



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Madeleine Elisabeth Petersen Weiner

Whereto Litigation? Litigation and Arbitration Compared as Modern Commercial Dispute Resolution Measures

Niels Christopher Elsner

Urteilsbesprechung: *EuGH C-595/17* und die Parallelproblematik in der Schiedsgerichtsbarkeit

Lion Fritsche

Europäischer Investitionsschutz vor dem Aus?
Die Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts nach Art. 267 AEUV

Clara Schindowski

Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, internationale Menschenrechte zu beachten?

Felix Herbert

Wie sollte die Bundesrepublik Deutschland die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte umsetzen?

Luca Koukounakis

Seevölkerrechtliche Pflichten im Fall von Seenotrettung

Carsten Klotzsch

Die Wahlfeststellung – Kritische Betrachtung des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen, BGHSt 62, 164 ff.

REZENSIONEN

Tino Haupt

Buchrezension: *Kraft/Redenius-Hövermann*, Umwandlungsrecht

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Leo Krause-Wichmann, Lina Rees, Johannes Tegel
Ressortleitung WissOn: Niels Elsner, Fabienne Schlachter

Nicolas Avramov	Tamara Herrmann	Laura Ries
Alina Beckmann	Nicolas Hodgson	Safak Sarıççek
Amelie Berz	Selina Keller	Violetta Sefkow-Werner
Regine Brünner	Yoo Jin Kim	Anna Souhradová
Elif Dabazoglu	Nathanael Klosowski	Huy Lan Tran
Sarah Dinges	Garry Konrath	Andreas Warchal
Henning Dieckow	Sarah Löffler	Johanna Wiegand
Sebastian Duske	Oskar Luong	Moritz Winckler
Naomi Einhoff	Till Meier	Lisa Yu
Stella Elmentaler	Anton Müller	Valentine Wanbing Zheng
Paulina Fecht	Amelie Peter	Anna Zitt
Jakob Feldkamp	Alicia Pointner	
Esther Gothein	Jasmin Rauch	

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	Prof. Dr. Christian Laue
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
Prof. Dr. Martin Borowski	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Jens Bülte	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Dieter Dölling	Prof. Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Volker Erb	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)
Prof. Dr. Stefan Geibel, Maître en droit	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cantab.)	Prof. Dr. Andreas Pickenbrock
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cantab.)
Prof. Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess	Prof. Dr. Markus Stoffels
Dr. Holger P. Hestermeyer	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Sebastian Unger
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, Benedikt Bien

StudZR-WissOn 1/2019

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

Erste Ausgabe des Jahres 2019
Erschienen im August 2019
Seiten 1 bis 222

eISSN

2629-7132

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

Zitiervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2019, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Madeleine Elisabeth Petersen Weiner

Where to Litigate? Litigation and Arbitration Compared as
Modern Commercial Dispute Resolution Measures 1

Niels Christopher Elsner

Urteilsbesprechung: *EuGH C-595/17* und die Parallelproblematik
in der Schiedsgerichtsbarkeit 36

Lion Fritsche

Europäischer Investitionsschutz vor dem Aus?
Die Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts nach
Art. 267 AEUV 63

Clara Schindowski

Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, internationale
Menschenrechte zu beachten? 84

Felix Herbert

Wie sollte die Bundesrepublik Deutschland die UN-Leitprinzipien
für Wirtschaft und Menschenrechte umsetzen? 118

Luca Koukounakis

Seevölkerrechtliche Pflichten im Fall von Seenotrettung 156

Carsten Klotzsch

Die Wahlfeststellung – Kritische Betrachtung des Beschlusses des
Großen Senats für Strafsachen, BGHSt 62, 164 ff. 184

Rezensionen

Tino Haupt

Buchrezension: *Kraft/Redenius-Hövermann*, Umwandlungsrecht 216

Madeleine Elisabeth Petersen Weiner*

Whereto Litigation? Litigation and Arbitration Compared as Modern Commercial Dispute Resolution Measures

Abstract

In diesem Beitrag wird die Rolle nationaler Gerichte als Streitbeilegungsorgane internationaler Handelsstreitigkeiten erörtert. Dies steht vor dem Hintergrund, dass Schiedsverfahren in diesem Bereich immer häufiger gegenüber den nationalen Gerichten bevorzugt werden. Zunächst werden die Vorteile von Schiedsverfahren diskutiert. Diese werden sodann den Fortschritten in der staatlichen Gerichtsbarkeit gegenübergestellt. Abschließend wird eine Prognose für Verfahren vor den staatlichen Gerichten als Streitbeilegungsmethode in Handelstransaktionen aufgestellt.

This article discusses the future of litigation in the context of international commercial transactions, given that arbitration is the ever-preferred dispute resolution method in the context of international commercial disputes. It compares the advantages of arbitration with current developments in litigation. Based on these results, a prognosis is made for the role of litigation in international commercial disputes.

* Die Verfasserin studiert im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt „Internationales Privatrecht“. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Rahmen der Vorlesung „*International Commercial Dispute Resolution*“ bei Mr. *Richard Morris* während des Studiums an der Chinese University of Hong Kong im Wintersemester 2017/18.

A. Introduction

The globalization of our lives has by now become a much-cited phenomenon. The last 50 years have brought an unprecedented increase of global business endeavors, relationships and enterprises, facilitated by the greater ease with which we can connect with foreign business partners (such as through modes of transportation like planes or modes of communication like e-mail) or the mindset of our generation that sees more in common with foreign people than differences. With the ease and opportunities inherent in international commercial relationships, however, comes a concomitant level of difficulty when such relationships go awry, and the parties must find a binding and final way to resolve their disputes. In such cases, the parties usually have two avenues: take the dispute to a court, either in the plaintiff's or the defendant's country, or, if they had the foresight to so provide in the underlying agreement, immediately initiate international arbitration procedures.

International arbitration is a consensual process which results in a *prima facie* binding award made out of court to resolve a dispute between two or more parties from different jurisdictions.¹ By contrast, in litigation with a foreign element, the dispute is initiated in a national court. In an international transaction, the parties may have agreed that the courts of one country should have exclusive jurisdiction, or the jurisdiction is determined by rules of international jurisdiction. These determinations and conflict of law questions and possible difficulties regarding the enforcement of the judgment in a different country,² can lead to additional cost, delay and uncertainty. This explains why parties may be reluctant to choose or expose themselves to litigation.

This article investigates and discusses the advantages and disadvantages of the two dispute resolution mechanisms, arbitration and litigation, in the context of international commercial transactions with a focus on mercantile disputes arising among businesses but avails itself of some examples related to consumers as well.³ It seems that parties greatly favor arbitration. In a survey conducted by *PricewaterhouseCoopers (PwC)*, 73 % of the respondent corporations preferred international arbitration over litigation.⁴ Scholars have even suggested that

¹ See *Leung/Clark*, *Civil Litigation in Hong Kong*, 5th edition, 2017, p. 691.

² See *Dicey/Morris/Collins*, *Dicey, Morris, and Collins on the Conflict of Laws*, 15th edition, 2012, Vol. 1, p. 4 at 1-003.

