung entfaltet, sondern den anderen als Geschäftsherrn nur im Innenverhältnis berechtigt und verpflichtet.¹³⁸ Eine unmittelbare Verpflichtung und Berechtigung aus dem Vertretergeschäft kann der Geschäftsherr nicht erlangen, da dies selbst bei Vorliegen einer dinglichen Einwilligung nach § 185 BGB immer noch zu einem verbotenen Vertrag zu Lasten Dritter führen würde; eine Verpflichtungsermächtigung soll wegen des Offenkundigkeitsgrundsatzes gerade ausgeschlossen sein.¹³⁹ Eine Mitverpflichtung des Geschäftsherrn im Wege des Schuldbeitritts scheint letztendlich im Offenkundigkeitsprinzip aufzugehen, da die komplementären vertraglichen Elemente einer Drittberechtigung wohl stets genügend Hinweise auf ein fremdbezogenes Handeln liefern werden.¹⁴⁰

Der Geschäftsherr kann durch die mittelbare Stellvertretung Anonymität gewinnen, trägt freilich das Insolvenzrisiko des mittelbaren Stellvertreters. Diese Risikolage führt gegenüber den vertraglichen Abreden über die unmittelbare Stellvertretung zu einer erheblichen Komplexitätssteigerung gerade im Außenverhältnis.¹⁴¹ Typische Instrumente zur Sicherung des Geschäftsherrn sind die Vorausabtretung oder vorweggenommene Einigung mit antizipiertem Besitzkonstitut.¹⁴²

Insbesondere Treuhänder sind mittelbare Stellvertreter des Geschäftsherrn, ebenso auch ein Strohmann, wobei die Grundsätze zur Umgehung gesetzlicher

¹³⁸ Hager, AcP 180 (1980), 239; Schwark, JuS 1980, 277.

¹³⁹ Grüneberg/Grüneberg, Einf. v. § 328 Rn.10; Staudinger/Klumpp, 2020, Vor § 328, Rn.72.

¹⁴⁰ Vgl. Martens, AcP 177 (1977), 113, 149ff.; Peters, AcP 171 (1971), 234, 242, 248; Medicus/Petersen, BürgerlR Rn. 29.

¹⁴¹ Am Beispiel von Treuhandabreden Grundmann, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 296 ff.

¹⁴² Grüneberg/Ellenberger, Einf. v. 164 Rn. 6.

Verbote zur Nichtigkeit des Geschäfts des Vordermanns führen können.¹⁴³ Treuhandkonstellationen sind gerade im Unternehmensrecht, zumal in der Unternehmensfinanzierung und im Konzernrecht sehr häufig. Das HGB greift Sonderkonstellationen auf, das Kommissionsgeschäft §§ 383 ff. HGB und das Speditionsgeschäft §§ 353 ff. HGB, und löst darin einige zentrale Interessenkonflikte zwischen Geschäftsherren, mittelbarem Stellvertreter und Drittem.¹⁴⁴

V. Zusammenfassung für das Recht der Willenserklärungen

Selbst im Recht der Willenserklärungen kann die Privatautonomie nicht absolute Geltung in Zurechnungsfragen beanspruchen. Zum tatsächlichen Willen konträre Ergebnisse werden dem Rechtsträger unter Fahrlässigkeitsgesichtspunkten zugerechnet, wenn der Vertretene hätte erkennen können, dass er den objektiven Rechtsschein einer Willenserklärung setzt. Gleiches gilt für die Institute der Rechtsscheinvollmacht. Der Verkehrsschutz ist allerdings diesem Fahrlässigkeitsmoment, mithin einem ethischen Urteil, untergeordnet, die Privatautonomie wirkt auch hier noch als Ordnungspol. Denn das Vertrauen des Rechtsverkehrs muss berechtigt gewesen sein.¹⁴⁵ Relevant sind hier insbesondere die Fallgruppen des offenkundigen Missbrauchs der Vertretungsmacht.¹⁴⁶ Kehrt man die Perspektive der Betrachtung um, steht freilich auch hinter dem Verkehrsschutzgedanken die Idee der Privatautonomie – des Gegenübers des Erklärenden, das auf Grund der erkennbaren Umstände handeln darf.

Es lässt sich hier auch der Grundsatz erkennen, dass keine Nachforschungen hinter den Kulissen des objektiv Erkennbaren erforderlich sind, eine Art Vertrauen auf die Richtigkeit der evidenten Informationen im Rechtsverkehr geschützt wird, wobei ein konkretisierter, objektiver Empfängerhorizont angesetzt wird. Dieser Vertrauensschutz bezieht sich nur auf niedrigkomplexe Tatbestände, wie das Vorliegen einer Willenserklärung an sich. Für den genauen Inhalt der Willenserklärungen mögen hingegen spezifische Aufklärungspflichten bestehen, deren Verletzung allgemein nach § 123 BGB mit der Anfechtung sanktionierbar ist, oder gar unternehmensrechtlich unter die Prospekthaftung fällt.¹⁴⁷

Die rein binäre Bestimmung des Gehalts und der Zuordnung von Willenserklärungen, zwischen Privatautonomie und Verkehrsschutz,¹⁴⁸ ist auf die Meta-Ebene von Ethik, indes auch Ökonomik zu erden. Gerade letztere Methode ermöglicht es, wenngleich unter axiomatischen Voraussetzungen, eine an

¹⁴³ Grüneberg/*Ellenberger*, Einf. v. § 164 Rn. 8.

¹⁴⁴ Näher zur Pflichtenstruktur *Grundmann*, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 133 ff.

¹⁴⁵ Grundlegend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 503 ff.

¹⁴⁶ Vgl. m. w. N. zur Rechtsprechung *Grüneberg/Ellenberger*, § 164 Rn. 14.

¹⁴⁷ Zur Prospekthaftung noch unten, Kapitel 3., D., II.

¹⁴⁸ Vgl. auch *MüKo BGB/Schubert*, § 164 Rn. 19.

Transaktionskostengesichtspunkten ausgerichtete Rationalität des Rechts der Willenserklärungen nachzuzeichnen. Hier liegt zugleich auch die theoretische Begründung der Privatrechtsgesellschaft im Europäischen Binnenmarkt. Die praktische Relevanz der ökonomischen Analyse im Recht der Willenserklärungen bleibt freilich, ebenso wie die der ethischen Argumentation, überschaubar, häufig hinter den beiden Topoi von Autonomie und Verkehrsschutz verborgen.

Nichtsdestotrotz ist der ethische Verantwortungsgedanke letztendlich stärkster Zurechnungsgrund im System der Willenserklärungen – dies folgt schon aus dem Umstand, dass Schweigen allgemein als Nullum behandelt wird, und Unterlassen nur in Ausnahmefällen zur Duldungsvollmacht führt (bei Erkennbarkeit derselben, und sofern der andere Teil nichts vom Fehlen einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht wusste). Zentral ist auch die Wertung, dass Belastungen die Zustimmung des Rechtsträgers erfordern, da ansonsten ein verbotener Vertrag zu Lasten Dritter vorliegt (wohl meist über das Scharnier von § 138 BGB). Der Befund, dass der Vertrag das wichtigste Ordnungsinstrument des Binnenmarkts ist, und die Zuordnung von Positionen durch Gesetz die Ausnahme, wird sich im weiteren Verlauf der Analyse bestätigen und kann im hier vertretenen Konzept von Zurechnung als Grundrechtseingriff mit einem Legitimitätsfilter erfasst werden.

B. Haftungsrecht

I. Begriff und Abgrenzung des Haftungsrechts

Das Haftungsrecht beinhaltet die Zuweisung der Pflicht zum Ausgleich von Schäden, kehrseitig des Anspruchs auf Schadensersatz, wobei grundsätzliche Unterschiede zwischen vertraglicher Haftung, mit der Grundnorm von § 280 BGB, und deliktischer Haftung, mit der Grundnorm von § 823 BGB, liegen. Das Haftungsrecht spielt offensichtlich eine zentrale Rolle im Unternehmensrecht.¹⁴⁹ Während im außervertraglichen Bereich das „negative“ Integritätsinteresse im Vordergrund steht, betrifft die vertragliche Haftung darüber hinaus auch das „positive“ Erfüllungsinteresse und geht damit über eine Konservierung des Status Quo hinaus, indem es auch konkretisierte Expektanz als entgangenen Gewinn schützt.¹⁵⁰ Vertragliches und deliktisches Haftungsrecht münden beide im Regime der §§ 249–255 BGB, welches den Umfang der Scha-

¹⁴⁹ Beispielhaft ist etwa der „VW-Skandal“: *Gutzeit*, JuS 2019, 649, 655; *Armbrüster*, ZIP 2019, 837; insbesondere zur verhaltenssteuernden Funktion des Haftungsrechts grundlegend, *Calabresi/Melamed*, Harvard Law Review 85 (1972), 1089; *Kötz*, FS Steindorff, 1990, S. 643; *Arlen/Kraakmann*, NYU Law Review, Vol. 72, No. 1 (1997), 687; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 159 ff.; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352; *MüKo-BGB/Wagner*, 8. Aufl. 2020, Vor. § 823 Rn. 45 ff.

¹⁵⁰ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, 2019, § 33 Rn. 817 ff., insb. Rn. 822

denersatzpflicht bestimmt und – wenn auch nur in „Assistentenrolle“¹⁵¹ – die systematische Klammer für das Haftungsrecht bildet.¹⁵² Das Haftungsrecht ist trotz dieses gemeinsamen Endpunkts bei weitem nicht einheitlich kodifiziert oder durchbildet, es soll umgekehrt für die Anwendung der §§ 249–255 BGB entscheidend auf die jeweilige Haftungsbegründung ankommen,¹⁵³ insbesondere lassen sich verschiedene Argumentationsschwerpunkte für den jeweiligen Haftungsgrund finden. Zentral ist freilich das Konzept von Zurechnung durch „Vertretenmüssen“, § 276 BGB.¹⁵⁴

Eine Konsolidierung des Systems des Haftungsrechts ist allerdings gerade angesichts neuer technologischer und organisatorischer Erscheinungen erforderlich, indem etwa allgemeine Zentralmerkmale geschärft werden, wie insbesondere der Begriff der Pflichtverletzung und – in dieser Arbeit gegenständlich – die Zurechnung. Freilich ist gerade auf den Gebieten neuer Technologien der europäische Gesetzgeber besonders aktiv, weshalb das nationale Haftungssystem gerade dort zunehmend überformt wird und europäische Wertungen Einfluss gewinnen.¹⁵⁵ Diese Bewegung gewinnt freilich erst an Dynamik, zuletzt insbesondere im Bereich künstlicher Intelligenz, und ist bislang noch nicht abschließend erfassbar,¹⁵⁶ zudem reicht die europäische Harmonisierung bislang nicht unmittelbar bis in den Funktionskern der nationalen Haftungsregime, sondern baut hier unter dem Vorzeichen des Effektivitätsgrundsatzes auf einem Nebeneinander nationaler Lösungen auf.¹⁵⁷ So gibt das Europäische Recht ein Haftungsziel vor, den nationalen Haftungsregimen bleibt die effektive Umsetzung nach den jeweils überlieferten Bedingungen überlassen.¹⁵⁸ Bei Konflikten mit den Effektivitätsvorgaben des Europarechts muss das nationale Recht freilich zurücktreten, wie diese Arbeit insbesondere am Beispiel des Trennungsprinzips zeigen soll. Abseits der europarechtlichen Einflüsse sind für die Ansätze der Systembildung unter dem Eindruck des *law and economics approach* ökonomische und verhaltenssteuernde Aspekte maßgeblich, welche die Funkti-

¹⁵¹ Esser/Schmidt, SchuldR AT II § 30 II vor 1, S. 169.

¹⁵² MüKo-BGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 2; Staudinger/Schiemann, 2021, Vorb. zu §§ 249–254 Rn. 4f.

¹⁵³ MüKo-BGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 1.

¹⁵⁴ MüKo-BGB/Grundmann, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 1–3, 10f.

¹⁵⁵ Dies ist in besonderen Gebieten des Unternehmensrechts schon längst der Fall, insbesondere im Wettbewerbsrecht, dazu unten Kapitel 3., C., III., 2.

¹⁵⁶ Zum Stand der Diskussion um die Regulierung von KI vgl. Hacker, NJW 2020, 2142; zur KI-VO etwa Spiecker gen. Döhm, NVwZ 2021, 1188; Spindler, CR 2021, 361.

¹⁵⁷ Siehe noch ausführlich unten Kapitel 4., C., I.

¹⁵⁸ Paradigmatisch für diese Komplementarität von Europäischen Zielvorgaben und nationalem Umsetzungsspielraum ist die Produkthaftungsrichtlinie, dazu noch unten, Kapitel 3., B., II. 2.; auch bei EU-Verordnungen regelt der EU-Gesetzgeber lediglich das Haftungsziel und einzelne Haftungsbedingungen, nicht allerdings alle Haftungsmodalitäten, wie etwa aus der Analyse der Prospekthaftung oder des Insiderhandelsrechts hervorgeht, dazu noch unten Kapitel 3., D., II. und III.

on des Haftungsrechts insgesamt determinieren sollen. Wegen dieser starken Meta-Diskussion soll, anders als in den übrigen Rechtsgebieten, der spezifisch ökonomische Diskurs der Analyse der positiven Normen vorangestellt werden (dazu sogleich unter III.).

II. Mehrpersonenverhältnisse im Haftungsrecht

Das Haftungsrecht ist schon seit jeher mit dem Problem der Haftungszuweisung in Mehrpersonenverhältnissen konfrontiert, nicht zuletzt wohl, weil es erga omnes wirkt. Beherrscht wird das Haftungsrecht in diesem Belang vom nicht kodifizierten Grundsatz des Trennungsprinzips, das freilich mehrere Relativierungen erfährt. Zur Illustration kann ein Laiensatz herangezogen werden, der genauso weit verbreitet ist, wie er auch falsch ist: „Eltern haften für ihre Kinder“ – ein Blick in § 832 BGB, der die „Haftung des Aufsichtspflichtigen“ regelt, zeigt, dass es sich um eine Haftung der Eltern für *eigene* Aufsichtspflichtverletzungen handelt (Abs. 1 S. 2). Eltern haften also nicht für ihre Kinder, sondern für sich selbst. Die Regelung verschlüsselt paradigmatisch die Relativität des Trennungsgedankens im Haftungsrecht.¹⁵⁹ Richtig ist, wie *Canaris* feststellt: „Für Dritte ist grundsätzlich nicht einzustehen“.¹⁶⁰ Dies gilt insbesondere im Unternehmensrecht. Wie allerdings § 832 BGB zeigt, kann das Haftungsrecht durch spezielle Normen eine Zurechnung der Haftpflicht anordnen – die im Falle des § 832 BGB erst vermittelt über das weitere Tatbestandsmerkmal der *eigenen* Aufsichtspflichtverletzung wirkt. Neben § 832 BGB, der im unternehmensrechtlichen Kontext nicht zentral ist, kennt das BGB mehrere Zurechnungsnormen, anhand derer die haftungsrechtliche Zurechnungslogik gerade beim Einsatz von Hilfspersonen und in Zusammenhang mit Arbeitsteilung und Organisation untersucht werden kann: dies sind, neben der speziell gesellschaftsrechtlichen Norm des § 31 BGB, § 278 BGB für den Einsatz von Erfüllungsgehilfen, § 830 BGB für Mittäter und Beteiligte und § 831 BGB für den Einsatz von Verrichtungsgehilfen. Neben den ausdrücklichen Zurechnungsnormen spielt die Zuordnung eigener Verantwortung, in Form von Sorgfaltspflichten, allerdings eine zentrale Rolle im Unternehmensrecht. In der Herausbildung von Sorgfalts- und Organisationspflichten kann ein zentrales Leitmotiv negativer Zurechnung im Unternehmensrecht, samt seiner Implikationen im geistigen Eigentum, überhaupt gesehen werden.¹⁶¹ Dabei ist insbesondere vom Grundsatz auszugehen, dass künstliche Rechtsträger, gleich ob juristische

¹⁵⁹ Zum konzernrechtlichen Trennungsprinzip im Einzelnen noch unten, Kapitel 3., C., II.

¹⁶⁰ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468; dazu auch *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 77 ff.; siehe für die Figur des Repräsentanten, *Lehmann*, r+s 2019, 361.

¹⁶¹ Dazu ausführlich unten Kapitel 3., E., III., 2.

Person oder Personengesellschaften, wie natürliche Personen zu behandeln sind.¹⁶² Insbesondere sind sie deshalb auch selbst deliktsfähig, können also sowohl mittelbare als auch unmittelbare Verletzungshandlungen und Unterlassungen begehen.¹⁶³

III. Ökonomik als monistisches Zurechnungsprinzip?

Die der ökonomischen Analyse des Rechts zu Grunde liegende Intention ist es, Rechtslösungen ökonomischen Erkenntnissen anzugleichen, was sich zwingend auch auf Zurechnungsfragen auswirken muss.

1. Grunderwägungen

Die normzentrierte Betrachtung könnte gerade im Haftungsrecht von einer teleologisch-interdisziplinären abgelöst werden – so könnte das gesamte Haftungsrechts so zu lesen sein, dass es den Rechtsgüterschutz und die Vertragserfüllung optimieren wollte.¹⁶⁴ Die dem Haftungsrecht mit diesem Ziel vielfach zugeschriebene verhaltenssteuernde Wirkung ist Hauptanwendungsfall der ökonomischen Analyse des Privatrechts,¹⁶⁵ die hier, wie wohl üblich, weitestgehend synonym mit *law and economics* verstanden sein soll.¹⁶⁶ Die Grunderwägung der ökonomischen Analyse des Haftungsrechts lautet stark komprimiert wie folgt: um die Haftungssanktion an sich und damit verbundene Reputationsschäden zu vermeiden, seien Unternehmen um Vertragstreue und Rechtsgüterschutz bestrebt.¹⁶⁷ Die Wirksamkeit der Vertragstreue und des Rechtsgüterschutzes hänge im Wesentlichen von einem Mischkalkül aus Vermeidungskosten, Haftungswahrscheinlichkeit, Haftungshöhe und Nutzenziehung aus Rechtsbruch ab.¹⁶⁸ Aus diesem Kalkül lasse sich etwa auch der Begriff der Fahrlässigkeit konkretisieren, wonach fahrlässig nur handeln soll, wer Sicherungsmaßnahmen unterlässt, deren Aufwand geringer ist als die eingetretenen Schäden.¹⁶⁹

¹⁶² Vgl. *Schmidt*, Karlsruher Forum, 1993, S. 4, 7f.; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 238ff., 240; MüKo-BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 128.

¹⁶³ M.w.N. *Schirmer*, Das Körperschaftsdelikt, 2015, S. 58f.

¹⁶⁴ Zur Institutionenökonomik noch eingehend unten, Kapitel 3, B., I., 2., b.

¹⁶⁵ Vgl. bereits die Nachweise hierzu in Fn. 114, Kapitel 1.

¹⁶⁶ Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014; *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 6. Aufl. 2016; vgl. auch *Grundmann*, *RabelsZ* 2022, i. E.

¹⁶⁷ Zur Steuerungswirkung negativer Reputation *Klöhn/Schmolke*, *NZG* 2015, 689.

¹⁶⁸ Musterhaft in ihrer Komplexität, mit umfangreichen Rechenwegen *Arlen/Kraakmann*, *NYU Law Review*, Vol. 72, No. 1 (1997), 687; kritisch zur Assimilation der Ökonomik mit den Naturwissenschaften, *Aldred*, *Licence to be Bad*, 2019, S. 9

¹⁶⁹ *Adams*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, 1985, S. 165, 167. Ausführlich zur ökonomischen Analyse des Schadensrechts *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, Teil II, insbes. S. 161–200.

Die ökonomische Analyse des Haftungsrechts ist methodisch klar deklariert und wartet zur Unterfütterung ihrer Argumente mit quasi-mathematischen Formeln auf.¹⁷⁰ Auch die Finalität, nämlich die Steigerung der Gesamtwohlfahrt („total welfare“), als Ergebnis eines Kosten-Nutzen-Kalküls und damit auch Maßstab für Normen, Institutionen und Praktiken,¹⁷¹ ist wohl unumschränkt konsensfähig, was die Anschlussfähigkeit des ökonomischen Diskurses befördert. Stark vereinfachend ist die ökonomische Analyse darauf angelegt, den Zustand höchster Gesamteffizienz zu erreichen, wobei vier Axiome maßgeblich sind: Bestmögliche Bedürfnisbefriedigung trotz Güterknappheit (auf Grund einer Grenzkosten- und Grenznutzenanalyse)¹⁷², vollständig funktionierender Wettbewerb, rationale, eigennutzenmaximierende Akteure (sog. REMM-Hypothese), das Fehlen von Transaktionskosten und vollständige Information der Marktakteure.¹⁷³ Speziell auf das Haftungsrecht übertragen, müssen dessen Regelungen die Verkehrsteilnehmer dazu bewegen, schädigende Handlungen zu unterlassen, freilich nur soweit der Schaden größer ist als der Nutzen der schädigenden Handlung.¹⁷⁴ Dabei sind auch die Kosten der Sicherungsmaßnahmen beim potentiell Geschädigten mit einzubeziehen.¹⁷⁵ Nach der *Learned-Hand*-Formel muss derjenige, der die geringsten Kosten zur Vermeidung des Schadens hat (sog. „cheapest cost avoider“), diese auch aufwenden. Die Zulässigkeit von Aktivitäten soll sich danach orientieren, ob sie insgesamt Nutzen bringt – anderenfalls muss sie unterbleiben.¹⁷⁶ Hieraus wird die verhaltenssteuernde Funktion des Haftungsrechts abgeleitet.¹⁷⁷

¹⁷⁰ Vgl. die Nachweise in Fn. 168, Kapitel 2.

¹⁷¹ Zur Zielvorgabe der Gesamtwohlfahrt (total welfare), vgl. etwa *Kronman/Posner*, *The Economics of Contract Law*, 1979, Einleitung S. 1–2; *Posner*, 2(1) *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy* 85–106 (1985). Umverteilung wird als unerheblich für diese Gleichung gesehen, etwa: *Hirshleifer*, *Price Theory and Applications*, 1976, S. 287; *Williamson*, 56 *American Econ. Rev.* 810–827, bes. 813 (1966) („society is indifferent to the income redistribution“); *Gómez-Pomar*, in: Grundmann (Hrsg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, 2008, S. 215–240, bes. 228–236; *Kaplow/Shavell*, 23 *The Journal of Legal Studies* 667–681 (1994); dazu *Grundmann*, in: Grundmann/Micklitz/Renner, *Privatrechtstheorie*, 2015, 11. Kapitel.

¹⁷² Zur Grenzkosten- und -nutzenanalyse *Brown*, 2 *Journal of Legal Studies* 323–347 (1973).

¹⁷³ Dazu *Towfigh*, in: *Towfigh/Petersen* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Aufl. 2017, S. 25–82; *Schmolke*, *Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht*, 2014, S. 107–152. Insbesondere zur REMM-Hypothese *Brunner/Meckling*, *JCMB* 3 (1977), 70–85, 71.

¹⁷⁴ Grundlegend hier *Coase*, am Beispiel des Betriebs von Eisenbahnen, *Journal of Law and Economics* 1960, 1–44; erweiternd *Calabresi*, *Yale Law Journal* 1961, 499–533.

¹⁷⁵ *Kötz*, *NZV* 1992, 219f.; Überblick etwa bei *Staudinger/Hager*, Neubarbeitung 2017, Vorb. §§ 823 ff. *BGB* Rn. 14.

¹⁷⁶ Vgl. die Darstellung bei *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl. 2020, S. 254 ff.

¹⁷⁷ Dazu bereits die Nachweise in Fn. 114, Kapitel 1.

2. Kritik

Dieser Gleichungsansatz steht freilich aus mehreren Gründen in Frage, zunächst da die Rechenwege und Berechnungsgrundlagen gerade in komplexen Prozessen des Unternehmensrechts unklar sind.¹⁷⁸ Selbst mit Big Data lassen sich komplexe Haftungssituationen noch nicht hinreichend genau modellieren – denn entweder man modelliert das gesamte Unternehmenssystem, und dann auch zwingend darin die Modellierung desselben, oder jeder Ausschnitt ist unzureichend. Durchaus kritisierbares Axiom der ökonomischen Analyse des Rechts ist, neben dem unrealistischen Maßstab eines allwissenden, objektiven Betrachters, insbesondere die Unterstellung einer absoluten Opportunismeneigung der Akteure.¹⁷⁹ Einwenden lässt sich auch, dass das Transaktionskostenmodell von atomisierten Marktteilnehmern ohne persönliche Beziehungen belebt wird und persönliche Spezifika einer Transaktion, etwa private Bindungen und emotionale Präferenzen, die sich etwa auf das konkrete „*Opportunitätsrisiko*“ auswirken, ausgeklammert werden.¹⁸⁰ Daneben treten erhebliche Verzerrungen durch die Überlagerung der persönlichen Haftpflicht durch Systeme sozialer und privater Versicherung hinzu, da die Verhaltenssteuerung nur noch sehr vermittelt über die Prämienhöhe wirken kann, wenn nicht grobes Verschulden die Versicherung doch zum Regress berechtigt. Daher ist es auch konsequent und nicht überraschend, dass Schadensersatzhaftung nicht das zentrale privatrechtliche Steuerungsinstrument des Gesetzgebers ist, wie zuletzt etwa der ausdrückliche Haftungsverzicht im Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz zeigt.¹⁸¹

3. Ethik als traditionelle Hauptbegründung des Haftungsrechts

Letztlich spricht im Rahmen einer dogmatischen Arbeit gegen einen Alleingültigkeitsanspruch der ökonomischen Analyse des Rechts entscheidend die historisch-traditionelle Begründung des Haftungsrechts – mit Verantwortlichkeit. Im Haftungsrecht spielt sich einer der ausgeprägtesten Ethik-Diskurse überhaupt ab, da „Verantwortung“ aus dem rechtspolitischen Diskurs häufig als

¹⁷⁸ Dazu die Kritik von Staudinger/Hager, 18. Auflage 2020, Vorb. §§ 823 ff. Rn. 15 ff.

¹⁷⁹ Zu den verschiedenen Entscheidungstheorien vgl. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 29 ff.

¹⁸⁰ Kritisch Granovetter, Journal of Economic Perspectives – Vol. 19, No. 1, Winter 2005, 33.; vgl. zur Bedeutung der personellen Zusammensetzung von Kooperationsgruppen für die Gesellschaftsstruktur, Hansmann, Journal of Law, Economics, and Organization vol. 4, no. 2 Fall 1988, 267; zum Unternehmenssoziologischen Ansatz, Renner, AcP 213 (2013), 677, 691 f.; nochmals Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 29 ff. (§ 3); s. zur Kontroverse um den Platz der Ökonomie im Recht auch Mestmäcker, A Legal Theory without Law, 2007.

¹⁸¹ Zu diesem noch ausführlich unten, Kapitel 3., B., III.

Haftung ins Recht übersetzt wird.¹⁸² Haftung folgt zweifelsohne wesentlich aus Verantwortung. *Deutsch* verwendet diesen Terminus direkt, ausdrücklich moralisch-ethisch geprägt,¹⁸³ unter dem starken Eindruck *Hegels*, so, wie es auch *Larenz* tut.¹⁸⁴ Eine ethische Begründung der Haftungsverantwortung bleibt im heutigen dogmatischen Diskurs auch weiter prägend;¹⁸⁵ sie geht von der Prämisse der Willensfreiheit der Rechtssubjekte aus, welche sie befähigt, sich für oder gegen die Verhaltensanforderungen des Rechts zu entscheiden.¹⁸⁶ Auch für das „Vertretenmüssen“, als Kerntatbestandsmerkmal der Haftung unter § 276 BGB, bleibt das Verschulden die Regelform.¹⁸⁷

Das Privatrecht geht für die Haftungs begründung, wie das Strafrecht, von der Äquivalenztheorie aus, welche die *condicio-sine-qua-non*-Formel überformt.¹⁸⁸ Demnach ist eine Ursache nur dann rechtlich relevant, wenn sie aus der Perspektive eines optimalen Beobachters *ex ante* die Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts nicht unerheblich erhöht hat.¹⁸⁹ Die Äquivalenz-Formel ist durch die Unbestimmtheit des Wahrscheinlichkeitsbegriffs per se normativ aufgeladen. Die Entwicklung ethisch-normativer Zurechnungselemente war im Privatrecht gerade deshalb von herausragender Bedeutung, weil das *Verschulden* – anders als im Strafrecht – als Korrektiv insbesondere bei der Gefährdungshaftung und in Bezug auf die haftungsausfüllende Kausalität ausscheidet.¹⁹⁰ Die ethischen Grundlagen der heutigen privatrechtlichen Haftungskonzeption wirken unmittelbar in der Äquivalenztheorie und füllen den normativ ausdeutbaren Raum. Ein Exklusivitätsanspruch besteht dabei freilich ebenso wenig wie für rein ökonomische Wertungen; vielmehr spricht einiges dafür, die

¹⁸² *Di Fabio*, JZ 2020; *Eller*, RW 2019, 5.

¹⁸³ *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 64; *ders.*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 59; *ders.* VersR 1988, 1197.

¹⁸⁴ Vgl. etwa *Larenz*, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, 1927, S. 61 ff., 72: knapper *ders.* NJW 1955, 1009.

¹⁸⁵ Dazu *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 468; *ders.*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, S. 57; *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 890; *ders.*, FS Honig, 1970 S. 33, 34; *ders.*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2. Aufl. 1995, S. 64; *Larenz*, Schuldrecht I, § 20 I, S. 276; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, § 10 Rn. 16; mit eher deterministischem Ansatz *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1934, S. 96; zuletzt auch *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 103. A. A. *E. Schmidt*, FS Esser, 1975, S. 139 ff., der eine ethische Dimension bestreitet; mit umfassenden historischen Referenzen auf Zurechnungssysteme jenseits individueller Verantwortung *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 104 ff.

¹⁸⁶ Vgl. *Larenz*, NJW 1955, 1009, 1011; BGHSt (GS) 2, 194, 200; *Henkel*, FS Larenz 1970, S. 3.

¹⁸⁷ Dazu MüKo-BGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 6–8; zum besonderen rechts-ethischen Gewicht des Vertretenmüssens *ders.*, in: FS Schwark, 2009, 21–40.

¹⁸⁸ Etwa *Soergel/Mertens*, BGB, 12. Aufl. 1999, Vorb. zu § 249 Rdnr. 117; Für *Mayer*, Das Akzept, 1918, S. 22 ff., war etwa noch das Veranlasserprinzip alleine hinreichend.

¹⁸⁹ BGH NJW 2021, 925, 927; BGH NJW 2019, 1809, 1810; *Grüneberg/Sprau*, 81. Aufl. 2022, Einführung vor § 823 Rn. 3.

¹⁹⁰ Zur historischen Entwicklungslinie *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 128 ff.

ökonomischen Wertungen im Blick zu behalten, um weitgehend konsensfähige Lösungen zu entwickeln, welche das Vertrauen der Allgemeinheit in das Recht stärken.¹⁹¹ Die folgende Analyse spezieller Zurechnungsnormen für Mehrpersonenverhältnisse sowie der zu diesen komplementären Dogmatik der Organisationspflichten wird zeigen, dass deren Anwendung sehr wohl um einen Ausgleich der beiden Ordnungen, Ethik und Ökonomik, unter starker Rückbindung an die Grundsäule der Privatautonomie, bemüht ist.¹⁹²

IV. Zentrale Zurechnungsnormen

Im Folgenden sind die zentralen Zurechnungsnormen des Haftungsrechts in Mehrpersonenkonstellationen zu untersuchen.

1. Reihenfolge der Untersuchung

Die Analyse von Haftungsfragen im arbeitsteiligen Kontext muss von § 278 BGB ausgehen, denn diese Norm bildet die Arbeitsteilung auf Grundlage eines Schuldverhältnisses ab; § 831 BGB folgt in dieser Logik, da dort Arbeitsteilung mit engerer Bindung an den Prinzipal als bei § 278 BGB zu Grunde liegt, und noch enger, nämlich in einem organisatorisch-gesellschaftsrechtlichen Kontext, bei § 31 BGB.¹⁹³ In dieser Sicht sind die Zurechnungsnormen von Peripherie bis Kern der Unternehmenssphäre in einem dreigliedrigen Spektrum verteilt und unterschiedlich intensiv ausgestaltet. Außerhalb vertraglicher Bindungen zwischen den möglichen Zurechnungsträgern gelten die §§ 830, 840 BGB abschließend. Offenzulegen sind jeweils die Wertungen der Zuweisung von Haftungsfolgen auf einen von mehreren möglichen Rechtsträgern, um die Grundlage für eine rechtsgebietsübergreifende Systematisierung der Haftungszurechnung in unternehmensrechtlichen Mehrpersonenkonstellationen zu legen. Die Untersuchung zu § 278 BGB soll die Analyse der weiteren Zurechnungsvorschriften vorbereiten und ist daher am ausführlichsten.

2. § 278 BGB

a) Anwendungsbereich und Wirkung

§ 278 BGB ist eine Zurechnungsnorm im Rahmen bestehender Schuldverhältnisse und bildet eine Ausnahme vom Verschuldensprinzip des § 276 Abs. S. 1 BGB ab, indem sie den Schuldner auch ohne dessen eigenes Verschulden für das

¹⁹¹ Zur Bedeutung der Konsensfähigkeit für das Rechtssystem, *Luhmann*, Recht und Gesellschaft, 1993, S. 146f.

¹⁹² Dazu auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 43 ff.

¹⁹³ Zur Systematik auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 133 ff.

Verhalten seines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen haften lässt.¹⁹⁴ Sein Gläubiger erhält dadurch neben dem unmittelbar haftenden Erfüllungsgehilfen einen zweiten Anspruchsgegner für seine Integritätsinteressen.¹⁹⁵

Diese dogmatische Ausnahme ist allerdings rechtstatsächlich aufgrund der weit verbreiteten Diffusionserscheinungen von Unternehmen durch Organisation und Arbeitsteilung und der damit einhergehenden vielgestaltigen inner- und überbetrieblichen Aufgabenwahrnehmung praktisch zum Regelfall bei der vertraglichen und vorvertraglichen Haftung geworden.¹⁹⁶ Die Gründe für den Einsatz von Erfüllungsgehilfen sind dabei höchst facettenreich – vom planmäßigen Einsatz bis hin zu von der Auftragslage gebotenen spontanen „Notlösungen“, wobei sowohl der dauerhafte und wiederkehrende Einsatz von Arbeitnehmern erfasst ist als auch die nur punktuelle Beauftragung. Abzugrenzen ist die Zurechnungsnorm vor allem von § 831 BGB, der dann greifen kann, wenn beim Gehilfeneinsatz kein Schuldverhältnis besteht, also zumeist gegenüber Dritten, die nicht an den arbeitsteilig ablaufenden Prozessen beteiligt sind. Anders als § 831 BGB handelt es sich bei § 278 BGB um eine strikte Haftung ohne Entlastungsmöglichkeit; auf ein *konkretes* Überwachungs- und Auswahlverschulden kommt es nicht an, womit ein Anwendungsfall des *respondeat superior* vorliegt.¹⁹⁷ Eine wesentliche Erweiterung hat die Norm dadurch erfahren, dass sie auch auf vorvertragliche Schuldverhältnisse angewendet wird, und damit den Anwendungsbereich der speziellen Vorschriften von §§ 31 und 831 BGB bescheidet.¹⁹⁸

b) Zu Grunde liegende Wertungen

Die Gründe für die strikte Zurechnung unter § 278 BGB sind in Literatur und Rechtsprechung vorwiegend binär erfasst, entsprechend den beiden oben festgestellten dominanten Deutungsebenen des Haftungsrechts, der Ethik und der

¹⁹⁴ Zu den Ausweitungstendenzen des Begriffs vgl. *Bachmann*, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), *Verschuldenshaftung, Aufklärungspflichten, Wissens- und Verhaltenszurechnung bei M&A-Transaktionen*, 2020, S. 129ff.

¹⁹⁵ Dazu MüKo-BGB/*Grundmann*, § 278 Rn. 1f.; *Grüneberg/Grüneberg*, 81. Aufl. 2022, § 278 Rn. 1; Eingehend *Tröger*, *Arbeitsteilung und Vertrag*, 2012, S. 52ff., 149ff.

¹⁹⁶ So auch *Schulze*, in: ders., *BGB*, § 278 Rn. 1; vgl. auch *Denga*, *ZIP* 2020, 945f.

¹⁹⁷ Mit umfassendem rechtshistorischen und vergleichenden Überblick, *Wicke*, *Respondeat Superior*, 2000. Auch „Garantiehftung“, dazu *Bachmann*, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), *Verschuldenshaftung, Aufklärungspflichten, Wissens- und Verhaltenszurechnung bei M&A-Transaktionen*, 2020, S. 126f.

¹⁹⁸ So *von Bar*, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, 1996, Bd. I, Rn. 189: „Hätte es ihn [den Exkulpationsbeweis des § 831 BGB] nicht gegeben, hätte man die [...] Figuren der culpa in contrahendo, der Schutzpflichtverletzung aus Vertrag und des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter niemals in der Weise ausgebaut, wie es dann später geschah“; vgl. auch *Wagner* *JZ* 2004, 319, 328; *ders.* *JZ* 2017, 522, 525.

Ökonomik.¹⁹⁹ Recht vage bleibt die Feststellung, die Zurechnung der durch den Erfüllungsgehilfen bewirkten Rechtsfolgen auf den Geschäftsherren folge aus der Funktion des Erfüllungsgehilfen innerhalb der Rechtsbeziehungen zwischen Geschäftsherr und dessen Gläubigern.²⁰⁰ Die Argumentation kann freilich durch ethische und ökonomische Gründe gestützt werden, die Ausformung der konkreten Tatbestandsanforderungen durch die Gerichte lässt allerdings noch einen weiteren Faktor als eigenständig aufscheinen – den des Willens, der Willkür des Geschäftsherren, letztendlich nichts anderem als seiner Privatautonomie.

aa) Ethik

Die Zuweisung der Haftungsfolge auf einen Rechtsträger nach § 278 BGB soll zunächst auf dem Gedanken beruhen, dass jeder Schuldner *generell* für seinen Geschäfts- und Gefahrenkreis gegenüber seinen Gläubigern verantwortlich ist und dass hierzu konsequenterweise auch die Tätigkeit seiner Hilfspersonen gehört.²⁰¹ Die Gehilfenhaftung wird damit zur Gefährdungshaftung, die Gründe sind klar ethisch gefärbt, wenn von Verantwortung die Rede ist. Mit der absoluten Verantwortungszuweisung für eine Risikosphäre geht auch die Festlegung eines *abstrakten*, typisierten Überwachungs- und Auswahlverschuldens einher – nur so kann *in concreto* das Verschuldenserfordernis irrelevant werden. In dieser Perspektive ist jede Gefährdungshaftung eine abstrakte Verschuldenshaftung.

Neben die Sphärenverantwortlichkeit als solche tritt, dass der Schuldner, der durch den Einsatz der Hilfsperson bei der Leistungserbringung Effizienzvorteile der Arbeitsteilung erlangt, kehrseitig auch die Risiken der Arbeitsteilung tragen und für das Fehlverhalten seiner Hilfskräfte ohne Entlastungsmöglichkeit eintreten soll.²⁰² Der „Risiko-Nutznießungsgedanke“,²⁰³ hier auch als

¹⁹⁹ Vgl. Kapitel 2., B. III.

²⁰⁰ BGHZ 62, 119, 124; BGH NJW 1984, 1748, 1749.

²⁰¹ BGHZ 62, 119, 124; BGHZ 131, 200, 204; dazu auch MüKo-BGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 4; *Köndgen*, FS Roth, 2015, S. 311, 334 f.; *Bachmann*, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), Verschuldenshaftung, Aufklärungspflichten, Wissens- und Verhaltenszurechnung bei M&A-Transaktionen, 2020, S. 142 f.

²⁰² So schon in den Materialien (Motive II S. 30 = Mugdan II, S. 16), wonach „der Schuldner, der sich der Hilfe Dritter bei der Bewirkung der Leistung bedient, im eigenen Interesse und folgeweise auch auf eigene Gefahr handelt“. Darauf rekurrierend etwa BGH, NJW 1996, 451; BGH, NJW 1996, 464, 465; in: Staudinger/*Caspers*, 2019, § 278 Rn. 1; MüKo-BGB/*Grundmann*, 9. Aufl., 2022, § 278 Rn. 3; Erman/*Ulber*, § 278 Rn. 2 f.; *Larenz*, Schuldrecht I, 14. Aufl., 1987, § 20 VIII, S. 297; *Esser/Schmidt*, SchuldR I/2, 8. Aufl., 2000, § 27, S. 94; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2021, § 34 Rn. 47; *Westermann*, JuS 1961, 333; v. *Caemmerer*, FS Hauß, 1978, S. 33 f.; *Wolf*, ZIP 1998, 1657, 1659 f.; *E. Schmidt*, FS Heinrichs, 1998, S. 511, 520 f.

²⁰³ Terminus nach *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 143 ff.

„Lasten-Nutzen-Paradigma“ bezeichnet, geht auf *Ubbelohde* zurück, der bereits 1860 damit einen bedeutsamen Bruch mit den Pandektisten vollzog.²⁰⁴ Hierin ist nunmehr durchaus zunächst ein ethischer Aspekt enthalten,²⁰⁵ der auf die Sozialbindung des Eigentums aus Art. 14 Abs. 2 GG abgestimmt ist, die auch auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anwendbar ist. Gegen die Verantwortungsbegründung aus der Nutzenziehung des Einsatzes von Hilfspersonen spricht auch nicht die Erwägung, dass diese letztendlich in Form günstigerer Preise auch dem Gläubiger zu Gute kommt.²⁰⁶ Denn die Entscheidung für das konkrete Angebot am Markt liegt beim Schuldner – kann er nur durch Einsatz von Hilfspersonen an diesem teilnehmen, so überwiegt der Nutzen des Gehilfeneinsatzes für ihn klar als *conditio sine qua non* der Marktteilnahme überhaupt.²⁰⁷ Dies zumal der Einsatz von Erfüllungsgehilfen oftmals nicht nach außen erkennbares Angebotselement ist und die in der Praxis verwendeten Gehilfenklauseln in Bestellformularen eher pauschalen denn konkreten Charakter haben.²⁰⁸

bb) Ökonomik

Zu den ethischen Argumenten tritt in der Literatur – weniger freilich in der Rechtsprechung – die ökonomische Analyse. Der Geschäftsherren-Schuldner kann in ihrer Diktion als *cheapest cost avoider* betrachtet werden, der die durch die Arbeitsteilung geschaffenen Gefahren auf Grund seiner eigenen Auswahl und Einwirkungsmöglichkeiten auf den Erfüllungsgehilfen am günstigsten, schnellsten und damit „am besten“ beherrschen kann, womit eine Begründung des Sphärengedankens der Rechtsprechung gefunden ist.²⁰⁹ Dadurch wird der

²⁰⁴ *Ubbelohde*, AcP 7 (1860), 229; zur ideengeschichtlichen Entwicklung *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 124 ff.

²⁰⁵ „Fairness“: *Bachmann*, in: Drygala/Wächter (Hrsg.), Verschuldenshaftung, Aufklärungspflichten, Wissens- und Verhaltenszurechnung bei M&A-Transaktionen, 2020, S. 143 ff.

²⁰⁶ Kritisch und in die Richtung, *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 143 ff. – Effizienzgewinne der Arbeitsteilung sollen auch dem Gläubiger zu Gute kommen.

²⁰⁷ So etwa auch *Schulze*, in: ders., BGB, 10. Aufl. 2019, § 278 Rn. 1; dagegen *Tröger*, Arbeitsteilung, S. 143 ff., der generalisiert auf die durch Arbeitsteilung erreichte Gesamtwohlfahrt abstellt.

²⁰⁸ Der Einsatz von Erfüllungsgehilfen ist allerdings verpflichtend, wengleich mit datenschutzrechtlichen Schranken, vgl. *Moes*, Vertragsgestaltung, 2020, Rn. 212.

²⁰⁹ Vgl. *Kraakman*, in: Bouckaert/De Geest (Hrsg.), Encyclopedia of Law and Economics, Bd. 2, 2000, S. 669; *Shavell*, in: Polinsky/Shavell (Hrsg.), Handbook of Law and Economics, Bd. 1, 2007, S. 139, 171 ff.; *Polinsky*, An Introduction to Law and Economics, 4. Aufl., 2011, S. 125 ff.; *Dari-Mattiacci/Parisi*, 23 Int'l Rev. L. & Econ. 453(003); zum *cheapest cost avoider* m. w. N. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 279 f.; auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 202 ff. Der Sphärengedanke ist auch für die arbeitsrechtliche Betriebsrisikolehre maßgeblich, dazu *Aumann*, Arbeitsunfall 4.0, 2019, S. 110 ff.

Schutz der Funktionen des Vertragsschlusses, nämlich der effizienten Ressourcenallokation, am besten gewährleistet.²¹⁰

Die Gehilfenhaftung setzt auch hinreichende Anreize für den Schuldner, Informationen einzuholen und Vorkehrungen zu treffen, um das Gläubigerinteresse an der Vertragsdurchführung zu schützen.²¹¹ Die Zuweisung der Gehilfenhaftung ist zwar nicht immer, so allerdings doch wohl regelmäßig effizienter gegenüber dem Schuldner als dem Gläubiger, was wiederum mit dem Typisierungsgedanken der Sphärenrechtsprechung in Einklang steht. Liegt im Einzelfall eine andere Interessenlage vor, weil etwa der Gläubiger die besseren Überwachungsmittel oder Informationen hat, können die Parteien dies vertraglich abbilden, wofür § 278 S. 2 BGB, der das Verbot des Haftungsausschlusses für grobes Verschulden und Vorsatz aus § 276 Abs. 3 BGB ausdrücklich nicht auf Erfüllungsgehilfen erstreckt. Ein Ausschluss der Haftungszurechnung über § 278 BGB ist ohne vertragliche Abrede allerdings nicht geboten, selbst wenn der Gläubiger im Einzelfall tatsächlich die besseren Wissens- und Einflussmöglichkeiten hat, da ansonsten der Typisierungsentscheidung des Gesetzgebers nicht genüge getan wird.²¹² Damit finden die eher normativen Theorien der Rechtsprechung auch eine ökonomische Entsprechung – sowie eine rechtshistorische, im römischen Recht gründende, Bestätigung. Denn die funktionale Schaffung von Verantwortungsbereichen ist keine neue Erfindung, sondern galt schon im römischen Recht.²¹³

cc) *Voluntarismus*

Dem Gedanken der Vorteilsziehung immanent und nach einhelliger Meinung auch von § 278 BGB vorausgesetzt ist, dass die Hilfsperson mit Willen des Schuldners tätig wird.²¹⁴ Dabei ist nicht zwingend eine rechtsgeschäftliche Einwilligung erforderlich, eine wirksame nachträgliche Zustimmung ist ebenso hinreichend, wie der Rechtsschein einer Zustimmung.²¹⁵ Die Rechtsprechung geht hier allerdings von einem rein faktischen Willen des Geschäftsherren-Schuldners aus, was insbesondere bedeutet, dass kein wirksames Rechts-

²¹⁰ Vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 246 ff.

²¹¹ Vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 280 ff.

²¹² Anders *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 386 ff., der die Typisierungsvorteile allerdings nicht hinreichend würdigt.

²¹³ Umfassend zu diesem Gedanken *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 80 ff., 90 f., 93 ff., 101 ff.

²¹⁴ Ganz h. M.: *Staudinger/Caspers*, 2019, § 278 Rn. 17; *Soergel/Wolf*, BGB, Bd. 2, 12. Aufl., 1990, § 278 Rn. 18 ff.; *MüKo-BGB/Grundmann*, 9. Aufl., 2022, § 278 Rn. 43; *Erman/Ulber*, 16. Aufl., 2020, § 278 Rn. 19 f.; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2021, § 34 Rn. 52; *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 386 ff.

²¹⁵ BGH NJW 1955, 297; *Staudinger/Caspers*, 2019, § 278, Rn. 24; *MüKo-BGB/Grundmann*, 2018, § 278, Rn. 43; kritisch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, S. 386 ff.

verhältnis zwischen Geschäftsherren-Schuldner und der Hilfsperson erforderlich ist.²¹⁶ Dies schlägt sogar auf Hilfspersonen des Erfüllungsgehilfen durch, die jedenfalls dann Erfüllungsgehilfen des Schuldners sind, wenn dieser ausdrücklich oder stillschweigend mit ihrer Tätigkeit einverstanden war oder mit ihr rechnen musste.²¹⁷ Der Wille hierzu muss nicht streng konkretisiert sein, eine genaue Kenntnis der Hilfspersonen auf zweiter Ebene ist nicht erforderlich²¹⁸ – zumal auch bei Ablehnung der Hilfsperson der Schuldner für den eigenmächtigen Einsatz der Hilfsperson auf zweiter Ebene einzustehen hat.²¹⁹ Dass die Einstandspflicht vor allem auf Grund von Parteiwillen zu Stande kommt, wird auch von ihrer Dispositivität bestätigt, § 278 S. 2 BGB.²²⁰ Richtig ist, dass der Einstandswille für Erfüllungsgehilfen nicht aus dem Leistungsversprechen allein abzuleiten ist, sondern spezifisch auf den Einsatz des Erfüllungsgehilfen gerichtet sein muss.²²¹ Nicht relevant ist dabei der Wille, für einen anderen zu haften, sondern einen anderen einzusetzen – alles andere liefe auf eine Fiktion hinaus.²²² Es bleibt allerdings bei dem Befund, dass die Willensbetätigung beim Einsatz des Erfüllungsgehilfen als Begründung der nachgelagerten Einstandspflicht unentbehrlich ist. Damit ist auch gesagt, dass ein nachträglich der Haftungsfolge entgegenstehender Wille des Schuldners unbeachtlich ist, es wird allein auf den Zeitpunkt des Einsatzes des Erfüllungsgehilfen abgestellt, hieran wird die strikte Verantwortung geknüpft, mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* in Bezug auf die Rechtsfolgen.

dd) Zusammenfassende Betrachtung

Aus dieser Betrachtung zur Rechtfertigung der Gehilfenhaftung unter § 278 BGB ergibt sich damit folgendes Bild: es stehen – pluralistisch²²³ – mehrere Zurechnungsgründe im Raum, zunächst ethisch der einer absoluten Verantwortung für einen Risikobereich und die Kehrseiten der Nutzentragung, dann, eher nur in der Literatur zu finden, ökonomische Aspekte. Die Tatbestandsinterpretation durch die Gerichte legt freilich nahe, dass es entscheidend auf den – natürlichen – Willen des Geschäftsherrn zum Einsatz von Hilfspersonen zur ar-

²¹⁶ Nicht hinreichend soll allerdings das Vorliegen der Voraussetzungen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag sein, vgl. etwa *Medicus/Petersen*, BürgerlR Rn. 801; A. A. Staudinger/*Caspers*, 2019, § 278 Rn. 25.

²¹⁷ BGH NJW 1952, 217; VersR 1983, 121, 122; NJW-RR 1988, 241; 2012, 1316 Rn. 14.

²¹⁸ BGH NJW 1952, 217.

²¹⁹ LG Frankfurt a. M. NJW-RR 1996, 1425; Grüneberg/*Grüneberg*, 2022, § 278, Rn. 9

²²⁰ Dazu auch *Lüderitz*, NJW 1975, 1, 6; *Möschel*, AcP 186 (1986), 187, 200; *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 139 ff.

²²¹ Dazu auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 139 ff.

²²² So schon früh *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309, 336 f.; *Ostwald*, Der Erfüllungsdiener, 1920, S. 15.

²²³ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 134 ff.

beitsteiligen Schulderrückzahlung ankommen muss. Es wird allerdings nur auf den Willen des Geschäftsherrn abgestellt – nicht auf den des Gläubigers, was etwa in Form der Betätigung eines schutzwürdigen Vertrauens nicht unplausibel wäre.

3. § 831 BGB

a) Anwendungsbereich und Wirkung

Anknüpfungspunkt der Haftung unter § 831 BGB ist das eigene Verschulden des Geschäftsherrn für Schäden, die sein Gehilfe Dritten bei einer aufgegebenen Verrichtung widerrechtlich zufügt.²²⁴ Das Verhalten von Geschäftsherrn und Gehilfen wirkt dabei komplementär für die Begründung der Haftpflicht.²²⁵ Das Verschulden des Geschäftsherrn bezieht sich auf seine Auswahl- und Überwachungspflicht sowie gegebenenfalls auch auf die Anleitung oder Ausstattung mit bestimmten Gerätschaften – und wird vermutet, wobei eine Exkulpation möglich bleibt.²²⁶ Erforderlich ist allerdings eine Qualifizierung des Gehilfen als „Verrichtungsgehilfe“, der nach der Formel der h. M. weisungsabhängig im Pflichtenkreis des Geschäftsherrn tätig wird.²²⁷ Ein wirksamer Dienst- oder Anstellungsvertrag ist nicht erforderlich, maßgeblich ist, ganz wie bei § 278 BGB, der natürliche Wille, den Dritten im eigenen Aufgabenkreis einzusetzen.²²⁸

Der Anwendungsbereich von § 831 BGB ist gesperrt, wenn juristische Personen einen „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ einsetzen, womit ihnen insbesondere die Exkulpationsmöglichkeit der Norm verwehrt bleibt.²²⁹ Wegen der kontinuierlichen Ausweitung des Begriffs des verfassungsmäßig berufenen Vertreters hin zum „Repräsentanten“ (dazu sogleich zu § 31 BGB) folgt daraus eine beträchtliche Einschränkung. Ebenso wenig wie Repräsentanten sind Geschäftspartner als Verrichtungsgehilfen zu qualifizieren, so dass über § 831 BGB keine Mithaftung für deren Verhalten begründbar ist.²³⁰ Anders ist wohl für Tochtergesellschaften im Konzern zu entscheiden,²³¹ wobei sich hier der

²²⁴ Vgl. Eрман/Wilhelmi, 16. Aufl. 2020, § 831, Rn. 1 f.; dazu bereits RGZ 78, 107, 108.

²²⁵ „Hybrider Charakter“, MüKo-BGB/Wagner, § 831 Rn. 54; früh schon RGZ 142, 356, 368.

²²⁶ BGH NJW-RR 1987, 1048: „doppelte Vermutung zugunsten des Verletzten“.

²²⁷ Etwa Schulze/Staudinger, 10. Aufl. 2019, § 831 Rn. 7.

²²⁸ MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 831 Rn. 14.

²²⁹ RGZ 155, 257, 266 f.; BGHZ 49, 19, 21; BGH NJW 1977, 2259, 2260; grundlegend bereits RGZ 157, 228, 235 f.; vgl. auch Staudinger/Bernau, 2018, Rn. 65 ff.

²³⁰ Dazu umfassend Wagner, RabelsZ 80 (2016), 717, 771 ff.

²³¹ Zu den Organisationspflichten der Konzernmütter noch unten, Kapitel 3., C., II. und III.; für eine Anwendung von § 831 BGB auf Konzerntöchter BGH GRUR 2012, 1279 Rn. 43 ff.; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2013, 273 (274); zustimmend König, AcP 217 (2017), 611, 660 f.; Kötz, ZEuP 2017, 283, 294 f.; so wohl auch Schall, ZGR 2018, 479, 492 ff.; Fleischer/Korch, DB 2019, 1944, 1946 ff. Anders BGH VersR 2013, 203 Rn. 16; ablehnend auch MüKo-BGB/Wagner, § 831 Rn. 17; Fleischer/Danninger, DB 2017, 2849, 2856 f.

Diskurs auf die Ausweitung der eigenen Organisationspflichten der Konzernmütter unter § 823 Abs. 1 BGB verlagert hat.²³² Die Anwendung von § 831 BGB scheint hier eine zur Ausweitung der Organisationspflichten gangbare Alternativkonstruktion für die Haftung in komplexen Mehrpersonenverhältnissen, zumindest für klare Fälle von Beherrschung – was den Anwendungsbereich allerdings gerade sehr eng schneidet, daher an den praktischen Bedürfnissen vorbeigeht und den Fokus auf die Organisationspflichten unter § 823 BGB erklären dürfte. Hingegen dürfte der Erfolg der Organisationspflichtendogmatik nicht darin begründet sein, dass sie den Entlastungsbeweis nach § 831 Abs. 1 S. 2 BGB ausschaltet;²³³ denn in den allermeisten Konzernsachverhalten wird nach den Grundsätzen zur sekundären Darlegungs- und Beweislast der Geschädigte nur substantiiert behaupten müssen, dass die Pflichtverletzung aus der Sphäre des Konzern herrührt, die Konzernmutter wird wiederum nachweisen müssen, allen Organisations- und Aufsichtspflichten gerecht geworden zu sein²³⁴ – was faktisch deckungsgleich zum Entlastungsbeweis des § 831 Abs. 1 S. 2 BGB sein dürfte.

b) Zu Grunde liegende Wertungen

Für die Analyse der Wertungen von § 831 BGB ist durchaus von Bedeutung, dass dessen Verabschiedung von einer grundsätzlichen Kontroverse begleitet war, die zwischen einer sehr reduzierten und einer sehr strikt ausgestalteten Geschäftsherrenhaftung oszillierte. Letztendlich wurde eine zu starke Anlehnung an die strikte Geschäftsherrenhaftung des Modells von Art. 1384 Code Civil abgelehnt und zum Schutze „des Gewerbes“ vor ausufernden deliktischen Ansprüchen ein Entlastungsbeweis eingeführt, der gegenüber einem Verschuldensnachweis des Geschädigten schon als schärfer verstanden wurde.²³⁵ Entscheidend wurde in den Gesetzesberatungen noch auf „deutsches Rechtsbewusstsein“ abgestellt,²³⁶ ein Argumentationstopos, der sich einem rationalen

²³² Zur Verlagerung der Unternehmenshaftung „außerhalb [der] einstigen Zentralnorm“, K. Schmidt, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum* 1993, S. 4, 5.

²³³ So Müko-BGB/Wagner, § 823 Rn. 125.

²³⁴ BGHZ 51, 91, 104 ff.; BGH NJW 1968, 247, 249; 1973, 1602, 1603; vgl. auch OLG Hamm VersR 1996, 72, 73; dem ist auch der „dezentralisierte Entlastungsbeweis“ untergeordnet, BGH VersR 1964, 297; NJW 1968, 247, 248 f.; ähnlich BGHZ 11, 151, 155 f.; BGH VersR 1959, 104, 105; zum Bedeutungsverlust des dezentralisierten Entlastungsbeweises K. Schmidt, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum*, 1993, 4, 5 f.; zuletzt Altmeyden, NJW 2020, 2833.

²³⁵ Vgl. § 711 Abs. 1 E I; dazu dezidiert gegen eine strikte Haftung nach französischem Vorbild die Mot II 736; strenger hingegen Prot. II 2778 f.: „die Ausführung sei auch Angelegenheit des Geschäftsherrn und der Beschädigte könne deshalb wegen seines Ersatzanspruches nicht ohne Weiteres an den Ausführenden verwiesen werden.“; zur Genese auch KomBer. II 108 f., *Denkschrift* II 98; vgl. auch Staudinger/Bernau, 2018, § 831 Rn. 1.

²³⁶ Prot. II, S. 2784 = Mugdan II, S. 109.

Diskurs beinahe schon definitorisch entzieht und die kulturelle Kontingenz der Norm hervorhebt.

Die Gründe der Vorschrift sind dennoch klärbar: bezweckt wird der Schutz des Geschädigten durch einen Anspruch gegen die Geschäftsherren, denn der Verrichtungsgehilfe wird häufig nicht hinreichend liquide sein, um den Schaden auszugleichen. Da die Gefährdung des Rechtsverkehrs aus einer planmäßigen Arbeitsteilung zu Gunsten des Geschäftsherrn folgt, ist hier auch das Lasten-Nutzen-Paradigma maßgeblich. Aus den gesteigerten Profitmöglichkeiten werden die Verkehrssicherungspflichten in Bezug auf die arbeitsteilige Konstellation als „Gefahrenquelle“ gefolgert.²³⁷ Zum Schutze „des Gewerbes“ wurde dann auf die strikte Haftung verzichtet, um gerade auch eine Einstandspflicht für unvermeidbare Schäden auszuschließen. Aus industriepolitischen Motiven wurde damit der ökonomische Grundgedanke ausgeblendet, dass die Präventionskosten gerade bei dem Geschäftsherrn am geringsten sind, was auch die andauernd starke Kritik im Schrifttum und Reformvorschläge begründet.²³⁸ Inzwischen gegenläufige Wertungen haben wie soeben gezeigt längst zur Einengung des Anwendungsbereichs der Norm unter dem Topos der Sorgfalts- und Organisationspflichten geführt – und wirken auf europäischer Ebene mit eigener Dynamik fort, wie im weiteren Verlauf der Untersuchung noch im Einzelnen nachzuweisen sein wird.

4. §§ 31, 89 BGB

a) Anwendungsbereich und Wirkung

Auf das Handeln der „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ einer juristischen Person finden nicht die §§ 278, 831 BGB Anwendung, sondern die §§ 31, 89 BGB, weil deren Handeln als eigenes Handeln der juristischen Person angesehen wird.²³⁹ Die Haftung der Gesellschaft knüpft nicht an die rechtliche Vertretungsmacht, sondern an die faktische Fähigkeit des Vertreters an, für die juristische Person zu handeln – die Rede ist insoweit vom „Haftungsvertreter“.²⁴⁰ Der Begriff wird haftungsrechtlich-funktional, nicht gesellschaftsrechtlich ausgelegt, und erfasst alle Repräsentanten des Verbands mit relevanter Eigenverantwortung, solange ihnen eigenständige Aufgaben „durch allgemeine Betriebsre-

²³⁷ Vgl. dazu Staudinger/Bernau, 2018, § 831, Rn. 3 ff.; MüKo-BGB/Wagner, § 831, Rn. 9; Erman/Wilhelmi, § 831, Rn. 2; Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 160.

²³⁸ Vgl. die Gutachten zur Schuldrechtsreform in BMJ (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1981, insbesondere: *Medicus*, Bd. I, S. 479, 491; *Huber*, Bd. I, S. 647, 737; *Schlechtriem*, Bd. II, 1981, S. 1591, 1616; *v. Bar*, Bd. II, 1981, S. 1681, 1706 f. Differenzierter *Diederichsen*, ZRP 1968, 60, 60 f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2, 13. Aufl., 1994, § 79 III 6, S. 484; zuletzt auch MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 124.

²³⁹ BGH NJW 1973, 456, 457.

²⁴⁰ BGHZ 98, 148, 151; BGH NJW 1952, 537, 538; RGZ 162, 129, 169; dazu auch *Klingbeil*, ZfPW 2020, 150, 187.

gelung und Handhabung“ zugewiesen werden.²⁴¹ Damit ist die ursprünglich vom Gesetzgeber intendierte starke Begrenzung der strikten Haftung des Geschäftsherren nur für Organe erweitert,²⁴² wenngleich das Verhalten nachgeordneter Mitarbeiter weiterhin nicht über § 31 BGB zurechenbar ist, sondern allenfalls über § 831 BGB. Diese Auslegung gilt nicht nur für Körperschaften, sondern gewohnheitsrechtlich auch für oHG, KG²⁴³ und die Genossenschaft.²⁴⁴ Auch auf die GbR ist § 31 BGB entgegen einigen Stimmen in der Literatur anzuwenden,²⁴⁵ schon um einen strukturellen Gleichlauf bei allen Gesellschaften zu erreichen, so dass für das Handeln von Gesellschaftsorganen eine Anwendung des § 278 BGB nicht in Betracht kommt.²⁴⁶ § 89 BGB stellt klar, dass die strikte Repräsentantenhaftung sogar „auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung“ findet.

Die Zurechnung der Haftungsfolge auf die Gesellschaft setzt eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung eines verfassungsmäßigen Vertreters voraus.²⁴⁷ Ein Verschulden des Vertreters ist in der Regel erforderlich, wie insbesondere unter § 823 BGB, kann in marginalen Fällen freilich auch entbehrlich sein, wie etwa beim Schadensersatz auf Grund irrtümlicher Selbsthilfe, § 231 BGB; ebenso kann auch die Rechtswidrigkeit entbehrlich sein, etwa beim Schadensersatz wegen Notstandshandlungen nach § 904 S. 2 BGB.²⁴⁸ In Unterschied zu § 278 BGB rechnet § 31 BGB der juristischen Person die Handlungsverantwortlichkeit nicht als fremde, sondern als eigene zu,²⁴⁹ und in Unterschied zu § 831 BGB auch ohne Exkulpationsmöglichkeit.²⁵⁰

²⁴¹ Grundlegend *Larenz*, BGB AT, 7. Aufl. 1989, § 10 II d, S. 167; zustimmend *Flume*, BGB AT I 2 § 11 III 2, S. 387f.; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 328f.; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 604ff.; differenzierter *Landwehr*, AcP 164 (1964), 482, 492, 501 ff.; BGHZ 49, 19, 21; daran anknüpfend BGH NJW 1977, 2259, 2260 m.w.N.; grundlegend bereits RGZ 157, 228, 235f.; dazu MüKo-BGB/*Leuschner*, § 31, Rn. 14ff.; auch *Staudinger/Bernau*, 2018, § 831 Rn. 65ff.

²⁴² Zur Gesetzgebungsgeschichte *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 151ff.

²⁴³ BGHZ 45, 311, 312.

²⁴⁴ BGH NJW 1959, 379.

²⁴⁵ Etwa *Lorenz*, BeckOK, § 278 BGB; so auch noch BGH NJW-RR 1990, 701.

²⁴⁶ So auch MüKo-BGB/*Grundmann* § 278 BGB Rn. 10; BGH NJW 2003, 1445, 1446 f.

²⁴⁷ BGHZ 99, 302.

²⁴⁸ Dazu *Klingbeil*, Die Not- und Selbsthilferechte, 2017, S. 22ff.

²⁴⁹ Ein Unterschied besteht auch bei der Möglichkeit des Haftungsausschlusses, den § 278 S. 2 im Gegensatz zu § 40 BGB ausdrücklich zulässt – wegen den strengen Anforderungen von § 309 Nr. 7, der auch im unternehmerischen Rechtsverkehr wertungsmäßig wirkt, § 310 Abs. 1 S. 2 BGB, ist die Relevanz der Unterscheidung praktisch eher gering, vgl. auch MüKo-BGB/*Leuschner*, 9. Aufl. 2021, § 31 Rn. 28.

²⁵⁰ Freilich kann eine Haftung nach § 31 und § 831 kumulieren, wenn die Gesellschaft ein Auswahlverschulden in Bezug auf den verfassungsmäßigen Vertreter trifft; dieser kann auch neben der Gesellschaft aus § 823 BGB haften, vgl. etwa BGH NJW 1996, 1536; *Jauernig/Mansel*, 18. Aufl. 2021, § 31 Rn. 1.

b) Zu Grunde liegende Wertungen

Die Wertungen von § 31 BGB sind wiederum im systematischen Kontext der Gehilfenhaftung zu lesen, da die Normen einen komplementären Haftungskomplex darstellen.²⁵¹ Das *Regelungsziel* der strikten Organhaftung soll darin bestehen, durch Verbreiterung der Haftungsmasse den Rechtsverkehr vor Schäden zu schützen, die ein verfassungsmäßig berufener Vertreter in Ausübung der ihm obliegenden Verrichtungen verursacht.²⁵² Wie bei § 278 und § 831 BGB ist die im Wesentlichen zu Grunde liegende Kernerwägung das Lasten-Nutzen-Paradigma: wenn eine juristische Person erst durch Auswahl ihrer Vertreter die Möglichkeit erlangen kann, am Rechtsverkehr teilzunehmen, so muss sie auch die Nachteile tragen, die diese Art der rechtsgeschäftlichen Betätigung mit sich bringt, und zwar ohne geschädigte Dritte auf den wegen der Exkulpationsmöglichkeit riskanteren Weg des § 831 BGB verweisen zu dürfen.²⁵³ In der Tat wird die Einhegung von § 831 BGB oftmals als wesentlich tragender Auslegungsfaktor begriffen.²⁵⁴ An sich ist dieser Vorrang freilich nicht hinreichend sicher gesetzgeberisch fundiert.²⁵⁵

Dabei wird das Lasten-Nutzen-Paradigma auf § 31 BGB mit der Erwägung angewandt, dass die Tätigkeit des verfassungsmäßig berufenen Vertreters dem Verband zugutekomme, sodass es gerecht erscheine, diesen auch zum Ausgleich der Schäden heranzuziehen, die durch Fehler der erfassten Personen bei anderen Rechtsträgern verursacht werden.²⁵⁶ Hier wird ebenfalls, wenn auch ohne ausdrückliche Bezüge zu Art. 14 Abs. 2 GG, eine „rechtsformübergreifende Gerechtigkeitsidee“ betont,²⁵⁷ was die ethische Verankerung der Zurechnung auch im Kontext des Nutzenparadigmas verdeutlicht. Ethische Gedanken allein werden teilweise als unzureichend für die Begründung des § 31 BGB verstanden, da

²⁵¹ Zur parallelen Auslegung der Normen *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 157.

²⁵² BGHZ 98, 148, 157; BGH NJW 1994, 78, 80. *Küpperfabrenberg*, Haftungsbeschränkungen für Verein und Vorstand unter besonderer Berücksichtigung von Sportvereinen, 2005, S. 23–25; BGHZ 98, 148, 157; BGH NJW 1994, 78, 80.

²⁵³ BGHZ 98, 148, 151; RG JW 1917, 593, 594; Mot. I 102f. = Mugdan I 409; zum weiteren Gesetzgebungsverfahren vgl. Mugdan I 619; vgl. etwa *Waldner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 45 Rn. 1: „nur gerecht“.

²⁵⁴ *Staudinger/Weick*, Neubearbeitung 2005, § 31 Rn. 1; *MüKo-BGB/Reuter*, Bd. 1, 5. Aufl., 2012, § 31 Rn. 1; *Erman/Westermann*, 16. Aufl., 2021, § 31 Rn. 1; kritischer *Soergel/Hadding*, 13. Aufl. 2000, § 31 Rn. 3.

²⁵⁵ So auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 156.

²⁵⁶ In diesem Sinne insbesondere Mot. I, S. 102 = Mugdan, S.; Prot. I, S. 1049ff.; v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910, Bd. I, S. 464; *Müller-Erzbach*, AcP 106 (1910), 309, 441; v. *Caemmerer*, FS 100 Jahre DJT, Bd. II, 1960, S. 49, 117; *Westermann*, JuS 1963, 333; *Beuthien*, DB 1975, 729, 730; *Martinek*, Repräsentantenhaftung. Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten, 1979, S. 44; *Staudinger/Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 1; *Soergel/Hadding*, 13. Aufl. 2000, § 31 Rn. 1.

²⁵⁷ *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 254; v. *Lübtow*, L'Europa e il diritto romano, Bd. 2, 1954, S. 467, 507; *Wiedemann*, WM-Sonderbeilage 1975/4, 16.

sie wegen ihrer Abstraktheit die Risikosphären der Beteiligten nicht hinreichend genau abzugrenzen vermögen.²⁵⁸ Die strikte Haftung lässt sich mit einer größeren Nähe des Organs zum Geschäftsherren begründen, und damit auch zu seiner engeren Verantwortungssphäre – wie schon einleitend aufgewiesen, handelt es sich bei den drei Zurechnungsnormen um ein Kontinuum zwischen loser und enger Bindung des Gehilfen an den Geschäftsherren, vom bloß mit Wissen und Wollen für den Geschäftsherren Handelnden (§ 278 BGB), über eine Weisungsabhängigkeit (§ 831 BGB) bis hin zur „verfassungsmäßigen Berufung“ (§ 31 BGB).²⁵⁹ Die Nähe begründet neben dichteren Einwirkungsmöglichkeiten auch Verantwortung, eine ethische Wertung, die systembildend wirkt.

Wie die beiden anderen Vorschriften über die Gehilfenhaftung ist auch § 31 BGB historisch kontingent – die Norm wird immer noch mit der Auseinandersetzung zwischen der Organtheorie nach *von Gierke* und der Vertretertheorie nach *von Savigny* in Verbindung gebracht.²⁶⁰ Nach allgemeiner Auffassung wurde der Streit allerdings durch den Gesetzgeber gerade nicht durch oder in § 31 BGB gelöst.²⁶¹ Nach der Organtheorie kommt der Organisationsform der Körperschaft „juristische Persönlichkeit“ zu, anthropomorph folgt das aus der Ausstattung mit Organen. Der Vertreter ist dann nicht etwa lediglich Vertreter im Sinne der §§ 164 ff. Insoweit ist die der Norm zu Grunde liegende Wertung auch, dass die Juristische Person durch Organe handelt und sich insoweit als Einheit darstellt. Eigenhaftung des Dritten, nach § 823 BGB, und Zurechnung nach § 278 BGB, müssten folglich beide ausgeschlossen sein. Der verfassungsmäßige Vertreter kann dann schlicht nicht als „Dritter“ angesehen werden.²⁶² Dass er es doch ist, und selbst haften kann,²⁶³ zeigt, dass jedenfalls die Organ-

²⁵⁸ *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 155 ff.

²⁵⁹ Kritisch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, der stattdessen auf Anreizwirkungen abstellt, S. 157 f.

²⁶⁰ Zum zu Grunde liegenden Theorienstreit zwischen v. Savigny und v. Gierke: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 I 2; übersichtlich auch bei *Kleindieck*, Delikts haftung und juristische Person, 1997, S. 166 ff.; *Klingbeil*, ZfPW 2020, 150, 178. Kritisch zur Relevanz bereits *Binder*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, 1907, S. 53.; *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 152 („archaisch“).

²⁶¹ Die „Konstruktionsfrage“ wurde offengelassen, vgl. Prot. I S. 509 = Mugdan I, S. 60.

²⁶² Die Verdrängung von § 278 BGB durch § 31 BGB war früher stark vertreten, vgl. etwa *Staudinger/Löwisch/Caspers*, Neubearbeitung 2009, § 278 Rn. 115; *Soergel/Hadding*, 13. Aufl. 2000, § 31 Rn. 4; *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil, Halbbd. 1, 15. Aufl., 1959, § 110 Fn. 6, Einleitung; *Martinek*, Repräsentantenhaftung. Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten. Ein Beitrag zum System der Verschuldenszurechnung, 1979, S. 47 f. Ablehnend allerdings *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. I/2, 1983, § 11 III 5, S. 39. Die heutige Kommentarliteratur differenziert, vgl. *MüKo-BGB/Leuschner*, 9. Aufl. 2021, § 31 Rn. 28 f.; *Staudiner/Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 12 f.; zu diesem Fragenkreis auch *Schirmer*, Das Körperschaftsdelikt, 2015.

²⁶³ Vgl. etwa die Nachweise bei *Staudinger/Schwennicke*, 2019, § 31 Rn. 79 ff.; zur Haftung von GmbH-Geschäftsführern *MüKo-GmbHG/Fleischer*, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 339 ff. (insbes. Rn. 347).

theorie keine tragende Bedeutung hat. Letztendlich können beide „metaphysischen Ansichten“ zur Organ- oder Vertretereigenschaft nicht verfangen, schon weil sie quer stehen zum fragmentierten Bestand des deutschen Gesellschaftsrechts – das unbestritten keine einheitliche Konzeption hat.²⁶⁴ Daher kann ihnen auch für die Wertebegründung der Zurechnung keine Bedeutung zukommen.²⁶⁵ Bemerkenswert ist schließlich noch, dass die Vorschriften der §§ 31, 89 BGB nach § 40 BGB „satzungsfest“ sind, also nicht privatautonom abbedungen werden können – Geltungsgrund ist dann letztendlich die Organisationsentscheidung des Geschäftsherrn, und damit doch, wenngleich mittelbar, auch seine Privatautonomie.

5. § 830 BGB (mit § 840 BGB)

a) Anwendungsbereich und Wirkung

§ 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB regelt die Fälle, in denen mehrere gemeinschaftlich oder als Anstifter oder Gehilfen an einer unerlaubten Handlung beteiligt sind, was es typischerweise dem Geschädigten erschwert, den konkreten Schädiger zu bezeichnen und ihm gegenüber den gesamten Deliktstatbestand nachzuweisen.²⁶⁶ Die Norm schneidet den Schädigern die Möglichkeit ab, sich jeweils gegenseitig mit Enthftungswirkung für den Schaden,²⁶⁷ allerdings auch für die Schadenshöhe verantwortlich zu machen.²⁶⁸ § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB legt – unter Hinzuziehung von § 840 Abs. 1 BGB – eine Gesamtschuld der zusammenwirkenden Schädiger für den gesamten Schaden fest.²⁶⁹ § 830 BGB stellt dabei eine eigene Anspruchsgrundlage dar;²⁷⁰ durch die Anordnung der Gesamtschuld in § 840 Abs. 1 BGB werden die Risiken der Haftungsverteilung in das Verhältnis der Schädiger untereinander verlagert.²⁷¹

²⁶⁴ Zu diesem Befund m. w. N., *Denga*, ZfPW 2021, 73, 76 f.

²⁶⁵ So auch *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 155. In diese Richtung zuletzt *Klingbeil*, ZfPW 2020, 150 mit einem ausgleichenden Ansatz.

²⁶⁶ BGH 72, 355; keine Zurechnungsnorm ist hingegen § 830 Abs. 1 S. 2 BGB – sie hat die Funktion, bei der Beteiligung mehrerer Schädiger Zweifel über die kausale Handlung zu Gunsten des Geschädigten zu überwinden; erforderlich ist insbesondere keine „innere Gemeinschaft“ der Schädiger, vgl. BGH NJW 1960, 862, 863; *Deutsch*, JZ 1972, 105, 107: „lockeres Zusammenwirken“; *Bodewig*, AcP 185 (1985), 505, 513; vgl. auch MüKo-BGB/*Wagner*, § 830 Rn. 49: „kein Zurechnungsgrund“.

²⁶⁷ Zum sog. Urheberzweifel BGHZ 25, 271, 274 = NJW 1957, 1834; keine Beweiserleichterung allerdings hinsichtlich der Beteiligung als solcher, BGH NJW 1996, 3205, 3207.

²⁶⁸ Zum sog. Anteilszweifel BGH NJW 2006, 2399.

²⁶⁹ *Staudinger/Eberl-Borges*, 2018, Rn. 4; eine Gesamtschuld folgt erst aus dem Zusammenhang mit § 840 Abs. 1 BGB, MüKo-BGB/*Wagner*, § 840 Rn. 1 ff.; § 840 begründet insbesondere für Fälle der Nebentäterschaft keine Anspruchsgrundlage, da Nebentäter sowohl bei kumulativer als auch bei Doppelkausalität voll auf den Schadenserfolg haften – im Schadensrecht gibt es keinen Grundsatz der Causa Proxima, vgl. noch unten Kapitel 2., B., IV., 1.

²⁷⁰ *Grüneberg/Sprau*, 81. Aufl. 2022, § 830 Rn. 1.

²⁷¹ BGHZ 59, 41 f.; MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 840 Rn. 1.

§ 830 BGB ist damit keine offensichtliche Zurechnungsnorm, doch erfüllt sie den Funktionsgehalt der Zurechnung durch Zuweisung einer Rechtsfolge auf einen oder mehrere in Betracht kommende Rechtsträger. Es erfolgt eine kumulative, volle Zurechnung der Haftpflicht zu separaten Rechtsträgern, die dann als Gesamtschuldner stehen.²⁷²

Anwendungsvoraussetzung des § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB sind unerlaubte Handlungen der von der Zurechnung betroffenen Rechtsträger, eine entsprechende Anwendung soll allerdings auf vergleichbare Tatbestände möglich sein,²⁷³ etwa bei der Tierhalterhaftung,²⁷⁴ der Haftung gemäß §§ 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB,²⁷⁵ oder der vermuteten Verschuldenshaftung sowie allgemein bei der Gefährdungshaftung.²⁷⁶

Konzernsachverhalte, bei denen die Mutter die Tochter als Gehilfin steuert oder als Mittäterin einsetzt, oder bei denen das Verhalten der Tochter einen Sorgfaltspflichtenverstoß der Mutter darstellt, können über § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB ebenso gut erfasst werden wie über die Zurechnungsnormen der §§ 278 und 831 BGB, da die Mutter insoweit als Gesamtschuldnerin auf die volle Schadenshöhe haftet. Insbesondere erledigen sich über die Einbeziehung von § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB Fragen über die Verrichtungsgehilfeneigenschaft selbstständiger Rechtsträger nach § 831 BGB im Konzernverbund.²⁷⁷

b) Zu Grunde liegende Wertungen

Grundlage der Gesamtschuld von Mittätern und Beteiligten ist nicht eine reine Kausalität, die schließlich auf eine Proportionalhaftung hinauslaufen würde, sondern sind gerade normative Wertungen.²⁷⁸ Verallgemeinerungen der hinter der gesamtschuldnerischen Solidarhaftung stehenden Wertungen scheinen freilich ausgeschlossen, da gerade normabhängig spezifische Wertungsschwerpunkte zwischen Ökonomik und Ethik zum Tragen kommen können.²⁷⁹ In ökonomischer Perspektive, mit Fokus auf eine Verhaltenssteuerung durch das

²⁷² Vgl. Soergel/Krause, 13. Aufl. 2005, Rn. 7; Assmann, in: Fenyves/Weyers (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, 1988, S. 99, 113; Fraenkel, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1978, S. 270; MüKo-BGB/Wagner, § 830 Rn. 7; dagegen nur eine Beweisregel: Bydlinski, AcP 158 (1959/60), 410, 417 ff.; Larenz/Canaris, SchuldR BT II § 82 I 1, S. 564 f.; Staudinger/Eberl-Borges, 2018, § 830 Rn. 7.

²⁷³ BGHZ 101, 111 m. w. N.

²⁷⁴ BGH NJW 2018, 3439.

²⁷⁵ BGH NJW 2001, 2539, krit Henne, VersR 2002, 685.

²⁷⁶ Dazu Eberl-Borges, AcP 196 (1996), 491, 522 ff.; Überblick bei Staudinger/Eberl-Borges, 2018, Rn. 74 ff.

²⁷⁷ Kritisch etwa MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 831 Rn. 16 f.

²⁷⁸ So auch Eichelberger, AcP 216 (2016), 330.

²⁷⁹ Gerade die ungeschriebenen Kriterien der Gesamtschuld, insbesondere die „Gleichstufigkeit“ der Schuldner, sind akzessorisch zu außerrechtlichen Wertungen, etwa Staudinger/Looschelders, Neub. 2017, § 421 BGB Rn. 32.

Deliktsrecht, wird mit der Norm von § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB das Motiv verfolgt, den deliktisch Handelnden durch umfassende Mithaftung davon abzuschrecken, überhaupt deliktisch zu Handeln und insbesondere sich mit Dritten dazu zu verbinden.²⁸⁰ Insbesondere soll daher die gesteigerte Gefährlichkeit planvollen Zusammenwirkens, auch auf unterschiedlichen Beteiligungs- und Tatherrschaftsebenen, Zurechnungsgrund des § 830 BGB sein.²⁸¹ Ebenfalls von Bedeutung ist, dass eine Beweiserleichterung für den Geschädigten damit einhergeht, dass er nicht die einzelnen Tatbeiträge der Beteiligten nachweisen muss.²⁸² Von großer praktischer Bedeutung ist auch die Überwälzung des Insolvenzrisikos vom Geschädigten auf alle Mitschädiger, da der Geschädigte – anders als im vertraglichen Bereich – seine Schuldner nicht auswählen kann.²⁸³

Zudem ist die Vorschrift für Fälle des Zusammenwirkens von Schädigern deutlich an das Strafrecht angelehnt, indem es bei Zusammenwirken eine Haftung auch für von Dritten verursachte Verletzungserfolge begründet. Mittäterschaft, Anstiftung und Beihilfe sind klassische Zurechnungsfiguren strafrechtlicher Dogmatik – die auch für die privatrechtliche Norm mit nur geringen Modifikationen maßgeblich sind.²⁸⁴ Die Implantierung dieser Konzepte im Deliktsrecht führt zu einer Verlängerung des Pönalcharakters des Strafrechts, so dass sich die Norm von der Schädigerseite als durchaus einschneidend erschließt.²⁸⁵ Die Zusammenwirkungsformen erfordern allesamt einen Vorsatz hinsichtlich des Gesamttaterfolges. Zur normativen Einordnung der Vorschrift ist also auf die gesamte Bandbreite strafrechtlicher Sanktionstheorie zu verweisen²⁸⁶ – im Rahmen der hiesigen Betrachtung sind das voluntative und das ethische Sanktionsmomentum entscheidend, sie treten mit Gewicht neben die ökonomische Prägung der Zurechnungsnorm.

V. Überlagerung der Spezialnormen durch Organisationspflichten

Die Entwicklung einer weitreichenden Dogmatik von Organisationspflichten rückt die eben erörterten dogmatischen Einzelwertungen in ihrer praktischen Relevanz sehr weit in den Hintergrund, durch eine Dynamik, die auch aktuellste Zurechnungsprobleme im IT-Recht, namentlich die Plattformhaftung betrifft.

²⁸⁰ MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 1, 8.

²⁸¹ Hierin folgt auch die ökonomische Analyse, vgl. Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. 2014, S. 271.

²⁸² So auch MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 7.

²⁸³ Etwa MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 830 Rn. 1.

²⁸⁴ Etwa BGHZ 8, 288, 293; Grüneberg/Sprau, 81. Aufl. 2022, § 830 Rn. 3f.

²⁸⁵ So auch Staudinger/Eberl-Borges, 2018, § 830 Rn. 8.

²⁸⁶ Staudinger/Eberl-Borges, 2018, § 830 Rn. 11, 27.

1. Ausweitung der Sorgfaltspflichten im Haftungsrecht

Eine der markantesten Entwicklungen im Haftungsrecht ist die Herausbildung von Sorgfaltspflichten, die sich sowohl bei der vertraglichen als auch bei der deliktischen Haftung als Sorgfaltspflichten manifestieren. Markant ist die Entwicklung deshalb, weil in ihr häufig eine Aushöhlung der speziellen Pflichtenregime des Vertragsrechts und verdecktes Substitut der speziellen Zurechnungsnormen des Deliktsrechts gesehen wird.²⁸⁷ Die Sorgfaltspflichtverletzung ist zum Zentralbegriff des Haftungsrechts geworden.²⁸⁸ Die Entwicklung nahm ihren Ausgang im Umgang mit der Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB, die wegen ihrer von der Rechtsprechung als unbillig empfundenen Exkulpationsmöglichkeit zunehmend durch Anwendung des § 31 BGB, sowie, da auch dieser zu beschränkt gestaltet ist,²⁸⁹ dann vor allem der Organisationspflichten, zurückgedrängt wurde. Auch im Vertragsrecht wird die Sorgfaltspflicht nach § 241 Abs. 2 BGB oder sogar betreffend der Hauptleistungspflichten zunehmend extensiv ausgelegt, was zur Anwendung der Verschuldensvermutung beiträgt und damit ebenfalls haftungsverschärfend wirkt.²⁹⁰ Die Entwicklung ist weiter im Fortschreiten begriffen, die Sorgfaltspflichten werden im Gleichlauf mit der zunehmenden Ausdifferenzierung der Welt auch selbst zunehmend ausdifferenziert.²⁹¹ Neueste Frontlinie sind die Sorgfaltspflichten in Lieferketten, die sich allerdings nach den bis auf Weiteres allein gültigen nationalen Regelungen durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz auf eine reine „Bemühenspflicht“ beschränken.²⁹²

Damit entsteht im geltenden deutschen Recht ein großer Widerspruch zwischen der *faktischen* Organisationsverantwortlichkeit für jedes Personal der

²⁸⁷ V. Bar, JZ 1979, 332; Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 300; Rechtsordnungen mit strikter Haftung, „respondeat superior“, sind Organisationspflichten fremd, Steffen, ZVersWiss. 1993, 13, 27 f.; Schlechtriem, FS Heiermann, 1995, S. 281, 284; ähnlich Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 780 ff., 793, 988, 1012 f., 1028.

²⁸⁸ Zur Konvergenz von Delikts- und Vertragsrecht sowie zur Verlagerung der Sorgfaltspflichten in den Produktfehlerbegriff, Wagner, Deliktsrecht, 14. Aufl. 2021, Rn. 606, 614; vgl. zum System vertraglicher Schadensersatzansprüche Grundmann, AcP 204 (2004), 569; zum Schlüsselbegriff der Pflichtverletzung Staudinger/Schwarze, Neubearbeitung 2014, § 280 Rn. C 3 f.; zur durch die Schuldrechtsreform von 2001 angestoßenen Diskussion um den eigenständigen Gehalt des Begriffs der Pflichtverletzung, vgl. MüKo-BGB/Ernst, 9. Aufl. 2022, § 280 Rn. 11; zur Anspruchskonkurrenz von Delikts- und Vertragsrecht vgl. schon das RG RGZ 88, 434 f. Hierauf auch im Kontext neuer Technologien zentral abstellend Zech, in: Gless/Seelmann, Intelligente Agenten und das Recht, 1. Aufl. 2016, S. 172, 180; s. auch ders., ZIPW 2019, 198; Wagner, AcP 217 (2017), 707, 711 ff.

²⁸⁹ Zum Anwendungsbereich von § 31 BGB bereits oben Kapitel 2., B., IV., 4.

²⁹⁰ So wird der Mangelfreiheit eine integritätsschützende Dimension zugeschrieben, vgl. etwa Medicus/Lorenz, SchR II, 18. Aufl. 2018, Rn. 182.

²⁹¹ Mit deutlicher Forderung nach „Rechtsklarheit und Methodenehrlichkeit“ durch neue Rechtsgrundlage MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 124; dazu auch Schirmer, Das Körperschaftsdelikt, 2015.

²⁹² Dazu noch unten Kapitel 3., B., III.

Gesellschaft, dem auch die weite Anwendung von § 31 BGB, etwa auch auf Personengesellschaften, nicht entspricht. Letztendlich sollte Unternehmen auch nach der Regelung des § 831 BGB gerade nicht die strikte Haftung für sämtliches Personal treffen – was unter der Dogmatik der Organisationspflichten zur teils schwerfälligen Begründung eigener Haftung als funktionales Zurechnungssubstitut geführt hat, die nach dem hier erarbeiteten Ansatz im Rahmen einer Eingriffsprüfung zumindest explizit, vorhersehbar und messbar wird.

2. Organisationspflichten der Arbeitsteilung

Für mittelbare Rechtsgutsverletzungen wurde schon früh, durch eine Entscheidung des RG von 1903,²⁹³ die Lehre von den Verkehrssicherungspflichten entwickelt, die zum einen Unterlassen und zum anderen entferntere Positionen zum Schadenseinschlag haftungsrechtlich erfassen.²⁹⁴ Die Terminologie schwankt zwischen Verkehrssicherungs- und Sorgfaltspflichten, vor allem im Kontext der Arbeitsteilung ist allerdings von Organisationspflichten – oder negativ Organisationsverschulden²⁹⁵ – die Rede. So haftet der Geschäftsherr für Delikte seines Personals mit, wenn er nicht hinreichende Vorkehrungen zu deren Vermeidung getroffen hat – und selbstverständlich, wenn er sein Personal planmäßig zur Schädigung Dritter einsetzt. Die Organisationspflichten sind damit funktionales Äquivalent einer Zurechnungsregel für die Personalfahrer im Unternehmen, und zwar in Bezug auf sämtliche Mitarbeiter.²⁹⁶

Die konkreten Ausgestaltungen der Organisationspflichten sind mannigfaltig, zumal da die Definitionsbemühungen der Obergerichte selbst sehr vage bleiben. Die Organisationspflichten besagen, dass die innerbetrieblichen Abläufe so zu organisieren sind, dass Schädigungen Dritter vermieden werden, also eine „ordentliche Betriebsführung“ sichergestellt ist.²⁹⁷ Zentral ist das Motiv der „Gefahrsicherung im Organisationsbereich“.²⁹⁸ Zu den Auswahl- und Überwa-

²⁹³ RGZ 53, 53, 56; vgl. m. w. N. MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 108.

²⁹⁴ Siehe dazu umfassend v. Bar, Verkehrspflichten, 1980; Canaris, FS Larenz, 1983, S. 27, 77; mit rechtsökonomischem Ansatz Leenen DAR 1973, 317; Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 20 ff.; dazu Medicus, ZHR 162 (1998), 352; Möllers, JZ 1999, 24; Weller NJW 2007, 960; MüKo-BGB/Wagner, § 823 Rn. 108.

²⁹⁵ In der Rechtsprechung häufig gebrauchter Terminus: RG JW 1938, 3162, 3163; BGH NJW 1971, 1313, 1314; NJW-RR 1996, 867, 868; VersR 2000, 984 f.; vgl. v. Bar, Verkehrspflichten, 1980, S. 96; vgl. auch Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, S. 292 ff.; Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden, 2001, S. 37 ff.; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 689 ff.; Erman/Wilhelmi, 2020, § 823 Rn. 83; MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 109.

²⁹⁶ Steffen, ZVersWiss., 1993, 13, 27 f.; Spindler, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 781 ff., 1012 f., 1028.

²⁹⁷ BGHZ 4, 1, 2 f.; BGHZ 17, 214, 220 f.; zuletzt etwa BAG NZA 2007, 1154; Grüneberg/Sprau, 81. Aufl. 2022, § 831 Rn. 2.

²⁹⁸ BGH NJW-RR 1996, 867, 868; Grüneberg/Sprau, 81. Aufl. 2022, § 831 Rn. 10 f.

chungspflichten, die schon aus § 831 BGB folgen, treten Instruktions-²⁹⁹ sowie Produktbeobachtungspflichten.³⁰⁰

Die Dichte der konkreten Überwachungspflichten hängt von der Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter und der Schadenswahrscheinlichkeit ab,³⁰¹ und ähnelt damit dem aus der grundrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung bekannten Angemessenheitsmaßstab.³⁰² Eine lückenlose Überwachung des Personals kann dabei schon wegen des Grundsatzes *ultra posse nemo obligatur* nicht gelten.³⁰³ Maßgeblich ist für die Bestimmung der Sorgfaltspflichtenreichweite allgemein das Kriterium der Erkennbarkeit der Gefahr, sei es konkret oder typisiert abstrakt.³⁰⁴ Innerhalb der Organisation muss die Gefahrsicherung einer Person übertragen werden, für welche sie direkt nach § 31 BGB haftet; eine Entlastung durch Delegation ist nicht möglich, auch nicht etwa an einen „zuverlässigen Geschäftsführer“,³⁰⁵ worin eine Verschärfung im Vergleich zu § 831 BGB vorliegt.³⁰⁶ Es verbleibt in jedem Fall die Pflicht zur Oberaufsicht über den leitenden Angestellten.³⁰⁷ Maßstab für die Organisationspflichten ist logischerweise das Gefahrenpotential des Unternehmens, nicht etwa das kumulierte Gefahrenpotential der Organe.³⁰⁸ Damit ist allerdings auch gesagt, dass die Organisationspflichten den Rechtsträger des Unternehmens selbst treffen.³⁰⁹ Dies fügt sich auch mit § 31 BGB, der nach dem Willen des Gesetzgebers keinen Verantwortungsausschluss des Verbands begründen, sondern eine weitere Haftungsmöglichkeit eröffnen soll.³¹⁰

²⁹⁹ BGHZ 17, 214, 220f.; BGHZ 24, 200, 213f.; BGH NJW 1965, 815, 816; 1971, 1313, 1315; zuletzt etwa BGH NJW 2021, 1814, 1816; Grüneberg/*Sprau* BGB, 80. Aufl. 2022, § 823 Rn. 174.

³⁰⁰ MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 848.

³⁰¹ BGH VersR 1978, 538 (540); Grüneberg/*Sprau*, 81. Aufl. 2022, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 186ff., § 831 Rn. 13.

³⁰² Diese Struktur spricht für eine Erfassung und Legitimierung der Zurechnung als Grundrechtseingriff, dazu noch unten Kapitel 5., B.

³⁰³ Mit Verweis auf § 831 MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 108; strenger *Kleindiek*, *Deliktshaftung und juristische Person*, 1997, S. 353f., 359; BGH VersR 1978, 538, 540.

³⁰⁴ Dazu MüKo-BGB/*Grundmann*, 8. Aufl. 2019, § 276 Rn. 68ff.

³⁰⁵ BGH VersR 1964, 297; 1978, 722, 723; zuvor schon RGZ 113, 293, 297; RG JW 1938, 3162, 3163.

³⁰⁶ BGHZ 32, 53, 59; zuletzt etwa BGH ZIP 2021, 205, 207; dazu Grüneberg/*Sprau* BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 77; MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 109.

³⁰⁷ BGH NJW 1968, 247, 248; zuvor bereits RGZ 87, 1, 4.

³⁰⁸ Taktgebend für diese Perspektive war das Umwelt- und Produkthaftungsrecht, vgl. etwa BGH NJW 1968, 247, 248; BGH NJW 2018, 301, 303; Grüneberg/*Sprau* BGB, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 173; MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 929.

³⁰⁹ So bereits RGZ 52, 373, 374; RGZ 53, 53, 57; BGHZ 32, 53, 59; dazu *Brüggemeier*, AcP 191 (1991), 33, 43, 52, 64f.; *K. Schmidt*, *Karlsruher Forum*, 1993, S. 4, 7f.; *Medicus*, ZGR 1998, 570, 576; *Spindler*, *Unternehmensorganisationspflichten*, 2001, S. 859; *Kleindiek*, *Deliktshaftung und juristische Person*, 1997, S. 127ff., 214ff., 284ff.

³¹⁰ Dazu bereits die Nachweise oben, Kapitel 2., B., IV. 4. B.

3. Das Dogma des Rechtsträgerprinzips

Im nationalen Diskurs wird immer wieder hervorgehoben, dass die Organisationspflichten sich stets nur auf den einzelnen Rechtsträger beziehen und scharf an dessen Grenzen enden (auch „Trennungsprinzip“).³¹¹ Hauptsächlich wird dies mit den auf die korporative Einheit begrenzten Leitungsbefugnissen der Leitungsorgane begründet, was schon der nur auf „verfassungsmäßige Vertreter“ beschränkte § 31 BGB nahelegen soll³¹² – diese Argumentation mutet allerdings schon deshalb inkonsistent an, weil doch die gesamte historische Dynamik deliktsrechtlicher Organisationspflichten gerade auf die Überwindung der beschränkten Organhaftung nach § 31 BGB angelegt scheint.

Mag auch der Ansatz des Rechtsträger- und Trennungsprinzips in Konstellationen rein formalistisch scheinen, in denen auf Grund von Beherrschungs- oder Nachfrageverhältnissen die Rechtsträgerselbstständigkeit dem faktischen Druck wirtschaftlicher Macht untergeordnet ist und Weisungen, Bestellungen, Stornierungen oder sonstige Akte des Wirtschaftslebens sehr wohl rechtsträgerübergreifend wirken können, ist doch mit dem Rechtsträgerprinzip ein zentrales Axiom der Privatrechtsgesellschaft genannt, das eine grundlegende systematische Berechtigung hat. Denn ohne Grenzen der Rechte und Pflichten, welche als Summe das Vermögen eines Rechtssubjekts bilden, können diese nicht sinnvoll wirken und macht die Privatautonomie als Gestaltungsmittel der Vermögen und das Konzept der Rechtsträgerschaft an sich keinen Sinn.³¹³ Eine Rechtsordnung ohne wirksames Rechtsträgerprinzip ist Planwirtschaft ohne Privatautonomie, in der weder effiziente Ressourcenallokation noch persönliche Selbstverwirklichung möglich sind.³¹⁴ Von einer pauschal an wirtschaftlichen, außerrechtlichen Verhältnissen orientierten Gesamtbetrachtung, etwa im Lichte einer „Verantwortungsgesellschaft“,³¹⁵ ist daher Abstand zu nehmen, sollen nicht die Grundfesten des bürgerlichen Rechts erschüttert werden. Vielmehr sind die Schranken des Rechtsträgerprinzips aus der Rechtsordnung selbst zu gewinnen.

Auf die grundsätzliche Autonomie der Entscheidungen anderer Rechtsträger bezieht sich auch der Vertrauensgrundsatz, demzufolge jedes Rechtssubjekt sein Verhalten danach ausrichten darf, dass alle anderen Rechtssubjekte sorgfältig

³¹¹ *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 948ff.; zuletzt etwa *Wagner*, ZIP 2021, 1095, 1096f.; zum konzernrechtlichen Diskurs noch eingehend unten, Kapitel 3, C., II.

³¹² BGH GWR 2015, 32; *Fleischer/Korch*, DB 2019, 1944, 1950; *Schall*, ZGR 2018, 479, 488f.

³¹³ Zur unternehmenssoziologischen Betrachtung komplexer Verträge noch unten, Kapitel 3., B., I. 2.; zu Konzernsachverhalten ebenfalls unten, Kapitel 3, C., II.

³¹⁴ *Hayek*, *The Road to Serfdom*, 1944, S. 33ff.; s. auch die Nachweise zur Privatrechtsgesellschaft, oben Kapitel 2., A., I., 1.

³¹⁵ Hierzu die Nachweise oben, Kapitel 1., A., I., 2.

und rechtmäßig handeln.³¹⁶ Dies schließt zwar eine Überwachungspflicht in Bezug auf Dritte aus – freilich nur im Grundsatz, denn das Vertrauen im Rechtsverkehr ist bedingt durch die tatsächlichen Gegebenheiten. So kann etwa der marktwirksame Auftritt als straffer Einheitskonzern das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf eine ebenso straffe Innenführung rechtfertigen. Gleiches gilt für das Bild des gesamtverantwortlichen Produzenten, das auch von der Produkthaftungsrichtlinie aufgegriffen wird.³¹⁷ Die an dieser Stelle erforderlichen empirischen Untersuchungen zur Sicht des Kunden stehen freilich aus; für die Sicht des Bestellers auf menschenrechtsbrüchige Lieferanten liegen sie hingegen auf der Hand: wer als Besteller Kenntnis vom illegalen Verhalten seines Geschäftspartners hat, kann schlicht nicht mehr auf dessen Rechtskonformität vertrauen. Das Merkmal „Vertrauen des Rechtsverkehrs“ ist in jedem Fall wertungsabhängig und gegenüber unternehmenssoziologischen Wertungen offen.³¹⁸

Unter ähnlichen Gesichtspunkten kann auch der Sphärengedanke rechtstatistisch kontextualisiert werden, der wie der Vertrauensgrundsatz das Rechtsträgerprinzip verstärkt und zur Haftungsseparierung zwischen Rechtsträgern herangezogen wird. Denn der Sphärengedanke ist nicht rein aufs Recht beschränkt, sondern ist in der Rechtsprechung aus den tatsächlichen Gegebenheiten abgeleitet worden – und je mehr wirtschaftliche Macht auf Seiten des einen Vertragspartners konzentriert ist, desto eher ist die Vertragserfüllung durch seinen Zulieferer im eigenen wirtschaftlichen Interesse (des Nachfragers) und auch als eigene Sphäre zu betrachten. Dies geht als Grundgedanke insbesondere aus den soeben behandelten speziellen Zurechnungsnormen zur Personalfahrer hervor, in Form des besprochenen Lasten-Nutzen-Paradigma.³¹⁹ Wenn also systematisch erkennbare Menschenrechtsverletzungen durch abhängige Zulieferer oder Konzerntöchter begangen werden, so kann das zur Pflicht führen, gegenläufige Weisungen zu erteilen, ansonsten die Vertragsbeziehungen zu pausieren oder abubrechen.³²⁰

Es muss hierbei betont werden, dass die Relativierung des Rechtsträgerprinzips von einer genauen Einzelfallbetrachtung abhängig ist, eine pauschale Nivellierung der Funktions- und Sinnbedingungen der Privatautonomie ist wie schon hervorgehoben kein rechtlich gangbarer Weg. Doch kann im Grundsatz

³¹⁶ Vgl. BGH NJW-RR 2007, 310; NJW 1999, 1779; *Spindler*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, BGB, 4. Aufl. 2019, § 823 Rn. 244, § 831 Rn. 27 ff.; zum Straßenverkehrsrecht: *Gomille*, JZ 2016, 76, 77; *von Bodungen/Hoffmann*, NZV 2016, 503, 504 f.; zum Gesellschaftsrecht: *Fleischer*, NZG 2003, 449, 455; *ders.*, ZIP 2009, 1397; *Löbbe/Fischbach*, AG 2014, 717, 719 f.; für eine Kodifizierung des Vertrauensprinzips: *Bachmann*, Gutachten E zum DJT 2014, S. 42 ff.; vgl. auch MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 480 ff.

³¹⁷ Zur Produkthaftung noch eingehend unten, Kapitel 3, B. II. 2.

³¹⁸ Zum unternehmenssoziologischen Ansatz siehe unten, Kapitel 3., B., I., 2.

³¹⁹ Dazu schon oben, Kapitel 2., B., IV., 2., b.

³²⁰ Anders: *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 772 f.; *Habersack/Ehrl*, AcP 219 (2019), 155, 196 ff.

anerkannt werden, dass der Organisationsfreiheit gleich- oder übergeordnete Rechtspositionen eine Zurechnung auch über die Grenzen des Rechtsträgers hinweg ermöglichen können. So haben zuletzt die Organisationspflichten eine starke Überformung insbesondere durch das Europarecht erfahren, die den Grundsatz des Rechtsträgerprinzips – oder in konzernrechtlicher Diktion: des Trennungsprinzips³²¹ – unmittelbar tangieren. Etwa hat das vielbesprochene *Neubürger*-Urteil des LG München I die dem Konzern über § 31 BGB zurechenbare Organisationspflichtsverletzung eines Konzernvorstands für Mängel im konzernweiten Compliance-System wegen schwarzer Kassen bejaht.³²² Ein EU-Hintergrund als Erklärung für den Durchgriff ist hier auf Grund des Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates vom 22. Juli 2003 zur Bekämpfung der Bestechung im privaten Sektor erkennbar, der zur Konkretisierung der Pflichten des Konzernvorstandes herangezogen wurde.³²³ Noch deutlicher ist der Einfluss des Europarechts auf die Organisationspflichtendogmatik im Wettbewerbsrecht, weniger prominent diskutiert, freilich nicht von geringerer Relevanz, im Datenschutz- und Kapitalmarktrecht.³²⁴ Hier treten eigene Wertungen des Europarechts in den Vordergrund, welche die nationalen Haftungsprinzipien deutlich überspielen und jedenfalls zeigen, dass das Trennungsprinzip nicht uneingeschränkt gilt, sondern ein rechtspolitisch abwägbarer Posten in einer komplexen Gemengelage ist. Zentral ist stets ein Moment der Kontrolle durch den betreffenden Rechtsträger. Auch Rechtsmissbrauch, etwa in Form der Verschiebung von Haftungsrisiken von der Konzernmutter auf die Tochter, kann von Bedeutung sein.³²⁵ All dies schließt einen behutsamen Ansatz nicht aus, der aus einer Innenperspektive der Privatrechtsdogmatik heraus schon deshalb geboten ist, weil das Trennungsprinzip das gesamte Unternehmensrecht durchzieht und seine vollständige Aufgabe mit den bestehenden Wertungen etwa des Gesellschafts-, Insolvenz- oder Steuerrechts kollidierte.³²⁶ Erwähnt wurde hier schon seine die Privatautonomie logisch ermöglichende Rolle.

Mit besonderer Intensität wirft zuletzt die Diskussion um die Haftung für Menschenrechtsverletzungen von Konzerntöchtern und Zulieferern die Haf-

³²¹ Dazu noch spezifisch unten, Kapitel 3., C., II.

³²² LG München I NZG 2014, 345, 346 f.; ZIP 2014, 570 mit Anm. *Bachmann*.

³²³ Das Gericht lässt freilich die dogmatische Verortung der so weitreichenden Legalitätspflicht von Leitungsorganen offen, so auch *Fleischer*, NZG 2014, 321, 322. Zum Rahmenbeschluss Grabitz/Hilf/Nettesheim/Vogel/Eisele, EL Mai 2021, Art. 83 AEUV Rn. 60; dessen fehlende Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten betonend, *Dannecker/Bülte*, in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Unternehmens- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. 2020, 2. Kapitel Rn. 102–104.

³²⁴ Dazu im Einzelnen unten, Kapitel 3., C., III.

³²⁵ Vgl. etwa BGH NJW 1076, 46, 47 f.; NJW 1994, 1745, 1748; NJW 2006, 3628 Rn. 11 ff.; dazu *Wagner*, RabelsZ 80 (2016), 717, 775 f.

³²⁶ Vgl. *Fleischer/Danninger*, DB 2017, 2849, 2856; *König*, AcP 217 (2017), 611, 617 ff.; *Habersack/Zickgraf*, ZHR 182 (2018), 252, 272 ff.

tungsfrage wieder auf.³²⁷ Sie scheint gerade im Kontext ethisch begründeter internationaler Regulierung hinreichend gewichtig, um eine Relativierung der eigentumsrechtlich verankerten Organisationsfreiheit und der aus dieser abgeleiteten Haftungssegmentierung zu rechtfertigen.³²⁸ Damit steht unter dem methodischen Vorzeichen der Organisationspflichten ein im Rechtsvergleich bekanntes *piercing the veil*³²⁹ im Raum, um die Haftungsabschirmung durch illiquide Entitäten zu unterbinden.

4. Dogmatik der Störerhaftung

Eng verwandt mit den Organisationspflichten und doch kaum je zusammen mit diesen diskutiert ist die insbesondere vom I. Zivilsenat des BGH³³⁰ entwickelte Dogmatik der Störerhaftung, welche Fälle mittelbarer Schädigungen erfassen kann und damit ebenfalls Überwachungspflichten für das Verhalten Dritter begründet;³³¹ die grundsätzliche Fließrichtung der Störerhaftung ist damit identisch mit derjenigen der Organisationspflichtendogmatik.³³² Ausgangspunkt der Störerhaftung ist § 1004 BGB, der einen Anspruch des Eigentümers auf Unterlassung und Beseitigung einer Beeinträchtigung des Eigentums als negatorischen Schutz gegen den Störer vorsieht. Das Konzept von § 1004 BGB wird von zahlreichen Spezialnormen aufgegriffen,³³³ wird daher als verallgemeinerungsfähig verstanden und ist anerkanntermaßen auf die Beeinträchtigung anderer absoluter Rechte ausgeweitet worden („quasinegatorischer Schutz“).³³⁴ Es spielt

³²⁷ Dazu noch ausführlich unten, Kapitel 3., B., III.

³²⁸ Siehe dazu etwa *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 762; offen für einen Durchgriff *Weller/Thomale*, *ZGR* 2017, 509, 521 f.; kritisch *Hommelhoff*, *ZGR* 2019, 379, 400 ff. und *ders.*, *ZGR-Sonderheft* 22, 2020, 215; zur ökonomischen Rechtfertigung des Konzernrechts noch unten, Kapitel 3., C., I., 2.

³²⁹ Dazu *Armour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman u. a. (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 131 ff.

³³⁰ Hierzu mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung *Specht*, *ZUM* 2017, 114 ff.

³³¹ Eine Betrachtung der Störerhaftung als verwandt mit den Sorgfaltspflichten unter § 823 BGB ist allerdings sehr wohl schon erfolgt, vgl. etwa *Freytag*, *Haftung im Netz*, 1999, S. 73 ff.; *Schieferdecker*, *Die Haftung der Domainvergabestelle*, 2003, S. 149 ff.; *MüKo-UWG/Fritzsche*, 2014, § 8 Rn. 258 ff.; *Spindler/Volkman*, *WRP* 2003, 1, 7; *Volkman*, *Der Störer im Internet*, 2005, S. 136 ff.; *Abrens*, *WRP* 2007, 1281, 1286; *Leistner*, *GRUR* 2006, 801, 808 ff.; *Leistner/Stang*, *WRP* 2008, 533, 541; *Schaub*, *FS Medicus*, 2009, S. 423; vgl. auch *Fezer*, *Markenrecht*, 4. Aufl. 2009, § 19 Rn. 23.

³³² Eine Parallele stellt *Volkman* her, in: *Spindler/Schuster/Volkman*, § 1004 BGB Rn. 20.

³³³ Im BGB etwa: § 12, §§ 1134, 1135; im HGB § 37 Abs. 2; im geistigen Eigentum § 97 Abs. 1 UrhG, §§ 14 Abs. 5, 15 Abs. 4, 16, 18, 128 MarkenG, § 139 Abs. 1 PatG, § 24 Abs. 1 GebrMG, § 24a GebrMG, § 42 Abs. 1 DesignG, § 9 Abs. 1 S. 1 HalblSchG und in § 37a SortSchG; Art. 16–18 DS-GVO.

³³⁴ Vgl. *Spindler/Schuster/Volkman*, § 1004 BRB Rn. 1; kritisch zur Ausweitung des § 1004 BGB *MüKo-BGB/Raff*, § 1004 BGB Rn. 24, 39.

insbesondere im Geistigen Eigentum eine zentrale Rolle,³³⁵ freilich etwa auch für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.³³⁶ Der Anspruch ist unabhängig von einem Verschulden des Störers, womit er also nicht (deliktischer) Täter oder Teilnehmer ist, sondern eine eigene Kategorie, die sich weiterhin noch in Handlungs- und – hier relevant – Zustandsstörer unterteilen lässt. Die Störerhaftung ist eine durchaus kritikable Figur, wenn man bedenkt, dass auch mittelbare Verletzungshandlungen von § 823 BGB erfasst werden.³³⁷ Relevant für die Störerhaftung ist nur, dass der Störer kausal zur Rechtsgutsverletzung beiträgt und Sorgfaltspflichten verletzt, deren Erfüllung die Verletzungshandlung Dritter verhindert hätten und deren Reichweite im Ergebnis genauso zu bestimmen ist wie die der Organisationspflichten, nämlich nach allen Umständen des Einzelfalls und der Zumutbarkeit – was auf eine Angemessenheitsprüfung hinausläuft.³³⁸ Hinzutreten müssen in jedem Fall neben der bloßen Zustandsposition noch Sachgründe.³³⁹ Für die Intermediärhaftung im Internet haben sich die Sorgfaltspflichten begrifflich auf „Prüfpflichten“ verengt,³⁴⁰ die wegen des besonderen Intermediärprivilegs der Art. 13 ff. ECRL³⁴¹ nicht generell hinsichtlich aller vermittelter Inhalte bestehen, sondern erst ab Kenntnis oder Kennenmüssen einer Rechtsverletzung durch Dritte, die sich der Infrastruktur des Intermediärs bedienen.³⁴² Die zu treffenden Vorkehrungen sind – wie von der Diktion der Organisationspflichten bekannt – auf das technisch und wirtschaftlich Zumutbare beschränkt.³⁴³ Freilich besteht insbesonde-

³³⁵ *BGH*, GRUR 1955, 492 – Grundig Reporter; GRUR 1964, 104, 105 – Personalausweise; GRUR 1991, 769, 770 – Honoraranfrage; GRUR 1997, 313, 314 – Architektenwettbewerb; GRUR 2004, 693, 695 – Schöner Wetten; MMR 2007, 634, 637 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; GRUR 2008, 702 Rn. 21 – Internet-Versteigerung III; BGHZ 227, 173–188 (Internet-Domain); dazu *Holzengel*, CR 2017, 463.

³³⁶ Vgl. Spindler/Schuster/Volkmann, § 1004 BRB Rn. 4 ff.

³³⁷ Kritisch dazu, mit Nachweisen zur eher einheitlich an § 823 BGB orientierten Rechtsprechung, MüKo-BGB/Wagner, § 823 Rn. 854 ff.; exemplarisch für die unklare Abgrenzung ist etwa das geistige Eigentum, vgl. unten Kapitel 3., E., III.

³³⁸ Vgl. *BGH* GRUR 1984, 54, 55 – Kopierläden; LG Hamburg ZUM 2009, 587, 589; Zur Kasuistik der Zustandsstörerhaftung etwa Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, § 1004 Rn. 17.

³³⁹ *BGH* NZM 2019, 893 Rn. 25

³⁴⁰ Etwa *BGH* I ZR 121/08, Rn. 19 ff. – Sommer unseres Lebens; *BGH* GRUR 2012, 311 Rn. 22 – Blog-Eintrag; GRUR 2011, 1038 Rn. 20 – Stiftparfum; GRUR 2004, 860 – Internetversteigerung I; GRUR 1999, 418, 419 – Möbelklassiker; kritisch zu diesem Konzept Köhler, WRP 1997, 897, 898; Schünemann, WRP 1998, 120, 121; Haedicke, GRUR 1999, 397, 399; Spindler/Volkmann, WRP 2003, 1, 6 f.

³⁴¹ Dazu ausführlich noch unten, Kapitel 3., B., IV., 3.

³⁴² *BGH* NJW 2004, 3102, 3103 f. – Internet-Versteigerung I; BGHZ 173, 188 Rn. 43; GRUR 2007, 890 Rn. 42 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; GRUR 2013, 370 Rn. 28 – Alone in the Dark. Vgl. auch *BGH*, GRUR 2016, 268 Rn. 21 – Störerhaftung des Access-Providers; GRUR 2012, 304, 307, Rn. 51; MMR 2021, 530; Spindler, in: Spindler/Schmitz, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 123; Spindler/Schuster/Volkmann, § 1004 Rn. 21 f.

³⁴³ Deutlich BGHZ 158, 236, 252; vgl. weiter BGHZ 148, 13, 17 f. – ambiente.de; *BGH* NJW 2007, 2636 Rn. 40; 2008, 758, 761 f.; 2011, 753 Rn. 15 ff.; eingehend zur Problematik Wag-

re eine Pflicht, die eigenen Dienste künftig als Plattform für gleichartige Verletzungen zu entziehen.³⁴⁴ Eine Generalregel besteht nicht, sondern es ist eine Einzelfallbetrachtung der Zumutbarkeit geboten.³⁴⁵ Hier entsteht ein großes Spannungsverhältnis zum Intermediärprivileg, da nun doch vielfach präventive Kontrollen erforderlich werden – was sogar vom EuGH bestätigt wurde.³⁴⁶

Ein wesentlicher Unterschied der Störerhaftung zu den Organisationspflichten ist darin zu erkennen, dass die Verkehrssicherungspflichten des Störers sich nicht nur auf sein eigenes Personal beziehen, sondern strukturell auf außenstehende Dritte, wie eindrucksvoll, und trotz all ihrer Begrenzungen, die Intermediärhaftung digitaler Plattformen belegt.³⁴⁷ Die darin liegende Verschärfung der Handlungspflicht wird noch dadurch vertieft, dass kein Verschulden des Störers für die erfolgte Rechtsgutsbeeinträchtigung durch den Dritten erforderlich ist – sondern nur seine objektiv bestehende Sorgfaltspflichtenverletzung, deren Umfang freilich stark einzelfallabhängig scheint.³⁴⁸ Rechtsfolge der Störerhaftung ist zunächst eine Unterlassungs- und Beseitigungspflicht in Bezug auf die Störung; muss allerdings der Anspruch gerichtlich durchgesetzt werden, muss der Störer die gesamten Prozesskosten, insbesondere auch die Abmahnkosten tragen. Kommt der Störer freilich seinen Sorgfaltspflichten nicht nach, haftet er auf den daraus folgenden Schaden.³⁴⁹

Wenngleich die Störerdogmatik starke Parallelen zur Dogmatik der Organisationspflichten aufweist, hebt sie sich darin von letzterer ab, dass sie deutlicher auf das Rechtsträgerprinzip als äußere Grenze der Organisationspflichten verzichtet. Dies ist entweder so zu deuten, dass die Störerhaftung eben doch einen eigenständigen Gehalt neben mittelbaren Verletzungshandlungen unter § 823 BGB hat – oder unter einer Einheitslösung, dass auch die Organisationspflichten weiter über den Kreis des Rechtsträgers hinausweisen können, was wie gesagt durchaus auf Linie der europäischen Erweiterungen der Unternehmenshaftung liegt.

ner, FS Medicus, 2009, S. 601 ff.; *ders.*, GRUR 2020, 329, 333 f.; *Schack*, FS Reuter, 2010, S. 1167 ff.; kritisch Spindler/Schuster/Volkmann, § 1004 BGB Rn. 20.

³⁴⁴ Dazu etwa Schricker/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 97 Rn. 80. Zur „Kerntheorie“ des BGH vgl. GRUR 2007, 708 Rn. 47 und 52 – Internet-Versteigerung II; GRUR 2008, 702 Rn. 53 – Internet-Versteigerung III; dazu etwa Klatt, ZUM 2009, 265.

³⁴⁵ Grundlegend BGH GRUR 1964, 94, 96 – Tonbandgeräte-Hersteller; zu berücksichtigen sind eine Vielzahl von Umständen, etwa das Allgemeininteresse an einem reibungslosen Ablauf des Geschäftsbetriebs (BGH GRUR 2001, 1038 – *ambiente.de*) oder die Aufgabenstellung zwischen Intermediär und Verletzer (BGH GRUR 2004, 693 – *Schöner Wetten*); Überblick und Nachweise zur aktuellen Rechtsprechung bei Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, § 97 UrhG Rn. 28 ff.

³⁴⁶ Dazu unten Kapitel 3., B., IV., 6., c

³⁴⁷ Dazu unten Kapitel 3., B., IV., 6., c.

³⁴⁸ Zur Kritik siehe die Nachweise soeben, Fn. 335, Kapitel 2.

³⁴⁹ Vgl. MüKo-BGB/Wagner, § 823 Rn. 854.

VI. Multikausales Großgeschehen

Besondere Zurechnungsprobleme stellen sich mit zunehmender Komplexität des zu beurteilenden Sachverhalts, dies insbesondere mit zunehmender Zahl der Beteiligten.

1. Volle Haftung jedes Beteiligten

a) Keine *causa proxima*

Insbesondere im Technologie- und Umweltkontext stellen sich derzeit gewichtige Fragen von Multikausalität, welche das bestehende deliktsrechtliche System an seine Grenzen zu treiben scheinen.³⁵⁰ Multikausalität bezeichnet eine Situation, in der eine große Anzahl von Akteuren mit unterschiedlich großen Verursachungsbeiträgen zu einem Gesamtschaden beitragen. Zu nennen sind dabei exemplarisch Schäden durch autonome Agenten in vernetzten Systemen, deren Funktionsparameter durch Hersteller, Zulieferer, Nutzer, externe Dienstleister und Dritte determiniert werden. Analog ist bei Umweltschäden, etwa durch sauren Regen oder breiter, die Klimaerwärmung, eine Vielzahl von lokalen und globalen Emittenten von Schadstoffen als Verursacher identifizierbar, deren Beiträge sich erst zum Gesamtschaden aufsummieren.³⁵¹

Im deutschen Deliktsrecht gilt das „Alles oder Nichts“-Prinzip, unter dem jeder kausal Beteiligte im Grundsatz voll auf den gesamten Schaden haftet.³⁵² Insbesondere gibt es im deutschen Schadensrecht keine *causa proxima*, unter welcher nur „schadensnahe“ Kausalbeiträge eine Haftung auslösen.³⁵³ Zwar geht es in Fällen der Multikausalität nicht um die Zurechnung von Rechten und Pflichten in Bezug auf Dritte, wie soeben bei den Organisationspflichten gegenständig, sondern um den Umfang genuin eigener Einstandspflichten. Man kann allerdings in der Anordnung der Gesamtschuld durch §§ 830 Abs. 1 S. 2, 840 Abs. 1 BGB bei Beteiligung Mehrerer trotz bestehender Kausalitätszweifel eine Zurechnung sehen.³⁵⁴ Jedenfalls ist in umgekehrter Perspektive der Zurechnungsausschluss ebenfalls eine Frage der Zurechnung, mithin die Frage, ob ein einzelner mitursächlicher Schädiger wirklich für alle anderen Schädiger mithafteten soll. Die volle Haftung eines CO₂-ausstoßenden Unternehmens für Umweltschäden am anderen Ende der Welt (die Anwendbarkeit deutschen Deliktsrechts unterstellt), drängt Fragen zu den Zurechnungswertungen geradezu auf.

³⁵⁰ Steege, NZV 2021, 6, insbesondere S. 12; Zech, ZfPW 2019, 198, 206 ff.

³⁵¹ Godt, Haftung für Ökologische Schäden, 1997, S. 149 ff.; Keller/Kapoor, BB 2019, 706; MüKo-BGB/Wagner, § 823 Rn. 311.

³⁵² MüKo-BGB/Wagner, § 840 Rn. 3.

³⁵³ Vgl. m.w.N. MüKo-BGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 134; Deutsch/Abrens, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 50.

³⁵⁴ Eher kritisch MüKo-BGB/Wagner, § 830 Rn. 82.

b) Wertungsprobleme

Aus ökonomischer Perspektive ist die Vollhaftung jedes noch so minimal am komplexen Verursachungsgeschehen Beteiligten ein abschreckender Umstand, der Unternehmen vollständig zum Erliegen bringen kann. Hier scheint der Anreizgedanke, durch Haftung zu rechtskonformem Verhalten zu bewegen, ad absurdum geführt, wenn die Aufwendungen zur absoluten Schadensprävention zu teuer oder unmöglich sind.

Auf ethischer Ebene ist eine gewisse Ambivalenz nicht von der Hand zu weisen, insbesondere vor dem Hintergrund des von *Beck* geprägten Gedankens einer „Organisierten Unverantwortlichkeit“: „Merke: das Gift das alle ausstoßen, stößt keiner aus. Je mehr vergiftet wird, desto weniger wird vergiftet“.³⁵⁵ Niemanden für die Endfolgen eines Multikausalen Geschehens haften zu lassen, scheint ebenso wenig wie die Vollhaftung jedes Einzelnen eine adäquate Antwort des Rechtssystems, da dann keinerlei Verhaltensanpassung zu erwarten steht. Zudem gerät eine Lösung über kollektive Versicherungen, den Staat letztendlich, bei globalem Geschehen an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit.³⁵⁶ Andererseits steht das Verhältnismäßigkeitsprinzip der Individualhaftung³⁵⁷ nicht zur Disposition und muss sich die Haftungszuweisung daran messen lassen – die Haftung eines einzelnen Emittenten für die Gesamte Klimaerwärmung wäre nach diesem ausgeschlossen. Die Lösung kann freilich über die einzelnen Haftungstatbestandsmerkmale folgen, steht indes noch nicht abschließend fest; die dogmatische Diskussion ist in vollem Gange.³⁵⁸

2. Normativer Zurechnungsausschluss

a) Konkrete Sorgfaltspflichten

Ein erster Ansatzpunkt ist die Zurechnungsmodifikation durch Festlegung verbindlicher Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Globalschäden, hier für die ge-

³⁵⁵ *Beck*, *Gegengifte*, 1988, S. 218 f.

³⁵⁶ Für die Haftung für künstliche Intelligenz vgl. etwa *Zech*, *ZfPW* 2019, 198, 208 f.

³⁵⁷ Welches durch den Eingriffscharakter der Haftungszurechnung aktiviert wird – dazu noch ausführlich unten Kapitel 5., B.; zum Einfluss des Verfassungsrechts auf das Schadensrecht vgl. m. w. N. *MüKo-BGB/Oetker*, § 249, Rn. 14 f.

³⁵⁸ Der Diskurs um die Haftung für KI ist inzwischen reich und unübersichtlich; vgl. nur: *Spindler*, *CR* 2015, 766; *Zech*, in: *Gless/Seelmann*, *Intelligente Agenten und das Recht*, 1. Aufl. 2016, S. 172, 180; *ders.*, *ZfPW* 2019, 198; *ders.* *Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?*, *Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag Hamburg 2020/Bonn 2022*, 2020; *Wagner*, *AcP* 217 (2017), 707; *ders.* *VersR* 2020, 717; *Hacker*, *RW* 2018, 243; *Denga*, *CR* 2018, 69; zuletzt auch die Monographien von *Sommer*, *Haftung für autonome Systeme*, 2020; *Thöne*, *Autonome Systeme und deliktische Haftung*, 2020; *Lindardatos*, *Autonome und vernetzte Aktanten im Privatrecht*, 2021. Zu den technischen Grundlagen künstlicher Intelligenz kann hier nicht im Einzelnen Stellung genommen werden, vgl. dazu *Russel/Norwig*, *Artificial Intelligence*, 3ed. 2016.

nannten Beispiele Umweltschäden und Schäden durch autonome Agenten. Eine Haftung ist immer dann ausgeschlossen, wenn für bestimmte Arten kausalen Verhaltens verbindlich festgelegt wird, dass sie nicht sorgfaltspflichtswidrig sind. Dies kann durch spezifische Gesetze geschehen, was wegen der Dynamik von Umwelt- und Technologieprozessen freilich eher wenig praktikabel scheint.

Vielmehr dürfte künftig vermehrt das Kriterium der Sozialadäquanz schon auf Ebene der Sorgfaltspflicht eine Rolle spielen. Ist es üblich CO₂ auszustoßen, so könnte man meinen, der Ausstoß allein könnte keine Haftung begründen.³⁵⁹ Ein Staat, der hier keine Grenzwerte vorgibt, wäre allenfalls selbst in der Haftung, wegen Unterlassung seiner staatlichen, zudem wohl nur auf Staatsangehörige beschränkten, Schutzpflichten – auf den einzelnen Akteur könne dieses Regulierungsversäumnis freilich nicht abgewälzt werden, da dieser sich in einem sozialen und historischen Gefüge befindet und seine Erwartung nicht enttäuscht werden darf, dass sozialkonformes wie -übliches Verhalten keine Haftung verursachen kann. Ob solch ein Vertrauensschutz auf Erlaubtheit faktisch schädigenden Verhaltens tatsächlich gilt, ist indes fraglich. Hier können Anleihen aus der Behandlung des Verhaltens Einzelner in Diktaturen gezogen werden – die allgemeine Konformität mit Unrecht unter dem Nationalsozialismus hat nicht zu einer Haftungsfreistellung des Einzelnen geführt, wofür insbesondere die *Radbruchsche* Formel steht.³⁶⁰

b) Herausforderungsfälle

Eine weitere Lösung steht über die deutsche Zurechnungsdogmatik im engeren Sinne bereit, welche in den sog. Herausforderungsfällen eine Haftung für Drittverhalten ausschließt. Die Rechtsprechung stellt bei der Zurechnung einer Rechtsgutsverletzung bei Verhalten vorsätzlich handelnder Dritter grundsätzlich darauf ab, ob eine Sicherungseinrichtung zerstört oder eine Gefahrenquelle geschaffen wurde, die das Eingreifen des Dritten wenigstens tendenziell beeinflusst.³⁶¹ Eine Haftung wird – diametral entgegengesetzt zum Strafrecht – grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wobei sogar unerheblich sein soll, ob das Eingreifen des Dritten rechtswidrig war.³⁶² Ein bloß äußerer Zusammenhang

³⁵⁹ Dazu kritisch etwa *Jentsch*, GesKR 2021, 321, 324 ff., 332 ff.; umfassend und kritisch zu „Klimaklagen“ *Wagner*, Klimahaftung vor Gericht, 2020.

³⁶⁰ *Radbruch*: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe III, 2003, S. 83 ff., 89; *ders.* Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, 105; dazu die FS Walter, 1991, insbes. mit den Beiträgen von *Dreier*, S. 1 ff. und *Wiegand*, S. 23 ff.; international analog die *Fuller-Hart-Debate*, vgl. *Fuller*, Harv. L. Rev. 71 (1958), 630, 636 ff.

³⁶¹ BGH NJW 2014, 2029; OLG Frankfurt, NZV 1995, 354; m. w. N. MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 158.

³⁶² BGH, NJW 1972, 904, 906; NJW 2014, 2029; m. w. N. MüKo-BGB/*Oetker*, § 249 Rn. 157.

zwischen den Beiträgen soll freilich nicht hinreichen.³⁶³ Insbesondere soll das Maß der Beherrschung des Geschehens durch den Dritten die Zurechnung begrenzen, was der BGH in den „Grünstreifenfällen“ klargestellt hat. Dort hatten Dritte einen Unfall als Anlass genommen, um auf einen Grünstreifen neben der Straße auszuweichen und diesen zerfahren – der Unfallverursacher haftet nicht für die Instandsetzung des Rasens.³⁶⁴ Jedenfalls kommen autonome Wirkung und Unberechenbarkeit von KI-Agenten einem solchen Dazwischentreten Dritter sehr nahe. So könnte auch die Haftung von Nutzern für ihr autonomes Werkzeug begrenzt sein. Eine Zurechnung von Rechtsgutsverletzungen durch KI-Agenten gegenüber deren Nutzern scheint unter den Prämissen dieser Herausforderungsfälle zumindest zweifelhaft.

Wenn KI-Agenten über das „Ob und Wie“ ihrer Wirkung entscheiden, kommt das einer Beherrschung des Geschehens durch einen Dritten gleich. Die Zurechnungsbegrenzung hängt dann entsprechend der anerkannten Logik aus den „Grünstreifenfällen“ einzelfallspezifisch vom Grad der Autonomie des KI-Agenten ab. Der Nutzer von KI-Agenten würde für die Autonomie des KI-Agenten als ihm günstige Tatsache die volle Beweislast tragen; prozessual dürften wegen der Rechte geistigen Eigentums die Grundsätze zum Vortrag von Geschäftsgeheimnissen gelten.³⁶⁵ Praktisch relevant werden dürften genaue Funktionsdokumentationen – und subsidiär Sachverständigengutachten.

c) *Proportionalhaftung?*

Eine weitere Lösung aus dem Dilemma der Haftung in multikausalen Geschehen ist die Begrenzung der Haftungshöhe, als ein Ansatz von Rechtsfolgenreise her. Hier wurde zuletzt stark ein Ansatz der Proportionalhaftung vertreten.³⁶⁶ Diese Haftung bedeutet einen Teilschadensersatz aller Akteure nach statistischen Wahrscheinlichkeiten ihres Einflusses auf den Gesamtschaden, und liegt insbesondere bei messbaren, gar vollständig dokumentierten, Technologiesachverhalten nahe.³⁶⁷ Der vorgeschlagenen probabilistischen Proportionalhaftung dürfte letztendlich zweierlei entgegenzusetzen sein: das Modell der Gesamtschuldnerschaft bei auch minimalen Kausalitätsbeiträgen (§ 840 BGB) begünstigt den Geschädigten in Beweisfragen, ein Schutz der nicht ohne weiteres entfallen darf; weiterhin bleiben auch die Berechnungsmethoden und Wahrscheinlichkeitsansätze der Methode noch im Dunkeln.

³⁶³ BGH NJW 2008, 1309; NJW 2012, 928; NJW 2014, 2029.

³⁶⁴ BGH, NJW 1972, 904; vgl. m. w. N. zu den „Grünstreifenfällen“ MüKo-BGB/Oetker, § 249 Rn. 159.

³⁶⁵ Vgl. Stadler, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2017, § 357 Rn. 4.

³⁶⁶ Zu einer ‚systemischen Haftung‘ bereits Spiecker gen. Döbmann, CR 2016, 698, 703.

³⁶⁷ Dazu etwa Sommer, Haftung für autonome Systeme, 2020 § 8 passim; ähnlich Thöne, Autonome Systeme und deliktische Haftung, 2020, S. 254.

VII. Zusammenfassung zur Drittzurechnung im Haftungsrecht

Die Drittzurechnung ist im Haftungsrecht für bedeutsame Fragen der Arbeitsteilung kodifiziert. Die Differenzierungen der §§ 31, 278, 831 BGB werden freilich durch die Ausweitung der allgemeinen Tatbestände zunehmend eingebettet.³⁶⁸ Längst haben die Organisationspflichten die Funktion eines *respondeat superior* übernommen, inzwischen ist auch die Störerhaftung so weit gezogen, dass eine Einstandspflicht sogar für fremde Dritte zumindest in Ansätzen erkennbar ist – der Satz von *Canaris*: „für Dritte ist nicht einzustehen“, ist längst nicht mehr allgemeingültig. Wichtige, bisweilen verkannte Drittzurechnungsfragen enthalten auch die §§ 830, 840 BGB: durch Anordnung der Gesamtschuld.

Der Anwendung dieser Zurechnungsnormen liegt eine Gemengelage verschiedener Wertungen zu Grunde; prägend bleibt der vor allem ethisch konnotierte Verantwortungsgedanke, der verschiedene Ausprägungen erfahren hat. Ihm ist bei Einsatz von Hilfspersonen und von Organen letztendlich auch das Lasten-Nutzen-Paradigma zuzuordnen sowie eine verantwortungsbezogene Sphärenbildung. Keine der Zurechnungsfiguren kommt allerdings ohne eine Willensbetätigung bei der Eröffnung einer Risikosphäre aus – der Prinzipal muss die Verrichtungshandlungen eines Dritten wenigstens faktisch dulden (§§ 278, 831 BGB), das Organ der Gesellschaft muss sogar „verfassungsmäßig berufen“ sein (§ 31 BGB) und die Organisationspflichten knüpfen an die willentliche Errichtung und Führung der Organisation an. Auch die Zurechnung der gesamten Haftungsfolge aus § 830 BGB knüpft an den Willen der deliktischen Zusammenwirkung an. Allein bei der Störerhaftung und ihrer sehr weiten Anordnung von Sorgfaltspflichten gerät der Willensaspekt bisweilen wegen der starken Bezüge zum Unterlassen in den Hintergrund, ist allerdings in den wichtigen Fällen der Intermediärhaftung im Internet durch das Erfordernis positiver Kenntnis von Störungen Dritter, welches letztendlich die Prüfpflichten auslöst, rudimentär gewahrt. Auf diese Weise kann auch dem allgemeinen Angemessenheitserfordernis Genüge getan werden – eine Haftung für Dritte ohne deren Kontrolle oder Verhinderungsmöglichkeit scheint grundrechtlich nur schwer möglich.³⁶⁹ Ökonomische Wertungen können die Ergebnisse des Deliktsrechts für Mehrpersonenkonstellationen plausibel nachzeichnen, scheinen jedoch bislang in der Praxis kein erhebliches Gewicht gewonnen zu haben.³⁷⁰

Bedeutsam ist der Umstand, dass mit der Ausweitung der Unternehmenshaftung unter § 31 BGB und über ihn hinaus, im Wege der Organisationspflichten, rechtspolitische Wertungen überspielt wurden und die historisch intendierte Privilegierung von Arbeitsteilung Stück für Stück zurückgenommen

³⁶⁸ Auf den Punkt *Wagner*, JZ 2017, 522, 525.

³⁶⁹ Zur Zurechnung als Grundrechtseingriff vgl. unten, Kapitel 5., B.

³⁷⁰ Vgl. MüKo-BGB/*Oetker*, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 12 f.

wurde; damit hat die deutsche Haftungsrechtsdogmatik ihre Gestaltungshoheit unter Beweis gestellt, eine Souveränität, die ihr im Europäischen Mehrebenensystem schon wegen des Auslegungsmonopols des EuGH für das Europarecht nicht zustehen wird können. Dies wird insbesondere für Fragen des Trennungs- und Rechtsträgerprinzips gelten, das von der deutschen Literatur intensiv verteidigt wird, letzten Endes indes gegen wichtige Gründe des Gemeinwohls abwägbar sein dürfte. Offene Fragen sind insbesondere noch bei multikausalen Großgeschehen zu erkennen, wo nach dem richtigen dogmatischen Zugriff auf die Ausgleichsfrage zwischen umfassender Haftung und effizienter Verhaltenssteuerung, oder in ethischen Kategorien: angemessener Verantwortung, zu suchen ist.

C. Bereicherungsrecht

I. Funktion und Grundgedanken

Die §§ 812–822 BGB halten eine Ausgleichsordnung für Fälle bereit, in denen ein Rechtsträger ohne rechtlichen Grund etwas aus dem Vermögen eines anderen erlangt hat.³⁷¹ Zentral ist dabei die Rückforderung von Leistungen, etwa der Besitz- oder Eigentumsverschaffung oder der Abtretung von Forderungen, auf die kein Anspruch bestand, weil sie ohne oder auf Grund fehlender Verpflichtung erbracht worden sind. Verschulden ist kein Kriterium. Das Bereicherungsrecht verhilft damit insbesondere dem Trennungs- und Abstraktionsprinzip zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Ebene unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zur Wirksamkeit im Fehlerfall: nicht der Fehler im Verpflichtungsgeschäft korrigiert als Automatismus die dingliche Rechtslage, dafür muss erst ein Bereicherungsanspruch geltend gemacht werden, so zumindest in der Regel.³⁷² Dadurch wird insbesondere der gutgläubige Zwischenerwerb ermöglicht.³⁷³ Allerdings ist das Bereicherungsrecht nicht auf diese Funktion zu beschränken, was schon der weite Umfang des Leistungsbegriffs verdeutlicht – dieser erfasst nämlich nicht allein Verfügungen, sondern a priori auch alle Reallakte.³⁷⁴ In der Rechtstatsächlichkeit wohl häufigstes Beispiel ist die Übertragung

³⁷¹ Systematischer Überblick bei Staudinger/Lorenz, Neub. 2007, Vorbem. §§ 812 ff. Rn. 1; Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rn. 660–665; Larenz/Canaris, SchuldR II § 67.

³⁷² Zur Ausnahme der Fehleridentität von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft vgl. MüKo-BGB/Busche, § 142 Rn. 15.

³⁷³ Grüneberg/Sprau, Einf. v. § 812 Rn. 1.

³⁷⁴ Zum Bereicherungsrecht als abschöpfendes „Spiegelbild des Schadensrechts“ vgl. grundlegend Fischer, FS Zitelmann, 1913, S. 1, 3; v. Caemmerer, FS Rabel, Bd. I, 1954, S. 333, 334f.; Larenz/Canaris, SchuldR BT II § 67 I 1b, 128. Zum Restitutionsgedanken im Bereicherungsrecht vgl. Kaehler, Bereicherung und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution, 1972, S. 15f., 128ff.; Costede, Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, 1977, S. 41 ff.

von Buchgeld.³⁷⁵ In einer digitalisierten Wirtschaft rücken auch nichtkörperliche Dienstleistungen und Daten in den Fokus.³⁷⁶ Nach der heute herrschenden Trennungslehre sind von bereicherungsrechtlichen Ausgleichsansprüchen in Folge rechtsgrundloser Leistung, Ansprüche aus sonstigem Eingriff, schon vom historischen Gesetzgeber als Fälle „sonstiges grundloses Haben“ erfasst,³⁷⁷ verschieden zu behandeln.³⁷⁸ An dieser Trennung vollzieht sich auch die übliche Unterscheidung zwischen Restitutions- und Abschöpfungsfunktion des Bereicherungsrechts.³⁷⁹

II. Mehrpersonenverhältnisse im Bereicherungsrecht

1. Mehrpersonenverhältnisse als Problem der Drittzurechnung

Mehrpersonenkonstellationen bei der Rückabwicklung ungerechtfertigter Vermögensverschiebungen stellen Wissenschaft und Praxis seit jeher vor erhebliche Probleme.³⁸⁰ Dabei geht es in erster Linie um die Frage, auf welchem Wege die Rückabwicklung von Leistungen bei Fehlern im Verpflichtungsgeschäft erfolgen kann – ob also ein direkter Anspruch des Bereicherungsgläubigers gegen den ungerechtfertigt Bereicherten vorliegt, oder ob allein streng relational in der Kette der Rechtsbeziehungen kondiziert werden kann.³⁸¹ Daraus folgt ein Zurechnungsproblem zwischen mehreren Rechtsträgern im hier maßgeblichen Sinne.³⁸² Denn es stellt sich die Frage, welchem Rechtsträger der direkte Bereicherungsanspruch gegen den Letztbereicherten zusteht. Das Konkurrenzverhältnis besteht freilich nur dann, wenn es sich um denselben Leistungsgegenstand handelt.

Die praktische Relevanz der Frage zeigt sich, wenn man bedenkt, dass bei arbeitsteiligen Unternehmungen häufig ein Dritter eingeschaltet wird, um bei Verrichtungen zu unterstützen. Die zentrale Zurechnungsfrage ist, ob und wie der Einsatz von Hilfspersonen jeder Art und von Organen sich auf die bereicherungsrechtliche Position des Prinzipals auswirkt. Klärungsbedürftig für den

³⁷⁵ Dazu MüKo-BGB/Grundmann, §§ 244, 245 BGB Rn. 6 ff.

³⁷⁶ Zum Bereicherungsrecht in der Datenwirtschaft, Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 514.

³⁷⁷ Etwa hat der E I (§ 748) „sonstiges grundloses Haben“ als Terminus verwendet, womit Bereicherungen ohne den rechtsgültigen Willen des Entreicherten gemeint waren (Mot II 851).

³⁷⁸ Zum Meinungsstand MüKo-BGB/Schwab, § 812 Rn. 43–46.

³⁷⁹ Dazu Grüneberg/Sprau, 81. Aufl. 2021, Einf. v. 812 Rn. 1.

³⁸⁰ Eindrücklich Jakobs, NJW 1992, 2524; Wilhelm, JZ 1994, 585; relativierend, mit starker Systematisierung, allerdings allein an zwei Grundkategorien ausgerichtet Lorenz, JuS 2003, 729 und 839; umfassender Überblick zur Rechtsprechung bei Grüneberg/Sprau, § 812, Rn. 54–67.

³⁸¹ Grüneberg/Sprau, § 812, Rn. 54.

³⁸² Zum Zurechnungsbegriff nach Kelsen, vgl. oben, Kapitel 1., B., II.

Bedarf einer zunehmend vernetzten Wirtschaft scheint, ob das Bereicherungsrecht die verschiedenen organisatorischen Maßnahmen bei Transaktionen adäquat abbilden kann,³⁸³ und ob die Zurechnung – kehrseitig ihre Versagung – von Rechtsfolgen hinreichend vorhersehbar ausgestaltet ist. In jedem Fall ist diese Problematik bedeutsam für Drittzurechnung im Unternehmensrecht, weshalb die aus ihrer Analyse gezogenen Erkenntnisse in die Gesamtwürdigung der Zurechnung als Rechtsfunktion zur Ordnung von Mehrpersonenverhältnissen einfließen müssen.

2. Überblick und Systematisierung

Bereicherungsrückabwicklungen sollen vorrangig entlang der Leistungsverhältnisse erfolgen; ein direkter Durchgriff im Mehrpersonenverhältnis soll bei Vorliegen einer Leistung, mit Ausnahme der Fälle unentgeltlicher Zuwendung unter § 822 BGB, ausgeschlossen sein, da die Eingriffskondiktion nach der Wertung des § 816 BGB und der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb nachrangig ist.³⁸⁴ In weiten Teilen der Literatur hat eine begriffliche Lösung der bereicherungsrechtlichen Mehrpersonenproblematik anhand des Tatbestandsmerkmals der „Leistung“ Zustimmung gefunden. Leistung wird dabei verstanden als „bewusste, zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens“.³⁸⁵ Zentral ist hierfür insbesondere das faktische Element der Tilgungsbestimmung, auf welches analog die Grundsätze der Rechtsgeschäftslehre Anwendung finden sollen; mittels der Tilgungsbestimmung kann zwischen mehreren möglichen Leistungsrichtungen unterschieden werden.³⁸⁶ Freilich kommt diese Lehre nicht ohne Hilfskonstruktionen aus, wie insbesondere die „Lehre vom Empfängerhorizont“, die etwa einfache Zuwendungen von echten Leistungen absondern und die Leistungsrichtung bestimmen soll.³⁸⁷

Gegen diesen, beinahe begriffsjurisprudenziellen,³⁸⁸ Ansatz und seine Inkonsistenzen wendete sich schon früh *Canaris*. Maßgeblich seien vielmehr prinzipielle Wertungen hinter dem System der §§ 812 ff. BGB. Tragend sei dabei insbesondere der Gedanke, dass im Grundsatz die freie Wahl der Geschäfts-

³⁸³ Zu den Zurechnungsproblemen im Unternehmensrecht vgl. Kapitel 2.

³⁸⁴ Etwa *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 727; allerdings bestehen auch hier Restunschärfen, vgl. etwa BGHZ 55, 128 („Flugreisefall“); zur Trennungslehre etwa MüKo-BGB/Schwab § 812 Rn. 43 ff.

³⁸⁵ Gefestigte Rechtsprechung seit BGHZ 58, 184, 188; vgl. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 666.

³⁸⁶ Die Tilgungsbestimmung ist auch anfechtbar, *Thier*, AcP 203 (2003), 399, 422 f.; *Tiedtke/Schmitt*, JZ 2004, 1092, 1098; A. A. *Wiese*, AcP 206 (2006), 902 ff.

³⁸⁷ Etwa: BGH NJW 2018, 1079 Rn. 17; NJW 2016, 2260; NJW 2005, 60; grundlegend der „Hemdenfall“, BGH NJW 1974, 1133; „Schematisierung“ unzulässig BGHZ 89, 376, 381 (dazu die Anmerkung v. *Canaris*, JZ 1984, 625; vgl. *Grüneberg/Sprau*, § 812, Rn. 54.

³⁸⁸ Mit dieser Kritik etwa auch *Lorenz*, JuS 2003, 839, 844.

partner beachtet werden muss. Dies äußert sich dreifach relational: im Erhalt der Einwendungen aus einem fehlerhaften Kausalverhältnis, in der Abwehr der Einwendungen aus einem fremden Rechtsverhältnis und in der Verteilung des Insolvenzrisikos entsprechend der rechtsgeschäftlichen Auswahl der Parteien.³⁸⁹

Die Rechtsprechung hingegen hat eine reiche Vielfalt von Fallgruppen für die problematischen Mehrpersonenverhältnisse gebildet und zieht sich vermittelnd auf die Position zurück, dass unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes und der Risikoverteilung zwischen den Beteiligten, die für eine sachgerechte bereicherungsrechtliche Abwicklung wesentlichen Besonderheiten des Einzelfalls zu beachten seien.³⁹⁰ Insbesondere folge aus dem Fehlen einer Leistung im Mehrpersonenverhältnis nicht ohne Weiteres die Möglichkeit einer direkten Eingriffskondition gegen den Bereicherten, sondern es müsse stets nach „wertenden Kriterien“ zugeordnet werden.³⁹¹

Hieraus folgt freilich, dass die Analyse der Zurechnung im Bereicherungsrecht trotz der von *Canaris* aufgeworfenen Wertungsgesichtspunkte vom vorrangigen Spezialtatbestand der Leistungskondition ausgehen muss. Auf den Punkt bringt das Konzept von Leistung als Zurechnungsfaktor in Mehrpersonenverhältnissen *Stolte*: „Wem diese für Mehrpersonenverhältnisse aufgestellten Regeln zu umfangreich scheinen und stattdessen kurze schlagwortartige Formulierungen wünscht, mag sagen: Leistung ist Zurechnung aufgrund wirksamer Veranlassung bzw. aufgrund von Rechtsscheintatbeständen, auf die der Empfänger vertrauen darf.“³⁹²

III. Zentrale Zurechnungsnormen

1. § 816 Abs. 1 S. 1 BGB

a) Anwendungsbereich

§ 816 Abs. 1 S. 1 BGB stellt die systematischen Weichen für die Logik von Mehrpersonenverhältnissen im Bereicherungsrecht; denn die Vorschrift legt fest, dass nur innerhalb der Leistungsbeziehungen kondiziert werden darf: der verfügende Nichtberechtigte, ist „dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet.“ Damit rechnet die Norm die primäre Kondiktionsbefugnis dem verfügenden Nichtberechtigten zu, an ihn muss sich der Berechtigte halten, wenn die Verfügung ihm gegenüber wirksam ist – eine Eingriffskondition gegen den Dritten kann der Berechtigte im Grundsatz nicht geltend machen. Der Inhalt des Anspruchs des Berechtigten ist auf den wirt-

³⁸⁹ *Canaris*, FS Larenz, 1973, S. 799ff.; *ders.*, WM 1980, 354, 367ff.; kritisch allerdings *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 274ff.

³⁹⁰ Kritisch zu dieser „Verweigerungsformel“, *Schwab*, JZ 2018, 524.

³⁹¹ BGH NJW 1982, 173; 1984, 2205; 2015, 229 – mit Verweis auf RGZ 158, 394, 401ff.

³⁹² *Stolte*, JZ 1990, 220, 226.

schaftlichen Wert des durch den nichtberechtigt Verfügenden gerichtet – nicht hingegen auf den Kondiktionsanspruch des nichtberechtigt verfügenden Dritten („keine Kondiktion der Kondiktion“).³⁹³ Die aus der Norm folgende Zurechnungsordnung der Anspruchsberechtigungen kennt freilich Einschränkungen. So rechnet § 816 Abs. 1 S. 2 BGB die Leistungskondiktion dem Berechtigten doch zu, wenn der Nichtberechtigte unentgeltlich verfügt hat.

b) Zu Grunde liegende Wertungen

Schutzziel der Norm ist die Ermöglichung gutgläubigen Erwerbs vom verfügenden Nichtberechtigten durch Dritte.³⁹⁴ Damit rückt der abstrakte Verkehrsschutz, die Funktionalität des Marktes für dingliche Rechte, in den Vordergrund. Die Dispositionen des Dritten, in Form nicht nur des Gegenleistungswertes, sondern auch der Transaktionskosten für die Abwicklung der Verfügung, können auf diese Weise geschützt werden.³⁹⁵ Die Wirksamkeit seines Erwerbs soll allein von seinem Verhältnis zum nichtberechtigt Verfügenden abhängen, transaktionskostenerhöhende Nachforschungen außerhalb dieses Verhältnisses sollen nur soweit relevant sein, als dass sie sich auf die Gutgläubigkeit des Erwerbenden auswirken könnten. Hier ist freilich nicht zu viel zu verlangen – Informationen, die zur Verfügungsbefugnis vorliegen, dürfen lediglich nicht auf eine Nichtberechtigung hinweisen, Maßstab sind Kennen und Kennenmüssen,³⁹⁶ ansonsten sind eigene Nachforschungen nur in besonderen Verdachtsfällen geboten.³⁹⁷

Allerdings soll der Schutz des gutgläubigen Zweiterwerbs nur insoweit wirken, als die Verfügung entgeltlich erfolgte, § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Dass ohne Preis grundsätzlich auch kein Schutzbedürfnis besteht, dürfte allerdings nur richtig sein, wenn man davon ausgeht, dass ohne vermögensrechtliche Gegenleistung immer auch weniger Transaktionskosten entstehen. Wenn die Gegenleistung des Dritten indes nicht ökonomisch quantifizierbar ist, sondern rein sittlich-sozial, bleiben seine entstehenden Transaktionskosten außen vor.³⁹⁸ Abgestellt wird für den Tatbestand in der Tat allein auf konkrete, entgeltliche Ge-

³⁹³ Wegen der Doppelung von Einwendungen, grundlegend *Canaris*, FS Larenz, 1973, S. 799, 811; *Meyer*, Der Bereicherungsausgleich in Dreiecksverhältnissen, 1979, S. 32 ff., 47 ff.

³⁹⁴ Mit einer binären Perspektive, auch die Sicht des Verfügenden einbeziehend und für diesen zutreffend auf einen Eingriff abstellend, MüKo-BGB/*Schwab*, § 816 Rn. 1–5.

³⁹⁵ In Ansätzen auch *Roethoef*, AcP 163 (1964), 215, 220 ff.; die Entstehungsgeschichte der Norm lässt sich in dieser Perspektive umfassenden Verkehrsschutzes lesen, *Staudinger/Lorenz*, 2007, § 816 Rn. 1–3.

³⁹⁶ Zu den Anforderungen an den guten Glauben MüKo-BGB/*Oechsler*, § 932 Rn. 39.

³⁹⁷ Maßgeblich ist eine Einzelfallbetrachtung, *Staudinger/Heinze*, 2020, vor §§ 932 ff. Rn. 9 und § 932 Rn. 37, 52 stellt auf eine „Interdependenz von Rechtsschein und gutem Glauben“ ab.

³⁹⁸ Dazu *Roethoef*, AcP 163 (1964), 215; vgl. insbesondere die „unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten“, BGHZ 82, 227, 232 ff.; BGHZ 115, 132, 137.

genleistungen.³⁹⁹ Die Rückabwicklungsregime der §§ 1298, 1301 BGB bezüglich Zuwendungen während eines Verlöbnisses zeigen hingegen deutlich, dass dies nicht zwingend im System des BGB angelegt ist. Im hier interessierenden Bereich des Unternehmensrechts stellt sich die Frage sonstiger Gegenleistungen in der Kontaktpflege unter Geschäftspartnern in Hinblick auf künftige Verbindungen jedoch analog wie im Recht des Verlöbnisses.

2. § 822 BGB

a) Anwendungsbereich

§ 822 BGB regelt den Sonderfall der unentgeltlichen Weitergabe des Erlangten durch den Empfänger an einen Dritten. Wie § 816 Abs. 1 S. 2 BGB ist auch § 822 BGB als Bestätigung der Regel zu verstehen, wonach in der Bereicherungskette eine die einzelnen Glieder überspringende Leistungskondition nicht gewährt wird.⁴⁰⁰ Im Unterschied zu § 816 Abs. 1 S. 2 BGB verfügt unter § 822 BGB der Empfänger als Berechtigter an einen Dritten, der allerdings nur subsidiär haftet, wenn der Berechtigte entreichert ist.⁴⁰¹ Dadurch wirkt sich die Norm insbesondere bei Leistungsversprechen an Dritte aus.⁴⁰²

b) Zu Grunde liegende Wertungen

Überwiegend wird in der Literatur auf einen doppelten Normtelos hingewiesen: zum einen das Restitutionsinteresse des Bereicherungsgläubigers, zum anderen die mangelnde Schutzwürdigkeit des Dritten.⁴⁰³ Der Erwerb des Dritten würde sich ansonsten als „Bereicherung des letzteren auf Kosten des Benachteiligten“ darstellen.⁴⁰⁴ Da § 822 BGB auch berechnete Verfügungen betrifft, geht es allerdings nicht mehr um den Verkehrsschutz, denn die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb spielen keine exklusive Rolle, so dass der rechtsökonomisch gebotene Schutzzweck in Richtung der Marktfunktionalität nicht allein maßgeblich sein kann – es geht vielmehr insbesondere um den ethisch motivierten Ausgleich zwischen dem ersten und letzten Glied der Leistungskette.⁴⁰⁵

³⁹⁹ Etwa MüKo-BGB/Schwab, § 812 Rn. 66 ff.

⁴⁰⁰ Bereits RGZ 73, 173, 177.

⁴⁰¹ MüKo-BGB/Schwab, § 822 Rn. 9; Staudinger/Lorenz, 2007, § 822 BGB Rn. 3.

⁴⁰² MüKo-BGB/Schwab, § 812 Rn. 232 ff.

⁴⁰³ Vgl. dazu Larenz/Canaris, SchuldR BT II § 69 V 1a, 195; Staudinger/Lorenz, 2007, § 822, Rn. 3, 11.

⁴⁰⁴ Prot VI 211; dazu Staudinger/Lorenz, § 822 BGB Rn. 2.

⁴⁰⁵ So auch mit rechtsvergleichenden Erwägungen Staudinger/Lorenz, § 822 BGB Rn. 6.

IV. Zurechnung durch den Leistungsbegriff

Wie dargelegt ist Schlüsselbegriff der bereicherungsrechtlichen Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen der Leistungsbegriff. Hier sollen die wichtigsten Fallgruppen auf ihre Wertungen hin untersucht werden.

