



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Till Meier

Conflict of laws rules in international arbitration – the “direct choice” approach

Aaron Waible

Der Herausformwechsel – zugleich Besprechung von OLG Frankfurt am Main,
Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15

Marcus Schnetter

Die Verteidigung der Einzelfallkontrolle bei der kollisionsrechtlichen
Wirksamkeitsprüfung ausländischer Mehrehen

Johann von Pestalozza

Potentielle alternative Schutzinstrumente zu intra-EU bilateralen
Investitionsschutzabkommen

Leo Krause-Wichmann

Zur demokratischen Verantwortung der Begründung internationaler
Zahlungspflichten mit Blick auf die Europäische Finanzstabilisierungsfazilität

Jasper Mübrel

Die Bedeutung des völkerrechtlichen Rechts auf Freizügigkeit für den
Flüchtlingsschutz

Maximilian Hamestuk

Proxy Voting in Deutschland: ein gescheitertes Experiment? –
Der § 134 Abs. 3 S. 5 AktG im dogmatischen und rechtspolitischen Kontext

Maximilian Zobel

Besondere Rechtsprobleme von Gesprächen oder Vereinbarungen des
Aufsichtsrats mit Aktionären oder künftigen Investoren

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredakteure: Benedikt Bien, Leo Krause-Wichmann, Lina Rees

Ressortleitung WissOn: Niels Elsner, Johannes Tegel

| | | |
|-----------------|---------------------|-------------------------|
| Joel Ackermann | Nicolas Hodgson | Safak Sariççek |
| Nicolas Avramov | Lydia Holtgrewe | Kira Schauer |
| Philipp Bender | Selina Keller | Fabienne Schlachter |
| Amelie Berz | Yoo Jin Kim | Florian Schmid |
| Elif Dabazoglu | Nathanael Klosowski | Daniela Schmidt |
| Sarah Dinges | Garry Konrath | Violetta Sefkow-Werner |
| Sebastian Duske | Oskar Luong | Anna Souhradová |
| Paulina Fecht | Till Meier | Jülide Sözen |
| Jakob Feldkamp | Rebecca Militz | Aaron Waible |
| Louisa Gärtner | Anton Müller | Alexander Walker |
| Esther Gothein | Amelie Peter | Roman Wolf |
| Vanessa Grifo | Alicia Pointner | Valentine Wanbing Zheng |
| Tamara Herrmann | Jasmin Rauch | |

Wissenschaftlicher Beirat

| | |
|--|---|
| Prof. Dr. Christian Baldus | PD Dr. Christian Laue |
| Prof. Dr. Burkhard Binnewies | Dr. Steven Less, Esq. |
| Prof. Dr. Martin Borowski | Prof. Dr. Thomas Lobinger |
| Prof. Dr. Jens Bülte | Prof. Dr. Ute Mager |
| Prof. Dr. Gerhard Dannecker | Dr. Robert Magnus |
| Prof. Dr. Dieter Dölling | Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.) |
| Prof. Dr. Stefan Geibel | Prof. Dr. Ulrich Palm |
| Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cantab.) | Prof. Dr. Andreas Piekenbrock |
| Prof. Dr. Bernd Heinrich | Prof. Dr. Dagmar Richter |
| Prof. Dr. Burkhard Hess | Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cantab.) |
| Dr. Holger P. Hestermeyer | Prof. Dr. Markus Stoffels |
| Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A. | Prof. Dr. Christoph Teichmann |
| Prof. Dr. Friedemann Kainer | Prof. Dr. Christian Walter |
| Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) | Prof. Dr. Marc-Philippe Weller |
| Prof. Dr. Stephan Kirste | Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A. |
| Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell) | Dr. Rumiana Yotova, LL.M. (Leiden) |

Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind, David Carnal

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

www.studzr.de

E-Mail: verein@studzr.de

Zitervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2018, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Till Meier

Conflict of laws rules in international arbitration –
The “direct choice” approach 1

Aaron Waible

Der Herausformwechsel – zugleich Besprechung von OLG
Frankfurt am Main, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15 27

Marcus Schnetter

Die Verteidigung der Einzelfallkontrolle bei der kollisions-
rechtlichen Wirksamkeitsprüfung ausländischer Mehrehen 66

Johann von Pestalozza

Potentielle alternative Schutzinstrumente zu intra-EU bilateralen
Investitionsschutzabkommen 82

Leo Krause-Wichmann

Zur demokratischen Verantwortung der Begründung
internationaler Zahlungspflichten mit Blick auf die Europäische
Finanzstabilisierungsfazilität 109

Jasper Mührel

Die Bedeutung des völkerrechtlichen Rechts auf Freizügigkeit für
den Flüchtlingsschutz 149

Maximilian Hamestuk

Proxy Voting in Deutschland: ein gescheitertes Experiment? –
Der § 134 Abs. 3 S. 5 AktG im dogmatischen und
rechtspolitischen Kontext 185

Maximilian Zobel

Besondere Rechtsprobleme von Gesprächen oder Vereinbarungen
des Aufsichtsrats mit Aktionären oder künftigen Investoren 204

Till Meier*

Conflict of laws rules in international arbitration – The “direct choice” approach

Abstract

In diesem Beitrag wird die Bestimmung des anwendbaren Rechts durch Schiedsrichter behandelt. Zunächst werden die gängigen Ansätze vorgestellt. Sodann wird die Methode der „*direct choice*“ näher beleuchtet. Abschließend wird eine alternative Herangehensweise vorgeschlagen.

This article addresses the arbitrators’ selection of the law applicable to the merits of the dispute. It presents the common methods and scrutinises the “direct choice” approach as the latest trend. Finally, an alternative approach to determine the substantive law is illustrated.

* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt „Internationales Privatrecht“. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Rahmen der Vorlesung „*Conflict of Laws*“ bei Prof. Dr. Geert Van Calster, LL.M., Ph.D. während des Studiums an der KU Leuven im Sommersemester 2017.

A. Introduction

Parties often choose international arbitration to resolve their disputes because they are interested in an efficient, flexible, neutral and enforceable dispute resolution method.¹ In addition to these features, arbitration proceedings seek to provide predictability.² Choice of law issues, however, stand in contrast to this consideration.³ Questions may arise in relation to the law applicable to the arbitral procedure, the arbitration agreement and the merits of the dispute.⁴ The *Supreme Court of the United States* concluded: “A contractual provision [determining the applicable law] is, therefore, an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction”.⁵

Parties that may be subject to an international arbitration, thus, act in their own interests when they specify the applicable law in advance. This article, nonetheless, will focus on instances where the parties did not agree on the applicable substantive law, in particular with respect to the substantive law applicable to the merits of the dispute.⁶ In these instances, it falls to the arbitral tribunal to determine the substantive law.⁷ This raises the question what approach the arbitrators can apply to select the applicable law. During the last decades, the discretion of arbitrators in that regard has been broadened tremendously and, hence, has resulted in their choice of law being “virtually unlimited”.⁸

This article will shed some light on the selection of the substantive law by arbitrators. It will give an overview of the most relevant methods that arbitrators have applied (**B.**). Then, the “direct choice” approach, as the most recent approach, will be examined (**C.**). Finally, this article will suggest an alternative procedure for

¹ *Len/Mistelis*, Comparative International Commercial Arbitration, 2003, paras. 1.15-1.30.

² *Born*, International Commercial Arbitration, 2nd edition 2014, p. 2616.

³ *Ibid.*, p. 2617.

⁴ *Ibid.*, p. 2618.

⁵ *Supreme Court of the United States*, *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 516 *et seq.* (1974).

⁶ Hereinafter, “substantive law” refers to the substantive law applicable to the merits of the dispute. Aside from this, questions may also arise in relation to the substantive law applicable to the parties’ arbitration agreement.

⁷ *Hague Conference on Private International Law*, Feasibility Study on the Choice of Law in International Contracts – Special Focus on International Arbitration, 2007, para. 27; *Jones*, Choosing the Law or Rules of Law to Govern the Substantive Rights of the Parties, *Singapore Academy of Law Journal* 26 (2014), 911 (911).

⁸ *Fouchard/Gaillard/Goldman*, International Commercial Arbitration, 1999, p. 865.

arbitrators to determine the substantive law (**D.**) and conclude by summarising all relevant findings (**E.**).

B. Overview of the most relevant methods to determine the substantive law

International conventions, national arbitration statutes and institutional arbitration rules lay down several approaches for arbitrators to select the substantive law. Most of these legal instruments ascribe a broad freedom to the arbitrators in that regard.⁹ The arbitrators often refer to conflict of laws rules included in those legal instruments.¹⁰ For this reason, the various methods which they apply to ascertain the substantive law will be outlined in the context of corresponding legal instruments.

In principle, the arbitrators’ selection of the substantive law is based on the concept of either *voie indirecte* or *voie directe* (**I.**). Consistent with the concept of *voie indirecte*, arbitrators have relied on the ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat (**II.**) or on conflict of laws rules they considered “appropriate” or “applicable” (**III.**). Likewise, they have referred to specific conflicts of laws regimes such as the “closest connection” formula (**IV.**). In spirit of the concept of *voie directe*, arbitrators have abstained from having recourse to conflict of laws rules altogether (**V.**).

I. The concepts of *voie indirecte* and *voie directe*

There are two overarching concepts to select the substantive law: the concept of *voie indirecte* and the concept of *voie directe*.¹¹ The concept of *voie indirecte* dictates a two-tier system: arbitrators must, in a first step, determine the applicable choice of law rules and, in a second step, apply these rules to ascertain the law or rules of law which resolve the merits of the dispute.¹² In contrast, the concept of *voie directe* sets forth that the arbitrators may directly select a particular substantive law or rules of law.¹³ This concept “allows arbitrators to apply a law or rules of law without explaining their choice through a conflict of laws rule”.¹⁴

⁹ *Born* (fn. 2), p. 2619.

¹⁰ Some legal instruments even require the arbitrators to apply the conflict of laws rules provided for: *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), pp. 869 *et seq.*

¹¹ *Lew/Mistelis* (fn. 1), para. 17–48.

¹² *Jones* (fn. 7), p. 911.

¹³ *Ibid.*, p. 911.

¹⁴ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para 35.

II. Ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat

A traditional view required arbitrators to apply the ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat (meaning the conflict of laws rules applicable in the state courts of the arbitral seat).¹⁵ For instance, the *Institute of International Law* adopted a resolution in 1957 stipulating: “The rules of choice of law in force in the *state of the seat of the arbitral tribunal* must be followed to settle the law applicable to the substance of the difference.”¹⁶ The International Arbitration Rules of the *Zurich Chamber of Commerce* (1989), still, impose the mandatory application of the conflict of laws rules of the arbitral seat for an arbitration proceeding which has its seat in Zurich.¹⁷ In accord with these legal instruments, state courts and a number of arbitral tribunals directly applied the ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat.¹⁸ Amongst others, the sole arbitrator in *ICC 5460* held that “[t]he place of this arbitration is London, and on any question of choice of law *I must therefore apply the [...] rules of the private international law of England*”.¹⁹ Likewise, a number of scholars argued in favour of having recourse to ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat.²⁰ *Mann* stipulated that the law of the arbitral seat governs the entirety of the arbitral “tribunal’s life and work” and, in particular, governs “the rules of the conflict of laws to be followed by [the arbitral tribunal].”²¹

Proponents of this view emphasised the judicial nature of arbitration and, consequently, assimilated arbitrators and judges.²² In line with this, they argued that “every arbitration is a national arbitration”.²³ Advocates of this theory also contended that by selecting an arbitral seat the parties implicitly agree on the applicability of the conflict of laws rules of the arbitral seat.²⁴ In consideration of this, they concluded that an arbitral tribunal is bound by the ordinary conflict of laws rules of

¹⁵ *Born* (fn. 2), pp. 2629 *et seq.*, adds that the mandatory application of the substantive law of the arbitral seat may also be encountered in a limited number of jurisdictions.

¹⁶ *Institute of International Law, Tableau des resolutions adoptees* (1957-1991), Resolution on Arbitration in Private International Law (1957), p. 237 (emphasis added).

¹⁷ *Jones* (fn. 7), p. 919 with further references.

¹⁸ *Born* (fn. 2), p. 2631.

¹⁹ *ICC Case No. 5460*, Yearbook Commercial Arbitration (1988), p. 106 (emphasis added).

²⁰ In particular: *Mann, Lex Facit Arbitrum*, Arbitration International 2 (1986), 241 (241).

²¹ *Ibid.*, p. 248.

²² *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 867.

²³ *Mann* (fn. 20), pp. 244 *et seq.*

²⁴ *ICC Case No. 9771*, Yearbook Commercial Arbitration (2004), p. 52.

the arbitral seat.²⁵

However, the view that arbitral tribunals must apply the ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat has long been abandoned by contemporary international arbitration legislation, state courts and arbitral tribunals.²⁶ This view disregards the transnational nature of arbitration.²⁷ The sole arbitrator in the *Sapphire* arbitration, accordingly, reaffirmed that arbitrators do not have a *lex fori*: “Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules. [The arbitrator] must [...] disregard national peculiarities.”²⁸ In addition, the choice of an arbitral seat by the parties, the arbitration institution or the arbitral tribunal does not portend that there is an agreement on the applicable law.²⁹ Parties rather choose an arbitral seat for reasons entirely unrelated to the arbitration proceedings such as convenience or neutrality of the respective country.³⁰ In accordance with this, the arbitral tribunal in *ICC 1422* ruled that “it is appropriate to eliminate forthwith the law of the forum, whose connection with the case is purely fortuitous”.³¹ The application of the ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat may even stand in contrast to the parties’ intentions.³² In line with this, the arbitral tribunal in *ICC 2930* observed that “the most authoritative present-day doctrine and international arbitration jurisprudence admit that in determining the substantive law, the

²⁵ *Mann* (fn. 20), p. 248.

²⁶ *Born* (fn. 2), p. 2630; *ICC Case No. 8113*, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 325. On the contrary, *Mankowski*, Schiedsgerichte und die Rom I-VO, Recht der internationalen Wirtschaft 1 (2018), 1 (1), argues that the Rome I Regulation – as the conflict of laws rules applicable in any European court – likewise ought to apply in arbitration proceedings which have their seat in a member state of the European Union.

²⁷ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 868.

²⁸ *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co.* (1967) 13 ICLQ 1011. In accord with this: *ICC Case No. 1512*, Yearbook Commercial Arbitration (1976), p. 129.

²⁹ *Berger*, Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, 3rd edition 2015, para. 24–7; *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 868; *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co.* (1967) 13 ICLQ 1011, affirms that this, in particular, applies to circumstances in which the parties have not chosen the arbitral seat themselves (but rather the arbitration institution or the arbitral tribunal has undertaken this task).

³⁰ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 635.

³¹ *ICC Case No. 1422*, *Journal du droit international* (1974), p. 884.

³² *Jones* (fn. 7), p. 918.

arbitrator may leave aside the application of the conflict rules of the forum”.³³

III. Conflict of laws rules deemed “applicable” or “appropriate”

Other legal instruments empower arbitral tribunals to determine the substantive law by applying the conflict of laws rules which they consider applicable or appropriate.³⁴ As a manifestation of this approach, Art. 28 (2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration reads: “Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by *the conflict of laws rules which it considers applicable*.”³⁵ England adopted this approach via the Arbitration Act (1996). It is also set forth in the European Convention on International Commercial Arbitration (1961).³⁶ This approach grants an arbitral tribunal broad freedom to determine the substantive law, but eventually requires the application of more specific conflict of laws rules as well as an analysis and explanation in that regard.³⁷ In the following, some of the more specific conflict of laws rules will be outlined in greater detail.

Arbitrators have primarily relied on four distinct methods to select the “applicable” or “appropriate” conflict of laws rules. These methods include the cumulative method (1.) and having recourse to general principles of private international law (2.) Additionally, arbitrators use the conflict of laws rules of the state most closely connected to the parties’ dispute (3.). Finally, the conflict of laws rules of the arbitral seat play a certain part in selecting the “applicable” or “appropriate” conflict of laws rules (4.).

1. The cumulative method

If the arbitrators decide to have recourse to the cumulative method, they apply the conflict of laws rules of all legal systems³⁸ connected with the underlying dispute.³⁹

³³ *ICC Case No. 2930*, Yearbook Commercial Arbitration (1984), p. 106.

³⁴ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 871.

³⁵ Art. 28 (2) of the UNCITRAL Model Law (emphasis added).

³⁶ Art. VII (1) of the European Convention (1961); Sec. 46 (3) of the English Arbitration Act (1996).

³⁷ *Born* (fn. 2), p. 2634.

³⁸ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 872, explain that this method implies that the arbitrators should only consider the legal systems which the parties could reasonably have expected to be connected with the dispute. In their opinion, this would be consistent with the rationale of this method to not defeat the parties’ reasonable expectations. The author

For instance, this method was used in *ICC 7319* where the sole arbitrator applied both French and Irish conflict of laws rules as these legal systems had “a direct connection to the parties and the dispute.”⁴⁰ Both rules provided for the application of Irish law.⁴¹ The cumulative method primarily has three benefits. It may detect a “false conflict”⁴² in which all potentially-applicable conflict of laws rules select the same national law.⁴³ For that reason, this approach also makes it more difficult for the parties to challenge an arbitral award based on an alleged failure to apply the proper conflict of laws rules.⁴⁴ Lastly, the cumulative method introduces an international element into the proceedings and therefore is particularly apt for the use in international arbitration.⁴⁵ If the potentially applicable conflict of laws rules point towards different national laws, the cumulative method, however, is of limited utility.⁴⁶ In these instances, this approach merely identifies the conflict instead of ultimately resolving it.⁴⁷

2. General principles of private international law

The arbitrators may, likewise, resort to general principles of private international law.⁴⁸ This approach requires arbitrators to find common or widely accepted principles in the fundamental systems of private international law.⁴⁹ In this regard, arbitral case law and international conventions might provide for a sound solution.⁵⁰ In *ICC 5713*, for instance, the arbitral tribunal found that “the general trend in conflicts of law [is] to apply the domestic law of the current residence of the

of this article agrees that arbitrators should not be required to apply the conflict of laws rules of legal systems with no sensible connection to the parties’ dispute.

³⁹ *Born* (fn. 2), p. 2649; *Licensors & Buyer v. Manufacturer*, Yearbook Commercial Arbitration (1997), p. 203. In some cases, arbitrators decided to apply the cumulative method on the level of substantive laws. For instance: *ICC Case No. 2272*, Yearbook Commercial Arbitration (1977), p. 151.

⁴⁰ *ICC Case No. 7319*, Yearbook Commercial Arbitration (1999), p. 145.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 145 *et seq.*

⁴² Amongst others: *Wortmann*, Arbitration International 14 (1998), 97 (109).

⁴³ *Born* (fn. 2), p. 2649 with further references.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 2650.

⁴⁵ *Craig/Park/Paulsson*, International Chamber of Commerce Arbitration, 3rd edition 2000, para. 17.02.

⁴⁶ *Born* (fn. 2), p. 2650.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 2650.

⁴⁸ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 31.

⁴⁹ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 873.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 873.

[party required to perform the characteristic performance].”⁵¹ To this end, the arbitral tribunal referred to the Hague Convention on the Law Applicable to International Sales of Goods (1955).⁵² Other sources of transnational conflict of laws rules that were consulted by arbitrators include the Rome I Regulation as well as the Hague Convention on the Law Applicable to Intermediary Agreements and Agency (1978).⁵³ Equally, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts are considered to be a source of general principles of private international law.⁵⁴

3. Conflict of laws system of the state most closely connected to the parties’ dispute

Another method which has been adopted by a number of arbitral awards employs the conflict of laws system of the state most closely connected to the parties’ dispute.⁵⁵ The arbitrators determine the closest connection on the basis of various criteria such as the place of the arbitral seat, the seat of the parties and the place of contracting.⁵⁶ Yet, the application of this method has been heavily criticised for mainly one reason. In the words of *Born*, one of the most influential international arbitration scholars and practitioners: “Selecting the conflicts rules [...] of the state that is most closely connected to the underlying dispute aggravates the uncertainties of [a] conflict of law analysis by effectively requiring two such analyses [without any] discernible benefits.”⁵⁷ Indeed, identifying the state most closely connected to the dispute of the parties may be a complex matter.⁵⁸ Also, these rules can lead to the application of conflict of laws rules which select a substantive law that neither of the parties would have intended.⁵⁹

⁵¹ *ICC Case No. 5713*, Yearbook Commercial Arbitration (1990), p. 71.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), pp. 874 *et seq.*; *ICC Case No. 2930*, Yearbook Commercial Arbitration (1984), p. 106.

⁵⁴ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 31.

⁵⁵ *Born* (fn. 2), p. 2653, fn. 205 with further references; *ICC Case No. 6149*, Yearbook Commercial Arbitration (1995), pp. 53 *et seq.*

⁵⁶ *ICC Case No. 6149*, Yearbook Commercial Arbitration (1995), p. 53.

⁵⁷ *Born* (fn. 2), p. 2654.

⁵⁸ *Mukhopadhyay*, The Possible Conflict of Law Rules Employed in International Commercial Arbitration to Discern the Governing Law: An Analysis, *Indian Journal of Arbitration Law* 2 (2013), 110 (122).

⁵⁹ *Born* (fn. 2), p. 2654.

4. Conflict of laws rules of the arbitral seat

Although the application of ordinary conflict of laws rules of the arbitral seat has been abandoned to a large part, arbitrators nonetheless have recourse to conflict of laws rules of the arbitral seat specifically designed for arbitration.⁶⁰ This is because these rules may correspond with the parties’ intentions and thus may be the most appropriate choice.⁶¹

IV. The “closest connection” formula

Pursuant to a “closest connection” formula, arbitrators have applied the substantive law of the state most closely connected to the parties’ dispute.⁶² This formula is prescribed by arbitration statutes of countries such as Germany, Italy, Mexico and Switzerland.⁶³ § 1051 (2) of the German Code of Civil Procedure, for instance, stipulates: “[T]he arbitral tribunal shall apply the law of the state *with which the subject-matter of the proceedings is most closely connected.*”⁶⁴ Art. 187 of the Swiss Private International Law Statute contains a similar standard. Yet, this provision does not only empower the arbitrators to select a particular national law, but also allows them to apply “rules of law”.⁶⁵ It sets forth: “The arbitral tribunal shall decide the case according to the rules of law [...] *with which the case has the closest connection.*”⁶⁶ The “closest connection” standard is also the rationale behind the determination of the applicable law under the Rome I Regulation.⁶⁷ Hence, in identifying which state is most closely connected to the parties’ dispute, the Rome I Regulation may provide for guidance.⁶⁸ The habitual residence of the party required to effect the character-

⁶⁰ *ICC Case No. 5460*, Yearbook Commercial Arbitration (1988), p. 106; *ICC Case No. 3540*, Yearbook Commercial Arbitration (1982), p. 126.

⁶¹ *Born* (fn. 2), p. 2648; *SCC Case Nos. 80/1998 and 81/1998*, Stockholm Arbitration Report 2 (2002), p. 50.

⁶² *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 870 with further references; *CAC Case No. 44/70*, Yearbook Commercial Arbitration (1977), p. 143.

⁶³ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 870 with further references.

⁶⁴ § 1051 (2) of the German Code of Civil Procedure (emphasis added).

⁶⁵ The question whether arbitrators should be allowed to only choose a particular national law or rather should be empowered to apply rules of law (including systems of transnational rules such as the *lex mercatoria*) goes beyond the scope of this article. An overview of those two regimes is provided by: *Blessing*, Choice of Substantive Law in International Arbitration, Journal of International Arbitration 14 (1997), 39 (56-58).

⁶⁶ Art. 187 of the Swiss Private International Law Statute (emphasis added).

⁶⁷ Cf. Art. 4 of the Rome I Regulation; *Born* (fn. 2), p. 2632.

⁶⁸ *Schmalz*, in: Arbitration in Germany – The Model Law in Practice, 2nd edition 2015, § 1051 ZPO para. 42.

ristic performance of the contract, accordingly, is the most important element used to ascertain the state with the closest connection to the underlying dispute.⁶⁹ Also, the common nationality of the parties, a common usual residence and, to a lesser extent, the language of the contract, the place of signature or the currency can become relevant.⁷⁰

V. The “direct choice” approach

The most recent approach for arbitrators to determine the substantive law abandons the reference to conflict of laws rules altogether.⁷¹ Arbitrators may directly apply whatever substantive rules of law they consider appropriate (“direct choice”).⁷² As the pioneer legislation, Art. 1496 of the French Code of Civil Procedure⁷³ stipulated: “[Absent an agreement by the parties], the arbitrator shall decide the dispute [...] *in accordance with the rules of the law he considers appropriate.*”⁷⁴ This approach has subsequently been followed by jurisdictions such as the Netherlands, Canada, Hungary, India, Kenya and Slovenia.⁷⁵ In accord with this, Art. 1054 (2) of the Dutch Code of Civil Procedure ascribes a considerable leeway to the arbitrators: “Failing [a choice of law by the parties], the arbitral tribunal shall make its award *in accordance with the rules of law which it considers appropriate.*”⁷⁶ Consistent with this, many leading arbitration institutions including the *American Arbitration Association (AAA)*, the *International Chamber of Commerce (ICC)*, the *London Court of International Arbitration (LCIA)* and the *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)* amended their rules to introduce the “direct choice” approach.⁷⁷ Art. 21 (1) of the ICC Rules of Arbitration (2017) serves as an example. It states:

“In the absence of any [agreement by the parties], the arbitral tribunal shall apply *the rules of law which it determines to be appropriate.*”⁷⁸

⁶⁹ *Schmalk* (fn. 68), § 1051 ZPO para. 46.

⁷⁰ *Ibid.*, § 1051 ZPO para. 48.

⁷¹ *Redfern/Hunter*, *International Arbitration*, 6th edition 2015, para. 3.219.

⁷² *Born* (fn. 2), p. 2634.

⁷³ Art. 1511 of the revised French Code of Civil Procedure.

⁷⁴ Art. 1496 of the outdated French Code of Civil Procedure (emphasis added); *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 876.

⁷⁵ *Born* (fn. 2), p. 2635, fn. 106 with further references; *Redfern/Hunter* (fn. 71), para. 3.217, fn. 274 with further references.

⁷⁶ Art. 1054 (2) of the Dutch Code of Civil Procedure (emphasis added).

⁷⁷ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), pp. 865 *et seq.*

⁷⁸ Art. 21 (1) of the ICC Rules of Arbitration (2017) (emphasis added).

However, neither the national arbitration statutes nor the institutional arbitration rules provide arbitrators with specific guidance as to their selection of the substantive law.⁷⁹ In the absence of such guidance, arbitrators have primarily based their decisions on the content⁸⁰ of the chosen substantive rules and their connection to the case.⁸¹

C. Evaluation of the “direct choice” approach

The discretion of arbitrators to determine the substantive law has increased immensely. Whilst they were originally required to apply the ordinary conflicts of laws rules of the arbitral seat, arbitrators nowadays enjoy an almost boundless freedom. More and more legal instruments allow for arbitrators to directly apply whatever substantive law they consider appropriate. In the following, the “direct choice” approach will be examined.

Firstly, this article will clarify that the “direct choice” approach, if understood correctly, does not dispense arbitrators from their duty to give reasons for their choice of law (I.). Secondly, this approach provides for a substantial degree of flexibility (II.). Thirdly, it can lead to swifter arbitration proceedings (III.). However, fourthly, the relinquishment of any conflict of laws analysis results in less predictability for the parties (IV.). Fifthly, the “direct choice” approach is difficult to reconcile with the minimal judicial review of the merits of arbitral decisions (V.). Sixthly and finally, this approach is more prone to produce awards which are based on subjective instincts of individual arbitrators (VI.).

I. The arbitrators’ obligation to give reasons for their choice of law

Sometimes the “direct choice” approach is misperceived as an approach which does not require the arbitrators to give reasons for their choice of law.⁸² This might

⁷⁹ *Ferrari/Silbermann*, Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong – NYU Law and Economics Research Paper No. 10-40, 2010, p. 20.

⁸⁰ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 876, stipulate that the chosen substantive rules might be more modern or more suitable to govern the contract because the concepts referred to in the contract are rather found in civil or, conversely, common law jurisdictions.

⁸¹ *Ibid.*, p. 876.

⁸² *Williams*, Limitations on Uniformity in International Sales Law: A Reasoned Argument for the Application of a Standard Limitation Period under the Provisions of the CISG, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 10 (2006), 229 (237), concludes that “the arbitrator [does not need to] provide any explanation for the decision”.

be due to the fact that statutory regimes which follow this approach “putatively require no conflict of law analysis at all”.⁸³ Likewise, in some cases an arbitrator’s line of reasoning remains unarticulated to a substantial extent⁸⁴ which can augment the respective misperception.

However, “the arbitrators must provide a reasoned explanation for their choice [of law] in accordance with the legitimate expectations of the parties” in any event.⁸⁵ This may, amongst others, result from the arbitrators’ express duty to render an enforceable award as provided for in a number of institutional arbitration rules.⁸⁶ Art. 42 of the ICC Rules of Arbitration (2017), for instance, affirms such a duty as a “general rule”. Arbitrators may include their reasoned explanation either in the final award or in a partial award.⁸⁷

II. Considerations of flexibility

Pursuant to the proponents of the “direct choice” approach, its most essential benefit is its significant degree of flexibility.⁸⁸ Arbitrators are not limited in their choice of law.⁸⁹ Even more, this approach allows arbitrators to base their awards on the *lex mercatoria* as well as other non-state law and thus “look[s] beyond a national system of rules”.⁹⁰ In line with this, the arbitral tribunal in *ICC 9875* explained “that the difficulties to find decisive factors qualifying either Japanese or French law as applicable [...] reveal the inadequacy of the choice of a domestic legal system”.⁹¹ It subsequently regarded the *lex mercatoria* as the most appropriate rules of law to be

⁸³ *Born*, International Arbitration: Law and Practice, 2nd edition 2015, para. 10.

⁸⁴ *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 21, set forth that “[a]rbitrators are also known to have chosen the substantive law of a particular country without explaining why that country’s law is applicable”; *Lando*, in: Essays on International Commercial Arbitration, The Law Applicable to the Merits of the Dispute, 1991, p. 140; *ICC Case No. 8547*, Yearbook Commercial Arbitration (2003), pp. 31 *et seq.* (the arbitrators chose the UNIDROIT Principles as supplementary rules without any substantial explanation).

⁸⁵ *Schwartz/Derains*, Guide to the ICC Rules of Arbitration, 2nd edition 2005, p. 241.

⁸⁶ *Jones* (fn. 7), p. 915.

⁸⁷ *Berger* (fn. 29), para. 24–17.

⁸⁸ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 876, illustrate the flexibility of the “direct choice” approach by referring to several choice of law decisions made by arbitrators.

⁸⁹ *Born* (fn. 2), p. 2634.

⁹⁰ *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), pp. 19 *et seq.* However, such a flexibility to have recourse to the *lex mercatoria* can also result in arbitral awards which disregard the reasonable expectations of the parties, see **C. V. 2.**

⁹¹ *ICC Case No. 9875*, International Court of Arbitration Bulletin (2001), p. 97.

applied.⁹²

III. Considerations of swift arbitration proceedings

Although the “direct choice” approach requires arbitrators to reason their choice of law, it still liberates them from complex conflict of laws analyses (1.). This may lead to swift arbitration proceedings which are in accord with the parties’ corresponding desire (2.). Yet, there are more appropriate alternatives to ensure swift arbitration proceedings (3.).

1. Liberation of arbitrators from complex conflict of laws analyses

Sometimes, conflict of laws analyses involve highly complex issues and thus prolong the arbitration proceedings.⁹³ As two prominent international arbitration scholars state: “This search for the applicable substantive law may be a time-consuming [...] process”.⁹⁴ The “direct choice” approach resolves this problem by eliminating the requirement of a conflict of laws analysis in its entirety.⁹⁵ This means that arbitrators are liberated from performing complex conflict of laws analyses and may rather select the substantive law or rules of law which they consider appropriate for the underlying dispute.⁹⁶ In essence, the “direct choice” approach “simplif[ies] the process”.⁹⁷ In light of this, the arbitral tribunal in *ICC 18203* found that “it is not an uncommon practice for arbitrators, especially those seating under the ICC Rules [of Arbitration], not to feel bound by strict, rigid, complex or too mechanical conflict-of-laws rules”.⁹⁸

2. Arbitral awards in line with the parties’ desire for swift arbitration proceedings

As the arbitrators are able to directly move on to choose the applicable substantive law or rules of law, they may principally render an award in less time. This conforms to the parties’ desire for swift arbitration proceedings due to a potential

⁹² *ICC Case No. 9875*, International Court of Arbitration Bulletin (2001), p. 97.

⁹³ *Born* (fn. 2), p. 2617.

⁹⁴ *Redfern/Hunter* (fn. 71), para. 3.200.

⁹⁵ *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 876.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 875 *et seq.*

⁹⁷ *Mukhopadhyay* (fn. 58), p. 123.

⁹⁸ *ICC Case No. 18203*, Yearbook Commercial Arbitration (2016), p. 289.

decrease in costs.⁹⁹

However, in several instances, the arbitrators who applied the “direct choice” approach felt the urge to justify their conclusions as to the applicable substantive law.¹⁰⁰ As such, the arbitrators examined whether the substantive result would have been similar if they had applied a national law instead of the non-state law which they had resorted to.¹⁰¹ Amongst others, the arbitral tribunal in *ICC 3540* decided that it “will examine whether the solution contained in its award based on the *lex mercatoria* and the application of the maxim *pacta sunt servanda* [...] would be fundamentally different from that resulting [...] from the two national laws invoked by the parties”.¹⁰² Hence, the “direct choice” approach does not always expedite arbitration proceedings.

3. Alternatives to ensure swift arbitration proceedings

Additionally, the parties are not dependent on this approach to ensure fast proceedings. Institutional arbitration rules foresee time limits within which the arbitral tribunal shall render the final award¹⁰³ and likewise provide for expedited arbitration procedures.¹⁰⁴ The parties may agree on the application of such institutional arbitration rules or, in any event, can agree on the application of an expedited arbitration procedure.¹⁰⁵ This means that swift arbitration proceedings are compatible with conflict of laws analyses.

IV. Considerations of predictability

More importantly than their desire for swift arbitration proceedings, the “[p]arties often choose international arbitration to resolve their disputes because they desire enhanced certainty and predictability [with respect to] their legal rights”.¹⁰⁶

⁹⁹ *Lew/Mistelis* (fn. 1), para. 1.30, point out the interrelation between swift arbitration proceedings and reduced costs.

¹⁰⁰ *Lando* (fn. 84), p. 141.

¹⁰¹ *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 22.

¹⁰² *ICC Case No. 3540*, Yearbook Commercial Arbitration (1982), p. 130.

¹⁰³ For instance: Art. 31 of the ICC Rules of Arbitration (2017).

¹⁰⁴ For instance: Art. 30 of the ICC Rules of Arbitration (2017).

¹⁰⁵ Art. 30 (2) (b) of the ICC Rules of Arbitration (2017), for instance, states that the parties may agree on the application of an expedited procedure.

¹⁰⁶ *Born*, International Arbitration: Cases and Materials, 2nd edition 2015, p. 961.

Conflict of laws analyses serve as catalysers for predictable arbitral awards (1.). In light of this, the “direct choice” approach results in less predictable arbitral awards (2.).

1. Conflict of laws analyses as catalysers for predictable arbitral awards

It is true that the application of conflict of laws rules may prove difficult and, therefore, may lead to some frustration.¹⁰⁷ Nonetheless, conflict of laws rules channel and structure “the decision-maker’s discretion and [provide] the parties with a measure of certainty about the substantive law governing their conduct”.¹⁰⁸ These rules, thus, are essential for ensuring that the parties receive predictable arbitral awards.¹⁰⁹

2. Arbitral awards are becoming less predictable

The “direct choice” approach, nonetheless, abandons the requirement for arbitrators to apply conflict of laws rules. As a result, it runs the risk that the arbitral awards are less predictable for the parties to an international arbitration.¹¹⁰ This, however, neglects the parties’ desire for arbitration proceedings in a predictable environment.¹¹¹ In light of this, the *Hague Conference on Private International Law* and many scholars have criticised the “direct choice” approach as “uncertain” and “unpredictable”.¹¹² This approach “makes it impossible for the parties to foresee the law which the arbitrators deem applicable to the merits of the dispute”.¹¹³ As a consequence, “the parties are not able to present their case.”¹¹⁴ In view of this, the arbitral tribunal in *ICC 8113* decided that it will “not [...] determine the proper law directly but through the application of an appropriate rule of conflict”.¹¹⁵

¹⁰⁷ *Born* (fn. 2), p. 2646.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 2646 *et seq.*

¹⁰⁹ *Wortmann* (fn. 42), p. 100.

¹¹⁰ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 3, confirms that unpredictability still prevails in situations where the parties have not chosen the applicable law.

¹¹¹ *Mukhopadhyay* (fn. 58), p. 115, sets forth that the parties to an international arbitration desire predictability rather than uncertainty.

¹¹² *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 37; *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 20; *Wortmann* (fn. 42), p. 100.

¹¹³ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 37, adds that the arbitrators, in practice, often look at the relevant connecting factors to select the substantive law.

¹¹⁴ *Wortmann* (fn. 42), p. 100.

¹¹⁵ *ICC Case No. 8113*, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 325.

V. Considerations of minimal judicial review

Furthermore, the “direct choice” approach is difficult to reconcile with the, in principle, limited judicial review of the merits of arbitral awards. This limited judicial review (1.) empowers the arbitrators to render awards which disregard the reasonable expectations of the parties concerning the applicable substantive law (2.).

1. Limited judicial review of the merits of arbitral awards

International arbitration conventions and most (national) arbitration statutes prescribe a general presumption in favour of the recognition of arbitral awards.¹¹⁶ Most notably, the New York Convention and the UNCITRAL Model Law entail this presumption.¹¹⁷ Art. III of the New York Convention states that “[e]ach Contracting State *shall recognize arbitral awards as binding*”; Art. V of the New York Convention foresees only limited grounds on which recognition and enforcement of an arbitral award may be denied.¹¹⁸ In accordance with this, state courts both in common and civil law jurisdictions have confirmed that the merits of arbitral awards may, in principle, not be reviewed.¹¹⁹ This prohibition includes choice of law decisions with respect to the substantive law.¹²⁰ As such, the French *Cour de Cassation* in *Comp. Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc.* held that the *Cour d’appel de Paris* was not required to examine how the sole arbitrator determined and implemented the applicable rule of law.¹²¹ Similarly, the *Landgericht Hamburg* in *Bank A v. Bank B* found that “dealing with an objection relating to an [...] excess of authority would lead, in the present case, to reviewing the [...] correctness of the arbitral award as to the merits” and rejected this objection.¹²² The *US Court of Appeals for the Ninth Circuit* in *ATSA of California, Inc. v. Continental Ins. Co.* simply

¹¹⁶ *Born* (fn. 2), p. 3410.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 3410.

¹¹⁸ Art. III of the New York Convention (emphasis added); Art. V of the New York Convention.

¹¹⁹ *American Const. Machinery & Equipment Corp. Ltd. v. Mechanised Const. of Pakistan Ltd.*, 659 F.Supp. 426, 429 (1987); *Bank A v. Bank B*, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 713; *Born* (fn. 2), p. 2776, fn. 863 *et seq.* with further references.

¹²⁰ *Born* (fn. 2), p. 2776 (“the arbitrators’ choice-of-law decisions are subsumed within their rulings on the merits of the parties’ dispute”).

¹²¹ *Comp. Valenciana de Cementos Portland v. Primary Coal Inc.*, *Revue de l’arbitrage* (1992), Issue 3, p. 457.

¹²² *Bank A v. Bank B*, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 713.

stated that an “arbitrator has [the] authority to determine the applicable law”.¹²³

There is, however, one exception where state courts may engage in the review of the merits of the arbitral awards: violations of public policy.¹²⁴ In accordance with this, a “failure by the arbitrators to have regard to relevant mandatory rules may result in the award either being set aside by the court with the supervisory jurisdiction over the arbitration or being unenforceable in other countries on the ground of public policy.”¹²⁵ Art. V (2) (b) of the New York Convention, in this spirit, allows for the non-recognition of arbitral awards if “the award would be contrary to the public policy of [the country in which recognition and enforcement is sought]”.¹²⁶ In light of this, the arbitral tribunal in *SCC 158/2011* decided to apply mandatory rules of French law in addition to the application of Swedish law.¹²⁷ The arbitral tribunal in *ICC 2930*, likewise, concluded that “any contract concerning import into Yugoslavia or export from Yugoslavia is subject to the mandatory provisions of this law”.¹²⁸ Further, the arbitral tribunal in *ICC 4132* ruled that it may not directly apply a particular law if “consideration of public policy [were] involved to an appreciable extent”.¹²⁹ Lastly, the *Supreme Court of the United States* held that “the application of American antitrust law [requires arbitrators] to decide that dispute in accord with [this law]”.¹³⁰

Nonetheless, apart from the rather exceptional violations of public policy,¹³¹ “there are virtually no controls that operate upon the arbitrators to ensure a ‘correct’ choice of law decision”.¹³² Errors of arbitrators regarding the choice of law thus only exceptionally result in the non-recognition of arbitral awards.¹³³

¹²³ *ATSA of California, Inc. v. Continental Ins. Co.*, 702 F.2d 172, 175 (1983).

¹²⁴ *Born* (fn. 2), p. 2777.

¹²⁵ *Wortmann* (fn. 42), p. 103.

¹²⁶ Art. V (2) of the New York Convention.

¹²⁷ *SCC Case No. 158/2011*, Yearbook Commercial Arbitration (2013), pp. 268 *et seq.*

¹²⁸ *ICC Case No. 2930*, Yearbook Commercial Arbitration (1984), p. 107.

¹²⁹ *ICC Case No. 4132*, Yearbook Commercial Arbitration (1985), p. 50.

¹³⁰ *Supreme Court of the United States, Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 636 *et seq.* (1985).

¹³¹ *Born* (fn. 2), p. 3669.

¹³² *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 27.

¹³³ *Born* (fn. 2), pp. 2776 *et seq.*

2. Arbitral awards disregarding the parties’ expectations

The “direct choice” approach provides for a high degree of flexibility. Arbitrators may choose whatever substantive law or rules of law they consider appropriate. On its own, this may be considered as an advantage of this approach. However, in combination with the limited judicial review of the merits of arbitral awards, it poses a risk to the parties. As a corollary of this limited judicial review, the parties might face difficulties to undo the impacts of arbitral awards which disregard their reasonable expectations. Indeed, case law shows that awards where the arbitrators (potentially) exceeded their authority still might be recognised and enforced to the detriment of (one of) the parties:¹³⁴ *Ministry of Defense and Support of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.* illustrates this dilemma. In this case, the defendant resisted enforcement of an award on the ground that the arbitral tribunal applied the UNIDROIT Principles without the parties’ consent and in violation of the Terms of Reference.¹³⁵ However, the *US District Court for the Southern District of California* confirmed the arbitral award because “[o]ne of the issues presented to the [arbitral tribunal] was whether general principles of international law apply”.¹³⁶ As such, absent a violation of the New York Convention, the arbitral tribunal was allowed to refer to the UNIDROIT Principles.¹³⁷ Even if this decision “can be [understood] as less than an outright rejection of an ‘excess of power’ defense”,¹³⁸ it still raises doubts as to whether the “direct choice” approach is desirable. Also, in *Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Ltd.*, the Austrian *Oberste Gerichtshof* had to decide whether the arbitrators exceeded their powers as they invoked the *lex mercatoria* and had recourse to rules of equity without any special authorisation from the parties.¹³⁹ The Austrian *Oberste Gerichtshof*, however, refused to set aside the award.¹⁴⁰ Such decisions reveal the drawback of the flexibility of the “direct choice” approach.

¹³⁴ In principle, the winning party would not want to undo the impacts of an arbitral award, even if the arbitrators (plainly) disregarded its reasonable expectation as to the applicable law.

¹³⁵ *Ministry of Defense and Support of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems, Inc.*, 29 F.Supp.2d 1168, 1172 *et seqq.* (1998).

¹³⁶ *Ibid.*, 1173.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 27.

¹³⁹ *Norsolor S.A. v. Pabalk Ticaret Ltd.*, Yearbook Commercial Arbitration (1984), p. 160.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 161.

VI. Considerations of neutrality

Lastly, the parties to an international arbitration are interested in neutral proceedings.¹⁴¹ They might have chosen to resolve their dispute in international arbitration since their involvement in the nomination of the arbitrators often results in an increased neutrality compared to proceedings before state courts.¹⁴² However, the “direct choice” approach is difficult to reconcile with the parties’ desire for neutral arbitration proceedings. It is more likely to engender arbitral awards which favour subjective tendencies of individual arbitrators.¹⁴³ *Born* concludes that the “direct choice” approach “does little to further interests of predictability or *fairness*”.¹⁴⁴ The risk of arbitrators favouring subjective tendencies was confirmed by contemporary arbitral awards. Amongst others, the arbitral tribunal in *ICC 3131* decided that “[f]aced with the difficulty of choosing a national law [...], [...] it was appropriate [...] to leave aside any compelling reference to a specific legislation, be it Turkish or French, and to apply the international *lex mercatoria*”.¹⁴⁵ The arbitral tribunal in *ICC 4145*, in accord with this, favoured Swiss law because the other potentially-applicable law would have led to the invalidity of the parties’ agreement.¹⁴⁶ Equally, the arbitrators might refer to a specific law as they believe it is most modern, most commercial or most developed.¹⁴⁷

Finally, even if the arbitrators did not rely on their subjective instincts, the parties could still be dissatisfied with the arbitrators’ decision with regard to the substantive law and thus consider them biased. For instance, arbitrators might apply the law or rule of law most convenient or familiar to them (such as the laws of the countries of which they are nationals). Then, the application of the “direct choice” approach “risks being perceived as an arbitrary decision in favour of [this law or rule of law]”.¹⁴⁸

In short, the “direct choice” approach entails the risk that arbitrators base their decisions on subjective instincts and, in such a case, may cause the parties to doubt the arbitrators’ impartiality.

¹⁴¹ *Born* (fn. 2), p. 2659 (with respect to the substantive law).

¹⁴² *Conrad/Münch/Black-Branch*, International Commercial Arbitration, 2013, para. 1.20.

¹⁴³ *Born* (fn. 2), p. 2647.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 2647 (emphasis added).

¹⁴⁵ *ICC Case No. 3131*, Yearbook Commercial Arbitration (1984), p. 110.

¹⁴⁶ *ICC Case No. 4145*, Yearbook Commercial Arbitration (1987), p. 101.

¹⁴⁷ *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 22.

¹⁴⁸ *Jones* (fn. 7), p. 915.

D. Alternative approach to determine the substantive law

The “direct choice” approach has displayed a number of disadvantages. This approach disregards the parties’ desire for neutral and predictable arbitration proceedings. Also, it is difficult to reconcile with the minimal judicial review of the merits of awards. For those reasons, several scholars have suggested alternative approaches to determine the substantive law.¹⁴⁹ Flexibility and predictability were the most important criteria.¹⁵⁰ In view of this, this article will propose a three-tier test to determine the substantive law.

Arbitrators should, firstly, seek to effectuate an (implicit) agreement by the parties **(I.)**. Secondly, they ought to turn to the cumulative method to sort out “false conflicts” **(II.)**. Thirdly and finally, arbitrators should apply the “closest connection” formula **(III.)**.

I. Parties’ agreement

Consent is the cornerstone of arbitration.¹⁵¹ An arbitral tribunal should hence respect the parties’ intentions as expressed in their (implicit) agreement.¹⁵² In line with this, the arbitral tribunal in *ICC 6474* explained that “the first and foremost duty of the arbitrator is undoubtedly to base his decisions [...] on the common will of the [p]arties”.¹⁵³

Consequently, arbitrators ought to defer to an explicit choice of law by the parties **(1.)**. If the parties did not agree on the applicable law, the arbitrators should look at whether a choice of law nevertheless can be implied from the arbitration agreement, the contract or the circumstances of the case **(2.)**.

¹⁴⁹ *Born* (fn. 2), pp. 2656–2661, suggests a combination of the cumulative method and the conflict of laws rules of the arbitral seat; *Jones* (fn. 7), p. 931, considers the combination of the cumulative method and the “direct choice” approach; *Wortmann* (fn. 42), pp. 111 *et seqq.*, favours a combination of the conflict of laws rules of the arbitral seat, the cumulative method as well as general principles of private international law.

¹⁵⁰ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 59, focuses on these two criteria in order to develop an international legal instrument dealing with choice of law.

¹⁵¹ *Park*, in: *Multiple Party Actions in International Arbitration, Non-signatories and International Contracts: An Arbitrator’s Dilemma*, 2009, para. 1.03.

¹⁵² *Lew/Mistelis* (fn. 1), para. 17–38.

¹⁵³ *ICC Case No. 6474*, *Yearbook Commercial Arbitration* (2000), p. 283.

1. Explicit choice of law

Parties to an international arbitration introduce choice of law clauses into their contracts for a number of reasons.¹⁵⁴ For instance, they might have agreed on a particular law or rule of law due to considerations of comprehensiveness, predictability or familiarity.¹⁵⁵ Irrespective of this, the arbitrators are principally expected to respect such clauses.¹⁵⁶ This is because it is generally recognised that the parties can choose the substantive law or rules of law applicable to their dispute.¹⁵⁷ International conventions, national laws and institutional arbitration rules “unequivocally” affirm this freedom of the parties.¹⁵⁸ Relating to the interpretation of choice of law clauses, the arbitral tribunal in *ICC 18203* reaffirmed that it must seek “to construe the [p]arties’ true intention[s]”.¹⁵⁹ This might lead to the conclusion that the parties have agreed either on a conflict of laws rule or on a particular law or rule of law.¹⁶⁰

2. Implicit choice of law

In instances where the parties did not conclude an explicit agreement with respect to the applicable law, arbitrators should still seek to determine whether the parties implicitly made an agreement to that effect.¹⁶¹ This is because the arbitrators act as agents of the parties and, accordingly, exercise a delegated authority to select the substantive law.¹⁶² For determining whether the parties have made an implicit choice of law, the arbitrators may take into consideration a number of different factors including the language of the contract, the nature of the transaction or the selection of the arbitration institution.¹⁶³ Furthermore, the parties’ selection of an arbitral seat can carry considerable weight.¹⁶⁴ Although this choice does not auto-

¹⁵⁴ *Born* (fn. 2), p. 2747.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ In line with this: *ICC Case No. 11440*, Yearbook Commercial Arbitration (2006), p. 130; *Born* (fn. 2), pp. 2690-2730, lays out exceptional circumstances in which the arbitrators should refuse to give (full) effect to a choice of law clause.

¹⁵⁷ *Redfern/Hunter* (fn. 71), para. 3.97.

¹⁵⁸ *Born* (fn. 2), p. 2671.

¹⁵⁹ *ICC Case No. 18203*, Yearbook Commercial Arbitration (2016), p. 287.

¹⁶⁰ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 7.

¹⁶¹ *Redfern/Hunter* (fn. 71), para. 3.201, express their concerns about a certain artificiality involved in establishing an implicit agreement by the parties.

¹⁶² *Lew/Mistelis* (fn. 1), para. 17-40.

¹⁶³ *Born* (fn. 2), p. 2733.

¹⁶⁴ *Wortmann* (fn. 42), p. 108.

matically portend that there is also an agreement on the applicable law, it includes “an implied acceptance of aspects of the procedural law of the arbitral seat [which usually encompasses] choice-of-law rules”.¹⁶⁵ In light of this, the arbitral tribunal in *ICC 9771* decided that the parties’ selection of Stockholm as the arbitral seat indicated “that Swedish conflict of law rules should apply in determining the applicable law”.¹⁶⁶ An investigation into the intent of the parties, however, can also lead to the application of another conflict of laws rule or a particular law or rule of law.¹⁶⁷ In accord with this, the sole arbitrator in the *Sapphire* arbitration concluded that the parties’ implicit choice of law referred to the “principles of law generally recognised by civilised nations”.¹⁶⁸ Finally, an examination of the parties’ intentions might reveal the absence of any choice of law.¹⁶⁹ The arbitral tribunal in *ICC 8113*, for instance, scrutinised whether the parties implicitly agreed on the application of German law as they signed their contract during a meeting in Hamburg.¹⁷⁰ Yet, the arbitrators concluded that this was “due to practical reasons” and therefore held that an implicit agreement was absent.¹⁷¹

II. The cumulative method

If the parties have not agreed on the applicable law, neither explicitly nor implicitly, the arbitrators should turn to the cumulative method to detect “false conflicts” in which all potentially-applicable conflict of laws rules point to the same national law.¹⁷² This method offers many benefits and, accordingly, is regarded “least controversial”.¹⁷³ It reflects the parties’ expectations as well as the relevant state

¹⁶⁵ *Born* (fn. 2), pp. 2659 *et seq.*

¹⁶⁶ *ICC Case No. 9771*, Yearbook Commercial Arbitration (2004), pp. 52 *et seq.*

¹⁶⁷ *ICC Case No. 3540*, Yearbook Commercial Arbitration (1982), p. 129, finds that the application of the *lex mercatoria* seems to be the implicit choice of the parties.

¹⁶⁸ *Sapphire International Petroleum Ltd. v. The National Iranian Oil Co.* (1967) 13 ICLQ 1011, 1015.

¹⁶⁹ *ICC Case No. 8113*, Yearbook Commercial Arbitration (2000), p. 325.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² *Born* (fn. 2), p. 2658, suggests that the cumulative method must be applied on both the level of conflict of laws rules and the level of substantive laws. However, an examination of the potentially-applicable substantive laws may often prove difficult because of the differences in the various legal regimes. In line with this, in the opinion of the author of this article, the cumulative method should not be applied on the level of substantive laws unless the conformity of the potentially-applicable substantive laws is easily discernible.

¹⁷³ *Mukhopadhyay* (fn. 58), p. 117.

interests and policies.¹⁷⁴ As such, arbitral awards are more likely to be enforced.¹⁷⁵ The cumulative method also assists in preventing a number of (potentially complex) conflict of laws analyses¹⁷⁶ and, consequently, may reduce the costs of arbitration proceedings.¹⁷⁷

III. The “closest connection” formula

Finally, there may be instances in which the parties did not agree on the applicable law and the cumulative method was unsuccessful. This situation poses a “true conflict”,¹⁷⁸ Although these instances are limited,¹⁷⁹ arbitrators will eventually be confronted with such a situation. Then, they should have recourse to the “closest connection” formula.

First and foremost, this formula is well-recognised (1.). Further, it provides for a certain degree of flexibility (2.). At the same time, the “closest connection” formula conforms to the parties’ desire for predictable arbitration proceedings (3.).

1. Acceptance

The “closest connection” formula is well-recognised in scholarly literature.¹⁸⁰ Amongst others, scholars have ascribed an “intrinsic value” to this formula because it “[provides] some certainty as to the law or rules of law ultimately applicable”.¹⁸¹ Equally, they have regarded it to be “highly appropriate” since it offers a considerable degree of flexibility without, however, empowering the arbitral tribunal “to just determine any kind of law which it might fancy”.¹⁸² In light of this wide acknowledgement, this solution has been labelled a “general principle of private

¹⁷⁴ *Born* (fn. 2), p. 2658.

¹⁷⁵ *Mukhopadhyay* (fn. 58), p. 118.

¹⁷⁶ *Born* (fn. 2), pp. 2658 *et seq.*

¹⁷⁷ *Mukhopadhyay* (fn. 58), p. 118.

¹⁷⁸ *Born* (fn. 2), p. 2650, describes a “true conflict” as a situation where different conflict of laws rules point towards two or more different national substantive laws.

¹⁷⁹ *Berger* (fn. 29), para. 24–8, doubts the significance of conflict of laws issues in general and argues that arbitrators often are able to resolve the disputes solely on the facts and the terms of the contract; *Frick*, *Arbitration in Complex International Contracts*, 2001, p. 9, sets forth that the parties choose the applicable law in three out of four cases.

¹⁸⁰ *Born* (fn. 2), p. 2659; *Fry/Greenberg/Mazza*, *The Secretariat’s Guide to ICC Arbitration*, 2012, para. 3–757.

¹⁸¹ *Ferrari/Silbermann* (fn. 79), p. 12.

¹⁸² *Blessing* (fn. 65), p. 54.

international law”.¹⁸³ Contemporary arbitral awards have confirmed the “closest connection” formula as the most prominent approach to determine the substantive law.¹⁸⁴ In this connection, the arbitral tribunal in *ICC 4237* found that international arbitral practice has demonstrated “a preference for the conflict rule according to which [a] contract is governed by the *law of the country with which it has the closest connection*”.¹⁸⁵ The arbitral tribunal in *ICC 14667* likewise observed that the “closest connection” formula has been adopted by state courts in the majority of common law jurisdictions.¹⁸⁶ International legislation such as the Rome I Regulation equally entails this formula.¹⁸⁷ This means that the “closest connection” formula already offers a significant degree of harmonisation. Additionally, the fact that several national arbitration statutes prescribe this formula indicates that the respective states consider it to be appropriate.¹⁸⁸

2. Flexibility

Moreover, the “closest connection” formula offers a considerable degree of flexibility. It “leaves substantial scope” to the arbitrators for their choice of the substantive law.¹⁸⁹ This is because it determines the substantive law based on a number of criteria to which the arbitrators may choose to attach more or less weight (on a case-by-case basis).¹⁹⁰ For instance, the arbitral tribunal in *ICC 6719* evaluated the strength of the connections between all potentially-applicable laws and the underlying dispute.¹⁹¹ It chose to attach particular weight to the place where the contractual goods were manufactured because the contract was also signed at this place and the manufacture of such goods was closely supervised by the authorities of the respective state.¹⁹² The arbitral tribunal therefore held that Italian law was the substantive

¹⁸³ Greenberg, *The Law Applicable to the Merits in International Arbitration*, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 8 (2004), 315 (320).

¹⁸⁴ *ICC Case No. 5717*, *International Court of Arbitration Bulletin* (1990), p. 22; *ICC Case No. 4237*, *Yearbook Commercial Arbitration* (1985), p. 55.

¹⁸⁵ *ICC Case No. 4237*, *Yearbook Commercial Arbitration* (1985), p. 55 (emphasis added).

¹⁸⁶ *ICC Case No. 14667*, *Yearbook Commercial Arbitration* (2015), pp. 98 *et seq.*

¹⁸⁷ *Born* (fn. 2), p. 2632.

¹⁸⁸ *ICC Case No. 7319*, *Yearbook Commercial Arbitration* (1999), p. 146, stipulates that the increasing number of states which have ratified the Rome I Regulation prove the far-reaching acceptance of the “closest connection” formula.

¹⁸⁹ *Born* (fn. 2), p. 2635.

¹⁹⁰ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 34; Cf.: *Lando* (fn. 84), p. 142.

¹⁹¹ *ICC Case No. 6719*, *Journal du droit international* (1994), pp. 1077 *et seq.*

¹⁹² *Ibid.*, p. 1077; *Fouchard/Gaillard/Goldman* (fn. 8), p. 869.

law most appropriate for the particular case.¹⁹³ In contrast, other conflict of laws rules like the conflict of laws rules of the arbitral seat can sometimes be incapable of adapting to the particular circumstances surrounding the parties’ dispute.¹⁹⁴ Such “mechanical solutions”, however, must be avoided in order to provide the arbitrators with the necessary freedom to determine the applicable law.¹⁹⁵

3. Predictability

Despite its considerable degree of flexibility, the “closest connection” formula remains more predictable in comparison to other conflict of laws rules.¹⁹⁶ This is because this formula principally¹⁹⁷ allows parties to foresee which legal system is likely to be chosen by the arbitrators.¹⁹⁸ To this end, the parties can have recourse to commentaries on the Rome I Regulation or decisions of the *European Court of Justice*. These sources can provide for some guidance as to the “closest connection” formula.¹⁹⁹ Aside from this, this formula is predictable since it is an objective test to determine the substantive law: it prevents arbitrators from rendering non-transparent decisions.²⁰⁰ In accord with this, “the discretionary choice of law by arbitrators who use the *voie directe* method” can be avoided.²⁰¹ This not only increases the neutrality of arbitration proceedings,²⁰² but also prevents unpredictable choice of law decisions due to arbitrators’ subjective instincts.

¹⁹³ ICC Case No. 6719, *Journal du droit international* (1994), p. 1078.

¹⁹⁴ Mukhopadhyay (fn. 58), p. 113, states that the conflict of laws rules of the arbitral seat are less flexible.

¹⁹⁵ Cf.: *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 59.

¹⁹⁶ Wortmann (fn. 42), p. 106, correctly sets forth that the strict application of the conflict of laws rules of the arbitral seat is especially certain and predictable. However, in the opinion of the author of this article, the conflict of laws rules of the arbitral seat can, in some instances, be too rigid and therefore are disregarding considerations of flexibility.

¹⁹⁷ Jones (fn. 7), p. 921, argues that the “closest connection” formula may result in uncertainty due to electronic commerce. He also indicates that the application of this formula could lead to *dépeçage* (different parts of the contract are governed by different laws).

¹⁹⁸ Wortmann (fn. 42), p. 100, emphasises that “it is absolutely essential for the parties to know the potential applicable law in advance”.

¹⁹⁹ ICC Case No. 9771, *Yearbook Commercial Arbitration* (2004), p. 54, sets forth that the Rome I Regulation may serve as a guideline for ascertaining the content of legal instruments which contain the “closest connection” standard (such as the Swedish conflict of laws rules).

²⁰⁰ Schmalz (fn. 68), § 1051 ZPO para. 43.

²⁰¹ *Hague Conference on Private International Law* (fn. 7), para. 34.

²⁰² Schmalz (fn. 68), § 1051 ZPO para. 43.

E. Conclusion

If the parties to an arbitration have not agreed on the law applicable to the merits of the dispute, arbitrators are responsible for this determination. To this end, arbitrators relied on many different approaches. Some of them had recourse to conflict of laws rules such as the (ordinary) conflict of laws rules of the arbitral seat or the conflict of laws rules of the state most closely connected to the parties’ dispute. Other arbitrators determined the substantive law with references to the cumulative method, general principles of private international law or the “closest connection” formula. Lastly, arbitrators chose to apply the “direct choice” approach to select the law applicable to the merits of the dispute.

Many legal instruments adopted the “direct choice” approach which allows arbitrators to determine the substantive law without having recourse to any conflict of laws rules. This approach does not liberate arbitrators from giving reasons for their choice of law. Still, it offers a high degree of flexibility and may lead to faster arbitration proceedings. The “direct choice” approach, however, does not correspond with the parties’ desire for predictable and neutral arbitration proceedings. In addition, this approach is difficult to reconcile with the minimal judicial review of the merits of arbitral awards. Finally, it might result in the application of a particular law or rules of law which neither of the parties would have intended.

A more predictable and neutral approach would be based on the consent of the parties. In a first step, arbitrators should ascertain whether the parties have made any explicit or implicit agreement with respect to the substantive law. Subsequently, they should apply the cumulative method to sort out “false conflicts”. This prevents a number of complex conflict of laws analyses and makes sure that the parties’ expectations are not defeated. In a last step, arbitrators should apply the “closest connection” formula. This formula is well-recognised and balances considerations of flexibility and predictability. Further, it rests on objective criteria and therefore guarantees neutral arbitration proceedings.

It is much to be hoped that the international arbitration community can eventually agree on a uniform approach for arbitrators to determine the substantive law. This is essential because the parties to an international arbitration desire certainty and predictability.

Aaron Waible*

Der Herausformwechsel – zugleich Besprechung von *OLG Frankfurt am Main*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15

Abstract

Seit dem Urteil des *Europäischen Gerichtshofs* in der Rs. *Centros* befindet sich das europäische internationale Gesellschaftsrecht in Bewegung. Nachdem zunächst die Konstellation der Verwaltungssitzverlegung die Rechtsprechung beschäftigte, rücken nun vermehrt Fälle der Satzungssitzverlegung in den Fokus. Das *OLG Frankfurt am Main* hatte Anfang 2017 als erstes deutsches Obergericht über einen Herausformwechsel zu entscheiden. Der Beitrag untersucht die Thematik des Herausformwechsels vor allem im Hinblick auf den europarechtlichen Rahmen und die konkrete Durchführbarkeit im deutschen Recht. Besondere Berücksichtigung erfährt hierbei der Beschluss des *OLG Frankfurt am Main*. Hingewiesen sei darauf, dass der Beitrag in seiner ursprünglichen Fassung vor der Entscheidung des *Europäischen Gerichtshofs* in der Rs. *Polbud* entstand. Zum Zweck der Veröffentlichung wurde das Urteil jedoch nachträglich berücksichtigt.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt „Internationales Privat- und Verfahrensrecht“. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) im Wintersemester 2017/18 gestellt wurde.

A. Einleitung – Der Herausformwechsel als Ausdruck europäischer Unternehmensmobilität

Wesentlicher Bestandteil des freien Binnenmarktes innerhalb der Europäischen Union¹ ist die Gewährleistung grenzüberschreitender Mobilität von Unternehmen.² Insbesondere im Zuge einer zunehmenden Liberalisierung und der damit einhergehenden Globalisierung des Wirtschaftsverkehrs ist ein stetig wachsendes Bedürfnis festzustellen, Unternehmen auch international neu- oder umzustrukturieren.³ Allerdings stehen einer dem Binnenmarktideal entsprechenden Unternehmensmobilität mannigfaltige Hindernisse tatsächlicher und rechtlicher Art entgegen.⁴

Besonderes Augenmerk gebührt aufgrund der komplexen kollisions- und sachrechtlichen Anwendungsfragen dem Herausformwechsel. Im Rahmen dessen stellen sich im Wesentlichen drei Fragen:

Inwiefern untersteht der Herausformwechsel dem Schutz der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV?

Welche Rechtsvorschriften sind auf den Vorgang anwendbar?

Zu welchen Schutzmaßnahmen sind die beteiligten Mitgliedstaaten berechtigt?⁵

Der Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* v. 3.1.2017⁶ widmet sich dem Herausformwechsel als – soweit ersichtlich⁷ – erste obergerichtliche Entscheidung, welche die neuere *EuGH*-Rechtsprechung berücksichtigt. Es wird sich zeigen, dass der Beschluss im Ausgangspunkt zwar richtigerweise von der Zulässigkeit des Herausformwechsels ausgeht. Bei der Anwendung des nationalen Rechts gelangt das *Gericht* jedoch zu einem Ergebnis, welches europarechtlich weder gefordert noch gewünscht ist.

¹ Zur wirtschaftlichen Grundlage des Binnenmarkts in der Theorie der komparativen Kosten siehe *Frenz*, EU-Recht, 2. Aufl. 2012, Rn. 4 ff.; *Teichmann*, Gesellschaftsrecht im System der Europäischen Niederlassungsfreiheit, ZGR 2011, 639 (646).

² *Mörsdorf*, Beschränkung der Mobilität von EU-Gesellschaften im Binnenmarkt – eine Zwischenbilanz, EuZW 2009, 97 (97); allg. zur wirtschaftlichen Funktion der Niederlassungsfreiheit *Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I, 7. Aufl. 2015, Vorb. Art. 49-55 AEUV Rn. 4 ff.

³ Vgl. *Weller*, Internationales Unternehmensrecht 2010, ZGR 2010, 679 (685 f.).

⁴ *Grohmann*, Das Informationsmodell im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2006, S. 8.

⁵ Ähnliche Fragen zum grenzüberschreitenden Formwechsel stellt auch *Schön*, Das System der gesellschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit nach VALE, ZGR 2013, 333 (356 f.).

⁶ Az. 20 W 88/15, ZIP 2017, 611.

⁷ Vgl. hierzu *Stiegler*, Anm. zur Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 3.1.2017, GmbHR 2017, 392 (392).

Ziel dieses Beitrags ist es, exemplarisch anhand des Beschlusses des *OLG Frankfurt a. M.* die im Zuge eines Herausformwechsels aufgeworfenen Rechtsfragen zu untersuchen. Im Vordergrund steht die Beantwortung der beiden oben erstgenannten Fragen, auf die dritte Frage wird dagegen nur cursorisch eingegangen.

Nach einer einleitenden Einführung in die Thematik (**B.**) sollen zunächst die relevanten Parameter herausgearbeitet werden, die sich aus der europäischen Rechtsprechung für das deutsche Recht ergeben (**C.**). Im Anschluss wird anhand der Darstellung und Analyse des angesprochenen Beschlusses die bis *dato* ungeklärte deutsche Rechtslage in kollisions- und materiell-rechtlicher Hinsicht beleuchtet (**D.**). Schließlich soll gemeinsam mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse ein rechtspolitischer Ausblick gewagt werden (**E.**).

B. Begriffsbestimmung, Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes und wirtschaftlicher Hintergrund der Problematik

I. Strukturmaßnahme, grenzüberschreitender Formwechsel und Herausformwechsel

Unternehmensmobilität äußert sich in Maßnahmen, die die Niederlassung selbst betreffen. Als Oberbegriff derartiger Maßnahmen soll angesichts des international ambivalenten Verständnisses anderer in diesem Kontext verwendeter Ausdrücke⁸ die Bezeichnung *Strukturmaßnahme* dienen.⁹ Zu unterscheiden ist aufgrund der europarechtlichen Dimension zwischen der nationalen und grenzüberschreitenden Variante. Ausschließlich letztere bildet den Gegenstand dieses Beitrags.

Ein *grenzüberschreitender Formwechsel* bezeichnet eine Strukturmaßnahme, bei der eine Gesellschaft¹⁰ nach dem Gesellschaftsstatut eines Mitgliedstaates identitätswahrend einen Wechsel in eine Rechtsform nach dem Gesellschaftsstatut

⁸ V.a. der für das deutsche Recht geläufige Begriff der *Umwandlung* (die wörtlichen Übersetzungen *transformation* im Französischen und *trasformazione* im Italienischen bezeichnen nämlich jeweils allein den Formwechsel) soll im europarechtlichen Kontext vermieden werden, vgl. *Bayer/Schmidt*, Das Vale-Urteil des EuGH: Die endgültige Bestätigung der Niederlassungsfreiheit als „Formwechselfreiheit“, ZIP 2012, 1481 (1485); *Kindler*, Der reale Niederlassungsbegriff nach dem VALE-Urteil des EuGH, EuZW 2012, 888 (889).

⁹ Begriff gebraucht von *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 754.

¹⁰ Allg. zum Begriff der Gesellschaft im IPR *Wedemann*, Der Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 75 (2011), 541 ff.

eines anderen Mitgliedstaates vollzieht.¹¹ Wesenseigen ist dabei die Wahrung der Identität, d.h. die Strukturmaßnahme erfolgt weder durch Auflösung und Neugründung noch durch Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge.¹² Vielmehr herrscht wirtschaftliche Kontinuität: Der Rechtsträger wechselt zwar sein „Rechtskleid“, bleibt als solcher aber erhalten.¹³ Dies bildet zugleich den maßgeblichen Unterschied zur grenzüberschreitenden Verschmelzung.¹⁴

Vielfach wird der Vorgang auch mit der Satzungssitzverlegung gleichgesetzt.¹⁵ An dieser Stelle ist die analytische Scheidung der kollisions- von der sachrechtlichen Ebene von fundamentaler Bedeutung.¹⁶ Der *per definitionem* vorausgesetzte Statutenwechsel bestimmt sich mangels Vereinheitlichung nach der von den Mitgliedstaaten gewählten Anknüpfung. Das jeweilige Sachrecht wiederum legt fest, welche Rechtsfolgen ein Zu- oder Wegzug zeitigt.¹⁷ Es wird sich zeigen, dass ein Statutenwechsel nach gegenwärtiger Rechtslage zwar i.d.R. mit einer Satzungssitzverlegung zusammenfällt. Ein notwendiger Zusammenhang besteht allerdings nicht.¹⁸

Unter einem *Herausformwechsel* ist schließlich aus deutscher Perspektive der grenzüberschreitende Formwechsel eines Rechtsträgers mit der Rechtsform einer deutschen Gesellschaft in eine Gesellschaft mit Rechtsform eines anderen EU-/EWR-Staates zu verstehen.¹⁹ Allgemein gesprochen wird in dieser Konstellation also die Perspektive des Wegzugsstaates eingenommen.

¹¹ *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 2010, S. 541; *Kals/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2015, Rn. 126; *Drygala*, in: Lutter, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 1 UmwG Rn. 21.

¹² *Stiegler*, Grenzüberschreitende Sitzverlegungen nach deutschem und europäischem Recht, 2017, S. 41; *Weller*, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, in: FS Blaurock, 2013, S. 497 (511 f.); vgl. auch die Regierungsbegründung zum Gesetz zur Bereinigung des Umwandlungsrechts (UmwBerG), BT-Drucks. 12/6699, S. 136.

¹³ *Verse*, Niederlassungsfreiheit und grenzüberschreitende Sitzverlegung – Zwischenbilanz nach „National Grid Indus“ und „Vale“, ZEuP 2013, 458 (476).

¹⁴ Diese ist im deutschen Recht in den §§ 122a ff. UmwG geregelt.

¹⁵ Vgl. z.B. *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG, Überschrift zu Rn. 21.

¹⁶ So auch *Behrens*, Die Umstrukturierung von Unternehmen durch Sitzverlegung oder Fusion über die Grenze im Licht der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Binnenmarkt (Art. 52 und 58 EWGV), ZGR 1994, 1 (7); *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 770, 796.

¹⁷ *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 770; *Kindler*, in: MüKo-BGB XI, 5. Aufl. 2010, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 819.

¹⁸ Näheres siehe unten **C. I. 1.** und **C. II. 1. d).**

¹⁹ *Seibold*, Der grenzüberschreitende Herein-Formwechsel in eine deutsche GmbH – Geht doch!, ZIP 2017, 456 (456).

II. Ausschluss genuin-europäischer Gesellschaften

Von der folgenden Untersuchung ausgeschlossen sind die genuin-europäischen Rechtsformen der Europäischen Gesellschaft (SE), der Europäischen Genossenschaft (SCE) und der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV). Im Unterschied zu nationalen Gesellschaften bestehen insoweit einheitliche europäische Vorschriften zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung.²⁰ Die nachfolgend erörterte Problematik stellt sich daher regelmäßig nicht in dieser Weise. Aus diesem Grund werden Strukturmaßnahmen bei genuin-europäischen Gesellschaften nicht eigens dargestellt, sondern sind lediglich insoweit Teil der Ausführungen, wie sie für den Herausformwechsel nationaler Gesellschaften von Bedeutung sind.

III. Makroökonomischer und betriebswirtschaftlicher Hintergrund

Die Triebfeder der grenzüberschreitenden Mobilität stellen wirtschaftliche Erwägungen dar.²¹

Makroökonomisch dienen Strukturmaßnahmen der Neu- und Umorientierung grenzüberschreitender wirtschaftlicher Einheiten und damit zugleich der im Binnenmarktprogramm angestrebten optimalen Allokation wirtschaftlicher Ressourcen auf dem Gebiet der EU.²² Als Argument für die Ermöglichung von Unternehmensmobilität wird zudem häufig der „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ angeführt, der einen Prozess ständiger Modernisierung in Gang setzen und das Gesellschaftsrecht an den wirtschaftlichen Wandel anpassen soll.²³

Die Beweggründe einzelner Unternehmen, grenzüberschreitende Strukturmaßnahmen vorzunehmen, sind vor allem wirtschaftlicher oder steuerlicher Natur.²⁴ Zu nennen ist der Wechsel des anwendbaren Rechts, der Wechsel zu besseren sonstigen Standortbedingungen sowie das interne und externe Wachstum des Unternehmens.²⁵ Namentlich grenzüberschreitende Formwechsel haben auch den ihnen eigenen Vorzug der Identitätswahrung, durch die Unter-

²⁰ Siehe Art. 8 SE-VO, Art. 7 SCE-VO und Art. 13 f. EWIV-VO.

²¹ *Frank*, Formwechsel im Binnenmarkt, 2016, S. 43.

²² *Schön* (Fn. 5), S. 344.

²³ *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl. 2012, S. 726 f.; ausführlich den „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ als Alternative zur Rechtsangleichung diskutiert *Schön*, Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 1996, 221 (233 ff.); zu den ökonomischen Grundlagen siehe *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 45 ff.

²⁴ *Hushahn*, Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum, RNotZ 2014, 137 (139); *Seibold* (Fn. 19), S. 458 bringt infolge des *Brexit*s auch politische Motive ins Spiel.

²⁵ *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 765.

nehmen die genannten Vorteile ohne anderweitige Rechtsnachteile erhalten. Beispielsweise bleiben dem Rechtsträger anders als bei der Gesamtrechtsnachfolge auch öffentlich-rechtliche Genehmigungen und Konzessionen erhalten.²⁶

C. Europarechtlicher Rahmen

Die Art. 49, 54 AEUV²⁷ zeigen sich verantwortlich für wesentliche Umwälzungen im Bereich des Gesellschaftsrechts. Das Kollisions- und Sachrecht der Mitgliedstaaten ist daher in seiner konkreten Auswirkung durch das Europarecht überformt.²⁸ Zunächst wird in gebotener Kürze aufgezeigt, wie die europäische Rechtsprechung zur Verlegung des Verwaltungssitzes das internationale Gesellschaftsrecht beeinflusst hat. Anschließend folgt eine Untersuchung, inwiefern grenzüberschreitende Formwechsel durch die Niederlassungsfreiheit geschützt sind.

I. Einfluss der *EuGH*-Rechtsprechung zur Verwaltungssitzverlegung

Traditionell stehen sich im internationalen Gesellschaftsrecht zwei Lager gegenüber: Grob unterscheiden lassen sich zum einen die im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete Gründungstheorie²⁹, nach der an den Satzungssitz angeknüpft wird; demgegenüber steht zum anderen die mehrheitlich in Kontinentaleuropa und auch in Deutschland verfolgte Sitztheorie³⁰, nach der das Recht des tatsächlichen Sitzes anzuwenden ist.

²⁶ *Hushahn* (Fn. 24), S. 139; *Wicke*, Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels, DStR 2012, 1756 (1759); zu möglichen Problemen in diesem Zusammenhang: *Piehler*, in: Eckhardt/Herrmanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, Rn. 665.

²⁷ Art. 31, 34 EWR-Vertrag enthalten eine inhaltlich kongruente Regelung für den Europäischen Wirtschaftsraum, st. Rspr.: *EuGH*, Urt. v. 23.2.2006 – Rs. C-471/04 – *Keller Holding* ././ *Finanzamt Offenbach a. M.*, Rn. 49; Urt. v. 26.10.2006 – Rs. C-345/05 – *Kommission* ././ *Portugal*, Rn. 41; Urt. v. 18.1.2007 – Rs. C-104/06 – *Kommission* ././ *Schweden*, Rn. 32. Die folgenden Ausführungen gelten daher grundsätzlich entsprechend auch für EWR-Sachverhalte.

²⁸ *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 772.

²⁹ U.a. Großbritannien (vgl. etwa *Court of Appeals (England and Wales), Janred v. ENIT* (1989), 2 All ER 444) USA (vgl. etwa *Supreme Court of the United States, Edgar v. MITE Corp.*, 457 U.S. 624, 645 (1982)), aber auch Niederlande (Art. 118 Buch 10 NBW, deutsche Fassung in IPRax 2013, 585) und Schweiz (Art. 154 schweizerisches IPR-Gesetz).

³⁰ Neben Deutschland (z.B. *BGH*, NZG 2000, 926 f.) u.a. Belgien (Art. 110 f. belg. IPR-Gesetz), Frankreich (Art. L210-3 Code de Commerce) und Österreich (§ 10 österr. IPR-Gesetz).

1. Perspektive des Aufnahmemitgliedstaates

In der berühmten Entscheidungstrias *Centros*³¹ – *Überseering*³² – *Inspire Art*³³ ordnete der *EuGH* die Verwaltungssitzverlegung als Gebrauch der Niederlassungsfreiheit ein. Für den Aufnahmemitgliedstaat folgt hieraus der Grundsatz, dass eine Gesellschaft, die nach dem Recht des Mitgliedstaates, in dem sie ihren Satzungssitz hat, ordnungsgemäß gegründet wurde und die ihren Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegt, auf Grund der Art. 49, 54 AEUV als rechts- und parteifähig anzuerkennen ist.³⁴

Probleme können sich etwa dann ergeben, wenn eine in einem Gründungstheoriestaat inkorporierte Gesellschaft den Verwaltungssitz in einen Sitztheoriestaat verlegt. So wurden Gesellschaften daraufhin zum Teil als rechtliches *nullum* behandelt³⁵ oder in eine Gesellschaftsform nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates umqualifiziert³⁶.

2. Perspektive des Herkunftsmitgliedstaates

Einen anderen – für viele Stimmen in der Literatur überraschenden³⁷ – Weg ging der *EuGH* in *Cartesio* hinsichtlich Wegzugskonstellationen: In Anknüpfung an das Urteil in der Rs. *Daily Mail*³⁸ kann eine Gesellschaft sich gegenüber ihrem Herkunftsmitgliedstaat nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen, sodass derartige Beeinträchtigungen aus dem Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV fallen.³⁹ Der Grund hierfür liege darin, dass Gesellschaften jenseits der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine Realität hätten.⁴⁰ Ob eine Gesellschaft vorliege, sei daher eine nach nationalem

³¹ *EuGH*, Urt. v. 9.3.1999 – Rs. C-212/97 – *Centros* ./ *Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*.

³² *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – *Überseering* ./ *Nordic Construction Company Baumanagement*.

³³ *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam* ./ *Inspire Art*.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – *Überseering* ./ *Nordic Construction Company Baumanagement*, Rn. 80 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl. 2012, § 6 Rn. 46.

³⁵ So noch z.B. *OLG München*, NJW-RR 1995, 703 (704).

³⁶ Vgl. *BGH*, NJW 2009, 289 (291) – *Trabrennbahn*; *BGH*, EWiR 2010, 117 f. – *Singapur*; näher zu dieser „Wechselbalgtheorie“ *Weller*, Die „Wechselbalgtheorie“, in: FS Goette, 2011, S. 583 ff.

³⁷ Siehe nur die Nachweise bei *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 40, Fn. 142.

³⁸ *EuGH*, Urt. v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87 – *The Queen* ./ *Daily Mail*.

³⁹ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 110; a.A.: GA *Maduro*, Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 27.

⁴⁰ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 104; von Teilen der Literatur spöttisch als „Geschöpftheorie“ bezeichnet, vgl. *Rehm*, in: Eidenmüller, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, 2014, § 2 Rn. 61 f.

Recht zu beantwortende „Vorfrage“.⁴¹

Die Befugnisse der Herkunftsmitgliedstaaten wurden mithin wie folgt konkretisiert: Die Mitgliedstaaten bestimmen nicht nur darüber, wann eine Gesellschaft als gegründet anzusehen ist und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit kommt, sondern auch über den Fortbestand dieser Eigenschaft. Sie sind also im Grundsatz frei, „ihre“ Gesellschaften dadurch „einzumauern“, dass sie den Versuch des Wegzugs mit der Auflösung sanktionieren.⁴²

3. Konsequenzen für das internationale Gesellschaftsrecht und grenzüberschreitende Formwechsel

Festzuhalten ist mithin eine Zweispurigkeit der *EuGH*-Rechtsprechung, die aufgrund der Rückbindung einer Gesellschaft an ein bestimmtes nationales Recht zwischen Zuzugs- und Wegzugsfreiheit unterscheidet.

In der Anwendung der Sitztheorie gegenüber Gesellschaften aus dem europäischen Ausland liegt ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit. Überwiegend werden die Art. 49, 54 AEUV daher als versteckte Kollisionsnorm verstanden, die eine europarechtliche Gründungstheorie vorschreibt.⁴³ Dem wird entgegengehalten, dass der *EuGH* nicht die Anwendung der Sitztheorie schlechthin, sondern nur die dort enthaltenen Rechtsfolgen als unionswidrig einstufte.⁴⁴ Diese Kritik verdient zwar insoweit Zustimmung, als dass der *Gerichtshof* Beeinträchtigungen ungeachtet ihres kollisions- oder sachrechtlichen Ursprungs verbietet.⁴⁵ Dennoch folgt aus der zwingenden Anerkennung der ausländischen Gesellschaft jedenfalls für Fragen der Gründung die Anwendung des jeweiligen

⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 109.

⁴² *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 54; *GA Maduro* spricht plastisch von „Todesstrafe“, Schlussanträge v. 22.5.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 31. Eine die Niederlassungsfreiheit beschränkende Regelung sah der *EuGH* indes in einer Wegzugsbesteuerung, *EuGH*, Urt. v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10 – *National Grid Indus* ./ *Inspecteur van de Belastingdienst*; die Lehre schließt hieraus, dass nicht-gesellschaftsrechtliche Wegzugsbeschränkungen, nicht aber gesellschaftsrechtliche in den Anwendungsbereich der Art. 49, 54 AEUV fallen, vgl. *Weller*, in: *MüKo-GmbHG I*, 2010, Einl. Rn. 364a.

⁴³ *Behrens*, Gemeinschaftsrechtliche Grenze der Anwendung inländischen Gesellschaftsrechts auf Auslandsgesellschaften nach Inspire Art, *IPRax* 2004, 20 (25); *Eidenmüller*, Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, *ZIP* 2002, 2233 (2241 f.); *Leible/Hoffmann*, „Überseering“ und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, *RIW* 2002, 925 (928).

⁴⁴ *Kindler*, in: *MüKo-BGB XI* (Fn. 17), Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 143.

⁴⁵ *Teichmann* (Fn. 1), S. 678; *Zwirlein*, Grenzüberschreitender Formwechsel – europarechtlich veranlasste Substitution im UmwG, *ZGR* 2017, 114 (120).

ausländischen Gesellschaftsrechts.⁴⁶ Geht man darüber hinaus von der Prämisse eines einheitlichen Gesellschaftsstatuts aus,⁴⁷ so ist das Verständnis als versteckte Kollisionsnorm vorzugswürdig.