³ This article will adopt the broad interpretation of "relationships of commercial nature" as listed in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985 with amendments as adopted in 2006) (hereinafter: Model Law) Art. 1 (1).

⁴ *Lagerberg/Mistelis*, *International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices 2006*, PricewaterhouseCoopers LLP & Queen Mary, University of London, 2006, available

arbitration should be the new default rule, rather than to oblige parties to agree on an arbitration clause first in order to avoid litigation.⁵

But what do parties to international commercial disputes dislike so much about litigation? In short: They may fear bias from the national courts with whose laws and perhaps language they are unfamiliar. It seems that parties would rather choose the law of a third country than risk being disadvantaged. And what is it about arbitration as an alternative that is so attractive? The perceived benefits, among others, include efficiency in time and costs, the final and binding nature of the arbitral award, confidentiality of the process and the award and the flexibility to freely choose specialized arbitrators, the seat, and the rules of arbitration.⁶ Arbitration agreements can indeed circumvent to some extent the above-mentioned negative aspects arising in litigating international commercial disputes. But if arbitration is so pragmatic and convenient, does litigation in national courts between litigants from different countries still have a role to play?

In discussing this question, this article will in the following focus on the three most important of the perceived benefits of arbitration, namely: efficiency (**B.**), confidentiality (**C.**), and enforcement (**D.**), and evaluate with regards to each of these whether they are indeed advantages and if so, whether they will prevail in the future or whether perhaps litigation will catch up and change the balance of preferred dispute resolution methods. The scope of this article will not permit an all-encompassing overview but can only highlight the most visible developments within these methods. My assertion is that litigation will indeed play a subordinate role in international commercial disputes, with the courts' influence limited to a policing function of arbitration, but that there will be areas in which the advantages of litigation provide a safeguard in complex cases that arbitration cannot provide, or that the litigation process can be modernized to an extent to which it may match the advantages that make international arbitration so favored for the cases not requiring the safeguards.

B. Efficiency

When counsel suggests arbitration, their motivation usually is to spare their clients vast litigation costs and proceedings lingering in court for years. The

online at:
<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2006.pdf> (last consulted on 1 December 2018).

⁵ *Graves*, Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?, *The American Review of International Arbitration* 2012, 23 (1), 113 (115).

⁶ See *Berman*, The "Gateway" Problem in International Commercial Arbitration, *Yale Journal of International Law* 2012, 37 (1), 2.

efficiency of arbitration appears to rely on a number of diverse factors: For example, the parties determine the schedule according to their calendars, not that of an overloaded court, allowing a much more informal conference room rather than court room process;⁷ the use of specialized arbitrators promises that one may have to explain less and be more fully understood in one's position; and not least of all, arbitration procedures are said to be much more straightforward and less complex than those of courts in many jurisdictions.

I. Latest achievements in technology (Online Dispute Resolution)

Because arbitration systems - other than national court systems - have been able to develop in a more agile fashion in response to parties' needs, they have been able to include procedural modernizations at a fast pace (*e.g.*, virtual data rooms, case management websites, etc.) which materially improve the handling of international commercial disputes with the parties residing in different places and time zones. This use of technology will be exemplified in the form of Online Dispute Resolution (ODR) which will be discussed in detail below.

1. ODR developments in arbitral proceedings

ODR is a means for settlements of disputes which uses the whole range of alternative dispute resolution methods online.⁸ Given the global nature of the Internet, ODR was originally designed for the realm of e-commerce disputes to eliminate jurisdictional issues and the concerns about enforceability of court judgments.⁹ Today, however, it encompasses online methods that are applied to all types of disputes. The parties submit the relevant documents online and choose a service (electronic mediation or arbitration) to resolve their dispute, whereas communication can be conducted directly (*e.g.*, via *Skype*) or indirectly (via e-mail).¹⁰ Parties may thus resolve their disputes with algorithmic tools instead of human beings as arbitrators, or enable several lawyers in different time zones to access, negotiate and finalize one document with a contract party in yet another time zone.¹¹ Thereby, ODR helps to avoid or reduce the costs and inconvenience of travel associated with international commercial disputes, and

⁷ *Gaillard*, *Sociology of International Arbitration*, *Arbitration International* 2015, 31, 1 (11).

⁸ *Mania*, *Online Dispute Resolution: The Future of Justice*, *International Comparable Jurisprudence* 2015, 1 (1), 76 (78).

⁹ *Ponte*, *Boosting Consumer Confidence in E-business: Recommendations for Establishing Fair and Effective Dispute Resolution Programs for B2C Online Transactions*, *Albany Law Journal of Science & Technology* 2002, 12 (2), 441 (442).

¹⁰ *Mania* (fn. 8), p. 78.

¹¹ *Arresty/Rainey/West*, *Expand your Practice with Online Dispute Resolution Technology*, *GP Solo* 2015, 32 (1), 22 (22).

encourages the parties to work together, giving them more control of the outcome of the dispute.¹²

Arbitration has already taken a significant step towards promoting and using ODR. For instance, the central treaty for international arbitration, the “New York Convention” has recently been amended inasmuch as, while it had previously required a written agreement on arbitration in international transactions, Art. 2 now permits an “exchange of letters and telegrams” and electronic arbitration agreements.¹³

2. Comparison: ODR developments in litigation

Many tasks in court procedure still use archaic technologies, such as tape recorders, stenographers and manual storage of case files; most of these tasks require neither the expertise of a jurist nor for that matter a human being (*i.e.*, repetitive tasks like management of case files) and could easily be replaced with the help of IT systems.¹⁴ But courts, too, increasingly try to offer more cost-effective and quicker procedures, as now provided in the underlying objectives of the Rules of the High Court (RHC) in Hong Kong.¹⁵ While the description of ODR set out above does traditionally refer to alternative dispute resolution, the same online methods have been implemented in some national courts as well.

In this context, the EU was at the helm of the development: the European Small Claims Procedure (ESCP) which provides an easy way to pursue cross-border civil or commercial claims without the need of legal representation, applies ODR to cross-border claims with an amount of € 2,000 in dispute or less.¹⁶ This amount has increased as of 14 July 2017 to € 5,000.¹⁷ Thus, the ESCP aims to simplify and speed up cross-border small claims litigation in civil matters and cut costs.¹⁸ As of now, the ESCP, although not mandatory, provides an alternative

¹² *American Bar Association (ABA) Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution*, What is Online Dispute Resolution? A Guide for Consumers, March 2002, p. 1, available online at: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/consumerodr.authcheckdam.pdf> (last consulted on 1 December 2018).

¹³ *Mania* (fn. 8), p. 78; The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), “The New York Convention” UNCITRAL.

¹⁴ *Susskind*, The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services, 2008, p. 201.

¹⁵ Cap. 4A The Rules of the High Court, Order 1A (Objectives), Rule 1 (a), (b), (c).

¹⁶ EU Regulation 861/2007/2007 establishing a European Small Claims Procedure.

¹⁷ Article 2(1) of the ESCP Regulation.