1. Leistungsketten

Grundfall der mehrpoligen Bereicherungsverhältnisse sind Leistungsketten, bei denen keine direkte Beziehung zwischen dem ersten und dem letzten Glied und auch kein Subordinationsverhältnis zwischen den einzelnen Gliedern besteht.⁴⁰⁶ Leistungsketten bilden den Grundfall von Lieferketten im Unternehmensleben ab. Diese Konstellation ist unproblematisch mit den oben genannten Prinzipien lösbar – es gilt der Vorrang der Leistungskondition, entlang der Leistungsbeziehungen. Bei Nichtigkeit eines der Kausalverhältnisse kann eine Kondition unzweifelhaft nur zwischen den Partnern der jeweiligen Verhältnisse erfolgen. Für eine Zurechnung der Rechtsfolgen auf Parteien außerhalb der jeweiligen Beziehungen besteht kein Grund, soweit kein Subordinationsverhältnis zwischen den Gliedern der Leistungskette vorliegt.

Ausgangspunkt der Fallgruppe ist freilich, dass es sich um separierte Rechtsträger handelt, die eigene Vertragspflichten erfüllen können. Setzt ein Rechtsträger allerdings seine verfassungsmäßigen Organe ein, ist schon keine Kette mehr gegeben, sondern liegt ein einfaches bilaterales Verhältnis und ein einheitlicher Bereicherungsvorgang vor. Und unzweifelhaft wird auch das Verhalten von Hilfs- oder Zwischenpersonen als eigenes Leistungs-Verhalten des Geschäftsherren gewertet, wobei maßgeblich sein soll, ob nur dessen Vermögen durch die Leistung an den Empfänger geschmälert wird, und nicht auch das Vermögen der Hilfsperson.⁴⁰⁷ Dies ist überzeugend, denn nur wer entreichert ist, kann auch Kondiktionsansprüche stellen.⁴⁰⁸ Auf die rechtliche Wirksamkeit des Verhältnisses zwischen Geschäftsherren und Hilfsperson bzw. Organ, soll es hierfür nicht ankommen.⁴⁰⁹

Bei einem Mangel in allen Verhältnissen, bezeichnet für dreigliedrige Ketten als „Doppelmangel“, sollte eine „Kondition der Kondition“ ausgeschlossen sein, um dem ersten Glied nicht das Insolvenzrisiko des letzten Gliedes aufzubürden und es nicht den Einwendungen des letzten Gliedes auszusetzen. Daher bezieht sich der Kondiktionsanspruch des ersten gegen das zweite Glied in der

⁴⁰⁶ Dazu *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn.669ff.; *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 56.

⁴⁰⁷ BGH NJW 1961, 1461; *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 55.

⁴⁰⁸ Verschlüsselt im Merkmal durch Leistung oder „in sonstiger Weise auf dessen Kosten“, § 812 Abs. 1 S. 1 BGB.

⁴⁰⁹ BGH NJW 2012, 3366.

Leistungskette auf den Sachwert der Leistung des ersten Gliedes, nicht auf die Kondiktionsansprüche des zweiten.⁴¹⁰

2. Anweisungsfälle

Die seit jeher problematischen Anweisungsfälle, die allerdings für die Mehrpersonenkonstellationen im Bereicherungsrecht Modellcharakter haben, sind als Dreiecks-Konstellation zu fassen. Darin veranlasst ein Schuldner, der „Anweisende“, tatsächlich oder vermeintlich eine andere Person, den „Angewiesenen“, an seinen tatsächlichen oder vermeintlichen Gläubiger, den „Anweisungsempfänger“, eine Zuwendung zu erbringen. Ein einheitlicher Leistungsvorgang liegt nicht vor, weil der Angewiesene zwar auf Rechnung des Anweisenden, indes aus seinem eigenen Vermögen an den Anweisungsempfänger leistet.⁴¹¹ Die Zuwendung des Angewiesenen stellt eine „doppelte Wertbewegung“ insoweit dar, als sie Leistung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisenden im Deckungsverhältnis ist und Leistung des Anweisenden gegenüber dem Anweisungsempfänger im Valutaverhältnis.⁴¹² Im Grundsatz kann der Angewiesene daher nicht direkt vom Anweisungsempfänger kondizieren, sondern muss sich an den Anweisenden halten. Neuralgisch sind freilich Fälle fehlerhafter Anweisung.⁴¹³ Wird etwa die Anweisung an eine Bank zur Auszahlung an einen Gläubiger in Form eines Schecks⁴¹⁴ vor der Auszahlung widerrufen, könnte ein Kondiktionsanspruch der Bank gegen den Gläubiger in Betracht kommen, wenn dieser den Scheck einlöst. Der BGH entscheidet dies anhand der Schutzwürdigkeit des Gläubigers, am Maßstab eines ideellen Empfängerhorizonts – wusste der Gläubiger, dass die Anweisung widerrufen wurde, so kann er nicht von einer Leistung des Schuldners ausgehen und kann einer Eingriffskondiktion der Bank ausgesetzt werden.⁴¹⁵ Das Tatbestandsmerkmal der Rechtsgrundlosigkeit entscheidet so über das Bestehen des Kondiktionsanspruchs an sich; das Tatbestandsmerkmal des Vertrauensschutzes wiederum entscheidet in den Fällen der fehlerhaften Anweisung über das Vorliegen einer Leistung und damit die Zurechnung des Kondiktionsanspruchs zu einem von

⁴¹⁰ Der BGH arbeitet freilich mit der „Kondiktion der Kondiktion“, BGH NJW 1961, 2251; ZIP 1990, 915 (918); dazu auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 673; *Staudinger/Lorenz*, § 812 Rn. 55; *MüKo-BGB/Schwab*, § 812 Rn. 64, 86–89; früh schon *Flume*, AcP 199 (1999), 1, 16; *Pinger*, AcP 179 (1979), 301, 319; *Rengier*, AcP 177 (1977), 418, 445.

⁴¹¹ *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 57; zum „untechnischen“ Anweisungsbegriff *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 674.

⁴¹² *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 57.

⁴¹³ Etwa BGHZ 61, 289; *Wilhelm*, AcP 175 (1975), 304.

⁴¹⁴ Scheck und Wechsel sind nach §§ 675c III iVm § 1XNr. 6a und b ZAG keine Zahlungsdienste, sodass die Wertung der §§ 675j, 675u BGB bei ihnen an sich nicht gilt; zum Einfluss des Zahlungsdiensterechts sogleich.

⁴¹⁵ BGHZ 61, 289; BGHZ 87, 393. Zur Kondiktion der Bank als Eingriffskondiktion vgl. BGHZ 176, 234 Rn. 25, 27; dazu *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 676.

mehreren Rechtsträgern, die allesamt wirtschaftlich nach Ausgleich der identischen ungerechtfertigten Vermögenslage streben. In der Literatur wird dieses Ergebnis bestätigt, ergänzt um die Erwägung, dass der Schuldner den Rechtschein nicht wirksam beseitigt habe.⁴¹⁶

Betrachtet man die ebenfalls neuralgischen Fälle des gänzlichen Fehlens von Anweisungen, so tritt ein Weiteres mit Deutlichkeit hinzu: zahlt eine Bank ohne Anweisung des Schuldners an dessen Gläubiger auf eine tatsächlich bestehende Schuld, so soll die Bank, und nicht der Schuldner, einen Kondiktionsanspruch direkt gegen den Gläubiger haben.⁴¹⁷ Dies wird damit begründet, dass ohne Anweisung schlicht keine dem Schuldner „zurechenbare Leistung“ bestehe.⁴¹⁸ Im hiesigen funktionalen Verständnis von Zurechnung kann dem Schuldner die Rechtsfolge der vorrangigen Leistungskondition nicht zugerechnet werden.⁴¹⁹ Dies soll auch gelten, wenn der Gläubiger gutgläubig auf das Bestehen einer Anweisung vertrauen konnte – liegt keine Anweisung vor, ist also ihr Rechtsschein nicht „zurechenbar“ durch den Schuldner gesetzt, so kann die Rechtsfolge der Leistungskondition nicht ihm, zu Lasten der Bank, zugerechnet werden.⁴²⁰ Diese Lösung wird bislang überwiegend im Sinne einer Interessenabwägung interpretiert: die Interessen des nur zum Schein anweisenden Schuldners hätten gegenüber den Interessen des gutgläubigen Gläubigers Vorrang, der hinreichend über die Entreicherungseinrede des § 818 Abs. 3 BGB geschützt sei.⁴²¹ Eine materielle Wertentscheidung ist indes nicht zu finden – dabei wird sie aus dem Vergleich zu Fällen der fehlerhaften Anweisung klar ersichtlich: denn dort liegt eine Willensbetätigung des Schuldners überhaupt vor, bei den Fällen fehlender Anweisung fehlt sie vollständig. Damit wird das Primat der Willensfreiheit im Privatrecht in Fällen der Drittzurechnung des Bereicherungsrechts durchgesetzt – ohne Willensbetätigung keine positive Zurechnung des direkten Kondiktionsanspruchs.⁴²² Der private Wille ist nicht betätigt, und entsprechend ist keine Leistungskondition des Schuldners eröffnet, wenn sei-

⁴¹⁶ In diese Richtung: *Larenz/Canaris*, SchuldR II 2 § 70 IV 3a, S. 230f.; *Bamberger/Roth/Wendehorst*, § 812 Rn. 236; *Beck*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, 2008, S. 487ff.

⁴¹⁷ In Form einer Nichtleistungskondition, da die Bank keinen eigenen Leistungszweck gegenüber dem Gläubiger verfolgt, sondern nur gegenüber dem Schuldner, BGH NJW 2011, 66 Rn. 32f.; *Lorenz*, JuS 2003, 839, 840.

⁴¹⁸ Etwa *MüKo-BGB/Schwab*, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 95–97.

⁴¹⁹ BGHZ 66, 362; 66, 372; 67, 75; BGH NJW 1987, 185; im Lastschriftverkehr BGH NJW 2011, 1434 im Anschluss an BGHZ 167, 171; dazu *Hager*, JA 2006, 738, 740; *Würdinger*, JuS 2007, 418, 421; kritisch *MüKo-BGB/Schwab*, § 812 Rn. 146; vgl. zur Beweislast BGH NJW 2011, 2130.

⁴²⁰ BGHZ 176, 234 Rn. 10; BGH NJW 2011, 66 Rn. 32; *Larenz/Canaris*, SchuldR II 2 § 70 IV 2; *Langenbucher*, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, 2001, S. 176.

⁴²¹ BGHZ 147, 145, 149ff.; 152, 307, 312; 158, 1, 5ff.; *MüKo-BGB/Schwab*, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 127, der freilich den Willen des Anweisenden stark in seine Argumentation einbezieht.

⁴²² Dazu *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 147ff.

ne Anweisung vorgetäuscht,⁴²³ gefälscht⁴²⁴ oder nicht unterschrieben ist,⁴²⁵ sowie in Fällen fehlender Geschäftsfähigkeit.⁴²⁶

Für Fälle der Banküberweisung und Zahlungsdienste im Allgemeinen ist das Primat des Willens inzwischen auf Grund der ersten Zahlungsdiensterichtlinie auch im Tatbestandsmerkmal der „Autorisierung“ nach § 675j Abs. 1 BGB verschlüsselt.⁴²⁷ Der Unterschied zur alten Rechtslage, jedenfalls für Zahlungsdienste, liegt darin, dass der Vertrauensschutz des Empfängers nicht mehr nur bei fehlenden, sondern auch bei fehlerhaften Anweisungen nicht mehr relevant ist. Die Bank kann direkt eine Eingriffskondiktion gegen ihn geltend machen.⁴²⁸

3. Leistung auf fremde Schuld

Bei der Leistung auf fremde Schuld nach den §§ 267, 268 BGB entsteht ein Dreiecksverhältnis, wenn der Zuwendende dem Gläubiger gegenüber keine eigene Verbindlichkeit erfüllen will, sondern nur diejenige des Schuldners. Wird die Zuwendung durch eine solche Tilgungsbestimmung des Zuwendenden dem Schuldner zugeordnet, wird diesem auch die Direktkondiktion zugerechnet.⁴²⁹ Leistet der Zuwendende auf eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Schuldner, so besteht nur in ihrem Verhältnis eine Leistung und ein entsprechender Kondiktionsvorrang.⁴³⁰ Maßgeblich für die Bestimmung der Leistungsbeziehungen soll erneut der Empfängerhorizont sein.⁴³¹

Probleme ergeben sich, wenn im Valutaverhältnis kein Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner besteht. Für eine Rückabwicklung nur zwischen Schein-Schuldner und Schein-Gläubiger spricht, dass zwischen beiden besser zu klären ist, ob eine Schuld besteht.⁴³² Anders dürfte es liegen, wenn der Schein-Schuldner überhaupt keine Veranlassung für die Leistung des Zuwendenden an den Schein-Gläubiger gegeben hat: dann liegt ein Vergleich mit der

⁴²³ BGHZ 152, 307, 312; dazu *Löhnig*, JA 2003, 270f., *K. Schmidt*, JuS 2003, 499.

⁴²⁴ BGH NJW RR 1990, 1200, 1201; NJW 1994, 2357, 2358.

⁴²⁵ BGHZ 147, 145, 149.

⁴²⁶ BGHZ 111, 382, 384; Überblick bei *Petersen*, JURA 2017, 157

⁴²⁷ Dazu etwa der Überblick bei *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 678. Einzelheiten bei *Einsele*, Bank und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl. 2014, S. 236 ff.; vgl. auch *Köndgen*, JuS 2011, 481; *Bitter*, WM 2010, 1725 und 1773; zur Zahlungsdiensterichtlinie *Staub/Grundmann*, 2020, 2. Teil Rn. 8

⁴²⁸ BGHZ 205, 377 Rn. 23 f.; so auch *Bartels*, WM 2010, 1828; *Belling/Belling*, JZ 2010, 708; *Linardatos*, BKR 2013, 375 sowie monographisch *ders.*, Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, 2013, S. 370 ff.; *Winkelhaus*, BKR 2010, 441; Überblick über die Modifikationen und Kritik bei *MüKo-BGB/Schwab*, § 812 Rn. 143–156.

⁴²⁹ Etwa BGH NJW 2012, 523.

⁴³⁰ Etwa BGH NJW 2003, 582.

⁴³¹ *Grüneberg/Sprau*, § 812 Rn. 63.

⁴³² *E. Schmidt*, JZ 1971, 601, 606; *Köndgen*, FG Esser, 1975, 55, 67; *Wieling*, JuS 1978, 801.

fehlenden Anweisung nahe, bei der ebenfalls das vollständige Fehlen einer Willensbetätigung gegen das Vorliegen einer Leistung spricht und so auch für eine Zurechnung des Kondiktionsanspruchs an den Zuwendenden.⁴³³

4. Zession

Bei Zessionsfällen wird für die Kondiktionsberechtigung des Schuldners danach unterschieden, ob ein Mangel die abgetretene Forderung selbst oder die Abtretung betrifft. Der Schuldner muss sich in Fällen des Forderungsmangels an seinen Gläubiger-Zedenten halten, da er durch die Zuwendung an den Zessionar nicht gegenüber diesem, sondern gegenüber dem Gläubiger-Zedenten leisten will.⁴³⁴ Wieder anders liegt es freilich, wenn er auch eigene Leistungszwecke gegenüber dem Zessionar verfolgt.⁴³⁵ Wie intensiv der Zessionar die Leistung vom Schuldner verlangt, kann hingegen unter materiellen Gesichtspunkten kein beachtenswerter Aspekt sein.⁴³⁶

Liegt ein Fehler in der Abtretung vor, kommt es darauf an, ob der Schuldner durch die Leistung frei wird. Wird er dies, kann nur der Gläubiger-Zedent gegen den Zessionar vorgehen, nach § 816 Abs. 2 BGB. Wird er es nicht, so kann der Schuldner direkt gegen den Zessionar vorgehen, wenn der Zedent den Irrtum nicht veranlasst hat – vergleichbar mit einer fehlenden Anweisung.⁴³⁷

5. Leistungsversprechen an Dritte

Unklarheiten über die Kondiktionsbefugnis können auch durch fehlerhafte Leistungsversprechen an Dritte entstehen. Die Frage, ob der Versprechende oder der Versprechensempfänger bei Fehlern im Deckungsverhältnis vom Dritten kondizieren darf, ist ebenfalls wieder anhand des Leistungsbegriffs als Zurechnungskriterium zu beantworten. Zu unterscheiden ist dabei zwischen unechtem und echtem Vertrag zugunsten Dritter.

Beim unechten Vertrag zugunsten Dritter hat der Dritte keinen eigenen Anspruch gegen den Versprechenden, weshalb es sich nur um eine Leistung des Versprechensempfängers handeln kann – nur er kann also vom Dritten kondizieren; der Versprechende wiederum vom Versprechensempfänger.⁴³⁸

Allerdings soll dieses Ergebnis auch beim echten Vertrag zu Gunsten Dritter gelten, bei dem der Dritte gerade einen eigenen Anspruch gegen den Verspre-

⁴³³ BGHZ 113, 62; so auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 685.

⁴³⁴ BGH NJW 1989, 900.

⁴³⁵ Etwa BGH NJW 2005, 1356.

⁴³⁶ Anders freilich BGH 1989, 161; kritisch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 685a. 4

⁴³⁷ BGH 2006, 1731.

⁴³⁸ *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 680.

chenden hat und bei dem § 334 BGB den Einwendungen des Versprechenden gegenüber dem Dritten zu Wirksamkeit verhilft.⁴³⁹ Im Grundsatz wäre mit der Zuwendung des Versprechenden an den Dritten eine doppelte Tilgungsbestimmung verbunden, einmal in Richtung des Versprechensempfängers, dann noch in Richtung des Dritten.⁴⁴⁰ Begründet wird das hiervon abweichende Ergebnis damit, dass die Stellung des Dritten durch seinen eigenen Anspruch gegen den Versprechenden nicht schlechter werden darf, als wenn er, wie gerade beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, keinen eigenen Anspruch hätte; denn dann wäre wie gezeigt nur eine Kondiktion des Versprechensempfängers gegen ihn möglich.⁴⁴¹ Anders als in den zuvor besprochenen Konstellationen setzt sich hier eine gesetzessystematisch-vergleichende Betrachtungsweise durch.

Zu beachten ist allerdings stets, dass eine Leistung des Versprechenden an den Dritten auch parallel zum Deckungsverhältnis auf Grund einer separaten Vertragsbeziehung erfolgen kann. In dieser bleibt eine Direktkondiktion möglich, selbst wenn sie sich auf denselben wirtschaftlichen Wert bezieht wie das Deckungsverhältnis.⁴⁴² In diesen Fällen stellt sich freilich keine Zurechnungsfrage in Bezug auf dieselbe Kondiktionsbefugnis, sondern es bestehen zwei verschiedene Ansprüche, was das Konkurrenzverhältnis auflöst.

V. Zusammenfassung zu den Zurechnungswertungen des Bereicherungsrechts

Die komplexen Mehrpersonenkonstellationen des Bereicherungsrechts sind dank *Canaris*, freilich auch durch den Diskurs der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, klar durchformt. Die Grundwertung des Vorrangs der Leistungskondiktion gibt das Gesetz selbst in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Intention des Schutzes gutgläubigen Zweiterwerbs und damit der Marktfunktionalität als solcher vor. Angelpunkt jeder (positiven) Zurechnungsoperation für die Kondiktionsbefugnis bei konkurrierenden Anspruchsprätendenten ist damit der Leistungsbegriff, der den Vorrang gegenüber der Eingriffskondiktion begründet.

Die an diese Zurechnungsfunktion anknüpfende begriffsdogmatische Arbeit an der Leistungskondiktion ist von Wertungen geprägt, die vor allem den freien, faktischen, nicht zwingend rechtsgeschäftlich wirksamen Willen als Ausgangspunkt für das Vorliegen einer Leistung nehmen.⁴⁴³ Nur wenn der Wille über-

⁴³⁹ Grüneberg/*Sprau*, BGB § 812 Rn. 62. Für eine Direktkondiktion des Versprechenden gegen den Dritten allerdings *Lorenz*, AcP 168 (1968), 286, 294.

⁴⁴⁰ MüKo-BGB/*Schwab*, § 812 Rn. 229.

⁴⁴¹ Vgl. *Harder*, AcP 182 (1982), 372, 378; *Hassold*, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, 1981, S. 294, 301; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 681.

⁴⁴² BGHZ 58, 184, 189f.; ebenso E. Schmidt, JZ 1972, 406, 407; *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973, S. 146f.; MüKo-BGB/*Schwab*, § 812 Rn. 237.

⁴⁴³ So wohl auch *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, S. 134ff.

haupt vom Schein-Leistenden in Richtung der Leistung betätigt wurde, kann sich der Schein durch entsprechendes Vertrauen des Bereicherten zu einer Leistung verdichten, die ihn von Ansprüchen Dritter abschirmt. Die von *Canaris* schlagwortartig formulierten Interessen – freie Wahl des Geschäftspartners, und damit des Einwendungs- und Insolvenzrisikos – beziehen sich ebenfalls nur auf Konstellationen, in denen überhaupt der freie Wille betätigt wird. Das bestehende System des Bereicherungsrechts wirkt damit als Schutz des freien Willens des Leistenden – hat er geleistet, so sperrt seine Leistung die Eingriffskondition Dritter und er genießt Vorrang. So hat er insbesondere nicht das gesteigerte Insolvenzrisiko bei einer Rückabwicklung „über’s Eck“ zu tragen.⁴⁴⁴

Grundsätzlich sind spiegelbildlich auch der Bereicherte und seine Dispositionen hinsichtlich des Verhältnisses zum Leistenden geschützt – der übereinstimmende Wille der Beteiligten hat auch nach BGH überragende Bedeutung;⁴⁴⁵ da allerdings der Wille des Bereicherten, gefasst unter den Topos des Verkehrsschutzes, das Fehlen des Willens des Leistenden nicht überwiegen kann, muss seine Position als die schwächere verstanden werden. Diese den Leistenden eher schützende, ja zu seinen Gunsten freiheitserhaltende Tendenz findet sich zuletzt durch die Absorption der Wertung aus der europäischen Zahlungsdiensterrichtlinie bestätigt: bei bargeldlosen Zahlungen sollen Fälle fehlerhafter, etwa widerrufener, Anweisungen, den Fällen fehlender Anweisung gleichstehen und damit keine Leistung mehr konstituieren. Hier werden der Rechtsschein einer Leistung und das darin gesetzte Vertrauen des Bereicherungsschuldners gänzlich marginalisiert.

Das Interesse des Bereicherten kommt hingegen allein bei den Konstellationen der Leistungsversprechen an Dritte stärker zum Tragen, auf Grund der systematischen Leitwertung und Vergleich mit dem unechten Vertrag zu Gunsten Dritter.

Letztendlich stellt sich die Frage der Leistungszuordnung als Abwägungsfrage zwischen den Interessen der potentiellen Aktiv- und Passivlegitimierten,⁴⁴⁶ wo nach dem hier Gesagten das Interesse des potentiell Aktivlegitimierten grundsätzlich überwiegt. Diese Unwucht zu Gunsten des Leistenden ist auf Linie mit den §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB, wonach der unentgeltlich Bereicherte stets das Nachsehen hat. Letztendlich sind als Erklärung des gesamten Systems der Mehrpersonenverhältnisse die Wertungen dieser Normen heranzuziehen, da die begriffsorientierte Lösung sich auf die Nachzeichnung der Schutzwürdigkeit von Vertrauen des Bereicherten beschränkt, allerdings der Interessenabwägung keine materiellen Werte zu Grunde legt. Es steht somit die Aussage von §§ 816 Abs. 1 S. 2, 822 BGB: die rechtsgrundlose Bereicherung darf nicht auf

⁴⁴⁴ Zum Ganzen *Canaris*, FS Larenz, S. 802ff. m.N.; kritisch zum Aspekt des Insolvenzrisikos als Zurechnungsgesichtspunkt *Häsemeyer*, KTS 1982, 16f.

⁴⁴⁵ Etwa BGH NJW 2001, 2881.

⁴⁴⁶ So auch *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rn. 688.

Kosten des Benachteiligten eintreten. Damit zeigt sich das Bereicherungsrecht, und damit einmal mehr das Privatrecht insgesamt, als statische Ordnung, in welcher Dynamik zu Gunsten desjenigen besonders rechtfertigungsbedürftig ist, der eine Position verliert – und nicht umgekehrt.

D. Sachenrecht

Zurechnung spielt auch im Sachenrecht eine eminente Rolle, wo sie die Zuweisung am auch in einer digitalisierten Wirtschaft immer noch zentralen Wert des Sacheigentums regelt.

I. Funktion und Grundgedanken

Das Sachenrecht ist Sitz zentraler Zurechnungsnormen, welche Rechte und Pflichten von Rechtsträgern zuweisen. Es dient insgesamt der dinglich-rechtlichen Zuordnung von beweglichen und unbeweglichen Sachen – zugeordnet werden die Befugnisse, mit einer Sache „nach Belieben (zu) verfahren und andere von jeder Einwirkung aus(zu)schließen“, also das Eigentum nach § 903 BGB,⁴⁴⁷ sowie auch im Verhältnis zum Eigentum geringere, beschränkt dingliche Rechte.⁴⁴⁸ Eine zentrale Grundwertung des Sachenrechts ist die strenge Trennung von Eigentum und Besitz, als tatsächlicher und willensgetragener Sachherrschaft,⁴⁴⁹ wenngleich auch an letzteren Rechte geknüpft sind und er als rechtstechnisches Instrument für den Eigentumserwerb vielfach entscheidend ist.⁴⁵⁰

Prägend für das System des Sachenrechts ist das besondere Interesse an Rechtssicherheit bei gleichzeitiger Einfachheit von Transaktionen. So genießt der Rechtsverkehr bei dinglichen Verfügungen Vertrauensschutz, der für bewegliche Sachen an den Besitz gekoppelt ist, für Immobilien an den Grundbuchinhalt.⁴⁵¹ Im Vergleich zur dinglichen Übertragung von Forderungen ist der Erwerber weit besser geschützt, denn es gibt im Grundsatz gerade keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungen.⁴⁵² Der besondere Schutz des Sacherwerbs soll komplizierte Rückabwicklungen im Falle mehrgliedriger, zeitnaher

⁴⁴⁷ Vgl. *Klinck*, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7. Aufl. 2020/2021, U 210.

⁴⁴⁸ Für einen effizienzorientierten Funktionswandel allerdings *Zech*, *AcP* 219 (2019), 488, 507 ff.; zu den diese Funktionalität stützenden „Prinzipien des Sachenrechts“ vgl. *MüKo-BGB/Gaier*, 8. Aufl. 2020, Einl. *SachenR* Rn. 9–23.

⁴⁴⁹ Zur Definition des Besitzes vgl. *MüKo-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 854 Rn. 4–10.

⁴⁵⁰ Dazu sogleich ausführlich; zu den Funktionen des Besitzes *MüKo-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 854 Rn. 14 f.

⁴⁵¹ Schulmäßig *Lorenz/Eichhorn*, *JuS* 2017, 822.

⁴⁵² Zur insbesondere im Wertpapierrecht relevanten Ausnahme in § 405 BGB vgl. allerdings *MüKo-BGB/Roth/Kieninger*, 9. Aufl. 2022, Rn. 14 f.

oder komplexer Weiterveräußerungen vermeiden.⁴⁵³ Diese überkommene Rechtfertigung ist an sich kritikabel, denn es ist nicht ersichtlich, warum Übertragungsketten von Forderungen weniger günstig behandelt werden müssen, da auch die Rückabwicklung von Forderungsübertragungen erhebliche Komplikationen hervorrufen kann und Forderungen im Unternehmensleben mindestens ebenso wichtig sind wie Sachen und den gleichen verfassungsrechtlichen Schutz unter dem Eigentumsbegriff genießen.⁴⁵⁴ Trotz aller rechtspolitischen Zweifel an einer Sonderlösung folgt aus dieser sachenrechtlichen Motivationslage das für das deutsche Privatrecht spezifische Trennungs- und Abstraktionsprinzip,⁴⁵⁵ welches als Konsequenz der wirksamen Verfügung eines Nichtberechtigten über eine fremde Sache lediglich die Abschöpfung des aus der Verfügung Erlangten nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts vorsieht.⁴⁵⁶ Die Idee einer eindeutigen und sicheren Zuordnung dinglicher Positionen ist damit zentrale Leitidee des Sachenrechts. Die ökonomische Prägung der Zurechnungsregelungen über den gutgläubigen Erwerbs ist dabei evident, es geht um den Schutz des Transaktionssystems, wengleich den Regeln der §§ 932 ff. BGB nicht die US-amerikanische Institutionenökonomik zu Grunde liegt, sondern vielmehr Erwägungen preußischer Unternehmenspolitik.⁴⁵⁷ Der gutgläubige Erwerb von Sachen ist insgesamt eine Anomalie im Rechtssystem,⁴⁵⁸ wird allerdings in den bedeutsamen Bereichen des Handels- und Gesellschaftsrechts durch Einrichtung der Handelsregister adaptiert, in denen der Verkehrsschutz ebenfalls ein besonderes Gewicht hat.⁴⁵⁹ Ferner ist auch auf die Schiffsregister zu verweisen, für welche die Regeln über den Immobilienkauf entsprechend gelten, § 452 BGB.

⁴⁵³ Kritisch allerdings *Binding*, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten nach BGB § 932 und 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908; *Wieacker*, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935, S. 30 ff.; *Zweigert*, *RabelsZ* 23 (1958), 1, 12 ff.; vgl. auch *Staudinger/Wiegand*, 2017, vor §§ 932 ff. Rn. 28 m.w.N.; *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1992, S. 11 f.; m. w. N. Freilich hat der Erwerber stets ein Informationsdefizit gegenüber dem Veräußerer, dazu *Baur/Stürner*, Sachenrecht, § 52 Rn. 9.

⁴⁵⁴ Dazu *Maunz/Dürig/Papier/Shirvani*, Art. 14 Rn. 160.

⁴⁵⁵ Zu diesem *Felgenträger*, Friedrich Carl von Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, 1927, S. 31 ff.; *Habermeier*, *AcP* 195 (1995), 283 ff.; *Larenz*, *SchuldR* BT I § 39 II, S. 10 ff.; *Huber*, *FS* Canaris, 2007, S. 471; Überblick bei *MüKo-BGB/Oechsler*, 8. Aufl. 2020, § 929, Rn. 5, 8 ff.; schulmäßig *Jauernig*, *JuS*, 1994, 721.

⁴⁵⁶ Zum Streit, ob damit nur der konkrete Transaktionserlös oder der Sachwert gemeint ist, vgl. *MüKo-BGB/Schwab*, 8. Aufl. 2020, § 816, Rn. 39–46; *Larenz/Canaris*, *SchuldR* BT II § 72 I 2a, S. 267 ff.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu *Wilhelm*, in: *Coing/Wilhelm* (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, 1977, S. 213, 225; für eine Analogie zum römischen Ersitzungsrecht hingegen *Stagl*, *AcP* 211 (2011), 530 ff.

⁴⁵⁸ So war er in den ersten Entwürfen zum BGB überhaupt nicht vorgesehen, m. w. N. *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 26; vgl. auch *MüKo-BGB/Oechsler*, 8. Aufl. 2020, § 932 Rn. 1–3.

⁴⁵⁹ Dazu umfassend *Merkt*, Unternehmenspublizität, 2001, S. 19 ff., 43 ff.

Eine wesentliche, gerade modellgebende Besonderheit des Sachenrechts, die der Ermöglichung gutgläubigen Erwerbs dient, stellt die Führung der Immobiliarsachenregister, der Grundbücher, dar. Sie ermöglichen den gutgläubigen Erwerb von Immobilien überhaupt erst. Für Zurechnungsfragen sind die Grundbücher entscheidend, es ist dabei allerdings wichtig, den Mechanismus der Zurechnung über Register genau zu erfassen. Denn Rechte und Pflichten werden nicht direkt über das Grundbuch zugerechnet, die formelle Registerrechtslage ist von der materiellen Rechtslage zu unterscheiden: auch nach unberechtigter Umschreibung einer Immobilie auf einen Dritten im Grundbuch bleibt die Eigentumslage unverändert, das Eigentum verschiebt sich nicht allein durch die Registereintragung. Das Register stützt allerdings den guten Glauben an das Eigentum des Veräußernden und ermöglicht damit den wirksamen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten – der gute Glaube des Erwerbenden ist neben der Registereintragung selbst echte Tatbestandsvoraussetzung, vgl. § 892 BGB.

Die konzeptionelle Durchdringung der sachenrechtlichen Zurechnungslösungen⁴⁶⁰ führt, neben der Erfassung der Transaktionsbedingungen, zwingend auch zur Frage nach der originären Entstehung von Eigentum. Sie wird seit jeher kontrovers diskutiert und nicht einheitlich beantwortet. Hier ist nur kurz auf die großen klassischen philosophischen Entwürfe zu verweisen, die sehr unterschiedliche Ansätze der Eigentumsbegründung verfolgen: für das deutsche Privatrecht maßgeblich geht *Kant* schlicht von der Legitimität durch Priorität des Anspruchs aus (Okkupations- oder Apprehensionstheorie),⁴⁶¹ der Aufklärer *Locke* wiederum sieht den Hauptgrund für Eigentum als persönlichen Lohn der Arbeit, der dem Arbeitenden von Natur aus zusteht,⁴⁶² womit eine starke Nähe zum geistigen Eigentum gegeben ist,⁴⁶³ während utilitaristische Theorien die Zuweisung von Eigentumspositionen an die Steigerung der Gesamtwohlfahrt koppeln.⁴⁶⁴ Kritik am Institut des Eigentums als solchem erfolgte zuletzt prominent von *Pistor*,⁴⁶⁵ die das Eigentumsinstitut als Mittel zur Konservierung sozialer Verhältnisse betrachtet, was vor der Genese des

⁴⁶⁰ Zuletzt namentlich *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 494ff.; s. auch mit einem restriktiven Ansatz *Peukert*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, insbes. S. 730ff.

⁴⁶¹ *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, Erstdruck 1797, § 15; zur Rezeption durch die deutsche Pandektenwissenschaft *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, S. 63, 105. Zur Okkupationstheorie auch *Cicero*, De officiis. I, S. 21.

⁴⁶² *Locke*, Two Treatises of Government, II §§ 29–85; vgl. auch *Kersting*, mit einem Subjektivierungsmodell, ARSP 67 (1981), 157, 166; *ders.*, Theorien der sozialen Gerechtigkeit, 2000, S. 322.

⁴⁶³ Dazu noch unten, Kapitel 3., E.

⁴⁶⁴ Etwa *Hume*, Eine Untersuchung über die Prinzipien der menschlichen Moral, 2003, S. 30; vgl. auch den Befähigungsansatz von *Nussbaum*, Gerechtigkeit oder Das gute Leben, 1999, S. 68; s. auch *Grundmann*, Treuhandvertrag, 1997, S. 45ff.; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 525ff.

⁴⁶⁵ *Pistor*, Code of Capital, 2019, insbes. Kapitel 2.

BGB freilich bereits von *Marx* vertreten wurde.⁴⁶⁶ Bei der Rechtsanwendung haben diese Theorien zur Begründung des Eigentums keine relevante Bedeutung und werden auch von den Obergerichten nicht als Argumentationshilfen herangezogen. Da die Urgründe des Eigentums nicht für die Übertragung bestehenden Eigentums von Bedeutung sind, bleibt das Mysterium des Eigentums der Rechtssphäre fern; der Jurist hat mit den dogmatischen Axiomen des Sachenrechts zu arbeiten, die neben den offenen sozialen Fragen durchaus auch zu logischen Brüchen führen können – so steht die Zuordnungsneigung des Sacheigentums in Kontrast zur Zuordnungsaversität des Geistigen Eigentums; Sachen sind selten herrenlos, Ideen hingegen sind dies in der Regel.⁴⁶⁷ Die Existenz des Eigentums, so kritisch sie gesellschaftspolitisch und philosophisch auch sein mag, ist Prämisse des historischen wie gegenwärtigen Gesetzgebers, der in der Funktionsvorstellung des Sachenrechts klar ist: es soll den Rechtsträgern eine weite, subjektivrechtliche Autonomiesphäre zuweisen und das Eigentum in der Tradition *Kants* und *Hegels* als Instrument der privatautonomen Freiheitsentfaltung verwirklichen.⁴⁶⁸ Es ist also eine privatautonome Legitimierung des Eigentums und seiner Zuordnungslösungen prägend; in der Folge soll jedoch auch gerade im Recht des gutgläubigen Erwerbs eine deutlich ökonomische Färbung der Zuweisungsentscheidungen hervorgehoben werden.

II. Mehrpersonenverhältnisse im Sachenrecht

Sachenrechtliche Mehrpersonenverhältnisse stellen das Problem der Drittzurechnung in vielfältiger Weise, in Besitzverhältnissen sowie beim Eigentum.

1. Besitzverhältnisse

Wie soeben angedeutet, sind Besitzverhältnisse nicht nur entscheidend für die Rechte des Besitzers, insbesondere den Besitzschutz der §§ 859 ff. BGB, sondern auch für die Verschaffung von Eigentum durch Besitzkonstitut unter § 930 BGB und durch Abtretung des Herausgabeanspruchs des mittelbaren Besitzers, § 931 BGB, vor allem allerdings für alle Varianten des gutgläubigen Erwerbs beweglicher Sachen nach den §§ 932 ff. BGB, da der Besitz Anknüpfungspunkt für den guten Glauben an die Eigentümerstellung des tatsächlich nichtberechtigten Veräußerers ist. So knüpft § 1006 BGB an unmittelbaren wie mittelbaren Besitz eine

⁴⁶⁶ *Marx*, Das Kapital, Band 1, MEW Bd. 23, S. 742 ff.; *ders.*, Zur Judenfrage, MEW Bd. 1, S. 347–377.

⁴⁶⁷ Siehe hier die Systematisierung von *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 91 ff., 405 ff.

⁴⁶⁸ Etwa *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, 1797, § 15; *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 41; dazu auch *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 526 ff.

widerlegbare Eigentumsvermutung.⁴⁶⁹ Der durch den Besitz vermittelte Rechtschein muss dem Eigentümer „zurechenbar“ sein, wie sich im Umkehrschluss aus der Vorschrift des § 935 BGB ergibt, die beim Abhandenkommen der beweglichen Sache einen gutgläubigen Erwerb versagt.⁴⁷⁰ Die Anforderungen an die „Zurechenbarkeit“ des Rechtsscheins sind damit freilich denkbar gering, es darf sich lediglich nicht um einen Verlust der tatsächlichen Sachherrschaft ohne oder gegen den Willen des Eigentümers handeln, wobei nicht der rechtsgeschäftliche Wille maßgeblich ist, sondern „der natürliche“.⁴⁷¹ Die „Zurechnung“ des Rechtsscheins ist unmittelbar selbst keine Zurechnung im hier maßgeblichen *rechtlichen* Sinne, bezieht sich allerdings im Zusammenspiel mit den weiteren Tatbestandsmerkmalen des gutgläubigen Erwerbs letztendlich doch auf Rechtsfolgen, nämlich auf die Eigentumszuweisung an den gutgläubigen Erwerber – und kehrseitig die Pflicht, dessen Eigentumserwerb anzuerkennen.⁴⁷²

Wenn eine bewegliche Sache bei einem Rechtsträger belegen ist, der nicht auch Eigentümer ist, sind denkbar komplexe Beziehungen anzutreffen. Kein Besitz des Rechtsträgers mit unmittelbarer Sachherrschaft soll vorliegen, wenn es sich um einen Besitzdiener nach § 855 BGB handelt; dieser kann nicht Eigentum im Wege des gutgläubigen Erwerbs verschaffen, da die Eigentumsvermutung nur den Geschäftsherren trifft.⁴⁷³ Freilich muss die Besitzdienerschaft offen liegen, um eben den Anschein eigenen Besitzes zu widerlegen; maßgeblich ist dabei die Verkehrsanschauung.⁴⁷⁴ Besitzdiener ist, wer „sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat“, ⁴⁷⁵ mithin keinen Eigenbesitzwillen hat. Die Weisungsabhängigkeit in Bezug auf die Sache muss nach den gesetzlichen Beispielfällen „Haushalt oder Erwerbsgeschäft“ nicht rein auf rechtlichen Beziehungen beruhen, sondern kann auch, wie im Fall des Haushalts, sozial-normativ begründet sein. Auf einen Fremdbesitzwillen des Besitzdieners soll es nach h.M. nicht ankommen, da er gerade kein Besitzer sei.⁴⁷⁶ Hier tritt deut-

⁴⁶⁹ Vgl. MüKo-BGB/Raff, § 1006 Rn. 1–11; mit rechtspolitischer Kritik Roth, JZ 2007, 530, 532; zur Realisierung des Verkehrsschutzes durch diese Norm Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 150f., 154f., 165ff.

⁴⁷⁰ Vgl. Staudinger/Heinze, 2020, § 935 Rn. 1 ff.; zum Kompromisscharakter zwischen Eigentums- und Verkehrsschutz Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB – Sachenrecht I, 1985, S. 606.

⁴⁷¹ Etwa BGH NStZ-RR 2016, 340; dazu Staudinger/Heinze, 2020, § 935 Rn. 9ff.

⁴⁷² Zum hier zu Grunde liegenden rein rechtlichen Zurechnungsbegriff siehe oben, Kapitel 1., B., II.

⁴⁷³ MüKo-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 855 Rn. 21.

⁴⁷⁴ Zuletzt BGH NJW 2014, 1524; BGH NJW-RR 2017, 818 Rn. 13.; dagegen Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, S. 282; Baur/Stürner, Sachenrecht, § 7 Rn. 67; differenzierend Quitmann, Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht, 2011, S. 166f.; Enders, Der Besitzdiener – ein Typusbegriff, 1991, S. 113ff.

⁴⁷⁵ Vgl. Staudinger/Gutzeit, § 855 Rn. 6ff.

⁴⁷⁶ BGHZ 8, 130, 133f.; Enders, Der Besitzdiener – ein Typusbegriff, 1991, S. 76ff.; Erman/Lorenz, § 55 Rn. 5; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 855 Rn. 14; Baur/Stürner, Sachenrecht § 7 Rn. 67; A. A. MüKo-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 855 Rn. 13f.

lich ein Sphärengedanke zu Tage, der positiv wirkt: kehrseitig zur Haftungszurechnung kraft Sphärenzugehörigkeit profitiert der Prinzipal gerade in arbeitsteiligen Verhältnissen von den Besitzrechten und kann den gutgläubigen Erwerb steuern.⁴⁷⁷ Auf diese Weise ist hoher Verkehrsschutz bei gleichzeitig reduzierten Transaktionskosten für Sachverfügungen gewährleistet.

Bei künstlichen Rechtsträgern, ob juristische Person oder Personengesellschaft, wird der Besitz durch Organe ausgeübt, und innerhalb der Organe ausschließlich durch natürliche Personen.⁴⁷⁸ Die Regeln über die Besitzdienerschaft passen hier freilich gerade nicht, da die Gesellschaftsorgane selbst den Besitzwillen bilden, sich dieser nicht außerhalb ihrer konkreten Sphäre, abstrakt und ohne menschlichen Bezug im künstlichen Rechtsträger bilden kann. Die Zurechnung unmittelbaren Besitzes an den künstlichen Rechtsträger erfolgt letztendlich vielmehr auf Grund Anerkennung des organisatorischen Arrangements künstlicher Rechtsträger.⁴⁷⁹

Der mittelbare Besitz führt zu komplexen Konstruktionen in Mehrpersonenverhältnissen. Für mittelbaren Besitz ist erforderlich, dass der unmittelbare Besitzer neben dem Willen zum Eigenbesitz auch einen Fremdbesitzwillen in Bezug auf eine Sache und zu Gunsten eines anderen hat, § 868 BGB.⁴⁸⁰ Der mittelbare Besitzer ist dann in der Lage, gutgläubigen Erwerb Eigentum zu verschaffen. Mittelbarer Besitz scheint zunächst ein rein technisches Rechtskonstrukt,⁴⁸¹ da vielfach entscheidend auf einen Herausgabeanspruch des Oberbesitzers gegen den Unterbesitzer abgestellt wird.⁴⁸² Fehlt freilich der objektiv zu Tage tretende Fremdbesitzwille des unmittelbaren Besitzers, so muss auch bei Vorliegen des Herausgabeanspruchs ein mittelbarer Besitz ausscheiden, weshalb letztendlich doch eine wertende Gesamtbetrachtung erforderlich wird. Die hierbei zu erkennenden Tendenzen haben, wie bei der Besitzdienerschaft, insoweit ökonomische Ansätze, als die Erkennbarkeit der Besitzverhältnisse dem Schutz eines effizienten Transaktionssystems dient; zentrale und inhaltlich nicht limitierte Bedingung ist allerdings der natürliche Fremdbesitzwille, mithin die Privatautonomie.⁴⁸³ Hier steht im Kräftemessen der Zurechnungsgründe die Privatautonomie vor wirtschaftlichen Erwägungen.

⁴⁷⁷ Eingehend Witt, Die Rechtsfigur des Besitzdieners im Widerstreit zwischen Bestands- und Verkehrsschutz, AcP 201 (2001), 165, 172 f.

⁴⁷⁸ So stellt schon die historische Gesetzesbegründung auf die tatsächliche Sachherrschaft allein natürlicher Personen ab, Mot. III 86; s. a. Flume, FG Hengeler, 1972, S. 76.

⁴⁷⁹ Vgl., m. w. N. zur Rechtsprechung MüKo-BGB/Schäfer, § 854 Rn. 36; Staudinger/Gutzeit, 2018, § 854 Rn. 58.

⁴⁸⁰ Dazu MüKo-BGB/Schäfer, § 868 Rn. 17–20.

⁴⁸¹ So MüKo-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 868 Rn. 6.

⁴⁸² BGHZ 161, 90, 111 f.; NJW-RR 1998, 1661; MüKo-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 868 Rn. 15; Jauernig/Berger, 18. Aufl. 2021, § 868 Rn. 3.

⁴⁸³ Vgl. BGH NJW 2005, 359; Wieling AcP 184 (1984), 439, 441; Soergel/Henssler, Rn. 21; Staudinger/Wiegand, 2017, § 930 Rn. 33; dazu MüKo-BGB/Oechlser, § 930 Rn. 13.

2. Eigentumsverhältnisse

a) Rechtsgeschäftlicher und gutgläubiger Erwerb

Die Vorschriften des Sachenrechts befassen sich zum großen Teil mit der Zurechnung des Sacheigentums auf einen von mehreren dieses alternativ reklamierenden Rechtsträgern, in Situationen, in denen Verfügungen über Sachen erfolgen und die Veränderung der dinglichen Rechtslage durch privatautonome Gestaltung der Parteien in Zweifel gezogen wird. So ist gemeinsames Tatbestandsmerkmal der §§ 929 ff. BGB das Vorliegen einer rechtsgeschäftlichen „Einigung“ über den Eigentumswechsel, also eines Vertrags nach den §§ 145 ff. BGB. Auf den dinglichen Vertrag als gestalterisches Element der sachenrechtlichen Zuordnung sind sämtliche Zurechnungswertungen des allgemeinen Vertragsrechts übertragbar.⁴⁸⁴ Dieser dingliche Vertrag muss jedoch um verschiedene „Publizitätsakte“ ergänzt werden, die für Mobilien nach der eben beschriebenen Logik besitzgebunden sind und für Immobilien an Eintragungen in das Grundbuch. Die genannten Publizitätstatbestände tragen jeweils den gutgläubigen Erwerb, der vom Gedanken der Verkehrssicherheit bestimmt wird. Die beiden Anknüpfungspunkte Besitz und Registerrechtslage sind beide für den Rechtsverkehr leicht ersichtlich und zugänglich, womit einem ökonomischen Kalkül genüge getan wird, den Verkehrsschutz nicht an zu hohe Informationskosten zu knüpfen. Der Eigentümer kann die Übertragung des Besitzes selbst kontrollieren; umgekehrt bedeutet die Niedrigschwelligkeit der Informationsbeschaffung über den Gutglaubensträger auch eine legitime Mindestkontrollpflicht für den Erwerber, der sich des Grundbuchs oder der Besitzverhältnisse vergewissern muss.⁴⁸⁵ Auch bei der Veräußerung von Kfz fordert die Rechtsprechung nicht zusätzlich die Übergabe des Kfz-Briefs als Gutglaubensträger.⁴⁸⁶ In den Fällen ausreichender Publizität kann damit das Bestandsinteresse des materiellen Eigentümers durch das Gewicht der Funktionalität des dinglichen Transaktionssystems verdrängt werden – so steht das abstrakte Systeminteresse über dem konkreten Bestandsinteresse des Eigentümers. Die Konformität mit Art. 14 GG ist durch die Kontrollierbarkeit der Gutglaubenstatbestände durch den Eigentümer gewährleistet⁴⁸⁷ – er kann nach § 894 BGB gegen den zu Unrecht Eingetragenen einen Lösungsanspruch beim Grundbuchamt geltend machen und den unrechtmäßigen Besitzer aus seiner Position verdrän-

⁴⁸⁴ Dazu oben, Kapitel 2., A.

⁴⁸⁵ Zur Balance dieser Interessen bereits Mot. III 344; Prot. III 207; *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966, S. 151 f.; *Winter*, Das Lösungsrecht nach gutgläubigem Erwerb, 2013, S. 376 ff.

⁴⁸⁶ BGH NJW 2004, 217, 219; *Grüneberg/Herrler*, 81. Aufl. 2022, BGB § 1006 Rn. 2; *Staudinger/Thole*, BGB, 2012, BGB § 1006 Rn. 7.

⁴⁸⁷ Dazu etwa *Wadle*, JZ 1974, 689, 696; *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 75 ff.; *Peters*, Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, 1992, S. 39.

gen, zumal der Besitzschutz im Falle nichtberechtigten Besitzes nicht gegen den Eigentümer gerichtet werden kann.⁴⁸⁸

Ohne rechtsgeschäftliches Element erfolgt der Eigentumserwerb allein nach Maßgabe der Besitzverhältnisse als Gutglaubensträger in Fällen der Ersitzung; das rechtsgeschäftliche Element wird dabei durch das Zeitelement surrogiert, nach § 937 BGB muss für zehn Jahre Eigenbesitz bestehen. Ratio ist hier der Rechtsfrieden, als ähnlicher Gedanke wie bei der Verjährung nach §§ 193 ff. BGB;⁴⁸⁹ wie beim gutgläubigen Erwerb per Rechtsgeschäft steht hinter der Zurechnung der Ersitzungsvorschriften der Gedanke des abstrakten Systemschutzes, bei welchem die Transaktionskostenberechnung auf einen angemessenen Umfang reduziert werden muss.

b) Verbindung, Vermischung, Verarbeitung

Ein besonderes Zurechnungsregime weisen die Vorschriften über den gesetzlichen Eigentumserwerb durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung in den §§ 946 ff. BGB auf. Nach den Vorschriften über Verbindung und Vermischung wird das Eigentum an verbundenen und vermischten Sachen dem Eigentümer der Sache mit dem größten normativen Gewicht zugerechnet, sei es ein Grundstück in Bezug auf Mobilien, sei es abstrakter die Hauptsache, § 947 Abs. 2 BGB. Das Eigentum an der geringeren Sache wird durch einen Wertausgleichsanspruch gegen den gesetzlichen Erwerber surrogiert, § 951 BGB. Die Anwachsung normativ geringer zu größeren Sachen begründet der historische Gesetzgeber sehr ökonomisch, insbesondere die Erhaltung von Einheitswerten, welche die bloße Aufaddierung der Einzelwerte übersteigen, war maßgeblicher Gesichtspunkt.⁴⁹⁰

Für das Unternehmensleben von großer Bedeutung ist die Zentralisierung der Eigentumspositionen in Verarbeitungsfällen unter § 950 BGB. Für die Zuweisung von arbeitsteilig geschöpften Sachen weist § 950 BGB dem Herstellerbegriff die Funktion eines Zurechnungsschlüssels zu.⁴⁹¹ Im Falle der „Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe“ erwirbt der Hersteller das Eigentum an der neuen beweglichen Sache, „sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes“. Insbesondere kann der Hersteller personenverschieden von demjenigen sein, der die

⁴⁸⁸ Vgl. § 861 Abs. 2 BGB.

⁴⁸⁹ Dazu MüKo-BGB/Baldus, § 937 Rn. 1.

⁴⁹⁰ Dazu auch Soergel/Hensler § 946 Rn. 1; Staudinger/Heinze, 2020, § 946 Rn. 1; Staudinger/Heinze, 2020, vor §§ 946 ff. Rn. 1; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 52 Rn. 1.

⁴⁹¹ Siehe schon früh das Schrifttum: v. Bonin, ArchBürgR 38 (1913), 117; Zeuner, JZ 1955, 195.

unmittelbar Verarbeitung ausführt.⁴⁹² Maßgeblich für die Herstellereigenschaft ist nach der Rechtsprechung eine Einzelfallbetrachtung nach der Verkehrsan-schauung,⁴⁹³ zu deren Einzelheiten der Normwortlaut keinerlei Ansatzpunkte bietet.⁴⁹⁴ Die Rechtsprechung stützt sich hier auf eine Formel der „Verkehrsauf-fassung eines mit den Verhältnissen vertrauten objektiven Betrachters“.⁴⁹⁵ Her-steller soll nach dieser sein, wer den Verarbeitungs- oder Umbildungsvorgang steuert, sein „Geschäftsherr“ ist, „in dessen Namen und wirtschaftlichem Inte-resse die Herstellung erfolgt“.⁴⁹⁶ Dabei ist eine ökonomische Argumentation evident, die auf die „Verarbeitung einer Sache zu einem Unternehmensgut und dessen Eingliederung in den Unternehmensablauf zugeschnitten“ ist.⁴⁹⁷ Dane-ben steht auch ein gewichtiger ethischer Einfluss, denn die Wertschöpfung kraft Organisation soll durch das Eigentum an dem hergestellten Objekt entlohnt werden, was stark an die *Locksche* Rechtfertigung des Eigentums durch persön-liche Arbeit erinnert.⁴⁹⁸ Die Organisationsleistung verdrängt auch die finanziel-le Ausstattung des Herstellungsprozesses.⁴⁹⁹ Entscheidend soll sein, wer das wirtschaftliche Risiko der Verarbeitung trägt, sie leitet und Eigentümer der Rohstoffe ist.⁵⁰⁰ Außerhalb wirtschaftlicher Zusammenhänge kann diese Argu-mentation freilich nicht tragen.⁵⁰¹ Zudem können Rohstofflieferanten durch sog. „Verarbeitungsklauseln“ zum Hersteller werden, nach denen der Käufer im Interesse des Lieferanten verarbeitet;⁵⁰² der Rohstofflieferant verliert seine Her-stellereigenschaft dann nicht bereits, wenn der Käufer einen entsprechenden Willen fasst, sondern nur „wenn sich die durch die Vereinbarung geschaffene Lage“ objektiv erheblich ändert.⁵⁰³ Dies ist denkbar unklar,⁵⁰⁴ wie freilich auch die in der Literatur als parallel zum Herstellerproblem gedeutete Konstruktio-

⁴⁹² Prot. III 243; BGHZ 14, 114, 117; *Rothkegel*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 60f.

⁴⁹³ Stark für eine Einbeziehung der Interessen anderer Gläubiger *Staudinger/Heinze*, 2017, § 950 Rn. 30.

⁴⁹⁴ Vgl. *MüKo-BGB/Füller*, 8. Aufl. 2020, § 950 Rn. 17

⁴⁹⁵ BGHZ 112, 243, 249f.; BGHZ 20, 159, 163; BGHZ 14, 114, 117; ebenso Möhring, NJW 1960, 698; *Soergel/Henssler* § 950 Rn. 13, 20.

⁴⁹⁶ BGH, NJW 1983, 2022, 2023; BGHZ 20, 159, 162; BGH NJW 1991, 1480, 1481; OLG Celle NZI 2009, 726.

⁴⁹⁷ BGHZ 112, 243, 249f.

⁴⁹⁸ Dazu bereits oben, Kapitel 2., D., I.

⁴⁹⁹ So auch *Soergel/Henssler*, § 950 Rn. 14; ausdrücklich BGH NJW 1991, 1480, 1483.

⁵⁰⁰ *Erman/Ebbing* § 950 Rn. 10; *Rieß*, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzessi-on, 1962, 16; *Säcker*, JR 1966, 51 (52); *Soergel/Henssler* § 950 Rn. 14; *Wadle*, JuS 1982, 477 (483); *MüKo-BGB/Füller*, § 950 Rn. 19f.

⁵⁰¹ BGHZ 112, 243, 250.

⁵⁰² BGHZ 20, 159, 163f.; BGHZ 46, 117, 118f.

⁵⁰³ BGHZ 20, 159, 164.

⁵⁰⁴ Kritisch auch *MüKo-BGB/Füller*, § 950 Rn. 18; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sa-chenrecht, § 53 Rn. 13; *Wadle*, JuS 1982, 477, 481.

nen der Besitzdienerschaft und des mittelbaren Besitzes.⁵⁰⁵ Eine analoge Lösung zum Besitzrecht soll freilich wegen der ansonsten zu stark subjektiven Determinierbarkeit der Eigentumslage ausscheiden.⁵⁰⁶ Dann müsste freilich auch eine Anknüpfung an die vertragliche Risikozuweisung ausscheiden, die indes von der h.M. als maßgeblich betrachtet wird.⁵⁰⁷ Aus Verkehrsschutzgesichtspunkten wird von einer starken Literaturströmung ein verobjektivierter Ansatz gefordert,⁵⁰⁸ der im Detail freilich nicht ohne normative Argumente auskommt.

Seit jeher ist umstritten, ob der Herstellerbegriff überhaupt der privatautonomen Determinierung der beteiligten Parteien, insbesondere durch die bereits erwähnten Verarbeitungsklauseln, zugänglich ist.⁵⁰⁹ Mit dieser Frage ist auch die gänzliche oder teilweise Disponibilität der Norm adressiert,⁵¹⁰ wobei der BGH paradoxerweise letztere verneint und Herstellerklauseln dennoch zulassen will.⁵¹¹ Die Formel des BGH, die zur Bewertung der Wirksamkeit der Herstellerklauseln auf einen objektiven Betrachter abstellt, trägt daher kompromisshafte Züge zwischen Verkehrsschutz und ökonomischer Würdigung der individuellen Risikolage. Verarbeitungsklauseln sollen nicht an sich wirksam, indes ein starkes Indiz bei der Sachverhaltsbewertung für die maßgebliche Verkehrsauffassung sein,⁵¹² die jedoch in der Regel den Vorbehaltslieferanten nicht als Hersteller sieht.⁵¹³ Auf diese Weise erfolgt jedoch eine starke Annäherung an die Literatur, die ja gerade eine verobjektivierte Sicht vertritt.

Die Anwendung der genannten Maßstäbe führt bei Arbeitsverträgen zur Herstellereigenschaft des Arbeitgebers, da er das wirtschaftliche Risiko voll und erkennbar trägt, sowie die Verarbeitungsprozesse per Weisung steuert.⁵¹⁴

⁵⁰⁵ Möhring, NJW 1960, 697, 698; Uhle, Verarbeitung durch und für andere, 1957, S. 56; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 53 Rn. 13; Zeuner, JZ 1955, 195, 196 f.

⁵⁰⁶ Rothkegel, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 72; kritisch auch Wadle, JuS 1982, 477, 481.

⁵⁰⁷ Wagner, AcP 184 (1984), 14, 21.

⁵⁰⁸ Wadle, JuS 1982, 477, 483; Zeuner, JZ 1955, 195, 197; s. auch Möhring, NJW 1960, 697, 698; MüKo-BGB/Füller, § 950 Rn. 19.

⁵⁰⁹ Zu diesen umfassend etwa MüKo-BGB/Füller, § 950 Rn. 18, 27; Grüneberg/Herrler, 81. Aufl. 2022, § 950 Rn. 6.

⁵¹⁰ Dagegen die wohl h.M. MüKo-BGB/Füller, § 950 Rn. 15; Staudinger/Heinze, § 950 Rn. 27 ff.

⁵¹¹ Dies verkennt Grüneberg/Herrler, 81. Aufl. 2022, § 950 Rn. 6; eingehend und m.N. zur Rechtsprechung des BGH Staudinger/Heinze, 2021, § 950 Rn. 23 ff.

⁵¹² Die Literatur deutet die Verarbeitungsklauseln in antizipierte Sicherheitsübereignungen um, was einen Durchgangserwerb des Verarbeitenden bedingt und das Sicherungsinteresse des Lieferanten prioritären Sicherungen Dritter und einem Wandel des Besitzmittlungsverhältnisses unterordnet, vgl. Rothkegel, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 133; Staudinger/Wiegand, 2017, Rn. 45; Staudinger/Heinze, 2020, § 950 Rn. 45 ff.; MüKo-BGB/Füller, § 950 Rn. 27. Und Rn. 28 (zur Übersicherung).

⁵¹³ MüKo-BGB/Füller, § 950 Rn. 20.

⁵¹⁴ Zeuner, JZ 1955, 195; Rothkegel, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 85 ff.; Grüneberg/Herrler, § 950 Rn. 7; Soergel/Henssler, § 950 Rn. 15; Staudinger/Wiegand, 2017, Rn. 37; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 53 Rn. 16;

Bei Werklieferverträgen ist regelmäßig, innerhalb der Wertgleichgewichtsprämisse von § 950 BGB, der Werkunternehmer der Hersteller, da er ansonsten keine Zurückbehaltungsrechte am Werk geltend machen könnte.⁵¹⁵ Bei Dienstverträgen ist der Dienstberechtigte Hersteller, da der Dienstverpflichtete eine Verarbeitungstätigkeit, nicht indes deren Erfolg schuldet.⁵¹⁶ Bei Unternehmensverbindungen verbleiben Zweifel über die Herstellereigenschaft, in jedem Fall bedarf es einer rechtsfähigen Zurechnungseinheit im Konzern. Konzernrechtliche Beherrschungsverhältnisse und Ausgleichszahlungen sollen nicht das wirtschaftliche Risiko überspielen können, welches das verarbeitende Unternehmen unmittelbar betrifft,⁵¹⁷ was auf das unten noch eingehend zu erörternde konzernrechtliche Trennungsprinzip zurückzuführen ist.

III. Ergebnis zur Zurechnung im Sachenrecht

Zurechnung im Sachenrecht erfolgt in drei Hauptfällen, durch privatautonome Einigung, gutgläubigen Erwerb und Herstellung von Sachen. Im ersten Fall konnte vollumfänglich auf die oben erarbeiteten Grundsätze zur privatautonomen Zurechnungsbegründung verwiesen werden. Die beiden weiteren besonderen Fälle des Sachenrechts, gutgläubiger Erwerb und Herstellung, sind zum einen durch einen abstrakten Systemschutz der Sachtransaktionen begründet und entsprechen für die Herstellerzurechnung einem allgemeinen, ethisch-ökonomisch begründbaren Leistungskonzept. Die dem Recht der Verfügungen über bewegliche Sachen dienenden Besitzverhältnisse sind in ihrer Zurechnungsbegründung gespalten – das Recht der Besitzdienerschaft ist objektiv durch die Verkehrsauffassung zu bestimmen, um eindeutige Besitzzuordnungen zu gewährleisten und so dem Interesse des Verkehrsschutzes zu genügen. Das Recht des mittelbaren Besitzes unterliegt hingegen dem Primat der Privatautonomie, da der Fremdbesitzmittlungswille natürlich und nicht limitiert ist.

E. Subjektive Merkmale – „Wissenszurechnung“

I. Grundlagen

Die Wissenszurechnung bildet einen Schwerpunkt der wissenschaftlichen Diskussion um Zurechnung in Deutschland⁵¹⁸ – da es sich bei dem Problem der

⁵¹⁵ Im Ergebnis auch MüKo-BGB/Füller, § 950 Rn. 21 f.

⁵¹⁶ BGH NJW 1952, 661 f.; zust. *Neumann-Duesberg*, JR 1951, 462 f.; differenzierend *Rotkegel*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, S. 104 f.

⁵¹⁷ So auch MüKo-BGB/Füller, § 950, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 III.

⁵¹⁸ Dazu etwa das ZHR Sonderheft 2017, mit Beiträgen von *Grigoleit*, *Spindler* und *Wagner*; neuere Aufsätze: *Armbrüster/Kosisch*, ZIP 2020, 1494; *Risse*, NZG 2020, 856; *Altmeyden*,

Wissenszurechnung um eine rechtsgebietsübergreifende Querschnittsmaterie handelt, sie also zunächst unabhängig von spezifischen gesetzgeberischen Intentionen in verschiedenen Kontexten in Erscheinung tritt, scheint sie prima facie prädestiniert dafür, Ansätze für eine Systematisierung der Zurechnung insgesamt zu suchen. Die Suche darf freilich eher nicht mit allzu hohen Erwartungen verknüpft werden, denn das Gebiet gilt im nationalen Recht als dogmatisch schlecht fundiert,⁵¹⁹ ja „nicht einmal annähernd befriedigend gelöst“,⁵²⁰ und bildet dabei auch im Rechtsvergleich ein Alleinstellungsmerkmal deutschen Privatrechts – Wissenszurechnung spielt in anderen Jurisdiktionen kaum oder nur eine untergeordnete Rolle.⁵²¹ Das Problemfeld der Zurechnung von Wissen ist wegen seiner nur fragmentarischen positiv-rechtlichen Anknüpfungen und erheblichen Erweiterungen und Verschleifungen in der Rechtsprechung sowie den punktuell starken Vorgaben des Europarechts jedenfalls paradigmatisch für das Rechtsproblem der Zurechnung.

Wissenszurechnung betrifft das Problem der Zusammenführung von objektivem und subjektivem Tatbestand, wo diese auf mehrere Personen verteilt sind, zur Herbeiführung einer einheitlichen Rechtsfolge; der subjektive Tatbestand kann dabei wiederum selbst auf mehrere Personen verteilt werden, so dass sich die Verantwortungszuweisung für die subjektive Lage bei mehreren Rechtsträgern als „Zusammenrechnung“ darstellen kann. Der subjektive Tatbestand umfasst Wissen, allerdings auch Willensmängel, und sonstige Motivationen, insbesondere den Vorsatz, so dass insgesamt treffender von subjektiver Zurechnung die Rede sein könnte, um auch die Vorsatzzurechnung begrifflich abzubilden. Schon dieser funktionale Zugriff zeigt die Vielschichtigkeit der Probleme von Wissenszurechnung auf.

§ 166 BGB ist neben §§ 2 Abs. 2, 19 VVG die einzige Norm, welche die Aufspaltung von Wissen zwischen mehreren Personen unmittelbar aufgreift. § 166 Abs. 1 BGB legt fest, dass für den vertretenen Geschäftsherrn die Willensmängel, das Wissen und Wissenmüssen des Vertreters maßgeblich sind, es sei denn, dieser ist per Vollmacht bestellt und weisungsgebunden, § 166 Abs. 2 BGB, in welchem Fall auf den weisenden Vertretenen abzustellen ist.⁵²² Der Anwen-

NJW 2020, 2833; Guski, ZHR 184 (2020), 363; Kuntz, ZfPW 2022, 177; Monographien: *Schilken*, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983; *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001; *Baum*, Die Wissenszurechnung, 1999; *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, 2001; *Römer-Collmann*, Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen, 1998; *Bruns*, Voraussetzungen und Auswirkungen der Zurechnung von Wissen und Wissenserklärungen im allgemeinen Privatrecht und im Versicherungsrecht, 2007; *Thomale*, Der gespaltene Emittent, 2018.

⁵¹⁹ Kritisch *Klöbn*, NZG 2017, 1285, 1287.

⁵²⁰ Vgl. *Grigoleit*, ZHR 2017, 162; kritisch auch *Spindler*, mit der Forderung gesetzgeberischen Einschreitens, ZHR 181 (2017), 311, 355 f.

⁵²¹ *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, insbes.: 205, 210 ff. für Frankreich, 214 ff. für England.

⁵²² Dazu Vgl. BGH NZG 2004, 580, 582; BGHZ 94, 232; *Staudinger/Schilken*, 2019, vor § 164 Rn. 32; *Mock*, JuS 2008, 309, 310.

dungsbereich der Wissenszurechnung nach § 166 BGB ist dabei allerdings durch speziellere Normen begrenzt, für die Zurechnung besonderer subjektiver Merkmale prägt ein Flickenteppich von Spezialnormen das Tableau, insbesondere dabei die für Schuldverhältnisse geltende Spezialnorm des § 278 BGB.⁵²³ Sie sondert – für Schuldverhältnisse, und nur für diese⁵²⁴ – von der Frage der Wissenszurechnung die Frage der Vorsatzzurechnung ab, dabei insbesondere auch die kognitiven Elemente des Vorsatzes, die häufig dem Wissen gleich oder zumindest nahe gestellt werden. Für Kenntnisse über Umstände der arglistigen Täuschung durch einen Vertreter ist § 123 Abs. 2 BGB spezieller.⁵²⁵ § 166 BGB ist auf alle nicht speziell geregelten Fälle anwendbar, in denen das Gesetz ausdrücklich auf Kenntnis oder Kennenmüssen abstellt; so etwa: auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale der §§ 134, 138 BGB;⁵²⁶ auf den Verjährungsbeginn ab den anspruchsbegründenden Umständen, § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB;⁵²⁷ auf den Ausschluss der Käuferrechte, bei Kenntnis des Käufers vom Mangel, § 442 BGB;⁵²⁸ auf die Unwirksamkeit des Haftungsausschlusses wegen arglistigem Verschweigen von Mängeln,⁵²⁹ auf den gutgläubigen Erwerb im Sachenrecht, §§ 892, 932 BGB, § 366 HGB. Keine Norm der Wissenszurechnung, sondern eine Wissenszurechnung im zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestand erst voraussetzend, ist § 31 BGB.⁵³⁰ So hat nach richtiger Auffassung § 166 BGB auch im deliktischen Verkehr Vorrang.⁵³¹

Die Wissenszurechnung im engeren Sinne ist von zwei dogmatischen Kernlinien geprägt: markant ist zunächst die Ausweitung des Begriffs des Vertreters in § 166 BGB zum „Repräsentanten“ oder „Wissensvertreter“, schließlich die ausdrückliche Interpretation als Wissensorganisationsnorm (II.). Von *Buck-Heeb* besonders hervorgehoben, ansonsten freilich eher vernachlässigt, ist die Ausweitung des Wissensbegriffs selbst (III.). Der hier vertretene funktio-

⁵²³ Zu § 278 BGB bereits oben, Kapitel 2., B., IV., 2.

⁵²⁴ Deutlich gegen eine allgemeine Anwendbarkeit von § 278 BGB als Wissenszurechnungsnorm *Altmeyen*, NJW 2020, 2833, 2834.

⁵²⁵ Vgl. MüKo-BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 36.

⁵²⁶ Zum durch die Rechtsprechung bestätigten Anwendungsbereich *Grüneberg/Ellenberger*, § 166 Rn. 4.

⁵²⁷ BGH NJW 2014, 2861; MüKo-BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 87f.; *Staudinger/Schilken*, § 166 Rn. 8.

⁵²⁸ BGH NJW 2000, 1405; MüKo-BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 82; *Grüneberg/Ellenberger*, § 166 Rn. 4.

⁵²⁹ BGH NJW 1996, 1339; MüKo-BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 82; *Staudinger/Schilken*, § 166 Rn. 8a.

⁵³⁰ Anders etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 250ff.; *Schmidt/Lutter/Seibt* AktG, 4. Aufl. 2020, § 78 Rn. 34; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, 4. Aufl. 2019, § 78 Rn. 53; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 78 Rn. 24; *Goldschmidt*, Die Wissenszurechnung, S. 237ff.; wie hier *Altmeyen*, NJW 2020, 2833, 2834.

⁵³¹ Dagegen freilich BGH ZIP 2016, 2023; Bespr. *Reuter*, ZIP 2017, 310, Rn. 23; krit. Anm. *Wagner*, JZ 2017, 522; krit. auch MüKo-BGB/*Wagner*, § 826 Rn. 39–42; deutlich für eine Anwendbarkeit auch im Deliktsrecht *Altmeyen*, NJW 2020, 2833, 2934f.

nal-rechtliche Zurechnungsbegriff führt freilich zu einer Zusammenführung der Ansätze mit einem Fokus auf die Pflichtendimension – denn Wissen als Tatsache kann an sich nicht Gegenstand rechtlicher Zurechnung sein (IV).

II. Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 166 BGB

1. Von der Suche nach „Repräsentanten“ zu Wissensorganisationspflichten

§ 166 BGB ist Ankernorm einer Dogmatik der „Wissenszurechnung“, welche die Zurechenbarkeit von Wissen mehrfach konditioniert.⁵³² Die Norm ist strikt limitiert, da sie systematisch im Titel über Vertretung und Vollmacht steht, sich damit zunächst allein auf die Stellvertretung bezieht und vom Wortlaut her auf die „rechtlichen Folgen einer Willenserklärung“. Damit stellt freilich schon der Wortlaut der Norm klar, dass nicht Wissen zugerechnet wird, sondern Rechtsfolgen, was den hier gewählten rechtsfunktionalen Zurechnungsbegriff bestätigt.⁵³³ Nur für die Zuordnung von Rechtsfolgen ist die Frage interessant, wer was gewusst hat – Wissen als solches ist für das Recht schlicht nicht von Belang. *Grigoleit* stellt diesbezüglich zutreffend klar, dass Wissen isoliert keinen Tatbestand erfüllt, sondern nur in Verbindung mit einer Handlung oder einer Unterlassung.⁵³⁴ Der Vertretene hat nach § 166 Abs. 1 BGB für drei Aspekte des subjektiven Zustands des Stellvertreters einzustehen: für Willensmängel, Kenntnis und Kennenmüssen „kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht“. Der Wortlaut der Norm legt auch nahe, dass tatsächliches Verhalten, vor allem indes andere Personen als Stellvertreter, grundsätzlich nicht an der Zurechnungsoperation der Norm teilnehmen.

Die analoge Anwendbarkeit der Norm auf einen weiteren Personen- und Tatsachenkreis ist allerdings kontrovers umstritten.⁵³⁵ Die Ausweitung von § 166 BGB auf einen weiteren Kreis von Personen von „Wissensvertretern“, die ohne Vertretungsmacht als Repräsentanten für den Geschäftsherrn eigenverantwortlich handeln,⁵³⁶ auch außerhalb des rechtsgeschäftlichen Verkehrs,⁵³⁷ erfolgte durch Rechtsprechung und Literatur unter erheblichem konstruktiven Aufwand. Die Anforderungen an die Zurechnung von Repräsentantenwissen sind nach wie vor nicht vollkommen geklärt. Wissensvertreter soll nach der in der Rechtsprechung bisher gängigen Definition jeder sein, der nach der Organisation des Geschäftsherrn damit betraut ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant aufzutreten, bestimmte Aufgaben eigenverantwortlich zu erledigen und die

⁵³² Zur systematischen Analyse *Grigoleit* ZHR 2017, 160, 163.

⁵³³ Zur *Kelsenschen* Formel oben, Kapitel 1., B., II.

⁵³⁴ *Grigoleit*, ZHR 181 (2017), 159,

⁵³⁵ Vgl. etwa Wissen und juristische Person, 2001, S. 5.

⁵³⁶ Zu den Einzelfällen vgl. Grüneberg/*Ellenberger*, § 166 Rn. 6f.

⁵³⁷ BGH NJW 1996, 1584; 1996, 1508, 1510; 1992, 1099.

dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen sowie gegebenenfalls weiterzuleiten.⁵³⁸

Die Zurechnungswertungen verlaufen dabei nicht geradlinig und insbesondere die Wissenszu- und zusammenrechnung in Organisationen ruft Irritationen hervor.⁵³⁹ Der BGH kaschiert die Brüche mit der Wendung „wertende Betrachtung“: so hat er im „Grundstückskauf-Urteil“ eine Zusammenrechnung von Wissen auf ein Organ bezüglich des mangelrechtlichen Arglisteinwands sogar nach personellen Wechseln im Verband zugelassen,⁵⁴⁰ im „Fondsprospekt-Urteil“ hingegen eine Wissenszu- und zusammenrechnung unter § 826 BGB wegen dessen „personaler Natur“ abgelehnt,⁵⁴¹ diese Linie indes inzwischen im „VW-Urteil“ wieder unter Bezugnahme auf die Grundsätze zur sekundären Darlegungslast relativiert.⁵⁴² Eine „echte“ Organstellung der Wissensträger wird in der neueren Rechtsprechung immer weniger verlangt, es wird allerdings auch nicht mehr streng am Begriff des Repräsentanten gearbeitet⁵⁴³ – stattdessen werden die Zurechnungsentscheidungen eher auf Vertrauens- und Verkehrsschutzgesichtspunkte gegründet.⁵⁴⁴ Die neuere BGH-Rechtsprechung stützt sich dabei offen auf Wissensorganisationspflichten.⁵⁴⁵ Andererseits soll die Zurechnung entfallen, wenn der Geschäftsherr gegenüber dem betroffenen Verkehrskreis klarstellt, dass er nur für eigenes Wissen und Tun einstehen will.⁵⁴⁶ Damit wiederum scheinen weniger Aspekte des Verkehrsschutzes die Zuweisung von Rechten und Pflichten zu begründen, als vielmehr doch *zumindest auch* die privatautonome Entscheidung des Geschäftsherren entscheidend zu sein.

⁵³⁸ BGH NJW 2016, 3445 Rn. 61; 2014, 1294 Rn. 16; BGHZ 133, 129, 139; kritisch *Grigolet*, ZHR 181 (2017), 160, 183 f.

⁵³⁹ Kritisch *Buck*, die die Zusammenrechnung jedenfalls für rechtliche Bewertungen ablehnt, die in einem Rechtsträger kumuliert vorliegen müssen, Wissen und juristische Person, 2001, S. 26 – so auch BGH NJW 2017, 250, der sich gegen ein mosaikhafte Zusammensetzung der Unrechtswertung ausspricht.

⁵⁴⁰ Zu § 463 S. 2 BGB a.F. und unter Bezugnahme auf § 31 BGB, BGHZ 109, 327. Einschränkung allerdings BGH NJW 1992, 1099, 1100; BGH NJW 1999, 3777, 3778. Zur Kenntnis von vorsätzlichen Benachteiligungen nach § 133 Abs. 1 InsO BGHZ 190, 201; so auch BGH DB 2014, 1806.

⁵⁴¹ BGH NJW 2017, 250; kritisch *Wagner*, JZ 2017, 522.

⁵⁴² BGH NJW 2020, 1962.

⁵⁴³ Sehr wohl allerdings noch in der älteren Rechtsprechung: etwa RGZ 101, 402, 403; BGHZ 55, 307, 311; BGHZ 83, 293, 296; BGHZ 117, 104, 106 f.; BGH, NJW 1968, 988; NJW 1976, 2344, 2345.

⁵⁴⁴ BGHZ 132, 30, 37; BGHZ 135, 202, 205; BGHZ 140, 54, 62; zum Wandel der Rechtsprechung *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 4. Aufl. 2019, § 78 Rn. 54; *Sajnovits*, WM 2016, 765, 767; *Schürnbrand*, Die Organschaft im Recht der privaten Verbände, 2007, S. 27 f.; *Raiser*, FS Bezzenberger, 2000, S. 561, 563 f.; Vertrauensschutz sogar als zentral für deliktische Sachverhalte ansehend, *Armbrüster/Kosich*, ZIP 2020, 1494, 1495.

⁵⁴⁵ Grundlegend BGHZ 109, 327, 331; BGHZ 132, 30, 35; auf Basis von Vorarbeiten vor allem von *Taupitz*, Karlsruher Forum 1994, S. 16 ff.

⁵⁴⁶ BGH NJW 95 2550;

2. Modell der Risikozuweisung unter § 166 BGB

Die beschriebenen Inkonsistenzen können durch eine funktionale Betrachtung der Wissenszurechnung unter § 166 BGB aufgelöst werden. Die innere Logik der Norm kann als Grund für Wissensorganisationspflichten allgemein gesehen werden,⁵⁴⁷ wobei die beiden Absätze unterschiedliche Stoßrichtungen haben.

§ 166 Abs. 1 BGB ist nach herrschender Auffassung Folge der Repräsentationstheorie im Recht der Stellvertretung.⁵⁴⁸ Die Stellvertretung leitet die Rechtsfolgen des Vertretergeschäfts auf den Geschäftsherrn über und der Einsatz des Stellvertreters ist auch maßgeblich dafür, dass den Geschäftsherrn die scharfen Folgen der Wissenszurechnung treffen – insoweit als der Geschäftsherr über den subjektiven Zustand des Stellvertreters informiert *sein muss*, ganz unabhängig davon ob, er *tatsächlich* informiert ist. § 166 Abs. 1 BGB ist gesetzgeberische Lösung für den Fall, in dem der Vertretene nicht für die Folgen der Stellvertretung, wie sie sich eigentlich aus dem subjektiven Zustand des Stellvertreters ergeben, einstehen will – also letztendlich für den Umgang mit dem Einwand, er hätte „nicht gewusst“. So betrachtet ist „Wissenszurechnung“ die Frage nach der Pflicht zu wissen, ihre Konsequenz ist entweder eine Wissensvermutung oder die Feststellung einer haftungsrechtlich relevanten Pflichtverletzung, auf die sich konsequenterweise dann auch ein eigener Verschuldensvorwurf stützen kann. *Buck-Heeb* spricht zu Recht (wenngleich kritisch) von einer Erweiterung von Wissen auf „Wissenmüssen“.⁵⁴⁹

§ 166 Abs. 1 BGB typisiert⁵⁵⁰ auf diese Weise eine rudimentäre Risikozuweisung für das organisationsrechtliche Instrument der Stellvertretung im Sinne einer Wissensorganisationspflicht.⁵⁵¹ Der Geschäftsherr wird durch die strikte Zurechnung der Folgen des Vertreterhandelns dazu angehalten, sich über die subjektive Verfassung seines Vertreters zu informieren, um die Risiken aus der Stellvertretung zu vermeiden. Die Risikozuweisung für das Vertreterhandeln folgt wiederum den ethisch-ökonomischen Motiven der für Arbeitsteilung maßgeblichen deliktsrechtlichen Zuweisungsnormen der §§ 31, 831 und 278 BGB, wobei insbesondere das Lasten-Nutzen-Paradigma relevant ist. Dieses

⁵⁴⁷ Zum Begründungserfordernis von Wissensorganisationspflichten *Spindler*, ZHR 181 (2017), 311, 314.

⁵⁴⁸ Vgl. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 1906, Nachdruck 1963, S. 344 ff., 379. dazu *Buck*, Wissen und Juristische Person und juristische Person, 2001, S. 119–132; zuletzt etwa *Altmeyden*, NJW 2020, 2833, 2835.

⁵⁴⁹ *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 31–46; und S. 27 f., unter Verweis auf LG Frankfurt NJW-RR 1986, 1085.

⁵⁵⁰ Im Gesetzgebungsverfahren wurde, in Anerkenntnis atypischer Konstellationen, der Typisierung der Vorzug gegeben, *Mugdan*, I, S. 740.

⁵⁵¹ Dem ebenfalls zugeneigt *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 119–132; ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann die Wissenszurechnung in § 166 BGB nicht dem Grundsatz *venire contra factum proprium* zugeordnet werden, vgl. auch *Schilken*, Wissenszurechnung im Zivilrecht, 1983, S. 56 f.

trägt letztendlich auch gerechtfertigte Vertrauensschutzerwartungen des Rechtsverkehrs. Speziell für die Generierung von Wissen ist der Geschäftsherr aus ökonomischer Sicht der *least cost information seeker*.⁵⁵² Auf Grund seiner Sachnähe zum arbeitsteiligen Geschäft kann er die Risiken der Stellvertretung besser und effizienter erheben und analysieren als jeder außenstehende Dritte. Werden diese ökonomischen neben den ethischen Motiven als Grundlage der Norm gesehen, sollte sich ihre extensive Auslegung daran orientieren, welcher Personenkreis dem Geschäftsherren tatsächlich so nahe steht, dass er kostengünstiger als jeder andere Verkehrsteilnehmer risikogeneigten Kenntnisstand ermitteln kann. Die eben rezitierte „Betrauens-Formel“ der Rechtsprechung greift dies zumindest im Ansatz auf, denn nur, wer als Repräsentant des Geschäftsherrn im Rechtsverkehr betraut wird, ob rechtsgeschäftlich wirksam oder nicht, kann überhaupt auch vom Geschäftsherren eingeschätzt werden. Eine feste Eingliederung in die Organisation hingegen ist nicht erforderlich, da hierfür § 31 BGB bereits eine spezielle, personell auf „verfassungsmäßig bestellte Vertreter“ (im haftungsrechtlichen Sinn) limitierte, strikte Haftung vorsieht.⁵⁵³

Die Bedeutung von § 166 Abs. 1 BGB weist über den Fall der Stellvertretung hinaus. Denn bei dieser handelt es sich, abstrakt gesehen, um die rudimentärste Form der Arbeitsteilung – wohl um die Grundform der Arbeitsteilung im Recht schlechthin, im noch überschaubaren Dreierverhältnis. Was jedoch für den Grundfall der Arbeitsteilung gilt, muss auch, zumindest als Regel, für komplexere Fälle gelten, solange diese aus einer Organisationsentscheidung des Geschäftsherrn mit gewillkürter Außenwirkung folgen. Dies lässt sich methodisch in einer teleologischen Extension fassen.⁵⁵⁴ Es gibt dabei keinen Grund, die Wissenszurechnung nach § 166 BGB auf juristische Personen zu beschränken, denn die hier typisierte Risikolage folgt aus jeder Art arbeitsteiliger Organisation,⁵⁵⁵ insbesondere auch der einzelkaufmännischen.⁵⁵⁶

Zu beachten ist, dass mit Wissensnormen unterschiedliche Zwecke verfolgt werden, so dass neben dieser gesetzgeberischen Leitentscheidung auch die in der einzelnen Wissensnorm spezifisch enthaltene Wertung mit zu berücksichti-

⁵⁵² Für diese Figur, als Sonderfall des *cheapest cost avoider*, grundlegend Stigler, 06 Journal of Political Economy (1961), 213 ff.; dazu auch Möllers, AcP 208 (2008), 1, 11; Zetzsche, Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft, 2006, S. 37; Klöbn, WM 2010, 1869, 1878; Köndgen, FS Druey, 2002, S. 791, 796; Seibt, ZHR 177 (2013), 387, 393; zur modellhaften Regelung in Art. 17 MAR siehe noch unten, Kapitel 3., D., III. 4. Zur Wissensgenerierung durch Haftungsrecht auch Hoffmann-Riem, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, 417 ff.

⁵⁵³ Dazu bereits oben, Kapitel 2., B., IV., 4.

⁵⁵⁴ Zu den Grenzen Grigoleit, ZHR (181) 2017, 160, 182 ff.; allg. zur Methode Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 397

⁵⁵⁵ Spindler, ZHR (181) 2017, 311, 313; Armbrüster/Kosich, ZIP 2020, 1494, 1495.

⁵⁵⁶ Dagegen allerdings Altmeyen, NJW 2020, 2833, 2834; zur Wissenszurechnung im einzelkaufmännischen Unternehmen etwa Seidel, ZIP 2020, 1506.

gen ist.⁵⁵⁷ Nach dem allgemeinen Angemessenheitsgedanken bei Informationspflichten, wie er sich etwa bei der *Business Judgement Rule* niederschlägt,⁵⁵⁸ sind umso intensivere Wissensorganisationspflichten zu beachten, je größer und gewichtiger die Gefahr, die durch die einzelne Wissensnorm adressiert wird.⁵⁵⁹ Keinesfalls besteht eine allgemeine Überwachungspflicht allen Wissens der Repräsentanten, sondern nur hinsichtlich der naheliegenden oder schweren Risiken der Geschäftsorganisation.

Zu entkräften ist der Einwand, dass die teleologische Extension von § 166 BGB arbeitsteilige Organisationen härter trafe, als allein handelnde natürliche Personen, wie insbesondere *Buck-Heeb* vertritt.⁵⁶⁰ Während die Risiko- und folglich auch Pflichtenzuweisung schon bei fahrlässiger Verletzung von Organisationspflichten zu einer Wissenszurechnung führt, ist eine Behandlung von natürlichen Personen als Wissende trotz tatsächlichem Unwissen nur möglich, wenn sich die natürliche Person dem Wissen missbräuchlich verschließt.⁵⁶¹ Tatsächlich ist hier allerdings keine Schlechterstellung von Verbänden zu erkennen, da es sich beim Wissen natürlicher Personen und arbeitsteiliger Organisationen um zwei grundverschiedene Sachverhalte handelt. Das Wirk- und auch Schadenspotential Letzterer gegenüber der Außenwelt ist viel größer als bei natürlichen Einzelpersonen.⁵⁶² Zudem verhindert die Wissensorganisationspflicht Anreize, Wissen vom Organwalter i. S. d. § 31 BGB so „wegzuorganisieren“, dass es nicht bekannt sein kann.⁵⁶³

In Konzernkonstellationen⁵⁶⁴ ist von der Prämisse des Trennungsprinzips auszugehen, welches die Konzernleitungspflichten und Konzernorganisationspflichten an der Grenze des Rechtsträgers enden lässt – und damit auch Compliance-Organisationspflichten.⁵⁶⁵ Anderes muss freilich gelten, wo das Europarecht die Compliance-Pflichten auf „das Unternehmen“, also den wirtschaft-

⁵⁵⁷ So schon *Waltermann*, AcP 192 (1992), 181, 183ff., 191; *Bork*, ZGR 1994, 237, 241 f.; *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 19, 29; *Grigoleit*, ZHR (181) 2017, 160.

⁵⁵⁸ Diese gilt bei allen juristischen Personen, für einige ist sie ausdrücklich kodifiziert, vgl. §§ 93 Abs. 1 S. 2, 116 S. 1 AktG, sowie § 34 GenG, wo dies nicht der Fall ist, wird sie analog angewendet. Zur GmbH: *MüKo-GmbHG/Fleischer*, 3. Aufl., München 2019, § 43 Rn. 71; zum Verein: *MüKo-BGB/Leuschner*, § 27 Rn. 69ff.; zu internationalen Tendenzen, *Merkt*, ZGR 2017, 129.

⁵⁵⁹ Zu den bisherigen Kriterien BGH NJW 1999, 3777, 3778.

⁵⁶⁰ *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 269ff.; so auch *Richardi*, AcP 169 (1969), 385, 389.

⁵⁶¹ Vgl. etwa § 166 Abs. 2 S. 2 BGB; zur Ausweitung des Wissensbegriffs noch unten, Kapitel 2., E., III.

⁵⁶² Diese Erwägung zeigt die Untauglichkeit des Gleichstellungsgedankens als Leitstern der Wissenszurechnung unter § 166 BGB, wie er etwa von *Medicus*, *Karlsruher Forum* 1994, S. 4, 15 und zuletzt von *Armbrüster/Kosich*, ZIP 2020, 1494, 1500 vertreten wird,

⁵⁶³ Deutlich *Wagner*, JZ 2017, 522, 525.

⁵⁶⁴ Zur Zurechnung im Konzernrecht sogleich ausführlich, Kapitel 3., C.

⁵⁶⁵ Deutlich *Altmeppen*, NJW 2020, 2833, 3838.

lichen Gegenstand des Rechtsträgers, ausweitet.⁵⁶⁶ Die abhängige Gesellschaft kann jedenfalls ohne Weiteres in die Rolle eines Vertreters treten, so dass das Programm des § 166 Abs. 1 BGB auch auf Konzernsachverhalte grundsätzlich anwendbar ist.

3. Exkulpationsmöglichkeiten und Ausnahmen?

Sieht man § 166 Abs. 1 BGB also als Grundnorm einer Wissensorganisationspflicht, die durch die besonderen Kenntnismenormen konkretisiert wird, kommt man zur Wissenszurechnung vom handelnden Vertreter auf den Geschäftsherren – und zwar unabhängig davon, ob dieser seine Organisationspflicht tatsächlich erfüllt oder nicht.⁵⁶⁷ Für die Wissenszurechnung kommt es nach deutschem Recht also nicht auf eine Pflichtverletzung an, nur auf eine entsprechende Pflicht.⁵⁶⁸ Das ist bemerkenswert, da die Pflichtenerfüllung insoweit nicht als exkulpierendes Moment verstanden wird, das Verschuldensprinzip damit deutlich in den Hintergrund tritt. Das Verschuldensprinzip hat freilich im Leitbild des § 166 Abs. 1 BGB keine Bedeutung, allenfalls stark verdünnt im ethischen Aspekt der Verantwortung für Risikosphären.

§ 166 Abs. 2 BGB ergänzt die Wissensorganisationspflicht um ein Missbrauchsverbot, wonach der wissende Geschäftsherr sich nicht auf die Unwissenheit des Vertreters berufen darf. Daraus folgt freilich keine Ausnahme zur Organisationspflicht in Fällen, in denen Weisungen an den Vertreter erteilt werden. In § 166 Abs. 2 BGB findet die „Geschäftsherrentheorie“ Anwendung, die von *von Savigny* begründet wurde und die besagt, dass es sich bei der Stellvertretung um ein Rechtsgeschäft des Vertretenen handelt.⁵⁶⁹ Abs. 1 geht wie gesagt freilich vom Gegenteil, der „Repräsentationstheorie“,⁵⁷⁰ aus, da er das Rechtsgeschäft als solches dem Vertreter grundsätzlich zuordnet und erst überleitet.⁵⁷¹ Eine Aufspaltung der theoretischen Grundlagen des Stellvertretungsrechts soll freilich nicht daraus folgen; nach hM kommt es für die Anwendbarkeit von § 166 Abs. 1 BGB nicht auf eine Weisung an, vielmehr wird in § 166

⁵⁶⁶ Insbesondere im Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, dazu unten Kapitel 3., C., III.

⁵⁶⁷ Hierin besteht ein deutlicher Unterschied zur nach hiesiger Auffassung modellhaften Regelung von Art. 9 Abs. 1 MAR, wo im Grundsatz eine juristische Person umfassend für das Wissen ihres Personals einstehen muss, sich allerdings entlasten kann, wenn sie ein Compliance-System unterhält und nicht ihr Personal zum Insiderhandel instrumentalisiert, vgl. noch unten Kapitel 3., D., III., 2.

⁵⁶⁸ Gegen eine Verankerung der Wissenszurechnung im Gedanken der Pflichtverletzung auch *Altmeppen*, NJW 2020, 2833, 2834 ff.

⁵⁶⁹ Vgl. *v. Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts Bd. II, 1853, S. 21 ff., 54 ff., 60: Die Lehre vom „Unterschied zwischen dem Boten und dem Bevollmächtigten [sei] entschieden [zu] verwerfen“; *ders.*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840, Nachdruck 1973, S. 90 ff.

⁵⁷⁰ Zu dieser schon die Nachweise oben, Kapitel 2., A., IV., 1., a.

⁵⁷¹ Dazu *Wilhelm*, AcP 183 (1983), 1, 19.

Abs. 2 BGB der Rechtsgedanke erkannt, Rechtsmissbrauch dürfe nicht fruchten.⁵⁷² Bei entsprechendem Vortrag der Gegenseite muss der Geschäftsherr substantiiert darlegen, dass keine Weisung oder kein rechtsfolgenrelevantes Wissen vorlag.⁵⁷³

III. Ausweitung des Wissensbegriffs als Zurechnungsobjekt

Im Diskurs um Wissenszurechnung zuletzt eher von untergeordneter Rolle ist der Umstand, dass dieselben Wirkungen, wie sie mit Wissensorganisationspflichten unter dem Rechtsgedanken des § 166 Abs. 1 BGB erzeugt werden, auch bereits aus einer begrifflichen Ausweitung des Wissensbegriffs selbst folgen können. So beginnen die Probleme der Wissenszurechnung schon vor der Ausweitung und Anwendung der Zurechnungsnorm damit, dass der Wissensbegriff an sich unscharf ist; *Buck-Heeb* hat in ihrer tiefeschürfenden Untersuchung nachgewiesen, dass die Konzepte von „Wissen“ und „Wissenmüssen“ eine Ausweitung erfahren, die gleichzeitig und komplementär das Erfordernis einer Zurechnung beschränkt. Denn je mehr ein Rechtssubjekt selbst weiß oder wissen muss, desto weniger muss ihm fremdes Wissen oder Wissenmüssen zugerechnet werden.⁵⁷⁴ Insbesondere die Möglichkeiten elektronischer Datenverarbeitung, zuletzt potenziert durch „Big Data“⁵⁷⁵, und der Systematisierung von Informationen in Datenbanken sowie Nachrichtenwendungen verhelfen immer mehr einem technischen Wissensbegriff zum Durchbruch, der die Notwendigkeit von Zurechnung zurückdrängt. Es stellt sich hier die zum technischen Wissensbegriff vorgelagerte Frage, *ob* eine effiziente Datenverarbeitung im Unternehmen überhaupt einzurichten ist. Nach dem zu § 166 Abs. 1 BGB Gesagten dürfte dies gleichfalls aus den Gedanken des *least cost information seeker* sowie der ethischen Risikozuweisung für die eigene Sphäre folgen. Wenn schon ohnehin das Wissen der Hilfspersonen „in wertender Betrachtung“, sozusagen als juristischer Technologieersatz, zusammengerechnet zugerechnet wird, dann muss auch der tatsächliche Einsatz von Technologie, sehr wohl in den Grenzen des Datenschutzrechts, verpflichtend sein. Das Ergebnis ist freilich ein anderes als bei direkter Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB – nicht fremdes Wissen wird zugerechnet, sondern das im Informationssystem vorhandene Wissen wird als eigenes Wissen betrachtet.

⁵⁷² Etwa *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 139 ff., 150 m. w. N.

⁵⁷³ Für eine Orientierung an der prozessualen Darlegungslast, *Altmeppen*, NJW 2020, 2833, 2836.

⁵⁷⁴ Dazu *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, § 4 passim.

⁵⁷⁵ Dazu etwa *Gandomi/Haider*, International Journal of Information Management 35 (2015) 137–144; *Europäische Kommission*, A European strategy for data, 2020 (COM(2020) 66 final. Zu den rechtlichen Aspekten der digitalen Datenrevolution etwa *Porat/Strahilevitz*, 112 Mich. L. Rev. 1417 (2014); für das deutsche Recht die Skizze von *Paal/Hennemann*, NJW 2017, 1697.

Es sind weitere Schattierungen des Wissensbegriffs zu beobachten, welche sich auf die Zurechnung auswirken. Dies betrifft etwa das privat erlangte Wissen von Organen, welches zum dienstlich erlangten Wissen abgegrenzt werden soll – nur das im Zusammenhang mit der Geschäftsbesorgung erlangte Wissen soll über § 166 Abs. 1 BGB zurechenbar sein.⁵⁷⁶ Dies ist schlüssig, kann sich doch schon aus Gründen des Datenschutzes die Wissensorganisationspflicht nur auf dienstliche Informationen beziehen.⁵⁷⁷

Auch eine Differenzierung nach subjektivem und objektivem Wissen ist anzutreffen, bei letzterem soll es nicht darauf ankommen, was der Wissensträger tatsächlich wusste, sondern was ein „redlich Denkender“ gewusst hätte.⁵⁷⁸ Damit erfolgt eigentlich eine Doppelzurechnung – der Wissensträger muss sich zurechnen lassen, was der redlich Denkende gewusst haben musste; und der Prinzipal wiederum, was der Wissensträger gewusst haben soll. Das Wissen müssen des Repräsentanten ist freilich nicht auf § 166 BGB zu stützen, sondern auf das jeweilige Rechtsverhältnis des Rechtsverkehrs zum Geschäftsherrn, aus welchem Sorgfalts- und damit auch Informations- und Wissenspflichten folgen. Die Figur des „redlich Denkenden“ ist dagegen als solche zu unspezifisch. Die Erweiterung des Wissensbegriffs auf einen objektiven Maßstab wirkt besonders maßgeblich auf eine „Informationsnachfragepflicht“, als Unterfall der Wissensorganisationspflicht, wonach innerhalb einer Organisation nach erkennbar anderswo in der Organisation vorhandenen und für den eigenen Bereich wesentlichen Informationen nachgefragt werden muss.⁵⁷⁹

Hier wird kritisiert, die Verschiebung des tatbestandlichen Wissensbegriffs führe zu einer Fahrlässigkeitshaftung. Dies sei bei dem Erfordernis von „Kennenmüssen“ in der jeweiligen besonderen Wissensnorm plausibel, wie es etwa unter § 142 Abs. 2 BGB hinreicht, hingegen beim Erfordernis „positiver Kenntnis“ kritisch, wie es etwa unter § 442 Abs. 1 BGB erforderlich ist.⁵⁸⁰ Die Kritik scheint zunächst berechtigt, denn nur Kennenmüssen kann in einer Pflichtdimension verstanden werden – freilich ist die Modifikation des Erfordernisses positiver Kenntnis schon in § 166 Abs. 1 BGB selbst angelegt. Denn die Kenntnis eines anderen ist nie eigene positive Kenntnis – und als Tatsache auch nicht geeigneter Gegenstand rechtlicher Zurechnung. Daher ist auch am Begriff der positiven Kenntnis in Zurechnungskonstellationen nicht festzuhalten, sondern vielmehr der direkte und teleologisch erweiterte Anwendungsbereich von § 166 BGB maßgeblich. Entscheidend ist, dass der Einsatz von Personal besondere

⁵⁷⁶ Buck, Wissen und juristische Person, 2001, § 9 III 2 a).

⁵⁷⁷ So auch bei Art. 17 MAR, dazu unten Kapitel 3., D., III., 3.

⁵⁷⁸ Buck, Wissen und juristische Person, 2001, § 6 IV 4 (S. 93); zur Grundidee *Martinek*, JZ 1996, 1100.

⁵⁷⁹ Buck, Wissen und juristische Person, 2001, § 6 V 2.

⁵⁸⁰ Altmeyden, BB 1999, 749, 752; Buck, Wissen und juristische Person, 2001, S. 45, 439–447; kritisch auch *Grigoleit*, ZHR (181) 2017, 160; *Spindler*, ZHR ((181)) 2017, 311, 355.

Gefahren schafft, die ethisch dem Nutznießer des Personaleinsatzes zufallen müssen und die am effizientesten durch eigene Überwachungsmaßnahmen neutralisiert werden können, was eine strengere Zurechnung als bei eigenem Handeln rechtfertigt – keinesfalls maßgeblich kann damit das Gleichstellungsargument sein, wonach der Rechtsverkehr im Umgang mit arbeitsteilig organisierten Geschäftspartnern nicht schlechter stehen dürfe als im Umgang mit einer einzelnen natürlichen Person.⁵⁸¹

IV. Zusammenfassung zur Wissenszurechnung

Die vielfach beklagten Probleme bei der kohärenten Herausbildung einer genuinen Wissenszurechnungsdogmatik lassen sich gerade darauf zurückführen, dass diese als getrennt zur Begründung von Wissensorganisationspflichten betrachtet wurde. Eine Dichotomie zwischen den beiden Operationen ist nach dem hier vertretenen Verständnis von Zurechnung nicht zu erkennen. Die Spannungen in den bestehenden Zurechnungsfiguren im Bereich der Wissenszurechnung können durch das hier zu Grunde gelegte Verständnis von Zurechnung aufgelöst werden – wenn Zurechnung die Operation einer Zuweisung von Rechten und Pflichten ist (und nicht von Tatsachen), ist es auch stimmig, die Begründung von Pflichten in Bezug auf Wissen nicht als Ausnahme-, sondern als Grund- und Regelfall der Zurechnung zu betrachten.⁵⁸² In dieser Perspektive sind die Erweiterungen des Wissensbegriffs hin zum Kennenmüssen zu verstehen. Der Tatbestand des § 166 ist so selbst in einer Verpflichtungsperspektive zu lesen – der Prinzipal hat die umfassende Risikohaftung für den Vertreter, da er ihn zu seinem Nutzen einsetzt. Die Norm weist ihm die Verpflichtung zu, den Vertreter gründlich auszuwählen und zu überwachen, also eigenes Wissen über ihn zu generieren; die strikte Haftung für sein Wissen kommt einer Gefährdungshaftung gleich. Gleichzeitig verbietet § 166 Abs. 2 BGB das Verschieben von Personal zur Enthftung. Zurechnungsfragen treten bei der Diskussion von Wissensorganisationspflichten keinesfalls in den Hintergrund,⁵⁸³ sondern sind deren ureigener Gegenstand. § 166 BGB ist auf Grund der in ihm typisierten Risikolagen und der ihm innewohnender Wertungen Prototyp der Wissenszurechnung in Organisationen – er regelt den Grundfall der Arbeitsteilung, die Stellvertretung, nach ökonomisch (*least cost information seeker*) wie ethisch (Lasten-Nutzen-Paradigma) plausiblen Maßstäben. Die Wertung kann freilich nur für das nationale Recht und rein durch nationales Recht geprägte Sachverhalte gelten. Auf europäischer Ebene kommt es zu beträchtlichen Verschiebun-

⁵⁸¹ So *Waltermann*, NJW 1993, 889, 894; *ders.* AcP 192 (1992), 181, 206 ff.; *Schultz*, NJW 1990, 477, 480; dagegen *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 370; *Altmeyen*, NJW 2020, 2833, 2835.

⁵⁸² So auch *Grigoleit*, ZHR (181) 2017, 160.

⁵⁸³ So aber *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 29.

gen in der Wissenszurechnung, dies nicht nur unter dem Primat des allgemeinen Effektivitätsprinzips des Europarechts, sondern gleichermaßen durch ganz spezifische Zurechnungswertungen, vor allem unter der MAR, die auch direkt die Koexistenz nationaler und europäischer Zurechnungsregeln adressieren.⁵⁸⁴ Es scheint nicht unplausibel, in der europäischen Ordnung ebenfalls Modelle zu erkennen, die dann auf alle europarechtlich determinierten Bereiche des Privatrechts wirken und die nationalen Streitigkeiten in den Hintergrund treten lassen können.⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ Dazu unten Kapitel 3., D., III.

⁵⁸⁵ Zu Art. 9 MAR vgl. Kapitel 3., D., III., 2.

Kapitel 3

Zurechnung in Zentralgebieten des Unternehmensprivatrechts

Drittzurechnung spielt in zentralen Gebieten des Unternehmensprivatrechts eine herausragende Rolle. Es sind hier insbesondere Zurechnungslösungen anzutreffen, die sich aus der ökonomischen Natur der Fragestellungen ergeben, welche das Unternehmensrecht adressiert. Neben den ökonomischen Bedingungen des Unternehmensrechts bleiben allerdings ethische und speziell an der Privatautonomie orientierte Wertungen ebenso für die Zurechnung relevant. Von überragender, bisweilen nicht angemessen bei Zurechnungsfragen berücksichtigter Bedeutung ist die Einwirkung des Europarechts auf das binnenmarktrelevante Unternehmensrecht.

A. Grundfragen der Zurechnung im Unternehmensrecht

Zunächst sollen die wesentlichen Leitlinien der Zurechnung in den beiden Kerngebieten des Unternehmensrechts¹ – dem Handelsrecht und dem Gesellschaftsrecht – herausgestellt und mit jeweils einem Beispiel veranschaulicht werden.

I. Allgemeine Grundsätze als Leitlinien der Zurechnung

Wenngleich die Regelungen im Handels- und Gesellschaftsrecht so divers wie das Unternehmensleben an sich sind, lassen sich einige wichtige allgemeine Wertungen herausstellen, welche die Zurechnungsentscheidungen neben den allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen leiten können; für das Kapitalmarktrecht, und weitere besondere Regelungssprengel soll dies unten, jeweils im Sachzusammenhang mit deren spezifischen Zurechnungsnormen geschehen.

¹ Zum Begriff siehe bereits die Nachweise oben, Fn. 8, Einleitung.

1. Schnelligkeit und Sicherheit des Handelsrechts

Das Handelsrecht ist das Recht der Kaufleute.² Es ist gekennzeichnet von den Belangen der Schnelligkeit und Sicherheit, setzt die Teilnehmer des Handelsverkehrs bisweilen auch Härten im Vergleich zum allgemeinen Rechtsverkehr aus.³ Diese äußern sich konkret auch in einer verschärften Zurechnung von Rechten und Pflichten zum Rechtsträger. Beispielhaft für diese Tendenz steht etwa die Behandlung von Schweigen als Annahmeerklärung, § 362 HGB.

Während Schweigen im Privatrecht grundsätzlich, mit Relativierungen durch konkludente Willenserklärung und Duldungsvollmacht, keine Willenserklärung darstellt,⁴ gelten im Handelsrecht schärfere Anforderungen. So gilt das Schweigen eines Kaufmanns auf einen Geschäftsbesorgungsantrag nach § 362 HGB als Annahme; aus dieser Vorschrift wird allerdings ein weitergehender, verallgemeinerungsfähiger Rechtsgedanke für das Schweigen im Handelsverkehr abgeleitet.⁵

Die Radikalität der handelsrechtlichen Zurechnung zeigt sich weiterhin eindrücklich an der Funktion der Handelsregister, die für die diversen eintragungspflichtigen Tatsachen, von den Stellvertretungsmodalitäten bis hin zum Gesellschafterstatus, ein System des auf die Registerpublizität gestützten Gutglaubensschutzes im handelsrechtlichen Rechtsverkehr tragen. § 15 HGB schützt zu Gunsten des Rechtsverkehrs das Vertrauen auf die materielle Richtigkeit der formellen Registerlage (negative Registerpublizität in Abs. 1 und positive Registerpublizität in Abs. 3), und belohnt zu Gunsten des Eintragungspflichtigen (in Abs. 2) die Offenlegung seiner Unternehmensverhältnisse durch deren Wirkung erga omnes und die Beseitigung gegenläufigen Vertrauens.⁶ Insbesondere muss das Vertrauen des Rechtsverkehrs auf die Registerrichtigkeit nicht konkret durch Kontrolle des Registers begründet werden, sondern besteht abstrakt.⁷

Die Möglichkeit eines Vertragsabschlusses durch Schweigen, die handelsrechtliche Stellvertretung sowie die Vertrauensregelungen von § 15 HGB zeigen die Grundrichtung für die Zurechnungswertungen des Handelsrechts auf. Denn wie in diesem Kapitel 3 zu zeigen ist, werden den Teilnehmern des Han-

² Zur Schlüsselfunktion des Kaufmannsbegriffs vgl. MüKo-HGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2021, vor § 1 Rn. 16, § 1 Rn. 1.

³ Dazu die Überblicksdarstellungen bei K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, S. 41 ff.; Hopt/Merkt, Einl. vor § 1 Rn. 4–7.

⁴ „Rechtliches Nullum“, dazu oben Kapitel 2., A., II., 2.

⁵ Etwa Staub/Canaris Anh. § 362 Rn. 21

⁶ Ebenroth/Boujong/Gehrlein, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 16.

⁷ Vgl. Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 229 ff.; Kreuzt, Jura 1982, 626, 638; Axer, Abstrakte Kausalität – ein Grundsatz des Handelsrechts?, 1986, S. 84 ff.; Pabl, Haftungsrechtliche Folgen versäumter Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, 1987, S. 43 ff., Leenen, Symposium Wieacker, 1990, S. 108, 120 ff.; MüKo-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 15 Rn. 14–16.

delsrechtsverkehrs insgesamt dichtere Sorgfalts- und Überwachungspflichten für die eigene Rechtssphäre aufgebürdet, ihnen wird zugemutet, ihre Geschäfte umfassend „im Griff zu haben“. Kaufleute und Unternehmer stellen damit unter dem Gesichtspunkt der Schutzbedürftigkeit den Kontrapunkt zu Verbrauchern und Arbeitnehmern dar; zu ihren Lasten, freilich auch Gunsten, werden die allgemeinen Vorschriften des Privatrechts verschärft, während Verbraucher und Arbeitnehmer allein von Begünstigungen und Schutzregimen profitieren. In diesem Licht sind alle Zurechnungsfragen im Unternehmensverkehr zu betrachten, sie müssen die Schnelligkeit und Sicherheit als Kernziele des Handelsrechts verwirklichen, was zuvörderst eine utilitaristisch-systemische Motivation ist.

2. Balance zwischen Ermöglichung und Konfliktausgleich im Gesellschaftsrecht

Das Unternehmensrecht ist geprägt vom Bestand und Handeln künstlicher Rechtsträger. Daher sind für die Systematisierung der Zurechnung im Unternehmensrecht auch die generellen Leitlinien des Gesellschaftsrechts in den Blick zu nehmen. Hier lassen sich zwei Grundlinien identifizieren, welche maßgeblich auch für seine Zurechnungswertungen sind – seine Ermöglichungsfunktion und die Konfliktausgleichsfunktion.

Die verschiedenen dispositiven Institute künstlicher Rechtsträger dienen den Teilnehmern am Rechtsverkehr zunächst dazu, ihre Interessen kollektiv, transaktionskostengünstig und mit auf ihre Gesellschaftseinlage limitiertem Risiko zu verfolgen.⁸ Dieses Interesse ist verfassungsmäßig durch die Grundrechtskombination der Organisationsfreiheit geschützt, fußend auf Art. 12 und 14 GG, auf europäischer Ebene auf Art. 15–17 GRCH sowie der Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 ff. AEUV.⁹ Anerkennenswert bei der Ermöglichungsfunktion des Gesellschaftsrechts ist auch das Kapitalanlageinteresse bei Gesellschaftsbeteiligungen, mit dem Ziel eines lukrativen „Exit“.¹⁰

⁸ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Kraakman u.a. (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law*, Chapter 1.1.; s.a. *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 301 ff.; im deutschen Gesellschaftsrecht kondensiert sich die Ermöglichungsfunktion im Grundbegriff des „gemeinsamen Zwecks“, dazu *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, § 4; s.a. *Windbichler*, *Gesellschaftsrecht*, 24. Aufl. 2017, § 4; zur Ökonomik der Organisationsbildung grundlegend *Williamson*, *Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications*, 1975; zur Legitimität der Haftungsbeschränkungen etwa *Grigoleit*, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH: dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, 2003, S., 2003, S. 31–73; s. noch ausführlich unten, zur Ökonomik des Konzernrechts Kapitel 3., C., I., 2.

⁹ Auch dazu noch ausführlich unten, verfassungsmäßige Legitimation des Konzernrechts Kapitel 3., C., I., 3.

¹⁰ Zur Funktion von Gesellschaftsanteilen bei Wagniskapitalinvestitionen *Denga*, *ZGR* 2021, 725.

Die Konfliktausgleichsfunktion manifestiert sich inzwischen vielfach;¹¹ sie ist zunächst geleitet vom Gläubigerschutz, dem Gesellschafterschutz („*principal agent*-Dilemma“) sowie, als neues Gravizentrum, dem Umgang mit den externen Effekten von Gesellschaften, nicht nur auf Vertragspartner, sondern auch auf (Gesamt)Gesellschaft und Umwelt, unter dem Konzept der „Corporate Social Responsibility“.¹² Trotz aller Risiken, die aus der Verselbstständigung künstlicher Rechtsträger folgen, wird der Nutzen rechtlicher Organisation im Kollektiv nicht grundsätzlich hinterfragt und wird vielmehr eine Balance zwischen Ermöglichungs- und Ausgleichsfunktion der Vorschriften des Gesellschaftsrechts angestrebt. Hinter dieses Balancestreben tritt auch eine rein ökonomische Analyse des Unternehmensrechts zurück, so stark auch die Ermöglichungsfunktion, im Lichte der Principal Agent Theory die Maximierung der Wohlfahrt des Kreises der Prinzipale als Fundamentalziel formulieren mag.¹³ Der „shareholder/principal welfare approach“¹⁴ muss vielmehr im Gleichklang mit den Gemeinwohlinteressen und normativen Wertungen des Rechtssystems stehen.¹⁵

II. Die Begründung künstlicher Rechtsträger als Zurechnungsentscheidung

Prägendes Strukturelement des Gesellschaftsrechts ist die Trennung der Vermögen von Gesellschaftern und Gesellschaft, welche die Anerkennung der Rechtsfähigkeit künstlicher Rechtsträger voraussetzt. Die Zuweisung von Rechten und Pflichten auf den einen oder anderen Rechtsträger ist dabei nichts anderes als eine Zurechnungsentscheidung und kann die Dynamik der Zurechnungsoperationen herausragend illustrieren.¹⁶

¹¹ Allein noch auf das Gesellschaftsbinnenverhältnis abstellend, *Armour/Hansmann/Kraakman*, in: Kraakman u. a. (Hrsg.), *The Anatomy of Corporate Law*, Chapter 1.2.

¹² Paradigmatisch für die Änderung des Diskurses etwa *Habersack*, zu nichtfinanziellen Unternehmenszwecken, AcP 220 (2020), 594.

¹³ Zur Ausrichtung des Gesellschaftsrechts am Prinzipals- bzw. Aktionärsinteresse vgl. grundlegend *Jensen/Meckling*, 3 *Journal of Financial Economics* (1976), 305–360; *dies.*, 26 *Journal of Law and Economics* (1983), 301–325; ferner auch *Roe*, *Strong managers and weak owners – the political roots of American corporate finance*, 1994; *Sbleifer/Vishny*, 52 *Journal of Finance* (1997), 737–783; *Grundmann*, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 22–25; *Micklitz*, in: *Grundmann/Micklitz/Renner* (Hrsg.), *Privatrechtstheorie*, Band 2, 2015, Kapitel 22.

¹⁴ Spezifisch für den Shareholder-value-Ansatz *Hansmann/Kraakman*, 89 *Georgetown Law Journal* (2001), 439–468, 439; kritisch *Aglietta/Rebérioux*, *Corporate Governance Adrift: A Critique of Shareholder Value*, 2005; rechtsvergleichend *Hopt*, in: B. Markesinis (Hrsg.), *The Clifford Chance Millennium Lectures – The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, 2000, S. 105–132; *Kübler*, FS Zöllner, 1998, S. 321–335; *Mülbert*, ZGR 1997, 129–172.

¹⁵ Gegen einen monistischen Ansatz im Unternehmensrecht auch *Grundmann*, *RabelsZ* 2022, 365.

¹⁶ Dazu auch schon *Denga*, ZfPW 2021, 73, 76–83.

1. Rechtsfähigkeit und Vermögen als wechselbezügliche Kategorien

Die Rechtsfähigkeit ist eng mit dem Vermögenskonzept des Privatrechts verbunden. Während das Vermögen Objekt und Haftungsmasse ist, bedeutet Rechtsfähigkeit die Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.¹⁷ Die Summe von Rechten und Pflichten ist freilich gerade das, was den privatrechtlichen Vermögensbegriff ausmacht.¹⁸ Rechtsfähigkeit und Vermögen stehen offenbar in enger rechtsbegrifflicher Wechselbeziehung. Die Zuweisung von Rechtsfähigkeit ist nichts anders als die Konstitution eines Zurechnungspunktes im Rechtssystem.¹⁹ Und auch abseits eines begriffsdogmatischen Zugriffs finden sich Argumente für eine Wechselbezüglichkeit von Rechtsfähigkeit und Vermögen. Etwa schreibt § 45 BGB vor, dass das Vereinsvermögen mit Entziehung der Vereinsrechtsfähigkeit an bestimmte Personen oder die Mitglieder fällt. § 82 BGB stellt ebenso deutlich den Zusammenhang zwischen Rechtsfähigkeit und Vermögen heraus, da mit staatlicher Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Stiftung, der Stifter das im Stiftungsgeschäft zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen hat; § 88 BGB regelt das Schicksal des Vermögens für den umgekehrten Fall des Erlöschens der Stiftung.

2. Die Anerkennung künstlicher Rechtsträger als Wertungsfrage

Die genannten Beispiele von Stiftung und Verein betreffen bereits eine höhere Komplexitätsstufe der Rechtsfähigkeit, nämlich diejenige von Kollektiven und künstlichen Konstrukten. Primär wird Rechtsfähigkeit Menschen zuerkannt, § 1 BGB. Bei dieser natürlichen Rechtsträgerschaft bestehen – abgesehen von den Grenzsituationen des exakten Zeitpunkts von Geburt und Tod – keine Subsumptionsprobleme.²⁰ Den natürlichen Rechtsträgern sind die künstlichen zur Seite gestellt. Gemeint ist damit die Zuordnung von Vermögen an einen nicht-menschlichen, nicht-natürlichen, sondern nur in der menschlichen Vorstellung existierenden, rechtlich anerkannten Rechtsträger. Hier wirkt das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip durch strenge Separierung der Vermögen von Gesellschaft und Gesellschaftern, welche auch nicht durch eine Durchgriffshaftung aufgebrochen wird.²¹ Die dadurch vorausgesetzte Rechtsfähigkeit

¹⁷ Vgl. Staudinger/Kannowski, Neubearbeitung 2013, § 1 Rn. 1; Lehmann, AcP 207 (2007), 225, 226; Reuter, AcP 207 (2007), 673, 674; MüKo-BGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 1 Rn. 6 ff.

¹⁸ Allg. Soergel/Marly, 13. Aufl. 2000, Vor § 90 Rn. 10; MüKo-BGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 90 Rn. 43 f.; weiter differenzierend, Wieacker, FS Huber, 1973, S. 373 ff.

¹⁹ Zum Konzept der Zurechnungspunkte vgl. Kelsen, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 57 ff., 143 ff.

²⁰ Vgl. zuletzt Klingbeil, AcP 217 (2017), 848, 853 ff.; zum Strafrecht vgl. MüKo-StGB/Schneider, 4. Aufl. 2020, Vorb. zu § 211, Rn. 5 ff.

²¹ Für die GmbH etwa MüKo-GmbH/Merkt, § 13 GmbHG Rn. 332–334; das Trennungsprinzip ist auch Anknüpfungspunkt für die ökonomischen Betrachtungen zur Risikoverteilung und Interessenkoordination, insbesondere unter der nexus-of-contracts Lehre, grundle-

von kollektiven und künstlichen Konstrukten ist von reicher Begriffsvielfalt geprägt.²² Eine einheitliche gesetzgeberische Konzeption hinter den rechtlichen Organisationsformen gibt es nicht; es fehlt etwa ein zusammenhängender „Allgemeiner Teil des Gesellschaftsrechts“ und es leben weiterhin deutschrechtliche Figuren neben römischen Konzepten im geltenden Gesellschaftsrecht fort.²³ Die gegenwärtigen Schwierigkeiten etwa bei der Abgrenzung der Außen-GbR gehen im Wesentlichen auf den Theorienstreit zwischen *v. Savigny* und *v. Gierke* im 19. Jahrhundert zurück, den die Väter des BGB ungelöst ließen und den der BGH 2001 zu Gunsten der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR unter einer „Gruppenlehre“ entschied;²⁴ es ist damit hinzunehmen, dass die GbR in bestimmten Konstellationen rechtsfähig ist. Akut ist die Frage der Begründung von Rechtsträgerschaft derzeit hinsichtlich der Rolle „autonomer Systeme“, etwa als „Dezentralized Autonomous Organisation“.²⁵

3. Die Rechtsfähigkeit von Gesellschaften im Spektrum kollektiver Vermögensbindung

Alle Arten der im Privatrecht anzutreffenden Vermögensbindungen sind – wohl nur von absoluten Verkehrsschutzbelangen abgesehen – dispositiven Rahmen, die bei Transaktions- und Organisationsentscheidungen privatautonom gewählt und ausgestaltet werden können.²⁶ Wie der Entscheidung zum *Weißes Ross* zur

gend *Hart*, 89 Columbia L.R. (1989), 1757, 1763 ff.; vgl. auch *Easterbrook/Fischel*, *The Economic Structure of Corporate Law*, 1991, S. 1 ff., 34 f.; zur Rezeption in Deutschland *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673 ff. Die zeitweise von RG und BGH vertretene Durchgriffshaftung wegen rechtsmissbräuchlichem Einsatz einer Gesellschaft zur Haftungsabschirmung wurde mit der *Tribotel*-Rechtsprechung aufgegeben, BGH NJW 2007, 2689; dazu *Dauner-Lieb*, ZGR 2008, 24, 45 ff., BGH 2019, 589.

²² „Begriffsverwirrung“: *Beuthien*, JZ 2003, 715, 717; *ders.*, NZG 2019, 41; dazu zuletzt *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 850 ff.; *Dieckmann*, *Gesamthand und juristische Person*, 2019, S. 1 f., 39 ff., 192 ff.; *Schirmer*, JZ 2019, 711, 712 ff.

²³ Vgl. für einen rechtshistorischen Überblick zur Rezeption der *societas Mattiangeli*, *Societas und corpus*, 2017, S. 168 ff.; *Windbichler*, *Gesellschaftsrecht*, 24. Aufl. 2017, § 1 Rn. 15 ff.; vgl. *Schäfer*, (Fn. 2, Einleitung), Rn. 297; siehe auch BGH, NJW 2001, 1056 f.: das Konzept der Gesamthand sei der GbR „übergestülpt“; zur Verantwortung der Wissenschaft für eine Institutionenbildung, *K. Schmidt*, (Fn. 1, Einleitung), § 3 III; *Thiessen*, FS K. Schmidt, 2019, Band 2, S. 485–500.

²⁴ Vgl. den historischen Überblick bei *Klingbeil*, AcP 217 (2017), 848, 872 f.; *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 451 f.; *Dieckmann*, (Fn. 9, Einleitung), S. 277; grundlegend für die Gruppenlehre, *Flume*, BGB AT, Bd. I/1, 1977, S. 50 ff.

²⁵ Für künstliche Rechtssubjekte etwa *Teubner*, AcP 2018 (218), 155, 171; *Schirmer*, JZ 2019, 711, 715; skeptisch *Wagner*, *Fordham Law Review* 88 (2019), 591. Zur DAO, *Mann*, NZG 2017, 1014, 1016 ff.; *Teichmann*, ZfPW 2019, 247, 266 ff.; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555; *Lindardatos*, *Autonome und Vernetzte Aktanten im Privatrecht*, 2021, S. 518 ff.

²⁶ Zu den Grenzen der Dispositionsfreiheit, vgl. *Möslein*, *Dispositives Recht*, 2011, S. 186 ff.; zur Dispositivität des Gesellschaftsrechts allgemein vgl. auch *Fleischer*, *RabelsZ* 2018, 240, 261 ff; noch umfassender, für das gesamte Unternehmensrecht *Merkt*, in: *Bumke/Röthel*,

Rechtsfähigkeit der GbR zu entnehmen ist, sind dabei wichtige Auswahlkriterien die Anspruchsverfolgung durch Gläubiger, der Bestand von Rechtsverhältnissen bei Mitgliederwechsel sowie die Haftungsverhältnisse.²⁷ Eine Analyse der im Privatrecht anzutreffenden Mehrpersonenverhältnisse unter maßgeblicher Berücksichtigung dieser Aspekte ergibt, dass das Spektrum der Vermögensbindung am Extrempunkt der Teilschuld lediglich auf einer widerlegbaren Zweifelsregelung beruht, am anderen Extrempunkt der Inkorporation einer juristischen Person hingegen einen Publizitätsakt erfordert.²⁸ Je stärker die Vermögensbindung, desto intensiver ist die staatliche Mitwirkung, die eine Sicherung der Verkehrsinteressen garantiert. Im Einzelfall fließende Übergänge, die von auslegbaren Vermutungsregelungen abhängen, werden dort durch strenge Kriterien ersetzt, wo es zur größten Verselbstständigung des Vermögens und einer Haftungsabschirmung der Gesellschafter kommt. Für die hiesige Untersuchung der Zurechnung wesentlich ist vor allem die Feststellung, dass Herausbildung und Abgrenzung künstlicher Rechtsträger historisch kontingent und deshalb wertungsoffen sind. Dies muss bei der anzutreffenden Einheitsbetrachtung im Europäischen Unternehmensrecht mitberücksichtigt werden.²⁹

III. Stellvertretung im Unternehmensverkehr

Die besonderen Interessen des Unternehmensverkehrs kommen bei der Stellvertretung exemplarisch als Zurechnungswertungen zum Tragen, harmonisieren dabei allerdings mit den allgemeineren Zurechnungswertungen des Privatrechts.

1. Besondere Arten der Vollmacht

Ein Beispiel für die scharfen Zurechnungswertungen des Unternehmensrechts sind die besonderen Regeln der Stellvertretung, welche mit den Instituten der Prokura und Handlungsvollmacht die Abstraktheit der Vollmacht verstärken. Beide Institute weiten den Bereich des rechtlichen „Könnens“ aus und verobjektivieren ihn im Verhältnis zur gewöhnlichen Vollmacht;³⁰ in beiden handels-

Autonomie im Recht, 2017, S. 167 ff.; zur privaten Regelsetzung, *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 54 f.

²⁷ Diese Aspekte waren für den BGH bei der Feststellung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR maßgeblich, vgl. BGH NJW 2001, 1056, 1059; so auch der Fokus von MüKo-BGB/*Leuschner*, 9. Aufl. 2021, vor § 21, Rn. 56 ff. im Zusammenhang der Gesamtdarstellung der „Grundlagen der juristischen Person“; *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: *Kraakman* (u.a.), *Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 22 ff. rücken freilich eher das Gesellschafterinteresse ins Zentrum.

²⁸ Dazu ausführlich *Denga*, ZfPW 2021, 73, 77 ff.

²⁹ Zu dieser ausführlich unten, Kapitel 3., C., III.

³⁰ Zur im Handelsverkehr besonders verbreiteten Generalvollmacht vgl. *Hopt/Merkt*,

rechtlichen Modi der Stellvertretung bleibt das rechtliche „Dürfen“ des Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten im Innenverhältnis ohne Außenwirkung,³¹ und dies bei der Prokura selbst bei Kenntnis des Geschäftsgenegers von einer entgegenstehenden Regelung im Innenverhältnis.³² Damit ist offenbar den Interessen Schnelligkeit und Rechtssicherheit zu Gunsten des Rechtsverkehrs Genüge getan; die Privatautonomie des Geschäftsherrn ist allerdings nicht auf Null reduziert, denn er beherrscht die Tatbestände der Vollmachten und kann deren Rechtsschein über das Handelsregister steuern, insbesondere auch Gesamtvertretungsmachten erteilen.³³ Letzte ethische Grenze bleibt auch bei den handelsrechtlichen Vollmachten § 242 BGB, zumal mit den Fallgruppen der Kollusion und des Missbrauchs der Vertretungsmacht.³⁴

Ein besonderer Schutz des Rechtsverkehrs gilt durch § 56 HGB für Angestellte in Laden oder Warenlager; dem Geschäftsherrn werden die Folgen derer Willenserklärungen zugerechnet, soweit sie für das spezifische Geschäft „gewöhnlich geschehen“. Auch hier kann der Geschäftsherr seinen privatautonomen Willen wahren, schlicht indem er kontrolliert, wer in seinen Geschäftsräumen steht und für ihn handelt; es gelten wiederum die Grenzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht und der Kollusion.³⁵

2. Offenkundigkeit beim „unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft“

Handeln Dritte für einen Rechtsträger, so gelten im Handelsrecht Besonderheiten zum allgemeinen Recht der Stellvertretung. Dabei ist eine Ausnahme vom Offenkundigkeitsgrundsatz des § 164 Abs. 1 S. 2 BGB beim „unternehmensbezogenen Rechtsgeschäft“ gegeben, als Sonderfall des „Geschäfts für den, den es angeht“.³⁶ Beim Tätigwerden für ein Unternehmen gelten Rechtsgeschäfte regelmäßig als im Namen des Inhabers abgeschlossen.³⁷ Damit ist freilich keine

41. Aufl. 2022, Einleitung vor § 48 Rn. 2. Zur Systematik der Vertretung im Handelsrecht vgl. auch *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, §§ 16–17.

³¹ MüKo-HGB/*Krebs*, § 50 Rn. 5, 16; *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 16 III 3 c; Ebenroth/Boujong/*Weber*, 4. Aufl. 2020, HGB § 50 Rn. 2, 4.

³² § 50 Abs. 1 HGB ist unzweideutig; Grenze ist jedoch der missbräuchliche Gebrauch der Prokura zu kollusiven Zwecken, vgl. Hopt/*Merkt*, 41. Aufl. 2022, § 50 HGB Rn. 4 ff. Für die Handlungsvollmacht regelt § 54 Abs. 3 HGB das Gegenteil, wonach Bösgläubigkeit des Geschäftsgenegers die Vollmacht ausschließt.

³³ MüKo-HGB/*Krebs*, 5. Aufl. 2021, vor § 48 HGB Rn. 18.

³⁴ Zu diesen allgemein schon oben, Kapitel 2., A., III., 3., speziell für das Handelsrecht auch MüKo-HGB/*Krebs*, 5. Aufl. 2021, vor § 48 HGB Rn. 17–22.

³⁵ Dazu *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 16 III 4.

³⁶ Zum „Geschäft für den, den es angeht“ vgl. näher etwa *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, Rn. 1397 ff.; *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 49 Rn. 37 ff.

³⁷ BGH NJW 2008, 1214; WM 2007, 833; NJW 2000, 2984; Staudinger/*Schilken*, 2014, Rn. 1; *Grigoleit/Herresthal*, BGB AT Rn. 487; zu den Einschränkungen vgl. Jauernig/*Mansel*, in: BGB 18. Aufl. 2021, § 164 Rn. 4 f.

besondere Vermutung³⁸ oder materielle Vertretungsmacht verbunden, sondern lediglich eine Auslegungsregel,³⁹ wobei der verobjektivierte Empfängerhorizont maßgeblich ist.⁴⁰ Aus der Erklärung muss sich das betroffene Unternehmen immer noch eindeutig ergeben.⁴¹ Zu berücksichtigen ist dabei zwingend der Bezug des Erklärenden zum Unternehmen und des Rechtsgeschäfts zum Unternehmensgegenstand.⁴² Soll das Geschäft trotz der eindeutigen Umstände für den offenkundigen Stellvertreter gelten, muss er dies klarstellen. Ergeben die Umstände hingegen einen Unternehmensbezug, wird der tatsächliche Unternehmensträger verpflichtet, gleich welche Vorstellungen der Geschäftsgegner von dessen Identität hat.⁴³

Der Begründungsstrang für diese Auslegungsregel ist in der Rechtsprechung stark an der Privatautonomie der Parteien orientiert, der allerdings um ein Moment allgemeiner Rationalität und Redlichkeit erweitert ist. So wird davon ausgegangen, dass stets der wahre Unternehmensträger einzubeziehen ist und Fehlvorstellungen dabei unbeachtlich sind, um einerseits den Vertreter vor Eigengeschäften zu schützen, § 164 Abs. 2 BGB und andererseits dem Geschäftsgegner einen liquiden Vertragspartner zu bieten.⁴⁴ Letzterer Aspekt steht wiederum in Einklang mit dem Bedürfnis nach Schnelligkeit und Sicherheit im Rechtsverkehr; die Auslegungsfigur belegt damit freilich insgesamt, dass die allgemeinen Prinzipien des Privatrechts, die Verwirklichung der Privatautonomie und auch die ethische Durchwirkung der Rechtsgeschäfte, nicht gänzlich den Bedürfnissen des Handelsverkehrs geopfert werden, sondern vielmehr mit diesem in Einklang stehen.

3. Organschaftliche Stellvertretung

Die organschaftliche Vertretungsmacht wird herkömmlich als eigene Kategorie neben der gewillkürten Stellvertretung und der gesetzlichen Vertretung behandelt. Teilweise wird diese Sonderbehandlung im Gesetz wiedergegeben, etwa beim Verein, dessen Vorstand lediglich „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters“ hat, § 26 Abs. 1 S. 2 HS 1 BGB. Insbesondere die von *von Gierke* promi-

³⁸ Zum Günstigkeitsprinzip für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, vgl. BGH NJW 1995, 43, 44; OLG Köln NJW-RR 1997, 670.

³⁹ Staudinger/*Schilken*, 2019, § 164 Rn. 1; *Paulus*, JuS 2017, 399, 400 ff.

⁴⁰ BGH NJW 2008, 1214 Rn. 11; 2000, 2984; NJW-RR 1995, 991; NJW 1995, 43, 44; 1975, 1166.

⁴¹ *Soergel/Leptien*, § 164 Rn. 14; *Erman/Maier-Reimer/Finkenauer* § 164 Rn. 7.

⁴² BGH NJW 2000, 2984, 2985; NJW-RR 1997, 527, 528; NJW 1995, 43, 44; K. Schmidt, JuS 1987, 425, 428; *Soergel/Leptien*, § 164 Rn. 14; *Medicus/Petersen*, BGB AT Rn. 915, 916; *Hübner*, BGB AT Rn. 630.

⁴³ Vgl. nur BGH, NJW 2012, 3368 Rn. 10; dazu *K. Schmidt*, JuS 2013, 553; NJW 1998, 2897; NJW 1974, 1191.

⁴⁴ Etwa BGH NJW 1998, 2897; NJW 1996, 1053, 1054 (m. w. N.); BGH NJW 2012, 3368 Rn. 10, dazu *K. Schmidt*, JuS 2013, 553.

nent verteidigte Organtheorie sieht in der Einordnung der organschaftlichen Vertretung zum Recht der Stellvertretung einen Widerspruch, denn Organe sind Teile der juristischen Person, so dass diese vermittels ihrer Organe selbst handelt. Eine Zurechnung der Rechtsfolgen des Vertretergeschäfts über die Regeln zur Stellvertretung würde sich dann erübrigen.⁴⁵ Freilich kann nicht ausgeblendet werden, dass die Organe selbst durch Rechtsträger besetzt werden, die von der vertretenen künstlichen Person verschieden sind; selbst wenn die Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Organträger im Rahmen der Unternehmensorganisation geklärt wären, so kann gegenüber Dritten nicht auf das Offenkundigkeitsprinzip verzichtet werden, welches den Ausschlag für die Frage gibt, wer ihr Vertragspartner werden soll. Daher ist auch die organschaftliche Vertretung in der Kategorie der Stellvertretung zu erfassen, wobei sich die Vertretungsmacht aus der Organstellung ergibt.⁴⁶ Hier gelten alle soeben besprochenen Grundsätze zur Auslegung unternehmensbezogener Rechtsgeschäfte.

Die organschaftliche Vertretungsmacht ist im Außenverhältnis sehr wirksam beschränkbar, da eine Abweichung von der gesetzlichen Gesamtvertretung als Grundfall nur durch Registerpublizität möglich ist.⁴⁷ Die Beschränkung ist allerdings nur hinsichtlich des Umstands der personellen Legitimierung, in Form der Einzel- oder Gesamtvertretung, indes nicht inhaltlich auf einzelne Rechtsgeschäfte möglich,⁴⁸ womit eine Überlastung der Handelsregister als Instrumente effizienter Informationsverschaffung vermieden werden soll.

IV. Zusammenfassung der Grundfragen unternehmensrechtlicher Zurechnung

Das Unternehmensrecht, in seinen beiden Divisionen des Handels- und Gesellschaftsrechts, ist geprägt von spezifischen Wertungen. Ist das Handelsrecht an „Schnelligkeit und Sicherheit“ orientiert, so muss das Gesellschaftsrecht in Perspektive des Principal-Agent-Dilemmas, freilich auch einer Ermöglichungsfunktion und der Bewältigung externer Effekte gelesen werden. Diese Grundwertungen können sich in einzelnen Zurechnungsentscheidungen niederschlagen, wie exemplarisch das Recht der Stellvertretung im Unternehmensrecht zeigt. Bemerkenswert ist auch, dass die Anerkennung der Rechtsfähigkeit künstlicher Rechtsträger selbst bereits eine Zurechnungsoperation ist, welche

⁴⁵ So *Beuthien*, NJW 1999, 1142; kritisch zur Bedeutung des Theorienstreits *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 10 II. 1.; *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 78 Rn. 3.

⁴⁶ MüKo-BGB/*Schubert*, § 164 Rn. 11 ff.

⁴⁷ Vgl. etwa § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB; § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG; §§ 78 Abs. 2, 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG; §§ 25 Abs. 1, 11 Abs. 2 Nr. 1 GenG; anders beim Verein, wo das Mehrheitsprinzip gilt: Beschränkung durch Satzung, § 26 Abs. 2 S. 1 BGB.

⁴⁸ Vgl. § 126 Abs. 2 BGB; § 82 Abs. 1 AktG; § 37 Abs. 2 GmbHG; § 27 Abs. 2 GenG; anders allerdings beim Verein, wo der Umfang der Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkbar ist, § 26 Abs. 1 S. 2 BGB.

neue Zurechnungspunkte hervorbringt und bei der GbR als Grundform rechtsfähiger Personengesellschaften immer noch auf stark normativen Tatbeständen beruht.

B. Komplexe Vertragsbeziehungen

Zurechnungsfragen stellen sich im Unternehmensleben insbesondere, wenn mehrere Parteien, mittelbar oder unmittelbar, durch eine privatautonome Entscheidung beteiligt und gebunden werden sollen. Dies ist zunächst eine Frage des Vertragsrechts.

I. Komplexe Vertragsstrukturen als Hybride zwischen Markt und Organisation

1. Untersuchungsgegenstand und Zurechnungsfragen

Komplexe Vertragsstrukturen sind aus dem modernen Wirtschaftsleben nicht mehr hinwegzudenken. Sie stellen die simplistisch gehaltenen, überwiegend binären Strukturen des allgemeinen Privatrechts auf die Probe, mehr noch als der dreiseitige Vertrag oder das gelegentliche Auftauchen „des Dritten“ im kodifizierten Privatrecht.⁴⁹ Dies gilt auch für das Institut des Dauerschuldverhältnisses.⁵⁰ Die Besonderheiten komplexer vertraglicher Strukturen, als selbstständiger hybrider Zustand zwischen Markt und Organisation, ist erst recht spät in der institutionenökonomischen Analyse rezipiert worden, welche die Optimierung von Transaktions- und vor allem Informationskosten zum Gegenstand hat.⁵¹ Die Zwecke komplexer Vertragsstrukturen sind freilich sehr unterschiedlich, weshalb an dieser Stelle ganz vielfältige Erscheinungen betrachtet werden können. Zum Phänomen komplexer Vertragsstrukturen, hybrider Organisationsformen, können beinahe alle rechtlichen Konstruktionen zählen, in denen ein Rechtsverhältnis begründet wird, das über ein punktuelles Synallagma hinausgeht, wobei sich die Komplexität⁵² aus verschiedenen Aspekten ergeben

⁴⁹ Dazu der systematische Überblick von *Petersen*, *Der Dritte im Recht*, 2018; s. auch *Bien*, *Haftungskoordination in der arbeitsteiligen Pflichtenkette: Zugleich ein Beitrag zum Dogma von der Relativität der Schuldverhältnisse*, 2022.

⁵⁰ Zum Begriff grdl. v. *Gierke*, *JherJb* 64 (1914), 355 ff.; *Oetker*, *Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung*, 1994, S. 146 f.; zu dessen konzeptioneller Offenheit vgl. *MüKo-BGB/Gaier*, § 314 Rn. 6; vgl. auch *Weller*, *JZ* 2012, 882.

⁵¹ Zur Optimierung von Informationskosten durch Organisation *Alchian/Demsetz*, *The American Economic Review*, Vol. 62, No. 5 (1972), 777, 793 f.; zur Dialektik von Markt und Organisation bei der Bewältigung von Transaktionskosten, vgl. *Williamson*, *Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications*, 1975; zu hybriden Netzwerkstrukturen vgl. *Powell*, *12 Research in Organizational Behaviour* (1990), 295–336.

⁵² Zum Begriff als solchem, der derzeit eine Modehochphase erlebt, *Weaver*, *American*

kann: etwa der Langfristigkeit der Beziehung,⁵³ der Anzahl an Teilnehmern, den asymmetrischen Rollen von Teilnehmern oder ihren besonderen Interessen. Zu dieser Art komplexer Konstruktionen zählen als klassischer Untersuchungsgegenstand Vertragsnetzwerke (II.), zunehmend in den Blick geraten hier freilich auch Zulieferverhältnisse (III.); zuletzt breit und kontrovers diskutiert wurden digitale Plattformen (IV.) und Lieferketten (V.). So verschieden diese Konstellationen auf den ersten Blick auch scheinen mögen, sie eint die genannte hybride Position zwischen Markt und Organisation, die hier auch als komplexe Vertragsbeziehung verstanden sein soll. In dieser Einheit ergeben sich phänomenübergreifend gemeinsame Fragestellungen, insbesondere solche nach der Risikozuweisung, gemeinsamen Treuepflichten und Kündigungsrechten.⁵⁴ Auf höherer Abstraktionsebene lässt sich freilich eine wichtige Gruppe von Fragen auch so erfassen, dass sie unmittelbar die Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen betreffen: wiederkehrend ist problematisch, ob Positionen in der komplexen Vertragsstruktur schon eine gemeinsame sind – oder noch eine individuell zugewiesene.

2. Interdisziplinäre Theorie komplexer Vertragsstrukturen

a) Relevanz für die Zurechnung?

Kaum ein anderes Rechtsgebiet ist so sehr von interdisziplinären Betrachtungsansätzen geprägt wie das Vertragsrecht, zumal in seinen komplexen Anordnungen, die eine Zuordnung zum Vertrags- ebenso wie zum Gesellschaftsrecht nahelegen.⁵⁵ Hier stehen die großen Schulen von Institutionenökonomik und Unternehmenssoziologie, wenn nicht gegeneinander, so doch häufig in komplementärer Konkurrenz. Gerade für Zurechnungsfragen können hieraus entscheidende Wertungen gezogen werden, da die interdisziplinären Ansätze eine umfassende Bestandsaufnahme zu den Parteimotiven und Gemeinwohlbelangen in den organisatorischen Arrangements reflektieren – ein Umstand, der von einer aufgeklärten Rechtswissenschaft nicht ausgeblendet werden kann.⁵⁶ Dies umso mehr, als das positive Recht und die überkommenen Konzeptionen nicht

Scientist. 36, Nr. 4 (1948), 536–544; m. w. N. das Lehrbuch von *Füllsack*, Gleichzeitige Ungleichzeitigkeiten, 2011.

⁵³ Dazu *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 43.

⁵⁴ Vgl. *Grundmann*, ERPL 2010, 1055, 1070. Dazu sogleich unten, 2.

⁵⁵ Etwa *Männel*, Netzwerke in der Zulieferindustrie, 1996; *Kirchner*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), 1993, S. 196f.; *Williamson*, The economic institutions of capitalism, 1985; zum Teil wird die Diskussion auch unter dem Begriff Heterarchie geführt, etwa von *Miura*, in: Bevir (Hrsg.), Markets in Historical Contexts, 2007, S. 410; aus rechtlicher Sicht insbesondere unter dem Stichwort Theorie der Vertragsnetze, vgl. *Möschel*, AcP (186) 1986, 187; *Rohe*, Netzverträge, 1998; *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, 2004; *Grundmann*, AcP (207) 2007, 718; *Amstutz/Teubner*, Networks, legal issues of Multilateral co-operations, 2009.

⁵⁶ Zur unternehmenssoziologischen Methode schon oben, Einleitung, C., III.

mit der Entwicklung der komplexen Vertrags- und Organisationsentwicklung Schritt halten, ja diese teils überhaupt nicht abbilden, so dass sich Auslegungsfragen mit Nachdruck stellen und auslegungsleitende Wertungen, insbesondere bei offenen Tatbestandsmerkmalen und Generalklauseln, Not tun. Der Acquis anderer Disziplinen kann hier rational die Auslegungsentscheidungen ordnen. So sind zunächst die zwei wesentlichen interdisziplinären Sichtachsen auf das Problem komplexer Vertragsstrukturen zu klären, zum einen die Institutionenökonomik (b.), zum anderen die unternehmenssoziologische Sicht (c.); die interdisziplinären Wertungen vermögen zwar kein genuin eigenes Recht der Vertragsnetze zu begründen, freilich eine umweltsensible Anwendung der allgemeinen Vorschriften (d.).

b) Institutionenökonomik

Die unternehmenswissenschaftliche Strömung der Institutionenökonomik untersucht den Einfluss von Institutionen auf das Unternehmensleben, wobei als „Institution“ alle gesellschaftlichen Einrichtungen verstanden werden, die das gedeihliche Zusammenleben in der Gesellschaft fördern, indem sie die Koordinationskosten für private Gestaltung senken.⁵⁷ Neben Rechten und rechtsstaatlichen Einrichtungen standen insbesondere Verträge, Unternehmen und deren hybride Zwischenstrukturen im Zentrum der Betrachtungen. Historisch baut die Institutionenökonomik auf der noch allein marktorientierten Neoklassik auf, unterscheidet sich von dieser allerdings in der vertieften Analyse von Institutionen, speziell in Hinblick auf ihre Marktwirkungen insbesondere unter dem Aspekt der Transaktionskosten.⁵⁸ Danach kann der freie und transaktionskostenneutrale Tausch zwischen Privaten die effiziente Verteilung knapper, nicht-öffentlicher Güter sicherstellen und so die Gesamtwohlfahrt steigern.⁵⁹

Durchaus kritisierbare Axiome der Institutionenökonomik sind die Unterstellung einer Opportunismusneigung der Akteure und der Maßstab eines rationalen, allwissenden, objektiven Betrachters.⁶⁰ Einzuwenden ist auch, dass das

⁵⁷ Zum Begriff der Institution etwa *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 2010, S. 8.

⁵⁸ Epochenwendend der Text von *Coase*, The Nature of the Firm, 1937; dazu auch *Grundmann*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Rechtstheorie II, 2015, Kapitel 20.

⁵⁹ Grundlegend *Coase*, 3 Journal of Law and Economics 1 (1960). Siehe allgemein *Nicklisch/Petersen*, Vertragstheorie, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 2010, S. 117 ff.; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 78 ff.; *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 109 ff.; *Siemer*, Das Coase-Theorem: Inhalt, Aussagewert und Bedeutung für die ökonomische Analyse des Rechts, 1999; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 55 ff.

⁶⁰ Zum Problem begrenzter Rationalität grundlegend *Simon*, Models of Man, 1957; *Ne-well/Simon*, Human problem solving, 1972; *Simon*, Administrative behavior, 1976. Zu den verschiedenen Entscheidungstheorien vgl. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 29 ff.

Transaktionskostenmodell von atomisierten Marktteilnehmern ohne persönliche Beziehungen belebt wird und persönliche Spezifika einer Transaktion, die sich etwa konkret auf das allgemein angenommene „*Opportunismusrisiko*“ auswirken, ausgeklammert werden.⁶¹ Opportunismusrisiken ergeben sich gerade in solchen Konstellationen, in denen einseitig in Vorleistung getreten wird, im Kontext wirtschaftlichen Austauschs insbesondere durch *sunk cost investments*, oder in denen allgemein Rechtsunsicherheit besteht.⁶²

Im Fokus der Transaktionskostentheorie steht die Organisation von Austauschbeziehungen zwischen spezialisierten Akteuren in arbeitsteiligen Unternehmenssystemen.⁶³ In dieser Sicht entstehen Unternehmen, weil die Gütereindeckung am Markt mit Kosten verbunden ist, insbesondere für die Informationsbeschaffung und –auswertung sowie für die Vertragsverhandlung; werden die nachgefragten Güter hingegen direkt innerhalb der Organisation produziert, entfallen diese Kosten.⁶⁴ Allerdings entstehen mit zunehmender Größe von Organisationen andere, interne Transaktionskosten, namentlich für die Überwachung des Personals, sowie für die interne Informationsschaffung und –analyse. Insbesondere die Überwachung von Leitungspersonal, vor Hintergrund drohender Opportunitätsrisiken, wurde unter der Principal-Agent-Theorie gründlich analysiert und als Kostenposten („agency costs“) herausgearbeitet.⁶⁵ Zentral sind dabei Anreizmechanismen, welche statt strikter Kontrolle einen materiellen Interessengleichlauf installieren.⁶⁶ Die Principal-Agent-Theorie ist freilich auch auf gleichgeordnete Vertragsverhältnisse anwendbar, dabei insbesondere auf solche, in denen auf Grund beziehungsspezifischer Investitionen sog. Lock-In-Effekte und Hold-Up-Situationen auftreten, in denen eine von der anderen Partei benötigte und alternativ nicht beschaffbare Leistung zurückgehalten wird.⁶⁷ In solchen Konstellationen kommen Ressourcen nicht

⁶¹ Kritisch *Granovetter*, *Journal of Economic Perspectives* – Vol. 19, No. 1 (2005), 33. Vgl. zur Bedeutung der personellen Zusammensetzung von Kooperationsgruppen für die Gesellschaftsstruktur, *Hansmann*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 4, No. 2 (1988), 267; zum Unternehmenssoziologischen Ansatz, *Renner*, *AcP* 213 (2013), 677, 691 ff.; zur Kritik am Homo Ökonomikus und auf diesem Ansatz beruhenden Modellen, *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 2017, S. 29 ff. (§ 3); s. zur Kontroverse um den Platz der Ökonomie im Recht auch *Mestmäcker*, *A Legal Theory without Law*, 2007, sowie *Fezer*, *JZ* 1986, 817, 821 ff.; *ders.*, *JZ* 1988, 223 ff.

⁶² *Klein/Crawford/Alchian*, *Journal of Law and Economics* 21 (1978), 297, 298 ff.; *Williamson*, *Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications*, 1975, S. 26 ff.

⁶³ Dazu *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer*, *Organisation*, 2012, S. 70.

⁶⁴ *Coase*, *Economica* 4 (1937), 386, 392; *Williamson*, *Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications*, 1975.

⁶⁵ Grundlegend *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics* 1976, 305; *Fama/Jensen*, *Journal of Law and Economics* 26 (1983), 301; insbes. zu Überwachungsmechanismen *Alchian/Demsetz*, *The American Economic Review* 62 (1972), 777, 782; zu den Opportunitätsrisiken *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer*, *Organisation*, 2012, S. 89 ff.

⁶⁶ „Alignment of interest“, dazu etwa *Love*, *JITE* 166 (2010), 479, 493.

⁶⁷ Für diese spezielle Konstellation *Holmström/Milgrom*, *Journal of Law, Economics and*

effizient zum Einsatz.⁶⁸ Sonderprobleme der Agenten-Überwachung sind die „adverse selection“ und der „moral hazard“, das erste betrifft die Auswahl des Geschäftspartners, das zweite sein Verhalten bei Vertragslücken und Informationsasymmetrien – auch hierfür analysiert die Institutionenökonomik geeignete Vorkehrungen.⁶⁹ Unsicherheit und Opportunismusrisiken fließen ebenso wie Transaktionskosten in die Entscheidung mit ein, ob eine Transaktion im Markt oder in der Organisation vorgenommen werden soll. Übersteigen die Kosten der Eigenproduktion die des Fremdbezugs am Markt, wird letzterer bevorzugt.⁷⁰ Halten sich Kosten und Nutzen der Integration der Transaktion in das Unternehmen die Waage, können auch alternative Konstruktionen als Hybride zwischen Markt und Organisation eingesetzt werden.⁷¹

Die „Theorie des unvollständigen Vertrags“ behandelt die Nachverhandlungskosten bei ex-post erscheinenden Vertragslücken.⁷² Dabei wird Unsicherheit als natürliches Element komplexer und langfristiger Vertragsbeziehungen angesehen, da ex-ante niemals alle Fragen gesehen, geschweige denn zu adäquaten Verhandlungskosten gelöst werden können, woraus wiederum die schon benannten Opportunismusrisiken folgen.⁷³ Auch besteht neben Orientierung an Stabilität ein genuines Interesse an Flexibilität.⁷⁴ Statt einer vollständigen Deklinierung aller erdenklichen Probleme in Vertragsklauseln wird auf spezifische Governance-Mechanismen⁷⁵ ausgewichen, etwa in Form besonderer Kon-

Organization 7 (1991), 24; insbesondere zu den spezifischen Instrumenten der Anreizsteuerung, insbesondere strukturierte Kompensationsmechanismen, Risikoverteilung und Institutionenbildung, etwa zur Streitschlichtung, vgl. *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer*, Organisation, 2012, S. 98 f.

⁶⁸ *B. Klein*, Economic Inquiry 34 (1996), 444, 446; *O. D. Hart*, Firms, contracts, and financial structure, 1995, 26.

⁶⁹ Vgl. *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer*, Organisation, 2012, S. 92–93; *Milgrom/Roberts*, Economics, organization and management, 1992, S. 167; *Grundmann/Cafaggi/Vettori*, in: Grundmann/Cafaggi/Vettori (Hrsg.), The Organizational Contract, 2013, S. 12; vgl. *Klausner*, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance, 2015, S. 224; *Milgrom/Roberts*, Economics, organization and management, 1992, S. 206 ff. Zur Rolle des Privatrechts bei der Lückenfüllung vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 508 ff.

⁷⁰ *Coase* spricht von „diminishing returns to management“, *Economica* 4 (1937), 386, 394 f.

⁷¹ *Picot/Dietl/Franck/Fiedler/Royer*, Organisation, 2012, 86; *Ménard*, *JITE* 160 (2004), 1, 25.

⁷² *Zentral Grossman/O. D. Hart*, *Journal of Political Economy* 94 (1986), 691; *O. D. Hart/Moore*, *Econometrica* 56 (1988), 755; *O. D. Hart*, Firms, contracts, and financial structure, 1995, 21, 25; auch *Tirole*, *Econometrica* 67 (1999), 741; zur Bezeichnung der Theorie als „modern property rights“ theory *Love*, *JITE* 166 (2010), 479, 488.

⁷³ *O. D. Hart*, Firms, contracts, and financial structure, 1995, 21, 23; *B. Klein*, *Economic Inquiry* 34 (1996), 444, 447.

⁷⁴ *Ménard*, *JITE* 160 (2004), 1, 19; *S. Klein*, Interorganisationssysteme und Unternehmensnetzwerke, 1996, S. 107; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, 27.

⁷⁵ Governance: „das Arrangement, das verbürgen soll, dass später dennoch möglichst die Entscheidungen getroffen werden, die bei Bestellung vorgesehen würden, wenn alle Parteien

trollrechte⁷⁶ oder Selbstregulierungsmechanismen, insbesondere durch Nachverhandlungsoptionen und *alternative dispute resolution*.⁷⁷ Zentral ist hier auch die Wirkung der Unternehmensreputation.⁷⁸

Dieser Transaktionskostenansatz entspricht durchaus der Neigung der Gerichte, die „praktischen Bedürfnisse“ in ihre Argumentation einfließen zu lassen.⁷⁹ Im Bereich des Gesellschaftsrechts wurden bereits einige grundlegende und fruchtbare Studien aus ökonomischer Perspektive verfasst.⁸⁰ Zentral ist dabei die Erwägung, Normen funktional und anhand von Transaktionskosten zu bewerten. Insbesondere sind Suchkosten, Informationskosten, Überwachungskosten und Verhandlungskosten von Bedeutung.

c) Unternehmenssoziologie

Soeben wurde schon angedeutet, dass die Axiome der Institutionenökonomik nicht außer Zweifel stehen – ein Befund, der insbesondere durch eine soziologische Analyse des Umfelds von Transaktionen begründet wird. Dabei können auch die Interessen Dritter und der Gesellschaft im weitesten Sinne berücksichtigt werden. Auf diese Weise geraten parallele oder symmetrische Verträge einer Partei in den Blick.⁸¹ Zentral sind dabei auch die Sitten des spezifischen Unternehmenszweigs oder Investitionsmodalitäten.⁸² In der Automobilindustrie sind etwa stern- und pyramidenförmige Produktionsstrukturen zu beobachten, die durch den Endhersteller koordiniert werden.⁸³ Personelle Verflechtungen sind hier von großer Relevanz für die Unternehmenspraxis. Diese Aspekte sind in der Theorie des relationalen Vertrags wesentlich, die sich der Frage nach der Stabilität von Vertragsbeziehungen trotz bestehender Lücken und Opportunismusrisiken annimmt.⁸⁴ Materiell für die Vertragspraxis sind demnach nicht nur

um die kommende Entwicklung bereits wüssten“, *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 255 f.