Für grenzüberschreitende Formwechsel hat dies zur Konsequenz, dass die bloße Verwaltungssitzverlegung aus Sicht des Aufnahmemitgliedstaates keinen Statutenwechsel bewirkt. Durch die Gründungstheorie ist vielmehr die Verlegung des Satzungssitzes erforderlich. Ein logischer Konnex zwischen Satzungssitzverlegung und einem Statutenwechsel besteht allerdings nicht.⁴⁸ So wäre es denkbar, dass ein Mitgliedstaat einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft die Möglichkeit eines Satzungssitzes im Ausland gewährt.⁴⁹ Gegenwärtig ist es allerdings so, dass sämtliche Mitgliedstaaten auf Ebene des Sachrechts ihre eigenen Rechtsformen an das Erfordernis eines inländischen Satzungssitzes koppeln.⁵⁰ Praktisch fällt aufgrund dieses Zusammenspiels von Kollisions- und Sachrecht ein grenzüberschreitender Formwechsel regelmäßig mit einer Satzungssitzverlegung zusammen.

II. Schutz des grenzüberschreitenden Formwechsels durch die Niederlassungsfreiheit

1. Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit

Zum Zweck der Verwirklichung des Binnenmarktes gewährt die Niederlassungsfreiheit verschiedene Möglichkeiten, die Struktur einer Gesellschaft grenzüberschreitend zu verändern.⁵¹ Nach der *EuGH*-Rechtsprechung unterscheidet sich aber das Maß garantierter Mobilität je nach konkreter Strukturmaßnahme. Zur genaueren Analyse des grenzüberschreitenden Formwechsels sollte man zwischen Wegzugs- und Zuzugskonstellationen trennen. Zwar handelt es sich nur bei der Wegzugskonstellation um einen Herausformwechsel. Doch spielt die Zuzugskonstellation auch beim Herausformwechsel insoweit eine Rolle, als es zu einem Zusammenspiel der Rechtsordnungen des Wegzugs- und des Zuzugsstaates kommt.⁵² Daher sollen hier beide Perspektiven beleuchtet werden.

Namentlich grenzüberschreitende Formwechsel haben zudem den ihnen eigenen Vorzug der Identitätswahrung, durch die Unternehmen die genannten Vor-

⁴⁶ *Teichmann* (Fn. 1), S. 679; durch ein bloßes Anerkennungsstatut auf Sachrechtsebene würde die Gesellschaft nicht *als solche* respektiert, vgl. *Weller* (Fn. 36), S. 588.

⁴⁷ *Weller* (Fn. 36), S. 588; *Zwirlein* (Fn. 45), S. 121.

⁴⁸ *Schön* (Fn. 5), S. 355 f.

⁴⁹ Zu denken wäre in dem Fall allenfalls an völkerrechtliche Implikationen.

⁵⁰ *Weller* (Fn. 12), S. 510; für das deutsche Recht siehe §§ 4a GmbHG, 5 AktG.

⁵¹ Überblick zu den einzelnen Möglichkeiten bei: *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 51 ff.

⁵² Näher siehe unten **D. II. 2.**

teile ohne anderweitige Rechtsnachteile erhalten. Vorweggeschickt sei zudem, dass europäisches Sekundärrecht keine Vorbedingung für die Niederlassungsfreiheit ist.⁵³ Folglich kann die nur fragmentarische Harmonisierung im Bereich der Unternehmensmobilität der Durchführung grenzüberschreitender Formwechsel nicht entgegengehalten werden.

a) *Wegzugskonstellation*

Lange war es in Rechtsprechung und Literatur streitig, ob grenzüberschreitende Formwechsel einen Gebrauch der Niederlassungsfreiheit darstellen.⁵⁴ Schließlich bestätigte der *EuGH obiter dicens* in *Cartesio*, dass der Wegzugsstaat jedenfalls bei einer statutenwechselnden Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat die Art. 49, 54 AEUV zu beachten habe.⁵⁵ Insofern knüpfte der *Gerichtshof* an die allgemein gehaltene Argumentation aus *SEVIC* an, nach der grenzüberschreitende Verschmelzungen aufgrund naheliegender „Kooperations- und Umgestaltungsbedürfnisse von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten“ unter Art. 49, 54 AEUV fallen.⁵⁶

Auffallend ist an der Entscheidung vor allem, dass der *EuGH* lediglich von der „Verlegung des Sitzes“ spricht, wohingegen er in anderen Fällen präzise zwischen dem „satzungsmäßigen Sitz“ und dem „tatsächlichen Sitz“ trennt.⁵⁷ Hieran wird deutlich, dass nicht die Satzungssitzverlegung, sondern auf einer abstrakteren Ebene der grenzüberschreitende Formwechsel unabhängig von der jeweiligen Anknüpfung in den nationalen Kollisionsrechten geschützt ist.⁵⁸

Endgültige Klarheit brachte insofern schließlich das Urteil zu *Polbud*⁵⁹, das den Fall eines Herausformwechsels zum Gegenstand hatte. Sowohl Generalanwältin

⁵³ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 26; Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 38.

⁵⁴ Für Nachweise zu den jeweiligen Ansichten siehe *Bayer/Schmidt*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung und grenzüberschreitende Restrukturierungen nach MoMiG, *Cartesio* und Trabrennbahn, *ZHR* 2009, 735 (753 f., Fn. 133 u. 136 f.).

⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 111.

⁵⁶ So sieht auch *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 786 f. die Argumentation in *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 19 als übertragbar an; vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 64.

⁵⁷ *Teichmann*, *Cartesio*: Die Freiheit zum formwechselnden Wegzug, *ZIP* 2009, 393 (394).

⁵⁸ *Ebd.*, S. 394; *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 790; vgl. bspw. *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 47.

⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*.

Kokott als auch die zuständige *Große Kammer*⁶⁰ befürworteten in Übereinstimmung mit dem zuvor Erörterten für diese Konstellation die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Art. 49, 54 AEUV.⁶¹

b) Zuzugskonstellation

In der Zuzugskonstellation ist das Urteil zu *VALE* maßgeblich. Danach kann sich eine Gesellschaft gegenüber dem Zuzugsstaat auf die Niederlassungsfreiheit berufen (Fall des *Hereinformwechsels*).⁶² Voraussetzung sei dabei, dass der Mitgliedstaat inländischen Gesellschaften einen Formwechsel erlaubt.⁶³ Mittlerweile besteht jedoch in allen Mitgliedstaaten für inländische Gesellschaften die Möglichkeit eines Formwechsels.⁶⁴ Das Kriterium ist mithin gegenwärtig nur von theoretischer Bedeutung.

Beachtung verdient schließlich auch die Bemerkung des *EuGH* zu den fehlenden Harmonisierungsvorschriften. Angesichts dessen seien die Mitgliedstaaten berechtigt, das den Vorgang regelnde Sachrecht festzulegen. In Ermangelung spezieller Vorschriften seien *mutatis mutandis* die Bestimmungen über „*innerstaatliche Umwandlungen*“ anzuwenden^{65,66}

c) Erfordernis einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit

Lange Zeit war umstritten, ob die formwechselnde Gesellschaft in dem Zuzugsstaat eine „*wirkliche wirtschaftliche Tätigkeit*“ ausüben müsse.⁶⁷ Konkret geht es um die Frage, ob eine isolierte Satzungsverlegung überhaupt einen Gebrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt.

Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht sei die Frage einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Aufnahmestaat lediglich auf Rechtfertigungsebene zu be-

⁶⁰ Dass der Fall einer großen Kammer zugewiesen wurde, zeigt auch die Bedeutung der Entscheidung, vgl. *Stiegler*, Anm. zu den Schlussanträgen v. GA'in *Kokott* in der Rs. *Polbud* (C-106/16), GmbHR 2017, 650 (651).

⁶¹ GA'in *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 43; *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 32 ff.

⁶² *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 30 ff.

⁶³ *Ebd.*, Rn. 33.

⁶⁴ *Szydło*, The Right of Companies to Cross-Border Conversion under the TFEU Rules on Freedom of Establishment, ECFR 2010, 414 (437); zu einzelnen Regelungen siehe die Nachweise bei *Stiegler* (Fn. 12), S. 39, Fn. 199.

⁶⁵ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 43-52.

⁶⁶ Freilich unterliegt auch das nationale Umwandlungsrecht niederlassungsrechtlicher Kontrolle, näher siehe unten **C. II. 2. b)**.

⁶⁷ So die Bemerkung des *EuGH* in *VALE*, siehe *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 34; anknüpfend an *EuGH*, Urt. v. 12.9.2006 – Rs. C-196/04 – *Cadbury Schweppes* ./ . *Commissioners of Inland Revenue*, Rn. 54.

rücksichtigen.⁶⁸ Viele andere hielten dies dagegen bereits im Rahmen des Anwendungsbereichs der Art. 49, 54 AEUV für relevant.⁶⁹

Bedeutung erlangt dieser Streitpunkt für den Wegzugsstaat, wenn der Zuzugsstaat über die niederlassungsrechtlich gebotenen Anforderungen hinaus⁷⁰ eine Gesellschaft ohne Niederlassung im eigenen Staatsgebiet zulässt. Dann kann der Wegzugsstaat den Herausformwechsel nur verweigern, wenn der Gesellschaft die Berufung auf Art. 49, 54 AEUV von vornherein verwehrt ist.

In Anlehnung an die *Centros*-Rechtsprechung zur Rechtswahlfreiheit bei Unternehmensgründungen beantwortete der *EuGH* die Streitfrage in *Polbud* dahingehend, dass eine wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmestaat nicht erforderlich sei.⁷¹ Ebenso wenig stelle es für sich genommen einen Missbrauch dar, wenn eine Gesellschaft ihren Satzungssitz nur deshalb verlegt, um in den Genuss günstigerer Rechtsvorschriften zu kommen.⁷² Mit der Entscheidung lehnte der *Gerichtshof* zugleich die Ansicht der Generalanwältin *Kokott* ab, die zumindest die Absicht der Aufnahme geschäftlicher Tätigkeit im Aufnahmemitgliedstaat verlangt hatte.⁷³

Gegen die Argumentation des *EuGH* könnte man einwenden, dass sich eine derartige Auslegung allzu weit vom Wortlaut der Art. 49, 54 AEUV entfernt. Dieser stellt auf den faktischen Vorgang einer Niederlassung ab.⁷⁴ Fasste man nun die isolierte Satzungssitzverlegung unter den Gewährleistungsgehalt der Art. 49, 54 AEUV, so wird auf dieses Moment gänzlich verzichtet.

Folgende Überlegung spricht indes gegen ein solches Verständnis: Demnach dürfte der Gesellschaft zwar die isolierte Satzungssitzverlegung versagt werden; sie hätte aber nach der Rechtsprechung zur Verwaltungssitzverlegung das Recht, nach der Verlegung des Verwaltungs- und Satzungssitzes sofort wieder

⁶⁸ *Bayer/Schmidt* (Fn. 8), S. 1486; *Behme*, Der grenzüberschreitende Formwechsel von Gesellschaften nach *Cartesio* und *Vale*, NZG 2012, 936 (939); *Schön* (Fn. 5), S. 360.

⁶⁹ *Böttcher/Kraft*, Grenzüberschreitender Formwechsel und tatsächliche Sitzverlegung, NJW 2012, 2701 (2703); *Kindler* (Fn. 8), S. 891; *Verse* (Fn. 13), S. 478.

⁷⁰ Vgl. die Ausführungen zu *Daily Mail* und *Cartesio* oben unter **C. I. 2.**

⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 37.

⁷² *Ebd.*, Rn. 40, 62.

⁷³ GA in *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 36.

⁷⁴ In diese Richtung *Kindler*, Unternehmensmobilität nach „*Polbud*“: Der grenzüberschreitende Formwechsel in Gestaltungspraxis und Rechtspolitik, NZG 2018, 1 (3); *Stelmaszczyk*, Grenzüberschreitender Formwechsel durch isolierte Verlegung des Satzungssitzes, EuZW 2017, 890 (893); vgl. auch *Roth*, Grenzüberschreitender Rechtsformwechsel nach *VALE*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 965 (989).

ihre wirtschaftliche Tätigkeit in den Herkunftsstaat zu verlagern.⁷⁵

Für beide Seiten sprechen daher gewichtige Argumente. Letztlich wird man aber um die klaren Worte des *Gerichtshofs* nicht umhinkommen und künftig einen Anspruch auf eine isolierte Satzungssitzverlegung aus Art. 49, 54 AEUV ableiten können.⁷⁶

Konsequenz dieser Entscheidung ist es, dass auch die nachträgliche Rechtswahl unter den Schutz der Niederlassungsfreiheit fällt.⁷⁷ So wird auch bereits bestehenden Gesellschaften ermöglicht, ohne größere Umstände eine Reinkorporation durchzuführen. Durch diese Wahlfreiheit hat der Herausformwechsel also das Potenzial, den Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen weiter zu entfachen.⁷⁸

d) Sonderfall des grenzüberschreitenden Formwechsels einer Personengesellschaft

Aus dem Urteil *Cartesio*, in dem der *EuGH* wie selbstverständlich die zuvor aufgestellten Grundsätze auf eine Kommanditgesellschaft übertrug⁷⁹, ergibt sich, dass die einschlägige Rechtsprechung auch für Personengesellschaften gilt.⁸⁰ Ohne näher auf das komplizierte Feld der Personengesellschaften im internationalen Gesellschaftsrecht einzugehen⁸¹, können diese als Beispiel für grenzüberschreitende Formwechsel ohne Satzungssitzverlegung dienen. Verweigert das Kollisionsrecht eines Mitgliedstaates bei Verlegung des Verwaltungssitzes einer nicht registrierten Personengesellschaft die Beibehaltung der Rechtsform, so ist dies nach *Cartesio* und *VALE* zwar als außerhalb des grundfreiheitlichen Schutzes zu akzeptieren.⁸² Bezweckt die Gesellschaft jedoch damit zugleich einen Rechtsformwechsel, so muss der Mitgliedstaat dies durch einen Statuten-

⁷⁵ *Behme* (Fn. 68), S. 939; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 59.

⁷⁶ So auch *Kieninger*, Internationales Gesellschaftsrecht zwischen Polbud, Panama und Paradise, *EuZW* 2018, 309 (313), a.A. wohl *Stiegler*, Grenzüberschreitender Formwechsel: Zulässigkeit eines Herausformwechsels, *AG* 2017, 846 (849 f.).

⁷⁷ *Kieninger* (Fn. 76), S. 313.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 315 f.; *Kieninger*, Niederlassungsfreiheit als Freiheit der nachträglichen Rechtswahl, *NJW* 2017, 3624 (3627).

⁷⁹ *Cartesio* war eine Gesellschaft mit Rechtsform einer Kommanditgesellschaft ungarischen Rechts (*betéti társaság*), siehe *EuGH*, *Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – Cartesio*, Rn. 21.

⁸⁰ A.A. *Leible/Hoffmann*, *Cartesio* – fortgeltende Sitztheorie, grenzüberschreitender Formwechsel und Verbot materiellrechtlicher Wegzugsbeschränkungen, *BB* 2009, 58 (59), die eine KG nach autonomer europarechtlicher Qualifikation als Körperschaft einordnen.

⁸¹ Ausführlich zu Personengesellschaften im internationalen Gesellschaftsrecht *Roth*, Internationalprivatrechtliche Aspekte der Personengesellschaften, *ZGR* 2014, 168 ff.

⁸² *EuGH*, *Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – Cartesio*, Rn. 110; *Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – VALE*, Rn. 29.

wechsel ermöglichen.⁸³

e) *Zwischenergebnis*

Anders als die formwahrende Verwaltungssitzverlegung⁸⁴ ist der grenzüberschreitende Formwechsel sowohl gegenüber dem Zuzugs- als auch dem Wegzugsstaat ein niederlassungsrechtlich relevanter Vorgang. Insofern findet die alleinige Definitionsautonomie der Mitgliedstaaten über die nach ihrem Recht gegründeten Gesellschaften dann eine Grenze, wenn die Gesellschaft sich dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterwerfen möchte. Dass darüber hinaus auch keine wirtschaftliche Tätigkeit im Aufnahmestaat gefordert wird, führt zu einem Verständnis der Niederlassungsfreiheit als umfassende Rechtsformfreiheit.

2. Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit

Nach allgemeiner Grundfreiheiten-Dogmatik und so auch grundsätzlich bei der Niederlassungsfreiheit lassen sich die Eingriffstatbestände der Diskriminierung sowie der sonstigen Beschränkung unterscheiden.⁸⁵ Diskriminierungen stellen jegliche Schlechterstellungen aufgrund der Staatsangehörigkeit dar.⁸⁶ Als Beschränkungen sind diejenigen Maßnahmen anzusehen, die die Ausübung dieser Freiheit unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen.⁸⁷

a) *Abgrenzung des Eingriffstatbestandes zwischen Diskriminierung und Beschränkung*

Weniger eindeutig ist die Rechtslage im Bereich von grenzüberschreitenden Formwechseln.

Vor dem Hintergrund der Ausführungen in *VALE*, dass ein Formwechsel nur davon abhängt, ob der Zuzugsstaat seinen inländischen Gesellschaften Form-

⁸³ Roth (Fn. 81), S. 204; vgl. auch Stiegler, Grenzüberschreitende Mobilität von Personengesellschaften, ZGR 2017, 312 (333).

⁸⁴ Siehe oben C. I.

⁸⁵ Ursprünglich erfasste die Niederlassungsfreiheit nur Diskriminierungen, zur Entwicklungsgeschichte siehe Teichmann, (Fn. 57), S. 394 ff.

⁸⁶ Tiedje, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I (Fn. 2), Art. 49 AEUV Rn. 72; im Fall von Gesellschaften: Schlechterstellungen aufgrund ihres Sitzes, vgl. Korte, in: Callies/-Ruffert, 5. Aufl. 2016, Art. 49 AEUV Rn. 47.

⁸⁷ St. Rspr.: *EuGH*, Urt. v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – *Gebhard* ./ *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*; Urt. v. 17.10.2002 – Rs. C-79/01 – *Payroll*; Urt. v. 5.10.2004 – Rs. C-442/02 – *CaixaBank France* ./ *Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*; Urt. v. 29.11.2011 – Rs. C-371/10 – *National Grid Indus* ./ *Inspecteur van de Belastingdienst*; Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-201/15 – *AGET Iraklis* ./ *Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis* (Nachweise betreffend die Niederlassungsfreiheit).

wechsel erlaubt⁸⁸, kann jedenfalls für den Herausformwechsel als gesichert gelten, dass dem Wegzugsstaat ein Beschränkungsverbot auferlegt ist.⁸⁹

Unklar ist dagegen die Situation des Zuzugsstaates, bezüglich dessen Maßnahmen es in *VALE* heißt: „Diese unterschiedliche Behandlung [...] stellt somit eine Beschränkung [...] dar.“⁹⁰ Insbesondere das eben genannte, in *VALE* aufgestellte Erfordernis legt hier den Schluss eines bloßen Diskriminierungsverbots nahe.⁹¹ Indes ist zu prüfen, ob ein Diskriminierungsverbot den in diesem Zusammenhang aufkommenden Sachverhalten gerecht werden kann. Denn typischerweise strebt eine Gesellschaft grenzüberschreitend einen rechtsformkongruenten Formwechsel an, beispielsweise von einer deutschen zu einer österreichischen GmbH. Für diese Konstellation weisen die nationalen Rechtsordnungen jedoch keine Regeln auf, da ein rechtsformkongruenter Wechsel bei inländischen Sachverhalten kaum vorstellbar ist.⁹² Ein Diskriminierungsverbot würde somit der Andersartigkeit und Internationalität grenzüberschreitender Formwechsel nicht hinreichend Rechnung tragen.⁹³ Insofern ist es nicht angezeigt, im Fall des Zuzugsstaates von der allgemeinen Dogmatik und den an den Wegzugsstaat angelegten Maßstäben abzuweichen.⁹⁴

Die besseren Gründe sprechen daher dafür, auch bei grenzüberschreitenden Formwechseln Beschränkungen umfassend Eingriffsqualität zuzusprechen.⁹⁵

b) Beeinträchtigung durch die Ausgestaltung des Formwechsels

In Anbetracht dessen, dass auf grenzüberschreitende Formwechsel mitgliedstaatliches Sachrecht anzuwenden ist,⁹⁶ greift der *EuGH* auf die u.a. auf Art. 197 AEUV gestützten allgemeinen unionsrechtlichen Vollzugsmaßstäbe

⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 33; vgl. Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 112.

⁸⁹ *Teichmann* (Fn. 1), S. 686.

⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 36 (eig. Hervorhebung); *Weller/Rentsch* schreiben, dass die Maßstäbe des Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot verschwämmen, siehe *Weller/Rentsch*, Die Kombinationslehre beim grenzüberschreitenden Rechtsformwechsel, IPRax 2013, 530 (531, Fn. 31).

⁹¹ Für ein Diskriminierungsverbot z.B. *Ego*, in: MüKo-AktG VII, 3. Aufl. 2012, Überblick über die Niederlassungsfreiheit von Kapitalgesellschaften, Rn. 74; *Bayer/Schmidt* (Fn. 8), S. 1488 f.; *Behme* (Fn. 68), S. 938.

⁹² *Biermeyer*, Shaping the space of cross-border conversions in the EU, CMLR 50 (2013), 571 (579 f.); *Schön* (Fn. 5), S. 345.

⁹³ *Biermeyer* (Fn. 92), S. 585; *Roth* (Fn. 81), S. 211.

⁹⁴ Vgl. auch *Schön* (Fn. 5), S. 346.

⁹⁵ Hiervon geht – ohne dies zu problematisieren – offenbar auch die Kammer und GA in *Kokott* in *Polbud* aus, siehe *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 46 und Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 44 ff.

⁹⁶ Hierzu bereits oben **C. II. 1. b)**.

der Äquivalenz und der Effektivität als Schranken der mitgliedstaatlichen Regelausübung zurück.⁹⁷

Nach dem Äquivalenzgrundsatz darf das anzuwendende mitgliedstaatliche Sachrecht nicht ungünstiger sein als dasjenige Recht, welches gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regelt.⁹⁸ Im Gegenzug ist der Mitgliedstaat allerdings nicht dazu verpflichtet, grenzüberschreitende Vorgänge günstiger als innerstaatliche Vorgänge zu behandeln.⁹⁹ Der Effektivitätsgrundsatz wiederum gewährleistet, dass die Ausübung der Niederlassungsfreiheit nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird.¹⁰⁰

Zwar nahm der *Gerichtshof* in seinen Entscheidungen keine ausdrückliche Einordnung der Figur in die allgemeine Grundfreiheiten-Dogmatik vor, doch da der *EuGH* Verstöße gegen die genannten Grundsätze als der Rechtfertigung zugänglich anerkennt¹⁰¹, ist von einer Beeinträchtigung der Art. 49, 54 AEUV auszugehen.¹⁰²

3. Rechtfertigung

Ausgenommen der ausdrücklichen, i.d.R. aber nicht einschlägigen Rechtfertigungsgründe in Art. 51, 52 AEUV sind nach ständiger Rechtsprechung Beeinträchtigungen nur statthaft, wenn sie durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind.¹⁰³ Hierzu muss eine Beeinträchtigung geeignet sein, das mit ihr verfolgte Ziel zu erreichen, und darf nicht über das dafür Erforderliche hinausgehen.

Auf eine detaillierte Auseinandersetzung verzichtete der *EuGH*, dem bislang lediglich pauschale Verbote vorgelegt wurden, bis zum jetzigen Zeitpunkt. Stattdessen verwies der *Gerichtshof* darauf, dass jedenfalls die Liquidation nicht

⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 47 f.; zur Herleitung der Grundsätze siehe *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 534.

⁹⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 48.

⁹⁹ *Ebd.*, Rn. 54.

¹⁰⁰ *Ebd.*, Rn. 48.

¹⁰¹ Siehe *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 56; vgl. auch *Teichmann*, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht VI, 2016, § 6 Rn. 57.

¹⁰² Dieselbe Einordnung nimmt *Verse* (Fn. 13), S. 481 vor.

¹⁰³ Grundlegend: *EuGH*, Urt. v. 20.2.1979 – C-120/78, *Rewe-Zentral AG ./.* *Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon); für alle Grundfreiheiten verallgemeinert: *EuGH*, Urt. v. 30.11.1995 – Rs. C-55/94 – *Gebhard ./.* *Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*; für Art. 49, 54 AEUV bestätigt: *EuGH*, Urt. v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam ./.* *Inspire Art.*

das mildeste Mittel zur Wahrung schutzwürdiger Interessen darstelle.¹⁰⁴

a) *Wegzugs constellation*

Aus Sicht des Wegzugsstaates scheinen berechnigte Schutzinteressen nahelegend. Vor allem ist an den Schutz der *Stakeholder* (Gläubiger, Minderheitsgesellschafter und Arbeitnehmer) zu denken.¹⁰⁵ Auch legitime Interessen des Fiskus sind nicht von vornherein ausgeschlossen.¹⁰⁶

Im Kontext von Unternehmensmobilität als zumindest grundsätzlich einschlägig nennt der *EuGH* speziell den Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern¹⁰⁷ sowie die Wahrung der Wirksamkeit der Steueraufsicht und der Lauterkeit des Handelsverkehrs.¹⁰⁸ Hinsichtlich der Schutzintensität wird in der Literatur die Orientierung an dem insoweit bestehenden *acquis communautaire* zu grenzüberschreitenden Strukturmaßnahmen vorgeschlagen.¹⁰⁹ Einen solchen Weg schlägt auch Generalanwältin *Kokott* in *Polbud* ein, wenn sie Regelungen analog vergleichbarer Vorschriften in bestehenden europäischen Richtlinien vorschlägt.¹¹⁰

b) *Zuzugs constellation*

Aus Sicht des Zuzugsstaates ist es dagegen kaum vorstellbar, dass einem zuziehenden Rechtsträger, der sämtliche Gründungsvorschriften und somit in vollem Umfang die Sachnormen des Zuzugsstaates erfüllt, auf eine einer Recht-

¹⁰⁴ So in *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 40; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 25.10.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 56 ff.

¹⁰⁵ *Hübner*, Der grenzüberschreitende Formwechsel nach Vale – zur Satzungssitzverlegung von Luxemburg nach Deutschland, *IPRax* 2015, 134 (138).

¹⁰⁶ *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 790; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 60; vgl. zur Tauglichkeit v. Fiskalinteressen als zwingende Gründe des Allgemeinwohls auch *EuGH*, Urt. v. 29.3.2007 – Rs. C-347/04 – *Reve Zentralfinanz eG ./.* *Finanzamt Köln-Mitte*.

¹⁰⁷ Str. ob der Schutz von Arbeitnehmerinteressen die unternehmerische Mitbestimmung umfasst; richtigerweise ist dies zu bejahen, vgl. *Eidenmüller/Rehm*, Niederlassungsfreiheit versus Schutz des inländischen Rechtsverkehrs, *ZGR* 2004, 159 (184 f.); hiervon geht ohne nähere Diskussion auch GA'in *Kokott* aus, vgl. Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 64.

¹⁰⁸ *EuGH*, Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00 – *Überseering ./.* *Nordic Construction Company Baumanagement*, Rn. 92; Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 28.; Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 39.

¹⁰⁹ *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 799.

¹¹⁰ GA'in *Kokott*, Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 60, 62, 65; Art. 13 Abs. 2 Unterabs. 2 der RL 2011/35/EU bzgl. Ansprüche auf Sicherheitsleistungen für Forderungen der Gläubiger; Art. 16 Abs. 2 der RL 2004/25/EG bzgl. einer Abfindungsmöglichkeit für Minderheitsgesellschafter; Art. 16 der RL 2005/56/EG bzgl. Arbeitnehmermitbestimmung.

fertigung zugänglichen Weise darüberhinausgehende Anforderungen gestellt werden können.¹¹¹

III. Ergebnis

Die Mitgliedstaaten haben Gesellschaften die freie Standortwahl innerhalb des Binnenmarktes zu gewähren. Zu respektieren ist jedoch die kollisionsrechtliche Entscheidung der Mitgliedstaaten über das Ende einer Gesellschaft unter ihrem Recht. In diesem Fall wird die freie Standortwahl durch grenzüberschreitende Formwechsel ermöglicht. Den Mitgliedstaaten verbleibt dabei nur insoweit die Regelungshoheit, wie es schützenswerte Interessen rechtfertigen.

D. Deutsche Rechtslage im Lichte der europarechtlichen Vorgaben

Nachdem der europarechtliche Hintergrund abgesteckt ist, bleibt darzulegen, wie die supranationalen Vorgaben im deutschem Recht umgesetzt werden. In Ermangelung positiven Rechts oder nationaler Rechtsprechung zum Ablauf des Herausformwechsels erfolgen die weiteren Ausführungen auf der Grundlage des Beschlusses des *OLG Frankfurt a. M.*

I. Darstellung von *OLG Frankfurt a. M.*, Beschluss vom 3.1.2017 – 20 W 88/15¹¹²

1. Zugrunde liegender Sachverhalt¹¹³

Die Beschwerdeführerin ist eine in Frankfurt a. M. im Handelsregister eingetragene GmbH. Am 15.9.2014 meldete sie bei dem zuständigen deutschen Registergericht die Eintragung der Verlegung ihres Satzungssitzes nach Italien unter Formwechsel in eine italienische *società a responsabilità limitata*¹¹⁴ (im Folgenden: *s.r.l.*) an.

Am selben Tag hatte die Gesellschafterversammlung der Beschwerdeführerin zuvor eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrags beschlossen. Das Registergericht verweigerte aus verschiedenen Gründen die begehrte Eintra-

¹¹¹ So auch *Grundmann* (Fn. 9), Rn. 790.

¹¹² Nachfolgend wird für eine exakte Zitierung auf die Veröffentlichung in der jurisdatabank (*OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15 (juris) verwiesen, da die Abdrucke in Zeitschriften entweder gekürzt oder die Absätze nicht mit Randziffern versehen sind.

¹¹³ Zum Sachverhalt siehe *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 1-24 (juris).

¹¹⁴ I.e. die italienische „Parallelform“ zur deutschen GmbH, siehe hierzu: *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 11 Rn. 6.

gung.¹¹⁵ Am 3.11.2014 erfolgte dessen ungeachtet die Eintragung der Gesellschaft als *s.r.l.* im Handelsregister in Italien.

Per Versagungsbeschluss vom 2.2.2015 lehnte das Registergericht indes eine Eintragung in das deutsche Handelsregister ab: Die Anmeldung vom 15.9.2014 ebenso wie der Gesellschafterbeschluss desselben Tages seien lediglich auf eine unzulässige grenzüberschreitende formwahrende Sitzverlegung gerichtet. weiterhin unterliege ein Formwechsel den Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG, die auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel nicht anwendbar seien. Eine abweichende Bewertung ergebe sich schließlich auch nicht unter Berücksichtigung der *EuGH*-Rechtsprechung.

2. Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.

Das *OLG Frankfurt a. M.* hob den Beschluss des Registergerichts auf und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung zurück.¹¹⁶

Entgegen der Auffassung des Registergerichts habe die Anmeldung – wie aus den Unterlagen der Gesellschaft erkennbar werde – keine rechtsformwahrende Sitzverlegung, sondern vielmehr einen mit der Sitzverlegung verbundenen Rechtsformwechsel zum Gegenstand. In gleicher Weise sei auch der inhaltlich der Anmeldung entsprechende Gesellschafterbeschluss zu interpretieren. Mithin könne der Gesellschafterbeschluss vom 15.9.2014 auch nicht i.S.d. § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG als Auflösungsbeschluss ausgelegt werden.¹¹⁷

In der Folge stellte das *Gericht* nach ausführlicher Auseinandersetzung mit den *EuGH*-Urteilen *SEVIC*, *Cartesio* und *VALE* fest, dass ein Herausformwechsel aufgrund der Vorgaben der Niederlassungsfreiheit zulässig sei. Mithin sei das deutsche Recht entsprechend unionsrechtskonform auszulegen. Aus diesem

¹¹⁵ Aus dem Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* ergibt sich, dass der Gesellschafterbeschluss nicht die Angaben des § 194 Abs. 1 UmwG enthielt; weiterhin war u.U. die vorgelegte Gesellschaftervollmacht unzureichend und ein Umwandlungsbericht bzw. ein entsprechender Verzicht (§ 192 UmwG) fehlten, vgl. *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 52 (juris).

¹¹⁶ Zum Folgenden: *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 25-56 (juris).

¹¹⁷ So nach bislang h.M. die Rechtsfolge eines auf eine rechtsformwahrende Sitzverlegung gerichteten Gesellschafterbeschlusses, vgl. *Roth/Altmeyden*, 8. Aufl. 2015, § 4a GmbHG Rn. 23 m.w.N. Die Abgrenzung zwischen einer rechtsformwahrenden Sitzverlegung und einem grenzüberschreitenden Formwechsel erfolgt nach einer entsprechenden Wechselabsicht, vgl. *Stiegler* (Fn. 12), S. 247 f.; *Krajka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 1211b; *Simon u.a.*, in: Vermeulen/Vande Velde, European Cross-Border Mergers and Reorganization Rn. 8.157; *Schluck-Amend*, in: Ziemons/Binnewies, Handbuch der Aktiengesellschaft, 2017, Rn. 4.114, 4.117.

Grund stünden weder der *numerus clausus* der umwandlungsfähigen Rechtsträger in § 1 Abs. 1 Nr. 4 bzw. § 191 Abs. 2 UmwG noch das Analogieverbot gemäß § 1 Abs. 2 UmwG einem grenzüberschreitenden Formwechsel entgegen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht für einen rechtsformkongruenten Herausformwechsel.

Mit Verweis auf die Vereinigungstheorie erklärt das *Gericht* deutsches Recht für anwendbar. Die maßgeblichen Vorschriften seien die §§ 190 ff. UmwG. Insbesondere sei angesichts des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes auch die Heilungsvorschrift des § 202 Abs. 1 Nr. 1 u. 3, Abs. 2 u. 3 UmwG¹¹⁸ analog anzuwenden. Denn anderenfalls würde der Herausformwechsel gegenüber einem innerstaatlichen Formwechsel benachteiligt.

Das *Gericht* kommt daher zu dem Ergebnis, dass etwaige Mängel bei der Anmeldung durch die Eintragung als *s.r.l.* in das italienische Handelsregister geheilt seien. Das Registergericht habe daher die Eintragung des Herausformwechsels aus den von ihm genannten Gründen nicht zurückweisen dürfen. Abschließend weist es darauf hin, dass nach der Aktenlage die Beschwerdeführerin auch eine wirtschaftliche Tätigkeit in Italien aufnahm und daher die Streitfrage, ob die Anwendung der Niederlassungsfreiheit die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit voraussetzt, offenbleiben konnte.¹¹⁹

II. Analyse der Argumentation

1. Zulässigkeit des Herausformwechsels ins EU-Ausland

Eingangs ist festzustellen, dass das *OLG Frankfurt a. M.* in ausführlicher Auseinandersetzung mit der *EuGH*-Rechtsprechung zutreffend von der Zulässigkeit des Herausformwechsels ins EU-Ausland ausgeht. Damit weicht es von der herkömmlichen Rechtsprechungslinie deutscher Gerichte¹²⁰ ab.

2. Bestimmung der anwendbaren Rechtsordnung

Auf Ebene des Kollisionsrechts begnügt sich das *OLG Frankfurt a. M.* mit dem Hinweis, dass nach dem *EuGH* wie auch der herrschenden Lehre auf die Vereinigungstheorie (oder auch Kombinationslehre)¹²¹ abzustellen sei. Danach

¹¹⁸ Im Folgenden wird um der Darstellung willen pauschal auf § 202 UmwG verwiesen.

¹¹⁹ Zur Diskussion siehe oben **C. II. 1. c)**.

¹²⁰ Vgl. z.B. *OLG Hamm*, NJW 2001, 2183 f.; *OLG Düsseldorf*, NJW 2001, 2184 f.; *BayObLG*, NJW-RR 2004, 836 ff.; *OLG Brandenburg*, FGPrax 2005, 78 ff.; *OLG München*, NZG 2007, 915 f.

¹²¹ Grundlegend *Beitzke*, Internationalrechtliches zur Gesellschaftsfusion, in: FS Hallstein, 1966, S. 14 (20 ff.). Zur kaum vertretenen Einheitslehre vgl. *OGH* (Österreich),

sei das Recht des Wegzugs- und des Zuzugsstaates sukzessive anzuwenden.¹²² In der Tat entspricht dies auch in Deutschland ständiger Rechtsprechung.¹²³

Dennoch bedarf der genaue Inhalt der Vereinigungstheorie für die Behandlung des Herausformwechsels weiterer Klärung. Insbesondere ist die kumulative Anwendung der Rechtsordnungen nicht in dem Sinne zu verstehen, dass sämtliche Rechtsvorschriften beider Staaten stets zu beachten sind.¹²⁴ So sind mit der Umwandlung zusammenhängende Vorgänge, die einen Mitgliedstaat alleine betreffen, ausschließlich nach dessen Rechtsordnung zu beurteilen.¹²⁵ Dagegen kommt es dort zu einer Vereinigung der Rechtsordnungen, wo eine Regelungsmaterie beide Staaten gleichermaßen betrifft und die Regelung nur einheitlich erfolgen kann.¹²⁶ In diesen Fällen gilt – sofern identifizierbar – die jeweils strengere der möglichen Regelungen.¹²⁷ Problematisch sind dagegen Fälle, in denen sich eine strengere Regelung nicht ermitteln lässt.¹²⁸ Insofern haben die Mitgliedstaaten die Rechtsfolgen ihrer jeweiligen Rechtsvorschriften aufeinander abzustimmen.¹²⁹

Sachrechtliche Modifikationen können insbesondere anhand der vom *EuGH* aufgestellten Grundsätzen der Äquivalenz und Effektivität vorgenommen werden.¹³⁰ Kollisionsrechtlich kann Unstimmigkeiten zwischen den Rechtsordnungen auch im Wege der Anpassung und der Substitution begegnet werden.¹³¹

IPRax 2004, 128 (130) bzgl. der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer österr. GmbH.

¹²² *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 36 (juris); die Lehre spricht z.T. von konsekutiver Anwendung, siehe *Kindler*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 17), Internationales Gesellschaftsrecht, Rn. 819; *Sonnenberger*, *Etat de droit, construction européenne et droit des sociétés*, *Rev. crit.* 2013, 101 (110 f., Fn. 19).

¹²³ Siehe z.B. BGHZ 97, 269 (271 f.).

¹²⁴ *Beitzke* (Fn. 121), S. 20; *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 44; *Kindler*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 17), Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 799.

¹²⁵ *Geyhalter/Weber*, *Transnationale Verschmelzungen – im Spannungsfeld zwischen SEVIC Systems und der Verschmelzungsrichtlinie*, *DStR* 2006, 146 (147); *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 33.

¹²⁶ *Frank* (Fn. 21), S. 161; *Geyhalter/Weber* (Fn. 125), S. 147.

¹²⁷ *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 45; vgl. auch *Beitzke* (Fn. 121), S. 23.

¹²⁸ Z.B. das Verfahren zur Bewertung des Unternehmens, siehe *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 46.

¹²⁹ *Frank* (Fn. 21), S. 162.

¹³⁰ Siehe oben **C. II. 2. b)**; vgl. auch *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 47.

¹³¹ *Hübner*, (Fn. 105), S. 136; *Schönhaus/Müller*, *Grenzüberschreitender Formwechsel aus gesellschafts- und steuerrechtlicher Sicht*, *ISr* 2013, 174 (177); *Weller*, *Grenzüberschreitende Umwandlung einer Gesellschaft – VALE*, *LMK* 2012, 336113.

3. Bestimmung des anwendbaren Sachrechts

Das deutsche Recht sieht für den Herausformwechsel keine ausdrücklichen Regelungen vor.¹³² Das Unionsrecht beansprucht jedoch für sich Anwendungsvorrang¹³³ und ist aufgrund des *effet utile*-Grundsatzes¹³⁴ zu praktischer Wirksamkeit zu bringen. Es gibt daher zwingend vor, einen Herausformwechsel unter Anwendung von nationalem Verfahrensrecht zu ermöglichen. Die Gerichte sind daher genötigt, die Lücke durch eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung zu füllen.

a) Sachnächstes Verfahrensrecht

Als sachnächstes Regelungsregime kommen Vorschriften des europäischen Sekundärrechts sowie des nationalen Umwandlungsrechts in Betracht.

aa) Vorbemerkung zur Methodik

Die fehlende Regelung des grenzüberschreitenden Formwechsels, bei der nicht nur eine einzelne Vorschrift fehlt, sondern die rechtliche Behandlung einer Strukturmaßnahme vollständig unberücksichtigt blieb, stellt eine Bereichslücke¹³⁵ dar. Methodisch soll so vorgegangen werden, dass der grenzüberschreitende Formwechsel typologisch dem sachnächsten Regime zugeordnet wird. Zu beachten ist jedoch, dass hierbei nicht die singuläre Anwendung eines einzelnen Regimes geboten ist. Vielmehr ist jede einzelne Vorschrift im Hinblick darauf zu untersuchen, ob die *ratio legis* eine Analogie zulässt.

Weiterhin sei darauf hingewiesen, dass das Abstellen des *OLG Frankfurt a. M.* auf eine unionsrechtskonforme Auslegung¹³⁶ methodisch ungenau ist. Sowohl in der deutschen als auch der europäischen Methodenlehre bildet die Grenze des möglichen Wortsinns das maßgebliche Abgrenzungskriterium zur Rechtsfortbildung.¹³⁷ Richtigerweise ist daher von einer unionsrechtskonformen

¹³² Rechtsvergleichend sei angemerkt, dass andere EU-Mitgliedstaaten teils Vorschriften zu grenzüberschreitenden Formwechseln vorsehen, zu Portugal, Spanien und Luxemburg siehe *Stöber*, Grenzüberschreitende Umwandlungen und ihre Besteuerung im Lichte der Niederlassungsfreiheit, ZIP 2012, 1273 (1276); zu Italien siehe *Kindler*, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 7 Rn. 45.

¹³³ *EuGH*, Urt. v. 15.7.1964 – Rs. C-6/64 – *Costa ./. E.N.E.L.*

¹³⁴ Vgl. z.B. *EuGH*, Urt. v. 19.6.1990 – Rs. C-213/89 – *The Queen ./. Factortame I*.

¹³⁵ Zur Terminologie siehe *Canaris*, Feststellung von Lücken, 2. Aufl. 1983, § 129.

¹³⁶ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15 Rn. 33, 37, 40, 46, 47 (juris). Aus der Literatur stellt hierauf auch ab: *Weller* (Fn. 131).

¹³⁷ Zur deutschen Methodenlehre statt vieler *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 344; zur europäischen Methodenlehre vgl. *Neuner*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 12 Rn. 17.

Rechtsfortbildung im Wege einer Analogie auszugehen.¹³⁸

bb) Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum

Vor dem Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* wurde in der deutschen Rechtsprechung bislang lediglich die Konstellation des Hereinformwechsels zugunsten der Anwendbarkeit der §§ 190 ff. UmwG entschieden.¹³⁹ Dem hat sich das *Gericht* nun auch hinsichtlich des Herausformwechsels angeschlossen.

Auch in der Literatur finden sich Unterstützer einer Lösung über die §§ 190 ff. UmwG.¹⁴⁰ Hervorgehoben wird dabei vor allem, dass es sich im Sinne des deutschen Umwandlungsverständnisses um dieselbe Umwandlungsform handelt. Darüber hinaus werden auch Analogien zu Art. 8 SE-VO¹⁴¹ sowie zu §§ 122a ff. UmwG¹⁴² vorgeschlagen. Insofern wird vor allem auf das gemeinsame grenzüberschreitende Element abgestellt.

cc) Stellungnahme

Vorab ist darauf hinzuweisen, die Streitfrage nicht überzubewerten. Die Festlegung auf ein Regime ist – wie zuvor schon angedeutet – nur eine Richtungsweisung, der sich die Prüfung der Einzelvorschrift auf ihre Analogiefähigkeit anzuschließen hat. Nicht zuletzt ergeben sich zwischen den diskutierten Ansätzen in vielen Einzelheiten keine oder nur unwesentliche Unterschiede.¹⁴³

Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen sollte ein Vergleich der strukturellen Eigenschaften der jeweils geregelten Verfahren sein. Einen wesentlichen Unterschied zum grenzüberschreitenden Formwechsel weist die Verschmelzung gemäß §§ 122a ff. UmwG auf: Denn diese regelt die Verbindung mehrerer

¹³⁸ So auch *Knaier*, Anm. zur Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. vom 3.1.2017, DNotZ 2017, 390 (390); *Stiegler* (Fn. 7), S. 393, Fn. 7; zu Gute zu halten ist dem *OLG Frankfurt a. M.* allerdings, dass in der europäischen Methodenlehre zumeist keine trennscharfe Unterscheidung zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung vorgenommen wird, vgl. *Neuner* (Fn. 137), § 12 Rn. 2.

¹³⁹ *OLG Nürnberg*, ZIP 2014, 128 ff.; bestätigt durch *KG*, DSStR 2016, 1427 ff.

¹⁴⁰ *Henrichs/Pöschke/v. d. Laage/Klavina*, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften in Europa – Eine Analyse der Rechtsprechung des EuGH und ein Plädoyer für eine Neuorientierung, WM 2009, 2009 (2015); *Kindler* (Fn. 8), S. 890; *Verse* (Fn. 13), S. 484.

¹⁴¹ *Behme* (Fn. 68), S. 939; i.E. auch das *AG Charlottenburg*, vgl. *Melchior*, „Checkliste“ der Richterinnen und Richter des Amtsgerichts Charlottenburg, GmbHR 2014, R311 (R311).

¹⁴² *Herrler*, Gewährleistung des Wegzugs von Gesellschaften durch Art. 43, 48 EG nur in Form der Herausumwandlung, DNotZ 2009, 484 (491); so offenbar auch das *AG Freiburg*, siehe *Stiegler* (Fn. 12), S. 252, Fn. 1354.

¹⁴³ Vgl. hierzu die Ausführungen von *Hushabn* (Fn. 24), S. 141.

Rechtsträger im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.¹⁴⁴ Der grenzüberschreitende Formwechsel kennt dagegen nur einen Rechtsträger. Zudem soll es wegen des Grundsatzes der Identitätswahrung gerade zu keiner Gesamtrechtsnachfolge kommen.¹⁴⁵ Eine Rechtsfortbildung über die analoge Anwendung einzelner Vorschriften hinaus scheint daher kein gangbarer Weg zu sein.

Dagegen weist Art. 8 SE-VO durchaus strukturelle Ähnlichkeiten zum grenzüberschreitenden Formwechsel auf. Zwar regelt dieser eine bloße Sitzverlegung unter Beibehaltung der Rechtsform einer SE. Doch ändert sich aufgrund des Art. 9 Abs. 1 lit. c SE-VO auch teilweise das auf die Gesellschaft anzuwendende Recht.¹⁴⁶ Somit kann eine Bereichsanalogie nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Für eine Analogie zu Art. 8 SE-VO spricht neben dem Aspekt des sich ändernden anzuwendenden Rechts, dass die Vorschrift auch Normen zur Koordination zweier nationaler Registerverfahren vorhält, wohingegen die §§ 190 ff. UmwG hierfür keine Lösungen bereithalten.¹⁴⁷ Insbesondere könnte durch die Anwendung des Art. 8 SE-VO eine einheitliche Mindestqualität des Schutzes von *Stakeholdern* erreicht werden.¹⁴⁸

Dagegen sprechen indes die Ausführungen des *EuGH*, dass die Rechtsordnungen der beteiligten Mitgliedstaaten sukzessive anzuwenden seien und die Mitgliedstaaten hierzu das Recht über innerstaatliche Umwandlungen anwenden dürften.¹⁴⁹ In der Tat weist die Vereinigungstheorie insofern auch sachrechtliche Bezüge auf:¹⁵⁰ Die *EuGH*-Rechtsprechung zeichnet sich im internationalen Gesellschaftsrecht dadurch aus, grenzüberschreitende Mobilität zu ermöglichen, dabei aber zugleich die mitgliedstaatliche Autonomie weitestgehend zu erhalten.¹⁵¹ In *Cartesio* z.B. befürwortete die Kommission ausdrücklich

¹⁴⁴ *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 2 UmwG Rn. 38.

¹⁴⁵ *Decher/Hoger*, in: Lutter (Fn. 11), § 190 UmwG Rn. 1.

¹⁴⁶ *Oechsler/Mibaylova*, in: MüKo-AktG VII (Fn. 91), Art. 8 SE-VO Rn. 3: „praktisch wie ein Rechtsformwechsel“; siehe auch *Hushahn* (Fn. 24), S. 140; *Thoma/Leuering*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, NJW 2002, 1449 (1453).

¹⁴⁷ Diesen Aspekt v.a. betonend *Hushahn* (Fn. 24), S. 140.

¹⁴⁸ *Ebd.*; allg. zum Zweck des Art. 8 SE-VO, *Stakeholder* zu schützen: *Oechsler/Mibaylova*, in: MüKo-AktG VII (Fn. 92), Art. 8 SE-VO Rn. 3a f.

¹⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 44, 52.

¹⁵⁰ Auch *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 533 sprechen von einem „sachrechtlichen Gehalt“.

¹⁵¹ Vgl. hierzu nur *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio* und Urt. v. 27.9.1988 – Rs. C-81/87 – *The Queen ./.* *Daily Mail*, allg. zu diesem Spannungsverhältnis *Barthel*, Die Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften nach *EuGH* „*Cartesio*“ – die Suche nach dem Gleichgewicht zwischen Wettbewerb im Binnenmarkt und nationalstaatlicher Regelungsautonomie, EWS 2010, 316 ff.

Analogien zu den Verordnungen über genuin-europäische Gesellschaften.¹⁵² Dennoch ließ der *EuGH* diese Vorschläge in seiner Argumentation unberücksichtigt. Dementsprechend würde eine Bereichsanalogie zu Art. 8 SE-VO die durch den *EuGH* gewährte Autonomie konterkarieren. Den Mitgliedstaaten soll es vorbehaltlich des Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatzes offenstehen, welchen Schutz sie *Stakeholdern* gewähren.

Diese Bedenken spiegeln sich auch auf Ebene der Methodik wider. So kann zumindest nicht ohne Weiteres bejaht werden, ob der nationale Richter dazu befugt ist, eine Lücke des nationalen Rechts durch Unionsrecht zu füllen, indem eine Verordnung entgegen dem Willen des Verordnungsgebers auf weitere Sachverhalte angewendet wird.¹⁵³

Schließlich gilt es aus sachrechtlicher Warte auch zu bedenken, dass die Rechtsform der SE auf Großunternehmen zugeschnitten ist.¹⁵⁴ Die Verfahrensvorschriften der SE-VO sind daher auch dementsprechend ausgerichtet.¹⁵⁵ Eine Anwendung der SE-VO könnte daher zu einer Benachteiligung gegenüber vergleichbaren innerstaatlichen Formwechseln führen.¹⁵⁶ Deshalb ist auch bei Analogien zu Einzelschriften der SE-VO stets Vorsicht geboten.

Offen bliebe indes bei den §§ 190 ff. UmwG, inwiefern die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen koordiniert und verbunden werden können. Diesem Problem kann jedoch durch eine Einzelanalogie zu § 122k UmwG begegnet werden: Als Scharnier fungiert somit eine Bescheinigung des Wegzugsstaates.

dd) Zwischenergebnis: §§ 190 ff. UmwG als Ausgangspunkt

Dem *OLG Frankfurt a. M.* ist somit zuzustimmen, dass im Ausgangspunkt auch für den Herausformwechsel auf die §§ 190 ff. UmwG zurückzugreifen ist. Im Einzelfall kann allerdings eine Teilanalogie zu den §§ 122a ff. UmwG oder – subsidiär – zu Art. 8 SE-VO angezeigt sein.

¹⁵² *EuGH*, Urt. v. 16.12.2008 – Rs. C-210/06 – *Cartesio*, Rn. 115; vgl. auch *Winter/Marx/De Decker*, Von Frankfurt nach Rom – zur Praxis grenzüberschreitender „Hinausformwechsel“, DStR 2017, 1664 (1666).

¹⁵³ Kritisch wg. der Methodik auch *Stiegler* (Fn. 12), S. 254 ff.; zu ähnlichen Fragen in diesem unklaren, bisher wenig diskutierten Bereich der Methodik im europäischen Mehrebenensystem vgl. *Schön*, Die Analogie im Europäischen (Privat-)Recht, in: FS Canaris, 2017, S. 147 ff.

¹⁵⁴ *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 13 Rn. 4.

¹⁵⁵ Das *KG*, DStR 2016, 1427 ff. nennt z.B. Art. 1 Abs. 4, 12 Abs. 2 SE-VO.

¹⁵⁶ So *KG*, DStR 2016, 1427, Rn. 7 zum Hereinformwechsel; auch *Winter/Marx/De Decker* (Fn. 152), S. 1666 sehen die Argumentation des *KG* als auf den Herausformwechsel übertragbar an.

b) Analogieverbot gemäß § 1 Abs. 2 UmwG

Richtigerweise verwarf das *OLG Frankfurt a. M.* das Argument, dass einer Rechtsfortbildung der als Analogieverbot verstandene § 1 Abs. 2 UmwG entgegenstehe.¹⁵⁷ So ist dem *Gericht* im Ergebnis zuzustimmen, dass eine Beschränkung des nationalen Gesetzgebers angesichts des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts den grundfreiheitlich gewährleisteten Herausformwechsel nicht faktisch ins Leere laufen lassen kann.¹⁵⁸

Allerdings bereitet der Wille des Gesetzgebers, die Vorschriften auf nationale Sachverhalte zu beschränken, erhebliche methodische Schwierigkeiten: Es bedarf nicht nur einer suspendierenden, sondern einer vom Norminhalt abweichenden Anwendung.¹⁵⁹ Einen Ansatzpunkt bietet indes die Tatsache, dass das Umwandlungsgesetz in seiner heutigen Form noch vor der Rechtsprechung zu *Cartesio* und *VALE* erlassen wurde. So ging der Gesetzgeber davon aus, dass Umwandlungen unter Beteiligung von EU-Auslandsgesellschaften nicht von den Art. 49, 54 AEUV geschützt seien.¹⁶⁰

Im Zusammenhang mit europäischem Sekundärrecht betrachtete der *BGH* bereits den Willen des Gesetzgebers, ein richtlinienkonformes Umsetzungsgesetz zu schaffen, als ausreichenden Umstand zu einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.¹⁶¹ *A fortiori* muss daher eine primärrechtskonforme Rechtsfortbildung kraft hypothetischen Gesetzgeberwillens möglich sein.¹⁶²

Das Analogieverbot aus § 1 Abs. 2 UmwG steht somit einer Rechtsfortbildung nicht entgegen.¹⁶³

c) Erstreckung der §§ 190 ff. UmwG auf rechtsformkongruente Wechsel

Hinsichtlich der Frage, ob rechtsformkongruente Formwechsel eine zulässige Formwechselkonstellation darstellen, bemüht das *OLG Frankfurt a. M.* eine

¹⁵⁷ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 42 (juris).

¹⁵⁸ *Ebd.*, Rn. 43 (juris).

¹⁵⁹ *Zwirlein* (Fn. 45), S. 124.

¹⁶⁰ BR-Drucks. 548/06 S. 20; vgl. auch BT-Drucks. 75/94 S. 80; *Henrichs/Pöschke/v. d. Laage/Klavina* (Fn. 140), S. 2015.

¹⁶¹ BGHZ 179, 27 ff. – *Quelle*.

¹⁶² Zu einer ausführlichen Diskussion der Analogiefähigkeit der §§ 190 ff. UmwG angesichts des § 1 Abs. 2 UmwG siehe *Zwirlein* (Fn. 46), S. 123 ff.

¹⁶³ Ein in der Sache ähnliches Problem stellt sich bei §§ 4a GmbHG, 5 AktG, die einen Sitzungssitz im Inland vorschreiben. Da der Beschluss hierauf nicht eingeht und die Argumentation derjenigen zu § 1 Abs. 2 UmwG ähnelt, nur soviel: §§ 4a GmbHG, 5 AktG sind so auszulegen, dass ein Sitzungssitz im Inland solange erforderlich ist, als die Gesellschaft eine solche deutschen Rechts bleiben will, siehe *Bayer/Schmidt* (Fn. 54), S. 762; *Frank* (Fn. 21), S. 174.

Argumentation *a maiore ad minus*: Wenn die §§ 190 ff. UmwG schon einen rechtsforminkongruenten Formwechsel zuließen, müssten diese erst recht für einen rechtsformkongruenten Formwechsel gelten.¹⁶⁴

Bei richtigem Verständnis der europarechtlichen Vorgaben sowie der Vereinigungstheorie kommt es hierauf indes gar nicht an. Nach dem Urteil zu *VALE* hängt die Zulässigkeit eines Herausformwechsels nur davon ab, ob der Zuzugsstaat inländischen Gesellschaften den Formwechsel erlaubt.¹⁶⁵ Die Frage betrifft daher allein den Zuzugsstaat. Nach der Vereinigungstheorie findet folglich auch ausschließlich dessen Recht Anwendung.¹⁶⁶

Hier nur angedeutet sei schließlich, dass auch für Italien als Zuzugsstaat die Lösung niederlassungsrechtlich zwingend vorgegeben ist. Denn die richtigerweise als Beschränkungsverbot auszulegende Pflicht des Zuzugsstaates¹⁶⁷ befiehlt diesem die Ermöglichung des rechtsformkongruenten Formwechsels.¹⁶⁸

d) Anwendung von § 202 UmwG im Speziellen

Streitentscheidend für den Beschluss wirkte sich aus, dass das *OLG Frankfurt a. M.* die formellen Mängel der Anmeldung infolge der Eintragung in das italienische Register gemäß § 202 UmwG für geheilt hielt.¹⁶⁹ Ziel dieses Abschnitts ist es zunächst, zu untersuchen, inwieweit der europarechtliche Begründungsansatz des *Gerichts* tragfähig ist. Daraufhin wird beleuchtet, ob die Entscheidung alternativ jedenfalls im Ergebnis aufgrund internationalprivatrechtlicher oder intertemporalrechtlicher Grundsätze zu begrüßen ist.

aa) Verpflichtung zur Anerkennung der italienischen Registereintragung nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz

Eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung zugunsten der Anerkennung der italienischen Registereintragung gemäß § 202 UmwG ist nur geboten, wenn die Nicht-Berücksichtigung nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz eine

¹⁶⁴ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 38 (juris).

¹⁶⁵ Siehe oben **C. II. 1. b**).

¹⁶⁶ Vgl. oben **D. II. 2.**; i.E. gleich: *Hushahn* (Fn. 24), S. 144; *Melchior* (Fn. 141), R311; a.A.: *Krafka/Kühn* (Fn. 117), Rn. 1211b, wobei diese den Unterschied zwischen Heraus- und Hereinformwechsel zu verkennen scheinen. Konsequenterweise wird die Frage vom Schrifttum im Rahmen des Hereinformwechsels thematisiert, vgl. z.B. *Kindler* (Fn. 8), S. 890; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 34), § 6 Rn. 64.

¹⁶⁷ Zur Diskussion siehe oben **C. II. 2. a**).

¹⁶⁸ So auch *Roth* (Fn. 74), S. 983, Fn. 104; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, in dem der *EuGH* einen rechtsformkongruenten Wechsel für zulässig hielt.

¹⁶⁹ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 46 (juris).

Beeinträchtigung darstellt, die grundfreiheitlich nicht zu rechtfertigen ist.

(1) Vorliegen einer Beeinträchtigung

Das *OLG Frankfurt a. M.* begründet eine Beeinträchtigung dadurch, dass im Fall der Nichtanwendung des § 202 UmwG die dort normierten Rechtsfolgen nur deswegen nicht zum Tragen kämen, weil es sich bei dem Handelsregister in Italien nicht um ein Handelsregister eines deutschen Registergerichts handle.¹⁷⁰ Dieser Argumentation stehen Einwände von zweierlei Art entgegen.

Zum einen ist zu bezweifeln, dass die Anwendung des § 202 UmwG nur am Tatbestandsmerkmal der deutschen Registereintragung scheitert. § 202 Abs. 2 UmwG verweist auf § 198 Abs. 2 UmwG, nach dem ein Formwechsel, der auch mit einer Sitzverlegung einhergeht, zunächst einer Eintragung in das bisherige Register bedarf.¹⁷¹ Geht man von einer umfassenden Anwendung des § 202 UmwG aus, fehlt es im Fall des *OLG Frankfurt a. M.* gerade an der Eintragung im deutschen Register. Ein Verstoß gegen den Äquivalenzgrundsatz scheidet daher bei der Nichtanwendung im konkreten Fall aus. Lässt man hingegen die Verweisung in § 202 Abs. 2 UmwG außen vor, so läge in dieser selektiven Anwendung der deutschen Regelungen eine europarechtlich nicht geforderte Besserstellung des grenzüberschreitenden Formwechsels.¹⁷² Diese legitimiert aber auch keine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung.

Zum anderen interpretiert das *Gericht* die Anforderungen des Äquivalenzgrundsatzes in einer Weise, die der kollisionsrechtlichen Vereinigungstheorie auf sachrechtlicher Ebene zuwiderläuft. Abstrakt gesprochen liegt der Entscheidung die Überlegung zugrunde, dass etwaige Mängel bei dem Verfahren mit der Wegzugsstelle durch eine Eintragung bei der Zuzugsstelle geheilt werden. Diese Schlussfolgerung ignoriert indes die normative Grundlage des § 202 UmwG. Denn die Heilungswirkung des § 202 UmwG legitimiert sich dadurch, dass eine Eintragung im Register erst nach Prüfung der Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens erfolgt.¹⁷³ Ein wesentlicher Unterschied bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel ist allerdings, dass die Zuzugsstelle aufgrund der Kollisionsregel der Vereinigungstheorie eine Prüfung anderer Verfahrensregeln durchführt. Das hätte zur Folge, dass es nur noch auf die Eintragung bei der

¹⁷⁰ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 46 (juris).

¹⁷¹ So auch *Hushahn*, Anm. zur Entscheidung des *OLG Frankfurt a. M.* vom 3.1.2017, RNotZ 2017, 263 (264); *Stiegler* (Fn. 7), S. 395; *Teichmann*, Grenzüberschreitender Formwechsel kraft vorauseilender Eintragung im Aufnahmestaat?, ZIP 2017, 1190 (1192).

¹⁷² Vgl. oben **C. II. 2. b**).

¹⁷³ *Hushahn* (Fn. 171), S. 264; *Decher/Hoger*, in: Lutter (Fn. 11), § 202 UmwG Rn. 52; *Teichmann* (Fn. 171), S. 1192.

Zuzugsstelle ankäme und folglich nur noch deren Verfahrensvorschriften geprüft würden.¹⁷⁴ Dies widerspricht jedoch der Vereinigungstheorie, die sich dadurch auszeichnet, dass beide Rechtsordnungen Anwendung finden sollen.¹⁷⁵

Lediglich auf Grundlage des Effektivitätsgrundsatzes ist mithin ein Eingriff denkbar. Hierzu müsste die Erfüllung formaler Voraussetzungen im Rahmen des Formwechsels eine übermäßige Erschwernis darstellen. Auch der *EuGH* spricht indessen davon, dass der Zuzugsstaat Dokumente des Wegzugsstaates zu prüfen hat¹⁷⁶. Er geht also auch implizit von formellen Voraussetzungen aus, die die Gesellschaft gegenüber dem Wegzugsstaat zu erfüllen hat. Auch der Effektivitätsgrundsatz ist somit nicht missachtet.

Im Ergebnis kann die Annahme einer Beeinträchtigung also nicht überzeugen.

(2) Hilfsweise: Rechtfertigungsmöglichkeit

Folgt man dem *OLG Frankfurt a. M.* hinsichtlich des Vorliegens einer Beeinträchtigung, so ist diesem auch bei seinen Ausführungen zur Frage der Rechtfertigung nicht zuzustimmen.

Das *Gericht* schließt eine Rechtfertigungsmöglichkeit von vornherein aus, indem es eine Differenzierung vornimmt zwischen Normen, die grundfreiheitlich schützenswerte Interessen wahren, und solchen, welche anderen Zwecken dienen.¹⁷⁷ Nur erstere könnten einer Rechtfertigung zugänglich sein. § 202 UmwG regelt die Frage der Rechtsfolgen, die mit der Eintragung im neuen Register der formwechselnden Gesellschaft verbunden sind. Somit ordnet das *Gericht* sie der letztgenannten Kategorie zu.

Auch hier nimmt das *OLG Frankfurt a. M.* durch eine allzu formalistische Betrachtung eine wenig überzeugende Position ein. Aus der Tatsache, dass eine Norm einem bestimmten Interesse dient, kann nicht gefolgert werden, dass mit ihrer (Nicht-)Anwendung nicht auch andere Interessen geschützt oder beeinträchtigt werden können.¹⁷⁸ Maßgeblich ist für die Frage der Rechtfertigung vielmehr die *tatsächliche* Wirkung einer Rechtsnorm. So auch in diesem Fall: Die

¹⁷⁴ *Hushabn* (Fn. 171), S. 264 spricht davon, dass in Wahrheit nur noch die Rechtsordnung des Zuzugsstaates relevant wäre.

¹⁷⁵ So auch *Winter/Marx/De Decker* (Fn. 152), S. 1667; vgl. auch die Argumentation von GA in *Kokott* in Schlusssanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 42.

¹⁷⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 58-61.

¹⁷⁷ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 48 (juris).

¹⁷⁸ Beispiel: Das Verjährungsrecht dient dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit; unterwirft man allerdings deliktische Ansprüche, welche eine Ausgleichsfunktion aufweisen, einer allzu kurzen Verjährungsfrist, so beeinträchtigt die Anwendung der jeweiligen Verjährungsvorschriften dennoch die Ausgleichsfunktion.

Heilungswirkung der § 202 UmwG mag zwar dem Bestandsschutz des Formwechsels dienen.¹⁷⁹ Doch wirkt die Vorschrift auch dergestalt, dass andere Vorschriften, die verschiedenen Schutzinteressen dienen¹⁸⁰, nicht mehr zum Tragen kommen.¹⁸¹ Im Ausnahmefall könnten demnach sämtliche Schutznormen, die das deutsche Recht zugunsten von Minderheitsgesellschaftern, Gläubigern und Arbeitnehmern vorsieht, umgangen werden.¹⁸²

Schließlich stützt sich das *OLG Frankfurt a. M.* hilfsweise darauf, dass nach *SEVIC* und *VALE* jedenfalls eine generelle Verweigerung der Strukturmaßnahme über das zum Schutz berechtigter Interessen Erforderliche hinausginge.¹⁸³ Auch hier verkennt das *Gericht* die *EuGH*-Rechtsprechung: Denn unter einer generellen Verweigerung versteht dieser nicht, dass ein Mitgliedstaat im Einzelfall eine Strukturmaßnahme verweigert, sondern dass er die Möglichkeit zu einer Strukturmaßnahme erst gar nicht eröffnet.¹⁸⁴ Ein Verstoß gegen europarechtliche Vorgaben liegt daher nicht schon vor, wenn mangels der Erfüllung der Schutzvorschriften die Strukturmaßnahme abgelehnt wird.

bb) Modifikation durch internationalprivatrechtliche Instrumentarien

Dies führt zu der weiteren Frage, ob alternativ der Tatbestand des § 202 UmwG nach internationalprivatrechtlichen Grundsätzen durch die italienische Registereintragung als erfüllt angesehen werden kann.

(1) Substitution des Registerbegriffs in § 202 UmwG

Die Substitution als spezielle Form der Auslegung dient als Korrektiv zu dem Umstand, dass der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung seines Sachrechts mögliche Sachverhalte mit Auslandsbezug nicht im Blick hat.¹⁸⁵

Erforderlich zur Erfüllung eines normativen Tatbestandsmerkmals durch eine ausländische Gestaltung ist in erster Linie, dass der Auslandsvorgang dem

¹⁷⁹ Vgl. *Decher/Hoger*, in: Lutter (Fn. 11), § 202 UmwG Rn. 2.

¹⁸⁰ Zu denken ist etwa an den Umwandlungsbericht gemäß § 192 UmwG oder den Abschluss eines Umwandlungsbeschlusses gemäß §§ 193, 194 UmwG zum Schutz der Gesellschafter.

¹⁸¹ Vgl. auch *Hushahn* (Fn. 171), S. 264, der von einem engen Zusammenhang des § 202 UmwG und den Schutzvorschriften spricht.

¹⁸² Vgl. das fiktive Extrembeispiel von *Teichmann* (Fn. 171), S. 1193.

¹⁸³ *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 49 (juris) mit Verweis auf *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005 – Rs. C-411/03 – *SEVIC*, Rn. 30, und Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 40.

¹⁸⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 41.

¹⁸⁵ v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 239. Im Fall des § 202 UmwG ließ der Gesetzgeber auslandsbezogene Sachverhalte angesichts des § 1 Abs. 2 UmwG sogar bewusst unbeachtet.

Inlandsvorgang funktional gleichwertig ist.¹⁸⁶ Maßstab ist dabei die konkret normbezogene Vergleichbarkeit der sozialen und ökonomischen Bedeutung von System- und Substitutionsbegriff.¹⁸⁷

Zu nennen ist zum einen die jeweilige Stellung und Vorbildung der Registerverantwortlichen. In Deutschland wird das Handelsregister von den Gerichten geführt,¹⁸⁸ während in Italien die lokalen Industrie- und Handelskammern zuständig sind und dabei lediglich der Aufsicht eines Richters und eines Registerführers unterstehen.¹⁸⁹ Dementsprechend haben die Bearbeiter des Handelsregisters in Italien eine geringere juristische Kompetenz. Tendenziell resultiert hieraus auch eine geringere Richtigkeitsgewähr der Prüfung.

Zum anderen spricht vielmehr noch gegen eine Gleichwertigkeit der Prüfungsmaßstab. Die italienische Registerbehörde führt nur eine Prüfung italienischen Rechts durch.¹⁹⁰ Einer italienischen Registereintragung fehlt somit gerade die Legitimation der vorherigen Prüfung deutscher Verfahrensvorschriften, auf die sich die Heilungswirkung des § 202 UmwG gründet.¹⁹¹

Eine Substitution der deutschen Registereintragung gemäß § 202 UmwG durch die italienische Registereintragung ist daher abzulehnen.

(2) Anpassung des § 202 UmwG

Anders als die Substitution behandelt die Anpassung keine Fragen der Auslegung, sondern dient als Instrument für Korrekturen am Ergebnis des Rechtsanwendungsprozesses.¹⁹² Ziel ist es, Verwerfungen zu begegnen, die sich aus der analytischen, zergliedernden Methode des Kollisionsrechts ergeben.¹⁹³

Eine solche Verwerfung könnte darin bestehen, dass infolge der Eintragung im Zuzugsstaat ein Schwebezustand entsteht, in dem *derselbe* Rechtsträger gewissermaßen in *zwei* Rechtskleidern existiert. Als Anpassung auf sachrechtlicher

¹⁸⁶ v. Bar/Mankowski (Fn. 185), § 7 Rn. 243.

¹⁸⁷ *Ebd.*, § 7 Rn. 243.

¹⁸⁸ Siehe § 8 HGB.

¹⁸⁹ Kindler (Fn. 132), § 2 Rn. 26; Fasciani, in: Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl. 2016, Länderbericht Italien Rn. 93; Teichmann (Fn. 171), S. 1191, Fn. 16.

¹⁹⁰ Vgl. Knauer/Pfleger, Der grenzüberschreitende Herausformwechsel einer deutschen GmbH, GmbHR 2017, 859 (865).

¹⁹¹ Zur Legitimation der Heilungswirkung Decher, in: Lutter (Fn. 11), § 202 UmwG Rn. 52.

¹⁹² v. Bar/Mankowski (Fn. 185), § 7 Rn. 250.

¹⁹³ *Ebd.*, § 7 Rn. 251.

Ebene wäre es denkbar, § 202 UmwG dergestalt zu modifizieren, dass auch die italienische Registereintragung die Heilungswirkung auslöst.

Hierzu müsste indes die angesprochene Verwerfung ein logischer oder teleologischer Widerspruch sein.¹⁹⁴ Der in diesem Fall allein in Betracht kommende teleologische Widerspruch ist jedoch dann von vornherein ausgeschlossen, wenn diese Rechtsfolge in vergleichbaren Konstellationen vom Gesetzgeber explizit angeordnet wird. Gemäß Art. 8 Abs. 10 u. 11 SE-VO ist für die SE sogar zwingend vorgeschrieben, dass diese am früheren Sitz erst dann aus dem Register gelöscht wird, wenn das Register des neuen Sitzes die Eintragung bereits vorgenommen und dies dem Register des bisherigen Sitzes gemeldet hat.¹⁹⁵ Ein teleologischer Widerspruch kann somit nicht angenommen werden.

Auch für eine Anpassung des § 202 UmwG ist deswegen kein Raum.

cc) Berücksichtigung der Grundsätze des intertemporalen Privatrechts

Schließlich ist zu erwägen, ob die hier gegebene zeitliche Abfolge zwar nicht zur Anwendung des § 202 UmwG führt, möglicherweise aber dasselbe Ergebnis verlangt. Die Beantwortung derartiger Fragen richtet sich nach dem intertemporalen Privatrecht, welches Konflikte wegen des zeitlichen Nacheinanders von Rechtsnormen löst.¹⁹⁶ Auch die Vereinigungstheorie weist durch den iterativen Tatbestand des Formwechsels eine intertemporale Dimension auf.¹⁹⁷

Im Fall des *OLG Frankfurt a. M.* stellen sich diesbezüglich zwei Fragen: Erstens, ob nach der Eintragung in Italien auf die Entscheidung über die Löschung noch immer deutsches Recht anwendbar ist; zweitens, ob die Eintragung in Italien die Entscheidung des deutschen Registergerichts ungeachtet der Heilungswirkung des § 202 UmwG in irgendeiner Weise prädeterniniert.

Die erste aufgeworfene Frage richtet sich nach dem Prinzip der *lex temporis actus*, welches die Gleichzeitigkeit von zu beurteilendem Vorgang und Bewertungsmaßstab fordert.¹⁹⁸ Es gilt also anders als im internationalen Privatrecht nicht der Grundsatz der einheitlichen Anknüpfung eines Geschäfts.¹⁹⁹ Vielmehr beurteilt sich der jeweilige Einzelakt nach dem zum Zeitpunkt seiner Vornahme

¹⁹⁴ Vgl. hierzu *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, § 8 II.

¹⁹⁵ *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 532 f.

¹⁹⁶ *v. Bar/Mankowski* (Fn. 185), § 4 Rn. 171.

¹⁹⁷ *Weller* (Fn. 12), S. 517; *Weller/Rentsch* (Fn. 90), S. 532.

¹⁹⁸ *Hess*, Intertemporales Privatrecht, 1998, S. 366.

¹⁹⁹ *Spellenberg*, in: MüKo-BGB X, 5. Aufl. 2010, Vorb. Art. 11 EGBGB Rn. 7; anschaulich *Kegel/Schurig* (Fn. 194), § 17 V: „von der Wiege bis zum Grabe“.

anwendbaren Recht.²⁰⁰ Daraus folgt, dass für die Entscheidung über die Löschung, auch wenn man in der Eintragung in das italienische Register den Zeitpunkt des Statutenwechsels sieht,²⁰¹ deutsches Recht maßgeblich ist.

Den Parteiinteressen²⁰² wird intertemporalrechtlich insoweit Rechnung getragen, als dass einmal erworbene Rechte durch den Statutenwechsel nicht berührt werden.²⁰³ In dem vorliegenden Fall einer vorausseilenden Eintragung im Zuzugsstaat folgt hieraus dennoch nicht, dass das deutsche Registergericht zur Löschung verpflichtet ist. Die Vereinigungstheorie setzt gerade das Zusammenspiel der beteiligten Rechtsordnungen voraus.²⁰⁴ Der Erwerb einer Rechtsposition kann daher nicht unter Beteiligung nur einer Rechtsordnung erfolgen. Es fehlt somit bereits an einem erworbenen Recht. Aus diesem Grund ist die Eintragung in das italienische Register intertemporalrechtlich nicht bindend für die Entscheidung des deutschen Registergerichts.²⁰⁵ Die zweite aufgeworfene Frage ist folglich negativ zu beantworten.

Auch aus der Berücksichtigung des intertemporalen Privatrechts ergibt sich somit kein der Rechtsfolge des § 202 UmwG äquivalentes Ergebnis.

4. Zwischenergebnis

Dem *OLG Frankfurt a. M.* oblag es, ein Spannungsfeld sich widersprechender europäischer Vorgaben und nationaler Norminhalte aufzulösen. Es drängt sich der Eindruck auf, dass das *Gericht* dabei einen allzu ergebnisorientierten Ansatz wählte, um den Herausformwechsel ins EU-Ausland zu ermöglichen. Die Verwerfungen, die sich aus dem Zusammenwirken des deutschen und des italienischen Umwandlungsrechts²⁰⁶ ergaben, vermochte es nicht überzeugend abzufedern. Sofern hinter der Argumentation des *Gerichts* die Furcht vor einer europarechtswidrigen Entscheidung stand, wäre eine Vorlage an den *EuGH* gemäß Art. 267 AEUV der vorzugswürdige Weg gewesen.

Für die deutsche Rechtslage bleibt festzuhalten, dass auf den Herausformwechsel kollisionsrechtlich die Vereinigungstheorie sowie materiellrechtlich die

²⁰⁰ *Weller* (Fn. 12), S. 517 f.

²⁰¹ Näher zum Zeitpunkt des Statutenwechsels siehe unten **D. III. 1.**

²⁰² Allg. zu intertemporalrechtlichen Interessen *Hess* (Fn. 198), S. 363 ff.

²⁰³ *v. Bar/Mankowski* (Fn. 185), § 4 Rn. 175; *Hess* (Fn. 198), S. 439.

²⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE*, Rn. 37.

²⁰⁵ In der Sache ähnlich, ohne jedoch auf den intertemporalrechtlichen Aspekt einzugehen, *Knaijer* (Fn. 138), S. 392.

²⁰⁶ Der Umstand, dass Italien eine Regelung zu grenzüberschreitenden Formwechseln vorsieht (vgl. Fn. 132), ändert nichts an den auf deutscher Seite auftretenden Schwierigkeiten.

§§ 190 ff. UmwG vorbehaltlich grenzüberschreitender Besonderheiten Anwendung finden. Nicht zuzustimmen ist dem *OLG Frankfurt a. M.* jedoch in der Hinsicht, dass eine Eintragung in einem ausländischen Register jegliche Mängel des deutschen Registerverfahrens nach § 202 UmwG zu heilen vermag.

III. Offene Rechtsfragen

Curia locuta, causa non finita – so ist man nach dem Beschluss des *OLG Frankfurt a. M.* geneigt zu sagen. Dies ist trotz der Kritik an der Entscheidung weniger dem *Gericht* anzulasten als vielmehr der Vielfalt an Einzelfragen im Rahmen eines Herausformwechsels geschuldet. In Anbetracht dessen wird hier nur auf ausgewählte Einzelheiten eingegangen, bezüglich derer der Fall Anlass zu weiteren Überlegungen gibt.

1. Zeitpunkt des Statutenwechsels

Im Schrifttum kaum diskutiert²⁰⁷ und auch im Beschluss nicht ausdrücklich thematisiert, aber im Einzelfall von großer Bedeutung kann das Wirksamwerden des Formwechsels und damit der Zeitpunkt des Statutenwechsels sein.

Nach den Grundsätzen der Vereinigungstheorie betrifft der Zeitpunkt des Statutenwechsels den Wegzugs- wie auch den Zuzugsstaat und bedarf daher der Koordinierung beider Rechtsordnungen. Deswegen kann auch keine allgemeingültige Aussage getroffen werden, ohne die Rechtsordnung des Zuzugsstaates einzubeziehen. Im Regelfall werden jedoch beide Rechtsordnungen die Einhaltung des jeweils eigenen Verfahrens voraussetzen, sodass der Statutenwechsel erst nach Abschluss des späteren Verfahrens vollzogen wird. Bei einem Herausformwechsel aus Deutschland käme es somit nicht vor Ausstellung der Bescheinigung analog § 122k Abs. 2 UmwG zum Statutenwechsel. Abzulehnen ist dagegen die in dem Beschluss durchscheinende Annahme, dass der Statutenwechsel mit der Eintragung im Zuzugsstaat eintrete.²⁰⁸

²⁰⁷ *Behrens/Hoffmann*, in: *GmbHG-GroßKomm I*, 2. Aufl. 2013, Einl. B Rn. B163: Zeitpunkt des Wirksamwerdens sei grds. dem Recht des Zuzugsstaates zu entnehmen; a.A. *Rehm* (Fn. 40), § 4 Rn. 130: Wirksamkeit hänge von beiden beteiligten Gesellschaftsstatuten ab; siehe auch *Frank* (Fn. 21), S. 250, Fn. 433 m.w.N.

²⁰⁸ *Teichmann* (Fn. 171), S. 1191 f. bildlich: „*Akt der Seeräuberei*“; i.Ü. würde auch das italienische Recht keinen Statutenwechsel annehmen, *ders.*, S. 1192, Fn. 17 mit Verweis auf Art. 25 Abs. 3 ital. IPR-Gesetz, wonach eine Sitzverlegung nur dann wirksam ist, wenn hierfür die Rechtsregeln der daran beteiligten Staaten eingehalten wurden.

2. Anwendbarkeit des § 202 UmwG auf Herausformwechsel

Lehnt man richtigerweise die Anwendung des § 202 UmwG im Fall des *OLG Frankfurt a. M.* ab, stellt sich die Frage, ob und inwiefern die Vorschrift allgemein auf den Herausformwechsel anwendbar sein kann.

Im Schrifttum wird eine Analogie zu § 202 UmwG bejaht, wenn der Formwechsel in das Register des Zuzugsstaates und in das deutsche Register eingetragen ist.²⁰⁹ Grundsätzlich ist die Analogie zu begrüßen: Verneint man jegliche Heilungsmöglichkeit, so würde der Herausformwechsel ungünstiger als inländische Formwechsel behandelt und damit der Äquivalenzgrundsatz verletzt.

Fraglich ist jedoch, welcher Zeitpunkt maßgeblich für den Eintritt der Heilung ist. Die Legitimation der Heilungswirkung gründet sich auf die vorherige Prüfung durch das Registergericht.²¹⁰ Die Prüfung des deutschen Verfahrens ist indes analog § 122k Abs. 2 UmwG schon mit Erteilung der Bescheinigung für die Registerbehörde des Zuzugsstaates abgeschlossen, welche entsprechend Art. 8 Abs. 8 SE-VO auch Bindungswirkung entfaltet.²¹¹ Durch die Form einer Registereintragung kommt der Bescheinigung zudem dieselbe Publizitätswirkung wie der Eintragung des Formwechsels zu.²¹² Eine zur Konstellation des § 202 UmwG vergleichbare Interessenlage liegt somit schon mit Erteilung der Bescheinigung vor. Dass beim Herausformwechsel die Prüfung des Verfahrens und der Abschluss des Formwechsels auseinanderfallen, darf wegen des Äquivalenzgrundsatzes nicht zulasten des Herausformwechsels gehen.

Mithin ist § 202 UmwG schon dann analog anwendbar, wenn das deutsche Registergericht die Bescheinigung analog § 122k Abs. 2 UmwG ausstellt.²¹³

3. Schutz von *Stakeholdern*

Auch wenn sich im konkreten Fall Fragen des Drittschutzes offenbar nicht stellen,²¹⁴ droht allgemein durch einen Herausformwechsel – ggf. verschärft

²⁰⁹ *Husbahn* (Fn. 171), S. 263 f.; *Krafka/Kühn* (Fn. 117), Rn. 1211d.

²¹⁰ Zur Legitimationswirkung siehe oben **D. II. 3. d)** aa) (1).

²¹¹ Vgl. *Husbahn* (Fn. 24), S. 148; *Knaier/Pfleger* (Fn. 190), S. 865 f.

²¹² Vgl. zur Form *Polley*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 122k UmwG Rn. 14.

²¹³ So auch *Teichmann* (Fn. 171), S. 1194.

²¹⁴ So jedenfalls der Notar der Beschwerdeführerin, *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, Rn. 23 (juris).

durch die vom *OLG Frankfurt a. M.* propagierte extensive Anwendung des § 202 UmwG – eine erhebliche Gefährdung von Drittinteressen.²¹⁵

Gewiss ist lediglich zweierlei: erstens ist die generelle Verweigerung des Herausformwechsels grundfreiheitlich nicht zu rechtfertigen;²¹⁶ zweitens sind nach der Vereinigungstheorie Lösungen allein im deutschen Recht zu suchen.²¹⁷ Aus Platzgründen kann keine ausführliche Auseinandersetzung mit *de lege lata* möglichen Schutzmechanismen erfolgen.²¹⁸ Deshalb begnügt sich dieser Beitrag mit einem groben Überblick an Ansätzen, welche mit dem *acquis communautaire* als Richtwert grundfreiheitenkonform sein könnten.²¹⁹

a) Gesellschaftsgläubiger

Ein Statutenwechsel kann zu einem weniger strengen Kapitalschutz- und Organhaftungsregime zu Lasten der Gläubiger führen.²²⁰ Für innerstaatliche Formwechsel sieht zwar § 204 i.V.m. § 22 UmwG vor, dass Altgläubiger binnen sechs Monaten nach Eintragung des Formwechsels unter Umständen eine Sicherheitsleistung verlangen können. Allerdings wird der nachträgliche Schutz beim Herausformwechsel als unzureichend empfunden, denn so wäre der Anspruch erst gegenüber der „neuen“ Rechtsform mit ggf. liberalerem Kapitalschutzregime geltend zu machen.²²¹ Befürwortet wird daher mehrheitlich eine zeitliche Vorverlagerung analog § 122j UmwG.²²²

Aus verfahrensrechtlicher Sicht kann weiterhin analog Art. 8 Abs. 16 SE-VO eine Gerichtsstandsfiktion erwogen werden.²²³

b) Minderheitsgesellschafter

Auch für Anteilseigner kann sich mit dem Herausformwechsel die mitglied-schaftliche Rechtsstellung signifikant verändern.²²⁴ Denjenigen, die nicht in der neuen Rechtsform verbleiben wollen, sollte daher der Austritt gegen Barab-

²¹⁵ Monographisch zu den Auswirkungen des Formwechsels auf die Rechtsbeziehungen zu Gläubigern und Gesellschaftern *Hoger*, Kontinuität beim Formwechsel, 2008.