¹⁸ *Kramer*, Small Claim, Simple Recovery? The European Small Claims Procedure and its Implementation in the Member States, ERA Forum 2011, 12 (1), 119 (119).

to other expensive and complex procedures and is an alternative to arbitration.¹⁹ In addition, the ESCP is available and its judgments enforceable in all EU countries (except Denmark).²⁰ Thus, enforceability is not a concern as a negative aspect usually linked to litigation within the European Union. Similarly, an ODR Group of the UK Civil Justice Council, proposed ODR for civil disputes of value less than £ 25,000 in a report in 2015.²¹ There are therefore examples where litigation may catch up with arbitration in terms of technological advances and concomitant efficiencies.

3. Use of technology in the future of dispute resolution

We will likely see much more progress in the use of online methods in the future, both in international arbitration and litigation. As ODR responds to the parties' wish for efficiency, the courts will follow with modernization at some point - whether judges may be in favor of such a development or not - not because they want to compete with arbitration, but simply because these methods are an automatic enhancement in a more technologically advanced world. People who no longer go to a brick-and-mortar bank but do all their banking online may not want to go to an actual courthouse in the future. ODR may perhaps not be the perfect attribute to resolve all disputes; but the relevant legal framework is capable of, and is in fact limiting ODR's application to those claims where it is in order²² and promoting its application where its speed and efficiency are needed, both in arbitration and litigation. Thus, with respect to the procedural use of technological progress, arbitration is not necessarily more efficient or advanced than litigation.

II. Specialization of commercial matters

The *PwC* study referenced earlier shows that participants ranked arbitrators as the most favorable factor in arbitration:²³ It seems to be regarded as an efficiency factor for parties to choose specialists (even lay people) with commercial expertise or professionals in the respective industry rather than judges of general

¹⁹ *Beek/D'Aubrey/Garzaniti*, Consumer Disputes in a Cross Border E-Commerce Context, Paper submitted for semi-final C of the Themis Competition in Lisbon, Portugal, 2016, on European Cooperation in Civil Matters.

²⁰ Articles 1(2) and 20 of the ESCP Regulation.

²¹ *ODR Advisory Group*, Online Dispute Resolution for Low Value Civil Claims, February 2015, available at: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2015/02/Online-Dispute-Resolution-Final-Web-Version1.pdf>> (last consulted on 1 December 2018).

²² See ESCP and the ODR Group of the Civil Justice Council restricting the procedure to claims of a certain amount.

²³ *Lagerberg/Mistelis* (fn. 4), p. 6.

competence to resolve their disputes, and for them to stay with the proceedings from beginning to end, unlike proceedings within the chain of instances that lead to the case being heard before a new judge on each level of the proceedings.²⁴ Furthermore, parties are able to choose the arbitrator (or in the case of three, each choose one who then decide on the third), so that there is less perceived risk of bias against a party. Interestingly, several authors have argued that international commercial litigation has developed to a point at which it incorporates features until then restricted to arbitration.²⁵ If litigation can provide the same international and commercial specialization, here, too, it would then begin to match the advantages of arbitration.

1. Commercial courts and specialized decision-makers

Several commercial courts have recently been created across different jurisdictions in order to equip domestic courts with special commercial expertise; most notably, Singapore established an International Commercial Court which is unique in that it allows the appointment of foreign judges and dispenses with the application of Singapore's Rules of Evidence.²⁶ In this way, the court gleans from arbitration methods which may help to streamline litigation. There has long been general acceptance of commercial litigation being unique in nature: The first Commercial Court in London (LCC) was established in 1895 and today it ensures that its judicial members keep properly abreast with the rapidly changing market (*e.g.*, by having them frequently participate in seminars of the Financial Markets Law Committee).²⁷ This ensures that the judges can better relate to the real commercial world and it actually empowers a municipal commercial court being able to coexist with the international arbitration practice in London.²⁸ As such, these more specialized divisions are not burdened with other cases and therefore more readily available. Complex business cases can take priority and the specialized courts are well-equipped and often less expensive than arbitration.²⁹

Similarly (but perhaps to a lesser degree of specialization), in Germany, commercial court panels are staffed with one fully-qualified lawyer (*Volljurist*),

²⁴ *Denton/Heaton*, Commercial Arbitration - Does It Really Have A Future?, Victoria University Melbourne Australia Law & Justice Journal 2014, 4 (1), 117 (123).

²⁵ *Tiba* (fn. 26), p. 39; *Spigelman* (fn. 39), p. 212; *Maleske* (fn. 29), p. 31.

²⁶ *Tiba*, The Emergence of Hybrid International Commercial Courts and the Future of Cross Border Commercial Dispute Resolution in Asia, Loyola University Chicago Law Review 2016, 14 (1), 31 (32).

²⁷ *Warren/Croft*, An International Commercial Court for Australia, Supreme Court Victoria, 13 April 2016, p. 13.

²⁸ *Warren/Croft* (fn. 27), p. 13.

²⁹ *Maleske*, Why GCs Should Look Beyond Arbitration, Law 360, October 23, 2015.

and two non-lawyers, who come from the trade sector.³⁰ In the wake of Brexit which leads to uncertainty as to whether English judgments will be as easily enforceable in Europe in the future as they were pre-Brexit, there has been a new initiative to further develop these special court divisions. The legislative initiative by the *Bundesrat* (the upper house of the German parliament) upon the request of five federal states provides, for one, that proceedings are conducted in English (the *lingua franca* of the business world), and furthermore that special divisions focusing on international commercial disputes are implemented. With respect to the language of the proceedings, the German Judicature Act determines German as the official language used in court pursuant to § 184 *Gerichtsverfassungsgesetz* (GVG). Nonetheless, an English-speaking commercial chamber has been up and running in Frankfurt since January 2018. Bearing in mind the aforementioned § 184, this however, only refers to the oral hearing (*i.e.*, the pure negotiation in court), whereas the parties are not released from the obligation to perform all other procedural acts in German (*i.e.*, submission of pleadings and applications).³¹ This precisely, however, is intended to be changed with the legislative initiative by the *Bundesrat*. Pursuant to a proposed amendment of § 184 clause 1 and 2 GVG, proceedings in these special divisions may be conducted in English, and additionally, protocols and the judgment itself which originally had to be written in German, can now be submitted in English.³² Regarding the implementation of special divisions, proponents of the legislative initiative aim to concentrate expert knowledge of judges by letting judges of these special divisions rotate less often, for instance. With these promising efforts, Germany strives for a position as a potential judicial hub and may well succeed.³³

These same endeavors can be observed in Belgium with the implementation of a new “Brussels International Business Court” which is a specialized English-

³⁰ See § 105(1) German Code on Court Constitution (*Gerichtsverfassungsgesetz*).

³¹ *Ruckteschler/Stoß*, *Englischsprachige Handelsgerichte - Ein Gegenangriff auf die Schiedsgerichtsbarkeit?* (translation: “English-speaking commercial chambers - a counter attack against arbitration?”), March 2019, available at: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/englischsprachige-spezialgerichte-handelsstreitigkeiten-wirtschaft-schiedsgerichte/>> (last consulted on 6 March 2019); see also: <<https://ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de/ordentliche-gerichte/lgb-frankfurt-am-main/lg-frankfurt-am-main/chamber-international>>.