⁷⁶ *Kloyer*, *Managerial and Decision Economics* 32 (2011), 457, 458. Mit Parallele zum Property-Rights-Ansatz, *Furubotn/Pejovich*, *Journal of Economic Literature* 10 (1972), 1137; *Alchian/Demsetz*, *Journal of Economic History* 33 (1973), 16.

⁷⁷ *Klein*, *JITE* 141 (1985), 594, 595; *ders.*, *Economic Enquiry* 34 (1996), 444, 449.

⁷⁸ Dazu umfassend und m. w. N. *Klöhn/Schmolke*, *NZG* 2015, 689.

⁷⁹ So auch in der Entscheidung zum „Weißen Roß“: BGH NJW 2001, 1056, 1057. Zur Rolle der Gerichte bei der Übertragung des Effizienzgedankens in das deutsche Privatrecht vgl. *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 4. Aufl. 2015, S. 70 ff.

⁸⁰ Umfassend zur ökonomischen Analyse der juristischen Person *Ulmer*, *AcP* 198 (1998), 113, 134 ff.; *Easterbrook/Fischel*, *The economic structure of corporate law*, 1996, S. 47 ff.; vgl. auch *Kirchner*, *FS Raiser*, 2005, S. 181, 193; *Hansmann*, *Ownership of the Firm*, *Journal of Law, Economics and Organization* vol. 4, no. 2 Fall 1988, S. 267.

⁸¹ Zentraler Gedanke für Vertragsnetzwerke, freilich auch für die Plattformökonomie, dazu unten, IV.

⁸² Dazu auch *Denga*, *ZGR* 2021, 725.

⁸³ *Dillerup/Stoi*, *Unternehmensführung*, 2013, S. 492.

⁸⁴ Zentral *Macaulay*, *American Sociological Review* Vol. 28 (1963), 55; *Macneil*, in: Nick-

kühle Transaktionskostenabwägungen, sondern die durchaus emotionalen Beziehungen zwischen den Parteien⁸⁵ und soziale Normen des Geschäftsumfelds.⁸⁶ „Social Embeddedness“ lautet die hierfür von *Powell* und *Granovetter* geprägte Formel, wonach Vertrauen als Institution konditionierbar ist.⁸⁷ Untersuchungen insbesondere in der Automobilindustrie haben ein ambivalentes Bild zu diesen Thesen ergeben, wonach zwar die Beziehungen sehr formalisiert und genau vertraglich erfasst sind, die Verträge freilich häufig nicht durchgesetzt werden.⁸⁸ Soziale Faktoren determinieren denn auch die Wahl zwischen den beiden Konfliktlösungsmodi „Exit“ und „Voice“, denn eine Beendigung des Vertragsverhältnisses kommt umso weniger in Betracht, je mehr Loyalität in der Vertragsbeziehung vorhanden ist – dann werden eher politische Konfliktlösungsmechanismen aktiviert.⁸⁹

d) Ein Recht der Vertragsnetze?

Der rechtswissenschaftliche Diskurs hat diese Theorien längst rezipiert, wobei sich die Frage stellte, ob sich die Besonderheit von komplexen vertraglichen Arrangements in einem besonderen Recht der Vertragsnetze niederschlagen muss.⁹⁰ Insbesondere *Teubner* forderte Sonderregelungen für die Steuerung von Vertragsverbänden.⁹¹ Die Frage ist freilich zu beantworten wie die nach dem „law of the horse“, gestellt von *Judge Easterbrook*: es kommt nicht auf das Sonderrecht des Pferdes (oder des Internets) an, sondern auf die Leistungsfähigkeit der allgemeinen Regeln.⁹² Ganz pragmatisch sollte damit auf die Rezeptionsfä-

lich (Hrsg.), *Der komplexe Langzeitvertrag*, 1987; *ders.*, *Southern California Law Review* 47 (1973–1974), 691; *ders.*, *Wisconsin Law Review* 1985, 483; *ders.*, *The new social contract*, 1980. Die „Atmosphäre“ von Vertragsbeziehungen aufgreifend, schon früher: *Williamson*, *The American Economic Review* 63 (1973), 316, 317.

⁸⁵ *Goldberg*, *American Behavioral Scientist* 23 (1980), 337, 338 f.

⁸⁶ *Hadfield*, *Stanford Law Review* Vol. 42 (1990), 927, 929; die Entscheidung zur Bildung von Unternehmen ist daher nicht nur Transaktionskostengetrieben, sondern von spezifischen Beziehungen geprägt *Williamson*, *Journal of Law and Economics* 22 (1979), 233, 259.

⁸⁷ *Granovetter*, *American Journal of Sociology* 91 (1985), 481, 495; vgl. dazu auch Grundmann, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), *Privatrechtstheorie II*, 2015, S. 2008 f.; *Powell*, *Research in Organizational Behavior* 12 (1990), 295, 296. In eine ähnliche Richtung gehen die Ansätze *Luhmanns*, der von einem „umweltoffenen System“ spricht, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 76 ff.

⁸⁸ *Bernstein*, *Journal of Legal Analysis* 7 (2015), 561, 576.

⁸⁹ *Hirschman*, *Exit, Voice, and Loyalty*, 1970, S. 17, 30, 33; dazu auch Grundmann, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), *Privatrechtstheorie II*, 2015, S. 1594 f.; *ders.*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2011, § 13; *Bootsma*, *Erasmus LawReview* 2013, 111; zuvor *Baysinger/Butler*, *Journal of Law, Economics and Organization* 1(1985), 101, 106.

⁹⁰ Zentral: *Möschel*, *AcP* 1986, 187 und *Rohe*, *Netzverträge*, 1998, sowie *Teubner*, *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004; *ders.*, in: *Bäuerle u. a. (Hrsg.)*, 2004, S. 9 ff.

⁹¹ *Teubner*, *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004, S. 118 f.; für die Schweiz *Amstutz*, *KritV* 2006, S. 105, 126; *Cafaggi*, *ERCL* 2008, 493, 501.

⁹² *Easterbrook*, *U. Chi. Legal F.*, 1996, 207, 208.

higkeit der allgemeinen Dogmatik gebaut werden, wobei insbesondere Generalklauseln eine tragende Rolle zukommen kann, die Atmosphäre des Vertrags zu absorbieren.⁹³ Anerkannt ist weiterhin die fast gesellschaftsrechtlich ausgestaltete Steigerung von Treuepflichten im Netzwerk,⁹⁴ insbesondere für große Bauprojekte.⁹⁵ Vielversprechend scheint auch der Ansatz, die insbesondere von der Institutionenökonomik für gesellschaftsrechtliche Fragestellungen aufgegriffenen Governance-Institute für komplexe Vertragsstrukturen unternehmenssoziologisch zu konjugieren.⁹⁶ Hier schienen nach Projektfortschritt strukturierte Zahlungsmechanismen, Vertragsstrafen und Ausschließlichkeitsvereinbarungen vielversprechende Mittel.⁹⁷ Freilich ist dies überwiegend als Auftrag an die Kautelarjurisprudenz zu verstehen, bietet hingegen weniger Lösungen für Streitige Fälle, in denen ein wirtschaftssoziologischer Ansatz noch nicht berücksichtigt wurde und auch kein Konsens mehr erzeugt werden kann.⁹⁸ Unter Regulierungsgesichtspunkten sollte die Rechtsordnung jedenfalls genug Raum für die private Ausgestaltung einer Contract Governance lassen, zumal die Marktteilnehmer das bessere, insbesondere sachnähere Wissen über Konfliktrisiken und Lösungsmittel haben.⁹⁹ Die Auslegung von Generalklauseln kann sich etwa an der Frage orientieren, welche Partei am besten mit einem umstrittenen Risiko umgehen kann.¹⁰⁰ Für besondere Lösungen der Kautelarjurisprudenz kann zudem eine Wirksamkeitsvermutung gelten, jedenfalls ist bei deren

⁹³ Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971; Grundmann, AcP (207), 2007, 718; Renner, AcP (213) 2013, 677; Denga, ZGR 2021, 725.

⁹⁴ OLG Stuttgart, Urt. v. 15.9.1989 – 2 U 63/88, NJW-RR 1990, 491; Cafaggi, ERCL, 2008, 493, 503; Wellenhofer-Klein, Zulieferverträge im Privat- und Unternehmensrecht, 1999, S. 185; Robe, Netzverträge, 1998, S. 406.

⁹⁵ Nicklisch, Der komplexe Langzeitvertrag, 1987; Nicklisch/Arnheim, Netzwerke komplexer Langzeitverträge, 2000. Vgl. auch J. Becker, Das Vertragsstatut der Outsourcing-Vereinbarung, 2010, S. 22ff.

⁹⁶ Näher Williamson, Journal of Law and Economics 22 (1979), 233; Riesenhuber, in: Grundmann/Atamer (Hrsg.), Financial Services, Financial Crisis, and General European Contract Law, 2011, S. 62; Grundmann/Möslein/Riesenhuber, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance, 2015, S. 3f., 6; einen interdisziplinären Ansatz bei der Erforschung der Regulierung von Verträgen verfolgt auch Collins, Regulating Contracts, 1999.

⁹⁷ Speziell für die Automobilindustrie, mit Anleihen aus der Baubranche, Klausner, in: Grundmann/Möslein/Riesenhuber (Hrsg.), Contract Governance, 2015, S. 221; zu spezifischen Governance-Mechanismen im Venture Capital, Denga, ZGR 2021, 725, 734ff.

⁹⁸ Vgl. etwa Sydow/Möllering, Produktion in Netzwerken, 2015, S. 210.

⁹⁹ Schwartz/Scott, Virginia Law Review 102 (2016), 1523, 1587; Dagan/Heller, The choice theory of contracts, 2017, S. 131; mit dem Beispiel des Venture Capital auch Denga, ZGR 2021, 725.

¹⁰⁰ In ökonomischer Theorie „cheapest cost“ avoider, vgl. etwa Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 279; dazu auch die Nachweise in Fn. 547, Kapitel 2.

Kontrolle „*judicial self restraint*“ angebracht.¹⁰¹ Unternehmenssoziologische Erkenntnisse können sich so mittelbar für Fragen der Zurechnung auswirken.

II. Risikoallokation in Zulieferverhältnissen

1. Konstruktion und zentrale Fragen

Bestimmte Unternehmenszweige, allen voran wohl die Automobil- und Elektrogeräteindustrie, sind von weitreichendem Outsourcing der Produktion geprägt, das zur Verortung rechtlicher Konstruktionen im Kontinuum zwischen den Polen Organisation („make“) und Markt („buy“) führt.¹⁰² Bei den Zulieferbeziehungen handelt es nicht um einmalige Austauschverträge („spot-contracts“), da sie auf größere Volumen ausgelegt sind, die vor allem ein erhebliches Maß an Entwicklungs- und Produktionsspezialisierung erfordern. Die erforderlichen Investitionen beschränken das Angebot an Zulieferleistungen, ohne dass dabei eine vertikale Konzernorganisation im Sinne einer Beherrschung oder gar eine Rechtsträgerfusion vollzogen wäre, so dass weiterhin von getrennten Entitäten auszugehen ist.¹⁰³ Zulieferbeziehungen stellen sich damit als Paradefall komplexer vertraglicher Kooperationsbeziehungen dar, die wegen der wiederkehrenden Skandale, durch Lieferengpässe oder -boykotts, auch breitere Aufmerksamkeit erlangen.¹⁰⁴ Gerade in Zulieferbeziehungen sind beziehungspezifische Investitionen anzutreffen, welche die Beteiligten solange zur Vertragstreue anhalten, als keine Amortisierung eintritt.¹⁰⁵ Bestimmte Märkte, gerade für Auto- oder Elektronikteile, sind von einem Nachfrageüberhang geprägt.¹⁰⁶ Umgekehrt führt die Spezialisierung des Angebots auf die Anforderungen einzelner Abnehmer dazu, dass Produktionskapazitäten nur kostenaufwändig auf andere Abnehmer übertragbar sind, weil die Fertigungsanlagen und Produkteigenschaften anzupassen sind.¹⁰⁷ Produktionssynchrone Beschaffungsstrukturen („just in time“) führen dazu, dass Lieferausfälle empfindliche Produktionsausfälle verursachen können.¹⁰⁸ Im Idealfall tritt ein Gleichgewicht zwischen beziehungspezifischen Investitionen und Anreizen

¹⁰¹ Zentral herausgearbeitet bei *Denga*, ZGR 2021, 725, 745 ff.

¹⁰² Mit klassischer Analyse *Powell*, Research in Organizational Behavior 12 (1990), 295, 297.

¹⁰³ Vgl. dazu auch *Glückler/Németh/Melot de Beauregard*, DB 2011, 2701, 2701; *Cafaggi*, ERCL 2008, 493, 493; zum Konzernrecht noch unten, Kapitel 3., C., II.

¹⁰⁴ Etwa der „Prevent-Fall“ vor dem OLG Düsseldorf, VI-U (Kart) 4/19; zu den Problemen der Zulieferketten durch Corona vgl. *Görg/Mösle*, ifo Schnelldienst, 5/2020, 3 ff.

¹⁰⁵ *Williamson*, Journal of Law and Economics 22 (1979), 233, 242.

¹⁰⁶ „Small numbers situation“: *Williamson*, Markets and hierarchies: Analysis and anti-trust implications, 1975, S. 26 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Klein*, Economic Inquiry 34 (1996), 444, 446; *Bremenkamp*, Rechtliche Governanzen von Zulieferverträgen, 2021, S. 19 ff.

¹⁰⁸ *Schneider*, Modernes Sourcing in der Automobilindustrie, 2011, S. 57.

für einen Vertragsbruch ein – tatsächlich scheint, bei gewisser Varianz in Abhängigkeit vom Stadium, Gegenstand und konkreter Ausgestaltung der Kooperation, ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis die Regel in der Industrie zu sein, Brüche scheinen hingegen die Ausnahme.¹⁰⁹ Dies begründet die unternehmenssoziologische Schule insbesondere mit den persönlichen Beziehungen in der Zulieferkonstruktion, sowie den sozialen, reputationsgebundenen Normen der Branche, die durch Nachfrageoligopole verstärkt werden.¹¹⁰ Die in den letzten Jahren für Zulieferverhältnisse wesentlichen Fragen des Umgangs mit Geschäftsgeheimnissen, der vorzeitigen Beendigung und der Risikoallokation, zumal bei technisch komplexen Gütern, können nur vor diesem Hintergrund angemessen gelöst werden.¹¹¹ Letzteres Problem, das der Risikoallokation für die Produkte, ist ein genuines Zurechnungsproblem: wen treffen die rechtlichen Folgen für unerwünschte Produkteigenschaften im Außenverhältnis? Wird die Produktion internalisiert, so stellt sich das Haftungssubjekt als ein einheitliches dar. Die Zurechnung in komplexen Vertragsstrukturen bedarf hingegen besonderer Erwägungen. Zu untersuchen sind zunächst die Zurechnungswertungen im System der Produkthaftung (2.). Besonders wirksam scheint die unternehmenssoziologische Betrachtung bei der Entscheidung, wer für illegal genutzte Produkte haftet (3.).

2. Zurechnung bei der Produkthaftung

Das System der Produkthaftung erfasst Risiken der Arbeitsteilung in Zulieferbeziehungen, die sich als Sachgefahr in für Dritte gefährlichen Gütern manifestieren.¹¹²

a) Zweispuriges System

Gefährliche Güter werden vom zweispurigen System der Verschuldens- und Gefährdungshaftung erfasst. Das verschuldensbasierte Regime ist das der Produzentenhaftung unter § 823 BGB, das Gefährdungshaftungsregime das des Produktsicherheitsgesetzes.¹¹³ Der Anknüpfungspunkt der beiden Regime ist

¹⁰⁹ Mit dem Negativ-Beispiel der Konflikte um den Zulieferer Prevent, *Bremenkamp*, *Rechtliche Governance von Zulieferverträgen*, 2021, S. 20f.

¹¹⁰ Vgl. *Bernstein*, *Journal of Legal Analysis* 7 (2015), 561, 599 sowie die Nachweise oben, Kapitel 3., B., I., 2., c.

¹¹¹ Vgl. *Bremenkamp*, *Rechtliche Governance von Zulieferverträgen*, 2021, *passim*.

¹¹² Mit einem systematischen Überblick, vor allem in Hinblick auf Haftung für Künstliche Intelligenz, *Denga*, in: *Bräutigam/Kraul*, *IoT*, 2021, § 11 Rn. 71–95.

¹¹³ Siehe etwa die schulmäßige Darstellung von *Fuchs/Baumgärtner*, *JuS* 2011, 1057; Zur Terminologie *Hartmann*, *BB* 2012, 267 Fn. 1; *Schrader*, *NZV* 2018, 489; mit Überblick zum System und den Differenzen zwischen den beiden Spuren *Grüneberg/Sprau*, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 169–189; s. a. *Deutsch*, *VersR* 1988, 1197.

trotz bestehender Unterschiede, etwa hinsichtlich der Schutzgüter und der Behandlung von Ausreißern und Exkulpationsgründen, identisch – nämlich die Sorgfaltspflichtverletzung. Wenn ein Produzent bei Inverkehrbringen des Produkts eine Sorgfaltspflicht verletzt, so liegen gleichzeitig Verschulden und Produktfehler vor.¹¹⁴

Die Konkretisierung des erlaubten Risikos ist eine normative Frage und Kern der gesamten – vertraglichen wie deliktischen – Haftungsproblematik bei gefahrgeneigten Gütern.¹¹⁵ Der absolute Sicherheitsaspekt dürfte unter § 434 und § 241 Abs. 2 BGB genauso gleichlaufen wie unter der Produkthaftung.¹¹⁶ Das erlaubte Risiko ist als konvergenter Maßstab in verschiedenen Tatbestandsmerkmalen verschlüsselt, vom Sachmangel über die Rücksichtspflicht hin zur Sorgfaltspflicht und dem Produktfehlerbegriff.¹¹⁷ Die deliktischen Instruktions- und Folgepflichten sind konsequenterweise für die Sorgfaltspflichten nach § 241 Abs. 2 BGB maßgeblich.

Das vermutete Produzentenverschulden entspricht auf Ebene der Beweislast der Gefährdungshaftung des ProdHaftG.¹¹⁸ Die Sorgfaltspflicht soll hier als einheitlicher Begriff der deliktischen – und auch vertraglichen – Produkthaftung behandelt werden.¹¹⁹ Sie ist der Ansatzpunkt der Verhaltensregulierung für Hersteller und Zulieferer insbesondere von Technologieprodukten – und daher von enormer Bedeutung für die Schaffung von Marktvertrauen in innovative Güter.¹²⁰

Die der Produkthaftung zu Grunde liegende Wertung ist damit dem Lasten-Nutzen-Paradigma der Personalhaftung sehr nahe, bei der Generierung von Profit ist auch für die aus dem Generationsvorgang folgenden Gefahren einzu-

¹¹⁴ Vgl. schon oben C. II. 2. a).

¹¹⁵ Etwa zu autonomen Systemen: Zech, in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 180; *ders.*, *ZfPW* 2019, 198.

¹¹⁶ Vgl. etwa § 3 Abs. 1 ProdHaftG; BGH NJW 2009, 2952, 2953 – Airbags.

¹¹⁷ Zur Konvergenz von Delikts- und Vertragsrecht sowie zur Verlagerung der Sorgfaltspflichten in den Produktfehlerbegriff, Wagner, *Deliktsrecht*, 14. Aufl. 2021, Rn. 606, 614; auf die Differenzen verweisend Grüneberg/*Sprau*, 81. Aufl. 2022, § 823 Rn. 173 ff.; vgl. zum System vertraglicher Schadensersatzansprüche Grundmann, *AcP* 204 (2004), 569; zum Schlüsselbegriff der Pflichtverletzung Staudinger/*Schwarze*, Neubearbeitung 2014, § 280 Rn. C 3 f.; zur durch die Schuldrechtsreform von 2001 angestoßenen Diskussion um den eigenständigen Gehalt des Begriffs der Pflichtverletzung, vgl. MüKo-BGB/*Ernst*, 9. Aufl. 2022, § 280 Rn. 11; zur Anspruchskonkurrenz von Delikts- und Vertragsrecht vgl. schon das RG RGZ 88, 434 f.

¹¹⁸ Vgl. Wagner, *AcP* 217 (2017), 707, 712 f.; ob die Verschuldensvermutung des BGH für Ansprüche aus § 823 Abs. 1 im Kontext der Produzentenhaftung als einfache Vermutung wirklich zu einem vollständigen Gleichlauf mit den Exkulpationsmöglichkeiten des Produzenten aus § Abs. 2 ProdHaftG führt, kann an dieser Stelle nicht geklärt werden.

¹¹⁹ Nach Wagner, *AcP* 217 (2017), 707, 711 ff.

¹²⁰ Vgl. dazu Zech, in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 197; zur Verhaltensregulierung durch das Deliktsrecht bereits die Nachweise oben, in Fn. 114, Kapitel 1.

stehen.¹²¹ Der Produzent ist Sachnächster gegenüber dem Produkt, so dass er den Gefahren aus dem Produkt am besten vorbeugen kann.¹²² Die ethische Konnotation der Produkthaftung folgt aus der Verantwortung für eigenes Tun. Derjenige, der eine Gefahrenquelle eröffnet oder beherrscht, ist für sie verantwortlich.¹²³ Letztendlich handelt es sich bei der Produkthaftung um eine besondere Verkehrssicherungspflicht.¹²⁴

b) Rollenverteilung der Produkthaftung

Das ProdHaftG wendet sich an Hersteller von Produkten. Nach der weiten Definition von § 4 Abs. 1 ProdHaftG¹²⁵ ist das jeder, der „das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat. Als Hersteller gilt auch jeder, der sich durch das Anbringen seines Namens, seiner Marke oder eines anderen unterscheidungskräftigen Kennzeichens als Hersteller ausgibt.“ Damit sind alle Arten der Vermarktung von Produkten an Endkunden erfasst.¹²⁶ Der Hersteller darf das Produkt nur so in den Verkehr bringen, dass es Dritte nicht in ihren Rechtsgütern verletzt und muss dafür alle erforderlichen Sicherheitsstandards einhalten.¹²⁷

Indes haften auch Zulieferer für ihren Beitrag am Gesamtprodukt und es kann eine kumulierte Haftung mehrerer am Produkt Beteiligter – insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Auswahlverschuldens – nach § 840 Abs. 1 BGB vorliegen.¹²⁸ Die Delegierbarkeit von Produktsicherungspflichten und deren Reichweite in Qualitätssicherungsvereinbarungen muss stets kritisch im Blick behalten werden, wobei etwa die Komplexität von Softwareerzeugnissen schon faktisch nur eine verringerte Prüfdichte des Assemblers zulässt.¹²⁹ Aus der Exkulpationsmöglichkeit in § 1 Abs. 3 ProdHaftG folgt allerdings, dass der Zulieferer nicht die Konstruktionsverantwortung, also nicht die Gefahr dafür trägt, dass sein Beitrag in das Gesamtprodukt passt. Weiter ist er nicht verantwortlich, wenn er das Teil nach Instruktion des Endherstellers fertigt.¹³⁰

¹²¹ Etwa Beck-OGK/*Spindler*, § 823 BGB Rn. 620.

¹²² „Cheapest cost avoider“: vgl. schon die Nachweise oben, Fn. 547, Kapitel 2.

¹²³ Näher oben, Kapitel 2., B., III.

¹²⁴ Vgl. etwa BGH NJW 1969, 269 (Anmerkung Diederichsen); Soergel/*Krause* Rn. 3; Staudinger/*Hager*, 2009, Rn. F 2; *Diederichsen*, Die Haftung des Warenherstellers, 1967, S. 75 ff.

¹²⁵ *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 719 ff.

¹²⁶ Zum Quasi-Hersteller, vgl. MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 4 ProdHaftG Rn. 26 f.

¹²⁷ StRspr, etwa BGH NJW 1988, 2611; kritisch zum Begriff der Sicherheit im Produkthaftungsrecht *Schneider/Dreibus*, FS Sandrock, 2000, S. 849.

¹²⁸ *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 720; MüKo-BGB/*ders.*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 925 ff., § 4 ProdHaftG Rn. 10 ff., 28 ff.

¹²⁹ Vgl. etwa *Ensthaler*, NJW 1994, 817, 818; *Kreifels/Weide*, in: Foerste/Graf von Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl. 2012, § 60 Rn. 11 ff.; von *Bodungen/Hoffmann*, NZV 2016, 503, 507 f.

¹³⁰ Vgl. dazu *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 721.

Hier dürfte analog zur Bestimmung der Sacheigenschaft unter dem ProdHaftG zu fragen sein, ob auch Dienstleister unter den Zulieferer- und damit Herstellerbegriff fallen – und auch hier greift § 823 Abs. 1 BGB als Auffangregelung für jedes Handeln, das für eine Rechtsgutsverletzung ursächlich ist.¹³¹ Eine *causa proxima* ist nicht maßgeblich.¹³²

c) Einheitliche Zurechnung über den Sorgfaltsbegriff

Durch die Auffangfunktion des Regimes von § 823 Abs. 1 BGB verliert die Personentypologie des Produkthaftungsgesetzes an Bedeutung; umgekehrt proportional wichtig wird, ganz wie bei den sonstigen Verkehrssicherungs- und Organisationspflichten, der Sorgfaltsbegriff.

Sorgfaltspflichten sind überwiegend tätigkeitsbezogen und abhängig vom jeweiligen Produktionsbeitrag. Damit geraten neben dem persönlichen Adressatenkreis die tatsächlichen Anknüpfungspunkte für Haftung in den Fokus. Anknüpfungspunkte sind unter dem ProdHaftG ein in den Verkehr gebrachtes Produkt und unter § 823 Abs. 1 BGB eine rechtsgutsverletzende Handlung.¹³³ Dabei scheint der Produktbegriff von § 2 ProdHaftG in Hinblick auf bestimmte Zulieferleistungen lückenhaft. Unproblematisch erfasst er zwar Hardware.¹³⁴ Nach §§ 2, 4 Abs. 1 ProdHaftG sind auch Zulieferteile erfasst; inwieweit Dienstleistungen und Software im Zusammenhang mit Hardware ebenfalls unter den Produktbegriff fallen, ist offen. Anzutreffen sind in der modernen Wirtschaft Kombinationen von Hard- und Software sowie von Informationslieferungen. *Embedded Systems* sollen insgesamt unter den Produktbegriff fallen und damit die Produkthaftung auslösen.¹³⁵ Die Europäische Kommission betrachtet allerdings jedenfalls die Zulieferung von Daten zum Betrieb des Kombinationsproduktes als separate Dienstleistung, die nicht unter die Produkthaftung fällt.¹³⁶ Diese möglichen Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Produkthaftungsgesetzes werden indes über den Anwendungsbereich von § 823 BGB kompensiert, da hier ohne Weiteres die Erbringung jeder Dienstleistung und jedes Inverkehrbringen eines Produkts als Verletzungshandlung qualifiziert werden kann.¹³⁷

Maßgeblich für die Pflichtendichte von Verkehrsteilnehmern sind die Erwartungen des Rechtsverkehrs, und zwar verobjektiviert, im spezifisch betroffenen

¹³¹ Schulze/Staudinger, 10. Aufl. 2019, § 823 Rn. 45 ff.

¹³² Im Zusammenhang mit der Haftung für Künstliche Intelligenz, Denga, CR 2018, 69, 72.

¹³³ Vgl. etwa Jauernig/Teichmann, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 20.

¹³⁴ BGH NJW 1983, 810 – Gaszug.

¹³⁵ Wagner, AcP 217 (2017), 707, 714; Redeker, IT-Recht, 6. Aufl. 2017, Rn. 830.

¹³⁶ Vgl. Europäische Kommission, SWD (2018) 137 final, S. 10.

¹³⁷ Vgl. zum Handlungsbegriff, Deutsch/Ahrens, Deliktsrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 34 ff.

Verkehrskreis,¹³⁸ was Art. 6 Abs. 1 b) der dem Produkthaftungsgesetz zu Grunde liegenden Produkthaftungsrichtlinie klarstellt, in dem sie auf den Gebrauch abstellt, „mit dem billigerweise gerechnet werden kann.“¹³⁹ Dies gilt für jeden am Produktionsprozess Beteiligten für seinen jeweiligen Produktionsbeitrag.

Allerdings kann die Volatilität von Produkten, zusätzlich zu den komplexen, arbeitsteiligen Produktionsprozessen, die Bewertung der Pflichterfüllung erschweren – denn ist ein Produkt ständiger Veränderung unterworfen, insbesondere, weil es von ständig variabler Software und Datenlagen abhängt, dann schwindet der Anknüpfungspunkt der Verantwortlichkeit des Herstellers für „sein“ Produkt. Ob eine solche Volatilität durch das Konzept der Entwicklungsrisiken in § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG aufgefangen wird, ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt. Sind Entwicklungsfehler zum Zeitpunkt der Verkehrsöffnung nach dem „Stand von Wissenschaft und Technik“¹⁴⁰ nicht vorhersehbar, sind sie nicht Gegenstand von Verkehrspflichten unter § 823 Abs. 1 BGB. Die Grenze der Möglichkeit und Zumutbarkeit von Sicherungspflichten verläuft an der Erkennbarkeit von Gefahren, so dass gegen völlig unvorhersehbare Gefahren keine Maßnahme ergriffen werden muss, es handelt sich bei deren Realisierung dann vielmehr um ein allgemeines Lebensrisiko von Zufällen, vor dem gegebenenfalls speziell gewarnt werden muss.¹⁴¹ Der Hersteller, freilich auch der Zulieferer für seinen Teil, trägt für eine solche Unvorhersehbarkeit eine umfangreiche Beweislast, wobei er insbesondere die gesamte Organisation seines Qualitätssicherungssystems darlegen muss.¹⁴² Dies gilt auch unter § 1 Abs. 2 Nr. 5 des ProdHaftG. Entwicklungsfehler liegen unter dem ProdHaftG indes nur dann vor, wenn die „potenzielle Gefährlichkeit des Produkts bei seiner Inverkehrgabe nach dem damaligen Stand von Wissenschaft und Technik nicht erkannt werden konnte, weil die Erkenntnismöglichkeiten (noch) nicht weit genug fortgeschritten waren.“ Dabei bezieht sich die *potenzielle Gefährlichkeit* des Produkts „nicht auf den im Einzelfall konkret zutage getretenen Fehler, sondern auf das diesem zu Grunde liegende allgemeine, mit der gewählten Konzeption verbundene Fehlerrisiko.“¹⁴³ Hier scheint der Maßstab des ProdHaftG strenger zu sein als der der Verkehrspflichten unter § 823 Abs. 1 BGB.

¹³⁸ MüKo-BGB/Wagner., 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 475 ff.

¹³⁹ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

¹⁴⁰ Vgl. zu den Abstufungen der Sicherheitsanforderungen im Technikrecht, BVerfG NJW 1979, 359, 362 – Kalkar; *Nicklisch*, BB 1983, 261, 264.

¹⁴¹ Vgl. BGH NJW 2009, 2952 – Airbags; MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 816; m. w. N., *Denga*, CR 2018, 69, 73 f.

¹⁴² BGH VI ZR 179/09 – Magnetschalter.

¹⁴³ M. w. N. BGH NJW 2013, 1302 Rn. 9.

Neben den Erwartungen des Rechtsverkehrs bestimmen auch technische Standards die Sorgfaltspflichten von Produktherstellern.¹⁴⁴ Technische Standards können privater oder öffentlicher Herkunft sein. Für private Normen, wie etwa die ISO-Norm 26262 für sicherheitsrelevante elektronische Systeme in Kfz, oder die Normen der Europäischen Normungsorganisationen (CEN oder ETSI) wird inzwischen nicht mehr angezweifelt, dass sie eine verhaltenssteuernde Funktion haben und die Sorgfaltsanforderungen im Rechtsverkehr konkretisieren.¹⁴⁵ Dabei setzen sie nur Mindestpflichten fest, so dass der Hersteller bei deren Beachtung nicht in einem *safe harbour* ist.¹⁴⁶ Auch Zertifikate führen nicht zu einer absoluten Enthftung und können sogar durch Steigerung der Verkehrserwartung eine Haftungsverschärfung bewirken.¹⁴⁷ Zu beachten ist weiter, dass im besonders dynamischen IT-Bereich jede Standardisierung, selbst die über die *Common-Criteria Standards* für IT-Produkte¹⁴⁸, nur eine flüchtige Momentaufnahme ist und deshalb die Hersteller dazu verpflichtet bleiben, die adäquaten Maßnahmen selbstständig zu prüfen.¹⁴⁹ Die Prüfliste der KI-Expertengruppe der Europäische Kommission spielt dabei eine eminente Rolle.¹⁵⁰ Verpflichtend dürften in jedem Fall ein Sicherheitsmodus gegen plötzliche Programmabstürze und ein optimierter Schutz gegen externe Angriffe durch Hacker sein.¹⁵¹

Letztendlich erfolgt freilich in beiden Regimen der Produkthaftung eine am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientierte Kosten-Nutzen-Abwägung zur Bestimmung des angemessenen Sorgfaltspflichtenmaßstabs.¹⁵² Dies gilt sowohl für die Informationsbeschaffung über mögliche Risiken als auch für Risikoabwehrmaßnahmen. Daraus folgt eine gewisse Unschärfe der Verhaltenspflichten,

¹⁴⁴ Vgl. etwa *Spindler*, Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, S. 65 f.

¹⁴⁵ Vgl. etwa *Rockstroh/Kunkel*, MMR 2017, 77, 81 f.; *Hoffmann*, NZV 2019, 177, 180.

¹⁴⁶ *Spindler*, Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, S. 66 ff.; *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 730.

¹⁴⁷ Zu dem Ganzen ausführlich *Spindler*, Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, S. 71 ff.

¹⁴⁸ Vgl. dazu die Übersicht des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik, https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/ZertifizierungundAnerkennung/Produktzertifizierung/ZertifizierungnachCC/ITSicherheitskriterien/CommonCriteria/commoncriteria_node.html (zuletzt abgerufen am 5.5.2022).

¹⁴⁹ Vgl. dazu *Spindler*, Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, 2007, S. 66, 68 ff.; siehe auch BMWi, Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, 2019, S. 18.

¹⁵⁰ *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, 2019, S. 32 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Europäische Kommission*, COM (2018) 283 final, unter 5; *Geistfeld*, Cal. L. Rev 105, 2017, 1611, 1634 ff.; *Feldle*, in: Hilgendorf/Seidel (Hrsg.), Robotics, Autonomics, and the Law, 2017, S. 195 ff.

¹⁵² Vgl. MüKo-BGB/*Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 477 ff.; *Zech*, in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 163, 181; *Denga*, CR 2018, 73 f.

wobei allerdings auch eine weitergehende ökonomische Quantifizierung der Abwägung problematisch ist. Der *risk-utility-test* fragt nach den Kosten einer sicheren Alternativkonstruktion und setzt diese zum Sicherheitsgewinn ins Verhältnis.¹⁵³ Dieser Ansatz ist indes keinesfalls weniger wertungslastig als eine rein normative Güterabwägung.¹⁵⁴

Dies gilt auch für Instruktions- und Folgepflichten der Hersteller, freilich auch der Zulieferer, die quasi als Kompensation für die schwere Greifbarkeit der Konstruktionsmaßstäbe eher in den Fokus rücken. Vorgeschlagen wird bei komplexen Produkten etwa die Information über die Haftungsrisiken in Form von Versicherungsprämien.¹⁵⁵ Jedenfalls muss der Anwender und Nutzer ein realistisches Bild von Produkteigenschaften gewinnen, so dass er nicht in blindem Vertrauen in der eigenen Vorsicht nachlässt.¹⁵⁶ Eine Enthftung durch unverständliche Information kann demnach nicht eintreten.¹⁵⁷ Die Begründung der Folgepflichten fußt nach ökonomischer Ratio darauf, dass der Hersteller wegen seiner originären Produktkenntnis zum geringsten Preis am besten dazu geeignet ist, Entwicklungen des Produkts im tatsächlichen Marktverhalten zu beobachten.¹⁵⁸ Selbiges folgt normativ aus dem Gedanken der Gefahrverursachung. Daher folgt unter § 823 Abs. 1 BGB eine Produktbeobachtungspflicht, die auch eine Warnpflicht bei Erkenntnissen über eine Schadensgeneigtheit enthält. Eine Rückrufpflicht kann bei schweren Gefahren anzunehmen sein – unter dem Grundsatz der Wahlfreiheit des Störers zur Störungsbeseitigung dürfte allerdings auch die günstigere Variante, etwa von Software-Updates gangbar sein.¹⁵⁹ Diese Folgepflichten treffen den Hersteller auch für Zubehör, wie insbesondere Apps. Je höher die Anforderungen an die Integration des Produkts in das eigene System, desto intensiver ist die Überwachungspflicht.¹⁶⁰

d) Besonderheiten bei KI-Systemen

Kaum eine andere Frage hat das Privatrecht zuletzt so sehr beschäftigt wie die Einordnung autonomer Systeme, zumal im Haftungsrecht.¹⁶¹ So treten neben

¹⁵³ Vgl. *Dobbs/Hayden/Bublick*, Hornbook on Torts, 2. Aufl. 2016, § 33.6, § 33.8, S. 808 ff., 812 ff.; *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 732 ff.

¹⁵⁴ Vgl. zur rechtstheoretischen Problematik der Abwägung etwa *Ladeur*, Rechtstheorie, Bd. 45 (2014), Heft 4, S. 467–486; pointiert zur Kritik an der Ökonomischen Analyse des Rechts, *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 22 ff.

¹⁵⁵ Vgl. *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 748.

¹⁵⁶ Vgl. dazu *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 739.

¹⁵⁷ Im Anwendungsfall des autonomen Fahrens, insbesondere zur Bedeutung der Instruktion für die Fahrerhaftung nach § 1a StVG, vgl. *Hilgendorf*, JA 2018, 801.

¹⁵⁸ Vgl. zum „cheapest cost avoider“ die Nachweise oben, Fn. 547, Kapitel 2.

¹⁵⁹ Vgl. dazu *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 751 f.; *MüKo-BGB/Wagner*, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 966 ff., 1008 f.

¹⁶⁰ So auch *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 753.

¹⁶¹ Vgl. bereits die Nachweise oben Fn. 358, Kapitel 2.

komplexe organisatorische Arrangements auch Komplexitätsaspekte des Produkts selbst, die die Zurechnung von Haftungsverantwortung im Mehrpersonenverhältnis zu beeinflussen vermögen.

Auch hier hat sich die geschuldete Konstruktionssorgfalt zum neuralgischen Punkt der Haftungsdebatte um künstliche Intelligenz entwickelt.¹⁶² Sie verschlüsselt für das Vertrags- sowie Deliktsrecht das bei dem Einsatz der Technologie erlaubte Risiko – mehr noch, sie entscheidet auch über Zuweisung der Haftpflicht in Mehrpersonenkonstellationen.

Dabei indiziert nicht bereits der Schadensfall durch Einsatz des KI-Produktes per se eine Überschreitung des erlaubten Risikos.¹⁶³ Auch vor dem Hintergrund etwa der durch KI zu realisierenden „Vision-Zero“ für Personenschäden beim autonomen Fahren¹⁶⁴ erscheint eine solche Sicht zu radikal. Denn auch im Zeitalter der Digitalisierung gilt, dass die Teilnehmer am Rechtsverkehr gegeneinander keine absolute Sicherheit schulden.¹⁶⁵ Zumal zu beachten ist, dass KI nicht strikt nach dem Kausalitätsprinzip funktioniert und ihre Zulassung gerade das Paradox der Planung des Unplanbaren bedeutet.¹⁶⁶ Dies gilt im Kern für jedes erlaubte Risiko.

Schon früh im Diskurs wurde eine anthropozentrische Perspektive vertreten. Das KI-Produkt solle sich in einer konkreten Anwendungssituation mindestens genauso sicher verhalten wie ein sorgfältiger, menschlicher Verkehrsteilnehmer. Dies gebiete vor allem der Vertrauensgrundsatz, wonach jeder Verkehrsteilnehmer sich in der Regel auf das verkehrsgerechte Verhalten der übrigen Verkehrsteilnehmer verlassen darf.¹⁶⁷ Ein solcher Ansatz erscheint stimmig, da ansonsten die Reziprozität der Sorgfaltsanforderungen im Rechtsverkehr untergraben wäre.¹⁶⁸ Der Reziprozitätsgedanke ist indes Grundvoraussetzung eines funktionierenden Unternehmens- und Soziallebens, da jede Transaktion in ein soziales Netz eingebunden ist, welches auf einer Vielzahl impliziter, jedoch eben menschlich nachvollziehbarer, Prämissen beruht.¹⁶⁹

¹⁶² Vgl. schon oben zu multikausalen Großgeschehen, Kapitel 2, B. VI. 2. a.

¹⁶³ So etwa Zech, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 192; eingehend auch ders., *ZfPW* 2019, 198.

¹⁶⁴ Vgl. dazu etwa den Verkehrssicherheitsplan des „Pionierlandes“ Schweden, *Renewed Commitment to Vision Zero*, abrufbar unter https://www.government.se/4a800b/content/assets/b38a99b2571e4116b81d6a5eb2aea71e/trafiksakerhet_160927_webny.pdf (zuletzt abgerufen am 6.10.2021).

¹⁶⁵ BGH NJW 2009, 1669 Rn. 8; BGHZ 195, 30 Rn. 7.

¹⁶⁶ Vgl. Denga, CR 2018, 68, 72; so auch Zech, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 163, 167.

¹⁶⁷ Dazu bereits oben die Nachweise in Fn. 315, Kapitel 2.

¹⁶⁸ Vgl. dazu etwa Schäfer/Ott, in: dies. (Hrsg.), *Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen*, 1999, S. 131, 140f.; m. w. N. MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 480ff.; Hacker, RW 2018, 243, 261 ff.

¹⁶⁹ Dazu etwa Granovetter, *American Journal of Sociology* 91(3) 1985, 481; zu den normativen Erwartungen der Gesellschaft, Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 144f.

Von dieser anthropozentrischen Sicht löst sich eine systemische Perspektive, die das Gesamtverhalten aller Produkte eines Anbieters betrachten will.¹⁷⁰ Da autonome Systeme, insbesondere etwa Automobile, nicht mehr als isolierte Produkte zu verstehen seien, sondern in ihren Lernprozessen vernetzt sind, solle auf die Unfallquoten der gesamten Produktpalette des Herstellers oder Anbieters abzustellen sein.¹⁷¹ Dies entspräche auch dem Umstand, dass der Hersteller des Steuerungsalgorithmus die konkrete Anwendungssituation nicht kennt, sondern vielmehr die allgemeinen Regeln für die gesamte Produktpalette festlegt. Für die Zulassung autonomer Systeme soll allein ausschlaggebend sein, dass die Unfallquote gegenüber Menschen um die Hälfte reduziert wird, da ab diesem Stand der Technologie ein Zuwarten mit der Einführung der Technologie genauso viele Unfälle vermeidet wie die Einführung der Technologie.¹⁷² Damit verlagerten sich die Konstruktionspflichten auf reine Informationspflichten über die Unfallquoten und Versicherungsprämien des Einsatzes der autonomen Steuerung.¹⁷³

Dieser Vorschlag vermag allerdings schon wegen des genannten Reziprozitätsgrundsatzes nicht zu verfangen. Auch sollen Produktfehler nicht aus der Perspektive der Industrie gemessen werden, sondern aus der der Konsumenten – so stellt Art. 6 Abs. 1 b) der Produkthaftungsrichtlinie auf den Gebrauch ab, „mit dem billigerweise gerechnet werden kann.“ Damit sind immer der Einzelfall und die Erwartungen der Nutzer relevant. Schließlich konnten sich Hersteller elektrischer Haushaltsgeräte auch nicht mit Kohleherden vergleichen und behaupten, dass insgesamt ein Massenprodukt sicherer sei als ein handgefertigtes.

Fraglich ist, ob deshalb die Exkulpationsmöglichkeit nach § 1 Abs. 2 Nr. 5 ProdHaftG versagt werden soll. Diese Frage weist auf ein grundsätzliches Paradox echter KI hin: sie soll abstrakt vorhersehbar konkret Unvorhersehbares vollbringen.¹⁷⁴ Ein Freifahrtschein am Maßstab rein betriebsinterner Erkenntnisse kann sicherlich nicht angenommen werden, da sonst „organisierte Unverantwortlichkeit“ droht. Der Stand der Wissenschaft und Technik bemisst sich vielmehr am objektiv zugänglichen Weltwissen.¹⁷⁵ Andererseits droht Innovationshemmung durch übermäßige Haftung, denn kein Hersteller wird KI-Produkte vermarkten, die unkalkulierbare Haftungsrisiken aus unkalkulierbaren Kausalketten begründen.¹⁷⁶

¹⁷⁰ Siehe *Geistfeld*, Cal. L. Rev. 105, 2017, 1611, 1644 ff.

¹⁷¹ Vgl. dazu *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 733 ff.; *Geistfeld*, Cal. L. Rev. 105, 2017, 1611, 1651 ff.

¹⁷² *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 733 ff.

¹⁷³ *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 739.

¹⁷⁴ *Europäische Kommission*, SWD (2018) 137 final, S. 10f.

¹⁷⁵ Vgl. etwa BGH GRUR, 367 (Rn. 20) – Coriolisdurchflussmesser; zum Sonderproblem der Wissenszurechnung beim Einsatz von KI, siehe *Hacker*, RW 2018, 243, 267 ff.

¹⁷⁶ Vgl. nur für die USA *Marchant/Lindor*, Santa Clara Law Review 52, 2012, 1321, 1334.

Wegen der Spezifika von KI sollte statt des abstrakten Weltwissens die vereinheitlichte und transparente Erprobung von autonomen Systemen als Maßstab für nicht mehr zu verantwortende Entwicklungsfehler dienen.¹⁷⁷ Branchenweite Maßstäbe für die Überprüfung von Robotern und ein Verständnis der absolut erforderlichen Steuerungsmechanismen können als Grenze dessen dienen, was verantwortet werden muss. Fehler, die trotz der Einhaltung dieser gesetzten Maßstäbe eintreten, müssen schlicht als nicht erkennbar und unvertretbar gelten.¹⁷⁸ Unausgereifte Produkte werden nicht von der Haftungsfreistellung profitieren; erforderlich ist damit ein binnenmarktweiter Diskurs von Testverfahren und eine dauerhaft besondere Aufmerksamkeit der Anbieter für Fragen der Steuerungssicherheit.

3. Zurechnung bei illegaler Endnutzung

Besondere Probleme stellt die Haftung des Zulieferers für illegale Verwendungen seiner Produkte durch den Produzenten-Abnehmer oder Endnutzer, was insbesondere ein zentrales Problem des Diesel-Skandals war.¹⁷⁹

a) Problemlage und dogmatische Ansätze

Jede auch noch so mittelbare Verursachungshandlung ist kausal und begründet eine Zurechnung der gesamten Haftpflicht. Damit können auch „Fernwirkungen“ der eigenen Zulieferhandlung zur vollen Haftung für Schäden führen,¹⁸⁰ die der Kunde durch Nutzung der Zulieferleistung als unmittelbarer Täter verursacht. Die Problematik verschränkt sich mit der subjektiven Ebene des Vertretenmüssens nach § 276 BGB, da die Erkennbarkeit des Schadenseintritts auf Grund eigenen Verhaltens oder Unterlassens äußerster Fahrlässigkeitsmaßstab ist. Das strafrechtliche Schulbeispiel des Verkaufs von Messern verdeutlicht die Schwierigkeit der Bestimmung von Fahrlässigkeit, wenn der Verkauf trotz Alltagscharakters Ausgangspunkt für einen Mord durch den Käufer ist.¹⁸¹

Die Rechtsprechung geht in Anwendung des Verkehrssicherungsgedankens¹⁸² davon aus, dass den Beherrscher einer Gefahrenquelle Sicherungspflichten treffen, wenn erfahrungsgemäß mit einem Fehlverhalten Dritter zu rechnen

¹⁷⁷ Vgl. zum autonomen Fahren *Wachenfeld/Winner*, in: Maurer/Gerdes/Lenz/Winner (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, 2015, S. 474 ff.

¹⁷⁸ A. A. *Wagner*, AcP 217 (2017), 707, 750.

¹⁷⁹ Zur juristischen Aufarbeitung zuletzt *Altmeyen*, NJW 2020, 2833.

¹⁸⁰ Zur Dogmatik der Fernwirkung im Deliktsrecht, *Brüggemeier*, AcP 219 (2019), 803; zum Problembereich der Zuliefererhaftung vgl. *Altmeyen*, ZIP 2016, 97; zum Fehlen einer Lehre von der „causa proxima“ vgl. bereits oben, Kapitel 2, B. VI. 1. a.

¹⁸¹ Mit dem Beispiel der Kreditvergabe an illegal handelnde Unternehmen *MüKo-BGB/Wagner*, 8. Aufl., 2020, § 823 Rn. 456 ff.

¹⁸² Dazu eingehend oben, Kapitel 2, B. V. 1.

ist.¹⁸³ Dies gilt auch in Bezug auf missbräuchliches, rechtswidriges Verhalten Dritter,¹⁸⁴ sofern es nur nicht völlig fernliegend ist. Hingegen werden „neutrale“ Kontakte in der Wirtschaft auch haftungsrechtlich nicht erfasst.¹⁸⁵ Es kommt maßgeblich darauf an, ob die Gefahrneigung des eigenen Produkts oder der eigenen Dienstleistung erkennbar ist, sei es konkret oder auch lediglich typisiert.¹⁸⁶ Bei per se gefährlichen Gütern, wie Waffen, Munition oder verbotenen Chemikalien, liegt die Erkennbarkeit eines missbräuchlichen Einsatzes auf der Hand. Dann muss das Produkt neutralisiert werden – oder als ultima ratio sogar die Lieferbeziehung eingestellt werden, sofern die berechtigten Sicherheitserwartungen des Verkehrs solches gebieten.¹⁸⁷ Freilich kann sich auch bei objektiv neutralen Leistungen eine erkennbare Gefahrneigung ergeben, wenn die Umstände des Einzelfalls dies nahelegen.

b) Bewertung nach unternehmenssoziologischen Erkenntnissen

Die eben herausgearbeiteten Maßstäbe der Erkennbarkeit von Gefahr und der Verkehrserwartung hinsichtlich der angemessenen Reaktion auf diese sind als wertungsoffene Rechtsbegriffe der Konkretisierung durch unternehmenssoziologische Befunde zugänglich. Gangbar scheint hier insbesondere ein branchentypischer Maßstab; so ist etwa davon auszugehen, dass vernetzte Dienste immer ein Datenschutzrisiko bergen, für welches adäquate Vorkehrungen getroffen werden müssen.¹⁸⁸ Auch der Zuliefermodus an sich kann von Relevanz sein. So führt in der Automobilindustrie die enge Vernetzung zwischen den Herstellern und Zulieferern, und insbesondere zwischen deren Mitarbeitern, zu besonders

¹⁸³ OLG Hamm NJW 2016, 505; OLG Saarbrücken MDR 2006, 517 Rn. 27; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1624; OLG Hamm VersR 2008, 1273.

¹⁸⁴ BGH NJW 2007, 1683 Rn. 14; 2004, 1449, 1450; BGH NJW 1990, 1236, 1237; VersR 1976, 149, 150; NJW 1971, 459 (460f.); anders OLG Frankfurt a. M. VersR 1998, 250 (Ls.); MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 486.

¹⁸⁵ Dazu etwa folgende Rechtsprechung: OLG Hamm BeckRS 2015, 15550 Rn. 8; OLG Hamm VersR 2008, 1273; OLG Saarbrücken MDR 2006, 517 Rn. 27; OLG Karlsruhe NJW-RR 2005, 1624; BGH NJW 1971, 459, 460; OLG Hamm r+s 2015, 521 Rn. 7; OLG Köln r+s 2016, 200 Rn. 33 f.; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 12940 Rn. 30, 33; OLG Koblenz BeckRS 2015, 18391 Rn. 21.

¹⁸⁶ BGHZ 139, 43, 49 ff.; ähnlich BGH VersR 2007, 72 Rn. 11; MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 931. Hier werden sämtliche Aspekte der Wissenszurechnung aktiviert, zu dieser bereits oben Kapitel 2, E. Der höhere Mindestmaßstab strafrechtlicher Beihilfe ist hingegen nicht erforderlich, wonach sich die Tat dem Gehilfen sogar „angelegen sein“ muss, zuletzt etwa BGH NSTz 2018, 328, 329, womit die zivilrechtliche Haftung auf subjektiver Ebene voraussetzungsärmer ist.

¹⁸⁷ Zu diesem objektiven Maßstab auf Ebene der Sorgfaltspflichten vgl. StRspr, etwa BGH NJW 2008, 1440, 1441; 2010, 1967; OLG Stuttgart NJW-RR 2011, 313, 314; MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 480 f.; Staudinger/Hager, 2009, Rn. E 27; v. Bar, Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, 1998, S. 29, 30 ff.

¹⁸⁸ Zum Datenschutz noch ausführlich unten, Kapitel 3., C., III., 5.

kurzen Informationswegen. Hier kommt über die informellen Wege und auf Hintergrund der kleinen Märkte eine starke Network Governance zustande, welche beide Seiten zu loyalem Verhalten bewegt.¹⁸⁹ Reputationssignale stellen eigenständige Sanktionsmechanismen sicher.¹⁹⁰ Die Vertrauensfundierung der Zulieferbeziehungen wird gerade in globalisierten Wettbewerbsbedingungen wichtiger.¹⁹¹ Dies spiegelt sich auch darin wider, dass gerade in der Autoindustrie, freilich auch zwischen Akteuren des Finanzsektors, wenige Konflikte vor Gericht ausgetragen werden – und ein Gerichtsstreit zumeist das Ende der Zulieferbeziehung bedeutet.¹⁹² Wird die Beziehung allerdings vertrauensvoller, so steigt auch die Toleranz zur Komplizenschaft in der Illegalität – und umso eher nimmt das Konzept „nützlicher Illegalität“ Raum ein.¹⁹³ Die informellen Beziehungen können dadurch zur Brutstätte von Delikten werden, die für die beteiligten Stellen beider Seiten erkennbar und beiden Seiten dadurch zurechenbar sind. Aufklärung hierzu ist freilich häufig ein sehr schwieriges Unterfangen, welches nicht zuletzt zur Ausbildung eines neuen juristischen Beratungszweiges geführt hat, den sog. *Internal Investigations*,¹⁹⁴ der auf Präventionsseite durch eine breite *Compliance-Beratung* gespiegelt wird.¹⁹⁵ Die vermehrte juristische Beratung wirkt auf die Verhaltensstandards selbst zurück und hebt diese an. So wird ein Unternehmen für Zulieferleistungen haften, die es ohne die marktüblichen Compliance-Maßnahmen erbringt. Hier zeigt sich paradigmatisch das Konzept der Rückkoppelung des Recht auf die Gesellschaft durch die Rezeptionsfunktion der Sorgfaltspflichten – gesellschaftliche Veränderung, hier in Form dichterer Präventionsberatung, wirkt auf die Erwartung des Rechtsverkehrs, die Maßstab für die „best practice“ ist.¹⁹⁶

¹⁸⁹ *Bernstein*, *Journal of Legal Analysis* 7 (2015), 561, 604ff.; dazu bereits oben in diesem Kapitel, B., II., 2., c.

¹⁹⁰ *Bernstein*, *Journal of Legal Analysis* 7 (2015), 561, 607; dazu auch *Provan*, *Journal of Management* 19 (1993), 841, 842, 853; *Homans*, *Social behaviour*, 1961; *Blau*, *Exchange and Power in Social Life*, 1964; *Pfeffer/Salancik*, *The external control of organizations*, 1978; *Cook/Emerson/Gillmore/Yamagishi*, *American Journal of Sociology* 89 (1983), 275.

¹⁹¹ *Helper/Levine*, *Journal of Law, Economics and Organization* 8 (1992), 561, 563.

¹⁹² Dazu *Bremenkamp*, *Rechtliche Governance von Zulieferverträgen*, 2021, S. 37f.

¹⁹³ Unter Rekurs auf *Luhmann, Kühl*, *Brauchbare Illegalität*, 2020, S. 28ff.; auch brauchbare Illegalität bleibt (selbstverständlich) illegal – zur Legalitätspflicht von Geschäftsführern etwa *Fleischer*, *NJW* 2009, 2337; s. auch den Überblick von *Bunz*, *CCZ*, 2021, 81, 82f.; kritisch allerdings *Hellgardt*, *FS Hopt* 2020, S. 403.

¹⁹⁴ Dazu *Ott/Lüneborg*, *CCZ*, 2019, 71; vgl. auch den von Siemens-Justiziarern bearbeiteten Band von *Moosmeyer/Hartwig* (Hrsg.), *Interne Untersuchungen*, 2. Aufl. 2018.

¹⁹⁵ Zu deren neueren, von der Verhaltenswissenschaft geprägten Ansätzen, *Jüttner*, *CCZ* 2021, 1.

¹⁹⁶ Damit ist der Fragenkreis des „selbstgeschaffenen Rechts der Wirtschaft“ adressiert, vgl. dazu früh schon *Rühl*, *Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft*, 1931, S. 16. Zur „soziologischen Aufklärung des Rechts“ auch *Max Weber*, *Rechtssoziologie*. Neuwied, 1960, S. 334; vgl. mit diesem Ansatz bei der AGB-Kontrolle *Renner*, *AcP* 213 (2013), 677, 691f., 695, mit Verweis auf *Hayek*, *Ordo* 26 (1975), 12; *Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*, 1969; für eine responsive Rechtswissenschaft – *Grünberger*, *AcP* 218 (2018), 213ff.; siehe auch den Ansatz

c) Wertungen hinter dem Erkennbarkeitsmaßstab

Die Erkennbarkeit des Gefahrenpotentials des eigenen Produkts ist maßgeblich für die Fahrlässigkeit, allerdings auch für das Bestehen einer Pflicht an sich. Die Wertungen hinter dem Erkennbarkeitskriterium sind wiederum in zweierlei Dimensionen zu erfassen. Ökonomisch kann hier die Figur des *cheapest cost avoider* aktiviert werden, der die Gefahr am besten beseitigen kann, weil er sie am besten kennt. Umgekehrt hat der Geschädigte bei komplexen arbeitsteiligen Prozessen meist überhaupt keinen Einblick in die Gefahrenträchtigkeit eines Produkts. Ethisch ist freilich der volle Umfang der Selbstverantwortung angesprochen – ab Erkennbarkeit einer Schadensneigung aus dem eigenen Verhalten ist die Pflicht adressiert, den Schaden zu verhindern, in der Intensität danach gestuft, ob das Schadenspotential aus der Mitte der eigenen Sphäre stammt oder eher aus deren Peripherie.

III. Lieferketten

1. Ein Sonderfall des Zuliefervertrags

a) Diverse Komponenten der Komplexität

Bei den zuletzt rechtspolitisch kontrovers diskutierten und zunehmend stärker regulierten Lieferketten handelt es sich um Zulieferverträge, bei denen besondere Komplexität aus ihrer Länge und Internationalität erwächst. Betroffen sind hier auch Konzernsachverhalte.¹⁹⁷ Stark diskutiert wird zuletzt die Frage, wie die Zuständigkeiten zwischen den Gliedern von Lieferketten auszugestalten sind; Grundlage hierfür sind zum einen nationale, vor allem und zuerst freilich internationale und europäische Rechtsakte, die Unternehmen zur Verantwortlichkeit in ihren Lieferketten für Umwelt-, Arbeits- und Menschenrechtsstandards anhalten wollen. Freilich wurde die Frage der Haftung einer Konzernmutter für eine pakistanische Konzerntochter bereits auch auf Grundlage des allgemeinen Deliktsrechts, unter dem Topos der Organisationspflichten diskutiert.¹⁹⁸ Verhältnismäßig eindeutig zu beantworten sind auch die Fälle, in denen der Besteller Weisungen gibt, die durch die Hand von Zulieferern zu Schäden führen.¹⁹⁹

von Esser, die „Guten Sitten“ als Standards zu begreifen, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, S. 96ff. sowie der Überblick von Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1970, S. 45 ff.

¹⁹⁷ Dazu Renner/Kuntz, in: Krajewski/Oehm/Saage-Maaß (Hrsg.), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, 2018, S. 51–71. Zum Konzernrecht noch eingehend unten, Kapitel 3, C.

¹⁹⁸ Etwa LG Dortmund LSK 2019, 388; vgl. zu diesem Problemkreis Saage-Maaß/Kaleck, Unternehmen vor Gericht, 2016; Weller/Thomale, ZGR 2017, 509, 521 f.; Heinlein, NZA 2018, 276.

¹⁹⁹ MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 116.

Anlass für eine weitergehende Diskussion um die Verantwortlichkeit des Kopfs der Lieferkette geben zweifelsohne Exzesse im Outsourcing von Produktion- und Produktionsrisiken, im Windschatten eines internationalen regulatorischen „race to the bottom“.²⁰⁰ Denn längst ist klar, dass treibender Faktor der Globalisierung von Wertschöpfungsketten das regulatorische Gefälle zwischen entwickelten und Schwellenländern ist, das sich in Kostenersparnis wegen geringerer Produktionsanforderungen ausdrückt, von Sozialabgaben, Umweltstandards bis hin zu Tagesarbeitszeiten.²⁰¹ Dieses Modell führte schon unlängst zu ethischen Bedenken, die nun zunehmend rechtlich durchgreifen. Für unternehmensbezogene Lieferkettenpflichten werden vermehrt sozial- und unternehmenswissenschaftliche Analysen einbezogen, die vor allem im Kontrast zur institutionenökonomischen Analyse stehen.²⁰²

b) *Durchbildung im Mehrebenensystem*

Dem internationalen Gepräge der Problematik folgend, kommen die ersten Regulierungsansätze von internationalen Organisationen – im Jahr 2011 wurden sowohl die UN Guiding Principles on Business and Human Rights („UN-Principles“)²⁰³ als auch die OECD Guidelines for Multinational Enterprises („OECD-Guidelines“) verabschiedet. Die UN-Principles zielen auf den Schutz von Menschenrechten entsprechend der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte ab, indem sie den Dreiklang „Protect, Respect and Remedy“ durch einen „smart mix of instruments“ empfehlen. Es handelt sich dabei freilich um ein unverbindliches Soft-Law-Instrument. Selbes gilt auch für die OECD-Guidelines. Erster materieller Rechtsakt war die Richtlinie 2014/95/EU über nichtfinanzielle Berichtspflichten („Corporate Social Responsibility-Richtlinie“ – „CSR-Richtlinie“),²⁰⁴ die 2017 um Leitlinien ergänzt wurde.²⁰⁵ Unternehmen müssen seitdem über Belange der Corporate Social Responsibility berichten, Sanktionen bei Verstößen gegen die Standards sieht die CSR-Regulierung frei-

²⁰⁰ Zu den ambivalenten Auswirkungen globaler Wertschöpfungsketten nur der Bericht der Weltbank, World Development Report 2020, S. 64 ff.

²⁰¹ Siehe den Band von *Homann/Koslowski/Lütge* (Hrsg.), Unternehmensethik der Globalisierung, 2005, mit insbesondere dem Beitrag von *Hopt* (S. 81 ff.); Zur gesellschaftspolitischen Kritik der Band von *Geiselberger*, Die große Regression, 2017,

²⁰² Dazu etwa *Beckers*, ZfPW 2021, 220; umfassend, sehr weitgehend zu einem Recht der Verantwortungsgesellschaft *Eller*, RW 2019, 5.

²⁰³ *United Nations Office of the High Commissioner: UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, 2011.

²⁰⁴ Dazu umfassend der ZGR-Sonderband 2018 (Heft 2–3), mit insbesondere den Beiträgen von *Hennrichs* (S. 206 ff.), *Bachmann* (S. 231 ff.) und *Harbarth* (S. 379 ff.); umfassend auch *Asmussen*, Haftung für CSR, 2020.

²⁰⁵ *Fici*, A European Statue for Social & Solidarity-Based Enterprise, 2017 – Comp. Law; s. auch Communications of EU Commission 11.12.2019 and 21.4.2021 COM(2019 640 final and COM(2021) 188 final (CSR Directive Amendment).

lich nicht vor. Die Berichtspflichten wurden im deutschen Recht mit den Rechnungslegungsvorgaben des HGB verwoben (dazu sogleich im Einzelnen). Der Schutz sozialer Standards ist auch Anliegen der Konfliktmineralien-Verordnung EU/2017/821, welche den Handel mit Rohstoffen aus Kriegsregionen verbietet und dem Letztkäufer eine Kontrollpflicht aufbürdet.²⁰⁶ Auch der EU-Green Deal greift den Gedanken umfassender Verantwortlichkeit in der Lieferkette auf, pointiert freilich hinsichtlich Umweltbelangen.²⁰⁷ Der nationale Gesetzgeber folgt diesem Trend zuletzt proaktiver, insbesondere durch Verabschiedung nationaler Lieferkettengesetze in Frankreich²⁰⁸ und Deutschland, die bald allerdings zeitnah um ein Europäisches Pendant komplementiert werden dürften.²⁰⁹

2. Organisationspflichten über das Unternehmen hinaus?

a) Berichtspflichten unter der CSR-Richtlinie

Zentraler Baustein für die Herstellung von Verantwortlichkeit von Unternehmen für soziale und Umweltstandards sind Berichtspflichten über den eigenen Wirkungskreis und die Betroffenheit gesellschaftlicher Güter. Nach dem Motto „sunlight is the best disinfectant“²¹⁰ sollen Berichtspflichten über kritische Auswirkungen größerer Unternehmen (über 500 Mitarbeiter) mittelbare Anreize setzen, faktisch abzuwehren, wengleich auch keine Handlungspflicht statuiert wird.²¹¹ Die Verhaltensregulierung durch Informationspflichten soll also, anders als in zahlreichen Akten des Verbraucherschutzes, nicht allein auf den Informationsempfänger wirken, sondern auch auf den Informationserzeuger – ein in der Analyse des Informationsmodells bislang noch vernachlässigter Aspekt.²¹² Aus rechtsökonomischer wie sozialwissenschaftlicher Perspektive wird das organisationsverändernde Potenzial von Berichtspflichten anerkannt.²¹³ Zentral für organisationales Lernen sind *comply or explain*-Mechanismen, welche die Nichtvorlage von Schutzkonzepten zum in der Organisation rechtferti-

²⁰⁶ Dazu Rausch, CCZ, 2020, 355.

²⁰⁷ Europäische Kommission, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640 final, 2019, Punkt 2.1.3.

²⁰⁸ Dazu etwa Brabant/Savourey, Rev Inter de la Compl et de L'Éthique 2017, 1, 3.

²⁰⁹ Vgl. den Richtlinienvorschlag 2020/2129 (INL).

²¹⁰ Brandeis, Other People's Money and How the Bankers Use it, 1914, S. 92.

²¹¹ Etwa Bachmann, ZGR 2018, 231, 233 f.

²¹² Zum Informationsmodell Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 203–208, 570–572; Kerton/Bodell, 29 Journal of Consumer Affairs (1995), S. 1, bes. 20–24; Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001 (vor allem introduction).

²¹³ Etwa Hess, Jour Corp Law 25 (1999), 41; Bubmann, BHRJ 3 (2017), 23; Habersack/Ehrl, AcP 219 (2019), 155, 178. Mit ersten empirischen Ergebnissen Europäische Kommission, Study on Study on due diligence requirements through the supply chain, 2020, S. 250.

gungsbedürftigen Beschluss transformieren, § 289c Abs. 4 HGB.²¹⁴ Zwar unterliegt die diesbezügliche Information nach § 317 Abs. 2 S. 4 HGB nicht der Abschlussprüfung, ist allerdings vom Aufsichtsrat zu prüfen.²¹⁵ Zugleich profitieren auch die Produkt- und Kapitalmärkte von den Informationen und können ihre Einkaufs- und Investitionsentscheidungen stringenter an sozialen Standards ausrichten, was die grundsätzliche Sichtachse des Informationsmodells darstellt – der daraus folgende Nachfragedruck wirkt sich auf die Produzenten aus und bewegt sie zum Modell einer „social and solidarity driven enterprise“.²¹⁶ Nicht zuletzt können die Unternehmensinformationen in das Gewährleistungsrecht überführt werden, insbesondere für Label der Nachhaltigkeit oder sozialen Fürsorge.²¹⁷

Die CSR-Berichtspflichten sind unter den §§ 289b f. in das HGB implementiert, sitzen damit im „Herzstück der Unternehmens-DNA“²¹⁸ neben der Bilanzierung und können daher umso mehr zu Änderungen in der Geschäftspraxis des Unternehmens führen.²¹⁹ Allerdings können Berichtspflichten erst in Verbindung mit durchsetzbaren Rechtsschutzgarantien die Stellung der von den Wirkungen des Unternehmens Betroffenen materiell verbessern – Rechtsschutzgarantien werden von den UN-Principles explizit eingefordert, sind bislang im geltenden Recht allerdings noch nicht fest verankert. De lege ferenda werden hier verschiedene Anknüpfungspunkte diskutiert, etwa eine Deklarationshaftung²²⁰ aus Übernahme privater Selbstregulierung²²¹ oder unlauterem Wettbewerb²²². Eine Haftungskomponente ist freilich schon deswegen nicht unproblematisch, weil die zu kommunizierenden Inhalte und deren Darbietung

²¹⁴ Vgl. *Hommelhoff*, ZGR 20 (2017), 1361, 1362.

²¹⁵ Zum umstrittenen Prüfungsmaßstab *Mock*, ZIP 2017, 1195; *Hennrichs/Pöschke*, NZG 2017, 121, 127; *Rieckers*, DB 2019, 107, 108; weitergehend *Röttgen/Hund*, DK 2019, 201, 207.

²¹⁶ Dazu etwa EU Kommission, KOM(2011), 681, 10f, als Grundlage der Richtlinie 2014/95/EU; dazu auch *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 779f.; *Habersack/Ehrl*, *AcP* 219 (2019), 157, 203 ff.; *Asmussen*, *Haftung für CSR*, 2020, S. 14 ff.

²¹⁷ Dazu *Lüttringhaus*, *AcP* 219 (2019), 30.

²¹⁸ Zur Rechnungslegung als Herzstück des EU-Unternehmensrechts *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl. 2011, Rn. 495.

²¹⁹ Vgl. dazu *Buhmann*, *BHRJ* 3 (2017), 23; *Eickenjäger*, *Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen*, 2017, S. 169 ff. Zur Wirkung von Berichtspflichten als „reflexives Recht“ *Fleischer/Hahn*, *RIW* 2018, 397, 399; *Rühmkorf*, *ZGR* 2018, 410; zum Konzept reflexiven Rechts grundlegend *Teubner*, *ARSP* 68 (1982), 13.

²²⁰ Vgl. *Weller/Kabler/Schulz*, *AcP* 216 (2016), 387, 412f.; *Wagner*, *RabelsZ* 80 (2016), 717, 777f.; *Weller/Thomale*, *ZGR* 2017, 509, 518; *Thomale/Hübner*, *JZ* 2017, 385, 395.

²²¹ Dies wurde zuletzt durch den britischen Supreme Court vorangetrieben, Urteil *Lungowe v Vedanta Resources*, [2019] UKSC 20, sowie *Okpabi v Shell* [2021] UKSC 3; dazu etwa *Asmussen/Wagner*, *ZEuP* 2020, 979; *Becker*, *ZfPW* 2021, 220, 244 ff.

²²² Früh schon *Micklitz/Keßler*, *GRUR Int* 2002, 885, 889f.; *Keßler*, *WRP* 2007, 714, 720f.; *Fezer*, *WRP* 2010, 577, 581; *Beckers*, *CMLR* 54 (2017), 475, 481; *Meier*, *GRUR* 2019, 581; kritisch *Alexander*, in: *MünchKomm Lauterkeitsrecht*, 3. Auflage, 2020, § 5a UWG, Rn. 45; *Birk*, in: *Hilty/Henning-Bodewig*, *Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards für das Wettbewerbsrecht?*, 2014, S. 169, 181 ff.

von § 289c HGB nicht klar, sondern durch unbestimmte Rechtsbegriffe vorgegeben werden (etwa: „wesentliche Risiken“; „schwerwiegende negative Auswirkungen“).²²³ Auch die Bezugsmaterien sind weit gehalten, wenngleich sie unbestreitbar über Kernbereiche verfügen: „Umweltbelange“; „Arbeitnehmerbelange“; „Sozialbelange“. Diese Unbestimmtheit ist kein Umsetzungsfehler des nationalen Gesetzgebers, sondern folgt direkt aus Art. 1 Nr. 1 der CSR-Richtlinie,²²⁴ sie relativiert nicht nur die Eignung als Haftungsanknüpfung, sondern auch die Tauglichkeit zur Information des Marktes sowie von Verbesserungen in der Organisation selbst.²²⁵ Zugleich ist der angemessene Umfang von Information gerade mit wachsender Unternehmensgröße sehr schwer zu bestimmen und kann leicht zu einer Herkulesaufgabe geraten.²²⁶

b) Neue Pflichten unter dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Kritikern gingen die geltenden Berichtspflichten für die effektive Durchsetzung der angestrebten Standards nicht weit genug, zumal vor dem Hintergrund der UN-Principles.²²⁷ Nach deren Leitprinzip Nr. 17 gilt für Unternehmen eine allgemeine menschenrechtliche Sorgfaltspflicht zur Feststellung und Minderung von Menschenrechtsverletzungen, die sich im Rahmen der Zumutbarkeit auch auf die Beziehungen zu Dritten, insbesondere zu Zulieferern, erstreckt. Nach Leitprinzip Nr. 22 müssen an Menschenrechtsverletzungen beteiligte Unternehmen diese wiedergutmachen. Freilich scheint schon die räumliche Auswirkung einer verbreitet geforderten Deliktshaftung im internationalen Kontext sehr begrenzt, ordnet doch Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO für deliktische Sachverhalte die Geltung des Ortsrechts an.²²⁸ Daher verzichtet das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz („LkSG“) konsequenterweise ausdrücklich auf eine privatrechtliche Haftung,²²⁹ sondern setzt allein auf prozedurale Pflichten zu Risikoanalyse und -management, die Dokumentation, Veröffentlichung von

²²³ Dazu etwa *Merkt*, in: Hopt, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 41. Auflage, 2022, § 289c, Rn. 13; *Böcking/Gros/Wirth*, in: Jost/Strohn, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 4. Auflage, 2020, § 289c Rn. 30.

²²⁴ Mit einer überzeugenden Systematisierung allerdings *Böcking/Gros/Wirth*, in: Jost/Strohn, *Handelsgesetzbuch Kommentar*, 4. Auflage, 2020, § 289c Rn. 8–17.

²²⁵ Dazu *Kocher/Wenckenbach*, KJ 46 (2013), 18, 26; *Beckers/Micklitz*, EWS 6/2020, 324, 326f.; für eine Einbeziehung der Lieferkette selbst, nicht nur deren Auswirkungen, *Beckers*, ZfPW 2021, 220, 232f.

²²⁶ M.w.N. *Beckers*, ZfPW 2021, 220, 233f.

²²⁷ Dazu der Überblick von *Beckers*, ZfPW 2021, 220 – zu Sorgfaltspflichten 235ff.; zur deliktischen Haftung 239ff.

²²⁸ Dazu etwa *Wagner*, ZIP 2021, 1095.

²²⁹ Vgl. § 3 Abs. 3 LkSG: „Eine Verletzung der Pflichten aus diesem Gesetz begründet keine zivilrechtliche Haftung. Eine unabhängig von diesem Gesetz begründete zivilrechtliche Haftung bleibt unberührt.“; anders noch eine starke Forderung in der vorangehenden rechtspolitischen Debatte, dazu *Kieninger*, ZfPW 2021, 252, 254.

Grundsaterklärungen und Berichten sowie ein privates Beschwerdeverfahren und auf Kontrolle durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle.²³⁰ Statt einer Erfolgspflicht gilt eine „Bemühenspflicht“ für die Durchsetzung von Menschenrechtsstandards in der Lieferkette.²³¹ Auch ist die Bemühenspflicht in Abhängigkeit von den Einwirkungsmöglichkeiten der Unternehmen abgestuft, im eigenen Geschäftsbereich am intensivsten, § 2 Abs. 6 LkSG, der am gesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip ausgerichtet ist.²³² Für unmittelbare Zulieferer, § 2 Abs. 7 LkSG, gelten dichtere Pflichten als für mittelbare (§ 9 LkSG), wo nur Beschwerdeverfahren und anlassbezogene Prüf- und Abhilfemaßnahmen geschuldet sind.²³³

3. Ethik als Zurechnungsgrund

Bei der Lieferkettenproblematik handelt es sich um einen Paragrafenfall der hier gegenständlichen Zurechnungsfragen, da es um die Zuordnung von Rechtsfolgen zwischen mehreren dafür in Betracht kommenden Rechtsträgern geht. Statt dem letzten Kettenglied die Berichts- und Bemühenspflichten aufzubürden, wird der Endabnehmer als „Kopf der Lieferkette“ damit belastet. Selbst wenn es letztendlich noch nicht zur haftungsrechtlichen Inpflichtnahme unter dem LkSG gekommen ist, so sieht dieses doch bedeutsame Rechtsfolgen vor, die einen Rechtsträger treffen, obwohl er nicht unmittelbar am Pflichtgrund, nämlich an der Verletzung von Menschenrechts-, Sozial- oder Umweltbelangen beteiligt ist. Die Verschiebung der Rechtsfolgen auf den Kopf der Lieferkette ist Zurechnung.²³⁴

Dabei wird insbesondere das bisweilen starr verteidigte Rechtsträgerprinzip²³⁵ zur Verwirklichung dieser Maßnahmen überwunden – sie werden höher-rangig eingestuft als die Organisationsfreiheit. Ein ethisch fundierter Schritt, der der internationalen Fließrichtung entspricht und lediglich teilweise antizipiert wird. Verfolgt wird damit nichts weniger als Solidarität, über Grenzen hinweg und auch mit künftigen Generationen.²³⁶ Ein gewisser Eurozentrismus

²³⁰ § 19 LkSG; Kritisch zur Kompetenz, *Kieninger*, ZfPW 2021, 252, 253.

²³¹ Begründung RegE S. 22 zu § 3 Absatz 1. Zur dogmatischen Einordnung der „Bemühenspflicht“ *Westphalen*, ZIP 2020, 2421, 2429 f.

²³² *Kieninger*, ZfPW 2021, 252, 253.

²³³ Eine Konkretisierung kann durch Verordnung des BAS „in Einvernehmen mit“ dem BMWi vorgenommen werden, § 9 Abs. 4 LkSG.

²³⁴ *Windbichler* unterscheidet hier zwischen direkten und indirekten Mitteln, RW 10 (2019), 34, 40 ff.

²³⁵ Zuletzt etwa *Wagner*, ZIP 2021, 1095, 1096; zu dem Ganzen schon oben, Kapitel 2., B., V., 3. und noch unter Kapitel 3., C., II.

²³⁶ Dazu auch der Nationale Aktionsplan für Wirtschaft und Menschenrechte von 2016, auf den die Gesetzesbegründung rekurriert, BT-Drucks. 19/30505, S. 1 f.

der Wertedebatte um Menschenrechte²³⁷ tut der Legitimität, zumal in rechtlichen Kategorien, keinen Abbruch. Denn der Diskurs um Verantwortung für die Verwerfungen der Globalisierungen ist ein internationaler, prominent etwa von *Amartya Sen* geführt.²³⁸

Wenngleich der deutsche Gesetzgeber sich noch nicht hat durchringen können, über Bemühenspflichten hinauszugehen, ist der Schritt doch unumkehrbar und es steht zu erwarten, dass der Europäische Gesetzgeber ihn vollenden wird. Das deutsche Trennungsdogma wird hier jedenfalls gegen die Wucht der Moraldebatte keine wirksame Feuermauer darstellen. Nach dem Konzern, der dem Unternehmensbegriff und speziellen Zurechnungsnormen unterlegen ist,²³⁹ fällt nun auch die Unantastbarkeit der vertragsorganisatorischen Haftungsabschirmung – freilich nicht ins Bodenlose, denn jede Art der Zurechnung muss rechtlich messbar bleiben.²⁴⁰

IV. Digitale Plattformen

Die Frage nach der Zurechnung von Nutzerverhalten an digitale Plattformen ist paradigmatisch für die Dynamik der Zurechnung und deren Einsatz als rechtspolitisches Steuerungsinstrument;²⁴¹ Zurechnung in der Plattformökonomie zeigt gleichermaßen die Notwendigkeit nach einer dogmatischen Stringenz auf, die einer reinen Politisierung des Rechts entgegenzustehen hat.

1. Ökonomik des Plattformmodells

Digitale „Plattformen“²⁴² sind in erster Linie ein ökonomisches Phänomen, weshalb spezifische ökonomische Zusammenhänge zwingend auch bei ihrer rechtlichen Behandlung zu berücksichtigen sind. Plattformen vermitteln Ange-

²³⁷ Dazu etwa *Mastronardi*, *ZaöRV* 2001, 61, 70 f.; *Müller*, *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 26, Issue 2, Fall 2012, 279.

²³⁸ Auf den Punkt: *ders.* *How to Judge Globalism*, *The American Prospect*, 13, 1. January 1–14, 2002; Zentral: *On Ethics and Economics*, 1987; und zuletzt: *Idea of Justice*, 2009. Vgl. auch *Spießhofer*, *NZG* 2018, 441, 446 f.

²³⁹ Dazu noch ausführlich unten, Kapitel 3, C.

²⁴⁰ Zum Legitimitätsfilter der Zurechnung siehe unten, Kapitel 5.

²⁴¹ Vgl. auch *Wielsch*, *RW* 1/2019, 84, 91.

²⁴² Der Begriff der Plattform ist eine Metapher: „Platte Formen“ sind von Menschen geschaffene Erhöhungen, die bessere Aussicht versprechen und als Stützpunkt für weitere Unternehmungen dienen, vgl. *Pfeifer*, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 2. Aufl. 1993 und <https://www.dwds.de/wb/Plattform> (zuletzt aufgerufen am 20.10.2021); *Parker/Van Alstyne/Choudary*, *Platform Revolution*, 2016, Kapitel 1, 3; mit einem alternativen Begriff, „digital bridge builder“, *Scholz*, *Platform Cooperativism*, 2016, S. 4; zu den Bedeutungssebenen der Plattformmetapher, *Gillespie*, *Digital Society Blog*, 24. August 2017, abrufbar unter: <https://www.hiig.de/en/the-platform-metaphor-revisited/> (zuletzt abgerufen am 1.5.2022); allgemein zu Metaphern im Recht, siehe *Damler*, *Rechtsästhetik*, 2016, S. 36 ff.; *ders.*, *Konzern und Moderne*, 2016, S. 4 ff.

bot und Nachfrage in einem oder mehreren Märkten durch digitale Datenverarbeitung („*Big Data*“).²⁴³ Mit Einrichtung einer Marktinfrastruktur²⁴⁴ für diese Informationen realisieren sie die wirtschaftliche Leitidee der Informationsgesellschaft.²⁴⁵ Plattformen verschaffen Transaktionsmöglichkeiten, die der Einzelne allein überhaupt nicht oder nur mit größeren Kosten erreichen könnte. Sie ersparen ihm indes auch die dauerhafte Bindung in einer starren gesellschaftsrechtlichen Struktur. Die Vermittlung durch Plattformen gleicht damit einem *permanenten Outsourcing*,²⁴⁶ weil der Unternehmenskern überhaupt nicht mehr an der eigentlichen Wertschöpfung teilnimmt.²⁴⁷ Stattdessen konzentriert dieser sich auf die Beschaffung von Kontakten zwischen Kunden und Anbietern, abstrakter gesprochen zwischen Angebot und Nachfrage. Das Produkt der Plattform ist die *Erleichterung von Märkten*.

Prägend für die Plattformökonomie ist dabei auch die Herausbildung von Oligopolen durch besonders dynamische Netzwerkeffekte – mit jedem Nutzer auf der einen Marktseite nimmt der Mehrwert der Plattform sowohl für die Nutzer auf derselben (direkte Netzwerkeffekte) und auf der anderen Marktseite (indirekte Netzwerkeffekte) zu.²⁴⁸ Wettbewerber mit weniger Nutzern wer-

²⁴³ Zu den betriebswirtschaftlichen Grundlagen der Plattformökonomie *Tirole*, *Économie du bien commun*, 2016, chapitre 14; *Evans/Schmalensee*, *The Antitrust Analysis of Multisided Platform Businesses*, Blair/Sokol (Hrsg.), *Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Bd. 1, 2014, S. 404, 408 ff.; *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, *World Competition* 36 (2013), 33, 36 ff.; *Lenz*, *Plattformökonomie – zwischen Abwehr und Wunschdenken*, Stiftung Marktwirtschaft, *Zeitthemen* 03, 2020. Zur besonderen Bedeutung von Daten für die Wirtschaft, siehe *Europäische Kommission*, Mitteilung „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“, COM (2017) 9 final; *dies.*, Mitteilung „Aufbau eines gemeinsamen europäischen Datenraums“, COM(2018) 232 final; *OECD*, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-being*, 2015; dazu auch *Schweitzer*, *ZEuP* 2019, 1; *Körber*, *ZUM* 2017, 93.

²⁴⁴ So auch *Engert*, *AcP* 218 (2018), 305, 307 ff.; näher *Dewenter/Rösch*, *Einführung in die Ökonomie der Medienmärkte*, 2015, S. 121; *Clement/Schreiber*, *Internet-Ökonomie*, 3. Aufl. 2016, S. 266; diese Funktion ist auch Anknüpfungspunkt für die „P2B-VO“ EU 2018/1150, Art. 2 Nr. 2; siehe auch *Podszun/Kersting*, *NJOZ* 2019, 321, 322.

²⁴⁵ Vgl. dazu *Hayek*, *The Use of Knowledge in Society*, *The American Economic Review*, Vol. XXXV, Sept. 1945, 519; *ders.*, *Die Anmaßung von Wissen*, 1974. Weiterhin: *Parker/Van Alstyne/Choudary*, *ibid.* (Fn. 235, Kapitel 3); *Evans/Schmalensee*, *Matchmakers*, 2016; *dies.*, *ibid.* (Fn. 236, Kapitel 3); *Filistrucchi/Geradin/van Damme*, *ibid.* (Fn. 236, Kapitel 3); *Engert*, *AcP* (218) 2018, 305 ff., 331.

²⁴⁶ Vgl. dazu *Parker/Van Alstyne/Choudary*, *Platform Revolution*, 2016, S. 64 ff.; *Kühl*, *Wenn die Affen den Zoo regieren*, 2. Aufl. 1995, S. 136. Plattformvermittelte Arbeit wird als *Crowd-*, *Cloud-* oder *Gig-Work* bezeichnet, dazu *Krause*, *Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag*, S. 99 ff.; *Bourazeri*, *NZA* 2019, 741, mit deutlichem Verweis auf die noch schwache Faktenlage für die deutsche Wirtschaft, 742. Die Plattformmodelle der Dienstleistungsvermittlung variieren dabei stark nach der Qualität der Arbeitsaufträge, die von anspruchswenigen und repetitiven Kleinstarbeiten zu prekären Vergütungsbedingungen bis hin zu komplexen und hochdotierten Fachaufgaben reichen können. Zur Differenzierung von Matching- und Aufmerksamkeitsplattformen vgl. *Mohr*, *EuZW* 2019, 265, 268.

²⁴⁷ Zur Ausnahme der dual role-Modelle sogleich, unter 5.

²⁴⁸ Zum Phänomen der Netzwerkeffekte, vgl. *Monopolkommission*, *Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte*, 68. SG 2015 Rn. 37; *Dewenter/Rösch*, *Einführung in die*

den auf diese Weise abgedrängt; durch exponentielles Nutzerwachstum entstehen Marktführer, die freilich nicht vor neuen Nachfragerichtungen bewahrt bleiben.

Die durch Plattformen erleichterten Märkte können dabei ganz unterschiedlich sein, Plattformen bieten Marktplätze nicht für Waren, sondern für Dienstleistungen und Informationen jeder Art. Besonders relevant ist das Geschäftsmodell der Aufmerksamkeitsökonomie²⁴⁹ für auf Inhaltevermittlung spezialisierter Plattformen – um nur die bekanntesten darunter zu nennen: *Twitter*, *Youtube*, *facebook*, *instagram*, *TikTok* und *linkedin*. Allesamt folgen sie einer kommerziellen Logik im „Matchmaking“ zwischen Inhalten und Publikum; die kommerzielle Regel wird durch die gemeinnützige Ausnahme *Wikipedia* bestätigt. Wirtschaft ist auch im Internet Grundlage der Gesellschaft.²⁵⁰ Treffende Beschreibung für dieses spezifische Segment der Plattformökonomie ist daher das Bild der „digitalen Meinungsmärkte“, welche die etablierte Medienlandschaft innerhalb des letzten Jahrzehnts umgewälzt und die klassischen Medien nicht nur substituiert, sondern auch zu einem gänzlich anderen Gebrauch der Informations- und Kommunikationsfreiheiten geführt haben.²⁵¹ Denn anders als Zeitungen und Rundfunkanstalten bieten sie die Möglichkeit aktiver Teilnahme der Nutzer, die sich dadurch aus dem passiven Hörer- und Leserstatus emanzipieren. Von den Nutzern selbst generierte Inhalte werden Gegenstand der Vermittlungsleistung der Plattformen. Diese sind noch dazu unmittelbarer und schneller verfügbar als redaktionell erstellte Sendungen oder Artikel. Sie stehen auch hinter keiner Kostenschranke, die Teilnahme an den Plattformen ist niedrigschwellig und auf den ersten Blick „frei“. Damit ermöglichen Plattformen mehr denn je eine gesellschaftliche Teilhabe und befördern das demokratische Potential der Zivilgesellschaft.²⁵² Hierdurch stellen digitale Meinungsmärkte ein akutes Problem „privater Macht“ dar.²⁵³ Sie wirken als privates Medium im öffentlichen Meinungsraum und sind dabei nicht durch die klassischen Instrumente der Medienverfassung und Rundfunkstaatsverträge eingehegt.²⁵⁴ Weitestgehend ohne staatlichen Einfluss und Mitwirkung deter-

Ökonomie der Medienmärkte, 2015, 27; *Clement/Schreiber*, Internet-Ökonomie, 3. Aufl. 2016, S. 273; *BKartA*, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 2016, S. 97f.

²⁴⁹ Zu deren behavioristischen und psychologischen Grundlagen m. w. N. *Lewandowsky/Smillie*, *Technology and Democracy*, 2020, S. 27–40.

²⁵⁰ Zur Wirtschaft als Grundlage der Privatrechtsgesellschaft *Mestmäcker*, *Europäische Prüfsteine der Herrschaft des Rechts*, 2016, S. 149ff.

²⁵¹ *Klonick*, *Harvard Law Review*, Vol. 131:1598 (2018), 1598, 1603; *Paal/Hennemann*, *JZ* 2017, 641, insbes. 641–645.

²⁵² *Balkin*, *Digital Speech and Democratic Culture*, 79 *N.Y.U.L. REV.* (2004), 1, 2.

²⁵³ Dazu umfassend der Band von *Möslein*, *Private Macht*, 2015, insbesondere der Beitrag von *Mestmäcker*, S. 25ff.

²⁵⁴ Zur Neuartigkeit der Kommunikationsfunktion vgl. *Klonick*, *Harvard Law Review*, Vol. 131:1598 (2018), 1609; s. a. v. *Lewinski*, *Medienrecht*, 2020, § 3 Rn. 8ff.

minieren sie in erheblichem Ausmaß die Verbreitung und Wirkung von Nutzerinhalten, was die spezifische regulatorische Verschränkung der rein privatrechtlichen Nutzungs- und Interaktionsverhältnisse mit öffentlich-rechtlichen Belangen, insbesondere dem Medienrecht, erklärt.

2. AGB-Organisationen

Digitale Plattformen gestalten ihre Nutzungsbedingungen privatrechtlich durch AGB aus und setzen dabei das soeben beschriebene Geschäftsmodell permanenten Outsourcings von Informationsgenerierung um. Die eigene Leistung des Plattformbetreibers besteht in Betrieb und Ausstattung der Plattform, etwa mit einer Bedienoberfläche, Zahlungsmöglichkeiten sowie Mechanismen der Nutzerbewertung²⁵⁵ und Konfliktlösung.²⁵⁶ Aus dieser organisatorischen Leistung sowie der Zurverfügungstellung von Marktinformationen leitet der Plattformbetreiber einen Provisionsanspruch gegenüber einer oder beiden Marktseiten ab.²⁵⁷ Dieses Synallagma spiegelt sich grundsätzlich in den durch den Plattformbetreiber gestellten AGB für die Plattformnutzung.²⁵⁸ Der Plattformbetreiber setzt darin die Bedingungen für Abgabe und Annahme von Angeboten sowie die Leistungsabwicklung zwischen den Plattformnutzern und sichert sich typischerweise Auskunfts-, Aufsichts- und Durchgriffsrechte. Häufig finden sich zudem Regelungen über Angebotsexklusivität und Bestpreisklauseln.²⁵⁹ Der Plattformbetreiber hat schließlich die Hoheit über Aufnahme und Ausschluss²⁶⁰ von Nutzern, die Änderung der AGB-Organisation

²⁵⁵ Vgl. dazu *Engert*, AcP 218 (2018), 305, 351 ff.

²⁵⁶ Zur Konfliktlösung vgl. *Fries*, NJW 2016, 2860; *Wagner/Zenger*, MMR 2018, 149; *Engert*, AcP 218 (2018), 305, 345 ff. Häufig greifen über Art. 4 (44) der PSD II-Richtlinie auch deren Pflichten für Zahlungsdienstleistungen – „*acquiring payment transactions*“.

²⁵⁷ Häufig erfolgt auch eine Quersubventionierung der Plattformangebote zwischen den Märkten, so insbesondere bei Aufmerksamkeitsplattformen. Dazu umfassend *Rochet/Tirole*, Journal of the European Economic Association 1, no. 4 (2003): 990–1029; *Parker/Van Alstyne/Coudary*, Plattform Revolution, 2016, S. 110 ff.; siehe auch *Mohr*, EuZW 2019, 265, 268.

²⁵⁸ Siehe exemplarisch die an gewerbliche Nutzer gerichteten AGB von Uber: <https://www.uber.com/legal/de/document/?name=general-terms-of-use&country=germany&lang=de>; Flixbus: <https://www.flixbus.de/agb>; amazon: <https://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=201909000>; ebay: <https://www.ebay.de/help/policies/member-behavior-policies/allgemeine-geschftsbedingungen-fr-die-nutzung-der-deutschen-ebaydienste?id=4259>, (jeweils zuletzt abgerufen am 1.5.2022).

²⁵⁹ Art. 10 der P2B-VO schreibt eine Transparenz im Sinne eines Begründungsgebotes vor. Zweifelnd am Wert der neuen Regelung, *Busch*, GRUR 2019, 788, 795; zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen, BKartA, Beschl. v. 20.12.2013 – B 9 – 66/10 (HRS); BKartA, Beschluss vom 22.12.2015 – B 9- 121/13 (Booking.com) – aufgehoben von OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2019 – VI – Kart 2/16 (V).

²⁶⁰ Art. 4 der P2B-VO sieht nun eine Begründungs- und Verhältnismäßigkeitspflicht des Delisting vor, dazu *Busch*, GRUR 2019, 788, 791. Die Gefahr eines „*wage theft*“ dürfte in der EU nicht gegeben sein. Sehr kritisch zur Lage in den USA (im Gutachten der Rosa-Luxemburg-Stiftung) *Scholz*, *ibid.* (Fn. 235, Kapitel 3), S. 9.

sowie deren Existenz selbst.²⁶¹ Ihre Rolle als Orchestrator beinhaltet neben einer qualitätssichernden Kuratierung auch die strategische Gesamtausrichtung der Plattform, die meist darin besteht, ein „Ökosystem“ zu schaffen, indem eine breite Varianz plattformspezifischen Angebots gefördert wird.²⁶² Einige Plattformbetreiber nehmen eine Doppelrolle („*dual role*“) ein und bieten neben der Marktinfrastruktur auch selbst den Typ der über sie vermittelten Produkte an²⁶³ – dies wurde bislang nicht immer aus ihren AGB deutlich. Schließlich behalten sich viele Plattformbetreiber die Verwertung der Nutzer- und Transaktionsdaten für weitere Zwecke vor.²⁶⁴

Der Plattformbetreiber selbst ist typischerweise juristische Person, die Gründer, Investoren und leitende Mitarbeiter als Gesellschafter vereint. Anbieter und Nachfrager werden nicht als Gesellschafter in die Gesellschaft des Plattformbetreibers aufgenommen. Die Interessen zwischen Plattformnutzern und Plattformbetreiber sind punktuell gleichgelagert, wenn es um die Absatzsteigerung an sich geht, die Gewinn für alle Beteiligten bedeutet.²⁶⁵ Für die Folgen des Absatzes hingegen, ob Lasten oder Früchte, begünstigt die AGB-Organisation den Plattformbetreiber, denn für die vermittelten Transaktionen soll er nicht haften – sie sind in seinen AGB als Leistung Dritter deklariert, die er nur vermittelt. Dann würde etwa § 278 BGB nicht greifen, der an *eigene* Pflichten des Plattformbetreibers anknüpft.²⁶⁶ Andererseits behält der Plattformbetreiber eine von ihm bestimmte Intermediärsprovision ein.²⁶⁷

Im Verhältnis zum Umfang der vermittelten Angebote beschäftigt die Gesellschaft nur wenige Mitarbeiter. In der AGB-Organisation sollen keine Fürsorge- oder Sozialleistungspflichten des Plattformbetreibers für anbietende Nutzer bestehen. Der Plattformbetreiber soll die Nutzungsmodalitäten der Plattform bestimmen, bei der Transaktionsausführung durch Nutzer allerdings

²⁶¹ Regeln verdichten sich zu „*virtuellem Hausrecht*“, was die Rechtsprechung des BVerfG zum Stadionverbot antizipiert, dazu *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 5.

²⁶² Zu digitalen Ökosystemen umfassend *Europäische Kommission*, Digital Business Ecosystems, 2007. Zur biologischen Definition der Metapher, The Convention on Biological Diversity of 5 June 1992 (1760 U.N.T. S. 69), S. 3.

²⁶³ Vgl. dazu Europäische Kommission, AT.40.462 – Amazon Marketplace sowie den darauf Bezug nehmenden Art. 6 P2B-VO; dazu auch *Busch*, GRUR 2019, 788, 793.

²⁶⁴ Vgl. EG 33 ff. sowie Art. 9 der P2B-VO. Dies ist besonders aus Konsumentensicht problematisch und wirft die Frage nach einer treuhänderischen Lösung auf, vgl. *Wandtke*, MMR 2017, 6, 12.

²⁶⁵ Zum gemeinsamen Interesse als Bedingung einer Gesellschaft m. w. N. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 4.

²⁶⁶ MüKo-BGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 278 Rn. 20, 25 ff.; *Engert*, AcP 218 (2018), 305, 313 ff.; ob es sich bei der Haftung für die Leistungen Dritter um eine Kardinalspflicht des Intermediärs nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB handelt, ist freilich noch ungeklärt; zu § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB umfassend *Renner*, AcP 213 (2013), 677.

²⁶⁷ Siehe dazu *Research Group on the Law of Digital Services*, Discussion Draft of a Directive on Online Intermediary Platforms, EuCML 2016, 164 ff.; sowie *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787.

nur begrenzt Einfluss nehmen können. Seine diesbezüglichen Eingriffsrechte reichen dann nicht hin, um eine arbeitsrechtlich relevante Weisungsabhängigkeit zu begründen.²⁶⁸

Gleichzeitig wirken die Plattform-AGB als Auslegungshorizont auf das Verhältnis von Angebots- und Nachfrageseite.²⁶⁹ Und nur selten wird ein Plattformnutzer eigene Nutzungsbedingungen durchsetzen. Da die AGB-Organisation der technischen Struktur der Plattform folgt, kann die Vermittlerleistung schon faktisch nur nach den Vorgaben der AGB genutzt werden.²⁷⁰ Damit sind die Nutzer der Plattform nur lose an die *Organisation* – allerdings eng an deren *Nutzungsbedingungen* gebunden.

Während es für unbefangene Nutzer so aussieht, als könne jedermann frei und sofort online Inhalte veröffentlichen, kuratieren insbesondere Meinungsplattformen diese intensiv. Auch können die Nutzer selbst in weitem Umfang die Breitenwirkung ihrer Inhalte bestimmen, indem sie sie für bestimmte Foren oder „Follower“ reservieren – allerdings nur soweit es die Plattform zulässt. Plattformen behalten sich in ihren „Community Guidelines“ das Recht vor, Inhalte zeitweilig offline zu nehmen oder vollständig und dauerhaft zu löschen.²⁷¹ Die Ausgestaltung dieses Moderationsrahmens ist ebenfalls in den Plattform-AGB verankert,²⁷² was ihre Bedeutung als „Verfassung“ des Plattformmodells hervorhebt. Die Moderationsbefugnisse des Plattformbetreibers sind zentral für die wettbewerbliche Abgrenzung, denn mit ihrer Hilfe kann er Nutzerinhalte mehr oder weniger weitreichend kuratieren und so dem Forum seiner Plattform ein spezifisches Gepräge geben.²⁷³ Aus seiner organisatorischen Leistung leitet der Betreiber eines digitalen Meinungsmarktes – anders als insbesondere etwa bei digitalen Handelsplattformen – keinen direkten Provisionsanspruch gegenüber den Nutzern ab; Meinungsplattformen finanzieren sich

²⁶⁸ Vgl. zum Arbeitnehmerbegriff EuGH Urteil v. 26.2.1992, Rs. C-357/89 – *Raulin*; EuGH Urteil v. 11.11.2010, Rs. C-232/09 – *Danosa*; im Kontext des Crowdfunding vgl. *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste*, Rechtsfragen zum Crowdsourcing, WD 6 – 3000 – 156/14, 2015, 6; *Bourazeri*, NZA 2019, 741, 744; siehe allerdings die Urteile im UK, *UBER v Aslam* [2018] EWCA Civ 2748 – Court of Appeal, und der Schweiz, Arbeitsgericht Lausanne (unveröffentlicht, Meldung abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/angestellt-oder-nicht-arbeitsgericht-in-lausanne-gibt-ex-uber-fahrer-recht> (zuletzt abgerufen am 5.6.2022)).

²⁶⁹ Vgl. ausdrücklich BGH NJW 2017, 1660, 1661; vgl. auch *Engert*, AcP 218 (2018), 305, 345 ff.; *Omlor*, Juris Monatszeitschrift 2017, 134, 137.

²⁷⁰ Zu dem Grundgedanken der Regelsetzung durch Code, vgl. *Lessig*, Code 2.0, 2006, S. 83 ff.; siehe auch *Wielsch*, in: Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 61, 63 ff. – „neue digitale Normativität“; *Broemel*, *ibid.*, S. 95, auf Algorithmen abstellend; *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 4 ff.

²⁷¹ Vgl. *Eifert u. a.*, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung*, 2020, SS. 38 ff.

²⁷² Daher kann auch von einer „AGB-Organisation“ die Rede sein, vgl. *Denga*, ZGE 2020, 1, 8 ff.; *Hoch*, in: Maume/Maute, *Rechtshandbuch Kryptowerte*, 2020, §7 Rn. 54.

²⁷³ Dazu *Denga*, EuR 2021, 569, 574 f.

hingegen regelmäßig über Werbeeinnahmen und die Weitergabe der Nutzerdaten an Dritte. Ihr Geschäftsmodell lautet „Dienst gegen Daten“.²⁷⁴

Regelmäßig sind die Interessen zwischen Plattformnutzern und Plattformbetreiber lediglich punktuell gleichgelagert, wenn es um die Steigerung des Inhalteangebotes an sich geht. Ansonsten steht die Plattform klar im kommerziellen Dienst ihrer Betreiber. Alternative Gestaltungen der Plattform-Governance²⁷⁵ werden immer wieder befürwortet, insbesondere solche mit dezentralen Organisationsansätzen und Eigentumsverhältnissen (etwa als „Decentralized Autonomous Organization – DAO“).²⁷⁶ Es bleibt bislang allerdings in der Regel bei einem zentralisierten Ansatz bei der Ausgestaltung der Plattformverfassung, der die Wahlmöglichkeiten für ihre Nutzer faktisch einschränkt.²⁷⁷

3. Vom Intermediärprivileg zur spezifischen Inpflichtnahme für Inhalte

Während die privatrechtliche Ausgestaltung des Plattformmodells als AGB-Organisation wie gezeigt auf eine geringstmögliche Verantwortung des Plattformbetreibers für seine Nutzer ausgerichtet ist, steht gerade die Mithaftung für Nutzerverhalten bei Verstößen gegen absolute Rechte im Fokus des regulatorischen Interesses. Die Inpflichtnahme von Plattformen für ihre Nutzer zeigt dabei die breite Varianz an Zurechnungsfolgen auf, von prozeduralen Pflichten bis hin zur Schadensersatzhaftung gegenüber Dritten. Ihre Dynamik ist im Folgenden aufzuzeigen.²⁷⁸

a) Mithaftung für Nutzer?

Der bekannte Grundsatz lautet: „keine Haftung für Dritte“.²⁷⁹ In den allermeisten Anwendungsfällen des Plattformmodells bleibt es auch dabei, jedenfalls wenn es sich bei den Dritten nicht um Personal der Plattform handelt, für das spezielle haftungsrechtliche Zurechnungsnormen und -prinzipien gelten;²⁸⁰ Besonderheiten bestehen freilich bei der Inhaltevermittlung. Denn hier kommt die Kommunikationsreichweite der Plattform voll zum Tragen, jedenfalls, wenn

²⁷⁴ Dazu etwa *Metzger*, AcP 216 (2016), 817; *Hacker*, ZfPW 2019, 148; *Mischau*, ZEuP 2020, 335, 33 und nun auch die Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

²⁷⁵ Zum Begriff *Kolonick*, Harvard Law Review, Vol. 131:1598 (2018), 1617.

²⁷⁶ Dazu aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Kollmann* u. a., Electronic Markets, 30 (2020), S. 273; *Denga*, ZGE 2020, 1, 24 ff.; zur DAO, *Mann NZG* 2017, 1014, 1016 ff.; *Teichmann*, ZfPW 2019, 247, 266 ff.; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555.

²⁷⁷ Zu dieser Einschränkung der Privatautonomie früh schon *Grundmann/Hacker*, ERCL 2017, 13(3): 255, 272.

²⁷⁸ Vgl. auch bereits *Denga*, EuR 2021, 569, 575 ff.

²⁷⁹ Dazu bereits oben, Teil zum Deliktsrecht, Kapitel 2., B., V., 3.

²⁸⁰ Dazu bereits oben, Kapitel 2., B., IV.

sie spezifisch auf Kommunikationsleistungen ausgerichtet ist, weniger freilich, wenn es sich bei der Kommunikationsfunktion um einen Annex der Plattform handelt. Von besonderem normativen Gewicht sind einzelfallspezifisch weitreichende Moderationsbefugnisse der Plattformbetreiber, hier kommt ein historisch gewachsenes und von starker Dynamik geprägtes Regime der Haftung für vom Nutzer verbreitete Inhalte zum Tragen, dessen Entwicklung im Folgenden aufzuzeigen ist.²⁸¹ Es werden dabei für „Dienstleister der Informationsgesellschaft“²⁸² mit besonderem Bezug zu Kommunikationsdienstleistungen auf Grund des Nutzerverhaltens und ihrer faktischen Einwirkungsmöglichkeit auch Pflichten jenseits der Haftung auferlegt, was nach dem hiesigen Zurechnungsverständnis ohne Weiteres den Zurechnungstatbestand erfüllt und Legitimitätsprobleme der Zurechnung aufwirft.

b) Intermediärprivileg

Plattformen waren zunächst bei bloßer Durchleitung oder Hosting von Inhalten von der Haftung freigestellt. Vorbildgebend war dabei §230 des US-Communications Decency Act (CDA) von 1996. Nach dieser Vorschrift haften Plattformen auch dann nicht für Inhalte ihrer Nutzer, wenn sie diese moderieren. Dadurch sollten Plattformen ermuntert – wenn auch nicht verpflichtet – werden, die Datenströme über ihre Portale überhaupt zu kontrollieren.²⁸³ 2002 folgte die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) der EU mit dem abgestuften Haftungskonzept der Art. 12 ff.²⁸⁴ Inhalteplattformen haften darunter als Host-Provider lediglich bei Fehlern im vorgesehenen Notice-and-Take-Down-Verfahren – erforderlich ist wenigstens ein Kennenmüssen der rechtswidrigen Inhalte, Art. 14 Abs. 1 a) ECRL. Art. 15 ERCL regelt, dass es „keine allgemeine Überwachungspflicht“ von Diensteanbietern hinsichtlich rechtswidriger Tätigkeiten gibt. Spannungen zum Intermediärprivileg folgen allerdings auch aus gerichtlichen Sperrverfügungen zur Unterlassung der Störung.²⁸⁵ Insbesondere können Gerichte unter der *Glawischnig-Piesczek*-Entscheidung des EuGH einem Plattformbetreiber bei feststehender Verletzung sogar aufgeben, sämtliche Beiträge – selbst von anderen Nutzern – zu suchen, die einen wort- oder sinngleichen Inhalt haben, sofern sie nicht die „Hosting-Anbieter zwingen, eine autonome Beurteilung dieses Inhalts vorzunehmen“. Fragen nach der zulässigen

²⁸¹ Dazu insbesondere *Holznagel*, CR 2017, 463; vgl. auch den Überblick bei Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, § 97 Rn. 46.

²⁸² Vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EC über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

²⁸³ Siehe etwa *Zeran v. America Online, Inc.* 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997); dazu *Klonick*, Harvard Law Review, Vol. 131:1598 (2018), 1608; grundlegend für die US-Intermediärregulierung *Goldsmith/Wu*, Who Controls the Internet?, 2006, insbes. Kapitel 5.

²⁸⁴ Dazu *Holznagel*, GRUR Int. 2014, 105.

²⁸⁵ Dazu *Spindler*, GRUR 2014, 826 f.

Filtertechnologie und der Grundrechtsrelevanz einer gerichtlichen Verpflichtung drängen sich dabei auf.²⁸⁶

c) *Relativierung des Intermediärsprivilegs im geistigen Eigentum*

Mehrere Einschränkungen bestehen vor allem im geistigen Eigentum. Zum einen muss die Plattform bei der Erstellung der Inhalte eine passive Rolle innehaben. Greift die Plattform aktiv in Inhalte ein, etwa durch Hilfestellungen bei der Eingabe von Inhalten,²⁸⁷ handelt es sich nicht mehr um fremde, sondern um eigene Inhalte der Plattform, die nicht mehr nach den Art. 12 ff. ECRL privilegiert sind.²⁸⁸ Zuletzt hat der EuGH diesen Gedanken in seiner YouTube/Cyando-Entscheidung erheblich ausgebaut und fordert kumulativ eine zentrale Stellung sowie Vorsätzlichkeit.²⁸⁹ Für den Bereich des Urheberrechts stellt Art. 17 Abs. 4 der Richtlinie über den Digitalen Binnenmarkt die Vermutung sogar auf den Kopf und rechnet alle Nutzerinhalte einer Plattform zu; diese muss sich durch Nachweis von branchenüblichen Präventionsmaßnahmen gegen Urheberrechtsverletzungen nach dem Stand der Technik exkulpieren.²⁹⁰ Im Bereich des geistigen Eigentums ist außerdem eine Vermittlerhaftung nach Art. 8 Abs. 3 Richtlinie 2001/29/EG eröffnet, wonach „Rechteinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts [...] genutzt werden“.²⁹¹

Das Haftungsmodell der Art. 12 ff. ECRL wurde im Deutschland unter starkem Einfluss der Rechtsprechung als sog. *Störerhaftung* umgesetzt.²⁹² Danach haftet ein Host Provider in analoger Anwendung von § 1004 BGB verschul-

²⁸⁶ Dazu Keller, GRUR Int. 2020, 616; zur Historie Holznel, CR 2021, 123.

²⁸⁷ S. etwa EuGH Rs. C-236/08, Rn. 112 ff. – Google/LV; dazu Spindler/Prill, CR 2010, 303 ff.; Eichelberger, EuZW 2010, 731 ff.; Ohly, GRUR 2010, 776 ff.

²⁸⁸ BGH GRUR 2010, 616 – marions-kochbuch.de; LG Hamburg MMR 2010, 833; KG ZUM 2013, 886: Zueigenmachen nicht schon durch Auswertung und geschäftliche Nutzung der Bewertungen in einem Bewertungsportal; KG Berlin CR 2014, 333: Kein Zueigenmachen durch den Einsatz von Wortfiltern zum Auffinden von Schmähungen, Beleidigungen etc. in einem Internetportal oder eigenhändiger Kontrolle der Beiträge durch Mitarbeiter des Internetportals; BGH GRUR-Prax 2016, 203 – Al Di Meola; Dazu umfassend Nordemann, in: Fromm/Nordemann, 12. Aufl., 2018, § 97 UrhG Rn. 150c; Spindler, MMR 2018, 48 f.; vgl. Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, § 97 Rn. 41.

²⁸⁹ EuGH GRUR 2021, 1054 (m. Anm. Specht-Riemenschneider); Holznel, CR 2021, 123.

²⁹⁰ Dazu Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 639, 641 f.; Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 627; Pfeifer, GRUR-Prax 2019, 403, 404 f.; Spindler, GRUR 2020, 253, 255 f.; kritisch auch Dengal/Poble/Hölzel, RW 4/2020, 420, 438 ff.

²⁹¹ Die Richtlinie wird damit begründet, dass die „Vermittler selbst am besten in der Lage [sind], Verstößen [durch Dritte] ein Ende zu setzen“ EG. 59; kritisch Spindler, GRUR 2014, 826, 828.

²⁹² Eher auf den Aspekt der Umgehung der Haftungsprivilegien abstellend, Holznel, CR 2021, 123.

densunabhängig, wenn er in *irgendeiner* Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt und zumutbare Prüfpflichten verletzt.²⁹³ Nur wenn der Hostbetreiber den Inhalt unverzüglich entfernt, vermeidet er die Störereigenschaft.²⁹⁴ Maßgeblich für die Inpflichtnahme der Plattformen für Inhalte ihrer Nutzer entgegen des Intermediärprivilegs war unter anderem auch eine stark ethisch geladene Diskussion um einen „Value-Gap“, die im Kern darauf abzielte, dass Plattformen durch Uploads von Nutzern Werbeeinnahmen generieren, für die Uploads allerdings keine Lizenzgebühren an Rechteinhaber zahlen, selbst wenn deren geschützte Inhalte hochgeladen werden.²⁹⁵

d) Prozedurale Regulierung von Nutzerkonflikten

Der Gesetzgeber hat mit zunehmender Kritik der Öffentlichkeit an den Moderationspraktiken von Meinungsplattformen mit Verfahrensgarantien reagiert, allerdings zunächst noch ohne dabei die inhaltliche Entscheidung im Einzelfall zu beeinflussen. Dabei hat er inzwischen Nachahmung in Nachbarstaaten und auf EU-Ebene gefunden.²⁹⁶ Das deutsche NetzDG nimmt fraglos eine Vorreiterrolle ein.²⁹⁷ Im Kern ist seine Regelung wie folgt strukturiert: „Soziale Netzwerke“, die mehr als zwei Millionen registrierte Nutzer in Deutschland haben, sind verpflichtet, ein Beschwerdemanagementsystem zum Umgang mit Meldungen über rechtswidrige Inhalte vorzuhalten und hierüber halbjährlich öffentlich Bericht zu erstatten, § 2 NetzDG.²⁹⁸ Dabei sind sämtliche Plattformen mit Gewinnerzielungsabsicht verpflichtet, die ihren Nutzern im Inland ermöglichen, Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG; ausgenommen vom Anwendungsbereich sind journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote und Angebote zur Individualkommunikation oder Verbreitung „spezifischer“ Inhalte.

²⁹³ Vgl. etwa BGH GRUR 2016, 268 Tz. 21 – Goldesel.

²⁹⁴ Vgl. umfassend Spindler/Schuster/Volkmann, 4. Aufl. 2019, § 1004 BGB, Rn. 34 ff. Zur Einbettung der Intermediärhaftung in allgemeine haftungsrechtliche Grundsätze vgl. bereits oben, Kapitel 2, B. V. 4.

²⁹⁵ Vgl. etwa Metzger, ZUM 2018, 233; Nolte, ZUM 2017, 304; Wimmers/Barudi, GRUR 2017, 327; zuletzt auch Jones, Die urheberrechtliche Haftung von Intermediären im Rechtsvergleich, 2020, S. 416.

²⁹⁶ In Frankreich ist ein dem NetzDG sehr ähnliches Loi Avia verabschiedet worden, dessen Kern ebenfalls die prozedurale Absicherung der Nutzerbeschwerden sein sollte. Wegen zu kurzer und starrer Löschfristen, aber vor allem auch wegen starker inhaltlicher Determinierung „schlechter Inhalte“ durch staatliche Stellen ist es allerdings noch vor Inkrafttreten für verfassungswidrig erklärt worden, Conseil Constitutionnel, Urteil v. 18.6.2020 (2020-801 DC). Im Vereinigten Königreich wird derzeit ein ähnlicher Vorschlag verhandelt. Online Harms White Paper, British Government 2019 (last updated 15 December 2020).

²⁹⁷ Eifert u. a., Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung, 2020, S. 31.

²⁹⁸ Kritisch vor Hintergrund der Meinungsfreiheit etwa Peukert, MMR 2018, 572.

Der Plattformbetreiber muss ein wirksames und transparentes Verfahren für Nutzerbeschwerden über rechtswidrige Inhalte²⁹⁹ vorhalten und unverzüglich von den Beschwerden Kenntnis nehmen, § 3 NetzDG. „Offensichtlich rechtswidrige“ Inhalte müssen grundsätzlich innerhalb von 24 Stunden nach Eingang einer Beschwerde gelöscht werden; für weniger klare Fälle beträgt die Frist grundsätzlich sieben Tage, § 3 Abs. 2 NetzDG. Eigene inhaltliche Vorgaben für „schlechte Inhalte“ trifft das NetzDG nicht. Fallen jährlich mehr als 100 Beschwerden über rechtswidrige Inhalte an, muss halbjährlich ein deutschsprachiger Bericht im Bundesanzeiger sowie auf der eigenen Homepage veröffentlicht werden, § 2 NetzDG.

Das NetzDG wurde kontrovers diskutiert, vor allem mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit eines möglicherweise induzierten Overblocking und eines Verstoßes gegen das Intermediärsprivileg aus Art. 15 ECRL. Indes scheint es naheliegend, in den Verfahrensvorschriften des NetzDG lediglich eine Konkretisierung von Art. 14 Abs. 1 a) ECRL zu erblicken; denn wer eine Beschwerde über einen Inhalt erhält, muss ihn auch im Sinne dieser Vorschrift kennen. Nach ersten Bestandsaufnahmen kann das gestufte Modell des NetzDG als gelungen gelten; insbesondere erlaubt es trotz der hohen Zahl schlechter Inhalte eine schnelle und effektive Bearbeitung durch die Plattformen und ermöglicht andererseits durch eine nachgelagerte gerichtliche Kontrolle, eine private Löschpraxis an staatliche Wertvorstellungen rückzukoppeln.³⁰⁰

Auf europäischer Ebene zeichnet der Entwurf der *Europäischen Kommission* für eine Verordnung über terroristische Inhalte den durch das NetzDG eingeschlagenen Weg nach.³⁰¹ Noch weiter geht der DSA-E, der den bestehenden Flickenteppich aus 27 Regimen im einheitlichen Binnenmarkt harmonisieren soll. So würde er insbesondere das deutsche NetzDG ersetzen, dessen europäische Adaption und Erweiterung er auf den ersten Blick scheint – denn auch er baut auf dem Modell der gestuften Konfliktlösung auf, zuerst gegenüber der Plattform, danach vor Gericht. Darüber hinaus werden allerdings weitere, durchaus gewichtige Transparenz- und Verhaltenspflichten begründet, welche die privatautonome Ausgestaltung der Funktionsbedingungen von Plattformen betreffen, insbesondere müssen „systemrelevante Plattformen“ besondere Risikomanagement- und Transparenzpflichten beachten.³⁰² Zentral ist dabei die weitreichende Grundrechtsbindung von Meinungsplattformen, welche den Interessenausgleich im dreipoligen Verhältnis zwischen verletzten und verletzenden

²⁹⁹ „Rechtswidrige Inhalte“ sind vor allem solche mit Bezügen zum Persönlichkeitsrecht, vgl. § 1 Abs. 3 NetzDG.

³⁰⁰ So auch *Eifert* u. a., *Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung*, 2020, S. 193.

³⁰¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final; dazu auch die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 10. Dezember 2020, IP/20/2372.

³⁰² Dazu *Denga*, *EuR* 2021, 569, 578 ff.

den Nutzer sowie der Plattform selbst bestimmt. Nach Art. 12 Abs. 2 müssen Plattformen bei der materiellen Bewertung von Inhalten die Rechte der Plattformnutzer aus der Grundrechtecharta (GRC) berücksichtigen.³⁰³

4. Zurechnung durch Grundrechtsbindung

Die Grundrechte sind – mehr als in jedem anderen Rechtsgebiet – in der Europäischen Plattformregulierung wesentliches Narrativ für die Begründung der Pflichten von Plattformen gegenüber Nutzern, für ihre Zwischenschaltung in deren Beziehung und die Herausbildung einer Dreiecksbeziehung. So findet sich etwa in den Erwägungsgründen und dem begleitenden Memorandum der Begriff „Grundrechte“ immerhin 46 Mal. Das Impact Assessment sowie Stellungnahmen des *Regulatory Scrutiny Board* der *Europäischen Kommission* und verschiedener Komitees, insbesondere des *Komitees für Kultur und Bildung*, sowie einer Leitlinienempfehlung des *Europäischen Parlaments* zeigen eine ähnliche Tendenz.³⁰⁴ Auch die die Veröffentlichung des Entwurfs begleitende öffentliche Kommunikation der *Europäischen Kommission* ist von einem erheblichen Werte- und Grundrechtspathos geprägt: „Under the Digital Services Act, binding EU-wide obligations will apply to all digital services [...], including new procedures for faster removal of illegal content as well as comprehensive protection for users' fundamental rights online. The new framework will rebalance the rights and responsibilities of users, intermediary platforms, and public authorities and is based on European values – including the respect of human rights, freedom, democracy, equality and the rule of law. The proposal complements the European Democracy Action Plan aiming at making democracies more resilient.“³⁰⁵ Das *Europäische Parlament* sieht die Grundrechte ebenfalls als wesentlichen Bestandteil einer Medienverfassung des Internets an: „[The European Parliament] stresses the important obligation to ensure a fair digital ecosystem in which fundamental rights as enshrined in the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union, especially freedom of expression and information, non-discrimination, media freedom and pluralism, privacy and data protection, are respected and user-safety is ensured online“.³⁰⁶

Betrachtet man die Entwicklung der Internet- und Intermediärsregulierung historisch, erscheint der Ansatz, eine stark wertebezogene „Plattformverfassung“ zu schaffen, konsequent. Der Diskurs um die Regulierung des Internets

³⁰³ Vgl. dazu auch EG 3 und 34 DSA-E. Zu den konzeptionellen Defiziten, *Denga*, EuR 2021, 569.

³⁰⁴ European Parliament, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), S. 23 Rn. 1 f.

³⁰⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/20/2347.

³⁰⁶ *European Parliament*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), Report, S. 6 Rn. 1; ausdrücklich in Bezug genommen im Explanatory Memorandum, unter Punkt 1.

ist seit Anbeginn von Analogien zur Staatsverfassung geprägt. Bereits der Pionier des Internetrechts, der US-Verfassungsrechtler *Lessig*, plädierte für eine Wertebindung des Internets, um der Faktizität der Steuerungswirkung programmierter Nutzungsarchitektur und deren demokratisch nicht legitimierter Effekte zu entgehen: „Thus to speak of a constitution is [...] to identify the values that a space should guarantee. [...] What values should be built into the space to encourage what forms of life?“³⁰⁷ Insbesondere erfassen auch *Klonick* und *Schweitzer* Plattformen konzeptionell als „private Gesetzgeber“³⁰⁸ und „New Governors“.³⁰⁹ Dies entspricht dem Bedürfnis des Staates nach Selbstbehauptung mit den überlieferten Kategorien des Verfassungsrechts. Die EU sucht angesichts der US-Dominanz im Internet nach einer „Digitalen Souveränität“.³¹⁰ In dieser Perspektive ist die beinahe mantrahafte Beschwörung der Grundrechte als Versuch der Einbindung von Online-Plattformen in eine staatlich bestimmte Werteordnung zu verstehen. Die Grundrechte der EU sollen die Behandlung einzelner Inhalte sowie die nutzerseitig ausgerichtete Plattformarchitektur determinieren.

Dies erscheint folgerichtig, denn die internen, bislang nicht öffentlichen Durchsetzungsprotokolle für die Moderationspolitik von Plattformen, sind maßgeblich von US-Anwälten und der US-Rechtsprechung zur Meinungsfreiheit geprägt.³¹¹ Dass hier rechtskulturell andere Schwerpunkte gesetzt werden ist offensichtlich. Die Plattformen sind bislang von sich aus auf die Probleme interkultureller Arbeit eingegangen – durch Anpassung ihrer internen Ausbildungsprogramme und Berücksichtigung kulturspezifischer Wertungen. Mangels Transparenz und fehlender Kontrolle dieser freiwilligen Schritte erscheint allerdings das Erfordernis verbindlicher europäischer Maßstäbe konsequent. Da der Staat nicht jeden Einzelfall schlechter Inhalte schlichten kann, ist der Regulierungsansatz auf der Meta-Ebene richtig.

Dass im europäischen öffentlichen Raum und insbesondere in Beziehungen zwischen Privaten europäische Werte gelten sollen, die ihre privatrechtlichen Abreden überlagern und Dritte einbeziehen, ist ein politisches Postulat, dessen rechtliche Umsetzung nicht trivial ist. Werte als solche sind nicht justiziabel, sie werden allerdings durch die EU-Grundrechte transportiert.³¹² So ist die Grundrechtsbindung von Plattformen grundlegender Strukturgedanke des

³⁰⁷ *Lessig*, Code 2.0, 2006, S. 6; so auch *Brownsword*, in: Pittinsky (Hrsg.), Science, technology, and society: new perspectives and directives, 2019, S. 109, 113, 123–127.

³⁰⁸ *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1.

³⁰⁹ *Klonick*, Harvard Law Review, Vol. 131:1598 (2018.).

³¹⁰ Umfassend *Peuker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, insbes. Kapitel 3 und 4. Aus politikwissenschaftlicher Sicht *Thiel*, in: Hofmann u. a. (Hrsg.): Zentrale Problemfelder und Forschungsperspektiven. Politik in der digitalen Gesellschaft, Bd. 1., 2019, S. 47–60; zur EU als Wertegemeinschaft *Calliess*, JZ 2004, 1033.

³¹¹ Vgl. *Klonick*, Harvard Law Review, Vol. 131:1598 (2018), 1622 ff.

³¹² Zur Wirkung von Werten im Recht vgl. unten, Kapitel 4., B., II.

DSA-E. Die Pflichten- und Haftungsordnung für Plattformen wird nicht mehr losgelöst von der Grundrechtskonzeption der EU angewendet werden können – sie ist als das „innere System“³¹³ und finaler Auslegungshorizont der neueren Plattformregulierung zu verstehen. Das passt zum inzwischen dynamischen und identitätsstiftenden Grundrechtsanspruch der EU. Die *Kommission* stellt das generelle Erfordernis auf, Grundrechte bei der Ausgestaltung der Plattformsysteme angemessen einzuschätzen und zur Geltung zu bringen³¹⁴ – darin kann durchaus der Grundstein für ein neuartiges Organisationsprinzip „fundamental rights by design“³¹⁵ gesehen werden. Problematisch ist dabei freilich, dass das Grundrechtskonzept des DSA-E zwar präzise an bestimmten Grundrechtskonflikten ausgerichtet ist, die das Problem „schlechter Inhalte“ abbilden, die Position von Plattformen dabei jedoch nicht hinreichend würdigt. Der Fokus liegt auf Grundrechtsverletzungen durch Plattformen in Bezug auf die Grundrechte ihrer Nutzer aus der GRC. Sie werden von der *Europäischen Kommission* im Impact Assessment dargelegt, um die Erforderlichkeit des DSA-E abzusichern. Plattformen werden dabei wie selbstverständlich als Verpflichtete der Grundrechte aus der GRC behandelt, dabei kommen ihnen auch grundrechtlich verbürgte Freiheiten zu, namentlich die des Unternehmens und der Meinungsäußerung.³¹⁶ Die Inpflichtnahme von Plattformen auf Grund ihrer Grundrechte ist eine komplexe Konstruktion, die nicht offensichtlich ist. Begründungstränge verlaufen an der Konstituierung „privater Macht“ durch den Monopolcharakter der Plattformen, sind freilich weder auf deutscher noch auf EU-Ebene abschließend geklärt.³¹⁷

V. Zusammenfassung zur Zurechnung in komplexen Vertragsbeziehungen

Hinter der Zurechnung in komplexen Vertragsbeziehungen stehen spezifische, teils deutlich rechtspolitisch getriebene Wertungen. Die Betrachtung dieses Komplexes des Unternehmenslebens konnte beachtliche Verschiebungen der Zurechnung herausstellen, die von Bedeutung für die Zurechnungsdogmatik insgesamt sind. So bildet die Haftung von Plattform-Intermediären im Internet paradigmatisch einen Übergang vom allgemeinen Grundsatz der Nicht-Haftung für Dritte, zunächst sogar verstärkt durch ein europarechtliches Intermediärsprivileg, hin zu einer weitreichenden Überwachungspflicht bezüglich Nutzerinhalten ab – besonders bemerkenswert ist hierbei die schwerpunktmä-

³¹³ Für das deutsche Privatrecht wurde das Konzept von *Canaris* geprägt, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 55.

³¹⁴ Impact Assessment DSA-E, Rn. 226.

³¹⁵ Ausdrückliche analoge Regelung in Art. 25 DSGVO; dazu Spindler/Schuster/*Spindler/Horváth*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Art. 25 DS-GVO Rn. 1–4.

³¹⁶ Ausführlich *Denga*, EuR 2021, 569, 591 ff.

³¹⁷ Eingehend *Denga*, EuR 2021, 569, 583 ff.

ßige Argumentation der Gesetzgeber an der grundrechtlichen Gemengelage, die freilich lückenhaft bleibt und die Grundrechtspositionen der Plattformen selbst nicht hinreichend gewichtet. Dieser Ansatz wird auch für den im Kapitel 5 herzuleitenden Legitimitätsfilter der Zurechnung von Relevanz sein. Die Zurechnung im Kontext internationaler Lieferketten ist klar ethisch geprägt, hier weicht ökonomisches Kalkül dem Moralanspruch des Gesetzgebers, eine Entwicklung, die ebenfalls das Trennungsprinzip in Frage stellt. Externe Risiken durch Lieferketten werden hinsichtlich der Sachgefahr durch das Produkthaftungsrecht aufgefangen, wobei das spezielle Regime des Produkthaftungsgesetzes durch die allgemeine Sorgfaltspflichtendogmatik überholt scheint, die auch das Problem illegaler Endnutzungen von Zulieferteilen im Grundsatz abbildet. Die großen Unternehmensskandale der letzten Jahre scheinen hier konkrete Auswirkungen auf die best practice exponierter Unternehmenszweige zu haben und verschärfen die maßgeblichen Sorgfalts- und Organisationspflichten. Gerade dies zeigt auf, dass den besonderen Problemen komplexer Vertragsnetzwerke mit der allgemeinen Dogmatik abgeholfen werden kann, deren Begriffe allerdings unternehmenssensibel auszulegen sind. Eine besondere Dogmatik der Vertragsnetze ist dabei eher in einer problembezogenen (teils durchaus weitreichenden) Anpassung allgemeiner Strukturen des Vertragsrechts zu finden als in einer Abkehr von den Grundstrukturen des Vertragsrechts.

C. Konzernrecht

Das Konzernrecht steht paradigmatisch für die rechtlichen Wechselbeziehungen von Unternehmen und die daraus erwachsenden Zurechnungsfragen. Es ist im Vergleich zu anderen mehrpoligen Verhältnissen am stärksten dogmatisch durchbildet und hat einen festen normativen Kern – das Trennungsprinzip. Dabei regelt es die intensivste denkbare Beziehung zwischen Unternehmen, nämlich im Extremfall die vollständige Beherrschung. Gleichzeitig steht der Konzern im Fokus europäischer Regulierung mit teils erheblichen Brüchen zur deutschen Tradition. In dieser Perspektive erlaubt das Konzernrecht insbesondere auch Schlüsse *a maiore ad minus* für Bereiche schwächerer rechtlicher Bezüge zwischen Unternehmen.

I. Das Konzernverhältnis und dessen Auswirkungen im Überblick

1. Begriff und Regelungsvektoren des Konzernrechts

„Ein Konzernrecht – gibt es das überhaupt?“ – könnte man provokant mit *Windbichler* fragen.³¹⁸ In der Tat sind Zweifel an einer einheitlichen Konzipie-

³¹⁸ *Windbichler*, NZG 2018, 1241; zum Begriff *Habersack*, in: Emmerich/Habersack,

rung angebracht. Schon der Begriff „Konzernverhältnis“ ist unscharf und nicht im Gesetz enthalten. Das AktG greift das Konzernrecht konzeptionell und beschränkt auf einige wenige Themen auf; die Lösungen des AktG sind anerkanntermaßen auf andere Gesellschaftsformen im Wege vorsichtiger Analogie übertragbar.³¹⁹ § 15 AktG definiert hier als Anknüpfungspunkt für das verstreut kodifizierte Konzernrecht das „verbundene Unternehmen“, freilich lediglich als Oberbegriff für verschiedene Verbindungsformen rechtlich selbstständiger Unternehmen.³²⁰ Das Konzernverhältnis wird demnach verschiedentlich verwirklicht: durch verbundene Unternehmen, Mehrheitsbeteiligungen, Beherrschungsverhältnisse, Konzerne im engeren Sinne nach § 18 AktG (auch „Unterordnungskonzern“³²¹) und wechselseitige Beteiligungen. Da dabei die Beziehungen zwischen Unternehmen als separaten Rechtsträgern der Betrachtungsgegenstand sind, stellt das Konzernrecht das zentrale Anwendungsfeld für die Drittzurechnung dar, die ja gerade die Zuweisung von Rechtsfolgen an alternativ hierfür in Betracht kommende Rechtsträger zum Gegenstand hat.

Nur für durch Unternehmensverträge verbundene Unternehmen sehen die §§ 291–310 AktG weitreichende Schutzinstrumente für Minderheitsaktionäre und Gläubiger vor, welche die intensive Einflussnahme durch beherrschende Unternehmen kompensieren sollen.³²² Adressiert wird hier die „Konzerngefahr“, welche aus einer Beherrschung folgen kann.³²³ Eine noch weitergehende Regelungswirkung haben die §§ 319–327 AktG über die Eingliederung, die darauf abstellen, dass eine AG die andere *vollständig* beherrscht, was insbesondere zur gesamtschuldnerischen Mithaftung der Hauptgesellschaft (freilich allein dieser, nicht auch von Schwestern) nach § 322 AktG führt.³²⁴

Bei den Schutzregimen geht es im Kern um Liquiditätserhaltung des beherrschten Unternehmens, insbesondere durch die Verlustausgleichspflicht aus § 302 AktG sowie durch die Ausgleichsansprüche der §§ 304 ff. und im faktischen Konzern durch den Nachteilsausgleich nach § 311 AktG,³²⁵ nicht allerdings etwa um gesamtschuldnerische Haftung im Außenverhältnis. Nach der *Trihotel*-Rechtsprechung ist auch die Existenzvernichtungshaftung rein auf das Innenverhältnis beschränkt, was einen Gleichlauf mit den Haftungstatbestän-

Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, Einl. Rn. 1; s. auch *Dettling*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, 1997, S. 76 ff., 83 ff.

³¹⁹ *Habersack*, in: Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, Anh. § 318 Rn. 1 ff.

³²⁰ Vgl. *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 AktG Rn. 1.

³²¹ Zum Begriff und der weiteren Konzerntypologie *Bayer*, in: *MüKo AktG*, 5. Aufl. 2019, § 18 AktG Rn. 6.

³²² Überblick bei *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 AktG Rn. 3.

³²³ *Mestmäcker*, Verwaltung, Kontrolle, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 209 ff.; *K. Schmidt*, JZ 1992, 856; *GK-AktG/Fleischer*, 4. Aufl. 2020, vor §§ 311 ff. Rn. 47 ff.

³²⁴ *Grigoleit/Rachlitz*, 2. Aufl. 2020, § 319 Rn. 1.

³²⁵ Der Außenseiterschutz reicht im faktischen Konzern deutlich weiter als im Vertragskonzern, der insoweit privilegiert wird, *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 345.

den der § 311, 317 AktG erzeugt.³²⁶ Die Perspektive außenstehender Dritter ist vielmehr – mit Ausnahme des marginalen § 322 AktG – nicht Gegenstand des Konzernrechts unter dem AktG. Schwerpunkt des „Konzernaußenrechts“ war es bislang stets, die genannten Schutzzwecke des Konzernrechts im Vertrags- und Deliktsrecht zu spiegeln.³²⁷ Insbesondere ist keine gesellschaftsrechtliche³²⁸ Konzernbildungskontrolle vorgesehen, welche das Problem privater Macht in der Wirtschaft adressierte, zumindest wenn man die Schutzvorschriften zu Gunsten der Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger nicht in diese Richtung interpretiert.³²⁹ So verwundert es kaum, dass die externen Effekte konzernierter Organisationen durch neue Gesetzesvorhaben rechtspolitisch immer wieder in den Fokus rücken und dabei häufig Spannungen zu den etablierten Grundsätzen des Gesellschafts- und Konzernrechts bewirken.³³⁰

Es ist neben dieser Gefahrenabwehrperspektive freilich auch ein positiver Bedeutungswandel im Konzernrechtsdiskurs zu würdigen, der darauf abzielt, das Wirken verbundener Unternehmen in geordneten und vorhersehbaren Bahnen zu ermöglichen, etwa durch Formalisierung und Legalisierung der Einflussnahmemöglichkeiten, insbesondere auch auf europäischer Ebene durch Förderung der Tätigkeit sekundärer Niederlassungen über Art. 49 Abs. 2 AEUV hinaus, etwa durch Anerkenntnis eines Gruppen- oder Konzerninteresses.³³¹ Auch die Kernvorschriften des AktG sind in diese Richtung auslegbar, etwa § 311 AktG dahingehend, dass er die Konzernleitung in geordnete Bahnen lenken will. Zuletzt ist auch die Dogmatik organschaftlicher Pflichten im Wider-

³²⁶ BGH NJW 2007, 2689 – dazu die Anmerkung von *Goette*, DStR 2007, 1586, 1593; bestätigt in BGH ZIP 2008, 1232.

³²⁷ Etwa *Rehbinder*, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969; zu den Dimensionen des Konzernaußenrechts, *MüKo-GmbHG/Liebscher*, 3. Aufl. 2018, Anh. § 13 Rn. 199 ff.

³²⁸ Freilich besteht inzwischen eine starke Fusionskontrolle unter der Fusionskontrollverordnung 139/2004. Eine Konzernbildung wird allerdings durch das EU-Recht gerade erleichtert, indem Art. 12 der Übernahme-RL den Vorstand der Zielgesellschaft zur weitestgehenden Neutralität verpflichtet – dazu und zur abweichenden deutschen Lösung unter § 33 WpÜG vgl. *MüKo-AktG/Schlitt*, § 33 WpÜG Rn. 20.

³²⁹ Kritisch *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 19 ff.; näher dazu *K. Schmidt*, FS Druey, 2002, S. 551 ff.; zum Unternehmensbegriff *Müllbert*, ZHR (163) 1999, 1, 20 ff.; *K. Schmidt*, FS Lutter, 2000, S. 1167, 1179 ff.; *Amstutz*, Konzernorganisationsrecht, 1993; *Ebricke*, ZGR 1996, 300 ff. zum Konzernrecht als Schutzrecht gegen Konzerngefahren Mestmäcker, Verwaltung, Kontrolle, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, 1958, S. 209 ff.

³³⁰ Dazu etwa programmatisch *Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 215 ff.; zur europarechtlichen Konsolidierung sogleich unten, III.

³³¹ In diese Richtung, mit verschiedenen Schwerpunkten, insbesondere *Teichmann*, AG 2013, 184, 189 ff.; *Armour u. a. (Informal Company Law Expert Group)*, Report on the recognition of the interest of the group, 2016, S. 29 ff.; *Böckli u. a. (European Company Law Experts)*, EBOR 18 2017, 1, 14 ff.; *Schön*, ZGR 2019, 343, 349 ff.; *Beck*, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 470 ff.

streit zwischen den Interessen von Unter- und Obergesellschaft in den Fokus geraten.³³²

2. Ökonomik des Konzerns

Der Konzern ist ein Produkt nicht des Gesetzgebers, sondern der Kautelarpraxis.³³³ Er steht schon seines wirtschaftlichen Ursprungs wegen quer zu Konzeptionen des Rechts und irritiert sie nicht selten, da er dem Gebot des praktischen Bedarfs und nicht den Regeln des Gesellschaftsrechts folgt. Die Ökonomik des Konzerns, als Ursache der Irritationen und Überspannungen geltender Rechtskategorien,³³⁴ ist daher Schlüssel zum Verständnis der gesellschaftspolitischen Forderungen nach „Konzernhaftung“ und „-verantwortlichkeit“,³³⁵ und damit in juristischer Terminologie: von Zurechnung.

Konzerne bilden, in der überkommenen institutionenökonomischen Sicht, im Verhältnis von Markt und Organisation ein drittes, hybrides Gebilde, welches Transaktions- und vor allem Informationskosten optimiert.³³⁶ Die zentralisierte Kontrolle kann dem Markt überlegen sein, wenn es darum geht, Ressourcen zu sichern und deren Angebot zu stabilisieren, allerdings auch um Skalenvorteile zu erreichen.³³⁷ Auch macht es vielfach Sinn, faktisch-wirtschaftliche Abhängigkeit durch spezialisierte Angebote, etwa von Zulieferern, durch rechtliche Integration abzumildern.³³⁸ Die Einheit der Außenwahrnehmung, insbesondere unter gemeinsamer Marke, bewirkt Absatz- sowie Preisvorteile – der gute Namen des Hauses steht für seine Töchter und rechtfertigt so reputations-

³³² Dazu Engert, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 59 ff.

³³³ Vgl. die frühen Analysen von Friedländer, Konzernrecht, 1927, S. 2 f.; Haußmann, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, 1926; zuletzt etwa den historisch-funktionalen Überblick von Renner, Bankkonzernrecht, 2019, S. 14 ff.; Thiessen, Der Konzern – eine Schöpfung der Kautelarjurisprudenz, 2020.

³³⁴ Aus der US-Literatur etwa Hansmann/Kraakman, Yale Law Journal 100 (1991), 1879 ff.; Easterbrook/Fischel, University of Chicago Law Review 52 (1985), 89 ff.; Halpern/Trebilcock/Turnbull, University of Toronto Law Journal 30 (1980), 117 ff.; Posner, University of Chicago Law Review 43 (1975), 499 ff. Aus dem deutschen Schrifttum: Lahmann, ZGR 1986, 345 ff.; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 150 ff.; Temming, Der vertragsbeherrschende Dritte, 2015, S. 848 ff.; Schweitzer/Woeste, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 166 ff.

³³⁵ Dazu schon oben Kapitel 1., A., I., 2.

³³⁶ Zur Optimierung von Informationskosten durch Organisation Alchian/Demsetz, The American Economic Review, Vol. 62, No. 5 (Dec., 1972), 777, 793 f.; zur Dialektik von Markt und Organisation bei der Bewältigung von Transaktionskosten, vgl. Coase, *Economica* 4 (1937), 386, 390 ff.; Williamson, Markets and hierarchies: Analysis and antitrust implications, 1975; zu hybriden Netzwerkstrukturen vgl. Powell, 12 Research in Organizational Behavior, 1990, 295–336; zuletzt etwa auch Engert, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 62 f.

³³⁷ Insbesondere zur unkoordinierten Preissetzung im Markt, zur „doppelten Marginalisierung“; Tirole, The Theory of Industrial Organization, 1988, S. 174 ff.; vgl. auch Engert, FS Baums, 2017, S. 385, 392 f.

³³⁸ Engert, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 63.

bedingte Preisaufschläge.³³⁹ Der Organisation andererseits kann eine im Vergleich zur Vollintegration losere Einbindung aus verschiedenen Gründen überlegen sein. Dies nicht zuletzt wegen steuerlicher Vorteile einer getrennten Bilanzierung sowie auch der Steueroptimierung durch internationale Konstrukte, die häufig auch auf Lizenzzahlungen zwischen Konzerngesellschaften für Markenrechte beruhen, so dass der Umsatz in denjenigen Steuerjurisdiktionen reduziert werden kann, wo eine (höhere) Steuer zu zahlen wäre.³⁴⁰ Auch die Haftungsabschirmung des Gruppen-Gesamtvermögens ist ein wesentlicher Grund für die Konzernbildung.³⁴¹ Dabei ist freilich keine latente Intention zur Begehung von Delikten zu unterstellen, sondern vor allem vom legitimen Interesse auszugehen, erfolgreiche Abteilungen vom Insolvenzrisiko weniger erfolgreicher Abteilungen abzuschirmen.³⁴² Eng damit zusammen hängt, dass viele Aufteilungen in Konzerngesellschaften auch auf Übernahmen, Börsengänge und deren Vorbereitung zurückgehen, wodurch profitable von unprofitablen Gruppenbestandteilen getrennt werden.³⁴³ Schließlich schafft die Haftungsbeschränkung auch Investitionsanreize, da risikoaverse Investoren ihr Haftungsrisiko durch Segmentierung besser berechnen können.³⁴⁴

3. Verfassungsmäßige Legitimation des Konzerns unter der Organisationsfreiheit

In seiner Bedeutung meist zu wenig betont ist die grundrechtliche Verankerung des Konzernrechts. Sie wird kaum je herangezogen, um die Konzernierung zu rechtfertigen, geschweige denn sie im Verhältnis zu den rechtspolitisch wirkenden Fliehkräften zu messen. Das Konzerninteresse wird vielfach allein auf die Nutzenmehrung des Unternehmens bezogen.³⁴⁵ Essentiell ist freilich die Verankerung des Konzernrechts als Teil der unternehmerischen Organisationsfreiheit, die verfassungsrechtlich durch die Grundrechtskombination von Artt. 9, 12 und 14 GG geschützt wird. Autonome Planung und Ausgestaltung der Organisation sind unter Artt. 9, 12, 14 GG als Grundrechtskombination besonders

³³⁹ Zur Reputation im Unternehmensrecht *Klöhn/Schmolke*, NZG 2015, 689; zur Konzernmarke *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 3 MarkenG, Rn. 160ff.

³⁴⁰ Die geplante globale effektive Mindestbesteuerung zielt gerade auf die daraus folgenden Unwuchten ab, vgl. etwa *Hierstetter*, IStR 2020, 874.

³⁴¹ Dazu zuletzt monographisch *Beck*, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 39ff.

³⁴² *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 370ff.; zum mittelbaren „Domino-Effekt“ bei der Insolvenz eines Konzernunternehmens etwa *Siemon/Frind*, NZI 2013, 1, 3f.

³⁴³ Dazu etwa *Ayotte/Hansmann*, Mich. L. Rev. 111 (2013), 715. Zum „asset partitioning“ *Hansmann/Squire*, in: Gordon/Ringe (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, 2018, S. 251ff.

³⁴⁴ *Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte, 2015, S. 855f.; *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 17.

³⁴⁵ So *Engert*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 62.

verbürgt.³⁴⁶ Eine Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Kerngehalts³⁴⁷ dieser „Organisationsfreiheit“ erfolgte im Urteil des BVerfG zum Mitbestimmungsgesetz. So umfasst Art. 9 Abs. 1 GG „sowohl für die Mitglieder als auch für die Vereinigung die Selbstbestimmung über die eigene Organisation, das Verfahren ihrer Willensbildung und die Führung ihrer Geschäfte“. ³⁴⁸ Weiterhin schützt Art. 14 GG die Funktionsfähigkeit der Unternehmensorganisation, insbesondere die Willensbildung im Unternehmen. „Gewisse faktische Erschwerungen“ sind allerdings, wegen der bei größeren Unternehmen erhöhten Sozialbindung des Eigentums, als verhältnismäßige Inhalts- und Schrankenbestimmungen zulässig.

Vergleichbare Wertungen sind auf EU-Ebene aus der Kombination der Unternehmerischen Freiheit und des Eigentumsrechts, Art. 16, 17 GRC abzuleiten, wenn auch noch nicht direkt artikuliert in Hinblick auf Konzernstrukturen.³⁴⁹ Die unternehmerische Freiheit ist subjektiv-öffentliches Recht.³⁵⁰ Sie erlaubt, wie die deutsche Grundrechtskombination, insbesondere die freie Organisation von Unternehmen in den von den Rechtsordnungen der EU und ihrer Mitgliedsstaaten angebotenen Gesellschaftsformen sowie die Streuung von Haftungsrisiken im Konzern.³⁵¹ Eine Beschränkbarkeit der Organisationsfreiheit folgt freilich direkt aus Art. 52 GRC sowie dem allgemeinen Grundsatz praktischer Konkordanz, samt Leitprinzipien des Kernbereichsschutzes sowie der Verhältnismäßigkeit.³⁵² Ob sich aus der grundrechtlichen Verankerung der Organisationsfreiheit ein Konzept der Verbandsautonomie als absolutes „Autoimmunsystem“ gegen jeglichen Dritteinfluss³⁵³ ableiten lässt, scheint damit fraglich. Naheliegend ist es freilich, den verfassungsrechtlichen Gehalt der Verbandsautonomie als Kern auch eines „offenen Prinzipiensystems“³⁵⁴ zu verstehen. Das positive Recht, mithin auch das Zurechnungsprogramm des Unternehmensrechts, stellt jedenfalls eine Inhalts- und Schrankenbestimmung der Organisationsfreiheit dar, die den im Mitbestimmungsurteil des BVerfG dargelegten

³⁴⁶ Dazu Maunz/Dürig/Scholz, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 9 Rn. 39.

³⁴⁷ Zum Konzept von Art. 14 GG, der die Grundrechtskombination der Organisationsfreiheit entscheidend mitträgt, als normatives Grundrecht und zur Bedeutung des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs, BVerfGE 58, 300 – Nassauskiesung; dazu etwa Baur, NJW 1982, 1734; Lege, JZ 2011, 1084.

³⁴⁸ BVerfGE 50, 290, 354 – Mitbestimmung; so auch in BVerfGE 80, 244 – Strafbewehrung des Vereinsverbots.

³⁴⁹ Siehe schon Denga, ZIP 2020, 945; in diese Richtung auch Prütting, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 173, 203 ff.

³⁵⁰ Dazu etwa Frenz, EuZW 2006, 748, 751; Jarass, EuGRZ 2011, 360, 361 f.

³⁵¹ Dazu auch Mohr, ZHR 178 (2014), 326, 358; Frenz, GewArch 2009, 427, 429.

³⁵² Etwa Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), GRC, 3. Aufl. 2020, Art. 52 Rn. 37 ff. mwN.

³⁵³ Mit dieser starken Metapher K. Schmidt, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017, S. 157.

³⁵⁴ Dazu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 169 ff.

Wesensgehalt des Eigentums und darüber hinaus das Verhältnismäßigkeitsgebot wahren muss.³⁵⁵ Denn wird mehr oder weniger vom „Außerhalb“ des Unternehmens diesem zugerechnet, gelten mehr oder weniger weite Aufmerksamkeitsspannen und Erwägungshorizonte für unternehmerische Sachbereiche, welche jene „gewissen faktische Erschwerungen“ darstellen können, die das BVerfG auch im Mitbestimmungsurteil adressiert hat.

Welche „Erschwerungen“ zulässig sind, ist in einer Abwägung der Organisationsfreiheit zu ermitteln, die Grundrechtspositionen Dritter, die Sozialbindung des Eigentums³⁵⁶ und allgemeine Staatsziele, im Nachhaltigkeitsdiskurs besonders auch Art. 20a GG,³⁵⁷ berücksichtigt. Daneben sind auch die rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit zu beachten.³⁵⁸ Die Beschränkung der Organisationsfreiheit muss dabei im Verhältnis zur Schwere der Nachteile Dritter oder der Gesellschaft stehen.³⁵⁹ Nicht zu vernachlässigen sind „Chilling Effects“, die abschreckende und verhaltenssteuernde Wirkung von übermäßigen Eingriffen, die auf Kosten der Gesamtwohlfahrt³⁶⁰ die Strukturierung von Unternehmen nachteilig beeinflussen. „Piercing the Veil“³⁶¹ sowie jede belastende Komponente der Zurechnung, etwa der von Eigentumspositionen, muss verfassungsrechtlich auf diese Weise legitimiert sein.³⁶²

³⁵⁵ Vgl. zu den Regelungsschranken der Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums die Übersicht bei Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 14 Rn. 422ff.

³⁵⁶ Vgl. dazu BVerfGE 52, 1, 29; 58, 137, 145ff.; 72, 66, 77f.; 87, 114, 138; 100, 226, 240. Zur sozialen Verantwortung im Handelsrecht, vgl. *Grundmann*, ZHR 163 (1999), 635, 659.

³⁵⁷ Zum Begriff der Nachhaltigkeit vgl. etwa den Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums der Europäischen Kommission, COM (2018) 97 final; schon früh, *Steinmann*, Das Großunternehmen im Interessenkonflikt, 1969; m.w.N. *Wiedemann*, ZGR 1980, 147, 161ff.; dazu auch *Möslein/Mittwoch*, WM 2019, 481.

³⁵⁸ Vgl. den Überblick bei Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Grundgesetz-Kommentar, 87. EL März 2019, Art. 20 VII Rn. 49ff.

³⁵⁹ Zum Übermaßverbot in der Grundrechtsdogmatik, spezifisch in Bezug auf das Privatrecht, vgl. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, insbes. S. 117ff.; mit einem Prinzip relativer, zweiseitiger Rechtfertigung, *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 94ff.; *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, insbes. S. 137ff.

³⁶⁰ Vgl. zum Effizienzdiskurs im Unternehmensrecht, *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, Kapitel 1, § 2 A II.; siehe auch die Habilitationsschrift von *Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, 2016.

³⁶¹ Dazu umfassend *Armour/Hertig/Kanda*, in: *Kraakman u. a. (Hrsg.), The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl. 2017, S. 131–134; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 217ff.; *Wiedemann*, ZGR 2003, 283.

³⁶² Im Einzelnen, insbesondere zum Konzept der Zurechnung als Grundrechtseingriff, noch unten, Kapitel 5.

II. Insbesondere: keine „Konzernhaftung“

Das Trennungsprinzip ist impliziter „Elementargrundsatz“ des Konzernrechts.³⁶³ Es besagt, dass die im Konzern verbundenen Rechtsträger in Rechtsfragen nicht als Einheit, sondern getrennt zu behandeln sind.³⁶⁴ Damit steht die rechtliche Konstruktion von Verbund-Organisationen in Widerspruch zum dargelegten wesentlichen wirtschaftlichen Zweck der Konzernierung, Produktionsmittel und Organisation effizienzfördernd zusammenzulegen.³⁶⁵ Zur rechtlichen Einheit kann die wirtschaftliche Einheit erst durch Verschmelzung nach den §§ 2 ff. UmwG erstarken.³⁶⁶ Im Grundsatz hingegen bleibt die wirtschaftliche Einheit des Konzerns eine rechtliche Vielheit. Die rechtlichen Zuordnungsverhältnisse sind folglich bei Unternehmensverbindungen getrennt in Bezug auf die jeweils in Frage stehenden Rechtsträger, die Konzerngesellschaften, zu behandeln.³⁶⁷ Freilich bleiben stets die besonderen konzernrechtlichen Regelungen zur Bewältigung der Konzerngefahr hinsichtlich Minderheiten- und Gläubigerschutz zu beachten, insbesondere die scharfe, wenngleich leicht umgehbare und daher marginale, Regelung zur Gesamtschuld bei der Eingliederung.³⁶⁸

Darüber hinaus haftet die Konzernmutter den Gläubigern ihrer Töchter nur in sehr eng geschnittenen Ausnahmefällen, insbesondere für existenzvernichtende Eingriffe in deren Bestand, etwa nach dem Rechtsgedanken des § 826 BGB.³⁶⁹ Die Rechtfertigung einer einheitlichen Betrachtung von Konzerngesellschaften kann sich aus solchen allgemeinen Grundsätzen ergeben, wobei verschiedene Ansätze verfolgt werden, von der Missbrauchs-³⁷⁰ bis zur Normanwendungslehre³⁷¹, und sich die Rechtsprechung hierbei noch nicht festge-

³⁶³ Dazu KK-AktG/Dauner-Lieb § 1 Rn. 30 f.; Spindler/Stilz/*Focke* § 1 Rn. 35 f.; Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 AktG Rn. 6.

³⁶⁴ Zum Trennungsprinzip zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern vgl. bereits oben, Kapitel 3, A., I 2. und auch B. V. 3.

³⁶⁵ Dazu *Harbarth*, FS Bergmann, 2018, S. 243 ff.; *Schockenhoff*, ZHR 180 (2016), 197 ff.; *Seibt/Wollenschläger*, AG 2013, 229.

³⁶⁶ Zur früheren Autokran-Rechtsprechung des BGH, wonach die Konzernmutter im faktischen Konzern wegen der Bildung wirtschaftlicher Einheit in Anspruch zu nehmen ist, *Beck*, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 181 ff.

³⁶⁷ Vgl. etwa Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 6. Dies wird insbesondere insolvenzrechtlich durch die getrennte Betrachtung der Vermögen von Konzerngesellschaften unter § 11 InsO bestätigt, wobei der besondere Wert konzernrechtlicher Verbindung als „going concern“ berücksichtigungsfähig ist, vgl. etwa *Kühne*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 32 Rn. 6f.

³⁶⁸ Dazu in diesem Kapitel 3., C., I., 1.