²¹⁶ Zur europarechtlichen Zulässigkeit siehe oben **C. II. 1. c).**

²¹⁷ Vgl. oben **D. II. 2.**

²¹⁸ Ausführlich *Frank* (Fn. 21), S. 187 ff.; *Stiegler* (Fn. 21), S. 312 ff.

²¹⁹ Zur unionsrechtlichen Perspektive siehe oben **C. II. 3. a).**

²²⁰ *Frank* (Fn. 21), S. 177; *Weller* (Fn. 12), S. 514.

²²¹ *Hübner* (Fn. 105), S. 138.

²²² *Ebd.*; *Teichmann/Ptak*, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung aus deutsch-polnischer Perspektive, RIW 2010, 817 (820); str. jedoch, ob § 122j UmwG unionsrechtskonform ist, vgl. *Bayer/Schmidt*, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401 (405).

²²³ *Hushahn* (Fn. 24), S. 143; *Weller* (Fn. 12), S. 514; kritisch: *Frank* (Fn. 21), S. 202 ff.

²²⁴ *Frank* (Fn. 21), S. 183 m.w.N.

findung offenstehen. Parallel zur Problematik bei den Gläubigern sollte indes nicht die Gesellschaft des Zuzugsstaates (§ 207 UmwG analog), sondern diejenige des Wegzugsstaates (§ 122i UmwG analog) ein entsprechendes Angebot machen.²²⁵

c) Arbeitnehmermitbestimmung

Am schwierigsten gestaltet sich die Lage bei der Arbeitnehmermitbestimmung. Verlangt der Wegzugsstaat generell die Beibehaltung des Mitbestimmungssystems, so würde der Herausformwechsel oftmals faktisch unmöglich.²²⁶ Dies scheint kaum mit dem Effektivitätsgrundsatz vereinbar. In Betracht kommen könnte aber die Verhandlungs- und Auffanglösung, die Art. 16 der Verschmelzungsrichtlinie²²⁷ für Verschmelzungen vorsieht.²²⁸ Problematisch ist jedoch, dass die Vorschrift von entsprechenden Regelungen auch im Zuzugsstaat ausgeht.²²⁹ Eine gesetzliche Regelung wäre daher wünschenswert.

4. Identitätswahrung bei vorheriger Löschung im Wegzugsstaat

Schließlich soll kurz Erwähnung finden, dass sich bei umgekehrter Eintragungsreihenfolge ebenfalls bislang ungelöste Rechtsfragen stellen können. Streng genommen handelt es sich dabei um eine Frage des Hereinformwechsels. Doch da die Eintragungsreihenfolge auch vom Wegzugsstaat zu wahren ist, soll die Problematik auch im Rahmen einer Untersuchung des Herausformwechsels angedeutet werden. Offen ist insbesondere, ob die Kontinuität des Rechtsträgers von einer zeitlichen Komponente abhängt. So steht nicht fest, wie lange eine Identitätswahrung angenommen werden kann (und ab welchem Zeitpunkt von einer Neugründung auszugehen ist), wenn die Löschung im Wegzugsstaat vor der Eintragung im Zuzugsstaat erfolgt.²³⁰

²²⁵ *Bungert/de Raet*, Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU, DB 2014, 761 (765); a.A. *Hushahn* (Fn. 24), S. 143; Art. 8 V SE-VO i.V.m. § 12 SEAG.

²²⁶ *Bayer/Schmidt* (Fn. 54), S. 758 mit näheren Ausführungen.

²²⁷ In Deutschland wurde Art. 16 der Richtlinie in den §§ 4 f. des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) umgesetzt.

²²⁸ *Drygala*, in: Lutter (Fn. 11), § 1 UmwG Rn. 39; *Schön* (Fn. 5), S. 364; auch GA'in *Kokott* in Schlussanträge v. 4.5.2017 – Rs. C-106/16 – *Polbud*, Rn. 65; a.A.: *Hübner* (Fn. 105), S. 138 u. *Verse* (Fn. 13), S. 485, die die Frage dem Zuzugsstaat überlassen wollen, da das MgVG nur die Zuzugskonstellation regelt.

²²⁹ *Bayer/Schmidt* (Fn. 54), S. 759.

²³⁰ Diese Situation lag sowohl in *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – *VALE* als auch beim *OLG Nürnberg*, ZIP 2014, 128 ff. vor; näher zur Problematik *Stiegler* (Fn. 12), S. 47 ff.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Für den Herausformwechsel ergeben sich folgende Schlüsse:

Ungeachtet der Aufnahme einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit ist der Herausformwechsel gegenüber dem Wegzugs- wie auch gegenüber dem Zuzugsstaat durch Art. 49, 54 AEUV geschützt. Eine Beeinträchtigung misst sich in diesem Fall vor allem nach dem Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz. Spielräume ergeben sich für den Wegzugsstaat jedoch insoweit, als es schützenswerte Interessen rechtfertigen.

Das *OLG Frankfurt a. M.* hat daraus den richtigen Schluss gezogen, dass der Herausformwechsel ins EU-Ausland im deutschen Recht zulässig ist. Kollisionsrechtlich gilt insoweit die Vereinigungstheorie. Sachrechtlich ist das Verfahren auf deutscher Seite grundsätzlich dem Regime der §§ 190 ff. UmwG unterworfen. Entgegen der Ansicht des *Gerichts* verlangt jedoch das Unionsrecht nicht die Anwendung des § 202 UmwG bei einer Eintragung im Register des Zuzugsstaates. Dieses Resultat bestätigt auch die Prüfung nach internationalprivatrechtlichen und intertemporalen Grundsätzen.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass ein Herausformwechsel ins EU-Ausland zwar möglich und durchführbar ist.²³¹ Die Frage der Anwendbarkeit des § 202 UmwG zeigt allerdings *pars pro toto* die komplexen Fragen, die sich aus der komplizierten Gemengelage von europäischem und nationalem Recht ergeben. Die *EuGH*-Rechtsprechung kann hierbei allein kein rechtssicheres Fundament für die Durchführung eines Herausformwechsels bieten.²³²

Gegenwärtig weicht die Praxis daher in vielen Fällen auf Ersatzgestaltungen aus, die mehr Transaktionssicherheit versprechen.²³³ Teilweise wird im Schrifttum die aktuelle Gesetzeslage sogar als unionsrechtswidrig eingestuft.²³⁴ Jedenfalls stellt die Bereitstellung eines rechtssicheren Verfahrens ein zentrales rechtspolitisches Desiderat dar.

²³¹ Von einem gelingenden Herausformwechsel berichtet *Jennwein*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung einer deutschen GmbH nach Österreich, *GesRZ* 2016, 277 ff.

²³² Im konkreten Fall hatte dies den unerwünschten Zustand zur Folge, dass der Rechtsträger der Beschwerdeführerin mehr als zwei Jahre in zwei Gesellschaften existierte.

²³³ Zu nennen sind v.a. grenzüberschreitende Verschmelzungen auf eine Zweckgesellschaft oder eine Anwachsung, freilich unter Einbuße des Vorzugs der Identitätswahrung, siehe *Verse* (Fn. 13), S. 477; vgl. *Seibold* (Fn. 19), S. 457, die gegenwärtig von einem Herausformwechsel abrät.

²³⁴ *Herrler* (Fn. 142), S. 491; *Roth* (Fn. 74), S. 979; *Teichmann*, Der grenzüberschreitende Formwechsel ist spruchreif, *DB* 2012, 2085 (2091); *Verse* (Fn. 13), S. 480.

Denn zum Zweck der Vollendung des Binnenmarktes ist es mit der bloßen Möglichkeit des Herausformwechsels nicht getan. Eine gesetzliche Regelung könnte den Schutz der betroffenen Interessen koordinieren und ein Mindestniveau verbindlich festsetzen.²³⁵ Wichtiger noch aber ist es hinsichtlich der Durchführung einen verlässlichen Rechtsrahmen zu schaffen. Nur wenn Rechtssicherheit verbürgt ist, können das wirtschaftliche Potenzial ausgeschöpft und damit Wohlfahrtsgewinne ermöglicht werden.²³⁶ Anders gewendet: Rechtlich ist der Herausformwechsel bereits möglich, nun muss er zu einer Option für die Praxis ausgestaltet werden.

Demgemäß ist es durchaus berechtigt, in den bereits vielstimmigen Chor derer einzustimmen, die eine gesetzliche Regelung fordern.²³⁷ Angesichts der momentan ungewissen europäischen Ambitionen²³⁸ sollte sich auch der deutsche Gesetzgeber aufgerufen fühlen, sich des Problems anzunehmen und nationale Verfahrensregeln für den Herausformwechsel zu schaffen.

²³⁵ Grundmann (Fn. 9), Rn. 867.

²³⁶ Bayer/Schmidt (Fn. 8), S. 1491; Grundmann (Fn. 9), Rn. 835.

²³⁷ Lau Hansen, The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies, ECFR 2013, 1 (15 f.); Mörsdorf, The Legal Mobility of Companies within the European Union through Cross-Border Conversion, CMLR 49 (2012), 629 (656 ff.); Schmidt, Study on Cross-border mergers and divisions, transfers of seat S. 12 ff., 15, 32 ff.; Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 34), § 32; vgl. auch die Bemerkung des EuGH im Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-378/10 – VALE, Rn. 38, wonach „solche Vorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Umwandlungen gewiss hilfreich wären“.

²³⁸ Zwar kündigte die Europäische Kommission Ende 2017 eine Legislativinitiative zur grenzüberschreitenden Unternehmensmobilität an, im offiziellen Arbeitsprogramm der Europäischen Kommission für 2018 ist eine solche jedoch nicht enthalten, vgl. COM(2017) 650 final v. 24.10.2017.

Marcus Schnetter*

Die Verteidigung der Einzelfallkontrolle bei der kollisionsrechtlichen Wirksamkeitsprüfung ausländischer Mehrehen – Eine kritische Würdigung von *Alicia Pointners* Beitrag „Massenmigration im Internationalen Privatrecht: Herausforderungen und Perspektiven; Bigamie, Polygamie – und der deutsche *ordre public*“ (StudZR-WissOn 2017, 267 ff.)

Abstract

Die kollisionsrechtliche Wirksamkeitsprüfung ausländischer Mehrehen setzt voraus, dass der konkrete Einzelfall geprüft wird. Es genügt entgegen der von *Pointner* vertretenen Auffassung nicht, abstrakt das Rechtsinstitut der Mehrehe als unvereinbar mit der deutschen Rechtsordnung zu qualifizieren. Vielmehr muss in einer konkreten Einzelfallprüfung zwischen den Interessen der betroffenen EhegattInnen an der Wirksamkeit ihrer Ehe auf der einen Seite und der Durchsetzung des Gebots der Einehe auf der anderen Seite abgewogen werden. Der *ordre public*-Vorbehalt ermöglicht in seiner bestehenden Auslegung eine sachgerechte Entscheidung durch die Gerichte. Diese Auslegung trägt den grundlegenden Strukturprinzipien und Zielen des IPR angemessen Rechnung.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, wo er derzeit als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Rechtsphilosophie und Internationales Privatrecht (Prof. Dr. *Stefan Arnold*, LL.M. (Cambridge)) arbeitet. Zuvor studierte er Politik und Recht (B.A.) sowie Common Law (Zertifikat) in Münster und Sheffield. Dank gebührt Herrn Prof. Dr. *Stefan Arnold*, LL.M. (Cambridge), Frau *Elena Richard* und Herrn *Dietmar Schnetter* für hilfreiche Anmerkungen.

A. Einleitung

Alicia Pointner hat sich in der letzten Ausgabe dieser Zeitschrift ausführlich mit der Vereinbarkeit von Bigamie bzw. Polygamie und dem deutschen (Kollisions-) Recht auseinandergesetzt.¹ Nach einer Begriffsexplikation und geschichtlichen Skizzierung des Phänomens analysiert *Pointner* das zivil- und strafrechtliche Verbot der Mehrehe in Deutschland. Anschließend erarbeitet die Autorin einen rechtsvergleichenden Überblick über die Behandlung von Mehrehen in ausländischen Privatrechtsordnungen. Hierauf folgt eine Untersuchung über den kollisionsrechtlichen Umgang mit ausländischen Mehrehen. Dabei geht die Verfasserin unter anderem der Frage nach, ob aufgrund des *ordre public* gemäß Art. 6 EGBGB ausländisches Sachrecht, welches die Mehrehe zulässt, nicht anzuwenden sei. Die Autorin argumentiert einflussreich gegen die herrschende Meinung von Literatur und Rechtsprechung. So bestehe auch bei im Ausland vorgenommenen Eheschließung von ausländischen Staatsangehörigen ein ausreichend starker Inlandsbezug, um das Eingreifen des *ordre public* zu rechtfertigen. Insbesondere im Hinblick auf das kürzlich verabschiedete Gesetz gegen Kinderehen sei die Mehrehe prinzipiell nicht mit den Grundwerten der deutschen Rechtsordnung vereinbar. Daran ändere auch die Maxime des internationalen Entscheidungsklangs nichts. Sodann untersucht die Autorin Rechtsfolgen im Öffentlichen Recht und im Privatrecht, die bei wirksamen Mehrehen eintreten. Hierbei kommt sie zu dem Schluss, dass deutsche Gerichte Mehrehen primär nur „anerkennen“, um drohenden Schaden von Ehefrauen abzuwenden, die einen bereits verheirateten Mann geehelicht haben. Aufgrund prinzipieller rechtlicher und ethischer Bedenken lehnt die Verfasserin eine solche Einzelfallrechtsprechung ab. Den Abschluss bildet ein weitgehender und innovativer Reformvorschlag, nach dem Mehrehen in Deutschland grundsätzlich keine Wirksamkeit entfalten könnten.

Der Beitrag *Pointners* schließt sich einer Mindermeinung im Internationalen Familienrecht an: Nach der Ansicht einiger KollisionsrechtlerInnen darf geschlechterdiskriminierendes ausländisches Sachrecht in Deutschland nicht angewandt werden.² Dies soll über eine vermehrte Anwendung des Rechts des

¹ *Pointner*, Massenmigration im Internationalen Privatrecht: Herausforderungen und Perspektiven; Bigamie, Polygamie – und der deutsche *ordre public*, StudZR-WissOn 2017, 267 ff.

² *Weller/Hauber/Schulz*, Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO, IPRax 2016, 123 ff.; *Pika/Weller*, Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht, IPRax 2017, 65 ff.; *Weller/Thomale/Zimmermann*, Massenmigration und Geschlechtergleichstellung im IPR: Die „cupierte“ Verweisung, JZ 2017, 1080 ff.; *Weller*, in: Dethloff/Nolte/Reinisch, Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick – Migrationsbewegungen, 2018, S. 247.

gewöhnlichen Aufenthalts der beteiligten Parteien und eines verstärkten Gebrauchs der Abwehrklausel *ordre public* gelingen. Selbst das Einverständnis einer diskriminierten Person könnte dann nicht über die Abwehr des fremden Rechts hinweghelfen.

B. Würdigung

Die folgende Stellungnahme führt zunächst in die Grundlagen des *ordre public* ein, um daran anschließend die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit von ausländischen Mehrehen mit den Grundrechten zu prüfen. Die Würdigung schließt mit einer Betrachtung von *Pointners* Vorschlägen *de lege ferenda*.

I. Der *ordre public de lege lata*

Der *ordre public* des Art. 6 EGBGB schließt die Anwendung ausländischen Sachrechts aus, wenn das dadurch erzeugte Ergebnis im konkreten Einzelfall (1.) mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts (2.) offensichtlich unvereinbar ist (3.).

1. Prüfungsgegenstand: Einzelfallergebnis

Die Anwendung einer ausländischen Rechtsnorm kann nicht allein deswegen verworfen werden, weil sie abstrakt gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts verstößt. Es bedarf zunächst der Ermittlung des konkreten Anwendungsergebnisses.³

Sobald mindestens einer der beiden Eheschließenden (auch) die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt,⁴ statuiert § 1306 BGB ein zweiseitiges Ehehindernis. Ein zweiseitiges Ehehindernis verbietet beiden Eheschließenden die Heirat, unabhängig davon, welches Personalstatut anwendbar ist.⁵ Bei einer Eheschließung im Inland gilt das in Art. 6 Abs. 1 GG festgeschriebene und durch § 1306 BGB konkretisierte Prinzip der Einehe.⁶ Der/Die deutsche StandesbeamteIn muss daher die Trauung einer bereits verheirateten Person unabhängig von seiner/ihrer Staatsangehörigkeit verweigern.⁷

³ v. Hoffmann/Thorn, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 140.

⁴ Gleiches gilt für Asylberechtigte, die einen Flüchtlingsstatus innehaben, da dann gemäß Art. 12 Genfer Flüchtlingskonvention (1951) an das Recht des Wohnsitzes bzw. des ständigen Aufenthalts angeknüpft wird.

⁵ Koch/Magnus/Winkler v. Mohrenfels, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 16.

⁶ Robe, Rechtsfragen bei Eheschließungen mit muslimischen Beteiligten, StAZ 2000, 161 (166).

⁷ Pointner (Fn. 1), S. 272 f.; so i.E. auch Scholz, Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher *ordre public*, StAZ 2002, 321 (333) m.w.N. zur h.M.

Was aber, wenn die Mehrehe im Ausland geschlossen wurde und die Personalstatute der ausländischen EhegattInnen eine Mehrehe erlauben? Sollen diese Mehrehen in Deutschland „anerkannt“ werden und Wirksamkeit entfalten?

2. Prüfungsmaßstab: Wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts

Als wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts nach Art. 6 S. 1 EGBGB kommen die guten Sitten in Betracht, soweit sie einen nach außen gerichteten Durchsetzungswillen des Gesetzgebers gegenüber formell einschlägigen ausländischen Rechtsnormen erkennen lassen.⁸ Weiterhin umfasst der *ordre public* nach Art. 6 S. 2 EGBGB die Grundrechte.

a) Verbot der Doppelhe

Das einfach-gesetzliche Bigamieverbot des § 1306 BGB stellt in seiner „Ausprägung [...] als unantastbar empfundene[r] kulturelle[r] Besitz“⁹ nach überwiegender Auffassung einen wesentlichen Grundsatz des deutschen Rechts dar.¹⁰ Allerdings entfaltet das Prinzip der Einehe reine Inlandswirkung.¹¹ Es scheidet daher bei einer im Ausland geschlossenen Ehe nicht-deutscher StaatsbürgerInnen als Prüfungsmaßstab aus.¹²

b) Grund- und Menschenrechte: Menschenwürde, Gleichberechtigungsgrundsatz und Schutz der Ehe

Das Bigamieverbot des § 1306 BGB erfährt aber nach weit verbreiteter Ansicht institutionellen Schutz durch Art. 6 Abs. 1 GG.¹³ Daher scheint Art. 6 Abs. 1 GG durch polygame Ehen betroffen. Soweit ausländische Privatrechtsordnung Mehrehen für zulässig erachten, gilt dies ausschließlich zugunsten von Männern.¹⁴ Polygame Ehen können daher den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 GG tangieren.¹⁵ *Pointner* erblickt in polygamen Verbindungen auch eine Verletzung der Garantie der Menschenwürde des

⁸ *Raape*, IPR, 5. Aufl. 1961, § 13 V, S. 95: „Andere Völker, andere Sitten!“.

⁹ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 10 Rn. 10.

¹⁰ Zusammenfassung bei *Frick*, *Ordre Public und Parteiautonomie*, 2005, S. 101 f. m.w.N. auch für die Gegenansicht.

¹¹ Ausführlich dazu unten **B. I. 3. a).**

¹² *Pointner* (Fn. 1), S. 281 f.

¹³ Stellvertretend *Wahlen*, in: *jurisPK-BGB IV*, 8. Aufl. 2017, § 1306 Rn. 6; Weitere Nachweise unter **B. I. 3. b) bb) (2).**

¹⁴ Überblick bei *Mankowski*, in: *Staudinger*, 2010, Art. 13 EGBGB Rn. 239; *Coester/Coester-Waltjen*, *Polygame Verbindungen und deutsches Recht*, *FamRZ* 2016, 1618 (1618 ff.).

¹⁵ So *Pointner* (Fn. 1), S. 271.

Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁶

3. Prüfung: Offensichtliche Unvereinbarkeit

Das Eingreifen des *ordre public* setzt eine offensichtliche Unvereinbarkeit des konkreten Rechtsanwendungsergebnisses mit dem vorgegebenen Prüfungsmaßstab voraus, Art. 6 S. 1 EGBGB.

a) Ausreichende Inlandsbeziehung

Der *ordre public* dient nicht dazu, ausländischen Sachverhalten die Wertungen der deutschen Rechtsordnung aufzunötigen. Die Vorbehaltsklausel ist daher hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit und Prüfungsintensität relativ: Je stärker die inhaltliche, örtliche, sachliche und zeitliche Verbindung des untersuchten Sachverhalts zur deutschen Rechtsordnung ist (Inlandsbezug), desto eher kann eine Verletzung deutscher Rechtsgrundsätze angenommen und die Anwendung des ausländischen Sachrechts verweigert werden.¹⁷

Bei der kollisionsrechtlichen Wirksamkeitsprüfung einer im Ausland geschlossenen Mehrehe dürfte regelmäßig nur ein geringer Inlandsbezug bestehen.¹⁸ Das Doppeleheverbot des § 1306 BGB verbietet nach seinem Wortlaut die Eheschließung, nicht aber das Führen einer Doppelehe. Die für das deutsche Recht „unsittliche“ Eingehung der Mehrehe wurde daher in der Souveränitätssphäre einer ausländischen Rechtsordnung vollzogen.¹⁹ Das erkennende deutsche Gericht verstärkt durch sein Urteil keine der deutschen Rechtsordnung widerstrebenden Wirkung dieses „anrühigen“ Rechtsstatus.²⁰ Im Kollisions-

¹⁶ *Ebd.*, S. 290. Da auch Menschenrechte internationaler Konventionen unter die wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts fallen können (siehe nur *Baetge*, in: jurisPK-BGB VI, 8. Aufl. 2017, Art. 6 EGBGB Rn. 86), kommen des Weiteren Art. 8, 12 und 14 EMRK sowie Art. 5 lit. a, 16 Abs. 1 lit. a CEDAW und Art. 23 Abs. 3-4 IPbPR in Betracht (dazu *Fontana*, Universelle Frauenrechte und islamisches Recht, 2017, S. 89 f.; *Scholz*, Die Internationalisierung des deutschen *ordre public* und ihre Grenzen am Beispiel islamisch geprägten Rechts, IPrax 2008, 213 (217)), worauf es im Folgenden aufgrund des Dispenses der Beteiligten aber nicht ankommt, vgl. unten **B. I. 3. b) bb) a.E.**

¹⁷ *v. Hein*, in: MüKo-BGB XI, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 64; BT-Drucks. 19/1574, S. 2.

¹⁸ Ähnlich *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, § 16 II, S. 523.

¹⁹ Vgl. zum Begriff der Souveränitätssphären *Zweigert*, Nichterfüllung aufgrund ausländischer Leistungsverbote, RabelsZ 14 (1942), 283 (293 ff.).

²⁰ *Cullmann*, Die Behandlung polygamer Ehen im Internationalen Privatrecht von England, Frankreich und Deutschland, 1976, S. 81 m.w.N.; etwas anderes gilt wohl, wenn die EhepartnerInnen auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft klagen: BVerwGE 71, 228 (230); *Cullmann*, Anerkennung polygamer Ehen in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1976, 313 (314); a.A. *Erbarth*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.11.2017, § 1353 Rn. 145.

recht wird ein Rechtsverhältnis oder Status nicht inhaltlich „anerkannt“.²¹ Das gerichtliche Urteil darüber, ob das konkrete Rechtsverhältnis Wirksamkeit entfaltet, ist lediglich ein Ergebnis der Anwendung ausländischen Sachrechts.²²

Insbesondere stellt das Doppelheverbot des § 1306 BGB auf den Zeitpunkt der Eheschließung im Geltungsbereich des BGB ab²³ und enthält daher keinen Auslandsbezug. Es trägt allein dem Schutz des *inländisch* geltenden Prinzips der Einehe Rechnung. Aufgrund dieser Erwägungen kommt eine von *Pointner* erwogene Auslegung des Doppelheverbots § 1306 BGB als zwingende Eingriffsnorm²⁴ nicht in Betracht.

Die kollisionsrechtliche Wirksamkeitsprüfung der Ehe stellt darüber hinaus in sachlicher Hinsicht häufig nur eine Vorfrage über einen im Ausland begründeten Status dar. Dadurch reduziert sich – im Gegensatz zur Behandlung einer kollisionsrechtlichen Hauptfrage – die Kontrolltiefe, da damit kein neuer Status im Inland begründet wird.²⁵

b) *Schlechthin untragbarer Widerspruch*

Um die offensichtliche Unvereinbarkeit des Rechtsanwendungsergebnisses mit der deutschen Rechtsordnung zu bejahen, bedarf es eines schlechthin untragbaren Widerspruchs mit deutschen Rechtsgrundsätzen.²⁶ Im Folgenden wird unterschieden zwischen Ehepaaren, die lediglich zur Umgehung deutschen Sachrechts die Eheschließung im Ausland vornehmen²⁷ (aa)) und denen, die die Mehrehe in der Vergangenheit auch tatsächlich über einen längeren Zeitraum hinweg im Ausland geführt haben (bb)).

aa) Umgehungsfälle

Pointner beschreibt ausführlich das Problem der Umgehung des strengen deutschen Eheschließungsrechts: Mitunter verlegen ausländische EhegattInnen trotz ihres verfestigten Aufenthalts in Deutschland den Ort ihrer Hochzeit ins „eheschließungsfreundlichere“ Ausland.²⁸ Nach der von *Pointner* dargestellten

²¹ So aber *Pointner* (Fn. 1), *passim*, ganz deutlich S. 278 f.

²² Vgl. *Pika/Weller* (Fn. 2), S. 65 f.; *Bock*, Der Islam in der Entscheidungspraxis der Familiengerichte, NJW 2012, 122 (125).

²³ *Kleist/Friederici*, in: NK-BGB IV, 3. Aufl. 2014, § 1306 Rn. 2; ähnlich auch die Auslegung des Doppelheverbots Art. 147 Code Civil in Frankreich, *Posch*, „Islamisierung“ des Rechts?, ZfRV 2007, 124 (130).

²⁴ So *Pointner* (Fn. 1), S. 293 f.

²⁵ *Völker*, Zur Dogmatik des ordre public, 1998, S. 234.

²⁶ *Schulze*, in: NK-BGB I, 3. Aufl. 2016, Art. 6 EGBGB Rn. 37.

²⁷ Siehe hierfür *Pointner* (Fn. 1), S. 274 f.

²⁸ *Ebd.*, S. 274 f.

herrschenden Meinung „scheiterten“ solche Mehrehen mangels eines ausreichenden Inlandsbezuges nicht am *ordre public*. *Pointner* kritisiert diese angeblich herrschende Meinung.²⁹

Diese Darstellung scheint auf einem Missverständnis zu beruhen. Bei der Prüfung der Inlandsbeziehung sind alle relevanten Verbundenheitselemente zu berücksichtigen – es kommt hier entgegen der Darstellung *Pointners*³⁰ nicht nur auf die Staatsangehörigkeit oder den Ort der Eheschließung an. Auch der Wohnsitz, Arbeitsplatz, gewöhnliche Aufenthalt im Inland sowie der Wunsch des Niederlassens oder Verbleibens in Deutschland können für eine starke Inlandsbeziehung sprechen.³¹ Sofern also beispielsweise die ausländischen Staatsangehörigen vor und nach der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben, dürfte das Kriterium des örtlichen Inlandsbezuges ausreichend stark sein.³² Der *ordre public* wäre anwendbar und die Mehrehe müsste nach deutschem Recht als unwirksam beurteilt werden.³³ Auf eine von *Pointner* geforderte strengere Anwendung des *ordre public* kommt es daher in diesen Umgehungsfällen regelmäßig nicht an.³⁴

Pointner argumentiert im Hinblick auf die angeblich herrschende Meinung, dass eine Reform der Anknüpfungsnorm des Art. 13 Abs. 1 EGBGB zugunsten des Prinzips des gewöhnlichen Aufenthalts angezeigt sei.³⁵ Wie beschrieben, führt der gewöhnliche Aufenthalt ausländischer Bi-/Polygamisten im Inland aber

²⁹ *Pointner* (Fn. 1), S. 280 f.

³⁰ *Ebd.*: „Würde man in diesem Fall der h.M. folgen, läge aufgrund fremder Staatsangehörigkeit und Eheschließung im Ausland kein hinreichender Inlandsbezug und damit keinen [sic] Verstoß gegen den deutschen *ordre public* vor“.

³¹ *Stürner*, in: BeckOGK-EGBGB, Stand: 1.3.2018, Art. 6 Rn. 267.

³² Vgl. grundlegend BGHZ 120, 29 (36); *Rauscher*, IPR, 5. Aufl. 2017, Rn. 593.

³³ Ganz deutlich *VG Berlin*, Urt. v. 16.2.2009, BeckRS 2009, 33043: „R. S. [der bigamisch verheiratete Ehemann, Anm. d. Autors] lebt seit nahezu 30 Jahren im Bundesgebiet mit einem verfestigten Aufenthaltsrecht. Er ist sozusagen faktischer Inländer. Hinsichtlich der hier in Rede stehenden Ehe war zudem von Anfang an beabsichtigt, diese in der Bundesrepublik Deutschland zu führen. Das ergibt sich schon aus der zeitlichen Nähe zwischen Eheschließung und Einreise der Klägerin“ (Bejahen eines ausreichenden Inlandsbezuges); so auch *AG Hanau*, FamRZ 2004, 949 (950); *Kriewald*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.12.2017, § 1306 Rn. 49; *Sturm*, Eheschließungen im Ausland, StAZ 2005, 1 (13 f.).

³⁴ Aus dem von *Pointner* angeführten Urteil BFHE 146, 39 lässt sich eine solche unterstellte Umgehung auch nicht erkennen, da hier wohl nur ein „vorübergehende[r] Zeitraum“ des Niederlassens des polygamen Ehemanns im Inland zur rechtlichen Beurteilung stand; dagegen erscheint der Sachverhalt von BVerwGE 71, 228 schon eher als eine solche gezielte Umgehung und das Urteil (Wirksamkeit der Mehrehe) insofern inkonsequent; darauf rekurriert wohl auch in seinen kritischen Ausführungen *Helms*, Im Ausland begründete – im Inland unbekannte Statusverhältnisse, StAZ 2012, 1 (1 ff.).

³⁵ *Pointner* (Fn. 1), S. 292 f. m.w.N.

bereits regelmäßig dazu, dass auf die Frage nach der Wirksamkeit der Mehrehe deutsches Recht angewandt werden muss. Ihre Ausführungen taugen daher nur bedingt als Argument für eine solche vorgeschlagene Gesetzesänderung.

bb) Fälle im Ausland gelebter Mehrehen

Ferner argumentiert *Pointner*, dass es auch nicht mit der deutschen Rechtsordnung vereinbar sei, bereits langjährig im Ausland gewachsene Mehrehen hierzulande anzuerkennen.³⁶ Für eine solche Feststellung muss aber eine konkrete Grundrechtsverletzung aufgezeigt werden.

Bei den hier in Frage stehenden Konstellationen handelt es sich ausschließlich um Fälle, in denen die Betroffenen mit der bi-/polygamen Ehe einverstanden sind. Darin liegt eine konkludente Verzichtserklärung auf die Ausübung der verfassungsrechtlich gewährleisteten Grundrechte. Durch einen solchen Ausübungsverzicht der betroffenen Person entfällt der Grundrechtseingriff.³⁷ Es liegt dann keine Grundrechtsverletzung vor.³⁸

Etwas anderes gilt dann, wenn der Verfassungsgeber mit einem tangierten Grundrecht eine Institutsgarantie oder allgemeine Werteentscheidung aufgestellt hat. Bei einer solchen objektiv-rechtlichen Festlegung steht den Beteiligten keine Dispositionsbefugnis hierüber zu.³⁹ Daher kommen von den oben genannten Grundrechten⁴⁰ – entgegen der Auffassung *Pointners*⁴¹ – lediglich die Menschenwürde sowie die Institutsgarantie des Schutzes der Ehe nach Art. 6 Abs. 1 GG in Betracht⁴². Auch wenn der Gleichberechtigungsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG objektive Interessen verfolgt,⁴³ verhindert dies nicht den Grundrechtsverzicht der Betroffenen, sofern die konkrete polygame Ehe Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist.⁴⁴ Dann berührt diese Ehe ausschließlich die familiäre Sphäre, aber keine gesellschaftlichen Be-

³⁶ *Ebd.*, S. 281 f. und 288 ff.

³⁷ *Manssen*, Staatsrecht II, 15. Aufl. 2018, § 7 Rn. 141

³⁸ *Looschelders*, IPR, 6. Aufl. 2004, Art. 6 EGBGB Rn. 28; *Müller-Franken*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 14. Aufl. 2017, Vor Art. 1 Rn. 45.

³⁹ *Robbers*, Der Grundrechtsverzicht: Zum Gegensatz „volenti non fit iniuria“ im Verfassungsrecht, JuS 1985, 925 (927 f.).

⁴⁰ Vgl. **B. I. 2. b).**

⁴¹ *Pointner* (Fn. 1), S. 289 f.

⁴² Vgl. auch *Stern*, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/2, 1994, § 86 Der Grundrechtsverzicht S. 911 f.

⁴³ Dazu *Weller*, in: Arnold, Grundfragen des Kollisionsrechts, 2016, S. 142 (156).

⁴⁴ Dieses verfassungsrechtliche Eheverständnis der Gleichberechtigung wurde geprägt durch BVerfGE 37, 217 (249 ff.); 103, 89 (101).

lange,⁴⁵ sodass der Grundrechtsverzicht als Ausfluss der Autonomie der EhegattInnen Vorzug vor einem möglichen öffentlichen Regelungsbedürfnis erhält.⁴⁶

(1) Menschenwürde

Die Garantie der Menschenwürde i.S.d. Objektformel schützt jeden Menschen vor einer Behandlung, die ihn zu einem Objekt herabwürdigt.⁴⁷ Aus ihrem Wesen als unverzichtbare *staatliche* Gewährleistung⁴⁸ wird mitunter geschlossen, dass die GrundrechtsträgerInnen frei über sie verfügen können.⁴⁹ Allerdings legt schon das Wort „unantastbar“ des Art. 1 Abs. 1 GG nahe, dass ein solcher Verzicht auf die Menschenwürde unmöglich ist.⁵⁰ Dagegen wird wiederum eingewandt, dass die in der Menschenwürde enthaltene Freiheit persönlicher Entfaltung die Möglichkeit umfassen müsse, selbst über den Gebrauch bzw. Nichtgebrauch eines Grundrechts zu entscheiden.⁵¹ Daher muss bei einem formell zulässigen Verzicht auf die Menschenwürde durch den/die BetroffeneN, der Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG eng ausgelegt werden.⁵²

Ob eine konkrete polygame Ehe als gleichberechtigte Lebenspartnerschaft geführt wird, lässt sich nicht abstrakt beurteilen.⁵³ Pauschal das Eingehen oder den Bestand einer Mehrehe als eine Behandlung zu qualifizieren, die den EhepartnerInnen ihre Subjektqualität abspricht,⁵⁴ erscheint aber zweifelhaft.⁵⁵ Dies

⁴⁵ *Frick* (Fn. 10), S. 114 f.; siehe zur Möglichkeit des Grundrechtsverzichts hinsichtlich objektiver und subjektiver Gehalte eines Grundrechts *Pietzcker*, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, *Der Staat* 1978, 527 (551) sowie *Seifert*, Problemkreise des Grundrechtsverzichts, *Jura* 2007, 99 (104).

⁴⁶ Zum Autonomiegedanken vgl. *Röthel*, Autonomie im Familienrecht der Gegenwart, *JZ* 2017, 116 (120); i.E. auch *Brudermüller*, *Paarbeziehungen und Recht*, 2017, S. 225 und *Looschelders*, Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht, *RebelsZ* 65 (2001), 463 (488).

⁴⁷ *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz I, 81. EL 2017, Art. 1 Abs. 1 Rn. 36; Zu Fallgruppen, wann eine Verletzung der Menschenwürde bejaht wird, siehe ausführlich *Hillgruber*, in: *BeckOK-GG*, Ed. 35, Stand: 15.11.2017, Art. 1 Rn. 17 ff.

⁴⁸ BVerfGE 45, 187 (229).

⁴⁹ *Merten*, Grundrechtsverzicht, in: *Merten/Papier*, *Handbuch der Grundrechte III*, 2009, S. 717 Rn. 36 m.w.N.

⁵⁰ BVerfGE 39, 1 (42); BGHZ 67, 119 (125).

⁵¹ *Bleckmann*, Probleme des Grundrechtsverzichts, *JZ* 1988, 57 (58 ff.); a.A. *Bethge*, in: *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts IX*, 2. Aufl. 2011, § 203 Grundfragen des Grundrechtsverzichts Rn. 108.

⁵² *Fischinger*, Der Grundrechtsverzicht, *JuS* 2007, 808 (811).

⁵³ Für diese Vermutung aber *Frick* (Fn. 10), S. 103.

⁵⁴ So *Pointner* (Fn. 1), S. 290.

⁵⁵ *VGH Mannheim*, *NVwZ* 2017, 1212 (1214) Rn. 35: „völlig singuläre Rechtsauffassung“; *Spickhoff*, Eheschließung, Ehescheidung und ordre public, *JZ* 1991, 323 (326).

könnte dann der Fall sein, wenn Einzelfallumstände, zum Beispiel die Bestimmung einer „Rangfolge“ unter den Ehefrauen durch den Ehemann,⁵⁶ auf eine Geringschätzung des Achtungsanspruches der Ehefrauen hinweisen.⁵⁷ Daran zeigt sich aber bereits, dass es einer Entscheidung auf Grundlage des konkreten Einzelfalls bedarf. Die Tolerierung einer bestehenden Mehrehe stellt keine abstrakte Verletzung der Menschenwürde der Betroffenen dar.

(2) Institutsgarantie Ehe

Art. 6 Abs. 1 GG beinhaltet eine Institutsgarantie zum Schutz der grundlegenden Elemente der Ehe.⁵⁸ Das *BVerfG* bejaht, dass diese Institutsgarantie den Grundsatz der Einehe umfasst.⁵⁹ Eine im Inland zu schließende Mehrehe verletzt dieses objektiv-rechtliche Verfassungsgebot zweifellos und kann nicht durch einen Grundrechtsverzicht der Betroffenen geheilt werden. Eine wirksame ausländische Mehrehe hingegen wertet das inländisch wirkende Institut der Einehe nicht ab.⁶⁰

Selbst wenn man dies anders beurteilt,⁶¹ muss man beachten, dass in den Polygamie-Fällen zumeist eheliche Ansprüche oder aus dem Ehestatus erwachsende Rechte geltend gemacht werden.⁶² Insbesondere werden auch hinkende Ehen, also solche, die in einem Land anerkannt werden, im anderen Land

⁵⁶ Dazu *Pointner* (Fn. 1), S. 291; auch wenn im klassischen islamischen Recht Sure 4:3 des Korans die Polygamie eines Mannes nur unter der Voraussetzung der (auch materiellen) Gleichbehandlung seiner Ehefrauen erlaubt, knüpfen islamische Rechtsgelehrte keine zwingenden rechtlichen Folgen an eine Verletzung dieses Gebots, siehe *Ascha*, *Mariage, polygamie et répudiation en Islam*, 1997, S. 89 ff.

⁵⁷ Dann wären die Ehen aber auch nicht mehr Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Partnerschaft, sodass auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorläge, der nicht von den Betroffenen durch einen Grundrechtsverzicht geheilt werden könnte, dazu oben **B. I. 3. b) bb)** a.E.

⁵⁸ *Kotzur*, in: Stern/Becker, Grundrechte, 2. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 60.

⁵⁹ BVerfGE 10, 59 (66 f.); 31, 58 (69); 62, 323 (330); a.A. *Brosius-Geldorf*, in: Dreier, Grundgesetz I, 3. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 79; *Model/Müller*, Grundgesetz, 11. Aufl. 1996, Art. 6 Rn. 4.

⁶⁰ *Loosbelders* (Fn. 46), S. 489.

⁶¹ So *Pointner* (Fn. 1), S. 289: „die inländische Duldung einer Doppelehe [untergräbt] das Vertrauen potentieller deutscher Ehepartner in den verfassungsrechtlich begründeten Schutz der Einehe“; hiergegen sei an dieser Stelle eingewandt, dass es sich bei der Bejahung von Ehen nicht um ein Bilanzierung handelt: Inländischen Ehepaaren wird nichts weggenommen, wenn die Ehen ausländischer Mehrfachverheirateter als wirksam beurteilt werden.

⁶² BVerwGE 71, 228 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 26.7.2006 – 1 B 25/06 (beide Aufenthaltserlaubnis); BSGE 87, 88 ff. (Witwenrente); *OLG Hamm*, StAZ 1986, 352 f. (Anlegung eines Familienbuches); *OLG Jena*, FamRZ 2014, 579 (Anerkennung der Vaterschaft); *LG Frankfurt*, FamRZ 1976, 217 (Anerkennung als eheliches Kind); *VG Gelsenkirchen*, FamRZ 1975, 338 ff. (Aufenthaltserlaubnis).

dagegen keine Rechtswirkungen entfalten, vom Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst.⁶³ Daher erkennt die Literatur an, dass auch Mehrehen diesem grundrechtlichen Schutzbereich unterfallen.⁶⁴ Sofern bei einer Mehrehe ein Eltern-Kind-Verhältnis vorliegt, ist dieses auf jeden Fall von Art. 6 Abs. 2 GG erfasst.⁶⁵ Liegen also verfassungsrechtlich beachtliche Interessen der beteiligten EhepartnerInnen vor, dürfte die Institutsgarantie des Art. 6 Abs. 1 GG im Wege der praktischen Konkordanz hinter die schützenswerten Begehren der Bi-/PolygamistInnen zurücktreten.⁶⁶

Es zeigt sich hier erneut, dass allein eine differenzierende Abwägung dem rechtsstaatlichen Gebot der konkreten Einzelfallentscheidung gerecht wird. *Pointner* gelangt zwar mit vertretbaren Argumenten zu einer abweichenden Einschätzung.⁶⁷ Dennoch sprechen prinzipielle Erwägungen des Kollisionsrechts für die hier vertretene Auffassung:

Der Kerngedanke des IPR liegt im Respekt vor fremden Rechtsordnungen. Daraus folgt der Grundsatz der materiellen Gleichrangigkeit aller Rechtsordnungen.⁶⁸ Das Kollisionsrecht dient einer formalen international-privatrechtlichen Gerechtigkeit: Die Entscheidung richtet sich nicht nach dem abstrakt „besseren“ Recht, sondern stellt auf die objektiv engste Beziehung des Sachverhalts mit den dazu in Beziehung stehenden Rechtsordnungen ab.⁶⁹ Die Prämisse des internationalen Entscheidungseinklanges als Ausfluss der von gegenseitiger Rücksicht getragenen *comity of nations*⁷⁰ zwingt dazu, dass fremdes Recht lediglich ausnahmsweise und nur unter sehr strengen Voraussetzungen nicht angewendet werden darf.⁷¹ Ein abstrakter Ausschluss fremden Rechts und

⁶³ BVerfGE 31, 58 (67); 51, 386 (396); 62, 323 (329 ff.); *Divell*, in: Schulz/Hauß, Familienrecht, 2. Aufl. 2011, Art. 6 GG Rn. 22.

⁶⁴ Offen gelassen in BVerfGE 62, 323 (331); dafür *Robbers*, in: v. Mangoldt/Klein/-Starck, Grundgesetz I, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Rn. 42; *Coester-Waltjen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 8; *Heintzmann*, in: Soergel XVII/1, 13. Aufl. 2013, § 1314 BGB Rn. 9; *Zuleeg*, Verfassungsgarantie und sozialer Wandel – das Beispiel von Ehe und Familie, NVwZ 1986, 800 (802); wohl auch *Antoni*, in: Hömig/Wolff, HK-GG, 11. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 6; dagegen *Uhle*, in: BeckOK-GG (Fn. 47), Art. 6 Rn. 3.

⁶⁵ BVerfGE 71, 228 (231); v. *Coelln*, in: Sachs, Grundgesetz, 7. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 7; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 14. Aufl. 2016, Art. 6 Rn. 4.

⁶⁶ *Spickhoff* (Fn. 55), S. 326 f.

⁶⁷ *Pointner* (Fn. 1), S. 288 ff.

⁶⁸ BVerfGE 18, 112; *Arnold*, in: Arnold, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, 2016, S. 23 (25 ff.).

⁶⁹ *Lurger/Melcher*, IPR, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 37.

⁷⁰ Dazu *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts VIII, 1849, S. 266 f.

⁷¹ BGHZ 39, 173 (177); 120, 29 (34); *Voltz*, in: Staudinger, 2013, Art. 6 EGBGB Rn. 19 f.; anders i.E. *Weller/Thomale/Zimmermann*, (Fn. 2), S. 1085 ff.: Teleologische

damit eine allgemeine Degradierung fremder Rechtsordnungen steht diesen Prinzipien feindlich gegenüber.⁷² Der „Sprung ins Dunkle“⁷³ billigt auch keine Diskriminierungen.⁷⁴ Er unterstreicht lediglich, dass ausländisches Recht im Hinblick auf sein konkretes Anwendungsergebnis kontrolliert wird.⁷⁵ *Pointners* Vorwurf „falscher Toleranz“⁷⁶ hingegen dichotomisiert „westliche“ von „muslimischen“ Gesellschaften und verkennt andere strukturelle Machtbeziehungen und Unterdrückungsmechanismen.⁷⁷ Die hier befürwortete kollisionsrechtliche Zurückhaltung ist im Hinblick auf wachsende eurozentrische und orientalisierende⁷⁸ Stimmungen im öffentlichen Diskurs die richtige Antwort auf drängende Fragen multikulturellen Zusammenlebens. Auch wenn Staaten der westlichen Hemisphäre sich zunehmend in muslimische Vorstellungen von Geschlechter- und Sexualitätsfragen einmischen,⁷⁹ ist zumindest das Kollisionsrecht kein taugliches Instrument zu Erziehung fremder Rechtsordnungen.⁸⁰

Eine kategorische Ablehnung aller Mehrehen schadet denjenigen Betroffenen, die die deutsche Rechtsordnung doch eigentlich schützen will.⁸¹ Es bedarf der konkreten Einzelfallbetrachtung, um nicht unterschiedslos deutsche Grundwerte zu Lasten benachteiligter Frauen durchzusetzen.⁸² Erst durch diese kann sichergestellt werden, dass lediglich vermögensrechtliche und kundschafts-

Reduktion von Kollisionsnormen zugunsten einer Nicht-Anwendbarkeit diskriminierenden, ausländischen Sachrechts.

⁷² Vgl. zur ähnlich gelagerten Diskussion um die kollisionsrechtliche Wirksamkeit ausländischer Privatscheidungen *Arnold/Schnetter*, Privatscheidungen und die Renaissance der autonomen Kollisionsrechte Europas, ZEuP 2018, Heft 3 (im Erscheinen).

⁷³ *Raape*, Internationales Privatrecht I, 5. Aufl. 1961, S. 90 meint damit die Verweisung auf ausländisches, unbekanntes Sachrecht.

⁷⁴ So aber *Pointner* (Fn. 1), S. 290: „stillschweigende Duldung [der Verletzung der Menschenwürde]“.

⁷⁵ *Robe*, in: Arnold, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, 2016, S. 67 (75).

⁷⁶ *Pointner* (Fn. 1), S. 289: „Diese vorgeschobene Toleranz (ist [sic]), ganz im Gegenteil, der Beweis einer andauernden Ignoranz gegenüber den schädlichen Folgen, die Polygamie hat“.

⁷⁷ Vgl. hierzu *Marx*, in: Dietze/Brunner/Wenzel, Kritik des Okzidentalismus, 2009, S. 101 (108 ff.).

⁷⁸ Grundlegend *Said*, Orientalismus, 1978; Einführung bei *Varela/Dawan*, Postkoloniale Theorie, 2005, S. 96 ff.

⁷⁹ *Amir-Moazami*, in: Dietze/Brunner/Wenzel, Kritik des Okzidentalismus, 2009, S. 150 (159).

⁸⁰ *Schurig*, Eine hinkende Vereinheitlichung des internationalen Ehescheidungsrechts in Europa, in: FS v. Hoffmann, 2011, S. 405 (410) hinsichtlich der Vereinbarkeit einseitiger Ehescheidungen mit Art. 10 Rom III-VO.

⁸¹ Vgl. *Detbloff*, Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?, in: FS Schwenzer, 2011, S. 409 (420 f.).

⁸² Einprägsam *Robe* (Fn. 75), S. 75: „Abstrakte Menschenrechtsbekenntnisse dürfen nicht zu Lasten der Opfer von Menschenrechtsverletzungen wirken“.

rechtliche Wirkungen der Mehrehe wirksam werden.⁸³ Selbst wenn es schwer vorstellbar zu sein scheint,⁸⁴ können gute Gründe für die „Anerkennung“ von Mehrehen sprechen. Auch bi- bzw. polygames Zusammenleben kann sich zu einer Schutz- und Beistandsgemeinschaft entwickeln. Eine aufgenötigte Trennung, nur um das deutsche Sittlichkeitsgefühl zu schützen, mag bei den betroffenen Ehepaaren dagegen vermutlich eher zu Unversöhnlichkeit mit unserer Rechtsordnung und Integrationsverweigerung in die deutsche Kultur führen.⁸⁵

II. *De lege ferenda*

1. Zweispurigkeit von Nichtigkeit und Aufhebung verbotener Ehen

Pointner schlägt *de lege ferenda* die Einführung einer alternativen Nichtigkeit bzw. Aufhebbarkeit von Mehrehen in § 1306 BGB vor.⁸⁶ Dahinter steht der Gedanke, RichterInnen mehr Flexibilität im Umgang mit Mehrehen zu gewähren. Die Gerichte könnten dann nicht mehr nur Mehrehen – wie nach der derzeitigen Rechtslage – mit *ex nunc*-Wirkung aufheben, sondern diese auch *ex tunc* für nichtig erklären.⁸⁷

Diesem Reformvorschlag ist zugutezuhalten, dass die Nichtigkeit der Mehrehe damit ausdrücklich im Familienrecht geregelt werden würde. Anders hat beispielsweise der deutsche Gesetzgeber kürzlich mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen eine Nichtigkeitslösung durch die Hintertür des Kollisionsrechts eingeführt. Seit dem 22.7.2017 ordnet Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB bei ausländischen Ehen, die unter Beteiligung einer Person unter 16 Jahren geschlossen wurden, die Nichtigkeit *ipso iure* an. Das Schrifttum kritisiert diese

⁸³ BFHE 146, 39 (40 f.); *Coester*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 17), Art. 13 EGBGB Rn. 69; *Jayne*, Zur Anerkennung ausländischer Eheschließungen, FamRZ 1975, 340 (341); rechtsvergleichender Überblick bei *Kreuzer*, Clash of civilizations und Internationales Privatrecht, RW 2010, 143 (155).

⁸⁴ *Pointner* (Fn. 1), S. 296: „falsch verstandene Schutzabsichten“.

⁸⁵ Vgl. *Antomo*, Kinderehen, ordre public und Gesetzesreform, NJW 2016, 3558 (3561).

⁸⁶ *Pointner* (Fn. 1), S. 294 f.; gemeint sind wohl die §§ 1313 f. BGB, welche die Aufhebung durch richterliche Entscheidung regeln, § 1306 statuiert hingegen lediglich das Doppeleheverbot.

⁸⁷ Anders als von *Pointner* (Fn. 1), S. 294 suggeriert, kennt das österreichische Privatrecht eine solche Zweispurigkeit von Nichtigkeit bzw. Aufhebung auf der Grundlage desselben Eheverbotes nicht: Gemäß §§ 20, 27 ÖstEheG wird eine Ehe, die einem der in §§ 21-25 ÖstEheG (u.a. § 24 ÖstEheG: Verbot der Doppelehe) niedergelegten Eheverbote widerspricht, grundsätzlich mit *ex tunc*-Wirkung für nichtig erklärt; nach § 34 ÖstEheG werden Ehen, bei denen einer der in den §§ 35-39 und 44 ÖstEheG niedergelegten Aufhebungsgründe vorliegt, mit *ex nunc*-Wirkung aufgehoben, siehe auch *Schwimmann*, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 223. EL, Stand: 1.5.2017, Österreich S. 51 f.; *Nademleinsky*, in: Rieck, Ausländisches Familienrecht, 16. EL 2017, Österreich Rn. 15 f.

Entscheidung unter Hinweis auf die Systematik des Familienrechts:⁸⁸ Das Eheschließungsrechtsgesetz 1998 hat gerade die Nichtigkeit „verbotener Ehen“ aufgehoben. Damit wird auch die Brücke zum hier besprochenen Reformvorschlag geschlagen. Die Gründe, welche schon 1998 für die Abschaffung der Zweispurigkeit von Aufhebung und Nichtigkeit sprachen, stehen heute auch dem Konzept *Pointners* entgegen. So war der Grundsatz der Nichtigkeit der verbotenen Ehe bereits vor 1998 durch zahlreiche Ausnahmeregelungen derart durchbrochen, dass ein Nichtigkeitsurteil faktisch bedeutungslos war.⁸⁹

Weiterhin sprechen gewichtige Gründe dafür, dass eine Ehe lediglich mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben, aber nicht nachträglich vernichtet werden kann. Alleine diese Lösung bietet wirksamen Schutz für schwächere Ehegatten und gemeinsame Kinder: So kann eine Aufenthaltsgenehmigung für den/die ausländische/n Zweitehegatten/in vom Bestehen einer wirksamen Ehe mit einem/r in Deutschland Aufenthaltsberechtigten abhängen.⁹⁰ Darüber hinaus ist eine wirksam geschlossene Ehe die Voraussetzung für die rechtliche Vaterschaft i.S.d. § 1592 Nr. 1 BGB⁹¹ sowie eheliche Unterhaltsansprüche.⁹² Erbanprüche nach § 1931 Abs. 1 S. 1 BGB würden bei einer Nichtigkeitsklärung ebenfalls entfallen. Außerdem werden ausschließlich denjenigen EhegattInnen, deren Ehe aufgehoben wurde, gemäß § 1318 BGB die Rechtsfolgen einer Scheidung zugebilligt. Angesichts dieser Konsequenzen würde wohl kaum ein Gericht von der Möglichkeit eines Nichtigkeitsurteils Gebrauch machen. Die Umsetzung dieses Ansinnens wäre also lediglich gesetzgeberische Spielerei.

2. Kollisionsrechtliches Spezialgesetz zur Entschädigung gutgläubiger Ehefrauen

Zusätzlich zu dieser vorgeschlagenen Änderung des Familienrechts fordert *Pointner*, das Verbot der Doppelehe als international zwingende Norm auszulegen. Danach würden auch im Ausland geschlossene Mehrehen in Deutsch-

⁸⁸ Statt vieler *Erbarth*, in: BeckOGK-BGB (Fn. 20), § 1353 Rn. 119.

⁸⁹ BT-Drucks. 13/4898, S. 13 f. und 17 f.; *Henrich*, in: Johannsen/Henrich, Familienrecht, 6. Aufl. 2015, Vor §§ 1313 ff. BGB Rn. 5.

⁹⁰ Beteiligten einer Mehrehe kann trotz der Einschränkung des § 30 Abs. 4 AufenthG eine Aufenthaltsberechtigung im Ermessenswege erteilt werden, *Müller*, in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 30 AufenthG Rn. 35; *Dienelt*, in: Bergmann/Dienelt, Ausländerrecht, 12. Aufl. 2018, § 30 AufenthG Rn. 97; vgl. auch *Tewocht*, in: BeckOK-AuslR, Ed. 17, Stand: 1.11.2017, § 30 AufenthG Rn. 38; *Finger*, Doppel- und Mehrehen – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, FuR 2008, 419, 424 f.; beispielhaft aus der Praxis *OVG Koblenz*, Urt. v. 12.3.2004 – 10 A 11717/03, Rn. 32 (juris); a.A. *VGH Mannheim*, FamRZ 2008, 787 (787 f.).

⁹¹ *Budzikiewicz*, in: Jauernig, 16. Aufl. 2015, § 1592 BGB Rn. 2.

⁹² *Kleffmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 12. Aufl. 2017, § 1360 BGB Rn. 7.

land grundsätzlich keine Wirksamkeit entfalten.⁹³ Um im Einzelfall eine unbillige Härte gegenüber den diskriminierten Ehefrauen zu vermeiden, schlägt *Pointner* die Einführung einer kollisionsrechtlichen Spezialregelung vor. Mithilfe dieser könnten der/n Ehefrau/en im Einzelfall Entschädigungsansprüche gegen ihren polygynen Ehemann zugesprochen werden.⁹⁴ Die Intention dahinter ist begrüßenswert und zeugt von einer Weitsicht, die der deutschen Gesetzgeber beim Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen hat vermissen lassen.⁹⁵ Zweifelhaft ist aber, ob die von *Pointner* vorgeschlagenen materiellrechtlichen Regelungen im Kollisionsrecht angesiedelt werden sollten. Das IPR ist Rechtsanwendungsrecht und verfolgt, von wenigen Ausnahmen abgesehen, gerade keine materiellen Zwecke. Zudem nimmt der Vorschlag ausschließlich vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe in den Blick und blendet beispielsweise negative kindschafts- und aufenthaltsrechtliche Folgen der Unwirksamkeit einer Ehe aus. Die Argumentation *Pointners* ist widersprüchlich, da sie auf der einen Seite für einen abstrakten Ausschluss der Mehrehe plädiert,⁹⁶ das geforderte Spezialgesetz auf der anderen Seite aber das Gericht zu einer konkreten Einzelfallbetrachtung anhalten soll.⁹⁷ Eine solche Einzelfallbetrachtung wird doch gerade durch die bestehende Auslegung des *ordre public* ermöglicht. Es drängt sich der Eindruck auf, dass hier die Wirkungen von der kollisionsrechtlichen Behandlung einer Mehrehe auf der einen Seite mit einem Auf-

⁹³ *Pointner* (Fn. 1), S. 293 f.; Dazu schon unter **B. I. 3. a)** a.E.

⁹⁴ *Ebd.*, S. 295.

⁹⁵ Im Schrifttum wird das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen und insbesondere die darin verankerte Nichtigkeitslösung überwiegend negativ bewertet, siehe *Antomo*, Verbot von Kinderehen, ZRP 2017, 79 (82); *Bongartz*, Zur gebotenen rechtlichen Behandlung von Ehen unter Beteiligung Minderjähriger, NZFam 2017, 541 (546); *Coester-Waltjen*, Kinderehen – Neue Sonderanknüpfungen im EGBGB, IPRax 2017, 429 (436); *Coester*, Kinderehen in Deutschland, FamRZ 2017, 77 ff.; *Frie*, Drum prüfe, wer sich ewig bindet... – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, FamRB 2017, 232 (238); *Hüfstege*, Das Verbot der Kinderehe nach neuem Recht aus kollisionsrechtlicher Sicht, FamRZ 2017, 1374 (1380); *Möller/Yassari*, Wenn Jugendliche heiraten, KJ 50 (2017), 279 (281 ff.); *Kemper*, Neues aus dem Abstammungsrecht – Von Samenspenden, missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen, Kindern aus Kinderehen und aus gleichgeschlechtlichen Ehen, FamRB 2017, 438 (442 f.); *Schwab*, Die verbotene Kinderehe, FamRZ 2017, 1369 (1373 f.); für positive Besprechungen des Gesetzes siehe *Lentz*, Islamisches Recht vor deutschen Familiengerichten – ein Überblick von 2009 bis 2017, FuR 2017, 597 (601); *Majer*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen, NZFam 2017, 537 (538 ff.); *Opris*, Ausländische Ehen im deutschen Recht im Lichte des Gesetzesentwurfs zur Bekämpfung von Kinderehen, ZErB 2017, 158 (162 ff.).

⁹⁶ *Pointner* (Fn. 1), S. 281 ff.; 288 ff.; 293 f.

⁹⁷ *Ebd.*, S. 295.

hebung- bzw. „Nichtigkeits“⁹⁸-Urteil über den Bestand einer Mehrehe auf der anderen Seite vermischt werden.

C. Fazit

Alicia Pointner hat mit ihrem Beitrag eine provokante Arbeit vorgelegt, die die Diskussion über die Anerkennung islamischer Rechtsinstitute befeuern dürfte. Ihre Kritik trifft den Nerv der Zeit und enthält viele richtige Ansätze. Ihre Schlussfolgerungen widersprechen allerdings fundamentalen Grundsätzen des IPR. In ihrer Pauschalität überzeugen sie nicht. *Pointner* stärkt aber eine in der Kollisionsrechtswissenschaft wohl im Vordringen begriffene Mindermeinung, die deutsche Grundwerte abstrakt gegenüber ausländischem, diskriminierendem Sachrecht durchsetzen will. Trotz des legitimen Ansinnens dieser Ansicht sollte ihr keine Folge geleistet werden. Die konkreten Interessen betroffener Parteien wiegen schwerer als abstrakte Bekenntnisse zu sittlichen Vorstellungen der deutschen Rechtsordnung. Es bleibt dabei: Mehrehen, die im Ausland wirksam, fehlerfrei geschlossen wurden, kann die „Anerkennung“ nur auf Grundlage einer abwägenden Einzelfallbetrachtung verweigert werden.

⁹⁸ Nichtigkeit bewusst in Anführungsstrichen, da es Nichtigkeitsurteile, wie oben unter **B. II. 1.** beschrieben, seit der Eheschließungsreform 1998 nicht mehr gibt und hier nur auf die von *Pointner* vorgeschlagene Alternativität von Aufhebung und Nichtigkeit rekurriert wird.

Johann von Pestalozza*

Potentielle alternative Schutzinstrumente zu intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen

Abstract

Im Jahr 2015 leitete die Europäische Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland und vier weitere Mitgliedstaaten der Europäischen Union Vertragsverletzungsverfahren wegen der vermeintlichen Unionsrechtswidrigkeit ihrer intra-EU bilateralen Abkommen ein. Der *Europäische Gerichtshof* hatte sich mit einer ähnlichen Rechtsfrage im Zuge eines Vorabentscheidungsersuchens des *Bundesgerichtshofs* (Rs. C-284/16 – *Achmea*) beschäftigt und konstatierte dort, dass Art. 267, 344 AEUV intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen entgegenstehen. Dadurch stellten sich die folgenden Fragen: Welche Schutzstandards gewährleisten intra-EU bilaterale Investitionsschutzabkommen und welche Alternativen gibt es zu ihnen? Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit diesen Problematiken und zeigt verschiedene völker- und unionsrechtliche Schutzinstrumente *de lege lata* und *de lege ferenda* auf.

* Der Verfasser hat Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin studiert und ist als Mitglied der Redaktion bei den juristischen Fachzeitschriften K&R, InTeR, ZfWG und RAW (Deutscher Fachverlag GmbH) tätig. Der nachfolgende Beitrag basiert auf der im Wintersemester 2015/16 geschriebenen und thematisch von Prof. Dr. Steffen Hindelang, LL.M. gestellten Studienabschlussarbeit im Schwerpunkt „Internationalisierung der Rechtsordnung“.

A. Einleitung

Das internationale Investitionsschutzrecht ist ein zentraler Bereich des Wirtschaftsvölkerrechts und umfasst die Förderung und den Schutz ausländischer Investitionen. Vorläufer der heutigen bilateralen Investitionsschutzabkommen (*Bilateral Investment Treaties*) waren die seit dem Ende des 18. Jahrhunderts bei vielen Staaten weit verbreiteten bilateralen Verträge über Freundschaft, Handel und Schifffahrt (*Friendship, Commerce and Navigation Treaties*), die auch den Schutz ausländischen Vermögens umfassten.¹ Ein Großteil der intra-EU bilateralen Investitionsschutzabkommen (Intra-EU BITs) wurde in den 1990er-Jahren zwischen den damaligen Mitgliedstaaten und den durch die EU-Erweiterung beigetretenen Mitgliedstaaten mit dem Ziel der Stärkung des Anlegerschutzes und der Etablierung von Schutzstandards geschlossen, um so dem wachsenden Bedürfnis nach differenzierten und genauen Investitionsschutzregeln Rechnung zu tragen.² Die Europäische Kommission vertritt nunmehr jedoch die Ansicht, solche innergemeinschaftlichen bilateralen Absicherungen seien seit der EU-Erweiterung nicht mehr notwendig und mit EU-Recht nicht vereinbar, da im Binnenmarkt für alle Mitgliedstaaten dieselben Normen bezüglich grenzüberschreitender Investitionen gälten. Sie hat die betreffenden Vertragspartner daher aufgefordert, die Verträge zu beenden und gegen fünf Mitgliedstaaten Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.³ Es bedarf folglich Alternativen zu Intra-EU BITs, die an die Stelle der bisherigen Abkommen treten, ohne dabei Schutzlücken für ausländische Investitionen zu hinterlassen. Eine mögliche differenziertere Ausgestaltung bestehender bilateraler Abkommen wird im Folgenden nicht problematisiert, obgleich eine solche durchaus angebracht erscheint.⁴

¹ Ipsen, Völkerrecht, 6. Aufl. 2015, § 34 Rn. 32.

² EU-Kommission, Pressemitteilung v. 18.6.2015, abrufbar unter: europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_de.htm (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, 4. Aufl. 2017, § 3 Rn. 555; Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2012, S. 64 Rn. 155.

³ EU-Kommission, Pressemitteilung v. 18.6.2015 (Fn. 2).

⁴ Hindelang, in: Europäisches Parlament (ed.), Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions in the EU's International Investment Agreements, Vol. 2, 2014, S. 39 (113 f.): Besonders im Hinblick auf Streitbeilegungsmechanismen in bestehenden bilateralen Investitionsschutzabkommen ist eine alternative Ausgestaltung angebracht. Problematisch erscheint hierbei vor allem die Legitimität von Schiedsverfahren, die gerade darunter leidet, dass gewisse Rechtsstreitigkeiten der nationalen staatlichen Gerichtsbarkeit entzogen sind. Ein „Mehr“ an Legitimität könnte dadurch gewonnen werden, dass auch im Internationalen Investitionsschutzrecht das Prinzip der nationalen Rechtswegerschöpfung (*exhaustion of local remedies rule*) Eingang findet. Darüber hinaus muss nicht nur das Fehlen einer Berufungs- und Revisionsinstanz kritisch beäugt werden, vielmehr trägt auch die Intransparenz der Schiedsverfahren zur allgemeinen Rechtsunsicherheit bei, die durch fehlende Kontrollmechanismen und einer keineswegs unvoreingenom-

Der vorliegende Beitrag befasst sich einleitend mit den Rechtsquellen des internationalen Investitionsschutzrechts (B.) und thematisiert sodann den Anwendungsbereich von Intra-EU BITs (C.). Weiterhin werden vertiefend potentielle alternative Schutzmechanismen zu Intra-EU BITs behandelt (D.). Dabei werden insbesondere der Schutz durch das Primärrecht sowie die Begründung eines europäischen multilateralen Investitionsschutzabkommens veranschaulicht (D. I.). Abschließend soll ein sekundärrechtlicher Regelungsvorschlag i.S. einer Europäischen Investitionsschutzverordnung dargestellt werden (D. II.), der in die Schlussbetrachtung (E.) mündet.

B. Rechtsquellen des Internationalen Investitionsschutzrechts

Gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. a–c IGH-Statut sind die völkerrechtlichen Verträge, das Völkergewohnheitsrecht sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze den klassischen Völkerrechtsquellen zuzuordnen. Der genannte Artikel stellt auch im internationalen Investitionsschutzrecht den Ausgangspunkt jeglicher Bestimmungen völkerrechtlicher Steuerungsmechanismen dar.⁵ Wichtigstes Element ist dabei das weit verzweigte Geflecht bilateraler Investitionsschutzabkommen, das als Surrogat für die weitgehend fehlende zentrale Legislativgewalt auf internationaler Ebene fungiert.⁶ Im Bereich des Eigentumsschutzes und des Entschädigungsrechts ausländischer Investoren ist darüber hinaus das Völkergewohnheitsrecht von Bedeutung, das durch allgemeine stetige Übung, die von den Beteiligten als rechtsverbindlich angesehen wird, entsteht (*opinio juris*).⁷ Der gewohnheitsrechtliche Gehalt des internationalen Investitionsschutzrechts hat seinen Ursprung im Fremdenrecht und konstituiert einen Mindestbehandlungsstandard, der insbesondere im Rahmen der Vertragsauslegung systematisch integriert werden muss.⁸ „Die von den Kulturvölkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“ aus Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut sind das Ergebnis wertender Rechtsvergleichung, in welcher innerstaatliche Grundsätze rezipiert und in die Völkerrechtsordnung übertragen werden.⁹ Sie kommen im Rahmen von Investitionsstreitigkeiten insbesondere vor Schiedstribunalen des durch die Weltbank initiierten *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*

menen Schiedsrichterschaft zusätzlich genährt wird. Die Studie ist abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2014/534979/EXPO_STU%282014%29534979%28ANN01%29_EN.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁵ Tietje, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 2 Rn. 40.

⁶ Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 553.

⁷ De Nanteuil, Droit international de l'investissement, 2014, S. 111 Rn. 246; Hahn/-Gramlich, Archiv des Völkerrechts 1983, 145 (170); Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 17.

⁸ ICSID, *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*, Case No ARB/06/5, Award v. 15.4.2009, Rn. 78; v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, § 12 Rn. 983.

⁹ Schöbener/Herbst/Perkams, Internationales Wirtschaftsrecht, 2010, § 4 IV Rn. 179.

(ICSID) zur Anwendung und dienen der Ausfüllung allgemeiner und interpretationsbedürftiger Bestimmungen.¹⁰ Neben den klassischen Völkerrechtsquellen bestehen zahlreiche investitionsrelevante Verhaltenskodizes und Richtlinien von internationalen Organisationen wie beispielsweise die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen, die nicht nur die Pflichten des Gaststaates des Investors festlegen, sondern auch Verpflichtungen des Investors selbst regeln.¹¹ Sie gründen im Kern auf der Idee der freiwilligen Selbstverpflichtung und sind daher als *soft law*-Instrumente zu qualifizieren. Das internationale Investitionsschutzrecht beruht demnach auf einer Vielzahl von gewohnheitsrechtlich verankerten und vertraglich kodifizierten Bestimmungen, deren Zusammenspiel einen umfassenden Schutz ausländischer Investitionen generiert.

C. Intra-EU Bilaterale Investitionsschutzabkommen

Intra-EU bilaterale Investitionsschutzabkommen sind völkerrechtliche Verträge zwischen zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die bestehende Regeln des Fremdenrechts hinsichtlich allgemeiner Schutzpflichten und Enteignungen übernehmen sowie besondere Diskriminierungsverbote niederlegen.¹² Sie sind die bedeutsamsten Instrumente des internationalen Investitionsschutzes und enthalten neben Streitbeilegungsvorschriften auch Definitionen des Anwendungsbereichs *ratione personae, materiae* und *temporis*.¹³

I. *Ratione personae*: Investor

Um den personellen Anwendungsbereich von Investitionsabkommen bestimmen zu können, bedarf es der Festlegung von Voraussetzungen, unter denen ein Investor als einem Staat an- bzw. zugehörig angesehen wird.¹⁴ Maßgebliches Kriterium bei natürlichen Personen ist das nationale Staatsangehörigkeitsrecht der Vertragsstaaten, aus welchem sich der Investorenstatus ableitet.¹⁵ Weitaus bedeutender und komplexer ist die Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen, da insbesondere Unternehmen die Mehrzahl an Investoren

¹⁰ ICSID, *Amco Asia Corp v. Indonesia*, Case No ARB/81/1, Final Award v. 21.11.1984, ILM 24 (1985) 1022/1036; *Lörcher*, ICSID-Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 11 (12); *Tietje* (Fn. 5), § 8 Rn. 20.

¹¹ *Tietje* (Fn. 5), § 8 Rn. 21.

¹² *Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008, S. 61; *Tietje*, Bilaterale Investitionsschutzverträge zwischen EU-Mitgliedstaaten (Intra-EU-BITs) als Herausforderung im Mehrebenensystem des Rechts, KSzW 2011, 128 ff.

¹³ *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 33.

¹⁴ *Griebel* (Fn. 12), S. 65.

¹⁵ UNCTAD, *Scope and Definition*, 2011, S. 14, abrufbar unter: unctad.org/en/Docs/diacia20102_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Dolzer/-Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2012, S. 47; *Salacuse*, *The Law of Investment Treaties*, 2010, S. 129.

ausmachen. Die Staatszugehörigkeit kann anhand der Sitztheorie, der Gründungstheorie sowie der Kontrolltheorie festgelegt werden.¹⁶ Erstere kommt beispielsweise in Art. 1 Nr. 3 lit. a des Mustervertrags 2005 der Bundesrepublik Deutschland zur Anwendung.¹⁷ Danach ist ein „Investor“ entweder ein Deutscher i.S.d. Grundgesetzes oder eine „juristische Person [...], die ihren Sitz im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland hat“. In anderen Investitionsschutzabkommen wie etwa in Art. 1 Nr. 7 des Vertrags über die Energiecharta wird nicht auf den Sitz des Unternehmens abgestellt, sondern auf das Recht, nach dem es gegründet wurde (Gründungstheorie). Gemäß Art. 25 Abs. 2 lit. b ICSID-Konvention ist auch eine Zuordnung des Investors zu einem Staat, bei Einverständnis der Vertragsparteien, aufgrund der Beherrschungsverhältnisse möglich. Die Kontrolle der juristischen Person durch Investoren aus einem anderen Vertragsstaat bewirkt damit die Einbeziehung in den vertraglichen Schutzbereich (Kontrolltheorie).¹⁸

Die meisten investitionsrechtlichen Instrumente schützen darüber hinaus sog. indirekte Investitionen, die regelmäßig in verzweigten Konzernstrukturen entstehen.¹⁹ Es handelt sich bei ihnen um wirtschaftliche Aktivitäten inländischer juristischer Personen, die von ausländischen Investoren beherrscht werden, da sie beispielsweise mehrheitlich in deren Eigentum stehen.²⁰ Sinn und Zweck indirekter Investitionen ist es, von den Schutzstandards bestehender Investitionsschutzabkommen zu profitieren, ohne dabei unmittelbar beteiligter Vertragspartner zu sein (*treaty shopping*).²¹

II. *Ratione materiae*: Investition

Bilaterale Investitionsschutzabkommen wie auch die ICSID-Konvention legen dem sachlichen Anwendungsbereich den Begriff der „Investition“ zugrunde. Er ist i.d.R. weit auszulegen, umfasst dementsprechend alle Formen von Eigen- und Fremdkapital inklusive Portfolioinvestitionen, Immaterialgüterrechte, vertragliche und gesetzliche Ansprüche sowie Konzessions- und Lieferverträge.²² Teilweise beschränken Investitionsschutzabkommen ihren Schutz auf solche Investitionen, die *in accordance with the law*, das heißt im Einklang mit innerstaatlichen Rechtsvorschriften, vorgenommen worden sind (Konformitäts-

¹⁶ *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 593 f.

¹⁷ *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 35.

¹⁸ *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2017, § 23 Rn. 10.

¹⁹ *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 36.

²⁰ *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 595.

²¹ *Hindelang* (Fn. 4), S. 105.

²² UNCTAD (Fn. 15), S. 22–24.

klausel).²³ Dadurch werden gezielt Rechtspositionen vom Schutzbereich der Investitionsschutzabkommen ausgenommen, die durch Korruption oder sonstige rechtswidrig erlangte Ansprüche entstanden sind.²⁴ Probleme bereitet die Investitionsdefinition nur dann, wenn Aktivitäten oder Rechte von Investoren zwar in den sachlichen Schutzbereich des einschlägigen bilateralen Investitionsschutzabkommens fallen, jedoch nicht in den der ICSID-Konvention. In solchen Fällen bleibt der Schutz durch das Investitionsschutzabkommen bestehen, ein Verstoß gegen dieses kann jedoch nicht in ICSID-Verfahren geltend gemacht werden, sodass auf andere Streitbeilegungsmechanismen zurückgegriffen werden muss.²⁵

III. *Ratione temporis*: Zeitpunkt von Investitionen

Den zeitlichen Anwendungsbereich bilateraler Investitionsschutzabkommen regeln neben Vorschriften zur Laufzeit des Vertrages auch Bestimmungen darüber, inwieweit das Abkommen für Investitionen bzw. Streitigkeiten gilt, die vor dem Inkrafttreten des Vertrages vorgenommen wurden, sodass auch rückwirkend Schutz für bereits getätigte Investitionen begründet werden kann.²⁶

IV. Konkretisierung der Schutzstandards am Beispiel des Vertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Bulgarien über die gegenseitige Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen

Neben der Definition des Anwendungsbereichs setzen bilaterale Investitionsschutzabkommen allgemeine Schutzstandards für die Behandlung ausländischer Investitionen. Dazu gehören der Enteignungsschutz (*protection from unlawful expropriation*), der Anspruch auf gerechte und billige Behandlung (*fair and equitable treatment*), ein umfassender Schutz und Sicherheit (*full protection and security*), sog. Schirmklauseln (*umbrella clauses*), das Recht zum Gewinntransfer (*transfer of funds*), das Gebot der Inländergleichbehandlung (*national treatment*) und das Prinzip der Meistbegünstigung (*most-favoured-nation treatment*). Sie werden im folgenden Abschnitt anhand des Vertrags der Bundesrepublik Deutschland und der Volksrepublik Bulgarien über die gegenseitige Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen (BIT) von 1986 näher erläutert.²⁷

²³ Griebel (Fn. 12), S. 62; Herdegen (Fn. 18), § 23 Rn. 12.

²⁴ ICSID, *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction (2006); Herdegen (Fn. 18), § 23 Rn. 12.

²⁵ Kriebaum, in: Douglas/Pauwelyn/Vinuales, *The Foundations of International Investment Law*, 2. Aufl. 2014, S. 45 (68).

²⁶ Griebel (Fn. 12), S. 67; Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 39.

²⁷ Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 40.

1. Enteignungsschutz (*protection from unlawful expropriation*)

Kernbereich des Investitionsschutzrechts ist der Schutz vor Enteignungen oder enteignungsähnlichen Maßnahmen (*protection from unlawful expropriation*). Neben direkten Enteignungen, wie etwa der Verstaatlichung ganzer Wirtschaftssektoren oder Konfiskationen, werden auch indirekte Enteignungen von den Schutzbestimmungen erfasst.²⁸ Unter einer direkten Enteignung versteht man den formalen Entzug der Verfügungsgewalt einer Person über ihr Eigentum durch einen staatlichen Hoheitsakt.²⁹ Indirekte bzw. *de facto*-Enteignungen bezeichnen hingegen den faktischen Entzug der Eigentümerposition mit anderen Mitteln als durch einen staatlichen Enteignungsakt: Die Eigentümerposition bleibt zwar formell unangetastet, wirtschaftlich betrachtet liegt jedoch ein Eigentumsentzug vor, da die Wirkungen staatlicher Nutzungsbeschränkungen einem Entzug des Eigentums gleichkommen.³⁰ Das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht komplementiert insoweit den innerstaatlichen bzw. internationalen grund- und menschenrechtlichen Enteignungsschutz.³¹ Grundsätzlich ist jeder Staat befugt, direkte und indirekte Enteignungen vorzunehmen, sofern sich das betroffene Vermögen auf seinem Hoheitsgebiet befindet.³² Mithin sind direkte sowie indirekte Enteignungen nur dann rechtmäßig, soweit sie im öffentlichen Interesse stehen, nichtdiskriminierender Natur sind und der Staat als solcher den Maßstäben eines rechtmäßigen Verfahrens für Enteignungen (*due process of law*) gerecht wird.³³ Nach der von den westlichen Industriestaaten vertretenen *Hull*-Formel, die beispielsweise in Art. 4 Abs. 2 BIT niedergelegt ist, muss zudem die Entschädigung für eine Enteignung umgehend („*prompt*“), wertentsprechend („*adequate*“) und tatsächlich verwertbar („*effective*“) sein.³⁴ Dieser Grundsatz muss als voller Wertausgleich verstanden werden und umfasst, zusätzlich zum Marktwert, auch Renditeperspektiven der Investoren.³⁵

2. Gerechte und billige Behandlung (*fair and equitable treatment*)

Art. 2 Abs. 4 BIT konstituiert darüber hinaus das Gebot der gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*). Es gewährt ausländischen Investoren den vollen Schutzzumfang des Vertrags und beinhaltet, abgesehen vom Schutz grundlegender legitimer Erwartungen von Investoren, das Verbot will-

²⁸ Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 60.

²⁹ Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 599.

³⁰ *Starrett Housing v. Iran*, Interim Award v. 19.12.1983, Iran-US CTR 4 (1983) 122; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 601; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 60.

³¹ Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 608.

³² *Ebd.*

³³ Griebel (Fn. 12), S. 77; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 609.

³⁴ Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 10. Aufl. 2014, S. 390; Ipsen (Fn. 1), § 34 Rn. 56.

³⁵ Herdegen, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 54 Rn. 3.

kürlicher Verweigerung von Rechtsschutz.³⁶ Hierbei beruht der Grundsatz vor allem auf Gedanken der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes, sodass dem Prinzip der gerechten und billigen Behandlung auch ein allgemeines Transparenzgebot hinsichtlich des gesetzgeberischen Handelns entnommen werden kann, welches verhindern soll, dass sich Investoren unvorhersehbaren regulatorischen Maßnahmen gegenübersehen, die ihre Investitionen betreffen.³⁷ Das weitreichende Gebot wird im Hinblick auf Inhalt und Umfang als Element des gewohnheitsrechtlich verankerten Mindeststandards der Behandlung von Ausländern angesehen.³⁸

3. Umfassender Schutz und Sicherheit (*full protection and security*)

Viele bilaterale Investitionsschutzabkommen enthalten Klauseln, die ausländischen Investitionen umfassenden Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) gewähren und somit als Abwehr- und Verhinderungspflichten bei Eingriffen Dritter fungieren.³⁹ Derartige Pflichten sind in Art. 4 Abs. 1 BIT enthalten und werden mit Blick auf die Prinzipien der Staatenverantwortlichkeit nicht als absolute Verhinderungspflichten, sondern lediglich als *due diligence*-Pflichten zur Ergreifung notwendiger und zumutbarer Abwehrmaßnahmen verstanden.⁴⁰

4. Schirmklauseln (*umbrella clauses*)

Als Schirmklauseln (*umbrella clauses*) werden Bestimmungen in bilateralen Investitionsschutzabkommen bezeichnet, in denen sich die beteiligten Staaten gegenseitig völkervertragsrechtlich verpflichten, jede mit dem Investor eingegangene vertragliche Bindung einzuhalten (Art. 3 Abs. 6 BIT).⁴¹ Nach herkömmlicher Auffassung wird so jede Verletzung einer solchen Bestimmung zwischen Investor und Gaststaat gleichzeitig zu einer Verletzung der *lex contractus* sowie des die Schirmklausel umschließenden bilateralen Investitionsschutzabkommens, wenn

³⁶ v. Hammerstein/Roeggele, Der Fair and Equitable Treatment-Standard im Investitionsschutzrecht, SchiedsVZ 2015, 275 (277 f.); Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 634; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 52.

³⁷ ICSID, *Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Case NO. ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), Nr. 154; v. Arnauld (Fn. 8), § 12 Rn. 1000; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 635.

³⁸ OECD (2004), "Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law", OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing, S. 8 f., abrufbar unter: dx.doi.org/10.1787/675702255435 (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); Pieck, Der Grundsatz der gerechten und billigen Behandlung in Investitionsschutzverträgen, 2013, S. 277 f.

³⁹ Dolzer/Schreuer (Fn. 15), S. 149; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 56.

⁴⁰ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic* UNCITRAL: Final Award v. 3.9.2001, World Trade and Arbitration Materials 14 (2002) 35, para. 305; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 56.

⁴¹ Schramke, Umbrella Clauses in Bilateralen Investitionsschutzabkommen, SchiedsVZ 2006, 249 (249).

es sich um vertragliche Verpflichtungen des Gastgeberstaates selbst handelt.⁴²

5. Recht zum Gewinntransfer (*transfer of funds*)

Wesentliche Voraussetzung für die wirtschaftliche Rentabilität einer Investition im Ausland ist die in Art. 5 BIT festgelegte Kapital- und Zahlungstransferfreiheit. Sie ermöglicht ausländischen Investoren, alle im Zusammenhang mit einer Kapitalanlage stehenden Zahlungen zu tätigen, um auf diese Weise Darlehen zurückzuzahlen, Erweiterungen zu finanzieren und ihre Gewinne zu repatriieren.⁴³ Der Kapital- und Zahlungstransfer erfolgt hierbei typischerweise in frei konvertierbarer Währung, zu marktüblichen Wechselkursen und ohne Verzögerung.⁴⁴

6. Inländergleichbehandlung (*national treatment*) und Meistbegünstigung (*most favoured nation treatment*)

Art. 3 BIT beinhaltet nicht nur das Gebot der Inländergleichbehandlung (*national treatment*), wonach ausländische Investoren nicht schlechter behandelt werden dürfen als inländische, sondern auch das Prinzip der Meistbegünstigung (*most favoured nation treatment*). Letzteres räumt dem ausländischen Investor die Möglichkeit ein, sich auf höhere Schutzstandards aus anderen Investitionsverträgen zwischen Gaststaat und einem Drittstaat zu berufen, sofern eine vergleichbare Situation vorliegt.⁴⁵ Der Meistbegünstigungsgrundsatz vereinheitlicht auf diese Weise das Niveau des Investitionsschutzrechts und gewährleistet dem Investor weitestreichenden Schutz.⁴⁶ Demgegenüber erfahren sowohl die Inländergleichbehandlung als auch das Prinzip der Meistbegünstigung insoweit eine Einschränkung in ihrer Reichweite, wie sie einerseits im Bereich des Enteignungsschutzes von völkerrechtlichen Grundsätzen überlagert werden und andererseits aufgrund von regionalen Integrationsabkommen nicht zur Anwendung kommen.⁴⁷

7. Streitbeilegungsmechanismen

Konzeptionell ist zwischen zwei grundlegend verschiedenen Streitbeilegungskonstellationen zu differenzieren: Gemäß Art. 7 Abs. 1 BIT besteht die Möglichkeit eines zwischenstaatlichen Streitverfahrens, in welchem die Streitigkeit

⁴² Meschede, Die Schutzwirkung von umbrella clauses für Investor-Staat-Verträge, 2014, S. 71; Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 84.