³² BR-Drucks. 53/18, p. 2 f.

³³ *Röckerath/Fischer*, *Justizstandort Deutschland macht sich fit für den Brexit* (translation: “The judicial hub Germany prepares for Brexit”) Legal Tribune Online, 16 March 2018, available at: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/justizstandort-deutschland-nach-dem-brexit-london-alternative/>> (last consulted on 1 December 2018).

speaking court with jurisdiction over international commercial disputes.³⁴ The panel is composed of three judges, one professional and two experts in international business law.³⁵ As such, the conduct of the case is necessarily also more cost-efficient because experts are more likely to quickly identify the core issue in dispute and come up with a suitable solution in a timely fashion. Brussels, too, through the International Business Court therefore stands good chances at becoming a serious competitor to international commercial arbitration.

But this specialization is being explored not only in terms of commercial know-how, but also the international nature of the disputes: Especially the aforementioned LCC is well trusted by litigants who have little or no connection to the UK.³⁶ Furthermore, the risk that a judge applying foreign law - as often occurs in international commercial disputes - will interpret it wrongly despite expert evidence or perhaps due to conflicting evidence of what the foreign law is, is decreased by a procedural step allowing proof of foreign law by reference to the foreign court, such as the new rules implemented in New South Wales in relation to foreign law issues.³⁷ Pursuant to this mechanism giving judges the ability to refer a discrete question of law to the foreign court without having to stay its own proceedings altogether, an authoritative statement by the foreign court ensures that the foreign law would not be misunderstood or incorrectly applied.³⁸ This option has been used as an expression of cooperation between courts in order to deal appropriately with the case that a question of foreign law arises before the adjudicating court which has not yet been decided in the foreign jurisdiction. In this case, it is preferable for the question to be decided (and hence the law to be developed) by the court of the country whose law it is.³⁹ This alternative to expert evidence in determining a question of foreign law is not only available to judges of specialized divisions but also courts of general competence and has become a well-established tool among common law jurisdictions especially (*e.g.*, as practiced between the *Supreme Court of New South Wales* and

³⁴ *Croissant*, The Belgian government unveils its plan for the BIBC, Kluwer Arbitration Blog, 25 June 2018, available at: <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/25/the-belgian-government-unveils-its-plan-for-the-brussels-international-business-court-bibc/>> (last consulted on 1 December 2018).

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Warren/Croft* (fn. 27), p. 18.

³⁷ *Breton*, Proof of Foreign Law - Problems and Initiatives, Address to the Sydney University Law School Symposium: The Future of Private International Law, 2011, p. 8.

³⁸ See *Morris/Gibb/Tsang*, An Introduction to the Conflict of Laws in Hong Kong 2017, p. 35 at 2.48.

³⁹ *Spigelman*, Proof of Foreign Law by Reference to the Foreign Court, Law Quarterly Review 2010, 127, 208 (212).

Singapore based on a memorandum of understanding to determine questions of law received from each other).⁴⁰ This provides an economic procedure that will support the correct application of the law.⁴¹

But there is a further development which comes even closer to the choice of the arbitrator(s): Several superior courts in Canada have created commercial lists with judges who are experienced in business and even permit parties to submit short-lists of judges who they think are best equipped to hear their cases.⁴² Thus, not only expertise which makes the choice of the arbitrators so attractive, but also the guarantee for impartiality is beginning to appear in litigation through the ability to choose judges and avoid others. As of now, this option remains rare in court procedure. But that is not to say that it cannot be established as an option in other commercial courts in the future. If courts can mature into agile, focused dispute resolution centers for international commercial cases, the need for arbitration would likely decrease.

2. Special features in the conduct of commercial procedure

In commercial disputes, it is desirable to save time in the process and to identify the core issue in dispute at an early stage. Delays in business disputes often affect the ability to conduct one's business (such as when preliminary injunctions have been issued), thus potentially leading to a reduction in earnings. Litigation has long been regarded as slow and expensive with its lengthy hearings or, under common law, discovery procedure. By contrast, an important timesaving aspect in favor of arbitration is that the adjudication is final and subject to a limited scope of review.⁴³ However, as shown before, cases can also be handled quickly in the specialized courts divisions. If general courts could in the future also offer a quicker procedure, they could match another advantage of arbitration.

a) Adversarial vs. inquisitorial theory in fact-gathering: Discovery procedure

Common law and civil law systems offer widely different means to adversaries to understand what kind of relevant evidence is held by the other party that might influence the outcome of the case. Under common law, extensive pre-trial discovery can occupy the parties for a long time before the case actually goes into hearings (adversarial). This is different in civil law systems that do not practice

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Grosse*, The Future of Dispute Revolution: The More Things Change, The More They Really Don't, *Future of Law Conference*, *Saskatchewan Law Review* 2013, 76 (1), 213 (216).

⁴³ *Redfern/Hunter*, *International Arbitration*, 6th edition 2015, para. 1.04.

pre-trial discovery (inquisitorial or nonadversarial).⁴⁴ The kind of discovery procedure in international commercial disputes, adversarial or inquisitorial, also greatly influences the efficiency in time and cost. When the right to discovery was first introduced in the U.S. Federal Rules of Civil Procedure in 1938, these rules should allow the plaintiff to lay all the cards on the table and facilitate private settlement.⁴⁵ Today, however, full-scale discovery can cost millions of dollars in significant commercial litigation.⁴⁶ This is why corporations often favor the less formal arbitration process. However, a heavily minimized form of pre-trial discovery need not always best suit the dispute at hand: if applied to the right extent and to the right matter, the case could in the end benefit from a form of discovery procedure as applied in litigation in certain legal systems.

aa) Differences from a time- and detailed-evidence perspective

The differences between the adversarial and inquisitorial process will be shown by using the examples of the U.S. adversarial and the German inquisitorial model of fact-gathering in civil procedure: The U.S. judge's role is to hear the evidence, whereas the German judge actively gathers the evidence.⁴⁷ This mechanism can be exemplified by § 139 (1) *Zivilprozessordnung* (ZPO) (German Code of Civil Procedure) which gives the judge the right to ask questions (§ 139 (1) clause 1 and duty to work towards the parties sharing all relevant information in a timely

⁴⁴ In principle, both systems – the civil law system and the common law system – are “adversarial” in the sense that lawyers present the case and the arguments before the judge on behalf of their respective parties, whereas in a truly inquisitorial system, it would be the judge's role to investigate the case. However, with respect to the aspect of counsel's role in fact-gathering, it is well established in common law literature to distinguish between the “adversarial” common law and the “inquisitorial” Continental tradition (see the use of these terms as demonstrated in common law literature *e.g.*, *Rosenberg/Weinstein/Smit*, *Elements of civil procedure*, 2nd edition 1970, p. 11; *Malik*, *Reforming our civil justice*, *The Nation (AsiaNet)* 2018, 32 (225), para. 3; *Leitch*, *Coming off the Bench: Self-Represented Litigants, Judges and the Adversarial Process*, *The Advocates' Quarterly* 2017, 47 (3), 309 (317)). This is due to the fact that in the aspect of fact-gathering, the civil law system assigns judges a greater role. It is therefore rather an “inquisitorial” element within an “adversarial” system. Bearing this in mind, *John Langbein* even refers to this distinction as a “false conflict” (see *infra* fn. 47 at p. 841). In the following, the terms “adversarial” and “inquisitorial”, too, are used to describe only the aspect of fact-gathering, not the system as a whole.