³⁶⁹ Dazu *Beck*, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 212 ff.; MüKo-GmbHG/*Liebscher*, 3. Aufl. 2018, Anh. § 13 Rn. 199 ff.

³⁷⁰ Hierfür grundlegend *Serick*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, 1955, insbes. S. 203 ff.

³⁷¹ Hierfür grundlegend *Müller-Freienfels*, AcP 156 (1957), 522, 525 ff.

legt hat.³⁷² Die besonderen konzernrechtlichen Regelungen des AktG über eine Gesamtschau der verbundenen Gesellschaften sind hingegen in Übereinstimmung mit den oben beschriebenen ökonomischen Zwecken der Konzernbildung sehr beschränkt.³⁷³ Insbesondere ist der Vorstand einer Muttergesellschaft gegenüber dieser keiner allgemeinen Konzernleitungspflicht dahingehend unterworfen, dass die nach §76 AktG für die Mutter erforderliche Kontroll- und Steuerungsintensität auch hinsichtlich der Tochtergesellschaften gewährleistet werden müsste.³⁷⁴

So weitreichend das Trennungsprinzip ist, und so groß sein Widerspruch zur wirtschaftlichen Realität der Unternehmenseinheit im Konzern ist, so selten wird es in der Sache begründet. Es wird zumeist vielmehr als grundlegend beschrieben, allerdings häufig lediglich postuliert und nicht in der Tiefe gerechtfertigt.³⁷⁵ Nach dem Vorgesagten scheint es allerdings plausibel, das Trennungsprinzip aus dem Gebrauch der Grundrechte und Grundfreiheiten zur Organisationsstrukturierung abzuleiten, ihm daher Verfassungsrang einzuräumen – damit freilich auch seine Abwägbarkeit anzuerkennen, solange nicht der, grundsätzlich allein natürlichen Personen zustehende, unantastbare Menschenwürdekern der Grundrechtsbetätigung betroffen ist.³⁷⁶ Auch scheint eine ökonomische Rechtfertigung möglich, mit den oben dargelegten Argumenten für den Sinn und Zweck der Separierung einer wirtschaftlichen Einheit in rechtlicher Vielheit, im Sinne einer auf die ökonomischen Erträge gerichteten „Ermöglichungsfunktion“³⁷⁷ des Konzernrechts, die allerdings in einer rechtlichen Argumentation nicht zwingend ist.³⁷⁸ Die Abbildung dieser Legitimationsgründe stellt größere Probleme auch bei den wichtigen europäischen Anwen-

³⁷² Überblick bei Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 1 Rn. 36–43.

³⁷³ Insbesondere die §§ 291 ff. AktG; dazu schon oben I. 1.

³⁷⁴ Zum diesbezüglichen Meinungsstreit Spindler/Stilz/*Fleischer* Rn. 83–88; auch MüKo-AktG/*Spindler* §76 Rn. 49; KK-AktG/*Mertens/Cahn* §76 Rn. 65; *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1996, S. 27 ff. Differenzierend allerdings *Löbbe*, Unternehmenskontrolle im Konzern, 2003, S. 78 ff. Weitergehend noch *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 43 ff., 165 ff., 184 ff.; so auch MHdbAG/*Krieger* §70 Rn. 27; insbesondere für Compliance-Zusammenhänge etwa *Lutter*, FS Goette, 2011, S. 289, 297; *Grundmeier*, Rechtspflicht zur Compliance im Konzern, 2011, S. 127.

³⁷⁵ Etwa *Gebring/Kasten/Mäger*, CCZ 2013, 1, 5; anders etwa *Girgoleit*, der auf die Verfassung und die Systematik der Schutzziele des AktG zurückgreift, in Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 6.

³⁷⁶ Zum Menschenwürdekern der Grundrechte, als Kernbereichslehre, vgl. *Poscher*, JZ 2009, 269 ff.; zu Grenzfällen des Grundrechtsschutzes juristischer Personen, insbesondere anhand der Judikatur des BVerfG zum allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. die Übersicht in *Maunz/Dürig/Remmert*, Grundgesetz-Kommentar, 93. EL Oktober 2020, Art. 19 Rn. 101 f.

³⁷⁷ Etwa Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 6.

³⁷⁸ Zur geringen Praxisrelevanz ökonomischer Argumente vor staatlichen Gerichten vgl. zuletzt *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482, 507 f.; der reinen Lehre ökonomischer Analysen vollkommen entsprechend die Rechtfertigung der Einheitshaftung im europäischen Wettbewerbsrecht von *Schweitzer/Woeste*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 141.

dungsfälle eines Einheitsgedankens, insbesondere im Wettbewerbs- und Datenschutzrecht.³⁷⁹

Wichtig scheint an dieser Stelle zunächst, ganz unabhängig von der konkreten Gestalt der Lösung, die sich letztendlich für die Frage einer Einheitsbetrachtung des Konzerns durchsetzen wird, die Erkenntnis, dass mit dem Trennungsprinzip eine juristische Fiktion Vorrang vor ökonomischer Realität erhält und dies allein auf eine Wertentscheidung des deutschen Gesetzgebers zurückzuführen ist. Denn im Ausland ist das Trennungsprinzip keinesfalls ähnlich streng durchgehalten, sondern wird durchaus häufiger ein „piercing the veil“ praktiziert, ohne dass dadurch Wettbewerbsnachteile der Organisationsstrukturen erkennbar wären.³⁸⁰

Im deutschen Recht liegt hingegen der dogmatische Schwerpunkt in Konzernhaftungsfragen auf der Anwendung der allgemeinen Regeln für Sachverhalte mit Drittbezügen, namentlich der Haftungszurechnungsnormen der §§ 278, 831, 31 BGB. Obschon diese Zurechnungsnormen historisch auf natürliche Personen ausgelegt waren, finden sie ohne Weiteres Anwendung auf künstliche Rechtsträger. So kann eine Gesellschaft als Erfüllungsgehilfe eingeschaltet werden, oder noch enger weisungsabhängiger Verrichtungsgehilfe sein, insbesondere im Zusammenhang mit einer Beherrschung durch das Mutterunternehmen. Bei § 31 BGB kommt es darauf an, ob die jeweilige Gesellschaftsform eine natürliche Person als verfassungsmäßigen Vertreter erfordert, so etwa die GmbH nach § 6 Abs. 2 GmbHG, anders freilich die GmbH & Co. KG.³⁸¹ Für die eigenen Sorgfalts- und Organisationspflichten bleibt es beim grundsätzlichen Postulat, dass diese an der Grenze des eigenen Rechtsträgers enden³⁸² – auf die starken gegenläufigen Tendenzen, insbesondere die Einschränkungen bei Zulieferverhältnissen wurde im vorherigen Abschnitt bereits hingewiesen. Hinzu treten allerdings wirkmächtig die Einflüsse des Europarechts.

III. Europarechtliche Konsolidierung des Konzernrechts

1. Europäische Unternehmensregulierung ohne Trennungsprinzip

Für Haftungsfragen im Konzern ist längst nicht mehr allein das nationale Recht maßgeblich, sondern vielmehr inzwischen das europäische, und dies in wesentlichen Organisations- und Unternehmensfragen. So sind in den Bereichen des Wettbewerbs- und Datenschutzrechts, freilich besonders auch im Kapitalmarktrecht, flächendeckende Regelungen wirksam, die zu einer Einheitsbe-

³⁷⁹ Siehe dazu unten III.

³⁸⁰ Zum Vergleich zwischen USA und Deutschland etwa *von Arnim*, NZG 2000, 1001; umfassend *Vanderkerckhove*, Piercing the corporate veil, 2007.

³⁸¹ Mit mittelbarer Geschäftsführung des GmbH-Geschäftsführers, vgl. etwa *Oetker*, in: ders. (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl. 2021, § 164 Rn. 50.

³⁸² Vgl. bereits oben, Kapitel 2, B. V. 2.

trachtung des Konzernverhältnisses führen. Daneben finden sich auch Einsprengsel mit dem Regime der Related Party Transactions und des Übernahmerechts, die zwar keine haftungsrechtliche Einheitsbetrachtung bewirken, indes kein Trennungsprinzip beachten und über Rechtsträgergrenzen hinweg Rechtsfolgen zurechnen. Angesichts der Breite der Regulierungsmaterien, welche sich über das Trennungsprinzip hinwegsetzen – oder auch: es überhaupt nicht kennen – kommt es wohl zu kurz, ausschließlich von einer aufsichtsrechtlichen Konsolidierung zu sprechen.³⁸³ Zwar mögen die öffentlichen Vorgaben an das Verhalten der Unternehmensteilnehmer im dicht regulierten Sektor des Bank- und Kapitalmarktrechts besonders umfangreich sein, allerdings stellt auch die Einheitsbetrachtung im Datenschutz- und Kartellrecht ganz erhebliche Anforderungen an Compliance und Strukturierung in Unternehmensgruppen, ohne dass hier gleichermaßen aufsichtsrechtlich oder speziell regulierte Industrien definiert werden könnten. Für das Geschäftsmodell digitaler Plattformen wurde das Paradigma einer effektiven Verantwortung über Rechtsträgergrenzen hinaus bereits oben nachgewiesen, und zwar ganz unabhängig von den vermittelten Inhalten.³⁸⁴ Auch beim Kartell- und Datenschutzrecht handelt es sich um allgemein unternehmensrechtliche Materien, die sogar geschäftsmodellneutral schlicht für alle Unternehmen gelten und bei denen etwa ein aufsichtsrechtliches Genehmigungsmoment fehlt, wenngleich spezifisch mit der jeweiligen Materie befasste Behörden existieren, namentlich das Bundeskartellamt und die Datenschutzbehörden.³⁸⁵

Gleichsam gehen die geregelten Tätigkeiten, für die eine Einheitsbetrachtung gilt, inzwischen so stark in Breite und Tiefe jeder wirtschaftlicher Aktivität, dass sich eine sektorale Aufspaltung der kehrseitigen Leitungs- bzw. Compliance-Pflichten in der Praxis nicht sinnvoll umsetzen lässt³⁸⁶ – man denke nur an den Umgang mit personenbezogenen Daten im Konzern, die ja jede Art der Informationsspeicherung betreffen können.³⁸⁷ Den auf das Einheitsunternehmen bezogenen Pflichten müssen logisch auch Weisungs- und Durchgriffsrechte entsprechen, welche nicht an den Grenzen der einzelnen in wirtschaftlicher Beziehung stehenden oder verbundener Rechtsträger halt machen;³⁸⁸ angesichts

³⁸³ Dazu *Tröger*, ZHR 177 (2013), 475; zum Versicherungsrecht *Dreher/Ballmaier*, ZGR 2014, 753 (allerdings für einen Vorrang des nationalen Gesellschaftsrechts); *Kraft*, ZVersWiss 2015, 389 ff.; s. auch *Weller/Bauer*, ZEuP 2015, 6.

³⁸⁴ Vgl. Kapitel 3, B., IV. 3. und 4.

³⁸⁵ Zu Begriff und weiteren Merkmalen des Aufsichtsrechts als Teil der Unternehmensregulierung etwa *Ruffert*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder*, Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2019, § 22; vgl. auch *Forschner*, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht, 2013, S. 7 ff.

³⁸⁶ Dies übersieht etwa *Weck*, NZG 2016, 1374.

³⁸⁷ Dazu noch ausführlich unten, III., 5.

³⁸⁸ Etwa *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 23 ff., der allerdings an einer sektoralen Betrachtung festhalten will und für eine wohl sektoral beschränkte „Zentralverantwortung“ plädiert (§ 15 Rn. 25, § 76 Rn. 96 f.).

der Breite der unternehmensbezogenen Pflichten ist sehr fraglich, wie ein beschränktes Weisungsrecht aussehen könnte, und umgekehrt: welcher weisungsfreie Restbereich sinnvollerweise noch verbleiben kann. Zumindest im Anwendungsbereich Europäischer Regulierung ist von einem Konzept umfassender Verantwortung auszugehen, und dies nicht nur zwischen künstlichen Rechtsträgern im wirtschaftlichen Verbund, sondern auch in der Beziehung des Unternehmens zu seinen Organen, Mitarbeitern und gar auch Erfüllungsgehilfen.

Der funktionale Zurechnungsbegriff nach *Kelsen* kommt im europäischen Unternehmensrecht jedenfalls ohne Probleme zu einer Erfassung der Regulierungstendenzen als Zurechnung: Rechtsfolgen werden auch außerhalb aufsichtsrechtlich durchformter Industrien der wirtschaftlich herrschenden oder berechtigten Konzernmutter, statt allein ihren Töchtern, zugerechnet. Das Europarecht kennt schlicht kein Trennungsprinzip. Sein Globalziel ist die Unternehmensregulierung im Binnenmarkt, umgesetzt in jeweils unterschiedlich schattierten, rechtsaktspezifischen Unterzielen, vom Daten-, Aktionärs- über Kapitalanleger- bis hin zum Wettbewerbsschutz, was ebenfalls dem oben festgestellten Regulierungscharakter von Zurechnung entspricht.³⁸⁹ Im Folgenden ist zu zeigen, wie umfassend Zurechnung im Anwendungsbereich europäischen Sekundärrechts unter dem Effektivitätsgrundsatz umgesetzt wird.

2. Wettbewerbsrecht

a) Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung

Die EU-Wettbewerbsregeln schützen die Funktionalität des Binnenmarkts gegen Handelshemmnisse, die durch Unternehmen und Unternehmensvereinigungen errichtet werden, sie bilden insoweit das Pendant zu den gegen staatliche Handelshemmnisse gerichteten Grundfreiheiten.³⁹⁰ Verboten sind nach den Vorschriften der Art. 101 ff. AEUV wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen, dabei insbesondere Kartelle zur wettbewerbswidrigen Koordinierung des Marktverhaltens mehrerer Unternehmen, Art. 101 AEUV. Der Konflikt mit der Organisationsfreiheit von Unternehmen, insbesondere deren Interessen zur Strukturierung ihrer Marktaktivität durch mehrere Rechtsträger, die damit Konzernform annimmt, ist nur zu offensichtlich. Hier besteht potentiell ein Dilemma von erheblicher Tragweite: Entweder die Koordinationsform des Konzerns wird per se als Kartell begriffen und damit verboten oder der Konzern als Ganzes wird als einheitliches Unternehmen begriffen. Im ersten Fall

³⁸⁹ Zum weiten Einfluss unternehmensregulierender Zweckverfolgung vgl. Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 15 Rn. 10.

³⁹⁰ Zur Funktionslogik des Binnenmarkts *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 3 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, S. 30 ff.

wäre die historisch gewachsene und rechtlich anerkannte, durch Konzernierung geprägte Unternehmensordnung im Binnenmarkt erschüttert; im zweiten Fall das Trennungsdogma der nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen.³⁹¹ Der EuGH hat das Dilemma dahingehend entschieden, dass er ein wettbewerbsrechtliches „Konzernprivileg“ anerkennt und sich im Gegenzug einer Einheitsbetrachtung des Konzerns angeschlossen hat.³⁹²

b) Wettbewerbsrechtlicher Unternehmensbegriff

Den weder im Primär- noch Sekundärrecht definierten Unternehmensbegriff fasst der EuGH in inzwischen ständiger Rechtsprechung als „wirtschaftliche Einheit“ auf.³⁹³ Maßgeblich ist dabei die Funktionalität des Wettbewerbs im Binnenmarkt, weshalb auch von einem „funktionalen Unternehmensbegriff“ die Rede ist.³⁹⁴ Ein Unternehmen in diesem Sinne ist „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.³⁹⁵ Diese „wirtschaftliche Einheit“ kann dabei nicht nur aus einem einzelnen Unternehmen im Sinne eines Rechtssubjekts, sondern aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen.³⁹⁶ Das Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit ist nicht strikt an Beteiligungsquoten gebunden; so kann eine wirtschaftliche Einheit bei einem 50/50-Joint Venture zwischen seinen beiden Müttern angenommen werden.³⁹⁷ Entscheidend kommt es hingegen darauf an, dass eine Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht unabhängig bestimmen kann, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft(en) befolgt.³⁹⁸ Maßgeblich ist ein „bestimmender Einfluss“, der dann innerhalb einer Unternehmensgruppe eine Zurechnung von „unten nach oben“ und auch über mehrere Ebenen von Beteiligungen

³⁹¹ Zur Kritik hieran etwa *Heinichen*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, 2011, S. 76; *Ackermann*, ZWeR 2012, 3, 14; *Ost*, NZKart 2013, 25, 26.

³⁹² Maßgeblich ist, dass Voraussetzung von Wettbewerb die wirtschaftliche Autonomie beteiligter Einheiten ist, die in einem durch Weisung geprägten hierarchischen Verhältnis ausgeschlossen ist, vgl. etwa *Schroeder*, in: Wiedemann, Handbuch, § 8, Rn. 2 ff.; *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014/2014, § 9 Rn. 73.

³⁹³ Umfassend: *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 9, S. 229 ff.

³⁹⁴ StRspr EuGH, Slg. 1991, I-2010 Rn. 21, Rs. C-41/90 – Höfner und Elser.

³⁹⁵ EuGH, Rs. 118/85, Kommission/Italien, Slg. 1987, 2599 Rn. 7. EuGH Rs. C-180/98–184/98, Rn. 75 – Pavlov; vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Terbechte, 7. Aufl. 2015, Vorbem. Art. 101–105 Rn. 42 ff.; *Lübbig*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 1 f.; umfassend *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 9 Rn. 7.

³⁹⁶ St.Rspr. EuGH, Slg. 1984, 2999 Rn. 11 – Hydrotherm.

³⁹⁷ S. *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:605, Rn. 58 f. – Dow Chemical; und *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:601, Rn. 47 f. – EI du Pont de Nemours.

³⁹⁸ St.Rspr. EuGH, Slg. 1972, 622, Rn. 132 ff. – ICI.

ermöglicht.³⁹⁹ Möglich ist sogar eine horizontale Zurechnung zwischen Konzernschwestern.⁴⁰⁰ Anders als etwa beim konzernrechtlichen Konzept des abhängigen Unternehmens nach § 17 AktG⁴⁰¹ reicht nicht eine abstrakte Gefahrenlage für die jeweiligen Schutzgüter hin, weshalb der bestimmende Einfluss auch tatsächlich ausgeübt worden sein muss – allerdings nicht zwingend hinsichtlich des konkreten Wettbewerbsverstoßes.⁴⁰² Soweit die Tochtergesellschaft zu (etwa) 100 % der Muttergesellschaft gehört, besteht die Vermutung, dass ein bestimmender Einfluss auch hinsichtlich des jeweils konkret vorgeworfenen Verstoßes im Marktverhalten der beeinflussten Tochtergesellschaft ausgeübt wurde.⁴⁰³ Die Bestimmung muss dabei nicht hinsichtlich jeder Einzelheit des Marktverhaltens erfolgen, sondern es reicht die Bestimmung der Marktstrategie in groben Zügen.⁴⁰⁴ Es müssen auch nicht zwingend gesellschaftsrechtliche Mittel eingesetzt werden, abzustellen ist breiter auf sämtliche faktische Umstände.⁴⁰⁵ Dabei ist die Vermutung zwar grundsätzlich widerlegbar und deshalb konform mit der Unschuldsvermutung aus Art. 48 Abs. 1 GRC,⁴⁰⁶ wenn auch eine Widerlegung in der Praxis bisher nicht gelungen ist.⁴⁰⁷ Die Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit hat zur Folge, dass neben den einzelnen verbundenen Rechtsträgern auch die wirtschaftliche Einheit selbst Verbotsadressatin des Wettbewerbsrechts wird. Sie treffen also bereits die primären Pflichten des Wettbewerbsrechts – nämlich wettbewerbsbehindernde oder nicht zu rechtfertigende Kartelle zu unterlassen sowie Machtstellungen im Markt zu missbrauchen.

³⁹⁹ Vgl. EuGH, Slg. 2011, I-0001 Rn. 85 ff. – General Química; instruktiv Kersting, ZHR 182 (2018), 8, 22 ff.

⁴⁰⁰ EuGH Rs. T-43/02 – Jungbunzlauer.

⁴⁰¹ Zur Funktion im AktG Grigoleit/Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. f.

⁴⁰² EuGH verb. Rs. C-628/10, C-14/11 – Alliance One; EuG Rs. T-419/14 – Goldman Sachs; näher Schweitzer/Woeste, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 145 f.; kritisch, Beck, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 451 f.

⁴⁰³ St. Rspr., s. etwa EuGH, Slg. 2009, I-8237 Rn. 60 – Akzo Nobel m.w.N.; EuGH Rs. C-36/12, Rn. 18 – Armando Alvarez; nicht hinreichend sind 76 %: EuGH, Rs. C-408/12, Rn. 60 ff. – YKK; zur Frage der Rechtmäßigkeit einer solchen Vermutung: Voet van Vormizeele, WuW 2010, 1008, 1013; Kokott/Dittert, WuW 2012, 670, 675 f.; Zandler, NZKart 2016, 98, 100 f.

⁴⁰⁴ EuG Rs. T-436/10 – HIT Groep; Zum Bezugspunkt des bestimmenden Einflusses weiterhin EuGH Rs. T-132/07 Rn. 182 – Fuji Electric; EuG T-419/14 Rn. 50 – Goldman Sachs.

⁴⁰⁵ EuG Rs. T-419/14, Rn. 82 – Goldman Sachs.

⁴⁰⁶ Siehe die Schlussanträge von GA Kokott Rs. C-97/08, Rn. 67 – Akzo Nobel.

⁴⁰⁷ Das eigenständige Auftreten der Tochtergesellschaft auf dem Markt muss nachgewiesen werden, s. etwa EuGH, Slg. 2011, I-0001 Rn. 89 – General Química m.w.N.; kritisch Kersting, WuW 2014, 1156, 1163 ff.; sowie Hengst, in: Langen/Bunte, Art. 101 AEUV Rn. 46 und die Nachweise in Fn. 395, Kapitel 3; kritisch Beck, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 416 ff.

Offen bleiben noch die Einzelheiten einer Zuweisung sekundärer Haftpflicht – auch der privatrechtlichen Kartellschadensersatzhaftung⁴⁰⁸ – für Verstöße eines Unternehmens aus der wirtschaftlichen Einheit. Unzweifelhaft ist hier jedenfalls der unmittelbar an dem Wettbewerbsverstoß beteiligte Rechtsträger haftbar.⁴⁰⁹ Für die Haftung weiterer Rechtsträger aus dem Verbund der wirtschaftlichen Einheit kommen hingegen mehrere Ansätze in Betracht – von der Haftung aller Unternehmen im Verbund der wirtschaftlichen Einheit⁴¹⁰ bis hin zur Mithaftung nur des leitenden Rechtsträgers.⁴¹¹ Ein Ansatz, der eine Haftung nur derjenigen Rechtsträger aus dem Verbund wirtschaftlicher Einheit vorsieht, denen eine Sorgfaltspflichtverletzung zur Last zu legen ist, wurde indes vom EuGH abgelehnt – es komme nicht auf eine eigene Pflichtverletzung des haftenden Subjekts, etwa in Form eines Organisationsverschuldens, an.⁴¹² Seit der Rechtssache ICI wird die Haftung jedenfalls stets der beherrschenden Mutter mit auferlegt, auf Grund ihres bestimmenden Einflusses.⁴¹³ Schwestern haften ebenfalls füreinander – für die Höhe der Bußgelder wurde eine Verschärfung mit dem Vorverhalten von Schwesterunternehmen begründet, da ansonsten die Gefahr bestünde, durch Tochtergründungen eine Haftungsabschirmung (der Höhe nach) zu erreichen, die vom Konzept der wirtschaftlichen Einheit gerade vermieden werden soll.⁴¹⁴ Hierin liegt wohl die wesentlichste Abweichung von der Gesamtschuld bei Eingliederung nach § 322 AktG.⁴¹⁵ Ein weiteres, vom EuGH noch zu bestätigendes, Zurechnungskriterium scheint die Beteiligung der Einheit im Kontext des Verstoßes zu sein – dies hatte das EuG zusätzlich zum Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit und anstatt eines bestimmenden Einflusses der betreffenden Einheit gefordert.⁴¹⁶

Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt die weitere Konsequenz der Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit darin, dass relevante Zuwiderhandlungen von jedem Mitarbeiter und nicht lediglich von Organen und leitenden An-

⁴⁰⁸ EuGH Rs. C-724/17, Rn. 28 ff., 47 – Skanska; auch direkt in Art. 1 ABs. 1 der Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU.

⁴⁰⁹ So auch *Schweitzer/Woeste*, S. 153.

⁴¹⁰ So insbesondere *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8 ff.; *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff u. a., 4. Aufl. 2020, § 33 GWB Rn. 41.

⁴¹¹ *Monopolkommission*, Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen (Sondergutachten 72), 2015, Rn. 37; *Braun/Kellerbauer*, NZKart 2015, 175, 179 f.; *Ost/Kallfuß/Roesen*, NZKart 2016, 447, 448; deutsche Instanzrechtsprechung: LG Mannheim, 24.4.2019, 14 O 117/18 – LKW-Kartell; LG München I, 7.6.2019 – 37 O 6039/18 – Löschfahrzeug-Kartell.

⁴¹² So schon der EuGH in Rs. C-97/08, Rn. 77 – Akzo Nobel. Eindeutig auch GA *Kokott*, in: Schlussanträge, EuGH 18.7.2013, Rs. C-501/11 P Rn. 94 ff. – Schindler u. a.

⁴¹³ EuGH Rs. C-48/69 – ICI.

⁴¹⁴ EuGH Rs. C-93/13, Rn. 92 – Versalis; *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8, 28.

⁴¹⁵ Dazu oben, Kapitel 3., C., I., 1.

⁴¹⁶ EuG Rs. T-677/14, Rn. 211, 223 – Biogaran. Zur „Manifestation der Einheit im Kontext des Verstoßes“ ausführlich *Schweitzer/Woeste*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 158 ff.

gestellten begangen werden können.⁴¹⁷ Insbesondere finden die Regelungsgedanken des deutschen OWiG keine Anwendung, welches nach seinem § 30 die Festsetzung einer Geldbuße gegen juristische Personen oder Personenvereinigungen nur unter der Voraussetzung erlaubt, dass deren Führungskräfte – Repräsentanten im weiteren Sinne: Organe, Vorstände, Vertreter, sonstige Leitungspersonen – eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen haben, durch die entweder Pflichten des Verbandes verletzt worden sind oder die zu dessen Bereicherung geführt haben oder führen sollten.⁴¹⁸ Die Vorgaben des OWiG würden die Haftung unter einer nationalen Dogmatik einengen – ein Ergebnis, das dem *effet utile*-Gedanken und dem Prinzip der einheitlichen Rechtsanwendung widersprechen würde.⁴¹⁹ Folglich ist für die Haftung von Unternehmen der wirtschaftlichen Einheit auch nicht erforderlich, dass eine konkret handelnde Person benannt wird; erfasst sind alle für das Unternehmen handelnden natürlichen und juristischen Personen und selbst externe Beauftragte außerhalb des Unternehmens. Auch soll danach eine Kenntnis der Inhaber oder Unternehmensführung von der Handlung und Pflichtverletzung für die Zuordnung der Verantwortlichkeit nicht erforderlich sein. Die Behandlung von Mitarbeiter-Exzessen richtet sich danach, ob der Mitarbeiter den Willen hat, für das Unternehmen zu handeln.⁴²⁰

c) Zu Grunde liegende Wertungen

Zurechnung in Mehrpersonenkonstellationen des Wettbewerbsrechts ist anhand dreier Problemkreise zu systematisieren – zunächst anhand der Zurechnung der Primärpflichten, Wettbewerbsverstöße zu unterlassen, dann anhand der Zurechnung der Haftungsfolge, vom Mitarbeiter auf einen Rechtsträger – und schließlich von einem Rechtsträger auf den anderen.

Die Zuweisung der Primärpflicht erfolgt über den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff.⁴²¹ Hier ist die wirtschaftliche Verbundenheit mehrerer Rechtsträger sowie ein beherrschender Einfluss zwischen ihnen relevant – beides Umstände, die nicht unmittelbar mit der Wettbewerbsverletzung zu tun

⁴¹⁷ So im Ergebnis auch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 22 Rn. 29ff.

⁴¹⁸ Dazu etwa *Rogall*, in: *Karlsruher Kommentar zum OWiG* 5. Aufl. 2018, § 30 Rn. 1; in Deutschland gilt bislang kein Unternehmensstrafrecht, insbesondere konnte sich der Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes nicht durchsetzen, zu dessen Regelungsgedanken etwa *Henssler/Hoven/Kubiciel/Weigend*, *NZWSt* 2018, 1.

⁴¹⁹ Zu diesen Funktionsgrundsätzen des Europarechts vgl. unten, Kapitel 4, C. I. 2.

⁴²⁰ Etwa *Bosch/Colbus/Harbusch*, *WuW* 2009, 740f. Obwohl die datenschutzrechtliche Haftung auf dem Unternehmenskonzept des Wettbewerbs aufbaut, ist sie weit ausdifferenzierter, vgl. noch unten, 5.

⁴²¹ Sehr klar auch *Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, Rn. 800.

haben, sondern vielmehr auf eine Zustands- oder Gefährdungshaftung hindeuten.⁴²² Dies wird dadurch bestätigt, dass für die Zurechnung der sekundären Haftungspflichten gerade keine Sorgfaltspflichtverletzung hinsichtlich organisatorischer Maßnahmen erforderlich ist. Vielmehr stellt der EuGH für die jeweils betreffende Einheit wiederkehrend darauf ab, dass diese selbst, neben einer Gruppenzugehörigkeit, einen, von der konkreten Wettbewerbsverletzung abstrakten, gar nur vermuteten, beherrschenden Einfluss ausübt⁴²³ – das Kriterium der „Manifestation einer Gruppenzugehörigkeit“ beim Wettbewerbsverstoß ist noch nicht hinreichend etabliert.

Damit ist allerdings gerade einem ethischen Schuldprinzip für die sekundäre Haftung eine Absage erteilt, obwohl dieses gerade in der deutschen Literatur stark befürwortet wird.⁴²⁴ Selbst wenn der EuGH das Schuldprinzip in Bezug auf die gesamte wirtschaftliche Einheit verwirklicht sähe,⁴²⁵ so wäre dadurch das Konzept von Schuld als individuellem, gerade nicht kollektivem Umstand auf die Probe gestellt.⁴²⁶ Gegen eine Anwendung des Schuldprinzips durch den EuGH steht allerdings der Umstand, dass unternommene Compliancemaßnahmen vom EuGH keinerlei sanktionsreduzierende Würdigung finden.⁴²⁷ Ganz auszuklammern ist der ethische Verantwortungsgedanke freilich nicht, wenn die Leitideen der deliktischen Haftung beim Einsatz von Hilfspersonen vergleichend herangezogen werden. Dort wird von der h. M. das Lasten-Nutzen-Paradigma als Grundgedanke der Geschäftsherrenhaftung begriffen – wer aus dem Einsatz Dritter Nutzen zieht, soll im Sinne einer ethischen, auf Ausgleich zielenden Verantwortung auch für dessen Lasten geradestehen.⁴²⁸ Zwanglos lassen sich die beherrschten Töchter als Hilfspersonen bei der Erreichung des durch die bestimmende Einheit orchestrierten Konzernzwecks begreifen, so dass die

⁴²² „Strukturhaftung“: *Kersting*, Der Konzern, 2011, S. 445, 447 – dort auch Fn. 28.

⁴²³ Auf beide Säulen stützen sich die Entscheidungen: EuGH, Rs. C-97/08, Rn. 58 f. – Akzo Nobel; Rs. C-521/09, Rn. 54, 88 – Elf Aquitaine; Rs. C-286/98, Rn. 79 – Stora; eher allein auf die Verbindung zur wirtschaftlichen Einheit stützen sich: EuGH Rs. C-90/09, Rn. 38 – General Química; Rs. C-440/11, Rn. 44 – Stichting Administratiekantoor Protielje. Umfassend zur Analyse der Rechtsprechung *Kersting*, ZHR 182 (2018), 8, 16 ff.; zuletzt auch *Schweitzer/Woeste*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 153: „Terminologisch changieren die Urteile des EuGH in ihrer Begründung zwischen den beiden Zurechnungsgründen der Einheitszugehörigkeit und des bestimmenden Einflusses.“

⁴²⁴ *Thomas*, JZ 2011, 485; *Bechtold/Bosch*, ZWeR 2011, 160, 166 f.; *Kling*, ZWeR 2011, 169; *Voet van Vormizeele*, WuW 2010, 1008, 1012 ff.

⁴²⁵ „Grundsätze des Unionsrechts zur persönlichen Verantwortung für die Zuwiderhandlung und zur individuellen Straf- und Sanktionsfestsetzung“: EuGH C-231/11 bis 233/11 – Rn. 55 f. – Siemens Österreich u. a.; *Ackermann*, ZWeR 2012, 3, 17 f.; kritisch *Bechtold/Bosch*, ZWeR 2011, 160, 166 f.; *Thomas*, JZ 2011, 485, 493 f.

⁴²⁶ „Rückfall in die Sippenhaft“: *Thomas*, JZ 2011, 485, 492; kritisch auch *Soyez*, EuZW 2007, 596, 597; *Kling* ZWeR 2011, 169, 178.

⁴²⁷ Dazu monographisch und m. w. N. *Brettl/Thomas*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, 2016, S. 1 ff.; 27 ff.; 67 ff.

⁴²⁸ Dazu schon oben, Kapitel 2, B. IV. 2. b.

strikte Haftung für ihre Kartellverstöße als Verwirklichung des Lasten-Nutzen-Paradigmas zu verstehen wäre. Artikuliert wird der Gedanke vom EuGH, anders als von den deutschen Obergerichten bei der Anwendung der Zurechnungsvorschriften der §§ 31, 278 und 831 BGB, freilich nicht.

Klar bekennt sich der EuGH hingegen zum Vorrang des Effektivitätsgedankens wettbewerbsrechtlicher Sanktionen und damit der Zurechnung von Sekundärpflichten. Denn die Sanktionen sollen die Effektivität des Wettbewerbs sichern, der als Mechanismus dem Schutz der dezentralen Koordination unabhängiger Unternehmenspläne auf Märkten als effizientester Modus der Ressourcenallokation dient.⁴²⁹ Auf diese Funktionalität soll sich auch die Abschreckungswirkung der Bußgelder – und konsequenterweise auch des Kartellschadensersatzes – beziehen.⁴³⁰ Tatsächlich scheint eine eher strenge als laxer Haftung faktisch geboten, da ökonomische Studien immer noch von zu geringer Abschreckung der Kartellsanktionen ausgehen.⁴³¹ Die Gesamthaftung aller Einheiten in wirtschaftlicher Einheit soll gerade einen Anreiz zur Schaffung wirkungsvoller Compliance-Strukturen im Einzelfall geben, die der tatsächlichen Organisationsstruktur entspricht.⁴³² Dies steigert zwingend die Informations- und Überwachungskosten in Konzernen,⁴³³ freilich wohl nicht in dem Maße, wie die Vorteile des unbehinderten Wettbewerbs gesichert werden.⁴³⁴

Die strikte Haftung von wirtschaftlichen Einheiten ist gerade Kehrseite des Konzernprivilegs, welches Konzerne vom Kartellverbot ausnimmt. Dies mag damit zu begründen sein, dass zwischen Konzerngesellschaften ohnehin schon kein Wettbewerb bestehe, genauso wenig wie zwischen als Gesellschafter verbundenen Unternehmern. Es soll kein Zwang zur Verschmelzung bestehen, da die lose Organisation im wirtschaftlichen Zusammenhang ja gerade ökonomische Vorteile bietet.⁴³⁵ Der Markt wurde schließlich historisch auch bei Einführung des Wettbewerbsrechts als mit Konzernen „belastet“ vorgefunden. Im Gegenzug für die Ausnahme des Konzerns als solchem vom Wettbewerbsrecht

⁴²⁹ Etwa *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Aufl. 2014, § 9 Rn. 73; *Schweitzer/Woeste*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 144; *Poelzig*, in: Apfelbacher u. a. (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion, 2017, S. 90 f.

⁴³⁰ Explizit etwa: EuGH Rs. C-93/13, Rn. 92 – Versalis. Zum Konflikt mit dem Trennungsprinzip ausführlich *Teubner*, FS Steindorff, 1990, S. 261 ff.

⁴³¹ *Veljanovski*, World Competition 30 (2007), 65 ff.; *Combe/Monnier*, Antitrust Bulletin 56 (2011), 321 ff.

⁴³² Mit Beispielen etwa für BASF *Franzmann*, Europäisches Konzernrecht: Vom Gesellschafterschutz zum Enabling Law für Unternehmen, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann (Hrsg.), Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, ZGR-Sonderheft 20, 2016, 393, 395 ff.; für Pirelli *Chiappetta/Tombari*, Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law, ECFR 2012, 261, 265 ff.

⁴³³ Dazu umfassend *Fülbiel/Gassen*, ZGR Sonderheft 22, 2020, 41 ff.; kritisch *Hommelhoff*, ZGR 2019, 379, 411.

⁴³⁴ Mit dieser rechtsökonomischen Einschätzung *Schweitzer/Woeste*, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 168 ff.

⁴³⁵ Siehe schon oben I. 1.

kann diesem allerdings logisch insgesamt eine Verantwortlichkeit aufgebürdet werden. Dies ist der Preis des Konzernprivilegs, welches in eine Angemessenheitsbewertung der wettbewerbsrechtlichen Konzernhaftung mit einfließen muss. Unverständlich ist daher eine harte Kritik am Maßstab des deutschen Trennungsprinzips.⁴³⁶ Auch der Gedanke der Außenhaftung der Konzernmutter als reine Ausnahmerecheinung würde missachtet.⁴³⁷ Die Haftung auf Grund Zugehörigkeit zu einer wirtschaftlichen Einheit würde als abstraktes Verhalten an sich bereits rechtlich missbilligt – was konträr zu der anerkannten Legitimität des Konzerns an sich stünde.⁴³⁸

Der Konflikt mit dem Trennungsprinzip ist nur zu offensichtlich,⁴³⁹ richtig ist jedenfalls, dass der europäische Gesetzgeber sich nicht um die nationale gesellschaftsrechtliche Dogmatik kümmern muss und eigene Schwerpunkte hinsichtlich effektiver Rechtsgeltung legen kann.⁴⁴⁰ Tatsächlich ist allerdings auch keine Zustands- oder Strukturhaftung gegeben, sondern wird stets auf die tatsächliche, wenngleich auch vermutete, Bestimmung des Verhaltens der Tochter oder Schwester abgestellt.⁴⁴¹

3. *Related Party Transactions*

a) *Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung*

Durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie⁴⁴² („ARUG II“) wurden mit Wirkung zum 1. Januar 2020 die §§ 111a bis 111c, betreffend Geschäfte mit nahestehenden Unternehmen und Personen („related party transactions“ – „RPT“), in das Aktiengesetz eingefügt. Der Regelungsgedanke des zu Grunde liegenden Art. 9c ARRL II ist, dass Geschäfte mit Nahbezugspersonen von einem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats abhängen und eine kapitalmarktrechtliche Publizitätspflicht auslösen müssen.⁴⁴³ Teleologisch maßgeblich ist die Prämisse, dass Gesellschafter, Organmitglieder oder andere Personen die Gesellschaft und ihre Aktionäre, gleich ob in Mehrheit

⁴³⁶ So Koch, ZHR 171 (2007), 554, 565; Gebring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1, 5; s. auch van Voet Vormizeele, WuW 2010, 1008, 1015.

⁴³⁷ Vgl. Gebring/Kasten/Mäger, CCZ 2013, 1, 5.

⁴³⁸ Thomas, AG 2017, 637, 640.

⁴³⁹ Siehe etwa die differenzierte Auseinandersetzung von Beck, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 436 f.

⁴⁴⁰ In diese Richtung auch Weck, NZG 2016, 1374, 1377.

⁴⁴¹ Mit diesem Ergebnis auch Beck, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, 2019, S. 437; kritisch zur faktisch umfassenden Wirkung der Vermutung allerdings auf S. 449 ff.

⁴⁴² Richtlinie (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Änderung der Richtlinie 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, „ARLL II“.

⁴⁴³ Grigoleit, ZGR 2019, 412, 418.

oder in Minderheit,⁴⁴⁴ zielgerichtet schädigen, wenn sie ihren Einfluss auf die Gesellschaft dazu nutzen, um zu Lasten der Gesellschaft Vorteile zu eigenen Gunsten oder für andere Personen aus der eigenen Interessensphäre zu ziehen.⁴⁴⁵ Materiell bedeutet die RPT-Regulierung wegen der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht kein grundlegendes Novum im deutschen Recht,⁴⁴⁶ sie findet im Verhältnis zum nationalen Konzernrecht auch wenig echten Anwendungsraum, da weitreichende Ausnahmen und hohe Schwellenwerte gelten.⁴⁴⁷ Grund hierfür ist die Anerkennung mitgliedstaatlicher Schutzmechanismen durch die EU, die im durchbildeten deutschen Konzernrecht zweifelsohne wirksam sind. Freilich stellt die RPT-Regulierung in einigen Belangen eine sinnvolle Ergänzung des deutschen Konzernrechts dar, denn sie ist insbesondere nicht an Beherrschungsschwellen gebunden, sondern erfasst etwa auch die Ausnutzung der Organstellung für schädliche Geschäfte. Weiterhin findet die RPT-Regulierung auch zwischen unterhalb der Beherrschungsschwelle verbundenen Unternehmen Anwendung, solange ein Unternehmen „maßgeblichen Einfluss“ auf ein anderes hat, was im Wesentlichen ab einer Beteiligungshöhe von 20 % der Fall ist; zusätzlich muss entweder das beherrschende oder das beherrschte Unternehmen börsennotiert sein.⁴⁴⁸ Damit wird die Schutzrichtung des Konzernrechts, das vor allem zu Gunsten von Minderheiten upstream-Transaktionen entgegengewirkt, ergänzt um einen Schutz auch von beherrschenden Gesellschaftern und Aktionärsmehrheiten.⁴⁴⁹ Da die ARRL II nur eine Mindestharmonisierung darstellt,⁴⁵⁰ können die deutschen Kriterien für Inschlaggeschäfte und den Missbrauch der Vertretungsmacht unabhängig von den Vorgaben dieser zur Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts führen. Sie gelten insbesondere auch für nichtbörsennotierte Gesellschaften.

Das deutsche RPT-Regime knüpft allein an den Begriff der nahestehenden Person an, der freilich auch Unternehmen erfasst. Eine genaue Definition nimmt der deutsche Gesetzgeber nicht selbst vor, sondern er rekurriert dynamisch, vermittelt durch eine entsprechenden EU-Verordnung, auf internationale Rechnungslegungsstandards.⁴⁵¹ Durch die zwischengeschaltete Verordnung ist ei-

⁴⁴⁴ Ebenso *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 74; *Mörsdorf/Piroth* ZIP 2018, 1469, 1477; implizit auch *Lieder/Wernert*, ZIP 2018, 2441, 2446 f.; *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 111a Rn. 9. Noch allein zur 1. ARRL auch *Veil*, NZG 2017, 521, 528; *Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 320 f.

⁴⁴⁵ *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 111a Rn. 6 ff.

⁴⁴⁶ Dazu die Nachweise in Kapitel 2, A. V. und Kapitel 3, A., III., 2.

⁴⁴⁷ *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 111a Rn. 2.

⁴⁴⁸ *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 111a Rn. 53 ff.; 137 f.

⁴⁴⁹ Ebenso *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 74; *Mörsdorf/Piroth*, ZIP 2018, 1469, 1477; implizit auch *Lieder/Wernert*, ZIP 2018, 2441, 2446 f. Noch allein zur 2. ARRL auch *Veil*, NZG 2017, 521, 528; *Vetter*, ZHR 179 (2015), 273, 320 f.; *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 111a Rn. 9.

⁴⁵⁰ Art. 3 ARRL.

⁴⁵¹ § 111a Abs. 1 S. 2: „Nahestehende Personen sind ,nahestehende Unternehmen oder Per-

nerseits die unionsautonome Einheitlichkeit der Rechtsauslegung gewahrt, andererseits besteht durch die Dynamik des Verweises eine nicht zu vernachlässigende Rechtsunsicherheit. Denn die referenzierten Definitionen sind ungenau, nicht auf die Zwecke der RPT-Regulierung abgestimmt und passen nicht zu den Beherrschungskonzepten des deutschen Konzernrechts.⁴⁵²

b) Zurechnungswertungen

Im Verbot von RPT mit Erlaubnisvorbehalt findet der Gedanke Ausdruck, dass es sich bei den RPT um Transaktionen handelt, die zwar formell einen Drittbezug aufweisen, wirtschaftlich indes demjenigen zu Gute kommen, der sie vornimmt, weil er dem Dritten nahesteht. Dieser Rechtsgedanke hat sich zuvor schon im deutschen Gesellschaftsrecht materialisiert, in dem das allgemeine Verbot des Insichgeschäfts und der Mehrvertretung nach § 181 BGB gilt,⁴⁵³ welches zur Prävention von Umgehungsgeschäften, § 117 Abs. 2 BGB, auch auf Geschäfte mit Nahbezugspersonen Anwendung finden muss.⁴⁵⁴ Das fremde Rechtsgeschäft wird allerdings nicht wie ein eigenes des Vertreters behandelt, es erfolgt keine Zurechnung der Rechtsfolgen auf den Handelnden. Es liegt dennoch ein für die hiesige Untersuchung maßgeblicher Fall vor, da die Rechtsfolgen *antizipiert* werden und der Handelnde sich deshalb einer Prozeduralisierung in Form der Melde- und Zustimmungspflichten ausgesetzt sieht.

Zweierlei Zurechnungswertungen lassen sich hier identifizieren. Aus ökonomischer Sicht ist die Funktion des Kapitalmarkts geschmälert, wenn börsennotierte Gesellschaften der Gefahr von unkontrollierten RPT ausgesetzt sind, die das angelegte Kapital schädigen oder ineffizienten Anlagen zuführen können. Erwägungsgrund 42 der ARRL II stellt auf eben diese abstrakte Funktionalität von Kapitalgesellschaften ab, wenn darin von „den Gesellschaften und Aktionären“ im Plural die Rede ist.⁴⁵⁵ Freilich kann hier auch eine moralische Missbilligung gezielter Schädigungen von Aktionären und der Gesellschaft erkannt

sonen⁶ im Sinne der internationalen Rechnungslegungsstandards, die durch die Verordnung (EG) Nr. 1126/2008 der Kommission vom 3. November 2008 zur Übernahme bestimmter internationaler Rechnungslegungsstandards gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 320 vom 29.11.2008, S. 1; L 29 vom 2.2.2010, S. 34), die zuletzt durch die Verordnung (EU) 2019/237 (ABl. L 39 vom 11.2.2019, S. 1) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung übernommen wurden.“

⁴⁵² So sogar der Gesetzesentwurf Begr. RegE-AktG, S. 80.; kritisch insbesondere, *Baur*, ZGR 2021, 395–435.

⁴⁵³ Vgl. *MüKo-BGB/Mansel*, 9. Aufl. 2021, § 181 Rn. 29 f.

⁴⁵⁴ Zurückhaltender *MüKo-BGB/Schubert*, 9. Aufl. 2021, § 181 Rn. 6, 47 f.: § 181 BGB ist teleologisch zu erweitern, wenn bei abstrakt-genereller Betrachtung ein Interessenkonflikt vorliegt, eine „de facto-Personenidentität“ soll allerdings hinreichen.

⁴⁵⁵ Zur Ökonomik des Kapitalmarktrechts siehe noch ausführlich unten, Kapitel 3, D, I.

werden, wie sie auch dem Verbot des Insichgeschäfts und des Missbrauchs der Vertretungsmacht immanent ist.⁴⁵⁶

4. Übernahmetatbestände

a) Wirkung, Anwendungsbereich

Es bestehen zwei Regeln zur Zurechnung von Stimmanteilen im Zusammenhang mit Wertpapierübernahmen, die beide aus der europäischen Transparenzrichtlinie⁴⁵⁷ folgen.⁴⁵⁸ Zunächst sieht § 33 WpHG vor, dass das Erreichen, Über- oder Unterschreiten von signifikanten Beteiligungen an börsennotierten Gesellschaften (3, 5, 10, 15, 20, 25, 30, 50 oder 75 Prozent der Stimmrechte) gegenüber der Gesellschaft und der BaFin anzeigepflichtig ist. Bei der Bemessung der Beteiligungsschwellen werden nach § 34 WpHG Stimmrechte umfassend, über die Grenzen von Rechtsträgern hinweg, zugerechnet.⁴⁵⁹ So stehen den Stimmrechten des Meldepflichtigen insbesondere jene gleich, die einem Tochterunternehmen oder einem auf Rechnung des Meldepflichtigen handelnden Dritten „gehören“. Zudem werden auch Anteile von solchen Dritten zugerechnet, mit denen sich der Meldepflichtige „auf Grund einer Vereinbarung oder in sonstiger Weise“ in mehr als nur Einzelfällen abstimmt („*acting in concert*“).⁴⁶⁰ Hier ist bemerkenswert, dass die Beteiligungsschwellen ganz unabhängig zu den Konzernkategorien der §§ 15 ff. AktG stehen, insbesondere unterhalb eines Beherrschungsverhältnisses nach § 17 AktG liegen, und damit auch ein anderes Risiko adressieren.⁴⁶¹ Bemerkenswert ist zudem, dass bei der Zurechnung von Anzeigepflichten einerseits wiederum auf Tochterunternehmen Bezug genommen wird, andererseits jedes Handeln auf Rechnung hinreicht, sowie eine Sonderfigur des gemeinschaftlichen Handelns („*acting in concert*“) begründet wird.

⁴⁵⁶ So ist der Missbrauch der Vertretungsmacht zugleich einer der Hauptanwendungsfälle des verbotenen Insichgeschäfts, die beiden Institute sind komplementär, vgl. Scholz, ZfPW 2019, 297; zum Konzept des Interessenkonflikts auch Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 48, 1.

⁴⁵⁷ Richtlinie 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der Richtlinie 2001/34/EG.

⁴⁵⁸ Vgl. Schwark/Zimmer/v. Hein, 5. Aufl. 2020, § 34 WpHG Rn. 1 und Vorbemerkung zu §§ 33–47 WpHG Rn. 1–3; Schwark/Zimmer/Noack/Zetsche, 5. Aufl. 2020, § 29 WpÜG Rn. 1 f.

⁴⁵⁹ Schwark/Zimmer/v. Hein, 5. Aufl. 2020, § 34 Rn. 26 ff.; umfassend Döchting, Acting in concert: Stimmrechtszurechnung im Übernahmerecht – eine juristische und ökonomische Analyse, 2009.

⁴⁶⁰ Zu diesem Konzept Casper, ZIP 2003, 1469, 1475; zu den Auslegungsproblemen Tassius, BKR 2021, 212.

⁴⁶¹ Dazu Brellocks, NZG 2012, 1010.

Sehr bedeutsam ist die weitere Regulierung von Kontrolltransaktionen in den §§ 29, 35 WpÜG, die neben einer Veröffentlichungspflicht auch ein Pflichtangebot vorsieht, wenn mindestens 30 % der Stimmrechte der Zielgesellschaft erworben werden. Hier erfolgt ebenfalls in § 30 WpÜG eine umfassende Zurechnung von Stimmanteilen, und ist die Figur des „acting in concert“ bekannt (Abs. 2).

b) Zurechnungswertungen

Die beiden Zurechnungstatbestände für Anzeige- sowie Angebotspflichten liegen an der Schnittstelle von Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, sie dienen dem Anleger- und Minderheitenschutz.⁴⁶² Sie setzen beide die Vorgaben des Risikobegrenzungsgesetzes von 2008 um, welches wiederum die Übernahmerrichtlinie von 2004 umsetzt.⁴⁶³ Ziel ist es, den Wertpapieranlegern weitgehend Klarheit über die Machtverhältnisse beim Emittenten von Wertpapieren zu verschaffen, zumal bei börsennotierten Gesellschaften in der Regel 30 % der Stimmanteile wegen der allgemeinen Aktionärsapathie eine Mehrheit in den Hauptversammlungen bilden können.⁴⁶⁴ So ist denn auch zu erklären, dass die Meldepflicht unter §§ 29, 35 WpÜG entfällt, wenn die Minderheitenbeteiligung im konkreten Fall keine Kontrolle ausüben kann.⁴⁶⁵ Fernziel ist die Allokationseffizienz im Kapitalmarkt.⁴⁶⁶ Die Vorschriften sind insoweit bemerkenswert, als sie das Trennungsprinzip gänzlich ausblenden, um missbräuchliche Beteiligungsgestaltungen und -abreden auszuschließen.

5. Datenschutzrecht

Ein bislang kaum beachteter Aspekt der europarechtlichen Konzernkonsolidierung ist der Einfluss der Zurechnung von Pflichten unter der DSGVO.

a) Datenschutz als Zurechnungsproblem des Unternehmensrechts

Die Bedeutung des Datenschutzrechts ist mit dem durchschlagenden Erfolg datengestützter Geschäftsmodelle, insbesondere „Dienst gegen Daten“, enorm

⁴⁶² Zur Historie und gleichlaufenden Auslegung *Gätsch/Schäfer*, NZG 2008, 846; allgemein zu den konzernrechtlichen Bezügen im Kapitalmarktrecht, *Koppensteiner*, in: KK-AktG, Vorb. § 15 Rn. 21 ff.; näher auch *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 960 f.; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 11 Rn. 7 f.

⁴⁶³ Dazu *Schwark/Zimmer/Noack/Zetsche*, 5. Aufl. 2020 § 30 WpÜG Rn. 1.

⁴⁶⁴ Zum Problem der Aktionärsapathie m.w.N. *GK-AktG/Grundmann*, 5. Aufl. 2020, § 133 AktG Rn. 90 ff.

⁴⁶⁵ So auch *Koppensteiner*, FS Hopt, 2010, S. 959, 966 f.

⁴⁶⁶ Vgl. die Begründung zum RegE, BT-Dr 16/7438, S. 8 l. Sp.; zu den Zielen des Kapitalmarktrechts noch ausführlich unten, Kapitel 3., D., I.

gewachsen.⁴⁶⁷ Nachdem in der Frühphase der Datenökonomie personenbezogene Daten als ungeschütztes Allgemeingut behandelt wurden, exzessive Erhebung und Verarbeitung zu beklagen waren und weil vor allem auch inzwischen mithilfe automatisierter Mittel umfassende Nutzerprofilierungen erfolgen können, zog der europäische Regulierer entschlossen nach.⁴⁶⁸ Unter der DSGVO besteht ein Verarbeitungsverbot hinsichtlich personenbezogener Daten mit Erlaubnis- und Rechtfertigungsvorbehalt. Jede Verarbeitung personenbezogener Daten muss unter Art. 5, 6 DSGVO rechtmäßig sein. Daneben verpflichtet die DSGVO umfassend auf ein hohes Datenschutzniveau hinsichtlich Art und Umfang der Verarbeitung⁴⁶⁹ – für das Gesellschafts- und Konzernrecht insbesondere relevant ist die Verpflichtung aus Art. 24, 25 und 32 DSGVO zur Implementierung „geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen“, kurz: „TOMs“, die sich als Datenschutz-Compliance-Systeme manifestieren.⁴⁷⁰

Die Fragen, wer die Verarbeitung vornimmt, in der Terminologie von Art. 4 Nr. 7 DSGVO, wer „Verantwortlicher“ ist und wer für eine ungerechtfertigte Datenverarbeitung haftet, sind nach *allgemeinem* Verständnis Zurechnungsfragen. Zurechnungsfrage im hier zu Grunde gelegten *Kelsenschen* Sinn ist fraglos die Zuordnung der Haftungsfolge für ungerechtfertigte Verarbeitungen, allerdings auch, wen die Rechtfertigung einer Verarbeitung begünstigt und wer die Primärpflichten bei der Verarbeitung trägt. Beide Zurechnungsfragen sind überlappend, allerdings nicht vollständig kongruent. Denn wo überhaupt keine Rechtfertigung vorliegt, kommt nur die Haftungsfolge als Zurechnungsgegenstand in Betracht, wo hingegen ein Rechtfertigungstatbestand vorliegt, kann sowohl Haftung als auch Berechtigung (auf verschiedene Rechtsträger) zugerechnet werden. Zwei Leitlinien sind hierbei festzustellen: zum einen die Aufrechterhaltung der individuellen Verantwortlichkeit der einzelnen Konzernunternehmen als Verantwortliche auf Ebene der Primärpflichten; zum anderen auf

⁴⁶⁷ Etwa Metzger, AcP 216 (2016), 817, 826; de Franceschi, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, 2017, S. 113, 115; Sattler, JZ 2017, 1036, 1036; Schweitzer, in: Körber/Kühling (Hrsg.), Regulierung-Wettbewerb-Innovation, 2017, S. 269, 272f.; Hacker, ZfPW 2019, 148. International: Whittington/Hoofnagle, 90 North Carolina Law Review 2011, 1327, 1346; Hoofnagle/Whittington, 61 UCLA Law Review 2014, 606, 626.

⁴⁶⁸ Überblick zur historischen Entwicklung des Datenschutzes und der Datenökonomie bei Hören/Sieber/Holznagel/Helfrich, 56. EL Mai 2021, Teil 16.1, Rn. 3ff.; zu den sozialen Risiken aus dem Einsatz von Big Data und Machine Learning zur Datenverarbeitung siehe bei Hacker, Datenprivatrecht, 2020, S. 70–75.

⁴⁶⁹ Zu den Grundsätzen für die Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 5 DSGVO etwa Paal/Pauly/Frenzel, 3. Aufl. 2021, Art. 5 DS-GVO Rn. 1–11.

⁴⁷⁰ Dazu etwa Jung, ZD 2018, 208; Radner, CCZ 2020, 362. Zu den Anforderungen von Art. 32 DSGVO im Einzelnen etwa Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, Art. 32 DS-GVO Rn. 28f. Zur datenschutzrechtlichen Compliance Schild, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz 3. Auflage 2019, Kapitel 5, insbesondere der Überblick in Rn. 26–29.

Sekundärebene die konsolidierte Haftung für deren Verfehlungen durch die Konzernmutter als Trägerin einer wirtschaftlichen Einheit.⁴⁷¹

b) Verantwortlichkeit als Schlüsselkonzept datenschutzrechtlicher Pflichtenordnung

Schlüsselkonzept der Pflichten- und Berechtigungszuordnung der DSGVO, auf der Primärebene als auch auf der sekundären Haftungsebene, ist das Konzept der Verantwortlichkeit – „Verantwortlicher“ ist nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO, wer „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“.⁴⁷² Erforderlich ist mithin Kontrolle – gleich welcher Intensität; dass diese etwa nicht unmittelbar sein muss, zeigt die Figur der Auftragsverarbeitung, bei welcher der Auftragsverarbeiter nicht als Verantwortlicher gilt, sondern nur sein Auftraggeber; dass keine Alleinkontrolle erforderlich ist, zeigt wiederum die Figur der gemeinsamen Verantwortlichkeit.⁴⁷³ Damit ist das Konzept der Verantwortlichkeit auf objektiver Ebene als sehr weitgehend zu verstehen, lediglich mittelbare Kontrolle reicht hin. Im Übrigen soll eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, insbesondere am Maßstab des der Verarbeitung zu Grunde liegenden Vertrags, der tatsächlich ausgeübten Kontrolle, sowie der berechtigten Erwartungen der Betroffenen.

Wie die immateriellen Tatbestandsmerkmale der „Zwecke“ und der „Entscheidung“ nahelegen, und auch der Gedanke der „Kontrolle“ an sich, ist allerdings auch ein subjektives Element erforderlich – und wohl auch ein Vorsatzelement, da „fahrlässige Kontrolle“ paradox wäre. Die Entscheidung zur Kontrolle der Datenverarbeitung muss dabei lediglich von einem natürlichen, nicht auch rechtsgeschäftlich korrektem, Willen getragen werden.⁴⁷⁴ Wie genau freilich die Vorstellung von der Verarbeitung sein muss, ist nicht vollständig klar; da allerdings auch „juristische Personen, Behörden, Einrichtungen oder andere Stellen“ Verantwortliche sein können, mithin abstrakte Organisationen, die Willen und Wissen allein durch ihre Mitarbeiter und Organe haben können⁴⁷⁵ – und dies durchaus auch in einem Umfang, der die Auffassungsgabe einer Einzelperson übersteigt – ist davon auszugehen, dass eine nur abstrakte Vorstellung

⁴⁷¹ So auch Seyfarth, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 87, 91.

⁴⁷² Dazu insbesondere die Systematisierung des *Europäischen Datenschutzbeauftragten*, EDPS Guidelines on the concepts of controller, processor and joint controller under Regulation EU 2018/1725 v. 7.11.2019; s. auch die vorhergehende Stellungnahme 1/210 der Art. 29 *Datenschutzgruppe* zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ v. 16.2.2010, WP 169; Paal/Pauly/Ernst, 3. Aufl. 2021, Art. 4 DS-GVO Rn. 55; Gierschmann, ZD 2020, 69, 70.

⁴⁷³ Dazu noch unten, d.

⁴⁷⁴ Zur Konkretisierung der Verantwortlichkeit durch den risikobasierten Ansatz des Art. 24 DSGVO vgl. Gola/Gola, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 49f.

⁴⁷⁵ Zur „Wissenszurechnung“ in Unternehmen bereits oben, Kapitel 2., E.

vom jeweiligen Verarbeitungsvorgang hinreicht. Dies bestätigte implizit der EuGH in seiner Entscheidung *Zeugen Jehovas*, wonach die Organisation für die Datenerhebung als gemeinsam Verantwortliche zu behandeln sei, ohne dass dabei eine konkrete Vorstellung oder Zugriffsmöglichkeit auf die durch Organisationsangehörige selbstständig erhobenen Daten erforderlich wäre.⁴⁷⁶ Damit würde der Verarbeiterbegriff insbesondere auch in Konzernsachverhalten wirksam werden, wo die Konzernmutter abstrakt die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung bei ihren Töchtern bestimmt, etwa indem sie die Nutzungsbedingungen für ihr Produktmodell vorgibt, das dann durch nationale Gesellschaften noch an lokale Marktgegebenheiten angepasst wird. Hier scheint der Begriff der Verantwortlichkeit, der eine ethische Konnotation trägt, verschliffen zu einer reinen Kausalität und damit sogar weiter als die Störerhaftung, die immerhin noch auf eine Zumutbarkeit von Gegenmaßnahmen abstellt.⁴⁷⁷ Zudem scheint dadurch auch der Anwendungsbereich besonderer Verarbeitungskategorien zweifelhaft (siehe sogleich unter d.).

Hilfspersonen des Verarbeiters, die keine Kontrolle über die Datenverarbeitung ausüben, sind hingegen nicht an das Pflichtenprogramm der DSGVO gebunden, was insbesondere auf Mitarbeiter von Unternehmen zutrifft, selbst wenn diese abstrakt einen Verarbeitungswillen bilden, die Verarbeitung indes ohne Abweichung von den vorgegebenen Zwecken und Mitteln vornehmen.

c) Trennungsprinzip für die Primärpflichten der Datenverarbeitung im Konzern

Die DSGVO kennt den Konzernbegriff im engeren Sinne nicht, sondern spricht von „Unternehmen“ und „Unternehmensgruppe“, die in Art. 4 Nr. 18 und 19 DS-GVO definiert sind.⁴⁷⁸ Bei „Unternehmen“ handelt es sich nach Art. 4 Nr. 18 DSGVO um „eine natürliche oder juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, einschließlich Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen“. Bei einer „Unternehmensgruppe“ handelt es sich nach Art. 4 Nr. 19 DSGVO um „eine Gruppe, die aus einem herrschenden Unternehmen und den von diesen abhängigen Unternehmen besteht“, ⁴⁷⁹ was dem Leitgedanken des Konzernrechts entspricht.

⁴⁷⁶ EuGH, Urteil vom 10.7.2018, Rs. C-25/17 – *Zeugen Jehovas*.

⁴⁷⁷ *Hoeren*, ZD 2018, 469, 473 (Anm. zu EuGH Rs. C-25/17 – *Zeugen Jehovas*). Kritisch insoweit *Hacker*, MMR 2018, 779 – zweifelhaft scheint allerdings, ob die nationalen Maßstäbe der Störerhaftung die Auslegung des EU-Rechts beeinflussen können.

⁴⁷⁸ Im interpretationsleitenden Erwägungsgrund 48 DS-GVO ist weiter von „Stelle“, Unternehmensgruppe oder einer Gruppe von Einrichtungen, die einer zentralen Stelle zugeordnet sind, die Rede.

⁴⁷⁹ Zur „irritierenden“ Differenzierung zwischen Unternehmensgruppe und „Gruppe von

Die DSGVO sieht – ebenso wenig wie das alte BDSG – kein Konzernprivileg für die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten innerhalb eines Konzerns vor.⁴⁸⁰ Art. 37 Abs. 2 DSGVO erlaubt lediglich die Bestellung eines gemeinsamen Datenschutzbeauftragten für die Unternehmensgruppe. Unter Art. 4 Nr. 7 DSGVO bleibt so jedes Unternehmen der Unternehmensgruppe getrennt Verantwortlicher, bzw. nach Art. 4 Nr. 8 DSGVO getrennt Auftragsverarbeiter. Damit knüpft das Konzept der „Verantwortlichkeit“ an die Rechtsträgerschaft an, ist also viel enger als das Unternehmenskonzept. Entsprechend gelten auch die zur Datenverarbeitung akzessorischen Verpflichtungen und Grundsätze aus Art. 5 DSGVO nur limitiert auf den jeweiligen Rechtsträger, insbesondere hinsichtlich der technisch-organisatorischen Ausgestaltung des Datenschutzes nach Art. 24, 25 und 32 DSGVO – diese Pflichten gehen im Grundsatz nicht über Grenzen des einzelnen Unternehmens hinaus.⁴⁸¹ Da nach wohl herrschender Meinung Konzernmütter allerdings strikt gesamtschuldnerisch für Datenschutzverletzungen ihrer Töchter haften, kann sich freilich schon daraus ein Anreiz, mithin eine mittelbare Pflicht, zur Konzern-datenschutzcompliance ergeben.⁴⁸²

Umgekehrt ist die Verarbeitung personenbezogener Daten innerhalb einer Konzern-Organisation über die Unternehmensgrenzen hinweg nicht ohne weiteres möglich. Für jede Weitergabe zwischen den Konzerngesellschaften ist eine gesonderte Rechtfertigung erforderlich,⁴⁸³ oder von vornherein für das Zusammenwirken mehrerer, für das die DSGVO auch eigene Kategorien vorhält.⁴⁸⁴ Dies gilt auch im Lichte des Erwägungsgrunds 48 S. 1, wonach Verantwortliche als Teile von Unternehmensgruppen ein berechtigtes Interesse daran haben können, „personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe für interne Verwaltungszwecke, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden und Beschäftigten, zu übermitteln“. Diese Erwägung wird lediglich als Auslegungshilfe für die berechtigten Interessen im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f) DSGVO oder im Rahmen einer Betriebsvereinbarung verstanden.⁴⁸⁵ Soll die konzerninterne Weitergabe auf die berechtigten Interessen

Unternehmen“ siehe *Schneider/Forgó/Helfrich*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, *Betrieblicher Datenschutz*, 3. Aufl. 2019, Kapitel 1. Konzernschutz, Rn. 5.

⁴⁸⁰ Vgl. etwa *Paal/Pauly/Pauly*, Art. 47 DS-GVO Rn. 1; *Spindler/Schuster/Nink*, 4. Aufl. 2019, Art. 26 DSGVO Rn. 2f.

⁴⁸¹ So wohl auch *Simitis/Hornung/Spiecker* gen. *Döhmman/Hansen*, 1. Aufl. 2019, Art. 32 Rn. 15f.

⁴⁸² Zur Kritik zur strikten Zurechnung von Datenschutzverstößen verbundener Unternehmen auf die Konzernmutter sogleich unten.

⁴⁸³ *Martini/Botta*, *VerwArch* 110 (2019), 235, 253.

⁴⁸⁴ Mit dem anschaulichen Beispiel von Mitarbeiterdaten im Konzern, *Schneider/Forgó/Helfrich*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, *Betrieblicher Datenschutz*, 3. Aufl. 2019, Kapitel 1. Konzernschutz, Rn. 9–11.

⁴⁸⁵ Dazu mit dem Hinweis auf einen fehlenden Erlaubnischarakter von Erwägungsgründen *Voigt*, CR 2017, 428, 429; *Bierekoven*, ITRB 2017, 282, 284; *Spindler/Schuster/Nink*,

gestützt werden, so ist zusätzlich eine Einzelfallabwägung mit den Interessen der Betroffenen erforderlich.⁴⁸⁶

d) Eigene Kategorien für Verarbeitung in Mehrpersonenverhältnissen

Zwar stellt das Konzept des „Verantwortlichen“ auf den einzelnen Rechtsträger ab, für das arbeitsteilige Zusammenwirken mehrerer hält die DSGVO indes eigene Kategorien bereit, was insbesondere auch für Unternehmensgruppen und Konzerne relevant wird. Mehrpersonenverhältnisse bei der Datenverarbeitung können entweder durch eine gemeinsame Verantwortlichkeit („Joint Control-ship“) nach Art. 26 DSGVO, oder die der Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO verwirklicht werden. Angesichts der konzerntypischen Beherrschungsstrukturen liegt in der Regel eine Auftragsverarbeitung nahe,⁴⁸⁷ denn die gemeinsame Verantwortlichkeit erfordert – wie die individuelle Verantwortlichkeit auch –, dass „die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung“ von jedem Teil bestimmt werden, also jeder auch „Herr der Daten“ ist.⁴⁸⁸ Wegen der zunehmend weiten Auslegung des Verantwortlichenbegriffs sind freilich vermehrt Konstellationen gemeinsamer Verantwortlichkeit vorzufinden.⁴⁸⁹ Beiden Figuren ist gemein, dass sie eine vertragliche Grundlage erfordern, die allerdings nicht konstitutiv für die Kooperationsfiguren ist, so dass bei vertraglichen Fehlern oder dem gänzlichen Fehlen eines Vertrages dennoch die Anforderungen der gemeinsamen Verantwortlichkeit oder Auftragsverarbeitung, mit entsprechenden Sanktionsfolgen, greifen.⁴⁹⁰

Für eine gemeinsame Verantwortlichkeit ist allerdings keine rechtliche Einwirkungsmöglichkeit erforderlich, hinreichend ist ein rein tatsächlicher Einfluss auf die Verarbeitung personenbezogener Daten.⁴⁹¹ Bloße Mitursächlichkeit soll hingegen nicht für eine gemeinsame Verantwortlichkeit hinreichen, was die Grenzziehungen erschwert – der EuGH betont hier das durch die DSGVO bezweckte hohe Schutzniveau und lässt etwa die Einrichtung eines Forums („Facebook-Fanpage“) ausreichen, um die gemeinsame Verantwortlich-

4. Aufl. 2019, Art. 26 DSGVO Rn. 3; zur Legitimität unter Betriebsvereinbarungen: *Wurzberger*, ZD 2017, 258.

⁴⁸⁶ Etwa *Plath*, in: *Plath, BDSG/DSGVO*, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 21; *Voigt*, CR 2017, 428, 431–433.

⁴⁸⁷ So auch *Schneider/Forgó/Helfrich*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, *Betrieblicher Datenschutz*, 3. Aufl. 2019, Kapitel 1. Konzerndatenschutz, Rn. 4.

⁴⁸⁸ Mit dieser prägnanten Formulierung *Paal/Pauly/Martini*, 3. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 19.

⁴⁸⁹ *Gierschmann*, ZD 2020, 69.

⁴⁹⁰ Die Pflicht zur vertraglichen Grundlage folgt jeweils aus Art. 26 Abs. 1 S. 2, 28 Abs. 3 DSGVO. Zur wachsenden Bedeutung des Instituts *DSK*, Kurzpapier Nr. 16, Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche, Art. 26 DS-GVO; zum „Joint Controller-Vertrag“ *Voigt*, CR 2017, 428, 431; *Gierschmann*, ZD 2020, 69.

⁴⁹¹ *Monreal*, CR 2019, 797, 802 f.; zur gemeinsamen Verantwortlichkeit im Konzern *Lezzi/Oberlin*, ZD 2018, 398.

keit des Webseitenbetreibers mit den im Forum aktiven Nutzern zu begründen.⁴⁹² Ein Zugriff auf die erhobenen Daten oder ein Handeln auf Weisung ist nicht erforderlich.⁴⁹³ Die mit der Datenverarbeitung verfolgten Zwecke müssen nicht identisch sein, sondern es reicht hin, wenn sie sich ergänzen.⁴⁹⁴ Probleme bereitet dabei auch die Abgrenzung konsekutiver Verarbeitungsvorgänge – etwa sieht der EuGH die Weitergabe von Daten durch einen Plattformbetreiber allein in dessen „Verantwortungssphäre“ und nicht mehr in der des Forum-Betreibers.⁴⁹⁵ Richtigerweise sollte eine wesentliche Änderung der Mittel und Zwecke der Verarbeitung erforderlich sein, da damit zugleich eine Verantwortlichkeit nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO ausgeschlossen wird, und so eine Parallelität der Wertungen erreicht werden kann. Das Zusammenwirken Mehrerer soll eine gesteigerte Risikolage für personenbezogene Daten bewirken,⁴⁹⁶ die mit einer Gesamtschuld für die primären Betroffenenrechte aus Art. 15–22 DSGVO kompensiert wird, Art. 26 Abs. 3 DSGVO. Daneben steht die gesamtschuldnerische Haftung für Verstöße aus Art. 82 Abs. 4 DSGVO, die freilich auch die Möglichkeit einer Exkulpation vorsieht, Abs. 3.

Die für Konzernzusammenhänge typische Auftragsverarbeitung setzt voraus, dass die Verarbeitung im Auftrag eines Verantwortlichen erfolgt, also nur dieser die Zwecke und Mittel der Verarbeitung festlegt. Der Auftragsverarbeiter ist weisungsgebunden und handelt ohne eigenen Wertungs- und Entscheidungsspielraum. Art. 28 DSGVO kodifiziert diese arbeitsteilige Datenverarbeitung und hält formelle wie materielle Regeln für die Minimierung des Risikos ungerechtfertigter Verarbeitung bereit.⁴⁹⁷ Der Verantwortliche haftet strikt für

⁴⁹² EuGH BeckRS 2018, 10155 Rn. 35 ff.; krit. hierzu *Hacker*, MMR 2018, 779, 779f.; *Lee/Cross*, MMR 2019, 559, 561f.; s. weiterhin auch EuGH – Zeugen Jehovas, ZD 2018, 469 m. Anm. *Hoeren*; EuGH – Fashion ID, ZD 2019, 455 m. Anm. *Hanloser*.

⁴⁹³ EuGH, Urteil vom 10.7.2018, Rs. C-25/17 – Zeugen Jehovas.

⁴⁹⁴ EuGH Rs. C-40/17 – Fashion ID; dazu *Kollmar*, NVwZ 2019, 1740; Schlussanträge des GA v. 19.12.2018 – C-40/17, Rdnr. 105 – Verbraucherzentrale NRW e.V.

⁴⁹⁵ EuGH BeckRS 2018, 10155 Rn. 43; *Gierschmann*, ZD 2020, 69, 70f.; BeckOK DatenschutzR/*Spoerr*, 37. ed., 1. August 2021, Art. 28 Rn. 16; Überblick bei Paal/Pauly/*Martini*, 3. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 19.

⁴⁹⁶ Ganz h. M., etwa Paal/Pauly/*Martini*, 3. Aufl. 2021, Art. 26 Rn. 36.

⁴⁹⁷ „Geist der Risikominimierung“: Paal/Pauly/*Martini*, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 1. So muss der Auftragsverarbeiter angemessene technische und organisatorische Sicherheitsmaßnahmen implementieren, Art. 28 Abs. 1, 3, Art. 32 DSGVO, Verzeichnisse über Verarbeitungstätigkeiten für im Auftrag vorgenommene Datenverarbeitungsvorgänge vorhalten, Art. 30 Abs. 2 DSGVO und sogar selbst einen Datenschutzbeauftragten bestellen Art. 37 DSGVO, § 38 BDSG. Er muss weiterhin den Verantwortlichen bei der Durchführung von Datenschutz-Folgenabschätzungen und im Rahmen von Meldungen von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten unterstützen, Art. 28 Abs. 3 S. 2 lit. f), 35, 33 Abs. 2 DSGVO; schließlich muss er den Verantwortlichen auch nach Art. 28 Abs. 3 Satz 3 DSGVO unverzüglich informieren, wenn er feststellt, dass eine Weisung des Verantwortlichen gegen anwendbare Datenschutzbestimmungen verstößt. Auftragsverarbeiter mit Sitz außerhalb der Europäischen Union müssen ggf. europäische Vertreter bestellen, Art. 27 Abs. 1 DSGVO. Der

den Auftragsverarbeiter.⁴⁹⁸ Der Auftragsverarbeiter haftet daneben selbst nach Art. 28 Abs. 10 i. V. m. Art. 82 Abs. 4 DSGVO gesamtschuldnerisch für Schäden, die unter Verstoß gegen speziell den Auftragsverarbeitern auferlegte Pflichten aus der DSGVO oder wegen Nichtbeachtung der rechtmäßig erteilten Anweisungen des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen zu Stande kommen, Art. 82 Abs. 2 S. 2 DSGVO.⁴⁹⁹ Neben dieser Einschränkung der haftungsrelevanten Pflichtverstöße kann sich der Auftragsverarbeiter auch nach Art. 82 Abs. 3 DSGVO durch den Nachweis exkulpieren, „in keinerlei Hinsicht für den Umstand, durch den der Schaden eingetreten ist, verantwortlich (zu sein)“.⁵⁰⁰

e) Gesamtschuldnerische Sekundärhaftung der Konzernmutter

Die Haftung für DSGVO-Verstöße ist für Fälle der Auftragsverarbeitung und der gemeinsamen Verantwortung nach dem soeben Gesagten gesamtschuldnerisch. Damit ist stets auch die Konzernmutter Adressatin der Bußgelder, die aus Verstößen folgen, die auf einer durch sie gesteuerten Auftragsverarbeitung oder von ihr mitgetragenen gemeinsamen Verantwortlichkeit beruhen. Für beide Fälle ist die Gesamtschuld durch spezielle teleologische Erwägungen geboten; explizit angesprochen ist durch Art. 83 Abs. 1 DSGVO eine Theorie der Verhaltenssteuerung durch Haftung, die „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein soll.⁵⁰¹ Art. 82 DSGVO greift dies mit dem Ziel „wirksamen Schadensersatzes“ auf.

Zu diesem Befund tritt freilich hinzu, dass Erwägungsgrund 150 S. 3 einen konzeptionellen Verweis auf das Modell des Wettbewerbsrechts der Art. 101 ff. AEUV enthält: „Werden Geldbußen Unternehmen auferlegt, sollte zu diesem Zweck der Begriff ‚Unternehmen‘ im Sinne der Artikel 101 und 102 AEUV verstanden werden.“⁵⁰² Die Bedeutung dieses Erwägungsgrundes ist noch nicht gänzlich geklärt. Nach herrschender Auffassung soll für die Bußgeldbemessung jedenfalls der Jahresumsatz der gesamten Unternehmensgruppe maßgeblich sein und nicht etwa allein der Umsatz des delinquenten Einzelunternehmens.⁵⁰³ Dies führt freilich zur vorgeschalteten Frage, ob eine solche wirtschaftliche Gesamtbetrachtung immer vorzunehmen ist, also bei jedem

Auftragsverarbeiter ist verpflichtet, unmittelbar mit der Aufsichtsbehörde zusammenzuarbeiten, Art. 31 DSGVO

⁴⁹⁸ *Martini/Fritzsche*, NVwZ-Extra 21/2015, 1, 5 f.

⁴⁹⁹ Zum Ausgleich zwischen den Haftenden etwa *Grages*, CR 2020, 232.

⁵⁰⁰ Paal/Pauly/*Martini*, 3. Aufl. 2021, Art. 28 Rn. 6.

⁵⁰¹ So auch Becker, in: Plath, DS-GVO Art. 83 Rn. 23; Spindler/Schuster/*Eckhardt*, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 83 Rn. 62 ff., 70 ff.

⁵⁰² Zur Auslegung nach den verschiedenen Sprachfassungen siehe Spindler/Schuster/*Eckhardt*, 4. Aufl. 2019, Art. 83 DS-GVO Rn. 72 f.; für einen Gleichlauf mit dem Kartellrecht auch *Zelger*, EuR, 2021, 478.

⁵⁰³ H. M., vgl. etwa Spindler/Schuster/*Eckhardt*, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 83 Rn. 70, 77; A. A. *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 120, 123 f.

Datenschutzverstoß eines Unternehmens seine Gruppenzugehörigkeit zu ermitteln ist und ob dann auch die Konzernmutter stets auf die volle Summe in Anspruch genommen werden kann.

Die im Wettbewerbsrecht etablierte wirtschaftliche Betrachtung wäre dann maßgeblich für die Bestimmung der Konzernmutter als Haftungssubjekt.⁵⁰⁴ Dies würde sich nur außerhalb der explizit geregelten Figuren der gemeinsamen Verantwortlichkeit und Auftragsverarbeitung verschärfend auswirken, die ja ohnehin eine Gesamtschuld der Konzernmutter vorsehen. Betroffen wären damit allerdings alle Fälle, in denen eben gerade keine Abrede für ein Unter- oder Gleichordnungsverhältnis bei der Verarbeitung vorliegt. Angeordnet wäre damit eine strikte Konzernhaftung, bei einem „bestimmendem Einfluss“ der Konzernmutter auf ihre Töchter.⁵⁰⁵ Dieses Verständnis dürfte unter dem Postulat der Verhaltenssteuerung auch auf die privatrechtlichen Schadensersatzansprüche aus Art. 82 DSGVO anwendbar sein.⁵⁰⁶ Der EuGH hat sich zu diesen Frage noch nicht geäußert.

Die Übernahme des wettbewerblichen Unternehmensbegriffs sollte freilich nicht ohne weitere Differenzierung gelten. Für eine strikte Haftung der Konzernmutter spricht nur auf den ersten Blick der Effektivitätsgedanke der Sanktionierung, wie er etwa deutlich in Art. 83 Abs. 1 DSGVO hervortritt – denn eine datenschutzrelevante Risikoerhöhung durch das Zusammenwirken mehrerer ist in Konzernsachverhalten im Grundsatz nur sehr abstrakt verwirklicht, da nicht jede Beherrschung unmittelbaren Einfluss auf die Verarbeitung personenbezogener Daten hat.⁵⁰⁷ Hier scheint die Konkretisierung der Beherrschung hin zu einer „Konzerndatengefahr“ ein stimmiger Kompromiss. Die Beherrschung muss sich konkret auf die Verarbeitung personenbezogener Daten bei der Tochter auswirken. Liest man den Erwägungsgrund 150 S. 3 hingegen ohne eine solche Einschränkung, so werden in Konzernzusammenhängen die Figuren der gemeinsamen Verantwortlichkeit und der Auftragsverarbeitung für Haftungsbelange nivelliert; relevant blieben sie dennoch, und auch dies mag

⁵⁰⁴ Dagegen in Spindler/Schuster/Eckhardt, 4. Aufl. 2019, Art. 83 DS-GVO Rn. 77–79. Dafür allerdings die h. M.: Faust/Spittka/Wybitul, ZD 2016, 120, 121; Rost, RDV 2017, 13, 15; Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO Art. 83 Rn. 42–44; Albrecht/Jotzo, Datenschutzrecht, Teil 8 Rn. 35; Bergt, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 3. Aufl. 2020, Art. 83 Rn. 42–43a; Feiler/Forgó, EU-DSGVO, Art. 83 Rn. 12.

⁵⁰⁵ Zur wettbewerbsrechtlichen Haftungszurechnung siehe bereits oben, Kapitel 3., C., III., 2.

⁵⁰⁶ Unklar allerdings: Paal/Pauly/Frenzel, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 82 Rn. 12. Die für den Schadensersatzanspruch der verletzten Person maßgeblichen Erwägungsgründe 142 und 146 verweisen zwar nicht auf den Unternehmensbegriff des Kartellrechts, betonen allerdings mit Nachdruck das Interesse an einer Haftung nach Art. 82 DSGVO Wytibul, NJW 2021, 1190.

⁵⁰⁷ Im Nebensatz auch auf die „Beherrschung des Verhaltens ihrer Tochter hinsichtlich personenbezogener Daten“ abstellend Nemitz, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 43; enger noch Spindler/Schuster/Eckhardt, 4. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 83 Rn. 77.

inkonsequent erscheinen, da sie ein Primärpflichtenprogramm des Betroffenen zeitigen, dessen Verletzung gerade auch die gesamtschuldnerische Haftung bewirkt.⁵⁰⁸ Wünschenswert wäre bei Annahme einer strikten Haftung sicher gewesen, ein spezielles Primärpflichtenprogramm für Konzernsachverhalte allgemein zu formulieren.

Richtigerweise ist auch auf Datenschutzsachverhalte die wettbewerbsrechtliche Beschränkung anzuwenden, wonach eine Haftung des Mutterunternehmens für das delinquente Tochterunternehmen nur dann in Betracht kommt, wenn das Mutterunternehmen *tatsächlich* einen bestimmenden Einfluss auf das Tochterunternehmen ausüben kann, was, wie oben gezeigt, allerdings nach der *Akzo Nobel*-Rechtsprechung vermutet werden kann.⁵⁰⁹ Zweifelhaft bleibt allerdings, ob dann wirklich jegliche datenschutzrechtlich relevante Entscheidung und Handlung der Konzernmutter zugerechnet wird, solange sie generell bestimmenden Einfluss auf die übrigen Stellen ausübt,⁵¹⁰ oder ob nicht gerade die eben beschriebene spezifische Konzerndatengefahr hinzutreten muss. Im Wettbewerbsrecht ist – wie gezeigt – kein konkreter Bezug der tatsächlichen Bestimmung zur betreffenden Rechtsverletzung erforderlich.

Speziell für die datenschutzrechtliche Haftung muss dabei folgende systematische Erwägung ins Gewicht fallen: es handelt sich beim Datenschutzrecht, anders als beim Wettbewerbsrecht, um eine Materie mit konkretisierten Gefährdungslagen und Tatbeständen. Während der Wettbewerb innerhalb der beiden Generalklauseln von Art. 101 und 102 AEUV auf mannigfache Weise beschränkt werden kann und das Wettbewerbsrecht daher auf eine Vielzahl unbestimmter Konstellationen anwendbar bleiben muss, damit auch die Beherrschung des Tochter- durch das Mutterunternehmen, sieht das Datenschutzrecht sehr konkrete Rechte und Pflichten vor, die vom Verbot ungerechtfertigter Verarbeitung ausgehen und die rechtmäßige Verarbeitung flankieren. Das Datenschutzrecht ist in seiner Ausgestaltung, seinen Tatbeständen und den darauf bezogenen Pflichten um ein Vielfaches konkreter als das Wettbewerbsrecht, welches vor allem lediglich nach der de-minimis Regel eine Wettbewerbsverzerrung von gewissem Gewicht („Spürbarkeit“) verlangt.⁵¹¹ Daher muss auch die Zurechnung der Sekundärhaftung an eine datenschutzspezifische Pflichtverletzung der Konzernmutter anknüpfen, und nicht an die allgemeine Bestimmung der

⁵⁰⁸ Zur Differenzierung der Ebenen von Primär- und Sekundäransprüchen im Regime der DSGVO etwa Paal/Pauly/*Martini*, 3. Aufl. 2021, Art. 26 DSGVO Rn. 36.

⁵⁰⁹ Siehe schon oben Kapitel 3., C., III., 2., b.

⁵¹⁰ So auch noch für die Rechtslage für die Datenschutzrichtlinie, EuGH U. 10.9.2009 – C-97/08 P, Rn. 59 f.

⁵¹¹ EuGH, Rs. 56/65, Slg. 1966, 281, S. 304 – LTM/MBU; Rs. 22/71, Slg. 1971, 949, Rn. 18 – Béguelin Import/G.L. Import/Export; verb. Rs. 209 bis 215 und 218/78, Slg. 1980, 3125, Rn. 154 – Van Landewyck/Kommission; Kommission, Entscheidung v. 20.10.1972, Abl. 1972 Nr. L 264/22, S. 28 – Zentralheizung; dazu Callies/Ruffert/*Weiβ*, 5. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rn. 65 ff.

Tochterunternehmen wie bei der wettbewerbsrechtliche Zurechnung, selbst wenn sie tatsächlich ausgeübt wird.

Konsequenterweise ist zu fordern, dass sich ein datenschutzspezifisches Verletzungsrisiko konkret zumindest in einer mittelbaren Verarbeiterstellung der Konzernmutter niederschlägt, sie also mittelbar die Kontrolle über die Mittel und Zwecke der betreffenden Verarbeitung hält, etwa indem sie die Datenverarbeitung für den Konzernzweck erforderlich macht. Denn es ist gerade die eigene Verarbeitereigenschaft, welche die Sonderpflichten aus der Auftragsverarbeitung und gemeinsamen Verarbeitung begründet; Adressat der Pflichten aus Art. 24, 25 und 32 DSGVO ist, wie oben schon betont, nur der einzelne „Verantwortliche“ im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO, nicht „Unternehmen“ im Sinne von Art. 4 Nr. 18 DSGVO. Aus der DSGVO folgt damit gerade keine allgemeine Pflicht zur Überwachung der Legalität des Verhaltens von Konzerntöchtern. Die Konzernmutterhaftung sollte nicht losgelöst vom Adressatenkonzept der Primärpflichten betrachtet werden, sondern als Sanktion für eine wenigstens mittelbare Verletzung dieser speziellen Pflichten verstanden werden. Wenn auch die Konzernmutter in Bezug auf ihre Töchter die Einhaltung der Datenschutzvorgaben der DSGVO respektieren muss, kommt ihnen besondere Effektivität zu, die ja gerade Ziel der DSGVO ist.⁵¹² Setzt die Konzernmutter ihre Töchter als Werkzeuge zur Datenverarbeitung ein oder steuert sie in dieser Hinsicht in sonstiger Weise, ohne die Risiken von Mehrpersonenverarbeitung nach den Vorgaben von Art. 26 und 28 DSGVO zu bewältigen, so scheint eine Haftung berechtigt. Denn dann liegt wenigstens mittelbar eine „Kontrolle der Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung“ vor, die gerade für die Verarbeitereigenschaft in den mehrpoligen Konstellationen der Auftragsverarbeitung und geteilten Verantwortlichkeit besteht. Eine Zurechnung der Verletzerhaftung ohne eigene mittelbare Verarbeiterstellung scheint insoweit systematisch inkohärent. Wegen der weiten Auslegung des Verantwortlichenbegriffs durch den EuGH ergeben sich auch keine Schutzlücken⁵¹³ – denn in den meisten Konzernsachverhalten dürfte entweder eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegen oder eine Auftragsverarbeitung.

f) Haftung für Mitarbeiter und Organe

Eine weitere problematische Frage im Haftungsmodell der DSGVO ist, dass sie in Art. 82 ff. DSGVO allein die Haftung von Unternehmen regelt, nicht allerdings, unter welchen Umständen diese für das Verhalten ihrer Mitarbeiter, Organe und sonstigen Hilfspersonen einzustehen haben.⁵¹⁴

⁵¹² Vgl. dazu die Erwägungsgründe 9, 10, 11, 13, 129 und 148.

⁵¹³ Dazu schon oben, b.

⁵¹⁴ *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 120, 123; zur Haftung der Geschäftsleiter selbst *Schmitt*, ZGR 2021, 559.

Zuletzt war dies insbesondere deswegen umstritten, weil der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Bußgeldvorgaben nach Artikel 83 Abs. 4–6 DSGVO in § 41 Abs. 1 BDSG die „sinngemäße“ Geltung der materiell-rechtlichen Vorschriften des OWiG angeordnet hat. Bei diesem Verweis auf das OWiG hat der deutsche Gesetzgeber den Anwendungsvorrang der DSGVO allerdings durchaus anerkannt, da der Verweis auf das OWiG nur gelten soll, „soweit dieses Gesetz nichts Anderes bestimmt“, was zweifellos auf die DSGVO referenziert. Die Auslegungsprobleme rühren daher, dass in § 41 Abs. 1 Satz 2 BDSG bestimmte Vorschriften des OWiG ausdrücklich von der Verweisung ausgenommen werden – und § 30 OWiG dort entgegen der Anregung der Datenschutzkonferenz und entgegen der ersten Fassungen des Referentenentwurfs nicht genannt wird.⁵¹⁵ Hieraus wird in der Literatur vereinzelt der Schluss gezogen, der deutsche Gesetzgeber sei von einer Geltung des § 30 OWiG und seiner entsprechend eingeschränkten Haftungszurechnung⁵¹⁶ bei Datenschutzverstößen ausgegangen.⁵¹⁷ Insbesondere hat das Bundesverwaltungsgericht der Republik Österreich in einer Entscheidung eine dem § 30 OWiG vergleichbare Regelung angewendet und einen Normenvorrang des Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO damit verneint.⁵¹⁸

§ 30 OWiG ist allerdings nach richtiger Auffassung nicht auf die Haftungszurechnung bei Datenschutzverstößen anwendbar. Denn es fehlt zunächst an einer Begründung für die entsprechende Änderung des Referentenentwurfs und den Wegfall der negativ-Nennung von § 30 OWiG. Der Verweis des Erwägungsgrundes 150 auf das wettbewerbsrechtliche Konzept wirtschaftlicher Einheit wird verbreitet so gedeutet, dass damit auch die strikte Haftung für alle eingeschalteten Personen als Rechtsfolge zu stehen hat.⁵¹⁹ Der wettbewerbsrechtliche Unternehmensbegriff knüpft wie gezeigt nicht an eine schuldhaft Handlung der Organe oder Leitungspersonen juristischer Personen oder Perso-

⁵¹⁵ Vgl. etwa Datenschutzkonferenz, Stellungnahme der DSK zur Evaluierung des BDSG, 2. Februar 2021, S. 40ff.

⁵¹⁶ Erforderlich unter § 30 OWiG ist das Handeln einer Person, die über die „Kompetenz zur Sinnbestimmung“ im Verband verfügt, dazu und zu den konzeptionellen Grundlagen, Karlsruher Kommentar OWiG/Rogall, 5. Aufl. 2018, § 30 OWiG Rn. 1 ff., 11.

⁵¹⁷ So etwa *Cornelius*, in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Teil XIV., Rn. 148; *Gola*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 83 Rn. 11; *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, F., Durchsetzung des Datenschutzrechts, Rn. 1134; die Frage der Anwendbarkeit aufwerfend: *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 83 Rn. 5

⁵¹⁸ Österreichisches Bundesverwaltungsgericht, Entscheidung vom 19.8.2019, Az. W211 2208885-1.

⁵¹⁹ *Gola/Heckmann/Ehmann*, 13. Aufl. 2019, BDSG § 41 Rn. 20; *Bergt*, DuD 2017, 555, 556; *Ebner/Schmidt*, CCZ 2020, 84; siehe auch Entschließung vom 3.4.2019 der 97. DSK „Unternehmen haften für Datenschutzverstöße ihrer Beschäftigten“ und das Working Paper 253 der Artikel-29-Datenschutzgruppe vom 3. Oktober 2017, Seite 6; bestätigt durch LG Bonn, Urteil vom 11.11.2020 – 29 OWi 1/20.

nenvereinigungen an.⁵²⁰ Wäre in allen Mitgliedstaaten auf unterschiedliche Zurechnungsregeln abzustellen, so wäre das Interesse der Effektivität der DSGVO-Haftung und deren Einheitlichkeit gefährdet – es könnte dann insbesondere auch zu einem Forum-Shopping für die Aufsichtszuständigkeit in Abhängigkeit von den strengsten Anforderungen an eine Zurechnung der Personalgefahr zum Unternehmen kommen.⁵²¹ Die Anwendung von § 30 OWiG und seiner nationalen Entsprechungen würde gegenüber dem wettbewerblichen Haftungsmodell zu einer erheblichen Einschränkung der Bußgeldverhängung gegen Unternehmen führen, insbesondere da stets die internen Verantwortlichkeiten aufzuklären wären und so erhebliche Beweisprobleme entstünden. Die einheitliche, gleichmäßige Rechtsanwendung ist allerdings gerade Kernanliegen des Europäischen Gesetzgebers. Dies folgt aus einer Gesamtschau der Erwägungsgründe der DSGVO, denen zwar keine unmittelbare Bindungswirkung zukommt, die allerdings maßgeblich für die Auslegung des Rechtsakts sind.⁵²² Zu nennen sind dabei die Erwägungsgründe 9, 10, 11, 13, 129 und 148. Diese Erwägungsgründe unterstreichen allesamt die Bedeutung einheitlicher und effektiver Anwendung der DSGVO sowie der Schaffung eines gleichwertigen, hohen Schutzniveaus, insbesondere auch bei der Durchsetzung der Verordnung (dazu die Erwägungsgründe 129 und 148).⁵²³

Wenn damit im Grundsatz feststehen dürfte, dass die nationalen Zurechnungsvorschriften der ordnungsrechtlichen Regelungen nicht anwendbar sind, sondern eine genuin europäische Zurechnungsdogmatik für die Haftung aus Datenschutzverstößen von Personal gilt, so bleiben doch auch deren Konturen im Einzelnen noch unklar. Nach verbreiteter Diktion soll „das Funktionsträgerprinzip“ aus dem Kartellrecht Anwendung finden,⁵²⁴ wobei dieses, in Abgrenzung zum „Rechtsträgerprinzip“ eher die Haftung aller zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundenen Rechtsträger meint, also insbesondere Konzerne.⁵²⁵ Die strikte Haftungszurechnung zu den einzelnen Rechtsträgern des Konzerns, wie Mitarbeiter, Organe oder sonstiges Personal, wird hingegen vom Funktionsträgerprinzip nicht abgebildet.⁵²⁶

⁵²⁰ Dazu bereits oben Kapitel 3., C., III., 2., b.

⁵²¹ Zum Modell konzentrierter Zuständigkeit nach dem One-Stop-Shop-Modell am Ort der Hauptniederlassung vgl. Art. 56 Abs. 1 DSGVO, zu den Ausnahmen wegen spezifischem Grundrechtsbezug *Ambrock/Karg*, in: v.d. Bussche/Voigt, *Konzerndatenschutz*, 2. Aufl. 2019, Teil 8 Rn. 51 ff.

⁵²² Dazu *Köndgen/Mörsdorf*, in: Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 75–78.

⁵²³ Hierauf stützt sich insbesondere auch in seiner ausführlichen Begründung das LG Bonn, Urteil vom 11.11.2020 – 29 OWi 1/20, Rn. 54–61. Im Übrigen lehnt das Gericht es auch ab, eine Wirkung von § 30 OWiG über den Verweis auf nationales Recht in Verfahrensfragen, in Art. 83 Abs. 8 DSGVO, anzunehmen, Rn. 62.

⁵²⁴ Etwa *Mabrock*, ZD 2020, 492.

⁵²⁵ So etwa LG Bonn Urteil vom 11.11.2020 – 29 OWi 1/20, Rn. 45.

⁵²⁶ So auch *Venn/Wybitul*, NStZ 2021, 204, 207.

Richtig ist freilich der Ansatz, alle internen und ausgelagerten Abteilungen, Rechtsträger und Einzelpersonen als Teile der wirtschaftlichen Einheit anzusehen – dies allerdings nur soweit, als sie tatsächlich für das Unternehmen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit tätig sind und bei ihrer Tätigkeit von der Unternehmensleitung „bestimmt“ werden.⁵²⁷ Allerdings kann wie bei der Frage der wettbewerbsrechtlichen Haftung nicht von einem uferlosen Konzept des „Bestimmens“ ausgegangen werden. So wird allgemein anerkannt, dass eigenmotivierte Handlungen von Mitarbeitern oder Organen des Unternehmens keine Haftungszurechnung für dieses begründen können – erfasst hiervon sind insbesondere Exzessfälle. Die Datenschutzkonferenz verwendet hierbei noch einen weiteren Exzessbegriff, wonach es auf eine fehlende Zuordnung zum Kreis der jeweiligen unternehmerischen Tätigkeit bei „verständiger Würdigung“ ankommen soll.⁵²⁸ Dieser Exzessbegriff wird als objektiv verstanden, subjektive Intentionen des Mitarbeiters oder Organs sollen außen vor bleiben.⁵²⁹ Paradebeispiel ist die private Nutzung betrieblicher Datenbankbestände durch einen Mitarbeiter, der dadurch selbst Verarbeiter ist.⁵³⁰ Kein Exzess ist dann hingegen die DSGVO-widrige Datennutzung zu Unternehmenszwecken – notorisch etwa während der Corona-Pandemie insbesondere in Fällen der Nutzung datenschutzkritischer Online-Werkzeuge zur Unterrichtsgestaltung durch Lehrer.⁵³¹ Damit wird freilich der Exzessbegriff des Wettbewerbsrechts erweitert, wo es allein auf den Willen ankommt, für andere als Unternehmenszwecke zu handeln. Nicht einmal auf die kompetenzmissbräuchliche Umgehung angemessener Compliance-Strukturen kann es ankommen, da die wettbewerbsrechtliche Zurechnung gerade nicht auf eigenen Sorgfaltspflichtverstößen der Konzernmutter aufbaut und sich Compliance-Maßnahmen nicht einmal mindernd auf die Bußgeldhöhe auswirken.

g) Zurechnungswertungen des Datenschutzrechts

Zurechnung im Datenschutzrecht verläuft an zwei Grundlinien – die Zurechnung der primären Rechte und Pflichten aus der Datenverarbeitung knüpft streng an den Verarbeiterbegriff und seine Modifikationen in Mehrpersonenverhältnissen (gemeinsame Verantwortlichkeit, Auftragsverarbeitung) an; bei der sekundären Zurechnung der Haftpflicht zeichnet sich ein weiterer Ansatz ab.

⁵²⁷ Dazu schon oben, Kapitel 3., C., III., 2., b.

⁵²⁸ *Datenschutzkonferenz*, Entschließung v. 3.4.2019.

⁵²⁹ *Arning/Rothkegel*, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 238; *Weichert*, CuA 2/2020, 27 (28); *Ambrock*, ZD 2020, 492, 493.

⁵³⁰ Etwa: LfDI BW, 35. TB 2019, S. 41. A. A.: BayLDA, 9. TB 2019, S. 71 f.; kritisch dazu *Ambrock*, ZD 2020 492, 494 f.

⁵³¹ *Ambrock*, ZD 2020, 492, 494.

Verantwortlichkeit als Kontrolle der Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung hat ein klares täterschaftliches Element, und lässt sich mit einer autonomen Entscheidung zur Verarbeitung, zur entsprechenden Kontrolle, begründen. Hier lässt der EuGH auch eine sehr abstrakte Festlegung der Zwecke und Mittel ausreichen, insbesondere im Organisationszweck als solchem (wie im Beispiel einer religiösen Gemeinschaft, die auf Mitgliederzuwachs durch aktive Werbung angelegt ist), und verhilft dem Verantwortlichkeitsbegriff aus Gründen effektiven Datenschutzes zu einer sehr weiten Anwendung, so dass er beinahe wie Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne wirkt. Eine systematische Betrachtung im Zusammenhang mit den speziellen Figuren datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit bei der Arbeitsteilung täte hier Not. Die Auferlegung besonderer Pflichten und einer gesamtschuldnerischen Haftung in den Mehrpersonenkonstellationen der Auftragsverarbeitung und der gemeinsamen Verantwortlichkeit folgt aus dem Gedanken der Risikoerhöhung durch das Zusammenwirken mehrerer – dieser Gedanke könnte freilich umgekehrt werden, wenn man davon ausgeht, dass bei Verarbeitung durch mehrere auch mehrere an Legalität per se interessierte Instanzen beteiligt sind, die sich gegenseitig kontrollieren. Die der DSGVO zu Grunde liegende Wertung ist damit ein grundsätzliches Misstrauen gegenüber jedem kommerziellen (Art. 2 Abs. 2 lit. c) DSGVO) Datenverarbeiter. Dies lässt sich sowohl mit vergangenen exzessiven Datenverarbeitungen, allerdings auch mit der globalen Problematik digitaler Souveränität der EU erklären, wo eine übermäßige extraterritoriale Fremdverwertung europäischer Daten abgewehrt werden soll.

Bei der Aufteilung der Verantwortungssphären zur Festlegung der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist ein in der bisherigen Analyse der Zurechnung wiederkehrendes Phänomen zu erkennen – die Zurechnung von Pflichten anhand des Tatbestands der Verarbeitung, wo die gemeinsame Verantwortlichkeit enden soll, wenn ein „neuer“ Verarbeitungsvorgang beginnt. Wie schon beim Leistungs- und Wissensbegriff, findet die Rechtsprechung, hier auch auf Ebene des EU-Rechts, einen vorgelagerten Zugriff auf die Zurechnung von Rechtsfolgen zwischen Rechtsträgern, und weicht damit eigentlich erforderlichen Wertungen aus. Es wird vorgegeben, die Definition der Verarbeitung sei unabhängig von und vorgelagert vor der Feststellung der Verantwortlichkeit. Maßstab sollte eine wesentliche Änderung der Zwecke oder Mittel der Datenverarbeitung sein, da so auch die unmittelbar für Zurechnungsfragen relevante Kategorie der Verantwortlichkeit ausgeschlossen ist.

Auch bei der sekundären Haftungszurechnung, die an den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff anknüpft, wo jedweder „bestimmende Einfluss“ der Konzernmutter auf die Konzerntöchter hinreicht, ist Kritik angebracht, da damit eine Lösung vom Primärpflichtenkonzept der DSGVO erfolgt. Diesen erweiterten Kreis Haftender begründet die DSGVO recht klar unter Abschreckungsgesichtspunkten, also mit einem Modell der Verhaltenssteue-

rung durch Haftung. Auf diese Weise werden mittelbar die Primärpflichten der Verarbeiter auch der Konzernmutter auferlegt; will sie ihre Haftung kontrollieren und vermeiden, wird sie auch die Einhaltung der Primärpflichten besorgen. Problematisch bleibt hierbei die Entkoppelung der sekundären Haftung vom Verantwortlichen-Konzept des Art. 4 Nr. 7 DSGVO, der eine klare täterschaftliche Begründung für die Primärpflichten aufweist: die Kontrolle von „Mitteln und Zwecken der Datenverarbeitung“. Hier wurde argumentiert, dass eine Haftungszurechnung auf die Konzernmutter nicht bei jedwedem „bestimmenden Einfluss“ erfolgen sollte, selbst wenn dieser tatsächlich ausgeübt sein sollte, sondern nur bei einer Erhöhung des besonderen Risikos von Datenschutzverletzungen, also wenn sich der bestimmende Einfluss konkret auch auf Fragen der Datenverarbeitung auswirkt. Denn die DSGVO formuliert, anders als das Wettbewerbsrecht, sehr spezifische Rechte und Pflichten der Verantwortlichen, und deren Verletzung liegt der Haftungszurechnung zu Grunde. Durch das Erfordernis einer datenschutzspezifischen Bestimmung des Tochterunternehmens wäre vermittelt ein hinreichender Bezug zum Primärverantwortlichkeitskriterium der Kontrolle von „Mitteln und Zwecken der Datenverarbeitung“ hergestellt. Eine umfassende Haftung bei Bestimmung ist hingegen anders als im Wettbewerbsrecht nicht ausreichend, wo sie dort doch auf Tatbestandsseite eine schwere Wettbewerbsverzerrung erfordert.

Das letzte der besprochenen Problemfelder der Haftungszurechnung in mehrpoligen datenschutzrechtlichen Konstellationen ist die Verwirklichung von Datenschutzverletzungen durch Mitarbeiter und Organe von Unternehmen, mithin die Personalgefahr. Überzeugend ist die instanzgerichtlich bestätigte Auffassung, wonach hier zu Zwecken der Einheitlichkeit und Wirksamkeit der Rechtsanwendung im Mehrebenensystem des EU-Rechts keine nationalen Zurechnungsvorschriften Anwendung finden sollen. Im Grundsatz ist damit die Zurechnung strikt; es erfolgt allerdings, wie im modellgebenden Kartellrecht, ein Zurechnungsausschluss, sofern ein Exzess der Hilfsperson vorliegt. Die Abgrenzung anhand der bei der Datenschutzverletzung verfolgten Zwecke und Mittel ist plausibel, denn deren Bestimmung begründet auch die Verantwortlichkeit.

In Summe bleibt festzustellen, dass der Verantwortlichkeitsbegriff der DSGVO maßgebend für die Zuweisung von Rechten und Pflichten in Mehrpersonenverhältnissen ist – und dies für alle Figuren, von der gemeinsamen Verantwortlichkeit, der Auftragsdatenverarbeitung, nach hier vertretener Auffassung auch für die Frage der Haftungszurechnung auf eine Konzernmutter sowie für Mitarbeiterexzesse. Die Kontrolle der Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung wird durch den EuGH allerdings sehr weit ausgelegt, so dass eine Nähe zur reinen Kausalität vorliegt. Dies scheint in Hinblick auf die mit Verantwortlichkeit eng verwobenen ethischen Gedanken der Vorwerfbarkeit sowie die speziellen Tatbestände für Mehrpersonenkonstellationen in der Datenverarbeitung

kritisch. Es läge insoweit nahe, Verantwortlichkeit in Mehrpersonenverhältnissen wenigstens an Rahmenvorgaben für die Zwecke und Mittel der Verarbeitung zu messen, so dass ein subjektives Element zumindest im Ansatz befriedigt wird und keine Fahrlässigkeits- oder Gefährdungshaftung eintritt. Die Lösungen des EuGH in den Fällen *Facebook* und *Zeugen Jehovas* nivellieren dieses Erfordernis entgegen des klaren Wortlauts des Art. 4 Nr. 7 DSGVO, so dass diese Judikatur insoweit übermäßig erscheint. Geprägt sind DSGVO und die Rechtsprechung des EuGH freilich von einem Streben nach „Digitaler Souveränität“, welche rechtspolitisch scharfe Maßnahmen gegen vorwiegend ausländische Anbieter rechtfertigt – um den Preis erheblicher Transaktionskosten.⁵³²

IV. Zusammenfassung zur Zurechnung im Konzernrecht

Die Betrachtung der Zurechnung im Konzernrecht zeigt paradigmatisch die europarechtlich beeinflusste Verschiebung in Haftungsfragen auf, mit einer deutlichen Bewegung weg vom Rechtsträger- oder Trennungsprinzip hin zu einer beinahe schon systemischen Einheitsbetrachtung wirtschaftlicher Verbände. Während das deutsche Konzernrecht selbst nur sehr beschränkt einen Haftungsdurchgriff vorsieht, insbesondere bei der Eingliederung, ist das Wettbewerbsrecht seit der *Akzo Nobel*-Rechtsprechung des EuGH auf eine sehr weitreichende, rechtsträgerübergreifende Sanktionierung angelegt. Diese wird auch vom Datenschutzrecht aufgegriffen, wenngleich dort gegenüber der sich abzeichnenden Rechtsprechung des EuGH Einschränkungen aus dessen spezifischen Schutzzwecken geboten scheinen. Die Relativierung des Trennungsprinzips ist auch in den aktienrechtlichen Sondervorschriften zum Übernahmerecht sowie zu den Related Party Transactions angelegt.

D. Kapitalmarktrecht

I. Regelungsrahmen

Der rechtliche Schutz der privaten Kapitalmärkte ist eine Errungenschaft des 20. Jahrhunderts und rechtfertigt sich aus der Funktion der Kapitalmärkte und ihrer Rolle für die private Marktwirtschaft.⁵³³ Ökonomische Modelle sind hier

⁵³² Angelegt etwa in EG 2 S. 2; zum Konzept digitaler Souveränität *Peucker*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, insbes. Kapitel 3 und 4. Aus politikwissenschaftlicher Sicht *Thiel*, in: Hofmann u. a. (Hrsg.): Zentrale Problemfelder und Forschungsperspektiven. Politik in der digitalen Gesellschaft, Bd. 1., 2019, S. 47–60; zur EU als Wertegemeinschaft *Calliess*, JZ 2004, 1033.

⁵³³ Zur historischen Entwicklung, mit Rechtsvergleich und Bezügen zur Volkswirtschaftslehre *La Porta/Shleifer/Silanes/Vishny*, 52 *Journal of Finance* 1131 (1997); *dies.* *Law and Finance* 106 *Journal of Political Economy* 1113 (1998); *Deakin/Pistor* (Hrsg.) *Legal Ori-*

schon wegen der intrinsischen Bezüge der Materien „Kapital und Markt“ für das Rechtsgebiet prägender als wohl für jedes andere.⁵³⁴ Daher sind auch für die Erfassung der kapitalmarktrechtlichen Zurechnung, zumal in Mehrpersonenverhältnissen, zunächst die Funktionen des Kapitalmarkts zu rekapitulieren. Wie zu zeigen sein wird, schlagen sie sich wie im EU-Wettbewerbs- und Datenschutzrecht auch bei der Zurechnung nieder und brechen einer strikten Zurechnung nach EU-Grundsätzen, insbesondere der Effektivität, freilich auch sehr spezifischen Zurechnungsmodellen, Bahn.

1. Funktionen des Kapitalmarkts

Die prägenden Funktionen der Kapitalmärkte werden im Trias der effizienten Allokation finanzieller Ressourcen, der Schaffung von Governanceanreizen für kapitalmarktfinanzierte Unternehmen und der Risikodiversifikation von Anlagen gesehen.⁵³⁵ Zentral ist der Gedanke, dass Preise und Kurse Wertsignale für Finanzinstrumente⁵³⁶ darstellen und über die Kapitalmärkte vermittelt werden, wobei insbesondere von der Efficient Capital Market Hypothesis ausgegangen wird, nach der die Kapitalmärkte im Grundsatz alle öffentlich zugänglichen Informationen reflektieren (semi-strong efficiency), wenn auch nicht alle (auch die nichtöffentlichen) Informationen (strong efficiency), sie also den intrinsischen Wert des Finanzinstruments widerspiegeln, den dieses hätte, würde die tatsächliche Lage durch die öffentlich zugängliche Information erschöpfend abgebildet.⁵³⁷ Damit wird die Allokation von Finanzmitteln zu den werthaltigsten

gin Theory, 2012; *Milhaupt/Pistor* (Hrsg.) *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development Around the World*, 2008; *Musacchio/Turner*, 55 *Business History* 524 (2013); *Siems*, 52 *McGill Law Journal* 55 (2007). Zur Rechtsvergleichung *Micklitz*, in: *Grundmann/Micklitz/Renner Privatrechtstheorie I*, 2015, S. 342–359; *Allen/Carletti/Qian/Valenzuela*, in: *Constantinides/Harris/Stulz* (Hrsg.), *Handbook Economics of Finance*, Bd. 2A, S. 759, (768); kritisch *Goldsmith*, *The Financial Development of India, Japan and the United States – A Trilateral Institutional Statistical and Analytical Comparison*, 1983, S. 49–54; *Toye*, *Financial Structure* in: *New Palgrave Dictionary*, S. 381, 383; *Staub/Grundmann*, 2020, 6. Teil 5 Rn. 10, 29.

⁵³⁴ Dazu *Möllers*, *AcP* 208 (2008), 1.

⁵³⁵ Überblick bei *Staub/Grundmann*, 2020, Teil 5 Rn. 7–17.

⁵³⁶ Zum Begriff Art. 4 Abs. 1 Nr. 15, sowie Anhang I Abschnitt C der Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU, *ABl. EU* 2014 Nr. L 173, 349 (MiFiD II); auch Art. 3 Abs. 1 Nr. 1 MAR. Erfasst sind übertragbare Wertpapiere, Geldmarktinstrumente, Anteile an Organismen für gemeinsame Anlagen, bestimmte Derivatkontrakte, derivative Instrumente für den Transfer von Kreditrisiken, finanzielle Differenzgeschäfte und Emissionszertifikate.

⁵³⁷ *Fama*, 25 *Journal of Finance* 383 (1970); *ders.*, 49 *Journal of Financial Economics* (1998), 283–306; *Gilson/Kraakman*, 70 *Virginia Law Review* 549, 553f. (1984); *Gilson/Kraakman*, 100 *Va. L. Rev.* 31 (2014); *Coffee*, in: *Ferran/Moloney/Hill/Coffee* (Hrsg.) *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis*, 2. Aufl. 2013, S. 301. Zu den zeitlichen Mechanismen der Preisbildung *Stigler*, 69 *Journal of Political Economy* 213 (1961); vgl. zusammenfas-

Investitionsobjekten optimiert.⁵³⁸ Die Informationsfunktion gilt daher als Kernfunktion von Kapitalmärkten.⁵³⁹ Da der Unternehmenswert, in Hinblick auf Übernahmen gar auch die Selbstständigkeit des Unternehmens, von der Marktbewertung der Finanzinstrumente des Unternehmens, wie Anleihen oder Aktien, abhängt, schafft der Kapitalmarkt auch gewichtige Governanceanreize für die Geschäftsführung, die nicht zuletzt auch von positiver Kursentwicklung selbst profitiert.⁵⁴⁰ Die Eigentümer- und Finanzierungsstrukturen von Unternehmen wirken sich mit unterschiedlichen Anreizen für das Management, allerdings auch unterschiedlichen Gefahren für Investoren aus.⁵⁴¹ Daneben ist auch die Möglichkeit zu Risikodiversifikation auf Kapitalmärkten bedeutsam.⁵⁴²

Kapitalmärkte erhöhen allgemein die Liquidität, da sie den Fluss von Kapital erst ermöglichen und auch sonst inaktives Kapital mobilisieren.⁵⁴³ Relevant sind dabei Primärmärkte – die erstmalige Platzierung der Investitionsinstrumente als Emission –, freilich auch Sekundärmärkte („Zirkulationsmärkte“), auf denen die Investitionsinstrumente gehandelt werden.⁵⁴⁴ Damit tritt auch ein zuletzt immer wichtiger werdender Aspekt der Kapitalmarktfunktion her-

send *Grundmann* in: Grundmann/Micklitz/Renner Privatrechtstheorie II, 2015, S. 968–984. Für die Kapitalmärkte *Stigler*, 37 *Journal of Business* 117 (1964); *ders.* 75 *Journal of Political Economy* 287 (1967); *Grossmann/Stiglitz*, 70 *American Economic Review* 393 (1980); *Grossmann*, 31 *Journal of Finance* 573 (1976); *ders.*, 18 *Journal of Economic Theory* 81 (1978). Zum irrationalen Anlegerverhalten: *Fenn/McGuire/Prentice*, in Hopt/Wymeersch (Hrsg.), *European Insider Dealing*, 1992, S. 3, 5; *Fishman/Hagerty*, 44 *J. Fin.* 633 (1989); *Malkiel*, 17 *Journal of Economic Perspectives* 59 (2003); *Moloney*, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 2014, S. 57 f.; *Kahneman/Tversky*, 47 *Econometrica* 263 (1979); vgl. auch *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 59–71, 159–202; *Langevoort*, 97 *Northwestern University L. Rev.* 135 (2002); vgl. auch *Grundmann* in: Grundmann/Micklitz/Renner Privatrechtstheorie II, 2015, bes. S. 875–902.

⁵³⁸ „Effiziente Mittelallokation“, hierzu *Grossman*, 31 *Journal of Finance* 573 (1976); *Grossman*, 18 *Journal of Economic Theory* 81 (1978); *Grossman/Stiglitz*, 70 *American Economic Review* 393 (1980); *Diamond/Verrecchia*, 9 *Journal of Financial Economics* 221 (1981); *Morrison/Wilhelm, Jr.* *Investment Banking*, S. 3; *Wurgler* 58 *Journal of Financial Economics* 187 (2000). Ausführlich auch Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil 5 Rn. 14–16.

⁵³⁹ *Creaven* 60 *Fordham Law Review* (1992), 285, 299; *Grundmann* ZSR 115 nF (1996), 103, 114–120; *Hopt* ZHR 140 (1976), 201 und 141 (1977), 389, 411–416; *Moloney* *EU Securities and Financial Markets Regulation*, 2014, S. 54–59 und 185–192.

⁵⁴⁰ Etwa *Diamond/Verrecchia*, 37 *Journal of Finance* 275 (1982); *Holmstrom/Tirole*, Yale School of Organization and Management Working Paper Series D No. 48; *Avgouleas*, *Governance of Global Financial Markets*, 2012, S. 24 sowie 32 ff.

⁵⁴¹ Vgl. *Jensen/Meckling*, 3 *Journal of Financial Economics* 305 (1976); dazu *Grundmann* in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), *Privatrechtstheorie II*, 2015, S. 1507–1527; vgl. desweiteren zum Publizitätssystem Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil 5. Abschnitt.

⁵⁴² Vgl. hierzu namentlich *Diamond*, 57 *American Economic Review* 759 (1967); *Avgouleas*, *Governance of Global Financial Markets*, 2012, S. 24 sowie 30 f.

⁵⁴³ Vgl. etwa *Avgouleas*, *Governance of Global Financial Markets*, 2012, S. 23 f.; *Matthews/Mishkin/Giuliodori*, *Banking and financial markets*, 2013, S. 23 f.

⁵⁴⁴ Dazu Staub/*Grundmann*, 2020, Teil 6 Rn. 34, 61–63.

vor: die Garantie von Systemstabilität.⁵⁴⁵ So wird gerade auch das Projekt einer Europäischen Kapitalmarktunion mit dem Ziel erhöhter Stabilität des Finanzsystems begründet.⁵⁴⁶ Im institutionenökonomisch-juristischen Schrifttum wird schließlich auch die Reduktion der Transaktionskosten als wichtige Nebenfunktion des Kapitalmarkts gesehen.⁵⁴⁷

2. Ziele und zurechnungsrelevante Vektoren des Kapitalmarktrechts

Das Kapitalmarktrecht ordnet sich den Funktionen des Kapitalmarkts unter und reicht dabei weit in die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten und selbst in ihre Organisationshoheit hinein. Freilich verfolgt es neben den soeben deklarierten Funktionsparadigmen auch besondere Facetten, insbesondere den Anlegerschutz. *Hopt* drückt es zutreffend aus: „der Funktionenschutz des Kapitalmarkts und der Individualschutz der Anleger sind zwei Seiten derselben Medaille. Wer das eine betreibt, betreibt zugleich das andere.“⁵⁴⁸ Das Kapitalmarktrecht ist als Unternehmensrecht Teil des öffentlichen Rechts und hat damit die relativen Partebeziehungen nicht speziell im Blick, sondern allein seine segmentiell spezifischen Regulierungsziele, wirkt dabei allerdings stark auf die unternehmerischen und organisatorischen Entscheidungen Privater.⁵⁴⁹ Als Aufsichtsrecht regelt es dabei die gesamte Lebensspanne von Finanzdienstleistern aller Art, von deren Zulassung über die Kunden und Organisationsbeziehungen bis hin zur Liquidation.⁵⁵⁰ Die Aufsicht liegt im Verwaltungsverbund von Europäischer Bankenaufsichtsbehörde und nationalen Aufsichtsbehörden, unterstützt insbesondere vom Europäischen Ausschuss für Systemrisiken.⁵⁵¹ War das Kapitalmarktrecht zunächst noch in nationaler Hand, ist es inzwischen, spätestens in Folge der Finanzmarktkrise 2008, in Kernfragen europäisiert und ist

⁵⁴⁵ Vor allem *Rechtschaffen*, Capital Markets, 2019, S. 243.

⁵⁴⁶ Vgl. *Bergmann* in Handlexikon der Europäischen Union, 6. Aufl. 2022, Stichwort Bankenunion; *Aquilina/Kraus*, Financial Conduct Authority, Occasional Paper 18, May 2016, 9, 19; *Heuer/Schütt*, BKR 2016, 45, 50; *Hopt* EuZW 2015, 289, 289f.; *Schmidt*, GPR 2015, 129, 129f.; *Veil*, ZGR 2014, 544, 547; *Wilhelmi/Büchler*, ZVglRWiss 113 (2014), 507, 513 ff.; zur Kapitalmarktunion *Hinojosa-Martínez/Beneyto* (Hrsg.), European Banking Union. The New Regime, 2015.

⁵⁴⁷ Vor allem *Fabozzi/Peterson/Drake*, Finance, 2009, S. 114 sowie 114f., 117f.; wohl auch *Avgouleas*, Governance of Global Financial Markets, 2012, S. 24 sowie 30f.

⁵⁴⁸ *Hopt*, ZHR 159 (1995), 135, 159.

⁵⁴⁹ Zum öffentlichen Recht *Emmenegger*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, 2004, S. 7 ff.; *Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 41; *Renner*, Zwingendes transnationales Recht, 2010, S. 17f.

⁵⁵⁰ Für einen Überblick zu der Materie, in: Dausers/Ludwigs/Burgard/Heimann, 55. EL 2022, E. IV. 2.

⁵⁵¹ Dazu Schwennicke/Auerbach/Schwennicke, 4. Auflage 2021, § 7d KWG Rn. 1, 2.

somit Paradefall für eine europäisch-nationale Mehrebenenordnung.⁵⁵² Dabei spielen die USA immer noch eine gewichtige Rolle als Impulsgeber von Regulierungskonzepten. In den europäisierten Bereich fallen auch akute Zurechnungsfragen, die hier betrachtungsmaßgeblich sind. Zentrale EU-Regelungsmaterien sind hier für den Primärmarkt, also bei der erstmaligen Platzierung von Finanzinstrumenten auf dem Kapitalmarkt durch Emission, das Prospektrecht, wobei insbesondere die Prospekthaftung Zurechnungsfragen in Mehrpersonenkonstellationen aufwirft (näher unten II.). Ebenfalls von großer Relevanz sind die für den Sekundärmarkt in der MAR kodifizierten Bereiche des Insiderhandels, der Ad-hoc Publizität und der Marktmanipulation, die zuletzt auch explizit unter Zurechnungsgesichtspunkten ein breites Echo gefunden haben (näher unten III.).

Bedeutsam für die Finanzmarktintermediäre sind schließlich die vielfältigen Verhaltens- und Organisationspflichten, im weitesten Sinne als Compliance zu verstehen, die insbesondere aus den Vorgaben der Kapitaladäquanzrichtlinie und –verordnung sowie aus der MiFID II und der dazugehörigen MiFIR folgen.⁵⁵³ Aus diesen Vorgaben folgen für Banken insbesondere konzernweite Organisationspflichten⁵⁵⁴ – ein aus dem Deliktsrecht bekannter Topos der Zurechnung der in Tochterunternehmen verwirklichten Verstöße auf die Mutter und ggf. Schwestern bedeutet, begründet durch den Vorwurf der Verletzung *eigener* Organisationspflichten.⁵⁵⁵ Auf diese Weise kommt es auch zu einer Durchbrechung des Trennungsprinzips, unter dem Topos der aufsichtsrechtlichen Konsolidierung, die bislang freilich als enge Ausnahme betrachtet wird (näher unten IV.).⁵⁵⁶

II. Prospekthaftung

1. Spezifische Regelungsgedanken des Prospektrechts

Das Prospektrecht betrifft die Markteinführungspublizität von öffentlich angebotenen Wertpapieren.⁵⁵⁷ Die Regulierung des Prospektrechts wird komplementär vom Wertpapierprospektgesetz (WpPG) und der EU-Prospekt-Verordnung 2017/1129 (EU-Prospekt-VO) getragen.⁵⁵⁸ Regelungsgedanke ist der An-

⁵⁵² Vgl. Staub/*Grundmann*, 2020, 5. Teil, 3. Abschnitt Rn. 97f.; dabei ist das EU-Kapitalmarktrecht in weiten Teilen vom US-Kapitalmarktrecht inspiriert, mit rechtsvergleichenden Bezügen Renner, Bankkonzernrecht, 2019, S. 126 ff.

⁵⁵³ Zum Begriff der Compliance und dem regulatorischen Hintergrund, Verse, ZHR 175 (2011), 401, 403; Bottmann, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 2.1. Rn. 1–8.

⁵⁵⁴ Dazu umfassend Renner, Bankkonzernrecht, 2020, insbes. Kap. X-Y-Z.

⁵⁵⁵ Dazu bereits oben, Kapitel 2., B., V.

⁵⁵⁶ So Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 96 f.

⁵⁵⁷ Zur Gesetzgebungsentwicklung Ellenberger/*Bunte/Grundmann/Denga*, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 27; ebenda zum Anwendungsbereich des Prospektrechts Rn. 90.

⁵⁵⁸ Zum Zusammenspiel der beiden Rechtsakte, *Grundmann/Denga*, *ibid.* Rn. 28.

legerschutz, der unter Anwendung des Informationsmodells durch umfassende Aufklärung über die Anlagerisiken des jeweiligen öffentlich angebotenen Wertpapiers erreicht werden soll.⁵⁵⁹ Entscheidend für die Prospektspflicht ist die Öffentlichkeit des Angebots, die einen unbestimmten Adressatenkreis voraussetzt. Art. 1 Abs. 4 lit. b) der EU-Prospekt-VO legt fest, dass „ein Wertpapierangebot, das sich an weniger als 150 natürliche oder juristische Personen pro Mitgliedstaat richtet, bei denen es sich nicht um qualifizierte Anleger handelt“, nicht unter das Regime der EU-Prospekt-VO fällt und bietet damit einen wichtigen Anhaltspunkt für das Konzept der Öffentlichkeit.⁵⁶⁰ Abgesehen von der tatbestandlichen Aussonderung von Fällen nichtöffentlicher Wertpapierangebote sind unter dem Regime der EU-Prospekt-VO mehrere Ausnahmen vorgesehen (Art. 1 Abs. 4), vor allem können die Mitgliedstaaten selbstständig beschließen, öffentliche Angebote von Wertpapieren durch KMU von der Pflicht zur Veröffentlichung eines Prospekts gemäß Absatz 1 auszunehmen.⁵⁶¹ Tieferliegende Ratio der KMU-Ausnahme ist die verringerte Schutzbedürftigkeit der Anleger – nicht nur der Höhe ihrer Anlage nach, sondern insbesondere hinsichtlich des Umstands, dass KMU besondere Vertrauensträger sind und Information in ihrem Markt anders als durch Prospekte sichergestellt werden kann.⁵⁶² Außerhalb dieser Ausnahmen ist Träger anlagerelevanter Information der Prospekt. Das Prospektrecht sieht daher umfangreiche Pflichten zur inhaltlichen Gestaltung und Veröffentlichung von Prospekten vor – insbesondere müssen Prospekte richtig sein und gegen einen Information-Overkill eine Zusammenfassung mit detailliert geregelten „Basisinformationen“ (Art. 7) enthalten.⁵⁶³ Für die Effektivität des umfangreichen Regelungsprogramms ist die Haftung bedeutsam. Sie schützt das typisierte Anlegervertrauen in die Richtigkeit der Prospektangaben.⁵⁶⁴

2. Zurechnungsprobleme der Prospekthaftung

a) Prospekthaftung im Mehrebenensystem

Die Prospekthaftung bildet mustergültig das Zusammenwirken nationalen und europäischen Rechts ab. Die europäischen Rechtsakte enthielten historisch zunächst keine explizite Regelung zur Sanktion für Verstöße gegen die Prospekt-

⁵⁵⁹ Allgemeiner zu Warnhinweisen gerade bei kognitiven Verzerrungen: *Klöbn*, 10 EBOR (2009), 437; *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität., 2017, S. 771 ff., 898 ff.

⁵⁶⁰ *Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga*, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 38.

⁵⁶¹ Vgl. *Klöbn* ZIP 2018, 1713; *Schwark/Zimmer/Preuß*, 5. Aufl. 2020, § 3 WpPG Rn. 23; sowie *Grundmann*, FS Windbichler 2020, S. 67, 93 ff.; ausf. *Ders.*, FS Grunewald 2021, S. 227.

⁵⁶² Zum „natürlichen“ Vertrauensschutzes in KMU-Märkten, *Grundmann*, FS Grunewald, 2021, S. 227, 231 f.

⁵⁶³ Dazu *Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga*, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 63–65.

⁵⁶⁴ M.w.N. *Buck-Heeb/Dieckmann*, ZHR 184 (2020), 646, 655.

pflicht. Das EU-Primärrecht überformte das nationale Recht freilich schon dahingehend, dass es entgegen deutschem Recht zu einer Haftung bereits bei leichter Fahrlässigkeit zwang, wenngleich die wohl h. M. terminologisch immer noch am Erfordernis grober Fahrlässigkeit festhält, und auch nationale Haftungserleichterungen im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung zurücktreten mussten.⁵⁶⁵ Der EuGH verpflichtete deutsche Gerichte für § 611a BGB a. F. ebenfalls dazu, konkurrierende Ansprüche zuzulassen, obwohl alle sonstigen (deutschen) Auslegungsmethoden dagegen sprachen.⁵⁶⁶ Art. 6 der allgemeinen Prospekt-Richtlinie schrieb 2003 eine Prospekthaftung vor, als Vorgängerregel zu Art. 11 EU-Prospekt-VO von 2019. Seitdem ist der nationale Gesetzgeber verpflichtet, jedenfalls einen Schuldner im Lager der Emittenten von Wertpapieren vorzusehen und diesen für Fehler im Prospekt haftbar zu machen. Der EuGH geht bei der nationalen Umsetzung der Haftungsvorgaben von einem hohen Maß an Effektivität aus, insbesondere unter Verweis auf Art. 291 AUEV.⁵⁶⁷ So dürfen die nationalen Sanktionen, selbst wenn sie, wie üblich und auch unter der EU-Prospekt-VO, nicht vom EU-Sekundärrechtsakt vorgegeben sind, nicht weniger effizient sein als diejenigen für die Verletzung von vergleichbaren Tatbeständen des nicht harmonisierten Rechts (Grundsatz der Gleichbehandlung).⁵⁶⁸ Der EuGH prüft hier nationales Recht zunehmend auf Konsistenz.⁵⁶⁹ So bestehen weiterhin Zweifel, ob die unter §§ 8 –16 WpPG zur Umsetzung der Haftungsvorgaben von Art. 11 EU-Prospekt-VO vorgese-

⁵⁶⁵ Dazu *Grundmann* Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 702; v. *Ilberg/Neises* WM 2002, 635, 641; *Moloney* (2003) 40 CMLR 809, 832; *Ellenberger*, Prospekthaftung im Wertpapierhandel, 2001; *Gerber*, Prospekthaftung bei Wertpapieremissionen nach dem Dritten Finanzmarktförderungsgesetz, 2001; wegweisend *Assmann*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, 1985.

⁵⁶⁶ EuGH Urt. V. 10.4.1984 – Rs. 14/83 – *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891, 1908 f.; EuGH Urt. V. 10.4.1984 – Rs. 79/83 – *Harz*, Slg. 1984, 1921, (1941 f.). Zum Gebot richtlinienkonformer Auslegung *Grundmann* ZeuP 1996, 399, 420 ff.; BGH NJW 2009, 427; problematisch OLG Frankfurt a. M. ZIP 1997, 107 (109) („Sachsenmilch“).

⁵⁶⁷ EuGH v. 8.11.1990 – Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3968 (3975) – Rn. 25; v. 22.4.1997 – Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2212 (2220) – Rn. 22 – die „abschreckende Wirkung“ von Haftung kann im Einzelfall zur Unanwendbarkeit von Rechtfertigungsgründen oder Verschuldenserfordernissen des nationalen Rechts führen. Zu weiteren normativen Gründen des Effektivitätsprinzips vgl. Kapitel 4, C. 2.

⁵⁶⁸ EuGH Urt. V. 12.6.1980 – verb. Rs. 119 und 126/79 – *Lippische Hausgenossenschaft/Bundesanstalt für Landwirtschaftliche Marktordnung*, Slg. 1980, 1863 (1879); *Grundmann/Selbherr* WM 1996, 985, 987 ff.; vgl. auch EuGH Urt. V. 10.4.1984 – Rs. 14/83, *von Colson und Kamann*, Slg. 1984, 1891 (1908); EuGH Urt. V. 10.4.1984 – Rs. 79/83, *Harz*, Slg. 1984, 1921 (1941 f.); kritisch *Assmann*, FS Kübler, 1997, S. 317, 342; *Kort*, AG 1999, 9, 19 f.

⁵⁶⁹ Vgl. EuGH Urt. V. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – *Centros*, Slg. 1999, I-1459, 1495; auch zu „Golden Shares“, vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 645, 785; *Roth*, VersR 1993, 129, 137 ff.; dazu *Philipp*, Systemgerechtigkeit bei den Marktfreiheiten der Europäischen Union, 2016, 146.

hene Prospekthaftung nicht höhere Voraussetzungen hat, als die der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Prospekthaftung.⁵⁷⁰

b) Prospekthaftung in Mehrpersonenkonstellationen

Art. 11 der EU-Prospekt-VO ist die Ankernorm der EU-Prospekthaftung. Sie mag in ihren verbindlichen Vorgaben zunächst wenig weitreichend wirken, ordnet sie doch nur die *alternative* Haftung eines Verantwortlichen an („Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass je nach Fall zumindest [...]“), während § 9 Abs. 1 WpPG weiter geht und die Gesamtschuld mehrerer Beteiligter vorsieht.⁵⁷¹ Bemerkenswert ist allerdings der Kontrast im Adressatenkreis der für Prospektfehler Verantwortlichen unter § 9 WpHG und Art. 11 EU-Prospekt-VO. Hieraus können wesentliche Folgerungen für die Haftung in Mehrpersonenverhältnissen gezogen werden, welche die Regel bilden, da das öffentliche Angebot von Wertpapieren selten unmittelbar selbst durch den Emittenten erfolgt, sondern stets unter Einschaltung von Hilfspersonen, nicht zuletzt auch von Emissionskonsortien.⁵⁷²

So kennt § 9 Abs. 1 S. 1 WpPG nur zwei Schuldnerkategorien: diejenigen, „die für den Prospekt die Verantwortung übernommen haben“ und diejenigen, „von denen der Erlass des Prospekts ausgeht“. Damit sind auch zwei alternative personelle Rollen geschaffen, der Prospektverantwortliche und der Prospekturheber. Art. 11 der EU-Prospektverordnung hingegen ist ausdifferenzierter: S. 1 fordert die (durch die Mitgliedstaaten näher auszugestaltende) Haftung des „Emittent[en] oder dessen Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan[s], [des] Anbieter[s], [der] die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt beantragende[n] Person oder de[s] Garantiegebers für die Richtigkeit der in einem Prospekt und Nachträgen dazu enthaltenen Angaben“. Dieses personale Spektrum reduziert sich indes mit Blick auf Abs. 2 S. 1, der die Haftungsverantwortung nur noch für die Personen einfordert, „die für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben verantwortlich sind“. Letztendlich bleibt es auch auf europäischer Ebene bei dem Generaltatbestand der Prospektverantwortung, der national in § 9 WpHG um die Figur des Prospekturhebers ergänzt werden durfte, da Art. 11 EU-Prospekt-VO den Mitgliedstaaten ausdrücklich Spielraum bei der Festlegung des Haftungsregimes gibt und dies den Zwecken der Prospektdisziplin zu Gute kommt, zumal durch die Gesamtschuld zwischen Prospektverantwortlichem und -urheber.

⁵⁷⁰ Zuletzt *Buck-Heeb/Dieckmann*, ZHR 184 (2020), 646, 661 ff.; *Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga*, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 88, 118.

⁵⁷¹ Ausführlich *Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga*, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 96.

⁵⁷² Näher zu den bei Wertpapieremissionen Beteiligten vgl. *Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga*, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 6 ff.

Relevante Abgrenzungsprobleme stellen sich zwischen Urheberschaft und Verantwortungsübernahme nicht, da die Verantwortungsübernahme weit zu verstehen ist, wie schon der Wortlaut von § 8 WpPG nahelegt und es auch der Effektivitätsgrundsatz des Europarechts gebietet. § 8 WpPG stellt klar, dass neben dem Emittenten, von dem der Prospekt immer ausgeht und der daher stets als Anspruchsgegner verpflichtet ist,⁵⁷³ je nach Prospektart mindestens ein Anbieter (§ 8, 1. Alt. WpPG) oder Zulassungsantragssteller (§ 8, 3. Alt. WpPG), wobei letztere stets Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute sind,⁵⁷⁴ zusätzlich verpflichtet ist, daneben freilich auch gegebenenfalls weitere Anbieter oder Antragssteller oder Garanten (§ 8, 4. Alt. WpPG). Die Urheberschaft wird hingegen in mittelbaren Konstellationen angenommen, die von einem Konzept des „Hintermanns“ geprägt sind, der materiell Einfluss auf die Prospektgestaltung nimmt.⁵⁷⁵ Insbesondere in Konzernsachverhalten kann die Konzernmutter die Rolle eines solchen Hintermanns einnehmen – allerdings besteht im Prospektrecht anders als im Kartellrecht keine Vermutung, dass bestimmender Einfluss auch konkret tatsächlich ausgeübt wird.⁵⁷⁶ Denn anders als etwa die DSGVO nimmt die EU-Prospekt-VO keinen Bezug auf das Unternehmenskonzept des Wettbewerbsrechts.

Die für das Emissionsgeschäft als Intermediäre maßgeblichen Konsortialbanken werden in aller Regel als Unterzeichnende auch Prospektverantwortliche sein,⁵⁷⁷ nur in ganz seltenen Ausnahmefällen als Hintermänner „nur“ Urheber.⁵⁷⁸ Denn die bloße Aufführung im Prospekt als eine der emissionsbegleitenden Konsortialbanken wird von der wohl h.M. in Deutschland unter dem Topos der „Verantwortung“ als haftungsbegründend angesehen, was nur anders sein soll, wenn nach außen hinreichend deutlich gemacht wird, dass es an der Mitverantwortung für den Prospekt fehlt und die Urheberschaft besonders begründet werden muss. Maßgeblich soll der relevante Anlegerhorizont sein.⁵⁷⁹ Im „grauen“ Kapitalmarkt unterstützen Kreditinstitute oder Wertpapierdienstleister hingegen die Emission allenfalls als Kreditgeber, also in jedem Fall ohne

⁵⁷³ Zu diesen: Assmann/Schütze/Buck-Heeb/Assmann/Kumpan, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 156 ff.; Kunz, Börsenprospekthaftung, 1991, S. 117–120; Schwark/Zimmer/Schwark, 4. Aufl. 2010, §§ 44, 45 BörsG Rn. 9.

⁵⁷⁴ Herleitung dazu, dass zwingend Bankgeschäft, und auch zu den Marktsegmenten: Staub/Grundmann, 2020, 6. Teil, Rn. 3–7.

⁵⁷⁵ Dazu Schwark/Zimmer/Heidelbach, 5. Aufl. 2020, § 9 WpPG Rn. 18 ff.

⁵⁷⁶ Dazu oben, Kapitel 3., C., III., 2., b.

⁵⁷⁷ Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried/Oulds, 5. Aufl. 2019, Rn. 15.209; vorsichtiger Lemke, BuB 10/347.

⁵⁷⁸ Dazu auch Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 99.

⁵⁷⁹ RG Urt. V. 9.1.1929 – I 207.28-T, Bank-Archiv 1929/30, 79; Assmann/Schütze/Buck-Heeb/Assmann/Kumpan, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 161; Schwark/Zimmer/Schwark (4. Aufl.) §§ 44, 45 BörsG Rn. 10; BGH, ZIP 1998, 1528; Kort AG 1999, 9, 11; schärfer Staub/Canaris, 2020, Rn. 2295; Hopt, Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen, 1991, S. 68 und 70.

eigene Prospektverantwortlichkeit.⁵⁸⁰ Unternehmensprüfer, die im Zuge der Wertpapieremission häufig eingeschaltet werden, sollen hingegen nie als Hintermänner Pro-spekturheber sein,⁵⁸¹ können freilich nach allgemeinen Grundsätzen aus § 311 Abs. 3 BGB wegen Inanspruchnahme von Vertrauen „in besonderem Maße“ haften.⁵⁸² Ob diese Rollenzuweisung dem Verantwortungsbegriff der EU-Prospekt-VO gerecht wird, muss davon abhängen, ob die Haftung der Unternehmensprüfer effektiv den in ihrem Vertrauen enttäuschten Anlegern zu Gute kommt. Ein Verschuldenserfordernis ist in den Verantwortungsbegriff selbst noch nicht hineinzulesen, was schon daraus folgt, dass Art. 11 Abs. 1 EU-Prospekt-VO zum Kreis der Verantwortlichen auch Garantiegeber zählt, die sich nach allgemeinem Verständnis gerade durch einen verschuldensunabhängigen Einstandswillen kennzeichnen.⁵⁸³ Verantwortung im Sinne von Art. 11 EU-Prospekt-VO ist damit nicht ethisch zu verstehen, sondern technisch in Hinblick auf „die in einem Prospekt enthaltenen Angaben“, im Lichte einer möglichst effektiven Wirksamkeit der Prospektvorgaben. Verschulden ist dann freilich auf Ebene der nationalen Haftungsnormen wieder von Bedeutung.

Aus dem Effektivitätsgebot folgt auch die Zurechnung des Verhaltens von Hilfspersonen, Mitarbeitern und Organen – hier dürfen für die Begründung der Primärhaftung des Geschäftsherren keinesfalls die strengen Vorschriften des OWiG⁵⁸⁴ als Maßstab angelegt werden. Die nationalen Zurechnungsnormen der §§ 31, 278, 831 BGB sind vielmehr dahingehend auszulegen, dass sie eine effektive Haftung des Verantwortlichen sicherstellen. Selbes muss auch für die Wissenszurechnung gelten – viel spricht dafür, dass im EU-Recht die umfassende Wissenszurechnung die Regel ist, die durch gehörige Compliance-Maßnahmen vermieden werden kann, so man in Art. 9 Abs. 1 MAR eine Modellnorm sieht.⁵⁸⁵ Ebenfalls unter der Prämisse, dass die MAR-Zurechnungsfragen übertragbar und modellhaft ausgestaltet sind, ist deren in Art. 12 Abs. 4 enthaltene Öffnungsklausel für das nationale Recht hinsichtlich der akzessorischen Haftung der Hilfspersonen, Mitarbeiter und Organe maßgeblich. Deren Eigenhaftung hängt also von den erhöhten Voraussetzungen des OWiG und den europarechtlich unkorrigierten §§ 31, 278, 831 BGB ab.

⁵⁸⁰ Ellenberger/Bunte/Grundmann/Denga, 6. Aufl. 2022, § 92 Rn. 7; BGH NZG 2014, 1384 (Rn. 107 ff.).

⁵⁸¹ Vgl. Assmann/Schütze/Buck-Heeb/Assmann/Kumpan, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 163. Zur bürgerlichrechtliche Prospekthaftung von Unternehmensprüfern strenger etwa BGH NJW 2013, 1877.

⁵⁸² Zur Haftung nach den Grundsätzen über den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte BGH NJW 2014, 2345. Zur Inanspruchnahme gesteigerten Vertrauens nach den Gesamtumständen der Darstellung BGH NJW 2012, 758; vgl. Groß, Kapitalmarktrecht, 7. Aufl. 2020, § 9 WpPG Rn. 9.

⁵⁸³ Zum deutschen Recht etwa MüKo-BGB/Grundmann, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 173 ff.

⁵⁸⁴ Dazu bereits oben, im Zusammenhang mit den Vorgaben des EU-Wettbewerbsrechts, Kapitel 3, C., III., 2.

⁵⁸⁵ Dazu noch unten, Kapitel 3, D., III., 2., b.

3. Zusammenfassung zur Zurechnung bei der Prospekthaftung

Art. 11 Abs. 1 und 2 der EU-Prospekt-VO formuliert ein haftungsrechtliches Effizienzgebot am Begriff der „Verantwortlichkeit“ als *lex specialis* gegenüber dem allgemeinen europarechtlichen Effizienzgebot aus Art. 291 AEUV. So konkretisierungsbedürftig der Begriff der Verantwortlichkeit in Einzelfällen noch ist, so sehr muss er doch den Zwecken des Anlegervertrauensschutzes untergeordnet werden und ist eine weite Wirkung, auch über personelle und organisatorische Ebenen hinweg, anzunehmen. Entscheidungen zu diesem Fragenkreis stehen noch aus; die Entwicklungsrichtung lässt sich freilich auch aus den modellhaft wirkenden Vorgaben der Rechtsprechung zur MAR ableiten, die im Folgenden noch zu erörtern sind. Als systematischer Befund steht hier jedenfalls, dass die Zurechnung im Prospektrecht über den Verantwortungsbegriff führt, also die tatbestandliche Ebene, ohne explizite Überleitungsnorm von einem Rechtsträger zum anderen. Der Europäische Gesetzgeber verzichtet auf genauere tatbestandliche Vorgaben wie sie etwa in § 278 BGB zu finden sind, wohl, weil er im Bereich der Haftung den Mitgliedstaaten schon aus Kompetenzgründen Umsetzungsspielraum lassen muss. Statt genauer Vorgaben zur Zurechnung lässt er allein den Effektivitätsgedanken wirken, was Probleme hinsichtlich Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit aufwirft. Diese relativieren sich freilich, wenn man einen systembildenden Ansatz des EU-Sekundärrechts wählt, der im Folgenden entwickelt werden soll.

III. EU-Marktmissbrauchs-Verordnung

1. Regulierungsansätze der EU-Marktmissbrauchs-Verordnung

Die EU-Marktmissbrauchs-Verordnung (Market Abuse Regulation, MAR)⁵⁸⁶ gilt seit 2016 als Verordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbar in den Mitgliedstaaten.⁵⁸⁷ Sie hat große Teile des kapitalmarktbezogenen, richtlinienbasierten Sekundärmarktrechts aus dem deutschen Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) gelöst.⁵⁸⁸ In ihr sind das Verbot des Insiderhandels, der Marktmanipu-

⁵⁸⁶ Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und den Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG, und 2004/72/EG der Kommission, Abl. EU 2014 L 173/1; zeitgleich: Richtlinie 2014/57/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 16. April 2014 über strafrechtliche Sanktionen bei Marktmanipulation (Marktmissbrauchsrichtlinie), Abl. EU 2014 L 173/179. Zur Gesetzgebungshistorie vgl. *Kiesewetter/Parmentier*, BB 2013, 2371; *Krause*, AG 2013, 309; *Parmentier*, WM 2013, 970; *Seibt*, ZHR 177 (2013), 388; *Veil/Koch*, WM 2011, 2297; auch *Hellgardt*, AG 2012, 154; zu den Rückwirkungen auf die Ad-hoc-Publizität *Koch*, BB 2012, 1365.

⁵⁸⁷ Dazu *Staub/Grundmann*, 2020, Teil 5, Rn. 136.

⁵⁸⁸ Dazu *Staub/Grundmann*, 2020, Teil 5, Rn. 62f.

lation sowie die Pflichten der Ad-hoc-Publizität und der Registrierung von Insidern und Insidergeschäften („Directors’ Dealings“) niedergelegt, womit sie den Kern des materiellrechtlichen Marktverhaltensrechts darstellt. Daher rührt auch das Verständnis der MAR in Verbindung mit dem WpHG als Europäisch-nationales „Grundgesetz des Sekundärmarktes“. ⁵⁸⁹ Der MAR liegen auf Grund dieses weiten Spektrums verschiedene Funktionen und Ziele zu Grunde, nicht zuletzt auch wegen der historischen Erweiterung des EU-Regulierungsbestandes vom isolierten Instrument des Insiderverbots aus der EG-Insiderhandels-Richtlinie 1989 ⁵⁹⁰ hin zu einem verallgemeinerten Schutz des Anlegervertrauens. ⁵⁹¹ Überwiegend ist freilich die Integrität der Kapitalmärkte unmittelbar selbst Regelungsziel der MAR. Dies trifft insbesondere auf die Insiderhandels- und Marktmanipulationsverbote zu, die alle Vorteile verhindern sollen, die auf der Ausnutzung von durch Manipulation geschaffenen oder durch Wissensvorsprung entstehenden Informationsasymmetrien beruhen. ⁵⁹² Dabei geht es indes nicht um Gewinnabschöpfung, sondern um die Unterbindung einer Situation, in welcher Finanzprodukte günstiger oder teurer erscheinen als sie es in Wahrheit sind, und um zu verhindern, dass Anleger suboptimale Angebote auswählen (drohende „adverse Selektion“). Rationales Anlegerverhalten würde ohne diese Verbote nicht gefördert, sondern ihre Erwartungen würden enttäuscht werden, und damit Vertrauen in den Kapitalmarkt als solchen – mitsamt weitreichender systemischer Konsequenzen. ⁵⁹³ Denn nicht nur werden wahrheitsgemäß angebotene Finanzprodukte benachteiligt, auch die Eigentumspositionen der falsch Anlegenden werden geschmälert, so dass in der Folge das Produktionsmittel Kapital ineffizient oder – im Falle permanenter und weitreichender Ausnutzung von Informationsasymmetrien – überhaupt nicht mehr fließt. Welche sozialen und psychologischen Modelle auch immer man hier zu Grunde legen mag, wobei der Ansatz beschränkter Rationalität plausibel scheint, die Gefahr von Systemkrisen ist real und hat sich eindrucksvoll in der Finanzkrise von 2008–2011 manifestiert. Neben Allokationsineffizienzen ist damit durchaus auch der Schutz des Finanzsystems Ziel. ⁵⁹⁴ Geschützt werden allerdings nicht nur die verschiedenen Anlegergruppen, sondern auch professionelle Marktintermediäre (Händler, Berater, Analysten). ⁵⁹⁵ Mittel dieses Schutzprogramms sind auf primärer Ebene die Verbote von Insiderhandel

⁵⁸⁹ Hopt, ZHR 159 (1995), 135, (135); ähnlich Moloney, (2002) 3 EBOR (2002), 293, (304); m. w. N. Staub/Grundmann, 2020, Teil 6 Rn. 251.

⁵⁹⁰ Zu dieser Staub/Grundmann, 2020, Teil 6 Rn. 262; zu den spezifischen Regelungszielen des Insiderhandelsverbots siehe unten, 2.

⁵⁹¹ Mit Überblick zur Regelungshistorie Staub/Grundmann, 2020, Teil 6 Rn. 255–257.

⁵⁹² Staub/Grundmann, 2020, Teil 6 Rn. 258

⁵⁹³ Vgl. näher Staub/Grundmann, 2020, 5. Teil Rn. 32.

⁵⁹⁴ Zu beiden Begründungslinien für Regulierung von Marktmissbrauch vgl. Staub/Grundmann, 2020, 5. Teil Rn. 17.

⁵⁹⁵ Zur Rolle der Finanzintermediäre insgesamt vgl. Leyens, Informationsintermediäre

und Marktmanipulation selbst, auf sekundärer Ebene schon diesbezügliche Präventionsmaßnahmen, insbesondere die Ad-hoc-Publizität. So erfassen die Tatbestände der Insiderverbote Vorbereitungshandlungen zur unmittelbaren Kapitalmarktschädigung, etwa die Weitergabe, das Tippen und Anstiften (Art. 8, 10, 14 MAR),⁵⁹⁶ insbesondere weil hinsichtlich der Schädigung durch Sekundärinsider selbst oftmals Beweisprobleme auftreten können.⁵⁹⁷ Die Präventionspflichten enthalten daneben durchaus noch andere Funktionen, wie etwa die Melde- und Registrierungspflicht für Primärinsider und für die von ihnen getätigten Einzelgeschäfte („Directors’ Dealing“, Art. 18f. MAR), die neben der Steigerung der Entdeckungswahrscheinlichkeit von verbotenen Praktiken⁵⁹⁸ auch darauf gerichtet ist, Signale zur Unternehmenseinschätzung in den Markt zu leiten, mithin dessen Effektivität zu steigern.⁵⁹⁹

Analog zum Prospektregime ist die MAR für das Pflichtenprogramm vollharmonisierend, hingegen im Bereich der Sanktionsvorgaben der Artt. 30ff. lediglich mindestharmonisierend. Anders als die EU-Prospekt-VO ist das Sanktionsregime der MAR allein auf „verwaltungsrechtliche Maßnahmen und Sanktionen“ ausgerichtet, was auch das Strafrecht erfasst. Vorgaben zur privatrechtlichen Haftung werden hingegen nicht gemacht, woraus im deutschen Recht eine fehlende Schutzgesetzzeigenschaft einzelner Vorgaben der MAR abgeleitet wird.⁶⁰⁰ Dies ist freilich mit Blick auf das Effizienzgebot des Europarechts zweifelhaft, auch weil die MAR ausdrücklich dem Schutz des Anlegervertrauens dienen soll, Art. 1 MAR, so dass jedenfalls eine europarechtskonforme Auslegung von § 823 Abs. 2 BGB geboten scheint.⁶⁰¹ Für das Regime der Ad-hoc-Publizität folgt ein drittschützender Charakter unmittelbar aus EG 49,⁶⁰² was sich auch in den deliktischen Sondertatbeständen der §§ 97, 98 WpHG manifestiert, welche Verstöße gegen die Ad-hoc-Publizität, und damit mittelbar

des Kapitalmarkts, 2017; zu den unterschiedlichen Schutzgütern und Schutzadressaten Staub/*Grundmann*, 2020, Staub, Teil 6 Rn. 337–339 und 434–437.

⁵⁹⁶ Ebenso KölnKomm-WpHG/*Klöhn*, 2. Aufl. 2014, vor § 12–14 Rn. 16, § 14 Rn. 258; Schwark/*Zimmer/Schwark/Kruse*, 5. Aufl. 2020, § 14 WpHG Rn. 39.

⁵⁹⁷ *Sethe*, ZBB 2006, 243; *Zetzsche*, NZG 2015, 817, 817f.: Assmann/Schütze/Buck-Heeb/*Sethe*, 5. Aufl. 2020, § 8 Rn. 112–117 (Weitergabeverbot), 143 (Tippverbot); KölnKomm-WpHG/*Klöhn*, 2. Aufl. 2014, § 14 Rn. 259; Schwark/*Zimmer/Schwark/Kruse*, 5. Aufl. 2020, § 14 WpHG Rn. 39; Staub/*Grundmann*, 2020, Teil 6 Rn. 259.

⁵⁹⁸ Dazu KölnKomm-WpHG/*Heinrich*, 2. Aufl. 2014, § 15a Rn. 3; Schwark/*Zimmer/Zimmer/Osterloh*, 5. Aufl. 2020, § 15a WpHG Rn. 8.

⁵⁹⁹ Vgl. dazu EG 26; *Hagen-Eck/Wirsch*, DB 2007, 504, 507; KölnKomm-WpHG/*Heinrich*, 2. Aufl. 2014, § 15a Rn. 3; dazu Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil Rn. 260.

⁶⁰⁰ Dazu *Salinger*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 15, 12 MAR Rn. 308.

⁶⁰¹ So etwa auch *Seibt/Wollenschläger*, AG 2014, 593, 607; zum Insiderhandels- und Marktmanipulationsverbot jeweils im Einzelnen Ebenroth/Boujoung/*Poelzig*, 4. Aufl. 2020, Art. 8–11, 14 Rn. 76, Art. 12 Rn. 51 ff.