⁴³ Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 82.

⁴⁴ Ebd., § 8 Rn. 83.

⁴⁵ Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 631; Schöbener, Völkerrecht, 2014, S. 286.

⁴⁶ Bergmann, Handlexikon der Europäischen Union, 5. Aufl. 2015, S. 686; Krajewski (Fn. 2), § 3 Rn. 632.

⁴⁷ Tietje (Fn. 5), § 8 Rn. 45 f..

nach den allgemeinen Prinzipien der friedlichen Streitbeilegung behandelt wird.⁴⁸ Zugleich eröffnet Art. 7 Abs. 2 BIT die Möglichkeit eines Investor-Staat-Streitverfahrens, welches vor allem aufgrund seines depolitisierenden Charakters vorzugswürdig gegenüber zwischenstaatlichen Verfahren erscheint und zudem Ausdruck des Dreiecksverhältnisses im internationalen Investitionsrecht ist.⁴⁹ Derartige Streitigkeiten können im Rahmen der ICSID-Konvention, der ICSID-Zusatzeinrichtung („*Additional Facility*“) sowie eines ad hoc-Verfahrens nach den Schiedsregeln der *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) beigelegt werden.⁵⁰

V. Zwischenbetrachtung

Die Definition des Anwendungsbereichs und die Ausführungen zu den grundlegenden Schutzstandards illustrieren das Schutzniveau bilateraler Investitionsschutzabkommen, das maßgeblich durch die Rechtsprechung internationaler Schiedsgerichte ausdifferenziert wurde. In diesem Zusammenhang wird ersichtlich, dass die Problematik einer kongruenten Substitution gerade darin liegt, die schiedsrichterliche Rechtsprechung mit den abstrakten Schutzvorschriften durch eine einheitliche unionsrechtsgemäße Regelung in Einklang zu bringen. Der folgende Abschnitt befasst sich mit eben dieser Begebenheit und stellt verschiedene alternative Schutzinstrumente zu Intra-EU BITs vor, deren einheitliche Regelungen eine ähnliche investitionsschützende Wirkungsweise entfalten könnten.

D. Alternative Schutzinstrumente

I. Das Primärrecht als alternatives Schutzinstrument *de lege lata*

Im Jahr 1963 betonte der *Europäische Gerichtshof (EuGH)* in der Entscheidung zur Rechtssache *Van Gend en Loos ./. Nederlandse administratie de belastingen*, dass die europäische Wirtschaftsgemeinschaft eine neue völkerrechtliche Rechtsordnung darstelle, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern als ebenso Verpflichtete und Berechtigte die Einzelnen seien.⁵¹ Das Unionsrecht und insbesondere die nachfolgend dargelegten Grundfreiheiten begründeten für den Einzelnen die Rechtsmacht, sich gegenüber den verpflichteten Rechts-

⁴⁸ *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 92.

⁴⁹ *Ebd.*, § 34 Rn. 91, 93.

⁵⁰ *Engel*, Investitionsschutzstreitigkeiten in der Europäischen Union, SchiedsVZ 2015, 218 (219).

⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 5.2.1963, Rs. C-26/62 – *Van Gend en Loos ./. Nederlandse administratie der belastingen*, NJW 1963, 974 (975).

subjekten auf den in ihnen enthaltenen normativen Gehalt zu berufen.⁵² Als supranationales Recht gehe es im Normenkollisionsfall dem nationalen Recht vor und trage damit dem Gebot der Unionstreue nach Art. 4 Abs. 3 EUV Rechnung.⁵³ Bei diesem Vorrang, der den Bestand der Union als Rechtsgemeinschaft durch eine einheitliche Wirksamkeit des Unionsrechts gewährleisten soll, handelt es sich um einen Anwendungs-, nicht um einen Geltungsvorrang: Kollidierendes nationales Recht wird nicht ungültig, sondern bleibt lediglich aufgrund des Anwendungsanspruchs des Unionsrechts unanwendbar und wird in diesem Sinne von den unionsrechtlichen Normen verdrängt.⁵⁴ Darüber hinaus wird das Völkerrecht als integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung angesehen, das normenhierarchisch den Rang unterhalb des Primär- aber oberhalb des Sekundärrechts einnimmt.⁵⁵ Diese konstituierenden Prinzipien der Europäischen Union legen die Vermutung nahe, dass das Unionsrecht als solches Rechtsgrundlage für den Schutz ausländischer Investitionen ist.⁵⁶

1. Schutz ausländischer Investitionen durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention

a) Eigentumsrechte (Art. 17 GRC, Art. 1 ZP 1 zur EMRK)

Die Eigentumsgarantie zählt aufgrund ihrer Bedeutung für eine dezentrale, marktwirtschaftliche Wirtschaftsordnung zu den grundrechtlichen Eckpfeilern der EU-Wirtschaftsverfassung.⁵⁷ In Übereinstimmung mit Art. 1 ZP 1 EMRK lassen sich Art. 17 EU-Grundrechtecharta (GRC) drei Grundbestimmungen entnehmen, die einen breiten gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsschutz generieren. Zunächst wird in Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRC die freiheitsschützende Funktion der Eigentumsgarantie dahingehend betont, dass auch Rechte gewährleistet werden, die wesensmäßig mit dem Eigentum verbunden sind.⁵⁸ Weiterhin konstituieren Satz 2 und 3 Bedingungen, unter denen Eigentumsentziehungen zulässig sind und legitimieren den nationalen Gesetzgeber, die Nutzung des Eigentums zu regeln, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist.

⁵² Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 36 AEUV Rn. 9; Riedel, Das Binnenmarktziel und seine Bedeutung nach dem Vertrag von Lissabon, 2015, S. 25.

⁵³ EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. C-6/64 – *Costa ./ ENEL*, Slg. 1964, 1251 (1271); Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 36 AEUV Rn. 10.

⁵⁴ Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 7 Rn. 11.

⁵⁵ EuGH, Urt. v. 30.4.1974, Rs. 181/73 – *Haegeman ./ Belgium*, Slg. 1974, 449 Rn. 5.

⁵⁶ Calliess, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 1 EUV Rn. 1.

⁵⁷ Wollenschläger, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I, 7. Aufl. 2015, Art. 17 GRC Rn. 1.

⁵⁸ Bernsdorff, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 17 Rn. 14.

Die genannten Regelungen zeichnen sich demnach durch einen normgeprägten Schutzbereich aus, dessen normative Ausgestaltung nach Art. 345 AEUV den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern obliegt. Der Eigentumsbegriff des Art. 17 GRC ist als konstitutionalisiertes Recht autonom auszulegen.⁵⁹ Anknüpfungspunkt ist hierbei jedoch das weite völkerrechtliche Verständnis, welches sich weitestgehend mit der Definition *ratione materiae* bestehender Investitionsschutzabkommen deckt.⁶⁰ Gleichmaßen fallen unrechtmäßig erworbene Eigentumspositionen nicht in den Schutzbereich, sodass nahezu eine Kongruenz von Art. 17 GRC und den enteignungsschützenden Regelungen in Investitionsschutzabkommen zu erkennen ist.⁶¹ Dahingehend werden auch hier, ähnlich der *full protection and security*-Klausel, Respektierungs- und Schutzpflichten der Union konstituiert, die zur Abwehr gegen Eingriffe Dritter ausgefüllt werden müssen.⁶² Weitere Überschneidungen sind in Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRC festzustellen: Formelle Eigentumsentziehungen sowie *de facto*-Enteignungen⁶³ sind nur aus „Gründen des öffentlichen Interesses“ und gegen eine „rechtzeitige angemessene Entschädigung“ zulässig; in diesem Sinne wird an den völkerrechtlichen Mindeststandard angeknüpft und Bezug auf die bereits dargelegte⁶⁴ *Hull*-Formel genommen. Bei der Bestimmung des „öffentlichen Interesses“ wird dem nationalen Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum (*margin of appreciation*) zugewilligt, der sich allerdings nur in den Grenzen der dafür vorgesehenen europäischen Grundsätze bewegt.

Demgegenüber bietet der Anwendungsbereich des Art. 17 GRC insoweit ein niedrigeres Schutzniveau für ausländische Investitionen, wie er Renditeperspektiven nicht umfasst, da sie zukünftiger Natur sind und lediglich als Erwartungen oder Chancen gewertet werden.⁶⁵

b) Justizielle Rechte (Art. 47 GRC, Art. 6 EMRK)

Der Anwendungsbereich der Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK enthält justizielle Gewährleistungen, die der Herstellung materieller Gerechtigkeit für alle Verfahrensbeteiligte sowie der Gleichbehandlung aller Gemeinschaftsbürger dienen.⁶⁶ Sie konkretisieren das allgemeine Recht auf Rechtsschutz, welches durch insti-

⁵⁹ Bernsdorff, in: Meyer (Fn. 58), Art. 17 Rn. 15.

⁶⁰ *Ebd.*

⁶¹ *Ebd.*, Art. 17 Rn. 16.

⁶² *Ebd.*, Art. 17 Rn. 18.

⁶³ Müller-Michaels, Grundrechtlicher Eigentumsschutz in der Europäischen Union, 1997, S. 74.

⁶⁴ Siehe oben C. IV. 1.

⁶⁵ Blauensteiner/Hanslik, in: Holoubek/Lienbacher, GRC, 2014, Art. 17 Rn. 21; Bernsdorff, in: Meyer (Fn. 58), Art. 17 Rn. 15.

⁶⁶ Rengeling/Szczekalla, Grundrechte in der Europäischen Union, 2014, § 44 Rn. 1155.

tutionelle (*EuGH*) und funktionelle Gemeinschaftsgerichtsbarkeiten (nationale Gerichte) Geltung erlangt.⁶⁷ Art. 47 GRC und Art. 6 EMRK konstituieren im Einzelnen das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren, in welchem ein unabhängiges, unparteiisches und zuvor durch Gesetz errichtetes Gericht, das dem Öffentlichkeitsgrundsatz verpflichtet ist, unter Anwendung von Rechtsnormen bindend entscheidet. Das Zusammenspiel beider Normen eröffnet verschiedene Möglichkeiten der Streitbeilegung und erlaubt es Investoren, im Rahmen des Unionsrechts sowohl auf nationaler als auch europäischer Ebene effektiven Rechtsschutz zu erlangen.

c) Diskriminierungsverbote (Art. 21 GRC, Art. 14 EMRK)

Art. 21 GRC normiert besondere Diskriminierungsverbote in Anlehnung an Art. 14 EMRK und ist als spezielles Gleichheitsrecht ein eigenständiges Grundrecht.⁶⁸ Es enthält sowohl ein Diskriminierungsverbot im Hinblick auf personenbezogene Merkmale als auch aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Der Umfang genannter Bestimmungen geht über das hinaus, was *national treatment*-Klauseln in bilateralen Investitionsschutzabkommen konstituieren. Besonders die Verankerung von Diskriminierungsverboten hinsichtlich personenbezogener Merkmale illustriert das „Mehr“ an Schutz in Relation zum Gebot der Inländergleichbehandlung bilateraler Abkommen. Seinen Niederschlag findet der Gleichheitssatz zudem in den nationalen Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten, sodass auch hier umfangreicher Schutz von ausländischen Investoren gewährt wird.

2. Schutz ausländischer Investitionen durch den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union

a) Allgemeines Diskriminierungsverbot (Art. 18 AEUV)

Neben den Gleichheitssätzen der EU-Grundrechtecharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention enthält auch der AEUV in Art. 18 ein Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Seine systematische Stellung legt nahe, dass er zu den grundlegenden Vorschriften des Vertrages zählt und zudem als „Leitmotiv“ und Auslegungsgrundsatz fungiert.⁶⁹ Art. 18 Abs. 1 AEUV ist unmittelbar wirksam und räumt dem Einzelnen Rechte ein, die gerichtlich geltend gemacht werden können. Insofern ist die Bestimmung durch einen grundrechtsähnlichen Charakter geprägt, der sich im Gegensatz zur

⁶⁷ *Rengeling/Sztybelkalla*. (Fn. 66), § 44 Rn. 1156.

⁶⁸ *Lemke*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje I (Fn. 58), Art. 21 GRC Rn. 1.

⁶⁹ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 18 AEUV Rn. 1–3.

Grundrechtecharta verpflichtend gegenüber den EU-Mitgliedstaaten auswirkt.⁷⁰ Auf Anwendungsbereichsebene ist zwischen unmittelbaren Diskriminierungen, die ausdrücklich an der Staatsangehörigkeit einer Person anknüpfen, und mittelbaren Diskriminierungen zu differenzieren, deren Regelungen zwar gleichermaßen auf In- und Ausländer Anwendung finden, jedoch faktisch eine Schlechterstellung von allein ausländischen Waren, Dienstleistungen oder Personen verursachen.⁷¹ Art. 18 AEUV wird von den nachfolgend dargelegten Grundfreiheiten der Europäischen Union konkretisiert und fungiert als Auffangtatbestand, der gegebenenfalls dem Schutz ausländischer Investitionen dienen kann.

b) Niederlassungsfreiheit (Art. 49–55 AEUV)

Gemäß Art. 49 Abs. 1 AEUV gewährleistet die Niederlassungsfreiheit natürlichen Personen mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates sowie den nach den Vorschriften eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaften mit Sitz innerhalb der Union (Art. 54 AEUV) die freie Niederlassung und Gründung einer Zweigstelle in einem anderen Mitgliedstaat zu denselben Bedingungen, wie sie der Mitgliedstaat, in dem sie sich niederlassen wollen, seinen eigenen Staatsangehörigen gewährt.⁷² Geschützt wird also die „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.⁷³ Art. 49 AEUV garantiert den Zugang von Auslandsinvestitionen im Bereich gewerblicher oder unternehmerischer Tätigkeit, etwa durch Gründung oder Erwerb eines inländischen Unternehmens.⁷⁴ Soweit es sich bei der Niederlassung um den Marktzugang einer Auslandsinvestition handelt, sind Diskriminierungen nur dann zulässig, wenn sie gemäß Art. 52 Abs. 1 AEUV aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind. Hierbei ist zu beachten, dass die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Unionsrecht enger ausgelegt werden als im nationalen Recht. Die öffentliche Sicherheit ist nach der unionsrechtlichen Definition nur dann betroffen, wenn eine „Beeinträchtigung des Funktionierens der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste sowie des Überlebens der Bevölkerung ebenso wie die

⁷⁰ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 18 AEUV Rn. 1.

⁷¹ *Hintersteininger*, Binnenmarkt und Diskriminierungsverbot, 1999, S. 25 f.; *Kilian/Wendt*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2017, S. 115 Rn. 230 f.

⁷² *Frenz*, Europarecht, 2. Aufl. 2016, Rn. 291.

⁷³ *EuGH*, Urt. v. 25.7.1991, Rs. C-221/89 – *Factortame* ././ *Secretary of State for Transport*, Slg. 1991, I-3905 Rn. 20.

⁷⁴ *Schill*, Auswirkungen der Bestimmungen zum Investitionsschutz und zu den Investor-Staat-Schiedsverfahren im Entwurf des Freihandelsabkommens zwischen der EU und Kanada (CETA) auf den Handlungsspielraum des Gesetzgebers, 2014, S. 6, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/C-D/ceta-gutachten-investitionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (zuletzt abgerufen am 30.7.2018)

Gefahr einer erheblichen Störung der auswärtigen Beziehungen oder des friedlichen Zusammenlebens der Völker oder eine Beeinträchtigung der militärischen Interessen“ drohen.⁷⁵ Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung wird indessen angenommen, sofern „eine tatsächliche oder hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“.⁷⁶ Sowohl der Schutzbereich als auch die Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe verdeutlichen, dass die Niederlassungsfreiheit als solche ausländische Investitionen schützt, sofern diese für eine dauerhafte Integration in eine fremde Volkswirtschaft bestimmt sind.

c) *Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63–66 AEUV)*

Wesentlicher Bestandteil der Grundfreiheiten ist der ungehinderte einheitliche Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, der durch Art. 63 Abs. 1 AEUV gewährleistet und nach Art. 63 Abs. 2 AEUV vom freien Zahlungsverkehr ergänzt wird.⁷⁷ Der freie Kapitalverkehr umfasst den Vermögensverkehr als grenzüberschreitende „Übertragung von Geld- oder Sachkapital [...], die primär zu Anlagezwecken erfolgt“.⁷⁸ Die investitionsschützende Wirkung der Kapitalverkehrsfreiheit wird vor allem im Hinblick auf die Kapitalverkehrsrichtlinie 88/361/EG deutlich, in welcher ausdrücklich Direktinvestitionen, Darlehen und Geschäfte mit Wertpapieren als dem Kapitalverkehr zugehörig ausgewiesen werden. Im Unterschied dazu schützt die Zahlungsverkehrsfreiheit nur Transferierungen von Gegenleistungen in Geldmitteln für die Erbringung von Leistungen im Waren-, Personen- oder Dienstleistungsverkehr.⁷⁹ Wie aus Art. 63 AEUV hervorgeht, wird nicht nur der Kapital- und Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten erfasst, sondern auch der im Verhältnis zu Drittstaaten. Daraus folgt, dass zusätzlich zu den Unionsbürgern auch Drittstaatsangehörige berechtigt sind, sich auf die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit zu berufen.⁸⁰ Darüber hinaus statuiert Art. 65 Abs. 1 AEUV, dass das mitgliedstaatliche Steuerrecht sowie die Aufsicht über Finanzinstitute unberührt bleiben und Maßnahmen gegen Zuwiderhandlungen nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit gerechtfertigt sind. Die Art. 63–66 AEUV

⁷⁵ EuGH, Urt. v. 23.11.2010, Rs. C-145/09 – *Tsakouridis* ./ *Baden-Württemberg*, Slg. 2010, I-11979, Rn. 44.

⁷⁶ EuGH, Urt. v. 28.10.1975 – *Rutili* ./ *Ministre de l'intérieur*, Rs. 36/75, Slg. 1975, 1219, Rn. 26/28; *Schmidt/Wollenschläger*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2016, § 1 Rn. 33.

⁷⁷ *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2015, § 9 IX 2.

⁷⁸ *Bröhmer*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 63 AEUV Rn. 10; *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, § 11 Rn. 956.

⁷⁹ *Streinz* (Fn. 78), § 11 Rn. 956.

⁸⁰ *Schmidt/Wollenschläger* (Fn. 76), § 1 Rn. 79.

sind demnach Grundlage für den ungehinderten Investitionsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, der durch konkretisierte Diskriminierungsverbote und eng auszulegende Rechtfertigungsgründe ausgestaltet und gewährleistet wird.

3. Zwischenbetrachtung

Im Rahmen einer Zwischenbetrachtung kann festgestellt werden, dass sowohl die EU-Grundrechtecharta als auch der AEUV, insbesondere die hier dargelegten Grundfreiheiten, einen umfassenden Schutz ausländischer Investitionen bereitstellen, der teilweise über das Schutzniveau bestehender Intra-EU BITs hinausgeht. Eine kongruente Substitution erscheint vor allem im Bereich der Inländergleichbehandlung möglich, die als konstituierendes Prinzip des Unionsrechts deutlich stärker zum Ausdruck kommt. Die negativen Integrationsnormen schaffen darüber hinaus einen investitionsschützenden Rahmen, in welchem Hemmnisse beseitigt und Märkte geschaffen werden, in denen dem Einzelnen Abwehrrechte gegen hoheitliches Handeln und Schutzrechte gegen hoheitliches Unterlassen zustehen.⁸¹ Das gemeinschaftsrechtliche Integrationskonzept trägt somit zum Zusammenwachsen der verschiedenen Volkswirtschaften bei, welches als Grundlage einer optimalen Allokation von Kapital sowie eines ungehinderten Leistungsaustausches im europäischen Wirtschaftsraum unabdingbar ist.⁸² Zweifelhaft bleibt indessen, ob das nationale Recht und das Unionsrecht die Lücke bilateraler Abkommen in Gänze schließen können und es deshalb dieser völkerrechtlichen Mechanismen nicht mehr bedarf. Obwohl die EU-Grundrechtecharta justizielle Rechte konstituiert, muss bezweifelt werden, dass sie von ausländischen Investoren auf nationaler Ebene durchgesetzt werden können. Gerade dann, wenn bestehende Investitionen durch unmittelbare legislatorische Eingriffe beeinträchtigt werden, erscheint insbesondere die Durchsetzung eines europarechtlichen Staatshaftungsanspruchs in Anbetracht der Rechtsprechungspraxis äußerst aussichtslos.⁸³

II. Alternative Schutzinstrumente *de lege ferenda*

Deswegen ist zu überlegen, ob der primärrechtliche Schutz der Investitionen durch völkerrechtliche Instrumente im Rahmen der Europäischen Union (1.) oder durch sekundärrechtliche Maßnahmen (2.) ergänzt werden sollte.

1. Ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen

Von 1995 bis 1998 wurde im Rahmen der *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD) über ein multilaterales Investitionsabkommen (*Multi-*

⁸¹ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 52), Art. 36 AEUV Rn. 2.

⁸² Kimms, Die Kapitalverkehrsfreiheit im Recht der Europäischen Union, 1996, S. 23.

⁸³ Kottmann, Eine EU-Investitionsschutzverordnung?, EuZW 2015, 729 (730).

lateral Agreement on Investment, MAI) verhandelt. Ziel war es, die zahlreichen bilateralen Investitionsabkommen zu vereinheitlichen, was zur Gewährung eines einheitlichen Schutzstandards und einer effektiven Rechtssicherheit geführt hätte.⁸⁴ Aufgrund unüberwindbarer Differenzen zwischen den Ansätzen der OECD-Mitglieder und der öffentlichen Kritik zahlreicher Nichtregierungsorganisationen scheiterten die Verhandlungen und verhinderten das Zustandekommen eines umfassend geltenden Investitionsabkommens, das den „Flickenteppich“ bilateraler Abkommen hätte ersetzen können.⁸⁵ Im Zuge der Bestrebungen der Europäischen Kommission, die Mitgliedstaaten zur Beendigung bestehender Investitionsabkommen, sei es durch Aufforderungsschreiben oder durch Vertragsverletzungsverfahren, zu bewegen, stellt sich nun die Frage, ob ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen in Analogie zum gescheiterten OECD-Entwurf die sich im Aufhebungsprozess befindlichen zahlreichen bilateralen Abkommen ersetzen und ein ähnlich starkes Schutzniveau wie sie bieten könnte.⁸⁶

a) Abwägung potentieller investitionsrechtlicher Vorzüge und ihrer Kehrseite im Europäischen Wirtschaftsraum

Nachstehend erfolgt eine Abwägung potentieller investitionsrechtlicher Vorzüge und ihrer Kehrseite im Hinblick auf ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen, um auf diese Weise dessen Qualität als potentielles Substitutionsinstrument zu bestimmen.

aa) Investitionsrechtliche Vorzüge

Grundstein für ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen ist die Zielsetzung einer Unitarisierung investitionsrelevanter Schutzstandards. Ein solches Abkommen würde einen allumfassenden Ansatz verfolgen, der vergleichbar mit dem des OECD-Entwurfs wäre, sich jedoch grundlegend in seiner räumlichen Reichweite unterscheidet. So beschränkt sich das Abkommen allein auf den Europäischen Wirtschaftsraum und klammert *a priori* den Versuch einer globalen Geltung analog den handelsbezogenen Regeln der *World Trade Organisation* aus.⁸⁷ Vorausgegangene multilaterale Ansätze haben gezeigt, dass das Schutzniveau im Rahmen regionaler Vereinbarungen meist höher ist,

⁸⁴ *Merk*, in: Glunk, Das MAI und die Herrschaft der Konzerne, 1998, S. 129 (131); *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 576.

⁸⁵ *Krajewski* (Fn. 2), § 3 Rn. 577; *Dolzer*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 6. Aufl. 2013, S. 439 (468 Rn. 49).

⁸⁶ *Bubb/Rose-Ackermann*, International Review of Law & Economics 2007, 291 (309).

⁸⁷ *Dolzer*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 85), S. 469 Rn. 49.

da auf gemeinsame Traditionen und Interessen zurückgeblendet werden kann.⁸⁸ So würde auch hier die Anwendung einheitlicher Schutzbestimmungen sowie einer gemeinsamen Definition des Anwendungsbereichs *ratione personae, materiae* und *temporis* im Rahmen der Europäischen Union zu einer verstärkten Rechtssicherheit im Investitionsrecht führen und den europäischen Binnenmarkt in einer Art und Weise beeinflussen, die für ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum und äquivalente Wettbewerbsvoraussetzungen förderlich sein könnte.⁸⁹

Gleichzeitig bedarf es zur effektiven Gewährleistung und Durchsetzung einheitlicher Schutzstandards einer stringenten Rechtsprechung, die durch Unabhängigkeit und Transparenz geprägt wird. Insoweit muss von den teils politisch voreingenommenen und intransparenten ad hoc-Schiedsgerichten Abstand genommen werden, die gerade durch ihre undurchsichtige und widersprüchliche Rechtsprechung für Rechtsunsicherheit im internationalen Investitionsrecht sorgen. Auch wenn partiell eine Beteiligung von sog. *amici curiae* in Schiedsverfahren anerkannt ist, die in erster Linie von der Europäischen Kommission wahrgenommen wird, konnte nicht eindeutig festgestellt werden, dass eine solche Transparenzförderung ist.⁹⁰ Indes sollte jedoch an der Konstellation des Investor-Staat-Streitverfahrens festgehalten werden, insbesondere da hier der Investor selbst Partei des Verfahrens ist, während Heimatstaaten dessen Stellung in zwischenstaatlichen Verfahren nur vermittelt vertreten können.⁹¹

Hinsichtlich der Verwirklichung effektiven Rechtsschutzes von ausländischen Investoren sind zwei verschiedene Konstruktionen vorstellbar, die dem Institutionalisierungsbedürfnis der Streitbeilegungsmechanismen und dem Wunsch nach Kontinuität Rechnung tragen könnten:⁹² In Betracht käme einerseits die Einrichtung einer eigenständigen Kammer für Investitionsstreitigkeiten im Rahmen des *EuGH*. Andererseits könnte ebenso eine gänzlich neu institutionalisierte Investitionsgerichtsbarkeit den Rechtsschutzanforderungen gerecht werden. Seit dem Vertrag von Nizza 2001 besteht die Möglichkeit, durch einstimmigen Ratsbeschluss auf Vorschlag der Kommission oder Antrag des

⁸⁸ Häde, Der völkerrechtliche Schutz von Direktinvestitionen im Ausland, *Archiv des Völkerrechts* 1997, 181 (209).

⁸⁹ *Aslund*, *The World Needs a Multilateral Investment Agreement*, 2014, S. 1, abrufbar unter: <https://pie.com/sites/default/files/publications/pb/pb13-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁹⁰ *Sackmann*, Im Schatten von CETA und TTIP: Zur Verfahrenstransparenz in Intra-EU-Investitionsschiedsverfahren, *SchiedsVZ* 2015, 15 (19).

⁹¹ *Ipsen* (Fn. 1), § 34 Rn. 93.

⁹² *Griebel/Kim*, Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt - Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsrechts, *SchiedsVZ* 2007, 186 (194).

Gerichtshofs gerichtliche Kammern zu bilden.⁹³ Nach Art. 257 AEUV wäre die Errichtung eines Fachgerichts für Investitionsstreitigkeiten durch das Europäische Parlament und den Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorstellbar. Es gewährleistet in jeglicher Hinsicht Objektivität und Unabhängigkeit der Richterschaft, deren Zusammensetzung nach Art. 257 UAbs. 2 AEUV durch Verordnung über die Bildung eines Fachgerichts festgelegt wird.

Eine neu institutionalisierte Gerichtsbarkeit für Investitionsstreitigkeiten könnte nach ähnlichen Grundsätzen wie denen des *EuGH* konzipiert werden. Eine solche würde als zusätzliche Institution neben den *EuGH* treten und so einer möglichen Überlastung desselben vorbeugen. In Betracht käme weiterhin, jene Einrichtung allen Staaten zugänglich zu machen und ihre Jurisdiktionsreichweite nicht allein auf den Europäischen Wirtschaftsraum zu beschränken.⁹⁴ In diesem Fall könnte die Anwendung der Transparenzregeln der UNCITRAL zu einer erhöhten Transparenz der Verfahren und ihrer Strukturen beitragen. Etwaige Revisions- und Berufungsinstanzen würden als korrele Kontrollmechanismen eine solch eigenständige Investitionsgerichtsbarkeit komplementieren und dieserart eine Institution errichten, die durch ihre Unabhängigkeit und Stringenz überzeugt.

Der *EuGH* äußerte sich 2011 jedoch berechtigterweise kritisch zu einem ähnlichen Vorschlag, nach welchem ein eigenständiges Patentgerichtssystem geschaffen werden sollte. Ein solches gefährde die einheitliche Auslegung des Unionsrechts und verfälsche die Zuständigkeiten, die die Verträge den Unionsorganen und den Mitgliedstaaten zugewiesen haben und die für die Wahrung der Natur des Unionsrechts wesentlich sind.⁹⁵ Diese Auffassung bestätigend, konstatierte der *EuGH* in seinem *Achmea*-Urteil, dass durch die europäischen Verträge bereits ein Gerichtssystem geschaffen worden sei, das zur „Gewährleistung der Kohärenz und der Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrechts dient“.⁹⁶ Nach Art. 19 Abs. 1 EUV ist es Sache der nationalen Gerichte sowie des *EuGH*, die vollumfängliche Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge sicherzustellen. Die von dieser Auffassung abweichenden Schlussanträge von Generalanwalt *Wathelet* verdeutlichen, dass es durchaus möglich erscheint, außerhalb des europäischen Gerichtssystems bestehende gemeinsame Schiedsgerichtsbarkeiten der Mitgliedstaaten der europäischen Kompetenz- und Rechtsordnung zu unterwerfen bzw. diese einzuglie-

⁹³ *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 5 Rn. 148 f.

⁹⁴ *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen (MAI), RIW 1998, 432 (439 f.).

⁹⁵ Gutachten 1/09 des Europäischen Gerichtshofs (Plenum) v. 8.3.2011 – Übereinkommensentwurf für die Schaffung eines einheitlichen Patentgerichtssystems.

⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018 – *Achmea* ./ . *Slowakische Republik*, Rs. C-284/16.

dern.⁹⁷ Dennoch birgt ein aus diesem Gefüge ausbrechendes Gerichtssystem das nicht unerhebliche systemische Risiko, die Autonomie der Rechtsordnung der Union zu untergraben. Insoweit scheint die Errichtung eines Fachgerichts, welches in das bestehende Gerichtssystem eingebunden ist, vorzugswürdig.

Beiden Konstruktionen sollte in jedem Falle das Prinzip der nationalen Rechtswegerschöpfung zugrunde liegen, um auf diese Weise ausländischen Investoren effektiven Rechtsschutz im Gaststaat zu gewährleisten und potentiellen ständigen Investitionsgerichtsbarkeiten eine fundierte Legitimation einzuräumen.⁹⁸

bb) Antagonistische Interessen

Ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen könnte von einer Vielzahl mitgliedstaatlicher Interessen konterkariert werden. Die Vereinheitlichung von Schutzstandards stellt eine Harmonisierungsmaßnahme auf europäischer Ebene dar, mit der zwangsläufig eine Souveränitätseinschränkung der Mitgliedstaaten einhergeht. Eine solche Angleichung bzw. Unitarisierung stünde nicht nur den vielfältigen ökonomischen Ausprägungen der einzelnen Mitgliedstaaten entgegen, sondern würde zudem auch deren unterschiedliche Marktstrukturen verkennen, sodass eine mitgliedstaatliche Einzelfallausrichtung für gezielte ausländische Investitionen unmöglich erscheint. Die Komplexität der Umsetzung zeichnet sich vor allem im Bereich von sozial- und umweltpolitischen Aspekten ab. Sie tangieren besonders sensible Bereiche nationaler Rechtsordnungen, deren Ausgestaltung und Förderung dem nationalen Gesetzgeber obliegen. Die Einflussnahme ausländischer Investoren auf diese Kernbereiche würde sowohl dem Willen einzelner Mitgliedstaaten zuwiderlaufen als auch zu deutlichen Souveränitätsverlusten führen. Weiterhin muss die Errichtung einer zweiten Streitbeilegungsinstanz im Hinblick auf die Verfahrensdauer sowie den zusätzlichen Kosten kritisch gesehen werden.⁹⁹

b) Zwischenbetrachtung

Der dargelegte multilaterale Ansatz zum Schutz ausländischer Investitionen überzeugt vor allem im Hinblick auf die Vereinheitlichung von Schutzstandards und Definitionen, die zu äquivalenten Voraussetzungen im europäischen Binnenmarkt führen könnte. Gleichzeitig muss er als Präventionsmaßnahme gesehen werden, die versucht, eine Entwicklung der Investitionsschutzrechtsprechung hin zu einem „Labyrinth sich widersprechender Rechtsauffassun-

⁹⁷ Schlussanträge des GA *Wathelet* zur Rs. C-284/16 – *Achmea* ./.. *Slowakische Republik*, Rn. 132–134.

⁹⁸ *Hindelang* (Fn. 4), S. 113.

⁹⁹ *Griebel/Kim*, *Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt - Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsrechts*, *SchiedsVZ* 2007, 186 (194).

gen“ zu verhindern.¹⁰⁰ Als potentieller Lösungsansatz, welcher der Problematik eines deutlichen Souveränitätsverlustes entgegentritt, käme eine Ausklammerung besonders sensibler Bereiche der nationalen Rechtsordnungen in Betracht, sodass ausländischen Investitionen der Zugang versperrt und insoweit die Souveränität und Autonomie der Mitgliedstaaten gewahrt wird. Es kann somit festgestellt werden, dass ein europäisches multilaterales Investitionsschutzabkommen nicht nur zur Förderung der Ziele aus Art. 3 EUV beitragen und Rechtssicherheit im internationalen Investitionsrecht schaffen könnte, sondern vielmehr auch die Entschlossenheit widerspiegeln würde, eine Konvergenz aller Volkswirtschaften in der Europäischen Union herbeizuführen, die dem Geist des EUV entspreche. Trotzdem erscheint dessen Durchsetzbarkeit aufgrund divergenter politischer Interessen der Mitgliedstaaten und der Überzeugung von der bestehenden Konzeption des Investitionsschutzes zweifelhaft.

2. Eine Europäische Investitionsschutzverordnung

Angesichts der geschilderten Ambivalenz eines multilateralen Abkommens ist zu erwägen, ob nicht der bereits vorhandene primärrechtliche Schutz von Investitionen noch besser durch eine sekundärrechtliche Regelung gewährleistet werden könnte. Die primärrechtliche Ergänzung des Gerichtssystems, flankiert von einer Europäischen Investitionsschutzverordnung, könnte womöglich zur verstärkten Vereinheitlichung und Harmonisierung nationaler Rechtsordnungen beitragen, die den Interessen der Beteiligten im internationalen Investitionsschutzrecht noch gerechter wird.

a) Sekundärrechtliche Ergänzung

Gemäß Art. 114 Abs. 1 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben. Durch die Handlungsform der Verordnung kommt der Grundsatz des *effet utile* am deutlichsten zur Geltung, da sie gemäß Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung hat, in allen Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt. Sie entfaltet ihre Rechtsverbindlichkeit für eine unbestimmte Zahl objektiv bestimmter Fälle im Gesamtgebiet der Europäischen Union und wird anhand dieser Charakteristika von der Richtlinie abgegrenzt.¹⁰¹ Demnach begründet sie nicht nur Rechte und Pflichten für die Mitgliedstaaten und ihre Behörden, sondern

¹⁰⁰ Griebel/Kim (Fn. 99), S. 195.

¹⁰¹ Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 93), § 9 Rn. 75–77.

für jeden einzelnen, der von ihrem Tatbestand erfasst wird.¹⁰² Auch wenn mit dem Rechtsinstrument der Verordnung ein weitgehender Souveränitätsverlust der nationalen Parlamente einhergeht, bietet sie für den europäischen Gesetzgeber den Vorteil, dass sie umgehend nach Veröffentlichung und Inkrafttreten angewendet wird und auf diese Weise territoriale Regelungsunterschiede nationaler Rechtsordnungen überwinden kann.¹⁰³

Eine Europäische Investitionsverordnung könnte als investitionsschützender Korpus aus Schutzstandards bilateraler Abkommen, Konkretisierungen des Unionsrechts sowie potentiellen Streitbeilegungsmechanismen des vorgestellten multilateralen Abkommens entworfen werden, dessen allumfassende Rechtsverbindlichkeit zur Errichtung und Funktionieren eines ungehinderten grenzüberschreitenden Investitionsverkehrs beitragen würde.

b) Primärrechtliche Ergänzung

Um dem verstärkten Rechtsschutzbedürfnis ausländischer Investoren gerecht zu werden, würde sich außerdem eine Primärrechtsänderung anbieten, die ähnlich wie Art. 262 AEUV eine Ermächtigungsgrundlage schafft, nach der durch einstimmigen Ratsbeschluss nach Anhörung des Europäischen Parlaments eine Individualbeschwerde für Investitionsstreitigkeiten etabliert wird. In Anlehnung an die Konstruktion des Art. 34 EMRK würde dies natürlichen und juristischen Personen ermöglichen, Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene unmittelbar geltend zu machen und – nach Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtswegs – Rechtsschutz zu erlangen. Auf Vorschlag der Kommission könnte gemäß Art. 257 Abs. 1 AEUV eine Verordnung zur Bildung eines *Gerichts für Investitionsstreitigkeiten* in der Europäischen Union erlassen werden. Dieses Gericht könnte im ersten Rechtszug für Streitsachen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten zuständig sein. Zudem könnte durch Änderung des Protokolls (Nr. 3) über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union dem *Europäischen Gericht* die Zuständigkeit für Vorabentscheidungen nach Art. 267 AEUV in Investitionsstreitigkeiten zugewiesen und somit die Grundsatzzuständigkeit des *EuGH* im Investitionsschutzrecht ausgeschlossen werden.

Es sind folglich zwei verschiedene Konstellationen vorstellbar: Einerseits könnte das *Europäische Gericht* nur für Vorabentscheidungen in Investitionsstreitigkeiten zuständig sein und das Fachgericht für die Individualbeschwerde. Andererseits könnten dem *Europäischen Gericht* die Kompetenzen für beide Verfahren

¹⁰² Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 36.

¹⁰³ Ebd., S. 36 f.

übertragen werden. Die letzte Konstellation fügt sich in den vom *EuGH* an den Rat gerichteten Vorschlag (der am 16.12.2015 durch die VO 2015/2422 umgesetzt wurde), die Richterstellen des *Europäischen Gerichts* zu verdoppeln und gleichzeitig das einzig bestehende Fachgericht (*Gericht für den öffentlichen Dienst*) aufzulösen.¹⁰⁴ Es zeichnet sich eine Entwicklung gegen Fachgerichte ab, welche die Komplexität des Gerichtsaufbaus der Europäischen Union reduzieren und zugleich für die Kohärenz der Rechtsprechung förderlich sein würde.

c) Entwurf einer Verordnung

Die sekundärrechtliche Regelung könnte somit „einen seinen Funktionen gemäßen einheitlichen rechtlichen Rahmen“ schaffen, „der die Grundlage für ein der Dimension der Gemeinschaft adäquates und funktionstüchtiges System der Sammlung und Verteilung von Kapital zur Finanzierung von Investitionen der Infrastruktur bildet“.¹⁰⁵ Nach den vorangegangenen Überlegungen könnte sie wie folgt aussehen:

„Entwurf einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur einheitlichen Regelung des Europäischen Investitionsschutzes“

Artikel 1

Gegenstand und Geltungsbereich

¹ Unbeschadet der im AEUV festgelegten Verteilung der Zuständigkeiten regelt diese Verordnung den Rechtsrahmen des grenzüberschreitenden Investitionsverkehrs und legt nach Maßgabe des Unionsrechts fest, nach welchen Modalitäten intra-europäische Investitionen geschützt und unter welchen Bedingungen die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, rechtsschutzgewährende Verfahren bereitzustellen. ² Mit dieser Verordnung wird das Gericht für Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union errichtet und das Protokoll über die Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union geändert.

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

1. „Investor“

a) jede natürliche Person, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates

¹⁰⁴ VO 2015/2422/EU, Euratom, Amtsblatt der Europäischen Union, L 341/14.

¹⁰⁵ *Seidel*, Rechtliche Grundlagen eines einheitlichen Kapitalmarktes in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Lukes, 1998, S. 577 (578).

besitzt;

b) jede juristische Person, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet wurde, ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union hat;

die nach Maßgabe der Verträge im Hoheitsgebiet der Europäischen Union Kapitalanlagen vornimmt.

2. „Investition“

a) jede Form von Fremd- und Eigenkapital inklusive Portfolioinvestitionen;

b) Anteilsrechte an Gesellschaften und andere Arten von Beteiligungen an Gesellschaften;

c) Immaterialgüterrechte;

d) vertragliche und gesetzliche Ansprüche sowie öffentlich-rechtliche Konzessions- und Lieferverträge, die einen wirtschaftlichen Wert haben;

die im Einklang mit innerstaatlichen Rechtsvorschriften und den Verträgen stehen.

Artikel 3

Schutzbestimmungen

(1) Im Rahmen der Verträge sind alle Diskriminierungen und Beschränkungen des Investitionsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten verboten.

(2) ¹ Enteignungen von Kapitalanlagen sind nur dann zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse stehen und nichtdiskriminierender Natur sind. ² Sie dürfen nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. ³ Die Entschädigung muss umgehend nach der Enteignung geleistet werden und ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen; sie muss wertentsprechend und tatsächlich verwertbar sein. ⁴ Wegen der Enteignung und der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg zu den Gerichten nach Maßgabe der innerstaatlichen Rechtsvorschriften offen.

Artikel 4

Ausnahmen

(1) Die Verordnung berührt nicht das Recht der Mitgliedstaaten, die einschlägigen Vorschriften ihres Steuerrechts anzuwenden, die Steuerpflichtige

mit unterschiedlichem Wohnort oder Kapitalanlageort unterschiedlich behandeln.

(2) Die Bestimmungen des Artikel 3 Absatz 1 stehen Diskriminierungen und Beschränkungen des Investitionsverkehrs nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt sind.

Artikel 5

Gericht für Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union

(1) ¹ In Anwendung des Artikels 257 Absatz 1 wird durch diese Verordnung das Gericht für Investitionsstreitigkeiten in der Europäischen Union errichtet. ² Das Gericht, das dem Europäischen Gericht beigeordnet ist und bei diesem Gericht seinen Sitz hat, ist im ersten Rechtszug für Streitsachen zwischen Investoren und Mitgliedstaaten zuständig. ³ Das Europäische Gericht ist gemäß der Satzung über den Europäischen Gerichtshof für Vorabentscheidungen in Investitionsschutzstreitigkeiten nach Artikel 267 zuständig.

(2) ¹ Das Gericht für Investitionsstreitigkeiten besteht aus sieben Richtern, die aus ihrer Mitte den Präsidenten wählen. ² Ihre Amtszeit beträgt sechs Jahre; eine Wiederernennung ist zulässig.

(3) Die Richter werden vom Rat durch einstimmigen Beschluss nach Anhörung eines Ausschusses ernannt, der sich aus sieben Persönlichkeiten zusammensetzt, die aus dem Kreis ehemaliger Mitglieder des Europäischen Gerichtshofs und des Europäischen Gerichts sowie Juristen von anerkannter Befähigung ausgewählt werden.

Artikel 6

Verfahren

(1) Jeder Investor, dessen unionsrechtlich garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der innerstaatlichen Vorschriften bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

(2) Jeder Investor hat ein Recht darauf, dass seine Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.

(3) Nach Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtswegs steht dem Investor der Rechtsweg zu dem durch Artikel 5 errichteten Spruchkörper offen, soweit die Streitsache dem Europäischen Gericht nach Artikel 267 nicht

bereits vorgelegt wurde oder nach Vorlage die Vorabentscheidung durch mitgliedstaatliche Gerichte unbeachtet geblieben ist.

Alternativen zu Artikel 5 und 6 Absatz 3

Artikel 5

Zuständigkeit

Das Europäische Gericht ist nach Artikel 256 Absatz 1 und der Satzung für Individualbeschwerden sowie nach Artikel 256 Absatz 3 und der Satzung für Vorabentscheidungen nach Artikel 267 in Investitionsschutzstreitigkeiten zuständig.

Artikel 6

Verfahren

(1) *[unverändert]*

(2) *[unverändert]*

(3) *Nach Erschöpfung des mitgliedstaatlichen Rechtswegs steht dem Investor der Rechtsweg zum Europäischen Gericht offen, soweit ihm die Streitsache nach Artikel 267 nicht bereits vorgelegt wurde oder nach Vorlage die Vorabentscheidung durch mitgliedstaatliche Gerichte unbeachtet geblieben ist.*

E. Schlussbetrachtung

Bereits das Unionsrecht und insbesondere die hier dargelegten Grundfreiheiten halten nuancierte Schutzstandards bereit, die im Fall der Auflösung bestehender intra-EU bilateraler Abkommen kongruente und partiell höhere Schutzniveaus für ausländische Investitionen gewähren. Unübersehbar ist jedoch, dass die Durchsetzbarkeit von ergänzenden Instrumenten, sei es in Gestalt eines multilateralen Abkommens oder unionsrechtlichen Ergänzungen, davon abhängt, dass sie von Investoren selbstständig auf völkerrechtlicher Ebene geltend gemacht werden können.¹⁰⁶ Die damit einhergehende Anerkennung des Investors als partielles Völkerrechtssubjekt veranschaulicht die gegenwärtige Bedeutung des internationalen Investitionsschutzrechts und bestärkt die Stellung des Individuums in einer Art und Weise, die im Zuge der Globalisierung als Paradigmenwechsel im Völkerrecht angesehen werden kann.¹⁰⁷

Was den dargestellten multilateralen Ansatz angeht, überzeugt er im Hinblick auf eine kongruente Substitution bestehender bilateraler Investitionsschutzab-

¹⁰⁶ *Braun*, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang, Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 191 (192).

¹⁰⁷ *Ebd.*

kommen vor allem im Bereich des normativen Schutzgehalts. Wenn auch ein europäisches multilaterales Abkommen Schwächen und Komplexitäten bei der politischen Durchsetzbarkeit aufwiese, trüge es zur Verwirklichung eines einheitlichen grenzüberschreitenden Investitionsverkehrs bei, die im Rahmen des europäischen Wirtschaftsraums für Rechtssicherheit sorgen und sich förderlich auf ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum auswirken könnte.

Eine abschließende sekundärrechtliche Regelung würde den Rechtsschutzanforderungen des internationalen Investitionsrechts am ehesten gerecht werden und könnte als alternatives Schutzinstrument zu Intra-EU BITs fungieren, welches Investoren im Hoheitsgebiet der Europäischen Union sowohl einheitliche materielle als auch prozessuale Rechte gewähren würde. Als positives Integrationsinstrument harmonisiert und koordiniert es die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, auf dessen Grundlage ein rechtlich und verfahrenstechnisch attraktives Investitionsklima geschaffen würde, das durch differenzierte Schutzstandards und einheitliche Voraussetzungen im grenzüberschreitenden Investitionsverkehr geprägt wäre.

Leo Krause-Wichmann*

**Zur demokratischen Verantwortung der
Begründung internationaler Zahlungspflichten
mit Blick auf die Europäische
Finanzstabilisierungsfazilität – Zugleich
Besprechung von BVerfGE 129, 124 ff. und
BVerfGE 130, 318 ff.**

Abstract

Die Eurokrise gab dem *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) in besonderer Weise Gelegenheit, an seine *Maastricht-* und *Lissabon-*Rechtsprechung anzuknüpfen. So konnte es vor allem detailliert die materiellen Grenzen der Übertragung des parlamentarischen Budgetrechts einerseits sowie die notwendigen parlamentarischen Beteiligungs- und Mitwirkungsbefugnisse andererseits darlegen. Verfassungsprozessual geboten und da die vom BVerfG zu beurteilende Konstruktion der *Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität* durch alle Raster fiel, entwickelte es seine Anforderungen dabei aus dem allgemeinen Maßstab des Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG. Der vorliegende Beitrag legt die in zwei bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidungen (BVerfGE 129, 124 ff. und 130, 318 ff.) entwickelten materiellen Grenzen und Mitwirkungsbefugnisse sowie deren Herleitung dar und setzt sie in einen größeren Zusammenhang.

* Der Verfasser ist Chefredakteur dieser Zeitschrift und studiert Rechtswissenschaft im achten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Sommersemester 2017 bei Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.

A. Einleitung

Die Eurokrise und die zugehörige Rettungspolitik waren Gegenstand erbitterter Debatten. Obwohl der Akzent des öffentlichen Diskurses zur Eurokrise bisweilen mehr auf Erwägungen der Gerechtigkeit und Solidarität lag, ist deren demokratierelevante Dimension nicht zu vergessen. Ähnliche Gedanken werden im Zusammenhang mit der Globalisierung geäußert: Die zunehmende Verflechtung von Nationen fordert nicht nur die völkerrechtliche souveräne Gleichheit der Staaten heraus, sondern in bedeutenderem Maße die staatsrechtliche Volkssouveränität. Sie bindet die innerstaatliche Rechtsetzung in ein immer engeres Korsett aus Sachzwängen und internationalen Pflichten ein. Auf diese Weise erschwert die Globalisierung den Ausdruck des demokratischen Willens.¹

Insbesondere das Beispiel der Eurokrise vergegenwärtigt den geringen Manövrierraum, den Sachzwänge dem Nationalstaat lassen.² Die griechische Staatsschuldenkrise wurde durch die Verflechtung der Finanzmärkte zur Herausforderung aller Eurostaaten; ihre Unternehmungen, die „Ansteckungsgefahr“ auszuräumen, bewegten sich dabei im schmalen Korridor der vom Finanzmarkt zugelassenen Möglichkeiten und trieben sie in riskante Rettungseinrichtungen wie die „Rettungsschirme“.³

Der politische Spielraum, den solche Sachzwänge dem Staat und damit dem Volkssouverän lassen, ist nur in dem Maße gestaltbar, wie er nicht durch internationale Pflichten vorgegeben ist. Damit stellt sich die zentrale Herausforderung, wie dieser verbleibende Spielraum zu gestalten ist.⁴ Wer wie das *BVerfG* davon ausgeht, dass Demokratie nur innerhalb des Nationalstaats vollständig realisiert werden kann,⁵ wird skeptisch auf dessen Öffnung blicken. Es ist erstens zu fragen, ob es Bereiche gibt, die derartig demokratiesensibel sind, dass sie einer Öffnung gänzlich entzogen sind. Es stellen also zunächst materielle Fragen. Für diejenigen Bereiche, die einer Öffnung zugänglich sind, ist dann zweitens abzuwägen, inwieweit sie demokratische Begleitung durch natio-

¹ v. *Bogdandy*, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, *ZaöRV* 63 (2003), 853 (855 ff.); *Volkmann*, Setzt Demokratie den Staat voraus?, *AöR* 127 (2002), 575 (576 ff.); *Kluth*, Parlamentarische Gesetzgebung im postnationalen Zeitalter, 2013, S. 15–24.

² *Kluth* (Fn. 1), S. 18.

³ *Calliess*, Referat zu Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *VVDStRL* 71 (2011), 113 (115 ff.). Siehe zu den „Rettungsschirmen“ im Einzelnen auch unten **C. I.**

⁴ *Volkmann* (Fn. 1), S. 577.

⁵ *BVerfGE* 123, 267 (juris – Rn. 262), im Folgenden stammen alle Rn. von Urteilen aus juris; *Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot, *Der Staat* 48 (2009), 535 (542 ff.).

nale Organe erfahren können und müssen.⁶ Dies sind kompetenzielle Fragen. Beide Topoi, materielle und kompetenzielle Fragen, sind die Leit motive dieses Beitrags.

Der Beitrag befasst sich zuerst mit den allgemeinen Herausforderungen, die internationale Zahlungspflichten an die Demokratie stellen (**B.**). In einem zweiten Schritt werden diese Herausforderungen am Beispiel zweier Urteile des *BVerfG* zur Eurorettung (*BVerfGE* 129, 124 ff. und 130, 318 ff.) beleuchtet (**C.**). Im letzten Teil soll diese Rechtsprechung in Bezug zu anderen Verdikten des *BVerfG* gesetzt werden (**D.**).

B. Die Ausgangslage: Demokratie im Spannungsfeld mit internationalen Zahlungspflichten

Wie bereits angedeutet wurde, steht das Völkerrecht in einem Spannungsverhältnis mit nationalstaatlicher Demokratie (**I.**). Da das Budgetrecht dessen Kernbestandteil ist, ist die Demokratie in besonderem Maße durch den Gegensatz zwischen Budgetrecht und Zahlungspflichten herausgefordert (**II.**). Der internationale Charakter von Zahlungspflichten fügt diesen Beziehungen eine weitere Facette hinzu (**III.**).

I. Völkerrecht und Demokratie

Das Völkerrecht ist traditionell nicht darauf ausgerichtet, demokratischen Erwägungen Rechnung zu tragen, da es sich an die Staaten und nicht an die einzelnen Menschen als klassische Völkerrechtssubjekte richtet.⁷ Solange das Völkerrecht auf der Staatensouveränität und nicht auf dem staatsrechtlichen Begriff der Volkssouveränität beruht, steht es zwangsläufig im Konflikt mit der Demokratie.⁸ Auch stellen die Antworten des Völkerrechts auf die materiellen (**1.**) und kompetenziellen (**2.**) Fragen Herausforderungen für die Demokratie dar.

1. Materielle Herausforderungen

Im Wesentlichen bestehen in materieller Hinsicht zwei Herausforderungen für die Demokratie.

⁶ *Frenz*, Demokratiebegründete nationale Mitwirkungsrechte und Aufgabenreservate, *EWS* 2009, 345 (345 f., 348).

⁷ *Kokott*, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, *ZaöRV* 64 (2004), 517 (528 ff.).

⁸ *Ebd.*

Erstens reflektiert Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK)⁹ die völkergewohnheitsrechtliche¹⁰ Regel, dass innerstaatliches Recht keine Rechtfertigung für die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrags darstellt. Sie reiht sich damit in die Regeln zur Staatenverantwortlichkeit ein, wonach im Allgemeinen die innerstaatliche Rechtmäßigkeit einer Staatshandlung ihre Einstufung als völkerrechtswidrig unberührt lässt (Art. 3 Artikel zur Staatenverantwortlichkeit (ASR)¹¹).¹² Diese grundlegende¹³ Regel ist u.a. deshalb von besonderem Interesse, weil sie dazu führt, dass ein Staat sich auch nicht auf seine Verfassung – und damit auf die darin enthaltenen, der Demokratie Rechnung tragenden Bestimmungen – berufen kann, um völkerrechtliche Pflichten zu umgehen.¹⁴

Zweitens entfalten völkerrechtliche Bindungen eine besonders hohe Bindungskraft. Die Beendigung (bzw. Rücktritt oder Kündigung) eines völkerrechtlichen Vertrages ist im Interesse stabiler Vertragsbeziehungen allgemein nur eingeschränkt möglich (vgl. Art. 42 Abs. 2, 54, 56 WVRK).¹⁵ Die Art. 61 (Unmöglichkeit) und 62 (Grundlegende Änderung der Umstände) WVRK sind eng formuliert.¹⁶ Ähnlich hohe, wenn auch teilweise etwas niedrigere¹⁷ Anforderungen stellen die die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstände im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit auf. So haben sich Staaten in der Vergangenheit mehrfach erfolglos auf höhere Gewalt (Art. 23 ASR)¹⁸ bzw. auf Notstand

⁹ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, in Kraft getreten am 27.1.1980; UNTS 1155, 18232; BGBl. II 1985, S. 927.

¹⁰ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters*, Dschibuti v. Frankreich, ICJ Rep. 2008, 177 (Rn. 124).

¹¹ *International Law Commission*, Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts, YBILC 2001 Vol. II Part 2, 26 ff.

¹² *Treatment of Polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Danzig Territory*, Gutachten, PCIJ Series A/B No. 44, 4 (24 f.); *Case Concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, USA v. Italien, ICJ Rep. 1989, 15 (Rn. 73).

¹³ *Contrat de prêt*, Italien u. Costa Rica, UNRIAA XXV, 21 (III Rn. 43–48, IV Rn. 7, 27).

¹⁴ *Treatment of Polish nationals and other persons of Polish origin or speech in the Danzig Territory*, Gutachten, PCIJ Series A/B No. 44, 4 (24).

¹⁵ *M. Fitzmaurice*, in: Wolfrum, MPEPIL, Februar 2010, Stichwort: Treaties, Rn. 71.

¹⁶ *Ebd.*, Rn. 75; Crawford, *State Responsibility – The General Part*, 2013, S. 299.

¹⁷ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, Ungarn u. Slowakei, ICJ Rep. 1997, 7 (Rn. 101 f.); *International Law Commission*, Draft articles on responsibility of States for internationally wrongful acts Commentary, YBILC 2001 Vol. II Part 2, 31 (Art. 23 Rn. 4).

¹⁸ Vgl. *The “Société Commerciale de Belgique”*, Belgien v. Griechenland, PCIJ Series A/B No. 78, 160 (177 f.); *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Königreich der Serben, Kroaten u. Slowenen u. Frankreich, PCIJ Series A No. 20, 4 (39 f.); *Affaire de l’indemnité russe*, Russland u. Osmanisches Reich, UNRIAA XI, 421 (443).

(Art. 25 ASR)¹⁹ berufen, um einen Zahlungsausfall oder dergleichen aus wirtschaftlichen oder finanziellen Gründen zu rechtfertigen.²⁰

Ferner entspricht es dem Völkergewohnheitsrecht, dass selbst Revolutionen die Kontinuität eines Staates nicht berühren und daher Verpflichtungen aus vorrevolutionären Zeiten bestehen lassen.²¹ Das undemokratische Potenzial dieser Regelung wird im sog. *Tinoco*-Schiedsfall (1923) deutlich: Die demokratische gewählte Regierung Costa Ricas konnte sich nicht darauf berufen, dass internationale Zahlungspflichten deshalb nichtig waren, weil sie von ihrer *diktatorischen* Vorgängerin eingegangen wurden.²² Dieser Fall wurde zum Anlass genommen, die Lehre von den sog. „Tyrannenschulden“ („*odious debt*“) zu entwickeln. Nach dieser Theorie wären von einem Diktator eingegangene Zahlungspflichten beim Erfüllen weiterer Voraussetzungen für eine demokratische Nachfolgerregierung nicht einzulösen.²³ Der völkergewohnheitsrechtliche Charakter dieser Lehre ist allerdings umstritten; zudem ist sie sehr unbestimmt.²⁴

Völkerrechtliche Verträge sind somit eine Möglichkeit, Staaten langfristig oder sogar unbefristet zu binden; mittelbar wird damit auch die Bevölkerung des Staates gebunden.²⁵ Dies ist aus demokratischer Perspektive problematisch, da Demokratie auf Umkehrbarkeit von Entscheidungen angelegt ist.²⁶

2. Kompetenzielle Herausforderungen

Im kompetenzieller Hinsicht besteht folgende Herausforderung: Bereits der Vertragsschluss steht in Spannung zur Demokratie, da in der Regel die Exekutivorgane eines Staates international handeln. Völkergewohnheitsrechtlich werden Staatsoberhäupter, Regierungschefs und Außenminister kraft Amtes auf

¹⁹ Vgl. ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability, 30.7.2010 (Rn. 249–265) (Suez et al. v. Argentinien) [verfügbar in Oxford Reports on International Investment Claims (IIC) 443 (2010)]; cgl. ICSID Case No. ARB/07/17, Final Award, 17.5.2011 (Rn. 344–360) (Impregilo SpA v. Argentinien) [IIC 498 (2011)], bestätigt in Decision on Annulment, 24.1.2014 (Rn. 203) [IIC 627 (2014)].

²⁰ Siehe im Allgemeinen: *Cranford* (Fn. 16), S. 298 f., 307 f.

²¹ *Zimmermann*, in: Wolfrum, MPEPIL, August 2006, Stichwort: Continuity of States Rn. 1, 9.

²² *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims*, Großbritannien v. Costa Rica, UNRIIA I, 369 (376 ff.); *Cranford*, Democracy and International Law, BYIL 64 (1993), 113 (118).

²³ *Paulus*, in: Wolfrum, MPEPIL, September 2014, Stichwort: Debts, Rn. 25 ff.

²⁴ *Ebd.*, Rn. 31.

²⁵ *Henseler*, Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen, AöR 108 (1983), 489 (490 ff.); *Cranford* (Fn. 22), S. 118 f.; *Bauer*, Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie, 1998, S. 45.

²⁶ Siehe unten **B. II. 2.**

internationaler Ebene als befugt angesehen, ihren Staat völkerrechtlich zu binden.²⁷ Diese Exekutivorgane können auf diese Weise ohne demokratische Rückkopplung Bindungen eingehen und beenden.²⁸ Auch im Zuge der Eurokrise war zu beobachten, dass sich die Entscheidungsräume zu Lasten der Parlamente und zu Gunsten der Exekutive in den Europäischen Rat verschoben haben.²⁹

Einziges³⁰ Einfallstor für nationales Recht ist Art. 46 WVRK. Gemäß Art. 46 WVRK kann ein Staat einen Vertrag anfechten, wenn die Zustimmung zum Vertrag unter offenkundiger Verletzung einer innerstaatlichen Zuständigkeitsvorschrift von grundlegender Bedeutung erteilt wurde. Die parlamentarische Zustimmung zu völkerrechtlichen Verträgen (etwa Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG) ist wegen ihrer demokratischen Relevanz von einer solchen grundlegenden Bedeutung.³¹ Diese Norm dient damit auch dem demokratischen Prinzip. Die Ausnahme des Art. 46 WVRK ist aber eine enge.³² Sofern der Vertrag nämlich beispielsweise von Staatsoberhäuptern, Regierungschefs oder Außenministern geschlossen wurde,³³ sind die Anforderungen an die Offenkundigkeit besonders streng, da deren Vertragsschlusskompetenz vermutet wird.³⁴ Zudem ist auf Grund des Wortlauts der Vorschrift klar, dass sie sich nur auf kompetenzielle Fragen bezieht; sie ist nicht anwendbar bei Konflikten zwischen materiellen Verfassungsnormen und Völkervertragsrecht.³⁵

²⁷ Siehe nur *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)*, Demokratische Republik Kongo v. Ruanda, ICJ Rep. 2006, 6 (Rn. 46); speziell den Vertragsschluss bzw. -beendigung betreffend: Art. 7 Abs. 2, 67 Abs. 2 WVRK.

²⁸ Vgl. BVerfGE 68, 1 (Rn. 132); *Crawford* (Fn. 22), S. 117 f.; *Bauer* (Fn. 25), S. 45.

²⁹ *Nettesheim*, Verfassungsrecht und Politik in der Staatsschuldenkrise, NJW 2012, 1409 (1409); *Callies*, Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, 1 (2); vgl. *Kluth* (Fn. 1), S. 19.

³⁰ Art. 46 WVRK bestätigt auf Grund seiner negativen Formulierung gleichsam die Grundregel des Art. 27 S. 1 WVRK, vgl. auch Art. 27 S. 2 WVRK; *Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Aufl. 2018, Art. 46 Rn. 22.

³¹ *Bothe*, in: Corten/Klein, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2011, Art. 46 (1969), Rn. 2, 12 ff.; *Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 30), Art. 46 Rn. 33.

³² *M. Fitzmaurice/Elias*, Contemporary Issues in the law of Treaties, 2005, S. 381.

³³ Vgl. oben Fn. 27.

³⁴ *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*; Kamerun v. Nigeria, Äquatorialguinea als Intervent, ICJ Rep. 2002, 303 (Rn. 265); *M. Fitzmaurice/Elias* (Fn. 32), S. 378–381; *Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 30), Art. 46 Rn. 23, 47.

³⁵ *Bothe*, in: Corten/Klein (Fn. 31), Art. 46 (1969), Rn. 11; *Rensmann*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 30), Art. 46 Rn. 33.

Zusammengefasst sind die zentralen völkerrechtlichen Herausforderungen erstens die starke Bindungskraft eingegangener Pflichten, die der auf Umkehrbarkeit angelegten Demokratie zuwiderläuft und zweitens die Exekutivlastigkeit, die eine Umgehung nationaler Parlamente ermöglicht. Die zwischenstaatliche Schiedsgerichtsbarkeit hat die Gültigkeit dieser Grundsätze auch angesichts des Erfordernisses parlamentarischer Zustimmung zu Kreditaufnahmen bestätigt.³⁶

II. Demokratie und Budgetrecht

Das parlamentarische Budgetrecht ist fest im Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG) verankert (1.). Zahlungspflichten bzw. Gewährleistungsübernahmen stellen eine Herausforderung für das parlamentarische Budgetrecht und damit die Demokratie dar (2.).

1. Die politische und demokratische Bedeutung des Haushalts

Wegen der Bedeutung des Haushaltsplans geht mit der Sicherung des Budgetrechts die Sicherung politischer Gestaltungsfähigkeit einher (a)).³⁷ Das Budgetrecht selbst ist u.a. deswegen stark demokratisch verankert (b)).

a) Die politische Bedeutung des Haushalts

Dem Haushaltsplan (Art. 110 GG) kommt eine überragende Rolle zu, da er die Politik und Prioritäten der Staatsführung widerspiegelt.³⁸ In ihm manifestieren sich die Ziele und Aufgaben des Staates in wirtschaftlicher und gesamtpolitischer Hinsicht in umfassender und quantifizierbarer Weise.³⁹ Weil im Haushaltsplan die zentralen politischen Weichenstellungen erfolgen, ist er ein bedeutendes Gestaltungsmittel.⁴⁰ Das BVerfG qualifiziert ihn deshalb als ein „Regierungsprogramm in Gesetzesform“, da er der Ort „konzeptioneller politischer Entscheidungen über den Zusammenhang von wirtschaftlichen Belastungen und staatlich gewährten Vergünstigungen“ ist.⁴¹ Das BVerfG hob diese Bedeutung des Haushaltsplans in seinen Entscheidungen zur Eurorettung nachdrücklich hervor.⁴²

³⁶ *Contrat de prêt*, Italien u. Costa Rica, UNRIAA XXV, 21 (IV Rn. 27, 45–48).

³⁷ BVerfGE 135, 317 (Rn. 161); Dietlein, in: BeckOK-GG, Ed. 37, Stand: 15.5.2018, Art. 79 Rn. 36.1.

³⁸ Siekmann, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, Art. 110 Rn. 2; Diehm, in: Becker/Lange, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts III, 2014, S. 526 (534 f.).

³⁹ BVerfGE 79, 311 (Rn. 55); 129, 124 (Rn. 123); VerfGH RLP, NVwZ-RR 1998, 145 (146).

⁴⁰ BVerfGE 79, 311 (Rn. 56); Siekmann, in: Sachs (Fn. 38), Art. 110 Rn. 2.

⁴¹ BVerfGE 79, 311 (Rn. 55); 123, 267 (Rn. 256); 129, 124 (Rn. 123).

⁴² BVerfGE 129, 124 (Rn. 121 ff.); 130, 318 (Rn. 107).

b) Die demokratische Bedeutung des Haushalts

Die Feststellung des Haushaltsplans erfolgt gemäß Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG durch Gesetz. Als Ausdruck der parlamentarischen Budgethoheit hat der Haushaltsplan unter allen Aufgaben des Bundestages eine herausragende Bedeutung.⁴³ Das Budgetrecht zählt auch verfassungsgeschichtlich zu den wichtigsten Rechten des Parlaments.⁴⁴ Der Bundestag hat durch die Feststellung des Haushaltsplans (Art. 110 Abs. 2 GG) und Art. 115 GG eine „*überragende verfassungsrechtliche Stellung*“.⁴⁵ Das Budgetrecht erweist sich zudem als schlagkräftiges Werkzeug zur Kontrolle der Regierung (vgl. Art. 114 GG) gerade in denjenigen Bereichen, in denen die Regierung ansonsten nicht an strenge parlamentarische Vorgaben gebunden ist.⁴⁶ Das Budgetrecht ist deshalb Manifestation der Gewaltenteilung und, da es dem Bundestag zukommt, vor allem Manifestation der Demokratie.⁴⁷

Aus all diesen Gründen ist das parlamentarische Budgetrecht nicht nur fester Kernbestandteil der deutschen Verfassungstradition.⁴⁸ Das *BVerfG* zählt es seit *Lissabon* sogar zum Kern des Demokratieprinzips, der über Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG geschützt ist; die nationale Haushaltsautonomie sei eine nicht entäußerbare Kompetenz.⁴⁹

2. Herausforderungen durch Gewährleistungsübernahmen

Die Eurorettung nutzte das Werkzeug der Gewährleistungsübernahme in erheblichem Maße. Gewährleistungen, zu deren Übernahme gemäß Art. 115 Abs. 1 GG eine Ermächtigung durch Gesetz notwendig ist, sind mit Bürgschaften vergleichbar.⁵⁰ Art. 115 Abs. 1 GG steht allerdings nicht für sich, sondern muss im Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip gesehen und ausgelegt werden; das Demokratieprinzip ist eine verfassungsimmanente Schranke für das Budgetrecht.⁵¹

⁴³ *Diehm* (Fn. 38), S. 534.

⁴⁴ *StGH BW*, NVwZ 2012, 300 (301); *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 110 Rn. 11.

⁴⁵ BVerfGE 129, 124 (Rn. 122); 130, 318 (Rn. 106).

⁴⁶ BVerfGE 129, 124 (Rn. 122); *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 110 Rn. 14.

⁴⁷ BVerfGE 129, 124 (Rn. 122); *StGH BW*, NVwZ 2012, 300 (301).

⁴⁸ BVerfGE 123, 267 (Rn. 252 ff.); 129, 124 (Rn. 122); *StGH BW*, NVwZ 2012, 300 (301).

⁴⁹ BVerfGE 123, 267 (Rn. 245, 249, 252 ff.); 129, 124 (Rn. 129).

⁵⁰ *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 115 Rn. 17; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 14. Aufl. 2016, Art. 115 Rn. 4.

⁵¹ BVerfGE 79, 311 (Rn. 54); *Kube*, in: Maunz/Dürig, 82. EL 2018, Art. 115 Rn. 1; *Diehm* (Fn. 38), S. 536.

Demokratie bedeutet Herrschaft auf Zeit. In finanzieller Hinsicht schlägt sich das Demokratieprinzip deshalb im Prinzip der jährlichen Aufstellung von Einnahmen und Ausgaben nieder (Art. 110 Abs. 2 GG).⁵² Demokratie zeichnet sich dadurch aus, dass die Minderheit von heute die Mehrheit von morgen sein kann.⁵³ In irreversiblen Entscheidungen oder solchen mit sehr langer Bindungswirkung kann sich jedoch eine alte Mehrheit verewigen; sie nimmt so späteren Mehrheiten die Entscheidung ab, indem sie ihnen Sachverhalte der Disposition entzieht.⁵⁴ Kredite und auch Gewährleistungen binden spätere Gesetzgeber und müssen von ihnen bei ihrer Haushaltsplanung berücksichtigt werden.⁵⁵ Mit Kreditaufnahmen oder Gewährleistungsübernahmen über die Wahlperiode hinaus bestimmt eine Generation nicht nur über eigene Lasten, sondern auch über diejenigen folgender Generationen.⁵⁶ Wenn Demokratie die Korrigierbarkeit voriger Entscheidungen bedeutet, ist dies in einer repräsentativen Demokratie umso mehr geboten, als die Repräsentanten selbst nicht souverän sind und die Korrigierbarkeit ihrer Entscheidungen durch das souveräne Volk einschränken.⁵⁷ Die Einführung der „Schuldenbremse“ steht beispielhaft dafür, dass es auch dem verfassungsändernden Gesetzgeber ein Anliegen war, die Handlungsspielräume der Gegenwart zu Gunsten ihrer künftigen Sicherung zu begrenzen.⁵⁸ Die Begrenzung des Budgetrechts des gegenwärtigen Bundestages ist nötig, um sein künftiges Budgetrecht zu bewahren.⁵⁹

Trotzdem steht das Demokratieprinzip nicht jeder Gewährleistungsübernahme entgegen: Vielmehr kommt es auf den Einzelfall unter Berücksichtigung des Umfangs der Risiken, ihrer Eintrittswahrscheinlichkeit und ihrer Tragweite an.⁶⁰ Denn Aufgabe eines Gesetzgebers ist es auch, über die Wahlperiode hinaus zu planen.⁶¹ Überdies kann man dem Demokratieprinzip kein absolutes Verbot zukunftsbindender Entscheidungen entnehmen, da man die Demokratie sonst

⁵² Verfassungsbeschwerde v. 21.5.2010 (abgedruckt in *Murswiek*, Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht – „Euro-Rettungsschirm“, Europäischer Stabilitätsmechanismus und Rettungsmaßnahmen der EZB – Dokumentation der Schriftsätze und systematische Einführung, 2016, S. 56 (84)); *Pünder*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts V, 3. Aufl. 2007, § 123 Rn. 58.

⁵³ BVerfGE 44, 125 (Rn. 52); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 20 II Rn. 52.

⁵⁴ *Henseler* (Fn. 25), S. 490 ff.

⁵⁵ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 115 Rn. 1; *Pünder* (Fn. 52), § 123 Rn. 14, 58.

⁵⁶ *Pünder* (Fn. 52), § 123 Rn. 58.

⁵⁷ *Böckenförde*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, 3. Aufl. 2005, § 34 Rn. 16.

⁵⁸ BVerfGE 135, 317 (Rn. 169).

⁵⁹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 125); *Pünder* (Fn. 52), § 123 Rn. 59.

⁶⁰ *Kube/Reimer*, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, 1911 (1916).

⁶¹ BVerfGE 79, 311 (Rn. 90).

ihrer Handlungsfähigkeit beraubte.⁶² Letztlich kommt dem Gesetzgeber auch ein Spielraum zu, das Ergebnis dieses Abwägungsprozesses zu gestalten, da er trotz allem demokratisch legitimiert ist.⁶³

Im Lichte des Demokratieprinzips bedürfen die Kreditaufnahme und Gewährleistungsübernahme jedenfalls einer Rechtfertigung.⁶⁴ Diese findet sich in Art. 115 Abs. 1 GG, der damit auch das abstrakte Demokratieprinzip konkretisiert.⁶⁵ Zu bedenken ist, dass der das parlamentarische Budgetrecht schützende Kern des Demokratieprinzips über Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG höherrangig ist als Art. 115 GG; deshalb kann das Demokratieprinzip Gewährleistungsübernahmen nach Art. 115 Abs. 1 GG notfalls einschränken⁶⁶ – sofern sich diese Beschränkungen nicht bereits aus einer Auslegung des Art. 115 Abs. 1 GG ergeben.⁶⁷ Das *BVerfG* kommt zu dem Ergebnis, dass Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG verletzt ist, wenn „*sich der Deutsche Bundestag seiner parlamentarischen Haushaltsverantwortung dadurch entäußert, dass er oder zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben können.*“⁶⁸

III. Budgetrecht und Völkerrecht

Im zwischenstaatlichen Bereich steht das Demokratieprinzip indes nicht isoliert. Es muss mit dem Grundsatz der offenen Staatlichkeit (Präambel S. 1, Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GG) abgewogen werden. Dieser erhebt die internationale Zusammenarbeit zum Staatsziel und mandatiert die Entscheidungsträger entsprechend.⁶⁹ Das *BVerfG* hat ausdrücklich festgehalten, dass auch das Demokratieprinzip in diesem Lichte gesehen werden muss.⁷⁰

Da dieser Grundsatz die internationale Zusammenarbeit zum Staatsziel erhebt, würde ihm eine Grundgesetz-Auslegung zuwiderlaufen, die die Bundesrepublik faktisch vertragsunfähig machte.⁷¹ Die demokratisch gebotene Begrenzung des parlamentarischen Budgetrechts darf der Bundesrepublik die Eingehung finan-

⁶² *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 20 II Rn. 54.

⁶³ BVerfGE 135, 317 (Rn. 173).

⁶⁴ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 115 Rn. 1; *Pänder* (Fn. 52), § 123 Rn. 14 f., 54 ff.

⁶⁵ BVerfGE 79, 311 (Rn. 90); 130, 318 (Rn. 111); *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, 6. Aufl. 2012, Art. 115 Rn. 1.

⁶⁶ *Ruffert*, Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht – Anmerkung zum Urteil vom 7. September 2011, EuR 2011, 842 (848).

⁶⁷ Verfassungsbeschwerde in *Mursniak* (Fn. 52), S. 84.

⁶⁸ BVerfGE 129, 124 (Rn. 121); 135, 317 (Rn. 161).

⁶⁹ BVerfGE 111, 307 (Rn. 33); *Hillgruber*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 14. Aufl. 2017, Art. 24 Rn. 1; *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 24 Rn. 6 ff.

⁷⁰ BVerfGE 63, 343 (Rn. 98).

⁷¹ BVerfGE 58, 1 (Rn. 105).

ziell bedeutender Verpflichtungen auf internationaler Ebene nicht kategorisch verwehren, da sie sich ansonsten nur an „ausgabenneutralen“ zwischen- und überstaatlichen Einrichtungen beteiligen könnte.⁷² Mithin ist das Demokratieprinzip nicht schon daher verletzt, weil zwischen- und überstaatliche Pflichten in finanzpolitischer Hinsicht einen erheblichen Umfang annehmen.⁷³ In kompetenzieller Hinsicht gilt jedoch, dass auch internationale Öffnungen der Bundesrepublik den Bundestag nicht seiner Eigenschaft als Ort, „an dem eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entschieden wird“, berauben dürfen.⁷⁴

C. Der Anwendungsfall: Demokratische Verantwortung im Rahmen der Eurorettung

Mit der Eurorettung stellte sich die Frage, wie oben dargestellte allgemeine Herausforderungen miteinander in Einklang zu bringen sind. Um die Entscheidungen des *BVerfG* besser zu verstehen, muss zunächst die Konstruktion der Eurorettung erläutert werden (**I.**). Anschließend ist zu zeigen, dass sich das Demokratieprinzip wegen der Unmaßgeblichkeit anderer Verfassungsnormen (**II.**) im Kontext der Eurorettung als alleiniger Maßstab etablieren konnte (**III.**). Die daraus gewonnene Lösung wird vorgestellt (**IV.**).

I. Die Konstruktion der Eurorettung

Im Rahmen der Eurorettung muss ein ganzes Konvolut verschiedener Maßnahmen auseinandergelassen werden. Hier sollen nur die Griechenlandhilfe (**1.**) und der erste Euro-Rettungsschirm (**2.**) Gegenstand sein. Letzterer wurde vom zweiten Euro-Rettungsschirm abgelöst (**3.**).

1. Die Griechenlandhilfe

Am 2.5.2010 beschlossen die Eurostaaten die erste Rettungsmaßnahme („Griechenlandhilfe“). Die Hilfe bestand aus aufeinander abgestimmten, aber bilateral und separat vereinbarten Krediten der Eurostaaten an Griechenland, die sie der Hellenischen Republik nur unter strengen Auflagen zur Haushaltsanierung gewährten.⁷⁵ Die Konditionen dieser Kredite waren weitaus günstiger als diejenigen, die Griechenland bei einer Finanzierung am Kapitalmarkt hätte eingehen müssen.⁷⁶ Die *KfW-Bank* valutierte die deutschen Kredite; § 1 Abs. 1 S. 1 des Währungsunion-Finanzstabilitätsgesetzes (WFStG)⁷⁷ ermächtigte das

⁷² *Diehm* (Fn. 38), S. 536 f.

⁷³ BVerfGE 129, 124 (Rn. 124).

⁷⁴ Ebd.; BVerfGE 130, 318 (Rn. 109).

⁷⁵ BVerfGE 129, 124 (Rn. 4 f.).

⁷⁶ Ebd., Rn. 4 f.

⁷⁷ BGBl. I 2010, S. 537.

Bundesministerium für Finanzen am 7.5.2010, Gewährleistungen für diese Kredite i.H.v. bis zu 22,4 Mrd. € zu übernehmen.⁷⁸ Kein Eurostaat war für die Kredite eines anderen verantwortlich.⁷⁹

2. Der erste Euro-Rettungsschirm, insb. die *EFSS SA*

Noch am Tag der Verabschiedung des WFStG beschloss der Rat der Europäischen Union das Aufspannen eines Rettungsschirms:⁸⁰ Dieser Rettungsschirm hatte ein Volumen von 750 Mrd. € und bestand aus drei Komponenten, nämlich aus Krediten (i) des Internationalen Währungsfonds i.H.v. 250 Mrd. €, (ii) der Europäischen Union i.H.v. 60 Mrd. € und (iii) der einzelnen Eurostaaten i.H.v. 440 Mrd. €.⁸¹ Die Europäische Union gewährte ihre Darlehen im Rahmen des europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus (EFSM). Über eine Verordnung⁸² rief sie den EFSM ins Leben.

Die Kredite der einzelnen Eurostaaten wurden über die europäische Finanzstabilisierungsfazilität (*EFSS SA*) organisiert. Die Einführung der *EFSS SA* sagten die Regierungsvertreter am 9.5.2010 in einem Beschluss des Rates der EU verbindlich zu.⁸³ Am 7.6.2010 wurde sie vom Großherzogtum Luxemburg durch Gesellschaftsvertrag⁸⁴ gegründet.⁸⁵ Zusätzlich legten die Eurostaaten einerseits und die *EFSS SA* andererseits in einem privatrechtlichen⁸⁶ Rahmenvertrag⁸⁷ weitere Einzelheiten fest.

⁷⁸ BVerfGE 129, 124 (Rn. 6 ff.); *Sauer*, Staatsrecht III, 4. Aufl. 2016, § 9 Rn. 45b.

⁷⁹ Ebd., Rn. 5.

⁸⁰ *Rat der Europäischen Union*, Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union (Wirtschaft und Finanzen) vom 9. Mai 2010, 10.5.2010, Dok.-Nr. 9602/10, S. 3.

⁸¹ Ebd., S. 3; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 1315 ff.

⁸² Verordnung (EU) Nr. 407/2010 des Rates vom 11. Mai 2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus.

⁸³ *Rat der Europäischen Union*, Beschluss der im Rat der Europäischen Union vereinigten Vertreter der Regierungen der dem Euro-Währungsgebiet angehörenden Mitgliedstaaten und Beschluss der Vertreter der Regierungen der 27 EU-Mitgliedstaaten, 10.5.2010, Dok.-Nr. 9614/10, S. 2.

⁸⁴ Der Gesellschaftsvertrag ist hier abrufbar:

https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/efsf_status_coordonnes_23avr12014.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁸⁵ BVerfGE 129, 124 (Rn. 31); vgl. Präambel Abs. 2 Rahmenvertrag.

⁸⁶ Gemäß Art. 16 Abs. 1 Rahmenvertrag unterliegt er englischem Recht, also nicht dem Völkerrecht; Sicht der Bundesregierung in BT-Drucks. 17/2569, S. 2 f.; aus politischer Sicht kritisch dazu *Müller-Graff*, Euroraum-Budgethilfenpolitik im rechtlichen Neuland, *Integration* 2011, 289 (295); *Piecha*, Die Rettungsmaßnahmen zugunsten zahlungsunfähiger EU-Mitgliedstaaten, 2016, S. 104.

⁸⁷ Der Rahmenvertrag ist hier abrufbar:

https://www.esm.europa.eu/sites/default/files/20111019_efsf_framework_agreement_en.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

Die *EFSF SA* ist gemäß Art. 1 Abs. 1, 24 Gesellschaftsvertrag eine *société anonyme* (Aktiengesellschaft) luxemburgischen Rechts. Ihr Grundkapital beträgt ca. 28,5 Mio. € (Art. 5 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag). Um ihre Kredite von bis zu 440 Mrd. € an die notleidenden Eurostaaten refinanzieren zu können, begibt die *EFSF SA* u.a. Anleihen am Sekundärmarkt (Art. 3, 9 Gesellschaftsvertrag, vgl. Art. 2 Abs. 2 Rahmenvertrag).⁸⁸ Da die *EFSF SA* ihre Anleihen nur dann zu günstigen (und für die Rettungspolitik sinnstiftenden) Konditionen begeben kann, wenn sie über die höchste Bonitätsstufe verfügt, übernehmen die Eurostaaten Garantien zu ihren Gunsten (Präambel Abs. 4, Art. 2 Abs. 3 Rahmenvertrag).⁸⁹ Das heißt, die Mitgliedsstaaten stellen selbst keine finanziellen Mittel bereit, sondern garantieren v.a., dass die EFSF die von ihr ausgegebenen Anleihen rechtzeitig und vollständig bedient (Art. 2 Abs. 4 Rahmenvertrag).⁹⁰ Nach Art. 13 Abs. 8 Rahmenvertrag übernehmen die Eurostaaten die Aktien der *EFSF SA* in einem bestimmten Verhältnis.