⁴⁵ *Higginbotham*, *The Disappearing Trial and Why We Should Care*, *Rand Review*, 2004, available at: <<http://www.rand.org/publications/randreview/issues/summer2004/28.html>> (last consulted on 1 December 2018).

⁴⁶ *Spigelman*, *Commercial Litigation and Arbitration - New Challenges*, *Australian Construction Law Newsletter* 2007, 117, p. 11.

⁴⁷ *Langbein*, *The German Advantage in Civil Procedure*, *The University of Chicago Law Review* 1985, 52 (4), 823 (826).

manner and in completeness. This leads to a tremendous amount of pre-trial procedure by the parties in the U.S. model, the proportion of litigation time spent in discovery being around 43 % of the time spent on a case.⁴⁸ By contrast, the German model operates without a pre-trial procedure as such, and almost no discovery.⁴⁹ In the course of the hearing, the German court will hear the parties' positions and then know enough about the case to determine a sequence for examining witnesses.⁵⁰ The biggest advantage of the inquisitorial process is therefore the following: Apart from saving pre-trial process time and costs, it avoids expert evidence (the highest cost after legal fees) being duplicated and thus wasted if both parties investigate in the same way.⁵¹

Interestingly, courts with an adversarial process now encourage the use of single experts by guidelines and rules.⁵² This way, the adversarial system comes closer to the inquisitorial one, at least if the case permits this and where it is necessary from a time and cost perspective. However, the detailed and lengthy procedure of collecting evidence pre-trial under the adversarial approach also appears to give each party more control over the evidence gathering process, something that could be more attractive in international disputes where foreign litigants may fear bias of the court. In the above-cited survey, 78 % of the lawyers surveyed said discovery helped, and 21 % (mostly counsels who lost at trial) said it made no difference. Only 1 % said it was a hindrance.⁵³ This is why even the previously discussed specialized divisions cannot help parties avoid in-depth discovery and document review where it is needed to determine the facts of the case.⁵⁴ Thus, in more complex commercial cases in which the facts are controversial as is often the case in international commercial disputes, a discovery procedure in line with the customs of the adversarial system can be the better choice.

bb) Discovery procedure applied in arbitral proceedings

The scope and kind of civil discovery applied in arbitration entirely depends on the parties' discretion, either in laying out the rules of the procedure with the arbitrator in a preliminary hearing, or by adopting the rules of an institution.⁵⁵

⁴⁸ *Glaser*, Pretrial Discovery and the Adversary System, The Columbia Project 1968; *McKenna/Wiggins*, Empirical Research on Civil Discovery, Symposium Conference on Discovery Rules, Article 8, The Boston Law Review 1998, 39 (3), 785 (798).

⁴⁹ *Spigelman* (fn. 46), p. 11.

⁵⁰ *Langbein* (fn. 47), p. 828.

⁵¹ *Spigelman* (fn. 46), p. 10.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Glaser* (fn. 48), p. 112.

⁵⁴ *Maleske* (fn. 29).

⁵⁵ *Redfern/Hunter* (fn. 43), para. 6.41.

However, the less formal procedure conducted in arbitration in general shows parallels to the inquisitorial model in that the arbitrator can conduct inquiries into the facts.⁵⁶ Hence, if a cross-border commercial dispute goes to trial in a country in which the inquisitorial process is practiced, the procedure may not differ too much from arbitration.

However, this raises the question if this also depends on where the international dispute is arbitrated and what the culture of discovery is in the seat of arbitration or the institution.⁵⁷ Generally, the parties have the flexibility to choose the formality, the scope of discovery and any form of evidence in favor of resolving the dispute, regardless of the arbitrator's background, despite limiting rules of evidence.⁵⁸ For example, the Model Law as adopted in many proceedings, provides the broad power to "require the parties to produce documents, exhibits or other evidence", Art. 24(3), and to "determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered" under Art. 25(6).⁵⁹ Thus, these broad powers of arbitrators may be performed in line with the customs they are most familiar with, adversarial or inquisitorial.⁶⁰

In an attempt to harmonize discovery procedure in international commercial arbitration, the arbitration community has agreed upon certain principles in the "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration"⁶¹. These include the notion that the expansive American- or English-style discovery procedure is generally inappropriate in international arbitration but at the same time that some level of document production is necessary⁶² (for the reasons demonstrated above with respect to detailed evidence). Thus, if informality is important to corporations, they can so direct the proceedings to a more limited scope of discovery and do not need to consider

⁵⁶ See *e.g.*, Section 47 of the Arbitration Ordinance Cap. 609 in Hong Kong; Art. 25 ICC Rules; Art. 43 ICSID Convention; 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence.

⁵⁷ *Lew*, Chapter 1, Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence in *Giovannini/Mourre*, *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*, *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, Kluwer Law International 2009, 6, p. 11; *Trakman*, *Arbitration Options: Turning a Morass into a Panacea*, *University of New South Wales Law Journal* 2008, 31 (1), 292 (303).

⁵⁸ *Trakman* (fn. 57), p. 303.

⁵⁹ Model Law (fn. 3).

⁶⁰ *Lew* (fn. 57), p. 12.

⁶¹ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*, Arbitration Committee of the International Bar Association (1999).

⁶² *Ughi et al.*, *Commentary on the Revised Text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, International Bar Association 2000, p. 7.

what the common practice is in the seat of arbitration, as they would be advised to do when litigating.

b) Applying a timesaving approach to litigation

Litigation is beginning to apply timesaving measures to its processes and thus beginning to rival arbitration with respect to efficiency. The problem of delay has been addressed by those in charge, *e.g.*, through the Civil Justice Reforms in Hong Kong in 2009.⁶³ In an effort to enhance savings and time efficiency, courts are encouraged to fix time-tables and otherwise control the time the case ought to take, for instance.⁶⁴ This notion is a general phenomenon across various jurisdictions: Practices usually used in arbitration, such as the “chess clock system” (a time-management technique for complex commercial cases forcing parties to present only relevant and material evidence due to strict time limits⁶⁵) are now being established in litigation processes in Australian courts.⁶⁶ In this system, both parties agree on the time the case ought to take in trial in advance of a hearing. This imposes some form of discipline where the trial could otherwise incur costs that are disproportionate to the amount in dispute.⁶⁷ Since introducing this timesaving approach in 2007 through a “fast track list”, the Federal Court of Australia has reduced the average time for matters to 115 days, providing reasoning for the judgment within six weeks of the conclusion of the trial.⁶⁸ *E.g.*, a trademark infringement dispute that was heard in this list was scheduled to be held within six months, and in the end could be resolved within four months.⁶⁹ Hence, litigation here provides the same merits as arbitration in international commercial disputes.