⁶⁰² Mit ökonomischen Gründen dagegen *Thomale*, Der gespaltene Emittent, 2018, Kapitel VII.

auch Verstöße gegen das Insiderhandelsverbot,⁶⁰³ schadenersatzrechtlich sanktionieren. Hier können mangels präziser Vorgaben in der MAR nur die Grundwertungen des EU-Mehrebenensystems maßgeblich sein. Die verwaltungsrechtliche Haftung für Verstöße gegen die MAR, insbesondere deren beiden Hauptverbote – der Manipulation und des Insiderhandels – wird im 7. Abschnitt des WpHG umgesetzt durch besondere, sehr unüberschaubare, von Blankettverweisen auf die europäisch determinierten Verhaltenspflichten geprägte gemischte Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände.⁶⁰⁴ Bislang sind in Deutschland nur natürliche, nicht hingegen juristische Personen strafbar; Ordnungswidrigkeiten können hingegen auch juristische Personen begehen.⁶⁰⁵

2. Insiderhandel

a) Spezifische Ratio

Die Ratio des Insiderhandelsverbots wurde kontrovers diskutiert. Die Artt. 7–10, 14 MAR sollen generell, so wie es auch die Erwägungsgründe 2, 7 und 23 beschreiben, die Funktionsfähigkeit der Kapitalmärkte der EU und des EWR schützen, indem die Enttäuschung des Anlegervertrauens verhindert wird; nur allenfalls sekundär sind die Treubindungen gegenüber demjenigen geschützt, aus dessen Bereich die Insiderinformation stammt.⁶⁰⁶ Das Insiderhandelsverbot ist neben dem Manipulationsverbot die Kernregel, die Ad-hoc-Publizität ist vor allem als Präventivmaßnahme angeordnet, um Insiderhandel vorzubeugen. In informationsökonomischer Hinsicht ließe sich auch das Gegenteil vertreten, nämlich, dass eine Offenlegung des Insiderwissens an sich schon ausreiche, um die Allokationseffizienz zu steigern. Beim Insiderhandel als Folgeerscheinung des Insiderwissens war lange umstritten, ob er als solcher zu Effizienzverlusten führt, die ein Verbot rechtfertigen würden.⁶⁰⁷ Hiergegen wurde u. a. angeführt, dass ansonsten die „highest value users“ von der Nutzung der Information ausgeschlossen wären und das Unternehmen eine wichtige Anreiz-

⁶⁰³ Zum Schutzzweck Ebenroth/Boujoung/Poelzig, 4. Aufl. 2020, § 98 WpHG Rn. 3–6.

⁶⁰⁴ Dazu die Übersicht Assmann/Schütze/Mülbert/Spoerr, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, Vorb. Zu §§ 119–126 WpHG Rn. 1–7; zur Prüfungsstruktur der komplexen Normen Rn. 23–29; zur verfassungsrechtlichen Würdigung Rn. 33–41.

⁶⁰⁵ Zu diesem Grundsatz des deutschen Unternehmenssanktionenrechts Karlsruher Kommentar OwiG/Rogall, 5. Aufl. 2018, § 30 OwiG Rn. 1 ff.,

⁶⁰⁶ Assmann/Schütze/Buck-Heeb/Sethe, 5. Aufl. 2020, § 12 Rn. 6; Assmann, AG 1994, 196, 202; ders., ZGR 1994, 494, 499.

⁶⁰⁷ Zusammenfassung des ökonomischen Theorienstreits zum Insiderhandelsverbot aus deutscher Sicht und bezogen auf die Richtlinie bzw. das deutsche Gesetz vor allem bei einerseits Assmann AG 1994, 196, 201 ff.; Grunewald, ZBB 1990, 128 ff.; Hopt, ZGR 1991, 17, 22 ff.; Kirchner, FS Kitigawa, 1992, S. 665, 672–677; Ott/Schäfer, ZBB 1991, 226, 228 ff.; Paefgen, AG 1991, 380, 387 f.; KölnKomm-WpHG/Klöhn, 4. Aufl. 2014, Vor § 12 Rn. 72–143.

quelle zur Generierung von Kontrollinformationen verlöre.⁶⁰⁸ Ökonomisch mag dagegen sprechen, dass durch eine Zweiteilung des Kapitalmarkts in In- und Outsider die Investitionsanreize der Outsider schwinden und der Kapitalmarkt als solcher in der Folge Liquiditätsschwund erleidet.⁶⁰⁹ Auch sei der Informationsfluss zu Lasten der Transaktionspartner der Insider gemindert, die wiederum ihre Nachteile auf den Markt abwälzen.⁶¹⁰ Gegen die Zweiklassengesellschaft der Anleger sprechen freilich auch ethische Argumente, insbesondere der Gleichheitsgedanke (formuliert als *equal access*). Der Gesetzgeber bewertet die Gefahren des Insiderhandels (Vertrauensschwund im Gesamtsystem) als gravierender als diejenigen geringerer Marktinformierung (Effizienzeinbußen bei der Mittelallokation), was auslegungleitend sein muss.⁶¹¹

b) Zurechnungswertungen

Nach Art. 8 Abs. 1 MAR kann gegen das Insiderhandelsverbot nur verstoßen, wer „über Insiderinformationen verfügt und unter Nutzung derselben [...] Finanzinstrumente, auf die sich die Informationen beziehen, erwirbt oder veräußert.“ Art. 9 Abs. 1 MAR spricht auch davon, „dass eine juristische Person im Besitz von Insiderinformationen ist oder war“. Der Begriff der Insiderinformation ist in Art. 7 MAR definiert als „nicht öffentlich bekannte präzise Information, die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die, wenn sie öffentlich bekannt würden, geeignet wäre, den Kurs dieser Finanzinstrumente oder den Kurs damit verbundener derivativer Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen“. Die Definition lässt die Frage nach Mehrpersonenbeziehungen in und zu Organisationen zunächst offen. Wegen der üblichen Verteilung von Informationen in Orga-

⁶⁰⁸ Grundlegend *Manne*, Insider Trading and the Stock Market, 1966, S. 76–91, 111–158 et passim; *Carlton/Fischel* 35 Stan. L.Rev. 857 (1983), 866–872; *Ruder* 59 N.W.U.L. Rev. 185 (1964/65), 210–212; *Fenn/McGuire/Prentice*, in: Hopt/Wymeersch (Hrsg.), European Insider Dealing, 1991, S. 3, 6; dazu *Lahmann*, Insiderhandel – ökonomische Analyse eines ordnungspolitischen Dilemmas, 1994, S. 109f., 112–116, 117f.; *Krauel*, Insiderhandel, 2000, S. 20–41.

⁶⁰⁹ *Rudolph*, FS Moxter 1994, S. 1333, 1342f., 1346, 1348; *Schmidt*, Insider Regulation and Economic Theory, in: Hopt/Wymeersch (Hrsg.), European Insider Trading, 1991, S. 21, 23 ff., 26 ff. Zum Insiderrecht: *Amihud/Mendelson*, 17 Financial Management 5 (11) (1988); *Fenn/McGuire/Prentice*, in: Hopt/Wymeersch (Hrsg.) European Insider Dealing, S. 3, (8); *Nietsch*, ZHR 174 (2010), 556, 589; *Schmidt*, Insider Regulation and Economic Theory, in: Hopt/Wymeersch (Hrsg.) European Insider Trading, 1991, S. 21, (24 ff., 26 ff.); vgl. auch *Krauel*, Insiderhandel, 2000, S. 58; vgl. auch *Grundmann*, RabelsZ 66 (1997), 423, 436 f.

⁶¹⁰ Grundlegend: *Schmidt*, in: Hopt/Wymeersch (Hrsg.) European Insider Dealing, 1991, S. 21, 28 ff.; ähnlich *Rudolph*, FS Moxter 1994, S. 1333, 1345–1349; dazu auch *Krauel*, Insiderhandel, 2000, S. 56 f.

⁶¹¹ Dies kann bereits an den Sanktionen festgestellt werden, durch Vergleich von in § 38 WpHG und § 39 WpHG andererseits. Dazu auch *Fenn/McGuire/Prentice*, in: Hopt/Wymeersch (Hrsg.) European Insider Dealing, 1991, S. 3, 8; *Schmidt*, *ibid.* S. 21, 24 f. und 26 f.; *Kraakman*, *ibid.*, S. 39.

nisationen, allgemeiner noch in Mehrpersonenverhältnissen, wie sie hier betrachtungsgegenständlich sind, drängt sich wiederum die Frage nach der Maßgeblichkeit deutscher Dogmatik zum Problemkreis der Wissenszurechnung auf.

Wie auch im deutschen Recht ist erster Ansatzpunkt der Zurechnung der Tatbestand des Wissens selbst – je weiter er gezogen wird, umso weniger ist eine Zurechnung erforderlich.⁶¹² Aus den Artt. 8 und 9 MAR sowie den zugehörigen Erwägungsgründen folgt, dass positive Kenntnis der Information erforderlich ist.⁶¹³ Ein bloßes Kennenmüssen, wie vielfach im deutschen Recht hinreichend, genügt damit nicht – und: sofern man Kennenmüssen von vermutetem Kennen abgrenzen möchte, besteht auch keine Vermutung für Kenntnis. Dies folgt zunächst aus der Entstehungsgeschichte der Artt. 7–10, 14 MAR, zu deren Vorgängerregelung, Art. 2 Abs. 1 der Marktmissbrauchs-RL 2003, das vielbeachtete *Spector*-Urteil des EuGH erging, indem der EuGH von Kenntnis ausging.⁶¹⁴ In diesem Urteil wurde zwar durchaus eine Vermutung aufgestellt, die allerdings nur den Bezug zwischen *tatsächlich bekanntem* Insiderwissen und dem Folgegeschäft betraf. Auch nach alter Rechtslage waren Insiderinformationen als „präzise, nicht öffentlich bekannte und kursrelevante Information“ zu fassen. Der EuGH stellte lediglich fest, dass sie regelmäßig „integraler Bestandteil des Entscheidungsprozesses“ seien, der den Insider zum Geschäftsabschluss führt.⁶¹⁵ Ist die Information nicht bekannt, ist sie auch nicht Teil des Entscheidungsprozesses und Grund des Insidergeschäfts.⁶¹⁶ Dieses Verständnis ist auch in der MAR niedergelegt – teleologisch ist dieses Verständnis geboten,⁶¹⁷ da in der dem Insiderverbot zu Grunde liegenden ökonomischen Theorie stets auf positive Kenntnis abgestellt wird, das Problem des Kennenmüssens dort hingegen keine Rolle spielt. Geht man davon aus, dass im Bereich des Insiderhandels, wie im Kapitalmarktrecht allgemein schon wegen der ökonomischen Natur der Regelungsmaterie die ökonomische Theorie maßgeblich sein muss, kommt diesem Umstand erhebliches Gewicht zu. Die Schutzziele des Anleger- und Systemvertrauens sind beim Kennenmüssen nicht gleichermaßen tangiert wie bei Kenntnis von Insiderinformationen. Eine adäquate juristische Übersetzung der

⁶¹² Dazu bereits oben, Kapitel 2., E., III.

⁶¹³ Wie hier *Diversity/Köpferl*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, Unternehmens- und Steuerstrafrecht, 2. Aufl. 2017, § 38 WpHG Rn. 154; *Staub/Grundmann*, 2020, Teil 2, 5. Aufl. 2017, Rn. 383; *Bachmann*, Das Europäische Insiderverbot, 2015, S. 38; *Assmann*, ZHR 172 (2008), 635, 657; *Brandi/Süßmann*, AG 2004, 642, 643; *Cahn*, Der Konzern, 2005, S. 5, 8; m. w. N. auch *Klöhn NZG* 2017, 1285, 1290.

⁶¹⁴ Ebenso *Ransiek*, *wistra* 2011, 1, 2; *Klöhn*, *NZG* 2017, 1285, 1289; deutlich auch *Assmann/Schneider/Mülbert/Spoerr*, 7. Aufl. 2019, § 119 WpHG Rn. 22.

⁶¹⁵ EuGH, ECLI:EU:C:2009:806 Rn. 36 – *Spector Photo Group*.

⁶¹⁶ Auch EG 23, der den Insiderhandel in Abhängigkeit vom „ungerechtfertigten Vorteil aus dem mit Hilfe dieser Informationen erzielten Nutzen zieht“ definiert, setzt voraus, dass die Information überhaupt bekannt ist, vgl. auch *Klöhn NZG* 2017, 1295, 1290.

⁶¹⁷ Ähnlich auch *Klöhn*, *NZG* 207, 1295, 1290.

Problematik erfordert eine Bearbeitung in der ökonomischen Theorie, die – soweit ersichtlich – noch nicht erfolgt ist.

Die Problematik der Zurechnung wird weiterhin auch dem Wissensbegriff als solchem nachgelagert in Art. 9 MAR aufgegriffen – methodisch über die Begründung von Pflichten des Zurechnungsobjekts, nämlich eigener Organisations- und Sorgfaltspflichten; ergänzt wird das Pflichtenbegründungsmodell durch eine Zurechnung wegen mittelbarer Täterschaft. Art. 9 Abs. 1 MAR begrenzt den Kreis derjenigen Personen, deren Wissen juristischen Personen als Regelungsadressaten des Insiderhandelsverbots zuzurechnen ist. Interessanterweise bezieht sich die Norm dabei auch ausdrücklich auf vergangenes Wissen, also das Wissen ehemaliger Hilfspersonen, Mitarbeiter und Organe.⁶¹⁸ Auch hier ist das Urteil in Sachen *Spector* maßgeblich – es wurde in die Regelungen der Art. 8 Abs. 1 und 9 MAR übertragen und ist für diese zumindest auch grundlegend.⁶¹⁹ In der Rechtssache *Spector* hat der EuGH nämlich bereits Ausnahmekonstellationen benannt, welche die Vermutung der Nutzung einer bekannten Information zu einem Geschäft widerlegen – erforderlich ist der Nachweis, dass die Information nicht kausal für das betreffende Geschäft war.⁶²⁰ Diese Grundsätze gelten nach den Erwägungsgründen Nr. 24, 25 MAR für das Insiderhandelsverbots unter Art. 8 Abs. 1 MAR fort.⁶²¹ Dies betrifft auch die Konstellationen, in welchen der Kenntnisträger vom Geschäftsabschließenden abweicht, was insbesondere für die Hilfspersonen, Angestellten und Organe juristischer Personen relevant ist. So gibt Art. 9 Abs. 1 MAR einer juristischen Person unter dem Topos der „legitimen Handlungen“ die Möglichkeit zur Widerlegung der *Spector*-Vermutung: für sie gilt der Schluss von Kenntnis auf Geschäftsabschluss nicht, wenn sie (a) „angemessene und wirksame interne Regelungen und Verfahren eingeführt, umgesetzt und aufrechterhalten hat“, um die „in ihrem Auftrag“ handelnden „natürlichen Personen“ von potenziellem Insiderwissen abzuschirmen, das von anderen Stellen des Unternehmens gesammelt wurde, und (b) sie auch im konkreten Fall keinen Einfluss auf den Handel genommen hat. Hierbei sind viele Gestaltungsmöglichkeiten denkbar, deren „Angemessenheit“ von den spezifischen Risiken im Unternehmen abhängt, sowie durchaus auch von Branchenstandards – Beispiele für typische Maßnahmen sind Chinese Walls („Vertrauensbarrieren“), Beobachtungs- und Verbotslisten, die von einer professionellen und hinreichend ausgestatteten Compliance-Abteilung durchgesetzt werden.⁶²² Im Umkehrschluss aus dieser Ausnahmerege-

⁶¹⁸ „[...] dass eine juristische Person im Besitz von Insiderinformationen ist oder war“; vgl. *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1291.

⁶¹⁹ Dazu *Klöhn*, WM 2017, 2085.

⁶²⁰ *Klöhn*, WM 2017, 2085; zum alten Recht statt aller *Hilgendorf/Kusche*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 5.4. Rn. 27.

⁶²¹ Vgl. etwa *Hilgendorf/Kusche*, in: *Park*, Kapitalmarktstrafrecht, 4. Aufl. 2017, Kap. 5.4. Rn. 51; *Bachmann*, Das Europäische Insiderverbot, 2015, S. 29; *Sieder*, ZFR 2017, 171, 172.

⁶²² Vgl. zu Chinese Walls *Hopt/Kumpfan*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-

lung ist zu folgern, dass juristischen Personen im Grundsatz die Kenntnis ihrer Hilfspersonen, Angestellten und Organe zuzurechnen ist – und nicht erst bei Verletzung von Aufsichtspflichten.⁶²³ Ratio dieser Enthaltungsmöglichkeit ist zweifellos der Aspekt der Vorwerfbarkeit – ethisch kann keine Verfehlung begründet werden, wenn angemessene Vorkehrungen zur Risikovermeidung unternommen wurden. Durch diese ist die juristische Person entschuldigt.

Genügt sie hingegen ihren Organisationspflichten nicht, kann ihr das in der gesamten Organisation gesammelte Wissen zugerechnet werden, im Sinne einer „Wissenszusammenrechnungsnorm“,⁶²⁴ und wird auch mit *Spector* vermutet, dass sich dieses im Insidergeschäft niederschlägt. Diese umfassende Reichweite der Zurechnung folgt schon aus dem Bezugspunkt von Art. 9 Abs. 1 MAR, der sowohl auf gegenwärtiges als auch vergangenes Wissen anwendbar ist. Wenn indes schon eine Zusammenrechnung in zeitlicher Hinsicht vorgenommen werden kann, dann liegt die Zusammenrechnung in personeller Hinsicht nahe.⁶²⁵ Auch das Zusammenspiel von lit. a und b spricht für eine Zusammenrechnung, denn Anweisungen zum Insiderhandel an vorsatzlos Handelnde kann die juristische Person nur durch natürliche Personen geben, deren Wissen dann die Entschuldigungsmöglichkeit durch Compliance-Maßnahmen unter lit. a) gerade trotz der Vorsatzlosigkeit der unmittelbar handelnden natürlichen Person ausschließt.⁶²⁶ Damit sprechen starke systematische Argumente für eine umfassende Wissenszurechnung – nicht zuletzt freilich auch der Grundsatz der Effektivität der Regelungsziele, da Wissensaufspaltung in arbeitsteiligen Organisationen die Regel und nicht die Ausnahme ist und daher anderenfalls die Zurechnung weitestgehend ins Leere laufen würde. Der Grundsatz der Effektivität gilt natürlich nicht grenzenlos, weshalb die Zurechnung an der Grenze Ende der Organisationseinheit der juristischen Person enden muss – denn nur innerhalb dieser kann das von lit. a geforderte „interne“ Compliance-Programm wirken.⁶²⁷ Freilich kann das Wissen von Vertragspartnern, Abschlussprüfern oder externen Beratern deren Kontaktpartnern in der Organisation der juristi-

handbuch, § 107 Rn. 80; KölnKomm-WpHG/*Meyer/Paetzel/Will*, 2. Aufl. 2014, § 33 Rn. 174; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 295 ff. Zu Beobachtungslisten: Staub/*Grundmann*, 2020, Teil 2, Rn. 406; KölnKomm-WpHG/*Meyer/Paetzel/Will*, § 33 Rn. 181 f.; Assmann/Schneider/Mülbert/*Koller*, 7. Aufl. 2019, § 33 WpHG Rn. 65; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, S. 314 ff. Zu Verbotslisten: KölnKomm-WpHG/*Meyer/Paetzel/Will*, 2. Aufl. 2014, § 33 Rn. 183 f.; Assmann/Schneider/Mülbert/*Koller*, WpHG, § 33 Rn. 68; *Kumpan*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 316 ff.

⁶²³ Staub/*Grundmann*, 2020, Teil 2, Rn. 402; *Bachmann*, Das Europäische Insiderverbot, 2015, S. 52; *Sieder*, ZFR 2017, 171, 174; *Klöhn*, NZG 2017, 1085, 1091.

⁶²⁴ Staub/*Grundmann*, 2020, Teil 2, Rn. 402; *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1291.

⁶²⁵ Vgl. BGH NJW 1990, 975 und dazu etwa *Wagner*, ZHR 181 (2017), 203, 206; *Spindler*, ZHR 181 (2017), 311, 322 f.; *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1291.

⁶²⁶ *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1291.

⁶²⁷ „Grenze der Organisationsherrschaft“: *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1291.

schen Person im Einzelfall anderweitig zurechenbar sein – für diese vorgelagerte Frage, also das Wissenmüssen von Kenntnisträgern in der Organisation, stellt Art. 9 Abs. 1 MAR allerdings keine expliziten Maßstäbe auf. Allerdings dürfte privat erlangtes Wissen der Wissensträger vom Zurechnungsspektrum ausgeschlossen sein, da schon das in lit. a skizzierte Compliance-Programm rein professionellen Charakter hat.⁶²⁸ Weiterhin geht EG 30 davon aus, dass die natürlichen Personen, deren Handeln der juristischen Person zugerechnet wird, „im Namen“ („*on behalf*“) der juristischen Person handeln – und ebenso geht Art. 9 Abs. 1 lit a. MAR davon aus, dass die für die juristische Person handelnden Mitarbeiter „im Auftrag“ handeln, was ebenfalls mit „*on behalf*“ zu übersetzen ist.⁶²⁹ Schließlich sind die Compliance-Anforderungen zur Vermeidung von privaten Mitarbeitergeschäften speziell in Art. 16 Abs. 2 MiFID II i.V.m Artt. 28, 29 delegierte VO (EU) 2017/565 geregelt und daher nicht Gegenstand des Insiderhandelsverbots der MAR. Damit dürften rein private Kenntnisse von Personal nicht relevant sein, relevant sind vielmehr nur solche, die im Zusammenhang mit dem Handeln im Interesse des Unternehmensträgers stehen.

So regelt Art. 9 Abs. 1 MAR schließlich eindeutig die Frage, welche Geschäfte der juristischen Person als Bezugspunkte für Insiderhandel zuzurechnen sind – lit b) spricht von Finanzinstrumenten, „die im Auftrag der juristischen Person“ erworben oder veräußert werden. Auf formelle Kriterien, wie etwa das Unterzeichnen im Namen der juristischen Person, wird nicht abgestellt, es geht einzig um die materiell-wirtschaftliche Berechtigung der juristischen Person. Dieser Befund wird gestützt durch die englische Fassung, „*on behalf*“, die treffender mit „im Interesse“ zu übersetzen gewesen wäre, und auch vom übergeordneten Effektivitätsgedanken der Regelung.

Die Norm ist zwanglos auch auf Konzernsachverhalte anwendbar, denn die Insiderinformation muss nicht etwa die juristische Person selbst betreffen, anders als etwa die Pflicht zur Ad-hoc-Publizität, weshalb die Konzernmutter für Geschäfte mit Finanzinstrumenten ihrer Töchter haften kann, wenn diese auf Grund von Insiderwissen vorgenommen werden.

3. Ad-hoc-Publizität

a) Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung

Unter der Ad-hoc-Publizität ist der Emittent zur Bekanntgabe von Insiderinformationen an die Öffentlichkeit verpflichtet. Die Ad-hoc-Publizitätspflicht

⁶²⁸ Ein anderes Problem ist die Frage, ob Leitungspersonal und Organe nicht „immer im Dienst“ sind, vgl. dazu aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive etwa *Fleischer*, NJW 2006, 3239.

⁶²⁹ Gegen eine deutsch-zivilrechtliche Interpretation nach § 164 BGB, wegen des Vorrangs des Europarechts, *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1292.

hat zwei tatbestandliche Anforderungen, die entgegengesetzt wirken: die Insiderinformation muss den Emittenten „unmittelbar“ betreffen, was erleichternd wirkt; zum anderen muss die unmittelbar den Emittenten betreffende Insiderinformation „unverzüglich“ bekannt gegeben werden, was die Pflicht verschärft.⁶³⁰

Vielfach wird die Ad-hoc-Publizität aus Art. 17 MAR rein präventiv und lediglich in einer Hilfsfunktion gegenüber dem hier vorbesprochenen Insiderhandel verstanden. So betont selbst der Europäische Gesetzgeber ausschließlich dieses Ziel (EG 49).⁶³¹ Allerdings kann die Ad-hoc-Publizität auch dem allgemeinen Zweck des Kapitalmarktrechts zugeordnet werden, investitionsrelevante Informationen öffentlich und zu gleichen Bedingungen zugänglich zu machen (*equal access*).⁶³² Denn die Allokationseffizienz von Kapitalmärkten ist durch die Öffentlichmachung auch ohne die Prävention von Insiderhandel befördert.⁶³³ Die dahingehende Instrumentalisierung des Emittenten beruht auf der Erwägung, dass er Insiderinformationen zu den niedrigsten Kosten erkennen, analysieren und bekannt geben kann (*least cost information seeker*).⁶³⁴

b) Zurechnungsfragen

Emittenten können nur juristische Personen sein, Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 MAR, was automatisch zum Problem der Wissenszurechnung und –zusammenrechnung hinsichtlich der publikationspflichtigen Informationen führt, die ja tatsächlich zunächst nur in natürlichen Personen existieren. Die Zurechnungsfrage bei der Ad-hoc-Publizität wird als diejenige nach der Kenntnis von der publikationspflichtigen Information gestellt – nachgelagert gegebenenfalls als Frage nach der Zusammenrechnung der Kenntnis über Insiderinformationen und als Frage nach der für die Kenntnis der Insiderinformationen relevanten

⁶³⁰ Zum Wortlaut der Ursprungsfassung („so bald wie möglich“) und dem dritten Corrigendum, ohne inhaltliche Änderung, *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1288.

⁶³¹ Zu dieser Zielsetzung vor allem *Klöhn*, ZHR 178 (2014), 55, 64 ff.; *Seibt*, ZHR 177 (2013), 388, 392–ff.; KölnKomm-WpHG/*Klöhn*, 2. Aufl. 2014, vor § 15 Rn. 39 und § 15 Rn. 5; in: Schwark/Zimmer/*Zimmer/Kruse*, 4. Aufl. 2010, § 15 WpHG Rn. 8; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 49 MAR.

⁶³² Dazu etwa EuGH, ECLI:EU:C:2005:708 Rn. 33 – Grøngaard/Bang; EuGH, ECLI:EU:C:2007:272 Rn. 37 f. – Georgakis; EuGH, ECLI:EU:C:2009:806 Rn. 47 f. – Spector Photo Group; EuGH, ECLI:EU:C:2012:397, NZG 2012, 784 Rn. 33 – Geltl/Daimler; EuGH, ECLI:EU:C:2015:162, Rn. 21 – Lafonta; näher KölnKomm-WpHG/*Klöhn*, 2. Aufl. 2014, vor § 15 Rn. 39–42, § 15 Rn. 5–7.

⁶³³ Dazu *Klöhn*, ZHR 178 (2014), 55, 68; *Seibt*, ZHR 177 (2013), 388, 392 ff.; KölnKomm-WpHG/*Klöhn*, 2. Aufl. 2014, vor § 15 Rn. 63–68 und § 15 Rn. 5, 7; Schwark/Zimmer/*Zimmer/Kruse*, 4. Aufl. 2010, § 15 WpHG Rn. 7.

⁶³⁴ KölnKomm-WpHG/*Klöhn*, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 7, 59; *Zetzsche*, Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft, 2006, S. 37; *Klöhn*, WM 2010, 1869, 1878; *Köndgen*, FS Druey, 2002, S. 791, 796; *Seibt*, ZHR 177 (2013), 387, 393.

Stelle im Unternehmen.⁶³⁵ Dies mag daran liegen, dass der Bezugsgegenstand der Veröffentlichungspflicht unkörperliche Information ist, die intuitiv als Gegenstand von Wissen behandelt wird. Schon beim alten Recht (§ 15 Abs. 1 S. 1 WpHG a.F.) wurde allerdings angezweifelt, ob überhaupt Kenntnis für die Ad-hoc-Publizitätspflichten von Relevanz sein kann.⁶³⁶ Dies mag nach dem intuitiven, vom allgemeinen Begriff von Information geprägten Verständnis überraschen, allerdings ist gerade Art. 17 MAR unabhängig von konkreter Kenntnis konzipiert.

Akut wird der strukturelle Unterschied an zwei Punkten: Wirkt die Veröffentlichungspflicht nicht erst ab Kenntnis, so ist dem Emittenten damit mittelbar eine umfassende Ermittlungs- und Aufklärungspflicht ad-hoc-pflichtiger Sachverhalte auferlegt,⁶³⁷ denn er haftet auch für Information, die er nicht kennt, sofern sie ihn „unmittelbar“ betrifft. Damit wäre ein sehr wirksamer Anreiz zur Informationsschaffung verbunden. Zum anderen liefe vom Zeitpunkt des Wissens *an sich* die „Unverzüglichkeitsfrist“ von Art. 17 Abs. 1 MAR, wenn sie nicht gar von der Wissenszurechnung substituiert wird⁶³⁸ – denn Unverzüglichkeit kann sehr wohl ohne Kenntnis bestimmt werden (dazu sogleich). Für ein Verständnis als kenntnisabhängige „Wissensnorm in dem Sinne, dass die Verpflichtung des Emittenten, ihn unmittelbar betreffende Insiderinformationen „so bald wie möglich“ (ad-hoc) zu publizieren, Wissen von der Existenz der betreffenden Insiderinformationen voraussetzt“, wurde prominent der auch im Europarecht geltende Unmöglichkeitseinwand (*ultra posse nemo obligatur*) angeführt.⁶³⁹

Allerdings enthält der Wortlaut von Art. 17 MAR keine explizite Anforderung dahingehend, dass die Ad-hoc-Publizität kenntnisabhängig sei.⁶⁴⁰ Hier steht Art. 17 MAR insbesondere in Kontrast zu Artt. 8 und 9 MAR, welche den Insiderhandel ausdrücklich nur bei Kenntnis verbieten („im Besitz der Information“; „über die Information verfügt“). Anders als beim Insiderhandel reicht allerdings nicht jede Information hin, sondern sie muss nach Art. 17 Abs. 1 MAR den Emittenten „unmittelbar“ betreffen – hierdurch kann ein Austausch des subjektiven Kenntniskriteriums gegen ein objektives Kriterium gerechtfertigt

⁶³⁵ Vgl. *Ekkenga*, NZG 2013, 1081, 1085.

⁶³⁶ KölnKomm-WpHG/Klöhn, 2. Aufl. 2014, § 15 Rn. 98; *Hellgardt*, DB 2012, 673, 675; siehe auch den Überblick bei *Thomale*, Der gespaltene Emittent, 2018, Kapitel V.

⁶³⁷ Ausführlich dazu KölnKomm-WpHG/Klöhn, § 15 Rn. 99ff.

⁶³⁸ So *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1286.

⁶³⁹ *Ihrig*, ZHR 181 (2017), 381, 385 f.; dagegen deutlich, mit starkem Verweis auf den Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 MAR „so bald wie möglich“, *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1287.

⁶⁴⁰ Dies ist in allen Sprachfassungen unzweifelhaft so, so dass hieran nach europäischer Methodenlehre die Normanwendung anknüpfen muss, vgl. *Klöhn*, NZG 2017, 1285, 1286; allgemein zum Wortlautargument im Europarecht, *Schön*, FS Canaris II, 2017, S. 147, 151; *Pechstein/Drechsler*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 7 Rn. 17–21.

tigt werden. Damit wird auch der Kreis der implizit aus der strikten, wissensunabhängigen Ad-hoc-Pflicht folgenden Ermittlungspflicht beschränkt. In Konzernsachverhalten kann die unmittelbare Betroffenheit freilich durch eine Kontrolle des Tochterunternehmens begründet werden, wenn dessen Status auch den der Mutter in einem für den Kapitalmarkt beträchtlichen Umfang beeinflusst – die Mutter muss hierfür allerdings selbst Finanzinstrumente begeben haben.

Wenn der Zweck von Art. 17 Abs. 1 MAR darin liegt, Insidergeschäfte zu verhindern und darüber hinaus gleichberechtigten Informationszugang zu ermöglichen, weil der Emittent selbst der *least cost information seeker* ist, dann kann die Verpflichtung dabei nur soweit gehen, wie das Kostenargument trägt – und zwar insbesondere hinsichtlich der Ermittlung und Analyse – womit die Grenze wiederum bei den unmittelbar den Emittenten selbst betreffenden Informationen gezogen wäre. Denn gegenüber dem Markt hat der Emittent Vorteile nur bei der Ermittlung und Analyse von Insiderinformationen,⁶⁴¹ nicht auch bei deren Veröffentlichung. Auch wegen dieser inneren Logik der Norm kann es bei der Ad-hoc-Publizitätspflicht nicht auf die Kenntnis von der Insiderinformation ankommen, die ja gerade erst generiert werden soll, da ansonsten keine Anreize bestünden, sie zu generieren.

Auf die nationalen Zurechnungsregeln kann es zur weiteren Konkretisierung der Ad-hoc-Publizität nicht ankommen, da Art. 17 Abs. 1 MAR, schon wegen des Verordnungscharakters der MAR, Art. 288 Abs. 2 AEUV, vollharmonisierend ist, mithin den Mitgliedstaaten kein Spielraum zu abweichenden Lösungen verbleibt.⁶⁴² Soweit die deutschen Wissenszurechnungsregeln wie hier vertreten als Wissensorganisationspflichten verstanden werden,⁶⁴³ werden sie vom stimmigen, wenn auch etwas verdeckten Organisationsregime des Art. 17 Abs. 1 MAR verdrängt. An diesem Organisationsregime ist auch die „Unverzüglichkeit“ der Publikation zu messen – zunächst ist die Veröffentlichung „unverzüglich“, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern erfolgt. Ein Verschuldenselement ist hiermit nicht gemeint, sondern lediglich eine Konkretisierung der Ad-hoc-Publizitätspflicht.⁶⁴⁴ Schuldhaft ist das Zögern erst ab dem Zeitpunkt, ab dem die

⁶⁴¹ Vgl. KölnKomm-WpHG/Klöhn, 2. Aufl. 2015, § 15 Rn. 59; Just/Voß/Ritz/Becker/Voß, § 15 WpHG Rn. 59.

⁶⁴² Dazu etwa Hopt/Kumpan, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechtshandbuch, 5. Aufl. 2017, § 107 Rn. 20; Poelzig, NZG 2016, 528, 529; Seibt/Wollenschläger, AG 2014, 593, 600; Veil, ZBB 2014, 85, 92.

⁶⁴³ Vgl. dazu schon oben, Kapitel 2., E., IV.

⁶⁴⁴ Zur alten Rechtslage KölnKomm-WpHG/Klöhn, 2. Aufl. 2015, § 15 Rn. 100; Just/Voß/Ritz/Becker/Voß, § 15 WpHG Rn. 90, 93; Ihrig, ZHR 181 (2017), 381, 383. Für ein Verschuldenserfordernis bei der Außenhaftung Seibt/Wollenschläger, AG 2014, 593, 607 – dies ist freilich problematisch in Hinblick auf die EuGH-Rechtsprechung in Rs. C-180/95 – Rn. 22, wonach die Abschreckungswirkung der nationalen Haftung sich auch auf das nationale Verschuldenserfordernis auswirken kann; siehe auch schon oben zur Prospekthaftung, D. II., 2., b.

Veröffentlichung möglich gewesen wäre, hätte der Emittent alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen, um seiner Ad-hoc-Publizitätspflicht nachzukommen.⁶⁴⁵ Damit ist das gesamte Pflichtenprogramm zur Informationsermittlung, -analyse und -publikation adressiert, und zwar in einer hypothetischen Perspektive. Zu Recht spricht Klöhn von einer „Compliance-Dimension“ der Ad-hoc-Publizitätspflicht.⁶⁴⁶ Hier zeigt sich auch in aller Deutlichkeit das Erfordernis des Vorrangs der europäischen Regelung: die deutschen Regeln zur Wissensorganisation sind nicht so spezifisch auf die Wissensgenerierung- und Analyse zugeschnitten und daher weiter als die Logik des Art. 17 Abs. 1 MAR.⁶⁴⁷ Art. 17 Abs. 1 MAR genießt auch gegenüber den nationalen Regeln zur Zurechnung von Organwissen Vorrang, denn diese sind letztlich auch Wissensorganisationsnormen.

Für die Haftung des Organs, Mitarbeiters oder der Hilfsperson selbst enthält Art. 17 keine Wertung, so dass es, insbesondere im Lichte der Öffnungsklauseln zum nationalen Recht für die Haftung von natürlichen Hilfspersonen aus Art. 8 Abs. 5 (Insiderhandelsverbot) und Art. 12 Abs. 4 (Marktmanipulationsverbot) MAR, bei den nationalen Regeln bleibt. Eine Außenhaftung des Personals dürfte dabei auch nach dem allgemeinen Effektivitätsgrundsatz nicht geboten sein.⁶⁴⁸

4. Marktmanipulation

a) Wirkung, Anwendungsbereich und Bedeutung

Die Manipulation von Märkten ist nach den Art. 12, 13 und 15 MAR verboten.⁶⁴⁹ Die Regelung läuft strukturell parallel zum Insiderhandelsverbot, indem sie dreiteilig den Tatbestand der Marktmanipulation, Art. 12, erlaubte Handlungen, Art. 13, und das Verbot, Art. 15, beinhaltet und dabei auf dem „allgemeinen Teil“ des EU-Kapitalmarktrechts aufbaut, insbesondere dessen Definitionen.⁶⁵⁰

Der Anknüpfungspunkt für die Marktmanipulation ist breit formuliert und betrifft ein weites Spektrum an Verhaltensweisen, die in Art. 12 Abs. 1 und 2 MAR teils unter den Oberbegriffen von Handlungen, Tätigkeiten und Geschäftsabschlüssen, teils hingegen sehr spezifisch beschrieben werden, etwa als „Verbreitung von Information über die Medien“ (Art. 12 Abs. 1 c) MAR) oder „Übermittlung falscher oder irreführender Angaben oder Bereitstellung fal-

⁶⁴⁵ Maßgeblich ist damit ein objektives Verständnis, etwa Ebenroth/Boujong/Poelzig, 4. Aufl. 2020, Art. 17 Rn. 17 (m. w. N.).

⁶⁴⁶ Klöhn NZG, 2017, 1285, 1288.

⁶⁴⁷ So auch Klöhn, NZG 2017, 1285, 1288.

⁶⁴⁸ So auch Seibt/Wollenschläger, AG 2014, 593, 607.

⁶⁴⁹ Überblick bei Schmolke, AG 2016, 434; Klöhn/Schmolke, vor Art. 12 Rn. 33 f.

⁶⁵⁰ Zu diesem Parallelismus, Staub/Grundmann, 2020, 6. Teil, Rn. 439 f.

scher oder irreführender Ausgangsdaten bezüglich eines Referenzwerts“ (Art. 12 Abs. 1 d) MAR). Die Tatbestandsverwirklichung ist damit allerdings trotz der teilweisen Präzisierungen insgesamt von erheblicher Unschärfe geprägt;⁶⁵¹ der Tatbestand ist allerdings von einer inneren Systematik geprägt, die aus ökonomischen Befunden folgt und informations-, handels- und handlungsgestützte Marktmanipulationen unterscheiden lässt.⁶⁵² Diese Ordnung geht vom Primat der Informationsverfälschung als zumindest mittelbarer Grundlage aller weiteren Manipulationshandlungen aus; in dieser Ordnung ist die Vorschrift dann auch am besten handhabbar, so dass sie (wie die nationale Vorgängernorm von § 20a Abs. 1 WpHG a.F.) von hinten nach vorne zu lesen ist (von lit. d) nach lit. a)).⁶⁵³ Für die Auslegung der Tatbestände sind neben dieser besonderen Logik wiederum die Zwecke der MAR maßgeblich, insbesondere der Anlegerschutz. Die Marktmanipulation ist der wohl unmittelbarste Angriff auf das Regulierungsziel der MAR, die Integrität und Funktionalität der Märkte, und daher ihr Verbot entsprechend strikt zu verstehen.

b) Zurechnungsfragen

Wie bei der Ad-hoc-Publizität und dem Insiderhandelsverbot stellt sich die Frage nach der Bedeutung nationaler Zurechnungskonzepte in den einzelnen Sanktionsabteilungen des Straf-, Ordnungswidrigkeiten-, Verwaltungs- und im weitesten Sinne, freilich eher unter dem Vorzeichen der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes, auch im Privatrecht. Vielfach wird in der Kommentarliteratur festgestellt, dass das Begehungskonzept von Art. 12 MAR – als „Jedermann-Delikt“⁶⁵⁴ weit ausgestaltet – und die „allgemeinen Grundsätze anwendbar“ seien.⁶⁵⁵ Gemeint sind damit freilich stets die nationalen Grundsätze, eine ähnlich differenzierte, scharf am Mehrebenensystem orientierte Sicht wie die von Klöhn zu Insiderhandel und Ad-hoc Publizität erarbeitete,⁶⁵⁶ hat sich zur Marktmanipulation noch nicht manifestiert. Der Vorrang der Verordnungskonzeption gegenüber nationalen Regeln ist allerdings unverhandelbar.

Maßgeblich für die Zurechnungssystematik der Marktmanipulation ist zunächst Art. 12 Abs. 4 MAR. Dieser hält für die akzessorische Verantwortlichkeit der für eine juristische Person Handelnden eine ausdrückliche Öffnungsklausel für die nationalen Zurechnungsvorgaben bereit: „nach Maßgabe des nationalen Rechts [gilt Art. 12 MAR] auch für die natürlichen Personen, die an

⁶⁵¹ So auch Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil, Rn. 444.

⁶⁵² Zu diesen Differenzierungen grundlegend *Allen/Gale*, *Review of Financial Studies* 5 (2002), 503; vgl. auch *Fleischer*, DJT F 120; dazu auch Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil Rn. 444.

⁶⁵³ Vgl. Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil, Rn. 444.

⁶⁵⁴ Schwark/*Zimmer/Kumpan/Bator*, 5. Aufl. 2020, Art. 15 Rn. 2; Staub/*Grundmann*, 2020, 6. Teil Rn. 443.

⁶⁵⁵ Etwa *Saliger*, in: Park, *Kapitalmarktstrafrecht*, 5. Aufl. 2019, Kap. 6.1 Rn. 275.

⁶⁵⁶ Dazu bereits oben, unter den Ziffern 2. und 3.

dem Beschluss, Tätigkeiten für Rechnung der betreffenden juristischen Person auszuführen, beteiligt sind“, wobei freilich noch die Marktmissbrauchs-Strafrechtsrichtlinie (CRIM-MAD) zu beachten ist.⁶⁵⁷ Daher kann es für die Feststellung der Tatbestandsverwirklichung des „Beteiligten“ etwa auf das Konzept mittelbarer Täterschaft in der Lesart von § 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB ankommen, etwa beim planvollen Einsatz gutgläubiger Marktintermediäre oder der Medien.⁶⁵⁸ Vorstände sind vom Verweis auf das nationale Recht unter § 9 OWiG erfasst, Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 78, 111 AktG.⁶⁵⁹ Im Umkehrschluss bedeutet die Öffnungsklausel von Art. 12 Abs. 4 MAR für die akzessorische Haftung allerdings sehr wohl den Ausschluss der nationalen Dogmatik für das Vorliegen der primären Tatbestandsverwirklichung – sei es durch eine juristische oder eine natürliche Person.

Art. 12 Abs. 4 MAR regelt selbst mittelbar, welche Verhaltensweisen juristischen Personen zuzurechnen sind. Maßgeblich ist hier allein, dass „für Rechnung“ der juristischen Person gehandelt wird. Dies ist im Sinne der Effektivität weit als jede wirtschaftliche Partizipation der juristischen Person an der fraglichen Tathandlung zu verstehen – rein private Verhaltensweisen von Hilfspersonen, Mitarbeitern oder Organen, die die Aktiva der juristischen Person nicht betreffen, geschehen umgekehrt nicht „für Rechnung“ derselben und bleiben damit für diese unbeachtlich. Dass Art. 12 Abs. 4 MAR für die Zurechnung zur juristischen Person maßgeblich ist, folgt aus dem Umstand, dass dann überhaupt erst die akzessorische Haftung ihres Personals eröffnet ist. Art. 12 Abs. 4 MAR ist hingegen aus Effektivitätsgründen nicht so zu lesen, dass nur Verhaltensweisen natürlicher Personen zurechenbar seien – womit die Marktmanipulation auch in Konzernsachverhalten verwirklicht sein kann, in denen die eine juristische Person für die Rechnung einer anderen juristischen Person handelt.

Eine Wertung für Zurechnungsfragen ist auch Art. 13 Abs. 1 MAR zu entnehmen, indem er für die Ausnahme vom Verbot der Marktmanipulation auf „legitime Gründe“ des Geschäfts, des Auftrags oder der Handlung abstellt. Der Begriff der Legitimität ist unter Anleger- und Kapitalmarktschutzgesichtspunkten nur schwerlich subjektiv aufspaltbar, wenn es um dieselbe Tathandlung geht, so dass die illegitime Intention des unmittelbar Handelnden auf die juristische Person durchschlagen muss. Handelt also der Mitarbeiter, um die Kurse zum eigenen Vorteil zu manipulieren, kommt es nicht darauf an, ob er dabei auch einen legitimen Vorteil der Juristischen Person anstrebt. Anders als bei der Ad-hoc-Publizitätspflicht besteht für die juristische Person keine Möglichkeit, sich durch Installation und Unterhaltung eines Compliance-Programms zu exkulpieren, was mit der primär schadhafte Natur der Marktmanipulation, in Kontrast zur nützlichen Natur der Ad-hoc-Information, erklärbar ist.

⁶⁵⁷ Dazu *Saliger*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 6.1 Rn. 5–21.

⁶⁵⁸ *Saliger*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 6.1 Rn. 275.

⁶⁵⁹ So auch Ebenroth/Boujong/*Poelzig*, 4. Aufl. 2020, Art. 12 MAR Rn. 11.

5. Zusammenfassung zur Zurechnung unter der EU-Marktmissbrauchsverordnung

Das Zurechnungsprogramm der MAR ist bei weitem differenzierter als das von Art. 11 EU-Prospekt-VO, welches allein auf dem Verantwortungsbegriff aufbaut. Die hier untersuchten Hauptfälle der MAR, der Insiderhandel, die Ad-hoc-Publizität sowie das Marktmanipulationsverbot weisen aus ihrer jeweiligen Schutzrichtung heraus erklärbar Besonderheiten auf.

So ist die in Art. 17 MAR enthaltene Ad-hoc-Publizitätspflicht sehr spezifisch und dient dazu, Anreize zur Wissensgenerierung durch umfassende Organisation zu begründen, basierend auf dem Gedanken des *least cost information seeker*. Insoweit scheint der Normgehalt auch nicht auf andere Materien übertragbar, die nicht auch diesem speziellen Gedanken unterliegen. Aus einer besonderen kapitalmarktrechtlichen Strenge ist auch die in Art. 12 und 13 MAR enthaltene Zurechnungswertung für Marktmanipulationen zu erklären, die eine strikte Zurechnung von Personalverhalten bei jedem Handeln für Rechnung der juristischen Person begründet, wenn es nicht absolut ausnahmsweise auf legitimen Gründen beruht.

Hingegen ist der Zurechnungsgedanke von Art. 9 Abs. 1 MAR nicht speziell auf die Probleme des Insiderhandels bezogen, sondern durchaus für andere illegale Verhaltensweisen verallgemeinerbar. Die Norm bezieht sich nicht allein auf Finanzintermediäre, sondern auf alle juristischen Personen, ebenso sind die geforderten Maßnahmen sehr allgemein gefasst.⁶⁶⁰ Anders als bei der Ad-hoc-Publizität liegt Art. 9 Abs. 1 keine spezifische, aus der Ökonomik des Insiderhandels begründete Strenge zu Grunde. Damit kann der Norm durchaus ein Modellcharakter für das Zurechnungsrecht der EU zukommen. Sie kodifiziert den grundlegenden Rechtsgedanken, dass eine juristische Person grundsätzlich für jedes Wissen ihres Personals einzustehen hat, und dieses auch zusammengerechnet wird. Von dieser Regelannahme kann die juristische Person sich durch Erfüllung von Compliance-Pflichten im eigenen Risikokreis exkulpieren. Zudem greift Art. 9 Abs. 1 b) MAR auch die Kontrolle delinquenter Dritter als Zurechnungsgrund auf, der auch eingeführte Compliance-Maßnahmen überwiegt.

Bemerkenswert sind schließlich auch die Öffnungsklauseln für das nationale Recht, in Artt. 8 Abs. 5 und 12 Abs. 4 welche dem nationalen Recht für die akzessorische Haftung von Leitungsorganen für Insiderhandel und Marktmanipulationen Raum geben, im systematischen Umkehrschluss freilich den Ausschluss nationaler Wertungen für die primäre Haftung der juristischen Person bedeuten.

⁶⁶⁰ In diese Richtung auch Klöhn, NZG 2017, 1285, 1290f.

IV. Konzernorganisationspflichten für Kreditinstitute

1. Regelungsrahmen des Finanzmarktaufsichtsrechts

Auf Grund des Finanzmarktaufsichtsrechts kommt es im Bereich des Finanzwesens zu einer Gruppenkonsolidierung und konzernweiten Corporate Governance.⁶⁶¹ Der in der Folge der Finanzkrise von 2008 ergangene europarechtliche Corpus an Regulierung sieht aufsichtsrechtliche Vorgaben betreffend Risikomanagement und Compliance in Bankengruppen vor, ebenso freilich und für die Praxis bedeutsam hinsichtlich Eigenkapital, Vergütung, Spartenrennung und Abwicklung.⁶⁶² Für Fragen der Zurechnung sollen allein die Regeln zur Corporate Governance betrachtet werden, obschon auch etwa die Eigenkapitalvorgaben eine Einheitsbetrachtung entgegen dem Trennungsprinzip erfordern; die Corporate Governance ist indes unmittelbarer auf privatrechtliche Zurechnungsfragen bezogen und hat mit der neueren Regulierung im Bank- und Finanzaufsichtsrecht eine besondere Intensität gewonnen.⁶⁶³

Ziel der verschärften Corporate Governance Vorgaben ist klar die Prävention von Risiken und Schäden für das Finanzsystem, die zuvor auf Grund vermeidbarer unangemessener Unternehmensentscheidungen eingetreten waren.⁶⁶⁴ Die Internationalität und weltweite Verflochtenheit des Finanzsystems begründen auch den transnationalen Ausgangspunkt der finanzsektorspezifischen Konzernregelungen. So gelten seit 2013 die Eigenkapitalregeln des Basel III-Akkords,⁶⁶⁵ welche um die Core Principles for Effective Banking Supervision ergänzt wurden.⁶⁶⁶ Durch Basel III wird – entgegen der Benennung – nicht allein die Mindestkapitalisierung von Banken geregelt, sondern sehr weit in die Organisation von Unternehmen des Bankensektors eingewirkt und diese auch aufsichtsrechtlich instrumentalisiert.⁶⁶⁷ Die Umsetzung auf EU-Ebene erfolgte durch mehrere Sekundärrechtsakte, nämlich die CRD IV⁶⁶⁸, die CRR⁶⁶⁹ und

⁶⁶¹ Umfassend dazu *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, insbes. Kapitel 2; s. auch den Überblick von *Hanenberg*, in: Hopt/Binder/Böcking, Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020, § 17.

⁶⁶² Zu den Entwicklungen vgl. die chronologische Übersicht von *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 566.

⁶⁶³ So auch *Binder*, ZGR 2015, 667, 672 ff.

⁶⁶⁴ So auch *Hanenberg*, in: Hopt/Binder/Böcking, Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 1–10; *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 97.

⁶⁶⁵ Erarbeitet vom Basler Ausschuss für Bankenaufsicht in enger Zusammenarbeit mit dem geschaffenen Financial Stability Board.

⁶⁶⁶ Überblick bei *Mülbert*, ZHR 176 (2012), 369.

⁶⁶⁷ So auch *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 313 ff.; *Mülbert*, ZHR 176 (2012), 369.

⁶⁶⁸ Capital Requirements Directive, Richtlinie 2013/26/EU.

⁶⁶⁹ Capital Requirements Regulation, Verordnung EU 575/2013; mit einem ausdifferenzierten System zur Aufsichtskonsolidierung hinsichtlich der Eigenmittel in den Art. 6–24, näher dazu *Kolassa*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 137 Rn. 41–52.

die BRRD.⁶⁷⁰ In Deutschland, als dritter Regulierungsebene, wirken die Vorgaben zur Corporate Governance insbesondere über die §§ 25a ff. KWG.

2. Zurechnungsmodell des Kapitalmarktorganisationsrechts

Kern der Corporate Governance Strukturen in Bankengruppen ist das Prinzip der Verantwortung der Konzernobergesellschaft für die Umsetzung aufsichtsrechtlicher Vorgaben in allen Gruppenunternehmen. Über Art. 109 Abs. 2 CRD IV wird die gruppenweite Compliance-Verantwortung der Obergesellschaft begründet – sie haftet für die Richtlinienumsetzung im gesamten Konzern, was durch die Erstreckung der „Unternehmensführung und -kontrolle“ nach Art. 74 ff. CRD IV auf das gesamte Unternehmen flankiert wird.⁶⁷¹ Dabei wird die Bankengruppe hinsichtlich ihrer Organisationspflichten als Einheitsunternehmen betrachtet. Für die Gruppendifinition wird in Art. 4 Abs. 1 Nr. 44, 45 CRD IV auf Art. 4 Abs. 1 Nr. 47, 48 CRR verwiesen.⁶⁷² Nach § 25a Abs. 3 KWG erstreckt sich die Pflicht zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation der Muttergesellschaft auf die gesamte Unternehmensgruppe.⁶⁷³ Dies folgt zwanglos schon aus dem Wortlaut, der etwa im Fall von § 25a Abs. 2 S. 1 KWG die „Institutsgruppe“ adressiert – und wäre durch eine europarechtskonforme Auslegung ohnehin geboten. Die „ordnungsgemäße Geschäftsorganisation“ bezieht sich nach § 25a Abs. 1 KWG auf die Einhaltung „der vom Institut zu beachtenden gesetzlichen Bestimmungen und der betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten“, und hat damit eine umfassende Compliance zur Folge – nicht nur hinsichtlich gesetzlicher Normen, sondern auch solcher der Betriebswirtschaftslehre.⁶⁷⁴ Damit ist nicht weniger verbindlich als eine Konzernleitungspflicht des Vorstands einer Bankkonzernmutter⁶⁷⁵ und auch ein korrespondierendes Weisungsrecht.⁶⁷⁶ Dies folgt aus einer europarechtlichen Betrachtung, wenn die

⁶⁷⁰ Bank Recovery and Resolution Directive, Richtlinie 2014/59/EU; zur für Finanzgruppen mit kombinierten Geschäftsmodellen geltenden Finanzkonglomerate-Richtlinie 2002/87/EG *Heinrich*, ZBB 2003, 230; zum Umsetzungsgesetz *Beisheim*, BKR 2010, 397

⁶⁷¹ Zum Begriff der Compliance und dem regulatorischen Hintergrund, *Bottmann*, in: Park, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Aufl. 2019, Kap. 2.1. Rn. 1–8. Zum Begriff der Corporate Governance vgl. etwa den Deutschen Corporate Governance Kodex 2020, in der am 16. Dezember 2019 von der Regierungskommission beschlossenen Fassung, S. 2; umfassend *Hopt/Leyens*, in: Hopt/Binder/Böcking, Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Aufl. 2020, § 1.

⁶⁷² Näher zu diesem komplexen Normgefüge *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 143 ff, 149–153.

⁶⁷³ Die Parallelregelungen für den Versicherungssektor sind §§ 275 I 1 iVm 23, 29 I VAG.

⁶⁷⁴ Näher zur Geschäftsorganisation: Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun, 5. Aufl. 2016, § 25a KWG Rn. 15 ff., 700 ff.; Schwennicke/Auerbach/Langen/Donner, 4. Aufl. 2021, § 25a KWG Rn. 44 ff., 119 ff.

⁶⁷⁵ So auch Grigoleit/Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 96; *Verse*, ZHR 175 (2011), 401, 409; zurückhaltender Hüffer/Koch/Koch, 16. Aufl. 2022, § 76 AktG Rn. 49.

⁶⁷⁶ So Grigoleit/Grigoleit, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 96; dagegen, für einen Vorrang des natio-

Weisungen auch zur Umsetzung der europäisch verpflichtenden Vorgaben des Kapitalmarktrechts dienen sollen.⁶⁷⁷

So sind die bestehenden, am Trennungsprinzip ausgerichteten deliktischen und gesellschaftsrechtlichen Vorgaben, insbesondere das System der §§ 291 ff. AktG, durch die Corporate Governance der Banken überholt, da diese eine gruppendifferenzierte Gesamtverantwortung der Konzernspitze entweder implizit voraussetzen oder sogar ausdrücklich fordern. Insbesondere muss die Konzernverfassung des AktG für faktische Konzerne, die von einer weitgehend dezentralisierten Organisationsstruktur ausgeht und die Einrichtung gruppenweiter Compliance- oder Risikomanagement-Systeme erschweren könnte, als gegenüber der europarechtlichen Regelung nachrangig zurücktreten.⁶⁷⁸ Die aufsichtsrechtliche Konsolidierung des Kapitalmarktorganisationsrechts wird von namhaften Kommentatoren als enge Ausnahme zum grundsätzlichen gesellschafts- und haftungsrechtlichen Trennungsprinzip betrachtet, insbesondere hinsichtlich der Leitungspflichten und -befugnisse der Leitungsorgane. Eine Analogie hinsichtlich anderer Unternehmenssektoren oder anderer Pflichten als der Geschäftsorganisation soll nicht möglich sein.⁶⁷⁹ Indes geht die Ausnahme materiell sehr weit – und betrifft mit dem Finanzsektor die Lebensader der Marktwirtschaft.

Bei der Konzernbindung handelt es sich zweifelsfrei um eine Methode der Zurechnung und zwar durch „Begründung drittbezogener Pflichten“. Rechtsfolgen für durch Konzerntöchter verwirklichte Tatbestände werden der Konzernmutter zugerechnet. Dieses Zurechnungsmodell wurde schon beim allgemeinen Deliktsrecht, insbesondere der Haftung für Mitglieder der eigenen Organisation, eingehend besprochen.⁶⁸⁰ Die strenge finanzwirtschaftliche Konzernbindung wird, wie soeben dargelegt, durch die besonderen Risiken und Bedeutung der Finanzwirtschaft begründet. Damit steht nicht nur das Lasten-Nutzen-Paradigma als Grundwertung, wonach den Banken der Profit aus ihren Unternehmungen zwar zukommen soll, indes ebenfalls die Risiken dieser Unternehmungen. Die Gruppenverantwortung ist auch als Sphärenverantwortung zu erkennen, der wie oben, im Zusammenhang mit der Haftung für Perso-

nenalen Gesellschaftsrechts im Versicherungsrecht etwa *Dreher/Ballmaier*, ZGR 2014, 753, 786 ff.; für einen Vorrang des Aufsichtsrechts *Tröger*, ZHR 177 (2013), 475, 506 ff.; *Binder*, in: *Grieser/Heemann* (Hrsg.), *Europäisches Bankaufsichtsrecht*, 2016, S. 423, 453; *Hanenberg*, in: *Hopt/Binder/Böcking* (Hrsg.), *Handbuch der Corporate Governance von Banken und Versicherungen*, 2. Aufl. 2020, § 17 Rn. 64–67.

⁶⁷⁷ Dazu *Renner*, *Bankkonzernrecht*, 2019, S. 314 ff.

⁶⁷⁸ Zweifelnd *Renner*, *Bankkonzernrecht*, 2019, S. 273 ff.

⁶⁷⁹ *Grigoleit/Grigoleit*, 2. Aufl. 2020, § 76 Rn. 96 f.; *Schwennicke/Auerbach/Langen/Donner*, 4. Aufl. 2021, § 25a KWG Rn. 29. Gegen eine Übertragung der Sonderregelungen auch auf die Organisationspflichten von § 91 AktG vgl. *Spindler/Stilz/Fleischer*, 4. Aufl. 2019, § 91 Rn. 43; *Hüffer/Koch/Koch*, 16. Aufl. 2022, § 91 Rn. 9. Dafür: *Preußner*, NZG 2004, 303, 305; *Boos/Fischer/Schulte-Mattler/Braun*, 5. Aufl. 2016, § 25a KWG Rn. 49.

⁶⁸⁰ Kapitel 2., B., V.

nalgefahr gezeigt,⁶⁸¹ ethische Erwägungen zu Grunde liegen. Besonders bedeutsam für den Grund des so tief einschneidenden Eingriffs ist freilich, dass es sich bei den Unternehmungen der Banken um solche von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung handelt, Fehler und Probleme darin also nicht nur mittelbar, sondern unmittelbar Schäden im gesamten Gesellschaftssystem hervorrufen – die Ursprünge der transnationalen Regulierung in der internationalen Finanzkrise machen dies deutlich. Das Schutzgut Kapitalmarktstabilität überwiegt die Organisationsfreiheit der Bankenkonzerne, weshalb auch das Trennungsprinzip zurücktritt.

V. Zusammenfassung zur Zurechnung im Kapitalmarktrecht

Das Kapitalmarktrecht als ökonomisch und europarechtlich determinierte Materie weist diesen beiden Ordnungen zugehörige Zurechnungsentscheidungen in Mehrpersonenverhältnissen auf. Entsprechend werden die nationalen Zurechnungsordnungen weit zurückgedrängt. Dies gilt für das durch Verordnungen geregelte Prospekt- und Marktmissbrauchsrecht mehr als für das Bankkonzernrecht, das eine Richtlinienmaterie mit entsprechend weiterem Spielraum für die Mitgliedstaaten ist. Doch auch im Rahmen der diesbezüglichen Richtlinien sind die Ziele und die Systemrelevanz des Kapitalmarkts von Bedeutung, so dass sie nationale Zurechnungswertungen überspielen können. Explizit vorrangig sind die Vorgaben zur konzernweiten Compliance, begleitet von Leitungs- und Weisungsbefugnissen, die diametral gegen das deutsche Trennungsprinzip des Konzernrechts stehen und inhaltlich sämtliche Legalitätspflichten verbundener Unternehmen erfassen, darüber hinaus sogar betriebswirtschaftliche Aspekte. Diese Vorgaben können sich über die der Prospekt-VO und MAR legen, sofern die betroffenen Unternehmen in einem Bankenkonzern operieren; die beiden für den Kapitalmarkt wichtigen Rechtsakte sind freilich selbst schon durchaus auf Mehrpersonensachverhalte anwendbar.

Dabei sind die Vorgaben wesentlich differenzierter als im Kartellrecht, welches primär als systembildend für das europäische Unternehmensrecht angesehen wird. In Art. 9 MAR kann durchaus eine für das europäische Unternehmensrecht insgesamt wesentliche Zurechnungsvorschrift erkannt werden, welche die Zurechnung (von Wissen) als Regelfall feststellt, und die Freistellung (vom Wissen) als von organisatorischen Maßnahmen abhängige Ausnahme. Auch die explizite Inbezugnahme nationaler Zurechnungsnormen bei der Marktmanipulation und dem Insiderhandel für die Haftung von Hilfspersonen ist bemerkenswert differenziert, was freilich auch Umkehrschlüsse auf eine weitgehend unionsautonome Zurechnungsordnung erlaubt. Die Vorgaben von MAR und EU-Prospekt-VO nivellieren auch keinesfalls das Konzept der Tren-

⁶⁸¹ Dazu Kapitel 2., B., IV.

nung juristischer Personen, sondern nehmen auf den Terminus „juristische Person“ im strikten Sinn sogar ausdrücklich Bezug. Es wird nicht auf den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff rekurriert, was ein Vergleich mit EG 143 DSGVO deutlich macht. So geht die EU-Prospekt-VO in Art. 2 lit. h) vom Emittenten als „eine(r) Rechtspersönlichkeit (aus), die Wertpapiere begibt oder zu begeben beabsichtigt“. Eine Zurechnung über die Grenzen der natürlichen Person hinaus kann hier freilich über das Konzept der „Prospekt-Verantwortlichkeit“ der Konzernmutter erfolgen. Auch unter Art. 3 Abs. 1 Nr. 21 MAR ist Emittent „eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts, die Finanzinstrumente emittiert“. Die Ad-hoc-Pflicht wirkt nicht über die Grenze der juristischen Person hinaus, was durch die Sonderregelung für Emissionszertifikate, Art. 17 Abs. 3 MAR im Erst-Recht-Schluss bestätigt wird. Allerdings sind Manipulationsverbot und Insiderhandel nicht an die Grenze der juristischen Person gebunden, sondern sind als Jedermannsdelikte ausgestaltet und stellen innerhalb von Unternehmen allein schon wegen der darin vorhandenen Sachnähe und besserem Wissen ein hohes Risiko dar, begründen damit europäische Sorgfaltspflichten aus Risikobeherrschung.

Angesichts der vorgefundenen, durchaus detaillierten Zurechnungsregelungen kann von einer „platten Irritation“ der nationalen Ordnungen keine Rede sein, zumindest was die Tatbestandsebene angeht. Für die Sanktionen behalten das nationale Verwaltungs- und Strafrecht, freilich auch das Privatrecht, ihre Hoheit, teils sogar durch explizite Öffnungsklauseln.⁶⁸²

Festzuhalten ist auch im Bereich des Kapitalmarkts die besondere Bedeutung der Zurechnung durch Aufbüdung von Organisationspflichten, die zumindest ebenso stark ausgeprägt ist wie die Zurechnung über tatbestandliche Begriffe. Beide Techniken der Zurechnung sind im Grundsatz von der Effektivität und der besonderen Bedeutung der Kapitalmarktregulierung geleitet.

E. Geistiges Eigentum

Immaterielle Güter sind nicht erst mit dem Zeitalter der Digitalisierung zu wesentlichen wirtschaftlichen Wertträgern geworden und schon seit jeher logischer Bestandteil eines wirtschaftlich orientierten Unternehmensrechts. Zurechnung im geistigen Eigentum⁶⁸³ dekliniert sich unter den Gesichtspunkten

⁶⁸² Vgl. Assmann/Schütze/Mülbert/Spoerr, Wertpapierhandelsrecht, 7. Aufl. 2019, Vorb. zu §§ 119–126 WpHG Rn. 6.

⁶⁸³ Kritisch zum Begriff („Kampfbegriff“): *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 33; *Jänich*, Geistiges Eigentum – eine Komplementäerscheingung zum Sacheigentum?, 2002 passim; für den Begriff geistiges Eigentum allerdings *Obly*, JZ 2003, 545, 550; *Pablow*, ZGE 2014, 429, 442. Zur Begriffsunklarheit vgl. den Überblick bei *Obergfell/Hauck*, in: Dausen/Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Unternehmensrechts, Werkstand: 55. EL, C. III. Rn. 1 f.; *Wadle*, Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschichte, Band II, 2013, S. 3;

des originären Rechtserwerbs, zuvörderst der urheberrechtlichen Schöpfung, sowie der Nutzung. Erstere löst positiv die Berechtigung am geistigen Eigentum aus, letztere negativ Verpflichtungsfolgen.⁶⁸⁴

I. Regelungsrahmen und Leitideen

Das geistige Eigentum ist in seiner Abgrenzung ein generisches Rechtsgebiet, das eine Vielfalt von Rechten und Rechtspositionen enthält,⁶⁸⁵ so zählen hierzu das Urheberrecht, Leistungsschutzrechte, das Datenbank-, Marken- und Patentrecht, Namensrechte – insbesondere die Firma und Rechte an Unternehmenskennzeichen – und auch Geschäftsgeheimnisse unter dem wettbewerblchen Leistungsschutz. Trotz der augenscheinlichen Disparität lassen sich einige Gemeinsamkeiten feststellen, die sich insbesondere in Zurechnungswertungen äußern.

Gemein ist den Rechten des geistigen Eigentums zunächst stets eine wirtschaftliche Komponente, die bei ihrer Rechtfertigung nicht selten an allererster Stelle angeführt wird und ihre Interpretation als Teile des Unternehmensrechts bestätigt. So soll das geistige Eigentum Vervielfältigungsschutz durch eine exklusive, gegen jedermann wirkende Rechtsposition bieten. Dies soll historisch durch die Fortentwicklung der Produktionsbedingungen erforderlich geworden sein.⁶⁸⁶ Die permanente Entwicklung der Vervielfältigungsmöglichkeiten einerseits, andererseits allerdings auch der Produktionsprozesse, zumal durch die Mittel der Digitalisierung sowie der Arbeitsorganisation, stellen Umfang und Berechtigung des geistigen Eigentums freilich wiederkehrend vor tiefgreifende Legitimationsfragen.⁶⁸⁷ Unumstritten zählt das geistige Eigentum allerdings zum verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff von Art. 14 GG.⁶⁸⁸ Die Verwertungslogiken der Informationsgesellschaft haben zuletzt die Bedeutung

umfassend *Rigamonti*, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, UFI-TA-Schriftenreihe, Bd. 194, 2001

⁶⁸⁴ Mit dieser Systematisierung auch *Zech*, FS Schack (i.E.).

⁶⁸⁵ Zur Schaffung eines „Allgemeinen Teils“ des geistigen Eigentums *Abrens/McGuire*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, 2011.

⁶⁸⁶ Dazu *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, §§ 1, 6.

⁶⁸⁷ Im Überblick auch *Zech*, FS Schack, (i.E.); vgl. auch *Schack*, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 123, 125 ff. (individualistische und kollektivistische Begründungen); *Obly*, in: Depenheuer/Peifer (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 141, 143 ff.

⁶⁸⁸ Vgl. Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 14 GG Rn. 314–321.

der Datennutzung in den Vordergrund gerückt,⁶⁸⁹ freilich bislang ohne Anerkennung eines Dateneigentumsrechts an der Informationssyntax.⁶⁹⁰

Im Zentrum des geistigen Eigentums stehen Nutzungskonflikte bezüglich der Schutzgegenstände, die aus deren immaterieller Teilbarkeit (Allgegenwart oder „Ubiquität“) und Nicht-Rivalität sowie Nicht-Exklusivität bei der Nutzung folgen und die ökonomischen Anreize ihrer Produktion ohne staatliches Eingreifen untergraben.⁶⁹¹ Hieraus wird das Bedürfnis nach exklusiven Rechten abgeleitet, zu dem freilich das Interesse der Öffentlichkeit an der Nutzung der Schutzgegenstände gegenläufig ist, von literarischen Werken bis hin zu technischen Patenten.⁶⁹² Nicht zu vernachlässigen ist allerdings, dass gerade die Erteilung übertragbarer Schutzrechte die Verbreitung durch professionelle, auf Absatz statt Schöpfung spezialisierte Verwerter fördern kann.⁶⁹³ Der Ausgleich des Interessenkonflikts liegt in der zeitlichen Beschränkung der Schutzrechte sowie der Gewährung von Ausnahmen („Schranken“) vom Exklusivitätsanspruch.⁶⁹⁴ Durch die Ausgleichsfunktion einer Vielzahl von Regelungen des geistigen Eigentums hat das gesamte Rechtsgebiet einen stark regulatorischen Charakter, was auch eine Übersetzung in die Kategorien der Zurechnung nahelegt.⁶⁹⁵

Im Kennzeichenrecht sind die ökonomischen Akzente freilich anders gesetzt, wenngleich es wegen der fehlenden Verkörperung seines Schutzgegenstandes immer noch zum geistigen Eigentum gezählt wird⁶⁹⁶ – die Nutzung der Kennzeichen ist gerade rival und exklusiv. Nur ein Marktteilnehmer kann ein Kennzeichen jeweils zeitlich und räumlich nutzen, wenn die Informationsfunktion des Kennzeichenrechts erfüllt werden soll. Denn Kennzeichen ermöglichen

⁶⁸⁹ Dazu maßgeblich *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 2012; auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 2010; zum fortgesetzten Diskurs *Metzger*, AcP 216 (2016), 817; *Kuschel*, Erwerb digitaler Werbexemplare zur privaten Nutzung, 2019 (insbes. S. 138 ff.); *Hacker*, Datenprivatrecht, 2020; *Steinrötter*, FS Taeger, 2021, S. 491.

⁶⁹⁰ Zusammenfassung bei *Denga*, NJW 2018, 1371; gegen Ausschließlichkeitsrechte ohne gesetzliche Grundlage *Peukert*, Güterordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 790 ff.

⁶⁹¹ Differenziert zum Anreizparadigma *Kerber*, ZGE 2013, 245; kritisch etwa *Engel*, Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation – Die Grenzen des Arguments, 2007.

⁶⁹² Insbesondere zum Offenlegungszwang des Patentrechts als Grundlage für weitere Forschung und damit gesellschaftlichen Fortschritt BGH GRUR 1996, 109, 114 – Klinische Versuche I; *Mes*, in: *Mes* (Hrsg.), Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 5. Aufl. 2020, PatG § 1 Rn. 2.

⁶⁹³ Dies ist wesentliche Legitimationsgrundlage für das Verlagswesen, dazu *Obergfell/Ulmer-Eilfort*, in: *Ulmer-Eilfort/Obergfell*, Verlagsrecht, 2. Aufl. 2021, A. Einl. Rn. 1–16.

⁶⁹⁴ *Wielsch* spricht in diesem Zusammenhang treffend auch von „Relationalität des Urheberrechts“, ZGE 5 (2013), 274; in diese Richtung noch umfassender, *Grünberger*, AcP 219 (2019), 892.

⁶⁹⁵ Zur Zurechnung als Regulierungsinstrument vgl. oben Kapitel 1., C.

⁶⁹⁶ Für einige Autoren ist vor allem der „immaterielle Charakter“ der Schutzgegenstände kennzeichnend für das Recht des geistigen Eigentums, vgl. etwa *Pierson*, in: *Pierson/Ahrens/Fischer*, Recht des geistigen Eigentums, 4. Aufl. 2018, S. 39 f.

dem Markt, Angebote qualitativ zu bewerten, auch durch Extrapolation auf Produkte unter demselben Kennzeichen, und wiederzuerkennen; zudem transportiert das Kennzeichen eine Reputation, welche höhere Preise rechtfertigt und so auch qualitätssichernd wirkt.⁶⁹⁷

Allerdings ist eine ökonomische Prägung nicht allein maßgeblich für das geistige Eigentum.⁶⁹⁸ Die Systematisierung der vermittelten Rechtspositionen kann sich neben dem prominent zu Legitimationszwecken vorgetragenen Kommerzialisierungs- oder Anreizgedanken vor allem an ethischen Gesichtspunkten orientieren. Einige Rechte geistigen Eigentums lassen sich mehr als andere als Lohn für Arbeit verstehen, während umgekehrt proportional die Anerkennung der Person gewichtet wird⁶⁹⁹ – so steht hinter dem Namensrecht kein Verdienstgedanke, sondern allein die Anerkennung der über den Namen transportierten Menschenwürde. Beim Urheberrecht halten sich diese Erwägungen die Waage, ebenso soll das Patentrecht gleichermaßen Person und Arbeit des Erfinders würdigen, während der Schutz von Geschäftsgeheimnissen und Kennzeichen kaum mit dem Persönlichkeitsschutz begründbar sind, sondern der Lohngedanke überwiegt.

War das geistige Eigentum der Neuzeit zunächst rein nationale Materie,⁷⁰⁰ ist es wegen seiner Bedeutung für den Handelsverkehr inzwischen weitgehend internationalisiert und in völkerrechtliche Verträge überführt.⁷⁰¹ Vor allem ist es im europäischen Binnenmarkt als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt,⁷⁰² unter Art. 17 Abs. 2 GRC geschützt und in Sekundärrecht kondensiert, wenngleich in wichtigen Fragen noch Harmonisierungslücken und nationale Sonderregeln verbleiben.⁷⁰³ Während etwa die materiellen Anforderungen an das Markenrecht, das Geschmacksmuster, geographische Angaben oder Sortenschutzrechte vollständig harmonisiert sind, ist dies für das Patent- und Urheberrecht nicht der Fall. Die Rechtfertigung des geistigen Eigentums in EU-Rechtsakten beruht mangels Konsenses zwischen den Mitgliedstaaten der

⁶⁹⁷ Zur Informationstheorie des Kennzeichenrechts vgl. *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2003, Einl. Rn. 35; *Volker/Elskamp*, WRP 2010, 64 ff.; *Fezer*, MarkenR, Kommentar, Einl D, Rn. 1–10.

⁶⁹⁸ Insbesondere *Schack*, AcP 195 (1995), 594.

⁶⁹⁹ Etwa *Schönherr*, FS Troller, 1976, S. 57, 63.

⁷⁰⁰ Zur Entwicklung seit der Antike vgl. *Schack*, Urheberrecht, 10. Aufl. 2021, § 6; zur unionsrechtlichen Dynamik *Reinbothe*, ZEuP 2000, 5.

⁷⁰¹ Zu nennen sind insbesondere die Pariser Verbandübereinkunft, die Berner Übereinkunft, das TRIPs-Übereinkommen sowie die WIPO-Verträge, dazu umfassend (mit Schwerpunkt auf dem Urheberrecht) *Rebbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 156–168.

⁷⁰² EuGH Urt. v. 28.4.1998 – C-200/96, Slg. 1998, I-1953 Rn. 21 ff. – *Metronome Musik/Music Point*; und etwa auch EuGH Urt. v. 9.2.2012 – C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 Rn. 66 – *Luksan/van der Let*.

⁷⁰³ Vgl. etwa den Überblick bei *Obergfell/Hauck*, in: *Dauses/Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Werkstand: 55. EL, C. III. Rn. 62–105.

EU über eine Begründungstheorie,⁷⁰⁴ freilich nicht zuletzt auch wegen des spezifischen Zuschnitts der Kompetenzen der EU (Art. 118 AEUV) überwiegend auf Marktfunktionalitätsargumenten, wie etwa die Informationsgesellschaftsrichtlinie oder der Durchsetzungsrichtlinie zeigen, sowie auf der rechtspolitischen Kommunikation der Europäischen Kommission.⁷⁰⁵

Zurechnung im geistigen Eigentum lässt sich logisch durch die beiden Perspektiven der Exklusivität der vermittelten Rechtsposition analysieren – zum einen in Hinblick auf die Erlangung der Rechtsposition, zum anderen in Hinblick auf ihre Wirkung gegen Dritte.

II. Originärer Rechtserwerb

Der originäre Rechtserwerb im geistigen Eigentum ist für die einzelnen Schutzrechte durchaus verschieden ausgestaltet und weist gerade in Mehrpersonenverhältnissen besondere Zurechnungswertungen auf.⁷⁰⁶

1. Urheberrechte

a) Schöpferprinzip des Urheberrechts

§ 7 UrhG ist die wichtigste positive Zurechnungsnorm des Urheberrechts: „Urheber ist der Schöpfer des Werkes“. Dieses tautologische Diktum führt die Frage der Zurechnung des Urheberrechts wiederum auf den Schöpfungsbegriff zurück. Urheberrechtliche Schöpfungen sind geistig im Gehalt, müssen allerdings eine Materialisierung als Werk erfahren.⁷⁰⁷ So knüpft der – wohl zwi-

⁷⁰⁴ Droit d’auteur-systeme stehen Copyright-Systemen gegenüber, vgl. *Schack*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, § 1 IV.

⁷⁰⁵ Vgl. Erwägungsgründe 3, 4 und 7 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft; vgl. weiterhin die Erwägungsgründe 1 und 2 der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums; etwa alleine auf die Kommerzialisierung geistigen Eigentums zugeschnitten die Mitteilung der Kommission vom 24.5. 2011, „Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums“, KOM (2011) 287 endgültig; ebenfalls einspurig im Begründungsansatz die „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt“ v. 6.5. 2015, COM(2015) 192 final.

⁷⁰⁶ Der derivative Erwerb von Lizenzen an Rechteng Eigentums verläuft zwar in den Bahnen des allgemeinen Vertragsrechts, weist jedoch ebenfalls Besonderheiten auf, wie etwa sozialpolitische Komponenten im Urhebervertragsrecht, darin insbesondere die Übertragungszweckregel in § 31 Abs. 5 UrhG, deren Darstellung einer separaten Arbeit vorbehalten sein soll; dazu näher bei Obergfell/Hauck (Hrsg.), Lizenzvertragsrecht, 2. Aufl. 2018.

⁷⁰⁷ Eine Verkörperung als Werkstück ist nach der h.M. nicht erforderlich, vgl. Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 11; für *Peukert* allerdings ist das Werkstück („Master-Artefakt“) statt einer immateriellen Idee zentraler Anknüpfungspunkt des geistigen Eigentums überhaupt, das vielmehr als erweitertes Sachenrecht gedacht werden sollte, vgl. Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, 2018, insbes, § 3. Entgegengesetzt ist hier die Lehre

schenzeitlich unionsrechtlich harmonisierte⁷⁰⁸ – Werkbegriff von §§ 1, 2 UrhG zwingend an eine gewisse wahrnehmbare Formgestaltung an.⁷⁰⁹ § 2 UrhG enthält eine beispielhafte Enumeration von als Werken geschützten Schöpfungen, dazu gehören insbesondere Sprachwerke, Musikwerke und Lichtbildwerke. Die Werkschöpfung muss eine wahrnehmbare, genaue und identifizierbare Ausdrucksform angenommen haben. Ohne den Ausdruck ist ein urheberrechtlicher Schutz ausgeschlossen, ungeäußerte Gedanken über Schöpfungen sind daher schutzlos gestellt.⁷¹⁰ Erforderlich ist ein Neuwert der Schöpfung, es muss sich um etwas noch nicht Dagewesenes handeln, wenngleich keine bestimmte Gestaltungshöhe zu fordern ist.⁷¹¹ Urheber kann damit nur derjenige sein, der den originären Schöpfungsakt vornimmt. Es handelt sich dabei um einen Realakt – daher ist insbesondere ein Wille zur Schöpfung nicht erforderlich. Prominent sind hier Fälle geworden, in dem religiöse Dichter sich lediglich als Medien „des Schöpfers“ verstanden, also keine eigene Schöpfungsleistung erbringen wollten; sie konnten der Zurechnung des Urheberrechts nicht entinnen.⁷¹² Damit ist freilich auch ausgeschlossen, dass vertragliche Regelungen über die Schöpfereigenschaft vereinbart werden können, wie sie bei Sachverarbeitungen als sog. „Verarbeitungsklauseln“ üblich sind.⁷¹³ Die Schöpfereigenschaft ist vielmehr rein objektiv, nicht rechtsgeschäftlich verfügbar. Gerade in mehrpoligen Kooperationsverhältnissen erfolgt die Zurechnung damit allein auf Grundlage der gesetzlichen Wertungen – die freilich vor der Herausforderung stehen, häufig allein intime, innere Sachverhalte der Werkschöpfung abzubilden. Zum Schutze des Rechtsverkehrs, ähnlich der Regelung über die Wirkung des Besitzes in § 1006 BGB, und um Transaktionskosten zu vermindern wirkt, daher unter § 10 UrhG eine Vermutung für eine Werkschöpfereigenschaft, wenn auf Werkstücken „in der üblichen Weise“ eine Bezeichnung als Urheber erfolgt.⁷¹⁴ Die Vermutungsregelung hat freilich einen sehr beschränkten Anwendungsbe-
reich, da etwa ganze Werkgattungen typischerweise immateriell sind und nicht

von *Zech*, welcher die Information als solche in den Vordergrund des Rechts stellt, Information als Schutzgegenstand, 2012, insbes. § 4. Vgl. auch *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 2010, insbes. Kapitel 3 und 4.

⁷⁰⁸ Dazu Wandtke/Bullinger/Bullinger, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 13–14. Mit einem Rechtsvergleich zwischen Deutschland, Großbritannien und Frankreich *König*, Der Werkbegriff in Europa, 2015 passim.

⁷⁰⁹ Vgl. EuGH GRUR 2019, 73 Rn. 42 f. – *Levola Hengelo/Smilde Foods*; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 47–49, 73.

⁷¹⁰ Etwa OLG München ZUM 1989, 588; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 2 UrhG Rn. 47; *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl. 2011, § 21 II 1.

⁷¹¹ Dazu *Schack*, Urheberrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 182.

⁷¹² So OLG Frankfurt WRP 2014, 885, dazu die Anmerkung von *Drexl*, GRUR-Prax 2014, 308; vgl. auch BGH GRUR 1986, 59 – *Geistchristentum*; KG OLG-Report 1996, 175; SchwBG ZUM 1991, 237; *Loewenheim/Peifer*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 7 UrhG Rn. 5.

⁷¹³ Zu deren umstrittener Bedeutung vgl. oben, Kapitel 2., D., II., 2., b.

⁷¹⁴ Zur Funktion von § 10 UrhG Wandtke/Bullinger/Thum, 5. Aufl. 2019, § 10 Rn. 1–7.

bezeichnet werden können, etwa Musikstücke; es bleibt jedenfalls in Streitfällen beim Erfordernis eines objektiven Nachweises der Schöpfereigenschaft.

Diese strenge Objektivität des Schöpferbegriffs ist nicht zuletzt mit der sozialpolitischen Komponente des Urheberrechts zu erklären. Der überkommene Zweck des Urheberrechts ist es, kreative Leistungen zu belohnen und anzuregen, indem dem Schöpfer ausschließliche Rechte gewährt werden. Traditionell werden Schöpfer dabei als wirtschaftlich unterlegene Parteien betrachtet. Ihr besonderer Schutz ist auch im Urhebervertragsrecht verankert, paradigmatisch etwa durch den „Fairnessausgleich ex post“ im „Bestsellerparagrafen“.⁷¹⁵ Inzwischen ist rechtstatsächlich allerdings eine Leitbildverschiebung eingetreten, vom „einsamen Urheber“ mit künstlerischem Drang hin zu den digitalisierten Produktionsbedingungen einer Unterhaltungsgesellschaft.⁷¹⁶ Gleichzeitig unternimmt das Urheberrecht einen Interessenausgleich: der Schutz „geistiger Arbeit“ soll mit dem öffentlichen Interesse am Zugang zur Arbeit in Einklang gebracht werden, wozu insbesondere die Schrankensystematik dient.⁷¹⁷

Die Strenge der Zurechnung ist weiterhin auch auf den engen Persönlichkeitsbezug des Urheberrechts zurückzuführen, der gleichzeitig eine wichtige personelle Schranke der Zurechenbarkeit setzt. Besonderheit des kontinental-europäischen *Droit d’Auteur*-Urheberrechts ist, dass es nicht allein unter Anreizgesichtspunkten die wirtschaftlichen Interessen des Urhebers schützt, sondern in der Schöpfung einen Ausdruck seiner Persönlichkeit und daher, in naturrechtlicher Tradition, im Urheberrecht ein Menschenrecht erkennt. Das Urheberrecht in Deutschland gliedert sich daher in die Persönlichkeits- und Nutzungsrechte, § 11 UrhG.⁷¹⁸ Da nur Menschen Persönlichkeit haben und das Urheberrecht an die Persönlichkeit anknüpft, ist Grundvoraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz eines Werkes, dass es von einem Menschen geschaffen wurde. Von Maschinen oder Tieren⁷¹⁹ hergestellte Werke sind somit nicht durch das deutsche Urheberrecht geschützt, weil gerade nur der Mensch Per-

⁷¹⁵ Schricker/Loewenheim/Haedicke/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 32a UrhG Rn. 1; zu den daraus folgenden Verwerfungen im Vertragsrecht *Datta*, Die angemessene Vergütung des Urhebers – Risiken und Grenzen des Buy-out Vertrages im Filmbereich, 2018

⁷¹⁶ Dazu etwa *Wandtke*, GRUR 2002, 2, 3; Schricker/Loewenheim/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, Einl. zum UrhG Rn. 4.

⁷¹⁷ Vgl. die Beiträge in Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Innovation und Recht I: Geistiges Eigentum und Innovation*, 2008 – namentlich von: *Hoffmann-Riem*, Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, S. 15; *Engel*, Geistiges Eigentum als Anreiz zur *Innovation* – Die Grenzen des Arguments, S. 43; *Huebner*, Gemeinschaftliche Innovation und Patentpools, S. 183; *Metzger*, Innovation in der Open Source Community – Herausforderungen für Theorie und Praxis des Immaterialgüterrechts, S. 187 und *Ohly*, Urheberrecht zwischen Innovationsstimulierung und -verhinderung, S. 279.

⁷¹⁸ Näher zur monistischen Theorie Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, *Urheberrecht*, 6. Aufl. 2020, UrhG § 11 Rn. 3; Überblick auch bei Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, Einl. Rn. 10.

⁷¹⁹ Siehe dazu den „Makaken-Selfie-Fall“, U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 23.4.2018 No. 16–15.469 – *Naruto v. Slater*; dazu *König/Beck*, ZUM 2016, 34.

sönlichkeit in eine Schöpfung einbringen kann.⁷²⁰ Konsequenterweise können auch juristische Personen nicht Urheber sein. Gesetzessystematisch schlagen sich diese Einschränkungen etwa in der Anknüpfung an das Todesdatum des Autors für die Schutzdauer des Urheberrechts nieder.⁷²¹

Der Schöpfungsbegriff selbst setzt Individualität voraus, die Anforderungen an Kreativität sind jedoch nicht zu hoch. Ein „Funke“ soll genügen, so sind selbst einfache Arbeiten mit einem Minimum an Individualität geschützt, wobei allerdings eine unbestimmte „Schöpfungshöhe“ erreicht sein muss.⁷²² Hierbei ist eine absolut verobjektivierte Perspektive maßgeblich.⁷²³ In § 2 Abs. 2 UrhG heißt es: „Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche geistige Schöpfungen.“ Die eigene intellektuelle Schöpfung eines „Autors“ wird in der Regel als etwas verstanden, das – subjektiv aus Autorensicht – noch nicht existiert hat.⁷²⁴ Nicht nur das fertige Werk wird geschützt, sondern auch seine Vor- und Zwischenstufen, sofern es sich dabei bereits um persönliche geistige Schöpfungen handelt. Erforderlich ist, dass ein Gestaltungsspielraum bewusst genutzt wird.⁷²⁵ Unter Umständen können sogar Anpassungen bereits bestehender Werke als Bearbeitungen nach § 3 UrhG unter den Schutz des Urheberrechtsgesetzes fallen. Insgesamt ist die materielle Komponente des Schöpfungsbegriffes von nicht unerheblicher Unbestimmtheit durchsetzt, die auch auf Zurechnungsfragen im Mehrpersonenverhältnis durchschlägt.

⁷²⁰ *Loewenheim*, in: Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 2 Rn. 38 ff.; Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 8 ff.; Fromm/Nordemann/Nordemann, 11. Aufl. 2014, § 2 Rn. 21; Wandtke/Bullinger/Bullinger, 5. Aufl. 2019, § 2 Rn. 15 ff.; *Rebbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 211; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 184; ebenso für die RBÜ *Ginsburg*, IIC 2018, 131; siehe auch *Lauber-Rönsberg*, die von einem „anthropozentrischen“ Urheberrechtskonzept spricht, GRUR 2019, 244, 245. Ob dieser Anthropozentrismus angesichts der fortgeschrittenen Qualität KI-generierter Schöpfungen noch angemessen ist, steht auf einem anderen Blatt und dürfte den rechtspolitischen Diskurs noch länger beschäftigen, dazu etwa *Fromm*, GRUR 1964, 304; *Lauber-Rönsberg*, (a. a. O.), 249 ff.; *Engel*, GRUR-Int. 2020, 1123.

⁷²¹ *Peifer*, FS Walter, 2018, S. 222, 225.

⁷²² BGH-Urteil vom 19. März 2008 I ZR 166/05 mit weiteren Nachweisen.

⁷²³ Fromm/Nordemann/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 16; *Samson UFITA* 56 (1970), 117; Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 5.

⁷²⁴ Dazu und zur Möglichkeit von Doppelschöpfungen, Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 16 ff.

⁷²⁵ So etwa *BGH GRUR* 2014, 175 Rn. 41 – Geburtstagszug; *Peifer*, Individualität im Zivilrecht, 2001, S. 82 f.; *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das *Droit moral* im deutschen und französischen Urheberrecht, 2002, S. 125 f.; zu alternativen, nicht herrschenden Qualifizierungsansätzen, *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 245 f.; Ideen und Konzepte werden nicht als solche geschützt, sondern nur deren dauerhafte Verkörperung.

b) Urheberrechtliche Schöpfungen im Kooperationsverhältnis

Gerade in arbeitsteiligen Schöpfungsprozessen, wie sie essentiell für das vernetzte Unternehmensleben sind, stellt sich die Frage nach der Urhebereigenschaft mit Dringlichkeit, um die rechtlichen Beziehungen der Beteiligten untereinander und gegenüber Dritten zu klären. Die Frage betrifft überkommene Werkformen wie Texte und Musikstücke, allerdings vor allem auch Kernelemente der digitalen Wirtschaft, nämlich Computerprogramme und Datenbanken.⁷²⁶ Letztendlich bleiben auch in Kooperationsverhältnissen die Urheber als Einzelschöpfer bestehen.⁷²⁷

Maßgeblich ist hier § 8 UrhG, der bei gemeinsamer Werkschöpfung mehrerer die Mit-urheberschaft anordnet. Bei den Rechtsfolgen der Miturheberschaft herrscht allerdings noch einige Unklarheit. Die Verbindung wird wohl wegen des Wortlauts von § 8 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 UrhG von der h. M. als Gesamthandsgemeinschaft qualifiziert.⁷²⁸ Von der gesamthänderischen Bindung sind demnach jedenfalls Veröffentlichung und Verwertung des gemeinsamen Werkes betroffen sowie die Änderungsbefugnis. Dies entspricht auf den ersten Blick dem Konzept eines Gesamthandsvermögens nach § 718 Abs. 1 BGB. Die Vorgängerregelungen des LUG und KUG sahen noch eine Bruchteilsgemeinschaft nach den §§ 741 ff. BGB vor, die allerdings wegen der einseitigen Lösungsmöglichkeit nach §§ 746, 749 BGB als unpassend erkannt wurde.⁷²⁹ Der Gesetzgeber geht von einer „engen Gemeinschaft“ der Miturheber aus.⁷³⁰ Im Schrifttum wird insbesondere von *K. Schmidt* der Ansatz einer „Gemeinschaft besonderer Art“ vertreten. Dies findet seine Berechtigung darin, dass die Zuordnung des Miturheberrechts zu einem eigenen, künstlichen Rechtsträger dem engen Persönlichkeitsbezug des Urheberrechts widerspräche. Die Zurechnung von Urheberrechten als solchen soll, wie soeben dargelegt, gerade nur natürlichen Personen zu Gute kommen, nicht jedoch künstlichen. Daher ist *K. Schmidt* darin zu folgen, hier im Grundsatz von einer Bruchteilsgemeinschaft auszugehen, die lediglich durch den Gedanken der „engen Miturhebergemeinschaft“ um Koordinierungs- und Rücksichtnahmepflichten modifiziert wird.⁷³¹ Diese folgen dann dem Wortlaut von § 8 Abs. 2 UrhG und betreffen Veröffentlichung und Verwer-

⁷²⁶ Weitere Beispiele bei Fromm/Nordemann/Nordemann, 12. Aufl. 2018, § 8 Rn. 1; Plett, Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk, 1984, S. 1 ff.

⁷²⁷ Kritisch für Open-Source-Projekte allerdings Metzger, in: Stefan/Ohly/Zech (Hrsg.), Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, 2010, S. 79, 82, 89.

⁷²⁸ BGH NJW 2012, 2805 (2806); Sontag, Das Miturheberrecht, 1972, S. 74; Werner, BB 1982, 280.

⁷²⁹ Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 8 UrhG Rn. 1.

⁷³⁰ AmlBegr. BT-Drs. IV/270, 41.

⁷³¹ MüKo-BGB/K. Schmidt, 8. Aufl. 2020, § 741 Rn. 64f.; A. A. Schack, FS K. Schmidt, Bd. 2, S. 315ff., der eine urheberrechtlich modifizierte gesetzliche Gesamthandsgesellschaft erkennt.

tion des gemeinschaftlichen Werkes sowie die Änderungsbefugnis. Die Aufteilung der Erträge erfolgt proportional zum jeweiligen Schöpfungsanteil, § 8 Abs. 3 UrhG.⁷³² Die Miturhebergemeinschaft ist daher insbesondere auch von einer Gesellschaft zu unterscheiden, die der Verwaltung und Wahrnehmung von Miturheberrechten dient.⁷³³ Das Urheberrecht wird also eindeutig den Mitgliedern einer Bruchteilsgemeinschaft zugerechnet, allerdings belastet mit den vorgenannten Pflichten.

Der Tatbestand der Miturheberschaft setzt voraus, dass Mehrere ein Werk gemeinsam schaffen und sich die Anteile an der Schöpfung nicht gesondert verwerten lassen.⁷³⁴ Es kommt für die Miturheberschaft nicht auf ein besonderes Gewicht des einzelnen Beitrags an.⁷³⁵ Allerdings muss sich der Beitrag im Werk konkret niederschlagen. Abgrenzungsprobleme bereitet das Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit der Schöpfung. Miturheberschaft ist von Schöpfungen zu unterscheiden, die lediglich neben- oder nacheinander erfolgen (zu diesen sogleich ausführlich). Gemeinschaftlichkeit der Schöpfung erfordert gleichgeordnete Zusammenarbeit, die von einem entsprechenden Willen getragen werden muss.⁷³⁶ Dies ist bemerkenswert, wenn man berücksichtigt, dass bei Einzelschöpfern der Wille gerade gleichgültig ist und es allein auf eine objektive Bewertung des Werkes ankommt, lässt sich freilich wiederum auf die immer noch separate Rechtszuweisung unter der Miturheberschaft zurückführen. „Zusammenarbeit“ bedeutet in diesem Zusammenhang die Verständigung über eine gemeinsame Aufgabe und die Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee.⁷³⁷ Bei losen Kooperationen fehlt es hieran vielfach, schon weil eine „Verhaftung“ in einer Miturhebergemeinschaft gravierende Konsequenzen haben kann.⁷³⁸ Möglich ist freilich auch eine sukzessive Miturheberschaft, wenn die Beiträge „in Unterordnung unter die gemeinsame Gesamtidee erbracht wer-

⁷³² Zu den Problemen bei komplexen Filmproduktionen und zur Lösung über „Binnenverteilungsrunden“ *Döring/Schafmeister*, ZUM 2015, 725, 728 ff.

⁷³³ BGH NJW 2012, 2805; zu einer solchen Gesellschaft vgl. BGH LM UrhG § 8 Nr. 5, dazu die Anmerkung von *Loewenheim*, NJW-RR 1998, 1639.

⁷³⁴ Dazu BGH GRUR 1985, 529; 1994, 39, 40; LG Berlin ZUM 2012, 64 – Geschütztes Werk auf Foto!; *Sontag*, Das Miturheberrecht, 1972, S. 4 ff.; MüKo-BGB/K. *Schmidt*, 8. Aufl. 2020, § 741 Rn. 64.

⁷³⁵ Dazu etwa *Wandtke/Bullinger/Thum*, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 15; *Spindler/Schuster/Wiebe*, 4. Aufl. 2019, § 8 UrhG.

⁷³⁶ Näher *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Peifer*, 6. Aufl. 2020, § 8 UrhG Rn. 8.

⁷³⁷ BGH GRUR 2005, 860, 862 f. – *Fash 2000*; OLG Düsseldorf GRUR-RR 2005, 2 – *Beuys-Kopf*; KG GRUR-RR 2004, 129, 130 – *Modernisierung einer Liedaufnahme*; LG München I ZUM 2002, 748, 752 – *Carmina Burana*; OLG Düsseldorf ZUM-RD 2016, 368, 372; dazu *Dreier/Schulze/Schulze*, 7. Aufl. 2022, § 8 Rn. 2; *Wandtke/Bullinger/Thum* UrhG § 8 Rn. 42; vgl. auch RGZ 82, 333, 336; eingehend zur Zusammenarbeit *Stroh*, *Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht*, 1969, S. 30 ff.

⁷³⁸ Vgl. LG Köln GRUR-RR 2018, 11; dazu *von Welser* GRUR-Prax 2018, 164; *ders.* ZGE 2017, 570.

den“.⁷³⁹ Typischer Fall der Miturheberschaft ist das sog. Gruppenwerk, bei dem ein Herausgeber die schöpferischen Beiträge einer Gruppe koordiniert, die allerdings ununterscheidbar bleiben.⁷⁴⁰ Miturheber sind dann freilich zunächst allein die schöpferischen Gruppenmitglieder, der Herausgeber nur, wenn seine eigene Koordinationsleistung schöpferischen Charakter hat.⁷⁴¹ Dabei kommt insbesondere die Schöpfung eines Sammelwerks nach § 4 UrhG in Betracht.⁷⁴²

Ist keine Zusammenarbeit gegeben, können andere geregelte Tatbestände des UrhG vorliegen, die eine losere Bindung der Beteiligten als bei der Miturheberschaft, allerdings keinesfalls ein anderes Zurechnungsergebnis für das Urheberrecht als zum einzelnen Beteiligten begründen: Lassen sich die Schöpfungsanteile getrennt verwerten, liegt lediglich eine Werkverbindung nach § 9 UrhG vor. Unter dieser werden mehrere Werke zur gemeinsamen Verwertung verbunden, ohne dass ein einheitliches Werk entsteht oder eine gemeinsame Schöpfung wie bei der Miturheberschaft erfolgt. Im Unterschied zur Miturheberschaft kann der einzelne Beitrag aus der Verbindung herauslöst und verwertet werden, ohne die anderen Beiträge zu beeinträchtigen.⁷⁴³ Auch bei der Werkverbindung wird eine Sonderbeziehung zwischen mehreren Urhebern begründet, die allerdings weit weniger eng als eine Bruchteilsgemeinschaft ist, sondern lediglich das Recht begründet, von den anderen Urhebern die „Einwilligung zur Veröffentlichung, Verwertung und Änderung der verbundenen Werke [zu] verlangen, wenn die Einwilligung de(m) anderen nach Treu und Glauben zuzumuten ist“. Gerade bei Open-Source- und Open-Commons-Projekten ist diese Kooperationsform anzutreffen.⁷⁴⁴ Die Sonderbeziehung der Werkverbindung beruht auf einer vertraglichen Vereinbarung über die gemeinsame Verwertung, auf welche die Regeln über Willenserklärungen unbeschränkt Anwendung finden.⁷⁴⁵ Es kommt auf diese Weise eine GbR zu Stande, deren gesamthänderisch gebundenes Gesellschaftsvermögen aus den Verwertungsrechten besteht und die Treuepflichten hinsichtlich der Verwertungsrechte begründet.⁷⁴⁶ Hierbei handelt es sich also um keine spezifisch urheberrechtliche Zurechnung auf einen Rechtsträger, sondern um eine Klarstellung der Geltung der allgemeinen Regeln; die im Gesetz explizit genannten Einwilligungspflichten, bis zur Grenze der Zumutbarkeit, haben klarstellenden Charakter, denn die Vereitelung der Einwilligung zur Verwertung, Veröffentlichung oder Änderung kann dem Gesellschafts-

⁷³⁹ BGH GRUR 2005, 860, 862 f. – Fash 2000; zur gesamten Problematik, Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 8 UrhG Rn. 9a.

⁷⁴⁰ Vgl. AmtlBegr. BT-Drs. IV/270, 42.

⁷⁴¹ LG München I ZUM 2009, 986 (988).

⁷⁴² So auch Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 8 UrhG Rn. 3.

⁷⁴³ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 8 UrhG Rn. 4.

⁷⁴⁴ Von Welser, ZGE 2017, 570, 581.

⁷⁴⁵ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 9 UrhG Rn. 7.

⁷⁴⁶ Vgl. OLG Hamburg ZUM 1994, 738, 739; Wandtke/Bullinger/Thum, 5. Aufl. 2019, § 9 Rn. 63; Seibt/Wiechmann, GRUR 1995, 562, 564.

zweck widersprechen.⁷⁴⁷ Das Widerspruchsrecht bei Unzumutbarkeit einer Geschäftsführungshandlung entspricht ebenfalls den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen.⁷⁴⁸ Die Norm des § 9 hat daher allenfalls klarstellende Funktion und erscheint obsolet.

Die Bearbeitung nach § 3 UrhG unterscheidet sich von der Werkverbindung indem sie keine einheitliche, sondern getrennte Verwertung von Werken erfasst, die in einer Abhängigkeitsbeziehung stehen. Das eine Werk, die Bearbeitung, setzt auf dem anderen Werk, dem Original, auf und kann – anders als bei der Verbindung von zwei Werken – nicht isoliert verwertet werden. Die Bearbeitung dient vielmehr der erweiterten Verwertung des Originals.⁷⁴⁹ Anders als bei der Werkverbindung entstehen bei der Verwertung der Bearbeitung keine Ansprüche gegenüber den am Original Berechtigten zur Verwertung der Bearbeitung.⁷⁵⁰ Erforderlich ist eine Lizenz zur Bearbeitung, die auch verweigert werden kann.

Bei Sammelwerken nach § 4 UrhG wird nicht ein einheitliches Werk geschaffen, sondern neben den bestehenden Einzelwerken durch Zusammenfassung ein neues. Die Werkeigenschaft folgt aus der Auswahl und Anordnung der Einzелеlemente. Bei der Erstellung des Sammelwerkes sind alle Konstellationen denkbar, von der Individualschöpfung bis hin zur Kooperation Mehrerer. § 4 UrhG beinhaltet keine Regel für die Beziehung und Zurechnung zwischen Mehreren, sondern legt allein die Werkqualität von Sammlungen fest. Einen Sonderfall von Sammelwerken stellen nach § 4 Abs. 2 UrhG Datenbanken dar, denen in der Informationsgesellschaft eine immer größere wirtschaftliche Bedeutung beigemessen wird. Sie werden sowohl urheberrechtlich nach § 4 UrhG geschützt, als auch als verwandtes (*sui generis*) Datenbankherstellerrecht nach den §§ 87a–87e UrhG. Das Urheberrecht schützt allein die Struktur der Datenbank, nicht ihren Inhalt.⁷⁵¹ Das Datenbankherstellerrecht schützt die wesentliche Investition für die Erstellung einer Datenbank.⁷⁵² Dieser doppelte Schutz soll Anreize für die Einrichtung von Systemen zur Speicherung und Verarbeitung vorhandener Informationen als wichtiges Gut in der Informationsgesellschaft schaffen.⁷⁵³ Das Verhältnis zwischen Urheber der Datenbank und dem Datenbankhersteller ist eine typische Zurechnungsfrage. Eine ausdrückliche, spezielle Zurechnungsregel enthält das UrhG nicht. Datenbankurheber und Datenbankhersteller sind schlicht beide für die Datenbank als unteilbarer

⁷⁴⁷ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 9 UrhG Rn. 15.

⁷⁴⁸ Vgl. etwa zum Recht der GbR MüKo-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 711 BGB Rn. 1–5.

⁷⁴⁹ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, § 3 UrhG Rn. 5.

⁷⁵⁰ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, 6. Aufl. 2020, § 3 UrhG Rn. 36.

⁷⁵¹ Schrickler/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 4 UrhG Rn. 59.

⁷⁵² Näher zur Differenzierung, Schrickler/Loewenheim/Vogel, 6. Aufl. 2020, § 87a UrhG Rn. 30.

⁷⁵³ Vgl. Erwägungsgründe 7, 8 und 12 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

Rechtsgegenstand zuständig. Ihnen beiden stehen die Verwertungsrechte an der Datenbank zu, die isolierte, unabgestimmte Verwertung stellt immer eine Verletzung des Rechts des anderen dar. Die beteiligten Rechtsinhaber sind entsprechend der Regeln einer Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB zu behandeln. Zwar geht es nicht um das gemeinschaftliche Tragen eines Rechts durch mehrere. Gleich zu behandeln sind nach allgemeiner Lehre jedoch Fälle, in denen am selben Rechtsgegenstand gleichartige Rechte mehreren Personen zustehen und kein Rechtsinhaber sein Recht allein verwerten kann, ohne dadurch gleichzeitig das Recht des anderen zu verletzen.⁷⁵⁴

c) Ungeschützte Hilfstätigkeiten

Bei der Betrachtung von Hilfstätigkeiten für die urheberrechtliche Schöpfung sind zunächst die Rollen von Gehilfen und Ideengebern zu erfassen. Für diese gibt es anders als für Miturheber keine Sondervorschrift wie in § 8 UrhG. Ein Status als Urheber minderen Rechts ist nicht vorgesehen, weshalb eine Schöpfung entweder ganz, zumindest bruchteilhaft, oder gar nicht als Schutzrecht zuzurechnen ist.⁷⁵⁵ Auch die speziellen Leistungsschutzrechte dürften zumeist nicht greifen, da sie überwiegend die Verwertung bestehender Werke betreffen. Ein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch für die Mitwirkung an einer Schöpfung ist nicht vorgesehen, für welchen allerdings § 951 BGB modellgebend sein könnte.

Dem eigentlichen Schöpfungsakt vorgelagerte Schritte sind regelmäßig nicht schutzfähig, da Ideen gerade nicht Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes sind. Dies wirkt auch in Mehrpersonenverhältnissen fort. So stellt die Äußerung von Anregungen zu einem Werk noch keinen schöpferischen Beitrag dar, wenn sie dem Gemeingut zugehören und noch nicht konkretisiert und ausgestaltet sind; sie begründen keine Urheberschaft an dem auf ihnen beruhenden Werk.⁷⁵⁶ Die Unterstützung fremder Kreativität soll nicht zu einem eigenen Urheberrecht des Gehilfen führen. Die Abgrenzung von bloßer Unterstützung zur eigenen Schöpfung ist allerdings mitunter problematisch. Es handelt sich dabei um ein genuines Zurechnungsproblem, denn es geht um die Existenz eines Rechts, das dann im Wege der Miturheberschaft, Werkverbindung, Bearbeitung oder Sammlung in Bezug zum Hauptschöpfer steht. Das Sammeln, Sichten und Ordnen von Material nach Anweisungen, die Anfertigung einfacher Regis-

⁷⁵⁴ Dazu MüKo-BGB/K. Schmidt, 8. Aufl. 2020, § 741 Rn. 76; so auch Ehmman, GRUR 2008, 474, 476.

⁷⁵⁵ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 7 Rn. 6.

⁷⁵⁶ BGH GRUR 1995, 47 (48) – Rosaroter Elefant; OLG Hamburg NJOZ 2010, 1929, 1930 und Vorinstanz LG Hamburg ZUM 2010, 541; Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 7 Rn. 4; Wandtke/Bullinger/Thum, 5. Aufl. 2019, § 7 Rn. 21; Schrickler, GRUR 1991, 563, 565 f.; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Peifer, 6. Aufl. 2020, § 7 Rn. 6

ter, Übersichten und Auszüge, sogar noch die Ausarbeitung von Fragmenten soll untergeordnet und damit für einen Schutzrechtstatbestand irrelevant sein.⁷⁵⁷ Bei der Umsetzung von Anweisungen, etwa bei der Ausarbeitung von Entwürfen und Plänen, kommt es darauf an, ob ein hinreichender Freiraum für eigene künstlerische Gestaltung verbleibt oder ob die Ausarbeitung mechanischen Charakter hat.⁷⁵⁸ Für die Anfangsphase von Werkkonzeptionen kommt dem Beitrag der Angewiesenen entsprechend ein größeres Gewicht zu, weshalb die Schwelle zur Schöpfung eher überwunden werden kann, da noch mehr Raum für individuelle Gestaltungsmittel verbleibt.⁷⁵⁹

d) Schöpfungen im Subordinationsverhältnis

Die Zuweisung der Urheberrechte an den Schöpfer gilt ausnahmslos und findet auch in Dienst- und Arbeitsverhältnissen Anwendung, unabhängig von der jeweiligen rechtlichen Grundlage. Urheber ist auch der Angestellte, Beamte, Auftragnehmer, freie Mitarbeiter oder auch der Ghostwriter, der die geistige Schöpfung selbst im Rahmen eines Dienstverhältnisses erbringt.⁷⁶⁰ Dies stellt § 43 UrhG klar und verdeutlicht damit den sozialpolitischen Anspruch des Urheberrechts als Regulierungsmaterie.⁷⁶¹

Der Arbeit- oder Auftraggeber erwirbt damit auch trotz Definition des organisatorischen Rahmens und materieller Finanzierung der Schöpfung nicht unmittelbar gesetzlich eine Rechtsposition am Werk, sondern ist auf einen rechtsgeschäftlichen Erwerb nach den §§ 31–42 UrhG angewiesen. Diese überwiegend urheberfreundlichen Vorschriften unterliegen jedoch Modifizierungen, die sich aus dem jeweiligen Arbeits- oder Dienstverhältnis ergeben können. Nutzungsrechte werden so meist konkludent eingeräumt, anders als beim originären Erwerb gilt freilich das Zweckübertragungsprinzip, wonach nur die für die Vertragserfüllung erforderliche Berechtigungssumme auf den Lizenznehmer übergeht.⁷⁶² Im Gesetz sind lediglich Vermutungsregeln hinsichtlich der Verwertungsbefugnis des Geschäftsherrn angelegt, spezifisch für Computerprogramme in § 69b UrhG und zu Gunsten des Filmherstellers in §§ 88, 89 UrhG.

⁷⁵⁷ Mit einer weiteren Enumeration *Loewenheim/Peifer*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, § 7 Rn. 7.

⁷⁵⁸ Vgl. dazu *Schack*, KUR 2012, 155 (156), *Kirchmaier*, KUR 2010, 175 (177).

⁷⁵⁹ BGH GRUR 2003, 231 (233) – Staatsbibliothek.

⁷⁶⁰ BVerwG ZD 2016, 142 – Mitarbeiter des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags; BGH GRUR 2011, 59 – Lärmschutzwand; BGH GRUR 1952, 257 (258) – Krankenhauskartei; BAG GRUR 1961, 491 – Nahverkehrschronik; vgl. auch LG München I BeckRS 2012, 13691 – Crown Copyright; *Thielecke/von Bechtolsheim*, GRUR 2003, 754 zu den Organisatoren komplexer Werke; *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 351 f., 1014 ff.; *Schack*, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 270 f.

⁷⁶¹ Vgl. dazu *Wandtke*, in: *Wandtke/Ostendorff* (Hrsg.), Urheberrecht, 8. Aufl. 2021, S. 53 ff.

⁷⁶² Eingehend *Berberich*, ZUM 2006, 205; *Riesenhuber*, ZUM 2010, 137.

Es erfolgt damit also keine Überlagerung des Schöpfungstatbestandes durch Investitions- oder Organisationsgesichtspunkte. Schöpfer bleibt, wer ein Stück Persönlichkeit ins Werk legt.⁷⁶³

Gibt der Geschäftsherr freilich auch inhaltlich vor, wie das Werk ausgestaltet werden soll, so kann auch er geistiger Urheber im soeben erörterten kooperativen Schöpfungsverhältnis sein. Insbesondere kann ihm ein Recht am Sammelwerk nach § 4 UrhG zukommen. Prämiert wird dadurch allerdings nur eine eigene Schöpfungsleistung. Ist der Geschäftsherr eine Organisation, der keine urheberrechtliche Persönlichkeit zukommt, so sind deren für die Werkschöpfung verantwortlichen Mitarbeiter oder Beauftragte berechtigt, an deren Urheberrecht die Organisation wiederum nach den soeben angeführten Grundsätzen Nutzungsrechte erlangt.

Grund für die Strenge des Schöpfungsgrundsatzes ist zweifellos die monistische Theorie – der Schutzzweck des Urheberrechts auch als Persönlichkeitsrecht soll gerade den als schwächer eingestuften Urhebern zu Gute kommen.⁷⁶⁴ Im asymmetrischen Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Verhältnis bietet verbunden mit der Lizenzeinholungspflicht des marktmächtigeren Arbeitgebers insbesondere die Zweckübertragungsregel aus § 31 Abs. 5 UrhG weitreichenden Schutz. Die tektonischen Verschiebungen in den Produktionsbedingungen der Wissensgesellschaft werden hier wohl noch nicht hinreichend bei der weiten Wirkung des Schöpfungsprinzips gewürdigt.⁷⁶⁵ § 69b UrhG dreht das durch § 31 Abs. 5 UrhG vorgegebene Ausnahmeverhältnis der Rechteeinräumung zwar durch eine Vermutung zu Gunsten des Arbeitgebers um;⁷⁶⁶ eine Erweiterung auf alle Verhältnisse kommerzieller Schöpfungen mit wenig Persönlichkeitsbezug liegt freilich nahe. Warum gerade Computerprogramme als besonders „seelelos“ zu gelten haben, ist in Anbetracht der massenmedialen Content-Produktion sehr fraglich.

e) Einsatz künstlicher Intelligenz

Wie bereits oben festgestellt, ist unverhandelbare Schutzvoraussetzung des Urheberrechts die Anknüpfung an die menschlichen Persönlichkeit.⁷⁶⁷ Der Einsatz von Werkzeugen, wie auf *machine learning* gestützte Algorithmen, schließt eine menschliche Schöpfung allerdings nicht grundsätzlich aus, wenn der

⁷⁶³ Schrickler/Loewenheim/Rojan/Frank, 6. Aufl. 2020, § 43 UrhG Rn. 5.

⁷⁶⁴ Im Einzelnen Oberndörfer, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, 2005; Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, 2006 und zur Kritik etwa Hansen, Warum Urheberrecht? – Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, 2009; Kreutzer, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008.

⁷⁶⁵ Zur Kritik bereits oben, I.

⁷⁶⁶ Schrickler/Loewenheim/Rojan/Frank, 6. Aufl. 2020, § 43 UrhG Rn. 1.

⁷⁶⁷ Dazu oben a.

Mensch die Kontrolle über das Werkzeug behält.⁷⁶⁸ Bei nur teilautonomen Funktionen kann der Mensch durchaus die Kontrolle über den Schöpfungsvorgang wahren. Dies ist die wohl kritischste Voraussetzung für den urheberrechtlichen Schutz von durch KI-erzeugten Werken und stets in einer Einzelfallentscheidung festzustellen.⁷⁶⁹ Bei automatisierten und teil-autonomen Funktionen, bei denen ein Mensch die entscheidungsrelevanten Kenndaten festlegt und auch den Output bestimmt, steht der menschliche Anteil im Vordergrund.

Letztendlich unterscheidet sich ein auch komplexes und mit dem Label „*künstliche Intelligenz*“ beworbenes Computerprogramm nicht von gewöhnlichen Arbeitswerkzeugen, wie einer Schreibmaschine oder Textverarbeitungsprogrammen, zumindest solange nicht ein Grad „*echter künstlicher Intelligenz*“ erreicht ist.⁷⁷⁰ Solange seitens der Anwender des Programms ein Mindestmaß an geistiger Anstrengung unternommen wird, das sich nicht auf das reine Einschalten einer Maschine beschränkt, sind keine weiteren besonderen Hürden zu nehmen; das Urheberrecht ist rechtspolitisch bewusst als „*kleine Münze*“ ausgestaltet.⁷⁷¹ Andernfalls verschiebt sich der urheberrechtliche Fokus auf den Schutz der KI selbst (als Software oder Datenbank);⁷⁷² ein Schutz des KI-Outputs ist dann allerdings unter einem Leistungsschutzrecht denkbar.

2. Verwandte Schutzrechte

a) Grundstrukturen

Verwandte Schutzrechte wurden unter dem UrhG von 1965 schon vor der europäischen Harmonisierung anerkannt.⁷⁷³ Geschützt wird eine sehr heterogene Gruppe, von Verfassern wissenschaftlicher Ausgaben, § 70 UrhG, über Herausgeber nachgelassener Werke, § 71 UrhG, ausübende Künstler, §§ 73–80, 82–83 UrhG, Veranstalter von Darbietungen, § 81 UrhG, Tonträgerhersteller, §§ 85, 86 UrhG, Hersteller von Datenbanken, §§ 87a–87e UrhG,⁷⁷⁴ Presseverleger,

⁷⁶⁸ Vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 16 ff.; Hetmank/Lauber-Rönsberg, GRUR 2018, 574, 577; Im Vereinigten Königreich können die Werke jedoch nach § 9 Abs. 3 und § 178 des Copyright, Designs and Patents Act 1988 geschützt sein.

⁷⁶⁹ So schon Dreier, FS Kitagawa, 1992, S. 869, 881; vgl. auch Obergfell, FS Windbichler, 2020, 1398.

⁷⁷⁰ Vgl. Wandtke/Bullinger/Bullinger, § 2 Rn. 16 ff.; Hetmank/Lauber-Rönsberg, GRUR 2018, 574, 577.

⁷⁷¹ Umfassend zu dieser Frage, Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 61–63.

⁷⁷² Siehe auch BMWi, Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, 2019, S. 22; dazu Deng, in: Bräutigam/Kraul (Hrsg.), Handbuch Künstliche Intelligenz, 2021, § 11 Rn. 96–120.

⁷⁷³ Zur Europäischen Harmonisierung, Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 11 f.

⁷⁷⁴ Zur hybriden Natur des Datenbankrechts als Urheber- und Leistungsschutzrecht, vgl. Spindler/Schuster/Wiebe, 4. Aufl. 2019, § 87a Rn. 1–5.

§ 87f–87h UrhG, Sendeunternehmen, § 87 UrhG, bis hin zu Produzenten von Filmwerken und Laufbildern, §§ 94, 95 UrhG.⁷⁷⁵ Die Rechte bestehen häufig neben Urheberrechten, die Verteilung von Einnahmen aus der Verwertung eines Werkes ist daher in der Praxis meist vertraglich geregelt und wird von der Funktion von Verwertungsgesellschaften sowie den Regeln über das Urhebervertragsrecht der §§ 32 ff. BGB flankiert.⁷⁷⁶

Verwandte Schutzrechte betreffen generell diejenigen kulturellen Leistungen, die nicht dem Schöpfungsprinzip als „persönliche geistige Schöpfungen“ iSv § 2 Abs. 2 entsprechen, denen jedoch für die Werkvermittlung eine wichtige Rolle zukommt und die gleichfalls immaterieller Art sind.⁷⁷⁷ Die Schutzgründe lassen sich trotz der vielfältigen Erscheinungsformen von Leistungsschutzrechten in zwei Kategorien unterteilen. Zum einen steht hinter dem Leistungsschutzrecht der Schutz persönlicher Leistungen, so vor allem bei ausübenden Künstlern, §§ 73 ff. UrhG, jedoch auch bei den Verfassern wissenschaftlicher Ausgaben, § 70 UrhG, und den Fotografen einfacher, also nicht-originaler Lichtbilder, § 72 UrhG. Hier ist die Nähe zum Urheberrecht evident, das ja auch gerade die Persönlichkeit des Schöpfers schützt, und die Begründung der Unterscheidung zwischen Urheberrecht und Leistungsschutzrecht nicht ganz stringent, geht man davon aus, dass an Schöpfungen keine besonders hohe Hürde zu knüpfen ist.⁷⁷⁸ Zum anderen geht es um Investitionsschutz wirtschaftlicher, organisatorischer und technischer Leistungen.⁷⁷⁹ Dies berechtigt, in gesetzssystematischer Reihenfolge, diejenigen zum Leistungsschutz, die ein nachgelassenes Werk erstmals erscheinen lassen oder öffentlich wiedergeben, § 71 UrhG, Veranstalter von Darbietungen ausübender Künstler, § 81 UrhG, Tonträgerhersteller, §§ 85, 86 UrhG, Sendeunternehmen, § 87 UrhG, und Filmhersteller, §§ 94, 95 UrhG. Dieser Investitionsschutz lässt die Leistungsschutzrechte auch als zu Ausschließlichkeitsrechten verdichteten wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz erscheinen.⁷⁸⁰

b) Mehrpersonenverhältnisse

Die unterschiedlichen Schutzgründe wirken sich damit nicht nur auf die inhaltliche Ausgestaltung der verwandten Schutzrechte aus, sondern unmittelbar auch auf deren Zurechnung. Wo Schutzgrund die persönliche Leistung ist, entsteht

⁷⁷⁵ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 3.

⁷⁷⁶ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, Vorb. zu §§ 70 ff. Rn. 4.

⁷⁷⁷ Amtl. Begr., BT-Drs. IV/270, A.II.2

⁷⁷⁸ So wurde vor Inkrafttreten des UrhG versucht, einen Schutz der ausübenden Künstler aus ihrem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht abzuleiten, Schrickler/Loewenheim/Loewenheim, Einl. UrhG Rn. 37.

⁷⁷⁹ BT-Drs. IV/270, Vor §§ 80 ff.; BGH GRUR 2013, 614 Rn. 18 – Metall auf Metall II; GRUR 2009, 403 Rn. 14 – Metall auf Metall; GRUR 2008, 693 Rn. 19 – TV-Total

⁷⁸⁰ Vgl. Oebbecke, Der „Schutzgegenstand“ der verwandten Schutzrechte, 2011.

das Recht nur bei der natürlichen Person, welche die Leistung selbst erbringt. Steht der Investitionsschutz hinter dem Leistungsschutzrecht, so kommt das Recht derjenigen, auch juristischen, Person zu, welche die Investition tätigt.⁷⁸¹ In diesen Fällen ist die Abgrenzung einfach, es entscheidet in Mehrpersonenverhältnissen die Investitionshöhe und führt zu einer Berechtigung pro rata.

Bei Leistungsschutzrechten, bei denen die persönliche Leistung Schutzgrund ist, kommt es hingegen zu analogen Zuordnungsproblemen wie bei Urheberrechten. So schützt etwa § 72 UrhG bei Lichtbildern gerade nicht den Auftraggeber, sondern denjenigen, der die Aufnahmen selbstständig schafft.⁷⁸² Dabei bleiben Fotograf und Kameramann auch dann Lichtbildner, wenn sie mit Gehilfen arbeiten, die ihre Anweisungen befolgen.⁷⁸³ Es geht darum festzustellen, wer „Herr der Aufnahme“ ist, also wer die Einzelheiten der Aufnahme festlegt, den Auslöser betätigt und die Konditionen computergesteuerter Aufnahmen bestimmt.⁷⁸⁴ Kontrollieren Mehrere die Aufnahme, ist die Regelung des § 8 UrhG entsprechend heranzuziehen.⁷⁸⁵ Für die gemeinsame Darbietung mehrerer ausübender Künstler sieht § 80 UrhG ausdrücklich vor, dass bei fehlender gesonderter Verwertbarkeit „das Recht zur Verwertung zur gesamten Hand“ gebunden ist. Die Formulierung ist stark an § 8 UrhG orientiert und es gilt das zur Miturheberschaft Gesagte entsprechend, insbesondere gilt ein Erfordernis „gegenseitiger Rücksichtnahme“.⁷⁸⁶ Die Norm verweist zudem in ihrem Abs. 2 für die Ausschließlichkeitsrechte und Vergütungsansprüche nach den §§ 77 und 78 UrhG auf § 74 Abs. 2 S. 2 und 3 UrhG, was bedeutet, dass die Ausübung nur durch einen gemeinsamen Vertreter möglich ist.⁷⁸⁷ Hier wird die Würdigung der Persönlichkeit des ausübenden Künstlers mit dem Interesse des Rechtsverkehrs an einer transaktionskostenarmen Rechtklärung ausgeglichen. Besondere Probleme stellen sich bei der Herstellung von Filmwerken, da bei diesen eine Vielzahl von Urheber- und Leistungsschutzgegenständen entstehen. Letztendlich sind hier im Rahmen der zwingenden Vorschriften der §§ 31 ff. UrhG vertragliche Abreden die Regel, welche die Komplexität des Einzelfalls einzelfallspezifisch lösen sollen.⁷⁸⁸

⁷⁸¹ Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, Vorb. zu §§ 70 ff Rn. 3.

⁷⁸² OGH ZUM-RD 2001, 224, 228 – Standbilder vom Gebirge; LG Berlin GRUR 1990, 270 – Satellitenfoto; Schricker/Loewenheim/Vogel, Urheberrecht, § 72 Rn. 58.

⁷⁸³ vgl. Hertin, UFITA 118/1992, 57, 60; Schulze, GRUR 1994, 855, 858

⁷⁸⁴ Allerdings pauschal gegen einen Schutz automatisch getätigter Aufnahmen LG Hamburg ZUM 2004, 675, 677; wie hier Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 72 UrhG Rn. 32.

⁷⁸⁵ Wie hier Vogel, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 72 Rn. 57.

⁷⁸⁶ Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 80 Rn. 2–5.

⁷⁸⁷ Vgl. Dreier/Schulze/Schulze, 7. Aufl. 2022, § 80 Rn. 1.

⁷⁸⁸ Hierzu insbesondere Datta, Die angemessene Vergütung des Urhebers, 2018, S. 37 ff. (zu den beteiligten Interessengruppen), S. 91 ff. (zum Regelungsrahmen).

3. Registerrechte

a) Allgemeine Funktionslogik

Wie im geistigen Eigentum allgemein⁷⁸⁹ fehlt eine grundlegende wissenschaftliche Durchbildung auch für die Funktion und Logik der Registerrechte. Es lassen sich freilich Gemeinsamkeiten feststellen. So unterliegen Registerrechte dem Eintragungsprinzip, sie entstehen konstitutiv durch die Eintragung in ein staatlich geführtes Register. Erst durch die Eintragung wirkt das Registerrecht erga omnes. Anders als unter einem Konzessionssystem gibt es bei Vorliegen der gesetzlich festgelegten Eintragungsvoraussetzungen einen gesetzlichen Eintragungsanspruch gegen die Registerbehörde.⁷⁹⁰ Dieser Logik unterliegen das Marken-, Patent-, Sortenschutz-, Geschmacksmusterrecht sowie die Schutzrechte für geographische Angaben und Ursprungsbezeichnungen, die im Wesentlichen auch durch EU-Rechtsakte geprägt sind.⁷⁹¹ So sind die beiden vollharmonisierten Titel des Marken- und des Geschmacksmusterrechts auch unionsweit zentral durch die Dienste des EUIPO führ- und abrufbar,⁷⁹² und auch Patente und Designrechte sind im Binnenmarkt weitgehend im EU-Patentregister geführt; es besteht bei diesen freilich ein komplexes „zweispuriges System“ parallelen nationalen und europäischen Schutzes.⁷⁹³

Für die Registerrechte kommt es für die Zurechnungsfrage zunächst nicht auf die materiellen Schutzvoraussetzungen an, sondern allein auf die Erfüllung des formellen Eintragungserfordernisses. Es gilt ein Prioritätsprinzip der Eintragung über den jeweils selben Schutzgegenstand.⁷⁹⁴ Wer zuerst eingetragen ist, profitiert vom Registerrecht. Die eingetragenen Titel sind allerdings materiell korrigierbar, etwa im Fall des Patentrechts, wenn nicht der wahre Erfinder die Anmeldung in seinem Namen vorgenommen hat, sondern ein anderer.⁷⁹⁵ Gemeinsames Merkmal der Korrekturansprüche ist die Sanktionierung von Arglist.⁷⁹⁶ Insbesondere besteht das Markenrecht als Registerrecht neben einer

⁷⁸⁹ Kritisch bereits *Obly*, JZ 2003 545, 550; s. auch *Ahrens*, GRUR 2006, 617.

⁷⁹⁰ Vgl. *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 1 MarkenG Rn. 23.

⁷⁹¹ Die Anspruch auf Eintragung eines Patents etwa ist verfassungsrechtlich abgesichert, BVerfG GRUR 2003, 723 – Rechtsprechungstätigkeit. S. a. *Obergfell/Hauck*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werksstand: 55. EL 2022, C. III. Rn. 3, m. w. N. zum jeweiligen Harmonisierungsstand.

⁷⁹² <https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/online-services> (zuletzt abgerufen am 4.10.2021).

⁷⁹³ Zur fehlenden Vereinheitlichung vgl. *Obergfell/Hauck*, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werksstand: 55. EL 2022, C. III. Rn. 65–79; zum Designrecht *Obly*, ZEuP 2004, 296, 318.

⁷⁹⁴ Vgl. etwa § 6 PatG; § 4 MarkenG.

⁷⁹⁵ Zur Prioritätslösung für Doppelerfindungen über § 6 PatG *Obly*, Mitt. Der deutschen Patentanwälte, 2006, S. 241.

⁷⁹⁶ Zu § 8 PatG vgl. *Melullis*, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 8 PatG Rn. 2–5; s. auch *Hammig*, GRUR-Prax 2020, 501.

Benutzungs- und Notorietätsmarke, und zwar nebeneinander und kumulativ.⁷⁹⁷ Auch bei diesen Rechten gilt allerdings ein Prioritätsprinzip – wer also eine Marke zuerst mit gewisser Notorietät im Markt nutzt, sticht grundsätzlich Nachzügler aus, selbst wenn diese unabhängig und lauter handeln.⁷⁹⁸

Eine prägende Besonderheit von Registerrechten ist die Erleichterung von Märkten – vor allem werden Informationskosten bei Transaktionen gesenkt, wenn die Berechtigten klar aus einem öffentlichen, teils mit gutem Glauben versehenen Register hervorgehen. Des Weiteren befördern öffentliche Register die Möglichkeit der Kreditsicherung durch Rechte geistigen Eigentums, da gerade die Publizität der Besicherung einer Mehrfachbesicherung effektiv entgegenwirkt.⁷⁹⁹

Die Zurechnungswertungen von Registerrechten sind damit im Grundsatz pluralistisch – die Eintragung selbst beruht auf einem Antrag, der nach allgemeinen Grundsätzen von einem rechtsgeschäftlichen Willen getragen sein muss. Korrektiv wirken ethische Gründe bei der arglistigen Erschleichung von Positionen. Die Register dienen dem Verkehrsschutz und der verbesserten Kommerzialisierung von Rechten geistigen Eigentums insgesamt. Hinzu kommen freilich die den jeweiligen Registerrechten spezifisch innewohnenden Zurechnungsgründe.

b) Zurechnungswertungen einzelner Registerrechte

Im Patentrecht wird wie im Urheberrecht einhellig davon ausgegangen, dass die Schöpfung technischer Erfindungen nur durch Menschen möglich ist.⁸⁰⁰ Die Anreizzwecke des Patentschutzes können schließlich vor allem bei Menschen wirken,⁸⁰¹ insbesondere haben diese bislang noch das Monopol der Kreativität, zumindest solange nicht eine echte KI vorliegt.⁸⁰² Erfinder ist deshalb auch nicht der Eigentümer oder Benutzer eines Computers, sondern derjenige, der durch Programmgestaltung und die Auswertung computergestützter Ergebnisse die technische Lösung erreicht und erkennt. Je mehr er den Prozess zur technischen Lösung aus der Hand gibt, desto weniger ist seine Leistung anerkanntenswert – auch im Patentrecht gilt eine wertende Betrachtung des Werkzeugs-einsatzes.⁸⁰³ Für die Erfindergemeinschaft sieht § 6 S.2 PatG eine „gemeinschaftliche“ Berechtigung vor, was auf die konzeptionellen Probleme der Miturheberschaft verweist – und nach hier geteilter Auffassung zu einer

⁷⁹⁷ Vgl. *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, § 1 MarkenG Rn. 23.

⁷⁹⁸ Dazu *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl. 2010, § 6 Rn. 2.

⁷⁹⁹ Dazu etwa *Abrens*, GRUR 2006, 617; *Maume*, NZG 2017, 249.

⁸⁰⁰ *Ann*, in: *Ann* (Hrsg.), Patentrecht, 8. Aufl. 2022, § 19 Rn. 7.

⁸⁰¹ Zu diesen vgl. BGH GRUR 1996, 109, 114 – Klinische Versuche; BMWi, Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, 2019, S. 23.

⁸⁰² Dazu etwa *Engel*, GRUR Int. 2020, 1123.

⁸⁰³ *Melullis*, in: Benkard, PatG, 11. Aufl. 2015, § 6 Rn. 31 f.

modifizierten Bruchteilsgemeinschaft führt.⁸⁰⁴ Dem registergetragenen Patentrecht geht ein materielles Erfinderrecht vor. Diese Wertungen sind entsprechend im Sortenschutzrecht vorzufinden – auch dieses schützt menschlichen Erfindergeist und soll durch exklusive Rechte Anreize zur Investition in den Schöpfungsprozess geben.⁸⁰⁵ Freilich bestehen Abweichungen, etwa darin, dass auch bloße Entdeckungen in Form von Sortenmutationen geschützt werden.⁸⁰⁶ Das Sortenschutzrecht ist auch nicht ein klassisches Registerrecht, der Sortenschutz entsteht durch Realakt,⁸⁰⁷ es folgt dann allerdings eine Veröffentlichung in der Sortenschutzrolle des Bundessortenamts.⁸⁰⁸ Das Designrecht ist wie das Patentrecht am Schutz der Innovationsanreize und der persönlichen Leistung des Schöpfers orientiert, unterscheidet sich allerdings im Schutzgegenstand, der die äußere Gestaltung von Produkten betrifft.⁸⁰⁹

Der Kennzeichenschutz von Marke, geschäftlicher Bezeichnung und geographischer Herkunftsangabe ist einheitlich im MarkenG kodifiziert. Kennzeichen müssen tatbestandlich Unternehmen und ihre Produkte unterscheidbar und wiedererkennbar machen; es kommt wesentlich auf die Exklusivität bei ihrer Nutzung an.⁸¹⁰ Die besondere Funktion der Unternehmenskennzeichen liegt in der Information der Marktteilnehmer über die Herkunft von Gütern und Dienstleistungen, und dadurch vermittelt in der Befähigung, eine optimale Investitionsentscheidung zu treffen. Die Pflege der Informationsfunktion durch den Berechtigten rechtfertigt für ihn umgekehrt einen höheren Preis seiner Angebote. Damit sollen Unternehmenskennzeichen einem doppelten ökonomischen Ziel dienen: dem Schutz der Investition in den Aufbau der Unterscheidungskraft eines Kennzeichens sowie dem Schutz der Marktfunktionalität, der Allokationseffizienz und der Verbraucherwohlfahrt.⁸¹¹ Die ökonomische Prägung des Markenrechts geht auch klar aus einem Strukturvergleich mit den an-

⁸⁰⁴ Vgl. oben II., 1., b.; für die Bruchteilsgemeinschaft beim Patentrecht vgl. BGH GRUR 2001, 226 – Rollenantriebseinheit; BGH GRUR 2003, 702, 704 – Gehäusekonstruktion; BGH GRUR 2005, 663 – Gummielastische Masse II; OLG Frankfurt GRUR 1992, 852 (854) – Simulation von Radioaktivität; BGH GRUR 1979, 540 – Biedermeier-Manschetten. Vgl. auch *Melullis*, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 6 PatG Rn. 55–71.

⁸⁰⁵ Vgl. § 8 SortG und Art. 11, 28 GSortV, dazu *Barudi* in: Metzger/Zech, Sortenschutzrecht, Rn. 8–32; zur umstrittenen Rechtsnatur und Entwicklung des Rechts vgl. *Metzger/Zech*, *ibid.*, Einf. A. Rn. 1–7.

⁸⁰⁶ Dazu etwa *Osterrieth*, in: Osterrieth, Patentrecht, 6. Aufl. 2021, Teil 4 Rn. 447.

⁸⁰⁷ Etwa *Abrens*, Gewerblicher Rechtsschutz, Rn. 507, 513.

⁸⁰⁸ Dazu *Köller* in: Metzger/Zech, Sortenschutzrecht, § 28 SortG Rn. 1.

⁸⁰⁹ Dazu *Ohly*, ZEuP 2004, 296, 301.

⁸¹⁰ Zur Informationstheorie des Kennzeichenrechts allgemein vgl. *Fezer*, Markenschutz als ein dynamisches Kommunikationssystem, in: *Deichsel/Meyer*, Jahrbuch Markentechnik 2006/2007, 2006, S. 429ff.; *Ingerl/Robnke*, Markengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2003, Einl. Rn. 35; *Volker/Elskamp* WRP 2010, 64ff.; *Fezer*, MarkenR, Kommentar, Einl. D, Rn. 1–17. Speziell zur für alle Informationsleistungen wesentlichen Unterscheidungsfunktion vgl. etwa *Troller*, GRUR Int 1967, 261, 265.

⁸¹¹ Vgl. zur Vermögenskomponente des Markenschutzes nur den Titel von Abschnitt 5

deren wichtigen Kennzeichenarten hervor⁸¹² – deren Grundform schlicht der Name der Person nach § 12 BGB ist. Der Name ist das absolute Recht einer natürlichen Person, welches seinen Schutzgehalt aus dem Würdeanspruch des Individuums ableitet.⁸¹³ Allerdings können auch Verbände des Privat- und öffentlichen Rechts Träger sein. Tritt ein Rechtsträger aus der privaten Sphäre in die der Wirtschaft über, kann er als Kaufmann eine Firma verwenden, die ihn als Kaufmann bezeichnet und unter der er klagen und verklagt werden kann, § 17 Abs. 2 HGB.⁸¹⁴ Die Firma muss vergleichbar zur Marke Unterscheidungskraft besitzen,⁸¹⁵ weshalb in der Firmenpflege ein Zurechnungsgrund für die Abwehrrechte aus § 37 HGB zu erkennen ist. Der Persönlichkeitsbezug ist wegen der Möglichkeit großer Abweichungen vom bürgerlich-rechtlichen Namen eher locker.⁸¹⁶ Dabei ist das Auftreten unter einem anderen Namen als dem Familiennamen ordnungspolitisch keine Selbstverständlichkeit.⁸¹⁷ Allerdings erkennt das Recht der Unternehmenskennzeichen die Trennung von Unternehmung und Unternehmer kraft besonderer Namensführung gerade als seinen expliziten Schutzgegenstand an. Dies ist in § 5 Abs. 2 MarkenG prägnant zusammengefasst, wonach Unternehmenskennzeichen „Zeichen (sind), die im geschäftlichen Verkehr als Name, als Firma oder als besondere Bezeichnung eines Geschäftsbetriebs oder eines Unternehmens benutzt werden.“ Die *besondere* Bezeichnung eines Unternehmens ermöglicht seine Behandlung als vom Betreiber *getrennter* Unternehmung, womit die Dreiheit der Unternehmenskennzeichen einheitlich wirkt.⁸¹⁸ Hierauf deutet auch § 23 HGB, der die Firma auf das Unternehmen selbst („das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird“) und nicht etwa auf den Unternehmensträger bezieht. Der Unternehmensname zei-

MarkenG „Marken als Gegenstand des Vermögens“; zur Multifunktionalität der Marke auch Fezer, in: Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, D. Die Funktionen der Marke, Rn. 1–17.

⁸¹² Siehe etwa bei Spindler/Schuster/Müller, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Sechster Teil, Vorbemerkung, Rn. 19–27.

⁸¹³ Dazu MüKo-BGB/Säcker, 9. Aufl. 2021, § 12 Rn. 1–5; zu den Schutzmotiven hinter § 12 BGB vgl. Klippel, Der zivilrechtliche Schutz des Namens, eine historische und dogmatische Untersuchung, 1985, 238 ff.

⁸¹⁴ Zur Rechtsnatur Hopt/Merkt, 41. Aufl. 2021, § 17 HGB Rn. 5; für ein reines Immaterialgüterrecht, Fezer, ZHR 161 (1997), 52, 52 ff.

⁸¹⁵ Dazu Steinbeck, FS Horn, 2006, S. 589; Überblick bei Hopt/Merkt, 41. Aufl. 2022, § 18 HGB Rn. 5–7.

⁸¹⁶ Etwa Flume, DB 2008, 2011.

⁸¹⁷ Zu Geschichte des Firmenrechts etwa Merkt, Unternehmenspublizität, 2001, S. 17, 31 ff.; siehe auch Rintelen, Beilage ZHR 75 (1914), Vorwort S. V; zur neueren Geschichte der Unternehmensnamen Nübling u. a., Namen, 2012, S. 280 ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 11 II; zum Recht der Berufsnamensführung etwa BVerfG, 5.5.2009 – 1 BvR 1155/03.

⁸¹⁸ Diese formelle Trennung von Unternehmen und Unternehmer findet auch in der gesellschaftsrechtlichen Theorie Bestätigung: K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 4 IV; m. w. N. Dengä, ZIP 2020, 945. Zur Entwicklung des Namensschutzes im Unternehmensrecht vgl. Raiser, Das Unternehmen als Organisation, 1969, S. 36 ff.

tigt besondere Rechtsfolgen; so indiziert etwa die Firma die Kaufmannseigenschaft und löst so die handelsrechtlichen Vorschriften des HGB aus.⁸¹⁹ Damit ist freilich noch nichts über den rechtlichen Abstraktionsgrad der Trennung zwischen Unternehmung und Unternehmer ausgesagt, ob es also zu einer Vermögenstrennung oder gar zu einer Verselbstständigung der Unternehmung hin zu einem Sondervermögen oder eigenen Rechtsträger kommt.⁸²⁰

III. Nutzungen

Auch für die zu negativen Rechtsfolgen verpflichtenden Nutzungshandlungen besteht eine große Vielfalt an Zurechnungswertungen bei den einzelnen Rechten geistigen Eigentums.

1. Vielfalt und Einheit der Nutzungsdogmatik

Neben der Zuweisung der Rechte ist auch die Zuweisung der Pflichten – zur Zahlung der Lizenzgebühr oder des Schadensersatzes – neuralgischer Punkt im Recht des geistigen Eigentums. Wer ohne Zustimmung des Rechtsinhabers Nutzer eines Rechts ist, „zahlt“. Die Nutzereigenschaft verschlüsselt damit die negative Zurechnung im Urheberrecht samt Leistungsschutzrechten, darüber hinaus auch im Marken- und Wettbewerbsrecht.⁸²¹ Sie ist in Mehrpersonenkonstellationen besonders kritisch.⁸²² Die zunächst national-autonome Dogmatik der Täterschaft, Teilnahme und Störerhaftung weicht in der Rechtsprechung des EuGH zum Urheberrecht dabei allerdings zunehmend einer Einheitsbetrachtung.⁸²³ Im Patentrecht hingegen ist eine besondere Regelung für „mittelbare Patentverletzungen vorzufinden, die gesonderter Einordnung bedarf. Einer gesonderten Betrachtung bedarf aufgrund jüngerer Entwicklungen auch

⁸¹⁹ Vgl. *Diederichsen*, in: Kremer (Hrsg.), *Onomastik: Akten des 18. Internationalen Kongresses für Namensforschung*, Trier, 12.–17. April 1993, Bd. 6; *Namensforschung und Geschichtswissenschaften, literarische Onomastik, Namenrecht*, S. 361, 365 f.

⁸²⁰ In einer Entscheidung des RG ist sogar vom Namensrecht des Unternehmens selbst die Rede, RGZ 171, 30, 35. Dies wurde nicht durchgehalten, Berechtigte sind die tragenden Kaufleute und Gesellschaften, vgl. *Raiser*, *Das Unternehmen als Organisation*, 1969, S. 38. Zur Zurechnung nach dem Trägerprinzip, *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. 2002, § 3 Rn. 43 ff.

⁸²¹ Vgl. etwa *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1.

⁸²² Zur Diskussion um tatferne Beiträge zu Schutzrechtsverletzungen im Patentrecht etwa *Müller*, GRUR 2016, 570; *Steiniger*, GRUR 2017, 875; *Dregelies*, GRUR 2018, 1; *Klawonn*, GWR 2018, 164; *Schwippert*, WRP 2018, 1027 ff.; ferner *Haedicke*, FS Blaurock, 2013, S. 105 ff.

⁸²³ Maßgeblich ist der Dreiklang der Urteile des EuGH: ZUM 2017, 587 – *Stichting Brein/Wullems*; EuGH ZUM 2016, 975 Rn. 49 – *GS Media*; vgl. dazu *Obly*, ZUM 2017, 793; zuletzt auch *Zurth*, ZUM 2021, 829.

das Lauterkeitsrecht. Zentral ist jedenfalls die Rückbindung der Nutzungshaftung an die allgemeinen Lehren des Haftungsrechts.⁸²⁴

2. Urheberrechte, verwandte Schutzrechte und Markenrechte

Die Zurechnung negativer Rechtsfolgen im Urheber- und Leistungsschutzrecht, die einheitlich im Teil 4 des UrhG geregelt ist, fußt auf dem Begriff des Verletzers. Dieser Begriff wurde in der deutschen Dogmatik in starker Anlehnung an das Deliktsrecht auf die Kategorien von Täterschaft und Teilnahme heruntergebrochen und um das Konzept der Störerhaftung für mittelbare Verletzungssachverhalte erweitert. Die urheberrechtlichen Grundsätze gelten weitestgehend auch für das Markenrecht.⁸²⁵

a) Verletzer

Zunächst richten sich Ansprüche nach § 97 UrhG gegen denjenigen, der ein fremdes Urheberrecht oder Leistungsschutzrecht verletzt.⁸²⁶ Verletzer ist dabei jeder, der selbst handelt oder an einer Verletzung teilnimmt, eine Anforderung an Unmittelbarkeit lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut nicht folgern. Maßgeblich ist stets zunächst die Überschreitung der rechtsgeschäftlich oder gesetzlich, insbesondere auf Grund von Schranken,⁸²⁷ erlaubten Werknutzung. Damit ist auch bereits eine wesentliche Grundentscheidung mit Blick auf Mehrpersonenverhältnisse getroffen – mehrere Verletzer haften gleichrangig, nach der Regel der §§ 830, 840 i.V.m §§ 421 ff. BGB gesamtschuldnerisch.⁸²⁸ Auf Grund der Vielfalt der durch das UrhG geschützten Rechte können die als Rechtsverletzungen zu qualifizierenden Handlungen, insbesondere auf Teilnahmeebene, allerdings ebenfalls sehr vielfältig und vor allem niedrigschwellig sein, was die Frage nach einer normativen Eingrenzung des Verletzertatbestands mit Dringlichkeit stellt. Denn sowohl die Zurechnung auf Grund einer anstifterähnlichen Position als auch die Gehilfenschaft durch Zurverfügungstellung notwendiger technischer Unterstützungsleistungen sind nur auf Einzelfallbasis feststellbar.⁸²⁹ Notorisch ist dabei auch die Kategorie des „sich zu eigen Machens“.⁸³⁰

⁸²⁴ So zuletzt auch *Hofmann*, ZfPW 2021, 385; *Zurth*, ZUM 2021, 829. S. zur allgemeinen Sorgfaltspflichten- und Störerdogmatik bereits oben, Kapitel 2, B. V. 4.

⁸²⁵ So auch *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1,

⁸²⁶ Vgl. etwa *Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider*, 7. Aufl. 2022, § 97 UrhG Rn. 23.

⁸²⁷ *Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider*, 7. Aufl. 2022, § 15 Rn. 20.

⁸²⁸ BGH GRUR 1959, 379, 382 – Gasparone; zuletzt etwa BGH GRUR 2009, 660 Rn. 43 – Resellervertrag; LG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 105; zu den Einzelfällen *Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider*, 7. Aufl. 2022, § 97 Rn. 24.

⁸²⁹ Dazu etwa BGH GRUR 1994, 363 – Holzhandelsprogramm; BGH GRUR 1987, 37, 39 – Videolizenzvertrag; LG Hamburg ZUM 2004, 675, 679

⁸³⁰ Dazu bereits oben, Kapitel 3., B., IV.

Freilich verläuft der aus der europäischen Ebene wirkende Effektivitätsgrundsatz gerade in die entgegengesetzte Richtung, hin zu einer Ausweitung der Verletzerkonzeption,⁸³¹ neben der der Störergedanke keinen Raum mehr haben kann.⁸³² So hat insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eine beträchtliche Metamorphose erfahren.⁸³³ In der *Youtube/Cyando*-Entscheidung stellt der EuGH klar, dass bei mittelbaren Verletzungen die Vorsätzlichkeit positiv festgestellt werden, zudem eine „zentrale Rolle“ des mittelbaren Verletzers vorliegen muss⁸³⁴

Kritisch ist in Mehrpersonenkonstellationen die Abgrenzung von Teilnahme zu bloßer Hilfstätigkeit; maßgeblich soll dabei sein, ob ein Verhalten „sozialtypisch“ oder völlig untergeordnet ist.⁸³⁵ Die Anforderungen an solche neutralen Hilfstätigkeiten sind mit Ausweitung der Störerhaftung allerdings zunehmend hoch gesteckt worden. Gerade das Zurverfügungstellen von Infrastruktur wird unterschiedlich für digitale Plattformen und Kabelnetzbetreiber einerseits und Hardwareanbieter andererseits beurteilt – nur Letztere sind echte Gehilfen und haften nicht für Verletzungen durch ihre Nutzer.⁸³⁶ Dies dürfte auch nach der neueren *Youtube/Cyando*-Rechtsprechung gelten.

b) Störer

Da die Teilnahme an einer fremden Rechtsverletzung in Bezug auf deren tatbestandlichen Voraussetzungen Vorsatz erfordert,⁸³⁷ der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit einschließt,⁸³⁸ hat die Rechtsprechung nach Wegen gesucht, die in Konstellationen mittelbarer Rechtsverletzungen daraus folgenden Beweisprobleme ohne übermäßige Dehnung des Vorsatzkonzepts zu lösen. Entstanden ist unter Rückgriff auf den Rechtsgedanken von § 1004 BGB so die Störerhaftung,⁸³⁹ die freilich allein zur Unterlassung und Beseitigung, nicht zu Scha-

⁸³¹ Vgl. EuGH C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141 – Phonographic Performance (Ireland) und C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 – SCF; dazu v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2012, 576; dazu auch *Obly*, ZUM 2017, 793.

⁸³² EuGH GRUR 2021, 1054 (m. Anm. Specht-Riemenschneider, 1066)

⁸³³ Siehe dazu den Überblick bei Dreier/Schulze/Dreier, 7. Aufl. 2022, § 15 UrhG Rn. 39.

⁸³⁴ EuGH GRUR 2021, 1054 (m. Anm. Specht-Riemenschneider); *Holznel*, CR 2021, 123.

⁸³⁵ BGH GRUR 2016, 493 Rn. 20 – Al Di Meola; BGH GRUR 1972, 141 – Konzertveranstalter; Schrickler/Loewenheim/*Leistner*, § 97 UrhG Rn. 70; zur Veranstalterhaftung s. auch *Wandtke/Bullinger/v. Wolff*, § 97 UrhG, Rn. 18 m. w. N.

⁸³⁶ Vgl. BGH GRUR 2016, 493 Rn. 20 – Al Di Meola; zu Kabelnetzbetreibern: BGH GRUR 1988, 206 – Kabelfernsehen II.

⁸³⁷ Etwa: OLG München ZUM 2017, 679; OLG München GRUR 2016, 612 – Allegro bar-baro; OLG München ZUM-RD 2017, 337 – Gray’s Anatomy.

⁸³⁸ BGH GRUR 2004, 860, 864 – Internet-Versteigerung I m. w. N.; Fahrlässigkeit nicht hinreichend: BGH GRUR 1984, 54 – Kopierläden; Schrickler/Loewenheim/*Leistner*, Urheberrecht, § 97 UrhG Rn. 63 f.

⁸³⁹ Paradigmatisch: BGH GRUR 2009, 841 Rn. 18 – Cybersky.

densersatz verpflichtet.⁸⁴⁰ Betroffen sind nicht zuletzt die oben schon gesondert behandelten Plattformen.⁸⁴¹ Auf die Bezüge dieses Problemfeldes zu den allgemeinen Strukturen des Deliktsrechts, insbesondere den Sorgfaltspflichten, wurde oben schon eingegangen (hier unter 1. sowie Kapitel 2, B., V., 4.).

c) Besonderheiten im Markenrecht

Die negative Zurechnung im Markenrecht hängt am Schlüsselbegriff der „Nutzung“, §§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 2 MarkenG. Dies ist eine terminologische Abweichung von § 97 UrhG, welcher eine „Verletzung“ voraussetzt. Die Unterscheidung im Wortlaut ist freilich für die dogmatische Durchbildung der negativen Zurechnung nicht maßgeblich gewesen, denn gleich wie im Urheberrecht knüpfen die Rechtsbehelfe des Rechtsinhabers an die Kategorien von Täterschaft, Teilnahme und Störung an. Die besonders unter § 14 Abs. 4 MarkenG sanktionierten Vorbereitungshandlungen haben sich nicht identitätsprägend auf die Zurechnung im Markenrecht ausgewirkt, vielmehr verlief in der Störerhaftung die Entwicklung weitestgehend parallel, wenngleich die markenrechtliche Störerhaftung sogar impulsgebend für das gesamte geistige Eigentum war.⁸⁴² Allerdings war lange umstritten, ob über die bloße Zeichennutzung hinaus eine spezifische „markenmäßige Benutzung“⁸⁴³ erforderlich ist,⁸⁴⁴ wie vom EuGH letztendlich verneint wurde.⁸⁴⁵ Zentral bleibt freilich die Verkehrsauffassung, die sich am Verständnis des Durchschnittsverbrauchers im durch die Marke adressierten Verkehrskreis zu orientieren hat, ob es sich im jeweils betreffenden Fall um eine Zeichenverwendung als Herkunftshinweis handelt.⁸⁴⁶ Für die hiesige Betrachtung entscheidend ist, dass es nach der neueren Funktionenlehre des EuGH für den Benutzungstatbestand nunmehr nur noch darauf ankommt,

⁸⁴⁰ BGH GRUR 2010, 633 Rn. 17 – Sommer unseres Lebens; OLG Hamburg ZUM 2010, 440 Rn. 114 – Rapidshare II mwN.

⁸⁴¹ Zum Verhältnis der Störerdogmatik zum allgemeinen Deliktsrecht bereits oben, Kapitel 2., B., V., 4.; zur Intermediärhaftung zuletzt insbesondere *Hofmann/Specht*, ZGE 2021, 48.

⁸⁴² So wohl auch Dreier/Schulze/Specht-Riemenschneider, 7. Aufl. 2022, § 97 UrhG Rn. 28; zum Problem von Ad-Words *Obly*, WRP 2018, 131.

⁸⁴³ Es muss sich um eine Verwendung der „Marke“ in markenrechtlich relevanter Weise handeln, vgl. etwa vgl. EuGH C-63/97, GRUR Int 1999, 438 Rn. 38 ff. – BMW; BGH GRUR 2000, 506 (508) – ATTACHÉ/TISSERAND; GRUR 2002, 171 (173) – Marlboro-Dach.

⁸⁴⁴ Dafür: KG GRUR 1997, 295, 296 – Alles wird teurer; OLG Hamburg GRUR-RR 2005, 258, 259 – Ahoj-Brause; *Piper*, GRUR 1996, 429, 434; *Sack*, WRP 2004, 1405, 1407. Dagegen: *Sosnitza*, WRP 2003, 1186, 1189; *Bornkamm*, GRUR 2005, 97, 100; *Ohly*, GRUR 2007, 926, 927.

⁸⁴⁵ Gedankliche Verknüpfung mit der Marke hinreichend: EuGH C-408/01, GRUR 2004, 58 Rn. 39 – Adidas/Fitnessworld; „Verzierungen“ sollen hingegen nicht unter den Benutzungsbegriff fallen, *ibid.* Rn. 40.

⁸⁴⁶ EuGH GRUR 2007, 318 – *Adam Opel*, Tz. 25; st. Rspr. des BGH, zB BGH GRUR 2008, 793 – *Rillenkoffer*, Tz. 22.

dass für den Markeninhaber die Funktionen der Marke beeinträchtigt sind, also insbesondere die Herkunfts-, Kommunikations-, Investitions- und Werbefunktion.⁸⁴⁷ Dies entspricht einer konsequent teleologischen, am spezifischen ökonomischen Gehalt des Markenrechts ausgerichteten, von ethischen Erwägungen nur mittelbar mitgeprägten Zurechnung.