Weil unter den Garantiegebern auch zahlungsausfallgefährdete Staaten sind, müssen die Garantien, um der *EFSF SA* die höchste Bonität zu sichern, das Kreditvolumen von 440 Mrd. € übersteigen; nur so haften im Falle des Zahlungsausfalls der *EFSF SA* genügend zahlungsfähige Eurostaaten für diese Summe.⁹¹ Die Garantien der Staaten sind auf einen bestimmten Betrag begrenzt, der sich aus ihrer Beteiligung am Kapital der EZB (Annex 2 Rahmenvertrag) errechnet; die Garantiegeber haften nicht gesamtschuldnerisch.⁹² Die Bundesrepublik sollte demnach zunächst für ca. 147,6 Mrd. €⁹³ haften.

Damit die Bundesrepublik diesen Verpflichtungen nachkommen konnte, wurde bereits zuvor, am 22.5.2010, das Stabilisierungsmechanismusgesetz (StabMechG)⁹⁴ verabschiedet. Dieses rein innerstaatlich relevante Gesetz ermächtigt das Bundesministerium der Finanzen zur Übernahme der Garantien.⁹⁵ Das StabMechG wurde anschließend zwei Mal geändert und auf diese Weise u.a. die Haftungssummen erhöht.⁹⁶

⁸⁸ *Kube/Reimer* (Fn. 60), S. 1911; *Lewinski*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts X, 3. Aufl. 2012, § 217 Rn. 73.

⁸⁹ *Kube/Reimer* (Fn. 60), S. 1911.

⁹⁰ *Lewinski* (Fn. 88), § 217 Rn. 73 spricht insofern von einer Hebelung.

⁹¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 17 f.); BT-Drucks. 17/6916, S. 1, 4.

⁹² BT-Drucks. 17/6916, S. 4.

⁹³ § 1 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 1 Abs. 6 StabMechG i.d.F. v. 23.5.2010.

⁹⁴ BGBl. I 2010, S. 627.

⁹⁵ *Kube/Reimer* (Fn. 60), S. 1912.

⁹⁶ BGBl. I 2011, S. 1992 und BGBl. I 2012, S. 1166.

3. Ablösung der EFSF SA durch den zweiten Euro-Rettungsschirm

Von Anfang an war vorgesehen, dass die *EFSF SA* nach dem 30.6.2013 keine neuen Darlehen mehr vergibt (Art. 4 Gesellschaftsvertrag). Die *EFSF SA* selbst wurde indes auf unbestimmte Zeit gegründet und besteht, solange anfallende Zahlungsströme abzuwickeln sind (Art. 4 Gesellschaftsvertrag, Art. 11 Abs. 1, Abs. 2 Rahmenvertrag). Ihre Nachfolge hat am 27.9.2012 der dauerhafte Europäische Stabilitätsmechanismus (*ESM*) angetreten (vgl. Art. 13 Abs. 10 Rahmenvertrag). Der *ESM* ist eine von der EU getrennte internationale Organisation, die die Eurostaaten durch einen völkerrechtlichen Vertrag (*ESM-Vertrag*)⁹⁷ gründeten.⁹⁸

II. Unmaßgeblichkeit der Art. 23, 24 Abs. 1, 59 Abs. 2 GG

Die *EFSF SA* war Gegenstand zweier Entscheidungen des *BVerfG*. Sowohl der *EFSF*-Entscheidung (BVerfGE 129, 124 ff.) als auch der *Sondergremium*-Entscheidung (BVerfGE 130, 318 ff.) lag dabei ein verfassungsprozessual bedingter enger Prüfmaßstab zu Grunde, der sich auf Art. 38 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 GG konzentrierte. Dabei geraten die auf den ersten Blick treffenderen Art. 23, 24 Abs. 1 und 59 Abs. 2 S. 1 GG aus dem Blickfeld. Es soll unterschieden werden zwischen materiellen (1.) und kompetenziellen (2.) Fragen. Dazu werden die Regelungen kurz vorgestellt (a)) und der Sachverhalt der Eurorettung unter die Regelungen subsumiert (b)). Als Ergebnis lässt sich vorweg festhalten, dass diese Normen für den vom *BVerfG* zu beurteilenden Sachverhalt nicht maßgeblich sind.

1. Materielle Fragen

Materielle Fragen betreffen inhaltliche Grenzen internationaler Vereinbarungen auf Grund des Demokratieprinzips.

a) Allgemeine Erwägungen zu materiellen Fragen

Im Allgemeinen gilt, dass sich alle Akte der deutschen öffentlichen Gewalt am gesamten grundgesetzlichen Maßstab messen lassen müssen (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG).⁹⁹ Darin ist auch das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG eingeschlossen.

⁹⁷ Unterzeichnet am 2.2.2012, In Kraft getreten am 27.9.2012; BGBl. II 2012, S. 983.

⁹⁸ *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 81), Rn. 1319 ff.; *Dittert*, Die Maßnahmen zur Stabilisierung der Wirtschafts- und Währungsunion – Ein juristischer Blick auf die Euro-Rettung, *StudZR-Ausbildung* 2017, 175 (184).

⁹⁹ Dies gilt auch für Vertragsgesetze i.S.d. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG; vgl. BVerfGE 4, 157 (Rn. 37); *Butzer/Haas*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke* (Fn. 69), Art. 59 Rn. 108; *Pieper*, in: *BeckOK-GG* (Fn. 37), Art. 59 Rn. 50; *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 4.

Auf die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen (außer der EU) ist zunächst Art. 24 Abs. 1 GG anwendbar.¹⁰⁰ Art. 24 Abs. 1 GG enthält keine expliziten materiellen Grenzen. Diese ergeben sich aber aus dem Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes unter Abwägung mit dem Grundsatz der offenen Staatlichkeit.¹⁰¹ Im Ausgangspunkt wird für die Struktur- und Bestandssicherung deshalb Art. 79 Abs. 3 GG als verfassungsimmanente Mindestgewährleistung angesehen; andernfalls könnte der einfache Gesetzgeber durch eine Flucht in internationale Organisationen Gesetze erlassen, die selbst der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht erlassen könnte.¹⁰²

Im Rahmen der europäischen Integration sind die Grenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG einschlägig. Sie kommen insbesondere, aber nicht nur, bei der Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG in Betracht.¹⁰³ Die Grenzen des Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG selbst sind nicht streng.¹⁰⁴ Über die Bestandssicherungsklausel (Art. 23 Abs. 1 S. 3 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG), die mit der Struktursicherungsklausel (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG) verwandt ist, schützt die Norm nur den *Kern* des Demokratieprinzips.¹⁰⁵ Andererseits genügt für ein Gesetz nach Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG nicht die einfache Mehrheit, sondern nur die Zwei-Drittel-Mehrheit nach Art. 79 Abs. 2 GG.¹⁰⁶

b) Subsumtion

Da sowohl die Griechenlandkredite als auch die *EFSS SA* als privatrechtliche Einrichtungen nur privatrechtliche Tätigkeiten wie Finanzgeschäfte durch-

¹⁰⁰ *Wollenschläger*, in: Dreier II, 3. Aufl. 2015, Art. 24 Rn. 18 f.; *Schweitzer/Dederer*, Staatsrecht III, 11. Aufl. 2016, Rn. 119.

¹⁰¹ *BVerfG*, Nichtannahmebeschluss v. 4.4.2001, 2 BvR 2368/99, GRUR 2001, 728 (729); *Calliess*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 24 Rn. 71 ff.; *Wollenschläger*, in: Dreier II (Fn. 100), Art. 24 Rn. 40.

¹⁰² *Calliess*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 24 Rn. 172 ff., 178 ff. (m.w.N.); *Wollenschläger*, in: Dreier II (Fn. 100), Art. 24 Rn. 40; *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 24 Rn. 28; *Schweitzer/Dederer* (Fn. 100), Rn. 117.

¹⁰³ *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 23 Rn. 71 ff., 81 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 23 Rn. 118; *Heintschel v. Heinegg*, in: BeckOK-GG, Ed. 36, Stand: 1.3.2015, Art. 23 Rn. 24 ff.

¹⁰⁴ *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 8a; *Kube*, Nationale Budgethoheit und Europäische Integration, AöR 137 (2012), 205 (209).

¹⁰⁵ *BVerfGE* 123, 267 (Rn. 261 ff.); *Heintschel v. Heinegg*, in: BeckOK-GG (Fn. 103), Art. 23 Rn. 10 ff.; *Sauer* (Fn. 78), § 3 Rn. 7; *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 79 Rn. 110.

¹⁰⁶ *Wolff*, in: Pechstein, Integrationsverantwortung, 2012, S. 151 (158 f.); *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 23 Rn. 76.

führen, findet keine Hoheitsrechtsübertragung statt.¹⁰⁷ Ungeachtet dessen, ob Art. 23 GG dem Art. 24 Abs. 1 GG als *lex specialis* vorgeht,¹⁰⁸ fällt die *EFSSA* daher sowohl aus dem Anwendungsbereich des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG als auch des Art. 24 Abs. 1 GG. Ferner ist Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG nicht einschlägig, da keine Änderung der EU-Verträge oder eine ihr vergleichbare Regelung erfolgt.¹⁰⁹ Es gilt mithin die allgemeine Regel des gesamten grundgesetzlichen Maßstabs.

2. Kompetenzielle Fragen

Kompetenzielle Fragen betreffen die Begleitung der auswärtigen Gewalt. An dieser Stelle ist vorweg festzuhalten, dass sich im Kontext der Eurorettung die Notwendigkeit eines Gesetzes (*in concreto*: WFStG und StabMechG) bereits aus der Regelung des Art. 115 Abs. 1 GG ergibt.¹¹⁰ Die folgenden Erwägungen betreffen daher nicht die Gewährleistungsermächtigung nach Art. 115 Abs. 1 GG, sondern eine weitergehende parlamentarische Beteiligung an der Ausarbeitung der Verträge zur *EFSSA* oder der Konditionen der Griechenlandhilfe.

a) Allgemeine Erwägungen zu den Art. 23 Abs. 1, 59 Abs. 2 GG

Der Rechtsprechung des *BVerfG* zufolge gibt es keinen allgemeinen Parlamentsvorbehalt im Rahmen der auswärtigen Gewalt (aa)), sondern nur besonders begründete Ausnahmen (bb)).

aa) Kein allgemeiner Parlamentsvorbehalt im Rahmen der auswärtigen Gewalt

Die allgemeine Regelung für die Begleitung der auswärtigen Gewalt beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge ist in Art. 59 Abs. 2 GG enthalten. Nur in den von Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG zwei genannten Varianten ist ein Vertragsgesetz erforderlich; das heißt, nur in diesen Fällen werden der Bundestag und der Bundesrat beteiligt.¹¹¹ Diese Beteiligung bedeutet aber nicht, dass dem Gesetzgeber Gestaltungsmöglichkeiten zustehen wie etwa die Änderung des von der Bundesregierung ausgehandelten Vertrages oder gar dessen Aushandlung selbst; vielmehr kann er den Vertrag nur *nachträglich* im Ganzen ablehnen

¹⁰⁷ Callies, in: Pechstein, Integrationsverantwortung, 2012, S. 53 (78); Piecha (Fn. 86), S. 214 f.

¹⁰⁸ Streinz, in: Sachs (Fn. 38), Art. 23 Rn. 9; Uerpmann/Wittzack, in v. Münch/Kunig (Fn. 65), Art. 23 Rn. 2.

¹⁰⁹ Beim *ESM* könnte Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG allerdings einschlägig sein, Piecha (Fn. 86), S. 217 ff.

¹¹⁰ BT-Drucks. 17/1544 (S. 4.); Callies (Fn. 107), S. 78; Thym, Euro-Rettungsschirm: zwischenstaatliche Rechtskonstruktion und verfassungsgerichtliche Kontrolle, EuZW 2011, 167 (171).

¹¹¹ Sauer (Fn. 78), § 4 Rn. 32 f.; Schweitzer/Dederer (Fn. 100), Rn. 401.

oder billigen (vgl. § 82 Abs. 2 GOBT, sog. Ratifikationslage).¹¹²

Die Reichweite der Beteiligungserfordernisse nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ist im Detail jedoch ebenso unklar wie die Frage, ob sich nicht allgemein aus dem Demokratieprinzip ein Parlamentsvorbehalt ergibt.¹¹³ Ohne auf Einzelfragen oder Fallgruppen einzugehen, muss geklärt werden, inwiefern Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG Ausfluss des Demokratieprinzips ist und wie das Demokratieprinzip auf die Auslegung der Norm einwirkt. Neben weiteren Funktionen dient das Vertragsgesetz nämlich der parlamentarischen Kontrolle der Exekutive und vor allem der demokratischen Legitimation des Vertrages.¹¹⁴

Aus Sicht des *BVerfG* kommt die auswärtige Gewalt auf Grund der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. S. 2 GG) nur der Exekutive zu – vor allem, weil nur die Bundesregierung personell, sachlich und organisatorisch in der Lage sei, die die auswärtigen Angelegenheiten verantwortlich wahrzunehmen.¹¹⁵ In den Fällen des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bestehe ein „Entscheidungsverbund“ zwischen Bundesregierung und Parlament; diese Norm sei aber eine eng auszulegende Ausnahme, die keinen auf das Demokratieprinzip gestützten „allumfassenden Parlamentsvorbehalt“ zulasse.¹¹⁶ Zudem sei auch die Bundesregierung über ihre Wahl durch den Bundestag und dessen parlamentarische Kontrolle demokratisch legitimiert.¹¹⁷ Im Jahre 1984 führte das *BVerfG* daher noch aus, Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG habe durchaus den Sinn, dass der Bundestag langfristigen oder unauflösbaren völkerrechtlichen Bindungen zustimmen müsse; es verstoße allerdings dennoch nicht gegen das Demokratieprinzip, wenn solche Bindungen bisweilen auch ohne seine Zustimmung zustande kämen.¹¹⁸ Obwohl das *BVerfG* weiterhin am Ausnahmecharakter des Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG festhält und ihn eng auslegen möchte,¹¹⁹ zeigt es in einer Entscheidung jüngeren Da-

¹¹² BVerfGE 131, 152 (Rn. 93); *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 59 Rn. 147; *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 33a; *Henrich*, Das Bundesverfassungsgericht und die Verteidigung der Demokratie – Was kümmert mich meine Zustimmung von gestern?, NVwZ 2016, 668 (669).

¹¹³ BVerfGE 104, 151 (Rn. 138 ff.); *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 59 Rn. 119 ff.; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 59 Rn. 9 ff.; *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 29a, 33b ff.; *Schweitzer/Dederer* (Fn. 100), Rn. 364 ff.

¹¹⁴ BVerfGE 123, 267 (Rn. 242); 141, 1 (Rn. 53); *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 59 Rn. 22; *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 32; *Schweitzer/Dederer* (Fn. 100), Rn. 366; *Grzeszick*, Völkervertragsrecht in der parlamentarischen Demokratie, NVwZ 2016, 1753 (1754).

¹¹⁵ BVerfGE 131, 152 (Rn. 91).

¹¹⁶ BVerfGE 68, 1 (Rn. 131 ff.); 90, 286 (Ls. 7a, Rn. 257 ff.); 104, 151 (Rn. 156 ff.); 121, 135 (Rn. 71); 131, 152 (Rn. 89 ff.).

¹¹⁷ BVerfGE 68, 1 (Rn. 141); 131, 152 (Rn. 92).

¹¹⁸ BVerfGE 68, 1 (Rn. 140).

¹¹⁹ BVerfGE 131, 152 (Rn. 89 ff.).

tums eine gewisse Empfindlichkeit, wenn es um den Widerstreit zwischen langfristigen Bindungen und Demokratie geht.¹²⁰ Mittlerweile sprechen zudem gute Gründe gegen die klassische Ansicht, die auswärtige Gewalt sei grundsätzlich nur der Exekutive zugeordnet: Durch die zunehmende Verflechtung zwischenstaatlicher Bereiche stehen Außen- und Innenpolitik in einem ständigen Bezug, *de iure* und *de facto* muss die Innenpolitik immer häufiger internationalen Anforderungen entsprechen und kann sie bloß nachzeichnen, sodass im offenen Verfassungsstaat bereits die Abgrenzung von auswärtiger Gewalt und innenpolitischem Bereich nicht mehr strikt möglich ist.¹²¹ Im Lichte des Demokratieprinzips sollten sich die Standards der Parlamentsbeteiligung an der Außenpolitik den innenpolitischen Standards annähern.¹²²

Bei dieser Diskussion darf allerdings nicht vergessen werden, dass der Bundestag im parlamentarischen Regierungssystem der Bundesrepublik über zahlreiche Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf die Bundesregierung verfügt.¹²³

bb) Besondere Parlamentsvorbehalte im Rahmen der auswärtigen Gewalt

Nach Ansicht des *BVerfG* müssen weitergehende Beteiligungsrechte des Parlaments besonders begründet werden.¹²⁴ Insofern hat das *BVerfG* die Notwendigkeit der Zustimmung des Bundestages zum Einsatz der Bundeswehr aus einer Zusammenschau der Normen der Wehrverfassung gewonnen.¹²⁵ Ferner hat es im Rahmen der europäischen Integration Ausnahmen anerkannt.¹²⁶

Für den Fall der europäischen Integration ist die Spannung zwischen demokratisch gebotenen parlamentarischen Beteiligungs- und Mitwirkungsrechten einerseits und der auswärtigen Gewalt der Exekutive andererseits in Art. 23 Abs. 2 ff. GG, im EUZBBG, EUZBLG sowie im IntVG nunmehr positivrechtlich gelöst.¹²⁷ Hervorzuheben ist, dass diese Normen – anders als Art. 59 Abs. 2 GG – dem Gesetzgeber sogar eine Beteiligung im Vorfeld der Normsetzung zugestehen.¹²⁸

¹²⁰ BVerfGE 141, 1 (Rn. 53 ff.); *Grzeszick* (Fn. 114), S. 1754.

¹²¹ *v. Bogdandy* (Fn. 1), S. 857; *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 28; *Calliess*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts IV, 3. Aufl. 2006, § 83 Rn. 1 ff., 44; *Pieper*, in: BeckOK-GG (Fn. 37), Art. 59 Rn. 28 ff.

¹²² *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 28; *Pieper*, in: BeckOK-GG (Fn. 37), Art. 59, Rn. 28 ff.; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 65), Art. 20 Rn. 21.

¹²³ BVerfGE 104, 151 (Rn. 158); *Henrich* (Fn. 112), S. 670.

¹²⁴ *Calliess* (Fn. 121), § 83 Rn. 36 ff.; *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 29a.

¹²⁵ BVerfGE 90, 286 (Ls. 3 lit. a, 319 ff.); *Calliess* (Fn. 121), § 83 Rn. 39.

¹²⁶ BVerfGE 89, 155 (Rn. 104 ff.); 123, 267 (siehe nur Ls. 2a).

¹²⁷ BVerfGE 131, 152 (Rn. 94); *Sauer* (Fn. 78), § 4 Rn. 39 ff.

¹²⁸ *Calliess* (Fn. 107), S. 77.

b) *Subsumtion*

aa) Art. 23 Abs. 2 ff. GG

Unabhängig davon, ob die materiellen Grenzen des Art. 23 Abs. 1 GG einschlägig sind, können die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 2 GG vorliegen.¹²⁹ Die in Art. 23 Abs. 2 ff. GG geregelten Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte sind bei „Angelegenheiten der Europäischen Union“ zu beachten (Art. 23 Abs. 2 S. 1 GG). Fraglich ist, was darunter zu verstehen ist. Einerseits könnte man ein formelles Verständnis zu Grunde legen und insbesondere Rechtssetzungsakte der EU darunter fassen.¹³⁰ Darunter fallen die Griechenlandhilfe und die *EFSS SA* nicht, sodass nach dieser Ansicht keine Mitwirkungsrechte nach Art. 23 Abs. 2 ff. GG bestünden. Ein weitergehendes materielles Verständnis würde auf Angelegenheiten „in einem Ergänzungs- oder sonstigen besonderen Näheverhältnis“ zum EU-Recht abstellen.¹³¹ Zwar dienen die Griechenlandhilfe sowie die *EFSS SA* der Stabilisierung der Währungsunion, doch wurden die Kredite im Rahmen der EU nur informell koordiniert und letztlich bilateral vergeben.¹³² Die Kredite weisen den qualifizierten inhaltlichen Zusammenhang mithin nicht auf. Die *EFSS SA* ist schwieriger zu subsumieren, da sie eng mit EU-Organen zusammenarbeitet (vgl. nur Art. 2 Abs. 1, 9 Abs. 2 ff. EFSS-Rahmenvertrag) und gewiss auch EU-Recht berührt (Art. 125 AEUV, „*bail-out*-Verbot“).¹³³ Dennoch bleibt sie eine separate Einrichtung der Mitgliedsstaaten, die zudem eine nur privatrechtliche und überdies befristete Aktiengesellschaft mit „gewöhnlichen“ Finanzmarktaktivitäten ist.¹³⁴ Vor allem wurde für die *EFSS SA*, anders als für den *ESM*,¹³⁵ nicht das EU-Primärrecht geändert. Gewiss besteht ein Bezug zur EU, aber kein spezifischer oder qualifizierter Bezug zum Integrationsprogramm.¹³⁶ Mithin liegt auch nach dem materiellen Verständnis keine Angelegenheit der EU vor. Ungeachtet dessen, dass beide Ansichten zum gleichen Ergebnis führen, sprechen der offene Wortlaut („Angelegenheiten“), der

¹²⁹ *Calliess* (Fn. 107), S. 79; *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 23 Rn. 147. EUZBBG: Gesetz über die Zusammenarbeit von Bundesregierung und Deutschem Bundestag in Angelegenheiten der Europäischen Union; EUZBLG: Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union; IntVG: Integrationsverantwortungsgesetz.

¹³⁰ *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 23 Rn. 106.

¹³¹ Zitiert nach BVerfGE 131, 152 (I. S. 1, Rn. 100 f.); *Uerpman/Wittzack*, in v. Münch/Kunig (Fn. 65), Art. 23 Rn. 70; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 23 Rn. 47; *Piecha* (Fn. 86), S. 225 ff.; *Calliess* (Fn. 107), S. 79.

¹³² *Piecha* (Fn. 86), S. 230 f.

¹³³ *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 44. EL 2011, Art. 125 Rn. 14 ff.; vgl. *Calliess* (Fn. 107), S. 79 f.

¹³⁴ *Piecha* (Fn. 86), S. 231 f.

¹³⁵ Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3.2011, 2011/199/EU.

¹³⁶ *Piecha* (Fn. 86), S. 231 f.

Vergleich mit der weiten Zielrichtung des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und auch historische Argumente für das materielle Verständnis.¹³⁷

bb) Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

Die allgemeinste Norm zur Beteiligung des Bundestages räumt ihm zugleich die geringsten Befugnisse ein. So beteiligt Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG den Gesetzgeber zwar nicht an den Vertragsverhandlungen, aber zumindest nachträglich durch ein Vertragsgesetz. Daher versuchte die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen vergeblich, ein ausdrücklich auf Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG basierendes Zustimmungsgesetz zum EFSF-Rahmenvertrag zu erreichen.¹³⁸ Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG bezieht sich allerdings klar nur auf völkerrechtliche Verträge, er erfasst keine privatrechtlichen Verträge.¹³⁹ Der privatrechtliche¹⁴⁰ EFSF-Rahmenvertrag fällt demgemäß – anders als der ESM-Vertrag – nicht unter diese Norm. Auch wenn es ein völkerrechtlicher Vertrag wäre, dürfte er angesichts seiner bloß technischen Natur weder unter Art. 59 Abs. 2 S. 1 Var. 1 noch Var. 2 GG fallen.¹⁴¹ Es gelten vielmehr die allgemeinen Zuständigkeitsregeln.¹⁴²

3. Zwischenergebnis

Keine der obigen Regelungen des Grundgesetzes kann eine parlamentarische Beteiligung an der Ausarbeitung der Griechenlandhilfe oder der Verträge zur *EFSSA* begründen. Einzig Art. 115 Abs. 1 GG ist einschlägig. Dieser verlangt als parlamentarische Beteiligung aber nur ein Gesetz zur Ermächtigung der Übernahme der Gewährleistungen. Inhaltlich setzt er lediglich die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit der Höhe der Gewährleistungsermächtigung voraus. Die in Rede stehenden Summen und die Tragweite der *EFSSA* verlangen aber nach einer stärkeren demokratischen Legitimation.¹⁴³ Entsprechend leitete das *BVerfG* Grenzen aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG ab, die Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen sind.

¹³⁷ Näher: BVerfGE 131, 152 (Rn. 99 ff.).

¹³⁸ BT-Drucks. 17/2412; In der Verfassungsbeschwerde v. 21.5.10 wurde ein solches Vertragsgesetz mit Blick auf den Ratsbeschluss v. 9.5.2010 gefordert (Verfassungsbeschwerde in *Murswiek* (Fn. 52), S. 85).

¹³⁹ *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 59 Rn. 39; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 59 Rn. 4.

¹⁴⁰ Siehe Fn. 86.

¹⁴¹ *Thym* (Fn. 110), S. 171; kritisch zum ESM-Vertrag: *Calliess* (Fn. 29), S. 3; vgl. BT-Drucks. 17/2569, S. 3.

¹⁴² *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 59 Rn. 39.

¹⁴³ *Kube* (Fn. 104), S. 215 f.; *Sauer* (Fn. 78), § 9 Rn. 45 f.

III. Maßgeblichkeit des Art. 38 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GG

Zuvor jedoch bietet sich ein kursorischer Blick auf die verfassungsgerichtliche Kontrollpraxis der auswärtigen Gewalt an, um die politischen Zwänge, denen das *BVerfG* beim Erlass der Urteile zur Eurorettung unterlag, vor Augen zu führen. Das *BVerfG* gesteht der Exekutive im Rahmen der auswärtigen Gewalt einen großen Entscheidungsspielraum zu, da etwa der Inhalt von Verträgen nicht einseitig von Deutschland bestimmt werden kann.¹⁴⁴ Im Gegenzug sind allerdings auch alle Akte der auswärtigen Gewalt justiziabel (Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG);¹⁴⁵ anders als im Ausland gibt es keine injustiziablen Akte der auswärtigen Gewalt (z.B. Frankreich: *actes de gouvernement externes*)¹⁴⁶. Zudem ist das *BVerfG* nicht davor gefeit, die politische Reichweite seiner Entscheidung beachten zu müssen: Eine Entscheidung, die einen Akt auswärtiger Gewalt für verfassungswidrig erklärte, würde das Ende einer zwischenstaatlichen Übereinkunft bedeuten, welche oft das Ergebnis fein austarierter Kompromisse nach langen Verhandlungen ist.¹⁴⁷ Es ist zu bezweifeln, dass das *BVerfG* für das Scheitern solcher Übereinkünfte verantwortlich sein möchte. Entsprechend wird es eher geneigt sein, seine Kompetenzen nicht völlig auszureizen und stattdessen Akte der auswärtigen Gewalt eher nicht als verfassungswidrig zu beurteilen.¹⁴⁸ Gerade im Rahmen der Eurokrise war es deshalb eine Herausforderung für das *BVerfG*, politisch sehr bedeutsame und aufgeheizte Sachverhalte aus rein rechtlicher Sicht zu beurteilen.¹⁴⁹

Wie es in dieser Lage einen Maßstab entwickelt hat, soll nun dargestellt werden. Im ersten Urteil war Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (1.) im zweiten Urteil Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG (2.) maßgeblich.

1. Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als Maßstab der EFSF-Entscheidung

Dem ersten Urteil vom 7.9.2011 (im Folgenden: EFSF-Urteil, *EFSF*) lagen mehrere Verfassungsbeschwerden zu Grunde.

¹⁴⁴ BVerfGE 55, 349 (Rn. 35 ff.); *Vofskuhle*, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, 1329 (1332); *Butzer/Haas*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Fn. 69), Art. 59 Rn. 110.

¹⁴⁵ *Vofskuhle* (Fn. 144), S. 1332; *Nettesheim*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 59 Rn. 233 ff.

¹⁴⁶ Vgl. « *la décision attaquée n'est pas détachable de la conduite des relations internationales de la France et échappe, par suite, à tout contrôle juridictionnel* » (Conseil d'État, Assemblée, 29.9.95, n° 171277).

¹⁴⁷ *Schönberger* (Fn. 5), S. 536 f.

¹⁴⁸ *Ebd.*, S. 537 f.

¹⁴⁹ *Vofskuhle* (Fn. 144), S. 1332; siehe auch Eröffnungsstatement v. 5.7.11 in *Murswiek* (Fn. 52), S. 220 ff.

Zu den Beschwerdegegenständen muss Folgendes gesagt werden: Neben ur-eigenen verfassungsrechtlichen Fragen sind einige unionsrechtliche Probleme über die vom *BVerfG* in Anspruch genommene Identitäts- und *Ultra-vires*-Kontrolle mit dem Verfassungsrecht verflochten.¹⁵⁰ Entsprechend griffen die Beschwerdeführer nicht nur das WFStG und das StabMechG an, sondern auch Akte deutscher Staatsorgane im Rahmen der EU wie die Mitwirkung am Erlass von EU-Verordnungen sowie Akte der EU selbst.¹⁵¹ Das *BVerfG* lehnte beides als tauglichen Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde ab. Hinsichtlich der Akte deutscher Staatsorgane im Rahmen der EU bewegte es sich auf der Linie seiner vorherigen Rechtsprechung.¹⁵² Die Ablehnung von Akten der EU als taugliche Beschwerdegegenstände erfolgte jedoch mit einer enigmatischen¹⁵³ Formulierung, die erst im OMT-Urteil¹⁵⁴ eindeutig als Rechtsprechungsänderung zu identifizieren war.¹⁵⁵ In jedem Fall vermied das *BVerfG* so eine Befassung mit europarechtlichen Problemen und behandelte nur verfassungsrechtliche Fragen.¹⁵⁶

Hinsichtlich der Beschwerdebefugnis muss der Beschwerdeführer gemäß Art. 93 I Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG geltend machen, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein; er muss neben der gegenwärtigen, unmittelbaren und Selbstbetroffenheit die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung substantiiert vortragen.¹⁵⁷ Die Beschwerdeführer machten die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 GG (als Grundrecht auf Preisstabilität) und Art. 2 Abs. 1 GG sowie des grundrechtsgleichen Rechts aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG geltend.¹⁵⁸ Die Verfassungsbeschwerden, die sich auf die Verletzung der Rechte aus Art. 14 Abs. 1 GG und 2 Abs. 1 GG stüt-

¹⁵⁰ *Murswiek* (Fn. 52), S. 32.

¹⁵¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 32 ff.); Verfassungsbeschwerde in *Murswiek* (Fn. 52), S. 78 f.

¹⁵² BVerfGK 2, 75 (Rn. 2); BVerfGE 129, 124 (Rn. 114 f.).

¹⁵³ BVerfGE 129, 124 (Rn. 116). Der Verweis auf *Maastricht* sorgte für Verwirrung: *Thym*, Anmerkung zu BVerfG, Urteil v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10, 1485/10, 1099/10, JZ 2011, 1011 (1011); *Ruffert* (Fn. 66), S. 847; gegen Rechtsprechungsänderung: *Petersek*, in: Becker/Lange, Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts III, 2014, S. 553 (558 ff.).

¹⁵⁴ BVerfGE 142, 123 ff.

¹⁵⁵ BVerfGE 89, 155 (Rn. 70) und BVerfGK 17, 266 (Rn. 13) ggü. BVerfGE 142, 123 (Rn. 97).

¹⁵⁶ *Thym* (Fn. 153), S. 1014; *Piecha*, Entscheidungsbesprechung – Griechenland-Soforthilfe und Euro-Rettungsschirm, ZJS 2011, 544 (545, 547).

¹⁵⁷ BVerfGE 89, 155 (Rn. 59); *Epping*, Grundrechte, 7. Aufl. 2017, Rn. 178; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 93 Rn. 88.

¹⁵⁸ BVerfGE 129, 124 (Rn. 32, 39).

zten, scheiterten bereits in der Zulässigkeit.¹⁵⁹

Die Verfassungsbeschwerde, die sich auf das Recht aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG stützte, war hingegen zulässig. Wenngleich es gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG zu den grundrechtsgleichen Rechten zählt, deren Verletzung gerügt werden kann, wurde das in Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG verankerte Wahlrecht traditionell bloß als subjektives Recht des Einzelnen verstanden, an einer die Wahlrechtsgrundsätze einhaltenden Bundestagswahl teilzunehmen.¹⁶⁰ Bei diesem traditionellem Verständnis steht der formale Akt der Stimmabgabe im Vordergrund.¹⁶¹ So aufgefasst war eine Verletzung dieses Rechts jedenfalls durch die angegriffenen Akte nicht möglich. Da Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG allerdings im Zusammenhang mit dem Demokratieprinzip steht, weil es dieses konkretisiert,¹⁶² legte das BVerfG mit der Maastricht-Entscheidung den Grundstein einer ständigen Rechtsprechung¹⁶³ für ein breiteres Verständnis des Rechts aus Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG (a). Die EFSF-Entscheidung konturierte dessen Inhalt näher (b).

a) Herleitung des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als „Anspruch auf Demokratie“

In *Maastricht* führt das BVerfG aus, dass sich Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nicht nur oben beschriebenes Wahlrecht i.e.S. entnehmen lasse, sondern auch das Recht, durch die Wahl „an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen.“¹⁶⁴

Das BVerfG hat damit das klassischerweise rein formell wahrgenommene Wahlrecht um eine materielle Dimension angereichert sowie gleichzeitig der materiellen Dimension, die ursprünglich eine bloß *objektiv-rechtliche* war, über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG eine *subjektive* hinzugefügt.¹⁶⁵ Prägnant spricht das BVerfG seit der ESM-Entscheidung von einem „Anspruch auf Demokratie“.¹⁶⁶ Das Maastricht-Urteil bestimmt den genauen materiellen Inhalt des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG nur für den Bereich des Art. 23 Abs. 1 GG und lässt ihn für andere Konstellationen ausdrücklich offen: Im Bereich des Art. 23 Abs. 1 GG bestimme Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG den Inhalt des Art. 38 Abs. 1

¹⁵⁹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 110 ff.)

¹⁶⁰ Gassner, Kreation und Repräsentation – Zum demokratischen Gewährleistungsgehalt von Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, *Der Staat* 34 (1995), 429 (431 f.).

¹⁶¹ *Ebd.*, S. 432.

¹⁶² BVerfGE 44, 125 (Rn. 45); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 20 II Rn. 13; Gassner (Fn. 160), S. 431.

¹⁶³ BVerfGE 89, 155 (Rn. 61); 123, 267 (Rn. 174); 129, 124 (Rn. 98); 142, 123 (Rn. 81).

¹⁶⁴ BVerfGE 89, 155 (Rn. 61).

¹⁶⁵ BVerfGE 123, 267 (Rn. 177, 210); Gassner (Fn. 160), S. 433 f.

¹⁶⁶ BVerfGE 135, 317 (Rn. 125); 142, 123 (Rn. 133, 147).

S. 1 GG.¹⁶⁷

b) Konturierung des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als „Anspruch auf Demokratie“

Vor EFSF war unklar, ob der so ausgelegte Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG überhaupt Anwendung auf andere Situationen als diejenige des Art. 23 Abs. 1 GG finden konnte.¹⁶⁸ Im EFSF-Urteil bejaht das BVerfG dies.¹⁶⁹ Die Möglichkeiten der Verletzungen des „Anspruchs auf Demokratie“ beschränken sich auch nicht auf bestimmte Fallgruppen.¹⁷⁰

Zweitens konkretisiert das Gericht in EFSF den Inhalt des „Anspruchs auf Demokratie“ für diese anderen Situationen; er umfasse „[...] die Grundsätze des Demokratiegebots im Sinne von Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG, die Art. 79 Abs. 3 GG als Identität der Verfassung garantiert.“¹⁷¹ Das BVerfG unterscheidet damit nicht zwischen dem einfachen Gesetzgeber (hier über das WfstG und StabMechG) und dem verfassungsändernden Gesetzgeber (Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG). Es verwirft somit die denkbare Alternative¹⁷², dass sich der einfache Gesetzgeber am gesamten Maßstab des Demokratieprinzips messen lassen muss und nicht nur an dem von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kern des Demokratieprinzips. In der Folge besteht ein Unterschied zwischen der subjektiv-rechtlichen Rügefähigkeit des Demokratieprinzips und seiner umfassenden objektiv-rechtlichen Ausprägung. Eine Erklärung liefert das BVerfG dafür nicht direkt, sie kann auch losgelöst vom europäischen Kontext nicht in Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG gesehen werden.¹⁷³ Allerdings klingt sie darin an, dass das BVerfG seine Konstruktion des Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG als Ausnahme auffasst, die „grundsätzlich keine Beschwerdebefugnis gegen Parlamentsbeschlüsse“ verleihe.¹⁷⁴ Die Beschwerdebefugnis über Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG liegt mithin nicht vor, wenn es um die Kontrolle demokratischer Prozesse geht; der „Anspruch auf Demokratie“ verleiht nur Beschwerdebefugnis, wenn es um die Ermöglichung demokratischer

¹⁶⁷ BVerfGE 89, 155 (Rn. 62).

¹⁶⁸ Dies verneinend: Bundestag bzw. Bundesregierung in BVerfGE 129, 124 (Rn. 61 bzw. 71); dies bejahend: Gassner (Fn. 160), S. 433.

¹⁶⁹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 98, 103).

¹⁷⁰ Vgl. BVerfGE 135, 317 (Rn. 161, „insbesondere“); Murswiek, Art. 38 GG als Grundlage eines Rechts auf Achtung des unabänderlichen Verfassungskerns, JZ 2010, 702 (704).

¹⁷¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 120); bestätigt (außer für *ultra-vires*) in BVerfGE 135, 317 (Rn. 125).

¹⁷² Verfassungsbeschwerde in Murswiek (Fn. 52), S. 71 f.

¹⁷³ Nettesheim, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz, EuR 2011, 765 (769); Kube (Fn. 104), S. 209.

¹⁷⁴ BVerfGE 129, 124 (Rn. 99); Calliess, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 24 Rn. 146.

Prozesse geht.¹⁷⁵ Formelle demokratische Fragen berühren zwar mitunter den Kern des Demokratieprinzips, sind aber nicht rügefähig.¹⁷⁶ Erfasst ist also nur das Recht auf „Gewährleistung wirksamer Volksherrschaft“.¹⁷⁷

In der Rechtsprechung des *BVerfG* kamen bereits einige rügefähige Konstellationen vor. Im Rahmen der Begründung internationaler Zahlungspflichten ist der Schutz vor Entleerung des Wahlrechts durch Aushöhlung der Kompetenzen des Bundestages von Belang.¹⁷⁸ Mit dem EFSF-Urteil präzisierte das *BVerfG* diese Konstellation durch neue budgetäre Unterkategorien¹⁷⁹.

2. Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als Maßstab der Sondergremium-Entscheidung

Dem Urteil vom 28.2.2012 (im Folgenden: Sondergremium-Urteil, *Sondergremium*) lag ein Organstreit (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, §§ 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG) mit mehreren Bundestagsabgeordneten als Antragsstellern zu Grunde. Die Antragssteller machten eine Verletzung ihres Rechts aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG durch §§ 3 Abs. 3, 5 Abs. 7 StabMechG geltend.¹⁸⁰ Sie bezogen sich dabei auf das StabMechG in seiner Fassung vom 14.10.2011:

Denn nach dem EFSF-Urteil war das StabMechG zu besagtem Datum geändert worden,¹⁸¹ um die beabsichtigte Fortentwicklung der *EFSF SA* nachzuvollziehen.¹⁸² In den §§ 2–5 wurden ausdifferenzierte Regelungen zur Beteiligung des Bundestages, des Haushaltsausschusses und eines Sondergremiums eingefügt. Die angegriffenen Normen wiesen die Beteiligungsrechte (§ 3 Abs. 3 StabMechG) und Unterrichtsrechte (§ 5 Abs. 7 StabMechG) des Bundestages in Fällen besonderer Eilbedürftigkeit und/oder Vertraulichkeit einem Sondergremium zu. Dieses Sondergremium sollte aus der kleinstmöglichen Anzahl an Mitgliedern des Haushaltsausschusses zusammengesetzt sein, bei der jede Fraktion zumindest ein Mitglied benennen kann und die Mehrheitsverhältnisse gewahrt bleiben (§ 3 Abs. 3 S. 2 StabMechG). Zur Zeit des Urteils bestand das Sondergremium aus neun¹⁸³ Mitgliedern, in der 18.

¹⁷⁵ BVerfGE 129, 124 (Rn. 99); BVerfGK 20, 293 (Rn. 25); *Peterek* (Fn. 153), S. 565.

¹⁷⁶ BVerfGE 135, 317 (Rn. 125 ff.); BVerfGK 20, 293 (Rn. 23 ff.); *Peterek* (Fn. 153), S. 568.

¹⁷⁷ BVerfGE 129, 124 (Rn. 98).

¹⁷⁸ BVerfGE 123, 267 (Rn. 173); 129, 124 (Rn. 102).

¹⁷⁹ BVerfGK 20, 293 (Rn. 25).

¹⁸⁰ BVerfGE 130, 318 (Rn. 1 ff.).

¹⁸¹ BGBl. I 2011, S. 1992.

¹⁸² Im Folgenden: BVerfGE 130, 318 (Rn. 18 f.); *Haratsch/Koenig/Pechstein* (Fn. 81), Rn. 1318.

¹⁸³ BVerfGE 130, 318 (Rn. 146).

Wahlperiode aus sieben¹⁸⁴ Mitgliedern. Der Hauptsacheentscheidung ging eine einstweilige Anordnung voraus, die die Wahrnehmung der Beteiligungsrechte des Sondergremiums nach § 3 Abs. 3 StabMechG bis zur Hauptsacheentscheidung aussetzte.¹⁸⁵

Das *BVerfG* leitete einen Maßstab aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG her (*a*)), dessen Inhalt näher zu besprechen ist (*b*)).

a) Herleitung des Statusrechts der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG

Im Grundsatz repräsentiert nur der Bundestag als Ganzes das deutsche Volk, da der Bundestag – und nicht der einzelne Abgeordnete – als besonderes gewähltes Organ i.S.d. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG die vom Volk ausgehende Staatsgewalt ausübt.¹⁸⁶ Wenn nur die Gesamtheit der Abgeordneten das deutsche Volk repräsentiert, müssen den Abgeordneten denknötwendig grundsätzlich die gleichen Rechte und Pflichten zukommen; grundsätzlich müssen alle Abgeordneten an den Entscheidungen des Bundestages beteiligt sein.¹⁸⁷ Aus den Art. 38 Abs. 1 S. 2, 77 Abs. 1 S. 1, 110 Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich insbesondere das Recht darauf, den Haushaltsplan beeinflussen zu können.¹⁸⁸ Diese in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG enthaltene Rechtsstellung ist mithin untrennbar mit dem Demokratieprinzip und der Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) verbunden.¹⁸⁹

Auf letzteren Punkt ist genauer einzugehen, da sich aufschlussreiche Parallelen zwischen Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG und Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG ergeben: Der Wähler kann sich dagegen wehren, dass sein Wahlrecht durch Verlagerung von Aufgaben und Befugnissen des Bundestages entleert wird.¹⁹⁰ In einer repräsentativen Demokratie muss sich dieses Recht in ein gleich gelagertes Abwehrrecht der Abgeordneten fortsetzen, damit alle Abgeordneten, die nur in ihrer Gesamtheit das deutsche Volk repräsentieren, ihren politischen Gestaltungsauftrag der Wähler wahrnehmen können.¹⁹¹ Der vollständige Entzug der Abgeordnetenrechte in ihrem Kern ist deshalb unzulässig.¹⁹² Für Eingriffe unterhalb dieser

¹⁸⁴ BT-Drucks. 18/378.

¹⁸⁵ BVerfGE 129, 284 ff.

¹⁸⁶ BVerfGE 130, 318 (Rn. 101 f.); *Magiera*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 38 Rn. 4.

¹⁸⁷ BVerfGE 130, 318 (Rn. 103, 119); *Trute*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 65), Art. 38 Rn. 78.

¹⁸⁸ BVerfGE 130, 318 (Rn. 113).

¹⁸⁹ Ebd., Rn. 124; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 38 Rn. 41.

¹⁹⁰ Formulierung nach BVerfGE 89, 155 (Rn. 91).

¹⁹¹ *Moench/Ruttloff*, Verfassungsrechtliche Grenzen für die Delegation parlamentarischer Entscheidungsbefugnisse, DVBl 2012, 1261 (1262); *Piecha* (Fn. 86), S. 234.

¹⁹² BVerfGE 130, 318 (Rn. 119); *Moench/Ruttloff* (Fn. 191), S. 1264.

Schwelle möchte das *BVerfG* ausdrücklich die Dogmatik zur Wahlrechtsgleichheit (Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG) angewandt sehen.¹⁹³

b) *Inhalt des Statusrechts der Abgeordneten aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG*

Die Übertragung von plenareretzenden Entscheidungsbefugnissen auf ein Sondergremium schließt die sich nicht darin befindlichen Abgeordneten aus. Insofern ist eine solche Übertragung eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahmesituation, sofern die Ausschüsse nicht selbst im Grundgesetz vorgesehen sind.¹⁹⁴ Nur kollidierendes Verfassungsrecht kann eine taugliche Schranke für die grundsätzliche Gleichheit der Abgeordneten darstellen. Je tiefer der Eingriff in die Abgeordnetenrechte und je kleiner das Gremium ist, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung.¹⁹⁵ Die Geschäftsordnungsautonomie aus Art. 40 Abs. S. 2 GG ist zwar das richtige Werkzeug, um Ausschüsse einzurichten; sie ist aber kein tauglicher Rechtfertigungsgrund.¹⁹⁶

IV. Die demokratisch gebotenen Grenzen der Begründung internationaler Zahlungspflichten

Diese Maßstäbe müssen nun – unter Einbeziehung der im ersten Teil hervorgehobenen Herausforderungen und Anforderungen – auf die Griechenlandhilfe und die *EFSF SA* angewandt werden. Es ist daran zu erinnern, dass für die Übernahme von Gewährleistungen gemäß Art. 115 Abs. 1 GG ein Gesetz erforderlich ist. Ein solches Gesetz vermittelt demokratische Legitimation, jedoch kann es inhaltlich dem Demokratieprinzip widersprechen.¹⁹⁷ Um die sich ergebenden materiellen (1.) und kompetenziellen (2.) Fragen beantworten zu können, sollen Verbote und Gebote aufgestellt werden. Sie sind den beiden zu besprechenden Entscheidungen nicht unmittelbar zu entnehmen; sie werden erst in späteren Urteilen detaillierter entwickelt.¹⁹⁸

1. Materielle Fragen

Wie bereits erwähnt, zählt das *BVerfG* das parlamentarische Budgetrecht seit *Lissabon* zu den von Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG absolut

¹⁹³ BVerfGE 130, 318 (Rn. 124); *Moench/Ruttloff* (Fn. 191), S. 1262.

¹⁹⁴ BVerfGE 130, 318 (Rn. 119, 124); *Nettesheim* (Fn. 29), S. 1410 f.; *Diehm* (Fn. 38), S. 549.

¹⁹⁵ BVerfGE 130, 318 (Rn. 114, 119, 124, 128).

¹⁹⁶ Ebd., Rn. 113 ff., 119; *Sachs*, Staatsorganisationsrecht: Haushaltspolitische Gesamtverantwortung des gesamten Deutschen Bundestags, JuS 2012, 955 (956); *Moench/Ruttloff* (Fn. 191), S. 1263.

¹⁹⁷ *Murswiek* (Fn. 52), S. 36.

¹⁹⁸ *Nettesheim* (Fn. 173), S. 772; vgl. insb. BVerfGE 129, 124 ff. mit BVerfGE 135, 317 ff.

geschützten Bereichen des Demokratieprinzips.¹⁹⁹ Demnach ist die Übertragung des Budgetrechts absolut ausgeschlossen, „wenn die Festlegung über die Art und Höhe der den Bürger treffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert und damit der Dispositionsbefugnis des Bundestages entzogen würde.“²⁰⁰ Diese rote Linie des Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG ist allerdings nicht erst bei der formalen vollständigen Übertragung des parlamentarischen Budgetrechts überschritten; zu ihrer Überschreitung bedarf es weniger.²⁰¹ Den Situationen, die sich der roten Linie nähern, ist gemeinsam, dass sie Gefahr laufen, in ihren Auswirkungen einer Übertragung von solchen Hoheitsrechten gleichzukommen.²⁰² Indem die hier zu besprechenden Entscheidungen diese Situationen näher umschreiben, tragen sie zur weiteren Konkretisierung des der Integration absolut entzogenen Bereichs bei, die mit dem Lissabon-Urteil angestoßen wurde.²⁰³ Im Einzelnen müssen quantitative (a) von qualitativen Grenzen (b) unterschieden werden.²⁰⁴

a) Quantitative Grenzen

Das greifbarste Problem der Eurorettung waren die immensen Summen, die auf dem Spiel standen. So müsste die Bundesrepublik im Rahmen der *EFSS SA* für bis zu 147,6 Mrd. € (und später 211 Mrd. €) sowie im Rahmen der Griechenlandhilfe für 22,4 Mrd. € haften. Die Haftungshöchstsumme für die Griechenlandhilfe und die *EFSS SA* übertrifft damit insgesamt die Hälfte des Bundeshaushalts des Jahres 2017.²⁰⁵

Um die Bedeutung dieser Summen abschätzen zu können, ist die Funktionsweise von Gewährleistungsermächtigungen in Erinnerung zu rufen: Sie sind Eventualverbindlichkeiten, die in Zukunft eingelöst werden können, aber nicht müssen.²⁰⁶ Insoweit besteht beispielsweise ein Unterschied zwischen der *EFSS SA* und dem *ESM*, da sich letzterer v.a. über Stammkapital der Staaten

¹⁹⁹ Siehe oben **B. II. 1. b)**

²⁰⁰ BVerfGE 129, 124 (Rn. 126).

²⁰¹ *Diehm* (Fn. 38), S. 537.

²⁰² BVerfGE 129, 124 (Rn. 107).

²⁰³ *Nettesheim*, in: Pechstein, Integrationsverantwortung, 2012, S. 11 (17).

²⁰⁴ *Kube* (Fn. 104), S. 210.

²⁰⁵ Das Volumen beträgt rund 329 Mrd. € gemäß § 1 Abs. 1 Haushaltsgesetz 2017 (BGBl. I 2017, S. 3016 ff.); Die Verfassungsbeschwerde stellte dasselbe im Vergleich mit dem Bundeshaushalt des Jahres 2009 fest: Verfassungsbeschwerde in *Murswiek* (Fn. 52), S. 84. Über die aktuellen Zahlen zu den Programmen der *EFSS SA* informiert das Bundesministerium der Finanzen auf seiner Webseite: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Europa/Stabilisierung_des_Euro/europaeische-finanzhilfen-efsf-efsm.html (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

²⁰⁶ *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 115 Rn. 17.

finanziert, das zum Teil bereits eingezahlt wurde.²⁰⁷

Zunächst ist festzustellen, dass Art. 115 Abs. 1 GG für Gewährleistungen keine Obergrenze vorsieht – anders als es die Schuldenbremse in Art. 109 Abs. 3, 115 Abs. 2 GG für Kredite tut.²⁰⁸ Ob daher die Schuldenbremse womöglich ungeschriebene Grenzen für Gewährleistungen enthält, ist eine Frage, mit der sich das *BVerfG* in *EFStF* aber nicht befasst.²⁰⁹ Vielmehr geht es auf die Frage ein, ob die auf Art. 115 Abs. 1 GG gestützten § 1 Abs. 1 S. 1 WFStG und § 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 6 StabMechG (a.F.) mit dem Demokratieprinzip vereinbar sind. In diesem Hinsicht legt das *BVerfG* aber weder ein relatives (etwa im Verhältnis zu den Haushaltsposten oder dem BIP)²¹⁰ noch absolutes Limit fest, sondern spricht von „eine[r] evidente[n] Überschreitung von äußersten Grenzen“.²¹¹ Diese evidente Grenzüberschreitung sei der Fall, wenn sich ein Haftungsfall so auswirkte, „dass die Haushaltsautonomie jedenfalls für einen nennenswerten Zeitraum nicht nur eingeschränkt würde, sondern praktisch vollständig leerliefe.“²¹² Zusätzlich gesteht es dem Gesetzgeber einen Einschätzungsspielraum bezüglich der Wahrscheinlichkeit des Haftungsfalles sowie bezüglich der wirtschaftlichen Tragfähigkeit des Bundeshaushalts und der Bundesrepublik zu.²¹³ Vorliegend seien diese Grenzen nicht überschritten worden.²¹⁴

Einerseits spricht viel für den dem Gesetzgeber so überlassenen Handlungsspielraum und die damit bewahrte Haushaltsautonomie. Denn der gegenwärtige Gesetzgeber verliert an Haushaltsautonomie, wenn er sich zu Gunsten eines nachfolgenden einschränkt.²¹⁵ In seinem späteren ESM-Urteil verneint das *BVerfG* aber eine Grenzüberschreitung auch durch alle Eurorettungsmaßnahmen *zusammengenommen*,²¹⁶ sodass sich die Frage stellt, ob die vom *BVerfG* gezogenen Grenzen rein theoretisch sind.²¹⁷ Dies gilt umso mehr, als die vom *BVerfG* verwendeten Kriterien äußerst unbestimmt sind und viel Spielraum für Einzelfallentscheidungen lassen.²¹⁸ Nähme das *BVerfG* hingegen eine strenge Kontrolle vor, unterläge es selbst den immensen Unsicherheiten finanzpolitischer Prognosen und überschritte v.a. die Trennlinie zwischen der ihm

²⁰⁷ *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 115 Rn. 13, 19.

²⁰⁸ BVerfGE 129, 124 (Rn. 131).

²⁰⁹ *Piecha* (Fn. 156), S. 548; *Kube/Reimer* (Fn. 60), 1915 f.

²¹⁰ Verfassungsbeschwerde in *Murswiek* (Fn. 52), S. 84; *Kube* (Fn. 104), S. 217.

²¹¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 131, Orientierungssatz 5a).

²¹² Ebd., Rn. 135, Orientierungssatz 5c.

²¹³ Ebd., Rn. 132, Orientierungssatz 5b.

²¹⁴ Ebd., Rn. 135.

²¹⁵ Vgl. **B. II. 2.**

²¹⁶ BVerfGE 135, 217 (Rn. 185).

²¹⁷ *Murswiek* (Fn. 52), S. 49.

²¹⁸ *Nettesheim* (Fn. 173), S. 776.

zustehenden rechtlichen und der ihm nicht zustehenden politischen Würdigung.²¹⁹ Gewährleistungen zeichnen sich im Gegensatz zu Zahlungspflichten eben durch die Unsicherheit ihrer Inanspruchnahme aus²²⁰ – für solche finanzwirtschaftlichen Einschätzungen lässt sich an Hand der Ewigkeitsklausel schwerlich ein Maßstab entwickeln.²²¹

b) Qualitative Grenzen

In qualitativer Hinsicht gibt es zwei Verbote (aa) und (bb)), die sich ähneln. Beide möchten sicherstellen, dass die Kette demokratischer Legitimation niemals abreißt; jede Ausgabenentscheidung muss sich noch als Entscheidung des Deutschen Volkes, repräsentiert durch den Bundestag, darstellen.²²²

aa) Das Verbot der Beteiligung an Haftungsautomatismen

Um gegen Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG zu verstoßen, genügt es, einem Haftungsautomatismus beizutreten. Mit diesem Verbot der Beteiligung an Haftungsautomatismen ist gemeint, dass die Bundesrepublik keiner Einrichtung zustimmen darf, die sich dergestalt autonom weiterentwickelt, dass sie der Bundesrepublik in von ihr nicht begrenzbarer oder kontrollierbarer Weise Verbindlichkeiten auferlegen kann. Denn auf diese Weise hätte die Bundesrepublik ihre Haushaltshoheit faktisch übertragen.²²³ Ein Haftungsautomatismus könnte etwa beim Fehlen einer Obergrenze oder unabsehbaren Zahlungspflichten gegeben sein und ist höchst problematisch bei der Unwiderruflichkeit der Zustimmung.²²⁴ Im vorliegenden Fall würden laut *BVerfG* u.a. die Regelungen der europäischen Währungsunion in den europäischen Verträgen sicherstellen, dass es zu keinem Haftungsautomatismus komme.²²⁵

bb) Das Verbot der Haftung für fremde Entscheidungen

Selbst wenn eine Haftungsobergrenze festgelegt wurde und die Rettungseinrichtung kontrollierbar ist, kann ein anderer Verstoß gegen Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG gegeben sein. Es dürfen nämlich auch keine internationalen Mechanismen begründet werden, „die auf eine Haftungsübernahme für Willensentscheidungen anderer Staaten hinauslaufen“.²²⁶ Die Festlegung der Entstehung, Höhe und Fälligkeit der einzelnen Zahlungspflicht müssen in der

²¹⁹ *Vofskuhle* (Fn. 144), S. 1332; *Diehm* (Fn. 38), S. 541 f.

²²⁰ „Bürgschaft ist noch keine Zahlung.“, *Müller-Graff* (Fn. 86), S. 295.

²²¹ *Kube* (Fn. 104), S. 217; *Thym* (Fn. 153), S. 1014; vgl. *Müller-Graff* (Fn. 86), S. 297.

²²² *BVerfGE* 135, 317 (Rn. 190); *Diehm* (Fn. 38), S. 537 f.

²²³ *BVerfGE* 129, 124 (Rn. 127, 137); *Diehm* (Fn. 38), S. 537.

²²⁴ *BVerfGE* 135, 317 (Rn. 186); *Diehm* (Fn. 38), S. 537.

²²⁵ *BVerfGE* 129, 124 (Rn. 136 f.).

²²⁶ *Ebd.*, Rn. 128; 132, 195 (Rn. 110); 135, 317 (Rn. 165).

Hand des Bundestages liegen; es ist untersagt, dass der Bundestag von anderen getroffene Entscheidungen bloß nachvollziehen kann.²²⁷ Er muss „Herr seiner Entschlüsse“ bleiben und diese eigenverantwortlich treffen.²²⁸ Dieses Verbot wird tangiert, wenn bei Gewährleistungsübernahmen der Eintritt des Haftungsfalls ausschließlich vom Willen anderer Staaten abhängt.²²⁹ Im Zusammenhang mit dem *ESM* wurde dieses Verbot bei der möglichen Aussetzung von Stimmrechten virulent.²³⁰

2. Kompetenzielle Fragen

Die materiellen Fragen enthalten in erster Linie absolute Verbote, zwischen- oder überstaatliche Verpflichtungen entsprechenden Inhalts einzugehen. Im EFSF-Urteil klingt dies insofern an, als dass etwa die Vereinbarung von Einstimmigkeit auf internationaler Ebene erforderlich sein kann.²³¹ Die materiellen qualitativen Fragen weisen allerdings auch eine innerstaatliche Dimension auf, da sie notwendige Bedingungen sind,²³² damit das Parlament den nun zu erörternden kompetenziellen Anforderungen nachkommen kann.

Zunächst ist festzustellen, dass die kompetenziellen Anforderungen relativ sind: Das *BVerfG* spricht hinsichtlich dieser Fragen von einem Parlamentsvorbehalt. Der Bundestag müsse „bei Ausübung des Budgetrechts“ die „wesentlichen Entscheidungen selbst treffen“; wesentlich seien die „für die Entwicklung des Gesamtschuldenstandes“ wesentlichen Entscheidungen. Das *BVerfG* leitet dies aus dem Demokratieprinzip und – speziell für Gewährleistungsübernahmen – aus Art. 115 Abs. 1 GG ab.²³³ Anders als beim wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt²³⁴ stützt es seine Herleitung also auch auf die Wesentlichkeitstheorie²³⁵. Diese Theorie erschöpft sich nicht im Verlangen nach einem formellen Gesetz überhaupt, sondern verlangt je nach Wesentlichkeit eine gewisse Regelungsdichte des Gesetzes (*a*), eine darüberhinausgehende Zustimmung (*b*) oder Mitwir-

²²⁷ BVerfGE 129, 124 (Rn. 124); *Diehm* (Fn. 38), S. 538.

²²⁸ BVerfGE 129, 124 (Rn. 124, 127).

²²⁹ Ebd., Rn. 105; *Nettesheim* (Fn. 173), S. 773.

²³⁰ BVerfGE 135, 317 (Rn. 190 ff.).

²³¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 127, 140); *Thym* (Fn. 153), S. 1013.

²³² BVerfGE 129, 124 (Rn. 127); 132, 195 (Rn. 109).

²³³ BVerfGE 130, 318 (Rn. 110 ff.).

²³⁴ BVerfGE 90, 286 (Rn. 319 ff.); zur Kritik an dieser „einseitigen“ Herleitung: *Epping*, in: BeckOK-GG (Fn. 37), Art. 87a Rn. 24 ff.; *Kokott*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 87a Rn. 39 ff.; vgl. *Kube* (Fn. 104), S. 217 f.

²³⁵ Vgl. auch *Maurer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 6 Rn. 13.

kung des Bundestages (c) und untersagt eine Delegation (d)).²³⁶

a) *Das Verbot pauschaler Ermächtigungen*

Über den Wortlaut von Art. 115 Abs. 1 GG hinaus genügt die Festlegung einer Obergrenze bei Ermächtigungen, die den haushaltspolitischen Spielraum schwerwiegend beeinträchtigen können, nicht. Vielmehr muss der Gesetzgeber auch die begleitenden Rahmenbedingungen festlegen, also etwa die Voraussetzungen der Gewährleistungsermächtigungen. Je höher die Regelungsdichte ist, desto geringer müssen die folgenden Mitwirkungsrechte des Bundestages in der Rettungseinrichtung ausgestaltet sein.²³⁷ Das StabMechG verletzte diese Anforderungen nicht: Es bestimmte eine Haftungsobergrenze, den Zweck, Modalitäten und die Befristung der Hilfen.²³⁸

b) *Das Gebot der konstitutiven Zustimmung des Bundestages*

Kein anderer Staat und keine andere Einrichtung darf der Bundesrepublik Verbindlichkeiten oder Pflichten ohne *konstitutive Zustimmung* des Haushaltsgesetzgebers auferlegen.²³⁹ Diesem Erfordernis ist grundsätzlich nicht Genüge getan, wenn das Parlament seine Zustimmung unter Festlegung eines Höchstbetrages nur *einmalig* im „Rahmengesetz“ gibt,²⁴⁰ vielmehr müssen der Entscheidung, einem Staat Hilfen zu gewähren, sowie jeder Teilzahlung „größeren Umfangs“ einzeln zugestimmt werden.²⁴¹ Je höher die eingegangenen Zahlungspflichten oder Gewährleistungen sind desto „*wirksamer müssen Zustimmungs- und Ablehnungsrechte sowie Kontrollbefugnisse des Bundestages ausgestaltet werden.*“²⁴² Wann eine Tranche diese Größe erreicht, ist ebenso schwer quantifizierbar wie die Festlegung einer Obergrenze.²⁴³ Das WFStG enthielt eine Ermächtigung zur Gewährleistungsübernahme von 22,4 Mrd. €. Da es hinsichtlich Zweck, Modalitäten und Bedingungen hinreichend bestimmt sei, genügt dem *BVerfG* bei dieser Summe die einmalige konstitutive Zustimmung.²⁴⁴ Das StabMechG hingegen entsprach diesen Anforderungen nur bei einer verfassungskonformen Auslegung: Dass sich die Bundesregierung lediglich um Einvernehmen be-

²³⁶ BVerfGE 83, 130 (Rn. 39); 130, 318 (Rn. 110 ff.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 20 VI Rn. 106; *Moench/Ruttloff* (Fn. 191), S. 1267.

²³⁷ BVerfGE 130, 318 (Rn. 112).

²³⁸ BVerfGE 129, 140 (Rn. 140).

²³⁹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 124, 128); *Nettesheim* (Fn. 173), S. 773.

²⁴⁰ *Diehm* (Fn. 38), S. 537 f.

²⁴¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 128); 132, 195 (Rn. 137); *Nettesheim* (Fn. 173), S. 773.

²⁴² BVerfGE 132, 195 (Rn. 108); 135, 317 (Rn. 163).

²⁴³ *Diehm* (Fn. 38), S. 542.

²⁴⁴ BVerfGE 129, 124 (Rn. 138 f.); *Thym* (Fn. 153), S. 1012.

mühen musste (§ 1 Abs. 4 S. 1 StabMechG), war so auszulegen, dass jeder einzelnen Tranche konstitutiv zugestimmt werden musste.²⁴⁵

c) Das Gebot der Mitwirkung des Bundestages

Über dieses Gebot hinaus muss das Parlament ab einer gewissen Größe der Gewährleistungen Einfluss auf die Art und Weise der Mittelverwendung haben.²⁴⁶ Das Parlament muss über die gesamte Existenzdauer des Rettungsmechanismus' fortlaufend unterrichtet werden und an dessen Entscheidungen mitwirken.²⁴⁷ Die Ausarbeitung von Art, Ausgestaltung, Modalitäten und Konditionen von Finanzhilfen muss demokratisch verantwortet sein.²⁴⁸ Fehlte es an einer beständigen Einflussnahme des Bundestages, bestünde die Gefahr, dass dem Bundestag nur die Möglichkeit des Nachvollzugs der Entscheidungen anderer bleibt.²⁴⁹ Der Einfluss des Bundestages muss über die allgemeine politische Kontrolle der Bundesregierung und ihrer Handlungen in der Rettungseinrichtung hinausgehen.²⁵⁰ Weder das StabMechG noch das WFStG verletzte diese Anforderung; angesichts der Regelungsdichte des WFStG genügte dem BVerfG sogar nur eine Beteiligung in Form von Unterrichtungen.²⁵¹ Während das EFSF-Urteil Unklarheiten ließ, wer diese Beteiligungsrechte wahrzunehmen hatte, brachte das Sondergremium-Urteil eine Klärung.²⁵²

d) Das Verbot der Delegation

Wenn und soweit das Wesentliche bereits in Gesetzesform oder vom Plenum geregelt ist, kann für das Unwesentliche eine Delegation in Betracht kommen. Der Begriff der Delegation i.R.d. Wesentlichkeitstheorie bezieht sich dabei nicht nur auf die Exekutive, sondern auch auf Bundestagsausschüsse.²⁵³

Wie zuvor herausgearbeitet wurde,²⁵⁴ bedarf die Verlagerung von Befugnissen auf Ausschüsse einer Rechtfertigung. Für den finanzpolitischen Bereich sind die Rechtfertigungsanforderungen besonders streng, da dem Haushaltsplan eine herausragende demokratische Bedeutung zukommt.²⁵⁵ Ferner findet der aus

²⁴⁵ BVerfGE 129, 124 (Rn. 141).

²⁴⁶ Ebd., Rn. 128; 132, 195 (Rn. 110); *Diehm* (Fn. 38), S. 538.

²⁴⁷ BVerfGE 129, 124 (Rn. 139); 132, 195 (Rn. 111); *Diehm*, (Fn. 38), S. 538 f.

²⁴⁸ BVerfGE 132, 195 (Rn. 162).

²⁴⁹ *Diehm* (Fn. 38), S. 539.

²⁵⁰ BVerfGE 129, 124 (Rn. 141).

²⁵¹ Ebd., Rn. 139 f.

²⁵² *Nettesheim* (Fn. 203), S. 22.

²⁵³ *Moench/Ruttloff* (Fn. 191), S. 1267; *Berg*, Zur Übertragung von Aufgaben des Bundestages auf Ausschüsse, *Der Staat* 9 (1970), 21 (33 f.); *Piecha* (Fn. 86), S. 238 f.

²⁵⁴ Siehe oben **C. III. 2. b).**

²⁵⁵ Vgl. oben **B. II. 1. b).**

dem Demokratieprinzip folgende Öffentlichkeitsgrundsatz, der transparente Entscheidungsverfahren und eine öffentliche Debatte verlangt, besonderen Niederschlag in Grundsatz der Budgetöffentlichkeit.²⁵⁶ Vor allem das Budgetrecht nimmt der parlamentarische Gesetzgeber deshalb durch Verhandlung und Beschlussfassung im Plenum wahr.²⁵⁷ Dass das *BVerfG* dem Bundestag grundsätzlich einen großen Spielraum bei der Ausgestaltung der Selbstorganisation zubilligt, kann in vorliegendem Fall angesichts dieser besonders strengen Prüfung nur eine theoretische Geltung beanspruchen.²⁵⁸ Im Allgemeinen akzeptiert das *BVerfG* die hier vorgebrachte Funktionsfähigkeit des Parlaments in der Ausprägung der Eilbedürftigkeit und Vertraulichkeit als Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht.²⁵⁹

Die streitgegenständlichen Befugnisverlagerungen auf Ausschüsse entsprächen allerdings nicht dem strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab.²⁶⁰ Die Regelung des § 3 Abs. 3 StabMechG sei nicht erforderlich: In Fällen der Eilbedürftigkeit sei der 41 Mitglieder umfassende Haushaltsausschuss ein gleich geeignetes, milderes Mittel zum Sondergremium. In Fällen der Vertraulichkeit sei die Geheimhaltungsordnung des Bundestages abgesehen von Fällen absoluter Vertraulichkeit gleich geeignet. Außerdem gehe die in § 3 Abs. 3 S. 3, 4 StabMechG enthaltene Regelvermutung zu weit. Zudem müsse § 3 Abs. 3 S. 2 StabMechG dahingehend verfassungskonform ausgelegt werden, dass nicht nur Regierung und Opposition, sondern alle Fraktionen nach dem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit ihrer Stärke entsprechend vertreten sind. Auch § 5 Abs. 7 StabMechG müsse verfassungskonform so ausgelegt werden, dass das Plenum nach Fortfall der Gründe für die Vertraulichkeit unterrichtet wird.

D. Der Gesamtzusammenhang: Die „Budgetverantwortung“

Die beiden Urteile drängen den Vergleich mit anderen Verdikten des *Gerichts* auf. Sie lassen sich mit dem Schlagwort der „Budgetverantwortung“ zusammenfassen. Um den Blick zu weiten und das Konzept einzuordnen, soll der klassische Verantwortungszusammenhang aus Verantwortungsgegenstand (**I.**), Verantwortungsträger (**II.**) und Verantwortungsautorität (**III.**) behandelt werden.

²⁵⁶ BVerfGE 130, 318 (Rn. 108); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 20 Rn. 17 ff.; *Kube*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 110 Rn. 146 f.

²⁵⁷ BVerfGE 130, 318 (Rn. 113).

²⁵⁸ *Nettesheim* (Fn. 29), S. 1411.

²⁵⁹ BVerfGE 130, 318 (Rn. 132 ff.).

²⁶⁰ Im Folgenden: Ebd., Rn. 132 ff.

I. Verantwortungsgegenstand

Der Begriff der Integrationsverantwortung ist mit der Budgetverantwortung verwandt (1.). Die Budgetverantwortung gilt in einem engen Rahmen und lässt sich nicht zu einer „demokratischen Verantwortung“ verallgemeinern (2.).

1. Integrationsverantwortung und Budgetverantwortung

Das BVerfG hat in *Lissabon* den Begriff der „Integrationsverantwortung“ aus der Taufe gehoben (a) und in seinem EFSF-Urteil aufgegriffen (b).²⁶¹

a) Die Integrationsverantwortung

In ihren Einzelheiten ist die Integrationsverantwortung noch nicht vollständig erschlossen.²⁶² Jedenfalls sind ihr die oben erwähnten materiellen Schranken des Art. 79 Abs. 3 GG als Integrationsgrenzen gegenübergestellt. Die Integrationsverantwortung bezieht sich damit nur auf diejenigen Bereiche, die einer internationalen Öffnung zugänglich sind.²⁶³

Die Integrationsverantwortung soll den mit der Öffnung verbundenen Verlust an Kompetenzen ausgleichen, indem sie den demokratischen innerstaatlichen Organen die Begleitung der übertragenen Kompetenzen auf internationaler Ebene auferlegt.²⁶⁴ Diese Verantwortung „erschöpft sich [...] insoweit nicht in einem einmaligen Zustimmungsakts, sondern erstreckt sich auch auf den weiteren Vertragsvollzug.“²⁶⁵ In *Lissabon* hat das BVerfG „Integrationsverantwortung“ indes nur auf besonders weit gefasste und sog. dynamische Klauseln der EU-Verträge bezogen. Diesbezüglich hat es postuliert, dass die deutschen Staatsorgane bei Anwendung jener Klauseln jede einzelne der drei Vorgaben der Art. 23 Abs. 1 GG einzuhalten haben und deren Missachtung unterbinden müssen.²⁶⁶ Die Integrationsverantwortung betrifft damit die Wahrung der Struktursicherungsklausel (Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG), des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG, konstitutive Zustimmung zu Einzelmaßnahmen notwendig) und vor allem der materiellen Integrationsgrenzen (Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG, Bestandssicherungsklausel).²⁶⁷ In der Literatur

²⁶¹ BVerfGE 129, 124 (Rn. 128).

²⁶² *Nettesheim* (Fn. 203), S. 25.

²⁶³ *Engels*, Die Integrationsverantwortung des Deutschen Bundestages, JuS 2012, 210 (211, 213); *Nettesheim*, Die Integrationsverantwortung – Vorgaben des BVerfG und gesetzgeberische Umsetzung, NJW 2010, 177 (177).

²⁶⁴ *Nettesheim* (Fn. 263), S. 177 f.

²⁶⁵ BVerfGE 123, 267 (Rn. 413).

²⁶⁶ Ebd., Ls. 2a, 2b Rn. 236, 239; *Calliess* (Fn. 107), S. 57 f., 64; *Nettesheim* (Fn. 203), S. 18, 30 f.; *Wolff* (Fn. 106), S. 154 ff.; *Nettesheim* (Fn. 263), S. 180.

²⁶⁷ BVerfGE 123, 267 (Rn. 236 ff.); *Wolff* (Fn. 106), S. 154 ff.; *Engels* (Fn. 263), S. 211 ff.

wird, auf die Herleitung der Integrationsverantwortung aus dem Demokratieprinzip gestützt, ein weiteres, der Wesentlichkeitstheorie ähnliches Begriffsverständnis vorgeschlagen: Der Anwendungsbereich der so verstandenen Integrationsverantwortung geht über oben angesprochene weit gefasste und dynamische Klauseln hinaus und bezieht auch die Mitwirkungsrechte nach Art. 23 Abs. 2 ff. GG ein.²⁶⁸

b) Die Budgetverantwortung

Das BVerfG überträgt sein Konzept der Integrationsverantwortung in entsprechender Weise auf den Fall der EFSF SA. In der Übernahme von besonders hohen Gewährleistungen fühlt sich das Gericht an die Vereinbarung dynamischer oder besonders weiter Vertragsklauseln erinnert:²⁶⁹ „Die den Deutschen Bundestag [...] treffende Integrationsverantwortung [...] findet hierin ihre Entsprechung für haushaltswirksame Maßnahmen vergleichbaren Gewichts.“²⁷⁰ Die Konstruktion der „Entsprechung“ ist der Unmöglichkeit des direkten Bezugs auf die Integrationsverantwortung geschuldet. Dies liegt daran, dass sich das BVerfG in beiden Urteilen nicht (EFSF) bzw. nur am Rande (*Lissabon*) auf Art. 23 GG bezieht und die Begriffe stattdessen aus dem Demokratieprinzip herleitet.²⁷¹ Oben dargestelltes Verbot pauschaler Ermächtigungen, das Gebot der konstitutiven Zustimmung des Bundestages und – bei weitem Verständnis – auch das Gebot der Mitwirkung stehen danach unter dem Zeichen dieser „Entsprechung“. Ebenso wie bei der Integrationsverantwortung sind pauschale Ermächtigungen entweder gänzlich zu vermeiden oder es muss, wenn sich die Ermächtigungen noch im Rahmen des Zulässigen bewegen, parlamentarische Zustimmung bzw. Kontrolle zu den Einzelmaßnahmen sichergestellt sein.²⁷²

Man könnte besagte „Entsprechung“ als Budgetverantwortung bezeichnen, falls man darunter nicht gerade die integrationsfesten (Art. 79 Abs. 3 GG) Bereiche der Haushaltspolitik versteht.²⁷³ Die Verwendung dieses Begriffs durch das BVerfG legt jedoch nahe, unter „Budgetverantwortung“ beides zu verstehen: Die beiden Urteile zusammenfassend kann daher vom „Verbot der Entäuße-

²⁶⁸ Zu BVerfGE 123, 267 (Rn. 240) siehe *Wolff* (Fn. 106), S. 154; *Nettesheim* (Fn. 263), S. 180; *Calliess* (Fn. 107), S. 57 f.; auch BVerfGE 129, 124 (Rn. 128) nähert sich dem weiten Verständnis.

²⁶⁹ *Thym* (Fn. 153), S. 1012.

²⁷⁰ BVerfGE 129, 124 (Rn. 128).

²⁷¹ *Nettesheim* (Fn. 203), S. 21, 51; *Calliess* (Fn. 107), S. 76; *Engels* (Fn. 263), S. 213.

²⁷² BVerfGE 123, 267 (Rn. 239) (zur Integrationsverantwortung); *Thym* (Fn. 153), S. 1012.

²⁷³ *Nettesheim* (Fn. 203), S. 26.

rung der Budgetverantwortung“ gesprochen werden.²⁷⁴

2. Demokratische Verantwortung und Budgetverantwortung

Wie oben dargestellt, bestand bei der *EFSF SA* (anders als beim *ESM*) das Problem, dass keine der herkömmlichen Regelungen zu materiellen oder kompetenziellen Fragen einschlägig waren, sodass das *BVerfG* auf den allgemeinen Maßstab des Demokratieprinzips zurückgreifen musste.²⁷⁵ Damit stellt sich die Frage, ob die gewählte Lösung im Sinne einer „demokratischen Verantwortung“ auf andere Bereiche übertragen werden kann. Eine solche Übertragung bedeutete letztlich eine Abkehr von der oben dargestellten Rechtsprechung zu Art. 59 Abs. 2 GG.

Dies ist abzulehnen, weil die Lösung des *BVerfG* auf die besondere Bedeutung des Budgetrechts, dessen besondere demokratische Verankerung sowie die besondere Betroffenheit der Demokratie durch die Höhe und Tragweite der Gewährleistungen eingeht. Die Budgetverantwortung ist damit eine Einzelfalllösung, die parallel zum wehrverfassungsrechtlichen Parlamentsvorbehalt eine weitere Ausnahme zu Art. 59 Abs. 2 GG darstellt.

II. Verantwortungsträger

Mit dem Sondergremium-Urteil hat das *BVerfG* zwar die Frage beantwortet, ob und wie dem Plenum oder einem Ausschuss die Budgetverantwortung zukommt. Ob auch der Bundesrat Träger der Budgetverantwortung ist, hat das *BVerfG* nicht geklärt, da es (fast) alle seiner Ausführungen auf den Bundestag bezieht und nicht auf Art. 23 Abs. 2 ff. GG eingeht.²⁷⁶ Dafür, dass auch der Bundesrat Verantwortungsträger ist, spricht, dass er am Haushaltsgesetz beteiligt ist, da es sich um ein Einspruchsgesetz (Art. 77 Abs. 3 GG) handelt.²⁷⁷ An einem bloßen Parlamentsbeschluss (Art. 42 Abs. 2 GG), wie ihn das *BVerfG* im Rahmen des Gebots der konstitutiven Zustimmung genügen lässt, hat der Bundesrat indes nicht Teil.²⁷⁸ Diese, womöglich gewollte, fehlende Einbeziehung der Länderkammer ist wohl der starken Fokussierung auf die demokratisch-parlamentarische Bedeutung des Budgetrechts geschuldet, die nur oberflächlich auf die technischen Bestimmungen der Art. 110 Abs. 2, 114,

²⁷⁴ BVerfGE 129, 124 (Rn. 124 f.); 135, 317 (Rn. 194); *Diehm* (Fn. 38), S. 532; *Callies* (Fn. 3), S. 160.

²⁷⁵ Im Folgenden dieses Abschnitts: *Kube* (Fn. 104), S. 215 ff.

²⁷⁶ *Callies* (Fn. 107), S. 76.

²⁷⁷ *Kube*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 110 Rn. 175; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 50), Art. 110 Rn. 10.

²⁷⁸ *Thym* (Fn. 153), S. 1012; *Mann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 76 Rn. 5; *Kersten*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 76 Rn. 25.

115 Abs. 1 GG eingeht.²⁷⁹ Diese Außerachtlassung ist besonders auffällig, weil das *BVerfG* die Integrationsverantwortung ausdrücklich auf den „Gesetzgeber“ bezieht.²⁸⁰ Die Einbeziehung des Bundesrates könnte über Art. 23 Abs. 2 ff. GG erfolgen. Zwar sind diese Regelungen nicht direkt anwendbar und werden vom *BVerfG* nicht in seine Gedankengänge einbezogen, doch ist an eine analoge Anwendung zu denken.²⁸¹ Die Vergleichbarkeit der Interessenlagen könnte im Gedanken der Kompensation für intensive Kompetenzverluste²⁸² liegen, der ebenfalls bei der *EFFSA* zutrifft.

III. Verantwortungsautorität

Zuletzt muss die Frage angesprochen werden, wem gegenüber die Budgetverantwortung besteht. Die Budgetverantwortung beruht auf dem Demokratieprinzip und überdies auf dem in der Verfassungsbeschwerde rügefähigen Kern des Demokratieprinzips.²⁸³ Auch betont das *BVerfG* in seinen Entscheidungen, dass das Parlament bei Kompetenzübertragungen und hinsichtlich seiner Ausgabenentscheidungen gegenüber dem Volk verantwortlich ist.²⁸⁴

Wenn es daher um Substanzverluste der Demokratie durch übermäßige Gewährleistungsübernahmen geht, die von einer überwältigenden parlamentarischen Mehrheit beschlossen werden, darf nicht vergessen werden, dass das Grundgesetz vom Grundsatz der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG)²⁸⁵ geprägt wird. Die Situation ist also eine andere als etwa im Vereinigten Königreich. Dort gilt der Grundsatz der Parlamentsouveränität, der zudem klassischerweise rein geschichtlich und nicht demokratisch begründet wird.²⁸⁶ So sehr man jenseits des Ärmelkanals bei übermäßigen Gewährleistungsermächtigungen durch das Parlament über ein Verbot der *Selbstbeschränkung* sprechen kann, ist diese Sichtweise in Deutschland fehl am Platz: Eine *Selbstbeschränkung* des Souveräns kann nur hinsichtlich seiner verfassungsgebenden

²⁷⁹ *Calliess* (Fn. 107), S. 76.

²⁸⁰ BVerfGE 123, 267 (Ls. 2a, Rn. 236, 409). Zur problematischen „Gleichsetzung von Parlament und Gesetzgeber“ in diesem Zusammenhang, siehe *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 110 Rn. 13a ff.

²⁸¹ *Calliess* (Fn. 107), S. 81 f. mit einer Analogie zu Abs. 3 ff. zum nicht rechtsetzend tätig werdenden *ESM*.

²⁸² *Streinz*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 23 Rn. 103 f.; *Uerpmann/Witzack*, in v. Münch/Kunig (Fn. 65), Art. 23 Rn. 71.

²⁸³ Vgl. oben **C. III. 1.** und **C. IV. 1.**

²⁸⁴ BVerfGE 123, 267 (Rn. 236); 129, 124 (Rn. 122).

²⁸⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 20 II Rn. 60 ff.; *Sachs*, in: Sachs (Fn. 38), Art. 20 Rn. 27.

²⁸⁶ *Wade*, *The Basis of Legal Sovereignty*, CLJ 1955, 172 (172 f., 188 f.).

Gewalt diskutiert werden.²⁸⁷ Die verfasste Gewalt muss sich in den Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG bewegen.²⁸⁸ Dass das Überschreiten dieser Grenzen bzgl. des Demokratieprinzips in der Verfassungsbeschwerde rügefähig ist, ist Ausdruck dieser Verantwortung gegenüber dem Volk.²⁸⁹ Die Budgetverantwortung besteht gegenüber dem Volk.

E. Schluss

Mit seinen beiden Urteilen zur *EFSSA* und zum Sondergremium hat das *BVerfG* die Rechte des Bundestages gestärkt. Die Stärkung der Parlamentsrechte als Ausgleich für durch die internationale Öffnung erlittene Kompetenzverluste zieht sich wie ein roter Faden durch die *BVerfG*-Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte.²⁹⁰ Solche Stärkungen des Parlaments bleiben aber punktuelle Ausnahmen. Daneben setzt das *BVerfG*, wie oben dargelegt wurde, der Öffnung materielle Grenzen. Beides muss vor einem größeren Zusammenhang hinterfragt werden:

Der klassischen Konzeption des Völkerrechts von der souveränen Gleichheit der Staaten folgend, geht für das *BVerfG* die demokratische Legitimation von der nationalen und nicht von der zwischen- oder überstaatlichen Ebene aus. Ungeachtet der zweigleisigen demokratischen Legitimation der EU über EU-Parlament und die nationalen Parlamente (Art. 10 Abs. 2 EUV), sieht das *BVerfG* das EU-Parlament lediglich als Ergänzung der nationalen Demokratie, welche die Hauptlast der Legitimation schultert.²⁹¹ Da die *EFSSA* nicht oder kaum in die EU-Institutionen eingebunden ist, kann in dieser Situation sogar nur die nationale Ebene zur Sicherung der Demokratie beitragen.²⁹² Damit stellt sich aber jede internationale Öffnung größeren Ausmaßes notwendigerweise als Bedrohung der Demokratie dar; es ist fraglich, wie sehr dieser skeptische Blick mit dem Prinzip offener Staatlichkeit vereinbar ist.²⁹³ Überdies mag zwar der Schutz der Budgetverantwortung über Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG überzeugend sein. Zu klären ist allerdings, anhand

²⁸⁷ *Hillgruber*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl. 2004, § 32 Rn. 51; *Kirn*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 65), Art. 146 Rn. 19.

²⁸⁸ *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 79 Rn. 7 ff.

²⁸⁹ Implizit *Murswiek* (Fn. 170), S. 707 ff.

²⁹⁰ Vgl. BVerfGE 89, 155 ff.; 90, 286 ff.; 123, 267 ff.; 129, 124 ff.; 130, 318 ff.; 131, 152 ff.; 135, 317 ff.; *Diehm* (Fn. 38), S. 533; *Nettesheim* (Fn. 29), S. 1410; *Calliess* (Fn. 107), S. 76.