⁶³ *Ali/Lee*, Lessons Learned from a Comparative Examination of Global Civil Justice Reforms, *International Journal of Law and Management* 2011, 53 (4), 262 (268).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Rivkin*, Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited, *Arbitration International* 2008, 24 (3), 375 (378).

⁶⁶ *Spigelman* (fn. 46), p. 10.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Rares*, The Significance of the Commercial Jurisdiction of the Federal Court of Australia, *Federal Judicial Scholarship* 2008, 23, para. 49.

⁶⁹ *Orr*, Australia: How To Reduce Litigation Costs – The Federal Court “Fast Track List”, 2008, available at: <<http://www.mondaq.com/australia/x/71422/trials+appeals+compensation/How+To+Reduce+Litigation+Costs+The+Federal+Court+Fast+Track+List>> (last consulted on 1 December 2018).

c) Summary judgment procedure under Order 14 RHC

Litigation does not just borrow from arbitration. Another important efficiency feature present in commercial litigation are summary judgments, *e.g.*, in Hong Kong under Order 14 Rules of the High Court (O 14 RHC).⁷⁰ These do not exist in arbitration. The purpose of summary judgments is to render judgment in favor of a plaintiff before trial where there is no defense to the claim.⁷¹ In its object similar to the chess-clock system, O 14 RHC thus provides a fast-track mechanism to judgment.⁷² After certain procedural steps (*i.e.*, filing notice of intention to defend, serving a statement of claim, and issuing a summons supported by an affidavit), the Hong Kong judges will test if the defense is “incredible, or almost incredible by reason of its inherent impossibility and its inconsistency.”⁷³ Thus, with O 14 RHC, litigation incorporates a major advantage to the plaintiff in letting it present the seriousness of the case in a time-efficient manner, which often leads to cases being settled quickly, comparable to its counterpart in arbitration, the chess-clock system.

3. Conclusion: Specialization of commercial matters

In conclusion, the effort in specializing the court system to meet the specific needs of international commercial cases has been successful to a certain point. What needs to be done to further develop this first stage of success is to match each attribute of commercial procedure with the right case, *e.g.*, through a classification scheme that does not only take into account the amount in dispute, but also the complexity of the case: More complex cases for larger values should be handled in courts with the more complex and lengthy discovery procedure of the adversarial system, whereas simpler cases should implement aids in saving time and cost, such as the chess-clock system or O 14 RHC. Linking each feature with the appropriate case similarly applies to arbitration where parties have the freedom to choose the rules of procedure as multi-million dollar disputes call for sufficient pre-trial discovery to obtain a fair hearing, even though the parties may have agreed on arbitration to speed up the process.

⁷⁰ Order 14 Rules of the High Court, Summary Judgment Cap. 4A.

⁷¹ *Cameron/Kelly*, Principles and Practice of Civil Procedure in Hong Kong, 2nd edition, 2009, p. 121.

⁷² *Allen*, Time to go Back to Basics?, The Hong Kong Lawyer, 2017, available at: <<http://www.hk-lawyer.org/content/time-go-back-basics>> (last consulted on 1 December 2018).

⁷³ See the test as laid out in *Ng Siu Kei v. Chong Mee Mee* (1999) 1 HKC 693 (CFI).

III. Conclusion: Efficiency in arbitration and litigation

Technology has increased the speed both of arbitration and litigation. However, the innovative methods to generate a speedy procedure were first incorporated in arbitral proceedings and then “borrowed” for litigation where they are of benefit and do not collide with the features on the other end of the spectrum that litigation must guarantee (*i.e.*, the right to a fair hearing, accuracy). Modern technologies which enhance dispute resolution (as exemplified by ODR), is therefore more closely linked to international arbitration as the more informal procedure and will in the future facilitate the process and make it even more attractive for international parties of commercial disputes. These developments exist and will follow in litigation over time, but it will take time to rid courts of the reputation of being stuffy halls with rooms drowning under file folders and devoid of electronics. The changes will only be able to appear and persist in those cases where the law and the facts are clear. This is seldom the case in the big international commercial disputes but implementation of these methods (*e.g.*, video-conferences) in major disputes is imaginable in the early stages of the procedure.

In addition, the increasing specialization of court divisions and the procedures applied in international commercial matters, expedite efficiency in court proceedings as well. As mentioned above, in order to decide whether this efficiency is on the same level as that of arbitration, one must consider each case on its own (whether it is a complex or a simple one). Nonetheless, the aspect of reaching finality of the decision after just one round of engagement that exists in arbitration but not litigation plays significantly into the efficiency in time and cost. As a result as of now, with respect to efficiency, arbitration is the more time-efficient procedure for disputes arising out of international commercial transactions, but if arbitral tribunals, on the one hand, continue to apply litigation features (like full-scale discovery), and courts, on the other hand, develop their case management according to arbitration, the balance could change with arbitration no longer dominating as the more efficient procedure in international commercial disputes.

C. Confidentiality

Citations of international commercial arbitration awards are especially rare.⁷⁴ This is because corporations involved in these transactions are often concerned about their trade secrets or faults being publicized and thus choose arbitration

⁷⁴ *Weidemaier*, Toward a Theory of Precedent in Arbitration, *William and Mary Law Review* 2010, 51 (5), 1895 (1895).

for the privacy with which it is conducted.⁷⁵ However, more and more critics demand transparency of arbitral awards, as they fear a decline in the development of the law which, in the common law world, heavily depends upon precedent. This raises several questions: Does the development of the law in this field need litigation to stay, and will these critics help it to do so? Will arbitration yield to its critics and become more transparent or will it remain a private procedure to the benefit of its clients?

I. Development of the law vs. party autonomy

The dispute concerns the challenge of allowing judges to use cases and develop the law under the doctrine of precedent, and respecting the parties' autonomy to shield these cases from the public eye. Judges across various jurisdictions fear that, due to the secrecy with which arbitration is conducted, areas of law once defined by judges (and especially so commercial law, as mentioned above) are not being developed by way of public judicial decisions anymore.⁷⁶ However, to this day, it seems that despite the confidentiality with which arbitration is conducted, plenty of law is still being made, as evidenced by the exponential growth of U.S. federal and state reporters.⁷⁷ This can be underscored by the fact that the common law continues to develop with a constant flood of cases over a wide area of jurisprudence.⁷⁸ Also, private parties have no obligations to finance the development of the commercial law.⁷⁹ And yet, it is ironical that private arbitration, which was created to make dispute resolution easier, is making it harder for counsels now, as they need to advise their clients that fewer and dated precedents are available to predict the outcome of their proceedings.⁸⁰ A further fear voiced by critics is that a privately paid arbitrator acting in a confidential proceeding is less likely to be neutral with big corporations as the repeat players

⁷⁵ See, e.g., ICC Rules of Arbitration Art. 22(3): "the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings (...) and may take measures for protecting trade secrets and confidential information".