3. Patentrecht

a) Nutzungskonzept des Patentrechts

Die Zurechnung von Haftungsfolgen im Patentrecht hat im Verhältnis zur Zurechnung im Urheber- und Lauterkeitsrecht eine Sonderstellung, die auf der Sonderregelung für mittelbare Patentverletzungen in § 10 PatG und dem kaum wertungsabhängigen, vielmehr wegen § 14 PatG genau durch die Patentregistrierung bestimmten, Verletzungsbegriff beruht. Freilich nimmt die Dogmatik der Verkehrspflichten auch bei Patentverletzungen eine essentielle, die Zurechnung determinierende Rolle ein, die sogar eine fahrlässige täterschaftliche Haftung bei nur mittelbaren Verursachungsbeiträgen zu Verletzungshandlungen Dritter begründet.⁸⁴⁸

§ 9 Satz 1 PatG weist dem Patentinhaber das ausschließliche Recht zur Nutzung der patentierten Erfindung zu. Die betreffenden unmittelbaren Benutzungshandlungen in Bezug auf Gegenstände des Patents sind im PatG in § 9 Satz 2 enumeriert: Herstellen, Anbieten, Inverkehrbringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen von Erzeugnissen (Nr. 1); Verfahren anwenden und zur Anwendung anbieten (Nr. 2); Anbieten, Inverkehrbringen, Gebrauchen, Einführen und Besitzen von unmittelbaren Verfahrenserzeugnissen (Nr. 3). Maßgeblich ist stets die Patentregistrierung, § 14 PatG, die auf Grund des vorgeschriebenen Umfangs nur selten Raum für Wertungen offenlässt, was einen der wesentlichsten Unterschiede zu den sonstigen Rechten geistigen Eigentums ergibt.

Für die Frage der Nutzung sind insbesondere Eigentumsrechte für die patentrechtliche Beurteilung irrelevant, welche eine exklusive Benutzung der Lehre der Erfindung in Form des Anbietens, Inverkehrbringens, Gebrauchs, Einführens oder Besitzens eines patentierten Erzeugnisses betrifft.⁸⁴⁹ Den wichtigsten Ausnahmetatbestand nennt § 9 Satz 2 PatG selbst: Die Zustimmung

⁸⁴⁷ EuGH, 18.6.2009 – C-487/07, WRP 2009, 930 Rn. 58, 60 – L'Oréal/Bellure; EuGH, 22.9.2011 – C-323/09, WRP 2011, 1550, 1554 ff. – Interflora; ausführlich zu den Markenfunktionen bereits oben; vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering/Hacker, § 14 Rn. 118; *Obly/Kur*, GRUR 2020, 457, 459; *Gotthardt*, WRP 2021, 1004, 1006; für die Bewertung von Intermediärsleistungen digitaler Handelsplattformen ebenfalls zentral auf die Funktionenlehre abstellend *Obly*, WRP 2018, 131.

⁸⁴⁸ Dazu *Leistner*, GRUR–Beil. 2010, 1, 16.

⁸⁴⁹ KG MuW XXIII, 58.

des Patentinhabers; weitere Ausnahmetatbestände folgen aus §§ 9a–c, 11 bis PatG. Es gilt der Erschöpfungsgrundsatz in Hinblick von auf Grund des Patents vom Berechtigten in Verkehr gebrachter Produkte.⁸⁵⁰

Im Vergleich zu den anderen Rechten geistigen Eigentums findet kaum eine „verdeckte“ Zurechnung über den Nutzungsbegriff als solchen statt. Die Behandlung von zurechnungsrelevanten Mehrpersonenverhältnissen im Patentrecht weist allerdings gewichtige Besonderheiten auf.

b) Mehrpersonenverhältnisse

Zwar fallen Vorbereitungshandlungen, welche auf die zukünftige Benutzung des Patents abzielen, nicht unter das Verbot von § 9 PatG.⁸⁵¹ Sie sollen daher auch keine mittäterschaftliche Patentverletzung des nur vorbereitend Handelnden begründen.⁸⁵² Freilich kann bisweilen problematisch sein, die exklusiven patentbezogenen Handlungen von Vorbereitungshandlungen abzugrenzen, was etwa in Zulieferverhältnissen auf den Tatbestand der Herstellung zutrifft.⁸⁵³ Zudem genügt für eine täterschaftliche Haftung im Patentrecht jeder kausale Beitrag, selbst wenn er fahrlässig gesetzt wird.⁸⁵⁴ In Konstellationen, in denen eine Patentverwertung durch Dritte in Frage steht, werden damit auch erneut die Verkehrspflichten relevant, denn um nichts anderes handelt es sich, wenn die Bereitstellung von Infrastruktur als Verletzungsbeitrag gewertet wird, wenn die Verletzungshandlung erkennbar und die Bereitstellung der Infrastruktur unterbindbar war.⁸⁵⁵ Kombiniert mit der Möglichkeit fahrlässiger Patentverletzung kommt so eine sehr weitreichende Täterhaftung in Betracht.⁸⁵⁶ Dies erfordert eine Klärung des Verhältnisses zur Spezialnorm von § 10 PatG, der Patente gefährdende Verhaltensweisen explizit und mit genuinem Anwendungsbereich regelt.⁸⁵⁷ Ohne Frage kann es wegen des eindeutigen Wortlauts von § 10 Abs. 1 PatG a. E. bei Beiträgen ohne subjektives, auf die Haupttat gerichtetes Element

⁸⁵⁰ Dazu *Hauck*, EuZW 2017, 349.

⁸⁵¹ Etwa: BGHZ 170, 115 – Simvastatin; BGH GRUR 87, 626, 627 – Rundfunkübertragungssystem; BGHZ 107, 46, 54 ff. – Ethofumesat; 116, 122, 128 – Heliumeinspeisung; jünger etwa LG Düsseldorf 4b O 141/10 v. 1.3.2012.

⁸⁵² LG München I 7 O 13161/14 Tz. 128 v. 20.11.2014.

⁸⁵³ Zu der Einzelfallrechtsprechung vgl. *Scharen*, in: Benkard, Patentgesetz, 11. Aufl. 2015, § 9 Rn. 32.

⁸⁵⁴ Im Grundsatz bereits *Meier-Beck*, GRUR 1993, 1; vgl. auch *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1, 14.

⁸⁵⁵ S. BGH, GRUR 1999, 977 (979) – Räumschild; vgl. auch BGH, GRUR 2002, 599 – Funkuhr I; GRUR 2004, 845 (848) – Drehzahlermittlung; GRUR 2007, 313 (314) – Funkuhr II; ausf. BGH, GRUR 2009, 1142 Rn. 34 ff. – MP3-Player-Import, dazu auch *Haedicke*, JZ 2010, 146.; jüngst BGH GRUR 2021, 1167 – Ultraschallwandler.

⁸⁵⁶ Fahrlässigkeit für Täterhaftung ausreichend: BGH, GRUR 2007, 313, 314 – Funkuhr II.

⁸⁵⁷ Zum Telos, dem Patentrechtsinhaber möglichst weitreichende Ansprüche einzuräumen, vgl. BGH GRUR 61, 627 – Metallspritzverfahren; LG München I GRUR 52, 228, 229. Zur Verallgemeinerungsfähigkeit der Wertungen vgl. *Haedicke*, GRUR 2009, 273 (276).

keine Mithaftung für Patentverletzungen geben – indes setzt auch die Patentverletzerhaftung nach § 139 Abs. 2 PatG zumindest Fahrlässigkeit voraus. Insbesondere *Haedicke* folgert aus § 10 Abs. 2 PatG, dass neutrale Beiträge auch in anderen Bereichen des geistigen Eigentums von der bewussten Veranlassung des Haupttäters abhängen.⁸⁵⁸

4. Lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz

a) Allgemeine Funktionslogik

Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz unter dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) schützt ohne Anknüpfung an ein Register unternehmerische Leistungen und unternehmerischen Ruf vor „unlauterer“ Ausbeutung. Impliziert wird damit die Zurechnung immaterieller Unternehmenswerte, des „Goodwill“, an den Unternehmensträger mit Wirkung erga omnes. Die Zuweisung der Abwehrrechte des UWG beruht jedenfalls auf der verfassungsrechtlichen Anerkennung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs,⁸⁵⁹ unabhängig von der Frage, welche Unternehmens- und Wettbewerbsordnung verfassungsrechtlich geboten ist.⁸⁶⁰ Durch die lauterkeitsrechtlichen Vorgaben ist eine gewichtige Ergänzung des gewerblichen Rechtsschutzes erreicht, die allerdings wegen der im UWG kumulativ verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe durch wesentliche Rechtsunsicherheit geprägt ist.⁸⁶¹ Maßgeblich für unlauteres Verhalten unter der Generalklausel von § 3 UWG ist freilich stets ein *objektiver* Maßstab für ein sittliches Unwerturteil – auf den Vorsatz des Anspruchsgegners kommt es nicht an⁸⁶² – sodass die Transaktionskosten bei der Bewertung eigenen und fremden Marktverhaltens im Grundsatz auf das nötige Minimum reduziert sind. Der lauterkeitsrechtliche Leistungsschutz ist stets vor Hintergrund der allgemeinen Nachahmungsfreiheit zu bewerten, welche die Übernahme von geschäftlichen Ideen im Markt gewährleis-

⁸⁵⁸ *Haedicke*, Die mittelbare Verursachung von Schutzrechtsverletzungen im Gesamtsystem des Geistigen Eigentums, in: Leistner (Hrsg.), Europäische Perspektiven Geistigen Eigentums, 2010, S. 229 ff.

⁸⁵⁹ Vgl. die grundrechtliche Legitimationslinie bei *Sosnitza*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Teil I. Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 42–60.

⁸⁶⁰ M.w.N. auf die verfassungsrechtliche Literatur *Sosnitza*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Teil I. Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 23.

⁸⁶¹ Mit Kritik an der lauterkeitsrechtlichen Unbestimmtheit insbesondere der Generalklausel von § 3 UWG Harte- *Schünemann*, in: Bavendamm/Henning-Bodewig, 2. Aufl. § 3 Rn. 190; *Henning-Bodewig*, WRP 2011, 1014, 1017.

⁸⁶² Ganz h.M: *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG § 3 Rn. 2.16f.; *Fezer*, in: Fezer/Büscher/Obergfell, § 3 Rn. 365; *Henning-Bodewig*, GRUR 2004, 713, 716; BGHZ 163, 265 – Atemtest; BGHZ 171, 73, 80f. – Außendienstmitarbeiter; GRUR 2009, 1080 Rn. 21 – Auskunft der IHK; OLG Hamburg VuR 2006, 455.

tet und die lediglich durch spezielle gesetzliche Schranken beschränkbar ist.⁸⁶³ Zu den speziellen Schranken des geistigen Eigentums tritt mit dem lauterkeitsrechtlichen Leistungsschutz das Verbot, die prägenden wettbewerblichen Eigenarten von Leistungen anderer ohne deren Zustimmung auszunutzen.⁸⁶⁴

Diese allgemeinen Grundsätze waren zunächst national geprägt,⁸⁶⁵ wurden freilich zuletzt stark europäisiert, neben der Rechtsprechung des EuGH zu lauterkeitsrechtlichen Beschränkungen der Grundfreiheiten insbesondere durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken⁸⁶⁶ und über Geschäftsgeheimnisse⁸⁶⁷. Die Binnenmarktperspektive ist für die theoretischen Grundprämissen des Lauterkeitsrechts passend,⁸⁶⁸ welche die Funktionalität des Wettbewerbs und damit der effizienten Ressourcenallokation durch Märkte in den Blick nehmen.⁸⁶⁹ Der Schutz des Marktes vor Verzerrungen in der Transaktionsentscheidung ist damit wesentliches Motiv des Lauterkeitsrechts, wobei Ökonomik und Ethik als Sanktionsgründe für unternehmerisches Verhalten verschränkt sind.⁸⁷⁰

b) Zurechnung über normative Begriffe

Die doppelt normative Begründung lauterkeitsrechtlicher Sanktionierung ist musterhaft am erheblichen Begriffswandel des für die Generalklausel maßgeblichen Tatbestandsmerkmals der Lauterkeit zu beobachten. Spricht § 3 Abs. 1 UWG in seiner ursprünglich gebliebenen Fassung noch von „unlauteren geschäftlichen Handlungen“, die bis zuletzt am „Anstandsgefühl eines verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ gemessen werden,⁸⁷¹ stellt der später auf

⁸⁶³ Vgl. *Hauck*, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Teil I. Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 296.

⁸⁶⁴ Dazu etwa *Nemeczek*, WRP 2010, 1315.

⁸⁶⁵ Vgl. etwa *Mäsch*, EuR 2005, 625.

⁸⁶⁶ Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates; zur europäischen Perspektive auf das Lauterkeitsrecht vgl. *Micklitz*, FS Fezer, 2016, S. 836 ff.

⁸⁶⁷ Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung; näher *Hauck*, WRP 2018, 1032; zur Umsetzung außerhalb des UWG („eigenes Rechtsgebiet“) *Obly*, GRUR 2019, 441.

⁸⁶⁸ Früh schon etwa *Micklitz/Keßler*, GRUR Int. 2002, 885.

⁸⁶⁹ Zur Entwicklung der Wettbewerbstheorien vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, § 3; *Sosnitza*, in: MüKo Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2020, Teil I. Rn. 3–11.

⁸⁷⁰ Auf die Menschenwürde als Schutzgrund im Wettbewerbsrecht abstellend, *Abrens*, FS Schrieker, 2005, S. 619.

⁸⁷¹ Etwa BGH GRUR 2001, 1181 – Telefonwerbung für Blindenwaren; zur Auslegung des Begriffs *Obly*, AcP 201 (2001), 1, 16 ff.

Grund der EU-Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken eingefügte Abs. 2 schon auf die „unternehmerische Sorgfalt“ gegenüber Verbrauchern ab, was eine Verschiebung der Akzente weg von der Ethik hin zur Akzeptanz eines weiteren geschäftlichen Tätigwerdens von Unternehmern bedeutet.⁸⁷² Der Begriff der unternehmerischen Sorgfalt liegt denn auch nahe an den allgemeinen Sorgfaltspflichten des Deliktsrechts, ist allerdings um eine milieu-spezifische Komponente des unternehmerischen Verkehrs angereichert, wie es der BGH schon zuvor auch mit Wirkung gegenüber Wettbewerbern forderte.⁸⁷³ So hat denn auch materiell ein Wandel in der Wahrnehmung von unzulässigem „Behinderungswettbewerb“⁸⁷⁴ stattgefunden, und es wird vielmehr ein immer weiterer Kreis an Verhaltensweisen als legitimer „Leistungswettbewerb“⁸⁷⁵ und dessen Folgen akzeptiert.⁸⁷⁶ Damit steht das Lauterkeitsrecht paradigmatisch für den Wandel der Zurechnungsdogmatik durch die Europäisierung des Privatrechts.

IV. Zusammenfassung zum Recht des geistigen Eigentums

Aus den vorhergehenden Betrachtungen lassen sich einige gemeinsame Leitlinien für die Zurechnung im geistigen Eigentums herausstellen. Zunächst konnte bestätigt werden, dass zentrale Anknüpfungspunkte für die Zurechnung im geistigen Eigentum Schöpfung und Nutzung sind.

Während das Urheberrecht und die verwandten Leistungsschutzrechte auf normativen Tatbeständen beruhen und nach diesen, insbesondere bei Persönlichkeitsbezügen, mit gewissen Unschärfen zugewiesen werden, ist die Zuordnungslage bei Registerrechten klarer: das Register stützt den Rechtsschein der Berechtigung. Ethische Gesichtspunkte geben den Ausschlag bei den Rechtsbehelfen materiell Berechtigter, die arglistig um ihre Registerposition gebracht wurden. Für Werke der bildenden Künste besteht eine urheberrechtliche Vermutungsregel zu Gunsten desjenigen, der namentlich als Werkschöpfer im Werk genannt wird. Ansonsten ist im Urheberrecht das materielle Schöpferprinzip maßgeblich, das grundsätzlich vom rechtsgeschäftlichen Willen entkoppelt ist und wegen der persönlichkeitsrechtlichen Komponente auch in mehrpoligen Verhältnissen das maßgebliche Ordnungsprinzip bleibt, ja sogar der Privatautonomie und Ökonomik vorgeht. Schöpfer kann nur sein, wer ei-

⁸⁷² So auch *Henning-Bodewig* GRUR 2004, 713, 716; *Emmerich* UWG § 5 Rn. 19.

⁸⁷³ BGH, GRUR 2007, 890 Rn. 37 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; kritisch die Anmerkung von *Köster/Jürgens*, MMR 2007, 634, 639 ff.

⁸⁷⁴ Begriffsprägend *Nipperdey*, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 127 ff.

⁸⁷⁵ Begriff mit Leitbildfunktion für das Wettbewerbsrecht: BGH GRUR 1980, 800, 801 – Schwerbeschädigtenhilfe eV; 1995, 742 – Arbeitsplätze bei uns; 1996, 367 – Umweltfreundliches Bauen; 1996, 985 – PVC-frei; 1997, 666 – Umweltfreundliche Reinigungsmittel. Grundlegend *Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933.

⁸⁷⁶ „Liberalisierungstendenz“: *Sosnitza*, in: MüKo Lauterkeitsrecht, Teil I, Grundlagen des Lauterkeitsrechts, Rn. 21.

nen Splitter seiner Persönlichkeit in das Werk legt. In gleichgeordneten Verhältnissen kommt es nach richtiger Auffassung bei entsprechendem rechtsgeschäftlichen Zusammenarbeitswillen zur bruchteilsmäßigen Miturheberschaft, die gewisse Beschränkungen der Urheberrechte bedeutet, freilich nichts an der individuellen Zuweisung der ideellen Schöpfungsbruchteile am Werk ändert. Fehlt der Zusammenarbeitswille, so stehen die kooperativen Schöpfungen nebeneinander und erfordern zur Nutzung jeweils wechselseitig der Lizenz. Die Rechte an diesen Schöpfungen können auch nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln in einer Rechteverwertungsgesellschaft gebündelt werden. In Subordinationsverhältnissen vermag die Organisationsleistung als solche keine andere Zuweisungsregel zu begründen. Auch hier bleibt das Schöpferprinzip maßgeblich und sticht rechtspolitisch auch die möglicherweise effizientere Bündelung der Rechte beim Auftraggeber aus. Möglich bleibt freilich, neben dem Lizenzerwerb, eine eigene Schöpfung des Geschäftsherrn, insbesondere in Form der besonderen Anordnung der Arbeitsleistungen. Bei den Leistungsschutzrechten ist die Organisationsleistung hingegen alleinige Zuweisungsregel – wer die Investition erbringt, profitiert vom Leistungsschutzrecht, gleich wer unmittelbar leistet.

Die Nutzungsbegrifflichkeit ist für Mehrpersonenkonstellationen durch eine Absorption der Verkehrspflichtendogmatik geprägt, welche zum Teil die Störerhaftung begründet, zum anderen Teil allerdings zu einer (mittelbaren) Täterschaft, insbesondere im Patentrecht, führt. Die Begründung täterschaftlicher Haftung liegt auch in der Fließrichtung der EuGH-Rechtsprechung unter Art. 3 der Informationsgesellschaftsrichtlinie. Der Nutzungsbegriff ist bei denjenigen Rechten geistigen Eigentums besonders durch ökonomische Erwägungen geprägt, die selbst ökonomisch positiv zugewiesen werden, dem Markenrecht und dem Lauterkeitsrecht. Hier wirken sich die Funktionsbedingungen des Wettbewerbs unmittelbar auf die Haftungsbegründung aus. Im Patentrecht ist wegen der formalisierten Beschreibung der geschützten Position in § 14 PatG eine weite Auslegung der Nutzungshandlungen nicht erfolgt, was umso mehr durch die besondere patentrechtliche Behandlung mittelbarer Verletzungen und Vorbereitungshandlungen kompensiert wurde. Ob aus dieser Sondermaterie allerdings wirklich strukturelle Ableitungen für das gesamte geistige Eigentum getroffen werden können, scheint angesichts des Wechselspiels zwischen engem, stark formalisierten Berechtigungstatbestand und weiter Erfassung mittelbarer Verletzungen fraglich.⁸⁷⁷ Das Europarecht hat zweifellos sowohl die positive als auch die negative Zurechnung in weiten Teilen stark beeinflusst und an verschiedenen Stellen zu Brüchen mit der nationalen Dogmatik geführt. Maßgeblich war dabei freilich allein eine kommerzielle, ökonomische Logik, welche Marktfunktionalitätsgesichtspunkten untergeordnet ist, was sich daraus

⁸⁷⁷ So allerdings *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1, 9ff.

erklärt, dass die Europäische Union kein im Wesentlichen an der Urheberpersönlichkeit orientiertes System des geistigen Eigentums kennt.⁸⁷⁸

⁸⁷⁸ Dagegen freilich *Ubertazzi*, GRUR Int. 2018, 110.

TEIL 3

Systematisierung der Zurechnung

Bei der Analyse des positiven Rechts in Teil 2 wurden jeweils regelungsspezifisch die Zurechnungsmechanismen und -gründe offengelegt. In diesem Teil 3 sollen die vorgefundenen Zurechnungsgründe rechtsdogmatisch, wertungsbezogen und im Mehrebenensystem systematisiert (Kapitel 4) und durch Überführung in einen Legitimitätsfilter operationalisierbar gemacht werden (Kapitel 5).

Kapitel 4

Wertungen und Strukturen der Zurechnung

Die Analyse des positiven Rechts zur Zurechnung von Rechtsfolgen in Mehrpersonenverhältnissen ermöglicht es, strukturelle Gemeinsamkeiten verschiedener Instrumente zu identifizieren, die der hier aufgegriffenen Zurechnungsdefinition nach *Kelsen* entsprechen, bislang im Diskurs allerdings nicht als Zurechnung erfasst, teils sogar als Konkurrenzinstitute zur Zurechnung behandelt werden (A.). Darüber hinaus werden grundsätzliche Wertungen erkennbar, welche wiederkehrend und rechtsgebietsübergreifend zur Rechtfertigung von Zurechnung herangezogen werden; wesentlich ist dabei die Frage, wie Zurechnungswertungen, die gerade aus anderen Disziplinen als dem Recht stammen, namentlich aus der Ethik und der Ökonomik, rechtsverbindlich wirken können (B.). Der bislang national geführte Zurechnungsdiskurs kommt durch zunehmende Einflüsse des Europarechts allerdings so stark unter Druck, dass eine gänzlich neue Systematisierung im „Dialog der Rechtsquellen“ erforderlich ist (C.).

A. Zurechnungsinstrumente

I. Keine Offenkundigkeit der Zurechnungsfunktion

Zurechnung ist eine häufig verdeckte Zentralfunktion des Privatrechts. Viele Zurechnungsnormen tragen keine entsprechend offenkundige Bezeichnung; der Begriff Zurechnung tritt tatsächlich nur ein einziges Mal im BGB auf, dies freilich auch lediglich in der amtlichen Überschrift von § 166 BGB: „Wissenszurechnung“. Abgesehen von dieser Norm sind die Zurechnungsoperationen des Privat- und Unternehmensrechts mal mehr, mal weniger offensichtlich. Grund dafür ist die im weiten Umfang zulässige Rechtsfortbildung durch die Judikative.¹ Kritisch könnte man die Substituierung ausdrücklicher Überleitungsnormen als „dogmatischen Trick“ bezeichnen.² Der hier verwendete Zurechnungsbegriff von *Kelsen* ermöglicht es freilich, ganz verschiedenartige Erscheinungen des Unternehmensrechts funktionell als Zurechnung zu begreifen und damit

¹ Legitimiert durch *BVerfGE* 3, 225 = *NJW* 1954, 65 Rn. 44 – Gleichberechtigung; dazu *Wiedemann*, *NJW* 2014, 2407.

² So *Tröger*, *Arbeitsteilung und Vertrag*, 2012, S. 179ff.

einer umfassenden Systematisierung zuzuführen: wesentlich für den hier gewählten Untersuchungsschwerpunkt „Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen“ ist, dass sie darüber entscheiden, welchem von mehreren alternativ in Betracht kommenden Rechtsträgern positive oder negative Rechtsfolgen zugeordnet werden.³ Aus einer ungeordneten Ansammlung an Zuweisungsvorschriften kann so eine kontrollierbare Dynamik entstehen, die auch einer Legitimitätsprüfung zugeführt werden kann.⁴ Hier sollen die wichtigsten Zurechnungsfiguren und -instrumente der in Kapitel 2 und 3 untersuchten Regelungsgebiete anhand von jeweils einigen zentralen Beispielen dargestellt und systematisiert werden.

II. Tatbestandliche Begriffe

Die Zurechnung von Rechtsfolgen kann verdeckt über eine mehr oder weniger weite Auslegung tatbestandlicher Begriffe entschieden werden.⁵ Dabei hat die Zurechnung durch Auslegung jedenfalls in Mehrpersonenverhältnissen einen hinreichend spezifischen Institutsgehalt, um sie von der allgemeinen Auslegung abzugrenzen, nämlich geht es um die Zuweisung von Rechtsfolgen zwischen um diese konkurrierenden Rechtsträgern. Exemplarisch für die Zurechnung von Verantwortung, insbesondere Haftpflichten, freilich auch für die Zurechnung von Rechten durch Auslegung, sind folgende Normkomplexe:

1. Wissensbegriff der Wissenszurechnung

Die Auslegung des Wissensbegriffs ist komplementär zum Erfordernis einer Zurechnung; denn je weiter der Wissensbegriff, je mehr subjektive Umstände also die gesetzlichen Tatbestände über Kenntnis erfüllen, desto weniger muss fremdes Wissen „zugerechnet“ werden. Hier werden auf Faktenseite die Möglichkeiten elektronischer Datenverarbeitung relevant, die einem technischen Wissensbegriff zum Durchbruch verhelfen können. Eingrenzungstendenzen sind darin zu erkennen, dass bestimmte Arten von Wissen nicht dem rechtlichen Wissensbegriff unterfallen sollen, etwa das privat erlangte Wissen von Organen. Am deutlichsten ist die Zurechnungskomponente der Auslegung des Wissensbegriffs, wenn dieser sich in ein Wissenmüssen wandelt, zumal an einem objektiven, nicht rein subjektiven Maßstab orientiert; dann ist der genuine Gehalt des *Kelsenschen* Zurechnungsbegriffs erfüllt, nämlich werden Rechtspflichten, speziell diejenige „etwas wissen zu müssen“, auf einen Rechtsträger

³ Siehe dazu ausführlich oben, Kapitel 1., B., II., 5; mit einem technischen Verständnis von Zurechnung auch *Bork*, ZGR 237, 238f.

⁴ Zu dieser Kapitel 5.

⁵ Anders *Bork*, der von einem Vorrang der Auslegung vor der Zurechnung ausgeht, die Funktionsgleichheit der Institute dabei vernachlässigt, BGB AT Rn. 1330.

zugewiesen – die Zuweisung von Tatsachen ist nach dem hier zu Grunde liegenden Konzept von Zurechnung nicht von Erheblichkeit. So kritikwürdig die Erweiterungstendenzen des Wissensbegriffs auch sein mögen, hier sollen sie als positiver Befund stehen und verdeutlichen, dass Zurechnung auch über Tatbestandsauslegung wirkt.⁶

2. Bereicherungsrechtlicher Leistungsbegriff

Das von der Grundwertung des Vorrangs der Leistungskondition beherrschte Bereicherungsrecht kann mittels des Leistungsbegriffs Mehrpersonenverhältnisse im Grundsatz klar lösen, wenngleich sich nach der Formulierung des BGH jede schematische Anwendung verbietet. Angelpunkt jeder Zurechnungsoperation für die Kondiktionsbefugnis bei konkurrierenden Anspruchsprätendenten ist der Leistungsbegriff, der den Vorrang gegenüber der Eingriffskondition begründet. Die an diese Zurechnungsfunktion anknüpfende begriffsdogmatische Arbeit an und mit der Leistungskondition ist von Wertungen geprägt, die vor allem den freien, faktischen, nicht zwingend rechtsgeschäftlich wirksamen Willen als Ausgangspunkt für das Vorliegen einer Leistung nehmen. Nur wenn der Wille überhaupt vom Schein-Leistenden in Richtung der Leistung betätigt wurde, kann sich der Schein durch entsprechendes Vertrauen des Bereicherten zu einer Leistung verdichten, die ihn von Ansprüchen Dritter abschirmt. Auch dem Leistungsbegriff ist seine Zurechnungsfunktion nicht auf die Stirn geschrieben, er entscheidet freilich über die Zuordnung der Kondiktionsbefugnis in Mehrpersonenkonstellationen und unterfällt damit dem *Kelsen-schen* Zurechnungsbegriff.⁷

3. Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff

Im Kartellrecht ist der Unternehmensbegriff für die rechtsträgerübergreifende Haftung maßgeblich. Der weder im Primär- noch Sekundärrecht definierte Unternehmensbegriff ist dem EuGH zufolge als „wirtschaftliche Einheit“ zu verstehen; insbesondere kann eine „wirtschaftliche Einheit“ aus mehreren natürlichen oder juristischen Personen bestehen. Entscheidend kommt es nicht auf Beteiligungsquoten, sondern darauf an, ob eine Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht unabhängig bestimmen kann und im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt. Maßgeblich ist ein „bestimmender Einfluss“, der dann innerhalb einer Unternehmensgruppe eine Zurechnung von „unten nach oben“ und auch über mehrere Ebenen von Beteiligungen ermöglicht. Soweit die Tochtergesellschaft zu ca. 100 %

⁶ Zu alledem mit Nachweisen oben, Kapitel 2, E., III.

⁷ Umfassend dazu Kapitel 2, C., IV.

der Muttergesellschaft gehört, entsteht die Vermutung, dass ein bestimmender Einfluss auch hinsichtlich des jeweils konkret vorgeworfenen Verstoßes im Marktverhalten der beeinflussten Tochtergesellschaft ausgeübt wurde. Dann wird das Tochterunternehmen wettbewerbsrechtlich nicht als separater Rechtsträger behandelt, sondern als Teil einer übergeordneten Einheit, die zur Haftung für Wettbewerbsverstöße herangezogen werden kann. Damit erfolgt die Zurechnung von Haftung für Kartellrechtsverstöße nicht durch eine offene benannte Zurechnungsnorm, sondern durch die weite Auslegung des Unternehmensbegriffs.⁸

III. Subjektqualität

Zurechnung erfolgt auch über die Qualifizierung als Rechtssubjekt, das selbstständig Rechte und Pflichten tragen kann, sei es vollständig, wobei die Begründung der Rechtsträgerschaft an sich in Frage steht, sei es in qualifiziert-beschränktem Umfang, was für die Zuweisung bestimmter Pflichten und Rechte, wie etwa der Haftpflicht und des Eigentums, relevant wird.

1. Begründung der Rechtsträgerschaft

Die Konzepte der Zurechnung können nur geordnet, durchdrungen und zusammenhängend gedacht werden, wenn auch die Rechtsträger als Bezugspunkte der Zurechnung hinreichend klar gefasst sind. Zentral für eine Systematisierung der Zurechnungsinstrumente sind daher die Rechtsträger selbst – oder in einer *Kelsenschen* Diktion: die „Zurechnungspunkte“ des Rechtssystems.⁹ Dabei stehen die Kategorien der natürlichen und juristischen Person sowie sonstiger Rechtsträger in einem komplementären Verhältnis zur normativen Verknüpfung verwirklichter Tatbestände durch Zurechnung. Denn Zurechnung geht für den Bestand von Rechten und Pflichten notwendigerweise von einem „Innerhalb“ und „Außerhalb“ des Zurechnungspunktes selbst aus. Je konkreter und weiter der „Innere“ – oder „eigene“ – Bereich des Zurechnungspunktes, desto weniger relevant ist seine Verknüpfung mit der Außenwelt. Je weiter der Innenbereich, desto weniger „Dritte“ gibt es auch. Die Frage ist – wer ist *Dritter*, wer ist das *Selbst*.¹⁰ Die Konstitution von Gesellschaften, insbesondere die

⁸ Dazu umfassend oben Kapitel 3, C., III., 2.

⁹ *Kelsen*, Hauptprobleme des Staatsrechts, 2. Aufl. 1923, S. 57ff., 143ff.

¹⁰ Dies ist eng verbunden mit dem philosophischen „Problem des Anderen“, siehe dazu *Hegel*: „Ebenso ist Ich das Übergehen aus unterschiedsloser Unbestimmtheit zur Unterscheidung, Bestimmen und Setzen einer Bestimmtheit als eines Inhalts und Gegenstands.“, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp 1986, S. 52; sowie: „Das Selbstbewußtsein ist an und für sich, indem, und dadurch, daß es für ein Anderes an und für sich ist; d. h. es ist nur als ein Anerkanntes. Der Begriff dieser seiner Einheit in seiner Verdopplung, der sich im Selbstbewußtsein realisierenden Unendlichkeit, ist eine vielseitige und vieldeutige Verschränkung,

Unklarheiten bei der Konturierung einer Außen-GbR und der Verfügungsgewalt in Bruchteilsgemeinschaften, wurde oben beispielhaft aufgezeigt.¹¹

2. Haftungsrecht

a) Leitbilder von Täterschaft und Teilnahme

Die Unterteilung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Täterschaft entstammt aus dem Strafrecht und dient gerade einer qualifizierten Zuweisung von Haftpflichten. Sie hat allerdings für die meisten Deliktsrechtssysteme, auch im internationalen Vergleich,¹² Leitbildcharakter. Doch gerade im deutschen Privatrecht scheint die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme von nur untergeordneter Bedeutung, was gerade auch die Gesamtschuldanordnung von §§ 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 840 BGB klarstellt. Dies scheint auch unproblematisch, wenn man bedenkt, dass im deutschen Haftungsrecht eine volle Haftung für jede verschuldete und kausale Pflichtverletzung steht, sei die Pflichtverletzung auch noch so weit vom Taterfolg entfernt. Im Strafrecht, wo die Konzepte von Täterschaft und Teilnahme ihren Ursprung haben, ist die Unterscheidung bei Vorsatzdelikten für die Strafzumessung relevant, die gerade nicht von einer Gesamthaftung, etwa auf ein einheitliches Strafmaß, ausgeht, sondern von einer differenzierten Schuldzuschreibung, § 29 StGB, die für den Gehilfen nach § 27 Abs. 2 StGB sogar zwingend mit einer Milderung einhergeht.¹³ Schattierungen von Verantwortlichkeit anhand des Täterbegriffs können für Systematisierungszwecke freilich dennoch hilfreich sein.

b) Täter und Störer im Deliktsrecht

Das Deliktsrecht unterscheidet grundsätzlich nicht zwischen unmittelbarer und mittelbarer Täterschaft sowie den Teilnahmeformen, sondern es genügt je-

so daß die Momente derselben teils genau auseinandergehalten, teils in dieser Unterscheidung zugleich auch als nicht unterschieden, oder immer in ihrer entgegengesetzten Bedeutung genommen und erkannt werden müssen.“ Phänomenologie des Geistes, Suhrkamp 1967, S. 141; dazu auch Kant: „Das Bewußtsein seiner selbst ist also noch lange nicht ein Erkenntnis seiner selbst, unerachtet aller Kategorien, welche das Denken eines Objekts überhaupt durch Verbindung des Mannigfaltigen in einer Apperzeption ausmachen.“, Kritik der reinen Vernunft, 1787, S. 153. Eine nah verwandte Unterscheidung ist in der Systemtheorie angelegt, bei der Dichotomie von System und Umwelt, dazu *Lubmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 76 ff.

¹¹ Dazu oben Kapitel 3, A., II.

¹² So auch *Ohly*, ZUM 2017, 793

¹³ Zur Differenzierung zwischen den Teilnahmeformen etwa *Hruschka*, ZStW 110 (1998), 581, 595, Überblick bei *Kübl*, JA 2014, 668; dem gegenüber steht das Konzept des Einheitstäters, das der deliktsrechtlichen Konzeption von § 830 Abs. 2 BGB entspricht, vgl etwa *Geerds*, GA 1965, 216, 218, zuletzt *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2008; dagegen die h. M., statt aller *Roxin*, JuS 1973, 329, 334.

des ursächliche Verhalten, das dann freilich bei unmittelbarem Handeln Dritter als Sorgfaltspflichtenverstoß eingeordnet werden muss. Für die Schadensersatzhaftung ist das Merkmal des Sorgfaltspflichtenverstoßes ausschlaggebend – nicht die Subjektqualität. Nach §§ 830, 840 BGB teilen Täter und Beteiligte die Haftung als Gesamtschuldner. An der grundsätzlichen Irrelevanz der Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme vermag auch der Erfolg der Störerhaftung nichts zu verändern, denn zum einen ist die Rechtsfolge der Störerhaftung bei Verletzung der Prüfpflichten keine Schadensersatzhaftung, sondern allein die Pflicht zur Beseitigung bestehender und Unterlassung künftiger Störungen; zum anderen können Störer zu Tätern werden, wenn sie mit Vorsatz gegen ihre Sorgfalts- und Prüfpflichten verstoßen.¹⁴ Die Differenzierung zwischen Täter und Störer ist auch für das Immaterialgüterrecht prägend.¹⁵

3. Verantwortlicher für die Datenverarbeitung

Insbesondere im Datenschutzrecht kommt es über den Einheitsbegriff des „Verantwortlichen“ zur Zurechnung auch entfernter Datenschutzverletzungen. Schlüsselkonzept der Pflichten- und Berechtigungszuordnung der DSGVO, auf der Primärebene als auch auf der sekundären Haftungsebene, ist das Konzept der Verantwortlichkeit – „Verantwortlicher“ ist nach Art. 4 Nr. 7 DSGVO, wer „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Erforderlich ist mithin Kontrolle – gleich welcher Intensität; dass diese etwa nicht unmittelbar sein muss, zeigt die Figur der Auftragsverarbeitung, Art. 28 DSGVO, bei welcher der Auftragsverarbeiter im Grundsatz nicht als Verantwortlicher gilt, sondern nur sein Auftraggeber und dass keine Alleinkontrolle erforderlich ist, zeigt die Figur der gemeinsamen Verantwortlichkeit, Art. 26 DSGVO. Im Übrigen soll eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen werden, insbesondere am Maßstab des der Verarbeitung zu Grunde liegenden Vertrags, der tatsächlich ausgeübten Kontrolle sowie der berechtigten Erwartungen der betroffenen Datensubjekte. Das datenschutzrechtliche Verantwortlichkeitskonzept lässt sich vor dem Hintergrund des Effektivitätsgrundsatzes des Europarechts verallgemeinernd dahingehend einordnen, dass es für eine Pflichtenzuweisung nicht des Überschreitens einer wie auch immer gearteten de-minimis-Schwelle erfordert, sondern jede Art der Verarbeitung hinreicht.¹⁶

¹⁴ Dazu oben ausführlich, Kapitel 2, B., V.

¹⁵ Dazu oben Kapitel 3, E., III., 2.

¹⁶ Dazu oben, Kapitel 3, C., III., 5., b.

4. Begründung von Rechtspositionen – „positive Zurechnung“

Auch bei der positiven Zuordnung von Rechten wird Zurechnung über die Subjekteigenschaft durchgeführt. Im Urheberrecht geschieht dies unter dem Schöpferbegriff, der eng an die Persönlichkeit des Rechtsinhabers anknüpft sowie im Patentrecht etwa unter dem Erfinderbegriff.¹⁷ Im Sachenrecht ist etwa für Zuweisungen der Eigentumsposition in mehrpoligen Verhältnissen der Arbeitsteilung der Herstellerbegriff relevant, § 950 BGB, wonach der Hersteller derjenige ist, der den Herstellungsprozess koordiniert.¹⁸

IV. Offene Überleitungsnormen der Arbeitsteilung

Die Funktion der Zurechnung wird – offensichtlicher als über die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen und die Subjektqualifikation – durch Überleitungsnormen in arbeitsteiligen Prozessen erfüllt.

1. Stellvertretung

Die Stellvertretung ist ein Fall offener Zurechnung, wenngleich der Begriff Zurechnung im Gesetzeswortlaut nicht fällt – doch das Zurechnungsprinzip findet sich in der Formulierung „wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen“, § 164 Abs. 2 BGB; die durch einen anderen bewirkten Rechtsfolgen treten unmittelbar in der Person des Vertretenen ein. Dabei wird der Vertreter als Repräsentant des Vertretenen begriffen: zugerechnet wird nicht die Erklärung selbst, wie etwa unter der historischen Geschäftsherrentheorie, sondern lediglich deren rechtliche Wirkung („Fremdwirkung“), was sich nahtlos in das hier vertretene Zurechnungskonzept fügt. Es handelt sich bei der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung um das am weitesten verbreitete Mittel, den eigenen rechtsgeschäftlichen Wirkungskreis durch Arbeitsteilung zu erweitern, und damit zugleich auch um den am meisten verbreiteten Fall institutionalisierter Drittzurechnung. Die Stellvertretung ist die Grundform der im Privatrecht erfassten Arbeitsteilung, weshalb ihre Regelungen Leitbildcharakter für alle anderen Formen der Arbeitsteilung, auch in Organisationen, haben.¹⁹

2. Spektrum der Haftungsüberleitungen

Die Drittzurechnung ist im Haftungsrecht für bedeutsame Fragen der Arbeitsteilung kodifiziert – hierfür gelten die Normen der §§ 31, 278, 831 BGB. Es handelt sich bei ihnen wortlautgemäß um offensichtliche Zurechnungsnormen für

¹⁷ Dazu oben, Kapitel 3, E, II., 1. und 3.

¹⁸ Dazu oben, Kapitel 2, D., II., 2., b.

¹⁹ Dazu oben, Kapitel 2, A., IV., 1.

Haftung. § 278 BGB stellte den Ausgangspunkt der hiesigen Betrachtungen dar, denn diese Norm bildet die Arbeitsteilung auf Grundlage eines Schuldverhältnisses ab; § 831 BGB folgt in dieser Logik, da dort Arbeitsteilung mit engerer Bindung an den Prinzipal als bei § 278 BGB zu Grunde liegt, und noch enger, nämlich in einem organisatorisch-gesellschaftsrechtlichen Kontext, bei § 31 BGB. In dieser Sicht sind die Zurechnungsnormen von Peripherie bis Kern der Unternehmenssphäre in einem dreigliedrigen Spektrum verteilt und unterschiedlich intensiv ausgestaltet. Der Anwendung dieser Zurechnungsnormen liegt eine Gemengelage verschiedener Wertungen zu Grunde; prägend bleibt der vor allem ethisch konnotierte Verantwortungsgedanke, der verschiedene Ausprägungen erfahren hat. Ihm ist beim Einsatz von Hilfspersonen und von Organen letztendlich auch das Lasten-Nutzen-Paradigma zuzuordnen sowie eine verantwortungsbezogene Sphärenbildung. Keine der Zurechnungsfiguren kommt allerdings ohne eine Willensbetätigung bei der Eröffnung einer Risikosphäre aus – der Prinzipal muss die Verrichtungshandlungen eines Dritten wenigstens faktisch dulden (§§ 278, 831 BGB), das Organ der Gesellschaft muss sogar qua Verfassung bestimmt werden (§ 31 BGB). Außerhalb vertraglicher Bindungen zwischen den möglichen Zurechnungsträgern sind die §§ 830, 840 BGB als Haftungsnormen abschließend.²⁰

V. Pflichtenbegründung

Besonders kritisch im Verhältnis zu expliziten Überleitungsnormen ist die Begründung eigener Pflichten des Rechtsträgers, zumal dadurch gesetzgeberische Wertungen hinter speziellen Zurechnungstatbeständen zurücktreten können.

1. Sorgfaltspflichten

Eine der markantesten Entwicklungen im Haftungsrecht ist die Herausbildung von Sorgfaltspflichten, die sich sowohl bei der vertraglichen Haftung als auch bei der deliktischen Haftung manifestieren. Markant ist die Entwicklung deshalb, weil in ihr häufig eine Aushöhlung der speziellen Pflichtenregime des Vertragsrechts und ein verdecktes Substitut der speziellen Zurechnungsnormen des Deliktsrechts gesehen wird.²¹

So werden die Normen der §§ 31, 278, 831 BGB durch die Ausweitung der allgemeinen Haftungstatbestände zunehmend eingeschränkt; statt ihrer wird die Sorgfaltspflichtverletzung zum Zentralinstrument des Haftungsrechts in Mehrpersonenkonstellationen. Die Entwicklung nahm ihren Ausgang im Umgang mit der Haftung für Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB, die wegen ihrer

²⁰ Dazu oben Kapitel 2, B., IV.

²¹ Kapitel 2., B., V.

als unbillig empfundenen Exkulpationsmöglichkeit zunehmend durch extensive Anwendung des § 31 BGB zurückgedrängt wurde; da freilich auch dieser sehr eng gefasst ist, indem er nur die Rechtsfolgen des Handelns qualifizierten Personals zurechnet, kam den Organisationspflichten eine tragende Rolle im Haftungssystem zu. Sorgfaltspflichten werden über § 241 Abs. 2 BGB auch im Vertragsrecht zunehmend extensiv ausgelegt, mit der Folge, dass zu Gunsten der Geschädigten die gegenüber dem Deliktsrecht vorteilhafte Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 S. 2 BGB wirken kann. Die Entwicklung bleibt dynamisch, die Sorgfaltspflichten werden proportional zur Komplexität der Welt selbst komplex und umfangreich, was zuletzt bei den Verhaltensanforderungen in Lieferketten zu beobachten war; dort gelten nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz nun neuartige „Bemühenspflichten“.²²

Die emergente Organisationsverantwortlichkeit für Dritte und auch sämtliches Personal, der auch die weite Anwendung von § 31 BGB, etwa auch auf Personengesellschaften, entspricht,²³ steht durchaus im Spannungsverhältnis zur Konzeption des deutschen Haftungsrechts. Letztendlich sollte Unternehmen nach der Regelung des § 831 BGB gerade nicht die strikte Haftung für sämtliches Personal treffen – was zur teils schwerfälligen Begründung *eigener Pflichtverletzungen* des Unternehmens als funktionales Zurechnungssubstitut geführt hat. Trotz ihrer Mittelbarkeit ist auch diese Form der Zurechnung nach dem hier erarbeiteten Ansatz im Rahmen einer Eingriffsprüfung messbar (dazu Kapitel 5).

2. Informationsgenerierungspflichten

a) Wissensorganisation im BGB

Der Tatbestand des § 166 ist selbst in einer Verpflichtungsperspektive zu lesen – der Prinzipal hat die umfassende Risikohaftung für den Vertreter, da er ihn zu seinem Nutzen einsetzt. Die Norm weist ihm die Verpflichtung zu, den Vertreter gründlich auszuwählen und zu überwachen, also eigenes Wissen über ihn zu generieren; die strikte Haftung für sein Wissen kommt einer Gefährdungshaftung gleich. Gleichzeitig verbietet § 166 Abs. 2 BGB das Vorschieben von Personal zur Enthftung. Zurechnungsfragen treten bei der Diskussion von Wissensorganisationspflichten keinesfalls in den Hintergrund,²⁴ sondern sind deren ureigener Gegenstand. § 166 BGB ist auf Grund der in ihm typisierten Risikolagen und der ihm innewohnenden Wertungen Prototyp der Wissenszurechnung in Organisationen – er regelt den Grundfall der Arbeitsteilung, die Stell-

²² Dazu Kapitel 3., B., III.

²³ Dazu Kapitel 2., B., IV., 4.

²⁴ So aber *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 29.

vertretung, nach ökonomisch (*least cost information seeker*) wie ethisch (Lasten-Nutzen-Paradigma) plausiblen Maßstäben.²⁵

b) Wissensorganisationspflicht im europäischen Kapitalmarktrecht

Da der Zweck von Art. 17 Abs. 1 MAR darin liegt, Insidergeschäfte zu verhindern und darüber hinaus gleichberechtigten Informationszugang zu ermöglichen, weil der Emittent selbst der *least cost information seeker* ist, folgt daraus eine umfassende Ermittlungs- und Aufklärungspflicht Ad-hoc-pflichtiger Sachverhalte. Die Ad-hoc-Publizitätspflicht hat dabei nach Klöhn ein deutliche „Compliance-Dimension“. Der Emittent haftet auch für Information, die er nicht kennt, sofern sie ihn „unmittelbar“ betrifft. Damit ist ein wirksamer Anreiz zur Informationsschaffung verbunden. Die Verpflichtung kann allerdings nur so weit gehen wie das Kostenargument trägt – und zwar insbesondere hinsichtlich der Ermittlung und Analyse – womit die Grenze bei den unmittelbar den Emittenten selbst betreffenden Informationen gezogen wäre. Denn gegenüber dem Markt hat der Emittent Vorteile nur bei der Ermittlung und Analyse von Insiderinformationen, nicht auch bei deren Veröffentlichung. Auch wegen dieser inneren Logik der Norm kann es bei der Ad-hoc-Publizitätspflicht nicht auf die Kenntnis von der Insiderinformation ankommen, die ja gerade erst generiert werden soll und da ansonsten auch keine Anreize bestünden, sie zu generieren. Auf die nationalen Zurechnungsregeln kann es zur weiteren Konkretisierung der Ad-hoc-Publizität nicht ankommen, da Art. 17 Abs. 1 MAR, schon wegen des Ordnungscharakters der MAR, Art. 288 Abs. 2 AEUV, vollharmonisierend ist, d. h. dass den Mitgliedstaaten kein Spielraum zu abweichenden Lösungen verbleibt. Soweit die deutschen Wissenszurechnungsregeln als Wissensorganisationspflichten verstanden werden, werden sie von dem stimmigen, wenn auch etwas verdeckten, Organisationsregime des Art. 17 Abs. 1 MAR verdrängt. An diesem Organisationsregime ist auch die „Unverzüglichkeit“ der Publikation zu messen – zunächst ist die Veröffentlichung „unverzüglich“, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern erfolgt. Ein Verschuldenselement ist hiermit nicht gemeint, sondern lediglich eine Konkretisierung der Ad-hoc-Publizitätspflicht. Schuldhaft ist das Zögern erst ab dem Zeitpunkt, ab dem die Veröffentlichung möglich gewesen wäre, hätte der Emittent alle erforderlichen und zumutbaren Vorkehrungen getroffen, um seiner Ad-hoc-Publizitätspflicht nachzukommen. Damit ist das gesamte Pflichtenprogramm zur Informationsermittlung, -analyse und -publikation adressiert.²⁶

²⁵ Dazu oben Kapitel 2, E., II.

²⁶ Dazu oben Kapitel 3, D., III., 3.

VI. Zusammenhänge und Differenzen

Die vorgefundenen methodischen Instrumente teilen die Gemeinsamkeit, Rechte und Pflichten zuzuweisen, wo mehrere Rechtsträger um sie konkurrieren. Sie bilden die Dynamik der Entstehung und Verlagerung von Rechtspositionen im Privatrecht ab. Eine Hierarchie zwischen den Instrumenten an sich ist nicht erkennbar, sie scheinen vielmehr fungibel.²⁷ Wichtig ist die Beobachtung aus dem Deliktsrecht, dass explizite Zurechnungsnormen durch andere Instrumente, zumal das der normativen Begründung von Sorgfalts- und Organisationspflichten, verdrängt werden. Dieser Verschleifungsprozess stellt die gesetzgeberischen Wertungen in Frage, welche den expliziten Zurechnungsnormen zu Grunde liegen, was zwangsläufig zu Legitimitätsproblemen in Bezug auf die Organisationspflichtendogmatik führt. Zum anderen ist auch aus Adressatensicht relevant, dass ungeschriebene Sorgfaltspflichten, die zudem stark einzelfallabhängig wirken, in der Tendenz noch schwerer handhabbar und vorhersehbar sind, als mehr oder minder präzise gefasste Zurechnungsnormen des positiven Rechts. Es erscheint also für ein stimmiges Konzept von Regulierung durch Zurechnung wichtig, auch den verdeckten Zurechnungsoperationen hinreichend Aufmerksamkeit zu widmen – und sie insbesondere denselben Legitimitätsanforderungen zu unterziehen. Die Vielfalt der Zurechnungserscheinungen erschwert eine einheitliche Messbarmachung besonders; der im folgenden Kapitel 5 zu entwickelnde Legitimationsfilter ermöglicht durch seinen Konkordanzansatz freilich gerade dies, zumal er auf die hinter der Zurechnung stehenden Wertungen aufsetzen kann.

B. Zentrale Wertungen der Drittzurechnung

Die „*Scharfstellung*“²⁸ der Zurechnung setzt neben der Zusammenschau ihrer methodischen Instrumente auch jene der ihnen zu Grunde liegenden Wertungen voraus. Hierauf lag bei der vorangegangenen Betrachtung des positiven Rechts auch ein Analyseschwerpunkt, da Zurechnung als neutrale, technische Rechtsfunktion erst durch die materielle Aufladung mit den jeweils zu Grunde liegenden Zurechnungswertungen eine Richtung gewinnt und mehr oder minder belastend wirkt. Dabei ließen sich anhand der Rechtsprechung und der Stimmen im Schrifttum für die betrachteten Zurechnungsnormen stets auch eine im Einzelnen große Varianz an Begründungsmustern finden, zumal in

²⁷ *Bork* freilich ist für eine Hierarchie, BGB AT Rn. 1330; offener noch *ders.*, ZGR 1994, 237 ff.

²⁸ Diese treffende Wendung stammt von *Klement*, allerdings für das politische Konzept der Verantwortung in: Heidbrink/Langbehn/Loh (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, 2017, S. 559.

Form von „Zurechnungsprinzipien“, die bei Gesamtbetrachtung auf einer übergeordneten Ebene freilich in einem Triptychon angeordnet erscheinen – dem von Ethik, Privatautonomie und Ökonomik.

I. Triptychon der Wertungsklassen

1. Privatautonomie

a) Grundwertung der Zurechnung im Privatrecht

Die essentielle Rolle der Privatautonomie in den Begründungen von Zurechnung ist trotz ihrer im rechtswissenschaftlichen Diskurs allgemein herausgehobenen Stellung weniger offensichtlich als diejenigen von Ökonomik und Ethik. Es ist bei einzelnen hier untersuchten Zurechnungsfällen durchaus ein nicht unerheblicher Analyseaufwand erforderlich gewesen, um die vertretenen Interpretationen und Anwendungen der jeweiligen Zurechnungsnorm auf die Privatautonomie zurückzubeziehen. Indes war dies ein lohnenswertes Unterfangen, da mit der Privatautonomie die wichtigste Zurechnungswertung bestätigt werden konnte. Dies offenkundig im Recht der Willenserklärungen, wo der freie Wille Ausgangspunkt der Zuordnung von Rechten und Pflichten ist und der Rechtsgeschäftslehre zu Grunde liegt, die den freien Marktaustausch durch freiwillige Übernahme von Bindungen, die „Privatrechtsgesellschaft“²⁹ schlechthin, überhaupt erst ermöglicht. Weniger offen, freilich nicht minder deutlich, ist die Privatautonomie indes auch etwa im Haftungsrecht tragend, so beim Einsatz von Hilfspersonen und im Recht des geistigen Eigentums, hinsichtlich der Zuweisung der Nutzereigenschaft und der Begründung von Miturhebergemeinschaften. Für *Bydlinski*, *Larenz*, *Deutsch* und *Canaris* ist Selbstverantwortung der Oberbegriff der Zurechnung.³⁰ Eine eigenständige Definition der Selbstverantwortung fällt allerdings schwer, ihre Zuordnung zum Topos der Privatautonomie liegt letztlich nahe und bestätigt ihre Bedeutung für Zurechnung: Privatautonomie, im Duktus der Selbstverantwortung bedeutet, dass alle Folgen des Freiheitsgebrauchs zu tragen sind.³¹ Speziell für das Unternehmensrecht ist die Begründung von Sonderverbindungen relevant, die nach *Canaris*³² und bereits

²⁹ Dazu bereits oben, Kapitel 2., A., I.; vgl. auch *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, 2002, S. 55 ff.

³⁰ *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S. 291; *ders.*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 99 ff., 154, 164 ff.; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 68 ff.; *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 2., 2. Aufl. 1995, S. 64; *ders.*, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1995, S. 59; *ders.*, VersR 1988, 1197; *Canaris*, Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 433, 467–471; auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH, 2006, S. 19.

³¹ So, ohne w.N., *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 131; vgl. auch MüKo-BGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 10.

³² *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468.

im römischen Recht³³ essentielles Kriterium für die Zurechnung von äußeren Umständen sind. Problematisch bleibt die Konturenlosigkeit des Begriffs der „Sonderverbindung“.³⁴ Sie kann freilich auf die privatautonome Begründung zugespitzt werden und dann die (relative!) Prämisse rechtfertigen, dass Tatbestände, die durch „fremde“ Dritte erfüllt werden, nicht zuzurechnen sind.³⁵ Aktueller denn je wirkt das Sonderverbindungskriterium etwa in modernen Regelungen des Konzernrechts fort, etwa in § 311 AktG und den Related Party Transactions.³⁶ Denn bestimmte Geschäfte eines Unternehmens sind dann besonders rechtfertigungsbedürftig, wenn der Geschäftspartner in einem meist frei gewählten Kontroll- oder Einflussverhältnis (auch: „*Näheverhältnis*“) zum Unternehmen insgesamt steht – oder, für den Fall der Related Party Transactions, nur zu einem Organ des Unternehmens. Hier resultiert die Zurechnung des Geschäfts in einer Behandlung, die einem verdeckten Insiggeschäft zumindest sehr nahekommt, §§ 117, 181 BGB (wenn auch ohne Nichtigkeitsfolge: mit bloßer Pflicht zur Veröffentlichung oder Zustimmung).

b) Privatautonomie als „Antiprinzip“ exogener Zurechnung

Zurechnungsoperationen ohne Bezug zur privatautonomen Entscheidung des Zurechnungssubjekts finden sich hingegen nur als besondere Ausnahme – gegen die allgemeine Fließrichtung – wobei zumeist eine wenigstens mittelbare Rückbindung an eine Willensbetätigung möglich ist. Zu nennen sind dabei insbesondere Fälle der Unterlassungs- und Zufallshaftung,³⁷ ferner auch der Haftungs begründung wegen Staatsnähe.³⁸ Besondere, sozialpolitisch geprägte Anomalie ist auch das Schöpferprinzip des Urheberrechts, welches gerade Urheberrechte unabhängig von einem Schöpferwillen zurechnet.³⁹

³³ Hier dürfte der Satz *neque enim debet nocere factum alterius ei qui nihil fecit* maßgeblich sein, vgl. *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 79 (bei Fn. 6), 82 ff.

³⁴ Siehe aber die Einordnung bei *Krebs*, Sonderverbindung und außerdeliktische Schutzpflicht, 2000, S. 6–8; zu einem weiten Verständnis unter § 242 BGB, vgl. *MüKo-BGB/Schubert*, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 88 ff.

³⁵ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468; dazu auch *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 77 ff.; siehe für die Figur des Repräsentanten, *Lehmann*, r+s 2019, 361.

³⁶ Zur Sonderverbindung unter § 311 AktG vgl. etwa *MüKo-GmbHG/Altmeyden*, 4. Aufl. 2015, § 311 Rn. 49 ff.; zu den RPT vgl. *Grigoleit*, ZGR 2019, 412 (insbes. S. 427 ff. zum „*Näheverhältnis*“) und allgemein oben, Kapitel 3, C., III., 3.

³⁷ Dazu *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 404 ff.

³⁸ M.w.N. *Buck*, Wissen und juristische Person, 2001, S. 110–114; auch in anderen Zusammenhängen wurde die Staatsnähe als entscheidendes Kriterium betrachtet, etwa bei der Bewertung der Grundfreiheitenbeschränkung durch Private und bei der Grundrechtsbindung von Unternehmen, die in öffentlicher Hand liegen, zu den Horizontalwirkungen höherrangigen Verfassungs- und Europarechts vgl. *Denga*, EuR, 569, 584 ff.

³⁹ Vgl. Kapitel 3, E., II., 1., a.

Wenn die Privatautonomie damit als ein Zentralbegriff hinter der Zurechnung hervortritt, so ist ihr konkreter Inhalt doch problematisch, denn die Grenzen genauer Erfassung von Willensfreiheit und -betätigung sind fließend. „Der Wille“ ist nicht immer absolut selbstbewusst über sich selbst und seinen Gegenstand, bei Lücken in der Willensmanifestation wird er inhaltlich durch Ordnungsgesichtspunkte geformt.⁴⁰ Vieles wird schon auf Ebene des Willenserklärungsstatbestandes mitgedacht und mitgewollt, womit die Grenze zur Fiktion häufig wenigstens tangiert ist.⁴¹ Auch wo die Grenze des Gebrauchs von Privatautonomie zur reinen Kausalität verlaufen kann, die gerade unzureichendes Kriterium der Zurechnung ist, ist nicht immer klar. Der argumentative Wert der Privatautonomie als Zurechnungsgrund hat damit bei kritischer Betrachtung eher die Funktion einer Mindestschwelle, denn in den allermeisten Fällen läuft das Erfordernis einer Willensbetätigung mit den Wertungen der Kausalität gleich.⁴²

Dies hat indes nicht verhindert, das Prinzip der Selbstverantwortung auf die gesamte Rechtssphäre („*Herrschafts-*“ oder „*Verantwortungssphäre*“) eines Rechtssubjekts zu erweitern.⁴³ In ihrer Bedeutung ist die Privatautonomie auch schon deshalb nicht zu vernachlässigen, weil sie als Freiheitsgrundsatz des Privatrechts die engen Bezüge von Zurechnung zu den europa- und verfassungsrechtlichen Grundrechtsverbürgungen offenlegt, welche Zurechnung als Globalphänomen messbar machen können.⁴⁴ Gegenüber der exogenen Begründung von Pflichten steht die Privatautonomie als „Antiprinzip“, im Kontext des Unternehmensrechts in ihrer Metamorphose als Organisationsfreiheit. „Für das Verhalten Dritter ist im Grundsatz nicht einzustehen.“⁴⁵ Dieser für die hier wichtigen Mehrpersonenkonstellationen wesentliche Satz von *Canaris* ist um eine entscheidende Qualifikation zu ergänzen: das Verhalten Dritter muss auf die privatautonome Willensbetätigung zurückzuführen sein, erst dann kann dafür eine Einstandspflicht entstehen. Und auch nur dann ist das spezifisch gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip zumindest punktuell relativierbar.⁴⁶ Je mehr Drittverhalten vom potentiellen Zurechnungssubjekt bestimmt wird, desto eher wird der fremde Wille zum eigenen und als solcher

⁴⁰ Dazu Kapitel 2., A., III.

⁴¹ Zu den Problemen bei konkludenten Willenserklärungen vgl. bereits oben, Kapitel 2, A., II., 2.

⁴² Dazu bereits oben Kapitel 1., B.

⁴³ Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 99ff., 154, 164ff. Die gesamte Rechtssphäre des Einzelnen kann als auf einer Bejahung beruhend gesehen werden, da jeder Rechtsträger Positionen aufgeben und übernehmen kann. Mit besonderen europarechtlichen Bezügen auch *Müller-Graff*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung, 2011, S. 139–158.

⁴⁴ Zum daraus folgenden Legimitätsfilter das Kapitel 5.

⁴⁵ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 468.

⁴⁶ Die Konsolidierung des Konzernrechts durch das Europarecht hält sich freilich nicht immer an die Prämisse, etwa im Datenschutzrecht, vgl. Kapitel 3., C., III., 5., b.

Zurechnungsgrund für Rechte und Pflichten. Je weniger Einfluss das Zurechnungssubjekt auf das Drittverhalten hat, desto mehr kann es sich auf die Privatautonomie des Dritten berufen – für die es gerade nicht einzustehen hat. Die Privatautonomie ist Anknüpfungspunkt darüber hinaus auch ethischer wie ökonomischer Argumente – und von beiden als selbstverständlich mit vorausgesetzt.

2. Ethik

a) Ambivalente Rolle der Ethik im Recht

Ethik ist die Teildisziplin der Philosophie, die sich mit sittlichem und moralischem Handeln befasst. Ihre Geschichte geht zurück bis auf die hellenistische Antike, und ihre Schulen sind hier nicht in gesamtem Umfang abbildbar.⁴⁷ Stattdessen ist festzuhalten, dass auch das Privatrecht von sittlichen Vorstellungen geprägt und durchzogen ist, welche Ziele etwa des Vertragsrechts und der Ausgleichsordnung des Haftungsrechts sind, ja auch Ziel der Verhaltenssteuerung durch Privatrecht überhaupt, was unter den Äquivalenzgedanken des Vertragsrechts gefasst ist.⁴⁸ Das Hauptproblem der sittlichen Aufladung des Rechts ist freilich die Wandelbarkeit der Sitten, der moralischen Vorstellungen und ihre fehlende Greifbarkeit. Es fehlt insbesondere ein öffentlicher Konsensmechanismus, der zu Einzelfragen der Sittlichkeit eine schnelle wie umfassend legitimierende Antwort böte.⁴⁹ Unklarheit und Wandelbarkeit ethischer Maßstäbe haben freilich nicht verhindert, dass das Privatrecht an zentralen Stellen ausdrücklich auf sie rekurriert, wofür insbesondere die Sittenwidrigkeitskontrolle von Rechtsgeschäften unter § 138 BGB steht. Bei den Zurechnungswertungen konnte im Einzelnen eine starke moralisch-ethische Konnotation herausgearbeitet werden, die häufig als „Verantwortung“ verschlüsselt wurde.⁵⁰

Der Begriff der Verantwortung wird bei der Zurechnung häufig undifferenziert und allein in Richtung einer Zurechnungsbegründung gebraucht, ver-

⁴⁷ Zur Relevanz für das Privatrecht *Auer*, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie – philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, S. 43 ff.; auch *Micklitz*, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hrsg.), Privatrechtstheorie I, 2015, Kapitel 7; zum Spannungsverhältnis von Recht und Moral auch *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, 2004, insbes. S. 209 ff.

⁴⁸ Etwa *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 46 ff. Umfassender noch *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989, § 2.

⁴⁹ Zur Legitimität durch Diskurs und *Konsens*, Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, insbes. S. 349 ff.; zur induktiven Methode bei der Herausstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze *Metzger*, Extra legem, intra ius, Kapitel 2, passim.

⁵⁰ Vgl. dazu den Band der Philosophen Kaufmann/Renzikowski (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, 2004, insbesondere die Beiträge von *Hruschka*, *Seelmann* und *Renzikowski*.

schleift Dogmatik und führt zur Politisierung.⁵¹ Soeben wurde Selbstverantwortung schon als Emanation der Privatautonomie, als ihr Verantwortungsaspekt erfasst; ihre gesellschaftliche Kehrseite lässt sich auch separat als Verantwortung betonen. Mit stärkerem Rechtsbezug ist das Verschulden ein stark ethischer Wertungstopos der Zurechnung, so ist das Verschuldensprinzip wichtigstes Prinzip der Haftungszurechnung.⁵² Es trägt ein Moment individueller Betrachtung in den Anwendungsfall, da alle – wenn auch für den Hauptanwendungsfall der Fahrlässigkeit nur objektive⁵³ – Umstände zu berücksichtigen sind.⁵⁴ Verschulden – auch in seiner Fahrlässigkeitsform – setzt ein *ethisches* Unwerturteil voraus.⁵⁵ Zurechnung wirkt unter dem Verschuldensprinzip als Konsequenz des Freiheitsgebrauchs.⁵⁶ Schuld bedingt Freiheit – und ohne Freiheit keine Schuld. Die Verbindung zum Oberprinzip der Privatautonomie ist zwingend. Eine Zurechnung von Pflichten ohne Verschulden soll gegen die Grundpfeiler der Rechts- und Werteordnung verstoßen.⁵⁷ Verschulden ist zum einen situationsrelativ messbar, wie die Grundnorm von § 276 BGB mit ihrem Bezug auf den „sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses“ zeigt. Freilich sind gerade im Bereich der Risikohaftung auch typisierte Risikosituationen anzutreffen, was indes nicht bedeutet, dass hinsichtlich der Schadenserfolge kein ethisches Unwerturteil getroffen wäre.⁵⁸ Bezugspunkte des Unwerturteils können in Wechselwirkung stehen: der Wille, das Wissen, das Verhalten oder der Erfolg.⁵⁹ Das von *Larenz* geprägte Adäquanzprinzip ist hier als Unterkategorie zu verorten.⁶⁰

⁵¹ Dazu noch unten, C., III., 2.

⁵² Zum historischen Hintergrund siehe bei *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, § 1 S. 78 ff.

⁵³ Die Mindest- oder „Regelform“ der Zurechnung ist die Fahrlässigkeit, wenn nicht das Gesetz oder eine Parteivereinbarung eine höhere Hürde, insbesondere Vorsatz, verlangt, vgl. *MüKo-BGB/Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 50 ff.; *Lorenz*, JuS 2017, 611, 612; Im Privatrecht steht anders als im Strafrecht nicht die Pönal-, sondern die Ausgleichfunktion des Rechts im Vordergrund, weshalb die Fahrlässigkeit objektiv zu bewerten ist. Konkrete Fähigkeiten oder Kenntnisse des Handelnden sind irrelevant; es kommt auf diejenige Sorgfalt an, die objektiv vom jeweiligen Verkehrskreis verlangt werden kann. Vorhersehbarkeit der Gefahr und Vermeidbarkeit des schädigenden Erfolges sind allerdings auch im Privatrecht relevant.

⁵⁴ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 477.

⁵⁵ Zum ethischen Kern auch des rechtlichen Schuldbegriffs vgl. *Larenz*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 68 ff.; vgl. zum Stand des Diskurses um die Vereinbarkeit des verobjektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs mit dem Verschuldensprinzip zuletzt umfassende *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, § 8 S. 261 ff.

⁵⁶ Zentral für *Di Fabio*, JZ 2020, 1073, 1079: „Die auf die Person zurechnende politische Gemeinschaft schuldet in der personalen Matrix der okzidentalen Neuzeit den Nachweis einer Kausalbeziehung von freiheitlichem Handeln und entstandener Rechtsgutverletzung.“

⁵⁷ *Di Fabio*, JZ 2020, 1073, 1074. Zur Verankerung des Schuldprinzips im BGB *Katzenmeier*, AcP 203 (2003), 79, 108.

⁵⁸ Anders wohl *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 176 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 146.

⁶⁰ Siehe *seine* grundlegende Dissertation, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der

b) Unternehmensethik für ein Unternehmensprivatrecht

Dass wiederkehrende Wertung hinter den unterschiedlichsten Zurechnungsnormen und -operationen gerade die Ethik ist, mag überraschen, wenn man vom Regelungsgegenstand des für sich allein der Erwerbsverwirklichung seiner Teilnehmer dienenden Unternehmensprivatrechts ausgeht. Indes zeigt sich hier zum einen die Einheit der Rechtsordnung, die ein Erwerbsstreben ohne Sittenkonformität grundsätzlich ausschließt, insbesondere etwa rechtsmissbräuchliche Geschäfte oder Wucher,⁶¹ zum anderen auch, wie Verantwortung vom Gegenstand des Rechtsgebiets selbst in Wechselwirkung überformt und geprägt werden kann – dafür steht paradigmatisch der Satz, dass das Handelsrecht die „Schnelligkeit und Sicherheit“ des Handelsverkehrs ermöglichen solle, mithin also die Fremdverantwortung zurückgenommen und die Selbstverantwortung stärker bewertet werden soll.⁶² Ethik als Zurechnungsgrund im Unternehmensrecht orientiert sich bereits historisch an den tatsächlichen Gegebenheiten, antizipiert und verwirklicht damit ein Programm der Unternehmensrechtssoziologie. Dies zeigt sich insbesondere am oben im Zusammenhang mit der Haftungszurechnung besprochenen Lasten-Nutzen-Paradigma – dieses wird bisweilen verkürzt auf die Formel gebracht: „Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden tragen“.⁶³ Mit Blick auf das Privatrecht lässt sich sagen, dass die Zulassung der Privatautonomie des Ausgleichs durch Vertrauensschutz bedarf;⁶⁴ der Vertrauensgrundsatz besagt, dass jeder Verkehrsteilnehmer sich in der Regel auf das verkehrsgerechte Verhalten der übrigen Verkehrsteilnehmer verlassen darf,⁶⁵ und wird flankiert durch das Eingreifen von Treu und Glauben.⁶⁶ Damit ist einerseits die Zurechnung von Umständen begrenzt, die unter Enttäuschung berechtigten Vertrauens erfolgen. Insbesondere die rechtswidrige Verwendung von Produkten durch ihre Kunden dürfte Herstellern grundsätzlich nicht zuzurechnen sein.⁶⁷ Andererseits kann die Erzeugung von Vertrauenstatbeständen auch Haftung begründen.⁶⁸ Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass den Zurechnungsnormen des Haftungsrechts gerade dieser

objektiven Zurechnung, 1927, S. 82 ff.; zur heutigen Bedeutung der Adäquanztheorie, vgl. MüKo-BGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 70, ProdhaftG § 1 Rn. 20; weiter eine allgemeine Geltung des Adäquanzprinzips bejahend, Grüneberg/Sprau, 81. Aufl. 2022, Einl. V. § 823 Rn. 3 (mit Verweis auf die Kommentierung von Grüneberg, Vorb. v. § 249 Rn. 26 ff.).

⁶¹ Dazu oben Kapitel 2, A., III.

⁶² Dazu oben schon Kapitel 3, A., I., 1.

⁶³ Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2004 (1952), S. 279; Di Fabio, JZ 2020, 1073, 1075.

⁶⁴ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 440.

⁶⁵ Dazu bereits oben, Kapitel 2, B., V., 3.

⁶⁶ Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 479.

⁶⁷ Vgl. Kapitel 3, B., II., 3.

⁶⁸ Vgl. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 411; kritisch jedenfalls für das Vertragsrecht MüKo-BGB/Säcker, 8. Aufl. 2019, Einl. BGB Rn. 178 ff., mit Verweis auf hinreichend Vertrauensschutz im System der §§ 116 ff. BGB.

Gedanke innewohnt, er insbesondere als Kehrseite der Sozialbindung des Eigentums und wohl allgemeiner des Unternehmertums zu werten ist.⁶⁹ Von selber Tendenz ist das Begünstigtenprinzip, wonach derjenige für eine Gefahrenquelle haftet, der den Nutzen aus ihr zieht.⁷⁰ Hier spiegelt sich ein Axiom der freien Marktwirtschaft wider, das besagt, dass mit jeder Chance auch die aus ihrer Wahrnehmung folgenden Risiken korrespondieren müssen.⁷¹

Maßgeblich für Verantwortung und die daraus abzuleitenden Rechtspflichten müssen die Risikoschaffung sowie die Risikokontrolle sein. Kontrolle ist die Fähigkeit zur Gestaltung eines Raumes – letztendlich nichts anderes als die Reichweite der Privatautonomie, deren engste Grenze vom Wissen als Handlungsbedingung abgesteckt wird. Das privatrechtliche⁷² Risikoprinzip beruht insbesondere auf den frühen Arbeiten von *Rümelin* sowie von *Esser* und *Canaris*;⁷³ wesentlich sind hier Konzepte der Sphäre, Herrschaft und Kontrolle, für welche absolut, also ohne Erfordernis eines konkreten Werturteils über den eintretenden Erfolg, Verantwortung zugewiesen wird.⁷⁴ Insbesondere Organisationspflichten beruhen hierauf.⁷⁵ Allerdings ist als wesentliches Kautel anzumerken, dass das Risikoprinzip solange ein „*unbestimmtes Schlagwort*“ bleibt, wie nicht die Gefahren und die Zuordnungskriterien im Einzelnen herausgestellt sind.⁷⁶ Hier liegt durch Typisierung eine wesentliche Aufgabe bereichsspezifischer Dogmatik, sie ist in den Gefährdungshaftungstatbeständen zu erkennen und dort modellhaft, freilich nur beschränkt analogiefähig veranlagt. Vertrauensschutz wird etwa insbesondere dort verstärkt, wo Schutzbedürftig-

⁶⁹ Vgl. Kapitel 2, B., IV., 2., b.

⁷⁰ Vgl. *Canaris*, VersR 2005, 577.

⁷¹ Für die Wirtschaftswissenschaften etwa *Hayek*, Individualism and Economic Order, 1948, S. 107 ff.; für das Recht vgl. *Bydliński*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S. 292 f.; für das Gesellschaftsrecht: *Müller-Erzbach*, Das private Recht der Mitgliedschaft, 1948, S. 117 f.

⁷² Zum strafrechtlichen Risikoerhöhungsprinzip vgl. insbes. *Roxin*, ZStW 74, 1962, 411; *Puppe*, JR 1994, 517; *Schünemann* JA 1975, 649 ff.; *ders.* GA 1985, 354 f.; *ders.* GA 1999, 225 ff.; *Greco* ZIS 2011, 674.

⁷³ *Rümelin*, Der Zufall im Recht, 1896, S. 30 ff.; *ders.*, Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht, 1896, S. 45 ff.; *ders.*, Schadensersatz ohne Verschulden, 1910, S. 24 ff.; siehe auch *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 38 ff.; *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941, S. 69 ff.; dazu auch *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 480 und *Waldkirch*, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 150.

⁷⁴ Wie schon das römische Recht in der Noxalhaftung kannte, bei der der Hausherr für Verhalten seines Hausstandes einstehen musste, dazu etwa *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012, S. 80; zu den ethischen Wurzeln der Kontrolle, aus dem strafrechtlichen Diskurs, siehe allerdings *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018, S. 231 ff.

⁷⁵ Zu diesen umfassend *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2001, S. 983 ff.; zur unter dem Begriff der „Compliance“ geführten Diskussion etwa *Schneider*, NZG 2009, 1321; *Fleischer*, ZGR 2012, 160.

⁷⁶ Dazu auch *Canaris*, JZ 1968, 505 f.; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 481.

keit besteht, ein Argumentationstopos, welcher insbesondere innere Umstände ausblendet, um einen Sachverhalt einer rein objektiven Bewertung zugänglich zu machen („Verkehrsschutz“; „Gutgläubensschutz“),⁷⁷ oder das – im Bereich des Unternehmensrechts nicht weiter zu vertiefende – Konzept des Minderjährigen- und Betreuerschutzes.

Vernachlässigt wird häufig, dass ethische Kriterien durchaus auch positiv rechtserweiternd im Unternehmensrecht wirken, namentlich vermittelt über das Investmentkriterium, welches im Eigentumsrecht maßgeblich ist.⁷⁸ Insbesondere in kooperativen Schöpfungsprozessen soll für die Positionszuweisung entscheidend sein, wer das wirtschaftliche Risiko für die Schaffung des Gegenstandes trägt.⁷⁹ Im Urheberrecht wirkt das Schöpferprinzip, das für schöpferische Leistung das Investmentkriterium um das Schöpferprinzip ergänzt. Die *geistige Schöpfung* lässt ein Recht entstehen und ist Grund für die Zurechnung zu einem Rechtssubjekt.⁸⁰ Zunehmend geraten auch Menschen- und Grundrechte zum Hauptargument von Regulierung und Zurechnungsentscheidungen.⁸¹

3. Ökonomik

Ökonomische Erwägungen stehen häufig hinter den vorliegend untersuchten Regelungskomplexen des Unternehmensrechts und werden in der Literatur, freilich nicht gleichermaßen in der Rechtsprechung oder in den Gesetzesmaterialien, besonders betont. Dies darf letztendlich schon deshalb nicht überraschen, weil es sich doch um ausgewählte Materien des Unternehmensrechts handelt, im Falle des Kapitalmarktrechts sogar um die Regeln für die Funktionsbedingungen eines Grundpfeilers der Wirtschaft im Binnenmarkt überhaupt. Umgekehrt gilt allerdings, dass ökonomische Erwägungen umso seltener durch Rechtsprechung und Literatur vorgebracht werden, je weniger spezifisch

⁷⁷ Dies kumuliert in der Vorschrift des § 116 BGB; vgl. zur Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen etwa Schulze/Dörner, 11. Aufl. 2019, § 133 Rn. 8 f.; zum Konzept des Verkehrsschutzes vgl. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 3. Aufl. 1979, S. 431 ff.; zur Reichweite des Konzept des Gutgläubensschutzes vgl. den (rudimentären) Überblick von Fuchs, Gutgläubensschutz, in: Weber, Rechtswörterbuch, 24. Aufl. 2022, Gutgläubensschutz.

⁷⁸ Dazu in der philosophischen Diskussion grundlegend Locke, Second of Two Treatises, § 27; ausführlicher bei Becker, Property Rights, S. 36 ff.; Tully, A Discourse on Property, 1980, S. 104 ff.; Zech, Information als Schutzgegenstand, 2012, S. 63 ff. Das Investmentkriterium hat etwa das Okkupationskriterium von Kant übertroffen, vgl. Grundmann, Der Treuhandvertrag, 1997, S. 45 ff.

⁷⁹ Hier ist § 950 BGB die Grundnorm, die etwa im geistigen Eigentum konkretisiert wird durch § 87a Abs. 2 UrhG, der das sui generis Leistungsschutzrecht an der Datenbank nach dem Kriterium einer wesentlichen Investition zuordnet, vgl. dazu Leistner, GRUR Int 1999, 819.

⁸⁰ Dazu Kapitel 3., E., II., 1., a.

⁸¹ Zur Einwirkung von Menschenrechten auf das Unternehmensrecht vgl. etwa Rühl, ZRP 2021, 66.

die Regelungsmaterie für das Unternehmensrecht ist. Analyseschemata wie etwa der „*cheapest cost avoider*“ haben sich allerdings zumindest in der Literatur inzwischen ihren Platz im Standardrepertoire der Rechtfertigung von Verhaltenspflichten und Haftung gesichert.⁸² Wenngleich ökonomische Aspekte nicht zwingend hinter allen Zurechnungsoperationen in Mehrpersonenverhältnissen stehen, erlangen sie doch bei deren argumentativer Vermittlung und Kontrolle einen nicht abzustreitenden Stellenwert, indem sie eine zusätzliche logische Ebene für die Bewertung von Rechtssätzen bieten, die sich im Kern durch eine, teils nicht unumstrittenen methodischen Regeln unterworfenen, Folgenorientierung äußert.⁸³

4. Wertungspluralismus

Schon innerhalb der einzelnen Zurechnungsnormen ist bei deren Interpretation und Anwendung ein breiter Prinzipienpluralismus anzutreffen – paradigmatisch steht dafür § 278 BGB, der sowohl ethisch als auch ökonomisch und, nach hiesiger Auffassung, voluntaristisch gedeutet werden kann, ohne dass das eine Prinzip das andere ausschliesse.⁸⁴ Freilich sind durchaus auch konfligierende Wertungen anzutreffen, zumal solche zwischen Ethik und Ökonomik – dass etwa die Einführung einer weitreichenden Primär- und Sekundärverantwortlichkeit für die Verarbeitung personenbezogener Daten unter der DSGVO grundsätzlich quer zur Reduktion von Transaktionskosten steht, liegt auf der Hand. Dennoch hat der europäische Gesetzgeber dem ethischen Leitmotiv informationeller Selbstbestimmung Vorrang vor einer ökonomisch wünschenswerten schlankeren Verarbeiterstellung eingeräumt.⁸⁵ Solche Konkordanz sowie Konflikte liegen ganz in der Fließrichtung einer pluralistischen Rechtstheorie, die sich dadurch auszeichnet, dass sie den Einfluss von Disziplinansätzen jenseits der Rechtswissenschaften und ihrer klassischen Methode und ihrer Erkenntnisse mit erweitertem Horizont und plural untersucht will.⁸⁶ Es geht hierbei um Bestimmung und Zulässigkeit derjenigen Argumente, die bei der Tatsachenbewertung, Rechtsfindung und Rechtssetzung Berücksichtigung fin-

⁸² Etwa *Tröger*, Arbeitsteilung und Vertrag, 2012; zuletzt etwa *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482.

⁸³ Vgl. etwa *Wagner*, FS Canaris II, 2017, S. 281, 308 f.; *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 5 Rn. 122; *Kirchner*, 11 Int'l Rev. Law & Econ. 277, 287 (1991). Eingehend zur Differenzierung zwischen positiver und normativer ökonomischer Analyse m. w. N. *Zickgraf*, ZfPW 2021, 482, 484 ff.

⁸⁴ Dazu vgl. Kapitel 2, B., IV., 2., b.

⁸⁵ Vgl. etwa EG 4 DSGVO; bereits oben, Kapitel 3., C., III., 5., g.

⁸⁶ Etwa *Teubner*, in: Grundmann/Thiessen (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -raxis, 2015, S. 141, 150; ähnlich *Wielsch*, FS Teubner, 2009, S. 395; *Baer*, Interdisziplinäre Rechtsforschung. Was uns bewegt, FS 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 917; umfassend Grundmann/Micklitz/Renner, New Private Law Theory, 2021; m. w. N. *Grundmann*, RabelsZ 2022, 364.

den können, um mit den gesellschaftlichen Entwicklungen Schritt zu halten und eine Abkoppelung des juristischen Diskurses⁸⁷ von den ihn überhaupt erst bedingenden sozialen Realitäten pluralistischer Gesellschaften zu vermeiden.⁸⁸

Zentral für eine pluralistische Rechtstheorie sind weiterhin auch die Gewichtung der einzelnen Wertungen und Konfliktregeln. Die Ordnung zwischen den einzelnen Disziplinen ist dabei zunächst zwingend von der Verfassungsordnung abhängig; verfassungswidrige Erklärungsmodelle, etwa philosophische oder ökonomische Rechtfertigungen von gesetzlich verbotenen Diskriminierungen, sind in der juristischen Argumentation unzulässig.⁸⁹ Dies gilt insbesondere für die Infragestellung der Menschenwürdegarantie.⁹⁰ Abgesehen davon ist die Frage nach Vor- oder Nachrang zwischen den disziplinverschiedenen Wertungen noch nicht abschließend beantwortet, vielmehr zeichnet sich an dieser Stelle erst äußerst fruchtbar ein Diskurs auf Meta-Ebene ab.⁹¹ Etwa präferiert *Hacker* eine Lösung nach dem *rawlsschen veil of ignorance*.⁹² Feststehen dürfte bislang nur, dass monistische Ansätze, insbesondere der der ökonomischen Analyse des Rechts,⁹³ in Anbetracht unserer pluralistischen Verfassung keinen Allgemein- und Alleingültigkeitsanspruch haben.

II. Rechtsgehalt der Zurechnungswertungen

Ist die Zulässigkeit von außerrechtlichen Werten als Argumentationstopoi im Recht und grundsätzlich auch ihr Gleichrangverhältnis mit dem soeben Gesagten geklärt, so steht doch noch eine Aussage zu ihrer genauen Wirkungsweise aus. Werte im Recht sind grundsätzlich als unscharfe Konzepte mit erheblicher

⁸⁷ Zu dieser Gefahr *Lubmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 146 f.

⁸⁸ Zum Verständnis des Grundgesetzes als *pluralistisch* vgl. etwa *Di Fabio*, JZ 2004, 1; *Fraenkel*, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 1974, S. 197 ff. Analog im Ausland: *Tierney*, *Constitutional Law and National Pluralism*, 2005; *Walker*, 65 *The Modern Law Review* 317–359 (2002); *Marmor*, *Law in the Age of Pluralism*, 2007. Vgl. auch *Lepsius*, *Der Staat* 52 (2013), 157–186.

⁸⁹ Dazu m. w. N. *Grundmann*, *RabelsZ* 2022 (i. E.).

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 115, 118; und ähnlich BVerfG 107, 275, 284; zum Abwägungsverbot der Menschenwürde *Böckenförde*, JZ 2003, 809, 812; *Gutmann*, *Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff*, Preprints of the Centre of Advanced Study in Bioethics, 2017, S. 5–7.

⁹¹ Überblick bei *Grundmann*, *RabelsZ* 2022 (i. E.) siehe insbesondere *Hesselink*, 24 *European Review of Private Law* (ERPL) 2016, 425–455; *ders.*, 15 *ERPL* 2007, 323–348; *ders.*, 22 *European Law Journal* (ELJ) 2016, 681–695.

⁹² *Hacker*, *Verhaltensökonomik und Normativität*, 2017, S. 388, 624 ff. (zu Verfassungswerten) bzw. 384 ff. (zu Gerechtigkeitstheorien) sowie S. 221 ff., insbesondere 255 ff. (zur Privatautonomie).

⁹³ Kein Verfassungsprinzip: *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip – Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1999, S. 443–449; *Hoffmann-Riem*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 11–58; zur Effizienz in der Abwägungslehre *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, S. 155 ff.

Rechtsunsicherheit behaftet (1.). Sie können als Prinzipien freilich im Rahmen der systematischen und teleologischen Auslegung wirken (2.).

1. Unklarer Rechtsgehalt von Wertungen

a) Feststellung maßgeblicher Wertungen

Schon bei der Feststellung von außerrechtlichen Wertungen an sich fehlen bislang verbindliche Maßstäbe im juristischen Diskurs;⁹⁴ so kann beinahe jede Quelle anzitiert werden, um im juristischen Streit Argumente zu gewinnen. Zentral ist dabei die Arbeit von Intermediären an den Schnittstellen anderer Wissenschaften zum Recht sowie die dadurch inzwischen durchaus eingetretene Kanonisierung von Texten und Erkenntnissen bestimmter Disziplinen. So kann traditionell für die Philosophie, inzwischen freilich auch die Ökonomik und die Soziologie, auch im deutschsprachigen Raum auf einen gewichtigen Fundus an Standardwerken zurückgegriffen werden, welche die Materien aus rechtlicher Sicht beleuchten.⁹⁵ Diese Standardwerke bilden immer mehr einen Kanon im Rechtsstreit legitimer außerrechtlicher Argumente; ein Umstand der vom rechtstheoretischen Diskurs unbedingt zur Kenntnis genommen werden muss: denn was nicht in den arrivierten Werken genannt wird, die insoweit als *bottle-necks* fungieren, findet im für außerrechtliche Argumente nicht immer aufgeschlossenen juristischen Milieu erst recht schwerer Anklang. Die in diesen Werken überbrachten Methoden, Argumente und Wertungen haben ein großes Gewicht, zumal es vielen Rechtsanwendern nicht möglich sein wird, innerhalb der außerrechtlichen Disziplinen auf Augenhöhe mit deren Übermittlern zu argumentieren.⁹⁶

b) Rechtliche Unbestimmtheit außerrechtlicher Wertungen

Dies führt zu einem weiteren Problem, der rechtlichen Unbestimmtheit außerrechtlicher Wertungen. Die außerrechtlichen Disziplinen entnommenen Wertungen sind häufig nur schwer ins Recht übersetzbar, da die Diskurse, begrifflich wie konzeptionell, nicht aufeinander abgestimmt sind. Paradigmatisch lässt sich dies an der Informationstechnologie ablesen, die einen völlig anderen Datenschutzbegriff bereit hält als das Datenschutzrecht – im ersteren geht es um

⁹⁴ Vgl. indes zur Wissenschaftlichkeit des Induktionsschlusses Metzger, *Extra legem, intra ius*, 2009, S. 36 ff.

⁹⁵ Zuvörderst der Zugriff über *Grundmann/Micklitz/Renner*, *Rechtstheorie*, 2015; sowie *dies.*, *New Private Law Theory*, 2021.

⁹⁶ Zum Problem der Rezeption im (öffentlich-rechtlichen) juristischen Diskurs der Band von Marsch/Münkler/Wischmeyer (Hrsg.), *Apokryphe Schriften*, 2018, darin insbesondere die Beiträge von Bumke, S. 47, und Kästle-Lamparter, S. 93.

Anonymisierung, im letzteren um rechtskonforme Datenverarbeitung.⁹⁷ Neben diesen Logikverschiebungen zwischen den Disziplinen führt vor allem der Umstand zu Problemen, dass die Ergebnisse – eine Übereinstimmung der Logiken unterstellt – überhaupt nicht auf die Tatbestandsmerkmale der gesetzlichen Normen abgestimmt sind, und auch deshalb eine Korrespondenzbeziehung erst zu erarbeiten ist. Die pauschale Anwendung außerrechtlicher Kriterien im Recht würde jedenfalls zu Brüchen mit den rechtlichen Überlieferungen und folglich zu Rechtsunsicherheit führen. Denkbar ist auch eine weitere Eingrenzung der geeigneten rechtlichen Anwendungsgebiete im Recht, wie etwa das Kapitalmarktrecht eher für ökonomische Wertungen offen scheint als etwa das Datenschutzrecht.⁹⁸

2. Von Werten zu Rechtsprinzipien

a) Wirkung von Werten als Rechtsprinzipien

Werte als solche sind nicht justiziabel, so der allgemeine Befund. Sie finden ihre rechtliche Manifestation allerdings im positiven Recht, wenn der Gesetzgeber sich ausdrücklich oder implizit auf sie beruft, wenn er ein Gesetz erlässt oder ändert. Dies konnte durchaus bei einigen Zurechnungsnormen festgestellt werden, insbesondere bei der Haftungszurechnung, vermehrt freilich auch im Bereich der digitalen Agenda der Europäischen Kommission.⁹⁹ Dann können Werte in Wege der historischen Auslegung einer Norm wirken. Freilich war dies im Spektrum der betrachteten Zurechnungsregeln die Ausnahme und ist der Gesetzgeber oftmals verlegen darum, seine Entscheidungen ausdrücklich an Werten zu orientieren, sowohl an ethischen, als insbesondere auch an ökonomischen. Denn in den allermeisten Fällen sind Gesetze das Ergebnis eines feingliedrigen, technischen und politischen Kompromisses zwischen Parlamentsfraktionen sowie zwischen Parlament und anderen Verfassungsorganen.¹⁰⁰ Damit wirken Werte häufig lediglich ganz implizit in den Gesetzen, und zwar als deren allgemeiner Rahmen und Geist – die Rede ist von Prinzipien der Rechtsordnung, deren Verortung zu den beinahe schon klassischen Übungen der Rechtsdogmatik gehört.¹⁰¹ Herrschend ist wohl nach wie vor das *Hegelsche* Verständnis von nichtkodifizierten Prinzipien als Konkretisierung von Natur- und philosophischem Recht im positiven Recht (vom *Begründenden* der Prinzi-

⁹⁷ Dazu *Denga/Pohle/Hölzel*, RW 2020, 420, 434 ff.

⁹⁸ Zu den exklusiven Wertungen des Datenschutzrechts vgl. oben Kapitel 3, C., III., 5.

⁹⁹ Siehe dazu in Kapitel 3, B., IV., 4.

¹⁰⁰ Zur Kompromissfunktion des Gesetzgebungsprozesses *Schulze-Fielitz*, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1988, S. 290.

¹⁰¹ Neben den sogleich Zitierten vgl. etwa *Englisch*, *Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel*, 2008, S. 7 ff., *Metzger*, *Extra Legem, intra ius*, 2009, S. 62 ff.

pien zum *Begründeten* der Einzelregelung).¹⁰² Prinzipien sind demnach als rechtsverbindliche Optimierungsgebote für außerrechtliche und rechtliche Werte zu verstehen und stehen im Kontrast zu Regeln. Diese Unterscheidung wurde im deutschen Privatrecht vor allem von *Esser* und *Canaris* ausdifferenziert,¹⁰³ für das öffentliche Recht zuvor schon von *Alexy*,¹⁰⁴ und international ist sie als *rules-standards conflict* bekannt und insbesondere von *Dworkin* ausgearbeitet.¹⁰⁵ Während Regeln eine eindeutige und zwingende Wenn-Dann-Struktur aufweisen, etwa das Verbot, bei Rot über die Straße zu gehen, sind Prinzipien weniger eindeutig, wie etwa das Gebot, bei blinkender gelber Ampel Vorsicht bei der Straßenquerung walten zu lassen. Prinzipien erfordern zur Ableitung einer bestimmten Rechtsfolge die auf die konkrete Fallfrage ausgerichtete Auslegung, denn sie indizieren lediglich die Ergebnisrichtung.

Obschon es keinen *numerus clausus* der Prinzipien und wohl auch keine abschließende Hierarchie gibt,¹⁰⁶ vielmehr mit fließenden Grenzen mehrere Begründungs- und Ableitungsstufen oder Ergänzungsverhältnisse vorzufinden sind,¹⁰⁷ ist im Kollisionsfall mit dem Ansatz von *Alexy* auch die Konfliktlösung vorgezeichnet. Prinzipien können nur eine situative Geltung beanspruchen – die mit der neutralen Methode der praktischen Konkordanz im Ausgleich determiniert werden kann.¹⁰⁸ Die Rolle von Prinzipien bei der Zurechnung ist damit, den Abwägungsvorgang zu rationalisieren und vorhersehbar zu machen, indem sie eine argumentative Feinjustierung gewährleisten. Es liegt

¹⁰² Dazu *Larenz*, unter Bezug auf Hegel, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, S. 50ff.; auch *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 50 und *Bydlinksi*, AcP 204 (2004), 309.

¹⁰³ *Esser*, Grundsatz und Norm, 4. Aufl. 1990, S. 39ff.; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 52ff.

¹⁰⁴ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 3. Aufl. 1996, S. 71 ff.; mit weiteren Präzisierungen zur Lehre *Alexys Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 76ff.; sowie mit Präzisierung zur Abwägungsfestigkeit der Menschenwürdegarantie zuletzt *Hong*, Abwägungsfähige Rechte. Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen, 2019, passim.

¹⁰⁵ *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977, 22ff.; s.a. *Schlag*, Rules and Standards, 33 UCLA L. Rev. 379 (1985), 381–83; *Casey/Niblett*, The Death of Rules and Standards 7–10 (Univ. of Chi. Coase-Sandor Inst for Law & Econ., Paper No. 738, 2015, 7–10); prägnant dazu *Riesenhuber*, ZfPW 2018, 352, 354f.; zur europarechtlichen Diskussion etwa *Adar/Sirena*, Principles vs Rules in the Emerging EU Contract Law, ERCL 2013, 9(1): 1–37, 9.

¹⁰⁶ Siehe aber bei *Englisch*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel, 2008, S. 34ff., das Konzept einer Rangunterteilung nach Wert- und (in Regeln konkretisierten) Strukturprinzipien; auf diesem Konzept baut etwa *Waldkirch* auf, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 123 ff.

¹⁰⁷ Bei *Dworkin* „dimension of weight“, Taking Rights Seriously, 1977, S. 26; *Alexy*, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 193.

¹⁰⁸ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 55, 76ff.; zum Konzept vgl. *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 26ff.; *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1950; *Wilburg*, AcP 163 (1963), S. 346.

nahe, hier konzeptionell von einem „*beweglichen System*“ mit Wechselwirkungen zwischen seinen Elementen auszugehen.¹⁰⁹

Dass in diesem Zusammenhang der Privat- und Verbandsautonomie im Grundsatz eine besondere Ordnungsfunktion als „*Anti-Prinzip*“ im Prinzipienpluralismus der Zurechnung zukommen kann, ist eine Kernthese dieser Arbeit. Die bisherige fragmentarische Betrachtung von Zurechnungsprinzipien soll durch einen übergreifenden Autonomiebezug ergänzt werden, um die möglicherweise bereichsspezifisch gebotenen Lösungen im Gesamtbild zu legitimieren – und gegebenenfalls in einer Abwägung zu korrigieren (dazu Kapitel 5).

b) Probleme des Prinzipien diskurses

Der Umgang mit unkodifizierten Prinzipien wirft freilich zahlreiche Fragen auf. Wegen ihrer Verborgenheit in einer tieferen Schicht des Rechts, die meist nur Juristen, und erst nach längerer Beschäftigung mit der jeweiligen Materie, zugänglich sind, sind Rechtsprinzipien nicht ohne Weiteres durch einen offenen Diskurs bestimmbar, wie es etwa *Habermas* vorschwebt. Prinzipien sind geradezu isoliert vom öffentlichen Diskurs, der sich bislang allenfalls nur auf das positive Recht bezieht, und auch das häufig nur in einer Fachöffentlichkeit und jedenfalls nicht auf seine innere, ja fast metaphysische Ordnung. Anders kann dies wohl gesehen werden, wenn man die nicht seltene öffentliche Diskussion um Verfassungswertungen als Diskussion um Prinzipien auch des einfachen Rechts begreift. Auch hier sind die Grenzen indes nur zu offenkundig – zur Frage der Unternehmensverantwortlichkeit etwa ist kein Wert unmittelbar offengelegt worden, wenngleich diese nur mittelbar aus den Grundrechts- und Staatszielvorgaben des Grundgesetzes sowie den übergeordneten Ordnungen des Europa- und Völkerrechts folgen kann, und zwar in einem differenzierten Zusammenspiel, das der breiteren Öffentlichkeit verschlossen bleibt.

Blendet man die soeben besprochene Frage nach der Legitimität der Auffindung von Rechtsprinzipien durch die Rechtswissenschaft aus, stellt sich die Folgefrage, mit welchen Maßstäben sie arbeitet: so wurde in dieser Arbeit ein *tour d’horizon* durch das positive Recht unternommen. Es wurden einige der wichtigsten Gebiete des Unternehmensrechts betrachtet – vom Sachenrecht über das geistige Eigentum bis hin zum EU-Wettbewerbsrecht. Damit wurden allerdings bei weitem nicht alle Rechtsgebiete betrachtet, insbesondere gar nicht über die Kategorie des Unternehmensrechts hinaus, und so stellt sich die Frage,

¹⁰⁹ Zu diesem Konzept vgl. *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 26 ff.; *ders.*, Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, 1950; *ders.*, AcP 163 (1963), S. 346; *Canaris*, Systemdenken und Systembildung in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 76 ff.; zuletzt *Paas*, Das bewegliche System, 2021, insbes. zu Wirklichkeitsbezügen S. 183 ff.; *Kelsen* lehnt gar die Möglichkeit, ein einheitliches Grundprinzip der Zurechnung aufzustellen, kategorisch ab, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 75.

ab welcher kritischen Masse von Betrachtungsmaterial die Destillation von Rechtsprinzipien zulässig sein kann. Die Prinzipienbildung durch Induktion aus dem Bestand positiven Rechts ist logisch nachvollziehbar, sie ist insbesondere geschärft worden durch *Flume*, der sich an einer Funktionsbestimmung zur Ordnung von Begriffen orientiert,¹¹⁰ und hat sich unter dem Begriff der Systematisierung oder Systembildung etabliert – öffentlich zugänglich sind die Methode und die darin vertretenen Dogmen, etwa das Trennungsprinzip oder der Verantwortungsgrundsatz, damit immer noch nicht. Die Verschanzung der Argumentation hinter einem Bollwerk der Rechtsdogmatik mag das Recht gegen politische Einflüsse in der Regel wirksam schützen, wenngleich, wie der Nationalsozialismus und der DDR-Staat es gezeigt haben, mit erheblichen Defiziten.¹¹¹ Gleichmaßen erfolgt auch eine Abschottung gegen einen öffentlichen Diskurs und Wandel, was zumindest demokratietheoretisch fraglich ist und im rechtswissenschaftlichen Diskurs weiterhin zu wenig Beachtung findet.¹¹²

Wesentliches methodisches Manko des Prinzipiendiskurses ist freilich auch, dass er die Entwicklungen im Europarecht allzu häufig ausblendet – abgesehen vom Diskurs um die allgemeinen Rechtsgrundsätze¹¹³ hat sich die Verwebung des Mehrebenensystem noch nicht in der nationalen Praxis durchgesetzt. Es kann vielmehr eine faktische *methodische* Trennung festgestellt werden, die exemplarisch am *juristischen* Trennungsprinzip des europäischen Kartell- und nationalen Haftungsrechts zu betrachten ist, welches materiell in immer weiterem Umfang vom Europarecht im Mehrebenensystem überformt wird. Zentrale Prinzipien der deutschen Zurechnungsdogmatik verblassen so auf dem Hintergrund der europarechtlichen Gebote.

C. Einwirkung des Europarechts auf die Zurechnungsdogmatik

Das Europarecht hält eigene Zurechnungslösungen bereit, die in einem komplexen Verhältnis zur nationalen Zurechnung stehen; im Grundsatz gilt im Mehr-

¹¹⁰ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft. Für eine funktionelle Analyse auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 482.

¹¹¹ Zur Rechtswissenschaft im NS-Staat etwa der Band von Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, 1992; Zur DDR der Band von Haferkamp/Thiessen/Waldhoff (Hrsg.), Deutsche Diktatorische Rechtsgeschichten, 2018, insbesondere der Beitrag von *Schröder*, S. 13 (zur Methodenlehre der DDR).

¹¹² Siehe hierzu freilich die Ansätze einer responsiven Rechtsdogmatik und einer „soziologischen Aufklärung des Rechts“, *Max Weber*, Rechtssoziologie, Neuwied, 1960, S. 334; vgl. mit diesem Ansatz bei der AGB-Kontrolle *Renner*, AcP 213 (2013), 677, 691 f., 695, mit Verweis auf *Hayek*, Ordo 26 (1975), 12; *Lubmann*, Soziologische Aufklärung, 1969; für eine responsive Rechtswissenschaft – *Grünberger*, AcP 218 (2018), 213 ff.

¹¹³ Hierzu maßgeblich *Metzger*, Extra legem, intra ius, 2009.

ebenensystem das Primat des Europarechts.¹¹⁴ Freilich wirkt sich dieses erst durch spezielle Zurechnungsentscheidungen des Europarechts aus, aus der eine Zurechnungsdogmatik im Mehrebenensystem zu entwickeln ist.

I. Das Mehrebenensystem des Europäischen Privatrechts

Kurz ist der institutionelle Rahmen des Europäischen Mehrebenensystems¹¹⁵ zu klären, insbesondere seine Auslegungsprinzipien, die auf die konkreten Zurechnungsvorschriften des Unionsrechts anwendbar sind.

1. Negative und positive Integration

Das Europarecht überformt das nationale Privatrecht, auch das Recht der Zurechnung. Zum einen kann sein Primat in Rechtsbeziehungen zwischen Privaten über das Primärrecht wirksam werden, dessen Vorschriften seit einem halben Jahrhundert unmittelbar und vorrangig wirken,¹¹⁶ dies auch in Bezug auf Private, wo die nationalen Normen des Privatrechts entsprechend auslegbar sind.¹¹⁷ Während das Primärrecht zu einer negativen Integration führt, indem es allein ein Unwirksamkeitsvotum gegenüber nationalen Rechtsakten, oder sogar gegenüber denen von Privatrechtssubjekten, abgeben kann, steht der Europäischen Union mit dem Sekundärrecht ein feineres Mittel zur positiven Integration zur Verfügung, mit welchem ein wechselbezüglicher und kohärenter Rechtsrahmen geschaffen werden kann.¹¹⁸ Die Europäische Union kann insbesondere auf der Kompetenzgrundlage der Binnenmarktverwirklichung aus Art. 114 AEUV das Privatrecht der Mitgliedstaaten gezielt angleichen. Dabei stehen nach Art. 288 AEUV insbesondere die Richtlinie und die Verordnung als Harmonisierungsmittel zur Verfügung. Die Richtlinie ist nach Art. 288 Abs. 3 AEUV „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die

¹¹⁴ Zu den derzeitigen politischen Verwerfungen im Kompetenzgefüge vgl. *Skouris*, EuR 2021, 3; *Gernert*, EuR 2021, 551; *Calliess*, NJW 2021, 2845.

¹¹⁵ Zur politikwissenschaftlichen Herkunft des Begriffs, *Marks/Hooge/Blank*, Journal of Common Market Studies, 34 (1996), 341, 346; *Scharpf*, Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1994, S. 475 ff.; zur Anwendung des Konzepts auf das Privatrecht, *Joerges*, The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective, ELJ 3 (1997), 378, 386 ff.; *Basedow*, in: Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 79, 92; *Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, S. 115 ff.

¹¹⁶ Zu den Urteilen in den Rs. Van Gent en Loos und Costa ENEL vgl. *Pernice*, EuZW 2013, 441.

¹¹⁷ Dazu *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 209 ff. (§ 8).

¹¹⁸ Dazu umfassend *M. Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 34.

Wahl der Form und der Mittel“. Damit entfalten Richtlinien gegenüber Privaten keine unmittelbaren Rechtswirkungen, weisen also den Privatrechtssubjekten selbst weder Rechte noch Pflichten zu, sondern erfordern die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten. Die in den Richtlinien vorgesehene Harmonisierung der nationalen Rechtsordnungen kann für ihren spezifischen Sachbereich mit verschiedener Intensität erfolgen, von Mindest- bis hin zur Vollharmonisierung, wobei die Regelungsintensität auch innerhalb derselben Richtlinie verschieden sein kann. Aufschluss über den Regelungsgehalt gibt die Richtlinie selbst, gegebenenfalls im Wege der Auslegung, zumal mithilfe ihrer Erwägungsgründe. Bei der Vollharmonisierung wird der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten auf null gesetzt, sie dürfen weder geringere noch höhere Standards setzen;¹¹⁹ hingegen geht es bei der Mindestharmonisierung um die Herstellung desselben Grundniveaus in den Mitgliedstaaten, das diese freilich positiv, im Sinne eines höheren Schutzniveaus, überschreiten dürfen. Diese Einwirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen, von den beiden Ebenen des Primär- und des Sekundärrechts, sind Grundlage für das Mehrebenensystem des Europarechts; es ist, wie in der Folge noch zu zeigen sein wird, nicht auf eine bloße Irritation der nationalen Rechte beschränkt, sondern fordert vielmehr einen Dialog der verschiedenen Ebenen – der im Bereich der Zurechnung noch nicht verwirklicht ist.

2. Allgemeine Funktionsgrundsätze des Europarechts

Maßgeblich für eine Analyse der Sekundärrechtsakte der EU und den Stand der Harmonisierung des Zurechnungsrechts sind zunächst allgemeine Rechtsprinzipien, die sich vor allem aus dem Loyalitätsprinzip in Art. 4 Abs. 3 EUV ableiten und für jede Auslegung maßgeblich sind. Sie sind als allgemeine Auslegungsmittel und Zielvorgaben des Europarechts Elemente eines allgemeinen Teils europäischer Methodenlehre.¹²⁰

a) *Effet utile*

Prominent ist dabei das Prinzip der praktischen Wirksamkeit („*effet utile*“). Ihm wird überragendes Gewicht bei der Anwendung des Europarechts zugeschrieben.¹²¹ Als anerkanntes völkerrechtliches Auslegungsprinzip impliziert

¹¹⁹ Eing. Riehm, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 83; Mittwoch, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, 2013, S. 5 ff.

¹²⁰ Dazu Riesenhuber, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, S. 285 ff. (§ 10); vgl. auch Vogenauer, ZEuP, 2005, 234; Ackermann, ZEuP 2018, 741; mit Überblick über Wirkung und die einzelnen erkennbaren Prinzipien des europäischen Privatrechts Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 185 ff., 234 ff. (zu den einzelnen Prinzipien).

¹²¹ Etwa Anweiler, Die Auslegungsmethoden des EuGH, 1997, S. 219–224; Höpfner/Rüthers, AcP 209 (2009), 1, 12.

es die dynamische, weite Auslegung von Satzungen internationaler Organisationen.¹²² Da damit die Zwecke der Organisation bei jeder Auslegung ihrer Rechtsakte mitberücksichtigt werden müssen, besteht letztendlich doch eine starke Nähe zur teleologischen Auslegung.¹²³ Für die EU ist Existenzvoraussetzung die einheitliche Anwendung ihrer Rechtsvorschriften, unabhängig von den Besonderheiten der nationalen Privatrechte;¹²⁴ damit wird insbesondere die nationale Zurechnungsdogmatik dort obsolet, wo der europäische Gesetzgeber eigene Regelungen aufstellt. So sind auch Primär- und Sekundärrecht der Union insgesamt stets dahingehend auszulegen, dass sie eine größtmögliche Wirksamkeit erfahren.¹²⁵ Für das Primärrecht hat der EuGH deshalb seinen Anwendungsvorrang und seine unmittelbare Wirkung anerkannt und das Unionsprimärrecht damit dem Stand allgemeinen Völkerrechts enthoben.¹²⁶ Dies gilt wie soeben gesagt auch in Bezug auf Private, wo die Norm des Primärrechts entsprechend auslegbar ist. Eng verbunden ist hiermit auch der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit, wonach alle Organe der Union und der Mitgliedstaaten sich so verhalten müssen, dass der Unionsrechtsordnung größtmögliche Wirksamkeit zukommt. Neben diesem allgemeinen Gehalt hat der Effektivitätsgrundsatz allerdings durchaus eine konkrete Verdichtung erhalten, hin zum Staatshaftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten insbesondere bei fehlerhafter Umsetzung von Richtlinien,¹²⁷ und neuerdings etwa auch durch wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche.¹²⁸ Sofern Rechtsakte Haftungsregelungen vorschreiben, deren konkrete Ausgestaltung stets den vollstreckenden Mitgliedstaaten vorbehalten bleibt, besteht sogar ein Grundsatz, wonach die nationale Implementation „abschreckende Wirkung“ haben muss, was privilegierende nationale Haftungsregeln ausschließen kann.¹²⁹

¹²² ICJ Urt. v. 9.4.1949, S. 24 – The Corfu Channel Case; PCIJ, Gutachten Nr. 13 vom 23.7.1926, Competence of the International Labour Organization to Regulate, Incidentally, the Personal Work of the Employer; *Potacs*, EuR 2009, 465.

¹²³ Vgl. Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht, Bd. I/3, 2002, S. 644 f. m. w. N. in Fn. 66.

¹²⁴ Zur Einheitlichkeit der Unionsrechtsanwendung etwa Schwarze/Becker/Hatje/Schoo/*Hatje*, 4. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 32 ff.

¹²⁵ EuGH Rs. C-9/70, Rn. 5 – Grad; Rs. C-48/75, Rn. 69/73 – Royer; *Potacs*, EuR 2009, 465, 467 ff.

¹²⁶ EuGH Rs. 26/62 – Van Gend en Loos; Rs. 6/64 – Costa/ENEL, dazu *Pernice*, EuZW 2013, 441; auch *Hatje/Schwarze*, EuR 2019, 153.

¹²⁷ EuGH Rs. C-6/90 und C-9/90, Rn. 32 f. – Francovich.

¹²⁸ EuGH Urt. v. 13.7.2006 – C-295/04 – C-298/04, Rn. 60 und 90 – Manfredi; v. 20.9.2001 – C-453/99, Rn. 26 f. – Courage Crehan.

¹²⁹ EuGH Rs. 177/88, Slg. 1990, I-3968 (3975) – Rn. 25; – Rs. C-180/95, Slg. 1997, I-2212 (2220) – Rn. 22.

b) Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatz

Dem *effet utile* steht der Effektivitätsgrundsatz („*principe d’effectivité*“)¹³⁰ sehr nahe und kann nicht immer klar von diesem abgegrenzt werden.¹³¹ Für die hier anzustellende materiell-rechtliche Analyse ist hervorzuheben, dass der Effektivitätsgrundsatz ursprünglich kein Auslegungsprinzip ist, sondern ein Verfahrensgrundsatz vor Behörden und Gerichten der Mitgliedstaaten. Er besagt, dass nationale Verfahrensvorschriften weder die Durchsetzung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machen noch übermäßig erschweren dürfen.¹³² Auch dieser Grundsatz findet seine Stütze im Gebot der Unionstreue (Art. 4 Abs. 3 EUV), für die Umsetzung von Richtlinien ist er spezifisch aus Art. 288 Abs. 3 AEUV zu entnehmen.¹³³ Nach dem Äquivalenzgrundsatz muss das Verfahren zur Durchsetzung von im Unionsrecht begründeten Rechten für den Einzelnen gleich günstig ausgestaltet sein wie dasjenige zur Durchsetzung vergleichbarer innerstaatlicher Rechte.¹³⁴ Maßgeblich für den Vergleich sind Gegenstand und Rechtsgrund der Rechte.¹³⁵ Aus dem Äquivalenzgrundsatz folgt allerdings weder die Verpflichtung zur günstigeren Behandlung von Vorgängen, die in den Anwendungsbereich eines Unionsrechtsakts fallen¹³⁶ noch eine Pflicht zur Angleichung verschiedener Arten innerstaatlicher Rechtsbehelfe.¹³⁷ Wie der Effektivitätsgrundsatz richtet sich der Äquivalenzgrundsatz an die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts mit eigenen Behörden und nach ihren eigenen Verfahrensrechten. Insbesondere die mitgliedstaatlichen Gerichte sind bei der Anwendung des Unionsrechts auf diese Grundsätze verpflichtet.¹³⁸ Hervorzuheben ist insbesondere, dass der Effektivitätsgrundsatz zunächst lediglich leere Hülle ist, damit als Argument im konkreten Streit *per se* nichtssagend, und stets mit spezifischen Inhalten, die sich aus dem Sekundär- oder materiellen Primärrecht ergeben, „belebt“ werden muss. Er ist damit, wie die Zurechnung auch, Vehikel besonderer, rechtsgebietsspezifischer Wertungen.

¹³⁰ Vgl. zB EuGH – C-310/09, Rn. 78 f. – Accor; – C-362/12, Rn. 33 ff. – Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation; v– C-147/01, Rn. 103 ff. – Weber’s Wine World ua; – C-295/04 – C-298/04, Rn. 71 – Manfredi; – C-453/99, Rn. 29 – Courage Crehan.

¹³¹ Vgl. etwa *Lenaerts/van Nuffel*, European Union Law, 2011, S. 1059: im Sachregister bei „Effective-ness“ Verweis auf „Effet utile“.

¹³² Vgl. zB EuGH Urt. v. 30.6.2011 – C-262/09, Ls. 3 und Rn. 56 ff. – Meilicke II; v. 14.7.1988 – C-123/87, Rn. 17 f. – Jeunehomme; v. 16.12.1976 – C-33/76, Rn. 5 – Rewe-Zentralfinanz.

¹³³ EuGH Urt. v. 10.4.1984 – C-14/83, Rn. 15 – von Colson und Kamann.

¹³⁴ EuGH Urt. v. 30.6.2011 – C-262/09, Rn. 55 – Meilicke II; v. 13.7.2006 – verb. Rs. C-295/04 bis C-298/04, Rn. 71 – Manfredi ua.

¹³⁵ EuGH Urt. v. 19.7.2012 – C-591/10, Rn. 31 – Littlewoods.

¹³⁶ EuGH Urt. v. 12.7.2012 – C-378/10, Rn. 54 – VALE.

¹³⁷ Vgl. etwa *Kokott* in: Kokott (Hrsg.) Das Steuerrecht der Europäischen Union, 1. Aufl. 2018, Rn. 69

¹³⁸ Verstöße führen zur Staatshaftung, vgl. EuGH C-224/01, Slg. 2003, I-10239 Rn. 30 ff. – Köbler; C-173/03, Slg. 2006, I-51077 Rn. 30 f. – Traghetti del Mediterraneo.

c) Fehlerregime der Richtlinienumsetzung

Die Einräumung des Umsetzungsspielraums bei der Harmonisierung durch Richtlinien ist Ausdruck des Vertrauens der Europäischen Union im Rahmen loyaler Zusammenarbeit sowie des Kompetenzgrundsatzes der Subsidiarität aus Art. 5 Abs. 3 EUV – die Mitgliedstaaten können gerade im Privatrecht am sachnächsten entscheiden, wie sich die Regelungsziele der Richtlinie organisch in ihre historisch gewachsene Rechtsordnung einfügen.¹³⁹ Bei der Verordnung haben sie gerade nicht diese Freiheit, sie wirkt unmittelbar, Art. 288 Abs. 2 AEUV, auch gegenüber Privatrechtssubjekten.¹⁴⁰ Das Vertrauen in die nach den vorgenannten Maßstäben richtige Umsetzung durch die Mitgliedstaaten ist allerdings flankiert von einem Fehlerregime – so können zwar gerade im Bereich des Privatrechts Richtlinien nicht unmittelbar wirken, da ansonsten das schützenswerte Vertrauen der Privatrechtssubjekte in den Bestand der eigenen Rechtsordnung ausgehöhlt wäre;¹⁴¹ allerdings können faktisch ganz vergleichbare Ergebnisse zur unmittelbaren Wirksamkeit von Richtlinien zwischen Privaten im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung erzielt werden,¹⁴² die sogar den Wortlaut nationaler Gesetze überspielen darf, freilich nie gegen den ausdrücklichen Willen des nationalen Gesetzgebers (keine Auslegung contra legem).¹⁴³ Eine weitere Verschleifung mit der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien ist in der weiten Wirkung allgemeiner Rechtsgrundsätze und von Grundfreiheiten zu sehen.¹⁴⁴ Helfen diese Instrumente nicht weiter, bleibt dem durch ein Umsetzungsdefizit Geschädigten nur der steinige Weg über die europarechtliche Staatshaftung, die auch qualifiziertes legislatives Unrecht durch Unterlassen erfasst.¹⁴⁵

¹³⁹ „Wahlfreiheit hinsichtlich Form und Mittel“ von der Groeben/Schwarze/Hatje/Geismann, 7. Aufl. 2015, Art. 288 Rn. 44; etwa Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 85 ff.

¹⁴⁰ Calliess/Ruffert/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 16 ff.

¹⁴¹ EuGH Rs. C-91/92, Slg. 1994, I-3325, Rn. 22 ff. – Facini Dori; vgl. auch Calliess/Ruffert/Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 57 ff.; Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 89 ff.

¹⁴² Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 123 ff.; kritisch etwa Gas, EuZW 2005, 737; Herrmann, EuZW 2006, 69; für einen eigenständigen Gehalt der richtlinienkonformen Auslegung hingegen Jarass, EuR 1991, 211, 222; Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288, Rn 81 (m. w. N.).

¹⁴³ EuGH – Adelenor, Rs. 212/04 – Slg 2006, I-6057, Rn 110; EuGH – Impact, Rs. C-268/06 – Slg 2008, I-2483, Rn 100; Jarass, EuR 1991, 211, 222; Streinz/Schroeder, Art. 288, Rn 128.

¹⁴⁴ Dazu die Rechtssachen EuGH, Rs. C-144/04 – Mangold; ECLI:EU:C:2005:709, Slg. 2005, I-9981, Rn. 75; Rs. C-555/07 – Küçükdeveci, ECLI:EU:C:2010:21, Slg. 2010, I-365, Rn. 51; Seifert, EuR 2010, 802; auch EuGH, Verb. Rs. C-397–403/01, Slg. 2004, I-8835, Rn. 110 ff. – Pfeiffer.

¹⁴⁵ EuGH verb. Rs. C-6 und C-9/90, Francovich und Bonifaci, EuGH-Slg. 1991, I-5357.

II. Spezifische Zurechnungsregeln des Europarechts

1. Vorrang europäischer Zurechnungsregeln in Sondergebieten

Zentrale Gebiete des Unternehmensrechts, insbesondere das Wettbewerbs- sowie Datenschutzrecht sowie schon längst das Kapitalmarktrecht, sind geprägt von einer Zurückdrängung nationaler Zurechnungsregeln.¹⁴⁶ Wo der sachliche wie räumliche Anwendungsbereich unionsrechtlicher Zurechnungsregelungen eröffnet ist, muss die nationale Zurechnungsdogmatik weichen. Der Raum des Vorrangs europäischer Zurechnungsregeln dürfte angesichts der weit interpretierten Binnenmarktkompetenz der EU aus Art. 114 AEUV sowie weiterer Spezialkompetenzen perspektivisch weiter in Umfang und Tiefe anwachsen.¹⁴⁷ Gleichwohl dürften in Kerngebieten des nationalen Privatrechts, vom Recht der Willenserklärungen bis hin zum Sachenrecht, die nationalen Zurechnungswertungen als nationale Zuständigkeiten erhalten bleiben; die vorgenannten Funktionsgrundsätze des europäischen Mehrebenensystems, Dichte und Gewicht der europäischen Vorgaben für die nationalen Privatrechte, auch für deren Kernkompetenzen, im Zusammenspiel mit den nationalen Systemen, sind solange nur leere Hülsen, wie sie nicht mit spezifischen Wertungen europarechtlicher Normen aufgefüllt werden, denen sie dann zu Wirksamkeit und Geltung verhelfen können. Dies gilt auch für die Zurechnungsentscheidungen der spezifischen Normen des europäischen Primär- und Sekundärrechts, die nach ihrer Besprechung in Teil 2 dieser Arbeit hier im Überblick zu erörtern sind. Dabei zeigte sich bereits, dass die europäischen Zurechnungswertungen nicht lediglich punktuell, bei einzelnen Rechtsproblemen, einwirken, sondern in der Bugwelle der sie tragenden Rechtsakte ganze Lebens- und Unternehmensbereiche prägen. Für sich genommen mag dabei eine einzelne Zurechnungsentscheidung des europäischen Gesetzgebers nicht gravierend erscheinen, bei Gesamtschau der Rechtsakte ergibt sich freilich ein erheblicher Umfang der Zurechnungsregelungen, was die im Folgeabschnitt III. zu beantwortende Frage nach Systembildung aufwirft.

2. Zurückdrängung des Trennungsprinzips

Das Europäische Gesellschaftsrecht ist fragmentarisch, allerdings wie das gesamte europäische Sekundärrecht nicht unsystematisch.¹⁴⁸ Auch Zurechnungsfragen wie sie für diese Arbeit relevant sind, im Sinne von Zuweisung von Rech-

¹⁴⁶ Siehe dazu insbesondere die „konzernrechtliche Konsolidierung“, Kapitel 3, C., III.

¹⁴⁷ Zur extensiven Auslegung von Art. 114 AEUV kritisch *Herrmann* in: Schroeder (Hrsg.), 8. Österreichischer Europarechtstag, 2008, S. 141, 147ff.; *Möstl*, EuR 2002, 318, 334ff.; *Brenncke*, EuZW 2009, 247.

¹⁴⁸ Dazu *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 1, insbes. IV (Ordnungskriterien); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 4.

ten und Pflichten zwischen alternativen Rechtsträgern, finden dort ihren Platz, und das sogar recht prominent. Zum einen relativiert das Regime über Related Party Transactions die Separierung von Rechtsträgern, hin zu einer wirtschaftlichen Betrachtung für die Frage der Zulässigkeit von Unternehmensgeschäften.¹⁴⁹ Vergleichbare Wertungen finden sich in der Übernahmerichtlinie, welche ihr Regime der Meldepflichten und Pflichtangebote nicht an die Beteiligungsquoten von Rechtsträgern, sondern wirtschaftlicher Einheiten knüpft.¹⁵⁰ Die wirtschaftliche Einheitsbetrachtung ist freilich insbesondere maßgeblich beim wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff, der zur Haftung von Müttern und Schwestern von Unternehmen führt,¹⁵¹ sofern diese beherrscht werden. Hierin ist wegen des breiten Anwendungsbereichs des europäischen Wettbewerbsrechts wohl die gewichtigste Europäische Zurechnungsregel zu sehen, die durch die Übernahme des wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs durch das Datenschutzrecht sogar noch an Bedeutung gewinnt.¹⁵² Damit gerät das in Deutschland stark verfochtene Trennungsprinzip von Rechtsträgern weit in die Defensive. Dieser Befund setzt sich für die Lebensader des Binnenmarkts, den Kapitalmarkt, fort. Dort führen die international vorgegebenen Eigenkapitalvorgaben zu konzernübergreifenden Compliance- und korrespondierenden Führungspflichten.¹⁵³ Nimmt man die drei Regelungssprengel Wettbewerb, Datenschutz und Kapitalmarkt zusammen, so ergibt sich in der Gesamtschau eine Querschnittsmasse von erheblichem Umfang, der sich kaum je ein Unternehmen insgesamt entziehen kann, zumal wegen des sehr weiten Anwendungsbereichs des Datenschutzrechts.¹⁵⁴ Damit dürfte es für viele Unternehmen keinen Sinn machen, getrennte Compliance-Systeme einzuführen, eines für den Konzern hinsichtlich der konzernweit relevanten Themen, ein anderes für den separaten Rechtsträger – doppelte Aufsichtsstrukturen mit unklaren Zuständigkeitsabgrenzungen scheinen wenig praktikabel.

3. Ausweitung der Haftung für Personal und Dritte

Neben der wirtschaftlichen Einheitsbetrachtung auf Unternehmensebene, die das konzernrechtliche Trennungsprinzip betrifft, drängen die europäischen Verantwortungsregeln auch die sehr beschränkte Zurechnung für die Personalfahrt unter deutschem Recht zurück. Im Wettbewerbsrecht, freilich auch im Datenschutzrecht, werden die beschränkten Konzepte von § 31, 278, 831 BGB,

¹⁴⁹ Kapitel 3., C., III., 3.

¹⁵⁰ Kapitel 3., C., III., 4.

¹⁵¹ Kapitel 3., C., III., 2.

¹⁵² Kapitel 3., C., III., 5.

¹⁵³ Kapitel 3., D., IV.

¹⁵⁴ Vgl. Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman/Roßnagel, 1. Aufl. 2019, Art. 2 DSGVO Rn. 13 (m. w. N.)

freilich auch von §§ 9, 130 OWiG, zu Gunsten des *effet utile* europäischer Normen überlagert. Ohne den Umweg über eigene Sorgfaltspflichtverletzungen des Unternehmensträgers wird diesem jedes Fehlverhalten seines Personals zugerechnet, welches etwa „auf seine Rechnung“ erfolgt ist, wie unter Art. 12 Abs. 4 MAR für Marktmanipulationen. Für Datenschutzverstöße von Mitarbeitern nimmt der EuGH lediglich enge Ausnahmen von der grundsätzlichen Zurechnung an, etwa in Fällen privater Datennutzung.

In diesem Kontext ist auch die kopernikanische Wende der – von Anfang an europarechtlich determinierten – Plattformhaftung für Inhalte einzuordnen, da diese nun gänzlich losgelöst von einer Unternehmenszugehörigkeit Dritter gilt: das Intermediärsprivileg mit seinem Notice-and-Take-Down-Regime wurde zuletzt durch eine spezifische Inhalteverantwortlichkeit substituiert, im Bereich des Urheberrechts mit dem Erfordernis einer Exkulpation unter Art. 17 der DSM-Richtlinie, im Bereich der Persönlichkeitsrechte mit speziellen Moderationspflichten, die sich an Grundrechten orientieren.¹⁵⁵ Diese spielen auch eine große Rolle bei der Begründung von Rechtspflichten, zuletzt insbesondere in den Entwürfen für einen Digital Services Act und einen Artificial Intelligence Act.¹⁵⁶

Auch für Fragen der Wissenszurechnung geht der Europäische Gesetzgeber eigene Wege, etwa in Form der Wissensorganisationspflicht bei der Ad-hoc-Publizität;¹⁵⁷ es scheint sich herauszukristallisieren, dass Wissenszurechnung dort ohne weiteres als Wissenszusammenrechnung funktioniert.

Markant ist auch das Schweigen des EuGH zu Zurechnungsfragen bei der Prüfung von Grundfreiheitenverstößen durch private Rechtsträger – hier wird in keinem bekannten Fall geprüft, ob das streitgegenständliche Handeln zuzurechnen sei, sondern werden die betreffenden Unternehmen personifiziert und ist nur die Rede von ihrem Eigenhandeln.¹⁵⁸ Eine Erklärung für das Schweigen des EuGH mag darin liegen, dass er nur die ihm unterbreiteten Fakten prüft und daher eine Vorselektion durch nationale Gerichte erfolgt; es spricht in Anbetracht des Vorgesagten freilich vieles dafür, dass der EuGH implizit davon ausgeht, dass der *effet utile* einer Unzurechenbarkeit von Akten, die aus dem

¹⁵⁵ Dazu Kapitel 3., B., IV., 6.

¹⁵⁶ DSA: Europäische Kommission, KOM (2020) 825 endg; dazu *Denga*, EuR 2021, 569 (m. w. N.). AIA: Europäische Kommission, COM(2021) 206 final; *Spindler*, CR 2021, 361; *Grützmacher*, CR 2021, 433.

¹⁵⁷ Kapitel „D., III., 3.

¹⁵⁸ Keine Angaben dazu etwa in der Rechtsprechungslinie zur horizontalen Wirkung der Grundfreiheiten, EuGH, Rs. C-36/74 (Walrave), ECLI:EU:C:1974:140, Slg. 1974, 01405; Rs. C-13/76 (Doná), ECLI:EU:C:1976:115, Slg. 1976, 1333; Rs. C-415/93 (Bosman), ECLI:EU:C:1995:463, Slg. 1995, I-4921; Rs. C-176/96 (Lehtonen), ECLI:EU:C:2000:201, Slg. 2000, I-02681; Rs. 90/76 (van Ameyde), ECLI:EU:C:1977:101, Slg. 1977, 01091; Rs. C-281/98 (Angonese), ECLI:EU:C:2000:296, Slg. 2000, I-4139; Rs. C-171/11 (Fra.bo SpA/DVGW), ECLI:EU:C:2012:453.

Verantwortungskreis eines privaten Unternehmens stammen, entgegensteht, dass also eine strikte Haftung besteht.

III. Zurechnungsdogmatik im Mehrebenensystem

Die vorgenannten europäischen Zurechnungsregeln wirken wie grobe Irritationen des deutschen Zurechnungsverständnisses, insbesondere des Trennungsprinzips, und scheinen die aufgefundenen nationalen Zurechnungswertungen platt zu überlagern. Der für das nationale Zurechnungsrecht unternommene Systematisierungsversuch muss daher unter Einbeziehung der europäischen Ebene fortgesetzt werden; in Frage steht insbesondere die Übertragbarkeit der soeben aufgezeigten Zurechnungsregeln auf andere Gebiete als die ausdrücklich geregelten und eine harmonischere Auflösung der Konflikte mit dem nationalen Zurechnungsrecht.

1. Systematische Auslegung im Europarecht

a) „Inter-Instrumental-Interpretation“

Das Sekundärrecht der EU erscheint zu oft inkohärent und einer Systematisierung gar völlig entgegengesetzt. So legen auch einige Ausarbeitungen zur Europäischen Methodenlehre den Fokus vollständig auf die Auslegungsmethoden von Wortlaut und Telos – systematische Erwägungen finden indes immer noch wenig Anklang.¹⁵⁹ Hier wird oft eingewandt, dass gerade im Privatrecht kein System hinter der Harmonisierung erkennbar sei.¹⁶⁰ Mit *Grundmann* ist jedoch davon auszugehen, dass Rechtssätze des Europarechts, und zwar sowohl des Primär- als auch des Sekundärrechts, im Rahmen einer „Inter-Instrumental-Interpretation“ systematisierbar sind.¹⁶¹ Dabei muss im Kern davon ausgegangen werden, dass ein kohärentes System europäischen Privatrechts nicht allein vom Gesetzgeber geschaffen wird, sondern insbesondere auch von der Judikative sowie der Rechtswissenschaft in Assistentenfunktion. Der Judikative kommt eine umfassende Kompetenz zu, mit der sie aktiv System schaffen soll und dies insbesondere auch explizit, indem sie die wahrhaft tragenden Punkte ihrer Urteile

¹⁵⁹ So tendenziell *Langenbacher*, in: dies. (Hrsg.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl. 2008, S. 1, 5 f.; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 12; siehe allerdings umfassend *Riesenhuber* in: ders. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 11; so auch *Pechstein/Drechsler*, *ibid.* Rn. 22 f.

¹⁶⁰ Zumal wegen der gescheiterten Verordnung über ein Gemeineuropäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg.; zu dieser kritisch *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40; siehe allerdings, mit großem didaktischen Wert, die Aufsatzreihe von *Stürner* in JURA 2016, 113; 2017, 26; 394; 777; 1163; 2018, 35.

¹⁶¹ *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882; für eine Prinzipienbildung im europäischen Vertragsrecht auch *Adar/Sirena*, ERCL 2013; 9(1): , 1–37, 9; vgl. auch *Hacker*, *Datenprivatrecht*, 2020, S. 333 ff.

aufzeigt und sich nicht hinter dem normativen Feigenblatt eines engen Auslegungskanons versteckt. System entsteht im europäischen Recht, ganz wie im deutschen Recht, durch Gesamtschau mehrerer Rechtsakte, im Wege der Induktion.¹⁶²

Die Auslegung der europäischen Privatrechtsakte geht zunächst allgemein von den besonderen Grundsätzen der Autonomie und Einheitlichkeit aus. Die einheitliche und autonome Auslegung hat in allen Fällen Vorrang, in denen hinreichend Rechtsmaterial auf EU-Ebene vorhanden ist; dann bleibt der Rückgriff auf eine oder mehrere nationale Rechtsordnungen verwehrt. Die einheitliche und autonome Auslegung gewährleistet, gemeinsam mit dem oben erläuterten Funktionsgrundsatz des *effet utile*,¹⁶³ die Wirksamkeit der Harmonisierungsziele des Sekundärrechts.¹⁶⁴ Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht ist allerdings nicht auf Subordination und Exklusivität beschränkbar. Zwar kann dort keine erweiternde Auslegung und Anwendung des Europarechts erfolgen, wo nicht harmonisiert werden soll oder kann.¹⁶⁵ Allerdings verhalten sich die Rechtsquellen des Mehrebenensystems auch über diesen negativen Vorbehalt hinaus in Wechselwirkung zueinander, in dynamischem „Zusammenspiel“.¹⁶⁶ Raum bleibt für nationale Auslegungsgrundsätze und -ergebnisse nämlich insoweit, als sie konstitutiv für die Herausbildung allgemeiner Rechtsgrundsätze wirken, die wiederum als Primärrecht die Auslegung von Sekundärrecht leiten.¹⁶⁷ Dabei bleiben die nationalen Auslegungen als Inspirationsquelle für den europäischen Diskurs maßgeblich und werden insbesondere an ihrer Konsistenz gemessen.¹⁶⁸ Auch neben den „großen“ allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann sich das nationale Recht auswirken, indem es einheitliches Unionsrecht erst herausbildet, wie im Beispiel der Amtshaftung,¹⁶⁹ oder indem es eine Fallgruppe determiniert, wie für den Rechtsmissbrauch geschehen.¹⁷⁰

¹⁶² Zur Induktionsmethode vgl. bereits die Nachweise in Kapitel 4, B., II., 1., a.

¹⁶³ Dazu Kapitel 4., C., I., 2., a.

¹⁶⁴ Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529; Pechstein/Drechsler in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 4 ff.; Riesenhuber in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 11, S. 327 ff. Vgl. etwa: EuGH 27.1. 2005 – Rs. C-188/03 (Junk), Slg. 2005, I-885 (Rn. 27–30); 18.1. 1984 – Rs. 327/82 (Ekro), Slg. 1984, 107 (Rn. 11); 14.1. 1982 – Rs. 64/81 (Corman ./ Hauptzollamt Gronau), Slg. 1982, 13 (24) sowie 21.5. 1963 – Rs. 75/63 (Unger), Slg. 1964, 379 (395).

¹⁶⁵ Grundmann, RabelsZ 75 (2011), 882, 911.

¹⁶⁶ Grundmann, RabelsZ 75 (2011), 882, 903.

¹⁶⁷ Dazu Metzger, Extra legem, intra ius, 2009, S. 414 ff.

¹⁶⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 561, Kapitel 3; Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 533 f.

¹⁶⁹ Vgl. EuGH 25.5. 1978 – verb. Rs. 83, 94/76 und 4, 15, 40/77 (HNL), Slg. 1978, 1209 (Rn. 5); ausführlich Anweiler, Die Auslegungsmethoden des EuGH, 1997, S. 333 ff.

¹⁷⁰ Grundmann, RabelsZ 75 (2011), 882, 912 f.

b) Anwendung des Mehrebenensystems

Systematische Auslegung im europäischen Primärrecht stützt sich natürlich auch auf die Binnensystematik einzelner Rechtsakte, die rechtsaktinterne Auslegung ist nicht zu vernachlässigen und muss einem besonders strengen Kohärenzgebot genügen. Sie war insbesondere bei der Liberalisierung des Binnenmarkts durch die Grundfreiheiten allgemein sowie den spezifischen Fragen ihrer Konvergenz und Wirkung zwischen Privaten maßgeblich. *Grundmann* spricht hier von einer „*kelsenianischen*“ Phase der systematischen Interpretation, die jeweils von Grundnormen, Ausgestaltungen und eng zu führenden Ausnahmen bestimmt wird.¹⁷¹

Systematische Auslegung im Europarecht findet natürlich auch zwischen Rechtsakten gleichen Ranges statt, wobei drei Grundsätze gelten: gleiche Begriffe müssen grundsätzlich gleich ausgelegt werden; die Rechtsakte müssen allesamt einen genuinen Anwendungsbereich behalten; Einzelregelungsgehalte sind zwischen Rechtsakten mit parallelen Wertungen übertragbar.¹⁷² Die Rechtssache *Sturgeon* hält hier das wesentliche Diktum bereit: „Jeder Gemeinschaftsrechtsakt ist insoweit im Einklang mit dem gesamten Primärrecht auszulegen, darunter auch mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung, der verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte[, Annullierung und sehr lange Verspätungen,] nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.“¹⁷³ Insoweit ist Rechtsfortbildung nicht auf den spezifischen Anwendungsbereich der in Frage stehenden EU-Norm begrenzt.¹⁷⁴ Ist die Interessenlage, die durch verschiedene Rechtsakte des Sekundärrechts oder Primärrechtsvorschriften geregelt wird, vergleichbar, wofür insbesondere eine Prüfung am jeweiligen Telos maßgeblich ist, so ist eine Wertungsübertragung geboten.

Bezugspunkt muss im Kontext der hiesigen Analyse das Europarecht insgesamt sein, obwohl es vielfach öffentlich-rechtlich determiniert ist – freilich ist im Bereich der Verträge der EU, also des Primärrechts, die Systembildung bereits in der Frühphase der EU treibende Kraft und wesentliches Interpretationsinstrument.¹⁷⁵ So ist denn auch die primärrechtskonforme Auslegung des Sekundärrechts vielfach einzig und zentral genannter Ansatz einer systematischen Auslegung des Europarechts. Ihr kommt fraglos eine tragende Rolle zu, die eine rein teleologische Dimension insbesondere bei unbestimmten Primärrechtsnormen wie der der EU-Grundrechte und Grundfreiheiten, bei Weitem über-

¹⁷¹ *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 889 f.

¹⁷² *Riesenhuber* in: ders. (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre*, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 22 ff.; *Neuner*, *ibid.*, § 12 Rn. 32 ff.; *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 894 f.

¹⁷³ EuGH, Slg. 2009, I-10954 – *Sturgeon*.

¹⁷⁴ So allerdings wohl *Grigoleit*, *AcP* 210 (2010), 354, 388 ff., 394 f.

¹⁷⁵ M.w.N. *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011) 882, 886 f.

steigt.¹⁷⁶ Maßgeblich für die Relation zwischen Primär- und Sekundärrecht sind Rechtsprinzipien. Rechtsprinzipien müssen nicht zwingend primärrechtlichen Charakter haben, sondern können durchaus auch rechtsgebietspezifisch wirken.¹⁷⁷ Die meisten bekannten Rechtsprinzipien haben jedoch gerade Primärrechtsrang, wie etwa bedeutsame Fälle der Nichtdiskriminierung¹⁷⁸ und der Grundrechte zeigen.¹⁷⁹ Kommen Rechtsprinzipien zur Anwendung, handelt es sich immanent um eine systematische Auslegung.

Zentral für die hiesige Problematik ist die Relation zwischen nationalem und Europarecht; die Funktionsprinzipien, allen voran der *effet utile*, wurden schon benannt, sie legen jedoch allein ein hierarchisches Konzept vor, kein systematisches. Die Möglichkeit einer systematischen Auslegung zwischen Rechtsakten mehrerer Gesetzgeber ist denn auch überhaupt nicht selbstverständlich. So ist der Wille zur Kohärenz bereits in einer einzigen Rechtsordnung von diversen zeitlichen und personellen Einheitsfiktionen geprägt.¹⁸⁰ Nationales Privatrecht und Europarecht stehen nach dem oben Gesagten allerdings durch die negative wie positive Integrationswirkung in enger, mehrdimensionaler Wechselbeziehung. Nach richtiger, von *Jayme* vorgeprägter Auffassung obliegt es dem Richter, zwischen disparaten Rechtsnormen verschiedenen Ursprungs Verbindungen herzustellen und in den „Dialog der Rechtsquellen“ zu treten¹⁸¹ – wenn er zu ihrer Anwendung *gleichermaßen* verpflichtet ist, bleibt ihm schlicht nichts anderes übrig, als dies konsistent zu tun und aus dem Diskurs eine Synthese unter logischen und wertungshierarchischen Gesichtspunkten zu ziehen. Im Sinne eines sachnäheren Wissens ist der Richter hier gegenüber dem Gesetzgeber berechtigt und sachlich legitimiert.¹⁸² Die Wissenschaft muss hierbei unterstützen, denn im Einzelfall kann der Richter angesichts der zu bewältigenden Aktenlage von der Aufgabe umsichtiger Systembildung überfordert sein. Für das Recht der Zurechnung heißt das, in den spezifischen Zurechnungswer-

¹⁷⁶ *Leibl/Domröse* in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 8 Rn. 3 ff.; *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 894 f.

¹⁷⁷ Etwa der aktienrechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz, EuGH Rs. C-101/08 – *Audiolux*; mit einem Überblick zu den spezifisch im europäischen Privatrecht wirkenden Rechtsprinzipien, *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 234 ff.

¹⁷⁸ EuGH Rs. C-144/04, Rn. 75 – *Mangold*; Rs. C-555/07, Rn. 51 – *Kücükdevici*; aus dem Schrifttum: *Basedow*, FS Hopt, 2010, S. 27–46; *Schön*, *ibid.*, S. 1347–1362; *Möslein*, EWS 2009, 1; mit Gegenbeispielen: *Grundmann* *RabelsZ* 75 (2011), 882, 899 f. und dazu auch nochmals die Prinzipienenumeration bei *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht*, 5. Aufl. 2020, Rn. 234 ff.

¹⁷⁹ Dies ist besonders bedeutsam auch für die Frage der horizontalen Wirkung der EU-Grundrechte, dazu *Denga*, *EuR* 2021, 569, 584 ff.

¹⁸⁰ Vgl. *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 906.

¹⁸¹ *Jayme/Kohler*, *IPRax* 1995, 343–354; *Jayme*, Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur, in: ders., *Gesammelte Schriften I: Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht*, 1999, S. 140 ff., 150 ff.; *Hesselink*, *Eur. L. J.* 15 (2009) 20, 36 ff.; *Kennedy*, *A Critique of Adjudication*, 1997, S. 15, 215 ff.

¹⁸² *Auweiler*, *Die Auslegungsmethoden des EuGH*, 1997, S. 30 ff.; auch mit Analogie zur Auslegung bei komplexen Verträgen, *Grundmann*, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 906.

tungen des Europarechts mehr als bloß platte Irritationen des nationalen Rechts zu erkennen, und die Übertragung der essentiellen Zurechnungsfiguren mit Modellcharakter, wie etwa Art. 9 MAR, mit seiner Grundsatzentscheidung der Wissenszurechnung und Enthaltungsmöglichkeit bei Einführung eines Compliance-Systems¹⁸³ auf andere Regelungssprengel vorzubereiten.

2. Risiko der Politisierung

Bei allen rechtstheoretischen Mahnungen zum Intraebenen-Diskurs birgt das geltende Primat einer hierarchischen europäischen Zurechnungsdogmatik die Gefahr, dass die organisch gewachsenen nationalen Zurechnungssysteme Opfer einer durchgreifenden Politisierung „von oben“ werden. Die Regulierungsziele sowohl des EU-Primär- als auch Sekundärrechts sind historisch stets Instrumente zur Verwirklichung der politischen Grundgedanken gewesen, die die Europäische Union zunächst als Marktgemeinschaft,¹⁸⁴ zuletzt auch als Werte- und Solidargemeinschaft kennzeichnen.¹⁸⁵ Insbesondere die Gesetzgebung im Bereich des digitalen Binnenmarktes ist von einer starken unternehmenspolitischen Ausrichtung geprägt, nicht zuletzt sucht die EU hier in Anbetracht der Dominanz US-amerikanischer Unternehmen nach der Rückgewinnung einer „Digitalen Souveränität“.¹⁸⁶ Die Entwicklung der Plattformhaftung, vom Intermediärs-privileg, hin zur grundsätzlichen Intermediärhaftung,¹⁸⁷ freilich auch die Einführung der DSGVO stehen dafür paradigmatisch. Prägendes Leitmotiv der europäischen Unternehmensregulierung sind mehr als die Einhaltung dogmatischer oder systematischer Feinheiten die Bewältigung privater wirtschaftlicher Macht;¹⁸⁸ daher wundert es nicht, dass mit nationalen Begebenheiten, wie dem Trennungsprinzip, bisweilen nonchalant gebrochen wird.

Für eine Systembildung der Zurechnung im Mehrebenensystem sind daher die Zurechnungswertungen des Europarechts umso wichtiger; die Frage nach den Wertungsklassen Ethik und Privatautonomie finden sich eher selten, wenngleich mit gewichtigen Ausnahmen etwa in der CSR- und Verbraucherrecht-richtlinie, in den Begründungen der Sekundärrechtsakte; hingegen regelmäßig stark hervorgehoben sind die Funktionalität des Binnenmarktes und die Durchsetzung eigener rechtspolitischer Wertungen, im Kapitalmarktrecht auch öko-

¹⁸³ Kapitel 3., D., III., 2., b.

¹⁸⁴ Etwa Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, § 2.

¹⁸⁵ Callies, JZ 2004, 1033; Schorkopf, EuR 2016, 147.

¹⁸⁶ Dazu etwa Peuker, Verfassungswandel durch Digitalisierung, 2020, insbes. Kapitel 3 und 4. Aus politikwissenschaftlicher Sicht Thiel in: Hofmann u. a. (Hrsg.): Zentrale Problemfelder und Forschungsperspektiven. Politik in der digitalen Gesellschaft, Bd. 1., 2019, S. 47–60. Am Beispiel des Digital Services Act, Dengä, EuR 2021, 569.

¹⁸⁷ Kapitel 3., B., IV.

¹⁸⁸ Dazu umfassend der Band von Möslin, Private Macht, 2015, insbesondere der Beitrag von Mestmäcker, S. 25 ff.

nomischer Theorien, freilich bereichsweise mit schwindender Intensität, wie etwa im Bankenaufsichtsrecht die Aufweichung des *Shareholder Value*-Ansatzes zeigt.¹⁸⁹

Trotz des Effektivitätsparadigmas im europäischen Recht müssen die allgemeineren, pluralistischen Werte der EU nicht zum Opfer fallen.¹⁹⁰ Denn nicht nur die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bieten Privaten und Unternehmen gesicherte Rechtspositionen, sondern selbstredend auch die EU-Rechtsordnung. Wie oben schon deutlich gemacht, ist der *effet utile per se* ein leeres Vehikel, das von allen Seiten normativ aufgeladen werden kann – ganz wie die Zurechnung selbst, nach dem *kelsenianischen* Verständnis. Ein wesentlicher Faktor bei der Zurechnung im Europarecht sind damit die Grundwerte der Union: als Prinzipien übersetzt die Grundrechte, und binnenmarktspezifisch die Grundfreiheiten. Sie sind primärrechtliche Messlatte für das harmonisierende Sekundärrecht. Damit ist freilich eine Verbindungsbrücke zur Messung der nationalen Zurechnungsdogmatik geschlagen. Denn diese dreht sich wesentlich um die Privat- und Organisationsautonomie als Antiprinzip exogener Zurechnung; wie im nationalen Recht stellt Zurechnung im Europarecht ein Legitimitätsproblem dar, welches sich mit einem an die Grundrechtsdogmatik angelehnten Legitimitätsfilter beherrschen lässt.

¹⁸⁹ Insbesondere durch einen Paradigmenwechsel nach der Finanzkrise mittels des CRD-IV-Regimes, vgl. *Binder*, ZGR 2013, 760–801; *Grundmann*, EBOR 16 (2015), 357–382 (370–372); *Renner*, Bankkonzernrecht, 2019, S. 262–272; *Saunders*, 3 *Journal of Financial Perspectives* 4–12 (2015), 4–12.

¹⁹⁰ Vgl. etwa die Zielvorgabe von Art. 2 S. 2 EUV; zur Funktion von Grundrechten in diesem Zusammenhang, *Verschraegen*, 29 *Journal of Law and Society Society* 258–281 (2002), 258–281; *Wielsch*, 10 *European Review of Contract Law* 365–389 (2014), 370–372.

Kapitel 5

Legitimität der Zurechnung

Zurechnung als Zuweisung von Rechten und Pflichten kann sich negativ auf Rechtsträger auswirken, zumal in Mehrpersonenkonstellationen auch die positive Zuweisung eines exklusiven Rechts kehrseitig die Versagung desselben an einen anderen Rechtsträger bedeuten kann. Es stellt sich eine Legitimitätsfrage also dort, wo die Zuweisung nicht allein als Konsens vom privatautonomen Willen der Beteiligten getragen wird (A.). Der Regulierungsgehalt von Zurechnung kann dann freilich adäquat durch die Grundrechtsdogmatik abgebildet werden (B.). Daraus folgt ein zweistufiger Legitimitätsfilter, der sowohl europarechtliche als auch nationale Zurechnungsoperationen abbildet (C.).

A. Die Legitimitätsfrage

I. Legitimitätsmaßstäbe als Mittel im Diskurs der Rechtsquellen

Die aufgezeigte Komplexität und Diversität der Zurechnung, im nationalen Recht und verschärft im Mehrebenensystem sowie insbesondere deren rechtspolitische Aufladung, führt zur drängenden Frage nach der Legitimität von Zurechnung. Die Legitimität der Zurechnung kann wie gezeigt nicht hinreichend sicher allein aus einem Prinzipien Diskurs gezogen werden,¹ nach dem Stand einer europäischen Überformung bedeutsamer Zurechnungsfälle ebenfalls nicht mehr allein aus der nationalen Dogmatik.² Auch angesichts des schon einleitend festgestellten Befundes, dass es sich bei Zurechnung um ein regulatorisches Instrument zur Durchsetzung öffentlicher Interessen und zur Verwirklichung eines gesellschaftlich vorgeprägten Gleichgewichts zwischen Parteiinteressen handelt,³ liegt es nahe, die Legitimität von Zurechnung auch im Bereich des Regulierungsrechts zu suchen. Dabei muss eine vor den Anforderungen des Mehrebenensystems tragfähige Lösung gefunden werden, die sowohl nationalen als auch europäischen Maßstäben genügt. Dies ist keine rein akademische Übung, sondern soll diejenigen Probleme der Praxis zumindest abmildern, die daraus folgen, dass Zurechnung oftmals unsystematisch, gleichermaßen über-

¹ Vgl. Kapitel 4, B., II., 1.

² Vgl. Kapitel 4, C., II.

³ Kapitel 1, C., insbes. II.

raschend für die Parteien erfolgen kann. Zugleich soll mit dem Legitimitätsfilter dem Rechtsanwender ein Diskursmittel im Dialog der Rechtsquellen an die Hand gegeben werden, welches ihm ermöglicht, im Fall widersprüchlicher Anforderungen der verschiedenen Ebenen eine an den Grundwerten des Mehrebenensystems orientierte Wertung zu finden. Systemkohärenz kann dabei sowohl Auslegungsregel sein als auch Vorrangregel.⁴

II. Legitimitätsprobleme als Regulierungsprobleme

Die Frage nach der Legitimität stellt sich zuvörderst bei negativen Zurechnungsfolgen, insbesondere der Haftung, freilich auch der Auflastung anderer Pflichten, etwa solchen zur Information unter dem CSR-Regime und dem LkSG, oder solchen Pflichten die primär Sorgfalts- und Bemühensanforderungen betreffen. Negative Zurechnungsfolgen beginnen freilich erst dort kritisch zu sein, wo der Zuordnungswille des Rechtssubjekts endet, sie also nicht Ergebnis eines rechtsgeschäftlichen Konsenses sind – wird Recht gesetzt, egal ob positiv oder durch Rechtsprechung, um Rechtsfolgen anders anzuordnen, als es der private Wille der Betroffenen täte, oder es explizit getan hat, so handelt es sich um Zwang, der zu rechtfertigen ist. Die Zurechnungsnormen des positiven Rechts und die daraus zu induzierenden Prinzipien müssen der Privat- und Verbandsautonomie angemessenen Raum bieten. Autonomie muss als „*Antiprinzip der Zurechnung*“,⁵ auch als Abwehr- und Abgrenzungsinstitut, hinreichend Beachtung finden. Damit ist die Kernfrage des Regulierungsrechts adressiert, diejenige nach dem Ausgleich von Freiheit und Recht⁶ – Freiheit und Recht bilden ein sich bedingendes Paar. Recht ohne Freiheit ist nicht denkbar; und Freiheit ist – neben Gleichheit⁷ – rechtsphilosophischer wie tatsächlicher Ausgangspunkt des Rechts.⁸ Für diese rechtsstaatliche Auffassung bildet die Rechtsphilosophie *Kants* die Grundlage: Recht zieht die Grenze zwischen den Freiheitssphären der Individuen und schlichtet ihre Reibungskonflikte.⁹ Der genaue Verlauf der

⁴ Gundmann, *RabelsZ* 75 (2011), 882, 904.

⁵ Dazu bereits oben, Kapitel 4, B., I., 1., b.

⁶ Vgl. etwa Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht*, 2016, S. 52 ff.

⁷ Schon seit *Aristoteles*, *Nikomachische Ethik*, V 5 1130b 6–1133b 30; moderner *Böhm*, *ORDO* 17 (1966), 75, 105; *Rawls*, *A Theory of Justice*, 1971, S. 136 ff.; zuletzt auch *Grundmann/Thiessen*, in: dies. (Hrsg.), *Von formaler zu materialer Gleichheit*, 2021, (i. E.).

⁸ Vgl. etwa zum Willensprinzip als historische Grundlage des BGB *Bumke* in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 82 ff.; *Freiheit und der freie Wille* sind zusehends naturwissenschaftlich hinterfragt, bereits *Leibniz* war freilich radikaler Determinist; heute aus der Hirnforschung etwa *Roth* in: *Geyer* (Hrsg.) *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, S. 218, sowie *Vanberg* in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Das Prinzip der Selbstverantwortung*, 2011, S. 45 ff., was sich auch in einer Freiheitsskepsis im Recht niederschlägt, vgl. etwa *Foblets* in: *Bumke/Röthel* (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 388.

⁹ Dazu *Kant*: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen

Grenzziehung ist Frage der Rechtspolitik – wobei Gemeinwohlbelange im rechten Maß abzuwägen sind und der bereichsspezifische Kerngehalt der Freiheitsrechte unverfügbar bleibt.¹⁰ Die Grat- und Linienziehungen der Freiheitsphären werden heute intensiv diskutiert.¹¹ Der Freiheitsbegriff im Rechtsdiskurs scheint politischer denn je.¹² Rechtsdogmatische Forschung muss sich sicherlich der „konzeptionellen Offenheit“¹³ des Autonomiebegriffs bewusst sein, und sich ihr stellen. Dabei sind die positivrechtlichen Ausprägungen von Freiheit Ansatzpunkte, um diese als ein „Analytisches Raster“ und eine Ordnungsperspektive für Rechtsinstitute, auch die Zurechnung, zu operationalisieren.¹⁴ Privatautonomie bleibt das schlechthin grundlegende Prinzip des bürgerlichen Rechts.¹⁵ Um die diesbezüglichen Rechtswertungen normativ abzustützen, können auch die klassischen Rechts- und Freiheitskonzepte von *Kant*¹⁶ und *Hegel*¹⁷ herangezogen werden.¹⁸ Wichtig und geboten erscheint es freilich vor allem, den privatrechtlichen Diskurs um Zurechnung nicht entkoppelt vom allgemeineren rechtlichen, zumal dem öffentlich-rechtlichen zu behandeln, sondern die möglichen Synergien zu nutzen und auf ihnen aufzusetzen.¹⁹ Der

vereinigt werden kann.“, Die Metaphysik der Sitten, 1797, § B; und ders.: „Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“, *ibid.*, 1797, § C.