²⁹¹ BVerfGE 89, 155 (Rn. 95 ff.); 123, 267 (Rn. 261 f.); *Nettesheim* (Fn. 203), S. 19; *Calliess* (Fn. 107), S. 53.

²⁹² *Calliess* (Fn. 107), S. 74.

²⁹³ *Ebd.*, S. 57.

welcher Kriterien die anderen integrationsfesten Bereiche zu bestimmen sind und welche Rolle die Wesentlichkeitstheorie dabei zu spielen hat.²⁹⁴

Auch wenn sich das *BVerfG* gegen einen allumfassenden Parlamentsvorbehalt im Rahmen der auswärtigen Gewalt stemmt,²⁹⁵ liegt ihm die Vorstellung zu Grunde, dass demokratische Legitimation dann umso besser verwirklicht ist, je kürzer die Legitimationskette zum Volk hin ist.²⁹⁶ Ihm ist es daher ein Anliegen, Entscheidungen in das Plenum zu verlagern und die parlamentarische Diskussion zu fördern.²⁹⁷ Dies sieht sich aber praktischen Schwierigkeiten ausgesetzt: Erstens setzte die damalige Gesamtsituation an den Finanzmärkten und auch die Regierung das Parlament unter Druck. Die Zustimmung zu den Rettungspaketen erschien „alternativlos“ und stellte sich letztlich als Nachvollzug exekutiv vorgezeichneter Entscheidungen dar.²⁹⁸ Die in der Einleitung angesprochenen Sachzwänge kann die Stärkung des Parlaments nicht lindern. Zweitens riskiert eine stete Einbindung des Parlaments in die auswärtige Gewalt dessen Überforderung und Überlastung; letztlich kann die Einrichtung des Sondergremiums deshalb als Ausweichbewegung gesehen werden.²⁹⁹ Bemerkenswert ist, dass es der so zu Tage getretene funktionelle Vorsprung der Exekutive im Rahmen der auswärtigen Gewalt ist, den das *BVerfG* als Argument gegen einen allgemeinen Parlamentsvorbehalt nutzt.³⁰⁰

²⁹⁴ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 51), Art. 20 II Rn. 306 ff.

²⁹⁵ Siehe oben **C. II. 2. a**).

²⁹⁶ *Nettesheim* (Fn. 29), S. 1411; *Böckenförde* (Fn. 57), § 24 Rn. 16.

²⁹⁷ BVerfGE 120, 56 (Rn. 60); 120, 378 (Rn. 95); *Wolff* (Fn. 106), S. 160.

²⁹⁸ *Murswiek* (Fn. 52), S. 51 f.; *Nettesheim* (Fn. 29), S. 1412 f.

²⁹⁹ *Kube* (Fn. 104), S. 218 f.; *Nettesheim* (Fn. 29), S. 1411 f.

³⁰⁰ Siehe oben **C. II. 2. a**) aa).

Jasper Mührel*

Die Bedeutung des völkerrechtlichen Rechts auf Freizügigkeit für den Flüchtlingsschutz

Abstract

In Zeiten von Klimawandel, Krieg und wirtschaftlichem Stillstand begeben sich immer mehr Menschen auf die Flucht in der Hoffnung auf eine (bessere) Zukunft. Fragen des Umgangs mit Migration bestimmen weltweit die politischen Debatten, in denen häufig anhand des völkerrechtlichen Flüchtlingsstatus argumentiert wird. Regelmäßig unberücksichtigt bleibt dabei das völkerrechtliche Recht auf Freizügigkeit. Dieser Beitrag beleuchtet Geschichte, Inhalt und Reichweite des völkerrechtlichen Rechts auf Freizügigkeit im Hinblick auf den Flüchtlingsschutz. Darüber hinaus geht er den Fragen nach, in welchen Situationen das Freizügigkeitsrecht Bedeutung für den Flüchtlingsschutz erlangt und wie es sich im jahrhundertealten Spannungsverhältnis zwischen Gastrecht und umfassender staatlicher Souveränität positioniert.

In times of climate change, war and economic gridlock, increasing numbers of people seek refuge by using their ability of free movement in hope for a better future. Questions about how to handle migration dominate political debates worldwide, in which arguments often relate to the refugee status under international law. Often, the right to freedom of movement under international law remains unconsidered. This article focuses on the history, content and extent of the right to freedom of movement under international law and its relevance for the protection of refugees. Moreover, it seeks to take a stand regarding the right to freedom of movement's position within the centuries old tension between a right to hospitality and extensive state sovereignty.

*Der Verfasser studiert seit Oktober 2014 Rechtswissenschaft mit dem Schwerpunkt Internationales Recht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, dem IIT Chicago-Kent College of Law (USA) und der Universidad de Alcalá (Madrid). Er arbeitet als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht (Prof. Dr. Thomas Kleinlein) an der Universität Jena. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Rahmen eines Seminars zum Flüchtlingsschutz im Sommersemester 2017 bei Prof. Dr. Martina Haedrich.

A. Einleitung

In den letzten Jahren haben sich Fluchtbewegungen u.a. wegen des Syrienkonflikts massiv verstärkt. Derzeit befinden sich über 60 Millionen Menschen auf der Flucht.¹ Ob innerhalb eines Staates oder über Staatsgrenzen hinweg, Flucht ist ohne Fähigkeit zur Aufenthaltsveränderung nicht möglich. Freizügigkeit ist der vielleicht grundlegendste und bildlichste Ausdruck menschlicher Freiheit,² eine „unentbehrliche Bedingung für die Persönlichkeitsentfaltung“³ und daher auch für Flüchtlinge von großer Bedeutung. Als hohes Rechtsgut ist die Freizügigkeit auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene rechtlich gesichert. Sie kann dabei sowohl das Recht beinhalten, einen Staat über seine Grenze zu betreten oder zu verlassen (externe Freizügigkeit⁴), als auch das Recht, sich auf dem staatlichen Territorium frei zu bewegen und seinen Wohnsitz zu wählen (interne Freizügigkeit⁵). Daneben wird die negative Freizügigkeit im Sinne eines Bleiberechts geschützt.⁶ In allen drei Fällen können Interessen der Territorialstaaten entgegenstehen. Ihnen obliegt mit der Gebietshoheit und territorialen Souveränität (vgl. Art. 2 Nr. 1 Charta der Vereinigten Nationen, UNCh) die ausschließliche Kontrolle auf ihrem und über ihr Staatsgebiet und damit die Grenz- und Migrationskontrolle.⁷ Auf starke grenzüberschreitende Fluchtbewegungen reagieren Zielstaaten häufig mit einer restriktiveren Einwanderungspolitik, um weitere Bewegungen zu verhindern.⁸ Wegen der daraus folgenden Interessenkonflikte zwischen Flüchtlingsrechten und staatlichen Regelungen sind Freizügigkeitsbeschränkungen oftmals Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Verfahren.⁹

¹ UNHCR, Global Trends – Forced Displacement in 2016, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

² Vgl. Juss, Free Movement and the World Order, IJRL 16 (2004), 289 (289 f.).

³ UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (67) of 1 November 1999: Freedom of Movement (article 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, para 1; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urt. v. 31.8.2004, Ricardo Canese v. Paraguay, Rn. 115, abrufbar unter: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_ing.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); vgl. Randelzhofer, in: BonnKomm-GG, 183. EL 2017, Art. 11 Rn. 1, 9; vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, 14. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 1.

⁴ Jagerskiold, The Freedom of Movement, in: Henkin, The International Bill of Rights, 1981, S. 166 (167).

⁵ Ziekow, Über Freizügigkeit und Aufenthalt, 1997, S. 5.

⁶ Vgl. Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 26 Rn. 58 ff.

⁷ v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 25, 336.

⁸ Vgl. Edwards, Human Rights, Refugees and The Right „To Enjoy“ Asylum, IJRL 17 (2005), 293 (293).

⁹ Bezogen auf Deutschland vgl. Sieveke, Die neuen Grenzen der Freizügigkeit für Nicht-EU-Bürger, ZAR 2015, 12 (12).

In diesem Beitrag wird die Bedeutung des Rechts auf Freizügigkeit im Völkerrecht für den Flüchtlingsschutz erörtert. Dazu wird zunächst auf die historische Entwicklung des Freizügigkeitsrechts eingegangen, bevor die für den Flüchtlingsschutz relevanten völkerrechtlichen Freizügigkeitsrechte aus verschiedenen Rechtsquellen im Einzelnen erläutert werden. Anschließend folgt eine Diskussion häufiger Beschränkungen der Freizügigkeitsrechte von Flüchtlingen vor Kritik und einem Fazit.

B. Historischer Überblick

Schon in der Antike beinhaltete das *ius gentium* Naturrecht über die Beziehungen der Römer zu Fremden und Ausländern, also Nicht-Bürgern Roms, die mit dem Römischen Reich räumlich in Kontakt traten.¹⁰ In der von Bevölkerungswachstum, Binnenkolonisation und Fernhandel geprägten Zeit des Hochmittelalters kam der Freizügigkeit neue Bedeutung zu.¹¹ So wurde in Art. 42 der englischen Magna Carta Libertatum von 1215 unter dem Vorbehalt der königlichen Treue und des öffentlichen Interesses die Reisefreiheit für jedermann verbrieft.¹² Seit den Anfängen des modernen Völkerrechts im 15. Jahrhundert ist das Spannungsverhältnis zwischen Hospitalität und staatlicher Souveränität, Migration und Einwanderungskontrolle, Teil des juristischen Diskurses.¹³ Stellt man sich auf einen internationalistischen Standpunkt, waren Vertreter eines grenzüberschreitenden Rechts auf Freizügigkeit auf Grundlage eines völkerrechtlichen Kommunikations- oder Gastrechts (*ius communicationis* bzw. *law of hospitality*) wie *Francisco de Vitoria* (1492-1546) oder *Hugo Grotius* (1583-1645) unserer Zeit sogar voraus. *Vitoria* leitete die grenzüberschreitende Freizügigkeit naturrechtlich aus der Freundschaft und Geselligkeit der Menschen ab und sah eine Einschränkung nur bei schädlichem Verhalten gegenüber der Gastnation als zulässig an. *Grotius* erweiterte das Freizügigkeitsprinzip um die Rechte, das eigene Land zu verlassen und in friedlicher Absicht ein fremdes Land zu betreten und sich dort einzugliedern.¹⁴

Mit dem neuen staatlichen Souveränitätsverständnis durch den Westfälischen Frieden von 1648 wurden die von *Vitoria* und *Grotius* entwickelten Freizügigkeitsrechte von der Rechtsauffassung zweier deutscher Juristen, *Samuel v. Pufendorf* und *Christian v. Wolff*, abgelöst. Beide begründeten – inspiriert von der Sou-

¹⁰ Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 1.

¹¹ Näher *Ziekow* (Fn. 5), S. 29 ff.

¹² Magna Carta Libertatum, vgl. www.bl.uk/collection-items/magna-carta-1215 (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 1.

¹³ *Chetail*, Sovereignty and Migration in the Doctrine of the Law of Nations: An Intellectual History of Hospitality from Vitoria to Vattel, EJIL 27 (2016), 901 (901 f.).

¹⁴ *Ebd.*, 904, 908.

veränitätslehre *Thomas Hobbes* – ein uneingeschränktes Recht auf Einreiseverweigerung mit der staatlichen Souveränität und sahen Ausnahmen nur nach moralischem Ermessen des Gaststaates vor.¹⁵ Dem widersprach später der Schweizer *Emmerich de Vattel*, *Wolffs* Schüler, im 18. Jahrhundert, indem er ein durchsetzbares Naturrecht (*droit naturel*) auf Einreise in Fällen der Notwendigkeit, z.B. bei Flucht vor drohender Gefahr, annahm.¹⁶ Ein solches Naturrechtsdenken verstärkte die Anerkennung unveräußerlicher Rechte,¹⁷ beispielhaft erkennbar an der auf *de Vattel* zeitlich folgenden *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* von 1789. *De Vattels* Lehre dürfte damit auch zu der heutigen Existenz von Freizügigkeitsrechten beigetragen haben. Die Geschichte des Freizügigkeitsrechts der letzten Jahrhunderte zeigt zwar keine Beständigkeit auf. Alle genannten frühen Rechtsgelehrten erkannten jedoch die durch Recht oder Moral begründete Möglichkeit des Schutzsuchens in einem anderen Land als wichtige Freiheitsgarantie an.¹⁸

Anders urteilte 2004 das *House of Lords*. Die Befugnis zur Zulassung, Ablehnung und Ausweisung Fremder sei „eines der ersten und am weitesten anerkannten Hoheitsrechte des Staates“¹⁹. Zwölf Jahre später forderten in Deutschland mehrere Rechtswissenschaftler eine Rechtsgrundlage für die deutsche Politik der offenen Grenzen im Sommer 2015.²⁰ Richtet man darüber hinaus seinen Blick auf die heute umfassenden Einreisekontrollen der Staaten (auch vermehrt innerhalb des EU- und Schengen-Raums), das Fehlen eines Rechts auf Asyl und die Notwendigkeit eines *Agrément* für Diplomaten gemäß Art. 4 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD), scheinen sich die Rechtsauffassungen von *Wolff* und *Pufendorf* über die uneingeschränkte Souveränität des Staates gegenüber der Freizügigkeit im Völkerrecht durchgesetzt zu haben. Dabei bleiben die über lange Zeit herrschenden Lehren von *Vitoria*, *Grotius* und *de Vattel* und die weitreichende rechtliche Anerkennung der Freizügigkeit durch viele Staaten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts²¹ weitgehend unberücksichtigt. Zu dieser Zeit herrschte Reisefreiheit, u.a. weil Bevölkerungszuwachs von Staaten nicht als Bedrohung, sondern als Bereicherung

¹⁵ *Chetail* (Fn. 13), S. 912 ff.

¹⁶ *Ebd.*, S. 920.

¹⁷ *Ziekow* (Fn. 5), S. 100.

¹⁸ *Einarsen*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, S. 37 (41).

¹⁹ *House of Lords*, Urt. v. 9.12.2004, *Regina (on the application of European Roma Rights Center) v. Immigration Officer, Prague Airport*, [2004] UKHL 55, Rn. 11.

²⁰ *Peukert/Hillgruber/Foerste/Putzke*, *Einreisen lassen oder zurückweisen? Was gebietet das Recht in der Flüchtlingskrise an der deutschen Staatsgrenze?*, ZAR 2016, 131 (131).

²¹ Dazu *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 169.

angesehen wurde.²² Erst mit dem Erstarren des Nationalgedankens Anfang des 20. Jahrhunderts erfuhr die Freizügigkeit durch Grenzkontrollen, den Eisernen Vorhang im Kalten Krieg und die Verknüpfung von Isolation und Staatsbildung im Sozialismus (DDR, Kuba, Nordkorea) wieder starke Einschränkungen. Grenzüberschreitende Freizügigkeit hat also vor allem innerhalb des zurückliegenden Jahrhunderts ihre Selbstverständlichkeit eingebüßt.²³

Vitoria, *Grotius* und *de Vattel* haben entgegen der heute herrschenden Auffassung gezeigt, dass sich staatliche Souveränität und ein Recht auf grenzüberschreitende Freizügigkeit nicht per se ausschließen. Sie entwickelten gegenüber den oft nur Staatsbürgern gewährten Rechten (vgl. Art. 11 GG) eine universelle Idee der Freizügigkeit.²⁴ Die staatliche Souveränität ist im Hinblick auf die historische Entwicklung der Freizügigkeit folglich nicht so unumstritten, wie dies in der Völkerrechtslehre teilweise vermittelt wird.²⁵ Diese historische Betrachtung kann einen Beitrag leisten zu neuen völkerrechtlichen Diskussionen über das Recht auf Freizügigkeit, angestoßen von Globalisierung, Fluchtursachen und -bewegungen.

C. Das völkerrechtliche Recht auf Freizügigkeit

Völkerrechtliche Freizügigkeitsgarantien finden sich in universellen (in solchen völkerrechtlichen Verträgen, die von der gesamten oder ganz überwiegenden Staatengemeinschaft anerkannt werden und daher auch Völkergewohnheitsrecht formen) und regionalen Menschen- und Flüchtlingsrechtsverträgen, in nicht bindenden Deklarationen und im Gewohnheitsrecht. Sie stellen neben Freizügigkeitsrechten auf nationaler (vgl. z.B. Art. 11 GG) und europäischer (Art. 21 AEUV, Art. 45 EU-Grundrechtecharta, GRCh) Ebene nur einen Teil der geltenden Freizügigkeitsrechte dar.

²² *Skran*, in: Zimmermann, *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, S. 3 (6); *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 43; *Tiedemann*, *Flüchtlingsrecht – Die materiellen und verfahrensrechtlichen Grundlagen*, 2015, S. 161; vgl. *McAdam*, *An Intellectual History of Freedom of Movement in International Law: The Right to Leave as a Personal Liberty*, MJIL 12 (2011), 1 (18).

²³ *Tomuschat*, *Freizügigkeit nach deutschem Recht und Völkerrecht*, DÖV 1974, 757 (757).

²⁴ Vgl. *Durner*, in: Maunz/Dürig, 78. EL 2016, Art. 11 Rn. 11.

²⁵ *Chetail* (Fn. 13), S. 922; vgl. *Rath*, *Vom Recht, ein fremdes Land zu betreten*, LTO, 26.2.2017, abrufbar unter: www.lto.de/recht/feuilleton/f/voelkerrecht-besuchsrecht-indianer-columbus/ (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

I. Art. 26, 31 Abs. 2 S. 1 GFK**1. Art. 26 GFK***a) Allgemeines*

Schon die Vorgänger des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Flüchtlingskonvention, GFK) von 1951 und des New Yorker Protokolls von 1967: – die Flüchtlingsabkommen von 1933 und 1938 – regelten für russische bzw. deutsche Flüchtlinge jeweils in Art. 2 die Freizügigkeit bzgl. Ein- und Ausreise.²⁶ Art. 26 GFK sieht demgegenüber ausschließlich die Verpflichtung²⁷ der Vertragsstaaten vor, sich bereits rechtmäßig auf ihrem Territorium befindlichen Flüchtlingen Freizügigkeit zu gewähren. Ein ausdrückliches Recht auf Asyl oder Einreise lässt sich der GFK folglich nicht entnehmen.²⁸ Adressaten der Bestimmungen der GFK sind die vertragsschließenden Staaten, nicht die Individuen. Der Wortlaut der GFK spricht daher gegen ein subjektives Recht des Flüchtlings auf Freizügigkeit direkt aus Art. 26 GFK.²⁹ Dennoch ist der Staat dazu verpflichtet, diesem das Freizügigkeitsrecht zu gewähren. Einschränkungen dürfen nach dem Grundsatz der Ausländergleichbehandlung nur erfolgen, soweit den Flüchtlingen gleiche Rechte wie anderen Ausländern gewährt werden, Art. 26 Halbs. 2 GFK.

b) Rechtmäßigkeit des Befindens

Art. 26 GFK beinhaltet neben der innerstaatlichen Bewegungsfreiheit auch die freie Wahl des Wohnortes.³⁰ Voraussetzung ist die Rechtmäßigkeit des Befindens im Gaststaat, welche sich nach dessen innerstaatlichem Recht richtet.³¹ Dabei setzt Art. 26 GFK anders als z.B. Art. 15, 17, 19 ff. GFK keinen rechtmäßigen Aufenthalt (*résider*), sondern das rechtmäßige Befinden (*se trouver*) eines Flüchtlings im Vertragsstaat voraus. Er braucht also keinen Aufenthaltstitel und muss unabhängig vom rechtlichen Charakter seines Befindens lediglich nicht illegal physisch anwesend sein.³² Dies ist der Fall, sobald er zu einem Asylfest-

²⁶ *Skeran*, in: Zimmermann (Fn. 22), S. 18, 31.

²⁷ *Marx*, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, S. 1147 (1149).

²⁸ *Clark*, Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation, IJRL 16 (2004), 584 (587).

²⁹ Vgl. *Haedrich*, Völker- und europarechtliche Grundlagen des Menschenrechtsschutzes für Flüchtlinge, in: Oppelland: Das Recht auf Asyl im Spannungsfeld von Menschenrechtsschutz und Migrationsdynamik, 2017, S. 49 (54); vgl. *Klos*, Deutschlands Verhältnis zur Genfer Flüchtlingskonvention und zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZAR 2000, 202 (203).

³⁰ Vgl. *Blanké*, in: Stern/Becker, 2. Aufl. 2015, Art. 11 Rn. 51.

³¹ *Marx*, in: Zimmermann (Fn. 27), S. 1149, 1156.

³² *Marx*, HdB-Flüchtlingsschutz, 2. Aufl. 2012, § 56 Rn. 2; *ders.*, in: Zimmermann,

stellungsverfahren oder anderweitig zum vorübergehenden Verbleib auf dem Territorium zugelassen wurde.³³ Illegal ist ein Asylsuchender eingereist, wenn er die Grenze undokumentiert überwunden hat.³⁴

c) Einbeziehung Asylsuchender

Fraglich ist, ob nur bereits anerkannte Flüchtlinge oder auch Asylsuchende unter Art. 26 GFK fallen. Gegen letzteres spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift. Zudem regelt Art. 31 Abs. 2 GFK Beschränkungen gegenüber Flüchtlingen, deren Rechtsstellung noch nicht geklärt ist.³⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass jeder Asylsuchende, über dessen Antrag noch nicht entschieden wurde, unter Art. 31 Abs. 2 GFK fällt. Vielmehr fallen unter jene Norm nur solche Asylsuchende, die kumulativ unrechtmäßig eingereist sind und noch keinen Asylantrag gestellt haben. Gegen einen Ausschluss Asylsuchender von Art. 26 GFK spricht außerdem, dass die Flüchtlingseigenschaft nicht von der staatlichen Anerkennung abhängt, sondern diese andersherum anerkannt wird, weil der Flüchtling sie von Anfang an besaß. Die Flüchtlingsanerkennung ist also rein deklaratorischer Natur.³⁶ Bis zur gegenteiligen Feststellung gilt die widerlegbare Vermutung, dass es sich um einen Flüchtling i.S.d. Art. 1 A Nr. 2 GFK handelt.³⁷ Fielen Asylsuchende nicht unter Art. 26 GFK, wäre bei systematischer Betrachtung gemäß Art. 31 Abs. 1, 2 lit. a WVK die Unterscheidung zwischen Befinden und Aufenthalt obsolet. Daher fallen nicht nur bereits anerkannte Flüchtlinge unter die Bestimmung, sondern auch Asylsuchende im laufenden Verfahren, deren Aufenthalt nicht gegen die Aufenthaltsbestimmungen verstößt.³⁸ Zusammenfassend verpflichtet Art. 26 GFK die Vertragsstaaten zur diskriminierungsfreien, internen Freizügigkeitsgewährung für Flüchtlinge und Asylsuchende.

(Fn. 27), S. 1159; *Amann*, Die Rechte des Flüchtlings, 1994, S. 143.

³³ *Hathaway*, The Rights of Refugees under International Law, 2005, S. 414.

³⁴ *Lehnert/Markard*, Mittelmeerroulette – Das Hirsi-Urteil des EGMR und die europäische Grenzschutzpolitik auf See, ZAR 2012, 194 (194).

³⁵ Dies unterscheidend auch das *Bundesverwaltungsgericht*, BVerwGE 130, 148 (152).

³⁶ *UNHCR*, Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2011, Rn. 28; *Marx*, in: Zimmermann, (Fn. 27), S. 1156; *Hathaway/Foster*, The Law of Refugee Status, 2. Aufl. 2014, S. 25 f.

³⁷ Vgl. *Clark* (Fn. 28), S. 589.

³⁸ *UNHCR*, Annotated Comments to Directive 2013/33/EU, 2010, S. 13; *Marx* (Fn. 32), § 56 Rn. 2; *Clark* (Fn. 28), S. 588, 597.

2. Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK

Anders als Art. 26 GFK behandelt Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK Freizügigkeitsbeschränkungen von sich unrechtmäßig im Land aufhaltenden Asylsuchenden. Die Beschränkungen müssen notwendig sein und sind nur zulässig, bis die „Rechtsstellung dieser Flüchtlinge im Aufenthaltsstaat geregelt ist“. Hieraus ergibt sich die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit von Art. 26 GFK und Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK. Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK findet von der Einreise bis zur Klärung der Rechtsstellung (*regularization of status*³⁹) Anwendung, Art. 26 GFK danach. Die Klärung der Rechtsstellung meint nicht die Bescheidung des Asylantrags,⁴⁰ sondern beinhaltet je nach nationalem Recht die Identitätsfeststellung und Sicherheitsuntersuchung als Voraussetzungen für den Asylantrag. Sie bezieht sich also auf den Beginn des Asylverfahrens.⁴¹ Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK schützt somit die Freizügigkeit des Asylsuchenden bereits ab illegalem Betreten des Territoriums.

II. Art. 12 IPbpR

Die Rechte des 170 Vertragsstaaten umfassenden Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR) stehen als Menschenrechte gemäß Art. 2 Abs. 1 IPbpR auch Asylsuchenden und Flüchtlingen zu.⁴² Neben der GFK bilden die Rechte aus dem rechtlich bindenden IPbpR daher eine wichtige Quelle für den Flüchtlingsschutz.⁴³

1. Bewegungsfreiheit und Freiheit der Wahl des Aufenthaltsorts, Abs. 1

Art. 12 Abs. 1 IPbpR regelt die Bewegungsfreiheit und freie Wahl des Aufenthaltsorts, statuiert jedoch kein Recht auf Einreise und Aufenthalt.⁴⁴ Die Norm setzt wie Art. 26 GFK die Rechtmäßigkeit des Befindens des Asylsuchenden im Gaststaat voraus, welche sich nach dem nationalen Recht des Gaststaats richtet.⁴⁵ Anders als in Art. 26 GFK spricht die deutsche Fassung statt von Befin-

³⁹ *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl. 2007, S. 413.

⁴⁰ *Noll*, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, S. 1243 (1266, 1272); *Hathaway* (Fn. 33), S. 417.

⁴¹ *Noll*, in: Zimmermann (Fn. 40), S. 1266 f.; *Hathaway* (Fn. 33), S. 417 f.

⁴² UN Human Rights Committee, General Comment No. 31 (80) of 26 May 2004: The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, Rn. 10.

⁴³ Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 121.

⁴⁴ UN Human Rights Committee, General Comment No. 15 of 11 April 1986: The Position of Aliens Under the Covenant, Rn. 5, Dokument verfügbar unter: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/1_Global/INT_CCPR_GEC_6625_E.doc (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Nowak*, UN Covenant on Civil and Political Rights Commentary, 2. Aufl. 2005, Art. 12, Rn. 4.

⁴⁵ UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 4; *Nowak* (Fn. 44),

den von Aufenthalt, könnte also wie in den Art. 19 ff. GFK die Anerkennung des Gaststaates voraussetzen. Hingegen lautet die französische Fassung wie in Art. 26 GFK *se trouver*, nicht *résider* und setzt somit lediglich das Befinden voraus. Für die Auslegung des Art. 26 GFK kommt es daher darauf an, auf welche Sprache abzustellen ist. Bestimmungen dazu finden sich im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK), das Völkergewohnheitsrecht darstellt und nach seinem Art. 1 auf alle Verträge zwischen Staaten – also auch die GFK – Anwendung findet. Da gemäß Art. 53 Abs. 1 IPbpR die deutsche Sprachfassung, anders als die französische (neben den fünf weiteren Amtssprachen der UN), keine authentische Sprache des IPbpR i.S.d. Art. 33 WVK ist, ist vorrangig der französische Wortlaut als eine der sechs authentischen Sprachfassungen heranzuziehen. Die englische Sprachfassung beinhaltet kein Verb („*lawfully within their territory*“) und ist daher für die Auslegung unergiebig. Neben der Auslegung des Wortlauts lässt auch die historische Auslegung nach den *travaux préparatoires* gemäß Art. 32 WVK nicht darauf schließen, dass die Rechtmäßigkeit die Billigung des Befindens durch Gesetz voraussetzt. Jedoch muss der Asylsuchende eine behördliche Aufenthaltsgenehmigung besitzen.⁴⁶ In einigen Staaten erwächst ein Aufenthaltstitel auch ohne Genehmigung der Behörde direkt aus dem Gesetz, solange dem Asylsuchenden der Aufenthalt nicht verweigert wurde. Den Asylsuchenden in diesen Staaten kommt der Schutz des Art. 12 Abs. 1 IPbpR daher schon bei nicht illegaler Überschreitung der Grenze zu. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass (nur) Asylsuchende, deren Antrag rechtmäßig abgelehnt wurde oder deren Aufenthaltsgenehmigung abgelaufen ist, nicht mehr unter Art. 12 Abs. 1 IPbpR fallen.⁴⁷

Art. 12 Abs. 1 IPbpR verpflichtet den Staat nicht nur zur staatlichen, sondern auch zur Gewährung der Freizügigkeit durch Private, etwa im Falle eines Freizügigkeitsverbots durch andere Personen.⁴⁸ Art. 12 Abs. 1 IPbpR verbietet dem Staat somit nicht nur Freizügigkeitsbeschränkungen, sondern legt ihm die Pflicht auf, die Bewegungs- und Aufenthaltswahlfreiheit positiv herzustellen.

2. Ausreisefreiheit, Abs. 2

Anders als die GFK beinhaltet der IPbpR auch externe Freizügigkeitsrechte. Art. 2 Abs. 2 des IPbpR gibt jedermann das Recht, jedes Land zu verlassen, so etwa zum Reisen oder Auswandern sowie zum Flüchten und Schutz suchen.⁴⁹

Art. 12 Rn. 9.

⁴⁶ *Nowak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 10.

⁴⁷ *Ebd.*

⁴⁸ *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 6, 18.

⁴⁹ *Nowak* (Fn. 44), Art. 12, Rn. 17.

Zur Ermöglichung der Ausreise ist der Heimatstaat verpflichtet, dem Ausreisenden Reisedokumente auszustellen.⁵⁰ Da jedoch auch die Ausreisefreiheit von den Einschränkungen des Art. 12 Abs. 3 IPbpR umfasst ist, kann sie z.B. zur Ableistung des Militärdienstes wegen Schutzes der nationalen Sicherheit und öffentlichen Ordnung beschränkt werden.⁵¹

3. Einreisefreiheit, Abs. 4

Gemäß Art. 12 Abs. 4 IPbpR hat jeder das Recht auf Einreise „in sein eigenes Land“. Dieses Recht unterliegt nicht den Beschränkungen aus Abs. 3 und beinhaltet auch das Recht, in „seinem Land“ zu bleiben.⁵² Dieses umfasst nicht nur Staatsangehörige, sondern auch Ausländer und Staatenlose⁵³, die einen dauerhaften Wohnsitz im Aufnahmestaat haben und ihn wegen starker persönlicher und emotionaler Verbindungen als ihren Heimatstaat betrachten.⁵⁴

III. Sonstige universelle Verträge

Noch vor Inkrafttreten des IPbpR und des IPwskR garantierte Art. 5 lit. d i, ii des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) von 1965 die diskriminierungsfreie Bewegungs-, Niederlassungs- und Ausreisefreiheit. Nach einer allgemeinen, materiellrechtlich nicht bindenden⁵⁵ Empfehlung des UN-Fachausschusses zur Anti-Rassismuskonvention (CERD) beinhaltet Art. 5 ICERD auch das Recht von Flüchtlingen auf freiwillige und sichere Rückkehr in ihren Heimatstaat.⁵⁶

Art. 26 des 1960 in Kraft getretenen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen wiederholt für Staatenlose in nahezu gleichem Wortlaut das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 26 GFK. Staatenlose sind Flüchtlingen im Sinne der GFK im Hinblick auf die Freizügigkeit somit gleichgestellt.

⁵⁰ UN Human Rights Committee, Communication No. 57/1979, *Martins v. Uruguay*, U.N. Doc. CCPR/C/15/D/57/1979, §§ 7, 9 f.; 77/1980, §§ 8.2, 8.3; UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 9.

⁵¹ UN Human Rights Committee, Communication No. 492/1992, *Peltonen v. Finland*, U.N. Doc. CCPR/C/51/D/492/1992, §§ 2.1, 3, 6.1, 6.8, 8.2, 8.3, 8.4, 9; vgl. *Jagerskiöld* (Fn. 4), S. 178.

⁵² UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), para 19.

⁵³ *Ebd.*, para 21.

⁵⁴ *Nowak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 52 m.w.N., 58, 61; vgl. UN Human Rights Committee, General Comment No. 27 (Fn. 3), para 20.

⁵⁵ *Thornberry*, *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination – Commentary*, 2016, S. 54.

⁵⁶ *Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, General Recommendation No. 22 zum ICERD, Nr. 2.

IV. Art. 2 und 4 des 4. ZP zur EMRK

1. Bewegungs-, Niederlassungs- und Ausreisefreiheit, Art. 2 ZP 4 zur EMRK

In fast identischem Wortlaut zu Art. 12 Abs. 1 IPbPR beinhaltet das vierte Zusatzprotokoll (ZP) zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) von 1963 die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit⁵⁷ für jede Person, also auch für Ausländer und Staatenlose. Wie im IPbPR wird die Rechtmäßigkeit des Befindens (*se trouver* – auch hier entgegen dem deutschen Wortlaut nicht des Aufenthalts⁵⁸) vorausgesetzt, welche sich nach innerstaatlichem Recht richtet.⁵⁹ Auch Ausländer mit nur kurzfristigem Aufenthalt fallen daher unter den Schutz des Art. 2 ZP 4.⁶⁰ Jedoch müssen sie rechtmäßig eingereist oder ihre Aufenthaltserlaubnis gültig sein.⁶¹ Die Norm enthält wie die GFK und der IPbPR kein Recht auf Einreise, Aufenthalt oder Asyl.⁶² Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK garantiert jeder Person das Recht auf dauerhafte und vorübergehende⁶³ Ausreise aus jedem Konventionsstaat. Art. 2 ZP 4 EMRK schützt außerdem die negative Freizügigkeit im Sinne eines Bleiberechts.⁶⁴ Anders als Art. 12 IPbPR beinhaltet Art. 2 ZP 4 EMRK in Abs. 4 eine Schrankenregelung, nach der das Freizügigkeitsrecht für bestimmte Gebiete Einschränkungen unterworfen werden kann, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sind.

2. Verbot der Kollektivausweisung, Art. 4 ZP 4 zur EMRK

Ausweisungen mehrerer ausländischer Personen nach generellen Kriterien ohne angemessene Einzelfallprüfung sind unabhängig von der Rechtmäßigkeit des

⁵⁷ Hoppe, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2. Aufl. 2015, Art. 2 ZP IV Rn. 4.

⁵⁸ Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 80; Brandl, in: IK-EMRK, 20. EL 2016, Art. 2 ZP IV Rn. 12.

⁵⁹ Vgl. Europäische Kommission für Menschenrechte, Entsch. v. 1.12.1986, Rs. 11825/85, *Udayanan u.a. v. Deutschland*, EuGRZ 1987, 335 (336).

⁶⁰ Rosenmayr, Das Recht auf persönliche Freiheit und Freizügigkeit bei der Einreise von Ausländern, EuGRZ 1988, 152 (158).

⁶¹ Grabenwarter, ECHR, 2014, S. 412; kumulatives Vorliegen voraussetzend *Frowein/Penkert*, EMRK, 3. Aufl. 2009, Art. 2 ZP IV Rn. 2.

⁶² Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 25; Brandl, in: IK-EMRK (Fn. 58), Art. 2 ZP IV Rn. 6; Rosenmayr (Fn. 60), S. 157; v. Arnould (Fn. 7), Rn. 729; zur EMRK siehe EGMR, Entscheidung über die Zulässigkeit v. 16.9.2004 – Rs. 11103/03, *M. G. v. Germany*, rechtliche Würdigung Nr. 1b m.w.N.

⁶³ Grabenwarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 21 Rn. 61.

⁶⁴ Vgl. EGMR, Ur. v. 25.5.2000 – Rs. 46346/99, *Noack and others v. Germany*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2000-VI, S. 14 f., 8 ff.; vgl. Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 58 ff.; *Eichenbofer*, Einreisefreiheit und Ausreisefreiheit, ZAR 2013, 135 (138).

Aufenthalts vorbehaltlos verboten und nicht zu rechtfertigen.⁶⁵ Für eine angemessene Einzelfallprüfung bedarf es zumindest einer Identitätsfeststellung und Information in der Sprache des Betroffenen, sodass dieser in der Lage ist, Argumente gegen seine Ausweisung vorzubringen.⁶⁶ Geschützt sind über den Wortlaut hinaus auch Staatenlose.⁶⁷ Das Verbot der Kollektivausweisung greift auch bei Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt außerhalb des eigenen Territoriums, etwa bei der Zurückweisung von Flüchtlingsbooten auf hoher See.⁶⁸ Neben der Gruppe von Menschen, die als Kollektiv ausgewiesen werden soll, sind auch die Individuen Schutzobjekte der Norm, sodass es sich um ein individuelles Recht des Einzelnen handelt.⁶⁹ Für den Flüchtlingsschutz ist die Vorschrift insofern von Bedeutung, dass Staaten auch bei der Ankunft einer Großzahl von Flüchtlingen der Pflicht zur Einzelfallprüfung nachkommen müssen, um einen Verstoß gegen Art. 4 ZP 4 zu vermeiden.⁷⁰

V. Weiteres regionales Völkerrecht

Art. 22 der Amerikanischen Konvention über Menschenrechte (AMRK) von 1969 und Art. 12 der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker (Banjul-Charta) von 1981 enthalten lange Kataloge an Freizügigkeitsrechten. Art. 22 Abs. 1 AMRK und Art. 12 Banjul-Charta gewähren jeweils interne Freizügigkeit für sich im Hoheitsgebiet rechtmäßig aufhaltende Personen. Abs. 2 schützt jeweils die Ausreisefreiheit, in der Banjul-Charta unter dem Vorbehalt u.a. der „public health and morality“. Wie Art. 14 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) beinhalten Art. 22 Abs. 7 AMRK und Art. 12 Abs. 3 Banjul-Charta das Recht eines jeden, in ausländischem Hoheitsgebiet um Asyl zu suchen und zu genießen. Art. 22 Abs. 7 AMRK gewährleistet zudem, Asyl nach nationalem Recht zu erhalten. Der Wortlaut des Art. 22 Abs. 7 Banjul-Charta geht somit weiter als andere Frei-

⁶⁵ EGMR, Urt. v. 20.9.2007 – Rs. 45223/05, *Sultani v. France*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2007-IV, 69 ff., Rn. 81; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in: HK-EMRK, 4. Aufl. 2017, Art. 4 ZP IV Rn. 1.

⁶⁶ EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., Rn. 178, 185; EGMR, Urt. v. 20.9.2007 – Rs. 45223/05, *Sultani v. France*, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2007-IV, 69 ff., Rn. 81.

⁶⁷ EGMR, Urt. v. 3.7.2014 – Rs. 13255/07, *Georgia v. Russia*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2014-IV, 109 ff., Rn. 168, 170.

⁶⁸ EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., Rn. 178, 180.

⁶⁹ Vgl. EGMR, Urt. v. 5.2.2002 – Rs. 51564/99, *Čonka v. Belgium*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2002-I, 93 ff., Rn. 56 ff.; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK (Fn. 63), § 21 Rn. 74.

⁷⁰ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 63), § 21 Rn. 75.

zügigkeitsrechte und deutet auf ein Recht zum Betreten fremden Territoriums hin. Art. 22 Abs. 9 AMRK und Art. 12 Abs. 5 Banjul-Charta beinhalten das Verbot von Kollektivausweisungen. Die AMRK hat 24 Vertragsparteien und umfasst damit große Teile Mittel- und Südamerikas. Weder die USA, noch Kanada sind der Konvention beigetreten. Die Banjul-Charta wurde von allen 54 Mitgliedstaaten der Afrikanischen Union (AU) ratifiziert.

Art. 9 Nr. 2 lit. f. der Flüchtlingskonvention der Organisation für Afrikanische Einheit (Kampala-Konvention) von 1969 stellt das Recht auf interne Freizügigkeit von Binnenvertriebenen unter den Vorbehalt u.a. der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit.

Art. 26 bis 28 der Arabischen Charta der Menschenrechte (ArabChMR) von 2004 schützen die interne Freizügigkeit, die Ausreisefreiheit, das Bleibe- und das Rückkehrrecht und das Recht, in einem anderen Land Asyl zu suchen. Das Freizügigkeitsrecht darf nur im Falle eines Notstands nach Art. 4 ArabChMR eingeschränkt werden, wovon nach Abs. 2 jedoch Art. 27 und 28 ausgenommen sind.

VI. Das völkergewohnheitsrechtliche Fremdenrecht

Staaten müssen den ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Ausländern nach dem gewohnheitsrechtlich anerkannten fremdenrechtlichen Mindeststandard bestimmte Rechte gewähren.⁷¹ Grundprinzip des völkergewohnheitsrechtlichen Fremdenrechts ist, dass ein Fremder kein Recht auf Zutritt zum Staatsgebiet hat, da dieses Recht dem freien Ermessen des Zielstaates unterliegt.⁷² Hier zeigt sich die Durchsetzung der Lehren *Pufendorfs* und *Wolffs*.⁷³ Zugleich darf fremden Staatsangehörigen jedoch das Verlassen des Staatsterritoriums grundsätzlich nicht verboten werden.⁷⁴ Auf Freizügigkeitsrechte könnte sich das Fremdenrecht nur dann erstrecken, wenn sich aus dem Mindeststandard ein allgemeines, gewohnheitsrechtlich anerkanntes Diskriminierungsverbot ableiten ließe.⁷⁵ Dies kann jedoch dahinstehen, wenn das Fremdenrecht für den Flüchtlingsschutz ohnehin von nur geringer Bedeutung wäre. Dafür spricht die Form der Durchsetzung des Fremdenrechts. Idee dessen ist es, dass der Heimatstaat die dem Fremden ergangenen Rechtsverletzungen im eigenen Namen gegenüber dem Aufenthaltsstaat geltend macht (sog. diplomatischer Schutz).⁷⁶ Dem Individu-

⁷¹ *Schöbener*, Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen, 2014, S. 101.

⁷² *Tomuschat* (Fn. 23), S. 761 m.w.N.

⁷³ Siehe oben **B**.

⁷⁴ *Tomuschat* (Fn. 23), S. 758.

⁷⁵ Ablehnend *Schöbener* (Fn. 71), S. 104.

⁷⁶ v. *Arnauld* (Fn. 7), Rn. 593.

um fehlt es also an einem subjektiven, durchsetzbaren Recht im fremden Staat. In Fällen von Flüchtlingsrechtsverletzungen kann das Fremdenrecht somit keinen großen Beitrag leisten, da der Heimatstaat nicht willens oder in der Lage sein wird, Rechtsansprüche eines Geflüchteten geltend zu machen.⁷⁷ Das Fremdenrecht kann für die Freizügigkeit im Rahmen des Flüchtlingsschutzes somit nicht effektiv herangezogen werden.

VII. Deklarationen der UN-Generalversammlung

Das Recht auf Freizügigkeit in Art. 13 Abs. 1, Abs. 2 AEMR von 1948⁷⁸ setzt anders als die vorangehend untersuchten Freizügigkeitsrechte keine Rechtmäßigkeit des Befindens voraus. Zwar finden sich keine Vorbehalte in Art. 13 selbst, jedoch gelten die allgemeinen Vorbehalte des Art. 29 Abs. 2 AEMR. Die Menschenrechtserklärung ist als Resolution der UN-Generalversammlung als solche nicht rechtlich bindend. Auch wenn es sich bei einem Großteil der Artikel um Gewohnheitsrecht handelt,⁷⁹ fallen die Bestimmungen des Art. 13 nicht unter die gewohnheitsrechtlich geltenden Bestimmungen der AEMR. Wegen der später geschlossenen, abweichenden Vereinbarungen zur Freizügigkeit in der GFK und im IPbpR fehlt es dafür an einer tragenden Rechtsüberzeugung (*opinio iuris*) der Staatengemeinschaft. Folglich ergibt sich aus Art. 13 AEMR kein völkerrechtlich bindendes Recht auf Freizügigkeit. Aus Art. 14 Abs. 1 AEMR ergibt sich kein Recht auf Asyl,⁸⁰ dafür aber das Recht, Asyl zu „genießen“. Diese oft übersehene Bestimmung verdeutlicht, dass Flüchtlingsrechte nicht willkürlich entzogen oder von Dritten in Frage gestellt werden dürfen und dass sie nicht nur der gütigen Toleranz (im eigentlichen Sinne des Duldens) des Gaststaates entspringen, sondern auch positiv der Herstellung eines menschenwürdigen Aufenthalts dienen sollen.

Art. 3 Abs. 1 der Erklärung über territoriales Asyl von 1967 verbietet die Zurückweisung an der Grenze (*Refoulement*).⁸¹ Es ist die einzige völkerrechtliche Erklärung, die ausdrücklich die Zurückweisung an der Grenze verbietet. Die Vorschrift steht jedoch unter dem Vorbehalt der nationalen Sicherheit und des Bevölkerungsschutzes des Art. 3 Abs. 2.

⁷⁷ Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 79, 110.

⁷⁸ Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, A/RES/217 A (III).

⁷⁹ Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 177, 608 m.w.N.; vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 16. Aufl. 2017, § 47 Rn. 3.

⁸⁰ Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 787; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 25; vgl. *d'Orsi*, La pérégrination du migrant: l'espoir contraint, in: Goodwin-Gill/-Weckel, Protection des migrants et des réfugiés au XXIe siècle – Aspects de droit international, 2015, S. 51 (56).

⁸¹ Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII).

Nach Art. 5 Abs. 2 lit. a, Abs. 3 der Erklärung von 1985 über die Menschenrechte von Personen, die nicht Staatsangehörige des Landes sind, in dem sie leben,⁸² genießen Ausländer unter weitreichendem Vorbehalt Bewegungs-, Niederlassungs- und Ausreisefreiheit auf dem Territorium des Gaststaates. Wie beschrieben, kommt den Resolutionen der UN-Generalversammlung keine Rechtsverbindlichkeit zu. Dies zeigt ein Umkehrschluss aus Art. 25 UNCh. Danach sind nur die Beschlüsse des UN-Sicherheitsrats verbindlich. Resolutionen stellen hingegen lediglich *soft law* dar und können zur Auslegung von verwandten Verträgen herangezogen werden,⁸³ vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c, 32 WVK.

VIII. Abgrenzungen

Neben Freizügigkeitsrechten gewähren auch andere Rechte die Freiheit, sich zu bewegen und Orte aufzusuchen oder zu verlassen. Daher bedarf es im Folgenden einer Abgrenzung dieser verschiedenen Rechte. Zudem stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis Freizügigkeitsrechte zu den Menschenrechten stehen, etwa, ob sie ihnen als *legi speciali* vorgehen.

1. Freizügigkeit und persönliche Freiheit

In Art. 4 der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen noch unter das weite „*droit à la liberté*“ fallend, emanzipierte sich das Freizügigkeitsrecht bereits zwei Jahre später in der französischen Verfassung von 1791 vom Recht auf persönliche Freiheit.⁸⁴ Seitdem stehen Freizügigkeitsrechte in Konkurrenz zu Rechten der persönlichen Freiheit, die im jeweils gleichen Vertrag verbürgt sind. Im Rahmen der EMRK ist Art. 2 ZP 4 subsidiär zu Art. 5, wenn eine (intensivere) Freiheitsentziehung, nicht lediglich eine Freiheitsbeschränkung vorliegt.⁸⁵ Dies ist der Fall, wenn nach Typus, Art, Dauer und Wirkung der Maßnahme nicht nur die bloße Bewegungsfreiheit, sondern die physische Freiheit berührt ist.⁸⁶ Auch im Rahmen des IPbpR sieht der UN-Menschenrechtsausschuss eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 bei räumlich weniger einschränkenden Maßnahmen als gegeben an, etwa bei innerstaatlicher Verbannung.⁸⁷ Freizügigkeitsrecht und persönliche Freiheit (Art. 9 Abs. 1 IPbpR) können daher zwar im selben

⁸² Declaration on the Human Rights of Individuals Who Are Not Nationals of the Country in Which They Live, 13 December 1985, A/RES/40/144.

⁸³ v. Arnould (Fn. 7), Rn. 277 f.

⁸⁴ McAdam (Fn. 22), S. 12.

⁸⁵ Vgl. EGMR, Urt. v. 6.11.1980 – Rs. 7367/76, *Guzzardi v. Italy*, Series A 39, 4-64, Rn. 92 ff.; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 123 f.

⁸⁶ EGMR, Urt. v. 28.5.1985 – Rs. 8225/78, *Ashingdane v. The United Kingdom*, Series A 93, 4-46, Rn. 41.

⁸⁷ UN Human Rights Committee, Communication Nos. 241, 242/1987, *F. Birindwa ci Bithashwiva, E. Tshisekedi wa Mulumba v. Zaïre*, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/242/1987, § 13 a, b; *Novak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 12.

Sachverhalt nebeneinander einschlägig sein. Regelmäßig wird die Verletzung eines Freizügigkeitsrechts jedoch bei räumlich weniger einschneidenden Maßnahmen angenommen.

2. Flüchtlingsrecht und Menschenrechte

Mit Art. 14 AEMR befindet sich ein auf Flüchtlinge bezogenes Recht in einem *Menschenrechtskatalog*. Gleichzeitig verweist die Präambel der GFK auf die AEMR. Diese gegenseitigen Bezüge zeigen, dass Flüchtlingsschutz und Menschenrechte nicht isoliert voneinander zu betrachten sind. Da Menschenrechte gemäß Art. 2 AEMR ohnehin jeder Person zustehen, geht das Flüchtlingsrecht den Menschenrechten nicht etwa als *lex specialis* vor. Vielmehr ist das Flüchtlingsrecht ergänzender und ergänzungsbedürftiger Teil des völkerrechtlichen Menschenrechtssystems.⁸⁸ Es stellt auf den Flüchtlingsschutz zugeschnittene Pflichten der Staaten heraus, die bei der Anwendbarkeit von Menschenrechten durch diese ergänzt werden. Die aufgezeigten Freizügigkeitsrechte aus den verschiedenen Katalogen kommen Schutzsuchenden also nebeneinander zu. Dies ist v.a. dann relevant, wenn ein Staat nicht Vertragspartei von flüchtlingsschützenden Verträgen ist, da er in dem Falle durch das internationale Menschenrechtssystem vertraglich oder gewohnheitsrechtlich gebunden werden kann.⁸⁹

D. Die Bedeutung für den Flüchtlingsschutz: Freizügigkeitsbeschränkungen im Einzelnen

Die aufgezeigten Freizügigkeitsrechte sind für den Flüchtlingsschutz dann von Bedeutung, wenn konkrete Einschränkungen nicht gerechtfertigt werden können. Im Folgenden werden beispielhaft einzelne Fälle von Freizügigkeitsbeschränkungen gegenüber Flüchtlingen auf den Prüfstein der aufgezeigten Rechte gestellt.

I. Ausreiseverbote

Die Ausreise ist der erste Schritt auf der Flucht eines Asylsuchenden. Die Ausreisefreiheit ist im Flüchtlingsrecht daher von großer Relevanz. Da eine Person auf der Flucht oftmals mehrere Länder durchreist, kommt nicht nur der Heimatstaat als Adressat des Verbots in Betracht, sondern auch Transitländer wie derzeit die Türkei oder Libyen. Die Ausreisefreiheit ist in Art. 12 Abs. 2 IPbPR und in Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK statuiert.

⁸⁸ Vgl. Erklärung der Vertragsparteien zur GFK/Protokoll, 13.12.2001, U.N. Doc. EC/52/SC/CRP.9/Rev.1, Teil II, Präambel Rn. 2; vgl. *Haedrich* (Fn. 29), S. 61 f.; vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 4 f., 75.

⁸⁹ *Edwards* (Fn. 8), S. 299.

1. Verbot durch den Herkunftsstaat

Bezüglich der Heimatstaaten haben die Vorschriften mit dem Ende sozialistischer Isolationspolitik und dem Fall der Berliner Mauer an Bedeutung verloren. So kommt ein Großteil der Asylsuchenden aus Staaten, die nicht durch Mauern umgrenzt werden und daher relativ einfach verlassen werden können. Dennoch können Staaten auch heute ein Interesse am Verbleib ihrer Bürger haben. Art. 12 Abs. 3 IPbpR gibt Staaten grundsätzlich das Recht, ihren Staatsangehörigen die Ausreise wegen des noch nicht abgeleisteten Militärdienstes zu verweigern. Das Recht auf Ausreise des Einzelnen soll in diesem Fall hinter dem staatlichen Interesse der nationalen Sicherheit und Ordnung zurück treten.⁹⁰ Allerdings kann gerade die Wehrdienstpflicht der Grund für die Flucht sein, etwa in Eritrea. Wehrpflichtigen Ausreisenden steht das Recht zum Verlassen des Staates daher nur zu, wenn die Ausreiseverweigerung wegen des abzuleistenden Wehrdienstes gemäß Art. 12 Abs. 3 IPbpR gegen andere Rechte aus dem IPbpR verstößt oder die Einschränkung unverhältnismäßig ist.⁹¹ In Eritrea dauert der Wehrdienst zwar zunächst 18 Monate, nach dieser Zeit wird die Dienstpflicht jedoch oftmals um unbestimmte Zeit verlängert, sodass Wehrpflichtige teilweise Jahrzehnte dem Militär dienen müssen.⁹² Der Regierung Eritreas werden – auch wegen des überlangen Wehrdienstes – Menschenrechtsverletzungen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorgeworfen.⁹³ Wehrpflichtige werden unter menschenunwürdigen Bedingungen u.a. durch Zwangsarbeit und sexuellen Missbrauch selbst Opfer des Regimes.⁹⁴ Es spricht somit vieles dafür, dass die Wehrpflicht in Eritrea in jetziger Form eine unverhältnismäßige und daher nicht zu rechtfertigende Einschränkung des Art. 12 Abs. 2 IPbpR darstellt. Für Schutzsuchende aus Eritrea und anderen Staaten mit einer ähnlichen Wehrpflicht bedeutet dies, dass sie gemäß Art. 12 Abs. 2 IPbpR ein Recht auf Ausreise aus ihrem Heimatstaat haben.

Auch potentielle Zielstaaten können ein Interesse am Verbot der Ausreise aus dem Herkunftsstaat haben. Eine verbreitete Methode zur Verhinderung der Einreise (*non-entrée*) sind Visa-Pflichten und Kontrollen an Flughäfen des Her-

⁹⁰ Siehe oben **C. II. 2.**

⁹¹ *Nowak* (Fn. 44), Art. 12 Rn. 36 f.

⁹² *Scheen*, Ein Jahrzehnt lang Grundwehrdienst, FAZ, 22.4.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/afrika/menschen-verlassen-eritrea-wegen-repressionen-13552343.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁹³ *OHCHR*, UN Inquiry reports gross human rights violations in Eritrea, 8.6.2015, abrufbar unter:

www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/CoIEritrea/Pages/ReportCoIEritrea.aspx (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁹⁴ *Ebd.*

kunftslandes.⁹⁵ Schutzsuchenden ohne Visum wird schon vor Betreten des Flugzeugs, also noch vor der Ausreise, die Einreise verweigert.⁹⁶ Im Falle der Kooperation zwischen Ziel- und Herkunftsland oder schlichter Duldung der Kontrollen auf dem eigenen Territorium verhindert der Heimatstaat die Ausreise des Schutzsuchenden. Dies schränkt den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 IPbpR ein und steht daher nur bei hinreichender Rechtfertigung im Einklang mit dem Freizügigkeitsrecht.⁹⁷

2. Bilaterale Abkommen

Von großer Relevanz für derzeitige Flüchtlingsbewegungen sind auch Abkommen der Zielstaaten mit Transitländern, die Flüchtlinge vom Passieren der Grenze abhalten, z.B. im Rahmen der EU-Türkei-Vereinbarung v. 18.3.2016,⁹⁸ nach deren Art. 3 die Türkei alle erforderlichen Maßnahmen ergreifen soll, um neue See- oder Landwege für die illegale Migration aus der Türkei in die EU zu verhindern. Ein Ausreiseverbot ist gemäß Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK nur dann gerechtfertigt, wenn bereits schwere Verstöße gegen Einwanderungsgesetze durch den Ausreisewilligen stattfanden, eine Wiederholungsgefahr gegeben ist und andere persönliche Gründe in einer Abwägung nicht gegen das Verbot sprechen.⁹⁹ Dies dürfte bei Flüchtlingen etwa aus Syrien nur selten der Fall sein. Da die Türkei zwar (noch) Mitglied der EMRK und des Europarats ist, das vierte ZP jedoch nicht ratifiziert hat,¹⁰⁰ gelten die Verpflichtungen aus Art. 2 Abs. 2 ZP 4 EMRK für sie nicht. Jedoch gilt für sie ebenso wie für andere Transitländer Art. 12 Abs. 2 IPbpR. Ungerechtfertigte Ausreiseverhinderungen an der Grenze sind mit dem Recht auf Ausreise im IPbpR daher unvereinbar.¹⁰¹

⁹⁵ *Hathaway* (Fn. 33), S. 291 ff.

⁹⁶ So das *House of Lords*, Urt. v. 9.12.2004, *Regina (on the application of European Roma Rights Center) v. Immigration Officer, at Prague Airport*, [2004] UKHL 55.

⁹⁷ *Hathaway* (Fn. 33), S. 309, 312 f.; vgl. *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 10; vgl. *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 381 f.

⁹⁸ Veröffentlicht ist nur das Statement des Europäischen Rats, abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁹⁹ *EGMR*, Urt. v. 27.11.2012 – Rs. 29713/05, *Stamose v. Bulgaria*, Reports of Judgments and Decisions *EGMR*, 2012-VI, 9 ff., Rn. 35.

¹⁰⁰ Ebenso Griechenland, siehe: http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/046/signatures?p_auth=YUpWYwMQ (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹⁰¹ Keinen Unterschied zur Berliner Mauer sehend *Lehnert/Markard* (Fn. 34), S. 199; *Fischer-Lescano/Löhr/Tobidipur*, Border Controls at Sea: Requirements under International Human Rights and Refugee Law, *IJRL* 21 (2009), 256 (278 f.).

II. Kollektivausweisungen und Kollektivabweisungen

Die Zurückweisung an der Grenze ist ein weltweit bekanntes Problem. Ob Tibeter an der chinesischen Grenze zu Nepal, Vietnamesen an der Grenze zu Thailand, Kosovo-Albaner an der Grenze zu Griechenland oder europäische Juden vor der Küste Kubas¹⁰²: Zurückgewiesenen kann im Herkunftsstaat Schreckliches widerfahren. Nach Art. 3 Abs. 1 der Erklärung über territoriales Asyl¹⁰³ darf „Niemand [...] Maßnahmen unterworfen werden wie der Zurückweisung an der Grenze.“ Zu einem solch klaren Ausspruch konnte sich die Staatengemeinschaft in rechtlich verbindlicher Weise bisher noch nicht durchringen. Im Zuge von Schwierigkeiten bei der Ankunft einer Großzahl von Flüchtlingen können Staaten ein Interesse daran haben, möglichst viele Flüchtlinge bereits von der Einreise abzuhalten oder im Falle illegaler Einreise kollektiv auszuweisen. Art. 4 ZP 4 EMRK setzt dem Grenzen und stellt Bedingungen für die Ausweisung mehrerer Personen auf einmal auf.¹⁰⁴

Flüchtlinge kommen seit Jahren aus Nord- und Westafrika über den Seeweg nach Europa. Um illegale Zuwanderung zu bekämpfen, erstrecken Staaten die Einwanderungskontrolle auf die hohe See. Neben Verstößen der Staaten gegen Menschenrechte, wie Art. 33 Abs. 1 GFK, Art. 7 IPbPR und Art. 3 EMRK,¹⁰⁵ kommt dabei ein Verstoß gegen das Verbot der Kollektivausweisung aus Art. 4 ZP 4 EMRK in Betracht. In diesem Zusammenhang befand der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)* Folgendes: Werden die Voraussetzungen¹⁰⁶ für Ausweisungen nach Art. 4 ZP 4 nicht erfüllt, insb. die Einzelfallprüfung, sind sog. „Pullback“-Operationen konventionsrechtswidrig. Staaten ist es verboten, Flüchtlingsboote auf hoher See abzufangen und zurückzuführen, wenn keine Feststellung der Identität und weitere Prüfung der individuellen Situation stattfindet.¹⁰⁷ Der *EGMR* stellt damit fest, dass Staaten auch außerhalb ihres Territoriums bei der Ausübung von Hoheitsgewalt keine Ausweisungen i.S.d. Art. 4 ZP 4 EMRK vornehmen dürfen. Daran änderte auch das 2008 mit Liby-

¹⁰² Mit zahlreichen weiteren Beispielen und Nachweisen *Hathavay* (Fn. 33), S. 280 ff.

¹⁰³ Declaration on Territorial Asylum, 14 December 1967, A/RES/2312(XXII).

¹⁰⁴ Siehe oben **C. IV. 2.**

¹⁰⁵ *Papastavridis*, Rescuing Migrants at Sea: The Responsibility of States under International Law, in: Goodwin-Gill/Weckel, Migration and Refugee Protection in the 21st Century – International Legal Aspects, 2015, S. 269 (299 ff.).

¹⁰⁶ Siehe oben **C. IV. 2.**

¹⁰⁷ *EGMR*, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions *EGMR*, 2012-II, 97 ff., Rn. 159 ff.; vgl. *UNHCR Executive Committee*, Beschl. Nr. 97 (LIV) 2003, Rn. a IV; *Goodwin-Gill*, The Movements of People between States in the 21st Century: An Agenda for Urgent Institutional Change, *IJRL* 23 (2011), 443 (455); zu den Rettungspflichten auf hoher See nach dem Völkerseerecht siehe *Papastavridis* (Fn. 105), S. 273 ff.

en geschlossene Kooperationsabkommen nichts.¹⁰⁸ Flüchtlingen kommt somit schon vor Ankunft auf dem Territorium des Zielstaates der Schutz der EMRK zu. Daraus folgt, dass Flüchtlinge nur unter den auf hoher See schwer zu erfüllenden Voraussetzungen des Art. 4 ZP 4 EMRK vom Erreichen der Grenze abgehalten werden dürfen.¹⁰⁹

Im Fall *Khlaifia*, der ebenfalls Art. 4 ZP 4 EMRK betraf, ging es um die Abschiebung dreier Tunesier aus Italien. Die beiden Staaten hatten 2011 ein Rückführungsabkommen geschlossen, das ein vereinfachtes Verfahren für die Rückführung illegal eingereister Tunesier vorsah. Der *EGMR* entschied, dass die bloße Identifizierung der Flüchtlinge durch den tunesischen Konsul nicht für die erforderliche Einzelfallprüfung ausreichte.¹¹⁰

Ähnlich verhielt es sich im Fall *Sbarifj*, in dem Flüchtlinge innereuropäisch ohne Einzelfallprüfung von Italien nach Griechenland ausgewiesen wurden. Italien berief sich auf die Zuständigkeit Griechenlands nach dem Dublin II-System der EU. Der *EGMR* entschied, dass das Dublin II-System mit der Konvention in vereinbar Weise angewandt werden müsse und daher eine mit Art. 4 ZP 4 EMRK unvereinbare Kollektivausweisung nicht rechtfertigen könne.¹¹¹

Zusammenfassend können die Vertragsstaaten der EMRK weder unter Berufung auf die Ankunft einer Großzahl an Flüchtlingen, noch nach Abkommen mit Herkunfts- oder Transitländern, noch nach EU-Recht auf die Pflicht zur Einzelfallprüfung verzichten. Das Freizügigkeitsrecht aus Art. 4 ZP 4 EMRK stellt somit eine wichtige Norm für den Flüchtlingsschutz dar, insbesondere, weil der *EGMR* eine Verletzung des Rechts feststellen und auch zur Entscheidung über die Nichtbefolgung eines Urteils angerufen werden kann.

III. Gewahrsam und „Hotspots“

Asylsuchende werden von zahlreichen Staaten wegen illegaler Einreise, fehlender Aufenthaltsgenehmigung oder baldiger Abschiebung in Gewahrsam ge-

¹⁰⁸ Vgl. *Goodwin-Gill* (Fn. 107), S. 456.

¹⁰⁹ Vgl. *Lehnert/Markard* (Fn. 34), S. 197.

¹¹⁰ *EGMR*, Urt. v. 1.9.2015 – Rs. 16483/12, *Khlaifia and others v. Italy*, Rn. 145 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157277> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018) – das im Ergebnis abweichende Endurteil der *Großen Kammer* v. 15.12.2016 in dieser Sache, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170054> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018) bezieht sich nicht auf diesen Punkt.

¹¹¹ *EGMR*, Urt. v. 21.10.2014 – Rs. 16643/09, *Sbarifj et autres v. Italie et Grèce*, Rn. 193 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147287> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

nommen.¹¹² Dabei dient vorübergehender Gewahrsam im Transitbereich wachsend auch der Migrationskontrolle,¹¹³ in Europa etwa auf Malta, in Italien oder Griechenland. Die sog. „Verwaltungshaft“¹¹⁴ in den eingerichteten „Hotspots“ soll dazu dienen, erste Verfahrensschritte (Identifizierung, Screening, Zuweisung) effizient und schnell durchzuführen, die Rückführungen im Rahmen des EU-Türkei-Abkommens zu organisieren und eine Weiterflucht in andere EU-Länder zu vermeiden.¹¹⁵ Ein im April 2016 in Kraft getretenes griechisches Gesetz sieht vor, dass alle Ankommenden zunächst drei bis 25 Tage in den Lagern verbleiben.¹¹⁶ Gewahrsam für Asylbewerber ist bis zur Klärung der Rechtsstellung unter bestimmten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig,¹¹⁷ vgl. Art. 9, 31 Abs. 2, 32 Abs. 2, 3 GFK. Sie darf jedoch gemäß Art. 31 Abs. 1 GFK keine Bestrafung für die illegale Einreise sein.

Wegen der strengen Einreisebedingungen der Zielstaaten verbleibt Schutzsuchenden zumeist einzig die illegale Einreise in den Zielstaat.¹¹⁸ Art. 31 Abs. 2 GFK sieht für sich unrechtmäßig im Land aufhaltende Flüchtlinge vor, dass nur notwendige Beschränkungen ihrer Freizügigkeit zulässig sind.¹¹⁹ Dies setzt voraus, dass der Gewahrsam einem gesetzlich vorgesehenen, legitimen Ziel des Aufnahmestaates dient und in Ansehung des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Menschenrechte¹²⁰ nicht unverhältnismäßig ist.¹²¹ Als legitimes Ziel kommen insbesondere die Feststellung der Identität¹²² und die nationale Sicherheit im Falle eines „Massenzustroms“¹²³ in Betracht, nicht aber die Abschreckung

¹¹² *Hathaway* (Fn. 33), S. 370 ff. m.w.N.

¹¹³ *Vohra*, Detention of Irregular Migrants and Asylum Seekers, in: Cholewinski/-Perruchoud/MacDonald, *International Migration Law*, 2007, S. 49 (49).

¹¹⁴ Dazu *Parashar*, Human Rights of Refugees, in: Islam/Bhuiyan, *An Introduction to International Refugee Law*, 2013, S. 357 (373).

¹¹⁵ *Markard/Heuser*, „Hotspots“ an den EU-Außengrenzen: Menschen- und europarechtswidrige Internierungslager, ZAR 2016, 165 (166, 168) m.w.N.

¹¹⁶ Gesetz Nr. 4375/2016, zitiert aus und abrufbar über refworld: <http://www.refworld.org/docid/573ad4cb4.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹¹⁷ UNHCR *Executive Committee*, Beschl. Nr. 44 (XXXVII) 1986, abrufbar unter: www.unhcr.org/4aa764389.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 522.

¹¹⁸ *Noll*, in: Zimmermann (Fn. 40), S. 1246.

¹¹⁹ Siehe oben **C. I. 2.**

¹²⁰ Siehe z.B. Art. 9 IPbpR, Art. 5 EMRK, Art. 7 AMRK, Art. 6 Banjul-Charta.

¹²¹ *Federal Court of Australia*, Urt. v. 15.4.2003, *Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs v. Al Masri*, 126 FCR 54, Rn. 153; *Noll*, in: Zimmermann (Fn. 40), S. 1268 ff.; UNCHR, Revised Guidelines on Applicable Criteria, Guideline 3, S. 4.

¹²² UNHCR *Executive Committee*, Beschl. Nr. 44 (XXXVII) 1986 (Fn. 117), Rn. b; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 462.

¹²³ *House of Lords*, Urt. v. 31.10.2002, R. (*on the application of Saadi*) v. *Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 41, Rn. 24; *Hathaway* (Fn. 33), S. 419 f.

weiterer potentieller Flüchtlinge.¹²⁴ Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK beschränkt somit die Möglichkeit der Verwahrung in sog. „Hotspots“ auf die notwendige Zeit zur Feststellung der Identität, wenn eine Internierung im Einzelfall nicht schon von vornherein unverhältnismäßig ist. Die Vorschrift verpflichtet damit den Staat, alle möglichen Mittel zu ergreifen, die Internierung zu verhindern oder baldmöglichst zu beenden.

Zwar erfüllt das Festhalten bei der Einreise an einem eng umgrenzten Ort auch den Tatbestand der Einschränkung der Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK,¹²⁵ im Falle von intensiver Überwachung hat der EGMR jedoch auf den vorrangigen Art. 5 EMRK (persönliche Freiheit) abgestellt.¹²⁶ Im Regelfall stellt das Einschließen von Schutzsuchenden in Internierungslagern somit eine als Freiheitsentziehung nur subsidiäre und nicht zu prüfende Einschränkung des Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK dar,¹²⁷ wobei es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.¹²⁸ Auch im Rahmen des IPbpR stellt der Freiheitsentzug vorrangig eine Einschränkung der persönlichen Freiheit nach Art. 9 Abs. 1 IPbpR, keine Beschränkung der Freizügigkeit nach Art. 12 Abs. 1 IPbpR dar.¹²⁹

Relevant werden die Freizügigkeitsrechte für den Flüchtlingsschutz im Rahmen der Internierung also v.a. dann, wenn die Umstände des Festhaltens gelockert sind. Ist die Unterkunft z.B. nicht geschlossen und findet keine intensive Überwachung statt, liegt keine Einschränkung der persönlichen Freiheit vor. In dem Falle gewähren die völkerrechtlichen Freizügigkeitsrechte den Asylsuchenden zumindest nach Antragstellung Schutz vor dem Festhalten an einem „Hot-spot“ oder sonstiger Internierung. Davor setzt Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK der Internierung, ihrer Dauer und Intensität Grenzen.

¹²⁴ *New Zealand Court of Appeal*, Urt. v. 16.4.2003, *Attorney-General v. Refugee Council of New Zealand, Inc.*, [2003] 2 NZLR 577, Rn. 101; *Hathaway* (Fn. 33), S. 422.

¹²⁵ Vgl. *Rosenmayr* (Fn. 60), S. 158.

¹²⁶ EGMR, Urt. v. 25.6.1996, Rs. 19776/92, *Amuur v. France*, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1996-III, 827 ff., Rn. 37 ff.

¹²⁷ Vgl. *Markard*, Möglichkeiten und Grenzen einer menschenrechtskonformen Ausgestaltung von sogenannten „Hotspots“ an den europäischen Außengrenzen, Rechtsgutachten, 4.4.2016, S. 25, abrufbar unter: <https://www.jura.uni-hamburg.de/media/ueber-die-fakultaet/personen/markard-nora/markard-heuser-hotspots-2016.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹²⁸ Vgl. oben **C. VIII. 1.**

¹²⁹ *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 7.

IV. Freizügigkeitsbeschränkende Aufenthaltsgenehmigungen

Die Aufenthaltsbefugnis kann dem *Bundesverwaltungsgericht* (BVerwG) und dem *EGMR* zufolge von vornherein räumlich beschränkt werden, vgl. Art. 12 Abs. 2 S. 2 AufenthG. Danach ist ein Aufenthalt nur im Rahmen der örtlichen Begrenzungen und anderer Bedingungen der Aufenthaltsgenehmigung rechtmäßig.¹³⁰ Die Rechtmäßigkeit des Aufenthalts des Asylsuchenden richtet sich dann nach der vorherigen nationalen räumlichen Beschränkung der Aufenthaltsbefugnis. Nach Ansicht der Literatur und des UN-Menschenrechtsausschusses verkommt die Freizügigkeitsgarantie hingegen zu einem schlichten Gunsterweis, wenn die Staaten den Schutzbereich der Freizügigkeit der Ausländer beliebig einschränken könnten. Daher dürften Einschränkungen der internen Freizügigkeit von sich rechtmäßig im Staat befindlichen Ausländern nur unter den Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 3 ZP 4 EMRK¹³¹ bzw. des Art. 12 Abs. 1, 3 IPbPR.¹³² zulässig sein.

Für die zweite Ansicht spricht, dass bei teleologischer Betrachtung die Freizügigkeitsrechte vollständig ihren materiellrechtlichen Gehalt verlören, wenn der Staat über die nationale Ausformung der Rechtmäßigkeit des Aufenthalts das gewährte Recht nach Belieben einschränken könnte. Nach dem völkerrechtlichen Grundsatz *verba ita sunt intelligenda ut res magis valeat quam pereat* sind Wörter so auszulegen, dass sie ihre Bedeutung eher erhalten als verlieren.¹³³ Folglich muss die Rechtmäßigkeit mit der zweiten Ansicht so ausgelegt werden, dass die Freizügigkeitsgarantien aus Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK bzw. Art. 12 Abs. 1 IPbPR nur im Rahmen ihrer eigenen Vorbehalte jeweils aus Abs. 3 eingeschränkt werden können. Dafür spricht auch Art. 26 GFK. Könnte die Rechtmäßigkeit in jedem einzelnen Fall von vornherein beschränkt werden, verstieße dies gegen den Grundsatz der Ausländergleichbehandlung aus Art. 26 GFK. Ist Flüchtlingen einmal die Einreise gestattet, sind die aufnehmenden Staaten also verpflichtet, ihnen die Freizügigkeit zu gewähren, die allen Ausländern zukommt. Eine die Aufenthaltsgenehmigung bedingende Freizügigkeitsbeschränkung ist daher unzulässig.

¹³⁰ BVerwGE 100, 335 (346); *EGMR*, Urt. v. 20.11.2007, Rs. 44294/04, *Omwenyeye v. Germany*, Rn. 1, abrufbar unter: hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83796 (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Durner*, in: Maunz/Dürig (Fn. 24), Art. 11 Rn. 40.

¹³¹ Vgl. *Brandl*, in: IK-EMRK (Fn. 58), Art. 2 ZP IV Rn. 7; *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 81 m.w.N.

¹³² *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 4; *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 174.

¹³³ Vgl. *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 223.

V. Wohnsitzauflagen und Residenzpflicht

Eine andere Problematik betrifft gesetzliche Regelungen wie Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten, die nicht nur im Einzelfall angewandt werden, sondern grundsätzlich für alle Ausländergruppen gleichermaßen Anwendung finden. Wohnsitzauflagen gebieten das Wohnen an einem bestimmten Ort, greifen also in das Recht auf Niederlassungsfreiheit ein. Residenzpflichten hingegen verbieten das Verlassen eines bestimmten räumlichen Bereiches und beschränken daher die Bewegungsfreiheit.¹³⁴

Als Reaktion auf die sog. Flüchtlingskrise in Deutschland im Jahr 2015 hat der Gesetzgeber ein Integrationsgesetz (IntG)¹³⁵ erlassen, welches einen neuen Art. 12a AufenthG eingeführt hat, der nun vorsieht, dass anerkannte Flüchtlinge in den ersten drei Jahren an dem Wohnsitz leben müssen, der ihnen vom Bundesland ihrer Ankunft zugewiesen wurde. Damit möchte die Bundesregierung zur Förderung der Integration den Zuzug in Ballungsräume und die Entstehung von sozialen Brennpunkten verhindern.¹³⁶ Schon vor mehreren Jahren galten für Sozialhilfe beziehende Flüchtlinge Wohnsitzauflagen zum Zwecke der Verteilung öffentlicher Sozialhilfelasten. Das *BVerwG* stellte wegen dieser Begründung einen Verstoß gegen Art. 23 i.V.m. 26 GFK fest.¹³⁷ Residenzpflichten finden sich in §§ 47 Abs. 1 S. 1, 56 Abs. 1 AsylG. Danach sind Asylsuchende dazu verpflichtet, sich während des Asylverfahrens ausschließlich im Bezirk der zuständigen Ausländerbehörde aufzuhalten und bis zu sechs Monate in der zuständigen Aufnahmeeinrichtung zu wohnen. Durch die Verpflichtung zur Niederlassung in einem bestimmten Bundesland und das Verbot des Verlassens eines bestimmten Ortes sind Flüchtlinge und Asylsuchende in ihren Rechten auf freie Wahl des Aufenthalts beschränkt. Völkerrechtliche Freizügigkeitsgewährleistungen könnten der Wohnsitzauflage des IntG und den Residenzpflichten des AsylG also entgegenstehen.

1. Art. 26 GFK

Die Freizügigkeit anerkannter Schutzberechtigter nach der GFK darf gemäß dem Prinzip der Ausländergleichbehandlung nur Beschränkungen unterworfen werden, die für alle Ausländer unter gleichen Bedingungen gelten. Art. 26 GFK nimmt keinen Bezug auf mögliche Gründe für die Rechtfertigung einer Un-

¹³⁴ *Pelzer/Pichel*, Wohnsitzauflage und Residenzpflicht: Aktuelle Einschränkungen der Freizügigkeit von Flüchtlingen, ZAR 2016, 96 (96).

¹³⁵ BGBl. 2016 I S. 1939.

¹³⁶ Vgl. dazu den Artikel des Presse- und Informationsamts der Bundesregierung, abrufbar unter: www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/05/2015-05-25-wohnsitz.html?nn=694676 (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹³⁷ BVerwGE 130, 148 (152 f.).

gleichbehandlung, in diesem Fall etwa die Verhinderung von sozialen Brennpunkten und die Förderung der Integration. Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten sind nach dem Wortlaut also nur dann möglich, wenn sie für alle Ausländer gelten.¹³⁸ Flüchtlinge werden durch die Regelung anders behandelt als andere Ausländergruppen. Dies spricht dafür, dass die Wohnsitzauflagen des IntG und Residenzpflichten des AsylG gegen Art. 26 GFK verstoßen.¹³⁹

Gegen einen Verstoß spricht aber bei systematischer Betrachtung die Staatenpraxis der Vertragsparteien als „Herren der Verträge“. Gemäß Art. 31 Abs. 1, 3 lit. b WVK muss eine spätere Praxis der Staaten bei der Vertragsauslegung berücksichtigt werden. Nicht nur Deutschland, auch das Vereinigte Königreich, die USA, Australien, Kenia, Uganda, Türkei, Thailand und viele weitere Staaten kennen Freizügigkeitsbeschränkungen wie Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten.¹⁴⁰ Der *EuGH* hat Wohnsitzauflagen zur Integrationsförderung für mit Art. 26 GFK vereinbar erklärt.¹⁴¹ Auch die teleologische Auslegung des Art. 26 GFK im Sinne einer dynamischen Interpretation¹⁴² spricht gegen einen Verstoß. Denn bei Entstehung der GFK war die Integration von Flüchtlingen für die Vertragsparteien noch kein so gesellschaftlich relevantes Thema wie heute. All dies spricht dafür, dass Flüchtlinge und Asylsuchende durch Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten i.S.d. Art. 26 GFK zur Integrationsförderung anders behandelt werden können als andere Ausländergruppen.

2. Art. 2 ZP 4 EMRK

Ein Verstoß gegen Art. 2 ZP 4 EMRK liegt vor, wenn die Beschränkungen der Freizügigkeit, bzw. des Rechts der freien Wohnsitzwahl nicht nach dessen Abs. 3, 4 gerechtfertigt werden können. Rechtfertigungsgründe für Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten aus Abs. 3 sind nicht ersichtlich. Sie könnten jedoch dem „öffentlichen Interesse“ des Abs. 4 dienen. Grundsätzlich liegt es im öffentlichen Interesse, die Entstehung sozialer Brennpunkte und Parallelgesellschaften zu vermeiden. Wohnsitzauflagen sind dazu grundsätzlich geeignet. Jedoch kann Integration auch dann gelingen, wenn mehrere Flüchtlinge zusammen in Ballungsräumen wohnen, ebenso wie Integration scheitern kann, wenn sich Flüchtlinge isoliert und fernab von ihrem sozialen Umfeld niederlassen

¹³⁸ *Thym*, Wohnsitzauflage für anerkannte Flüchtlinge – Warten auf den *EuGH*, LTO, 14.1.2016, abrufbar unter: <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/wohnsitzauflage-residenzpflicht-erkannte-fluechtlinge-asylbewerber> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹³⁹ Vgl. *Pelzer/Pichel* (Fn. 134), S. 97.

¹⁴⁰ *Hathaway* (Fn. 33), S. 695 ff. m.w.N.

¹⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 1.3.2016 – Rs. C-443/14 u. C-444/14, *Alo, Osso v. Warendorf, Hannover*, Rn. 65; zur „De-Internationalisierung durch Europäisierung“ des Migrationsrechts *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 117 ff.

¹⁴² v. *Arnauld* (Fn. 7), Rn. 230.

müssen.¹⁴³ Folglich sollten weniger einschneidende integrationspolitische Mittel wie die Pflicht zu Sprachkursen und die Arbeitsaufnahme erleichternde Maßnahmen Vorrang haben. Dies spricht dafür, dass die Wohnsitzauflagen im IntG und die Residenzpflichten des AsylG mangels Verhältnismäßigkeit nicht mit Art. 2 Abs. 1 ZP 4 EMRK vereinbar sind.

Damit stellt sich die Frage, weshalb der EGMR bezüglich der hoch umstrittenen Integrationspolitik einiger europäischer Staaten Zurückhaltung übt.¹⁴⁴ Eine Antwort liefert hier wohl die *margin of appreciation*-Doktrin, nach der der EGMR bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit mit einer geringeren Kontrolldichte prüft und den Staaten einen weiten Beurteilungsspielraum überlässt.¹⁴⁵ Demnach kommt es bei der Beurteilung des „öffentlichen Interesses“ und der Verhältnismäßigkeit von Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten vor allem auf die Einschätzungen der mitgliedstaatlichen Gerichte an.¹⁴⁶ Andererseits ließe sich argumentieren, dass der EGMR den *margin of appreciation* dann für besonders eng erklärt, wenn Angehörige einer Minderheit oder schutzbedürftigen Gruppe betroffen sind, worunter auch Flüchtlinge fallen könnten. Neben dieser Auslegung der Doktrin spricht nach obiger Argumentation auch materiellrechtlich vieles gegen die Verhältnismäßigkeit und damit gegen die Vereinbarkeit von strengen Residenzpflichten und Wohnsitzauflagen mit Art. 2 ZP 4 EMRK.¹⁴⁷

3. Ergebnis

Wohnsitzauflagen und Residenzpflichten für Flüchtlinge und Asylbewerber beschränken die ihnen völkerrechtlich garantierten Freizügigkeitsrechte. Ihre Vereinbarkeit mit Art. 2 ZP 4 EMRK und Art. 26 GFK kann mit jeweils guten Argumenten angenommen oder abgelehnt werden. Dies kann im vorliegenden Rahmen nicht abschließend beurteilt werden, sondern bedarf einer Betrachtung der Beschränkungen im Einzelfall.

¹⁴³ Vgl. Pelzer/Pichel (Fn. 134), S. 98, 101.

¹⁴⁴ EGMR, Urt. v. 23.2.2016 – Rs. 43494/09, *Garib v. The Netherlands*, Rn. 111 ff., abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177406> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹⁴⁵ v. Arnould (Fn. 7), Rn. 658.

¹⁴⁶ Allgemein zur Subsidiarität des EGMR, v.a. im Migrationsrecht, Thym (Fn. 141), S. 113 f.

¹⁴⁷ Vgl. Pelzer/Pichel (Fn. 134), S. 98, 100 f.; dagegen vgl. Thym, Integration kraft Gesetzes? Grenzen und Inhalte des „Integrationsgesetzes“ des Bundes, ZAR 2016, 241, (247 ff.); EGMR, Urt. v. 23.2.2016 – Rs. 43494/09, *Garib v. The Netherlands*, Rn. 136, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177406> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

VI. Aufenthaltsentzug

Neben dem positiven Recht der Freizügigkeit, sich frei zu einem Ort zu bewegen, kommt auch ein negatives Freizügigkeitsrecht in Form eines Aufenthaltsrechts in Betracht. Dieses schützt den Verbleib an einem bestimmten Ort.¹⁴⁸

1. Die Pflicht zur Ausreise aus „seinem Land“

Angehörige anderer Staaten, die im Aufenthaltsstaat leben, können grundsätzlich nach nationalem Recht ausgewiesen werden, vgl. §§ 53 ff. AufenthG. Dabei kommt es vor, dass Ausgewiesene die meiste Zeit ihres Lebens in dem Aufenthaltsstaat verbracht haben, ohne dessen Staatsangehörigkeit zu erwerben. Zum Schutze derjenigen, die im Aufenthaltsstaat ihre Heimat aufgebaut haben, könnte das Freizügigkeitsrecht des Art. 12 Abs. 4 IPbPR einschlägig sein. Wer das Recht hat, in sein Land zurückzukehren, dem muss *a maiore ad minus* erst recht das Recht zustehen, in diesem Land zu verweilen. Art. 12 Abs. 4 IPbPR beinhaltet daher nicht nur das Recht auf Einreise „in sein eigenes Land“, sondern auch das Recht, „in seinem Land“ zu verbleiben.¹⁴⁹ Diese negative Ausreisefreiheit schützt nach dem Wortlaut nicht nur Staatsangehörige, sondern alle, deren Land der Aufenthaltsstaat ist.¹⁵⁰ Das Vorliegen „seines Landes“ ist bei Betroffenen dann anzunehmen, wenn sie einen dauerhaften Wohnsitz im Aufnahmestaat haben und ihn wegen starker persönlicher und emotionaler Verbindungen als ihren Heimatstaat betrachten.¹⁵¹ Dies gilt im Hinblick auf den Flüchtlingsschutz für Flüchtlinge und Staatenlose in besonderer Weise. Denn es wird zwar im Gegensatz zu Einwanderern und ihren Kindern zumeist nicht der Fall sein, dass Flüchtlinge sich schon seit Jahren im Aufenthaltsstaat befinden und eine enge Bindung zu ihm aufgebaut haben. Mit Blick auf Syrien, Afghanistan oder den Irak werden einige Flüchtlinge ihre frühere Heimat jedoch vollständig verloren haben, sodass ein Heimatstaat schlicht nicht mehr existiert. Für Staatenlose dürfte es meist von vornherein keine enge Verbindung zu ihrem früheren Aufenthaltsstaat geben, wenn sie nicht gar Opfer staatlicher Gewalt geworden sind, vgl. die derzeitige Lage der *Robingya* in Myanmar.¹⁵² In solchen Fällen müssen geringere Anforderungen an die Begründung einer neu-

¹⁴⁸ Vgl. *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Fn. 6), Kap. 26 Rn. 61 ff.