⁷⁶ *Higginbotham*, The Present Plight of the United States District Courts, *Duke Law Journal* 2010, 60 (3), 745 (745); *Means*, What's So Great About a Trial Anyway? Two Judges' Perspectives on Trial by Jury, *Texas Wesleyan Law Review* 2006, 12 (2), 497 (513); *Thomas*, Developing Commercial Law Through the Courts: Rebalancing the Relationship Between the Courts and Arbitration, *The Bailii Lecture* 2016, 9 March 2016, p. 1.

⁷⁷ *Karamanian*, Courts and Arbitration: Reconciling the Public with the Private, *Arbitration Law Review* 2017, 9 (65), 1 (6).

⁷⁸ *Eder*, Does Arbitration stifle Development of the Law? Should s.69 be revitalised?, *Chartered Institute of Arbitrators, AGM Keynote Address*, 28 April 2016, p. 4.

⁷⁹ *Saville*, Reforms Will Threaten London's Place as a World Arbitration Centre, *The Times*, 28 April 2016.

⁸⁰ *Grosse* (fn. 42), p. 219.

of arbitration seeking their service, as they are not publicly accountable like a judge.⁸¹ Yet, this can be countered by referring to the parties' freedom to settle their disputes (which is a right they are entitled to⁸²), and the freedom to have these settled by whoever they please.⁸³ Denying parties this right would, in Sir *Bernard Eder's* words, be "to drive a coach and horses through the fundamental principle of party autonomy."⁸⁴

II. Public interest vs. right to confidentiality of dispute settlement

Another problem of confidential arbitration is the exclusion of the public. In a democratic society, the principle of open justice (*i.e.*, access to hearings and documents) has long been an individual right for two reasons: to monitor the decision-makers and to provide access to substantive information concerning the dispute.⁸⁵

1. Monitoring decision-makers for accountability

With confidentiality as one of its underlying principles, the AAA,⁸⁶ for instance, neither has a list of all the institutions identifying it as the administrator of their arbitrations nor does it offer a public register of its arbitrators, and it keeps information about proceedings private.⁸⁷ Thus, monitoring arbitrators and proceedings is not possible. No one other than the parties and their counsel knows what happens behind closed doors, and at worst, arbitration could devolve into a "legal free-for-all" on behalf of the arbitrator or the parties.⁸⁸ *E.g.*, businesses may escape accountability for criminal offenses, such as money laundering in international trade:⁸⁹ Arbitration may facilitate crime because, unlike litigation, it will not act on offenses that may accompany an international commercial dispute such as the use of money laundered by either of the parties.⁹⁰

⁸¹ *Means* (fn. 76), p. 519; *van Harten*, Investment Treaty Arbitration and Public Law, 2008, p. 4; *Higginbotham* (fn. 76), p. 753.

⁸² *E.g.*, under The UK Arbitration Act 1996 (c 23).

⁸³ *Karamanian* (fn. 77), p. 6.

⁸⁴ *Eder* (fn. 78), p. 4.

⁸⁵ *Resnik*, Diffusing Disputes, Yale Law Journal 2015, 124 (8), 2806 (2849).

⁸⁶ American Arbitration Association, available at: <www.adr.org> (last consulted on 1 December 2018).

⁸⁷ *Resnik* (fn. 85), p. 2849.

⁸⁸ *Silver-Greenberg/Gebeloff*, Arbitration, A 'Privatization of the Justice System', Beware of the Fine Print Part 2, The New York Times, 1 November 2015.

⁸⁹ *Silver-Greenberg/Gebeloff*, Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice, Beware of the Fine Print Part 1, The New York Times, 31 October 2015.

⁹⁰ *Jan/Haruna*, The Role of Arbitration in the Resolution of International Commercial Disputes, International Islamic University Malaysia (IIUM) Law Journal 2014, 22 (2), 265

However, arbitration is not unregulated and there are limits on how informal arbitration can be. Courts have struck down awards that have not met fundamental standards of justice (*e.g.*, due to corruption, partiality or serious misconduct).⁹¹ If these standards could not be provided in arbitration proceedings, the losing party has sufficient grounds to appeal. Also, courts are not detached from the arbitration process: Various arbitration agreements and awards are vetted by the courts and the judiciary is engaged in other aspects of the arbitration process not least because the tribunal depends on the court to give effect to interim measures in order to preserve evidence or protect assets.⁹² This imperative of justice in private procedures as well can be exemplified by the U.S. Consumer Due Process Protocol⁹³ which also commits the use of fundamental due-process protections in the arbitration process.⁹⁴ Thus, the courts' role in arbitration proceedings may be limited, though not too small to deny the parties justice.⁹⁵ The problem of arbitration shielding offenders of money laundering has already been approached: A general consensus has emerged among arbitrators that the problem of having to respect an otherwise valid and enforceable arbitration agreement (*pacta sunt servanda* principle) can give way to more powerful considerations, such as principles of international public policy⁹⁶ or giving precedence to the mandatory provisions of another law over the governing law of the contract.⁹⁷

2. Public receiving substantive information of the issue in dispute

The other reason for public insight in disputes is to obtain substantive information which is essential when individuals want to know their rights, as awards may be the only source for them to find out about a similar case that entitles them to a right to damages, for instance. Private proceedings reduce the court's potential to explain the law at the expense of reducing public

(293); *McDougall*, International Arbitration and Money Laundering, American University International Law Review 2005, 22 (5), 1021 (1022).

⁹¹ *Lipsky*, The New York Times' Attack on Arbitration, Dispute Resolution Magazine 2016, 22 (4), 6 (7).

⁹² *Karamanian* (fn. 77), p. 8; *Redfern/Hunter* (fn. 43), para. 7.14.

⁹³ *Consumer Due Process Protocol*, The National Consumer Disputes Advisory Committee, 1998.

⁹⁴ *Lipsky* (fn. 91), p. 8.

⁹⁵ *Freeman Jalet*, Judicial Review of Arbitration, The Judicial Attitude, Cornell Law Review 1960, 45 (3), 519 (556).

⁹⁶ See for example *Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SDRP Holding Company Ltd* [1999] APP.L.R. 05/12.

⁹⁷ *Rogers*, Transparency in International Commercial Arbitration, Kansas Law Review 2006, 54 (5), 1301 (1332).

understanding of the law and encouraging public debate over its application.⁹⁸ The public's interest in these explanations is reasonable, but it is important to determine the degree of transparency it would require to provide such transparency: It would need information about the matter in dispute itself, the facts and the law, not however facts about the procedure and private information of the parties (commercial secrets or business strategies). These, the parties have every right to protect and could not help the public define its rights.

III. Generating more transparency: Practical proposals

Due to the issues raised, there have been practical suggestions on how to generate more transparency in international commercial arbitration.