¹⁰ Zur Kernbereichslehre vgl. Maunz/Düring/Remmert, 87. EL März 2019, Art. 19 Abs. 2 Rn. 36 ff.; wobei aber jeder Schutz nur so weit reichen kann, als eine Gesellschaft ihn annehmen will, so etwa das „Böckenförde-Diktum“. Zur historischen Kondition der Autonomie auch *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 1.

¹¹ Umfassend der hervorragende Sammelband von Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie und Recht*, 2017, insbesondere die Beiträge von *Merkt*, *Eifert*, *Röthel* und *Reuter*; siehe auch *Riesenhuber* in: ders. (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft*, 2009, S. 1 ff.

¹² Vgl. dazu *Röthel* in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 54 ff.; mit einer Replik *Riesenhuber*, *ZfPW* 2018, 352 ff.

¹³ *Bumke* in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 16 ff.

¹⁴ *Fehling* in: Bumke/Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 312 f.

¹⁵ Vgl. *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. 1991, S. 477; *Riesenhuber*, *ZfPW* 2018, 352, 357.

¹⁶ Für *Kant* ist der freie Wille wesentliche Voraussetzung für deontologische Moralität und Recht, was sich insbesondere in seinem kategorischen Imperativ niederschlägt, vgl. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1786, Werkausgabe, Band 7, 2000, S. 44 ff.; dazu auch *Augsberg*, *JZ* 2013, S. 533; explizit zur (schmalen) Zurechnungslehre Kants, *Joerden*, *ARSP* 77, Nr. 4 (1991), 525.

¹⁷ Für *Hegel* ist alles Recht der Freiheit Willen, Grundlinien einer Philosophie des Rechts, § 1, und führt die Selbstzwecklichkeit des Einzelnen zum Gemeinwohl, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Suhrkamp 1986, § 187.

¹⁸ Außerrechtliche, insbesondere philosophische Konzepte sind für das Verständnis positiven Rechts von essentieller Bedeutung, vgl. etwa *Riesenhuber*, *ZfPW*, 2018, 352, 356.

¹⁹ Zurechnung ist ein allgemeines Phänomen des Rechts. Der Schritt heraus aus den einzelnen Problemgebieten, die auch schon bisher intensiv bearbeitet werden, war voraussetzungsreich. Er sollte eine Gesamtorientierung ermöglichen, indes wären noch weitere Schritte darüber hinaus möglich, zunächst in andere Rechtsgebiete, vor allem in das Strafrecht, welches eine historische und hoch entwickelte Zurechnungslehre pflegt. Auch außerhalb der Rechts-

Ausgleich von Freiheit im und durch Recht ist methodisch umfassend in Tiefe und Breite verarbeitet durch die öffentlich-rechtliche Verhältnismäßigkeitsdogmatik, mit im Kern ihrer Angemessenheitsprüfung und Abwägung, die als steuerungstheoretisches Konzept längst ins Privatrecht migriert ist.²⁰ Sie vermag neben den materiell-rechtlichen Positionen auch die formellen Gewährleistungen von Vorhersehbarkeit und Vertrauensschutz zu sichern. Um dieses hochwirksame, genuin juristische Instrument für die Zurechnungsdogmatik im Mehrebenensystem fruchtbar zu machen, ist der Blick auf die Ausgleichsmechanismen zu richten, die gleichermaßen im Privat- wie im öffentlichen Recht Gegenstand der Abwägung sind: die Strukturen des Grundrechtsschutzes.

B. Zurechnung als Grundrechtseingriff

I. Grundrechtsschutz gegen Privatrecht

Die Wirkung der Grundrechte im Privatrecht ist Dauerthema der Privatrechtswissenschaft; die Wirkung von Grundrechten als Schutzregime gegen zwingendes Privatrecht ist gut erforscht,²¹ in dieselbe Richtung geht auch der Schutz durch die Grundfreiheiten, wobei von einer Konvergenz der Schutzordnungen auszugehen ist.

1. Deutsches Privatrecht

Grundrechte binden den Staat, und zwar alle Gewalten, Art. 1 Abs. 3 GG. Damit ist nicht nur der Privatrechtsgesetzgeber,²² sondern insbesondere auch der einen Streit zwischen Privaten entscheidende Richter an diese gebunden.²³ Seit dem *Lüth*-Urteil von 1958 sind die Grundrechte als „objektives Wertesystem“ anerkannt, das über die Generalklauseln des Privatrechts in die Rechtsbeziehungen zwischen Privaten einstrahlt. Gerichte und Behörden sind beim Streitentscheid zwischen Privaten unmittelbar an die Grundrechte gebunden, was

wissenschaft kann gewinnbringend für die Zivil- und Unternehmensrechtliche Zurechnung geforscht werden; dazu erste Ansätze bei *Rönnau/Faust/Fehling*, JuS 2001, 113; *Di Fabio* JZ 2020, 1073.

²⁰ *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, insbes. S. 137ff.; sowie die Nachweise sogleich in Fn. 16, Kapitel 5.

²¹ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001; zuletzt etwa *Becker*, NVwZ, 2019, 1385, 1389ff.; viel diskutiert war insbesondere der sog. Bürgschaftsfall, BVerfGE 89, 214, dazu sehr kritisch *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 225f.; *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718; zuletzt auch *Denga*, EuR 2021, 569, 581ff.

²² *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 11ff.

²³ Umfassend dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, 2001, S. 122ff.; *Maunz/Dürig/Herdegen*, 94. EL Januar 2021, Art. 1 Abs. 3 Rn. 64ff.

auch auf Private wirkt. Dabei geht es nicht allein um die Abwehr von Eingriffen, sondern um „den Ausgleich gleichberechtigter Freiheit“; kollidierende Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und in praktischer Konkordanz möglichst schonend auszugleichen und weitestgehend zu verwirklichen.²⁴ Diese Leitlinien dürften in der Praxis durch Antizipation der Rechtsunterworfenen eine gewisse verhaltenssteuernde Vorwirkung entfalten,²⁵ weshalb effektiv die Wirkung von Grundrechten doch auch unmittelbar erscheinen mag. Terminologisch hält das BVerfG allerdings weiterhin an der Mittelbarkeit fest und auch inhaltlich scheint es nicht von den vorgenannten Grundsätzen abzuweichen.²⁶ Entscheidet der gesetzliche Richter über die Zurechnung von Rechten oder Pflichten zwischen Parteien, so muss er dabei deren Grundrechte in vollem Umfang würdigen. Verstößt eine gesetzliche Zurechnungsnorm gegen Grundrechte, so ist der Richter verpflichtet, sie dem BVerfG zur konkreten Normenkontrolle vorzulegen, Art. 100 Abs. 1 GG.²⁷ Dabei ist wegen der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative Zurückhaltung zu üben und kommt es eher selten wegen eines Ungleichgewichts bei der Verwirklichung der beteiligten Interessen zu einer Verwerfung.²⁸ Bei durch die Rechtsprechung selbst herausgebildeten Zurechnungsinstrumenten,²⁹ etwa durch Feststellung der Pflichtenbindung oder Begründung der Rechtsträgerschaft, steht die gesetzgeberische Entscheidungsprärogative, und damit das Demokratieprinzip, freilich nicht auf dem Spiel; die Zurechnungsformel und das Zurechnungsergebnis selbst sind daher weitgehender kontrollierbar als gesetzgeberische Zurechnungsentscheidungen.

2. Privatrecht im Anwendungsbereich der Europäischen Grundrechtecharta

Der Anwendungsbereich deutscher Grundrechte steht allerdings in Frage, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt und, allgemeiner, der Anwen-

²⁴ BVerfGE 7, 198 – st. Rspr.; vgl. Merten/Papier, HdB der Grundrechte II, 2006, § 55 Rn. 23; zur Anerkennung durch die Privatrechtswissenschaft grundlegend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424; *Rebhahn*, AcP 210 (2010), 489; *Hellgardt*, Regulierung durch Privatrecht, 2016, S. 277 ff.; vgl. auch für das Gesellschaftsrecht *Freund*, NZG 2020, 1328.

²⁵ Zur Verhaltenssteuerung bereits die Nachweise in Fn. 114, Kapitel 1.

²⁶ Die unmittelbare Wirkung von Grundrechten wurde historisch erfolglos vom BAG vertreten, BAG BAGE 1, 185; NJW 1955, 606; dazu ausführlich *Fischinger* in: MHdb ArbR, § 7 Rn. 4; vgl. auch *Gornik*, NZA 2012, 1399; *Gurlit*, NZG 2012, 249; *Colombi Ciacchi*, EuConst 15 (2019), 294, 302 f.

²⁷ Zu deren Wesen, Maunz/Dürig/Dederer, 94. EL 2021, Art. 100 Rn. 25 ff.; zum Prüfungsrecht aller Gerichte Rn. 9 ff.

²⁸ Zum *Spannungsverhältnis* zwischen Demokratieprinzip und Grundrechtsschutz vgl. *Kluth*, NJW 1999, 3513, 3516; *Ruffert*, JZ 2001, 633; grundlegend für die Analyse *Theisen*, AöR 8 (1925), 257.

²⁹ Dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 124 ff.

dungsbereich des Europarechts eröffnet ist. Die Frage des Grundrechtsmaßstabs in diesen Fällen ist Gegenstand einer gegenwärtig noch andauernden, rechtspolitisch geladenen Kontroverse zwischen BVerfG und EuGH.

In einem den Gehalt des nationalen Grundrechtsschutzes wahrendem Ansatz, der insbesondere in der Literatur vertreten wird, könnten die Grundrechte des Grundgesetzes durch die Grundfreiheiten zu konkretisieren sein. Dies würde dem vom BVerfG institutionalisierten Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes entsprechen.³⁰ Danach sind die an Grundrechte gebundenen Stellen gehalten, zur Bestimmung von Gehalt und Reichweite der Grundrechte die einschlägigen Bestimmungen des Völkerrechts heranzuziehen. Im vorliegenden Fall wäre zu berücksichtigen, dass die Grundfreiheiten als zumindest grundrechtsähnlich betrachtet werden.³¹ Grundfreiheiten könnten die grenzüberschreitende Dimension der Unternehmensgrundrechte konkretisieren.³²

Die Gemengelage konvergierender Schutzordnungen europäischer und nationaler Grundrechte sowie der Grundfreiheiten wurde bis vor kurzem freilich nach einem Trennungsmodell mit exzeptionellem Kontrollvorbehalt des BVerfG aufgelöst.³³ Das BVerfG wendete demnach nationale Grundrechte nur dann an, wenn nationale Hoheitsakte zu beurteilen waren, die nicht in direkter Abhängigkeit vom Unionsrecht stehen, den Mitgliedstaaten also ein Umsetzungsspielraum offenstand. Soweit das Unionsrecht bindende Vorgaben macht, waren die das Unionsrecht ausführenden oder umsetzenden nationalen Rechtsakte, insbesondere auch Gerichtsurteile, nicht am Grundgesetz zu messen. Es kamen dann allein die europäischen Grundrechte zur Anwendung. Nach seiner alten Rechtsprechung sah das BVerfG hier den EuGH für zuständig an.³⁴ Diese Lösung entsprach qualitativ dem Anwendungsvorrang des Primärrechts,³⁵ wobei der Anwendungsvorrang europäischer Grundrechte selbst noch nicht vom EuGH festgestellt wurde. Insbesondere war diese Lösung wegen Art. 53 GRCh nicht zwingend. Es handelte sich vielmehr um eine Selbstbe-

³⁰ Etwa: BVerfGE 74, 358 (370) – Unschuldsvermutung; BVerfGE 111, 307 (329) m. Anm. *Sachs*, JuS 2005, 164 – Görgülü; BVerfGE 120, 180 (200f.) m. Anm. *Frenz*, NJW 2008, 3102 – *Caroline v. Hannover III*; BVerfGE 128, 326 (366ff.) m. Anm. *Streng*, JZ 2011, 827 – Sicherungsverwahrung.

³¹ Vgl. *Manger-Nestler/Noack*, JuS 2013, 503; *Pernice*, Grundrechtsgehalte im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 65 ff.

³² So auch *Frenz*, EuR 2002, 603, 610; *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170; Grundrechte als „Unterbau“ der Grundfreiheiten *Calliess/Ruffert/Kluth*, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 59 ff.

³³ BVerfGE 118, 79 (95) – TEHG; zur Vollstreckung d. Europ. Haftbefehls BVerfG, NStZ-RR 2017, 55.

³⁴ Vgl. BVerfGE 133, 277 (305) m. Anm. *Sachs*, JuS 2013, 952 – Antiterrordatei; BVerfGE 118, 79 (95) – TEHG; BVerfGE 121, 1 (15) – Vorratsdatenspeicherung; *Classen*, EuR 2017, 347, 357; *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385, 390.

³⁵ EuGH, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 – *Costa/E.N.E.L.*; wobei Art. 53 GRCh gerade nicht selbst einen Anwendungsvorrang vorschreibt, vgl. dazu *Kirchhof*, EuR 2014, 267, 270 f.

schränkung des *BVerfG*.³⁶ Die operative Einhaltung der europäischen Grundrechte war Sache der nationalen Behörden und Gerichte im Kooperationsverhältnis mit den Organen der EU. Die Rolle des *BVerfG* blieb dabei auf die Prüfung willkürlicher Nichtvorlage unter Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG beschränkt. Die Fachgerichte standen in der besonderen Pflicht, grundrechtliche Bedenken bei Ausführung zwingenden Unionsrechts dem *EuGH* vorzulegen. Auf diese Weise wurde im Verfassungsgerichts- und Verwaltungsverbund ein Kooperationsverhältnis zwischen Mitgliedstaaten und EU gelebt.

Dieses Kooperationsverhältnis setzt das *BVerfG* seit seinen jüngeren Entscheidungen „*Recht auf Vergessenwerden I und II*“ nun anders um. Zum einen betont es weiter, dass *deutsche* Grundrechte Anwendung finden, wenn der Sachverhalt nicht vollständig unionsrechtlich determiniert ist.³⁷ Ist allerdings der Anwendungsbereich nationaler Grundrechte durch vollharmonisierende Regelungen des Unionsrechts vollständig ausgeschlossen, behält sich das *BVerfG* die eigene Prüfung nationaler Rechtsakte am Maßstab *europäischer* Grundrechte vor. Die Solange-Rechtsprechung des *BVerfG*, wonach Unionsrechtsakte nicht am Maßstab der nationalen Grundrechte geprüft werden, solange die EU strukturell einen angemessenen Grundrechtsschutz bietet,³⁸ bleibt daneben bestehen.³⁹

Diese Lösung soll Schutzlücken im System der EU-Grundrechte kompensieren, die insbesondere aus dem Fehlen einer Individualgrundrechtsbeschwerde folgen. Angesichts der zunehmenden Verdichtung des Unionsrechts liefe die Gewährleistung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ansonsten tatsächlich leer. Durch eine eigene Prüfung von Unionsgrundrechten kann das *BVerfG* die ihm nach Art. 23 Abs. 1 GG obliegende Integrationsverantwortung wahrnehmen. Im Übrigen erwartet der *EuGH* selbst von den Gerichten der Mitgliedstaaten eine Konkretisierung der Unionsgrundrechte und belässt ihnen hierfür erhebliche Spielräume.⁴⁰ Um die Einheitlichkeit und Wirksamkeit des Unionsrechts zu wahren, sieht sich das *BVerfG* allerdings zur Vorlage an den *EuGH* nach Art. 267 Abs. 3 AEUV verpflichtet.⁴¹ Der *EuGH* hat sich bislang zu diesem Modell nicht geäußert; es verwirklicht einerseits das Kooperationsverhältnis der Gerichte im Mehrebenensystem, andererseits untergräbt es das Auslegungsmonopol des *EuGH* für das Unionsrecht und damit die Funktionsvorausset-

³⁶ So *Classen*, EuR 2017, 347, 358.

³⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13.

³⁸ *BVerfGE* 37, 271 (285) – Solange I; anders zuvor noch *BVerfGE* 22, 293 (295 ff.) m. Anm. *Immenga*, NJW 1968, 1036 – EWG-Verordnungen; *BVerfGE* 73, 339 (387) m. Anm. *Vedder*, NJW 1987, 526 – Solange II; *BVerfGE* 102, 147 (161, 164) m. Anm. *Lecheler*, JuS 2001, 120 – Bananenmarkt.

³⁹ So ausdrücklich *BVerfG*, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 Rn. 51 f., zu beiden Entscheidungen *Peifer*, GRUR 2020, 34.

⁴⁰ Dazu die Nachweise in *BVerfG*, Beschluss vom 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 Rn. 65.

⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17 Rn. 68 ff.

zung seiner Einheitlichkeit. Selbst wenn die Zuständigkeitsfrage für die Kontrolle am Maßstab der Unionsgrundrechte noch nicht abschließend geklärt scheint, so steht doch der Maßstab als solcher nicht in Frage. Damit sind Zurechnungsentscheidungen, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen, auch nur an dessen Grundrechten zu messen. Relevante Unterschiede in der Interpretation gerade der die unternehmerische Freiheit tragenden Grundrechte des Grundgesetzes und der EU-Grundrechtecharta sind freilich bislang nicht erkennbar.

3. *Privatrecht im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten*

Auf Unionsebene tritt freilich neben das Schutzregime der Grundrechte auch noch das der Grundfreiheiten; es ist für die unternehmerische Freiheit im Binnenmarkt historisch noch relevanter als die Unionsgrundrechte, da es zum Kernbestand des Unionsrechts gehört und weiterhin treibender Faktor der negativen Integration des Binnenmarktes ist.⁴² Grundfreiheiten sollen die Privatautonomie der Marktteilnehmer über die Grenzen der Mitgliedstaaten erstrecken.⁴³ So sollte nach ordoliberalen Leitbild⁴⁴ der privaten Initiative vor staatlicher Unternehmenstätigkeit der Vorrang eingeräumt werden; der Staat sollte nur die Rahmenbedingungen der wirtschaftlichen Freiheitsbetätigung schaffen, um so die wirtschaftliche Integration zu verbürgen. Die Grundfreiheiten sichern diese private Integration, indem sie staatliche Diskriminierungen und Behinderungen im grenzüberschreitenden Bezug für unanwendbar erklären, sofern sie nicht zu rechtfertigen sind. Ist eine Norm – natürlich auch des Privatrechts – behindernd für die Ausübung der Grundfreiheiten und sprechen für sie keine Rechtfertigungserwägungen, so ist sie auch vom nationalen Gericht für unanwendbar zu erklären und dies ohne Erfordernis einer Vorlage an den EuGH.⁴⁵ Milderer Mittel ist eine grundfreiheiten-, allgemeiner: unionsrechtskonforme Auslegung der nationalen Norm.⁴⁶

4. *Konvergenz der Schutzordnungen*

Unternehmensregulierung durch Zurechnung muss sich im Mehrebenensystem des Unternehmensrechts auch europäisch legitimieren. Dies zum einen nahezu deckungsgleich am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes sowie der

⁴² Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 54 ff.

⁴³ Müller-Graff, NJW 1993, 13, 14; Rittner, JZ 1990, 838, 841 f.; allgemeiner Mayer/Scheinpflug, Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union, 1996.

⁴⁴ Behrens, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 3 ff.

⁴⁵ EuGH Urt. v. 9.3.1978 – Rs. 106/77 – Simmenthal II, Slg. 1978, 629, 630; Urt. v. 22.6.1989 – Rs. 103/88 – Costanzo, Slg. 1989, 1839, 1870f.; BVerfG Urt. v. 31.5.1990 – 2 BvL 12, 13/88, 2 BvR 1436/87, BVerfGE 82, 159, 191.

⁴⁶ Dazu Riesenhuber in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10.

EU-Grundrechtecharta.⁴⁷ Zum anderen ist es Ziel des europäischen Binnenmarktes, die Privatautonomie im unternehmerischen Bereich über die Binnen Grenzen hinaus zu tragen und zu sichern.⁴⁸ Jedenfalls soweit das nationale Privatrecht zwingender Natur ist, muss es sich daher an den primärrechtlichen Grundfreiheiten messen lassen.⁴⁹ In der Perspektive eines Rechtsverbundes ergeben Unionsrecht und nationales Privatrecht eine materielle Einheit in einem zusammengesetzten Gesamtsystem.⁵⁰

Wenngleich durchaus spezifische Schutzrichtungen erkennbar bleiben, ist im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung von Privatrechtssubjekten von einer Kongruenz der europäischen Positionen mit deutschen Grundrechten jedenfalls im Mindestmaß auszugehen. So verbürgt etwa Art. 17 GRCH das für die grundrechtliche Abstützung unternehmerischer Tätigkeit bedeutsame Eigentumsrecht auf Unionsebene;⁵¹ wesentliche Abweichungen von der deutschen Konzeption des Eigentumsrechts und des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs sind nicht ersichtlich, schon weil die Regime eine parallele Schutzstruktur aufweisen, bestehend im Dreischritt von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung. Zudem wäre andernfalls die Solange-Rechtsprechung des BVerfG aktiviert, nach der deutsche Grundrechte anzuwenden wären, sollte der europäische Grundrechtsschutz das Niveau des deutschen wesentlich und strukturell unterschreiten.⁵² Es stellt sich damit allein eine Zuständigkeitsfrage zwischen BVerfG und EuGH, bei deren Beantwortung nach hier vertrittener Auffassung die Funktionalität des Unionsrechts besser im Blick behalten werden sollte.

⁴⁷ Zum für die Anwendbarkeit der verschiedenen Grundrechtsordnungen maßgeblichen Modell jüngst BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17; zuvor mit einem „Trennungsmodell“ BVerfGE 118, 79 (95) – TEHG; zuletzt zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls, BVerfG, NStZ-RR 2017, 55; siehe auch BVerfGE 133, 277 (305); 118, 79 (95); 121, 1 (15); 125, 260 (306 f.); 129, 78 (90 f.); 390; zum Verhältnis europäischer Grundrechte und Grundfreiheiten, *Kahl/Schwind*, EuR 2014, 170; Grundrechte als „Unterbau“ der Grundfreiheiten, *Kluth*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 59 ff.; *Classen*, EuR 2017, 347, 357; *Ludwigs/Sikora*, JuS 2017, 385.

⁴⁸ Dazu *Grundmann*, ZHR 163 (1999), 635, 637 f.

⁴⁹ Dazu *Grundmann*, ZHR 163 (1999), 635, 647 f.; *Ebenroth/Boujong/ders.*, Band 2, 4. Aufl. 2020, Vor § 343, Rn. 27 ff.; weitergehend *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 211 f.

⁵⁰ Grundlegend *Pernice*, in: *Callies* (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staats- und Verfassungsverbund, 2007, S. 61 ff., 68; zum Verbundgedanken im Privatrecht *Gsell*, AcP 214 (2014), 99, 112 ff.; *Furrer*, Privatrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, 2002, S. 125 f.; *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 36 ff.; *Metzger*, *Extra legem*, *intra ius*, 2009, S. 115 ff.

⁵¹ Zuvor schon EuGH 44/79, Slg. 1979, 3727 Rn. 17 ff. – *Hauer/Land Rheinland-Pfalz*; dazu *Calliess* in: *Ehlers* (Hrsg.), *Eur. Grundrechte* § 20 Rn. 12 ff.

⁵² BVerfGE 37, 271 (285) – *Solange I*; anders zuvor noch BVerfGE 22, 293 (295 ff.) – *EWG-Verordnungen*; BVerfGE 73, 339 (387) – *Solange II*; BVerfGE 102, 147 (161, 164) – *Bananenmarkt*.

II. Betroffene Rechtspositionen im Unternehmensrecht

1. Grundrechte

Zurechnung im Unternehmensrecht kann in Abhängigkeit vom verfolgten Unternehmenszweck potentiell in mehrere Grundrechte eingreifen, am häufigsten freilich in die Ausformungen des Eigentumsgrundrechts, insbesondere den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, die Organisationsfreiheit.⁵³

a) Eigentum, mit Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Das Eigentum wird unter Art. 14 GG als normgeprägtes Grundrecht gewährleistet, was heißt, dass sein Gehalt bis auf einen Kernbereich nicht naturrechtlich bestimmt ist, sondern durch den Gesetzgeber. Der Gehalt des Eigentums geht dabei zwar über einfaches Recht hinaus und ist direkt aus der Verfassung zu bestimmen;⁵⁴ das Eigentumsgrundrecht schützt damit indes im Mindestumfang die Summe des rechtlich anerkannten Vermögens, damit insbesondere den Bestand und die freie Dispositionsbefugnis.⁵⁵ Erfasst sind insbesondere alle Positionen des Eigentums nach § 903 BGB, auch des geistigen Eigentums nach UrhG und andere Rechte gewerblichen Rechtsschutzes.⁵⁶

Eine für Unternehmen besonders relevante Ausprägung ist der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.⁵⁷ Geschützt ist der eigentliche Bestand des Betriebs sowie über die Betriebsgrundstücke und -räume, Anlagen, Warenvorräte und Forderungen hinaus auch immaterielle Positionen, wie die geschäftlichen Verbindungen und Beziehungen, nach der Formel der Rechtsprechung mithin: „alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebes ausmacht“.⁵⁸ Dabei ist der Schutz losgelöst von den gesellschaftsrechtlichen Formen, er betrifft vielmehr einen wirtschaftlichen Gesamtorganismus. Grundrechtsberechtigter ist freilich stets eine juristische Person; wenngleich unter Art. 19 Abs. 3 GG der Begriff „juristische Person“ verfassungsrechtlich über den Körperschaftsbegriff des Gesellschaftsrechts hinaus-

⁵³ Im Zusammenhang mit der Regulierung von Medienunternehmen ist zudem das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG betroffen, welches freilich hier nicht näher vertieft werden soll; eingehend dazu *Denga*, EuR 2021, 569.

⁵⁴ BVerfGE 58, 300 (335); dazu *Lege*, JZ 2011, 1084 ff.; Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, 94. EL Januar 2021, Art. 14 Rn. 38.

⁵⁵ Zu den weiteren Institutsgarantien, vgl. Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, 94. EL Januar 2021, Art. 14 Rn. 112 ff.

⁵⁶ Explizit auch Art. 17 Abs. 2 GRCH.

⁵⁷ Vgl. BVerfGE 1, 264 (276 ff.); 45, 142 (173); BGHZ 23, 157 (162 f.); 67, 190 (192); 81, 21 (33); 92, 34 (37); 187, 177 Rn. 15; BVerwGE 62, 224 (226); Badura, AÖR 98 (1973), 153 ff.; *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 42 ff.; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, Art. 14 Rn. 9.

⁵⁸ BGHZ 23, 157; 30, 241; 45, 150 (155); BGH VersR 1980, 715 (717); Maunz/Dürig/Papier/Shirvani, 94. EL Januar 2021, Art. 14 Rn. 205.

geht, bleibt es so doch beim Rechtsträgerprinzip und kann nicht etwa „der Konzern“ eine Grundrechtsverletzung geltend machen.⁵⁹

b) Insbesondere: Organisationsfreiheit

Die grundrechtliche Verankerung der Freiheit zur rechtlichen Ausgestaltung des Unternehmens, im Sinne einer Freiheit zu Abgrenzung von anderen Rechtsträgern, zur Über- freilich auch zur Unterorganisiertheit, ist nur selten Gegenstand unternehmensrechtlicher Argumentation.⁶⁰ Geschützt ist damit allerdings umfassend einerseits die Wahl einer Organisationsform byzantinischer Komplexität – im anderen Extrem freilich auch die Organisation auf niedrigster, einfachster Stufe – und schlichte Nichtorganisation. Diese unternehmerische Organisationsfreiheit ist verfassungsrechtlich durch die Grundrechtskombination von Artt. 9, 12 und 14 GG geschützt.⁶¹ Das BVerfG hat diese Grundrechtskombination jedenfalls im Urteil zum Mitbestimmungsgesetz konkretisiert und einen weiten Schutz in Fragen unternehmerischer Strukturierung anerkannt;⁶² auf EU-Ebene wirkt die Kombination von unternehmerischer Freiheit und Eigentumsrecht, Artt. 16, 17 GRC, und ist auch auf eine Organisationsfreiheit hin zu interpretieren, welche insbesondere die Streuung von Haftungsrisiken im Konzern erfasst.⁶³

2. Grundfreiheiten

Die fünf Grundfreiheiten der Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV, der Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, Artt. 49, 56 AEUV, und der Kapitalverkehrs- sowie Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 63 AEUV, betreffen die Unternehmensorganisation mehr oder minder unmittelbar.⁶⁴ Alle Grundfreiheiten sind zwar für die konkrete Rechtsanwendung voneinander zu unterscheiden, und in jedem Fall ist die einschlägige Grundfreiheit heranzuziehen; allerdings werden die praktischen Unterschiede zunehmend marginal und beschränken sich auf Abweichungen in den Vorbehaltsklauseln. In den wichtigsten Kriterien sind die Grundfreiheiten

⁵⁹ Dazu Sachs/Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 19 GG Rn. 57f.; auch Ludwigs/Friedmann, JA 2018, 807, 807f.

⁶⁰ Dazu bereits oben Kapitel 3., C. I., 3. Mit Ansätzen in die Richtung allerdings Prütting, ZGR-Sonderheft 22, 2020, S. 204f.

⁶¹ Dazu Maunz/Dürig/Scholz, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 9 Rn. 39.

⁶² Dazu bereits bei Kapitel 3, C., I., 3.

⁶³ Dazu auch Mohr, ZHR 178 (2014), 326, 358; Frenz, GewArch 2009, 427, 429.

⁶⁴ S. auch Vieweg/Röthel, ZHR 2002, 6; dazu auch der Überblick zum Europäischen Sekundärrecht bei Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 9, 95 ff.; Schön, ZGR 2019, 343, 349 ff.

hingegen konvergent,⁶⁵ zumal was die unmittelbare Anwendbarkeit, den weiten Beschränkungsbegriff und die Rechtfertigungslösungen betrifft.⁶⁶

III. Eingriffscharakter von Regulierung

1. Privatrechtlicher Rechtfertigungszwang für Freiheitsbeschränkungen

Geht man von einem genuin privatrechtlichen Gehalt der Freiheit der Rechtssubjekte aus, so ist bereits in der autonomen Privatrechtsdogmatik selbst ein Rechtfertigungszwang für Freiheitsverkürzungen gesichert. Zurechnung stellt die Frage nach der Grenze der Freiheit unmittelbar. Denn entweder wünscht der *Zurechnungspunkt*, etwa durch das für ihn entscheidungsbefugte Organ, ausgehend von einem Tatbestand eine Rechtsfolge bewusst – oder dies ist gerade nicht der Fall. Die Ersetzung des Willens, Rechte und Pflichten zu tragen, jegliche Entscheidung im Widerstreit mit diesem Willen, ist rechtfertigungsbedürftig.⁶⁷ Den Grundsatz bildet die Freiheit, der Zwang hingegen nur die Ausnahme. Grenzziehung und Befugnis zur Grenzziehung, die Deutungshoheit über das *Selbst* und das *Andere*, und die jeweiligen Rechte und Pflichten, sind Fragen der Autonomie. Es bedarf nach *Canaris* „stets eines besonderen, sachlich einleuchtenden Grundes“, um die Auferlegung „gesetzlicher“ und nicht privatautonom selbstbestimmter Pflichten zu rechtfertigen.⁶⁸ Bei *Larenz* und *Canaris* tritt hier die Selbstverantwortung in den Vordergrund, die sich im Verhalten und Geschäftskreis manifestiert und Zuteilungskriterium sein soll.⁶⁹ Weitergehend ließen sich als sachliche Gründe im Grundsatz auch die oben dargelegten Zurechnungswertungen begreifen.

⁶⁵ Wohl ganz h.M. *Behrens* EuR 1992, 145; *Streinz*, FS Rudolf, 2001, S. 199; *ders.*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 814; *Weber/Bohr*, Grundfreiheiten, in: Röttinger/Weyringer (Hrsg.), Handbuch der europäischen Integration, 2. Aufl. 1996, S. 315, 345 f.; monographisch: *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Schimming*, Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhr- und Einreisebeschränkungen, 2002; differenzierend immer noch *Barnard*, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, 5. Aufl. 2016; kritisch zur Konvergenz durch das Marktzugangskriterium, *Holst*, EuR 2017, 633.

⁶⁶ Für die Warenverkehrsfreiheit direkt aus Art. 35 AEUV, für die Kapitalverkehrsfreiheit aus Art. 63 AEUV. Für die Dienstleistungsfreiheit aus der EuGH-Judikatur: EuGH Urt. v. 10.5.1995 – Rs. C-384/93 – Alpine Investment, Slg. 1995, I-1141, 1176–1178; für die Niederlassungsfreiheit EuGH Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – SEVIC Systems, Slg. 2005, I-10805; näher *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 846–848.

⁶⁷ So auch *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 428 ff., 433 und auf S. 440 zur Vertrauenshaftung als autonomiebegrenzend; das ergibt sich aus einem Verständnis der Freiheit als „vorstaatlich“ und „natürlich“, so dass jede staatliche Beschränkung der Freiheitsräume rechtfertigungsbedürftig ist. Auch die Auferlegung von Haftung ist ein Grundrechtseingriff. Zu dem Ganzen etwa *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126 und 163; *Schlink*, EuGRZ 1987, 457, 467.

⁶⁸ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 433.

⁶⁹ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 6.

2. Rechtfertigungszwang für Grundrechtsbeschränkungen

Dies lässt sich zwanglos in die Logik der Grundrechte übersetzen, die a priori einen Freiheitsraum gewähren und jeder Belastung dieses Schutzbereichs das Erfordernis der Rechtfertigung aufbürden. In diesem Verständnis kann der privatrechtliche Autonomiebegriff von der verfassungsrechtlichen Durchbildung profitieren; umgekehrt ist die grundrechtliche Dimension der durch das Privatrecht abgebildeten sozialen Konstellationen verbindlich zu berücksichtigen,⁷⁰ schon weil die Grundrechte höherrangiges Recht darstellen.

Jede willenskonträre Anordnung des Rechts über die Reichweite von Rechten und Pflichten hat Grundrechtsrelevanz.⁷¹ Zurechnung ist als belastende Maßnahme eines Gerichts, einer Behörde oder des Gesetzgebers selbst zu werten, da sie freiheitsverkürzend wirkt.⁷² Im Unternehmensrecht kann sie sogar existenzvernichtend sein, wenn sie die planerischen Grenzen der Organisation missachtet und weit über diese hinaus finanzielle Haftung und Berichtspflichten begründet – oder Eigentumspositionen Dritten statt dem Unternehmen zuschreibt. Im (seltenen) Einzelfall kann dabei auch die Schwelle zur Enteignung erreicht sein, die nur in ganz besonders engen Grenzen zu rechtfertigen ist.⁷³

Zentral scheint die Unterscheidung zwischen dem Eingriff durch explizite Zurechnungsnormen, die ausdrücklich durch den Gesetzgeber gesetzt werden, wie etwa § 31 BGB, einerseits, und andererseits durch andere Zurechnungsfiguren, die eher verdeckt wirken, wie die Fiktion von Willenserklärungen, die erweiternde Auslegung von Tatbeständen oder die Zuordnung von Sorgfalts- und Organisationspflichten; diese Unterscheidung ist auf Ebene der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit von Bedeutung.

⁷⁰ *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718, 751 und 753.

⁷¹ Zum besonderen Problem der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, vgl. grundlegend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 und *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999; zum Stadionverbotsbeschluss des BVerfG v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 siehe etwa *Hellgardt*, JZ 2018, 901 und *Smets*, NVwZ 2019, 34; zur Wirkung der Unionsgrundrechte zwischen Privaten vgl. *Jarras*, ZEuP 2017 und *Herresthal*, ZEuP 2014, 238; *Saffjan*, The Horizontal Effect of Fundamental Rights in Private Law in: Purnhagen/Rott (Hrsg.), Varieties of European Economic Law and Regulation, Liber Amoricum for Hans Micklitz, 2014; *Starke*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, 2016, S. 171 ff.; *Denga*, EuR 2021, 569.

⁷² Zum Rechtfertigungsbedürfnis der Grenzen der Gestaltungsfreiheit vgl. *Bachmann*, JZ 2008, 11; *Grunewald*, NZG 2009, 967, 969. Zu Grundrechtseingriffen durch das Privatrecht, insbesondere etwa zur ergänzenden Vertragsauslegung, schon *Canaris*, AcP 184 (1984) 201, 213; umfassend *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 242 ff., 287 ff.; *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718; *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, S. 151 ff.

⁷³ Die Enteignung ist im Verhältnis zur Inhalts- und Schrankenbestimmung selbst eine enge Ausnahme, „extraordinär“, *Wendt* in: Sachs, Grundgesetz, 9. Aufl. 2021, Art. 14 GG Rn. 76 f.

3. Rechtfertigungszwang für Grundfreiheitenbeschränkungen

Grundfreiheiten sollen ungerechtfertigte Behinderungen des grenzüberschreitenden „Verkehrs“ durch nationale Maßnahmen aller Art, damit insbesondere auch Rechtsnormen, beseitigen. Nationale Vorschriften über Zurechnung, freilich auch die Rechtsprechung hierzu, können den Unternehmensverkehr im Binnenmarkt behindern, selbst wenn sie nicht unmittelbar auf Unternehmen zugeschnitten sind, indes auf diese anwendbar sind.

Der EuGH hat, ausgehend von der Warenverkehrsfreiheit, einen weiten Behinderungs- oder Beschränkungs-begriff entwickelt; inzwischen stellen nicht nur Diskriminierungen einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Grundfreiheiten dar, sondern auch sonstige Behinderungen oder Beschränkungen des grenzüberschreitenden Verkehrs. Nach der *Dassonville-Formel* ist von einer Beschränkung auszugehen, wenn eine nationale Norm „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“ („Maßnahme gleicher Wirkung“).⁷⁴ Auch bei formeller Gleichbehandlung in- und ausländischer Angebote kann eine Beschränkung vorliegen, wenn sie faktisch ausländische Angebote schwerer trifft.⁷⁵

Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten kann ein unvorhersehbares Zurechnungssystem zu Rechtsunsicherheit über Verbindlichkeiten und Rechte in- und ausländischer Gesellschaften führen. Potentiell können deshalb etwa ausländische Direktinvestitionen unterbleiben.⁷⁶ Nach der *Dassonville-Formel* reicht dies für die Annahme einer Behinderung der Kapitalverkehrsfreiheit grundsätzlich hin. Freilich geht die Annahme einer rechtfertigungsbedürftigen Behinderung des Binnenmarktes durch *jede strukturelle Inkohärenz im Bestand* des nationalen Unternehmensrechts sehr weit und stößt an die Grenzen zumindest des Subsidiaritätsprinzips des Unionsrechts.⁷⁷

Jedenfalls die *Anwendung* eines inkohärenten Zurechnungssystems durch Behörden und Gerichte kann eine rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Diese schützt Gründung und Betätigung se-

⁷⁴ EuGH Urt. v. 11.7.1974 – Rs. 8/74 – *Dassonville*, Slg. 1974, 837, 837; stRspr., etwa EuGH Urt. v. 12.3.1987 – Rs. 178/84 – *Reinheitsgebot für Bier*, Slg. 1987, 1227, 1269; EuGH Urt. v. 23.12.2015 – Rs. C-333/14 – *Scotch Whisky Association*, ECLI:EU:C:2015:845; für die Kapitalverkehrsfreiheit: EuGH Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-503/99 – *Kommission/Belgien*, Slg. 2002, I-4809 und EuGH Urt. v. 2.6.2005 – Rs. C-174/04 – *Kommission/Italien*, Slg. 2005, I-4933. Die Formel gilt unstrittig im Rahmen aller Grundfreiheiten. Zur Konvergenz der Grundfreiheiten vgl. bereits die Nachweise in Fn. 57, Kapitel 5.

⁷⁵ Zum Verbot versteckter Diskriminierungen mit Rechtsprechungsnachweisen *Calieff/Ruffert/Kluth*, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 56.

⁷⁶ Zur Relevanz der Abschreckung von Investoren unter der Kapitalverkehrsfreiheit vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wojcik, 7. Aufl. 2015, Art. 63 AEUV Rn. 36; umfassend *Grundmann/Möslein*, ZGR 2003, 317; vgl. auch *Bachmann*, AcP 210 (2010), 424, 438–464.

⁷⁷ Art. 5 Abs. 3 EUV; dazu etwa *Streinz/Strein*, 3. Aufl. 2018, Art. 5 EUV Rn. 20ff.

parater Rechtsträger.⁷⁸ Eine Beschränkung liegt vor, wenn eine Niederlassung nicht als separater Rechtsträger anerkannt wird, sondern in dieser verwirklichte Tatbestände direkt dem ausländischen Mutterunternehmen zugerechnet werden. Denn der Marktzugang ist ohne separate Haftungseinheit weniger attraktiv als mit einer solchen.⁷⁹ Umgekehrt kann es ebenso belastend sein, wenn separate Unternehmen als Gehilfen des Rechtsträgers am Ende der Lieferkette gewertet werden und dieser für alle haftet. Zurechnung würde ein ausländisches Unternehmen dann gerade so stellen, als habe es selbst eine Niederlassung in Form der Zulieferer. Davon ist die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 57 AEUV betroffen, die eine Geschäftstätigkeit in anderen Mitgliedstaaten gerade auch ohne Niederlassung absichert.⁸⁰

C. Legitimitätsfilter der Zurechnung

Ist der Grundrechtseingriffscharakter der Zurechnung nun dargelegt, ist folgendes, an der Rechtfertigungsdogmatik der Grundrechte orientierte, Prüfprogramm als Legitimitätsfilter der Zurechnung im Privatrecht anzulegen. Zurechnung, die nicht auf privatautonomem Konsens beruht (I.), muss der einfachgesetzliche Ausdruck der Abwägung grundrechtlicher- und grundfreiheitlicher Positionen sein (II.).

I. Freier Wille

Es ist vom Primat des freien Willens auszugehen.⁸¹ Die freiwillige Übernahme von Rechten und Pflichten auf Grund positiver Freiheitsbetätigung ist Ankerpunkt der Rechtsordnung. In zentralen Regelungsbereichen steht der freie Wille, ebenso im Recht der Willenserklärungen, wie im Deliktsrecht, an erster Stel-

⁷⁸ Erforderlich ist eine feste Einrichtung von Dauer, vgl. in Callies/Ruffert/Korte, 5. Aufl. 2016, Art. 49 Rn. 25 ff.; relativiert freilich durch EuGH, Rs. C-106/16 – Polbud.

⁷⁹ Das Mutterunternehmen steht dann so, als wenn die Eintragungsfähigkeit der Tochter versagt wird und sie nur selbst handelt, was eine anerkannte Beschränkungskategorie der Niederlassungsfreiheit ist, vgl. EuGH, Urt. v. 9.3.1999, Rs. C-212/97 – Centros; zum neueren Marktzugangskriterium Callies/Ruffert/Korte, 5. Aufl. 2016, Art. 49 Rn. 53 ff. Inzwischen wurde die Keck-Formel zu nichtdiskriminierenden „Verkaufsmodalitäten“, die nicht dem Beschränkungsbegriff unterfallen sollen, durch eine Marktzugangsdoktrin ersetzt, dazu Diez/Streinzi, EuR 2015, 50; früh bereits Kingreen, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, S. 123 ff.

⁸⁰ Die Pflicht eine Niederlassung zu unterhalten, wird als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gewertet, da die Grundfreiheiten als Marktzugangsrechte keine negative Komponente haben. Vgl. Callies/Ruffert/Kluth, 5. Aufl. 2016, Art. 57 Rn. 78 ff.

⁸¹ Dies entspricht auch dem Zurechnungskonzept von Kelsen, Kapitel. 1., B., II.; zum „Willen“ als Grundbegriff im Privatrecht vgl. Neuner, AcP 218 (2018), 1; Mankowski, AcP 211 (2011), 153

le der Zurechnungswertungen, sowohl im nationalen Recht, als auch im europäischen Privatrecht.⁸² Dies deckt sich mit der Bedeutung der Willensfreiheit im Rechtssystem insgesamt, wobei stark philosophische, an der Menschenwürde orientierte Wertungen mitschwingen,⁸³ etwa bei *Savigny*: „Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen.“⁸⁴ Und so heißt es auch bei Hegel: „Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige und seine nähere Stelle und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so dass die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht.“⁸⁵ Unternehmen können von dieser menschenwürdegestützten Freiheitsgarantie bei ihren organisatorischen Entscheidungen zumindest mittelbar durch ihre Gesellschafter und Organe profitieren. Die Privatautonomie als wesentlicher Begründungsfaktor für Rechtspositionen wird auch im ökonomischen Diskurs bestätigt, für den die beste Ressourcenallokation aus freiem Austausch folgt.⁸⁶ So ist denn die Privatautonomie auch funktionelle wie ideelle Grundlage des Europäischen Binnenmarkts.⁸⁷

Privatautonomie ist damit erstes Prinzip der Zurechnung – als Antiprinzip der Zurechnung ist es nur zu verstehen, wenn die Zurechnung ohne oder gegen den Willen des Rechtsträgers erfolgt; diese privatrechtliche Perspektive geht freilich in der grundrechtlichen auf. Maßgeblich bleibt freilich zunächst dennoch die privatrechtliche Konzeption der privaten Zuordnung, wofür indes nicht immer wirksame Willenserklärungen oder Verträge erforderlich sind, wie das Beispiel der geistigen Schöpfung zeigt, die auf einem rein natürlichen Willen beruht, und insbesondere nicht von den Kategorien der Geschäftsfähigkeit determiniert wird. Freilich sind damit die Grenzen des zentralen Legitimierungsgrundes aufgezeigt – denn schon bei der Frage nach dem Vorliegen eines freien Willens als Zurechnungsgrund entsteht meist Bedarf für Interpretation und normative Überformung, die Gegenstand des neueren, umfassenden Diskurses zur Privatautonomie sind und sich in der hier vertretenen Perspektive gerade selbst als Grundrechtseingriff darstellen.

II. Angemessener Grundrechtseingriff

Beruhet Zurechnung nicht auf reinem, ausdrücklichen privatautonomen Willen, so muss sie der einfachgesetzliche Ausdruck der Abwägung grundrechtlicher

⁸² Dazu Kapitel 2, A., I; Kapitel 2., B., VII.

⁸³ Mit einem menschenwürdezentrierten Ansatz, der freilich auf künstliche Rechtsträger nur vermittelt ihrer natürlichen Mitglieder wirkt und anwendbar ist, dazu Maunz/Dürig/*Remmert*, 94. EL 2021, Art. 19 Abs. 3 Rn. 100 ff.

⁸⁴ *Savigny*, System II, § 60 S. 2; vgl. auch System I, § 52 S. 331 f.

⁸⁵ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 4 und §§ 142 ff.

⁸⁶ Zu den Leitgedanken ökonomischer Theorie für das Privatrecht vgl. bereits in Kapitel 2, A., I. 1.

⁸⁷ Dazu Kapitel 2., A., I.

Positionen sein und den formellen sowie materiellen Kriterien an Grundrechtseingriffe genügen. Damit kann Zurechnung zugleich die Freiheit des Zurechnungssubjekts, wie auch den Schutz Dritter oder von Gemeinwohlbelangen gewährleisten.

1. Rechtssicherheit, insbesondere Vorhersehbarkeit der Zurechnung

Zurechnung muss zunächst stets dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit genügen. Rechtssicherheit folgt als Rahmenprinzip aus dem Rechtsstaatsgebot aus Art. 23 Abs. 3 GG und ist auf europäischer Ebene als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt.⁸⁸ Sie umfasst mehrere Aspekte, insbesondere die Vorhersehbarkeit von belastenden Maßnahmen der Staatsgewalt. Dieses setzt eine Zugänglichkeit der Rechtsgrundlagen voraus, nicht nur in formeller, sondern auch intellektueller Hinsicht – adressiert sind durch diese Anforderung alle Probleme des Information-Overload, die es dem Rechtsunterworfenen kognitiv verunmöglichen, die Informationen rechtlicher Verhaltensanforderungen adäquat zu verarbeiten.⁸⁹ So mag die mäandernde Zurechnungsdogmatik im Unternehmensrecht spezifische Komplexitätsherausforderungen stellen – andererseits ist davon auszugehen, und auch zumutbar, dass mit wachsendem Gewicht der Organisationsfragen auch zunehmend professioneller Rechtsrat eingeholt wird, was bedeutet, dass die Information über Zurechnungsvoraussetzungen und -folgen nicht zwingend auf Laienniveau kommuniziert werden müssen. Die kognitiven Grenzen eines natürlichen Rechtsträgers sind durch die organisatorische Erweiterung des Unternehmens gedehnt, so dass auch aus diesem Grund nicht dieselben strengen Vorgaben an Rechtsklarheit gelten müssen wie etwa im Verbraucherrecht. Dennoch ist das Erfordernis der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit auch für Unternehmen ernst zu nehmen – völlig überraschende Entscheidungen sind nur schwerlich zulässig, wenngleich die Judikative natürlich zu Rechtsprechungsänderungen befugt ist. Insgesamt soll Unvorhersehbarkeit in der Rechtsordnung auf ein Minimum reduziert werden. Die formelle Prämisse der Rechtssicherheit fußt auf dem grundsätzlich konservativen Moment des Rechts, welches Veränderungen in Rechtspositionen, auf die „berechtigtes Vertrauen besteht“, nur als Ausnahme zulässt.⁹⁰ Das berechnete Vertrau-

⁸⁸ Grundlegend BVerfGE 13, 261; Zur Herleitung aus den Grundrechten s. BVerfGE 72, 200; *Sobota*, Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- u. verwaltungsrechtl. Aspekte, 1997, S. 159; *Vofskuhle/Kaufhold*, JuS 2011, 794; zum Europarecht *Schwartz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002; mit einem Rechtsvergleich zu Frankreich, *Calmes-Brunet*, JuS 2014, 602.

⁸⁹ Zum Problem des Information Overload *Ben-Shabar/Schneider*, 159 *University of Pennsylvania Law Review* 647 (2011); m. w. N. *Hacker*, Verhaltensökonomik und Normativität, 2017, S. 429ff.;

⁹⁰ Kritisch zuletzt etwa *Pistor*, unter dem Topos „durability“, *The Code of Capital*, Chapter 1.

en zu bestimmen ist wiederum normatives Unterfangen, und der Fokus liegt oftmals auf Gründen, welche im Interesse der Öffentlichkeit oder anderer Grundrechtsträger das Vertrauen überspielen. Positionen des Eigentums und der Bestand des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs begründen generell Vertrauensschutz.⁹¹ Entscheidend für den Bestand von Vertrauensschutz können auch die Vorgaben des Unionsrechts sein.⁹² Die Anforderungen an den Vertrauensschutz sollen freilich bei der richterlichen Rechtsfortbildung geringer sein, da auch die Rechtsfortbildung noch im Rahmen der bestehenden Gesetze erfolgt; bei besonders schweren Folgen der Rechtsprechungsänderung soll sie lediglich angekündigt werden, in jedem Fall gilt eine strenge Begründungspflicht für Rechtsprechungsänderungen.⁹³

Bei der Festlegung der Reichweite von Rechten und Pflichten müssen Gerichte und Gesetzgeber diesen Anforderungen gerecht werden; völlig überraschende Zurechnungsergebnisse, die zu schweren Eingriffen in etablierte Rechtspositionen führen, sind unzulässig. Geht dem Urteil oder Gesetzgebungsakt indes ein umfassender und längerer rechtspolitischer Diskurs voran, wie etwa im Falle der CSR, so ist nicht von einem Überraschungseffekt der Zurechnungsentscheidung unter dem LkSG auszugehen. Rechtssicherheit wirkt hier auch als soziales Faktum.

2. Legitime Ziele der Zurechnung

Zurechnung muss als Grundrechtseingriff der Erreichung legitimer Ziele dienen. In der Grundfreiheitendogmatik hat sich seit der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung für Beschränkungen im weiteren Sinne („Maßnahmen gleicher Wirkung“), außerhalb von Diskriminierungen, die Formel der zwingenden Gründe des Gemeinwohls etabliert,⁹⁴ die ohne wesentliche Abstriche auch auf Grundrechtseingriffe anwendbar ist: das BVerfG fordert „legitime Zwecke“.⁹⁵ Dieses

⁹¹ Für das Konzernrecht, hinsichtlich einer umfassenden Leitungspflicht des Vorstands, anmahmend etwa Grigoleit/*Grigoleit*, 2. Aufl 2020, § 76 Rn. 97.

⁹² Maunz/Dürig/*Grzeszick*, 94. EL. Januar 2021, Art. 20 GG Rn. 94.

⁹³ Maunz/Dürig/*Grzeszick*, 94. EL. Januar 2021, Art. 20 GG Rn. 102, 106.

⁹⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Leible/*T. Streinz*, Art. 34 AEUV Rn. 107 ff.; so wohl auch v. der Groeben/Schwarze/Müller-Graff Art. 34 AEUV Rn. 231; EuGH Urt. v. 19.2.1981 – Rs. 130/80 – Keldermann, Slg. 1981, 527, 535 f. Generalpräventive oder wirtschaftliche Überlegungen sind alleine nicht hinreichend; zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses: EuGH Urt. v. 4.6.2002 – Rs. C-503/99 – Kommission/Belgien, Slg. 2002, I-4809, Rdn. 45 f.; v. der Groeben/Schwarze/Müller-Graff Art. 34 AEUV Rn. 204, 226; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Forsthoft, Art. 45 AEUV Rn. 381 ff.;

⁹⁵ Vgl. nur BVerfGE 100, 313 (373). Allerdings sind spezielle Grundrechte, die für den hier maßgeblichen Bereich des Unternehmensprivatrechts nicht maßgeblich sind, etwa Art. 4 GG, vorbehaltlos gewährleistet, was bedeutet, dass diese nur auf Grund kollidierender Verfassungsrechts, insbesondere gegenläufiger Grundrechtspositionen, eingeschränkt werden können – was in der EU-Grundrechteordnung nicht bekannt ist, paradigmatisch dazu EuGH Rs.

Konzept ist denkbar weit und nicht wirklich belastbar, hat freilich lediglich die Funktion eines groben Vorfilters und erfährt noch weitere Konkretisierung durch die Anforderungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit, vor allem freilich im Rahmen der Abwägung.

Daher seien hier lediglich exemplarisch Interessen aufgezählt, welche für die Zurechnung von Rechten, vor allem von Pflichten rechtfertigen können: in letzter Zeit zunehmend ökologische und soziale Belange, wie sich aus der umfassenden CSR-Diskussion herausstellt. Zentral ist auch die Funktionalität des Binnenmarktes, wie insbesondere die Zurechnungsentscheidungen des Kapitalmarktrechts demonstrieren;⁹⁶ zunehmend wichtig ist auch der Grundrechtsschutz der Verbraucher und nichtprofessionellen Geschäftspartner von Unternehmen, und Dritter – wie die Entwicklung der Plattformhaftung und das Datenschutzrecht insgesamt zeigt.⁹⁷ In der Grundfreiheitenrechtsprechung sind als zwingende Gründe des Allgemeininteresses die Lauterkeit des Wettbewerbs⁹⁸ und die schützenswerten Interessen von Verbrauchern⁹⁹ anerkannt. Die Zurechnungszwecke sind im Idealfall mit einer Problembeschreibung des status quo, also ohne Zurechnung, zu begründen.

3. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Öffentliche Zurechnungsentscheidungen müssen geeignet und erforderlich sein, legitime Ziele zu erreichen. Eingriffe müssen zur Erreichung gerade ihrer legitimierenden Zwecke geeignet sein oder diese zumindest fördern. Der Bestand legitimer Ziele erfasst dabei durchaus die zentralen Zurechnungswertungen Ethik, Ökonomik und Privatautonomie; die in Kapitel 4 systematisch beschriebenen Wertungen können daher berechtigter Weise zum Eingriff motivieren. Die für die Geeignetheit und Erforderlichkeit anzulegenden Maßstäbe sind dabei nicht streng, für die geforderte Förderung legitimer Zwecke reicht die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung aus; dies gilt für abstrakte Eingriffsge-

C-336/19 – Centraal Israëlitisch Consistorie van België ua/Vlaamse Regering, dazu *Ruffert*, JuS 2021, 470.

⁹⁶ Dazu oben Kapitel 3., D., I., b.

⁹⁷ Zur Plattformhaftung insbes. Kapitel 3., B., IV., 3.; zum Datenschutzrecht Kapitel 3., C., III., 5.

⁹⁸ Grundlegend: EuGH Urt. v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 – Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649, 662; sodann stRspr., etwa EuGH Urt. v. 15.12.1982 – Rs. 286/81 – Oosthoek, Slg. 1982, 4575, 4587; des Weiteren die Aufzählungen in EuGH Urt. v. 25.7.1991 – Rs. C-288/89 – Stichting Gouda, Slg. 1991, I-4007, 4041; Urt. v. 25.7.1991 – Rs. C-353/89 – Kommission/Niederlande, Slg. 1991, 4069, 4094; Urt. v. 9.7.1992 – Rs. C-2/90 – Kommission/Belgien, Slg. 1992, I-4431, 4477; EuGH Urt. v. 8.7.2004 – Rs. C-166/03 – Kommission/Frankreich, Slg. 2004, I-06535, Rn. 16; EuGH Urt. v. 30.4.2009 – Rs. C-531/07 – Fachverband Buch- und Medienwirtschaft, Slg. 2009, I-03717; EuGH Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – VALE, Tz. 39.

⁹⁹ Grundlegend: EuGH Urt. v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 – Cassis de Dijon, Slg. 1979, 649, 662; sodann st. Rspr., etwa EuGH Urt. v. 15.12.1982 – Rs. 286/81 – Oosthoek, Slg. 1982, 4575, 4587.

setze oder Eingriffsgrundlagen in der Rechtsprechung, Eingriffe im Einzelfall müssen die Zwecke nicht zwingend auch tatsächlich erreichen.¹⁰⁰ Im Sinne des Übermaßverbots ist eine Maßnahme nicht erforderlich, wenn der Gesetzgeber ein anderes, gleich wirksames, die betroffenen Grundrechte dabei nicht oder doch weniger einschränkendes milderes Mittel wählen könnte.¹⁰¹

Eignung und Erforderlichkeit der gewählten Maßnahme sind angesichts des prognostischen Charakters abstrakter Eingriffsentscheidung nur begrenzt überprüfbar, insoweit gilt für den Gesetzgeber ein beschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum.¹⁰² Allein schlechthin ungeeignete Maßnahmen sind schon bei diesem Prüfungsschritt als grundrechts- oder grundfreiheitenwidrig zu deklarieren, ein Umstand, dem der EuGH bei der Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten eher zugeneigt scheint als das BVerfG. Ob der dem Gesetzgeber eröffnete Beurteilungsspielraum gleichermaßen für den rechtsfortbildenden Richter gelten kann, ist fraglich – zwar mag er sachnäher sein, dies freilich nur im begrenzten Ausschnitt der ihn beschäftigenden Einzelfälle. Vor allem steht die personelle Legitimität der Gesetzgebung dem Gesetzgeber zu, selbst wenn dieser häufig bewusst Themen zur Konkretisierung an die Rechtsprechung delegiert.

4. Verhältnismäßigkeit der Zurechnung – Praktische Konkordanz

a) Abwägung

Das wesentliche Kriterium für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Grundrechte ist durch Analyse der Zweck-Mittel-Relation festzustellen, die eine „Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe“ unter Beachtung der „Grenze der Zumutbarkeit“ erfordert.¹⁰³ Die Wertigkeit aller betroffenen Rechtsgüter muss dabei erfasst werden sowie der Grad ihrer Wahrung und Betroffenheit mit und ohne den Eingriff. Entscheidend für die Angemessenheit eines Grundrechtseingriffs ist damit eine Gesamtbetrachtung, wobei der Tatbestand des Eingriffs und alle seine Rechtsfolgen zu berücksichtigen und den avisierten Gemeinwohlzwecken gegenüberzustellen sind. Vielfach wird die Interessenabwägung bereits als Kern der Zurechnung betrachtet, freilich nicht genau als Institut der Grundrechtsdogmatik eingeordnet.¹⁰⁴ Mit dieser Methode, die inzwi-

¹⁰⁰ Etwa BVerfGE 67, 157, 175; 110, 313, 373.

¹⁰¹ Etwa BVerfGE 100, 313, 373.

¹⁰² Dazu etwa *Hillgruber* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 201 Rn. 66 ff.

¹⁰³ So BVerfGE 90, 145, 173; vgl. insbesondere zur Zumutbarkeit *Merten* in: ders./Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. III, 2009, § 68 Rn. 71 ff.; vgl. auch *Schweitzer*, AcP 220 (2020), 544, 548 f.

¹⁰⁴ Etwa *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2016, Rn. 1332.

schen maßgeblich für den privatrechtlichen Diskurs allgemein ist,¹⁰⁵ kann ein hohes Maß an materieller Rechtsverwirklichung im Recht der Zurechnung gewonnen werden. Hier besteht die Möglichkeit, Organisationsentscheidungen, im Lichte ihres grundrechtlichen- und grundfreiheitlichen Gewichts, auf ihre Konsistenz mit entsprechend hochrangigen Allgemeingütern zu prüfen und ihr Verhältnis umfassend zu beleuchten. Bei der Bestimmung der Organisationspflichten im Haftungsrecht ist dies schon längst ein praktiziertes Analysemitel, wenngleich der Terminus der Abwägung zögerlich verwendet und eher von „Zumutbarkeit“ gesprochen wird.¹⁰⁶ Zentral ist an dieser Stelle die Erkenntnis, dass es keine Abwägungsverbote im Bereich der Organisationsfreiheit gibt, sofern nicht deren Menschenwürde-Kern betroffen ist,¹⁰⁷ was wiederum nur vermittels der Positionen natürlicher Gesellschafter möglich wäre. Im Grundsatz ist also insbesondere auch das Trennungsprinzip gegen gegenläufige Gemeinwohlbelange abwägbar, insbesondere Belange des Umweltschutzes und der Menschenrechte, zumal diese unter dem besonderen Visum des Art. 20a GG in die Abwägung einzustellen sind. Letztendlich können hier sämtliche Zurechnungswertungen des Triptychons von Ethik, Ökonomik und Privatautonomie eingebracht werden. Rein politische, etwa volkswirtschaftliche motivierte Handelshemmnisse, wie sie zuletzt in der Digitalisierungsagenda der Europäischen Union zu beobachten waren,¹⁰⁸ müssen mit sämtlichen Auswirkungen in die Abwägung eingestellt werden und sind daher schwerer zu rechtfertigen.

b) Vorgaben der Grundfreiheitenrechtsprechung

Auch der weite grundfreiheitliche Beschränkungs begriff rückt die Rechtfertigung von Zurechnung ins Zentrum. Hier gelten im Wesentlichen vergleichbare Vorgaben wie bei der grundrechtlichen Abwägung.¹⁰⁹ Und auch auf Unionsebene können die Zurechnungsprinzipien Ethik, Ökonomik und Privatautonomie rationalisierend wirken – müssen indes umgekehrt den Rahmen des Primärrechts achten. Auf dem Hintergrund einer inkohärenten Zurechnungssystematik ist indes besonders relevant, dass der EuGH Kohärenz inzwischen als eigenständiges Kriterium, ja „*Rechtfertigungsgrenze*“¹¹⁰ staatlicher Eingriffe behan-

¹⁰⁵ Dazu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, insbes. S. 117ff.; mit einem Prinzip relativer, zweiseitiger Rechtfertigung, *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 94ff.; *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, insbes. S. 137ff.

¹⁰⁶ Dazu oben, Kapitel 2, B., V., 4.

¹⁰⁷ Zur Kernbereichslehre *Maunz/Dürig/Herdegen*, 94. EL Januar 2021, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 21.

¹⁰⁸ Dazu Kapitel C., III., 2.

¹⁰⁹ Freilich nicht unter dem Topos der Angemessenheit, sondern der Erforderlichkeit, vgl. *Leible/Strein*, Das Recht der Europäischen Union, 67. EL Juni 2019, Art. 34 SEUV, Rn. 127.

¹¹⁰ So *Jarass*, NVwZ 2018, 1665, 1668.

delt. Inhaltlich ist diese freilich als „*hypocrisy-test*“¹¹¹ ausgestaltet, die gegen *regelungszielbezogene* Widersprüche in selben und vergleichbaren Sachbereichen gerichtet ist.¹¹² Im allgemeinen Privatrecht mag dieses begrenzte Kohärenzverständnis nur ausnahmsweise bei gravierenden Widersprüchen binden. Denn seine Zwecke sind mit der Verwirklichung der Privatautonomie und des Interessenausgleichs zwischen Vertragspartnern denkbar weit.¹¹³ Bei Zurechnungsnormen im besonderen Unternehmensrecht, die spezifische Regulierungsziele haben, stellt sich die Kohärenzfrage dagegen unmittelbarer.

c) Probleme und Vorzüge der Abwägungsmethode

Diese Maßgaben bleiben trotz des umfangreich vorzufindenden Korpus an Präjudizien selbstredend weit geschnitten, und so wirft die Interessenabwägung seit jeher erhebliche methodische Probleme auf.¹¹⁴ Sie weist im Vergleich zu ex ante detailliert ausformulierten Tatbeständen mehr Rechtsunsicherheit auf, hat allerdings nichtsdestotrotz sukzessive eine strenge Begriffsdogmatik zumindest ergänzt.¹¹⁵ So werden inzwischen Tatbestand und Rechtssatz – oder auch: Faktizität und Normativität, Normanwendung und Norm – vielfach vermengt. Die Freiräume unbestimmter Rechtsnormen werden durch genaues Sachverhaltsverständnis ausgefüllt.¹¹⁶ Dieser allgemeine Verschleifungsprozess wird durch die Herausbildung von Spezialwissen in immer komplexeren und durch Organisationen außerhalb des Staates geprägten Milieus verstärkt, die ein in gesetzlichen Normbegriffen kodifizierbares „*Allgemeinwissen*“ fast ganz ausschließen.¹¹⁷ Dies gilt freilich nur soweit, als nicht absolute, dem Willen der Parteien nicht zugängliche Allgemeinwohlbelange in Frage stehen. Aus ökonomi-

¹¹¹ GA Mengozzi, Rs. C-316/07 – Stoß; *Dietlein/Peters*, ZfWG, 2013, 231; *Schorkopf*, DÖV 2011, 261; „Wahrheitstest“; *Jarass*, NVwZ, 2018, 1665, 1668.

¹¹² Dazu *Philipp*, Systemgerechtigkeit bei den Marktfreiheiten der Europäischen Union, 2016, S. 146.

¹¹³ Mit einer umfassenderen Regulierungsperspektive aber *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016 (insbes. 1. Teil).

¹¹⁴ Dies war etwa schon in der Wertungsjurisprudenz stark umstritten, siehe bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, Kapitel 5 (S. 119 ff.); zu den verschiedenen im Gesellschaftsrecht zu berücksichtigenden Interessen im zeitlichen Wandel vgl. bereits m. w. N. *Wiedemann*, ZGR 1980, 147, 149 f.

¹¹⁵ Dazu *Ladeur*, RTh 2014, 467, 480 ff.; zum Kollisionsverhalten von Rechtsprinzipien vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 53 ff., *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309; siehe auch *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 99 ff. sowie *Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, 2017, insbes. S. 137 ff.; zum Methodendiskurs im Gesellschaftsrecht zuletzt *Risse/Höfling*, NZG 2017, 1131.

¹¹⁶ Dazu früh etwa – *Kantorowicz*, Der Kampf um das Recht, 1909; vgl. weiter bei *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 128 ff. und allgemein S. 262 ff.

¹¹⁷ Grundlegend dafür *Hayek*, Die Anmaßung von Wissen, 1974; dies exemplarisch für § 138 BGB bei Wagniskapitalfinanzierungen aufgreifend *Denga*, ZGR 2021, 725, 752 f.

scher und freiheitlicher Perspektive liegt es im Übrigen nahe, die Gestaltungsräume der Marktpraxis zu bewahren und dort allenfalls punktuell besondere gesetzgeberische Regelungen der Zurechnung einzuführen. Damit kann nicht nur das „bessere Wissen“ eines Milieus unter Effizienzgesichtspunkten gewahrt werden, sondern dürfte dies auch im Geiste eines Rechtswesens liegen, das sich als Teil des Gesamtgesellschaftssystems versteht. Die damit mittelbar verbundene Konfliktlösung über die Interessenabwägung kollidiert dann freilich mit Anforderungen von Vorhersehbarkeit und Gleichheit.¹¹⁸ Je mehr allerdings Marktteilnehmer professionell und an Komplexität gewöhnt sind, dazu noch branchenspezifisch intensiv anwaltlich beraten, wie im Unternehmensverkehr verbreitet zu erwarten ist, desto mehr ist ein höheres Maß an Unsicherheit zuzumutbar.¹¹⁹ So ist in Zurechnungsfragen stets eine verständige Würdigung der tatsächlichen wirtschaftlichen, ideellen und sozialen Verhältnisse Voraussetzung für eine angemessene Entscheidung.¹²⁰

¹¹⁸ Kritisch und mit weiteren Erwägungen *Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 279, 318, 528, 539.

¹¹⁹ Zur – neuerlichen – Verdrängung einer Begriffsdogmatik durch Abwägung *Ladewig*, *RTh* 2014, 467; sowie *ders.*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 69, No. 4 (1983), S. 463–483; vgl. mit dem konkreten Anwendungsfall von Wagniskapitalfinanzierungen *Denz*, *ZGR* 2021, 725, 753 f.

¹²⁰ Dies entspricht dem durch *Max Weber* vorgeprägten Konzept „soziologischer Aufklärung des Rechts“. *Max Weber*, *Rechtssoziologie*. Neuwied, 1960, S. 334; vgl. mit einem unternehmenssoziologischen Ansatz bei der AGB-Kontrolle *Renner*, *AcP* 213 (2013), 677, 691 f., 695, mit Verweis auf *Hayek*, *Ordo* 26 (1975), 12; *Luhmann*, *Soziologische Aufklärung*, 1969; für eine responsive Rechtswissenschaft *Grünberger*, *AcP* 218 (2018), 213 ff.

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die vorliegende Arbeit soll den privatrechtlichen Zurechnungsbegriff in Funktion und Gehalt klären, ihn insbesondere in das europäische Mehrebenensystem einordnen. Zurechnung ist mit *Kelsen* funktional als Frage danach zu verstehen, wie Rechte und Pflichten im Privatrecht Rechtsträgern zugeordnet werden. Diese funktionelle Logik kann in den wichtigsten Gebieten des Privat- und Unternehmensrechts unter verschiedenen, teils wenig offensichtlichen Formen wiedergefunden werden. In allen Formen der Zurechnung können Wertungen aufgedeckt werden, welche dem Triptychon von Ethik, Ökonomik und Privatautonomie zuzuordnen sind. Das Europarecht überformt die nationale Zurechnungsdogmatik, insbesondere in dem es das Trennungsprinzip übergeht. Zurechnung wirft Legitimationsprobleme auf, die durch einen dogmatischen Prinzipien Diskurs allein nicht in befriedigender Weise gelöst werden können, sondern vielmehr binär zu beantworten sind: entweder Zurechnung beruht direkt auf privatautonomen Konsens – oder auf Regulierung, die nach der Grundrechts- und Grundfreiheitendogmatik zu rechtfertigen ist, wobei die Zurechnungsprinzipien von Ethik, Ökonomik und Privatautonomie als wesentliche Abwägungsposten wirken.

Einleitung

1. Zurechnung ist ein dogmatischer Zentralbegriff, der bislang im privatrechtlichen Diskurs unscharf geführt wird und insbesondere im Unternehmensrecht zu problematischen Ergebnissen führt.¹

2. Die vorliegende Arbeit leitet aus einer Betrachtung zentraler Zurechnungsregelungen des Privat- und Unternehmensrechts einen allgemeinen Funktionsgehalt der Zurechnung ab. Über das Haftungsrecht hinaus müssen insbesondere Fragen der Drittzurechnung, also der Konkurrenz von Anspruchsinhabern und -verpflichteten, im Vordergrund stehen. Neben der Zurechnung von Pflichten, als „negative“ Zurechnung, steht auch die Zurechnung von Rechten, als „positive“ Zurechnung.²

¹ Einleitung, A.

² Einleitung, B.

3. Die Betrachtung geht dabei vom positiven Recht aus und zeigt sich bei dem Anliegen der Systembildung offen gegenüber inter- und intradisziplinären Ansätzen. Kern der Arbeit ist es, ausgehend vom aktuellen Forschungsstand zu Einzelproblemen der Zurechnung, die dem positiven Recht zu Grunde liegenden Wertungen aufzudecken und zu systematisieren.³

Teil 1: Begriff der Zurechnung

Kapitel 1: Begriff der Zurechnung und Zurechnung als Regulierung

4. Die Unschärfe des Zurechnungsbegriffs im Privatrecht ist vor allem darauf zurückzuführen, dass Zurechnung ein zunächst von Paralleldiskursen, insbesondere im Strafrecht, geprägter Begriff ist. Die Prämissen des Strafrechts, insbesondere dessen fast ausschließliche Orientierung am Schuldprinzip, verbieten pauschale Übertragungen der dortigen Zurechnungswertungen in das Privatrecht. Dies gilt, gerade weil das Privatrecht neben ethischen weitere Wertungssaspekte zulässt.⁴

5. Hingegen ist der privatrechtliche Zurechnungsbegriff zunächst nicht anhand expliziter gesetzgeberischer Wertung abstrakt zu fassen. Auch in der Literatur liegt eine Vielzahl von Umschreibungen vor. Hieraus folgt eine Unbestimmtheit, die zum Einfallstor für rechtspolitische Überladung wird, häufig auch mit Haftungsintentionen.⁵

6. Zentral für eine Dogmatik der Zurechnung ist ihre Abgrenzung zur Kausalität. Zurechnung ist mit Kausalität verwandt, hat jedoch einen spezifischen Eigengehalt, der auf Normativität beruht. Kausalität im engeren Sinne hingegen ist allein naturwissenschaftlich bestimmt, wenngleich auch bei der Kausalität eine normative Aufladung anzutreffen ist. Kausalität ist Minimalvoraussetzung der Zurechnung.⁶

7. Die Zurechnungslehre *Kelsens* knüpft an die Unterscheidung zwischen rechtlichen und naturwissenschaftlichen Verknüpfungen an und definiert Zurechnung als technisches Rechtsinstrument für die Zuweisung von Rechten und Pflichten. Sie ist die am stärksten durchgebildete und a priori wertungsfreie Zurechnungslehre. Sie wird daher dieser Arbeit zu Grunde gelegt. Zurechnung bestimmt hiernach das rechtliche Vermögen von Rechtsträgern: sie steckt ihren Rechtskreis durch Zuweisung von Rechten und Pflichten ab. Zurechnung betrifft hingegen nicht Tatsachen, als rechtsfremde Betrachtungsgegenstände.⁷

³ Einleitung, C. und D.

⁴ Kapitel 1., A., I.

⁵ Kapitel 1., A., II.

⁶ Kapitel 1., B., I.

⁷ Kapitel 1., B., II.

8. Insbesondere ermöglicht eine Zurechnungskonzeption nach *Kelsen*, wegen ihrer funktionellen Offenheit, auch die konzeptionelle Bewältigung der dogmatischen und terminologischen Verschleifungstendenzen zwischen Zurechnung einerseits und Organisations- sowie Sorgfaltspflichtenverletzungen andererseits.⁸

9. Zurechnung verarbeitet Zurechnungspunkte, Zurechnungsobjekte und Zurechnungsbedingungen und ist mithin durch ihre normative Zuweisungsfunktion als Regulierungsinstrument zu verstehen. Sie kann damit als allgemeiner regulatorischer Ansatz wirken, gerade dort, wo der Gesetzgeber im Einzelfall keine explizite Zuweisung von Rechten und Pflichten vorgibt. Die daraus folgende Unschärfe stellt gerade im Unternehmensrecht große Probleme.⁹

Teil 2: Zurechnung im positiven Recht

Kapitel 2: Zurechnung im allgemeinen Privatrecht

10. Zentrales Instrument für die Zuordnung von Rechten und Pflichten der freiheitlichen Rechtsordnung der Privatrechtsgesellschaft ist die Willenserklärung. Sie ordnet die Rechten und Pflichten der Rechtsträger kraft deren Privatautonomie.¹⁰

11. Die Willenserklärung dient jedenfalls dann der Privatautonomie und wird durch diese gerechtfertigt, wenn sie ausdrücklich abgegeben wird. Fälle der konkludenten Erklärung tragen hingegen ein Element des Verkehrsschutzes in sich, da die Interessen des Rechtsverkehrs bei der Bestimmung des Erklärungsinhalts eine entscheidende Rolle spielen. Hier kann auch abstrakter, ökonomischer, der Schutz des privaten Transaktionssystems als Zurechnungsgrund erkannt werden.¹¹

12. Gesetzgeberische Vorbehalte zur Wirksamkeit von Willenserklärungen beschränken den Parteiwillen durch staatliche Interessen.¹²

13. Für Fragen der Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen ist das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter zentral. So soll die Privatautonomie Dritter gewahrt werden, wenngleich in bestimmtem Umfang auch Relativierungen bei rein faktischen Nachteilen erkennbar sind und bei komplexen Transaktionen eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vorzugswürdig scheint.¹³

14. Weiterhin können Nichtigkeitsgründe für Willenserklärungen privatautonom gewillkürte Zurechnung unterbinden. Insbesondere durch die §§ 134,

⁸ Kapitel 1., B., II., 5.

⁹ Kapitel 1., C., I. und II.

¹⁰ Kapitel 2., I.

¹¹ Kapitel 2., II.

¹² Kapitel 2., III., 1.

¹³ Kapitel 2., A., III., 2.

138 BGB treten Gemeinwohlbelange, freilich auch der Schutz dritter Parteien, vor den privatautonom geäußerten Willen und beschränken so die gewillkürte Zurechnung von Rechtspositionen.¹⁴

15. Bei Haftungsbeschränkungen mit Drittbezug ist nach deren Form der Anordnung zu differenzieren. Während der Haftungsausschluss für das Verhalten Dritter in AGB streng beschränkt ist, ermöglicht § 276 Abs. 3 BGB den Haftungsausschluss für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen. Die Kardinalspflichtenrechtsprechung des BGH erschwert zusätzlich die formularmäßige Auslagerung von Leistungspflichten sowie der korrespondierenden Haftung auf Dritte.¹⁵

16. Abgesichert wird die Zuordnungsfunktion der Willenserklärung durch das Recht der Stellvertretung. Das Handeln im fremden Namen ist der prototypische Fall der Drittzurechnung, zugleich der Grundfall der im Privatrecht geregelten Arbeitsteilung. Im Grundsatz verwirklicht das Recht der Stellvertretung die Privatautonomie des Geschäftsherrn, und rechnet ihm auf Grund des gewillkürten Einsatzes eines Dritten die Rechtsfolgen aus dessen Willenserklärungen zu. Einschränkungen zum Primat der Privatautonomie ergeben sich wiederum aus Gründen des Verkehrsschutzes, mit Anerkennung von Rechtscheinvollmachten und des „Geschäfts für den, den es angeht“.¹⁶

17. Weitere Modi der Stellvertretung führen nur soweit zur Zurechnung, als sie wie rechtserhebliche Handlungen Rechte oder Rechtspflichten betreffen, nicht hingegen bloße Tatsachen. Mittelbare Stellvertretung führt allenfalls zum Durchgangserwerb von Positionen.¹⁷

18. Damit ist dem Recht der Willenserklärungen insgesamt ein Ausgleich zwischen der, zwar dominanten, Privatautonomie und dem Verkehrsschutz immanent, der sich auch ökonomisch motiviert zu Gunsten der Funktionalität des Transaktionssystems im Privatrecht verstehen lässt. Ethische Aspekte bestimmen dabei unter dem Topos des Vertrauensschutzes die Legitimität der Zurechnung, wo die Zurechnungsentscheidung nicht auf dem übereinstimmenden Willen der Beteiligten beruht – daher ist etwa der Vertrag zu Lasten Dritter ausgeschlossen, und bedeutet Schweigen ein rechtliches Nullum.¹⁸

19. Das Haftungsrecht ist Sitz wesentlicher Zurechnungsnormen des Privatrechts, zugleich reduziert sich die Frage nach Zurechnung allzu häufig auf Haftung. Das Haftungsrecht bleibt trotz weitgehender Europäisierung im Kern Sache nationaler Dogmatik, die freilich zunehmend überformt wird. Es ist für die Systembildung der Zurechnung zentral.¹⁹

¹⁴ Kapitel 2., A., III., 3.

¹⁵ Kapitel 2., A., III., 4.

¹⁶ Kapitel 2., A., IV., 1.

¹⁷ Kapitel 2., A., IV., 2.

¹⁸ Kapitel 2., A., V,

¹⁹ Kapitel 2., B., I.

20. Zentrales Problem im Haftungsrecht sind Mehrpersonenverhältnisse, die Zurechnungsfragen in den Mittelpunkt stellen und die durch explizite Zurechnungsnormen adressiert werden. Auszugehen ist von dem Grundsatz: Für Dritte ist nicht einzustehen. Dieser konkretisiert das allgemeine Trennungsprinzip des Privatrechts. Zurechnung ist bereits nach dieser autonom-privatrechtlichen Wertentscheidung immer gesondert rechtfertigungsbedürftig.²⁰

21. Das Haftungsrecht bietet Projektionsfläche für die ökonomische Analyse des Privatrechts, mit dem Paradigma der Marktsteuerung durch optimierte Kalibrierung der Haftungsrisiken. Freilich ist auch das Haftungsrecht maßgeblich durch ethische Aspekte geprägt, die sich dem Topos der Verantwortlichkeit unterordnen. Darauf weisen nicht zuletzt die Arbeiten von *Larenz* und *Canaris*.²¹

22. Haftungsrechtliche Zurechnung in Mehrpersonenverhältnissen ist determiniert durch die Vorschriften der §§ 31, 278, 831 BGB, die sich in einem Spektrum der Näheverhältnisse von Peripherie bis Kern der Unternehmenssphäre lesen lassen, wobei § 278 BGB am äußeren Rand zu verorten ist, gefolgt von § 831 BGB, da dort Arbeitsteilung mit engerer Bindung an den Prinzipal als bei § 278 BGB erfolgt, und noch enger, nämlich in einem organisatorisch-gesellschaftsrechtlichen Kontext, bei § 31 BGB.²²

23. § 278 BGB weist dem Geschäftsherren Verantwortung für seine Erfüllungsgehilfen zu, wobei inhärente Zurechnungswertung zunächst die ethische Verantwortung für einen Risikobereich und die Kehrseite der Nutzenziehung ist („Lasten-Nutzen-Paradigma“). Zudem lässt sich die Vorschrift ökonomisch deuten, denn der Geschäftsherr ist gegenüber den Gefahren aus der Arbeitsteilung der *cheapest cost avoider*. Eine Interpretation der Norm ist nicht allerdings ohne Berücksichtigung des privatautonomen Willens des Geschäftsherren möglich.²³

24. § 831 BGB weist dem Geschäftsherren die Verantwortung für seine Verrichtungsgehilfen zu, die von seinen Weisungen abhängig sind. Er folgt im Grundsatz den Wertungen des § 278 BGB, indem er durch das Lasten-Nutzen-Paradigma erklärbar ist, wiederum in einer ethischen und ökonomischen Dimension. Die Haftungsbeschränkung durch Exkulpationsmöglichkeit des Geschäftsherren ist industriepolitisch mit dem Schutz „des Gewerbes“ begründet worden.²⁴

25. § 31 BGB hat ebenfalls aus rechtspolitischen Gründen dem Wortlaut nach einen engen Anwendungsbereich und sieht gerade nicht die strikte Haftung des Geschäftsherrn für sämtliches Personal vor. Der Begriff der „verfassungsmäßig berufenen Vertreter“ wurde durch die Rechtsprechung freilich zunehmend

²⁰ Kapitel 2., B., II.

²¹ Kapitel 2., B., III.

²² Kapitel 2., B., IV., 1.

²³ Kapitel 2., B., IV., 2.

²⁴ Kapitel 2., B., IV., 3.

ausgeweitet und erfasst alle Repräsentanten mit relevanter Eigenverantwortung. Die im Unterschied zu § 278 BGB und § 831 BGB geltende strikte Haftung lässt sich mit der großen Nähe des Organs zum Geschäftsherrn und damit seiner engeren Verantwortungssphäre begründen. Weder die historische Organ- noch die Vertretertheorie sind bei der Normanwendung hilfreich, maßgeblich bleibt das Lasten-Nutzen-Paradigma in seiner ethischen und ökonomischen Dimension.²⁵

26. Die Zurechnungswertung der §§ 830, 840 BGB bedeutet eine gesamtschuldnerische Haftung mehrerer am Delikt Beteiligter und soll dem Geschädigten eine Restitution seiner Interessen erleichtern. Die Wirkung der Zurechnung ist dabei nicht tatbestandsmäßig, sondern der Höhe nach, indem auch bei minimaler Beteiligung die volle Schadensersatzpflicht zugewiesen wird. Wertungsschwerpunkte sind hier wiederum Ökonomik und Ethik, zum einen soll die Gefahr aus kooperativen Schädigungen generalpräventiv sanktioniert werden, zum anderen transportieren die ausnahmsweise maßgeblichen strafrechtlichen Figuren – der Beteiligung, Mittäterschaft, Anstiftung und Beteiligung – die ethischen Wertungen des Strafrechts.²⁶

27. Zentrale Entwicklung der deutschen Haftungsdogmatik ist die Überlagerung der besonderen Zurechnungsnormen durch Sorgfalts-, Verkehrs-, und Organisationspflichten, welche auch mittelbare Verletzungsbeiträge zu unmittelbaren Verletzungen durch Dritte abbilden. Damit werden die rechtspolitischen Wertungen enger Haftung unter den §§ 31, 831 BGB überspielt, wenngleich in der deutschen Dogmatik insbesondere im unternehmerischen Bereich am Trennungsprinzip festgehalten wird, sich also drittbezogene Überwachungs- und Kontrollpflichten im Grundsatz an der Grenze des Rechtsträgers erschöpfen sollen sowie in den anerkannten Ausnahmefällen besonders begründungsbedürftig sind. Die konkrete Pflichtenbindung soll im Einzelfall anhand der Zumutbarkeit ermittelt werden, die wiederum die Wertigkeit der betroffenen Güter und die ethische Verantwortlichkeit für die Situation in den Blick nimmt. Die Erkennbarkeit der Gefahr ist daneben Minimalvoraussetzung. Begründet werden die Verkehrspflichten pluralistisch, mit der Verantwortlichkeit für eröffnete Gefahrbereiche, dem Lasten-Nutzen-Paradigma sowie insbesondere der Figur des *cheapest cost avoider*. Neuere Tendenzen, insbesondere aus dem Europarecht, legen eine zunehmende Erweiterung des Pflichtenkreises nahe.²⁷

28. Im nahen Umfeld der Verkehrspflichten sind auch die Grundsätze über die Störerhaftung zu verorten, welche Verantwortlichkeit für Drittverhalten durch Ermöglichung begründen, ohne Verschuldenserfordernis und freilich ohne Haftungsfolge, sondern gerichtet auf Beseitigung und Unterlassung. Der

²⁵ Kapitel 2., B., IV., 4.

²⁶ Kapitel 2., B., IV., 5.

²⁷ Kapitel 2., B., V. 1. – 3.

Kreis der zuzurechnenden Pflichten wird gegenüber den Verkehrspflichten auf dem Betrieb des Geschäftsherrn außenstehende Dritte tendenziell erweitert, unter dem Topos der Prüfpflichten. Während bei den Verkehrspflichten für die Haftung für Dritte eine spezifische Gefahrbegründung erforderlich bleibt, und eher als Ausnahme behandelt wird, ist die Zurechnung des Drittverhaltens schon strukturell in der Störerhaftung angelegt. Viel spricht allerdings für eine Konvergenz der Haftungskonzepte, zumal auf europäischer Ebene und im harmonisierten Bereich geistigen Eigentums nach der EuGH-Rechtsprechung lediglich eine Täterhaftung bekannt ist. Wie bei den Verkehrssicherungspflichten sind ethische und ökonomische Erklärungsansätze prägend.²⁸

29. Haftungsrechtliche Zurechnung stellt zuletzt im Kontext multikausaler Großgeschehen eine besondere Herausforderung dar, in Situationen mit einer Vielzahl von Akteuren auf Verletzer- und Geschädigtenseite. Im Grundsatz ist von einer Haftung jedes beteiligten Verletzers auszugehen, da das deutsche Recht keine *causa proxima* kennt. Korrekturansätze können sich hier aus dem Übermaßverbot rechtfertigen, eine systemumwälzende Änderung hin zu einer Proportionalhaftung würde freilich wichtige Anreizmechanismen und auch ethische Wertungen, insbesondere die Geschädigtenschutzfunktion der §§ 830, 840 BGB, untergraben. Gangbar, wenngleich ethisch fragwürdig, scheint freilich ein Weg über eine soziologische Reduktion von Sorgfaltspflichten, an der Linie von sozialadäquaten Risiken. Im Kontext der Haftung für komplexe Algorithmen kann erwogen werden, die Fallgruppe der Herausforderungsfälle anzupassen.²⁹

30. Das Bereicherungsrecht ist in Mehrpersonenverhältnissen von der Frage nach der Zurechnung des unmittelbaren Herausgabeanspruchs gegen den Bereicherten geprägt. Nur ausnahmsweise wird der Herausgabeanspruch dem ersten Glied einer Kette direkt zugestanden, in der Regel bleibt es bei einer Abwicklung „über’s Eck“. Maßgeblich für die Zurechnung ist hier der Leistungsbegriff, der über den Vorrang der Leistungskondition als tatbestandliche Stellschraube für die Zuteilung der Anspruchsberechtigung wirkt. Dabei wirkt die Privatautonomie als entscheidender Faktor für die besondere Rolle der Leistung, denn fehlt ein Leistungswille, kann auch ein objektiver Anschein der Leistung nicht kompensierend wirken. Zentral ist die Abwägung zwischen Vertrauensschutz hinsichtlich der Wahl der Geschäftspartner, der bei unentgeltlicher Leistung geschmälert ist, einerseits und der Wahrung der Privatautonomie andererseits. Zurechnung ist damit in der Tendenz eher um den Schutz des Leistenden strukturiert als den des Bereicherten.³⁰

²⁸ Kapitel 2., B., V., 4.

²⁹ Kapitel 2., B., VI.

³⁰ Kapitel 2., C.

31. Besitzverhältnisse sind neben der Berechtigung zum Besitzschutz vor allem in dienender Funktion gegenüber den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen zu verstehen, wo der Besitz Gutglaubensträger ist. Neben der sozial-normativ geprägten Figur des Besitzdieners ist insbesondere der mittelbare Besitz dafür wichtiges Institut. Dieser hängt vom Fremdbesitzwillen des unmittelbaren Besitzers, und damit insgesamt maßgeblich von der Privatautonomie ab. Freilich müssen beide Tatbestände für den Rechtsverkehr erkennbar sein, weshalb der abstrakte Schutz des Transaktionssystems ebenfalls Ziel der Vorschriften ist.³¹

32. Zurechnung im Sachenrecht ist im Bereich der rechtsgeschäftlichen Verfügungen durch den Ausgleich zwischen der Funktionalität des dinglichen Transaktionssystems und des Eigentümerschutzes geprägt. Dieser Konflikt liegt den Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb beweglicher Sachen zu Grunde, wo der Vertrauensschutz wie im Bereicherungsrecht zunächst von der willentlichen Schaffung eines Vertrauenstatbestandes in Form des Besitzes abhängt. Gleichzeitig ist über das Tatbestandsmerkmal des guten Glaubens ein ethisches Element vorhanden, welches den Schutz des abstrakten Transaktionssystems überwiegt.³²

33. Der gesetzliche Erwerb von Sacheigentum durch Verbindung, Vermischung und Verarbeitung ist geprägt vom ökonomischen Anliegen, den Mehrwert neu entstehender Sachen zu wahren. Für die Verarbeitung wird das Eigentum an neu hergestellten Sachen tatbestandlich über den Herstellerbegriff zentralisiert zugerechnet, wobei der Begriff nicht unmittelbar der vertraglichen Vereinbarung über Herstellerklauseln zugänglich, sondern stets nach einer objektiven Sicht zu bestimmen ist. Dies dient wiederum dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachenrechts. Entscheidend ist der organisatorische Leistungsaspekt der Herstellung, damit auch ethische Entlohnungsaspekte.³³

34. Die Zurechnung subjektiver Merkmale, spezieller: des Wissens, stellt einen Brennpunkt des Zurechnungsdiskurses dar. Abgeleitet aus der für Stellvertretungsverhältnisse zugeschnittenen Wissensnorm des § 166 BGB folgt eine Wissenszu- und -zusammenrechnung bei arbeitsteiligen Organisationen. Die Norm lässt sich im Sinne einer Wissensorganisationspflicht lesen, die eine strikte Haftung des Geschäftsherrn als *least cost information seeker* für alle Stellvertreter, darüber hinaus alle Repräsentanten anordnet. Wenn Leitidee dabei auch das Lasten-Nutzen-Paradigma ist, muss der Repräsentantenbegriff in alle Prozesse der gewillkürten Arbeitsteilung mit gezielter Außenwirkung überführt werden, deren Grundform die Stellvertretung ist.³⁴

³¹ Kapitel 2., D., II., 1.

³² Kapitel 2., D., II., 2., a.

³³ Kapitel 2., D., II., 2., b.

³⁴ Kapitel 2., E., II.

35. Abseits einer Ausweitung des Repräsentantenbegriffs ist die Ausweitung des Wissensbegriffs selbst eine mit Bedeutungszuwachs digitaler Datenspeicher- und verarbeitungstechnologie zunehmend wichtige, komplementäre Zurechnungsmethode. Wenn schon das Wissen von Repräsentanten in wertender Betrachtung als juristischer Technologieersatz zusammengefasst und zugerechnet wird, dann muss auch der tatsächliche Einsatz von Technologie, sehr wohl in den Grenzen des Datenschutzrechts, verpflichtend sein und wissensbegründend wirken.³⁵

36. Kenntnis kann, als (immaterielle) Tatsache, kein Gegenstand rechtlicher Zurechnung sein. Daher verfängt der Einwand nicht, bei speziellen Normen über „positive Kenntnis“ sei die Begründung von Kennenmüssen und die Erweiterung des Kenntnisbegriffs selbst, gegen den Gesetzeswortlaut nicht möglich. Wissenszurechnung ist immer als Begründung von Wissens- und Organisationspflichten zu verstehen.³⁶

Kapitel 3: Zurechnung in Zentralgebieten des Unternehmensprivatrechts

37. Zurechnung im Unternehmensprivatrecht muss von den Leitgedanken des Handels- und Gesellschaftsrechts zumindest mitdeterminiert sein. Maßgeblich sind somit ein erhöhter Schutz des Transaktionssystems (verschlagwortet unter der „Schnelligkeit und Sicherheit des Handelsverkehrs“). Zudem muss Zurechnung die Grundkonflikte auch des Gesellschaftsrechts absorbieren, die in der Bewältigung des *principal-agent-dilemmas*, allerdings zunehmend auch der Bewältigung externer Effekte, andererseits einer Ermöglichungsfunktion organisierter wirtschaftlicher Betätigung, bestehen. Bereits anhand dieser allgemeinen Erwägungen wird deutlich, dass im Unternehmensprivatrecht mehr als in den allgemeinen Gebieten des Privatrechts ökonomische Folgenerwägungen der Zurechnung maßgeblich sind. Gleichwohl behalten ethische Aspekte und die Privatautonomie als Zurechnungsgründe ein großes Gewicht.³⁷

38. Als grundlegende Zurechnungsoperation ist bereits die Anerkennung künstlicher Rechtsträger durch die Mittel des Gesellschaftsrechts zu erfassen. Diese bilden im *Kelsenschen* Verständnis nichts Geringeres als Zurechnungspunkte im Rechtssystem. Besonders hervorzuheben ist hierbei die „staatsfreie“ Genese von GbR und oHG, die ökonomischen Wertungen wie auch der Privatautonomie entspricht.³⁸

39. Die Stellvertretung im Unternehmensprivatrecht korrespondiert mit den Erfordernissen des Verkehrsschutzes, wie die besonderen Arten der Vertretungsmacht, insbesondere die inhaltlich nicht beschränkbare Prokura, zeigen.

³⁵ Kapitel 2., E., III.

³⁶ Kapitel 2., E., III.

³⁷ Kapitel 3., A., I.

³⁸ Kapitel 3., A., II.

Freilich bleiben die allgemeinen Kategorien des Missbrauchs der Vertretungsmacht relevant, was die ethische Prägung auch des Handelsrechts belegt. Die Auslegungsfigur des „unternehmensbezogenen Geschäfts“ kann vor allem als transaktionskostenreduzierend gedeutet werden.³⁹

40. Besondere Zurechnungsprobleme stellen sich bei der Ausgestaltung von Transaktionen durch komplexe Verträge, die als Hybriderscheinungen „zwischen Markt und Unternehmen“ zu verorten sind. Komplexität erwächst aus Umfang, Dauer oder Gegenstand der Vertragsstrukturen. Relevant ist dabei die starke theoretische Durchbildung in ökonomischer und unternehmenssoziologischer Perspektive, die freilich nicht zur Herausbildung eines eigenständigen „Rechts der Vertragsnetze“ geführt hat, indes wichtige Impulse für die Anwendung der allgemeinen Regeln auf komplexe Vertragsgefüge gibt.⁴⁰

41. Zulieferverhältnisse stellen den historischen Grundfall komplexer Verträge dar; hier sind bei der Zurechnung von Kündigungs- und Sanktionsrechten die wirtschaftlichen Machtverhältnisse nicht pauschal, sondern im spezifischen Einzelfall zu beachten. Auch kleine Zulieferer können besondere Macht innehaben, wodurch ihr Verhalten missbräuchlich erscheinen kann. Umgekehrt können die faktischen Abhängigkeitsverhältnisse in einer reputationsgestützten Branche für das Verhalten von Zulieferer und Hersteller entscheidend sein.⁴¹

42. Allerdings werden wichtige Fragen von Zulieferbeziehungen bereits durch das Produkthaftungsregime des Deliktsrechts adressiert, welches sowohl über die Sorgfaltspflichtendogmatik als auch über den Herstellerbegriff des ProdHaftG eine gesamtschuldnerische Außenhaftung von Assembler und Zulieferer sicherstellt.⁴²

43. Die Haftungszurechnung für illegale Endnutzungen der Produkte von Lieferketten lässt sich ebenfalls anhand der Sorgfaltspflichtendogmatik entscheiden. Hier sind freilich die subjektiven Anforderungen von § 276 BGB zu beachten, da die Erkennbarkeit des Schadenseintritts auf Grund eigenen Verhaltens oder Unterlassens äußerster Fahrlässigkeitsmaßstab ist. Haftungsneutrale Zulieferleistungen sind auf dem Hintergrund der wirtschaftlichen Marktpraxis und der spezifischen Vertrauensbeziehungen in den Zulieferverhältnissen zu bewerten. Ökonomisch „nützliche Illegalität“ dürfte allerdings durch eine Verdichtung der Beratungspraxis in der Folge der letzten Unternehmenskandale immer weniger Raum einnehmen.⁴³

44. Prominent diskutiert wurde zuletzt die „Verantwortung“ in Lieferketten; hier haben ethische Belange dazu geführt, Herstellern neuartige „Bemühenspflichten“ gegenüber ihren Zulieferern aufzubürden, die weit über den Organi-

³⁹ Kapitel 3., A., III.

⁴⁰ Kapitel 3., B., I.

⁴¹ Kapitel 3., B., II., 1.

⁴² Kapitel 3., B., II., 2.

⁴³ Kapitel 3., B., II., 3.

sationskreis ihrer Rechtsträger hinausreichen, bei deren Verletzung allerdings keine Haftung besteht. Die damit verbundenen Informationspflichten korrespondieren mit dem etablierten Modell nichtfinanzieller Berichtspflichten unter der CSR-Richtlinie und sollen, nicht zuletzt in Verbindung mit den Mechanismen des Kapitalmarkts, Informationsproduzenten zur Verhaltenskorrektur anhalten.⁴⁴

45. Digitale Plattformen stehen seit geraumer Zeit im Fokus eines Haftungsdiskurses, insbesondere im geistigen Eigentum unter dem Begriff des „Intermediärs“. Dabei beruht ihr Funktionsmodus auf einem Netzwerk von Verträgen mit Nutzern in mehreren Märkten, einer „AGB-Organisation“. In Frage steht die Haftung für Nutzerverhalten, damit ein Problem der Drittzurechnung par excellence. Im Bereich geistigen Eigentums ist eine kopernikanische Wende vom Intermediärsprivileg der E-Commerce-Richtlinie hin zu einer Haftungsvermutung mit Exkulpationsmöglichkeit unter Art. 17 DSM-Richtlinie vollzogen worden. Maßgeblich war dafür ein rechtspolitischer Diskurs unter der ökonomischen und ethischen Prämisse das „value gap“.

46. Hinzu tritt nun unter dem NetzDG sowie dem künftigen DSA eine prozedurale Verpflichtung für die Lösung von Konflikten zwischen Nutzern, die zumindest auf europäischer Ebene mit einer Grundrechtsverpflichtung der Plattformen verargumentiert wird.⁴⁵

47. Das deutsche Konzernrecht ist ein generischer Regelungsbereich, der ökonomischer Optimierung durch Organisation dient und verfassungsrechtlich abgesichert ist. Er ist vor allem vom Trennungsdogma geprägt, wonach Konzerngesellschaften, gleich welcher Ebene, nicht füreinander einzustehen haben. Durchbrechungen ist nur in engen Ausnahmen, vor allem der spezifischen Konzerngefahr durch Substanzabzug vom beherrschten hin zum beherrschenden Rechtsträger, zu begegnen. So dient das Regime der §§ 291 ff. AktG mittels Vorgaben zur Liquiditätserhaltung dem Minderheiten- und Gläubigerschutz.⁴⁶

48. Allerdings wirken auf das Konzernrecht europarechtliche Wertungen ein, welche dem Trennungsprinzip entgegenstehen und in maßgeblichen Bereichen des Unternehmenslebens eine Einheitsbetrachtung des Unternehmens bewirken – ein Prozess, der sich als Zurechnung unter dem *Kelsenschen* Konzept erfassen lässt.⁴⁷

49. Breite Wirkung hat der wettbewerbliche Unternehmensbegriff unter der *Akzo Nobel*-Rechtsprechung des EuGH, welcher die Haftung von Konzernmüttern oder Schwestern impliziert, wenn diese – allgemein – einen bestimmten Einfluss auf die delinquente Tochter ausüben, was ab einer Beteiligung von annähernd 100 % vermutet wird. Die Einheitsbetrachtung ist Kehrseite des

⁴⁴ Kapitel 3., B., III.

⁴⁵ Kapitel 3., B., IV.

⁴⁶ Kapitel 3., C., I. und II.

⁴⁷ Kapitel 3., C., III., 1.

Konzernprivilegs, also der Anerkennung des Konzerns als Institut des Unternehmenslebens und seiner Ausnahme vom Kartellverbot. Damit sind vor allem ökonomische Wertungen für die Zurechnung im Wettbewerbsrecht maßgeblich, was schon durch die Natur des Regelungsgegenstandes Wettbewerb nahe liegt, freilich lässt sich in der Haftung der Konzernmutter auch der ethische Aspekt der Verantwortung für Gefahrschaffung und des Lasten-Nutzen-Paradigmas erkennen.⁴⁸

50. Zurechnung erfolgt auch durch das Instrument der *related party transactions* aus der zweiten Aktionärsrechterichtlinie, freilich ohne unmittelbare Überwälzung des Trennungsprinzips, sondern allein durch prozedurale Maßnahmen, welche Geschäfte mit Nahbezugspersonen Eigengeschäften gleich stellen. Erreicht werden soll damit ein Schutz der Gesellschafts- und Gesellschaftsinteressen, der im Umfang im Wesentlichen vergleichbar mit dem des etablierten Konzernrechts in Deutschland ist. Die ethische Missbilligung von schädigenden Inschlaggeschäften ist gleichermaßen als Zurechnungsgrund zu erkennen, wie die Bewältigung des *principal agent*-Konflikts.⁴⁹

51. Das europäisch determinierte Übernahmerecht löst Informations- und Angebotspflichten auf Grund einer Zurechnung von Stimmanteilen aus, die über Rechtsträgergrenzen hinweg gezählt werden. Damit sollen effektiver Minderheitenschutz erreicht und insgesamt die Funktionalität von Kapitalgesellschaften gesichert werden.⁵⁰

52. In ihrer Relevanz noch vernachlässigt sind die Zurechnungswertungen des europäischen Datenschutzrechts. Zentral ist darin der Begriff des für die Datenverarbeitung „Verantwortlichen“, den die Primär- und Sekundärpflichten des Datenschutzrechts treffen. Die in der DSGVO anzutreffenden Figuren der gemeinsamen Verantwortlichkeit und der Auftragsverarbeitung zeigen, dass auch mittelbare Verarbeitungen volle Verantwortlichkeit begründen. Der EuGH fordert hier nicht einmal einen abstrakten Vorsatz oder Zugriffsmöglichkeiten auf die verarbeiteten Daten. Die DSGVO kennt kein Konzernprivileg, so dass Datenübermittlungen zwischen verbundenen Rechtsträgern rechtfertigungsbedürftig sind.⁵¹

53. Umgekehrt besteht allerdings eine Haftung der Konzernmutter für Verarbeitungen ihrer Töchter, wobei auf den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff referenziert wird. Allerdings sollte anders als im Wettbewerbsrecht nicht jede Bestimmung für eine Zurechnung von Haftung für Tochterverhalten ausreichen, da das Datenschutzrecht spezifischere Risiken adressiert als das systemisch geprägte Wettbewerbsrecht.⁵²

⁴⁸ Kapitel 3., C., III., 2.

⁴⁹ Kapitel 3., C., III., 3.

⁵⁰ Kapitel 3., C., III., 4.

⁵¹ Kapitel 3., C. III., 5., a.–d.

⁵² Kapitel 3., C., III., 5., e.

54. Der EuGH geht in seiner Judikatur bei der Zurechnung von Personalverhalten sehr weit, ohne eine spezifische Verdichtung datenschutzrechtlicher Gefahr durch das Unternehmen zu fordern. Nationale Zurechnungsnormen, wie insbesondere § 30 OWiG, können aus Effektivitätserwägungen keine Anwendung finden. Offene Fragen bestehen noch bei der Eingrenzung von Exzessfällen.⁵³

55. Die der strengen Zurechnung im Datenschutzrecht zu Grunde liegenden Wertungen stehen quer zur Ökonomik, sind auf die informationelle Selbstbestimmung und damit Privatautonomie der Datensubjekte gerichtet, knüpfen zumindest terminologisch durch das Konzept der Verantwortlichkeit an ethische Belange an und sind nicht zuletzt durch das Streben der EU nach „Digitaler Souveränität“ motiviert.⁵⁴

56. Das Kapitalmarktrecht ist ähnlich wie das Wettbewerbsrecht schon von seinem Gegenstand her ökonomisch geprägt, weshalb auch ökonomische Wertungen die Zurechnungsentscheidungen dominieren.⁵⁵ Die Prospekthaftung der Markteinführungspublizität für öffentlich angebotene Wertpapiere beruht auf dem Konzept des Prospektverantwortlichen, der im Interesse effektiven Anlegerschutzes weit interpretiert wird.⁵⁶

57. Das komplexeste Zurechnungsregime weist das komplexeste Instrument des Kapitalmarktrechts auf – die MAR. Ihre Hauptfälle, der Insiderhandel, die Ad-hoc-Publizität sowie das Marktmanipulationsverbot weisen aus ihrer jeweiligen ökonomischen Schutzrichtung heraus erklärbare Besonderheiten auf. So ist die in Art. 17 MAR enthaltene Ad-hoc-Publizitätspflicht sehr spezifisch und dient dazu, Anreize zur Wissensgenerierung durch umfassende Organisation zu begründen, basierend auf dem Gedanken des *least cost information seeker*. Der die Wissenszurechnung beim Insiderhandel betreffende Art. 9 MAR ist wohl verallgemeinerungsfähig, wenn er festsetzt, dass eine juristische Person grundsätzlich für jedes Wissen ihres Personals einzustehen hat, und dieses auch zusammengerechnet wird, wenn nicht adäquate Compliance-Pflichten erfüllt werden. Art. 12 MAR setzt fest, dass das Unternehmen sich jede Marktmanipulation zurechnen lassen muss, die aus Handlungen ihres Personals „für ihre Rechnung“ folgt.⁵⁷

58. Sehr weitgehend sind die europarechtlichen Vorgaben für Governance Strukturen in Bankengruppen, welche insbesondere der Kapitalerhaltung im Bankkonzern dienen. Die Bankengruppe wird hier wie ein Einheitsunternehmen betrachtet und hat konzernweite Compliance-Pflichten, die sich neben Rechtsfragen sogar auf betriebswirtschaftliche Grundsätze beziehen. Hier ist

⁵³ Kapitel 3., C., III., 5., f.

⁵⁴ Kapitel 3., C., III., 5., g.

⁵⁵ Kapitel 3., D., I.

⁵⁶ Kapitel 3., D., II.

⁵⁷ Kapitel 3., D., III.,

das Primat der Kapitalmarktökonomik, des Ziels der systemischen Finanzmarktstabilität, über die Dogmatik klar ersichtlich.⁵⁸

59. Zurechnung im geistigen Eigentum betrifft zunächst die originäre Zuweisung von Schutzrechten. Dabei werden ethisch-philosophische Grundwertungen aktiviert, welche die Persönlichkeit des Schöpfers und den Wert seiner geistigen Leistung als Arbeit betreffen. Daneben ist allerdings der ökonomische Verwertungsgedanke essentiell, gerade im EU-Binnenmarkt. In urheberrechtlichen Mehrpersonenkonstellationen gelten besondere Vorgaben, die freilich allein Koordinationspflichten hervorrufen. Die Zuweisung von Kennzeichenrechten ist hingegen speziell an deren ökonomischen Funktionen orientiert. Bemerkenswert ist, dass für die Zurechnung des Urheberrechts ein Schöpferwille gerade nicht erforderlich ist. Dies schmälert die Position der Privatautonomie und verdeutlicht die sozialpolitische Relevanz des geistigen Eigentums als „Lohn geistiger Arbeiter“.⁵⁹

60. Für die Zurechnung von Haftungsfolgen im geistigen Eigentum ist der Nutzungsbegriff wesentlich, der allerdings vielfache Auslegungsprobleme bei mittelbaren Verletzungen stellt und zur Herausbildung einer differenzierten Störerdogmatik geführt hat. Der EuGH geht hier freilich pauschaler von einem einheitlichen Täterbegriff aus, was zuletzt eine Stütze in Art. 17 DSM-Richtlinie gefunden hat. Negative Zurechnung im Kennzeichenrecht ist besonders geprägt von dessen ökonomischen Signalfunktionen im Wettbewerb. Das Patentrecht nimmt eine Sonderstellung ein, da der Schutzgegenstand im Patentregister genauer erfasst ist als bei allen anderen Rechten geistigen Eigentums und sich schon dadurch weniger Auslegungsprobleme ergeben. Überdies setzen mittelbare Verletzungen durch neutrale Vorbereitungshandlungen die „bewusste Veranlassung des Haupttäters“ voraus. Zurechnung im Lauterkeitsrecht ist durch unbestimmte Begriffe geprägt, die freilich zuletzt weniger ethisch, vielmehr ökonomisch in Perspektive des Wettbewerbsschutzes ausgelegt werden.⁶⁰

Teil 3: Systematisierung der Zurechnung

Kapitel 4: Wertungen und Strukturen der Zurechnung

61. Die Übersicht über die relevantesten Zurechnungsfälle des allgemeinen Privatrechts sowie des Unternehmensprivatrechts konnte belegen, dass der rechtstechnische, *Kelsensche* Zurechnungsbegriff geeignet ist, Zurechnung als dynamische Verlagerungsbewegung zwischen Rechtssubjekten abzubilden. Er ermöglicht es auch, die jeweiligen Wertungen nüchtern herauszustellen. Zu-

⁵⁸ Kapitel 3., D., IV.

⁵⁹ Kapitel 3., E. II.

⁶⁰ Kapitel 3., E., III.

rechnung ist dabei insbesondere nicht immer offenkundig, sondern wird durch mehrere in Wechselwirkung stehende Instrumente verwirklicht. Sie wird über tatbestandlich Begriffe, wie den des Wissens, der bereicherungsrechtlichen Leistung oder des wettbewerbsrechtlichen Unternehmens unternommen. Die Subjektqualität an sich begründet überhaupt erst die Möglichkeit Zurechnungsziel zu sein, das Haftungsrecht ist dabei von Leitbildern der Täterschaft und Teilnahme durchzogen, und auch das Datenschutzrecht stellt auf die Figur des Verantwortlichen ab, positiv wiederum das Sachenrecht auf den Hersteller. Die expliziten Überleitungsnormen der Stellvertretung und Haftung wirken gegen die breite Zurechnungswirkung über tatbestandliche Begriffe und über die Subjekteigenschaft selbst eher schmal. Zentral ist allerdings auch die Zurechnung über die Pflichtenbegründung, sei es in der Dimension der Verkehrssicherung als auch, vorgelagert, der Wissensgenerierung.⁶¹

62. Auf der Metaebene materieller Prinzipien, welche das per se neutrale Instrument der Zurechnung befüllen können, ergab die Analyse eine Dominanz des Wertungstriptychons von Privatautonomie, als Säule des BGB, von Ethik und, besonders im Unternehmensprivatrecht, von Ökonomik. Diese Wertungen wirken in vielfachen Schattierungen als mehr oder minder dicht begründete Prinzipien in der juristischen Auslegung.⁶²

63. Das Europarecht stellt den nationalen Werte- und Prinzipien diskurs auf die Probe, da im Mehrebenensystem, mit seinen Instrumenten des Anwendungsvorranges und des *effet utile*, häufig allein die Funktionalität des Binnenmarktes im Vordergrund steht. So wurde auch das Trennungsprinzip, mit seiner eigenen ökonomischen Rationalität, in Kernbereichen des Unternehmenslebens durch eine Einheitsbetrachtung überspielt. Zuletzt wurden allerdings auch besondere europäische Werte zur Legitimierung von Regulierung angeführt. In jedem Fall stellen sich die Irritationen des Europarechts als besondere Herausforderung für die Systembildung einer Zurechnungsdogmatik dar. Mittels der Inter-Instrumental-Interpretation kann der disparate Stand der Zurechnung im Grundsatz in ein einheitliches Grundkonzept überführt werden; Gerichte und Rechtswissenschaft müssen den „Dialog der Rechtsquellen“ zur Synthese bringen. So müssen Einzelwertungen des Sekundärrechts, wie etwa Art. 9 MAR, bei der Anwendung des allgemeinen nationalen Rechts als Wertungsmodelle Berücksichtigung finden. Innerhalb des Europarechts müssen gleiche Rechtsbegriffe gleich ausgelegt werden, soweit die Regelungslage vergleichbar ist. Dem grundsätzlichen Risiko der Politisierung des Unionsrechts, im Kontext globaler Unternehmensregulierung, ist freilich nur mit einem allgemeinen, stark an die

⁶¹ Kapitel 4., A.

⁶² Kapitel 4., B.

Grundrechte- und Grundfreiheiten rückgekoppelten Legitimitätsfilter beizukommen.⁶³

Kapitel 5: Legitimität der Zurechnung

64. Zurechnung stellt drängende Legitimitätsfragen, die sich in genuin privatrechtlicher Perspektive aus der Beschränkung der Privat- und Verbandsautonomie ergeben. Da Zurechnung auch als Regulierung und Grundrechts- und Grundfreiheitseneingriff einzuordnen ist, folgt die Legitimität der Dogmatik der Eingriffsrechtfertigung im Verfassungs- und Europarecht, im Rahmen der konvergierenden Schutzordnungen.⁶⁴

65. Das breite Phänomen der Zurechnung lässt sich mit einem zweistufigen Legitimitätsfilter abbilden, welcher den Grundwerten des Privatrechts gerecht wird. Kann auf erster Stufe ein Konsens zwischen Privaten als Grund für eine Zurechnungsentscheidung ausgemacht werden, ist die gewählte Zurechnung schon auf Grund des Primats der Privatautonomie legitim. Fehlt ein Konsens oder wird er von Gemeinwohlbelangen verdrängt, so ist die Zurechnung als Eingriff in die Grundpositionen des Mehrebenensystems zu werten, und muss entsprechend der bereichsspezifischen Dogmatik der Unternehmens-, Eigentums- und Gewerbefreiheiten gemessen werden. Dabei sind insbesondere Aspekte der Vorhersehbarkeit maßgeblich, die bei Zurechnung aus mäandernden Rechtsprechungslinien, wie etwa im Bereich der Störerhaftung, besonders kritisch sind. Die Verhältnismäßigkeit der Zurechnung mag unter Bestimmtheitsaspekten Probleme offenlassen, räumt freilich einer sozialtypischen Lösung und dem besseren Wissen in Märkten adäquaten Raum bei der richtigen Verhandlung ihrer Positionen ein. Hier wirkt der Wertungstriptychon von Ethik, Ökonomik und Privatautonomie als Abwägungsposten.⁶⁵

⁶³ Kapitel 4., C.

⁶⁴ Kapitel 5., A. und B.

⁶⁵ Kapitel 5., C.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Thomas*, Der Schutz des negativen Interesses: zur Verknüpfung von Selbstbindung und Sanktion im Privatrecht, Tübingen 2007.
- , Kartellgeldbußen als Instrument der Wirtschaftsaufsicht, *ZWeR* 2012, 3–20.
- Adams, Michael*, Ökonomische Analyse der Gefährdungs- und Verschuldenshaftung, Heidelberg 1985.
- , Irrtümer und Offenbarungspflichten im Vertragsrecht, *AcP* 186 (1986), 453–489.
- Adar, Yebuda/Sirena, Pietro*, Principles vs. Rules in the European Contract Law, *ERCL* 2013, Band 9, Heft 1, S. 1–37.
- Aderhold, Lutz*, Das Schuldmodell der BGB-Gesellschaft, Bonn 1981.
- Aglietta, Michel/Rebérioux, Antoine*, Corporate Governance Adrift: A Critique of Shareholder Value, Cheltenham 2005.
- Abrens, Claus*, Gewerblicher Rechtsschutz, Tübingen 2008.
- Abrens, Hans Jürgen*, Brauchen wir einen Allgemeinen Teil der Rechte des Geistigen Eigentums?, *GRUR* 2006, 617–624.
- , 21 Thesen zur Störerhaftung im UWG und im Recht des Geistigen Eigentums, *WRP* 2007, 1281–1290.
- Abrens, Hans Jürgen/Deutsch, Erwin*, Deliktsrecht, 6. Auflage, München 2014.
- Abrens, Hans Jürgen/McGuire, Mary-Rose*, Modellgesetz für Geistiges Eigentum, Berlin/Boston 2011.
- Abrens, Thomas/Fischer, Karsten/Pierson, Matthias*, Recht des geistigen Eigentums, 4. Auflage, Stuttgart 2018.
- Albrecht, Philipp/Jotzo, Florian*, Das neue Datenschutzrecht der EU, Baden-Baden 2017.
- Alchian, Armen/Crawford, Robert/Klein, Benjamin*, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, *Journal of Law and Economics* 21 (1978), 297.
- Alchian, Armen/Demsetz, Harold*, Production, Information Costs, and Economic Organization, *The American Economic Review*, Band 62, Nr. 5 (1972), 777–795.
- , The Property Right Paradigm, *Journal of Economic History* 33 (1973), 16–27.
- Alexander, Christopher/Ishikawa, Sara/Silverstein, Murray*, A Pattern Language: Towns, Buildings, Construction, Oxford 1977.
- Alexy, Robert*, Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt a.M. 1995.
- , Theorie der Grundrechte, 3. Auflage, Frankfurt a.M. 1996.
- Allen, Franklin/Gale, Douglas*, Stock-Price Manipulation, *Review of Financial Studies* 5 (2002), 503–529.
- Altmeppen, Holger*, Verbandshaftung kraft Wissenszurechnung am Beispiel des Unternehmenskaufs, *BB* 1999, 749–800.
- , Haftung für Delikte „aus dem Unternehmen“, dargestellt am Fall „Dieselgate“, *ZIP* 2016, 97–103.

- , „Wissen“ des rechtsfähigen Verbands nach dem Urteil „Dieselskandal“, NJW 2020, 2833–2839.
- Ambrock, Jens*, Mitarbeiterexzess im Datenschutzrecht. Verantwortlichkeit und Haftung für Verstöße gegen die DS-GVO durch Beschäftigte, ZD 2020, 492–496.
- Amihud, Yakov/Mendelson, Haim*, Liquidity and Asset Prices: Financial Management Implications, 17 *Financial Management* (1988), S. 5–15.
- Amstutz, Marc*, Konzernorganisationsrecht, Bern 1993.
- , Die Verfassung von Vertragsverbindungen, KritV 89 (2006), Heft 2–3, 105–130.
- Amstutz, Marc/Teubner, Gunther*, Networks, Legal issues of Multilateral Co-operations, Oxford 2009.
- Ann, Christoph*, Patentrecht, 8. Auflage, München 2022.
- Aquilina, Matteo/Kraus, Wladimir*, Market-Based Finance: Its Contributions and Emerging Issues, Financial Conduct Authority, Occasional Paper 18, 2016.
- Aristoteles*, Nikomachische Ethik, V 5 1130b 6–1133b, 30.
- Arlen, Jennifer/Kraakmann, Reiner*, Controlling Corporate Misconduct: An Analysis Of Corporate Liability Regimes, NYU Law Review, Band 72, Nr. 1, New York 1997.
- Armbrüster, Christian*, Die treuhänderische Beteiligung an Gesellschaften, Köln/Berlin (u. a.) 2001.
- , Herstellerhaftung für abgasmanipulierte Fahrzeuge, ZIP 2019, 837–846.
- Armbrüster, Christian/Kosich, Maximilian*, Wissenszurechnung in Unternehmen, ZIP 2020, 1494–1505.
- Armour, John* (u. a.), in: Informal Company Law Expert Group (Hrsg.), Report on the recognition of the interest of the group, 2016.
- Arrow, Kenneth J.*, General Economic Equilibrium: Purpose, Analytic Techniques, Collective Choice, The American Economic Review (1974), Band 64, Nr. 3, 253–272.
- Arzt, Günther*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden. Geschichte! Wurzel, theoretische Begründung und praktische Auswertung, Tübingen 1962.
- Asmussen, Sven*, Haftung für CSR, Tübingen 2020.
- Asmussen, Sven/Wagner, Gerhard*, Menschenrechtsklagen vor englischen Gerichten: Von Yachten zu Konzernen – Entscheidung des Supreme Court of the United Kingdom vom 10.4.2019, ZEuP 2020, 979–998.
- Assmann, Heinz-Dieter*, Prospekthaftung als Haftung für die Verletzung kapitalmarktbezogener Informationsverkehrspflichten nach deutschem und US-amerikanischem Recht, Berlin (u. a.) 1985.
- , Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht, in: Fenyves, Attila/Weyers, Hans L. (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Frankfurt a.M. 1988, S. 99–151.
- , Das künftige deutsche Insiderrecht, AG 1994, 196–206.
- , Das neue deutsche Insiderrecht, ZGR 1994, 494–529.
- , Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven der Prospekthaftung, in: ders./Brinkmann, Thomas/Gounalakis, Georgios/Walz, Rainer (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1997, S. 317–354.
- , Unternehmenszusammenschlüsse und Kapitalmarktrecht, ZHR 172 (2008), 635–666.
- Assmann, Heinz-Dieter/Buck-Heeb, Petra/Schütze, Rolf*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Auflage, München 2020.
- Assmann, Heinz-Dieter/Kirchner, Christian/Schanze, Erich*, Ökonomische Analyse des Rechts, Tübingen 1993.

- Assmann, Heinz-Dieter/Kübler, Friedrich*, Gesellschaftsrecht: Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 6. Auflage, Heidelberg 2006.
- Assmann, Heinz-Dieter/Schneider, Uwe/Mülbert, Peter* (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 7. Auflage, Köln 2019.
- Auer, Marietta*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005.
- , Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014.
- , Zwei Jahrhunderte Privatrechtstheorie zu formaler und materialer Gleichheit, erscheint in: Grundmann, Stefan/Thiessen, Jan (Hrsg.), Tagungsband der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Tübingen 2021.
- Auerbach, Dirk/Schwennicke, Andreas* (Hrsg.), Kreditwesengesetz (KWG) mit Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG), 4. Auflage, München 2021.
- Augsberg, Ino*, Das moralische Gefühl in mir, JZ 2013, 533–539.
- Aumann, Annemarie*, Arbeitsunfall 4.0, Die Abgrenzung privater und beruflicher Risikosphären in der modernen Arbeitswelt, Baden-Baden 2019.
- Austin, Janet*, Unusual Trade or Market Manipulation? How Market Abuse is Detected by Securities Regulators, Trading Venues and Self-Regulatory Organizations, 1 Oxford Journal of Financial Regulation (2015), 263–283.
- Avgouleas, Emiliios*, Governance of Global Financial Markets, Cambridge 2012.
- , Effective Governance of Global Financial Markets, Global Policy, Band 4, 2013, 74–84.
- Axer, Jochen*, Abstrakte Kausalität – ein Grundsatz des Handelsrechts?, Bergisch Gladbach 1986.
- Ayotte, Kenneth/Hansmann, Henry*, Legal Entities as Transferable Bundles of Contracts, 111 Mich. L. Rev., 715 (2013).
- Bachmann, Gregor*, Private Ordnung: Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006.
- , Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 2008, 11–20.
- , Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten, AcP 210 (2010), 424–488.
- , Haftung des AG-Vorstandes wegen eines mangelhaften Compliance-Systems („Siemens“), Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, ZIP 2014, 579–583.
- , Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum Deutschen Juristentag 2014, München 2014.
- , Das Europäische Insiderhandelsverbot, Berlin/Boston 2015.
- , CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung, ZGR 2018, 231–261.
- , Die Dogmatik des § 278 BGB, in: Drygala, Tim/Wächer, Gerhard, Verschuldenshaftung, Aufklärungspflichten, Wissens- und Verhaltenszurechnung bei M&A-Transaktionen. Beiträge der 4. Leipziger Konferenz „Mergers and Aquisitions“ am 28. und 29.9.2018 in Leipzig, München 2020.
- Badura, Peter*, Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes, AöR 98 (1973), 153–173.
- Baer, Susanne*, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung? – Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, ZRP 2002, 290–294.

- , Interdisziplinäre Rechtsforschung. Was uns bewegt, in: Grundmann, Stefan/Kloepfer, Michael/Paulus, Christoph G. (u. a.) (Hrsg.), Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin – Geschichte, Gegenwart und Zukunft, Berlin/New York, 2010, S. 917–936.
- Balkin, Jack M.*, Digital Speech And Democratic Culture: A Theory Of Freedom Of Expression For The Information Society, 79 New York University Law Review 1, 2004.
- Ballerstedt, Kurt*, Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter, AcP 151 (1951), 501–531.
- Bamberger, Georg/Roth, Herbert* (u. a.) (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Edition, München 2016.
- Bamberger, Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang* (u. a.) (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, §§ 705–1007, 4. Auflage, München 2019.
- Banerjea, Nirmal/Fromm-Russenschuck, Viola*, Durchführung einer Due Diligence-Prüfung, BB 2004, 2425–2428.
- Bar, Christian von*, Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln (u. a.) 1980.
- , Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band 1, München 1996.
- , Produktverantwortung und Risikoakzeptanz, München 1998.
- Barnard, Catherine*, The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms, 5. Auflage, New York 2016.
- Bartels, Florian*, Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung von Überweisungen nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, WM 2010, 1828–1833.
- Basedow, Jürgen*, Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik, in: Zimmermann, Reinhard/Knutel, Rolf/Meincke, Jens (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, S. 79–100.
- , Mangold, Audio-lux und die allgemeinen Grundsätze des europäischen Privatrechts, in: Haar, Brigitte/Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno (u. a.) (Hrsg.), Unternehmen, Markt und Verantwortung, Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Berlin/New York 2010, S. 27–46.
- Baudenbacher, Laura*, Überlegungen zum Verbot des Rechtsmissbrauchs im Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZfRV 2008, 205–218.
- Bauer, Jürgen/Stürner, Rolf*, Sachenrecht, 18. Auflage, München 2009.
- Baum, Marcus*, Die Wissenszurechnung, Berlin 1999.
- Baumgärtner, Alex/Fuchs, Maximilian*, Ansprüche aus Produzentenhaftung und Produkthaftung, JuS 2011, 1057–1063.
- Baur, Daniel*, Der Begriff der nahestehenden Person gemäß § 111a Abs. 1 Satz 2 AktG, ZGR 2021, 395–435.
- Baur, Fritz*, Die „Naßauskiesung“ – oder wohin treibt der Eigentumsschutz?, NJW 1982, 1734–1736.
- Baysinger, Barry/Butler, Henry*, Corporate Governance and the Board of Directors: Performance Effects of Changes in Board Composition, Journal of Law, Economics and Organization 1 (1985), 101–124.
- Beater, Axel*, Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB, AcP 197 (1997), 505–528.
- Bechtold, Rainer/Bosch, Wolfgang*, Der Zweck heiligt nicht alle Mittel, ZWeR 2011, 160–169.
- Beck, Benjamin/König, Dominik*, Die immaterialgüterrechtliche Schutzfähigkeit von Affen-Selfies, ZUM 2016, S. 34–38.

- Beck, Lukas*, Konzernhaftung in Deutschland und Europa, Baden-Baden 2019.
- Beck, Sascha*, Die Zuordnungsbestimmung im Rahmen der Leistung, Berlin 2008.
- Beck, Siegfried/Depré, Peter*, Praxis der Insolvenz, 3. Auflage, München 2017.
- Beck, Ulrich*, Gegengifte: die organisierte Unverantwortlichkeit, Frankfurt a. M. 1988.
- Becker, Florian*, Öffentliches und Privates Recht, NVwZ 2019, 1385–1392.
- Becker, Johannes*, Das Vertragsstatut der Outsourcing-Vereinbarung, Hamburg 2010.
- Beckers, Anna*, The regulation of market communication and market behaviour: Corporate social responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms, CMLR 54 (2017), 475–515.
- , Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten, ZfPW 2021, 220–251.
- Beckers, Anna/Micklitz, Hans-W.*, Eine ganzheitliche Perspektive auf die Regulierung globaler Lieferketten, EWS 6/2020, 324–329.
- Behrens, Peter*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten des EWG-Vertrages, EuR 1992, 145–162.
- , Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, Heidelberg 2017.
- Beisheim, Carsten*, Die Beaufsichtigung von Finanzkonglomeraten, BKR 2010, 397–402.
- Belling, Detlev W./Belling, Johannes*, Zahlungsdiensterecht und Bereicherungsausgleich bei nicht autorisierten Zahlungsvorgängen, JZ 2010, 708–711.
- Benkard, Georg* (Begr.), Patentgesetz, 11. Auflage, München 2015.
- Ben-Shabar, Omri/Porat, Ariel*, Personalizing Negligence Law, New York University Law Review, 2016.
- Ben-Shabar, Omri/Schneider, Carl E.*, The Failure of Mandated Discourse, 159 University of Pennsylvania Law Review 647 (2011), 647–749.
- Berberich, Matthias*, Die Doppelfunktion der Zweckübertragungslehre bei der AGB-Kontrolle, ZUM 2006, 205–210.
- , Virtuelles Eigentum, Tübingen 2010.
- Berger, Allen/Molyneux, Philip/Wilson, John* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Banking, 3. Auflage, 2019.
- Bergmann, Jan*, Handlexikon der Europäischen Union, 6. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Bergt, Matthias*, Sanktionierung von Verstößen gegen die DS-GVO, DuD 2017.
- Bernstein, Lisa*, Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry, The Journal of Legal Studies (1992), Band 21, Issue 1, 115–157.
- , Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms (1996), University of Pennsylvania Law Review, Band 144, Issue 5, 1765–1821.
- , Beyond Relational Contracts: Social Capital and Network Governance in Procurement Contracts, Journal of Legal Analysis 7 (2015), 561–621.
- Beuthien, Volker*, Die Haftung von Personengesellschaftern (Geltungsgrenzen der §§ 278, 31, 831 BGB im Gesellschaftsrecht), DB 1975, 725–730 und 773–776.
- , Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, in: Beuthien, Volker (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 1–23.
- , Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung?, NJW 1999, 1142–1146.
- , Zur Begriffsverwirrung im Deutschen Gesellschaftsrecht, JZ 2003, 715–722.
- , Was hat die „rechtsfähige Personengesellschaft“ Neues gebracht? – Zur Entzauberung der Gruppenlehre, NZG 2011, 481–520.
- , Gibt es doch noch die herkömmliche GbR, noch dazu auf vielerlei Art?, NZG 2019, 41–45.

- Bien, Florian*, Haftungskoordination in der arbeitsteiligen Pflichtenkette. Zugleich ein Beitrag zum Dogma von der Relativität der Schuldverhältnisse, 4. Auflage, Tübingen 2020.
- Bierekoven, Christiane*, Auftragsverarbeitung, Joint Controllershship und kleines Konzernprivileg, ITRB 2017, 282–285.
- Binder, Jens-Hinrich*, Vorstandshandeln zwischen öffentlichem und Verbandsinteresse – Pflichten- und Kompetenzkollisionen im Spannungsfeld von Bankaufsichts- und Gesellschaftsrecht, ZGR 2013, 760–801.
- , Organisationspflichten und das Finanzdienstleistungs-Unternehmensrecht: Bestandsaufnahme, Probleme, Konsequenzen, ZGR 2015, 667–708.
- Binder, Julius*, Das Problem der juristischen Persönlichkeit, Leipzig 1907.
- , Philosophie des Rechts, Berlin 1925.
- Binding, Karl*, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nicht-Eigentümer in ihrer Ausgestaltung durch § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, Leipzig 1908.
- Birk, Axel, Hilty/Henning-Bodewig* (Hrsg.), Corporate Social Responsibility – Verbindliche Standards für das Wettbewerbsrecht?, Heidelberg 2014, 169–186.
- Bitter, Georg*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, Köln (u. a.) 2000.
- , Problemschwerpunkte des neuen Zahlungsdiensterechts – Teil I – Überweisung und Lastschrift, WM 2010, 1725–1735.
- , Problemschwerpunkte des neuen Zahlungsdiensterechts – Teil II – Kreditkartenzahlung und allgemeine Prinzipien, WM 2010, 1773–1782.
- Blau, Peter*, Exchange and Power in Social Life, New York 1964.
- Blaurock, Uwe/Schmidt-Kessel, Martin/Erler, Katharina*, Plattformen: Geschäftsmodelle und Verträge, Baden-Baden 2018.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Menschenwürde als normatives Prinzip, JZ 2003, 809–815.
- Böcking, Hans-Joachim/Binder, Jens/Hopt, Klaus* (Hrsg.), Handbuch Corporate Governance von Banken und Versicherungen, 2. Auflage, München 2020.
- Bodewig, Theo*, Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden, AcP 185 (1985), 506–558.
- Bodungen, Benjamin von/Hoffmann, Martin*, Autonomes Fahren – Haftungsverschiebung entlang der Supply Chain?, NZV 2016, 503–509.
- Böhm, Franz*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO 17 (1966), 75–151.
- Bonin, Burkhardt von*, Über den Eigentumserwerb des Herstellers, ArchBürgR 38 (1913), 117–168.
- Boos, Karl-Heinz/Fischer, Reinfrid/Schulte-Mattler, Hermann* (Hrsg.), Kommentar zum Kreditwesengesetz, VO (EU) Nr. 575/2013 (CRR) und Ausführungsvorschriften, 5. Auflage, München 2016.
- Bootsma, Bart*, An Eclectic Approach to Loyalty-Promoting Instruments in Corporate Law: Revisiting Hirschman’s Model of Exit, Voice, and Loyalty, Erasmus Law Review 2013, S. 111–130.
- Borges, Georg*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, Baden-Baden 2003.
- Bork, Reinhard*, Zurechnung im Konzern, ZGR 1994, 237–265.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2016.
- Bosch, Wolfgang/Colbus, Birgit/Harbusch, Antonia*, Berücksichtigung von Compliance-Programmen in Kartellbußgeldverfahren, WuW 2009, 740–749.

- Bourazeri, Konstantina*, Neue Beschäftigungsformen in der digitalen Wirtschaft am Beispiel soloselbständiger Crowdworker, NZA 2019, 741–746.
- Bozovic, Iva/Hadfield, Gillian*, Scaffolding: Using Formal Contracts to Build Informal Relations in Support of Innovation, USC Law Legal Studies Paper Nr. 12–6 (2015).
- Brabant, Stephane/Savourey, Elsa*, Revue Internationale De La Compliance Et De L’Ethique Des Affaires, 2017.
- Brandi, Tim/Süßmann, Rainer*, Neue Insiderregeln und Ad-hoc-Publizität – Folgen für Ablauf und Gestaltung von M&A-Transaktionen, AG 2004, 642–658.
- Braun, Dominik/Kellerbauer, Manuel*, Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften bei Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht- Teil 1, NZKart 2015, 175–181.
- Bräutigam, Peter/Kraul, Torsten* (Hrsg.), Handbuch Künstliche Intelligenz, München 2021.
- Brehm, Wolfgang*, Zur automatisierten Willenserklärung, in: Jayme, Erik (Hrsg.), Festschrift für Hubert Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991, Heidelberg 1991, S. 233–242.
- Brellochs, Michael*, Konzernrechtliche Beherrschung und übernahmerechtliche Kontrolle NZG 2012, 1010–1019.
- Brellochs, Michael/Krause, Hartmut*, Insiderrecht und Ad-hoc-Publizität bei M&A- und Kapitalmarkttransaktionen im europäischen Rechtsvergleich, AG 2013, 309–339.
- Brenenkamp, Fernanda*, Rechtliche Governance von Zulieferverträgen, Tübingen 2021.
- Brettl, Hauke/Thomas, Stephan*, Compliance und Unternehmensverantwortlichkeit im Kartellrecht, Tübingen 2016.
- Breuer, Marten*, Karlsruhe und die Gretchenfrage: Wie hast du’s mit Straßburg?, NVwZ 2005, 412–414.
- Brexl, Oliver*, Von Jesus diktiertem Text genießt Urheberrecht, GRUR-Prax 2014, 308–309.
- Brink, Stefan/Wolff, Heinrich Amadeus* (Hrsg.), Beck’scher Online Kommentar zum Datenschutzrecht, 23. Edition, München 2018.
- Brown, John Prather*, Toward an Economic Theory of Liability, Journal of Legal Studies Band 2 Nr. 2 (1973), 323–347.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 45. Auflage, München 2021.
- Brüggemeier, Gert*, Organisationshaftung, AcP 191 (1991), 33–68.
- , Grundstrukturen des zivilrechtlichen Delikts, AcP 219 (2019), 771–817.
- Brugger, Winfried*, Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter, JZ 2000, 165–173.
- Brunner, Karl/Meckling, William H.*, The perception of man and the conception of government, JMCB Band 9 (1977), 70–85.
- Bruns, Christina*, Voraussetzungen und Auswirkungen der Zurechnung von Wissen und Willenserklärungen im allgemeinen Privatrecht und im Privatversicherungsrecht: eine Untersuchung von Zurechnungsmechanismen außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs von Zurechnungsnormen, Karlsruhe 2007.
- Bublick, Ellen/Dobbs, Dan/Hayden, Paul*, Hornbook on Torts, 2. Auflage, St. Paul 2016.
- Buchda, Gerhard*, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg 1936.
- Buchner, Benedikt*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006.

- Buck-Heeb, Petra*, Wissen und Juristische Person: Wissenszurechnung und Herausbildung zivilrechtlicher Organisationspflichten, Tübingen 2001.
- , Kapitalmarktrecht, 12. Auflage, Heidelberg 2022.
- Buck-Heeb, Petra/Dieckmann, Andreas*, Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010.
- , Grundlagen der Prospekthaftung, ZHR 184 (2020), 646–685.
- Buhmann, Karin*, Neglecting the Proactive Aspect of Human Rights Due Diligence? A Critical Appraisal of the EU's Non-Financial Reporting Directive as a Pillar One Avenue for Promoting Pillar Two Action, BHRJ 3 (2017), S. 23–45.
- Bumke, Christian/Röthel, Anne*, Autonomie im Recht, Tübingen 2017.
- Bundeskartellamt*, Arbeitspapier: Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, Bonn 2016.
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Künstliche Intelligenz und Recht im Kontext von Industrie 4.0, Berlin 2019.
- Bunte, Hermann-Josef/Lwowski, Hans-Jürgen/Schimansky, Herbert* (Hrsg.), Bankrechts- Handbuch, 6. Auflage, München 2022.
- Bunz, Thomas*, Legalitätspflicht und nützliche Pflichtverletzungen – Eine Fallstudie, CCZ 2021, 81–88.
- Burghardt, Boris*, Zufall und Kontrolle: Eine Untersuchung zu den Grundlagen der moralphilosophischen und strafrechtlichen Zurechnung, Tübingen 2018.
- Busch, Christoph*, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie?, GRUR 2019, 788–797.
- Busch, Christoph/Dannemann, Gerhard/Schulte-Nölke, Hans*, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt? Diskussionsentwurf für eine mögliche Richtlinie, MMR 2016, 787–792.
- Bydlinski, Franz*, Mittäterschaft im Schadensrecht, AcP 158 (1959/60), 410–430.
- , Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien (u. a.) 1967.
- , Fundamentale Rechtsgrundsätze, Wien 1988.
- , Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), 319–351.
- , System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York 1996.
- , Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), 309–395.
- Bydlinski, Peter/Weber, Ralph/Westermann, Harm Peter*, BGB-Schuldrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Heidelberg 2010.
- Caemmerer, Ernst von*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, in: Caemmerer, Ernst von (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rabel, Band 1, Tübingen, 1954, S. 334–401.
- , Verschulden von Erfüllungsgehilfen, in: Caemmerer, Ernst von/Robert Fischer/Karl Nüßgens/Reimer Schmidt (Hrsg.), Festschrift für Fritz Hauß zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1978, S. 33–42.
- Cafaggi, Fabrizio*, Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?, ERCL 2008, 493–539.
- , New Foundations of Transnational Private Regulation, in: Journal of Law and Society (2011), Band 38, Issue 1, 20–49.
- Cafaggi, Fabrizio/Grundmann, Stefan/Vettori, Giuseppe*, The Organizational Contract – From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law, Farnham, London 2013.

- Cahn, Andreas*, Das neue Insiderrecht, Der Konzern 2005, 5–13.
- Calabresi, Guido/Melamed, Douglas*, Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 85 (1972), 1089–1128.
- Calliess, Christian*, Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?, JZ 2004, 1033–1084.
- , Verfassungswandel im europäischen Staats- und Verfassungsverbund, Tübingen 2007.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias*, EUV/AEUV, 6. Auflage, München 2021.
- Calmes-Brunet, Sylvia*, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz im Verfassungsrecht, JuS 2014, 602–606.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Geschäfts- und Verschuldensfähigkeit bei Haftung aus culpa in contrahendo, Gefährdung und Aufopferung, NJW 1964, 1987–1993.
- , Die Produzentenhaftpflicht in dogmatischer und rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 494–507.
- , Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- , Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis, in: Gotthard, Paulus/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, S. 799–865.
- , Der Bereicherungsausgleich im bargeldlosen Zahlungsverkehr, WM 1980, 354–371.
- , Bankvertragsrecht, 2. Auflage, Berlin/Boston 1981.
- , Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983.
- , Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201–246.
- , Vertrauensschutz des Leistungsempfängers im Bereicherungsrecht, Anm. zu BGH, Urteil vom 19.1.1984, VII ZR 110/83, JZ 1984, 627–629.
- , Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen, JZ 1995, 441–446.
- , Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht: aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993, München 1997.
- , Grundrechte und Privatrecht, Berlin (u. a.) 1999.
- , Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273–364.
- , Die Übertragung des Regelungsmodells der §§ 125–130 HGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als unzulässige Rechtsfortbildung contra legem, ZGR 2004, 69–125.
- , Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, VersR 2005, 577–584.
- Canaris, Claus-Wilhelm/Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1994.
- Carlton, Dennis/Fischel, Daniel*, The Regulation of Insider Trading, 35 Stanford Law Review 857 (1983), 866–872.
- Casey, Anthony/Niblett, Anthony*, The Death of Rules and Standards 7–10, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics, Paper Nr. 738, 2015.
- Casper, Matthias*, Acting in Concert – Grundlagen eines neuen kapitalmarktrechtlichen Zurechnungstatbestandes, ZIP 2003, 1469–1477.
- Castells, Manuel*, The Rise of the Network Society, 1. Auflage, Cambridge 1996.
- Charny, David*, Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships (1990), Harvard Law Review, Band 104, Issue 2, 375–467.
- Chiappetta, Francesco/Tombari, Umberto*, Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law, ECFR 2012, 261–274.

- Christ, Britta*, Einfluss der EU-Prospektrichtlinie auf das Wertpapierprospekthaftungsrecht, Baden-Baden 2007.
- Christensen, Guido*, in: Brandner, Hans-Erich/Hensen, Horst-Diether/Ulmer, Peter (Hrsg.), AGB-Recht, 13. Auflage, Köln 2022.
- Cicero, Marcus Tullius*, De Officiis, 44 v. Chr.
- Classen, Claus Dieter*, Schwierigkeiten eines harmonischen Miteinanders von nationalem und europäischem Grundrechtsschutz, EuR 2017, 347–366.
- Clemens, Rudolf*, Die elektronische Willenserklärung – Chancen und Gefahren, NJW 1985, 1998–2005.
- Clement, Reiner/Schreiber, Dirk*, Internet-Ökonomie- Grundlagen und Fallbeispiele der vernetzten Wirtschaft, 3. Auflage, Berlin 2016.
- Coase, R. H.*, The Nature of the Firm, *Economica* 4 (1937), 386–405.
- , The Problem of Social Cost, *The Journal of Law & Economics*, Band 3 (1960), 1–44.
- , The Acquisition of Fisher Body by General Motors, *The Journal of Law & Economics*, Band 43 (2000) Nr. 1, 15–32.
- Coing, Helmut/Wilhelm, Walter* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1977.
- Collins, Hugh*, *Regulating Contracts*, Oxford 1999.
- , The impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe, *EBLR* Band 22 (2011), Issue 4, 425–435.
- Colombi Ciacchi, Aurelia*, The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights, *European Constitutional Law Review* 15 (2019), 294–305.
- Combe, Emmanuel/Monnier, Constance*, Fines against Hard Core Cartels in Europe: The Myth of Overenforcement, *Antitrust Bulletin* 56 (2011), 235–275.
- Constantinides, George/Harris, Milton/Stulz, Rene* (Hrsg.), *Handbook Economics of Finance*, Burlington 2012.
- Cook, Karen/Emerson, Richard M./Gillmore, Mary R./Yamagishi, Toshio*, The Distribution of Power in Exchange Networks: Theory and Experimental Results, *American Journal of Sociology* 89, Nr. 2 (1983), 275–305.
- Cornelius, Kai*, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, *MMR* 2002, Heft 6, 353–358.
- Costede, Jürgen*, Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, Bern 1977.
- Creaven, Patrick*, Inside Outside Leave Me Alone: Domestic and EC-Motivated Reform in the UK Securities Industry, *Fordham Law Review*, Band 60, 1992, 285–318.
- Dagan, Hanoch/Heller, Michael*, *The Choice Theory of Contract*, Cambridge 2017.
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, *Völkerrecht*, Band I/3, 1. Auflage, 2002.
- Damler, Daniel*, Konzern und Moderne: die verbundene juristische Person in der visuellen Kultur 1880–1980, Frankfurt a.M. 2016.
- , *Rechtsästhetik – Sinnliche Analogien im juristischen Denken*, 1. Auflage, Berlin 2016.
- Dari-Mattiacci, Giuseppe/Parisi, Francesco*, The Cost of Delegated Control: Vicarious Liability, Secondary Liability and Mandatory Insurance, *Int'l Rev. L. & Econ.* Band 23(4), 2003, 453–475.
- Datta, Amit*, Die angemessene Vergütung des Urhebers – Risiken und Grenzen des Buy-out Vertrages im Filmbereich, Tübingen 2018.

- Dauner-Lieb, Barbara*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?, Berlin 1983.
- , Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB – Besprechung der Entscheidung BGH DStR 2007, 1586 (TRIHOTEL), ZGR 2008, 34–47.
- Dausies, Manfred/Ludwigs, Markus*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 55. Auflage, 2022.
- De la Durantaye, Katharina*, Erklärung und Wille, Tübingen 2020.
- De la Feria, Rita*, Prohibition of Abuse of (Community) Law: The Creation of a new general Principle of EC Law through Tax, Common Market Law Review, Band 45 (2008), 395–441.
- Deakin, Simon/Pistor, Katharina* (Hrsg.), Legal Origin Theory, Northampton 2012.
- Deichsel, Alexander/Meyer, Henning* (Hrsg.), Jahrbuch Markentechnik 2006/2007, Frankfurt a. M. 2006.
- Denga, Michael*, Deliktische Haftung für künstliche Intelligenz, CR 2018, Heft 2, 69–78.
- , Zurechnung im Unternehmensrecht. Europäische Systembildung und Autonomiebezug statt Prinzipienchaos und Rechtspolitik?, ZIP 2020, 945–953.
- , Genossenschaften in der digitalen Plattformökonomie, ZGE Heft 1, Jahrgang 12 (2020), 1–41.
- , Zur Definition der Außen-GbR, ZfPW 2021, 73–101.
- , § 11 Künstliche Intelligenz, in: Bräutigam, Peter/Kraul, Torsten (Hrsg.), Internet of Things, München 2021.
- , Plattformregulierung durch europäische Werte – Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569–595.
- , Handelsbräuche bei Wagniskapitalfinanzierungen, ZGR 2021, 725–764.
- Denga, Michael/Pohle, Jörg/Hölzel, Julian*, Technikregulierung durch doppelte Delegation – Bewältigungsmöglichkeiten für Staat und Private, RW 4/2020, 420–449.
- Deppenheuer, Otto/Peifer, Klaus-Nikolaus* (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, Heidelberg/Berlin 2008.
- Dettling, Heinz*, Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965, Tübingen 1997.
- Deutsch, Erwin*, Zurechnung und Haftung im zivilen Deliktsrecht, in: Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag 3. Januar 1970, Göttingen 1970, S. 33–52.
- , Das Verhältnis von Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht, JZ 1972, 105–107.
- , Der Zurechnungsgrund der Produzentenhaftung, VersR 1988/Heft 45, 1197–1201.
- , Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung, 2. Auflage, Köln 1995.
- , Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln/Berlin (u. a.) 1996.
- Deutscher Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste, Rechtsfragen zum Crowdsourcing, WD 6 – 3000 – 156/14, 2015.
- Dewenter, Ralph/Rösch, Jürgen*, Einführung in die Ökonomie der Medienmärkte, Wiesbaden 2015.
- Di Fabio, Udo*, Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, 1–8.
- , Metamorphosen der Zurechnung, JZ 2020, 1073–1079.

- Diamond, Peter*, The Role of a Stock Market in a General Equilibrium Model with Technological Uncertainty, *American Economic Review*, Band 57, 1967, 759–776.
- Diamond, Peter/Vartianien, Hannu*, Behavioral economics and its application, Princeton 2007.
- Diamond, Peter/Verrecchia, Robert*, Information aggregation in a noisy rational expectations economy, *Journal of Financial Economics*, Band 9, 1981, 221–235.
- , Optimal Managerial Contracts and Equilibrium Security Prices, *Journal of Finance*, Band 37 (1982), 275–287.
- Dieckmann, Andreas*, Gesamthand und juristische Person, Tübingen 2019.
- Diederichsen, Uwe*, Die Haftung des Warenherstellers, München 1967.
- , Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, *AcP* 198 (1998), 171–260.
- Dienst, Sebastina/Falke, Matthias*, in: Bräutigam, Peter/Rücker, Daniel (Hrsg.), *E-Commerce Rechtshandbuch*, 1. Auflage, München 2017.
- Dietl, Helmut/Fiedler, Marina/Franck, Egon/Picot, Arnold/Royer, Susanne*, *Organisation: Theorie und Praxis aus ökonomischer Sicht*, 6. Auflage, Stuttgart 2012.
- Dietlein, Johannes/Peters, Sascha*, „Kohärenzen ohne Grenzen“? – Zur Debatte um eine „regionalübergreifend-horizontale Kohärenzprüfung“ landesstaatlicher Glücksspielregulierungen, *ZfWG*, 2013, 229–235.
- Dietz, Sara/Strein, Thomas*, Das Marktzugangskriterium in der Dogmatik der Grundfreiheiten, *EuR* 2015, 50–72.
- Dillerup, Ralf/Stoi, Roman*, *Unternehmensführung*, München 2013.
- Döring, Valentin/Schafmeister, Heinrich*, Komplexe Werke und einfache Vergütungsstrukturen – Das Problem der Binnengerechtigkeit, *ZUM* 2015, S. 725–736.
- Dörner, Heinrich/Ebert, Ina/Schulze, Reiner*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 11. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Dregelies, Max*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Patent- und andere Immaterialgüterrechte, *GRUR* 2018, 8–16.
- Dreher, Meinrad/Ballmaier, Christoph*, Solvency II und Gruppenaufsicht, *ZGR* 2014, 753–808.
- Dreibus, Alexandra/Schneider, Uwe*, Sicherheit: von der technischen Herausforderung zum unbestimmten Rechtsbegriff oder: Die unheilvolle Rechtsunsicherheit über die Produkt- und Dienstleistungssicherheit in: Klaus Berger (Hrsg.), *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2000, S. 849–870.
- Dreier, Horst*, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, 3. Auflage, Tübingen 2013.
- Dreier, Horst*, Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts“?, in: Heinrichs (u.a.) (Hrsg.), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, 707–732.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.), *Urheberrechtsgesetz*, 7. Auflage, München 2022.
- Dryander, Christof von/Schröder, Oliver*, Gestaltungsmöglichkeiten für die Gewährung von Aktienoptionen an Vorstandsmitglieder im Lichte des neuen Insiderrechts, *WM* 2007, 534.
- Düchting, Holger*, *Acting in concert: Stimmrechtszurechnung im Übernahmerecht – eine juristische und ökonomische Analyse*, Frankfurt a. M. 2009.
- Düringer, Adelbert/Hachenburg, Max*, *Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 3. Auflage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1930.
- Dworkin, Ronald*, *Taking Rights Seriously*, Harvard 1977.

- Easterbrook, Frank*, Cyberspace and the Law of the Horse, University of Chicago Legal Forum 207–216, Chicago 1996.
- Easterbrook, Frank/Fischel, Daniel*, Limited Liability and the Corporation, University of Chicago Law Review 52 (1985), 89–117.
- , The Economic Structure of Corporate Law, Harvard 1991.
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Stohn, Lutz*, Handelsgesetzbuch Kommentar, Band 1: §§ 1–432e, 4. Auflage, München 2020.
- , Handelsgesetzbuch Kommentar, Band 2: §§ 343–475h, 4. Auflage, München 2020.
- Eberl-Borges, Christina*, § 830 BGB und die Gefährdungshaftung, AcP 196 (1996), 491–556.
- Ebner, Stephan/Schmidt, Alexander*, Verhängung von Bußgeldern nach Art. 83 DSGVO gegen deutsche Muttergesellschaften, CCZ 2020, 84–88.
- Ehlers, Dirk*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin 2015.
- Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann*, Besonderes Verwaltungsrecht, Band I, 4. Auflage, Heidelberg 2019.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin*, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar, 2. Auflage, München 2018.
- Ehmann, Timo*, Datenbankurheberrecht, Datenbankherstellerrecht und die Gemeinschaft d. Rechtsinhaber, GRUR 2008, 474–478.
- Ehricke, Ulrich*, Gedanken zu einem allgemeinen Konzernorganisationsrecht zwischen Markt und Regulierung, ZGR 1996, 300–325.
- Eichelberger, Jan*, Keyword-Advertising vor dem EuGH – Zur markenrechtlichen Zulässigkeit der Verwendung fremder Kennzeichen als Keyword – zugleich Anmerkung zu EuGH, C-236/08 bis C-238/08 – Google, C-278/08 – BergSpechte, C-91/09 – Eis.de und C-558/08 – Portakabin/Primakabin, EuZW 2010, 731–734.
- , Deliktische Haftung Mehrerer, AcP 216 (2016), 330–332.
- Eichhorn, Veronika/Lorenz, Stephan*, Grundwissen – Zivilrecht: Der gutgläubige Erwerb, JuS 2017, 822–825.
- Eickenjäger, Sebastian*, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, Tübingen 2017.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Tübingen 2015.
- Eifert, Martin*, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Auflage, München 2012.
- Eifert, Martin/Gostomzyk, Tobias*, Netzwerkrecht, 1. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Eifert, Martin/Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Geistiges Eigentum und Innovation. Innovation und Recht I, Berlin 2008.
- Eifert, Martin/Landenberg-Roßberg, Michael von/Theß, Sebastian/Wienfort, Nora*, Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung, Baden-Baden 2020.
- Einsle, Dorothee*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Auflage, Tübingen 2014.
- Eisner, Marc/Worsham, Jeffrey/Ringquist, Evan*, Contemporary Regulatory Policy, Boulder 2000.
- Ekkenga, Jens*, Individuelle Entscheidungsprozesse im Recht der Ad-hoc-Publizität, in: NZG 2013, 1081–1087.
- Ellenberger, Jürgen*, Prospekthaftung im Wertpapierhandel, Berlin 2001.
- Ellenberger, Jürgen/Bunte, Hermann-Josef*, Bankrechts-Handbuch, 6. Auflage, München 2022.