¹⁴⁹ *Ebd.*, Kap. 26 Rn. 62; vgl. *d'Orsi* (Fn. 80), S. 112.

¹⁵⁰ Vgl. *UN Human Rights Committee*, General Comment No. 27 (Fn. 3), Rn. 20; *Jagerskiold* (Fn. 4), S. 180 f.; vgl. *Hathaway/Foster* (Fn. 36), S. 250.

¹⁵¹ Siehe oben **C. II. 3.**

¹⁵² *UN News Centre*, 3.2.2017, abrufbar unter:

<https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MM/FlashReport3Feb2017.pdf>
(zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

en Heimat i.S.d. Art. 12 Abs. 4 IPbpR gestellt werden.¹⁵³

Freilich ginge es über den Wortlaut hinaus, gerade erst erschienene Flüchtlinge unter das Bleiberecht fallen zu lassen. Jedoch muss die individuelle Situation des Flüchtlings und seine Bindung an den Herkunftsstaat nach den ersten Jahren im Aufenthaltsstaat betrachtet werden. Art. 12 Abs. 4 IPbpR sollte dann in den Ermessensentscheidungen über die Ausweisung oder Verlängerung der Aufenthaltsgenehmigung Beachtung finden. Nur wenn ein Schutzsuchender die Möglichkeit bekommt, sich in seiner neuen Heimat langfristig aufzuhalten, hat er einen Anreiz, sich zu bilden und ein soziales Umfeld aufzubauen. Hängt jedoch die Möglichkeit der Ausweisung wie ein „Damoklesschwert über der eigenen Existenz“¹⁵⁴, nimmt man der Gesellschaft und dem Einzelnen die Chance zur erfolgreichen Integration.¹⁵⁵

2. Non-refoulement

Zweck des Art. 33 GFK und des Art. 3 EMRK ist nicht primär die Freizügigkeit des Asylsuchenden, sondern der Schutz vor Gefahren in seinem Heimatland.¹⁵⁶ Daher soll auf diese Vorschriften nicht näher eingegangen werden. Dennoch ist das Bleiberecht des Asylsuchenden und die Duldungspflicht des Staates die notwendige Folge des *Refoulement*-Verbots.¹⁵⁷ Ein Ausweisungsschutz im Sinne des *Non-Refoulement* wird auch durch Art. 1 Abs. 1, 25 GG i.V.m. dem völkerrechtlichen *ius cogens* garantiert.¹⁵⁸ Aus dem *Refoulement*-Verbot ergeben sich somit zumindest indirekte Freizügigkeits- und damit auch Bleiberechte für Flüchtlingen.¹⁵⁹

E. Gibt es im Völkerrecht ein Recht auf Asyl?

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass es in keinem völkerrechtlichen Vertrag ein ausdrückliches Recht auf Asyl gibt. Im Gegenteil, die Staaten haben mit Verweis auf ihre Souveränität die Etablierung eines solchen Rechts stets verweigert.¹⁶⁰ Dennoch wurde herausgearbeitet, dass Staaten dazu verpflichtet sein

¹⁵³ Nowak (Fn. 44), Art. 12 Rn. 59.

¹⁵⁴ Tomuschat (Fn. 23), S. 765.

¹⁵⁵ Vgl. Kokott, Die Aufnahme „humanitärer Flüchtlinge“, in: Hailbronner/Klein, Einwanderungskontrolle und Menschenrechte – Immigration Control and Human Rights, 1999, S. 3 (23 f.).

¹⁵⁶ Frowein/Peukert (Fn. 61), Art. 3 Rn. 20.

¹⁵⁷ Vgl. Davy, Asyl und internationales Flüchtlingsrecht I: Völkerrechtlicher Rahmen, 1996, S. 223 f.

¹⁵⁸ Kokott (Fn. 155), S. 5 f.

¹⁵⁹ Hathaway (Fn. 33), S. 301; auf Asylbewerber erstreckend Maafßen, Die Rechtsstellung des Asylbewerbers im Völkerrecht, 1997, S. 46 ff.

¹⁶⁰ Vgl. Edwards (Fn. 8), S. 299 f.

können, Schutzsuchenden Aufenthalt auf ihrem Territorium zu gewähren. Es stellt sich daher die Frage, ob die Annahme eines Rechts auf Asyl in den aufgezeigten verbindlichen Freizügigkeitsrechten eine ausreichende Stütze findet.

I. EMRK

Eine Verbringung abgefangener Asylsuchender zurück in den Transitstaat steht mit der EMRK grundsätzlich im Einklang. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn es sich bei diesem Staat um einen tatsächlich sicheren Drittstaat handelt, wenn individuelle Verfahren durchgeführt werden und dagegen Rechtsmittel eingelegt werden können.¹⁶¹ Nur unter den strengen Voraussetzungen des *Refoulement*-Verbots aus Art. 3, 13 EMRK, Art. 4 ZP 4 EMRK und Völkergewöhnheitsrecht ist eine Rückführung schon vor Erreichen des Territoriums möglich. Es ist mit großem Aufwand verbunden, Stellen außerhalb des Territoriums zu schaffen, die eine Großzahl von Flüchtlingen beherbergen können und die erforderlichen Kapazitäten haben, individuelle Verfahren mit rechtsstaatlichem Schutz zu garantieren. Angesichts der Lage in den Transitländern, den Umständen auf einem Marineschiff auf hoher See und den völkerrechtswidrigen Umständen in den Internierungslagern werden diese Voraussetzungen derzeit nicht erfüllt.¹⁶² Folglich führt eine Ablehnung von Schutzsuchenden an der Grenze in den meisten Fällen zu einem Verstoß gegen die EMRK. Somit bilden Art. 3, 13, 4 ZP 4 EMRK derzeit ein *de facto* Recht¹⁶³ auf Einreise.

II. GFK

Auch die GFK könnte implizit ein Recht auf Einreise und Aufenthalt beinhalten. Art. 33 Abs. 1 GFK verbietet dem Staat, Asylsuchende „über die Grenzen von Gebieten“ zurückzuweisen, wenn ihnen Verfolgung im Herkunftsstaat drohen könnte. Dazu müssen sie das Territorium nach systematischer Auslegung noch nicht betreten haben. Denn andernfalls würde die GFK durch Art. 31 Abs. 1 solche Asylsuchende bevorzugen, die illegal über die Grenze einreisen und sich nicht an der Grenze melden.¹⁶⁴ Dass selbst die illegale Einreise nach Art. 31 Abs. 1 GFK nicht sanktioniert werden darf, spricht ebenfalls für ein

¹⁶¹ Vgl. EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., Rn. 159 ff.; vgl. oben **C. IV. 2.** und **D. II.**

¹⁶² Vgl. *Lehnert/Markard* (Fn. 34), S. 197; vgl. *Goodwin-Gill*, The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement, IJRL 23 (2011), 443 (451).

¹⁶³ Sogar von einem *de facto*-Recht auf Asyl sprechend *Einarsen*, The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum, IJRL 2 (1990), 361 (382); *Richter*, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Asyl und Migration in Europa, ZEuS-Sonderband 2016, S. 51 ff.

¹⁶⁴ *Amann* (Fn. 32), S. 153.

implizit verankertes Einreiserecht. Die Zurückweisung an der Grenze ist nach der GFK somit unzulässig, wenn der Schutzsuchende anbringt, er sei Flüchtling.¹⁶⁵ Nur durch ein Feststellungsverfahren kann der Staat dann sicher sein, dass dem Asylsuchenden keine Gefahr droht.¹⁶⁶ Art. 33 GFK stellt somit regelmäßig eine „de facto-Pflicht zur Aufnahme des Asylsuchenden“¹⁶⁷ dar. Ist der Schutzsuchende einmal auf staatlichem Gebiet, muss seine Rechtsstellung im Falle illegaler Einreise gemäß Art. 31 Abs. 2 GFK geklärt werden. Ein anerkannter Flüchtling hat gemäß Art. 32 GFK sogar das Recht auf dauernden (Abs. 1) bzw. vorübergehenden (Abs. 2) Aufenthalt.¹⁶⁸ So ist der Staat aus der GFK zumindest während des Feststellungsverfahrens dazu verpflichtet, Asylsuchenden den Aufenthalt auf seinem Territorium zu gewähren.¹⁶⁹ Daraus lässt sich folgern, dass die GFK ein *asile provisoire*, ein „provisorisches Asyl“ oder „vorläufiges Aufenthaltsrecht“ gewährt.¹⁷⁰

III. Ergebnis

Staaten sind aufgrund mehrerer völkerrechtlicher Freizügigkeitsrechte dazu verpflichtet, unter bestimmten Umständen die Einreise der Asylsuchenden zu gewähren. Aus der Zusammenschau der Freizügigkeitsrechte lässt sich festhalten, dass regelmäßig ein *de facto* Recht auf Zugang zum und Aufenthalt im Staatsgebiet zum Zwecke des Asylgesuches besteht.¹⁷¹

Nach wie vor gibt es jedoch kein völkerrechtliches Recht auf Gewährung von Asyl. Die Entscheidung der Gewährung trifft der souveräne Staat.¹⁷² Es gibt aber ein Recht auf Einreise und Aufenthalt, das einem Asylrecht nahe kommt.

¹⁶⁵ Hofmann/Löhr, in: Zimmermann, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, S. 1081 (1103); Nowak (Fn. 44), Art. 12 Rn. 9.

¹⁶⁶ Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 39), S. 215.

¹⁶⁷ Hathaway (Fn. 33), S. 301; vgl. Goodwin-Gill/McAdam (Fn. 39), S. 384; vgl. Hathaway/Foster (Fn. 36), S. 36 ff.

¹⁶⁸ Amann (Fn. 32), S. 158.

¹⁶⁹ UNHCR Executive Committee, Note on International Protection, U.N. Doc. A/AC.96/882 (1997), Rn. 12; Beschl. Nr. 14 (XXX) 1986, c; Nr. 21 (XXXII) 1981, f.; Nr. 85 (XLIX) 1998, q; Edwards (Fn. 8), S. 301; Zimmermann, Anmerkungen zu Mindestnormen für Verfahren zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft, ZAR 2003, 354 (354); Weber, Menschenrechtlicher Schutz von Bootsflüchtlingen. Bedeutung des Straßburger Hirsi-Jamaa-Urteils für den Flüchtlingsschutz, ZAR 2012, 265 (269); Hermann/Löhr (Fn. 165), Rn. 51 ff. m.w.N.; mit Hinweis auf EU-Sekundärrecht Fischer-Lescano/Löhr/Tobidipur (Fn. 101), S. 287; dagegen Maassen (Fn. 159), S. 80.

¹⁷⁰ Davy (Fn. 157), S. 177; vgl. Conseil d'Etat, Urte. v. 13.12.1991, Recueil CE 1991, 439 (440).

¹⁷¹ Vgl. Lehnert/Markard (Fn. 34), S. 198; Hathaway (Fn. 33), S. 301; Eichenhofer (Fn. 64), S. 140.

¹⁷² Wallace/Janeczko, The Concept of Asylum in International Law, in: Islam/Bhuiyan, An Introduction to International Refugee Law, 2013, S. 133 (150).

Denn mit „Recht auf Asyl“ ist in einem weit verstandenen Sinne nicht das Recht auf Anerkennung eines bestimmten Flüchtlingsstatus gemäß eines bestimmten Katalogs gemeint. Wie es der französische Begriff des *asile provisoire* während des Feststellungsverfahrens zeigt, kann „Asyl“ alle Schutzmaßnahmen des Aufenthaltsstaates erfassen.¹⁷³ Schutzsuchende verlangen kein Recht auf Asyl im engeren Sinne. Sie unterscheiden nicht zwischen Asyl, Flüchtlingseigenschaft, humanitärem oder subsidiärem Schutz. „*They demand only that Europe, the cradle of human rights idealism and the birthplace of the rule of law, cease closing its doors to people in despair who have fled from arbitrariness and brutality.*“¹⁷⁴ „Recht auf Asyl“ ist in diesem grundlegenden Sinne also ein Begriff für das Recht auf die Gewährung von Aufenthalt in einem sicheren Staat. Und ein solches Recht besteht zumindest während des Asylverfahrens. Daher beschreibt der Wortlaut des Art. 14 AEMR die aktuelle Rechtslage zutreffend: Jedermann hat das Recht, *in* einem Land Asyl zu suchen.

F. Kritik

Ein Vergleich der Regelungsdichte zwischen nationalem und völkerrechtlichem Flüchtlingsrecht zeigt, dass das Flüchtlingsrecht vor allem auf Ebene der Nationalstaaten Anwendung findet,¹⁷⁵ wo sich staatliche Stellen und der Einzelne direkt gegenüberstehen. Die Staaten können daher als Hauptakteure im Flüchtlingschutz bezeichnet werden. Den nationalen Verwaltungen steht im Rahmen ihrer Ausländergesetze ein weites Ermessen zu, insbesondere bei der Erteilung oder Versagung der Aufenthaltserlaubnis.¹⁷⁶ In Bezug auf die Freizügigkeit reicht auf nationaler Ebene gemäß Art. 2 Abs. 1 GG jedes verfassungskonforme Gesetz zur Beschränkung, da Art. 11 Abs. 2 GG als Deutschen-Grundrecht nicht anwendbar ist. Freizügigkeitsbeschränkungen finden sich z.B. in §§ 12 Abs. 2, 15a, 61 Abs. 2 AufenthG oder für Asylsuchende in § 56 Abs. 1 S. 1 AsylVfG.¹⁷⁷ Das Völkerrecht kann hier nur einen Rahmen bilden.¹⁷⁸ Gleichwohl werden völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte über Art. 1 Abs. 2, 25, 59 Abs. 2 GG Teil der deutschen Rechtsordnung und sind insofern nicht nur für die Auslegung nationalen Rechts von Bedeutung, sondern gelten unmittelbar im Einzelfall vor deutschen Gerichten und Behörden. Zudem kann sich auf die Rechte aus dem IPbPR und der EMRK vor dem UN-Menschenrechts-

¹⁷³ Davy (Fn. 157), S. 51.

¹⁷⁴ Sondervotum von Richter P. de Albuquerque, EGMR, Urt. v. 23.2.2012 – Rs. 27765/09, *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, Reports of Judgments and Decisions EGMR, 2012-II, 97 ff., 79.

¹⁷⁵ Thym (Fn. 141), S. 106 ff.

¹⁷⁶ Randelzhofer, in: BonnKomm-GG (Fn. 3), Art. 11 Rn. 98 f.

¹⁷⁷ Sieveke (Fn. 9), S. 13 ff.

¹⁷⁸ Vgl. Thym (Fn. 141), S. 123.

ausschuss bzw. dem EGMR berufen werden. Es lässt sich festhalten, dass völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte einen Rahmen bilden, der rechtliche Anforderungen an die Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsauslegung der nationalen staatlichen Gewalten stellt, vgl. Art. 20 Abs. 3 GG.

Auch wenn die völkerrechtlichen Freizügigkeitsrechte relativ wenig Beachtung in Praxis, Gerichtsbarkeit und Wissenschaft finden, fristen sie im Rahmen des Flüchtlingsschutzes nicht nur ein „Mauerblümchendasein“¹⁷⁹. Im Gegenteil, sie sind Bedingung für eine Flucht, den Genuss anderer Menschenrechte und der Grundstein für gesellschaftliche Integration. Größtes Hindernis für die Durchsetzung der völkerrechtlichen Rahmenbedingungen für die Freizügigkeit von Flüchtlingen ist die staatliche Souveränität. Zwar haben sich die Staaten zu zahlreichen Freizügigkeitsrechten verpflichtet. Jedoch stehen viele dieser Rechte unter umfassenden Vorbehalten, die sich nach dem nationalen Recht richten.¹⁸⁰ Diese Vorbehalte sind wegen der vielen Vertragsstaaten und ihren individuellen Umständen weit gehalten, sodass der Staat ein weites Ermessen hat, die Vorbehalte auszufüllen.¹⁸¹ Dies fördert weitreichende, auch politisch opportune Einschränkungen der Freizügigkeit,¹⁸² die zur politisch-kulturellen Immobilität von Flüchtlingen beitragen.¹⁸³ Mangels obligatorischer Gerichtsbarkeit im Völkerrecht können diese Einschränkungen nur selten überprüft, geschweige denn verworfen werden. Obwohl den völkerrechtlichen Normen eine eigenständige, unabhängige Bedeutung zukommt,¹⁸⁴ ist ein einheitliches Verständnis bei ca. 150 höchsten nationalen Gerichten praktisch nur schwer zu erreichen. Selbst die – auch hier zitierten – Auslegungsbestimmungen des UNHCR bzgl. der GFK stellen keine übergeordneten Auslegungsregeln dar, da sich die Vertragsstaaten gemäß Art. 35 GFK lediglich zur Zusammenarbeit mit dem Flüchtlingskommissariat verpflichtet haben.¹⁸⁵ Die Auslegung und Anwendung der völkerrechtlichen Normen und Vorbehalte verbleibt daher in einem „dogmatischen Nebel“¹⁸⁶ verschiedener nationaler Rechtsordnungen. Ein Lichtblick ist hier der

¹⁷⁹ Kingreen, Soziale Rechte und Migration, 2010, S. 22.

¹⁸⁰ Art. 12 Abs. 3 IPbPR; Art. 2 Abs. 3, 4 ZP 4 EMRK; Art. 22 Abs. 3, 4 AMRK; Art. 12 Banjul-Charta; Art. 4 ArabMRCh; „rechtmäßig“, Art. 26 GFK; „notwendig“, Art. 31 Abs. 2 S. 1 GFK.

¹⁸¹ Vgl. Jagerskiold (Fn. 4), S. 171.

¹⁸² Randelzhofer, in: BonnKomm-GG (Fn. 3), Art. 11 Rn. 103; vgl. Blanke, in: Stern/-Becker (Fn. 30), Art. 11 Rn. 50.

¹⁸³ Randelzhofer, in: BonnKomm-GG (Fn. 3), Art. 11 Rn. 13.

¹⁸⁴ House of Lords, Urt. v. 19.12.2000, Regina (on the application of Adan) v. Secretary of State for the Home Department, [2001] 2 W. L. R. 143 = [2001] 2 A. C. 447.

¹⁸⁵ Masing, Methodische Grundlagen für die Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention, in: FS Böckenförde, 1995, S. 51 (76 ff.).

¹⁸⁶ Hasse/Mordas, Thüringen: Verbringungsgewahrsam – Zur Rechtmäßigkeit einer probaten, aber umstrittenen polizeilichen Maßnahme, ThürVBl. 2002, 101 (106).

EGMR als Gerichtsbarkeit mit bindender Rechtsprechung in Europa.

Eine weitere Folge der weiten nationalstaatlichen Handlungs- und Ermessensspielräume ist die mangelnde Entwicklung von Gewohnheitsrecht, vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. b IGH-Statut. Zwar sind vertragliche Regelungen, besonders solche mit vielen Vertragsparteien wie die GFK und der IPbpR, ein Indiz für das Vorliegen einer *opinio iuris*.¹⁸⁷ Jedoch fehlt es mit Blick auf die unterschiedliche Auslegung und Anwendung der Freizügigkeitsrechte durch die einzelnen Staaten¹⁸⁸ an der für die Übung erforderlichen Einheitlichkeit¹⁸⁹ der staatlichen Praxis. 17 Staaten haben allein zu Art. 26 GFK teils weitreichende Vorbehalte hinterlegt.¹⁹⁰ Zudem handeln die Staaten oft nicht aus einer Rechtsüberzeugung heraus, die Ausdruck einer Anerkennung der Rechtsverbindlichkeit ist. Vielmehr sehen sie die Aufnahme von Flüchtlingen wegen ihrer Souveränität und ihres weiten Ermessens als Akt der Höflichkeit (*Courtoisie*) oder Gnade an,¹⁹¹ der der Bildung einer *opinio iuris* entgegensteht.¹⁹² Im Gewohnheitsrecht gefestigte Rechte sind daher nur die Ausreisefreiheit für jedermann und die Einreisefreiheit Staatsangehöriger.¹⁹³

Der Mangel an Einheitlichkeit ist kein neues Phänomen. Die Geschichte zwischen Magna Carta, *Grotius* und Eisernem Vorhang hat gezeigt, dass der Umgang mit der Freizügigkeit durch die Jahrhunderte umstritten war. Anfangs stellten *Pufendorf* und *Wolff* die staatliche Souveränität vor die Freizügigkeit Einzelner. Damit stützten sie das Recht der einzelnen Staatsvölker, zu bestimmen, wer Teil ihrer Gesellschaft werden sollte. Restriktive Einwanderungsbestimmungen können zumindest in demokratischen Staaten auch heute noch als Ausdruck ihres legitimen Selbstbestimmungsrechts gesehen werden. Auf der anderen Seite stehen im Sinne *de Vattel*s die Individualrechte im Vordergrund, zu deren Gewährung sich die Staaten verpflichtet haben. Seit Mitte des 20. Jahrhunderts sind völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte ausführlich vertraglich positiviert, sodass es nur selten eines Rückgriffs auf die „mühselige“¹⁹⁴ Bestimmung von Gewohnheitsrecht bedarf.¹⁹⁵

¹⁸⁷ *Ipsen*, Völkerrecht, 6. Aufl. 2014, § 17 Rn. 22.

¹⁸⁸ Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 365 ff.

¹⁸⁹ *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 252; *Ipsen* (Fn. 187), § 17 Rn. 4 ff.

¹⁹⁰ *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 511.

¹⁹¹ *Eichenhofer* (Fn. 64), S. 140; vgl. *Maafsen* (Fn. 159), S. 201.

¹⁹² *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 254; *Ipsen* (Fn. 187), § 17 Rn. 12 ff.

¹⁹³ *Durner*, in: *Mauz/Dürig* (Fn. 24), Art. 11 Rn. 37; *d'Orsi* (Fn. 80), S. 120; *Tomuschat* (Fn. 23), S. 761.

¹⁹⁴ *v. Arnould* (Fn. 7), Rn. 258.

¹⁹⁵ Vgl. *Hathaway* (Fn. 33), S. 10.

Festzuhalten bleibt, dass sich vor dem Hintergrund des Spannungsverhältnisses zwischen staatlicher Souveränität und Individualrechten des Flüchtlings nie eine beständige, herrschende Lehre, geschweige denn eine beständige staatliche Praxis herausbilden konnte. Ein Rückgang der Flüchtlingszahlen ist nicht absehbar. Im Gegenteil, die derzeitige Lage in Ostafrika zeigt, dass extreme Wetterphänomene wie Dürren Millionen Menschen zur Flucht zwingen können. Neben dem Klimawandel hat auch das starke Bevölkerungswachstum in Afrika und Asien das Potenzial zu steigenden Fluchtbewegungen in den nächsten Jahrzehnten. Für die menschenrechtskonforme Bewältigung dieser Herausforderungen ist die derzeitige Rechtslage und Rechtsanwendung unzureichend. Nur Zugeständnisse und rechtliche Verpflichtungen der Staaten zur Aufnahme von Asylsuchenden werden künftige humanitäre Katastrophen verhindern können.

Gerade wegen der derzeitigen starken Fluchtbewegungen werden die Aufnahmestaaten allerdings kaum dazu geneigt sein, Anstrengungen zur Erweiterung des Flüchtlingssschutzes zu unternehmen. Daher wird es für die Erweiterung des Flüchtlingssschutzes zur Stabilisierung der Weltordnung vor allem auf die Entwicklung des Internationalen Menschenrechtssystems ankommen.¹⁹⁶

G. Schlussfolgerungen

Das völkerrechtliche Recht auf Freizügigkeit ist ein weltweit anerkanntes, durch mehrere regionale und universale völkerrechtliche Verträge rechtlich bindendes Menschenrecht. Aus dem „Jahrhundert der Flüchtlinge“¹⁹⁷ heraus, das auch im neuen Jahrtausend kein Ende findet, statuieren die Freizügigkeitsrechte eine beständige rechtliche Verpflichtung der Staaten, Schutzsuchenden einen menschenwürdigen Mindeststandard an Freiheit zu gewähren. Zwar verbleibt die Entscheidung über Aufnahme und Behandlung Fremder grundsätzlich im *domaine réservé* des souveränen Staates.¹⁹⁸ Mit den Ratifikationen flüchtlings- und menschenrechtlicher Verträge haben sich die Staaten aber in Ausübung ihrer Souveränität zur Gewährung bestimmter Rechte an Flüchtlinge verpflichtet.¹⁹⁹ Art. 2 Abs. 1 der Erklärung über die Menschenrechte von Ausländern bringt dies gut zum Ausdruck: Wegen der Souveränität der Staaten besteht formal für niemanden ein Recht auf Einreise und die Staaten können eigene Gesetze zur

¹⁹⁶ *Edwards* (Fn. 8), S. 329; vgl. *Harvey/Barnidge*, Human Rights, Free Movement and the Right to Leave in International Law, IJRL 19 (2007), 1 (20).

¹⁹⁷ *Jagerskiöld* (Fn. 4), S. 184.

¹⁹⁸ *d'Orsi* (Fn. 80), S. 68; *Scarpa*, The Sovereignty of States, the Right to Family Life, and the Right of Non-Nationals to Enter, Reside and Avoid Expulsion: Towards a More Balanced Approach? in: Goodwin-Gill/Weckel, Migration and Refugee Protection in the 21st Century – International Legal Aspects, 2015, S. 519 (525); *McAdam* (Fn. 22), S. 21.

¹⁹⁹ *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 39), S. 285.

Einwanderung erlassen. Nach Art. 2 Abs. 1 S. 2 sind die Staaten dabei aber an ihre völkerrechtlichen, insbesondere menschenrechtlichen Pflichten gebunden. Es ist daher ein Anliegen aller Vertragsparteien, dass jeder einzelne Staat seine verbindlichen Pflichten einhält. Der Souveränität des Staates sind somit Schranken gesetzt.

Aus der Untersuchung hat sich ergeben, dass es kein globales Freizügigkeitsrecht gibt. Ebenso gibt es kein explizites Recht auf Einreise in ein fremdes oder Aufenthalt in einem fremden Land,²⁰⁰ wie es noch *de Vattel* vertrat. Hingegen besteht für Flüchtlinge umfassende Ausreisefreiheit, darunter das Recht auf nötige Reisedokumente. Dieses Recht hat sich im Gegensatz zu seinem Pendant, der Einreisefreiheit, auf völkerrechtlicher Ebene durchgesetzt. Ohne ihr korrespondierendes Pendant kann die Ausreisefreiheit freilich nicht ihre gesamte Tragweite entfalten.²⁰¹ Dennoch ist sie von besonderer Bedeutung für den Schutzsuchenden, da sie ihm ermöglicht, „sich von einem Staatswesen zu lösen, das ihn lediglich als Untertan und Knecht und möglicherweise nur als Objekt der Verfolgung, nicht aber als freien Bürger zu akzeptieren bereit ist.“²⁰² Daneben bieten Bleiberechte Schutz vor Ausweisung. Zudem hat sich gezeigt, dass zwar kein ausdrückliches völkerrechtliches Recht auf Asyl besteht. Der Staat muss jedoch regelmäßig die Einreise von Flüchtlingen gewähren und ihnen auf ihrem Territorium ein Mindestmaß an Rechten einräumen, bis die Ausreisepflicht mit rechtsstaatlichen Mitteln festgestellt wurde.

Völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte kommen selten isoliert zur Anwendung. Sie bewegen sich zwischen nationalen Normen, regionalen und universellen Verträgen, zwischen Menschenrechten und Flüchtlingsrechten und stehen dem Flüchtling von Anfang bis Ende seiner Flucht und darüber hinaus zu. Oftmals stehen sie in Zusammenhang mit anderen Rechten wie der persönlichen Freiheit oder dem *Refoulement*-Verbot. All dies lässt auf ein umfassendes völkerrechtliches Freizügigkeitssystem schließen. In diesem werden nicht nur Flüchtlinge, sondern auch Asylsuchende und Staatenlose geschützt, sodass diese kein „völkerrechtliches Nichts“²⁰³ darstellen.

Auch mehrere Jahrhunderte nach *Grotius*, *Pufendorf* und *de Vattel* beschäftigt die Weltordnung das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Souveränität und einem individuellen Recht Schutzsuchender auf Freizügigkeit. *Immanuel Kants*

²⁰⁰ Marx, in: Zimmermann (Fn. 27), S. 1156; Jagerskiöld (Fn. 4), S. 178.

²⁰¹ Eichenhofer (Fn. 64), S. 142.

²⁰² Tomuschat (Fn. 23), S. 760.

²⁰³ Nuscheler, Internationale Migration. Flucht und Asyl, 1995, S. 182.

Forderung nach einem Recht auf Hospitalität²⁰⁴ und das Wort „Gastrecht“ verdeutlichen diese Ambivalenz: Gast ist man, wenn man eingeladen wird. Flüchtlinge haben aber auch ohne Einladung ein Recht darauf, in einem anderen Staat „Gast“ zu sein. Deswegen ist Freizügigkeit kein reines Privileg oder ein beliebig widerrufbares Geschenk des Staates, sondern ein elementares Recht des Flüchtlings.²⁰⁵

Der nach der Geschichte in Frage zu stellende Verweis auf die absolute Souveränität des Staates gegenüber Individuen führt dagegen zu zahlreichen, nicht zu rechtfertigenden Einschränkungen der Freizügigkeit. Er verhindert den Aufbau eines internationalen, effektiven und fairen Migrationssystems.²⁰⁶ Dies hat zur Folge, dass Flüchtlinge im Mittelmeer ertrinken, dass ihre Menschenrechte missachtet werden und ihnen die Integration erschwert wird, sollten sie es einmal in den Zielstaat geschafft haben. Völkerrechtliche Freizügigkeitsrechte begleiten den Schutzsuchenden von seinem Heimatland bis zu seinem Aufenthalt im Zielstaat. Sie sollen Flüchtlinge vor vielerlei Einschnitten in die Persönlichkeitssphären schützen: Von unmenschlicher und erniedrigender Behandlung über den Zwang, seine Heimat zu verlassen, bis zur Verhinderung der Entfaltung in seinem sozialen Umfeld. Die Freizügigkeit gewährt ihren Trägern die Ausübung fundamentaler Freiheiten. Das Völkerrecht macht den souveränen Staaten zwingende Vorgaben, damit genau diese Freiheiten nicht verletzt werden. Kommt der Staat den Vorgaben nach, ermöglichen sie dem Schutzbedürftigen, wonach er monatelang und kilometerweit gesucht hat: Ein Leben in Freiheit und Würde.

²⁰⁴ *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795, S. 40.

²⁰⁵ *d'Orsi* (Fn. 80), S. 55, 66.

²⁰⁶ Vgl. *Goodwin-Gill*, The Movements of People between States in the 21st Century: An Agenda for Urgent Institutional Change, *IJRL* 28 (2016), 679 (682).

Maximilian Hamestuk*

Proxy Voting in Deutschland: ein gescheitertes Experiment? – Der § 134 Abs. 3 S. 5 AktG im dogmatischen und rechtspolitischen Kontext

Abstract

Die Stimmrechtsvertretung der Aktionäre einer Aktiengesellschaft auf ihrer Hauptversammlung durch gesellschaftseigene Stimmrechtsvertreter und auf Vorschlag der Verwaltung: Was zunächst den Anschein eines Leitfadens zum Machterhalt des Vorstands erweckt, firmiert unter dem Begriff des *proxy voting* und hat im Jahr 2001 mit § 134 Abs. 3 S. 5 AktG auch Eingang in das deutsche Aktienrecht gefunden. Der dortige, äußerst knappe Gesetzestext, wie er bereits in der Gesetzesbegründung angekündigt wird, eröffnet dogmatische Rechtsfragen, zu deren Beantwortung sich noch keine herrschende Meinung in der Literatur formiert hat. Auf diese Rechtsfragen adäquate Antworten zu finden, soll Aufgabe der nachfolgenden Untersuchung werden. Außerdem gilt es, die rechtspolitische Sinnhaftigkeit des *proxy voting* deutscher Art zu hinterfragen.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag entstand im Sommersemester 2017 im Rahmen des Seminars „Rechtsfragen der Hauptversammlung“ bei Prof. Dr. Gregor Bachmann, LL.M. (Michigan).

A. Einleitung

Seit dem Inkrafttreten des Namensaktiengesetzes¹ (NaStraG) im Jahr 2001 ist der Streit um die Zulässigkeit der gesellschaftsbenannten Stimmrechtsvertretung (auch *proxy voting* genannt) weitestgehend entschieden. Der rudimentäre Gesetzestext² der hierfür konstitutiven Norm des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG lässt jedoch eine Vielzahl an Einzelheiten ungeklärt. Außerdem stellt sich auf rechtspolitischer Seite die Frage, ob mit Einführung dieser Regelung das verfolgte Ziel der Effektivierung deutscher Hauptversammlungen tatsächlich erreicht wurde oder ob das „Experiment“³ missglückt ist.

Vor dem Hintergrund zunehmender Stimmen, die die Existenzberechtigung der Hauptversammlung deutscher Aktiengesellschaften nach geltendem Recht im Hinblick auf geringe Teilnahmequoten hinterfragen, bedarf es korrigierender Gegenmaßnahmen.⁴ Um der Hauptversammlung aus dieser „Sinnkrise“⁵ zu helfen, besteht wiederum ein Bedürfnis nach Instrumenten, um die breite, meist weltweit vertretene Anlegerschaft tatsächlich in den korporativen Willensbildungsprozess zu integrieren. Hierbei stellen Stimmrechtsvertreterssysteme ein wichtiges Mittel zur Steigerung der Aktionärsbeteiligung dar, ohne gleichzeitig die Zahl der physisch Teilnehmenden zu erhöhen.⁶ Letztlich unterscheiden sich die verschiedenen Spielarten der Stimmrechtsvertretung nur in der Frage, *wer* die Stimmen vertreten soll: dies können die Aktionärsvereinigung, Banken im Rahmen des sog. Depotstimmrechts oder die Verwaltung der Aktiengesellschaft selbst sein. Letzterer Fall wird unter den Schlagwörtern „Verwaltungsstimmrecht“ oder *proxy voting* im engeren Sinne diskutiert. Auch ohne in dieser Thematik Vorkenntnisse zu haben, erscheint jedoch bereits die Vorstellung einer Verwaltung, die über ihre eigenen Vorschläge abstimmt, bedenklich.

B. *Proxy voting* in Deutschland

Das englische Wort *proxy* lässt sich von *procuracy* (*procura*) ableiten und kann sowohl das Vollmachtsformular, die Vollmacht als solche oder die Person des

¹ Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung, BGBl. I, 2001, S. 123.

² BT-Drucks. 14/4618, S. 14, damals noch § 134 Abs. 3 S. 3 AktG.

³ *Seibert*, Aktienrechtsnovelle NaStraG tritt in Kraft – Übersicht über das Gesetz und Auszüge aus dem Bericht des Rechtsausschusses, ZIP 2001, 53 (55).

⁴ *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 5. Aufl. 2011, S. 4 Rn. 12.

⁵ *Seibert*, Die Stimmrechtsausübung in deutschen Aktiengesellschaften – ein Bericht an den Deutschen Bundestag, AG 2004, 529 (529).

⁶ *Lenz*, Die gesellschaftsbenannte Stimmrechtsvertretung (Proxy-Voting) in der Hauptversammlung der deutschen Publikums-AG, 2005, S. 111 f.

Stimmrechtsvertreter selbst bezeichnen.⁷ Ebenso weit ist der Begriff des *proxy voting* zu verstehen, welcher jede Spielart der Stimmrechtsausübung mittels eines Bevollmächtigten erfasst.⁸ Im deutschen Schrifttum werden unter dem Oberbegriff des *proxy voting* meist folgende zwei Varianten der Stimmrechtsausübung verstanden: Einerseits fällt hierunter die Stimmrechtsvertretung der Aktionäre durch von der Gesellschaft beauftragte, ansonsten aber unabhängige Dritte – meist eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder eine Rechtsanwaltskanzlei.⁹ Andererseits lässt sich hierunter auch das sog. Verwaltungsstimmrecht fassen, also die organisierte Stimmrechtsvertretung der Aktionäre durch die Aktiengesellschaft selbst oder durch gesellschaftsangehörige Vertreter auf der gesellschaftseigenen Hauptversammlung.¹⁰

Letzteres Verständnis des *proxy voting* im Sinne eines Verwaltungsstimmrechts soll dieser Abhandlung zugrunde gelegt werden. Fälle der Bevollmächtigung gesellschaftsangehöriger Stimmrechtsvertreter *auf Initiative* des Aktionärs bleiben im Folgenden außer Betracht. Vielmehr sollen nur die von der Gesellschaft benannten bzw. vorgeschlagenen Stimmrechtsvertreter behandelt werden.

I. Die USA als Vorbild

Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass mit der Norm des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG a.F.¹¹ die Schaffung eines Abstimmungsverfahrens beabsichtigt war, welches mit „dem im angloamerikanischen Rechtskreis bekannten Proxy-Voting vergleichbar [...]“ ist.¹²

Dort verbindet man das *proxy voting* insbesondere mit dem Ringen der Gesellschaftsverwaltung mit oppositionellen Anlegern um die Stimmen der passiven Aktionäre: den sog. *proxy fights* – oder weniger martialisch: *proxy contests*.¹³ Hierbei stellt das öffentliche Einwerben von Stimmrechtsvollmachten – sog. *proxy solicitation* – ein wirksames Instrument für Vorstand oder aktive Aktionäre dar, um die eigene Opposition gegenüber dem jeweils anderen zu

⁷ Lenz (Fn. 6), S. 42.

⁸ Hütber, Aktionärsbeteiligung und Internet: Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme korporativer Willensbildung im Zeitalter neuer Medien, 2002, S. 46.

⁹ So Lenz (Fn. 6), S. 45.

¹⁰ In diesem Sinne: Bachmann, Verwaltungsvollmacht und „Aktionärsdemokratie“: Selbstregulative Ansätze für die Hauptversammlung, AG 2001, 635 (635); Zöllner, Die Ausübung des Stimmrechts für fremde Aktien durch die Aktiengesellschaft auf ihrer eigenen Hauptversammlung, in: FS Westermann, 1974, S. 603 ff.

¹¹ Heute § 134 Abs. 3 S. 5 AktG.

¹² BT-Drucks. 14/4618, S. 14.

¹³ Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 887 ff.

stärken.¹⁴ Da für die Beschlussfähigkeit amerikanischer Aktiengesellschaften das Erreichen bestimmter Mindestquoten notwendig ist, sollte außerdem zum Wohle der innergesellschaftlichen Willensbildung nicht darauf verzichtet werden.¹⁵ Bedient sich eine US-amerikanische Publikumsaktiengesellschaft (*public corporation*) oder ein Aktionär¹⁶ dieses Instruments und werden weitere Voraussetzungen erfüllt (Zulassung an einer nationalen Börse oder Gesellschaftsvermögen von über 10 Millionen US-Dollar sowie eine bestimmte Anzahl an Aktionären)¹⁷, so finden die strengen Regeln der unabhängigen Bundesbehörde zur Börsen- und Wertpapieraufsicht, der *Securities and Exchange Commission (SEC)*, Anwendung.¹⁸ Diese SEC Rules erlegen den betroffenen Stimmrechtsvertretern (sog. *proxy issuers*) verschiedene Registrierungs- und Offenlegungspflichten auf:¹⁹ Bevor das Einwerben von Stimmrechtsvollmachten beginnen kann, muss die *corporation* ein sog. *proxy statement* bei der *SEC* einreichen, welches alle für die Abstimmung bedeutsamen Umstände wahrheitsgetreu und leicht verständlich wiederzugeben hat.²⁰ Bei einem Verstoß gegen diese Regelung ist mit einer Intervention seitens der *SEC* dergestalt zu rechnen, dass die betreffende Hauptversammlung verhindert wird.²¹ Zwar ist weder im Securities Exchange Act noch in den SEC Rules eine Haftung der *corporation* oder des *proxy issuers* gegenüber dem Aktionär kodifiziert. Gleichwohl hat die Rechtsprechung aus dem Sinn und Zweck der *proxy rules*, Schutz gegenüber betrügerischen oder irreführenden *proxy*-Informationen zu bieten, ein Individualklagerecht des Aktionärs hergeleitet.²² Diese Klage kann auf vorläufigen Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung, Unterlassung, Rückgängigmachung oder auch auf Schadensersatz gerichtet sein.²³

Es zeigt sich also, dass dem US-amerikanischen Vorbild eine ausgeprägte Regelungsdichte zugrunde liegt: Etwa zwanzig ausführliche Vorschriften bilden das gesetzliche Fundament,²⁴ die *SEC* als unabhängige Bundesbehörde dient als

¹⁴ Flore, Mehr Aktionärsdemokratie wagen? – Proxy Contests statt Verwaltungsstimmrecht?, 2011, S. 197; Schockenhoff, Proxy Fights – bald auch in Deutschland? Einwerben von Stimmrechtsvollmachten durch Aktionäre und Verwaltung, NZG 2015, 657 (657).

¹⁵ Lenz (Fn. 6), S. 133; Merkt (Fn. 13), Rn. 855 f.

¹⁶ Gemäß SEC Rule 14a-2(b)(2) müssen hierfür mehr als zehn Stimmen kumuliert werden.

¹⁷ § 12(g)(1)(A), 15 U.S.C.A. § 781(g)(1)(A) in der durch den JOBS Act von 2012, H.R.Rep. No. 112-3606, § 501 (2012) geänderten Fassung.

¹⁸ Merkt (Fn. 13), Rn. 858.

¹⁹ *Ebd.*, Rn. 860.

²⁰ SEC Rule 14a-3(a).

²¹ Lenz (Fn. 6), S. 136.

²² *Supreme Court of the United States, J.I. Case Co. v. Borak*, 377 U.S. 426 (1964).

²³ *Ebd.*

²⁴ Rules 14a-1 bis 14a-10, 14a-12 bis 14a-15, 14a-103 und 14a-104.

Garant für die Einhaltung dieser Regelungen und schließlich hat sich in ständiger Rechtsprechung und Rechtsfortbildung ein Rechtsschutzsystem zu Gunsten des einzelnen Aktionärs herausgebildet. In seiner Komplexität ist das US-amerikanische System weltweit einzigartig.²⁵

II. Das Verwaltungsstimmrecht vor Inkrafttreten des NaStraG

Lange Zeit herrschte im deutschen Schrifttum weitgehende Einigkeit über die Unvereinbarkeit des Verwaltungsstimmrechts mit einem wesentlichen Institut des deutschen Zivilrechts: dem Verbot des Insihgeschäfts gemäß § 181 BGB.²⁶ Vor dem Hintergrund der zwingenden Kompetenzverteilung innerhalb der Aktiengesellschaft (§ 23 Abs. 5 AktG) und der damit angestrebten Machtbalance zwischen ihren Organen²⁷ bereitet der Gedanke an eine über sich selbst abstimmende Verwaltung (sog. „Selbstkontrolle des Managements“)²⁸ Unbehagen. Welche Faktoren waren also für diesen Sinneswandel maßgeblich?

Vor 2001 und dem Inkrafttreten des NaStraG schwieg das Gesetz zu der Zulässigkeit der gesellschaftsbenannten Stimmrechtsvertretung. Lediglich § 135 Abs. 1 S. 2 AktG a.F.²⁹ enthielt in diesem Zusammenhang einen Anhaltspunkt. Eingeführt mit der Neufassung des Aktiengesetzes im Jahre 1965 regelte die Norm damals – ebenso wie heutzutage ihre Nachfolgevorschrift des § 135 Abs. 3 S. 3 AktG – die Zulässigkeit der Stimmrechtsvertretung von Depotbanken durch deren Verwaltungsorgane auf der gesellschaftseigenen Hauptversammlung. Die Stimmrechtsausübung durch das bevollmächtigte Kreditinstitut setzt jedoch voraus, dass der Aktionär ausdrückliche Einzelweisung zu jedem einzelnen Tagesordnungspunkt erteilt.³⁰ Fraglich war indes, welche Rolle diese Norm bei der Frage der Zulässigkeit des Verwaltungsstimmrecht für Nicht-Depotbanken spielte. Schließlich konnte die Lektüre des § 135 Abs. 1 S. 2 AktG a.F. zwei unterschiedliche Reaktionen beim Leser hervorrufen: Einerseits könnte er geneigt sein, in § 135 Abs. 1 S. 2 AktG a.F. die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, eine *Erschwernis* dergestalt für Depotbanken kodifizieren zu wollen, dass gerade und nur für sie das zusätzliche Erfordernis der ausdrücklichen Weisungserteilung notwendig sei. Im Übrigen könnte das Verwaltungsstimmrecht nach dieser Lesart von allen anderen Aktiengesellschaften getrost verwen-

²⁵ *Ruoff*, Stimmrechtsvertretung, Stimmrechtsermächtigung und Proxy-System – Stimmrechtsausübung durch Intermediäre in Aktionärsversammlungen – Deutschland, Schweiz und USA im Rechtsvergleich, 1999, S. 179.

²⁶ So *Bachmann*, Namensaktie und Stimmrechtsvertretung, WM 1999, 2100 (2104); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 1997, S. 862 m.w.N.

²⁷ *Herrler*, in: Grigoleit, 2013, § 119 Rn. 1.

²⁸ *Ebd.*, § 135 Rn. 34 f.

²⁹ Heute § 135 Abs. 3 S. 3 AktG.

³⁰ *Herrler*, in: Grigoleit (Fn. 27), § 135 Rn. 33.

det werden. Die Zulässigkeit wäre nämlich der Normalfall und müsste deswegen nicht ausdrücklich normiert werden (das „beredte Schweigen des Gesetzgebers“).³¹ Andererseits könnte der Normtext nicht als Erschwernis für Depotbanken, sondern vielmehr als ein *Privileg* verstanden werden. Aus diesem Privileg würde im Umkehrschluss folgen, dass ein Verwaltungsstimmrecht – selbst mit ausdrücklicher Weisungserteilung – für alle anderen Aktiengesellschaften nicht gewollt sei.³² So lässt sich der Konflikt zwischen der Lesart als *Erschwernis* und derjenigen als *Privileg* auch auf die folgende Frage herunterbrechen: War dem Gesetzgeber die Zulässigkeit so selbstverständlich, dass er „beredt“ dazu schweigen wollte oder hat er es versäumt, die Unzulässigkeit zu normieren, sodass diese Regelungslücke nun geschlossen werden musste?

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum entschied diese Frage mehrheitlich zugunsten der Unvereinbarkeit des Verwaltungsstimmrechts für Aktiengesellschaften der Realwirtschaft.³³ Die damals herrschende Auffassung begründete dies mit der Überlegung, dass auch vor Inkrafttreten der Norm im Jahre 1965 ein Verwaltungsstimmrecht mehrheitlich als unzulässig angesehen wurde und es schlicht nicht nachvollziehbar sei, warum der Gesetzgeber dieser breiten Ablehnung lediglich mit einem „beredten Schweigen“ hätte trotzen wollen.³⁴ Gerade im Hinblick auf den in § 23 Abs. 5 AktG normierten „Grundsatz der Satzungsstrenge“³⁵ des Aktiengesetzes erschien diese Ansicht nur konsequent.

Hatte man sich damit für eine grobe Richtung entschlossen, galt es nun, den richtigen Pfad einzuschlagen – bzw. die Regelungslücke zu schließen. Hierfür bediente man sich einer Gesamtschau aus Normen und allgemeinen sowie normspezifischen Rechtsgedanken: In dem Zusammenspiel des § 136 Abs. 2 AktG a.F.³⁶ (Verbot der Stimmrechtsausübung durch die AG aus eigenen Aktien) i.V.m. § 136 Abs. 3 AktG a.F.³⁷ (Nichtigkeit von Stimmbindungsverträgen) sowie dem in § 136 Abs. 1 AktG normierten Verbot des Richtens in eigener

³¹ So vertreten vom *LG Stuttgart*, AG 1974, 260 (260 f.); zum Begriff des „beredten Schweigens“: *Lenz* (Fn. 6), S. 146 ff.

³² *Möhring*, Proxi-Stimmrecht und geltendes deutsches Arbeitsrecht, in: FS Geßler, 1971, S. 127 (138); *K. Schmidt* (Fn. 26), S. 862; *Zöllner*, Stimmrechtsvertretung der Kleinaktionäre, in: FS Peltzer, 2001, S. 661 (663 ff.) m.w.N.

³³ Realwirtschaft bezeichnet hierbei die Gesamtheit der Unternehmen, die nicht Finanzinstitut sind, vgl. *Socher/Hanke*, Fachbegriffe aus M & A und Corporate Finance – Die Finanzkrise, NJW 2010, 495 (496).

³⁴ *Lenz* (Fn. 6), S. 147.

³⁵ *Koch*, in: Hüffer/Koch, 12. Aufl. 2016, § 23 Rn. 34.

³⁶ § 136 Abs. 3 AktG a.F. entspricht § 136 Abs. 2 AktG geltender Fassung.

³⁷ Die Vorschrift wurde durch das Verschmelzungsrichtlinie-Gesetz (BGBl I, 1980, S. 1425 ff.) aufgehoben. Die Stimmverbote sind nunmehr in den §§ 71b, 71d AktG enthalten.

Sache erkannte die herrschende Meinung die grundsätzliche Unzulässigkeit des Verwaltungsstimmrechts.³⁸ Hinzu kam der bereits angekündigte Widerspruch zu dem Verbot des Insichgeschäfts, welches in der strengen Kompetenz- und Gewaltenteilung zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung seine Konkretisierung findet.³⁹

Das Verwaltungsstimmrecht galt somit als unvereinbar mit der damals geltenden Gesetzeslage – bis zum Jahre 2001.

III. Die Norm des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG

Im Rahmen des NaStraG trat am 18.1.2001 § 134 Abs. 3 S. 3 AktG a.F. (heute § 134 Abs. 3 S. 5 AktG) in Kraft. Hinter dieser Norm lässt sich *prima facie* kaum die Legitimation des *proxy votings* vermuten, regelt sie doch in erster Linie, dass die Vollmachtserklärungen der Aktionäre für drei Jahre nachprüfbar von der Gesellschaft festgehalten werden sollen. Erst beim zweiten Lesen wird klar, dass mit „Vollmachtserklärungen“ solche gemeint sind, die seitens der Aktionäre an von der Gesellschaft benannte Stimmrechtsvertreter abgegeben werden. Die Norm setzt also die Zulässigkeit der gesellschaftseigenen Stimmrechtsvertretung jedenfalls im weiteren Sinne *inzident* voraus.⁴⁰ Die Folgen dieser Regelung für die Hauptversammlungspraxis und ob letztere mit der gesetzgeberischen Zielvorstellung übereinstimmt, bedürfen dabei einer genaueren Betrachtung.

1. Ein rechtsdogmatisches Fragment

Vergleicht man § 134 Abs. 3 S. 5 AktG mit der Regelungsdichte des US-amerikanischen Vorbildes,⁴¹ muss sich das Vorhandensein von strittigen Rechtsfragen förmlich aufdrängen. So soll zunächst das Problem der Tauglichkeit der Bevollmächtigten dargestellt (*a*)), bevor anschließend die konträren Meinungen im Hinblick auf das Weisungserfordernis dargestellt werden (*b*). Im Anschluss wird zu beiden Rechtsfragen Stellung genommen (*c*)).

a) Die Person des Bevollmächtigten

So stellt sich zunächst die Frage, ob jede beliebige Person bzw. auch Organe der Gesellschaft von den Aktionären bevollmächtigt werden können. Die Vorschläge dazu, welche Personen als taugliche Bevollmächtigte von der Gesell-

³⁸ Lenz (Fn. 6), S. 144.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Hirschmann, in: Hölter, 2. Aufl. 2014, § 134 Rn. 51; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 134 Rn. 26a.

⁴¹ Siehe oben **B. I.**

schaft nominiert werden dürfen, teilen sich in zwei Lager: Einige Stimmen in der Literatur lehnen Organmitglieder (insb. Vorstandsmitglieder) wegen des aus § 136 Abs. 2 AktG abgeleiteten Manipulationsverbots gänzlich ab.⁴² Andere schlagen hingegen vor, grundsätzlich jede Person zuzulassen, jedoch für Personen, die sich im Lager der AG befinden (Organmitglieder und Arbeitnehmer), die Stimmrechtsausübung von einer ausdrücklichen Weisung abhängig zu machen.⁴³ Weitgehende Einigkeit herrscht jedoch darüber, dass jedenfalls keine Organe als solche (also Vorstand oder Aufsichtsrat jeweils als Gremium) zur Bevollmächtigung vorgeschlagen werden dürfen: Diese seien nicht nur wegen ihrer mangelnden Rechtsfähigkeit ungeeignet.⁴⁴ Vielmehr folge auch aus dem Manipulationsverbot des § 136 Abs. 2 AktG (Verbot von Stimmbindungsverträgen) die Unvereinbarkeit von Stimmrechtsvollmacht und Gesellschaftsorganen.⁴⁵

b) Pflicht zur Weisungerteilung

Weiterhin ist Gegenstand der wissenschaftlichen Diskussion, ob die Vollmacht der Weisung durch den Aktionär und zu jedem einzelnen Tagesordnungspunkt bedarf. Eine Lösung erscheint auch im Hinblick auf das Depotstimmrecht des § 135 Abs. 3 S. 5 AktG besonders relevant, immerhin wird dort explizit das Erfordernis der ausdrücklichen Weisungerteilung für Kreditinstitute normiert.⁴⁶

Gerade der Blick auf das Depotstimmrecht lässt jedoch einige Stimmen im Schrifttum an einem Weisungserfordernis zweifeln. In methodischer Hinsicht könne man den Rechtsgedanken des § 135 Abs. 3 S. 5 AktG nämlich nicht auf das Verwaltungsstimmrecht anwenden.⁴⁷ Die Norm sei eine Sonderregelung zur Ausübung des Depotstimmrechts einer Aktienbank und als Ausnahmeregelung daher einer Analogie grundsätzlich nicht zugänglich.⁴⁸ Auch in systematischer Hinsicht ergebe sich nichts anderes: Der Verweis in § 134 Abs. 3 S. 5 Halbs. 2 AktG auf ausschließlich § 135 Abs. 5 AktG sei als Wille des Gesetzgebers zu verstehen, die restlichen Absätze gerade nicht entsprechend auf § 134 Abs. 3 S. 5 AktG anwenden zu wollen.⁴⁹

⁴² Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 134 Rn. 26b; Spindler, in: Schmidt/Lutter I, 3. Aufl. 2015, § 134 Rn. 63.

⁴³ Herrler, in: Grigoleit (Fn. 27), § 134 Rn. 35.

⁴⁴ Schröder, in: MüKo-AktG III, 3. Aufl. 2013, § 134 Rn. 137; Zöllner (Fn. 32), S. 664.

⁴⁵ Bachmann (Fn. 26), S. 2103; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 134 Rn. 26b.

⁴⁶ Siehe oben **B. II.**

⁴⁷ Riegger, Hauptversammlung und Internet, ZHR 165 (2001), 204 (214).

⁴⁸ Ebd. mit Verweis auf Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 175 f.

⁴⁹ Bachmann (Fn. 10), S. 638; Hanloser, Proxy-Voting, Remote-Voting und Online-HV:

Eine andere Ansicht argumentiert hingegen, dass – nur weil der Gesetzgeber die Vorschrift des § 135 AktG nicht gänzlich übersehen habe – daraus nicht folge, dass ihm bezüglich eines Teilaspekts die Notwendigkeit zu ihrer entsprechenden Anwendung entgangen sein könnte.⁵⁰ Zudem sei kein objektiver Grund zur Ungleichbehandlung zwischen einem Stimmrechtsvertreter einer beliebigen Aktiengesellschaft auf deren eigener Hauptversammlung und einem Stimmrechtsvertreter einer Depotbank gegeben.⁵¹

c) Eigene Bewertung der Rechtsfragen

Die zwei aufgeworfenen Rechtsfragen der Tauglichkeit des Stimmrechtsvertreters sowie des Erfordernisses der Weisungserteilung sind nicht voneinander getrennt zu behandeln. Sie stellen beide Sicherungsmaßnahmen dar, um einer Gefahr zu begegnen, die dem Verwaltungsstimmrecht immanent ist: der Selbstkontrolle des Managements.⁵²

Dementsprechend stellt sich zwangsläufig die Frage, mit welchem anderen Gesetzeszweck die Vermeidung der Selbstkontrolle in Konflikt steht. Wie sich aus der vollständigen Gesetzesbezeichnung ergibt („Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung“), hat der Gesetzgeber mit dem NaStraG die Vereinfachung der Stimmrechtsausübung und der Vollmachterteilung beabsichtigt.⁵³ Hieraus kann der Schluss gezogen werden, dass dieser Zweck eine Einschränkung der Vollmachterteilung verbietet. Eine solche Einschränkung kann jedoch gerade in der Weisungsobliegenheit erblickt werden. Derjenige Aktionär, welcher eine Weisung unterläßt, verliert schließlich seine Stimmkraft in Gänze.⁵⁴ Die beabsichtigte Erleichterung würde somit durch das Weisungserfordernis konterkariert und in ihr Gegenteil – den Stimmrechtsverlust – verkehrt.⁵⁵

Hinter der Erwägung der Erleichterung der Stimmrechtsausübung verbirgt sich letztlich die Bestrebung, der „rationalen Apathie“⁵⁶ der Aktionäre entgegenzuwirken:⁵⁷ Darunter ist die mangelnde Bereitschaft der Kleinanlegerschaft zu

§ 134 III 3 AktG nach dem NaStraG, NZG 2001, 355 (355).

⁵⁰ *Schröer*, in: MüKo-AktG III (Fn. 44), § 134 Rn. 42.

⁵¹ *Ebd.*

⁵² *Bachmann* (Fn. 26), S. 2104; *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 134 Rn. 26b; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter I (Fn. 42), § 134 Rn. 63 m.w.N.

⁵³ BT-Drucks. 14/4618, S. 1 f.

⁵⁴ *Bachmann* (Fn. 10), S. 638; *Noack*, Stimmrechtsvertretung in der Hauptversammlung nach NaStraG, ZIP 2001, 57 (62).

⁵⁵ *Bachmann* (Fn. 10), S. 638.

⁵⁶ Grundlegend hierzu *Downs*, Ökonomische Theorie der Demokratie, 1968, S. 255 ff.

⁵⁷ *Bachmann* (Fn. 10), S. 638.

verstehen, sich am Willensbildungsprozess⁵⁸ der Gesellschaft zu beteiligen, weil die Transaktionskosten für eine interessengerechte Stimmenwahrnehmung in keinem Verhältnis zu ihrem Nutzen stehen.⁵⁹ Kurz: Die Kosten für die Anfahrt zu einer Hauptversammlung, die meist werktags vormittags gelegen ist und der damit verbundene zeitliche Aufwand rentieren sich für Kleinanleger nicht.⁶⁰

Das Bedürfnis, einerseits eine effektive Kontrolle der Gesellschaft zu vermeiden sowie andererseits die Bestrebung, den Kleinaktionär aus seiner „rationalen Apathie“ herauszuführen, sind demnach die widerstreitenden Motive. Welchem Gesetzeszweck Vorrang eingeräumt wird, entscheidet über die aufgeworfenen Rechtsfragen der Person des Bevollmächtigten und der Weisungsgebundenheit.

Würde ein Verwaltungsstimmrecht ohne ausdrückliches Weisungserfordernis zwangsläufig eine Belebung der Aktionärsdemokratie innerhalb der deutschen Aktiengesellschaften nach sich ziehen und so die herrschende Apathie jedenfalls teilweise durchbrechen? Immerhin ist zu bedenken, dass derjenige Aktionär, welcher sich die Mühe macht, überhaupt eine Vollmacht zu erteilen, in der Regel auch dazu willens sein wird, eine Weisung aufzuerlegen.⁶¹ Außerdem zeigt die derzeitige Praxis⁶² und herrschende Meinung in der Literatur⁶³, dass ein befriedigendes Ergebnis erzielt werden kann, wenn die konträren Motive in „praktische Konkordanz“ gebracht werden: Eine ausdrückliche Weisung kann nämlich auch in der Erklärung gesehen werden, im Sinne der Verwaltungsvorschläge abzustimmen.⁶⁴ Führt man sich abschließend vor Augen, dass der Verzicht auf ein Weisungserfordernis zu einem Wertungswiderspruch im Hinblick auf das Depotstimmrecht führen würde,⁶⁵ darf nach geltendem Recht auf die Notwendigkeit der Weisungserteilung für alle übrigen Aktiengesellschaften nicht verzichtet werden. Es gibt keine spezielle Eigenschaft der Depotbanken, die eine andere Handhabung rechtfertigen könnte. Vielmehr war es die verbreitete Praxis der Depotbanken, ihre Kunden auf der eigenen Hauptver-

⁵⁸ Zur Funktion der Hauptversammlung als Willensbildungsorgan siehe *Herrler*, in: Grigoleit (Fn. 27), § 118 Rn. 1.

⁵⁹ *Lenz* (Fn. 6), S. 27.

⁶⁰ *Ebd.*, S. 99 ff.

⁶¹ *Notz*, in: Henze/Hoffmann-Becking, Gesellschaftsrecht 2001, Tagungsband zum RWS-Forum am 8. und 9. März 2001 in Berlin, 2001, S. 96; a.A.: *Bachmann* (Fn. 10), S. 638, Fn. 40.

⁶² Dies belegen etwa die (online einsehbaren) Anmeldebögen der diesjährigen Hauptversammlungen der *Bayer AG*, *Luftbansa AG*, *Medigene AG* sowie der *Uniper SE*.

⁶³ *Habersack*, Aktienrecht und Internet, ZHR 165 (2001), 172 (188), *Herrler*, in: Grigoleit (Fn. 27), § 134 Rn. 35 m.w.N.

⁶⁴ *Herrler*, in: Grigoleit (Fn. 27), § 134 Rn. 35.

⁶⁵ Siehe oben **B. III. 1. b**).

sammlung zu vertreten, welche einer gesetzlichen Klärung bedurfte.⁶⁶ Deshalb muss das Weisungserfordernis als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in den Wortlaut des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG hineingelesen werden.⁶⁷ Dies entspricht im Übrigen auch der US-amerikanischen Gesetzeslage,⁶⁸ der bei der Schaffung des § 134 Abs. 3 S. 3 AktG a.F. Vorbildfunktion zugekommen ist.⁶⁹

Zu keinem anderen Ergebnis kommt die Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK), indem sie in Ziff. 2.3.2 S. 2 DCGK die Verpflichtung des Vorstandes normiert, die Bestellung eines Vertreters für die weisungsgebundene Stimmrechtsausübung zu Gunsten der Aktionäre zu gewährleisten – insofern handelt es sich um keine Empfehlung, sondern vielmehr um eine Wiedergabe des geltenden Rechts.⁷⁰

Konsequenterweise folgt aus einem generellen und ausdrücklichen Weisungserfordernis, dass die Person des Stimmrechtsvertreters an Bedeutung verliert.⁷¹ Für Einschränkungen nur auf bestimmte Stimmrechtsvertreter aus dem Lager der AG ist also kein Raum, da mögliche Interessenkonflikte des Bevollmächtigten durch das enge Korsett der Weisungsgebundenheit gänzlich ausgeschlossen sind. Daher können beispielsweise auch Aufsichtsrats- oder Vorstandsmitglieder bevollmächtigt werden.⁷²

2. Ein rechtspolitisches Experiment

Seit dem Inkrafttreten des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG im Rahmen des NaStraG sind mittlerweile 16 Jahre vergangen. Ursprünglich als „Experiment“⁷³ gedacht, sollten mit dem Institut des *proxy voting* zunächst Erfahrungen gesammelt und später angemessen reagiert werden.⁷⁴

Mittlerweile hat sich ein *proxy voting* deutscher Art in Praxis und Schrifttum etabliert. Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich mit ihm auch die Hoffnungen des Gesetzgebers erfüllt haben, eine effektive Stimmrechtskoordination zu ge-

⁶⁶ Lenz (Fn. 6), S. 142 f.

⁶⁷ Vgl. Hirschmann, in: Hölters (Fn. 40), § 134 Rn. 51, dort auch als „teleologische Reduktion“ bezeichnet; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 134 Rn. 26b; Spindler, in: Schmidt/Lutter I (Fn. 42), § 134 Rn. 56.

⁶⁸ Lenz (Fn. 6), S. 136.

⁶⁹ BT-Drucks. 14/4618, S. 14.

⁷⁰ Goslar, in: Wilsing, DCGK, 2012, Ziff. 2.3.3 Rn. 17.

⁷¹ Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 134 Rn. 26b.

⁷² Schröder, in: MüKo-AktG III (Fn. 44), § 134 Rn. 37; Semler, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV, 3. Aufl. 2007, § 38 Rn. 53; a.A.: Goslar, in: Wilsing, DCGK, (Fn. 70), Ziff. 2.3.3 Rn. 19.

⁷³ Hirschmann, in: Hölters (Fn. 40), § 134 Rn. 51.

⁷⁴ Seibert (Fn. 3), S. 55.

währleisten und so die Funktionsfähigkeit der Hauptversammlung als Willensbildungsorgan wiederherzustellen.

a) *Die Aktionärsindolenz als Feindbild*

Kaum ein Thema wird in der Diskussion um die Reformbedürftigkeit der deutschen Hauptversammlung so oft aufgegriffen wie die Diskrepanz zwischen den hohen Zahlen der physisch teilnehmenden Aktionäre einerseits und der gleichzeitig sehr niedrigen Präsenz (gemessen in Prozent des stimmberechtigten Kapitals) andererseits.⁷⁵ Führt man sich vor Augen, dass die meisten großen DAX-Gesellschaften einen Börsenwert im zweistelligen Milliarden-Euro-Bereich und meist mehr als 100 Millionen emittierte Aktien haben, kann eine Hauptversammlung mit etwa zehntausend teilnehmenden Privatanlegern mit durchschnittlich je einhundert Aktien – trotz immensen logistischen Aufwands – keine hohe Kapitalpräsenz zeitigen: Diese Privatanleger würden lediglich 1-2 % repräsentieren – zumal die Annahme von einhundert Aktien pro Anleger angesichts der Teilnehmerverzeichnisse noch zu hoch gegriffen ist.⁷⁶

Während die hohe Teilnehmerzahl große logistische Schwierigkeiten mit sich bringt,⁷⁷ birgt die gleichzeitig geringe Teilnahmequote ein anderes Risiko: das Entstehen von Machtvakuen.⁷⁸ So können sogenannte aktivische Aktionäre auch mit einer geringen Stimmkraft einen überproportionalen Einfluss auf die Aktiengesellschaft ausüben.⁷⁹

Vom Bestehen dieser Machtvakuen profitieren insbesondere zwei Machttäger. Einerseits kann die Passivität der Kleinaktionäre zur Folge haben, dass ihre Machtbefugnisse auf Großaktionäre übertragen werden (horizontale Machtverschiebung). Andererseits ist auch die Übernahme originärer Aufgaben der Hauptversammlung *ipso facto* durch die Verwaltung der Aktiengesellschaft die Folge (vertikale Machtverschiebung).⁸⁰ Welchen Namen der Profiteur der Aktionärsindolenz auch tragen mag, eine demokratische Legitimation der gefassten Beschlüsse kann auf diese Weise nicht gewährleistet werden.⁸¹

⁷⁵ Butzke (Fn. 4), S. 4 ff.; Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 118 Rn. 5 m.w.N.

⁷⁶ Butzke (Fn. 4), S. 4 ff.

⁷⁷ Ebd., S. 5 Rn. 14.

⁷⁸ Lenz (Fn. 6), S. 102 ff.

⁷⁹ Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 35), § 118 Rn. 5.

⁸⁰ Immenga, Aktiengesellschaft, Aktionärsinteressen und institutionelle Anleger, 1971, S. 9: der Vorstand als „Herrscher in eigener Machtvollkommenheit“; Lenz (Fn. 6), S. 104.

⁸¹ Klavitter, in: Noack/Spindler, Unternehmensrecht und Internet, 2001, S. 37 (37).

Doch wie kann erreicht werden, dass weniger – oder zumindest nicht noch weitere – Aktionäre zu den Hauptversammlungen erscheinen und dort gleichzeitig ein größerer Anteil des stimmberechtigten Kapitals vertreten ist? Was sich zunächst als die Quadratur des Kreises anhören mag, lässt sich theoretisch mit Vertretungssystemen bewältigen, welche die *mittelbare* Aktionärsbeteiligung fördern sollen.⁸² Zur Debatte steht dabei ein breites Spektrum von Modellen der Stimmrechtsvertretung: Von Aktionärsvereinigungen über die Einführung von Stimmrechtstreuhändern oder öffentlich-rechtlich beaufsichtigten Depotorganisationen bis hin zur Etablierung des *proxy voting* werden viele Spielarten diskutiert.⁸³

Zu beachten ist hierbei jedoch, dass nur solche Modelle mit der geltenden Wirtschaftsverfassung zu vereinbaren sind, welche dem Aktionär als Eigentümer und Risikoträger genügend Rechnung tragen.⁸⁴ Ein Auseinanderfallen von Kapitalrisiko und Unternehmenskontrolle trifft auf verfassungsrechtliche Bedenken.⁸⁵ Ein wesentlicher Teil der grundgesetzlichen Wirtschaftsordnung ist die in Art. 14 GG verbürgte Eigentumsgarantie, welche die Anerkennung und den Schutz des privaten Eigentums und die Ausübung der Eigentümerrechte gewährleistet. Daher darf das Aktienrecht die Mitsprache- und Kontrollrechte des Aktionärs als dem wirtschaftlichen Eigentümer des Unternehmens nur insofern einschränken, als dies ausnahmsweise notwendig ist.⁸⁶ Solche Ausnahmen beschränken sich auf Maßnahmen, die zur Erreichung übergeordneter Ziele – wie der Verfolgung des Gesellschaftszwecks oder der Wahrung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft – unerlässlich sind.⁸⁷ Wenn also Vertretungssysteme genutzt werden, muss eine möglichst authentische Wiedergabe des Aktionärswillens gewährleistet werden.

So entschied sich der Gesetzgeber im Rahmen des NaStraG für eine Norm in Gestalt des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG, welche in der Theorie alle vorgenannten Aspekte zu vereinen scheint. Die Erhöhung der mittelbaren Präsenz des stimmberechtigten Kapitals wird durch die gesellschaftsbenannten Stimmrechtsvertreter erzielt. Um eine möglichst authentische Abbildung des Aktionärswillens zu gewährleisten, muss hierbei ausdrückliche Weisung zu den Tagesordnungspunkten erteilt werden.⁸⁸ Schließlich entschied man sich damit, das Machтва-

⁸² *Christians*, Der Aktionär und sein Stimmrecht, AG 1990, 47 (48); *Siebert*, Stimmrecht und Hauptversammlung – eine rechtspolitische Sicht, BB 1998, 2536 (2536).

⁸³ Eine Auflistung vieler denkbarer Modelle findet sich bei *Lenz* (Fn. 6), S. 111 f.

⁸⁴ *Ebd.*, S. 112 f.

⁸⁵ *Ebd.*

⁸⁶ *Kropff*, Aktiengesetz – Begründung des Regierungsentwurfs, 1965, S. 14.

⁸⁷ *Ebd.*

⁸⁸ Siehe oben **B. III. 1. c).**

kuum durch die Verwaltung füllen zu lassen, denn: „Eine starke Verwaltung ist allemal besser als ein Machtvakuum.“⁸⁹

b) Bloße Alternative zur Briefwahl?

Das wirft jedoch die Frage auf, ob sich dieser Kompromiss aus Sicht der Aktionäre tatsächlich als Bereicherung darstellt. Zu bedenken ist nämlich, dass eine Stimmrechtsvollmacht, die an eine schriftliche Weisung gebunden ist, letztlich auf eine Briefwahl hinausläuft.⁹⁰

Viele DAX-Gesellschaften bieten in ihren Anmeldeformularen⁹¹ zur Hauptversammlung drei Varianten der Stimmrechtsausübung an:⁹²

Zunächst besteht die Möglichkeit, selbst auf der Hauptversammlung zu erscheinen bzw. einen *selbstbenannten* Stimmrechtsvertreter zu bevollmächtigen. Als zweite Variante besteht die Möglichkeit der Briefwahl, die sich ihrerseits in zwei alternative Formen aufteilt: die Ausübung der Briefwahl in allen Punkten der Tagesordnung im Sinne der Verwaltung oder die individuelle Abstimmung. Entscheidet sich der Aktionär für letztere, gelangt er über einen Verweis auf die Rückseite des Anmeldeformulars, wo alle Tagesordnungspunkte aufgelistet und mit jeweils drei Kästchen für „Ja“, „Nein“ und „Enthaltung“ versehen sind. Schließlich ist als dritte und letzte Variante die Stimmrechtsausübung durch einen festgelegten Stimmrechtsvertreter zu finden, die sich wiederum in die Vollmachterteilung eines Kreditinstituts bzw. einer Aktionärsvereinigung einerseits oder eines gesellschaftsangehörigen Stimmrechtsvertreters (Verwaltungsstimmrecht) andererseits aufteilt. Entscheidet sich der Aktionär für das Verwaltungsstimmrecht, muss er eine ausdrückliche Weisung erteilen. Dies geschieht entweder in allen Punkten im Sinne der Verwaltung oder per individueller Weisungserteilung. Im letzteren Fall wird – wie bei der Briefwahl – auf die Rückseite des Anmeldebogens verwiesen, wo jeder einzelne Tagesordnungspunkt zu finden ist.

Es zeigt sich also, dass sowohl für die Briefwahl als auch für die Weisungserteilung im Rahmen des Verwaltungsstimmrechts identische Ausübungsmodalitäten bestehen. In beiden Fällen kann entweder im Sinne der Verwaltung oder individuell, entsprechend der rückseitigen Einzelweisung, abgestimmt werden.

⁸⁹ *Bachmann* (Fn. 10), S. 639, Fn. 44.

⁹⁰ Siehe nur *Bachmann* (Fn. 26), S. 2107.

⁹¹ Zur besseren Veranschaulichung sei auf das Anmeldeformular der *Bayer AG* zur diesjährigen Hauptversammlung verwiesen, abrufbar unter: <https://www.bayer.de/de/hv-2018-anmeldeformular-de.pdf> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁹² Bezug genommen wird auf die (online abrufbaren) Anmeldeformulare zu den diesjährigen Hauptversammlungen der *Bayer AG*, *Lufthansa AG* und *Uniper SE*.

Zwar steht es gemäß § 118 Abs. 2 AktG im Belieben der Gesellschaft, die Abstimmung per Briefwahl überhaupt zuzulassen. Nichtsdestoweniger wird von den meisten DAX 30-Gesellschaften eine Briefwahl auch tatsächlich angeboten.⁹³ Auch der vermeintliche logistische Vorteil des Verwaltungsstimmrechts, viele Stimmen in einer Person zu vereinigen, wird letztlich durch das Erfordernis der Weisungerteilung relativiert. Sowohl bei der Briefwahl als auch bei der Verwaltungsvollmacht muss jedes einzelne Abstimmungsformular geprüft werden. Ein greifbarer Unterschied zwischen den beiden Abstimmungsformen existiert für die Praxis somit nicht.

c) *Belebung der „Aktionärsdemokratie“?*

Gleichwohl verzeichnete die Hauptversammlungssaison 2007, dass im Durchschnitt mehr als 15 % des auf der Hauptversammlung *anwesenden* Grundkapitals qua Verwaltungsstimmrecht vertreten wurden⁹⁴ und bei einer DAX 30-Gesellschaft der gesellschaftseigene Stimmrechtsvertreter sogar mehr als die Hälfte des stimmberechtigten, anwesenden Kapitals hinter sich bringen konnte.⁹⁵ Ist in dem Verwaltungsstimmrecht des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG also doch mehr zu sehen als eine bloße Alternative zur Briefwahl? Konnte damit also tatsächlich ein Mehr an „Aktionärsdemokratie“⁹⁶, also der Herrschaft der Aktionäre über die Aktiengesellschaft,⁹⁷ erreicht werden?

Zunächst läge die Schlussfolgerung nahe, dass bei einem so beachtlichen Anteil von Aktionären, die per Verwaltungsstimmrecht vertreten wurden, auch eine höhere Hauptversammlungspräsenz insgesamt zu verzeichnen ist;⁹⁸ immerhin war eine Steigerung der Beteiligung des stimmberechtigten Kapitals das erklärte Ziel des Gesetzgebers bei der Einführung des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG.⁹⁹

Betrachtet man jedoch die Zahlen der Hauptversammlungspräsenzen zweier DAX 30-Aktiengesellschaften, deren eigene Stimmrechtsvertreter jeweils um die 40 % und 50 % des *anwesenden* Kapitals vertreten haben, tritt schnell Ernüchterung ein. In beiden Fällen lag die Hauptversammlungspräsenz insgesamt

⁹³ Dies belegen die diesjährigen Einladungen zu den Hauptversammlungen u.a. der *Allianz SE*, *Daimler AG*, *Deutsche Bank AG*, *Bayer AG*, *Beiersdorf AG*, *Commerzbank AG* sowie *Lufthansa AG*. Die Einladungen sind allesamt online zu finden.

⁹⁴ *Flore*, Mehr Aktionärsdemokratie wagen? – Proxy Contests statt Verwaltungsstimmrecht?, 2011, S. 119.

⁹⁵ *Ebd.*, S. 118.

⁹⁶ *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1. Aufl. 1980, S. 352.

⁹⁷ So im weiteren Sinne verstanden von *Flore* (Fn. 94), S. 169.

⁹⁸ *Ebd.*, S. 119.

⁹⁹ *Seibert* (Fn. 5), S. 529.

immer noch bei nur rund 40 %.¹⁰⁰

Weiterhin konnte auf Grundlage eines Berichtes des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) über die Entwicklung der Stimmrechtsausübung in börsennotierten Aktiengesellschaften vom 19.5.2004¹⁰¹ eine bemerkenswerte Beobachtung angestellt werden: Es konnte konstatiert werden, dass der Anteil privater Aktionäre (in Abgrenzung zu institutionellen Investoren) in einem negativ reziproken Verhältnis zu dem Umfang des Stimmrechtsanteils des Gesellschaftsvertreters steht.¹⁰² Das heißt, je mehr private Aktionäre an einer Gesellschaft beteiligt sind, desto weniger Stimmen kann der gesellschaftseigene Stimmrechtsvertreter auf sich vereinen. Umgekehrt gilt: Je weniger Privataktionäre vorhanden sind, desto größer ist der Umfang der Stimmen des Gesellschaftsvertreters.

Es zeigt sich also, dass insbesondere Privatanleger sehr zurückhaltend mit der Möglichkeit der Stimmrechtsvertretung umgehen.¹⁰³ Das Instrument des Verwaltungsstimmrechts wird vielmehr von institutionellen Anlegern (die nicht zugleich Großaktionäre sind) genutzt.¹⁰⁴ Führt man sich weiterhin vor Augen, dass dem BMJ-Bericht außerdem eine rückläufige Entwicklung der Präsenzzahlen zu entnehmen ist, lässt das an der erhofften Belebung der Aktionärsdemokratie zweifeln.

d) Aktionärsagilität durch proxy fights

In den USA stellt das öffentliche Einwerben (*proxy solicitation*)¹⁰⁵ von Stimmrechtsvollmachten ein wichtiges Mittel dar, um die verwaltungseigenen Vorschläge bei den Wahlen zum *board of directors* oder sonstigen Beschlussfassungen durchzusetzen.¹⁰⁶ Zielen aktive Aktionäre darauf ab, Stimmrechtsvollmachten von der Verwaltung abzuwerben, um die Abstimmvorschläge der Verwaltung zu torpedieren oder eigene, gegen das Management gerichtete Anträge durchzusetzen, kommt es zum *proxy fight*.¹⁰⁷ In den USA finden diese „Kämpfe“ zwar selten statt. Schließlich sind mit ihnen meist sehr hohe Kosten für Druck- und Versendung des *proxy statement*, der Zeitungswerbung sowie der Entwicklung von Wahlkampfstrategien durch Beratunsfirmen verbunden¹⁰⁸ – Kosten die für

¹⁰⁰ Flore (Fn. 94), S. 119.

¹⁰¹ In Auszügen zu finden bei Seibert (Fn. 5), S. 529 ff.

¹⁰² Flore (Fn. 94), S. 123 (Aussage 4).

¹⁰³ Ebd., S. 121.

¹⁰⁴ Ebd., S. 123.

¹⁰⁵ Siehe bereits oben **B. I.**

¹⁰⁶ Lenz (Fn. 6), S. 134.

¹⁰⁷ Schockenhoff (Fn. 14), S. 658.

¹⁰⁸ Merkt (Fn. 13), Rn. 895.

beide Seiten schnell Millionenhöhe erreichen können.¹⁰⁹ Nichtsdestoweniger hat ihre Zahl in den letzten 20 Jahren stark zugenommen und überschreitet mittlerweile die Zahl der Übernahmeangebote.¹¹⁰ Der Versuch des amerikanischen Großinvestors *Carl Icahn*, das *board* von *Time Warner* in den Jahren 2005/2006 abzusetzen sowie der erbitterte Kampf bei *Hewlett Packard* um die Übernahme des Computerherstellers *Compaq* im Jahr 2002 stellen hierfür bekannte Beispiele dar. Jedoch sind mittlerweile auch in Deutschland Fälle des *proxy fighting* zu verzeichnen. Im Jahr 2007 war das mittelständische Fotoentwicklungsunternehmen *Cewe Color Holding AG* Schauplatz für einen Wettkampf um Stimmrechtsvollmachten zwischen der Verwaltung und einem aktivischen Aktionär aus den USA.¹¹¹ Dessen Ziel war es, den Vorstand zur Zahlung einer Sonderdividende zu bewegen.¹¹² Die Sprengkraft des Falles ist jedoch in den Präsenzzahlen der entscheidenden Hauptversammlung zu finden: Galten die bisherigen Hauptversammlungen der *Cewe Color* eher als schwach besucht, so konnte im Jahr 2007 nach intensivem Stimmeneinwerben durch Verwaltung und Opposition eine Präsenz von 87,1 % erreicht werden.¹¹³ Im Vorjahr betrug die Beteiligung lediglich 37 % und konnte somit mehr als verdoppelt werden.¹¹⁴

Am Beispiel der *Cewe Color Holding AG* zeigt sich also, dass *proxy fights* präsenzsteigernde Wirkung entfalten können. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass es aus Sicht des Aktionärs kaum Tagesordnungspunkte gibt, die die Entscheidung über Sonderdividenden im Hinblick auf ihre Attraktivität überbieten können. Ob sich mit *proxy fights* solche Präsenzzahlen also auch für Hauptversammlungen erzielen lassen, auf denen beispielsweise über die Entlastung des Vorstandes oder die Änderung des Unternehmensgegenstandes abgestimmt werden soll, sei dahingestellt. Gleichwohl kann diesem Wettkampf – gleich einem politischen Wahlkampf¹¹⁵ – eine belebende Wirkung auf die Hauptversammlung attestiert werden. Zwar ist fraglich, ob tatsächlich ein Zusammenhang zwischen dem *proxy voting* im Sinne eines Verwaltungsstimmrechts und der präsenzsteigernden Wirkung von *proxy fights* besteht oder ob sich das gleiche

¹⁰⁹ *Merkel* (Fn. 13), Rn. 893, Abbildung 21.

¹¹⁰ *Flore* (Fn. 94), S. 229.

¹¹¹ Ausführlich hierzu: *Blome-Drees/Rang*, Die Aktivitäten von Finanzinvestoren in Deutschland am Beispiel der *Cewe Color AG*, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/mbf_finanzinvestoren_cewecolor.pdf (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

¹¹² *Ebd.*, S. 17.

¹¹³ *Ebd.*, S. 26.

¹¹⁴ *Mehner*, Die Lehren aus der *Cewe-Schlammschlacht* – Hohe Präsenzen und ausgefeiltes Hauptversammlungsmanagement sind unabdingbar, *Börsen-Zeitung* v. 27.9.2007 (Nr. 175), S. 13.

¹¹⁵ *Merkel* (Fn. 13), Rn. 887.

Ergebnis mit einem gesellschaftsunabhängigen Stimmrechtsvertreter (z.B. einer Anwaltskanzlei) erzielen ließe. Im Hinblick auf die notwendige „Waffengleichheit“¹¹⁶ zwischen Verwaltung und opponierenden Aktionären ist das Verwaltungsstimmrecht jedoch der Schritt in die richtige Richtung.

C. Zusammenfassung und Ausblick

Die Norm des § 134 Abs. 3 S. 5 ist wegen ihrer unauffälligen Stellung und Schlichtheit leicht zu überlesen. Gleichzeitig wird von ihr erwartet, das Instrumentarium des Verwaltungsstimmrechts ebenso lückenlos abzudecken wie in dessen Herkunftsland USA, wo eine eigene Bundesbehörde, ein Katalog an gesetzlichen Regelungen sowie umfangreiche Rechtsprechung für Rechtssicherheit sorgen.