- Eller, Klaas*, Das Recht der Verantwortungsgesellschaft, RW 10 (2019), Heft 1, 5–33.
- Elskamp, Gregor/Völker, Stefan*, Die neuen Markenfunktionen des EuGH, WRP 2010, 64–72.
- Emmenegger, Susan*, Bankorganisationsrecht als Koordinationsaufgabe, 1. Auflage 2014.
- Emmerich, Volker*, Anmerkung zu BVerfG, Besch. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83, JuS 1987, 487–488.
- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Auflage, München 2019.
- Enders, Peter*, Der Besitzdiener – ein Typusbegriff, Baden-Baden 1991.
- Engel, Andreas*, Can a Patent Be Granted for an AI-Generated Invention?, GRUR-Int 2020, 1123–1130.
- Engel, Christoph*, Geistiges Eigentum als Anreiz zur Innovation – Die Grenzen des Arguments, Berlin 2007.
- Engert, Andreas*, Wozu Konzerne?, in: Siekmann, Helmut/Cahn, Andreas/Florstedt, Tim/Langenbucher, Katja (u. a.) (Hrsg.), Festschrift für Theodor Baums zum siebenzigsten Geburtstag, Tübingen 2017, S. 385–401.
- , Digitale Plattformen, AcP 218 (2018), 304–376.
- , Vom Schutzrecht zum schützenden Organisationsrecht, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 59–80.
- Englisch, Joachim*, Wettbewerbsgleichheit im grenzüberschreitenden Handel: mit Schlussforderungen für indirekte Steuern, Tübingen 2008.
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte Ansprüche und Einreden Ausübung und Gliederung der Rechte, 14. Auflage, Tübingen 1955.
- Ensthaler, Jürgen*, Haftungsrechtliche Bedeutung von Qualitätssicherungsvereinbarungen, NJW 1994, 817–823.
- Esser, Josef*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, München 1941.
- , Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt a. M. 1972.
- , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Auflage, Tübingen 1990.
- Esser, Josef/Schmidt, Eike*, Schuldrecht, Band 1: Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Auflage, Heidelberg 1993.
- Esser, Josef/Weyers, Leo*, Schuldrecht Band II Besonderer Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000.
- Etzioni, Amitai*, Die Verantwortungsgesellschaft. Individualismus und Moral in der heutigen Demokratie, Berlin 1999.
- Eucken, Walter* (Hrsg.), Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage, Tübingen 1990.
- Europäische Kommission*, Digital Business Ecosystems, Luxemburg 2007.
- Europäisches Parlament*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)).
- Fabozzi, Frank/Peterson Drake, Pamela*, The Basics of Finance: An Introduction to Financial Markets, Business Finance, and Portfolio Management, New Jersey 2010.
- Fabricius, Fritz*, Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaftern, in: Seidl, Erwin (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus modernem Recht und Rechtsgeschichte: Gedächtnisschrift für Rudolf Schmidt, Berlin 1966, S. 171–198.

- Fama, Eugene*, Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work, *Journal of Finance*, Band 25, 1970, 383–415.
- , Market efficiency, long-term returns, and behavioral finance, *Journal of Financial Economics*, Band 49, 1998, 283–306.
- Fama, Eugene/Jensen, Michael*, Separation of Ownership and Control, 26 *Journal of Law and Economics* (1983), 301–325.
- Faust, Florian*, Von beiden Teilen zu vertretende Unmöglichkeit, *JuS* 2001, 133–140.
- Faust, Sebastian/Spittka, Jan/Wybitul, Tim*, Milliardenbußgelder nach der DS-GVO? Ein Überblick über die neuen Sanktionen bei Verstößen gegen den Datenschutz, *ZD* 2016, 120–125.
- Feiden, Sonja*, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten: Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, 1. Auflage, Berlin 2003.
- Feiler, Lukas/Forgó, Nikolaus*, EU-DSGVO Kommentar, 1. Auflage, Wien 2016.
- Feldle, Jochen*, Delicate Decisions: Legally Compliant Emergency Algorithms for Autonomous Cars, in: Hilgendorf, Eric/Seidel, Uwe (Hrsg.), *Robotics, Autonomics, and the Law*, Baden-Baden 2017, S. 195–204.
- Ferran, Ellis/Moloney, Niamb/Hill, Jennifer/Coffee, John* (Hrsg.), *The Regulatory Aftermath of the Global Financial Crisis*, 2. Auflage, New York 2013.
- Fezer, Karl Heinz*, Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts, *ZHR* 161 (1997), 52–66.
- , *Markenrecht*, 4. Auflage, München 2009.
- , Lebensmittelmitate, gentechnisch veränderte Produkte und CSR-Standards als Gegenstand des Informationsgebots im Sinne des Art. 7 UGP-RL – Lauterkeitsrechtliche Informationspflichten nach § 5a UWG zum Schutz vor irreführender Lebensmittelvermarktung, *WRP* 2010, 577–585.
- Fici, Antonio*, A European Statue for Social & Solidarity-Based Enterprise, 2017.
- Filistrucchi, Lapo/Geradin, Damien/van Damme, Eric*, Identifying Two-Sided Markets, *World Competition* 36 (2013), 33–59.
- Fischer, Hans Albrecht*, Bereicherung und Schaden, in: Stier-Somlo, Fritz (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Zitelmann zu seinem 60. Geburtstage*, Zweite Abteilung, München 1913, S. 1–56.
- Fischinger, Phillip*, *Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht*, Tübingen 2015.
- Fishman, Michael J./Hagerty, Kathleen M.*, Disclosure Decisions by Firms and the Competition for Price Efficiency, 44 *Journal of Finance* (1989), 633–646.
- Fleischer, Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten, München 2001.
- , Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, *ZGR* 2001, 1–32.
- , Verhandlungen des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002 Band I: Gutachten/Teile F und G – Abteilung Wirtschaftsrecht: Empfiehlt es sich, im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland das Kapitalmarkt- und Börsenrecht neu zu regeln?, Teil F, S. 120–121.
- , Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, *NZG* 2003, 449–496.
- , Der Rechtsmissbrauch zwischen Gemeineuropäischem Privatrecht, *JZ* 2003, 865–874.
- , Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, *ZHR* 168 (2004), 673–707.

- , Zur Privatsphäre von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern: Organpflichten, organschaftliche Zurechnung und private Umstände, NJW 2006, 3239–3244.
- , Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter, ZIP 2009, 1397–1406.
- , Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337–2343.
- , Corporate Governance in Europa als Mehrebenensystem, ZGR 2012, 160–196.
- , Corporate Social Responsibility, AG 2017, 509–525.
- , Europäisches Konzernrecht: Eine akteurzentrierte Annäherung, ZGR 46 (2017), 1–37.
- , Kautelarpraxis und Privatrecht: Grundfragen und gesellschaftsrechtliche Illustrationen, RabelZ 2018, 239–266.
- Fleischer, Holger/Hahn, Jakob*, Berichtspflichten über menschenrechtliche Standards in der Lieferkette, RIW 2018, 397–405.
- Fleischer, Holger/Danninger, Nadja*, Konzernhaftung für Menschenrechtsverletzungen, DB 2017, 2849–2858.
- Fleischer, Holger/Goette Wulf*, Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG, Band 1: §§ 1–34, 3. Auflage, München 2018.
- Fleischer, Holger/Korch, Stefan*, Konzerndeliktsrecht: Entwicklungsstand und Zukunftsperspektiven, DB 2019, 1944–1952.
- Flume, Johannes*, Die Firma als „tradable Asset“, DB 2008, 2011–2016.
- Flume, Werner*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Caemmerer, Ernst von/Friesehahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Band 1, Karlsruhe 1960, S. 135–239.
- , Die Gesamthand als Besitzer, in: Bernhardt, Wolfgang/Hefermehl, Wolfgang/Schilling, Wolfgang (Hrsg.), Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag am 1. Februar 1972, S. 76–87.
- , Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 136 (1972) 177–207.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Das Rechtsgeschäft, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 1979.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York (u. a.) 1992.
- , Der Bereicherungsausgleich in Mehrpersonenverhältnissen, AcP 199 (1999), 1–37.
- Foerste, Ulrich/Graf von Westphalen, Friedrich* (Hrsg.), Produkthaftungshandbuch, 3. Auflage, München 2012.
- Forgó, Nikolaus/Helfrich, Marcus/Schneider, Jochen*, Betrieblicher Datenschutz, 3. Auflage München 2019.
- Fornasier, Matteo*, Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht: Zugleich ein Beitrag zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Berlin 2013.
- Forschner, Julius*, Wechselwirkungen von Aufsichtsrecht und Zivilrecht, Tübingen 2013.
- Forsthoff, Ernst*, Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968.
- Fraenkel, Ernst*, Deutschland und die westlichen Demokratien, 6. Auflage, Stuttgart 1974.
- Fraenkel, Michael*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, Berlin 1979.
- Fredebeil, Uta*, Aktienemission – Das underwriting agreement (der Übernahmevertrag) und seine spezifischen Klauseln, Frankfurt a. M. (u. a.) 2002.
- Frenz, Walter*, Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 2002, 603–618.

- , Grundrechte und Vergaberecht, *EuZW* 2006, 748–751.
- , Recht am eigenen Bild für Prinzessin Caroline, *NJW* 2008, 3102–3105.
- , Die Europäische Unternehmerfreiheit, *GewArch* 2009, 427–434.
- Freund, Georg*, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, Berlin 1998.
- Freytag, Stefan M.*, Haftung im Netz: Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen nach § 5 TDG und § 5 MDStV, München 1999.
- Friauf, Karl-Heinrich*, Bestandschutz zwischen Investitionssicherheit und Anpassungsdruck, *WiVerw.* 1989, 121–184.
- Fried, Charles*, The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know, *Texas Law Review* (1981) 60, 35–58.
- , Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation, Oxford 1981.
- Friedländer, Heinrich*, Konzernrecht, Mannheim 1927.
- Fries, Martin*, PayPal Law und Legal Tech – Was macht die Digitalisierung mit dem Privatrecht?, *NJW* 2016, 2860–2865.
- Frisch, Wolfgang*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.
- , Objektive Zurechnung des Erfolgs, *JuS* 2011, 116–123.
- Fritzsche, Jörg/Malzer, Hans*, Ausgewählte zivilrechtliche Probleme elektronisch signierter Willenserklärungen, *DNotZ* 1995, 3–25.
- Fuchs, Andreas/Zimmermann, Andreas* (Hrsg.), Wertpapierhandelsrecht, 2. Auflage, München 2016.
- Fuchs, Peter*, Soziale Systeme, Systemtheorie – Was leisten Hochabstraktionen? in: Scherr, Albert (Hrsg.), *Soziologische Basics. Eine Einführung für pädagogische und soziale Berufe*, 3. Auflage, Wiesbaden 2016, S. 257–263.
- Fülbier, Rolf Uwe/Gassen, Joachim*, Kosten und Nutzen des faktischen Konzerns, *ZGR* 2020 Sonderheft, 41–57.
- Füller, Jens T.*, Eigenständiges Sachenrecht?, Tübingen 2006.
- Füllsack, Manfred*, Gleichzeitige Ungleichzeitigkeiten: Eine Einführung in die Komplexitätsforschung, Wiesbaden 2011.
- Furrer, Andreas*, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext – Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, Bern 2001.
- Furubotn Eirik/Pejovich, Svetozar*, Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature, *Journal of Economic Literature* 10 (1972), 1137–1162.
- Furubotn, Eirik/Richter, Rudolf*, Neue Institutionenökonomik, Tübingen 2010.
- Gätsch, Andreas/Schäfer, Frank*, Abgestimmtes Verhalten nach § 22 II WpHG und § 30 II WpÜG in der Fassung des Risikobegrenzungsgesetzes, *NZG* 2008, 846–851.
- Gandomi, Amir/Haider, Murtaza*, *Journal of Information Management* 35 (2015), 137–144.
- Gebauer, Martin/Teichmann, Christoph* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, Band 6 der Enzyklopädie *Europarecht*, 2. Auflage, Baden-Baden 2022.
- Gebrügel, Stefan/Kasten, Boris/Mäger, Thorsten*, Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften, *CCZ* 2013, 1–11.
- Geistfeld, Mark*, A Roadmap for Autonomous Vehicles: State Tort Liability, Automobile Insurance, and Federal Safety Regulation, *105 California Law Review* (2017), 1611–1694.

- Gerber, Olaf*, Prospekthaftung bei Wertpapieremissionen nach dem Dritten Finanzmarktförderungsgesetz. Eine Untersuchung der Vorschriften des Börsengesetzes und des Verkaufsprospektgesetzes im Vergleich zur US-amerikanischen Regelung, Baden-Baden 2001.
- Gerhardt, Volker*, Individuelle Verantwortung, in: Heidbrink, Ludgere/Langbehn, Claus/Loh, Janina (Hrsg.), Handbuch Verantwortung, Wiesbaden 2017, S. 431–451.
- Gernhuber, Joachim*, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Tübingen 1989.
- Geyer, Christian*, Hirnforschung und Willensfreiheit, Frankfurt a. M. 2004.
- Gielen, Nico/Tiessen, Marten*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639–646.
- Gierke, Julius*, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 6. umgearb. Auflage, Berlin/Boston 2019.
- Gierke, v. Otto*, Deutsches Privatrecht, Band 1, Leipzig (u.a.) 1895.
- Gierschmann, Sibylle*, Gemeinsame Verantwortlichkeit in der Praxis, ZD 2020, 69–73.
- Gillespie, Tarleton*, The Platform Metaphor, Revisited, Digital Society Blog, 2017.
- Gilson, Ronald/Kraakman, Reinier*, The Mechanism of Market Efficiency, 70 Virginia Law Review, 1984, 549–644.
- , Market efficiency after the financial crisis – it’s still a matter of information costs, 100 Virginia Law Review 313 (2014), 313–373.
- Ginsburg, Jane*, People Not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention, 49 IIC 131 (2018), 134–135.
- Glückler, Johannes/Németh, Schila/Melot de Beauregard, Paul*, Netzwerke: Rechtsformen und Folgen für die Zusammenarbeit von Unternehmen, DB 2011, 2701–2709.
- Godt, Christine*, Haftung für ökologische Schäden: Verantwortung für Beeinträchtigungen des Allgemeingutes Umwelt durch individualisierbare Verletzungshandlungen, Berlin 1997.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG, Band 1: §§ 1–75, 5. Auflage, München 2019.
- Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 5. Auflage, München 2019.
- Götting, Horst-Peter*, Der Begriff des Geistigen Eigentums, GRUR 2006, 353–358.
- Götz, Volkmar/Geis, Max-Emanuel*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 17. Auflage, München 2022.
- Goetz, Charles J./Scott, Robert E.*, Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract, The Yale Law Journal (1980), Band 89, Number 7, 1261–1322.
- Gola, Peter*, Datenschutz-Grundverordnung: DS-GVO Kommentar, 2. Auflage, München 2018.
- Gola, Peter/Heckmann, Dirk* (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz: BDSG Kommentar 13. Auflage, München 2019.
- Goldberg, Victor*, Relational Exchange: Economics and Complex Contracts, American Behavioral Scientist 23 (1980), 337–352.
- Goldschmidt, Christof-Ulrich*, Die Wissenszurechnung: ein Problem der jeweiligen Wissensnorm, entwickelt am Beispiel des § 463 S. 2 BGB, Berlin 2001.
- Goldsmith, Jack L./Wu, Tim*, Who Controls the Internet?, New York 2006.
- Goldsmith, Raymond*, The Financial Development of India, Japan and the United States – A Trilateral Institutional Statistical and Analytical Comparison, 1983.

- Gómez-Pomar, Fernando*, European Contract Law and Economic Welfare: A View from Law and Economics, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.), Constitutional Values and European Contract Law, Alphen aan den Rijn 2008, S. 215–240.
- Gomille, Christian*, Herstellerhaftung für automatisierte Fahrzeuge, JZ 2016, 76–82.
- Gordon, Jeffrey/Ringe, Wolf-George* (Hrsg.), The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Oxford 2018.
- Gornik, Andreas*, Grundrechtsbindung in der Rechtsprechung des BAG, NZA 2012, 1399–1404.
- Gottwald, Peter/Klingmüller, Ernst* (Hrsg.), Kausalität und Zurechnung: Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts, in: Karlsruher Forum, Karlsruhe 1986.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard*, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 73. Auflage, München 2021.
- Graf, Jürgen/Jäger, Markus/Wittig, Petra*, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2. Auflage, München 2017.
- Grage, Katja*, Ausgewählte Aspekte der Verwaltungstreuhand an Geschäftsanteilen, RNotZ 2005, 251–276.
- Grages, Jan-Michael*, Haftung und Innenausgleich in Datenschutzverträgen, CR 2020, 232–239.
- Granovetter, Mark*, Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness, American Journal of Sociology, Band 91, 1985, Issue 3, 481–510.
- , Business Groups and Social Organization, in: Smelser, Neil/Swedberg, Richard (Hrsg.), The Handbook of Economic Sociology, Princeton (u. a.) 2005, 429–450.
- , The Impact of Social Structure on Economic Outcomes, Journal of Economic Perspectives, Band 19, 2005, Nr. 1, 33–50.
- Greco, Luis*, Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS 2011, 674–691.
- Grieser, Simon/Heemann, Manfred* (Hrsg.), Europäisches Bankaufsichtsrecht, 1. Auflage, Frankfurt a. M. 2016.
- Grigoleit, Hans Christoph*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH: dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes, München 2006.
- , Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008.
- , Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 210 (2010), 354–423.
- , Aktiengesetz Kommentar, München 2013.
- , Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung, ZHR 181 (2017), 160–202.
- , Regulierung von Related Party Transactions im Kontext des deutschen Konzernrechts, ZGR 2019, 412–462.
- , Aktiengesetz: AktG, 2. Auflage, München 2020.
- Grimm, Dieter*, Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1987.
- Groeben, von der, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015.
- Groß, Wolfgang*, Kapitalmarktrecht: Kommentar zum Börsengesetz, zur Börsenzulassungs-Verordnung, zum Wertpapierprospektgesetz und zur Prospektverordnung, 8. Auflage, München 2022.
- Grossman, Sanford/Hart, Oliver*, The costs and benefits of ownership: A theory of vertical and lateral integration, Journal of Political Economy 94 (1986), 691–719.

- Grossmann, Sanford*, On the efficiency of competitive stock markets where traders have diverse information, *Journal of Finance*, Band. 31, 1976, 573–585.
- , Further results on the informational efficiency of competitive stock markets, *Journal of Economic Theory*, Band 18, 1978, 81–101.
- Grossmann, Sanford J./Stiglitz, Joseph E.*, On the Impossibility of informationally efficient markets, *American Economic Review* Band 70, 1980, 393–408.
- Gruber, Urs/Müller, Klaus*, Sachenrecht, München 2016.
- Grüneberg, Christian*, Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 81. Auflage, München 2022.
- Grünberger, Michael*, Personale Gleichheit: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.
- , Verträge über digitale Güter, *AcP* 218 (2018), 213–296.
- , Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze. Erwiderung auf Karl Riesenhuber, *AcP* 219 (2019), 892–932.
- , Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 81. Auflage, München 2022.
- Grünberger, Michael/Leible, Stefan* (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014.
- Grünberger, Michael/Podszun, Rupprecht*, Ein more technological approach für das Immaterialgüterrecht?, *ZGE* 2016, 269–270.
- Grundmann, Stefan*, Europäisches Kapitalmarktrecht, *ZSR* 115 nF (1996), 103–149.
- , Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts – insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?, *ZEuP* 1996, 399–424.
- , Der Treuhandvertrag: insbesondere die werbende Treuhand, München 1997.
- , Methodenpluralismus als Aufgabe. Zur Legalität von ökonomischen und rechtsethischen Argumenten in Auslegung und Rechtsanwendung, *RabelsZ* (1997), Band 61 (3), 423–453.
- , Europäisches Schuldvertragsrecht: das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte; (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung), Berlin 1999.
- , Europäisches Handelsrecht– vom Handelsrecht des *laissez faire* im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung, *ZHR* 163 (1999), 635–678.
- , Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, (Hrsg.), Tübingen 2000.
- , Darlehens- und Kreditrecht nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, *BKR* 2001, 66–71.
- , Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag, *AcP* 204 (2004), 569–605.
- , Die Dogmatik des Vertragsnetzes, *AcP* 207 (2007), 718–767.
- , Welche Einheit des Privatrechts? – Von einer formalen zu einer gestaltungsorientierten Konzeption des Privatrechts, in: Haar, Brigitte/Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno (u. a.) (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung, Band I, Berlin (u. a.) 2010, S. 61–91.
- , On the Unity of Private Law – From a Formal to a Substance Based Concept of Private Law, *European Review of Private Law* 2010, 1055–1078.
- , On the Unity of Private Law from a Formal to a Substance-Based Concept of Private Law, *European Review of Private Law*, Band 18, Issue 6 (2010), 1055–1078.
- , Inter-Instrumental-Interpretation System Building through the Interpretation of European Union Law, *RabelsZ* (2011), Band 75 (4), 882–932.
- , Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2011.

- , *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, 2. Auflage, Antwerp/Oxford 2012.
- , *The Banking Union Translated into (Private Law) Duties – Infrastructure and Rulebook*, EBOR, Band 16, 2015, 357–382.
- , *Privatrecht und Regulierung*, in: Grigoleit, Hans/Petersen, Jens (Hrsg.), *Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert*, Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 907–948.
- , *Vertrauen und (EU-)Kapitalmarkt – Theorie und Fallstudien zu einer neuen Mesotes im Wirtschaftsrecht*, in: Bachmann, Gregor/Grundmann, Stefan/Mergel, Anja, Kropf, Kaspar (Hrsg.), *Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020*, Berlin/Boston 2020, S. 67–97.
- , *Emissionspublizität und Vertrauen – Geburt von Alternativmärkten, -Instrumenten und – Haftung*, in: Dauner-Lieb, Barbara/Hennrichs, Joachim/Henssler, Martin/Liebscher, Thomas/Morell, Alexander (u. a.) (Hrsg.), *Festschrift für Barbara Grunewald*, Köln 2021, S. 227–253.
- , *Pluralistische Privatrechtstheorie – Prolegomena zu einer pluralistisch-gesellschaftswissenschaftlichen Rechtstheorie als normativem Desiderat (»normativer Pluralismus«)*, *RabelsZ* (2022), Band 86 (2), 364–420.
- Grundmann, Stefan/Hacker, Philipp*, *The Digital Technology as a Challenge to European Contract Law – From the Existing to the Future Architecture*, *European Review of Contract Law* (2017), Band 13, Heft 3, 255–293.
- , *Theories of Choice – The Social Science and Law of Decision Making*, Oxford 2021.
- Grundmann, Stefan/Kerber, Wolfgang/Weatherill, Stephen* (Hrsg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin/New York 2001.
- Grundmann, Stefan/Micklitz, Hans-W./Renner, Moritz*, *Privatrechtstheorie*, Band 1, Tübingen 2015.
- , *New Private Law Theory: A Pluralist Approach*, Cambridge 2021.
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian*, *Die goldene Aktie*, *ZGR* 2003, 317–366.
- Grundmann, Stefan/Möslein, Florian/Riesenhuber, Karl*, *Contract Governance: Dimensions in Law and Interdisciplinary Research*, Oxford 2015.
- Grundmann, Stefan/Renner, Moritz*, *Vertrag und Dritter – zwischen Privatrecht und Regulierung*, *JZ* 2013, 379–389.
- Grundmann, Stefan/Riesenhuber, Karl*, *Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts*, *JuS* 2001, 529–536.
- Grundmann, Stefan/Selbherr, Benedikt*, *Börsenprospekthaftung in der Reform – Rechtsvergleichung, Europarecht, Interessenbewertung mit ökonomischer Analyse*, *WM* 1996, 985–993.
- Grundmann, Stefan/Thiessen, Jan*, *Recht und Sozialtheorie im Rechtsvergleich. Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und -praxis*, Tübingen 2015.
- Grundmeier, Charlotte*, *Rechtspflicht zur Compliance im Konzern*, Köln 2011.
- Grunewald, Barbara*, *Neue Regeln zum Insiderhandel*, *ZBB* 1990, 128–132.
- , *Satzungsfreiheit für das Beschlussmängelrecht*, *NZG* 2009, 967–970.
- Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter* (Hrsg.), *Erman BGB*, 16. Auflage, Köln 2020.
- Grzeszick, Bernd*, *Kommentierung von Art. 20 GG*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig*, *Grundgesetz*, 87. EL März 2019.
- Gsell, Beate*, *Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenensystem*, *AcP* 214 (2014), 99–150.

- Gsell, Beate/Herresthal, Carsten*, Vollharmonisierung im Privatrecht, Tübingen 2009.
- Gurlit, Elke*, Grundrechtsbindung von Unternehmen, NZG 2012, 249–255.
- Guski, Roman*, Was wissen Verbände? Zur „Wissenszurechnung“ im Gesellschaftsrecht, ZHR 184 (2020), 363–388.
- Gutmann, Thomas*, Struktur und Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, Preprints of the Centre of Advanced Study in Bioethics, Münster 2010/7.
- Haas, Ulrich*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz: unternehmerische Verhaltenspflichten des GmbH-Geschäftsführers zum Schutz Dritter, München 1997.
- Haas, Volker*, Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002.
- Habermann, Norbert* (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB – Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 90–124; §§ 130–133, 9. Auflage, Stand Neubearbeitung 2022, Berlin 2022.
- Habermas, Jürgen*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a. M. 1992.
- Habersack, Mathias*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen. Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 150, Berlin 1992.
- , Die Anerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit der GbR und der akzessorischen Gesellschafterhaftung durch den BGH, BB 2001, 477–483.
- , Zu nichtfinanziellen Unternehmenszwecken, AcP 220 (2020), 594–663.
- Habersack, Mathias/Ehrl, Max*, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – de lege lata und de lege ferenda, AcP 219 (2019), 155–210.
- Habersack, Mathias/Mülbart, Peter/Schlitt, Michael* (Hrsg.), Handbuch der Kapitalmarktinformation, 3. Auflage, München 2020.
- Habersack, Mathias/Verse, Dirk*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 2019.
- Habersack, Mathias/Zickgraf, Peter*, Deliktsrechtliche Verkehrs- und Organisationspflichten im Konzern, ZHR 182 (2018), 252–295.
- Haberstumpf, Helmut*, Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Eine Untersuchung über juristische Argumentationsweisen, Berlin 1976.
- Hacker, Philipp*, Verhaltensökonomik und Normativität: die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, Tübingen 2017.
- , Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, RW 2018, Heft 3, S. 243–288.
- , Mehrstufige Informationsanbieterverhältnisse zwischen Datenschutz und Störerhaftung, MMR 2018, 779–784.
- , Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148–197.
- , Datenprivatrecht: Neue Technologien im Spannungsfeld von Datenschutzrecht und BGB, Tübingen 2020.
- Hadding, Walther*, Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935, Berlin 1999.

- , Zur Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts sowie zur Haftung ihrer Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten, ZGR 2001, 712–743.
- Hadfield, Gillian*, Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts, Stanford Law Review Band 42 (1990), 927–992.
- Haedicke, Maximilian*, Die Haftung für mittelbare Urheber- und Wettbewerbsrechtsverletzungen, GRUR 1999, 397–402.
- Häsemeyer, Ludwig*, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507–575.
- Hagen, Horst*, Formzwang, Formzweck, Formmangel und Rechtssicherheit, in: Bundesnotarkammer (Hrsg.), Festschrift für Helmut Schippel zum 65. Geburtstag, München 1996, S. 173–186.
- Hagen-Eck, Regine/Wirsch, Stefan*, Gestaltung von Directors' Dealings und die Pflichten nach § 15a WpHG, DB 2007, 504–509.
- Hager, Günther*, Die Prinzipien der Mittelbaren Stellvertretung, AcP 180 (1980), 239–262.
- Hager, Johannes*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, München 1990.
- , Bereicherungsausgleich beim Einzugsermächtigungsverfahren, JA 2006, 738–740.
- Halpern, Paul/Trebilcock, Michael/Turnbull, Stuart*, An Economic Analysis of Limited Liability in Corporation Law University of Toronto Law Journal 30 (1980), 117–150.
- Hammig, Sarah*, Der gutgläubige Erwerb einer Marke, GRUR-Prax 2020, 501–504.
- Hanau, Hans/Ann, Christoph*, Unbeschränkte Haftung für Altverbindlichkeiten der GbR? – Zur Notwendigkeit und Begründbarkeit einer 'KG bürgerlichen Rechts', in: Aderhold, Lutz/Grunewald, Barbara/Klingberg, Dietgard/Paefgen, Walter G., Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 955–969.
- Handelsrechtsausschuss des DAV, Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung des Anlegerschutzes, NZG 2004, 703.
- Hansen, Gerd*, Warum Urheberrecht? – Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden-Baden (u. a.) 2009.
- Hansmann, Henry*, Ownership of the Firm, Journal of Law, Economics, & Organization, Band. 4, Nr. 2 (1988), 267–304.
- Hansmann, Henry/Kraakman, Reinier*, Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts Yale Law Journal 100 (1991), 1879–1934.
- , The End Of History For Corporate Law, 89 Georgetown Law Journal (2001), S. 439–468.
- Hansmann, Henry/Squire, Richard*, External and Internal Asset Partitioning: Corporations and their Subsidiaries, 2016, The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance, Forthcoming, Yale Law & Economic Research Paper Nr. 535.
- Harbarth, Stephan*, Weisungsrecht und Berichtswege bei der Konzernleitung in Matrixstrukturen, in: Dreher, Meinrad/Mülbert, Peter O./Verse, Dirk A./Drescher, Ingo (Hrsg.), Festschrift für Alfred Bergmann zum 65. Geburtstag am 13. Juli 2018, Berlin/Boston 2018, S. 243–259.
- Harder, Manfred*, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis – Anweisung und Vertrag zugunsten Dritter als Modell. AcP 182 (1982), 372–379.
- Hardwig, Werner*, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg 1957.
- Harke, Jan Dirk*, Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2010.
- , Besonderes Schuldrecht, Heidelberg 2011.
- Hart, Oliver*, An Economist's Perspective on the Theory of the Firm, 89 Columbia L.R. (1989), 1757.

- , Firms, contracts, and financial structure, Oxford 1995.
- Hart, Oliver/Moore, John*, Incomplete Contracts and Renegotiation, *Econometrica*, Econometric Society, Band 56 (1988), 755–785.
- Hartmann, Volker*, Der Kfz-Hersteller im Spannungsfeld zwischen Produkthaftungsrecht und UWG, *BB* 2012, 267–273.
- Hassold, Gerhard*, Zur Leistung im Dreipersonenverhältnis, München 1981.
- Hauck, Ronny*, Bereicherungsausgleich bei Anweisungsfällen nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, *JuS* 2014, 1066–1070.
- , Der Erschöpfungsgrundsatz im Patent- und Urheberrecht – Aktuelle Rechtsprechung des U.S. Supreme Court im Kontext europäischer Entwicklungen, *EuZW* 2017, 645–649.
- Hausßmann, Frederik*, Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen, Mannheim 1926.
- Hayek, Friedrich August von*, – The Use of Knowledge in Society, *The American Economic Review*, Band 35 (1945), Nr. 4, 519–530.
- , Die Anmaßung von Wissen, *Ordo* 26 (1975), 12–21.
- Heck, Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, *AcP* 112 (1914), 1–318.
- Heermann, Peter/Schlingloff, Jochen*, Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht (UWG), Band 1: Grundlagen und unionsrechtlicher Rahmen des Lauterkeitsrechts. §§ 1–7 UWG, 3. Auflage, München 2020.
- Hegel, Georg*, Sämtliche Werke, Ausg. Glockner, Band 5 (Logik).
- , Grundlinien einer Philosophie des Rechts, Berlin 1820.
- Heidbrink, Ludger/Langbehn, Claus/Loh, Janina*, Handbuch Verantwortung, 1. Auflage, Wiesbaden 2017.
- Heidel, Thomas/Hüßtege, Rainer/Mansel, Heinz-Peter/Noack, Ulrich*, BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Baden-Baden 2021.
- Heidemann, Carsten*, Der Begriff der Zurechnung bei Hans Kelsen, in: Paulson/Stolleis (Hrsg.), Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, 17–34.
- Heinichen, Christian*, Unternehmensbegriff und Haftungsnachfolge im Europäischen Kartellrecht, Baden-Baden 2011.
- Heinlein, Ingrid*, Zivilrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen für sichere und gesunde Arbeitsbedingungen in den Betrieben ihrer Lieferanten, *NZA* 2018, 276–282.
- Heinrich, Tobias*, Die EG-Richtlinie 2002/87/EG über die zusätzliche Beaufsichtigung von Finanzkonglomeraten, *ZBB* 2003, 230–238.
- Heinze, Meinhard*, Zur Rechtsnatur wettbewerbsbeschränkender Verträge, in: Wannagat, Georg/Gitter, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag, Tübingen 1973, S. 75–116.
- Heinze, Stefan*, Europäisches Kapitalmarktrecht. Recht des Primärmarktes, München 1999.
- Hellgardt, Alexander*, Europarechtliche Vorgaben für die Kapitalmarktinformativhaftung, *AG* 2012, 154–168.
- , Praxis- und Grundsatzprobleme der BGH-Rechtsprechung zur Kapitalmarktinformativhaftung, *DB* 2012, S. 673–678.
- , Regulierung und Privatrecht: staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.

- , Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung, JZ 2018, 901–910.
- Helper, Susan/Levine, David*, Long-Term Supplier Relations and Product-Market Structure, *Journal of Law, Economics and Organization* 8 (1992), 561–581.
- Hennrichs, Joachim/Pöschke, Moritz*, Die Pflicht des Aufsichtsrats zur Prüfung des „CSR-Berichts“, NZG 2017, 121–127.
- Henssler, Martin/Hoven, Elisa/Kubiciel, Michael/Weigend, Thomas*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, NZWiSt Heft 01, 2018.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan*, juris PraxisKommentar BGB, 7. Auflage, Saarbrücken 2014.
- Herresthal, Carsten*, Grundrechte und Privatrecht, ZEuP 2014, 238–280.
- Hertin, Paul*, Die urheberrechtliche Stellung des Kameramannes, UFITA 118 (1992), 57–85.
- Hesselink, Martijn*, European contract law – a matter of consumer protection, citizenship, or justice?, *European Review of Private Law*, Band 15 (2007), 323–348.
- , A European Legal Method?, *On European Private Law and Scientific Method*, *European Law Journal* Band 15 (2009), 20–45.
- , The Justice Dimensions of the Relationship between Fundamental Rights and Private Law, *European Review of Private Law*, Band 24 (2016), 425–455.
- , Private Law, Regulation, and Justice, *European Law Journal*, Band 22 (2016), 681–695.
- Hetmank, Sven/Lauber-Rönsberg, Anne*, Künstliche Intelligenz – Herausforderungen für das Immaterialgüterrecht, GRUR 2018, 574–582.
- Heuer, Dennis/Schütt, Jonas*, Auf dem Weg zu einer europäischen Kapitalmarktunion, BKR 2016, 45–50.
- Heun, Sven-Erik*, Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595–600.
- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, Ethics Guidelines for Trustworthy AI, Brüssel 2019.
- Hilgendorf, Eric*, Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“, GA 1995, 515–534.
- , Kausalität, ARSP (1995) Band 81, Nr. 2 (1995), 272–282.
- , Automatisiertes Fahren und Recht, JA 2018, 801–807.
- Hinojosa-Martínez, Luis M./Beneyto, Jose Maria* (Hrsg.), European Banking Union. The New Regime, Alphen aan den Rijn 2015.
- Hirschman, Albert*, Exit, Voice, and Loyalty, Cambridge (u.a.) 1970.
- Hirshleifer, Jack*, The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, *The American Economic Review* (1971), Band 61, Nr. 4, 561–574.
- , Where are We in the Theory of Information, *The American Economic Review* (1973) Band 63, Nr. 2 and Papers and Proceedings of the Eighty-fifth Annual Meeting of the American Economic Association, 31–39.
- , *Price Theory and Applications*, Upper Saddle River 1976.
- Hirte, Heribert/Möller, Thomas*, Kölner Kommentar zum WpHG, 2. Auflage, Köln/Berlin/München 2014.
- Hoffmann, Martin*, Tagungsbericht : 2. Fachkonferenz Automatisiertes und autonomes Fahren, NZV 2019, 177–181.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Immaterialgüterrecht als Referenzgebiet innovationserheblichen Rechts, Baden-Baden 2016.
- , Innovation und Recht – Recht und Innovation, Tübingen 2016.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996.

- , Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998.
- Hofmann, Franz*, Die Haftung von Internetplattformen und Internetzugangsvermittlern – Auf dem Weg von der Sonderdogmatik zum Kernzivilrecht, ZfPW 2021, 385–413.
- Hofmann, Jeanette/Kersting, Norbert/Ritzi, Claudia/Schünemann, Wolf J.* (Hrsg.), Politik in der digitalen Gesellschaft-Zentrale Problemfelder und Forschungsperspektiven, Bielefeld 2019.
- Holmström, Bengt/Milgrom, Paul*, Multitask Principal-Agent Analyses: Incentive Contracts, Asset Ownership, and Job Design, Journal of Law, Economics and Organization 7 (1991), 24–52.
- Holmstrom, Bengt/Tirole, Jean*, Transfer Pricing and Organizational Form, Yale School of Organization and Management, Working Paper Series D Nr. 48.
- Holst, Johannes*, Konvergenz der Grundfreiheiten durch das Marktzugangskriterium?, EuR 2017, 633–638.
- Holznagel, Daniel*, Schadensersatzhaftung gefahrgeneigter Hostprovider wegen nicht verhinderter „gleichartiger“ Inhalte, CR 2017, 463–470.
- Homans, George*, Social behavior: Its elementary forms, New York 1961.
- Hommelhoff, Peter*, Die Konzernleitungspflicht, Bonn 1982.
- , Konzernorganisation und Haftungsbeschränkungen – zur Legitimität des faktischen Konzerns, ZGR 2019, 379–411.
- , Vom Konzern zum Einheitsunternehmen, ZGR-Sonderheft 22 (2020), 215–220.
- Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Teichmann, Christoph*, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, Berlin 2016.
- Hong, Mathias*, Abwägungsfähige Rechte. Von Alexys Prinzipien zum Modell der Grundsatznormen, Tübingen 2019.
- Honsell, Heinrich*, Die Haftung für Gutachten und Auskunft unter besonderer Berücksichtigung von Drittinteressen, in: Beuthien, Volker (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln (u. a.) 1999, S. 211–233.
- Hoofnagle, Chris J./Whittington, Jan*, Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price, 61 UCLA Law Review 2014, 606–670.
- Hopt, Klaus*, Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? Teil 1: Der international erreichte Stand des Kapitalmarktrechts, ZHR 140, 1976, 201–235.
- , Vom Aktien- und Börsenrecht zum Kapitalmarktrecht? Teil 2: Die deutsche Entwicklung im internationalen Vergleich, ZHR 141, 1977, 389–441.
- , Europäisches und deutsches Insiderrecht, ZGR 1991, 17–73.
- , Die Verantwortlichkeit der Banken bei Emissionen: Recht und Praxis in der EG, in Deutschland und in der Schweiz, München 1991.
- , Grundsatz- und Praxisprobleme nach dem Wertpapierhandelsgesetz, ZHR 159 (1995), 135–163.
- , Common Principles of Corporate Governance in Europe?, in: Markesinis, B. (Hrsg.), The Clifford Chance Millennium Lectures – The Coming Together of the Common Law and the Civil Law, Oxford 2000, S. 105–132.
- , Die Schaffung einer Kapitalmarktunion in Europa – langwierig und schwierig, aber notwendig, EuZW 2015, 289–290.
- Hopt, Klaus/Kumpan, Christoph/Merkt, Hanno/Roth, Markus*, Hopt Handelsgesetzbuch Kommentar, 41. Auflage, München 2022.
- Hopt, Klaus./Wymeersch, Eddy* (Hrsg.), European Insider Dealing, London 1991.

- Hören, Thomas, Anmerkungen zu EuGH, Urteil vom 10.7.2018 – C-25/17: EuGH: Verarbeitung personenbezogener Daten bei Religionsgemeinschaften – Zeugen Jehovas ZD 2018, 469–473.
- Hruschka, Joachim, Strukturen der Zurechnung, Berlin/New York 1976.
- Huber, Ulrich, Leistungsstörungen: Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Band 1, Tübingen 1999.
- Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Auflage, Berlin/New York 1996.
- Huebner, Stefan Rolf, Gemeinschaftliche Innovation und Patentpools, Berlin 2008.
- Huerkamp, Florian, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe, Tübingen 2010.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens, Aktiengesetz, 16. Auflage, München 2022.
- Hume, David, A Treatise of Human Nature: Being an Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects and Dialogues Concerning Natural Religion, Book I, London 1739.
- , Enquiries Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals, Oxford 1777.
- Ibrig, Hans-Christoph, Wissenszurechnung im Kapitalmarktrecht – untersucht anhand der Pflicht zur Ad-hoc-Publizität gemäß Art. 17 MAR, ZHR 181 (2017), 381–415.
- Ilberg, Phillip von/Neises, Michael, Die Richtlinien-Vorschläge der EU Kommission zum „Einheitlichen Europäischen Prospekt“ und zum „Marktmissbrauch“ aus Sicht der Praxis, WM 2002, 635–647.
- Immenga, Ulrich, BVerfG:Verfassungsbeschwerde gegen Verordnungen des Rates und der Kommission der EWG, NJW 1968, 1036–1037.
- Ingerl, Reinhard, Rechtsverletzende und rechtserhaltende Benutzung im Markenrecht, WRP 2002, 861–870.
- Ingerl, Reinhard/Rohnke, Christian, Markengesetz, Kommentar, 2. Auflage, München 2003.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. Auflage, Heidelberg 2006.
- , Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 2011.
- Jaeger, Wolfgang, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 99. Aktualisierung, Köln 2021.
- Jäger, Christian, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, München 1996.
- , Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien des Strafrechts, Heidelberg 2006.
- Jänich, Volker, Geistiges Eigentum – eine Komplementärscheinung zum Sacheigentum?, Tübingen 2002.
- Jakobs, Horst, Die Rückkehr der Praxis zur Regelanwendung und der Beruf der Theorie im Recht der Leistungskondiktion, NJW 1992, 2524–2529.
- Jansen, Nils, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003.
- Jarass, Hans Dieter, Die Gewährleistung der unternehmerischen Freiheit in der Grundrechtecharta, EuGRZ 2011, 360–365.
- , Die Bedeutung der Unionsgrundrechte zwischen Privaten, ZEuP, 2017, 310–334.

- , Rechtfertigung von Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit und damit verbundene Nachweispflichten, NVwZ 2018, 1665–1673.
- Jauernig, Othmar* (Hrsg.), *Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz*, 18. Auflage, München 2021.
- Jayme, Erik*, *Nationales Kunstwerk und Internationales Privatrecht*, 1. Auflage, Heidelberg 1999.
- Jayme, Erik/Kohler, Christian*, *Europäisches Kollisionsrecht, Der Dialog der Quellen: IPRax* 1995, 343–354.
- Jellinek, Georg*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin 1900.
- Jensen, Michael/Meckling, William*, *Theory of the Firm – Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*, Band 3 (1976), 305–360.
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1, §§ 1–37, 3. Auflage, München 2017; Band 1: §§ 1–37, 4. Auflage, München 2020; Band 4, §§ 185–262, 4. Auflage, München 2021.
- Joerden, Jan*, *Zwei Formeln in Kants Zurechnungslehre*, *ARSP*, Band 77 (1991), Nr. 4, 525–538.
- Joerges, Christian*, *The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective*, in: *European law journal: review of European law in context* (1997-12), Band 3 (4), 378–406.
- Joerges, Ernst*, *Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht*, *ZHR* 49 (1900), 140–227.
- John, Uwe*, *Die organisierte Rechtsperson: System und Probleme der Personifikation im Zivilrecht*, Berlin 1977.
- Jolls, Christine*, *Behavioral Economics and the Law*, Hanover (US) 2011.
- Jolls, Christine/Sunstein, Cass/Thaler, Richard*, *A Behavioral Approach to Law and Economics*, *Stanford Law Review*, Band 50, 1997/1998, 1471–1548.
- Jones, Laura*, *Die urheberrechtliche Haftung von Intermediären im Rechtsvergleich*, 1. Auflage, Tübingen 2020.
- Jüttner, Markus*, *Behavioral Compliance statt Corporate Compliance? Zwischen gefährlichen Halbwahrheiten, absolutem Unsinn und aussichtsreichen Lösungsansätzen beim Versuch, Unternehmenskriminalität zu verhindern*, *CCZ* 2021, 1–12.
- Jung, Alexander*, *Datenschutz-(Compliance-)Management-Systeme – Nachweis- und Rechenschaftspflichten nach der DS-GVO*, *ZD* 2018, 208–213.
- Just, Clemens/Voß, Thorsten/Ritz, Corinna/Becker, Ralf*, *Wertpapierhandelsgesetz WpHG- Kommentar*, 1. Auflage, München 2015.
- Kaehler, Michael*, *Bereicherung und Vindikation – Allgemeine Prinzipien der Restitution*, Bielefeld 1972.
- Kabl, Wolfgang/Schwind, Manuel*, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten – Grundbausteine einer Interaktionslehre*, *EuR* 2014, 170–194.
- Kahneman, Daniel/Tversky, Amos*, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, *Econometrica*, Band 47 (1979), 263–292.
- Kant, Immanuel*, *Die Metaphysik der Sitten*, Erstdruck, Königsberg 1797.
- , *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Werkausgabe, Band 7, Berlin 2000.
- Kantorowicz, Hermann*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906.
- Kaplow, Louis/Shavell, Steven*, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, *The Journal of Legal Studies*, Band 23 (1994), Nr. 2, 667–681.

- Katzenmeier, Christian*, Zur neueren dogmengeschichtlichen Entwicklung der Deliktsrechtstatbestände, AcP 203 (2003), 79–118.
- Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfrid*, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Auflage, München 2011.
- Kaufmann, Franz-Xaver*, Der Ruf nach Verantwortung. Risiko und Ethik in einer unüberschaubaren Welt, Freiburg im Breisgau (u. a.) 1992.
- Kaufmann, Matthias/Renzikowski, Joachim* (Hrsg.), Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Wien (u. a.) 2004.
- Keller, Daphne*, Facebook Filters, Fundamental Rights, and the CJEU's Glawisch-nig-Piesczek Ruling, GRUR Int. 2020, 616–623.
- Keller, Moritz/Kapoor, Sunny*, Climate Change Litigation – zivilrechtliche Haftung für Treibhausgasemissionen, BB 2019, 706–712.
- Kelsen, Hans*, Hauptprobleme des Staatsrechts: entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Auflage, Tübingen 1923.
- , Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925.
- , Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig 1934.
- , Kausalität und Zurechnung, ARSP, Band 46 (1960), Nr. 3, 321–333.
- Kemper, Rainer*, Verbraucherschutzinstrumente, Baden-Baden 1994.
- Kennedy, Duncan*, A Critique of Adjudication (fin de siècle), 1997.
- Kerber, Wolfgang*, Zur Komplexität der Anwendung des ökonomischen Anreizparadigmas bei geistigen Eigentumsrechten. Ein wirtschaftspolitischer Analyserahmen, ZGE 5 (2013), 245–273.
- Kersting, Christian*, Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern, Der Konzern 2011, 445–459.
- , Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit, WuW 2014, 1156–1173.
- , Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht, ZHR 182 (2018), 8–31.
- Kersting, Wolfgang*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, Darmstadt 1996.
- , Transzendentalphilosophische und naturrechtliche Eigentumsbegründung, ARSP 67 (1981), 157–175.
- , Theorien der sozialen Gerechtigkeit, Stuttgart/Weimar 2000.
- Kerton, Robert/Bodell, Richard*, Quality, choice and the economics of concealment: The marketing of lemons (1995), Journal of Consumer Affairs, Band 29, Issue 1, 1–28.
- Keuk, Brigitte*, Die Solidarhaftung der Nebentäter, AcP 168 (1968), 175–206.
- Kiehnle, Arndt*, Drei berichtigende Worte des Bundesgerichtshofs?, JURA 2016, 1414–1425.
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Auflage, München 2021.
- Kieninger, Eva-Maria*, Miniatur: Lieferkettengesetz – dem deutschen Papiertiger fehlen die Zähne, ZfPW 2021, 252–256.
- Kiesewetter, Matthias/Parmentier, Miriam*, Verschärfung des Marktmissbrauchsrechts – ein Überblick über die neue EU-Verordnung über Insidergeschäfte und Marktmanipulation, BB 2013, 2371–2379.
- Kilian, Wolfgang*, Äußeres und inneres System in einem noch fragmentarischen Europäischen Schuldvertragsrecht?, in: Grundmann, Stefan (Hrsg.), Systembildung und Sys-

- temlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, Tübingen 2000, 427–441.
- Kindler, Peter*, Unternehmensmobilität nach „Polbud“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1–5.
- Kingreen, Thorsten*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Berlin 1999.
- Kirchhof, Ferdinand*, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, 267–277.
- Kirchner, Christian*, – Zur zentralen Rolle der zivilrechtlichen Sanktionen im Recht des Insiderhandels, in: Leser, Hans G./Isomura, Tamotsu (Hrsg.), Wege zum Japanischen Recht, Festschrift für Zentaro Kitagawa zum 60. Geburtstag am 5. April 1992, Berlin 1992, S. 665–683.
- , Unternehmensorganisation und Vertragsnetz, in: Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Unternehmensrechts, Heidelberg 1993, 196–215.
- , Zur ökonomischen Theorie der juristischen Person – Die juristische Person im Gesellschaftsrecht im Lichte der Institutionenökonomik –, in: Damm, Reinhard/Heermann, Peter/Veil, Rüdiger/Kirchner, Christian (Hrsg.), Festschrift für Thomas Raiser zum 70. Geburtstag am 20. Februar 2005, Berlin/Boston 2005, S. 181–202.
- Klatt, Heiko*, Die Kerngleichheit als Grenze der Prüfungspflichten und der Haftung des Hostproviders, ZUM 2009, 265–274.
- Klawonn, Thilo*, Garantenhaftung auch des unzuständigen Geschäftsführers bei Patentverletzung, GWR 2018, 164–173.
- Klein, Benjamin*, Self-Enforcing Contracts, JITE 141 (1985), S. 594–600.
- , Why Hold-Ups Occur: The Self-Enforcing Range of Contractual Relationships, Economic Inquiry 34 (1996), S. 444–463.
- Klein, Stefan*, Interorganisationssysteme und Unternehmensnetzwerke, Wiesbaden 1996.
- Kleindiek, Detlef*, Deliktshaftung und juristische Person. Zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern, Tübingen 1997.
- Klindt, Thomas*, Der „new Approach“ im Produktrecht des europäischen Binnenmarktes: Vermutungswirkung technischer Normierung, EuZW 2002, 133–136.
- Kling, Michael*, Wirtschaftliche Einheit und Gemeinschaftsunternehmen – Konzernprivileg und Haftungszurechnung, ZWeR 2011, 169–191.
- Klingbeil, Stefan*, Der Begriff der Rechtsperson, AcP 217 (2017), 848–885.
- , Stellvertretung als allgemeines Rechtsinstitut. Zu Theorie, Dogmatik und Reichweite des Repräsentationsprinzips, ZfPW 2020, 150–188.
- Klöhn, Lars*, Preventing Excessive Retail Investor Trading under MiFID: A Behavioral Law and Economics Perspective, European Business and Law Review, Band 10 (2009), 437–454.
- , Die Regelung selektiver Informationsweitergabe gem. 15 Abs. 1 Satz 4 u. 5 WpHG – eine Belastungsprobe, WM 2010, 1869–1882.
- , Der Aufschub der Ad-hoc-Publizität wegen überwiegender Geheimhaltungsinteressen des Emittenten gem. § 15 Abs. 3 WpHG, ZHR 178 (2014), 55–97.
- , Die (Ir-)Relevanz der Wissenszurechnung im neuen Recht der Ad-hoc-Publizität und des Insiderhandelsverbots, NZG 2017, 1285–1292.
- , Die neue Prospektfreiheit „kleiner“ Wertpapieremissionen unter 8 Mio. €, ZIP 2018, 1713–1721.

- Klöhn, Lars/Schmolke, Klaus*, Unternehmensreputation (Corporate Reputation), NZG 2015, 689–697.
- Klonick, Kate*, The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech, Harvard Law Review, Band 131:1598 (2018).
- Kloyer, Martin*, Effective Control Rights in Vertical R&D Collaboration, Managerial and Decision Economics 32 (2011), 457–468.
- Kluth, Winfried*, Beweiserhebung und Beweiswürdigung durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1999, 3513–3519.
- Koch, Jens*, Der kartellrechtliche Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund, ZHR 171 (2007), 554–580.
- Koch, Phillipp*, Die Ad-hoc-Publizität nach dem Kommissionsentwurf einer Marktmissbrauchsverordnung, BB 2012, 1365–1369.
- Kocher, Eva/Wenckenbach, Johanna*, Recht und Markt, KJ 46 (2013), 18–29.
- Köhler, Helmut*, Die Problematik automatisierter Rechtsvorgänge, insbesondere von Willenserklärungen, AcP 182 (1982), 126–171.
- , Die Beteiligung an fremden Wettbewerbsverstößen, WRP 1997, 897–902.
- Köhler, Markus/Fetzer, Thomas*, Recht des Internet, 8. Auflage, Heidelberg 2016.
- Köndgen, Johannes*, Das neue Recht des Zahlungsverkehrs, JuS 2011, 481–489.
- , Wandlungen im Bereicherungsrecht, in: Dubischar, Roland (u. a.) (Hrsg.), Dogmatik und Methode: Josef Esser zum 65. Geburtstag, Kronberg 1975, S. 55–84.
- , Die Ad hoc-Publizität als Prüfstein informations-rechtlicher Prinzipien, in: Schweizer, Rainer J./Burkert, Herbert/Gasser, Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 791–816.
- König, Carsten*, Deliktshaftung von Konzernmuttergesellschaften, AcP 217 (2017), 611–686.
- Körper, Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004.
- , Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien, ZUM 2017, 93–101.
- Körper, Torsten/Kühling, Jürgen* (Hrsg.), Regulierung–Wettbewerb–Innovation, 1. Auflage, Baden-Baden 2017.
- Kötz, Hein*, Ziele des Haftungsrechts, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, Peter K. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York 1990, S. 643–666.
- , Tierzucht und Straßenverkehr – Zur Haftung für die Panikreaktion von Tieren, NVZ 1992, 218–220.
- , Deliktshaftung für selbständige Unternehmer, ZEuP, 2017, 283–309.
- Kokott, Juliane*, Das Steuerrecht der Europäischen Union, 1. Auflage, München 2018.
- Kokott, Juliane/Dittert, Daniel*, Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte, WuW 2012, 670–683.
- Kollmann, Tobias/Hensellek, Simon/Katharina de Cruppe/Sirges, André*, Toward a renaissance of cooperatives fostered by Blockchain on electronic marketplaces: a theory-driven case study approach, Electronic Markets, 30 (2020), 273–284.
- Kolter, Max*, Das Unternehmen als Subjekt und Objekt nichtfinanzieller Berichtspflichten, RW 1/2019, 50–108.
- Koppensteiner, Hans-Georg*, Konzerne und Abhängigkeitslagen jenseits des Gesellschaftsrechts, in: Haar, Brigitte/Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno (u. a.) (Hrsg.),

- Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung, Berlin (u. a.) 2010, S. 959–983.
- Koriath, Heinz*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin 1994.
- Kornblum, Udo*, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Sammlung Athenäum, Band 3, Frankfurt a. M. 1972.
- Korobkin, Russel/Ulen, Thomas*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, California L. Rev., Band 88 (2000), 1051–1144.
- Kort, Michael*, Neuere Entwicklungen im Recht der Börsenprospekthaftung (§§ 45 ff. BörsG) und der Unternehmensberichtshaftung (§ 77 BörsG), AG 1999, 9–21.
- Koulu, Riikka/Peters, Amadeus/Pohle, Jörg*, Finding Design Patterns in Law: An Exploratory Approach, HIIG Discussion Paper Series Nr. 2021–03.
- Koziol, Helmut*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, Wien 1967.
- Kraakman, Reinier H.*, in: Bouckaert, Boudewijn/DeGeest, Gerrit u. A. (Hrsg.), Encyclopedia of law and economics: Band 2 Civil law and economics, Cheltenham 2000, 669.
- , The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach, 3. Auflage, Oxford 2017.
- Kraft, Alfons*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerb, München 1963.
- Kraft, Mirko*, Die Umsetzung der Solvency II-Gruppenaufsicht im deutschen Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG): Inwieweit gilt deutsches Recht für die Beaufsichtigung internationaler Versicherungsgruppen?, ZVersWiss 2015, 389–409.
- Kramer, Ernst*, Grundfragen der vertraglichen Einigung: Konsens, Dissens und Erklärungsirrtum als dogmatische Probleme des österreichischen, schweizerischen und deutschen Vertragsrechts, München (u. a.) 1972.
- Krampe, Christoph*, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln — Eine Bestandsaufnahme zur neueren Rechtsprechung und Literatur, AcP 194 (1994), 1–41.
- Krampen-Lietzke, Sabine*, Folgen der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft, RNotZ, 2013, 575–598.
- Krasser, Rudolf*, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter. Untersuchungen zum Delikts- und Wettbewerbsrecht Deutschlands, Frankreichs und Belgiens, Köln/Berlin (u. a.) 1971.
- Krauel, Wolfgang*, Insiderhandel Eine ökonomisch-theoretische und rechtsvergleichende Untersuchung, Baden-Baden 2000.
- Krause, Rüdiger*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, Essen 2016.
- Krauskopf, Patrick*, Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg/Schweiz 2000.
- Krebs, Peter*, Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflicht, München 2000.
- Krebs, Peter/Aedtner, Katja/Schultes, Marion*, Unternehmensnetzwerke reloaded – Die Erprobung eines generellen funktionalen Ansatzes zur Definition komplexer Probleme, KSzW 2015, 50–62.
- Kreft, Friedrich*, Öffentlich-Rechtliche Ersatzleistungen, Berlin/New York 1998.
- Kremer, Dieter* (Hrsg.), Onomastik: Akten des 18. Internationalen Kongresses für Namensforschung, Trier 1993.
- Kreutz, Peter*, Die Bedeutung von Handelsregistereintragung und Handelsregisterbekanntmachung im Gesellschaftsrecht, JURA 1986, 626–641.
- Kreutzer, Till*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, Baden-Baden 2008.
- Kronman, Anthony/Posner, Richard*, The Economics of Contract Law, Boston 1979.

- Kübler, Friedrich*, Shareholder-Value – eine Herausforderung für das Deutsche Recht?, in: Lieb, Manfred/Noack, Ulrich/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Köln 1998, S. 321–335.
- Kühl, Stefan*, Wenn die Affen den Zoo regieren: die Tücken der flachen Hierarchien, 2. Auflage, Frankfurt am Main (u. a.), 1995.
- , Brauchbare Illegalität: Vom Nutzen des Regelbruchs in Organisationen, Frankfurt a. M./New York 2020.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt*, DS-GVO BDSG Kommentar, 3. Auflage, München 2020.
- Küpperfabrenberg, Jan*, Haftungsbeschränkungen für Verein und Vorstand unter besonderer Berücksichtigung von Sportvereinen, Berlin 2005.
- Kuhn, Matthias*, Rechtshandlungen mittels EDV und Telekommunikation: Zurechenbarkeit und Haftung, München 1991.
- Kuhnle, Thomas*, Grenzüberschreitende Just-in-time-Zulieferverbindungen, Baden-Baden 2002.
- Kumpan, Christoph*, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, Tübingen 2014.
- Kunkel, Hanno/Rockstroh, Sebastian*, IT-Sicherheit in Produktionsumgebungen, MMR 2017, 77–82.
- Kuntz, Thilo*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, Tübingen 2016.
- , Künstliche Intelligenz, Wissenszurechnung und Wissensverantwortung, ZfPW 2022, 177–206.
- Kunz, Jürgen*, Die Börsenprospekthaftung nach Umsetzung der EG-Richtlinien in innerstaatliches Recht, Berlin 1991.
- Kuschel, Linda*, Erwerb digitaler Werkexemplare zur privaten Nutzung, Tübingen, 2019
- La Porta, Rafael/Shleifer, Andrei/Silanes, Florencio/Vishny, Robert*, Legal Determinants of External Finance, 52 Journal of Finance, 1997, 1131–1150.
- , Law and Finance, 106, Journal of Political Economy, 1998, 1113–1155.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch, 29. Auflage, München 2018.
- Ladeur, Karl-Heinz*, „Abwägung“ – ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Band 69 (1983), Nr. 4, 463–483.
- , Die rechtswissenschaftliche Methodendiskussion und die Bewältigung des gesellschaftlichen Wandels: Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung der ökonomischen Analyse des Rechts, RabelsZ (2000), Band 64 (1), 60–103.
- , Rechtstheorie, Band 45 (2014), Heft 4, Berlin 2014.
- , Der Wandel der Rechtssemantik in der postmodernen Gesellschaft. Von der Subsumtion zur Abwägung und zu einer Semantik der Netzwerke, Rechtstheorie 45 (4), 2014, 467–486.
- Lahmann, Kai*, Insiderhandel – ökonomische Analyse eines ordnungspolitischen Dilemmas, Berlin 1994.
- Langen, Eugen/Bunte, Hermann Josef*, Kartellrecht Kommentar, Band 2, 14. Auflage, Köln 2021.
- Langenbacher, Katja*, Die Risikoordnung im bargeldlosen Zahlungsverkehr, München 2001.
- , Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Auflage, Baden-Baden 2008.

- Langevoort, Donald*, Taming the Animal Spirits of the Stock Markets: A Behavioral Approach to Securities Regulation, *Northwestern University Law Review*, Band 97 (2002), 135–188.
- Larenz, Karl*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung: ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der „juristischen Kausalität“, Leipzig 1927.
- , Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Leipzig 1930.
- , Die Prinzipien der Schadenszurechnung – Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht, *JuS* 1965, 373–379.
- , Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1967.
- , Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht, in: Barth, Eberhard (Hrsg.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag* 3. Januar 1970, Göttingen 1970, S. 79–90.
- , Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. Auflage, München 1987.
- , Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991.
- Latzel, Clemens*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, München 2020.
- Lauber-Rönsberg, Anne*, Autonome „Schöpfung“ – Urheberschaft und Schutzfähigkeit, *GRUR* 2019, 244–253.
- Lecheler, Helmut*, Zum Bananenmarkt-Beschluss des BVerfG, *NJW* 2000, 3124, *JuS* 2001, 120–123.
- Leenen, Detlef*, Verkehrssicherungspflicht und Wildgefahr, *DAR* 1973, 317–325.
- , Die Funktionsbedingungen von Verkehrssystemen in der Dogmatik des Privatrechts, in: Okko Behrends (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft – Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, 1990, 108–126.
- Lege, Joachim*, 30 Jahre Nassauskiesung: Wie das BVerfG die Dogmatik zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 GG revolutioniert hat, *JZ* 2011, 1084–1091.
- Lehmann, Martin*, Die Privilegierung der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, *ZGR* 1986, 345–370.
- , Zurechnung im Versicherungsrecht – Die Rechtsfigur des Repräsentanten, *r+s* 2019, 361–369.
- Lehmann, Matthias*, Der Begriff der Rechtsfähigkeit, *AcP* 207 (2007), 225–255.
- Leipold, Dieter*, *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, 10. Auflage, Tübingen 2019.
- Leistner, Matthias*, Der neue Rechtsschutz des Datenbankherstellers, *GRUR Int* 1999, 819–839.
- , Von „Grundig-Reporter(n) zu Paperboy(s)“ – Entwicklungsperspektiven der Verantwortlichkeit im Urheberrecht, *GRUR* 2006, 801–814.
- , Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, *GRUR-Beil.* 2010, 1–32.
- Leistner, Matthias/Stang, Felix*, Die Neuerung der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten –, Ein Siegeszug der Prüfungspflichten? Zugleich ein Beitrag zur dogmatischen Fortentwicklung des Maßstabs der Prüfungspflichten, *WRP* 2008, 533–555.
- Lenaerts, Koen/Nuffel, Piet Van*, *European Union Law*, London 2011.
- Lenz, Fulko*, Plattformökonomie – zwischen Abwehr und Wunschdenken, *Stiftung Marktwirtschaft, Zeitthemen* 03, Berlin 2020.
- Lenzen, Ursula*, Unerlaubte Eingriffe in die Börsenkursbildung, Frankfurt a.M. 2000.
- Lepsius, Oliver*, Rechtswissenschaft in der Demokratie, *Der Staat*, Band 52, 2013, 157–186.
- Lepsius, Rainer*, *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen 1990.

- Lessig, Lawrence*, Code Version 2.0, New York 2006.
- Leutner, Gerd/Münther, Peter-Hendrick/Schmidt-Kessel, Martin* (Hrsg.), Handelsregisterrecht, München 2010.
- Lewandowsky, Stephan/Smillie, Laura*, Technology and Democracy, 2020, S. 27–40.
- Lewinski, Kai von*, Medienrecht – Ein Studienbuch, München 2020.
- Liebscher, Thomas*, Zurechnung als Rechtsproblem, ZIP 2019, 1837–1849.
- Lieder, Jan/Wernert, Lukas*, Related Party Transactions nach dem Referentenentwurf eines ARUG II, ZIP 2018, 2441–2451.
- Linardatos, Dimitrios*, Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung im Zahlungsverkehr, Anm. zu AG Hamburg-Harburg, Urteil vom 24.4.2013 – 642 C 2/13, BKR 2013, 375.
- , Das Haftungssystem im bargeldlosen Zahlungsverkehr nach Umsetzung der Zahlungsdiensterichtlinie, Baden-Baden 2013.
- Lindner, Josef*, Sein und Sollen – zur Rekonstruktion des sog. „Methodendualismus“, RphZ 3 (2017), Heft 4, 396–416.
- Lindor, Rachel/Marchant, Gary*, The Coming Collision Between Autonomous Vehicles and the Liability System, 52 Santa Clara Law Review (2012), 1321–1340.
- Locke, John*, Two Treatises of Government, London 1690.
- Löbbe, Marc*, Unternehmenskontrolle im Konzern, Heidelberg 2003.
- Löbbe, Marc/Fischbach, Jonas*, Die Business Judgment Rule bei Kollegialentscheidungen des Vorstands, AG 2014, 717–729.
- Loening, Richard*, Die Zurechnungslehre des Aristoteles, Jena 1903.
- Loewenheim, Ulrich*, Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, München 2010.
- Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar* (Hrsg.), Schrickner/Loewenheim, Urheberrecht Kommentar, 6. Auflage, München 2020.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian*, Kartellrecht Kommentar, 4. Auflage, München 2020.
- Löhnig, Martin*, Bereicherungsrecht, JA 2003, 270–273.
- Lorenz, Stephan*, Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen, JuS 2003, 729–733 und 839–845.
- , Vertretenmüssen (§ 276 BGB), JuS 2017, 611–613.
- Lorenz, Werner*, Gläubiger, Schuldner, Dritte und Bereicherungsausgleich, AcP 168 (1968), 286–317.
- Love, James*, Opportunism, hold-up and the (contractual) theory of the firm, JITE 166 (2010), 479–501.
- Ludwigs, Markus*, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 – Karlsruhe locuta, causa finita?, NVwZ-Beilage 2017, 3–8.
- Ludwigs, Markus/Sikora, Patrick*, Grundrechtsschutz im Spannungsfeld von Grundgesetz, EMRK und Grundrechtecharta, JuS 2017, 385–393.
- Lübbe, Weyma*, Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, Berlin 1994.
- Lüderitz, Alexander*, Sind Amtsträger Erfüllungsgehilfen? Ein Beitrag zur funktionsgerechten Beschränkung der Haftung aus § 278 BGB, NJW 1975, 1–8.
- Luhmann, Niklas*, Soziologische Aufklärung, Wiesbaden 1969.
- , Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993.
- , Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1997.
- , Die Tücke des Subjekts und die Frage nach dem Menschen, in: ders., Soziologische Aufklärung 6, 2. Auflage, Wiesbaden 2005, S. 149–161.

- Lutter, Marcus*, Konzernphilosophie vs. konzernweite Compliance und konzernweites Risikomanagement, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 289–299.
- Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten*, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, Köln 2020.
- Lüttringhaus, Jan*, Kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche bei „ethischen“ Produkten und öffentlichen Aussagen zur Corporate Social Responsibility, AcP 219 (2019), 29–62.
- Lyotard, Jean-François*, La condition postmoderne, Paris 1979.
- Macaulay, Stewart*, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, American Sociological Review Band 28 (1963), 55–67.
- Macneil, Ian*, The many futures of contracts, Southern California Law Review 47 (1973–1974), 691–816.
- , The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations, Yale 1980.
- , Relational Contract: What We Do and Do Not Know, Wisconsin Law Review 1985, 483–526.
- , Barriers to the Idea of Relational Contracts, in: Nicklisch, Fritz (Hrsg.), Der komplexe Langzeitvertrag: Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Heidelberg 1986.
- Madaus, Stephan*, Die Bruchteilsgemeinschaft als Gemeinschaft von Vollrechtsinhabern, AcP 212 (2012), 251–295.
- Malkiel, Burton G.*, The Efficient Market Hypothesis and Its Critics, Journal of Economic Perspectives, Band 17 (2003), 59–82.
- Manger-Nestler, Cornelia/Noack, Gregor*, Europäische Grundfreiheiten und Grundrechte, JuS 2013, 503–507.
- Manigk, Alfred*, Irrtum und Auslegung: zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, Berlin 1918.
- Mann, Maximilian*, Die Decentralized Autonomous Organization – ein neuer Gesellschaftstyp?, NZG 2017, 1014–1020.
- Manne, Henry*, Insider Trading and the Stock Market, New York 1966.
- Männel, Bettina*, Netzwerke in der Zulieferindustrie, Wiesbaden 1996.
- Mansel, Heinz-Peter*, Informationshaftungsrechtliche Verkehrspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB, in: Rauscher, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München 2001, S. 215–228.
- Marks, Gary/Hoogbe, Liesbet/Blank, Kermit*, European Integration from the 1980s: State-Centric v. Multi-level Governance, in: Journal of Common Market Studies, Band 34 (1996), Nr. 3, 341–378.
- Marmor, Andrei*, Law in the Age of Pluralism, Oxford 2007.
- Marques, Claudia Lima*, Kulturelle Identität und Quellendialog im brasilianischen internationalen Adoptionsrecht nach Inkrafttreten des neuen brasilianischen Zivilgesetzbuches, in: Mansel, Heinz-Peter/Kronke, Herbert/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, Band I, München 2004, S. 505–526.
- Martens, Klaus-Peter*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 114–188.
- Martinek, Michael*, Repräsentantenhaftung. Die Organhaftung nach § 31 BGB als allgemeines Prinzip der Haftung von Personenverbänden für ihre Repräsentanten. Ein Beitrag zum System der Verschuldenszurechnung, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 53, Berlin 1979.
- , Zur Kenntnis des Bereicherungsschuldners. Vom Rechtsgrundmangel als Voraussetzung seiner verschärften Haftung, JZ 1996, 1099–1103.

- Martini, Mario/Botta, Jonas*, Undurchsichtige Datentransfers – gläserne Studierende?, Datenschutzrechtliche Schranken der Datenübermittlung in die USA am Beispiel von Massive Open Online Courses, *VerwArch* 110 (2019), 235–279.
- Martini, Mario/Fritzsche, Saskia*, Mitverantwortung in sozialen Netzwerken, *NVwZ-Extra* 21/2015, 1–16.
- Martiny, Dieter*, Pflichtenorientierter Drittschutz beim Vertrag mit Schutzwirkungen für Dritte – Eingrenzung uferloser Haftung, *JZ* 1996, 19–25.
- Marx, Karl*, *Zur Judenfrage*, Paris 1844.
- , *Das Kapital*, Band 1, Hamburg 1867.
- Matthews, Kent/Mishkin, Frederik/Giuliodori, Massimo*, *The Economics of Money, Banking and financial markets*, 2013.
- Mattiangeli, Daniele*, *Societas und corpus: auf den Spuren einer Handelsgesellschaft als juristische Person im römischen Recht*, Wien 2017.
- Matusche-Beckmann, Annemarie*, *Das Organisationsverschulden*, Tübingen 2001.
- Maultzsch, Felix*, Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber, in: Blaurock, Uwe/Schmidt-Kessel, Martin/Erler, Katharina, *Plattformen: Geschäftsmodelle und Verträge*, Baden-Baden 2018, S. 223–256.
- Maume, Philipp*, Geisitziges Eigentum in der Unternehmensfinanzierung, *NZG* 2017, 249–254.
- Maume, Philipp/Maute, Lena*, *Rechtshandbuch Kryptowerte*, München 2020.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter*, *Grundgesetzkommentar*, Werkstand: 87. EL März 2019.
- Maute, Lena/Mackenrodt, Mark-Oliver* (Hrsg.), *Recht als Infrastruktur für Innovation: München 2018, Baden-Baden 2019*.
- Mayer, Colin/Vives, Xavier*, *Capital Markets and Financial Intermediation*, Cambridge 1993.
- Mayer, Franz*, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung*, München 2000.
- Mayer, Klaus/Scheinpflug, Jörg*, *Privatrechtsgesellschaft und die Europäische Union*, Tübingen 1996.
- Meckling, William H./Jensen Michael C.*, Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 *Journal of Financial Economics* (1976), 305–360.
- Medicus, Dieter*, Probleme der Wissenszurechnung, *Karlsruher Forum* 1994, Sonderheft zum Versicherungsrecht, Karlsruhe 1994.
- , Deliktische Außenhaftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, *ZGR* 1998, 570–585.
- Medicus, Dieter/Kleindiek, Detlef*, Deliktshaftung und juristische Person, *ZHR* 162 (1998), 352–355.
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 11. Auflage, Heidelberg 2016.
- Mehrings, Josef*, Vertragsabschluss im Internet – Eine Herausforderung für das „alte“ BGB, *MMR* 1998, Heft 1, 30–33.
- Meier, Dominik*, Private Enforcement der Rechnungslegung durch das Lauterkeitsrecht, *GRUR* 2019, 581–589.
- Ménard, Claude*, The Economics of Hybrid Organizations, *JITE* 160 (2004), 345–376.
- Merkt, Hanno*, Unternehmenspublizität. Die Offenlegung von Unternehmensdaten als Korrelat der Marktteilnahme, Tübingen 2001.

- , Das Informationsmodell im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZfbF (Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung), Sonderheft 54 (2006), 24–60.
- , Funktionsbedingungen der Selbstregulierung im Unternehmensrecht, in: Christian Bumke/Anne Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff, Tübingen 2017.
- Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen*, Handbuch der Grundrechte II, 1. Auflage, Heidelberg 2006.
- , Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III: Grundrechte in Deutschland- Allgemeine Lehren II, Heidelberg 2009.
- Mertens, Hans-Joachim*, Empfiehlt sich die Einführung eines konzernbezogenen Reorganisationsverfahrens?, AG 1984, 225–232.
- Mes, Peter* (Hrsg.), Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 5. Auflage, München 2020.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre: eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten, Karlsruhe 1958.
- , Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441–446.
- , A Legal Theory without Law, Tübingen 2007.
- , Franz Böhm und die Lehre von der Privatrechtsgesellschaft, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, Tübingen 2008, 35–53.
- , Europäische Prüfsteine der Herrschaft und des Rechts: Beiträge zu Recht, Wirtschaft und Gesellschaft in der EU, Baden-Baden 2016.
- , Private Macht – Grundsatzfragen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Private Macht, Tübingen 2016, 25–46.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014.
- Metzger, Axel*, Rechtsgeschäfte über das Droit moral im deutschen und französischen Urheberrecht, München 2002.
- , Innovation in der Open Source Community – Herausforderungen für Theorie und Praxis des Immaterialgüterrechts, in: Eifert/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Geistiges Eigentum und Innovation – Innovation und Recht I, Berlin 2008.
- , Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, Tübingen 2009.
- , Vom Einzelurheber zu Teams und Netzwerken, Baden-Baden 2010.
- , Dienst gegen Daten: ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817–865.
- , Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, ZUM 2018, 233–242.
- Metzger, Axel/Zech, Herbert* (Hrsg.), Sortenschutzrecht Kommentar, München 2016.
- Meyer, Herbert*, Das Akzept: Die Annahme des Wechsels und der Anweisung, Berlin 1918.
- Meyer, Joseph*, Meyers Kleines Konversations-Lexikon, Band 6, Leipzig/Wien 1910.
- Meyer-Ladewig, Jens/Petzold, Herbert*, Die Bindung deutscher Gerichte an die Urteile des EGMR, NJW 2005, 15–20.
- Micklitz, Hans-Wolfgang*, Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken, GPR 2009, Band 6, 254–263.
- Micklitz, Hans-Wolfgang/Kessler, Wolfgang*, Europäisches Lauterkeitsrecht – dogmatische und ökonomische Aspekte einer Harmonisierung des Wettbewerbsverhaltens im europäischen Binnenmarkt, GRUR Int. 2002, 885–901.

- Micklitz, Hans-Wolfgang/Sibony, Anne-Lise/Esposito, Fabrizio*, Research Methods in Consumer Law, A Handbook, Cheltenham/Northampton 2018.
- Milgrom, Paul/Roberts, John*, Economics, organization and management, Englewood Cliffs 1992.
- Milhaupt, Curtis J./Pistor, Katharina* (Hrsg.), Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development Around the World, 2008.
- Mill, John*, A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Book III, London 1872.
- Mischau, Lena*, Daten als „Gegenleistung“ im neuen Verbrauchervertragsrecht, ZEuP 2020, 335–365.
- Mitsch, Wolfgang* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG, 5. Auflage, München 2018.
- Mittelstädt, Morten*, Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen: eine Kritik des herrschenden Methodendualismus, Tübingen 2016.
- , Falsa demonstratio: Und sie schadet doch! Eine Kritik der natürlichen Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, ZfPW 2017, 175–200.
- Mittwoch, Anne-Christin*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, 1. Auflage, Berlin 2013.
- Miura, Satoshi*, Heterarchy, in: Bevir, Mark, Encyclopedia of Governance, Thousand Oaks, CA 2007, 410–411.
- Mock, Sebastian*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 309–313.
- , Berichterstattung über Corporate Social Responsibility nach dem CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz, ZIP 2017, 1195–1203.
- Möhring, Phillip*, Konkurrenz von Verarbeitungsklauseln, NJW 1960, 697–671.
- Möllering, Guido/Sydow, Jörg*, Produktion in Netzwerken, 3. Auflage, München 2015.
- Möllers, Christoph*, Die Rechtschreibreform vor dem Bundesverfassungsgericht, JZ 1999, 24–29.
- Mörsdorf, Oliver/Piroth, Lukas*, Neue Aktionärsrechte-Richtlinie und Minderheitenschutz im deutschen Aktienrecht: unlösbarer Konflikt oder friedliche Koexistenz?, ZIP 2018, 1469–1480.
- Möschel, Wernhard*, Dogmatische Strukturen des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, AcP 186 (1986), 187–236.
- Möslein, Florian*, Ein allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz, auch im Europäischen Gesellschaftsrecht?, EWS 2009, 1.
- , Dispositives Recht: Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011.
- , Private Macht, Tübingen 2016.
- , Digitalisierung im Gesellschaftsrecht: Unternehmensleitung durch Algorithmen und künstliche Intelligenz?, ZIP 39 (2018), 204–212.
- Mohr, Jochen*, Die Auswirkungen des arbeitsrechtlichen Verbots von Altersdiskriminierungen auf Gesellschaftsorgane, ZHR 178 (2014), 326–367.
- , Kartellrechtlicher Konditionenmissbrauch durch datenschutzwidrige Allgemeine Geschäftsbedingungen – Die Facebook-Entscheidung des Bundeskartellamts v. 6.2.2019, EuZW 2019, 265–273.
- Moloney, Niambh*, The Regulation of Investment Services in the Single Market: The Emergence of a New Regulatory Landscape, 3 EBOR 293 (2002), 293–336.
- , New Frontiers in EC Capital Markets Law: From Market Construction to Market Regulation, CMLR 40 (2003), 809–832.
- , EU Securities and Financial Markets Regulation, 3rd ed. 2014.

- Monopolkommission*, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Baden–Baden 2015.
- , Strafrechtliche Sanktionen bei Kartellverstößen, Sondergutachten der Monopolkommission, Band 72, Baden–Baden 2015.
- Morrison, Alan/Wilhelm, William Jr.*, Investment Banking: Institutions, Politics and Law, Oxford 2008.
- Mülbert, Peter*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Auflage, München 1996.
- , Shareholder-Value aus rechtlicher Sicht, ZGR 1997, 129–172.
- , Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht, ZHR 163 (1999), 1–53.
- Mülbert, Peter/Früh, Andreas/Seyfried, Thorsten*, Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln 2019.
- Müller, Fernando Suarez*, International Journal of Applied Philosophy, Band 26, Issue 2, Fall 2012, 279–293.
- Müller, Hans-Friedrich*, Grenzenlose Organhaftung für Patentverletzungen?, GRUR 2016, 570–572.
- Müller-Erzbach, Rudolf*, Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106 (1910), 309–476.
- , Das private Recht der Mitgliedschaft, Weimar 1948.
- Müller-Freienfels, Wolfram*, Zur Lehre vom sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen, AcP 156 (1957), 522–543.
- Müller-Graff, Peter-Christian*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 13–23.
- , Das Prinzip der Selbstverantwortung – Europarechtliche Grundlagen, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Das Prinzip der Selbstverantwortung Walter Eucken Institut: Untersuchungen zur Ordnungstheorie und Ordnungspolitik Band 61, Tübingen 2011, S. 139–158.
- Mugdan, Benno*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Berlin 1899.
- Murswiek, Dietrich*, BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007 – 1 BvF 1/05 (Vereinbarkeit der Erstzuteilung von Treibhausgas-Emissionszertifikaten mit dem Grundgesetz), JuS 2007, 1052–1056.
- Musacchio, Aldo/Turner, John*, Does the Law and Finance Hypothesis Pass the Test of History?, Business History 55, 2013, 524–542.
- Musielak, Hans-Joachim*, Kausalität und Schadenszurechnung im Zivilrecht, JA 2013, 241–248.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang/Ball, Wolfgang*, Zivilprozessordnung Kommentar, 19. Auflage, München 2022.
- Neuner*, Natürlicher und freier Wille, AcP 218 (2018), 1–31.
- Newell, Allen/Simon, Herbert*, Human problem solving, Englewood Cliffs 1972.
- Nicklisch, Andreas/Petersen, Niels*, Vertragstheorie, in: Towfigh Emanuel/Petersen Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, 1. Auflage, Tübingen 2010, 117–132.
- Nicklisch, Fritz*, Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung, BB 1983, 261–269.
- , Der komplexe Langzeitvertrag: Strukturen und internationale Schiedsgerichtsbarkeit (Hrsg.), Heidelberg 1986.
- Nietsch, Michael*, Die Verwendung der Insiderinformation, ZHR 174 (2010), 556–592.

- Nirk, Rudolf*, Interessenwiderstreit der Waren- und Geldkreditgeber, NJW 1971, 1913–1920.
- Noack, Ulrich/Zetzsche, Dirk* (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, § 1–75 AktG Band 1, 4. Auflage, Köln 2021.
- Nolte, Georg*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte), ZUM 2017, 304–312.
- Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd/Czychowski, Christian* (Hrsg.), Fromm/Nordemann Urheberrecht Kommentar, 12. Auflage, Stuttgart 2018.
- Nussbaum, Martha*, Gerechtigkeit oder Das gute Leben, Frankfurt a.M. 1999.
- Obergfell, Eva*, IP durch KI? – Maschine vs. Mensch im Urheberrecht, in: Bachmann/Grundmann/Mengel/Krolop (Hrsg.), Festschrift für Christine Windbichler zum 70. Geburtstag am 8. Dezember 2020, Berlin 2021, S. 1397–1412.
- Obergfell, Eva/Hauck, Ronny*, Lizenzvertragsrecht, 2. Auflage 2018.
- Obergfell, Eva/Ulmer-Eilfort, Constanze*, Verlagsrecht, 2. Auflage, München 2021.
- Oberndörfer, Pascal*, Die philosophische Grundlage des Urheberrechts, Baden-Baden 2005.
- Oebbecke, Johannes*, Der „Schutzgegenstand“ der verwandten Schutzrechte, Bern 2011.
- Oetker, Hartmut*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994.
- , Handelsgesetzbuch Kommentar, 7. Auflage, München 2021.
- Ohly, Ansgar*, Geistiges Eigentum?, JZ 2003, 545–554.
- , Die Europäisierung des Designrechts, ZEuP 2004, 296–318.
- , Mitteilungen der deutschen Patentanwälte 2006, 241–245.
- , Keyword Advertising auf dem Weg zurück von Luxemburg nach Paris, Wien, Karlsruhe und Den Haag, GRUR 2010, 776–785.
- , Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen „GS Media“, „Filmspeler“ und „The Pirate Bay“: Abenddämmerung für die Störerhaftung?, ZUM 2017, 793–802.
- , Die markenrechtliche Haftung des Suchmaschinenbetreibers für Trefferlisten, WRP 2018, 131–139.
- Omlor, Sebastian*, Haftung von Airbnb für unwirksame Stornierungsbedingungen, jM 2017, 134–140.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*, Staatshaftungsrecht, 6. Auflage, 2013.
- Ost, Konrad*, Aufsichtspflichten im Konzern und die 8. GWB-Novelle, NZKart 2013, 25–27.
- Ost, Konrad/Kallfaß, Gunnar/Roesen, Katrin*, Einführung einer Unternehmensverantwortlichkeit im deutschen Kartellsanktionsrecht – Anmerkungen zum Entwurf der 9. GWB-Novelle, NZKart 2016, 447–458.
- Osterrieth, Christian*, Patentrecht, 6. Auflage, München 2021.
- Ostwald, Walther*, Der Erfüllungsdienster: eine Studie, vornehmlich zu den § 278, 831 BGB, mit Ausblicken auf das soziale Arbeitsrecht, Berlin 1920.
- Ott, Claus*, Recht und Realität der Unternehmenskorporation: ein Beitrag zur Theorie der juristischen Person, Tübingen 1977.
- Ovádek, Michal*, Constitutional Pluralism between Normative Theory and Empirical Fact, Verfblog, 23.10.2018.
- Paal, Boris P./Hennemann, Moritz*, Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, 641–652.
- Paal, Boris/Pauly, Daniel*, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage, München 2021.

- Paas, Susanne*, Das bewegliche System, 1. Auflage, Tübingen 2021.
- Paefgen, Thomas*, Insiderhandel im Spannungsverhältnis zwischen gemeinschaftsrechtlicher Integration und nationalstaatlicher Regulation, AG 1991, 380–396.
- Page, Alan/Ferguson, Robert*, Investor Protection, London 1992.
- Pahl, Lothar*, Haftungsrechtliche Folgen versäumter Handelsregistereintragung und Bekanntmachung, München 1987.
- Pahlow, Louis*, Josef Kohler und der Begriff des Immaterialgüterrechts, ZGE 6 (2014), 429–442.
- Park, Tido*, Kapitalmarktstrafrecht, 5. Auflage, Baden-Baden 2019.
- Parker, Geoffrey G./Van Alstyne, Marshall W./Choudary, Sangeet Paul*, Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You, New York 2016.
- Parmentier, Miriam*, Insiderinformation nach dem EuGH und vor der Vereinheitlichung, WM 2013, 970–979.
- Paul, Thomas*, Die Gesellschafterfähigkeit von Gesamthandsgemeinschaften, Berlin 2005.
- Paulson, Stanley*, Konstruktivismus, Methodendualismus und Zurechnung im Frühwerk Hans Kelsens, AöR Band 124 (1999), Nr. 4, 631–657.
- Paulus, David*, Stellvertretung und unternehmensbezogenes Geschäft, JuS 2017, 399–403.
- , Die automatisierte Willenserklärung, JuS 2019, 960–965.
- Pawlowski, Hans-Martin*, Die gewillkürte Stellvertretung: Eine juristische Entdeckung der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 1996, 125–132.
- Payandeh, Mehrdad*, Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit, NJW 2016, 1279–1282.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Das Recht auf Vergessenwerden – ein neuer Klassiker vom Karlsruher Schlossplatz, GRUR 2020, 34–37.
- Pernice, Ingolf*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Baden-Baden 1979.
- Peters, Frank*, Zur Rechtsfigur Der Verpflichtungsermächtigung, AcP 171 (1971), 234–249.
- , Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb, Tübingen 1992.
- Petersen, Jens*, Anweisungsverhältnisse, JURA 2017, 157–159.
- , Der Dritte im Zivilrecht, Berlin/Boston 2018.
- , Max Webers Rechtssoziologie und die juristische Methodenlehre, 3. Auflage, Tübingen 2020.
- Peuker, Enrico*, Verfassungswandel durch Digitalisierung, Tübingen 2020.
- Peukert, Alexander*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008.
- , Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken, MMR 2018, 572–578.
- , Kritik der Ontologie des Immaterialgüterrechts, Tübingen 2018.
- Peukert, Alexander/Rehbinder, Manfred*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Auflage, München 2018.
- Pfeffer, Jeffrey/Salancik, Gerald*, The external control of organizations: a resource dependence perspective, New York 1978.
- Pfeifer, Karl-Nikolaus*, Roboter als Schöpfer – Wird das Urheberrecht im Zeitalter der künstlichen Intelligenz noch gebraucht?, in: von Lewinski, Silke/Wittmann, Heinz

- (Hrsg.), Urheberrecht! Festschrift für Michael M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 222–232.
- Pfeifer, Wolfgang*, Etymologisches Wörterbuch des Deutschen, 2. Auflage, Berlin 1993.
- , Individualität im Zivilrecht, Baden-Baden 2001.
- Philipp, Maximilian*, Systemgerechtigkeit bei den Marktfreiheiten der Europäischen Union, Berlin 2016.
- Picker, Eduard*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und künftigen Recht, Karlsruhe 2005, S. 7–115.
- Pinger, Winfried*, Was leistet der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 179 (1979), 301–336.
- Piper, Henning*, Der Schutz der bekannten Marken, GRUR 1996, 429–439.
- Pistor, Katharina*, The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality, Princeton 2019.
- Pittinsky, Todd L.*, Science, technology, and society: new perspectives and directives, Cambridge 2019.
- Plath, Kai-Uwe*, BDSG/DSGVO- Kommentar, 2. Auflage, Köln 2016.
- Plett, Konstanze*, Urheberschaft, Miturheberschaft und wissenschaftliches Gemeinschaftswerk, München 1984.
- Podszun, Rupprecht*, Anmerkungen, JZ 2017, 208–212.
- Podszun, Rupprecht/Kersting, Christian*, Modernisierung des Wettbewerbsrechts und Digitalisierung, NJOZ 2019, 321–325.
- Poelzig, Dörte*, Durchsetzung und Sanktionierung des neuen Marktmissbrauchsrechts, NZG 2016, 492–502.
- , Grundrisse des Rechts Kapitalmarktrecht, 2. Auflage, München 2021.
- Pözig, Dörte*, Angriffe auf das konzernrechtliche Trennungsprinzip und ihre Folgen für die Konzernleitung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, 83–112.
- Polinsky, A. Mitchell*, An Introduction to Law and Economics, 4. Auflage, Alphen aan den Rijn 2011.
- Porat, Ariel/Strahilevitz, Lior J.*, Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data, Michigan Law Review (2014), Band 112, Issue 8, 1417–1476.
- Poscher, Ralph*, Menschenwürde und Kernbereichsschutz, JZ 2009, 269–277.
- Posner, Richard*, „The Rights of Creditors of Affiliated Corporations,“ University of Chicago Law Review 43 (1975), 499–526.
- , Wealth Maximization Revisited, Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy (1985), 85–106.
- , Economic Analysis of Law, 9. Auflage, New York 2014.
- Potacs, Michael*, Effet utile als Auslegungsgrundsatz, EuR 2009, 465–487.
- Powell, Walter W.*, „Neither Market nor Hierarchy – Network Forms of Organization“, 12 Research in Organizational Behaviour, 1990, 295–336.
- Preußner, Joachim*, Deutscher Corporate Governance Kodex und Risikomanagement, NZG 2004, 303–307.
- Prinz, Ulrich/Kable, Holger* (u.a.) (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften: Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, 5. Auflage, München 2020.
- Provan, Keith*, Embeddedness, interdependence, and opportunism in organizational supplier-buyer networks, Journal of Management 19 (1993), 841–856.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 16. Auflage, München 2021.

- Prütting, Jens*, Wettbewerbs- und Konzernrecht. Ein Konfliktfeld rechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen im Unionsrecht. ZGR-Sonderheft 22, 2020, 173–207.
- Puppe, Ingeborg*, Strafrechtliche Zurechnungsprobleme bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, Anm. zu BGH, Beschl. v. 3.3.1994 – 4 StR 819/93, JR 1994, 514–523.
- , Strafrechtsdogmatische Analysen, Göttingen 2006.
- Purnhagen, Kai/Rott, Peter*, Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amoricum for Hans Micklitz, Cham 2014.
- Quitman, Kristina*, Eigentums- und Besitzschutz im deutschen und englischen Recht, Berlin 2011.
- Raab, Thomas*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen 1999.
- Rabel, Ernst*, Das Recht des Warenkaufs: eine rechtsvergleichende Darstellung, Band I, Berlin 1964.
- Radbruch, Gustav*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, 1946, in: Gustav Radbruch Gesamtausgabe III, 2003, S. 83–93.
- Radner, Patrick*, IT-gestütztes Compliance Management System (Datenschutz) in einem Konzern CCZ 2020, 362–364.
- Raiser, Ludwig*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Caemmerer, Ernst von/Friesehahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860, Band I, Karlsruhe 1960, S. 101–134.
- Raiser, Thomas*, Das Unternehmen als Organisation, Berlin/Boston 1969.
- , Gesamthand und juristische Person im Licht des neuen Umwandlungsrechts, AcP (194) 1994, 495–512.
- , Kenntnis und Kennenmüssen von Unternehmen, in: Mock, Klaus/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Berlin 2000, S. 561–578.
- Ransiek, Andreas*, Insiderstrafrecht und Unschuldsvermutung – Anmerkung zu EuGH v. 23.12.2009 – Rs. C-45/08, wistra 2011, 1–4.
- Rawls, John*, A Theory of Justice, 22nd pr., Cambridge 1971.
- Rebhahn, Robert*, Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210 (2010), 489–554.
- Rechtschaffen, Alan*, Capital Markets, Oxford 2019.
- Redeker, Helmut*, IT-Recht, 7. Auflage, München 2020.
- Rehbinder, Eckard*, Unternehmenspublizität im Zeichen sozialer Verantwortung der Unternehmen, in: Siekmann, Helmut (Hrsg.), Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag, Band II, Tübingen 2017, S. 959–974.
- Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Auflage, München 2018.
- Reinbothe, Jörg*, Geistiges Eigentum und die Europäische Gemeinschaft, ZEuP 2000, 5–28.
- Reinhardt, Rudolf*, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich Wilhelm-Universität Bonn (Hrsg.), Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 115–138.
- Rengier, Bernhard*, Wegfall der Bereicherung, AcP 177 (1977), 418–451.
- Renner, Moritz*, Zwingendes transnationales Recht, 1. Auflage, Baden-Baden 2011.
- , Die Natur des Vertrags nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB – Soziologische Maßstababildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013), 677–717.

- Bankkonzernrecht, 1. Auflage, Tübingen 2019.
- Renner, Moritz/Hesselbarth, Marie*, Konzernhaftung und deliktsrechtliche Durchgriffshaftung, in: Krajewski, Markus/Oehm, Franziska/Saage-Maaß, Miriam (Hrsg.), Zivil- und Strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, Interdisziplinäre Studien zu Menschenrechten, Berlin/Heidelberg 2017, 51–71.
- Reuter, Alexander*, Wissenszurechnung in Unternehmen, ZIP 2017, 310–317.
- Reuter, Dieter*, Rechtsfähigkeit und Rechtspersönlichkeit. Rechtstheoretische und rechtspraktische Anmerkungen zu einem großen Thema, AcP 207 (2007), 673–717.
- Rieckers, Oliver*, Nachlese zur Hauptversammlungssaison 2018 und Ausblick 2019, DB 2019, 107–119.
- Riesenhuber, Karl*, Europäische Methodenlehre, Berlin 2006.
- , Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, 1. Auflage, Tübingen 2009.
- , Nutzung von Musik für Werbezwecke, ZUM 2010, 137–145.
- , in: Grundmann, Stefan/Atamer, Yeşim, Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law Failure and Challenges of Contracting, Alphen aan den Rijn 2011.
- , Privatautonomie – ohne irrationale Schwärmerei – Zugleich eine Stellungnahme zu Röthel, „Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer“, ZfPW 2018, 352–368.
- , Europäische Methodenlehre, 4. neu bearbeitete Auflage, Berlin/Boston 2021.
- Rigamonti, Cyrill*, Geistiges Eigentum als Begriff und Theorie des Urheberrechts, UFI-TA-Schriftenreihe, Band 194, Baden-Baden 2001.
- Rieß, Fritz*, Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, Köln 1962.
- Rintelen, Max*, Untersuchungen über die Entwicklung des Handelsregisters, Beilage ZHR 75, Stuttgart 1914.
- Risse, Jörg*, Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf: Notwendigkeit einer Neuorientierung, NZG 2020, 856–864.
- Risse, Jörg/Höfling, Tobia*, Leitplankentheorie statt Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre, NZG 2017, 1131–1138.
- Ritter, Fritz*, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, JZ 1990, 838–846.
- , Grundrechtsschutz juristischer Personen aus der EU – Verbreitungsrecht des Urhebers, NJW 2011, 3428–3433.
- Rochet, Jean-Charles/Tirlolle, Jean*, Platform Competition in Two-Sided Markets, Journal of the European Economic Association, Band 1 (2003), Issue 4, 990–1029.
- Röckrath, Luidger*, Kollegialentscheidung und Kausalitätsdogmatik. Zurechnung über bestimmter Erfolge im Straf- und Haftungsrecht, NStZ 2003, 641–646.
- , Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung: rechtliche und ökonomische Analyse, München 2004.
- Roe, Mark*, Strong managers and weak owners – the political roots of American corporate finance, Princeton 1994.
- Röder, Erik*, Reformüberlegungen zum Recht der GbR, AcP 215 (2015), 450–532.
- , Die Personengesellschaft mit beschränkter Haftung: Eine Lücke im deutschen Gesellschaftsrecht, ZHR 184 (2020), 457–506.
- Römmer-Collmann, Carsten*, Wissenszurechnung innerhalb juristischer Personen, Frankfurt a. M. 1998.

- Rönnau, Thomas/Faust, Florian/Fehling, Michael*, Durchblick: Kausalität und objektive Zurechnung, JuS 2004, 113–118.
- Röthel, Anne*, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, JZ 2007, Heft 15–16, 755–763.
- , Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung: ein mystifizierendes Leuchtfeuer, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne, Autonomie im Recht: Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff, Tübingen 2017, S. 91–115.
- Roethoef, Dietrich*, Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163 (1964), 215–276.
- Röttgen, Norbert/Hund, Michael*, Anforderungen an nichtfinanzielle Erklärungen und Berichte nach dem CSR-Richtlinien-Umsetzungsgesetz (CSR-RUG) insb. für „große“ Sparkassen, DK 2019, 201–213.
- Röttinger, Moritz/Weyringer, Claudia*, Handbuch der europäischen Integration – Strategie, Struktur, Politik der Europäischen Union, 2. Auflage, Wien/Köln/Bern 1996.
- Rohe, Mathias*, Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsbindungen, Tübingen 1998.
- Rossi, Arianna/Ducato, Rossana/Haapio, Helena/Passera, Stefania/Palmirani, Monica*, Legal Design Patterns: Towards a New Language for Legal Information Design, JUS-Letter IT Internet of Things – Digital Edition of Proceedings of the 22nd International Legal Informatics Symposium 2019.
- Rost, Maria Christina*, Bußgeld im digitalen Zeitalter – was bringt die DS-GVO?, RDV 2017, 13–20
- Roth, Wulf-Hennig*, Das Allgemeininteresse im europäischen internationalen Versicherungsvertragsrecht, VersR 1993, 129–139.
- , Kartell- und Wettbewerbsrecht in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2007, S. 175–207.
- Rothkegel, Ralf*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, Köln 1974.
- Roxin, Claus*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74, 1962, S. 441–444.
- , Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, GA 1963, 193–207.
- , Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.
- Roxin, Claus/Greco, Luis*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, München 2020.
- Rühl, Helmut*, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, Mannheim (u. a.) 1931.
- Rühl, Giesela*, Wirtschaft und Menschenrechte, ZRP 2021, 33–72.
- Rühmkorf, Andreas*, Corporate Social Responsibility in der Lieferkette: Gouvernance und Verantwortlichkeiten, ZGR 2018, 410–432.
- Rümelin, Max*, Der Zufall im Recht, Freiburg i.B. 1896.
- , Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des BGB zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg i.B. 1896.
- , Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.
- Ruder, David*, Pitfalls in the Development of a Federal Law of Corporations by Implication Through Rule 10b-5, 59 N.W.U.L. Rev. 185 (1964/65), 185–214
- Rudolph, Bernd*, Ökonomische Theorie und Insiderrecht, in: Ballwieser, Wolfgang, Böcking, Hans-Joachim/Drukarczyk, Jochen/Schmidt, Reinhard H. (Hrsg.), Bilanzrecht und Kapitalmarkt: Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Adolf Moxter, Düsseldorf 1994, S. 1333–1349.

- Ruffert, Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Tübingen 2001.
- , Der Entscheidungsmaßstab im Normverifikationsverfahren nach Art. 100 II GG, JZ 2001, 633–639.
- Ruffner, Markus*, Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft – ein Beitrag zur Theorie der Corporate Governance, Zürich 2000.
- Russel, Stuart J./Norvig, Peter*, Artificial Intelligence, A Modern Approach, 3. Auflage Boston (u. a.) 2016.
- Saage-Maaß, Miriam/Kalek, Wolfgang*, Unternehmen vor Gericht, Bonn 2017.
- Sachs, Michael*, BVerfG: Verfassungsprozessrecht – Einstweilige Anordnungen bei Gesetzesverfassungsbeschwerden, JuS 2008, 737–739.
- , BVerfG: Grundrechte: Fernmeldegeheimnis, JuS 2010, 747–769.
- , Grundrechte: Grundrechtsberechtigung EU-ausländischer juristischer Personen, JuS 2012, 379–381.
- , Anm. zu BVerfG: Grundrechte: Informationelle Trennung von Polizei und Nachrichtendiensten, JuS 2013, 952–955.
- Säcker, Franz-Jürgen*, Gesellschaftsvertragliche und erbrechtliche Nachfolge in Gesamthandsmitgliedschaften: eine Analyse der unterschiedlichen gesetzlichen Ordnungsstrukturen, Bad Homburg v.d.H. (u. a.) 1970.
- , „Vernunft statt Freiheit!“ Die Tugendrepublik der neuen Jakobiner – Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, ZRP 2002, 286–290.
- Säcker, Franz/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperf, Bettina* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Schuldrecht Besonderer Teil, §§ 705–853, 8. Auflage, München 2020; Band 6: Schuldrecht Besonderer Teil III, §§ 631–704, 8. Auflage, München 2020; Band 7: Schuldrecht Besonderer Teil IV, §§ 705–853, 8. Auflage, München 2020.; Band 8: Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, 8. Auflage, München 2020; Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, 9. Auflage, München 2021; Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241–310, 9. Auflage 2022; Band 3: Schuldrecht Allgemeiner Teil II, §§ 311–432, 9. Auflage, München 2022.
- Sajnovits, Alexander*, Ad-hoc-Publizität und Wissenszurechnung, WM 2016, 765–774.
- Saliger, Frank*, Strafflosigkeit unterlassener Ad-hoc-Veröffentlichungen nach dem 1. FiMaNoG? – Teil I, NZG 2017, S. 1285–1292.
- Samson, Benvenuto*, Das neue Urheberrecht, Schriftenreihe der UFITA, Heft 32, Baden-Baden 1966.
- Sattler, Andreas*, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036–1046.
- Savigny, Friedrich Carl von*, System des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1840.
- , System des heutigen römischen Rechts, Band II, Berlin 1840.
- , System des heutigen römischen Rechts, Band III, Berlin 1840.
- , Obligationenrecht als Teil des römischen Rechts, Band II, Berlin 1853.
- Schack, Haimo*, Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte (Jus Privatum, Band 7) von Horst-Peter Götting, AcP 195 (1995), 594–600.
- , Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung der Verantwortlichkeit durch Verkehrspflichten im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, in: Martinek, Michael/Rawert, Peter/Weitemeyer, Birgit (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin (u. a.) 2010, S. 1167–1182.
- , Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Auflage, Tübingen 2021.
- Schäfer, Carsten*, Gutachten zum 71. Deutschen Juristentag Teil E: Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, München 2016.

- Schäfer, Hans Bernd/Ott, Claus*, Ökonomische Auswirkungen der EG-Insider-Regulierung in Deutschland, ZBB 1991, 226–241.
- , Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht, Tübingen 1997.
- , Die Präventivwirkung zivil- und strafrechtlicher Sanktionen, Tübingen 1999.
- , Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Auflage, Heidelberg 2020.
- Schall, Alexander*, Menschenrechtsverletzungen ihrer Auslandstöchter, ZGR 2018, 479–512.
- Schantz, Peter/Wolff, Heinrich Amadeus*, Das neue Datenschutzrecht, München 2017.
- Scharpf, Fritz W.*, Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt, Staatswissenschaft und Staatspraxis, 1994.
- Schaub, Renate*, Erweiterte Haftung für Verhalten anderer – Entwicklungstendenzen im allgemeinen und besonderen Deliktsrecht, in: Volker Beuthien/Maximilian Fuchs/Herbert Roth/Gottfried Schiemann/Andreas Wacke (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, S. 423–445.
- Schieferdecker, Alexander*, Die Haftung der Domainvergabestelle, Köln 2003.
- Schiff, John M.*, Is Basel turning banks into public utilities?, Journal of Financial Perspectives, Band 3 (2015), 4–12.
- Schilken, Eberhard*, Wissenszurechnung im Zivilrecht : eine Untersuchung zum Anwendungsbereich des § 166 BGB innerhalb und außerhalb der Stellvertretung, Bielefeld 1983.
- Schimming, Götz*, Konvergenz der Grundfreiheiten des EGV unter besonderer Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Einfuhr- und Einreisebeschränkungen, Regensburg 2002.
- Schirmer, Helmut*, Zur Vereinbarung von Obliegenheiten zu Lasten Dritter, insbesondere in Verträgen zu ihren Gunsten, in: Reichert-Facilides, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, S. 821–843.
- Schirmer, Jan-Erik*, Das Körperschaftsdelikt, Tübingen 2015.
- , Rechtsfähige Roboter?, JZ 2016, 660–666.
- , Von Mäusen, Menschen und Maschinen – Autonome Systeme in der Architektur der Rechtsfähigkeit, JZ 2019, 711–718.
- Schlag, Pierre J.*, Rules and Standards, 33 UCLA Law Review 379 (1985), 381–383.
- Schlechtriem, Peter*, Organisationsverschulden als zentrale Zurechnungskategorie, in: Doerry, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag am 8.1.1995, Wiesbaden 1995, S. 281–292.
- Schlink, Bernhard*, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- , Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion, EuGRZ 1984, 457–468.
- Schmidt, Eike*, Der Bereicherungsausgleich beim Vertrag zu Rechten Dritter, JZ 1971, 601–608.
- , Zur Frage des Bereicherungsausgleichs beim echten Vertrag zugunsten Dritter, JZ 1972, 406–408.
- , Zurechnung, Zurechnungsprinzipien und Zurechnungszusammenhang, in: Schmidt, Eike/Weyers, Hans-Léo (Hrsg.), Liber amicorum Josef Esser zum 85. Geburtstag am 12. März 1995, Heidelberg 1995, S. 137–165.
- , Schlechtleistung und Händlerisiko, in: Heldrich, Andreas/Schlechtriem, Peter/Schmidt, Eike (Hrsg.), Recht im Spannungsfeld von Theorie und Praxis: Festschrift für Helmut Heinrichs zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 511–528.

- Schmidt, Jessica*, Das Grünbuch zur Schaffung einer Kapitalmarktunion: EU-Kapitalmarkt 4.0?, GPR 2015, 129–136.
- Schmidt, Karsten*, Zur Vermögensordnung der Gesamthands-BGB-Gesellschaft, JZ 1985, 909–914.
- , Einhundert Jahre Verbandstheorie im Privatrecht: aktuelle Betrachtungen zur Wirkungsgeschichte von Otto v. Gierkes Genossenschaftstheorie; vorgelegt in d. Sitzung vom 25. April 1986, Hamburg 1987.
- , Offene Stellvertretung, JuS 1987, 425–433.
- , Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich – Grundlagen im Zivil- und Versicherungsrecht –, in: Karlsruher Forum 1993, Karlsruhe 1993, S. 4–15.
- , Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis – Gedanken zum Recht der verbundenen Unternehmen nach §§ 15 ff., 291 ff. AktG –, in: Schneider et al. (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter, Köln 2000, S. 1167–1192.
- , Was ist, was will und was kann das Konzernrecht des Aktiengesetzes?, in: Schweizer, Rainer J./Burkert, Herbert/Gasser, Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 551–569.
- , Anmerkungen zu BGH: Bereicherungsrechtlicher Ausgleich bei „Scheinanweisung“ des vermeintlichen Darlehensnehmers, JuS 2003, 499–500.
- , Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 6. Auflage, Köln 2014.
- , Wirtschaftsrecht: Nagelprobe des Zivilrechts – Das Kartellrecht als Beispiel, AcP 206 (2016), 169–204.
- , Verbandsautonomie und Außeneinfluss, in: Bumke, Christian/Röthel, Anne (Hrsg.), Autonomie im Recht, Tübingen 2017, S. 143–165.
- , Zur „Abstraktheit“ im Stellvertretungsrecht, in: Auer, Marietta/Grigoleit, Hans Christoph/Hager, Johannes/Herresthal, Carsten (u. a.) (Hrsg.), Privatrechtsdogmatik im 21. Jahrhundert: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin/Boston, 2017, S. 117–130.
- , Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1: Erstes Buch: Handelsstand §§ 1–104a, 5. Auflage, München 2021.
- , Gesellschaftsrecht, 45. Auflage, Köln (u. a.) 2022.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus*, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage 2020.
- Schmidt, Reinhard/Spindler, Gerald*, Shareholder Value zwischen Ökonomie und Recht, in: Assmann, Heinz-Dieter (u. a.) (Hrsg.), Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie, Freundesgabe für Friedrich Kübler, Heidelberg 1997, S. 515–555.
- Schmidt-Kessel, Martin/Kramme, Malte* (Hrsg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, Jena 2017.
- Schmitt, Carl*, Verfassungslehre, München/Leipzig 1928.
- Schmitt, Florian*, Die Verantwortlichkeit des Geschäftsleiters für Datenschutzverstöße, ZGR 2021, 559–607.
- Schmolke, Klaus*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht – Rechtspaternalismus und Verhaltensökonomik im Familien-, Gesellschafts- und Verbraucherrecht, Tübingen 2014.
- , Das Verbot der Marktmanipulation nach dem neuen Marktmissbrauchsregime, AG 2016, 434–445.
- Schneider, Dieter*, Wider Insiderhandelsverbot und die Informationseffizienz des Kapitalmarkts, DB 1993, 1429–1435.

- Schneider, Thomas*, Möglichkeiten und Grenzen der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen und bankenaufsichtsrechtlichen Anforderungen an Risikomanagement auf Gruppenebene, Berlin 2009.
- Schneider, Uwe*, Compliance im Konzern, NZG 2009, 1321–1326.
- Schoch, Friedrich*, Der verfassungsrechtliche Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG), Jura 2011, 194–204.
- Schockenhoff, Martin*, Haftung und Enthftung von Geschäftsleitern bei Compliance-Verstößen in Konzernen mit Matrix-Strukturen, ZHR 180 (2016), 197–233.
- Schön, Wolfgang*, Der „Rechtsmissbrauch“ im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: Wank, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 1271–1295.
- , Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Gesellschaftsrecht, in: *Haar, Brigitte/Grundmann, Stefan/Merkt, Hanno* (u. a.) (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010, Unternehmen, Markt und Verantwortung, Band I, Berlin (u. a.) 2010, S. 1343–1362.
- , Organisationsfreiheit und Gruppeninteresse im Europäischen Konzernrecht, ZGR 2019, 343–378.
- Schönherr, Fritz*, Zur Begriffsbildung im Immaterialgüterrecht, in: Brügger, Paul (Hrsg.), Homo creator: Festschrift für Alois Troller, Basel (u. a.) 1976, S. 57–88.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019.
- Scholz, Trebor*, Platform Cooperativism-Challenging the Corporate Sharing Economy, New York 2016.
- Schorkopf, Frank*, Wahrhaftigkeit im Recht der Grundfreiheiten – Zu Maßstab und Rechtsfolgen der Glücksspielurteile des Europäischen Gerichtshofs, DÖV 2011, 260–267.
- Schrader, Paul*, Haftung für fehlerhaft zugelierte Dienste in Fahrzeugen, NZV 2018, 489–496.
- Schramm, Carl*, Der Vertragsbruch – Ausnutzung und Verleiten, GRUR 1961, 328–335.
- Schubert, Werner*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, Berlin 1966.
- Schünemann, Bernd*, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte JA 1975, 647–656.
- , Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, GA 1985, 341–380.
- , Über die objektive Zurechnung, GA 1999, 207–229.
- Schünemann, Wolfgang*, Die wettbewerbsrechtliche „Störer“-Haftung. Ein Konstrukt zwischen „praktischer Notwendigkeit“ und dogmatischer Begründbarkeit, WRP 1998, 120–124.
- Schürnbrand, Jan*, Die Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007.
- Schulin, Bertram*, Der natürliche, vorrechtliche Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, Berlin 1976.
- Schulte-Nölke, Hans*, Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, NJW 27 (1996), 1705–1710.
- Schultz, Michael*, Zur Vertretung im Wissen, NJW 1990, 477–487.
- Schulze, Gernot*, Urheber- und Leistungsschutzrechte des Kameramanns, GRUR 1994, 855–871.

- Schumpeter, Joseph*, Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie, 8. Auflage, Tübingen 2005.
- Schwab, Martin*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 31.1.2018 – VIII ZR 39/17, JZ 2018, 517, JZ 2018, 521–524.
- Schwark, Eberhard*, Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, JuS 1984, 321–328.
- Schwark, Eberhard/Zimmer, Daniel*, Kapitalmarktrechts-Kommentar, 5. Auflage, München 2020.
- Schwartz, Alan/Scott, Robert E.*, The Common Law of Contract and the Default Rule Project, Virginia Law Review 102 (2016), 1523–1588.
- Schwarz, Kyriell*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen, Baden-Baden 2002.
- Schwarze, Roland*, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Auflage, Berlin 2021.
- Schweitzer, Heike*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1–12.
- , Vertragsfreiheit, Marktregulierung, Marktverfassung: Privatrecht als dezentrale Koordinationsordnung, AcP 220 (2020), 544–586.
- Schweitzer, Heike/Woeste, Kai*, Die Haftung von Konzerngesellschaften im europäischen Wettbewerbsrecht, ZGR Sonderband 22 (2020), 141–172.
- Schweizer, Urs*, Vertragstheorie, Tübingen 1999.
- Schwemmer, Sophia*, Dezentrale (autonome) Organisationen, AcP 221 (2021), 555–595.
- Schwippert, Emil*, Täter oder Störer – alles längst geklärt?, WRP 2018, 1027–1032.
- Seibt, Christoph*, Europäische Finanzmarktregulierung zu Insiderrecht und Ad hoc-Publizität, ZHR 177 (2013), 388–426.
- Seibt, Christoph/Wiechmann, Peter*, Probleme der urheberrechtlichen Verwertungsgemeinschaft bei der Werkverbindung, GRUR 1995, 562–566.
- Seibt, Christoph/Wollenschläger, Bernward*, Trennungs-Matrixstrukturen im Konzern, AG 2013, 229–243.
- , Revision des Marktmissbrauchsrechts durch Marktmissbrauchsverordnung und Richtlinie über strafrechtliche Sanktionen für Marktmanipulation, AG 2014, 593–608.
- Sen, Amartya*, On Ethics and Economics, Oxford/New York 1987.
- , How to Judge Globalism, The American Prospect, 13 (1) Januar 1–14, 2002.
- , The Idea of Justice, Harvard 2009.
- Serick, Rolf*, Rechtsform und Realität juristischer Personen, Tübingen 1955.
- Sethe, Rolf*, Zur Verschärfung des insiderrechtlichen Weitergabeverbots, ZBB 2006, 243–257.
- Seyfarth, Georg*, Handlungspflichten der Konzernverwaltung im nachgeordneten Bereich am Beispiel Compliance im Konzern, ZGR-Sonderheft 22, 2020, 87–91.
- Shavell, Steven*, Foundations of Economic Analysis of Law, Harvard 2004.
- , „Liability for Accidents“, in: Polinsky, A. Mitchell/Shavell, Steven, Handbook of Law and Economics, Band 1, Amsterdam 2007, S. 139–182.
- Shleifer, Andrei/Visnhny, Robert*, A survey of corporate governance, 52 Journal of Finance (1997), S. 737–783.
- Sieber, Dorothee*, Vertragliche Dritthaftung von Berufsträgern, Münster 2009.
- Sieckmann, Jan-Reinard*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990.

- Sieder, Sebastian*, Legitime Handlungen nach der Marktmissbrauchsverordnung (MAR), ZFR 2017, 171–180.
- Siemer, John*, Das Coase-Theorem: Inhalt, Aussagewert und Bedeutung für die ökonomische Analyse des Rechts, Münster 1999.
- Siemon, Klaus/Frind, Frank*, Der Konzern in der Insolvenz, NZI 2013, 1–11.
- Siems, Mathias*, Legal Origins: Reconciling Law & Finance and Comparative Law, McGill Law Journal 55, 2007.
- Simon, Herbert*, Models of man: social and rational, London (u. a.) 1964.
- , Administrative behavior: A study of decision-making processes in administrative organization, 3. Auflage, New York 1976.
- Simson, Werner von*, Die Marktwirtschaft als Verfassungsprinzip in den Europäischen Gemeinschaften, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Karlsruhe 1967, S. 55–68.
- Singer, Reinhard*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen München 1995.
- Smets, Christoph*, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34–37.
- Smith, Adam*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Campbell, R. H./Skinner, A. S./Todd, W. B. (Hrsg.), Glasgow Edition, Band 1, Oxford 1976.
- Sobola, Sabine/Kohl, Katrin*, Haftung von Providern für fremde Inhalte – Haftungsprivilegierung nach § 11 TDG – Grundsatzanalyse und Tendenzen der Rechtsprechung, CR 2005, 443–450.
- Sobota, Katharina*, Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtl. Aspekte, Tübingen 1997.
- Soergel, Hans/Siebert, Wolfgang* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungs-gesetz und Nebengesetzen, Band 1, Allgemeiner Teil 1, 13. Auflage, Stuttgart 2000.
- Sommer, Martin*, Haftung für autonome Systeme. Verteilung der Risiken selbstlernender und vernetzter Algorithmen im Vertrags- und Deliktsrecht, Baden-Baden 2020.
- Sonnenberger, Hans Jürgen*, Verkehrssitten im Schuldvertrag: rechtsvergleichender Beitrag zur Vertragsauslegung und zur Rechtsquellenlehre, München 1970.
- Sontag, Peter*, Das Miturheberrecht, Köln (u. a.) 1972.
- Sørensen, Karsten*, Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or merely Rhetoric, Common Market Law Review Band 43 (2006), 423–459.
- Soyez, Volker*, Die Bußgeldleitlinien der Kommission – mehr Fragen als Antworten, EuZW 2007, 596–600.
- Specht, Louisa*, Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, 114–122.
- , Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik, GRUR 2019, 253–259.
- Spiecker gen. Döhmann, Indra*, Recht und Verhaltenssteuerung, ZKKW 2015, 49–76.
- , Zur Zukunft systematischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen. Warum für systematische Haftung ein neues Modell erforderlich ist, CR 2016, 689–704.
- Spießhofer, Birgit*, Unternehmerische Verantwortung: zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung, Baden-Baden 2017.
- , Compliance und Corporate Social Responsibility, NZG 2018, 441–447.
- Spindler, Gerald*, Recht und Konzern: Interdependenzen der Rechts- und Unternehmensentwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1870 und 1933, Tübingen 1993.

- , Unternehmensorganisationspflichten: zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Köln (u. a.) 2001.
- , Verantwortlichkeit von IT-Herstellern, Nutzern und Intermediären, Bonn 2007.
- , Zivilrechtliche Sperrverfügungen gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil „UPC Telekabel“, GRUR 2014, 826–835.
- , Wissenszurechnung in der GmbH, der AG und im Konzern, ZHR 2017, 311–356.
- , Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern, MMR 2018, 48–52.
- Spindler, Gerald/Prill, Aileen*, Keyword Advertising – eine europäische Rechtsprechungslinie beginnt, CR 2010, 303–311.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, München 2019.
- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard*, Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage, München 2019.
- Spindler, Gerald/Thorun, Christian*, Eckpunkte einer digitalen Ordnungspolitik, Politikempfehlungen zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für eine effektive Ko-Regulierung in der Informationsgesellschaft, Berlin 2015.
- Spindler, Gerald/Volkmann, Christian*, Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-Provider, WRP 2003, 1–15.
- Spindler, Gerald/Wiebe, Andreas*, Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze, 2. Auflage, Köln 2005.
- Stagl, Jakob Fortunat*, Gutgläubiger Fahrniserwerb als ‚sofortige Ersitzung‘, Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB, AcP 211 (2011), 530–579.
- Stallberg, Christian*, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006.
- Starke, Max*, EU-Grundrechte und Vertragsrecht, Tübingen 2016.
- Staub, Hermann* (Begr.), Handelsgesetzbuch (HGB), Band 5 Bankenvertragsrecht, 6. Auflage, Berlin/Boston 2021.
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 21–79, Berlin 2019.
- , ders., (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung), Berlin 2007; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin 2009; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 830–838 (Unerlaubte Handlungen 3), Berlin 2012; Buch 1: Allgemeiner Teil: Einleitung zum BGB; §§ 1–14; VerschG, Berlin 2013; Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Berlin 2014; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1), Berlin 2014; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328–345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe), Berlin 2015; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249–254 (Schadensersatzrecht), Berlin 2017; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 397–432 (Erlas, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Berlin 2017; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 A–D (Unerlaubte Handlungen 1 – Rechtsgüter und Rechte; Persönlichkeitsrecht; Gewerbebetrieb, Berlin 2017; Buch 3: Sachenrecht: §§ 925–984; Anh zu §§ 929–31 (Eigentum 2 – Erwerb und Verlust des Eigentums, Berlin 2017; Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 164–240, 8. Auflage, Berlin 2018; Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 830–838 (Unerlaubte Handlungen 3), Berlin 2018; Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Berlin 2019; Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Berlin 2020.
- Steege, Hans*, Auswirkungen von künstlicher Intelligenz auf die Produzentenhaftung in Verkehr und Mobilität, NZV 2021, 6–13.

- Steffen, Erich*, Haftung im Wandel, ZVersWiss 1993, 13–37.
- Stegmüller, Wolfgang*, Probleme und Resultate der Wissenschaftstheorie und Analytischen Philosophie, Berlin 1969.
- Steindorff, Ernst*, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht?, in: Baur, Fritz (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 621–644.
- Steininger, Steffen*, Verletzung in Deutschland gültiger Patente durch Handlungen im Ausland, GRUR 2017, 875–878.
- Stenslik, Bastian-Peter*, Diskriminierende Arbeitgeberkündigungen und die europäischen Diskriminierungsverbote, Berlin 2010.
- Stigler, George J.*, The Economics of Information, The Journal of Political Economy (1961), Band 69, Issue 3, 213–225.
- , Public Regulation of the Securities Market, Journal of Business, Band 37, 1964, 117–142.
- , Imperfections in the Capital Market, Journal of Political Economy, Band 75, 1967, 287–292.
- Stiglitz, Joseph E.*, Information and the Change in the Paradigm in Economics, The American Economic Review, Band 92 (2002), Nr. 3, 460–501.
- Stolte, Wilhelm*, Der Leistungsbegriff – Ein Gespenst des Bereicherungsrechts?, JZ 1990, 220–226.
- Streinz, Rudolf*, Konvergenz der Grundfreiheiten. Aufgabe der Differenzierungen des EG-Vertrags und der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Maßnahmen? Zu Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH, in: Arndt, Hans-Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht und deutsches Recht: Festschrift für Walter Rudolf zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 199–222.
- , EUV/AEUV (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Auflage, München 2018.
- Streng, Franz*, Die Zukunft der Sicherungsverwahrung nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JZ 2011, 827–835.
- Stroh, Rolf*, Werkeinheit und Werkmehrheit im Urheberrecht, München 1969.
- Stürner, Michael*, Das Privatrecht der Europäischen Union, JURA 2016, 1133–1141.
- , Die Einwirkungen des EU-Primärrechts auf das nationale Privatrecht, 2017, 26–33.
- , Privatrechtsangleichung durch EU-Richtlinien, Jura 2017, 394–402.
- , Die richtlinienkonforme Rechtsanwendung im Privatrecht, Teil I – Methodische Grundlagen, Jura 2017, 777–782.
- , Die richtlinienkonforme Rechtsanwendung im Privatrecht, Teil II – Anwendungsbeispiele, 2017, 1163–1168.
- , Die Bedeutung des EU-Rechts für das nicht-harmonisierte Privatrecht, Jura 2018, 35–42.
- , Europäisches Vertragsrecht. Institutionelle und methodische Grundlagen – materielles Recht – Kollisionsrecht, Reihe Ius Communitatis, Berlin/Boston 2021.
- Sydow, Gernot*, Europäische Datenschutzgrundverordnung Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2018.
- Taeger, Jürgen*, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2016, NJW 2016, 3764–3770.
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev*, DSGVO-BDSG Kommentar, 3. Auflage, Frankfurt a. M. 2019.
- Tasche, Friedrich*, Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen, Lippe 1920.

- Tassius, Isabelle*, Acting in Concert bei Interessenschutzklauseln, BKR 2021, 212–219.
- Taupitz, Jochen*, Wissenszurechnung nach englischem und deutschem Recht, Karlsruher Forum 1994, Sonderheft zum Versicherungsrecht, Karlsruhe 1994.
- Teichmann, Christoph*, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184–197.
- , Digitalisierung und Gesellschaftsrecht, ZfPW 2019, 247–272.
- Temming, Felipe*, Der vertragsbeherrschende Dritte, Baden-Baden 2015.
- Teubner, Gunther*, Standards und Direktiven in Generalklauseln: Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht, Frankfurt a.M. 1971.
- , Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, ARSP 68 (1982), 13–59.
- , Geschäftsrisiko und Unternehmenskooperation, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, Peter K. (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag am 13. März 1990, Berlin/New York, 1990, S. 281–302.
- , Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, Baden-Baden 2004.
- , Haben wir wirklich Recht? – Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, in: Bäuerle, Michael (u. a.) (Hrsg.), Baden-Baden 2004.
- , So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ...: Zur Diabolik des Netzwerkversagens, in: Augsberg, Ino (Hrsg.), Ungewissheit als Chance, Tübingen 2009.
- , Digitale Rechtssubjekte?, AcP 218 (2018), 155–205.
- Theisen, Erich*, Verfassung und Richter, AÖR 8 (1925), 257–282.
- Thiel, Barbara/Wybitul, Tim*, Bußgelder wegen Datenschutzverstößen – aus Sicht von Aufsichtsbehörden und Unternehmen, ZD 2020, 3–7.
- Thielecke, Susanna/Bechtolsheim, Sebastian*, Urheberrecht für die Mitwirkenden an komplexen Werken ?, GRUR 2003, 754–759.
- Thiessen, Jan*, Der „allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts“ von Georg Arnold Heise bis Karsten Schmidt, in: Boele-Woelki u. a. (Hrsg.), FS Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Band 2, München 2019, S. 485–500.
- , Der Konzern – eine Schöpfung der Kautelarjurisprudenz, Berlin/Boston 2020.
- Thöne, Meik*, Autonome Systeme und deliktische Haftung. Verschulden als Instrument adäquater Haftungsallokation?, Tübingen 2020.
- Thomale, Chris*, Leistung als Freiheit. Erfüllungsautonomie im Bereicherungsrecht, Tübingen 2012.
- , Der gespaltene Emittent: Ad-hoc Publizität, Schadenersatz und Wissenszurechnung, Tübingen 2018.
- Thomale, Chris/Hübner, Leonhard*, Zivilrechtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 2017, 385–397.
- Thomas, Stefan*, Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel?, JZ 2011, 485–495.
- , Die sogenannte wirtschaftliche Einheit: Auslegungsfragen zur neu eingeführten akzessorischen Konzernhaftung im deutschen Kartellbußgeldrecht, AG 2017, 637–650.
- Tierney, Stephen*, Constitutional Law and National Pluralism, Oxford 2005.
- Timm, Wolfram*, Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Haftungsverfassung, Notwendigkeit einer Neuorientierung im Anschluß an §§ 191, 202 UmwG, NJW 1995, 3209–3218.

- Tirole, Jean*, The Theory of Industrial Organization, Cambridge 1988.
- , Incomplete Contracts: Where Do We Stand?, *Econometrica* 67 (1999), 741–781.
- , *Économie du bien commun*, Paris 2016.
- Tischbirek*, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung – Methodenmigration zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Tübingen 2017.
- Towfigh, Emanuel v./Petersen, Niels* (Hrsg.), *Ökonomische Methoden im Recht*, 2. Auflage, Tübingen 2017.
- Toye, John*, Financial Structure and Economic Development, in: *The New Palgrave Dictionary of Money and Finance*, Basingstoke 1992, S. 381–410.
- Traeger, Ludwig*, Der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht: Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, Marburg 1904.
- Trigo Trinidad, Rita*, Corporate Governance: la responsabilité des conseils d'administration dans les sociétés, *ERPL/REDC* 2000, 281–320.
- Tröger, Tobias*, Arbeitsteilung und Vertrag: Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritten in Vertragsbeziehungen, Tübingen 2012.
- , Konzernverantwortung in der aufsichtsunterworfenen Finanzbranche, *ZHR* 177 (2013), 475–517.
- Troller, Alois*, Markenrecht und Landesgrenzen, *GRUR Int.* 1967, 261–268.
- Trstenjak, Verica/Beysen, Erwin*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, *EuR* 2012, Heft 3, 265–284.
- Tuhr, Andreas von*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910.
- Tully, James*, A Discourse on Property, Cambridge 1980.
- Ubbelohde, August*, Über die Haftung des Geschäftsherrn aus der Verschuldung der in seinem Geschäfte angestellten Personen bei der Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft* 7 (1860), 229–270.
- Uhle, Wilhelm*, Verarbeitung durch und für andere, Bonn 1957.
- Ulmer, Peter*, Die Gesamthandsgesellschaft – Ein Noch Immer Unbekanntes Wesen?, *AcP* 198 (1998), 113–151.
- , Die höchstrichterlich „enträtselte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts: zugleich Besprechung zu BGH ZIP 2001, 330, ZIP 22 (2001), 585–599.
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas*, Grundgesetz- Mitarbeiterkommentar, Band 1, 2002.
- Unberath, Hannes*, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007.
- Ungern-Sternberg, Joachim von*, Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts, *GRUR* 2012, 576–582.
- Varnholt, Burkhard*, Kursmanipulation: eine Typologie aus finanzmarkttheoretischer Sicht, *Finanzmarkt und Portfolio Management*, Luzern 1993.
- Vedder, Christoph*, Ein neuer gesetzlicher Richter? – Anmerkungen zu BVerfG NJW 1987, 577, NJW 1987, 526–531.
- Veil, Rüdiger*, Europäische Kapitalmarktunion, *ZGR* 2014, 544–607.
- , Europäisches Insiderrecht 2.0 – Konzeption und Grundsatzfragen der Reform durch MAR und CRIM-MAD, *ZBB* 2014, 85–96.
- , Transaktionen mit Related Parties im deutschen Aktien- und Konzernrecht, *NZG* 2017, 521–530.
- Veljanovski, Cento G.*, Cartel Fines in Europe – Law, Practice and Deterrence, *World Competition* 30 (2007), 65–86.
- Venn, Nikolai/Wybitul, Tim*, Die bußgeldrechtliche Haftung von Unternehmen nach Art. 83 DS-GVO, *NStZ* 2021, 204–207.

- Verschraegen, Gert*, Human Rights and Modern Society: A Sociological Analysis from the Perspective of Systems Theory, *Journal of Law and Society*, Band 29 (2002), 258–281.
- Verse, Dirk*, Compliance im Konzern, *ZHR* 175 (2011), 401–425.
- Vesting, Thomas*, Kein Anfang und kein Ende. Die Systemtheorie des Rechts als Herausforderung für Rechtswissenschaft und Rechtsdogmatik, *JURA* 2001, 299–305.
- Vetter, Jochen*, Regelungsbedarf für Related Party Transactions?, *ZHR* 179 (2015), 273–329.
- Viebecke, Volker*, Durch Datenverarbeitungsanlagen abgegebene Willenserklärungen und ihre Anfechtung, Marburg 1972.
- Vieweg, Klaus/Röthel, Anne*, Verbandsautonomie und Grundfreiheiten, *ZHR* 2002, 6–34.
- Vilgertshofer, Fabian*, Online-Plattformen und vertragliche Haftung, München 2019.
- Voet van Vormizeele, Philipp*, Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen, *WuW* 2010, 1008–1019.
- Voigt, Paul*, Konzerninterner Datentransfer, *CR* 2017, 428–433.
- Volkman, Christian*, Der Störer im Internet: zur Verantwortlichkeit der Internet-Provider im allgemeinen Zivil-, Wettbewerbs-, Marken- und öffentlichen Recht, München 2005.
- Voskuble, Andreas/Kaufhold, Ann-Katrin*, Grundwissen Öffentliches Recht: Der Verwaltungsakt, *JuS* 2011, 794–796.
- Wachenfeld, Walthber/Winner, Hermann*, in: Gerdes, Chris/Lenz, Barbara/Maurer, Markus/Winner, Hermann (Hrsg.), *Autonomes Fahren*, Berlin 2015.
- Wadle, Elmar*, Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobili-areigentums, *JZ* 1974, 689–696.
- , Das Problem der fremdwirkenden Verarbeitung, *JuS* 1982, 477–483.
- , Geistiges Eigentum, Bausteine zur Rechtsgeschichte, Band II, München 2003.
- Wagner, Eberhard*, Teilbarkeit der Herstellereigenschaft in § 950 BGB?, *AcP* 184 (1984), 14–39.
- Wagner, Gerhard*, Grundprobleme der Parteifähigkeit, *ZZP* 117 (2004), 305–337.
- , Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven, *JZ* 2004, 319–331.
- , Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, *AcP* 206 (2006), 352–476.
- , Die Voraussetzungen negatorischen Rechtsschutzes, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert/Schiemann, Gottfried/Wacke, Andreas (Hrsg.), *Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009*, Köln 2009, S. 589–610.
- , Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Blaurock, Uwe/Hager, Günter (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, Baden-Baden 2010, S. 13–84.
- , Sinn und Unsinn der Unternehmensstrafe. Mehr Prävention durch Kriminalisierung?, *ZGR* 2016, 112–152.
- , Haftung für Menschenrechtsverletzungen, *RabelsZ* 80 (2016), 717–782.
- , Wissenszurechnung: Rechtsvergleichende und rechtsökonomische Grundlagen, *ZHR* 2017, 203–272.
- , Produkthaftung für autonome Systeme, *AcP* 217 (2017), 707–937.

- , Zur Kapitalanlagehaftung gemäß § 826 BGB BGH, Urt. v. 28.6.2016 – VI ZR 536/15, JZ 2017, 522–525.
- , Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 1), GRUR 2020, 329–338.
- , Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette, ZIP 2021, 1095–1105.
- , Deliktsrecht, 14. Auflage, München 2021.
- Wagner, Gerhard/Zenger, Florian, BGH: Tilgung der Kaufpreisschuld durch den Zahlungsdienst PayPal. Urteil vom 22.11.2017 – VIII ZR 83/1, Anmerkung, MMR 2018, 149–156.
- Waldkirch, Conrad, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, Tübingen 2018.
- Walker, Neil, The Idea of Constitutional Pluralism, The Modern Law Review, Band 65 (2002), 317–359.
- Waltermann, Raimund, Zur Wissenszurechnung – am Beispiel der juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts, AcP 192 (1992), 181–226.
- , Arglistiges Verschweigen eines Fehlers bei der Einschaltung von Hilfskräften, NJW 1993, 889–895.
- Wandt, Manfred, Gesetzliche Schuldverhältnisse: Deliktsrecht, Schadensrecht, Bereicherungsrecht, GoA, 11. Auflage, München 2022.
- Wandtke, Artur-Axel, Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft: oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne? GRUR 2002, S. 1–11.
- , Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, MMR 2017, 6–12.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried, Praxiskommentar Urheberrecht, 6. Auflage, München 2022.
- Wandtke, Artur-Axel/Hauck, Ronny, Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, 627–636.
- Wandtke, Artur-Axel/Ostendorff, Saskia (Hrsg.), Urheberrecht, 8. Auflage, Berlin/Boston 2021.
- Weber, Klaus, Rechtswörterbuch, 24. Auflage, München 2022.
- Weber, Klaus-Peter, Insiderrecht und Kapitalmarktschutz – Haftungstheorien im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht, Berlin 1999.
- Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Auflage, Tübingen 1920/1921.
- , Rechtssoziologie, Neuwied 1960.
- Weber-Rey, Daniela, Ausstrahlungen des Aufsichtsrechts (insbesondere für Banken und Versicherungen) auf das Aktienrecht – oder die Infiltration von Regelungssätzen?, ZGR 2010, 543–590.
- Weck, Thomas, Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip – Verabschiedung einer Illusion im Kartellrecht, NZG 2016, 1374–1377.
- Weichert, Thilo, CuA 2/2020, 27–38.
- Wellenhofer-Klein, Marina, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, München 1999.
- Weller, Marc-Philippe, Die Haftung von Fußballvereinen für Randalen und Rassismus, NJW 2007, 960–964.
- , Wissenszurechnung im internationalen Unternehmensstrafverfahren, ZGR 2016, 384–413.
- Weller, Marc-Philippe/Kahler, Luca/Schulz, Alix, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387–420.
- Weller, Marc-Philippe/Thomale, Chris, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509–526.

- Welser, Marcus von*, Rechtsfragen der Open Source Software – über den Versuch, Linux zu monetarisieren, ZGE 9 (2017), 570–588.
- , Kampf um Linux: Ist die Freiheit der Open-Source-Software bedroht?, GRUR-Prax 2018, 164–167.
- Wendt, Rudolf*, Eigentum und Gesetzgebung, Hamburg 1985.
- Werner, Horst*, Rechtsfragen der Miturhebergemeinschaften Zugleich eine gesellschaftsrechtliche Betrachtung, BB 1982, 280–282.
- Wertenbruch, Johannes*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, Köln 2000.
- Westerhoff, Rudolf*, Die Elemente des Beweglichen Systems, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 144, Berlin 1991.
- Westermann, Harm/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg*, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VbVG, VersAusglG und WEG, Band 1, 16. Auflage, Köln 2020.
- Westermann, Harm/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter*, Sachenrecht, 8. Auflage, Heidelberg (u. a.) 2011.
- Westermann, Harry*, Haftung für fremdes Handeln, JuS 1961, 333–343.
- Westphalen, Friedrich Graf von*, Einige Vorüberlegungen zum bevorstehenden Lieferkettengesetz, ZIP 2020, 2421–2431.
- Whittington, Jan/Hoofnagle, Chris J.*, Unpacking Privacy's Price, 90 North Carolina Law Review 2011 1327, 1346–1351.
- Wicke, Hartmut*, Respondeat Superior Haftung für Verrichtungsgehilfen im römischen, römisch-holländischen, englischen und südafrikanischen Recht, Berlin 2000.
- Wieacker, Franz*, Wandlung der Eigentumsverfassung, Hamburg 1935.
- , Das Bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, in: Caemmerer, Ernst von/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard (Hrsg.), Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860, Band II, Karlsruhe 1960, S. 1–18.
- , Zur Theorie der Juristischen Person des Privatrechts, in: Forsthoff, Ernst/Weber, Werner (Hrsg.), Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag am 8. Juni 1973, Göttingen 1973, S. 340–383.
- , Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M. 1974.
- Wiedemann, Gerhard*, Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020.
- Wiedemann, Herbert*, Juristische Person und Gesamthand als Sondervermögen, WM 1975, Sonderbeilage IV, 7–44.
- , Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147–176.
- , Gesellschaftsrecht: ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts, Band 1: Grundlagen, München 1980.
- , Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ZGR 1980, 147–176.
- , Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, München 1988.
- , Reflexionen zur Durchgriffshaftung, ZGR 2003, 283–297.
- Wiegel, Volker*, Die Prospektrichtlinie und Prospektverantwortung – eine dogmatische, ökonomische und rechtsvergleichende Analyse, Berlin 2008.
- Wieling Heinrich*, Drittzahlung, Leistungsbegriff und fehlende Anweisung, JuS 1978, 801–810.

- Wielsch, Dan*, Iustitia Mediatrix: Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz, in: Calliess, Christian/Fischer-Lescano, Andreas/Wielsch, Dan/Zumbansen, Peer (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunter Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009, Berlin/New York 2009, S. 395–416.
- , Grundrechte als Rechtfertigungsgebote, AcP 213 (2013), 718–759.
- , Relationales Urheberrecht. Die vielen Umwelten des Urheberrechts, ZGE 5 (2013), 274–311.
- , The Function of Fundamental Rights in EU Private Law – Perspectives for the Common European Sales Law, European Review of Contract Law, Band 10 (2014), 365–389.
- , Funktion und Verantwortung. Zur Haftung im Netzwerk, RW Rechtswissenschaft, 10 (2019), Heft 1, 84–108.
- Wiethölter, Rudolf*, Recht, in: Kadelbach (Hrsg.), Wissenschaft und Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1967.
- , Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, in: Teubner (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin 1995.
- Wilburg, Walter*, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941.
- , Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1951.
- , Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963), 346–379.
- Wild, Eva-Maria*, Prospekthaftung einer Aktiengesellschaft, Köln 2007.
- Wilhelm, Jan*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, Bonn 1973.
- , Die Zurechnung der Leistung bei Widerruf einer Anweisung, insbesondere eines Schecks, AcP 175 (1975) 304–350.
- , Kenntnizzurechnung kraft Kontovollmacht?, AcP 183 (1983), 1–34.
- , „Upon the cases“ bei der Leistungskondiktion in Dreiecksverhältnissen?, JZ 1994, 585–596.
- , Sachenrecht, 7. Auflage, Berlin/Boston 2021.
- Wilhelmi, Rüdiger/Büchler, Philipp*, Bankentrennung in der EU: Risiken und Nebenwirkungen, ZVglRWiss 113 (2014), 507–519.
- Williamson, Oliver*, Peak-load pricing and optimal capacity under indivisibility constraints, 56 American Econ. (1966), Rev., 810–827.
- , Markets and Hierarchies, Analysis and Antitrust Implications, New York 1975.
- , Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, Journal of Law and Economics 22 (1979), S. 233–261.
- , The economic institutions of capitalism, New York 1985.
- , The Mechanisms of Governance, New York 1996.
- Wimmers, Jörg/Barudi, Malek*, Der Mythos vom Value Gap-Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, GRUR 2017, 327–338.
- Windbichler, Christine*, Neue Vertriebsformen und ihr Einfluß auf das Kaufrecht, AcP 198 (1998), 261–286.
- , Gesellschaftsrecht, 24. Auflage, München 2017.
- , Konzernrecht: Gibt es das?, NZG 2018, 1241–1246.
- , Interdisziplinäre Konturen eines Verantwortungsbegriffs für das Recht, RW 10 (2019), 34–49.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 1906, Nachdruck 1963, Aalen 1963.

- Winkelhaus, Jan Dirk*, Der Bereicherungsausgleich im Lichte des neuen Zahlungsdiens-
terechtes, BKR 2010, 441–449.
- Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Ana-
lyse, Empfehlung, Drs. 2558-12, 2012.
- Witt, Carl-Heinz*, Die Rechtsfigur des Besitzdieners im Widerstreit zwischen Bestands-
und Verkehrsschutz, AcP 201 (2001), 165–201.
- Wolf, Manfred*, Die Haftung des Werkunternehmers für Lieferantenverschulden, ZIP
1998, 1657–1663.
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage,
München 2019.
- Wolff, Hans*, Organschaft und juristische Person, Aalen 1934.
- Wolff, Heinrich/Brink, Stefan*, Besck'scher Onlinekommentar zum Datenschutzrecht,
17. Edition, München 2016.
- Wright, Richard*, Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and
Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts, 73 Iowa L. Rev. (1988),
1001–1077.
- Würdiger, Markus*, Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung bei einem Wider-
spruch des Zahlenden im Einzugsermächtigungsverfahren, JuS 2007, 418–422.
- Wurgler, Jeffrey*, Journal of Financial Economics, Band 58 (2000), 187–214.
- Wurzberger, Sebastian*, Anforderungen an Betriebsvereinbarungen nach der DS-GVO,
ZD 2017, 258–263.
- Wymeersch, Eddy*, A Status Report on Corporate Governance Rules and Practices in
Some Continental European States, in: Hopt, Klaus/Kanda, Hideki/Roe, Mark/Wy-
meersch, Eddy/Prigge, Stefan (Hrsg.), Comparative Corporate Governance – the Sta-
te of the Art and Emerging Research, Oxford 1998, S. 1045–1200.
- Wytibul, Tim*, Verteidigung gegen Schadensersatzklagen wegen Datenschutzverstößen,
NJW 2021, 1190–1194.
- Zaczyk, Rainer*, Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes, Berlin 1981.
- Zandler, Dieter*, Die wirtschaftliche Einheit als Normadressat im Kartellbußgeldrecht
NZKart 2016, Heft 3, 98–104.
- Zech, Herbert*, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012.
- , Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, Zeitschrift für die gesamte Privatrechts-
wissenschaft (ZfPW) 2019, 198–219.
- , Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für
eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 219 (2019), 488–592.
- , Schöpfen und Schaden – Zurechnung im Immaterialgüterrecht und im Haftungsrecht,
insbesondere beim Einsatz von künstlicher Intelligenz (KI), in: FS Schack (i. E.).
- Zelger, Bernadette*, Der Begriff des „Unternehmens“ im europäischen Datenschutzrecht
– Vorbild europäisches Kartellrecht?, EuR, 2021, 478–492.
- Zetsche, Dirk*, Aktionärsinformation in der börsennotierten Aktiengesellschaft, Köln
(u. a.) 2006.
- , Normaler Geschäftsgang und Verschwiegenheit als Kriterien für die Weitergabe
transaktionsbezogener Insiderinformationen an Arbeitnehmer unter der Marktmiss-
brauchsverordnung, NZG 2015, 817–824.
- Zeuner, Albrecht*, Die fremdwirkende Verarbeitung als Zurechnungsproblem, JZ 1955,
195–197.
- Zickgraf, Peter*, Das rechtsökonomische Argument in der Wertungsjurisprudenz, ZfPW
2021, 482–485.

- Ziemons, Hildegard*, Neuerungen im Insiderrecht und bei der Ad-hoc-Publizität durch die Marktmissbrauchsrichtlinie und das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes, NZG 2004, 537–543.
- Zimmermann, Annette*, Das Rechtsmissbrauchsverbot im Recht der Europäischen Gemeinschaft, München/Hamburg/London 2002.
- Zimmermann, Reinhard*, „Heard Melodies are sweet, but those unheard are sweeter ...“ – *Conditio tacita*, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts, AcP 193 (1993), S. 121–173.
- Zimmermann, Reinhard/Knütel, Rolf/Meincke, Jens Peter*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999.
- Zöllner, Wolfgang*, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), 85–100.
- Zumbansen, Peer*, Neither ‘Public’ nor ‘Private’, ‘National’ nor ‘International’: Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective, in: *Journal of Law and Society* (2011), Band 38, Issue 1, 50–75.
- Zwanzger, Michael*, Der mehrseitige Vertrag, Grundstrukturen, Vertragsschluss, Leistungsstörungen, Tübingen 2013.
- Zweigert, Konrad*, Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelZ 23 (1958), 1–20.

Sachverzeichnis

- Adäquanz 103, 236, 312
Ad-hoc-Publizität 236, 242–244,
250–257, 306, 373
AGB 36–38, 41, 54, 61–62, 97, 106,
183–186, 357, 364, 371
Äquivalenz 76, 311, 326
Äquivalenzgrundsatz 326
– *siehe auch* Äquivalenz
Arbeitsteilung 4, 15, 54, 63 f., 76–89, 93,
105, 134 f., 140, 162, 230, 297, 303–305,
364 f., 368
Auftragsverarbeiter 218, 222 f., 302
- Bereicherungsrecht 9, 41, 49, 106–120,
299, 367, 368, 375
Besitzdiener 7, 123 f., 128 f., 368
Big Data 75, 138, 181
Binnenmarkt 46, 70, 143, 171, 188, 190,
205 f., 265, 280, 291, 315, 323, 328 f.,
335 f., 344, 350–355, 374
Business Judgement Rule 136
- Causa Proxima 101, 165, 367
Corporate Social Responsibility 4, 146,
175, 177
- Datenbank 138, 229, 263, 273 f., 277
Datenschutzrecht 10, 138, 203 f., 216–218,
225, 229, 231 f., 302, 318 f., 328 f., 369,
372 f., 375
Digitale Souveränität 192, 230, 232, 335
Diskurs 1, 6, 10 f., 19–28, 31, 36 f., 54 f.,
72, 75 f., 84 f., 95, 117, 138, 159, 169, 171,
180, 191, 196, 200, 269, 297, 308,
317–322, 332–339, 352, 357, 361 f., 368,
371, 375
- Eigentum 1, 4, 6–8, 15, 22, 34, 40, 72, 80,
98 f., 104, 106, 119–129, 186–188, 199 f.,
234, 243, 262–268, 280 f., 284, 287–294,
300, 303, 308, 315, 321, 345–349, 354,
367 f., 371, 374
- Eingerichteter und ausgeübter Gewerbe-
betrieb 80, 99, 346, 354
Effektivität 71, 141, 205, 211, 224, 228,
233, 237 f., 240–244, 250, 254, 256, 262,
286, 302, 326, 336, 373
Effektivitätsgrundsatz 71, 205, 240, 254,
326
Effet utile 209, 324, 326, 330, 332, 334,
336, 375
Eigenkapitalregeln 258
Einheit, wirtschaftliche 4, 95 f., 197,
201–212, 218, 227, 229, 232, 259, 273,
299, 329, 344 f., 373
Ethik 10, 69, 75–79, 90, 179, 291 f., 297,
308, 311, 313, 316, 335, 355, 357, 361,
366, 375 f.
- Grundfreiheiten 5, 9, 11, 202, 205, 291,
327, 330, 333, 336, 340–350, 354–357,
361, 376
Grundrechte 191–193, 202, 315, 330,
333 f., 336, 340–346, 349, 351–356, 376
– Grundrechtseingriff 70, 340, 351 f.,
354
– Konvergenz 333, 340, 344, 367
– Organisationsfreiheit 6, 10, 47, 97 f.,
145, 179, 198–200, 205, 261, 310, 346 f.,
357
Gutgläubiger Erwerb 106, 108, 110 f.,
117–126, 129, 131, 368
- Haftung 4–9, 14 f., 19–37, 41, 51, 54–57,
61–66, 69–106, 115, 124, 131, 134 f.,
139 f., 144–149, 153, 162–180, 184–189,
193–212, 217–232, 236–245, 249,

- 253–261, 271, 284–293, 299–338, 347–351, 355–357, 361–376
- Gehilfenhaftung 15, 79– 82, 87f.
- Plattformhaftung 4, 24, 91, 330, 335, 355
- Produkthaftung 162–167, 170, 194, 370
- Prospekthaftung 27, 69, 236–242, 373
- Störerhaftung 98–100, 105, 188, 219, 284–287, 366f., 376
- Hersteller 101, 126–129, 158, 163–168, 170–172, 273– 278, 303, 313, 368, 370, 375
- Hilfstätigkeit 274

- Illegale Endnutzung 171, 194, 370
- Insiderhandel 236, 242–257, 261f., 373
- Institutionenökonomik 15, 120, 154–160
- Inter-Instrumental-Interpretation 331, 375
- Intermediärsprivileg 99, 100, 186–190, 330, 371
- Internal Investigation 173

- Juristische Person 7, 32, 72, 85–88, 92–94, 124, 130, 132–140, 148–152, 158, 184, 197, 201–203, 206, 209, 218f., 227, 237, 245–251, 255–257, 262, 269, 279, 299, 300, 305, 316, 346, 373

- Kapitalmarktrecht 7, 10, 97, 143, 204, 212, 216, 232–235, 247, 251, 254, 257, 260f., 306, 315, 319, 328, 335
- Kausalität 15, 24–30, 34, 76, 89, 90, 101, 104, 169, 219, 230f., 310, 362
- Konkordanz, praktische 41, 53, 199, 320, 356
- Konzern 4, 7, 10, 15, 22–24, 47, 69, 72, 83f., 90, 95–98, 129, 136f., 145, 161, 174, 180, 194–236, 240, 247, 253, 256–262, 309f., 328f., 336, 347, 354, 371–373
- Konzernhaftung 196–198, 201, 212, 224
- Konzernprivileg 206, 211, 212, 220, 372
- Konzernrecht 7, 10, 24, 69, 97, 129, 194–198, 201–203, 207, 213, 214, 217–219, 232, 258–261, 309, 329, 371, 372
- Künstliche Intelligenz 71, 169, 276, 277
- Künstliche Rechtsträger 32, 72, 124, 145–149, 152, 203, 205, 270, 352, 369

- Lauterkeitsrecht 285, 288, 290–293, 374
- Legitimität 2, 11, 12, 30, 42, 47, 70, 121, 180, 194, 212, 256, 295, 307, 321, 336–359, 364, 376
- Leistungsbegriff 106, 112, 116, 117, 299
- Lieferkette 75, 92, 112, 154, 174–179, 194, 305, 351, 370

- Markenrecht 265, 280–287
- Marktmanipulation 236, 242–244, 254–257, 261, 330, 373
- Marktmissbrauchsverordnung 7, 257
- Mehrebenensystem 5, 8, 13f., 28, 175, 231, 237, 245, 255, 295, 322–324, 328, 331–337, 340, 343f., 375f.
- Mehrpersonenverhältnis 7, 20, 35, 47f., 72, 84, 107–109, 112, 118, 122, 149, 221, 231, 247, 261, 269, 274, 278, 289, 298, 363–367
- Miturheber 270–271, 274, 279, 281, 293, 308

- Netzwerkdurchsetzungsgesetz 185, 189–190

- Ökonomische Analyse des Zivilrechts 70, 73, 80
- Ordnungswidrigkeit 209, 245, 255
- Organisationspflichten 15, 31, 72, 83–86, 91–101, 105, 132–136, 140, 165, 174–176, 194, 203, 236, 249, 253, 258–262, 305–307, 349
- *siehe auch* Sorgfaltspflichten

- Patentrecht 265, 280–282, 288f., 293, 303
- Pflichtenbegründung 3, 248, 304, 375
- Plattformmodell 180, 186
- Matchmaking 182
- Meinungsmarkt 182, 185
- *siehe auch* Plattformhaftung
- Pluralismus 10, 28, 82, 281, 316, 317, 321, 336, 366

- Primärrecht 238, 323–326, 332–336, 345
 Principal Agent Theory 146, 156
 Prinzipien 5, 8, 9, 12f., 24, 28, 41f., 106,
 112, 151, 186, 199, 308, 316–324,
 334–338, 357, 361, 375
 Privatautonomie 9f., 36–39, 45–58, 69,
 77, 89, 95–97, 124, 150, 151, 292,
 308–314, 335, 339, 345, 352–358,
 361–369, 373–376
 Prospekt 27, 69, 71, 236–244, 257, 261f.,
 373
 – *siehe auch* Prospekthaftung
 – Prospektspflicht 237

 Rechtsfähigkeit 32, 129, 146–149, 152
 Rechtspolitik 4, 339
 Rechtssicherheit 14, 41, 52, 106, 119, 150,
 200, 242, 353f.
 Registerrecht 121, 125, 280–282, 292
 Regulierung 11, 19, 21–41, 47, 56, 98, 103,
 158, 160, 163, 175–177, 189–194,
 203–205, 213–216, 235f., 242f.,
 255–264, 275, 307, 315, 335–338,
 344–348, 361–363, 375f.
 Related Party Transactions 204, 212, 232,
 309, 329
 Repräsentant 63, 83–88, 131–139,
 366–369

 Sachenrecht 9, 119–131, 303, 321, 328,
 368, 375
 Sammelwerk 272f.,
 Schöpferprinzip 266, 309, 315
 Sekundärrecht 205f., 238, 242, 265, 299,
 323–336, 375
 Sorgfaltspflichten 61, 90–94, 98–105,
 163–167, 172f., 178, 194, 248, 262,
 285–287, 302–307, 363, 367, 370
 Stellvertretung 22, 63–68, 132–137, 140,
 144, 149–152, 303, 364, 368f., 375
 – Anscheinsvollmacht 65f., 66
 – Duldungsvollmacht 51, 65, 70, 144
 – Offenkundigkeit 66, 68, 150, 297
 – organschaftliche Stellvertretung 64,
151, 152
 Störer 98–100, 105, 168, 188f., 219,
 284–287, 366f., 374, 376,

 Strafrechtliche Zurechnung 4, 20–33, 91,
 171f., 208, 242, 314
 Systematische Auslegung 87, 106, 318,
 331–334
 Systemdenken 12, 13

 Trennungsprinzip 24, 47, 72, 95, 97, 129,
 136, 147, 179, 194, 201–205, 212, 216,
 219, 232, 236, 258, 260, 310, 322, 328f.,
 335, 357, 361, 365, 371–375

 Übernahmerecht 22, 372
 Unternehmensrecht 2–11, 14, 20, 26, 46f.,
 47, 64, 69, 72–77, 97, 108, 111, 143–152,
 204f., 126, 235, 261f., 297, 308–316,
 321, 328, 340, 347–350, 358, 361–363,
 Urheberrecht 188, 162, 262–281, 284, 287,
 292f., 303, 309, 315, 330, 374

 Verantwortlicher, datenschutzrechtlich
 217f., 302
 – gemeinsame Verantwortlichkeit 197,
 218–231, 302, 372
 Vertragsnetze 155, 159, 194, 370
 Vorhersehbarkeit 2–6, 24, 200, 242, 340,
 349, 353, 359, 376

 Werkverbindung 272–274
 Willenserklärung 9, 22, 40–55, 63–70,
 132, 144, 150, 272, 308–310, 315, 328,
 349–352, 363f.
 – konkludente 48–53, 64–67, 144, 363
 Wissenszurechnung 9, 15, 22, 63,
 129–138, 140f., 241, 249–253, 298, 306,
 330, 335, 369, 373
 – Wissensbegriff 131, 138–140, 230, 248,
 298f., 369
 – Wissensorganisationspflicht 132–140,
 253, 306, 330, 368

 Zulieferverhältnis 154, 161, 162, 203, 289,
 370
 Zurechnung (*siehe* Unterverweise)
 – Drittzurechnung 3, 6f., 14f., 35, 55, 64,
 105–108, 114, 143, 195, 303, 307, 361,
 364, 371
 – Normativität 28, 34, 358, 362
 – Regulierungscharakter 40f., 47, 205

- Zurechnungspunkt 32, 35, 153, 300, 348, 363
- Strafrechtliche Zurechnung 4, 20–23, 27–33, 91, 171 f., 208, 242, 314