Jener fragmentarische Gesetzestext ist ursächlich für den Streit um die Tauglichkeit der Person des Stimmrechtsvertreters. Diese Problematik ist jedoch als Folgefrage des Weisungserfordernisses zu bewerten. Die Person des Bevollmächtigten kann daher – vorausgesetzt, es handelt sich nicht um ein Organ der Gesellschaft – keine Rolle spielen, sofern ein generelles Weisungserfordernis richtigerweise bejaht wird.

Zudem kann der Norm des § 134 Abs. 3 S. 5 AktG keine andere Eigenschaft abgewonnen werden als derjenigen einer bloßen, gleichwertigen Alternative zur Briefwahl – auch wenn der Gesetzgeber dies nicht intendiert haben kann. Dieser muss *de lege ferenda* einen anderen Weg finden, um die Aktionärsindolenz zu beseitigen und die Aktionärsdemokratie wiederzubeleben.

Positiv zu bewerten ist letztlich der Wettkampf von Verwaltung und opponierenden Anlegern um Stimmrechtsvollmachten, den sog. *proxy fights*, welche eine präsenzsteigernde Wirkung auf Hauptversammlungen entfalten können. Ob sich diese Wirkung für jeden beliebigen Tagesordnungspunkt erzielen lässt und ob das *proxy voting* im Sinne des Verwaltungsstimmrechts hierfür zwingend notwendig ist, kann nicht beantwortet werden – jedenfalls ist es für die Gesellschaft kostengünstiger, als eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft oder eine Rechtsanwaltskanzlei damit zu beauftragen.

Abschließend kann man konstatieren, dass die mittelbare Stimmrechtsvertretung das probate Mittel darstellt, um Hauptversammlungsbeschlüssen ein Mehr an Legitimation zu ermöglichen, ohne dabei die physische Präsenz der Aktionäre zu erhöhen. Insofern stellt auch die Idee des *proxy voting* das geeignete Instru-

¹¹⁶ Schockenhoff (Fn. 14), S. 664, dort jedoch im Hinblick auf das organisierte Einwerben von Stimmrechtsvollmachten.

ment dar, dieses Ziel zu erreichen. Um ein effizientes System der Stimmrechtsvertretung sowie des Stimmrechtseinwerbens zu konstruieren, wird aber eine höhere Regelungsdichte notwendig sein, als sie in § 135 Abs. 3 S. 5 AktG vorzufinden ist. Dafür würde es bereits ausreichen, Rechtsnormen zu erlassen, die das Verwaltungsstimmrecht ausdrücklich zulassen, die Weisungsgebundenheit regeln und Aussagen über das Einwerben von Stimmrechtsvollmachten treffen. Dies würde die notwendige Rechtssicherheit in den deutschen Aktiengesellschaften verbreiten und in rechtspolitischer Sicht das mit Inkrafttreten des NaStraG begonnene „Experiment“ letztlich doch glücken lassen.

Maximilian Zobel*

Besondere Rechtsprobleme von Gesprächen oder Vereinbarungen des Aufsichtsrats mit Aktionären oder künftigen Investoren

Abstract

Wachsende Internationalisierung der Kapitalmärkte und ein stetig zunehmendes Informationsinteresse der Anleger lassen den Ruf nach einem ausgeprägten Investorendialog lauter werden. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit den rechtlichen Anforderungen, die an einen solchen Dialog von Seiten des Aufsichtsrats zu stellen sind. Durch einen Blick auf die Praxis und einen Vergleich zur gewünschten Realität an den Märkten wird am Ende eine Empfehlung für die Ausgestaltung ausgesprochen.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2014/15 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und hat den Schwerpunktbereich „Unternehmensrecht“ gewählt. Der Beitrag wurde im Rahmen eines Blockseminars bei Prof. Dr. Stefan J. Geibel, *Maitre en droit (Université Aix-Marseille III)* zum Thema „Das Recht der Organe juristischer Personen“ im Sommersemester 2017 angefertigt.

A. Einleitung

Der Investorendialog gilt als ein wesentliches Element einer guten und funktionierenden Corporate Governance.¹ Im Laufe der vergangenen Jahre wurden Stimmen lauter, die forderten, dass dieser Investorendialog verbessert und ausgeprägter werden müsse.² Die alleinige Konzentration des Dialogs mit den Anteilseignern in der Hauptversammlung geriet vermehrt in die Kritik als nicht mehr zeitgemäß und impraktikabel.³

Grundsätzlich ist jede Form der Kommunikation mit Aktionären zulässig, um diese an die Gesellschaft zu binden,⁴ jedoch obliegt der Investorendialog als Teil der Geschäftsführungskompetenz (§ 76 AktG) dem Vorstand einer Aktiengesellschaft.⁵ In der Praxis wird dies vermehrt so gehandhabt, dass nicht der Vorstand, sondern der Aufsichtsrat von diesen Gesprächen Gebrauch macht.⁶ Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass ausländischen Aktionären der Unterschied zwischen dem monistischen und dem dualistischen Leitungssystem, das praktisch nur in Deutschland vorkommt, unbekannt ist.⁷ Vermehrt widmete sich die Wissenschaft im vergangenen Jahr beginnend den hierauf aufbauenden rechtlichen Problemen.

Anschaulich ist in diesem Zusammenhang die Entwicklung von sog. „Leitsätzen für den Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat“, über die Änderungsvorschläge/-beschlüsse der Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex („DCGK“), bis hin zur Änderungsrichtlinie der EU-Aktionärsrechterichtlinie (RL (EU) 2017/828).

¹ Vgl. schon *Gode*, in: Feddersen/Hommelhoff/Schneider, Corporate Governance, 1996, S. 316 (320 ff.); *Hirt*, Perspektive aus der Praxis, ZGR 2012, 280 (289 f.).

² Vgl. *Drygala*, in: Schmidt/Lutter I, 3. Aufl. 2015, § 107 Rn. 25; *Roth*, Information und Organisation des Aufsichtsrats, ZGR 2012, 343 (367 ff.).

³ *Bachmann*, Abschaffung der Hauptversammlung?, in: FS Roth, 2011, S. 37 ff.; *Schoppen*, in: Schoppen, Corporate Governance, 2015, S. 51 (77 f.).

⁴ *Bayer*, in: MüKo-AktG I, 4. Aufl. 2016, § 67 Rn. 162; vgl. auch *v. Rosen/Gebauer*, in: v. Rosen/Seifert, Die Namensaktie, 2000, S. 127 ff.

⁵ *Kort*, in: Großkomm-AktG IV/1, 5. Aufl. 2015, § 76 Rn. 9a; *DAV*, Stellungnahme zu Vorschlägen der Regierungskommission DCGK, NZG 2017, 57 (59); *Leyendecker-Langner*, Kapitalmarktkommunikation, NZG 2015, 44 (44).

⁶ *Hirt/Hopt/Mattheus*, Dialog zwischen dem Aufsichtsrat und Investoren, AG 2016, 725 (728 f.), die von DAX-30-Unternehmen sprechen; *Hexel*, Kapitalmarktkommunikation, AR 2014, 121 (121); vgl. auch Manager Magazin v. November 2016, S. 60: *Werner Brandt*, Aufsichtsratsvorsitzender u.a. von RWE und Imogy, redet laut eigenen Angaben „vereinzelt“ mit Investoren.

⁷ Vgl. *Fleischer/Bauer/Wansleben*, Investorenkontakte des Aufsichtsrats, DB 2015, 360 (362); *Bortenlänger*, Aufsichtsratsdialog in oder gar vor der Hauptversammlung?, BOARD 2014, 71 (71); *Koch*, in: Fleischer/Koch/Kropff/Lutter, 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 65 (87).

B. Statistische Betrachtungen – Studien zu aktiver Teilhabe

Vorab sei auf verschiedene Studien verwiesen, die zeigten, dass „Verantwortlichkeit und Profitabilität sich nicht gegensätzlich gegenüberstehen, sondern vielmehr komplementär verstanden werden müssen“.⁸

Untersucht wurden die Auswirkungen nachhaltiger Unternehmenspraktiken auf die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens. Positive Effekte hatte vor allem das Investorenverhalten, das nicht nur auf kurzfristige Erfolge ausgerichtet war, sondern das Unternehmensgeschehen nachhaltig durch aktive Teilhabe beeinflusste.

Aktive Teilhabe kann den Studien zufolge auf drei Ebenen erreicht werden – durch Stimmrechtsvertretung (*proxy voting*), durch Hauptversammlungsbeschlüsse und durch einen Dialog mit dem Management.¹⁰ Dieser Investorendialog führe bei erfolgreicher Annäherung von Unternehmen und (zumeist institutionellen) Investoren zu einer Wertsteigerung des Unternehmens von durchschnittlich 7,1 %.¹¹ Dementsprechend wird die Implementierung eines solchen Mechanismus in Zukunft öfter erwartet. In diesem Sinne betrachtet man auch die EU-Aktionärsrechteänderungsrichtlinie positiv,¹² deren Impuls ebenso der DCGK aufgegriffen hat, der nun in der Präambel institutionelle Anleger zu aktiver Teilhabe auffordert. Allerdings gilt es festzuhalten, dass die Studien nicht die Frage behandelten, inwiefern es förderlich oder gar notwendig ist, einen Investorendialog mit dem Aufsichtsrat zu führen, um dessen Fruchtbarkeit zu maximieren. Sie beantworten letztlich nur die Frage des „Ob“, aber nicht die Frage des „Wie“.

C. Jüngste Entwicklungen des Investorendialogs

I. Initiative „Developing Shareholder Communication“ – Leitsätze

Im Juli 2016 hat eine Arbeitsgruppe namens „Developing Shareholder Communication“ – bestehend aus Investoren, Unternehmens- und Wissenschaftsvertretern – acht Leitsätze für den Dialog zwischen Investoren und Aufsichts-

⁸ Clark/Feiner/Viehs, *From the Stockholder to the Stakeholder: How Sustainability Can Drive Financial Outperformance*, 2015, S. 8.

⁹ Dazu Hamestuk, *Proxy Voting in Deutschland: ein gescheitertes Experiment? – Der § 134 Abs. 3 S. 5 AktG im dogmatischen und rechtspolitischen Kontext*, StudZR-WissOn 2018, S. 185–203.

¹⁰ Clark/Feiner/Viehs (Fn. 8), S. 46 ff.

¹¹ Dimson/Karakas/Li, *Active Ownership*, 2012, S. 6.

¹² Clark/Feiner/Viehs (Fn. 8), S. 49.

rat („Leitsätze“) veröffentlicht.¹³

1. Inhalt und Ziele der Leitsätze

Die Leitsätze betreffen den Aufsichtsrat als Gesamtorgan, das Zusammenspiel des Aufsichtsrats mit dem Vorstand und die Rolle seines Vorsitzenden.

Die Initiative verfolgt zwei Ziele: Einerseits sollte der Änderung der EU-Aktionärsrechterichtlinie¹⁴ entgegengekommen werden, die damals noch diskutiert, im April 2017 vom EU-Parlament verabschiedet wurde und am 20.5.2017 mit Verkündung im Amtsblatt der EU in Kraft trat. Diese soll die Rolle institutioneller Investoren stärken bzw. deren Überwachungsfunktion aktiver gestalten und insgesamt mehr Transparenz in der Unternehmensführung schaffen. Die Arbeitsgruppe schließt aus der Richtlinie ein gesteigertes Bedürfnis der Investoren, den Dialog mit dem Aufsichtsrat zu suchen.¹⁵ Dies führt zum zweiten Ziel dieser Leitsätze: „den Dialog so fruchtbar wie möglich [zu] gestalten“.¹⁶

2. Keine Entfaltung rechtlicher Geltung

Die Leitsätze haben allerdings keinerlei rechtliche Wirkung. Bei ihnen handelt es sich weder um Rechtsnormen, noch um sog. *soft law*.¹⁷ Vielmehr sind sie als rein private Handlungsempfehlungen zu verstehen, die die innerhalb des geltenden Rechts bestehenden Handlungsspielräume konkretisieren und als Grundlage für den rechtlichen Diskurs beim Übertreten der Grenzen dieser Spielräume dienen sollen.¹⁸

Wohl um mehr Gewicht in Wissenschaft und Praxis zu erlangen, schlug die Arbeitsgruppe der Regierungskommission DCGK in diesen Leitsätzen vor,

¹³ Die Leitsätze und die Teilnehmer der Arbeitsgruppe sind einsehbar unter: [www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-Leitsaetze-fuer-den-dialog-zwischen-investor-und-aufsichtsrat-20160705/\\$FILE/ey-Leitsaetze-fuer-den-dialog-zwischen-investor-und-aufsichtsrat-20160705.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-Leitsaetze-fuer-den-dialog-zwischen-investor-und-aufsichtsrat-20160705/$FILE/ey-Leitsaetze-fuer-den-dialog-zwischen-investor-und-aufsichtsrat-20160705.pdf) (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); zur Zusammensetzung der Arbeitsgruppe auch *Bachmann*, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion, S. 135 (138 f.).

¹⁴ Vgl. insbesondere Art. 3g. Der Änderungsvorschlag ist abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A52014PC0213> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018);

¹⁵ Leitsätze Vorb. Abs. 1 S. 1; vgl. auch *Bachmann* (Fn. 13), S. 137: „Sie [die Vorschläge zur Einbeziehung der Aktionäre in Richtlinie (EU) 2017/828] erhöhen aber den [...] bei (ausländischen) Investoren aufgebauten Druck, [...] mit dem Aufsichtsrat in einen stärkeren Gedankenaustausch zu treten.“

¹⁶ Leitsätze Vorb. Abs. 3.

¹⁷ Die DCGK werden gleichwohl teilweise als „*soft law*“ bezeichnet; vgl. dazu *Goette*, in: MüKo-AktG III, 4. Aufl. 2018, § 161 Rn. 23.

¹⁸ So auch *Bachmann* (Fn. 13), S. 139.

eine grundsätzliche Empfehlung oder Anregung zur Kommunikation zwischen Investor und Aufsichtsrat in den Kodex aufzunehmen.

II. Der Deutsche Corporate Governance Kodex – Vorschlag und Beschluss der Regierungskommission 2017

Am 2.11.2016 hat die Initiative scheinbar Gehör gefunden, als die Kodex-Kommission ihre Änderungsvorschläge für 2017 veröffentlichte. Die Änderungen wurden am 7.2.2017 beschlossen und sind seit Verkündung im Bundesanzeiger am 24.4.2017 in Kraft. Zwei Neuerungen stehen angesichts dieser Ausarbeitung im Vordergrund.

1. Die Rolle institutioneller Investoren, Präambel Abs. 3

In Anlehnung und mit Blick auf andere Rechtssysteme – genannt seien beispielsweise die Niederlande oder Großbritannien – wird mit der Neuerung des Kodex auf die Bedeutung institutioneller Investoren hingewiesen, die angehalten werden, ihre Eigentumsrechte aktiv(er) wahrzunehmen.¹⁹

Der sog. *shareholder activism* ist auf internationaler Ebene kein Novum. Seinen Ursprung fand dieses Phänomen schon in der Mitte des 20. Jahrhunderts in den USA, damals noch ausgeprägt als reines Vorschlagsrecht für Aktionäre auf Hauptversammlungen. Von dort aus entwickelte es sich über die Jahre hinweg und verbreitete sich weiter.²⁰ In den Niederlanden findet der *shareholder activism* Niederschlag im Dutch Corporate Governance Code und daneben – auf britischer Seite – gleich in doppelter Ausprägung. So enthält der UK Corporate Governance Code Ausgestaltungsempfehlungen für die Unternehmensseite, während der Stewardship Code die Rolle der Investoren in gewisser Weise dirigieren soll.

Die Neuerung in der Präambel sollte ursprünglich eine neue Ziffer 2.1.3 im DCGK darstellen. Neben Empfehlungen und Anregungen gibt der Kodex aber auch teilweise nur geltendes Recht wieder. Um durch die Formulierung²¹ nicht den Anschein geltenden Rechts zu erwecken, rückte man von der Schaffung

¹⁹ Schon *Hopt*, Modernisierung der Unternehmensleitung und -kontrolle, in: FS Westermann, 2008, S. 1039 (1052); vgl. *Schaefer/Hertrich*, Shareholder Activism in Germany, The IUP Journal of Corporate Governance XII/2 2013, S. 28 (36): „*shareholder activism is (yet) an ineffective and infrequent tool*“.

²⁰ *Kleinmanns*, Shareholder Activism, IRZ 2016, 341 (342); siehe auch *Gillan/Starks*, The Evolution of Shareholder Activism in the US, 2007, S. 34.

²¹ Ursprünglich vorgeschlagener Text der Ziff. 2.1.3: „Inbesondere institutionelle Investoren sind angehalten, ihre Eigentumsrechte aktiv und verantwortungsvoll im Rahmen eines konsistenten, transparenten und die Nachhaltigkeit berücksichtigenden Regelwerks auszuüben.“

einer neuen Ziffer ab und verlagerte diesen Passus leicht abgewandelt in die Präambel.²² Diese ist nicht Teil der Entsprechenserklärung nach § 161 AktG.

2. Bereitschaft des Aufsichtsratsvorsitzenden, Investorendialoge zu führen, Ziffer 5.2 DCGK

Daneben wurde Ziffer 5.2 DCGK in Form einer Anregung ergänzt. „Der Aufsichtsratsvorsitzende sollte in angemessenem Rahmen bereit sein, mit Investoren über aufsichtsratspezifische Themen Gespräche zu führen.“ Ursprünglich vorgesehen war, den Investorendialog als Empfehlung („soll [...] bereit sein“) auszugestalten, um der „Beseitigung von (Rechts-)Unsicherheit“ zu dienen²³ und das mittlerweile „überholte“ Aktiengesetz zu korrigieren.²⁴ Mit der beschlossenen Fassung der Ziffer 5.2 DCGK reagierte die Regierungskommission auf kritische Stimmen in der Wissenschaft, nach denen die Regierungskommission ihre Rolle innerhalb der Gewaltenteilung überstrapazierte, der DCGK schließlich keine juristische Gestaltungswirkung entfaltet.²⁵ Aus der Empfehlung wurde somit eine Anregung. Die nähere Bezeichnung des Gesprächsgegenstands – ursprünglich in den Sätzen 2 und 3 enthalten²⁶ –, findet sich mittlerweile nur noch in der Begründung zu den Änderungsvorschlägen und in der Pressemitteilung über den Beschluss²⁷ wieder.

III. EU-Aktionärsrechteänderungsrichtlinie

Nachdem auf europäischer Ebene schon seit 2014 über eine Änderung der Aktionärsrechterichtlinie diskutiert wurde, man in informellen Trilog-Verhand-

²² Vgl. zur Kritik auch Stellungnahme der VGR zu den Vorschlägen, AG 2017, 1 (2).

²³ Erläuterungen der Änderungsvorschläge, S. 6.

²⁴ vgl. Interview des Vorsitzenden der Kommission, Manfred Gentz, zu den DCGK Anpassungen 2017, der den Investorendialog als schon bestehende „best practice“ bezeichnet; abrufbar unter: directors-channel.com/beitraege/dcgk-anpassungen-2017-415/ (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

²⁵ Vgl. *DAV* (Fn. 5), S. 60; *Koch*, Investorenkontakte, BB 2016, Heft 50, Umschlagteil I; *Krämer*, Investorendialog des Aufsichtsrats, AR 2017, Heft 02, 18 (20); *Mense/Klie*, Geplante Kodex-Änderungen für 2017, GWR 2017, 1 (2); *Nikoleyczik/Graßl*, Überarbeitung des DCGK, NZG 2017, 161 (165); *VGR* (Fn. 22), S. 4.

²⁶ „Das sind Gegenstände, für die der Aufsichtsrat allein verantwortlich ist und die von ihm allein zu entscheiden sind. Bei Fragen, die nur gemeinsam von Vorstand und Aufsichtsrat zu entscheiden sind, sollen Gespräche entweder allein vom Vorstand oder vom Aufsichtsratsvorsitzenden zusammen mit dem Vorstand geführt werden.“, Vorschläge aus der Plenarsitzung vom 13.10.2016, S.10; abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

²⁷ Pressemitteilung v. 14.2.2017, S. 4; online abrufbar unter: <http://www.dcgk.de/de/kommission/die-kommission-im-dialog/deteilansicht/kodexaenderungen-2017-beschlossen-vorsitzwechsel-zum-1-maerz.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

lungen²⁸ zunächst aber nicht weiterkam, hat am 14.3.2017 das EU-Parlament die Richtlinie zur Änderung der Aktionärsrechterichtlinie gebilligt. Am 3.4.2017 nahm diese dann die letzte Hürde, als sie vom Rat der Europäischen Union verabschiedet wurde. Seit dem 17.5.2017 ist sie als Richtlinie (EU) 2017/828²⁹ in Kraft. Die Mitgliedsstaaten haben nun zwei Jahre Zeit, diese in nationales Recht umzuwandeln. Sie strebt höhere Transparenz aber auch eine stärkere Überwachung der Unternehmen durch institutionelle Anleger an, indem diese ihre Rolle aktiver wahrnehmen sollen. Insbesondere sei hierbei auf Art. 3g der Richtlinie hingewiesen. Dieser soll – nach dem Vorbild des britischen Stewardship Codes – eine „Mitwirkungspolitik“ implementieren, die nach Abs. 1 lit. a auch die Ausgestaltung eines Dialogs von institutionellen Anlegern und Unternehmen beinhaltet.

Auffällig ist, dass diese Richtlinie weder die Unternehmen verpflichtet, Mechanismen für einen funktionierenden Investorendialog aufzubauen, sondern diesen vielmehr voraussetzt, noch schreibt sie vor, dass der Aufsichtsrat bereit sein soll, Gespräche mit Investoren zu führen. Art. 3g Abs. 1 lit. a der Richtlinie erwähnt nur den Dialog der Institutionellen Investoren mit dem jeweiligen Unternehmen.

Wie der deutsche Gesetzgeber die Umsetzung letztlich ausgestalten wird, bleibt abzuwarten. Solange bietet die Richtlinie lediglich einen Anhaltspunkt und kann vor allem zur Auslegung mancher Rechtsnormen herangezogen werden. Würde die EU-Richtlinie jedoch als Argument für einen Dialog des Aufsichtsrats mit Investoren angeführt, sollte entsprechender Autor auch darauf hinweisen, dass dies seiner eigenen Interpretation einer von ihr vorausgesetzten, effektiven aktiven Teilhabe entspringt. Auf Kompetenzfragen von Vorstand oder Aufsichtsrat geht die EU-Richtlinie nicht ein.

²⁸ Trilog-Verhandlungen bezeichnen informelle Verhandlungen zwischen Vertretern der an der europäischen Gesetzgebung beteiligten Institutionen, dem Rat der Europäischen Union und dem Europäischen Parlament, unterstützt durch die Europäische Kommission; unterschieden werden muss zwischen dem formellen und informellen Trilog; der informelle Trilog soll ein beschleunigtes Gesetzgebungsverfahren ermöglichen; laut einer Untersuchung der Europäischen Bürgerbeauftragten, *Emily O'Reilly* im Jahre 2015 (OI/8/2015/FOR) wurden 85% der Gesetzgebungsverfahren in der Legislaturperiode von 2009-2014 dank informeller Trilogie in erster Lesung verabschiedet.

²⁹ Die Richtlinie findet sich online abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1495605038027&uri=CELEX:32017L0828> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

D. Zwischenfazit

Es gilt festzuhalten, dass es einheitlich als förderlich für Unternehmen betrachtet wird, einen Investorendialog zu führen und dass dies in jüngerer Zeit auf vielen Ebenen hervorgehoben wurde. Vor allem werden institutionelle Investoren in den Mittelpunkt aktiver Teilhabe gerückt. Zwar begründet dies noch keine Rechte oder Pflichten für den Aufsichtsrat, zeigt aber die allgemeine Anerkennung des Investorendialogs als starkes Schwert aktiver Teilhabe und legt mögliche Gestaltungsfragen für den Gesetzgeber offen.

E. Der Investorendialog in der Rechtsvergleichung

Im Vereinigten Königreich hat sich der Investorendialog über Jahre verfestigt und als ein beständiger Wert guter Corporate Governance erwiesen. Vergleichbare Dialogpraxen haben sich an vielen europäischen Kapitalmärkten und in den Vereinigten Staaten ebenfalls durchsetzen können,³⁰ sodass der folgende Vergleich mit dem britischen Modell lediglich als *ein* Exempel dienen soll.

I. Leitungssystem im angelsächsischen Raum

Im Gegensatz zum deutschen dualistischen Modell, in dem die Leitung des Unternehmens dem Vorstand obliegt und die Überwachung dem Aufsichtsrat, bedient sich Großbritannien eines monistischen Modells, in dem beide Aufgaben von einem *Board* bzw. Verwaltungsrat geführt werden.

Das *Board*-System unterscheidet zwischen einerseits den *executive directors*, den geschäftsführenden Direktoren, die letztlich dem Vorstand entsprechen, und andererseits den *non-executive directors*, die wie die Mitglieder des Aufsichtsrats dafür zuständig sind, dass die Interessen der Kapitalgeber gegenüber denen des Managements bzw. Vorstands angemessen berücksichtigt werden.³¹

II. UK Corporate Governance Code und UK Stewardship Code

Im Vereinigten Königreich ist der Investorendialog ausdrücklich vorgesehen. Seit dem sog. Cadbury Report, dem ersten Corporate Governance Kodex im Vereinigten Königreich aus dem Jahre 1992, kennt das angelsächsische Recht jedenfalls die Empfehlung für einen solchen. Heute wird er einerseits vom UK Corporate Governance Code (UK CG Code) für Unternehmen in einem eigenen Abschnitt (E.1: Dialogue with Shareholders) und andererseits vom ge-

³⁰ So Hirt/Hopt/Matthews (Fn. 6), S. 728; Aggarwal/Erel/Ferreira/Matos, *Journal of Financial Economics* 100 (2011), 154 (154 ff.).

³¹ Vgl. zur grds. Unterscheidung zwischen dualistischem und monistischem Leitungssystem Eberspächer, in: Spindler/Stilz II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 SE-VO Rn. 3 f.; ausführlich Leyens, *Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board*, *RabelsZ* 67 (2003), 57 ff.

samten UK Stewardship Code für institutionelle Investoren³² aufgegriffen. Beide Kodizes stehen wie der DCGK auf einer „*comply or explain*“-Basis.

III. Zuständigkeit, Ausführung und Themen

Zuständig für den Dialog ist nach dem Hauptprinzip des UK CG Codes das gesamte *Board*,³³ demnach auch die nicht-geschäftsführenden Direktoren. Jedoch obliegt es dem *Chair*, dem Vorsitzenden, dafür Sorge zu tragen, dass die Ansichten der Aktionäre, dem ganzen *Board* gegenüber kommuniziert werden.³⁴ Der Vorsitzende, der im Regelfall ein *non-executive director* ist, hat insofern eine „Initiativpflicht“ gegenüber den Anteilseignern.³⁵

Die Zuständigkeit des gesamten *Boards* zeigt sich weitergehend auch daran, dass allen nicht-geschäftsführenden Direktoren nach dem UK CG Code die Möglichkeit gegeben werden soll, an den Dialogen teilzunehmen.³⁶

Besonders hinzuweisen ist auf den *senior independent director*. Als einer der nicht-geschäftsführenden Direktoren in diese Rolle gewählt, dient er Aktionären als zusätzlicher Kontaktpunkt, wenn das Verlangen nach einem Dialog auf dem normalen Wege mit dem *Chair* nicht befriedigt wurde.³⁷

Es zeigt sich insofern ein besonderes Interesse des Rechtssystems daran, dass das *Board* versteht, was die Investoren beschäftigt und diese wiederum sehen können, ob das *Board* richtig besetzt ist oder sie ggf. einschreiten müssen.³⁸ Dies spiegelt sich auch in den Themen wider, die der Stewardship Code für die Gespräche vorsieht: Unternehmenskultur, Besetzung und Vergütung des *Boards*, aber auch die Unternehmensstrategie und deren Umsetzung.³⁹

³² „The Code is directed in the first instance to institutional investors, by which is meant asset owners and asset managers with equity holdings in UK listed companies.”, UK Stewardship Code, Application of the Code, Abs. 2; zum Begriff der institutionellen Investoren, siehe *Faber*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2010, S. 219 ff.

³³ „There should be a dialogue with shareholders based on the mutual understanding of objectives. The board [...] has responsibility for ensuring that a satisfactory dialogue with shareholders takes place.”, UK CG Code, E.1: Main Principle.

³⁴ UK CG Code, E.1: Code Provisions E.1.1.

³⁵ Wohl auch *Hirt/Hopt/Matthens* (Fn. 6), S. 727.

³⁶ UK CG Code, E.1: Code Provisions E.1.1.

³⁷ UK CG Code, A.4: Code Provisions A.4.1 und E.1.1.

³⁸ *Hirt/Hopt/Matthens* (Fn. 6), S. 727: „Informationsfunktion“ und „Rechenschaftsfunktion“.

³⁹ „Stewardship activities include monitoring and engaging with companies on matters such as strategy, performance, risk, capital structure, and corporate governance, including culture and remuneration.”, UK Stewardship Code, Principle 1 S. 1.

IV. Die Praxis des Investorendialogs im Vereinigten Königreich

Der Dialog zwischen *Board* und institutionellen Investoren ist im Vereinigten Königreich bereits gelebte und anerkannte Praxis.⁴⁰ Nicht nur wird den Wünschen der Investoren nach Gesprächen entsprochen, vielmehr gehen die Unternehmen auf ihre größten Aktionäre aktiv zu und bieten Gespräche an. Diese müssen nicht zwingend nur mit dem *Chair* erfolgen, sondern erfolgen ebenso mit den Vorsitzenden verschiedener Ausschüsse. Dies kommt dem Informationsbedürfnis der Aktionäre bestmöglich entgegen, indem sie einen Eindruck über die *non-executive directors* in den wesentlichen Rollen erlangen und ferner im Nominierungsprozess für die *Board*-Besetzung ihr Wissen und ihre Erfahrungen einfließen lassen können.⁴¹

V. Fazit

International gewinnt die Frage, wer den Investorendialog führen darf, keinerlei Bedeutung. Dies überrascht allerdings wenig, führt man sich die Unterschiede zwischen dem deutschen dualistischen und dem *Board*-Systems vor Augen. Anlegern, die aus dem Ausland kommen, ist der Unterschied zwischen diesen beiden Systemen nicht geläufig, weshalb sie weiterhin den Dialog mit dem Aufsichtsrat suchen werden. In der Diskussion um die Kompetenz des Aufsichtsrats, das Gespräch mit Investoren zu suchen, sollte man sich stets die „Gefahr“ der Verwischung der Grenzen beider Systeme vor Augen halten.

F. Der Investorendialog nach deutschem Recht

Klarstellend gilt zu Beginn dieser Betrachtung festzuhalten, dass nicht die Informationsaufnahme des Aufsichtsrats von Seiten der Investoren zu problematisieren ist, sondern die Informationsweitergabe durch den Aufsichtsrat in den Fokus genommen wird.⁴²

I. Kompetenz des Aufsichtsrats

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Aufsichtsrat *de lege lata* überhaupt befugt ist, einen solchen Investorendialog zu führen.

⁴⁰ So *Hirt/Hopt/Mattheus* (Fn. 6), S. 727.

⁴¹ *Ebd.*

⁴² Vgl. *Vetter*, Shareholder Communication, AG 2016, 873 (874), [...] Vorstellung, dass nur „Gehör für ihre Anliegen“ (Anliegen der Investoren) geschenkt wird, geht an „Realität [...] vorbei“; das Zuhören eines Aufsichtsratsmitglieds liegt unter einer Relevanz- bzw. Bagatellgrenze, so *Koch*, Investorengespräche des Aufsichtsrats, AG 2017, 129 (134); *Fleischer/Bauer/Wansleben* (Fn. 7), S. 365: „keine Kontaktsperre“.

1. Organkompetenz des Aufsichtsrats

a) Erwartungshaltung und Praxis

Die Kompetenz des Aufsichtsrats mit (potentiellen) Investoren Gespräche zu führen, wird teilweise – so auch in der Begründung der Änderungsvorschläge für den DCGK – damit begründet, dass die Beteiligten einen solchen Kontakt zum einen erwarten, es zum anderen bereits der gelebten Praxis entspreche. Ein Verbot dessen sei schlechthin „lebensfremd“⁴³ und führe zur Unattraktivität des deutschen Kapitalmarkts. Dies münde wiederum im Abzug v.a. institutioneller Investoren, was schwerwiegende volkswirtschaftliche Folgen nach sich zöge. Diese Argumente mögen der Wahrheit entsprechen, vermögen allerdings nicht in rechtlicher Hinsicht zu überzeugen. Insofern kann nur das (Aktien-) Gesetz ausschlaggebend sein.⁴⁴ Der – nach *Georg Jellinek* – normativen Kraft des Faktischen kann für die Beantwortung dieser Frage nur indizielle Wirkung zukommen.⁴⁵ Richtigerweise dürfen Argumente, die die Erwartungshaltung und/oder die Rechtslage in anderen Staaten betreffen, nicht völlig ausgeblendet werden. Sie betreffen aber zunächst die rechtspolitische Wünschbarkeit und sind schließlich in die rechtstatsächliche Folgenbetrachtung zu integrieren.⁴⁶

b) Rechtliche Würdigung

aa) Aufsichtsrat als Binnenorgan

Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass der Aufsichtsrat nach dem gesetzlichen Leitbild ein reines Binnenorgan sei, er somit keine Kompetenz besitze, überhaupt nach außen aufzutreten, und im Speziellen mit Aktionären und künftigen Investoren zu sprechen.⁴⁷ Dieser Ansicht kann allerdings entgegengehalten werden, dass auch das Aktiengesetz bestimmte Aufgabenbereiche des Auf-

⁴³ Vgl. Erläuterungen der Änderungsvorschläge vom 13. Oktober 2016, S. 6, abrufbar unter: <https://www.dcgk.de/de/konsultationen/aktuelle-konsultationen.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018); *Fleischer/Bauer/Wansleben* (Fn. 7), S. 364: „Redeverbot [ist] lebensfremd“; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm-AktG II/2*, 3. Aufl. 2013, § 107 Rn. 61: „Kommunikationsverbot [...] weder zeitgemäß noch erforderlich“; Leitsätze, Vorb. Abs. 3: „schon heute in deutschen Unternehmen praktiziert“; siehe auch *Hirt/Hopt/-Mattheus* (Fn. 6), S. 728.

⁴⁴ Ebenso *Koch* (Fn. 42), S. 131.

⁴⁵ *Vetter* (Fn. 42), S. 874; vgl. ferner *Bachmann* (Fn. 13), S. 143, solche Argumente haben „Reservecharakter“, sie können bei einem Patt in der Auslegung den Ausschlag geben.

⁴⁶ So *Koch* (Fn. 42), S. 133.

⁴⁷ Vgl. *Herrler*, in: *Grigoleit*, 2013, § 120 Rn. 13; *Nikoleyczik/Graßl* (Fn. 25), S. 165; *Ibrig*, *Börsen-Zeitung* v. 29.10.2016, S. 9; siehe die Stellungnahmen zu den Änderungsvorschlägen des DCGK von *ver.di*, S. 2 und vom *DGB*, S. 1, beide abrufbar unter: <https://www.dcgk.de/de/konsultationen/ingereichte-stellungnahmen.html> (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

sichtsrats vorsieht, in denen er nach außen tätig wird: So muss er beispielsweise den Jahresabschluss prüfen, darüber vor der Hauptversammlung berichten (§§ 171 Abs. 2, 176 Abs. 1 S. 2 AktG) oder erklären, inwiefern das Unternehmen dem DCGK entspricht (§§ 161 AktG, 289a HGB). Diese Informationen dienen dem Kapitalmarkt und der Öffentlichkeit,⁴⁸ sodass man nicht davon sprechen kann, er trete nur im Innenverhältnis der Gesellschaft gegenüber den Anteilseignern auf; er nimmt gleichfalls Aufgaben gegenüber Dritten wahr. Der Streit um die Frage des „Binnenorgans“ Aufsichtsrat ist somit wenig ergiebig, da der Auftritt nach außen gesetzlich nicht *per se* ausgeschlossen ist.⁴⁹

bb) Keine ausdrückliche Gestattung im Aktiengesetz

Im Aktiengesetz selbst findet man keine ausdrückliche Normierung der Kompetenz des Aufsichtsrats, Investorengespräche führen zu dürfen.

Dies bietet zwei Ansatzmöglichkeiten. Während man einerseits darauf abstellen könnte, dass die fehlende gesetzliche Normierung bedeutet, dass keine Kompetenz besteht,⁵⁰ könnte man aber auch der Auffassung sein, dass es keiner ausdrücklichen Regelung bedarf.⁵¹

Der Gedanke, es bedürfe für ein rechtmäßiges Handeln einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, kommt aus dem Öffentlichen Recht und kann für das Zivilrecht nicht fruchtbar gemacht werden.⁵² Zwar ist dem Aufsichtsrat im Umkehrschluss nicht alles erlaubt, was das Aktiengesetz nicht verbietet, es sind aber die allgemeinen Kompetenzregeln und Grenzen des Aktiengesetzes zu beachten. Dem steht die dem Vorstand zugewiesene Geschäftsführungskompetenz gegenüber, die sich mit Blick auf die §§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 4 S. 1 AktG und auf die Bedeutung der *Investor Relations* einem Investorendialog des Aufsichtsrats verwehrt und ihm somit im Rahmen der Kompetenzen klare Grenzen zieht.⁵³ Der Einordnung als Maßnahme der Geschäftsführung entkommt man aber, nimmt man an, dass lediglich zwanglose Gespräche des Aufsichtsrats

⁴⁸ Hirt/Hopt/Mattheus (Fn. 6), S. 731 f.; vgl. auch Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 6. Aufl. 2014, Rn. 611 ff.; a.A. Vetter, Kapitalmarkt-kommunikation, AG 2014, 387 (389).

⁴⁹ Vgl. Hopt/Roth, in: Großkomm-AktG V, 4. Aufl. 2005, § 107 Rn. 468; Degenhart, Börsen-Zeitung v. 25.3.2017, S. 9: „das Aktiengesetz [untersagt] dem Aufsichtsrat die Kommunikation nicht“; Bachmann (Fn. 13), S. 145: „Ebenso unzweifelhaft wie der Umstand, dass sich das Wirken des Aufsichtsrats in erster Linie auf den Vorstand [...] richtet, ist das Faktum, dass damit nicht jedes wirken nach außen verboten ist.“; Koch (Fn. 7), S. 88.

⁵⁰ Wohl Hexel (Fn. 6), S. 121.

⁵¹ Roth (Fn. 2), S. 369.

⁵² Bachmann (Fn. 13), S. 145.

⁵³ So auch Vetter (Fn. 48), S. 389.

oder die reine „Kontaktpflege“ noch keine Maßnahmen der Geschäftsführung sind.⁵⁴ Dem ist allerdings vehement zu widersprechen, schließlich hat ein Aufsichtsratsmitglied keine Handhabe und keine vorherige Kontrolle über die Themen des Gesprächs oder dessen Verlauf. Auch in zwanglosen Gesprächen kann ein erfahrener Investor wertvolle Informationen gewinnen, insbesondere, wenn er es mit einem weniger erfahrenen Aufsichtsratsmitglied zu tun hat.⁵⁵

cc) Rechtsfortbildende Annexkompetenz

Es könnte aber möglich sein, diese Geschäftsführungszuweisung an den Vorstand im Wege der Rechtsfortbildung zu überwinden, wenn man den Investorendialog als eine Annexkompetenz des Aufsichtsrats sieht.

(1) Überwachung und *one voice policy*

Verschiedenen Stellen des Aktiengesetzes ermächtigen das Kontrollorgan, nach außen tätig zu werden. Eine Fortentwicklung dieser eigenen Öffentlichkeitsarbeit in Form eines Investorendialogs wäre also denkbar.⁵⁶ Primärer Anknüpfungspunkt wären die Kompetenzen, die der Aufsichtsrat hat.

Grundsätzlich obliegt ihm die Überwachung des Vorstands.⁵⁷ Als Annex könnte man ihm nun zubilligen, über die damit verbundenen Fragen auch in den Dialog zu treten. Vorausgesetzt ist aber, dass dies kraft Natur der Sache zwingend geboten wäre. Eine solche Annahme ist abzulehnen. Nicht jeder, der irgendwelche Entscheidungen im Unternehmen trifft, darf seine Gedanken auch nach außen tragen. Dem Unternehmen und dem stabilen Kapitalmarkt liegt etwas daran, dass das Unternehmen nach außen einheitlich auftritt und mit einer Stimme spricht (sog. *one voice policy*).⁵⁸

⁵⁴ Leyendecker-Langner (Fn. 5), S. 46, hält solche Gespräche vorbehaltlich der Einhaltung der „one-voice-policy“ für zulässig; Bachmann (Fn. 13), S. 145 und Koch (Fn. 7), S. 88 f.: „Je formeller das Investorentreffen, desto näher an Geschäftsführungskompetenz des Vorstands“.

⁵⁵ Degenhart (Fn. 49), S. 9.

⁵⁶ Ibrüg (Fn. 47), S. 9; Fleischer/Bauer/Wansleben (Fn. 7), S. 365: „communication follows competence“.

⁵⁷ Für eine bestmögliche Überwachung des Vorstands bedarf es eines Investorendialogs, so Gentz, Aufsichtsrat und Vorstand im Wandel der Zeit in Kurvenlage, Halbjahresbericht des Deutschen Aktieninstituts, 1. HJ 2016, 37 (38 f.).

⁵⁸ Vgl. Grunewald, Einfluss des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung, ZIP 2016, 2009 (2010 f.); Vetter (Fn. 48), S. 394; Cromme/Claassen, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl. 2010, S. 603 (622).

(2) Geschäftsführungskompetenz als Grenze der Annexkompetenz

Die grundsätzliche Geschäftsführungskompetenz des Vorstands erfasst auch und gerade Investorengespräche bzw. die Kommunikation nach außen, selbst wenn dies durch Stellen für *Public* oder *Investor Relations* geschieht,⁵⁹ geht es hier schließlich um die Beschaffung oder Erhaltung der Existenzgrundlage der Aktiengesellschaft, das Kapital. Eine Übertragung dieser Geschäfte als Annex ist somit grundsätzlich unzulässig.⁶⁰

Etwas anderes ergibt sich, wenn man die *one voice policy* und die Geschäftsführungsbefugnis als Grenze der Annexkompetenz betrachtet, was folgendem Ergebnis führen würde: Der Aufsichtsrat ist für Themen aus seinem „originären Aufgabenbereich“ zur Kommunikation mit Investoren befugt, während Fragen der „originären Unternehmensführung“ ausschließlich dem Vorstand obliegen.⁶¹ Bei Überschneidungen der Themen hat der Aufsichtsrat den Vorstand zu unterstützen aber keine Kritik an dessen Arbeit zu äußern. Über dem Dialog schwebt somit der „Grundsatz zum loyalen Zusammenwirken“, der präventiv vermeiden will, dass Konflikte nach außen getragen werden und Missverständnisse entstehen.⁶² Eine strukturierte Themenauswahl und klare Themenzuweisung sollte somit als Grenzziehung für die Annexkompetenz des Aufsichtsrats dienen. Grundsätzlich ist die Kompetenz des Aufsichtsrats, Dialoge mit Investoren zu führen, also nicht ausgeschlossen.

2. Aufsichtsratsvorsitzender als Organvertreter

Es erscheint in der Praxis schwer vorstellbar, dass der Investor sich mit dem gesamten Aufsichtsrat unterhalten soll. Der Gedanke liegt deshalb nahe, dass man, wie der DCGK es in der neuen Ziff. 5.2 anregt, den Aufsichtsratsvorsitzenden diese Gespräche führen lässt. Diese Auffassung findet auch in der Literatur Zustimmung.⁶³

Zunächst sollte man sich aber der Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden bewusst werden. Der Aufsichtsrat ist ein Kollegialorgan, dessen Vorsitzender kein ei-

⁵⁹ DAV (Fn. 5), S. 59.

⁶⁰ Treffend *Weber-Rey*, Aufsichtsrat in der europäischen Perspektive, NZG 2013, 766 (770): „Deresponsibilisierung“.

⁶¹ *Leyendecker-Langner* (Fn. 5), S. 45.

⁶² So *Hirt/Hopt/Mattheus* (Fn. 6), S. 733, die von konkurrierenden Kompetenzen ausgehen, die es in Einklang zu bringen gelte; vgl. auch *Bachmann* (Fn. 13), S. 146 ff.

⁶³ *Hirt/Hopt/Mattheus* (Fn. 6), S. 734; *Roth* (Fn. 2) S. 369; *Drinhausen/Marsch-Barner*, Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden, AG 2014, 337 (349 f.); siehe auch Leitsätze, Leitsatz 1; sehr pauschal *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 48), Rn. 683.

genständiges Organ ist,⁶⁴ sondern *primus inter pares*. Er nimmt zwar eine besondere Rolle ein, indem er die Belange des Aufsichtsrats nach außen wahrnimmt,⁶⁵ bedarf aber, um rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, eines Beschlusses des Kollegialorgans.⁶⁶ Der reine Dialog mit Aktionären und potentiellen Investoren ist nicht von rechtlicher Qualität, ihm ist aber eine nicht zu geringe Bedeutung zuzumessen. Die Themen des Dialogs – seien sie auch „aufsichtsratspezifisch“ – bergen stets das Risiko, einer besonderen Vertraulichkeit zu unterliegen, die nicht unterwandert werden darf.⁶⁷

3. Lösungsvorschlag: Kommunikationsordnung

Eine Möglichkeit wäre es entsprechend, den Vorsitzenden per Beschluss zu legitimieren, Gespräche zu führen und bestimmte Themen aufzugreifen.⁶⁸

Vor diesem Hintergrund könnte man über die Implementierung einer Kommunikationsordnung nachdenken. Diese hat den Zweck, dem Aufsichtsratsvorsitzenden im Vorhinein die Zuständigkeit zu übertragen.

Eine solche muss ebenso wie die einzelnen Ermächtigungsbeschlüsse vom Gesamtaufichtsrat verabschiedet werden. Grundsätzlich unterliegen dessen Beschlüsse dem einfachen Mehrheitserfordernis. Abweichungen bzw. Verschärfungen ergeben sich bei mitbestimmungsrechtlichen Belangen beispielsweise aus § 124 Abs. 3 S. 5 AktG oder §§ 8 Abs. 1, 13 Abs. 1 MontanMitbestG.

Wird der Aufsichtsratsvorsitzende ermächtigt, mit dem Kapitalmarkt in gewisser Eigenverantwortung zu kommunizieren, so werden durch den Ausschluss von Vertretern der Arbeitnehmerseite auch Mitbestimmungsfragen betroffen. Rechtsfortbildend könnte man insofern fordern, dass eine einfache Mehrheit nicht mehr ausreichend sein darf. Ein teilweise vorgeschlagener einstimmiger Beschluss, um dem rechtlichen Graubereich zu entgehen,⁶⁹ ist nach Auffassung des Verfassers nicht notwendig. Diesem wird ausreichend begegnet, indem man eine qualifizierte Mehrheit fordert, die aus der Mehrheit der Stimmen der An-

⁶⁴ H.M., vgl. *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 48), Rn. 678; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG II/2 (Fn. 43), § 107 Rn. 38; *Vetter* (Fn. 42), S. 875 m.w.N.

⁶⁵ *Kremer*, in: Ringleb/Kremer/Bachmann, DCGK, 6. Aufl. 2016, Rn. 1268.

⁶⁶ *KG*, NZG 2007, 312 (314); *OLG Stuttgart*, AG 1993, 85 (86); *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts IV (Aktiengesellschaft), 4. Aufl. 2015, § 31 Rn. 21; *Spindler*, in: *Spindler/Stilz I*, 3. Aufl. 2015, § 107 Rn. 43.

⁶⁷ Vgl. *Hijffer/Koch*, 12. Aufl. 2016, § 111 Rn. 34; *Drygala*, in: *Schmidt/Lutter I* (Fn. 2), § 116 Rn. 35; *Vetter*, in: *Marsch-Barner/Schäfer*, Handbuch börsennotierte AG, 3. Aufl. 2014, § 29 Rn. 19; *Vetter* (Fn. 42), S. 875; a.A. *Roth* (Fn. 2) S. 370.

⁶⁸ Siehe auch *Vetter* (Fn. 42), S. 875, der je nach Gesprächsgegenstand differenziert, welche Aufsichtsratsmitglieder am Beschluss beteiligt werden sollen.

⁶⁹ So *Koch* (Fn. 42), S. 136.

teilseigner und der Mehrheit der Stimmen der Arbeitnehmervertreter besteht. Diese Kommunikationsordnung sollte ferner festhalten, welche Themen in diesen Dialog aufgenommen werden dürfen und welche nicht.⁷⁰

4. Fazit

Eine Kompetenz des Aufsichtsrats, durch seinen Vorsitzenden Investorendialoge führen zu dürfen, ist auf Grundlage der jetzigen Gesetzgebung nicht gänzlich abzulehnen. Zu beachten ist hierbei die grundsätzlich durch den Vorstand zu erfolgende Außenkommunikation, die nicht im Widerspruch zur Kommunikation des Aufsichtsrats stehen soll. Es empfiehlt sich, eine sog. Kommunikationsordnung zu schaffen.

II. Konstellationen des Investorendialogs

Neben dem Dialog im eigentlichen Sinne können sich noch andere Situationen der Außenkommunikation des Aufsichtsrats ergeben, die hier der Vollständigkeit halber erwähnt werden.

1. Hauptversammlung

Einerseits kann sich die Kommunikation des Aufsichtsrats auf die Hauptversammlung erstrecken. Der Aufsichtsrat hat bei der Hauptversammlung anwesend zu sein, § 118 Abs. 3 AktG. Darüber hinaus legt er einen schriftlichen Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses und des Lageberichts vor und erläutert diesen, § 171 Abs. 2 AktG. Dem Wortlaut des § 131 AktG zufolge hat nur der Vorstand das Recht bzw. die Pflicht, Fragen der Aktionäre zu beantworten. Handelt es sich aber um Themen, die in den originären Aufgabebereich des Aufsichtsrats fallen, empfiehlt sich wiederum die oben erläuterte Annexlösung.⁷¹ So entgeht man sinnlosen und zeitraubenden internen Abstimmungen des Vorstands und des Aufsichtsrats, bei denen Erstgenannter sich letztlich nur die Auskunft des Aufsichtsratsmitglieds zu eigen macht.⁷²

⁷⁰ Vgl. auch *Koch* (Fn. 7), S. 90 ff.; *Bommer/Steinbach*, Aufsichtsräte für den Kapitalmarkt, BOARD 2013, 219 (223).

⁷¹ Lediglich Recht, Auskunft zu erteilen, keine Pflicht mangels Anspruch aus § 131 Abs. 4 AktG; vgl. auch *Hoffmann-Becking* (Fn. 66), § 38 Rn. 7; *Bachmann* (Fn. 13), S. 156 f.

⁷² *Kersting*, in: *KölnKomm-AktG III/1*, 3. Aufl. 2009, § 131 Rn. 72; *Vetter*, Auskünfte des Aufsichtsrates, in: *FS Westermann*, 2008, S. 1589 (1592 ff.); *Butzke*, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft, 2011, Abschnitt G Rn. 28; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2014, Rn. 1122.

2. Öffentlichkeit

Anders zu bewerten sind hingegen öffentliche Auftritte des Aufsichtsrats. Solche haben grundsätzlich zu unterbleiben. Ein eindrucksvolles Beispiel ist das „Sardinien-Interview“ *Ferdinand Piëch*s, mit dem sich schließlich das *OLG Stuttgart* zu befassen hatte.⁷³ Zwar lässt das *Gericht* selbst offen, ob Mitglieder des Aufsichtsrats berechtigt sind, sich öffentlich zu äußern, jedoch macht es klar, dass treuwidrige Äußerungen, die beispielsweise einen internen Konflikt nach außen tragen, unzulässig sind. Um einem solchen Fall vorzubeugen, gilt es gerade vor dem Hintergrund des „Sardinien-Interviews“, Öffentlichkeitsarbeit gegenüber der Presse oder anderen Medien zu untersagen. Die Gefahr, die Kreditwürdigkeit des Unternehmens herabzusetzen oder Missdeutungen und Fehlverständnisse heraufzubeschwören, wiegt zu schwer.⁷⁴

3. Fazit

Der Dialog des Aufsichtsrats sollte demnach nur im geschlossenen Kreis, wie es das Wort „Dialog“ denklösig meint, erfolgen, aber auch im Rahmen der Hauptversammlung eine Kommunikation ermöglicht werden. Die Anwesenden der Hauptversammlung sind allesamt Anteilseigner der Gesellschaft, sollten also umfassend informiert sein. Öffentliche Äußerungen des Aufsichtsrats, die keinen Adressaten mit unmittelbarem Gesellschaftsbezug haben, überstrapazieren diese Befugnis jedoch.

III. Besondere Rechtsprobleme des Investorendialogs – Grenzen der Annexkompetenz

Nachdem die Frage der Kompetenz und des Ausfüllens dieser beantwortet ist, eröffnen sich weitere Probleme in diesem Zusammenhang, die vor allem den Inhalt und den Adressaten der Gespräche betreffen.

1. Das Insiderrecht

Die Art. 14 lit. c und 10 Marktmissbrauchsverordnung (MMVO) verbieten die unrechtmäßige Offenlegung von Insiderinformationen i.S.v. Art. 7 MMVO.

Nicht herausgegeben werden dürfen Informationen, die, wenn sie öffentlich bekannt würden, erhebliche Kursschwankungen zur Folge haben. Problematisch ist schon die Feststellung, ab wann eine Information Kursrelevanz aufweist. Nimmt man die Grenze bei 5% an?⁷⁵ Ist dann aber jede Weitergabe von

⁷³ *OLG Stuttgart*, ZIP 2012, 625 ff.

⁷⁴ Vgl. auch *Bachmann* (Fn. 13), S. 159.

⁷⁵ *Hirt/Hopt/Mattheus* (Fn. 6), S. 736.

Informationen, die den Kurs weniger als 5% beeinflussen, in Ordnung?⁷⁶ Das lässt sich nicht allgemeingültig beantworten. Vielmehr wird dies die rechtswissenschaftliche Diskussion und die Rechtsprechung weiterhin beschäftigen.

Vom Begriff der Insiderinformationen erfasst und ebenso problematisch sind Personalentscheidungen. Diese können starke Auswirkungen auf den Kurs der Aktien der Gesellschaft haben, was man beispielsweise am Fall des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der DaimlerChrysler AG, *Jürgen Schrempp*, betrachten konnte. Nachdem der Aufsichtsrat dem vorzeitigen Ausscheiden *Schrempps* am 28.7.2005 zustimmte und dies in einer Ad-Hoc-Mitteilung bekanntgab, stieg der Aktienkurs erheblich. Eine Vielzahl von Anlegern, die ihre Aktien kurz zuvor verkauft hatten, machten daraufhin Schadenersatzansprüche geltend, weil die Information zum Rücktritt von *Jürgen Schrempp* zu spät veröffentlicht worden sei. Der *EuGH* stellte klar, dass schon ein bloßer Zwischenschritt, der einer Entscheidung eines börsennotierten Unternehmens vorausgeht, eine Insiderinformation i.S.v. § 13 Abs. 1 Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) a.F.⁷⁷ darstellen könne, über die die Finanzmärkte zu informieren sind.⁷⁸

Grundsätzlich gehört es zu den Geschäftsführungsaufgaben im weiteren Sinne nach § 76 Abs. 1 AktG, Insiderinformationen nach Art. 17 Abs. 1 MMVO ad-hoc bekanntzugeben. Gibt der Aufsichtsrat diese Informationen unbefugt im Dialog an Investoren weiter, so drohen Haft- und Geldstrafen wegen eines Verstoßes gegen das Verbot aus Art. 14 lit. c MMVO, § 119 Abs. 3 Nr. 3 WpHG.⁷⁹ Es kommt also auch dem Aufsichtsrat entgegen, wenn diese Gespräche nur in einem eng umgrenzten Themenkreis stattfinden und insiderrechtlich relevante Informationen außen vor bleiben. Der Dutch Corporate Governance Code begegnet diesem Problem indem er den Investorendialog kurz vor Veröffentlichung der Finanzberichte (viertel-, halb- und ganzjährlich) verbietet.⁸⁰ Dies kann aber nicht die Weitergabe aller Insiderinformationen vermeiden. Um Sicherheit zu erlangen, sollten am Gespräch weitere Stellen beteiligt werden.

⁷⁶ Kritisch *Koch* (Fn. 42), S. 139 f.

⁷⁷ Vgl. heute Art. 17 Abs. 1 MMVO.

⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 28.6.2012 – Rs. C-19/11 – *Markus Geltl ./. Daimler AG*; dazu *Hupka*, Insiderrecht im Lichte der Rechtsprechung des *EuGH*, *EuZW* 2011, 860 ff.; ausführlich *Klöhn*, Der „gestreckte Geschehensablauf“ vor dem *EuGH*, *NZG* 2011, 166 ff.

⁷⁹ Vgl. *Wilsing*, Vortrag bei der 17. Euroforum Jahrestagung, S. 31; abrufbar unter: www.inform-you.de/Suche.aspx?search=Wilsing&sv=and&ab=2016&bis=2018 (zuletzt abgerufen am 30.7.2018).

⁸⁰ Dutch Corporate Governance Code, Principles of good corporate governance and best practice provisions, IV.3.4.

2. Die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht

Ebenso könnte die aktienrechtliche Verschwiegenheitspflicht eine weitere Grenze für die Annexkompetenz des Aufsichtsrats bedeuten. Diese ist Ausprägung der organschaftlichen Treupflicht des Aufsichtsrats und ergibt sich aus § 116 S. 1, 2 i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG.⁸¹

Die Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht erfasst alle vertraulichen Informationen i.S.v. § 93 Abs. 1 S. 3 AktG. Das sind solche, deren Geheimhaltung im objektiven Unternehmensinteresse liegen.⁸² Das Interesse des Unternehmens an der Geheimhaltung mancher Informationen bestimmt die Reichweite dieser Pflicht, wobei es aber nicht auf die Sichtweise des jeweiligen Aufsichtsratsmitglieds ankommt.⁸³ Zwar zeigten Studien, dass gute Beziehungen zu Investoren wichtig für eine nachhaltige Unternehmensstrategie sind, verwies man allerdings pauschal hierauf, um der Verschwiegenheitspflicht zu entgehen, würde man diese komplett aushöhlen.⁸⁴ Vielmehr muss an der Weitergabe einer konkreten Information ein Interesse bestehen, sie gegenüber genau diesem Investor offenzulegen.

Teilweise wird vorgeschlagen, der Aufsichtsrat solle sich durch Mehrheitsbeschluss von seiner Verschwiegenheitspflicht lösen.⁸⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass der Vorstand der „Herr der Geschäftsgeheimnisse“ ist, mithin es nicht dem Aufsichtsrat obliegt, nach Ermessen in die Definition des Unternehmensinteresses einzugreifen.⁸⁶ Um einer uferlosen Aushöhlung des Schweigegebots zu entgehen, kann die Verschwiegenheitspflicht eben nicht zum Gegenstand der Disposition des Aufsichtsrats gemacht werden. Eine im Vorhinein erklärte Befreiung eines Aufsichtsratsmitglieds ist weder ausdrücklich noch konkludent möglich.⁸⁷ Jedoch kann das Unternehmen in der Satzung oder der Aufsichtsrat in seiner Geschäftsordnung Hinweise und Richtlinien aufnehmen, die dem jeweiligen Aufsichtsratsmitglied für die Prüfung der Frage dienen sollen, ob eine

⁸¹ *Habersack*, in: MüKo-AktG II, 4. Aufl. 2014, § 116 Rn. 43, 49 f.; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm-AktG II/2 (Fn. 42), § 116 Rn. 37; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 48), Rn. 254.

⁸² *BGHZ* 64, 325 (329); *BGH*, ZIP 2016, 1063 (1066); *Hopt/Roth*, in: Großkomm-AktG IV/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 283.

⁸³ *BGH*, ZIP 2016, 1063 (1067); *Hopt/Roth*, in: Großkomm-AktG (Fn. 49), § 116 Rn. 234; *dies.* in: Großkomm-AktG IV/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 283.

⁸⁴ *Koch* (Fn. 42), S. 139; ebenso *Bachmann* (Fn. 13), S. 163.

⁸⁵ *Hirt/Hopt/Mattheus* (Fn. 6), S. 736 f.

⁸⁶ *Koch* (Fn. 42), S. 139.

⁸⁷ *BGH*, ZIP 2016, 1063 (1067); *Werner*, Entwicklung des Rechts des Aufsichtsrats, Der Konzern 2017, 169 (171 f.).

Information vertraulich ist, sie also weitergegeben werden darf oder nicht.⁸⁸

Ebenso wenig kommt eine nachträgliche Befreiung von der Verschwiegenheit durch einen Hauptversammlungsbeschluss in Betracht. Hieran zeigt sich die Zuständigkeit des Vorstands, das operative Geschäft zu leiten, wozu eben auch gehört, zu entscheiden, welche Vorgänge oder Informationen der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Über solche Fragen kann die Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 AktG nur auf Verlangen des Vorstands entscheiden, allerdings kann sie ebenso auf etwaige Schadensersatzansprüche nachgelagert verzichten.

Eine Disponibilität der Verschwiegenheitspflicht ist jedoch ausgeschlossen.

3. Der aktien- und kapitalmarktrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 53a AktG, § 48 Abs. 1 Nr. 1 WpHG

In Frage steht darüber hinaus der in § 53a AktG und § 48 Abs. 1 Nr. 1 WpHG normierte Gleichbehandlungsgrundsatz aller Aktionäre.

a) Grundsatz des Gleichbehandlungsgebots

Das Gleichbehandlungsgebot verpflichtet die Aktiengesellschaft, alle Aktionäre „unter gleichen Voraussetzungen“ gleich zu behandeln.⁸⁹

Relevant wird dies beispielsweise, wenn der Investorendialog nur mit bestimmten Aktionärsgruppen, die eine gewisse Beteiligung halten, geführt wird.⁹⁰ Insofern sind der neugefasste Abs. 3 der Präambel und Ziff. 5.2 Abs. 2 des DCGK in der Gesamtschau zu betrachten. Einerseits sollen institutionelle Investoren ihre Rechte aktiver wahrnehmen, wobei aktiv auch in dem Sinne zu verstehen ist, einen Dialog mit der „Führungsetage“ zu suchen. Auf der anderen Seite soll der Aufsichtsrat bereit sein, Gespräche mit Investoren zu führen, also gerade solchen praxisrelevanten Verlangen zu entsprechen.⁹¹ Somit scheinen die Neuerungen gerade institutionelle Investoren zu privilegieren, während private und

⁸⁸ Reichard, Verschwiegenheitspflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, GWR 2017, 72 (73).

⁸⁹ Vgl. zum Willkürverbot BGHZ 33, 175 (186); 120, 141 (150 f.); Drygala, in: Köln-Komm-AktG I, 3. Aufl. 2012, § 53a Rn. 16; und zum Verhältnismäßigkeitsprinzip des Eingriffs in Mitgliedschaftsrechte Bungeoth, in: MüKo-AktG I (Fn. 4), § 53a Rn. 15; Zöllner, Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963, S. 351 f.

⁹⁰ Vgl. zur Ungleichbehandlung Hirt/Hopt/Mattheus (Fn. 6), S. 737; Bachmann (Fn. 13), S. 164 f.

⁹¹ In der Praxis selten sind Anfragen von Kleinaktionären.

Kleinaktionäre ungerecht behandelt würden.⁹²

Verwunderlich ist allerdings, dass jüngst in der Wissenschaft eine Diskussion hochkocht, inwiefern der Investorendialog des Aufsichtsrats seine Grenzen im Gleichbehandlungsgebot findet; ist doch anerkannt, dass der Vorstand Investorendialoge führt und führen darf und hierbei den gleichen Schranken unterliegt.⁹³ Das bedeutet, die Gleichbehandlung ist grundsätzlich kein besonderes Rechtsproblem, das sich nur für den Aufsichtsrat stellt.⁹⁴

Jedoch ergibt sich ein besonderes Rechtsproblem aus dem Nachinformationsanspruch des Aktionärs bei der Hauptversammlung aus § 131 Abs. 4 AktG. Dieser Anspruch ist Ausfluss aus § 53a AktG⁹⁵ und soll den Informationsvorsprung einzelner Investoren beseitigen.

b) *Das Urteil des LG Frankfurt a. M.*

Am 16.2.2016 entschied das *Landgericht Frankfurt a. M.*, dass einem Aktionär im Rahmen der Hauptversammlung nicht das erweiterte Auskunftsrecht nach § 131 Abs. 4 AktG zustehe, wenn ein anderer Aktionär ebendiese Information zuvor durch Mitglieder des Aufsichtsrats erlangt hatte. Der Nachinformationsanspruch des § 131 Abs. 4 AktG sei demnach nicht gegeben, wenn einem anderen Aktionär, der nicht Mitglied des Aufsichtsrats ist, die Teilnahme an Aufsichtsratssitzungen ermöglicht wurde.⁹⁶ Dies entspricht mancher Auffassung in der Literatur, das Recht aus § 131 Abs. 4 AktG stehe dem Aktionär nur zu, wenn die Information außerhalb der Hauptversammlung von Seiten des Vorstandes erteilt wurde.⁹⁷

Angesichts der vorbezeichneten Entwicklung und einer möglichen Verlagerung des Investorenkontakts vom Vorstand auf den Aufsichtsrat ist es höchst bedenklich, diesen Anspruch nur bei Informationen von Seiten des Vorstands zu gewähren.⁹⁸ Schließlich soll nun auch der Aufsichtsrat in Person seines Vorsitzenden „Rede und Antwort stehen“. In dem Fall würde der Durchschnittsaktionär in seinem Recht auf informationelle Gleichbehandlung beschnitten,

⁹² *Kleinmanns* (Fn. 20), S. 342, schließt solche von vornherein als aktivistische Aktionäre aus, die dem Begriff des *shareholder activism* unterfallen.

⁹³ *LG Hannover*, AG 2007, 825 (827); *Thaeter/Guski*, *Shareholder Activism*, AG 2007, 301 (306).

⁹⁴ Zustimmend *Krämer* (Fn. 25), S. 19.

⁹⁵ Vgl. nur Begründung des RegE AktG 1965 bei *Kropf*, AktG, 1965, S. 187.

⁹⁶ *LG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 16.2.2016 – 3-5 O 132/15 –, juris Rn. 24.

⁹⁷ *Kubis*, in: *MüKo-AktG III* (Fn. 17), § 131 Rn. 143 f. m.w.N.

⁹⁸ *Koch* (Fn. 42), S. 138; *Krämer* (Fn. 25), S. 19; wohl auch *DAV* (Fn. 5), S. 59.

während institutionelle Investoren privilegiert würden.⁹⁹

Es empfiehlt sich daher, das Nachauskunftsrecht auf Informationen, die vom Aufsichtsrat gewährt wurden, auszudehnen. Dafür spricht einerseits der Wortlaut des § 131 Abs. 4 AktG, in dem die Beschränkung auf Vorstandsinformationen keine Stütze findet. Zwar hat sich das *LG Frankfurt a. M.* auf ein breites Fundament in der Rechtswissenschaft gestützt, das ebenfalls ein Nachauskunftsrecht im Falle der Informationsweitergabe durch den Aufsichtsrat verweigert. Vorausgesetzt haben die Autoren allerdings, dass der Investorenkontakt, die *Investor Relations*, dem Vorstand obliegt, es sich somit nur um eine „unbefugte“ Informationsweitergabe handeln könne.¹⁰⁰ Das Gegenargument aus der Praxis, § 131 Abs. 4 AktG habe wenig Bedeutung oder werde „nicht gelebt“,¹⁰¹ kann nicht begründen, warum man den Aktionären dieses Recht verweigern sollte. Tatsächlich besteht die Hürde für den Aktionär aber in der Beweisführung, da es ihm obliegt, den Nachweis eines vertraulichen Gesprächs zu erbringen.¹⁰² Doch weder die praktische Relevanz eines Anspruchs noch starke Beweisschwierigkeiten sind Gründe, die für das grundsätzliche Versagen eines Anspruchs sprechen, sie sind vielmehr *argumentum ad absurdum*. Spricht man dem Aufsichtsrat eine Annexkompetenz zum Führen des Investorendialogs zu, muss auch das Nachauskunftsrecht des Aktionärs auf Informationen erstreckt werden, die im Rahmen solcher Gespräche weitergegeben wurden.¹⁰³

4. Vereinbarungen des Aufsichtsrats im Investorendialog

Eine mögliche Folge des Investorendialogs können Vereinbarungen zwischen dem Aufsichtsrat und dem jeweiligen Investor sein. In der Praxis kommen solche Vereinbarungen insbesondere in Übernahmesituationen vor, in denen Vereinbarungen zwischen gegenwärtigen oder zukünftigen Großaktionären (als Investoren) mit dem Vorstand einer AG getroffen werden, durch die der Vorstand (unter anderem) unterschiedliche Verpflichtungen hinsichtlich der

⁹⁹ Ebenso kritisch *Mense/Klie* (Fn. 25), S. 3; *dies.*, Deutscher Corporate Governance Kodex 2017, BB 2017, 771 (773).

¹⁰⁰ Vgl. *Hüffer/Koch* (Fn. 67), § 131 Rn. 40; *Kersting*, in: KölnKomm-AktG III/1 (Fn. 72), § 131 Rn. 433 f.; *Reger*, in: Bürgers/Körper, 3. Aufl. 2014, § 131 AktG Rn. 28; *Spindler*, in: Schmidt/Lutter I (Fn. 2), § 131 Rn. 96.

¹⁰¹ *Hirt/Hopt/Matthens* (Fn. 6), S. 738 f.

¹⁰² *Kubis*, in: MüKo-AktG III (Fn. 17), § 131 Rn. 141.

¹⁰³ Zustimmung *Koch* (Fn. 42), S. 138; alternative Lösungsvorschläge sind die Transparenzschaffung des Aufsichtsrats in seinem Bericht an die Hauptversammlung (*Ibrig*, [Fn. 47] S. 9), allerdings ist die rechtliche Handhabe dessen schwierig, da dem Aktionär diesbezüglich kein Anspruch zur Seite steht; andererseits schlägt *Vetter* (Fn. 42), S. 875 vor, ein Aktionärsforum als dauerhafte Kommunikationsplattform nutzbar zu machen nach § 127a AktG.

Leitung der Gesellschaft übernimmt, mittels derer den Investoren die geplante Übernahme der Gesellschaft erleichtert werden soll.¹⁰⁴

a) Grundsätzliche Geschäftsführungskompetenz des Vorstands

Eine solche Vereinbarung, die für beide Seiten Rechte und Pflichten begründet, unterfällt als solche grundsätzlich der Geschäftsführungskompetenz des Vorstands i.S.v. § 76 AktG, ihr Abschluss kann gemäß § 111 Abs. 4 AktG nicht dem Aufsichtsrat übertragen werden. Sollte der Aufsichtsratsvorsitzende in einem solchen Dialog Vereinbarungen mit Aktionären oder potentiellen Investoren treffen, so entfalten diese keine Bindungswirkung. Gemäß § 111 Abs. 4 AktG dürfen dem Aufsichtsrat keine Aufgaben der Geschäftsführung übertragen werden.¹⁰⁵ Erwägenswert in diesem Zusammenhang ist allerdings die Beteiligung des Aufsichtsrats, handelt es sich bei einer Investorenvereinbarung doch im Normalfall um ein Geschäft von grundlegender Bedeutung i.S.d. Ziff. 3.3. S. 1 DCGK, das einen Zustimmungsvorbehalt i.S.v. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG begründen kann.¹⁰⁶

b) Kein Vertragsabschlussrecht

Zwar durchbrechen Zustimmungsvorbehalte das Geschäftsführungsverbot aus § 111 Abs. 4 S. 1 AktG,¹⁰⁷ geben dem Aufsichtsrat aber noch nicht das Recht, in diesem Fall selbst Vereinbarungen im Rahmen von Gesprächen abzuschließen. Ferner muss es ihm auch untersagt sein, über mögliche Vereinbarungen des Investors mit dem Vorstand zu sprechen, da er sonst wiederum die Kompetenz und Autorität des Vorstands unterwandern bzw. untergraben würde. Eigene Einwände sind diskret gegenüber dem Leitungsorgan der Gesellschaft geltend zu machen, aber nicht nach außen zu tragen. Weder ist der Aufsichtsrat befugt, Vereinbarungen von sich aus mit Investoren zu treffen, noch ist der Vorstand befugt, sich seiner Leitungsverantwortung zu entziehen, indem er sich dieser Abschlusskompetenz entäußert.¹⁰⁸

¹⁰⁴ *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, 8. Aufl. 2016, § 291 AktG Rn. 24d; *Reichert/Ott*, *Investorenvereinbarung mit der Zielgesellschaft*, in: *FS Goette*, 2011, S. 397 ff.; *Seibt/Wunsch*, *Managementgarantien bei M&A-Transaktionen*, ZIP 2008, 1093 ff.; Beispiel: „*Continental/Schaeffler*“ (2008); dazu *Habersack*, *Beteiligungstransparenz adieu?*, AG 2008, 817 ff.

¹⁰⁵ Zu grds. Diskussionen bzgl. Investorenvereinbarungen vgl. *Kiefner*, *Investorenvereinbarungen zwischen Aktien- und Vertragsrecht*, ZHR 178 (2014), 547 (551 ff.).

¹⁰⁶ *Kiem*, *Investorenvereinbarungen im Lichte des Aktien- und Übernahmerechts*, AG 2009, 301 (305 f.); vgl. auch *Habersack* in: *MüKo-AktG II* (Fn. 81), § 111 Rn. 111 f.

¹⁰⁷ *Hoffmann-Becking* (Fn. 66), § 29 Rn. 51.

¹⁰⁸ Dazu *Koch* (Fn. 7), S. 93 f.

IV. Themen des Investorendialogs

Vielfach hat sich im Laufe der Darstellung gezeigt, dass die Themenauswahl des Investorendialogs ein zentraler Aspekt ist. Man wird sich darauf einigen müssen, dass als Annex lediglich solche Themen behandelt werden dürfen, für die der Aufsichtsrat sachlich zuständig ist.¹⁰⁹ Hierfür bieten die von der Arbeitsgruppe „Developing Shareholder Communication“ ausgearbeiteten Leitsätze einen Ansatzpunkt. Nach Leitsatz 1 soll der Dialog solche Themen erfassen, die in den Aufgaben- und Verantwortungsbereich des Aufsichtsrats fallen. In den folgenden Leitsätzen wird dies konkretisiert.¹¹⁰

1. „Aufsichtsratsspezifische Themen“

Während die Zusammensetzung und Vergütung des Aufsichtsrats (Leitsatz 2) zwar der Hauptversammlung gemäß den §§ 101 Abs. 1 S. 1, 113 Abs. 1 AktG obliegt, ist es der Aufsichtsrat, der diese Beschlüsse nach § 124 Abs. 3 S. 1 AktG vorzubereiten hat. Eine Diskussion dessen mit Investoren erscheint auch nützlich, beispielsweise um eine angemessene Vergütungsgrenze zu finden. Gleiches gilt für Aufgaben, die ihm das Aktiengesetz zuweist. Dies betrifft die Ausgestaltung der Überwachungs- und Mitwirkungsprozesse (Leitsatz 3) als Hauptaufgabe des Aufsichtsrats aus § 111 Abs. 1 AktG oder Näheres zur Bestellung und Arbeit des Abschlussprüfers (Leitsatz 6).

Die Informationspolitik hinsichtlich des eigenen Aufgabenbereichs sollte dem Aufsichtsrat übertragen werden, da nur er umfassend darüber Auskunft geben kann.¹¹¹ Unerlässlich für die Zulässigkeit ist, dass dem Beratungsgeheimnis ausreichend Rechnung getragen wird und – wie es auch die Leitsätze vorsehen – keine konkreten Namen genannt werden, um der Offenbarung kursrelevanter Informationen vorzubeugen.

2. Unzulässige Themen

Allerdings bieten die Leitsätze auch Anlass zur Kritik, insoweit sie das Kompetenzgefüge und die erläuterten Schranken außer Acht lassen.

a) *Vorstandsbestellung, -abberufung und -vergütung*

Leitsatz 4 betrifft die Vorstandsbestellung, -abberufung und dessen Vergütung. Die Kompetenz des Aufsichtsrats hierfür ergibt sich aus den §§ 84 Abs. 1 und 3, 87 AktG, die demnach zwar ureigene Aufgaben des Überwachungsorgans sind, allerdings bei näherer Betrachtung kompetenzübergreifende Frage betref-

¹⁰⁹ So auch *Bachmann* (Fn. 13), S. 175.

¹¹⁰ Zu zwanglosen, informellen Treffen siehe bereits oben unter **F. I. 1. b)** (bb).

¹¹¹ I.E. ebenso *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm-AktG II/2* (Fn. 42), § 107 Rn. 61.

fen. Durch die (Ab-)Bestellung eines Vorstandsmitglieds und dessen Vergütung greift der Aufsichtsrat nämlich mittelbar in die Geschäftsführung ein. Die Komposition der Mitglieder im Vorstandsgremium bestimmt maßgeblich, in welcher Weise die Geschäftsführung gehandhabt und vorangetrieben wird, ebenso wie sie den Börsenwert des Unternehmens beeinflussen kann.

Die Vergütung verfolgt den Zweck, dass der Vorstand sich seiner Arbeit uneingeschränkt widmen kann. Durch die Höhe und Gestaltung nach § 87 Abs. 1 S. 1 AktG ist es dem Aufsichtsrat möglich, Einfluss auf das Handeln des Vorstands zu nehmen. Das Recht der Beeinflussung dessen durch die Aktionäre erschöpft sich im Beschluss über die Billigung des Vergütungssystems nach § 120 Abs. 4 AktG sollte das entsprechende Unternehmen einen solchen Mechanismus vorsehen. Mit Verweis auf § 23 Abs. 5 AktG ist jede andere Einflussnahme auszuschließen.

Darüber hinaus lässt es sich nicht vermeiden, dass Personaldiskussionen, in denen eine Abberufung im Raum steht, auf die betroffene Person schließen lassen, selbst wenn keine Namen genannt werden. Dialoge über die Abberufung von Vorstandsmitgliedern haben somit zu unterbleiben, sie schwächen die Position des gesamten Leitungsorgans.¹¹²

Dies korreliert mit der Schwierigkeit, den Dialog und das Insiderrecht unter einen Hut zu bringen. Da schon Personalentscheidungen erhebliche Relevanz für den Aktienwert haben können, würde sich in der Folge bei eintretender kursrelevanter Schwankung entsprechend die Frage nach der Haftung des Aufsichtsratsvorsitzenden stellen.¹¹³

Zur Schaffung von Rechtssicherheit und im Sinne einer klaren Vermeidung von Eingriffen in die Geschäftsführung, dürfen diese spezifischen Themen nicht in den Dialog mit Investoren aufgenommen werden.

b) Strategieentwicklung und Umsetzung

Die Strategieentwicklung und Umsetzung ist unzweifelhaft der Geschäftsführung zuzuordnen, es handelt sich um die wichtigste Aufgabe des Vorstands. Eine sehr eingeschränkte Äußerungsbefugnis¹¹⁴ sollte man nur im Falle eines gemeinsamen Dialogs bei gleichzeitiger Anwesenheit des Vorstands gewähren und auch nur in Form von nicht-desavouierenden Ergänzungen. Eine Kom-

¹¹² Koch (Fn. 42), S. 134; a.A. wohl Bachmann (Fn. 13), S. 174.

¹¹³ Koch (Fn. 42), S. 140.

¹¹⁴ Drygala, in: Schmidt/Lutter I (Fn. 2), § 107 Rn. 25; Hirt/Hopt/Mattheus (Fn. 6), S. 734.

petenz des Aufsichtsrats, solche Themen im geschlossenen Kreis zu behandeln, ist ausgeschlossen wegen des § 116 Abs. 1 S. 4 AktG. Sie unterminiert die Arbeit des Vorstands auf unkontrollierte Weise und darf mithin nicht offengelegt und erläutert werden.¹¹⁵ Darauf aufbauenden Fragen, beispielsweise ob der Aufsichtsrat die Arbeit des Vorstands unterstütze, kann dann kaum mehr ausgewichen werden, sodass dessen Autorität verloren ginge.¹¹⁶ Anlehnend an den UK Corporate Governance Code empfiehlt es sich, sollte ein Dialog auf dieses Themenfeld gelenkt werden, lediglich die Präferenzen der Aktionäre zu erfragen, nicht aber die Strategie zu erläutern.¹¹⁷

V. Beteiligung weiterer Akteure

Wird ein Dialog der Anregung des DCGK folgend durch den Aufsichtsratsvorsitzenden geführt, so fällt eine exakte Abgrenzung zwischen rechtlich Zulässigem und Verbotenem äußerst schwer. Es empfiehlt sich dementsprechend, weitere Akteure an der Durchführung oder jedenfalls an der Vorbereitung eines solchen Dialogs zu beteiligen.

1. Briefing durch *Investor Relations* und Rechtsabteilung

Im Vorbereitungsstadium könnte man den Aufsichtsratsvorsitzenden darauf verweisen, ein Briefing mit Mitarbeitern der *Investor Relations* oder der Rechtsabteilung durchzuführen. Dies dient einerseits der Schaffung von Konsistenz mit den Aussagen des Vorstands¹¹⁸ und bewahrt somit die *one voice policy* des Unternehmens. Andererseits soll es dem Aufsichtsratsvorsitzenden seine rechtlichen Grenzen aufzeigen.

Ergänzend böte es sich an, den Vorstandsvorsitzenden hinzuzuziehen, um präventiv weiteres Konfliktpotential durch Aussagen zu entschärfen.

2. Kommunikationsausschuss

Ebendies kann entsprechend auf die Beteiligung am Dialog selbst übertragen werden. Man sollte sich stets im Klaren darüber sein, dass ein vorheriges Briefing nicht die gleiche Wirkung entfalten kann, wie eine gewisse Kontrolle während des Gesprächs selbst. Dies wird umso wichtiger, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende noch unerfahren ist. Es bietet sich daher an, einen Kommunikationsausschuss zu implementieren.¹¹⁹

¹¹⁵ *Ibrig* (Fn. 47), S. 9; zustimmend *Koch* (Fn. 42), S. 134.

¹¹⁶ Vgl. *DAV* (Fn. 5), S. 59.

¹¹⁷ *Roth* (Fn. 2) S. 368.

¹¹⁸ *Wilsing* (Fn. 79), S. 29.

¹¹⁹ Vgl. *Vetter* (Fn. 42), S. 875.

Ein solcher sollte einerseits aus Vertretern der Arbeitnehmer- und der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat bestehen. So entgeht man dem Problem des juristischen Graubereichs, welcher Mehrheit es für eine Ermächtigung von Seiten des Aufsichtsrats für dessen Vorsitzenden bedarf. Andererseits sollte er aber auch aus einem Vorstandsmitglied und ggf. Vertretern der *Investor Relations* und Rechtsabteilung bestehen, um Geschlossenheit nach außen zu präsentieren, aber auch Gefahren des Insiderrechts o.ä. zu entgehen.

Die Beteiligung des Vorstands hierbei könnte zwar dazu führen, dass sich die Investoren womöglich mit ihrer Kritik an diesem und dessen Arbeit zurückhalten könnten. Allerdings soll der Investorendialog des Aufsichtsratsvorsitzenden gerade solche Themen unstrittig nicht umfassen, um die Autorität des Vorstands nicht zu untergraben.

Das Einsetzen eines solchen Kommunikationsausschusses dürfte der sicherste Weg sein, Rechtsproblemen aus dem Weg zu gehen.

VI. Zusammenfassung

Der Dialog des Aufsichtsrats kann förderlich für eine gute Corporate Governance wie auch Voraussetzung für eine Wertsteigerung der Gesellschaft sein. Ein solcher, der der Praktikabilität halber durch den Aufsichtsratsvorsitzenden erfolgen würde, sollte aber nur in engen Grenzen und unter Beachtung kompetenzrechtlicher Schranken erfolgen. Vereinbarungen oder deren Thematisierung zwischen Aufsichtsrat und Investoren haben zu unterbleiben.

G. Ausblick und Empfehlung

Nachdem der Investorendialog des Aufsichtsratsvorsitzenden nun vom DCGK (vorerst) als Anregung aufgenommen wurde, stellt sich die Frage, wie sich die Praxis aber auch der Gesetzgeber in naher Zukunft verhalten wird. In der Praxis erscheint es geboten, dass der Aufsichtsratsvorsitzende alleine behutsam mit dem Investorendialog umgeht und auf diesen nur ausnahmsweise zurückgreift. Solange die Kompetenzfrage nicht durch den Gesetzgeber abschließend geklärt ist, stehen dem Aufsichtsratsvorsitzenden, der der Anregung des DCGK folgt, haftungsrechtliche Fragen gegenüber, die er sich vor Augen führen muss.

Es gilt zunächst abzuwarten, wie der Gesetzgeber mit der neu verabschiedeten EU-Aktionärsrechteänderungsrichtlinie umgehen wird, die er innerhalb der nächsten zwei Jahre in nationales Recht umzusetzen hat. Ihm sei ans Herz gelegt bei dieser Gelegenheit auch die Frage eines solchen Dialogs zu klären. So lange ist die Implementierung eines Kommunikationsausschusses, wie er oben beschrieben wird, zu empfehlen, um u.a. Verstößen gegen Insiderrecht aus dem

Weg zu gehen. *Shareholder Activism* – auch oder gerade in Form des Investorendialogs – mag den Wert des Unternehmens zwar steigern, ist aber nichts wert, solange das Unternehmen nicht nach außen geschlossen auftritt und mit einer Stimme spricht.