1. Publication of arbitral awards in anonymized form

One proposal is to introduce mandatory transparency reforms which make it compulsory to publish awards in anonymized form based on a presumption in favor of publication that can only be overcome by objection.⁹⁹ "Anonymous" actually means pseudonymization of the information and could mean to leave out business secrets like salaries and sales figures with the goal to stop parallel developments in the law in back-rooms.¹⁰⁰ A model for such published awards is provided by the ICSID¹⁰¹ tribunals which publish reasoned awards and their explanations.¹⁰² Art. 48(5) of the ICSID Convention even allows one party to unilaterally publish the award if the other does not consent.¹⁰³

2. Accessibility of arbitral awards by disclosure obligations

Another approach is to promote disclosure of reasoned, accessible awards so that interested parties have access to information to make strategic choices. It is not necessary to disclose how information is handled by institutions. This would

⁹⁸ *Thomas* (fn. 76), p. 5; *Smith/Moyé*, Outsourcing American Civil Justice: Mandatory Arbitration Clauses in Consumer and Employment Contracts, *Texas Tech Law Review* 2012, 44 (2), 282 (297).

⁹⁹ *Byys*, The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration, *The American Review of International Arbitration* 2003, 14, 121 (121); to some extent: *Thomas* (fn. 76); *Carbonneau*, Rendering Arbitral Awards with Reasons, *Columbia Journal of Transnational Law* 1985, 23 (3), 597 (581).

¹⁰⁰ *Hielscher/Kroker/Haerder/Henrich*, *Justitia verzieht sich ins Hinterzimmer* (translation: "Justitia retreating to the back-room"), *Wirtschaftswoche*, 3 May 2015.

¹⁰¹ See International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) available at: <<https://icsid.worldbank.org>> (last consulted on 1 December 2018).

¹⁰² *Weidemaier* (fn. 74), p. 1895.

¹⁰³ See *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States* (The Washington Convention), International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) 17 UST 1270, TIAS 6090, 575 UNTS 159 (14 Oct 1966).

be the more effective solution to achieve more transparency while protecting the right to privacy.¹⁰⁴

3. Discussion of practical proposals (publication or disclosure)

Public pressure has driven proposals for more transparency. Unfortunately, the ICSID publication model cited by those in favor of mandatory transparency reforms does not transfer to international commercial arbitration: Although investment disputes use the institutions of international commercial arbitration, they are different in that they involve states and thus greater public interest.¹⁰⁵ International commercial disputes, however, are private disputes and - in the field of business to business relations - between equal parties.¹⁰⁶ Besides, in the practical implementation of publishing awards, it would be an issue in itself to determine which cases involve sufficient public interest.¹⁰⁷

Commercial parties may choose international arbitration mostly out of fear of bias from the national courts, which calls for a stable body of legal principles and thus transparency reforms.¹⁰⁸ But the international arbitration community already strives towards greater transparency, with a “loyal opposition from within”¹⁰⁹ aiming to enhance the system. International commercial arbitration awards are already being published voluntarily more frequently.¹¹⁰ This is due to major driving factors, like competition among the arbitration institutions to provide the best body of rules incorporating clarity and transparency.¹¹¹ However, the new players in the field of international commercial arbitration have pushed for greater transparency and access to past awards as well, with the market for legal services in this field gradually expanding because it used to be dominated by an elite group who learned from their own past arbitrations (so that lawyers new in the field could not get access to information).¹¹² This is why defendants of the idea of mandatory award publications also want to generate

¹⁰⁴ *Rogers* (fn. 97), p. 1337; *Weidemaier* (fn. 74), p. 1895.

¹⁰⁵ *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD)*, *Dispute Settlement International Commercial Arbitration*, 2005, available at: <http://unctad.org/en/Docs/edmmisc232add38_en.pdf> (last consulted on 1 December 2018).

¹⁰⁶ *Rogers* (fn. 97), p. 1318.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Carbonneau* (fn. 99), p. 604.

¹⁰⁹ *Buxbaum*, *Introduction*, *International Tax and Business Lawyer* 1986, 4 (2), 205 (206).

¹¹⁰ *Gruner*, *Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform*, *Columbia Journal of Transnational Law* 2003, 41 (1), 923 (959).

¹¹¹ *Rogers* (fn. 97), p. 1313.

¹¹² *Weidemaier* (fn. 74), p. 1895.

consistency by reference to former awards (*stare decisis*)¹¹³ and protect lawyers from the fate of realizing that the arguments they have presented have already been decided in previous awards.¹¹⁴ But these reforms only work so far as it is acknowledged that arbitrators cannot create precedent the way judges can, with the awards neither determining the outcome of future disputes nor constraining the discretion of future arbitrators.¹¹⁵ This notwithstanding, it does shape the lawyers' argumentation and foreshadows the direction a dispute may take.¹¹⁶

However, this can be achieved with disclosure obligations all the same because reference to former awards concerns substantial information about the case, not the way it was administered. Nonetheless, proponents of publication argue that confidentiality in international commercial arbitration is overrated in any event since knowledge of current disputes spreads in the market anyway.¹¹⁷ There is a need to differentiate, however: Parties have a right to decide when to release their information to the public and especially so where the dispute is of no help to the legal advisors in future disputes (*i.e.*, where the dispute is solely a question of the law).¹¹⁸ Forcing parties to publish the awards would then come at a high cost. Furthermore, the implementation of mandatory transparency reforms would require drastic measures as they would have to be implemented on the international level (or else parties opposing to reforms could just avoid those institutions that do not command transparency) and call for a complete change in the nature of the arbitration system.¹¹⁹ The same objective, greater transparency, can be achieved with disclosure obligations of substantive information and in a more efficient way as it simply pursues the path the development is already taking.

¹¹³ See for example *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* (1985) 473 U.S. 614 (No. 83-1569) in which *James S. Campbell* and *Andrew N. Vollmer* provided briefs on behalf of the ICC as *amici curiae* and cited cases that had been previously decided by the ICC in a similar way.

¹¹⁴ See for example an incident in which this happened as cited in *Tait*, When an Investment becomes an Argument, International Arbitration, Financial Times, London (UK), 16 February 2006.

¹¹⁵ *Weidemaier* (fn. 74), p. 1896.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Thomas* (fn. 76), p. 14.

¹¹⁸ *Weidemaier* (fn. 74), p. 1895.

¹¹⁹ *Rogers* (fn. 97), p. 1303.

4. Conclusion: Confidentiality in cross-border arbitration

It is interesting that by itself, arbitration as the dispute resolution method that followed litigation¹²⁰ tries to incorporate principles that are inherent parts of justice that judges must respect when reaching a decision, such as *stare decisis*. From the developments discussed above,¹²¹ one can conclude that arbitration will become more transparent in the future and that the courts are still sufficiently involved to generate justice and discuss the complex questions of commercial law. Therefore, litigation does not constitute an absolute value in itself to ensure precedent and international commercial law thus developed - the disclosure of substantive information, albeit not substituting judgments, provides those elements of transparency (a means of marking decision-makers' words, enabling counsels to research previous awards, give the public an insight to their rights through cases) that are necessary and sufficient and suit arbitration.

IV. Protecting Confidential Information in Litigation

A different question which does not concern the development of arbitration with respect to critics of its transparency, is whether there are promising initiatives in litigation to match the confidentiality inherent in arbitration. At present, there have been several proposals to protect sensitive information in international commercial litigation. For example, in exceptional cases when confidential information is involved and publicity would damage that information, the court can conduct hearings in private.¹²² This, however, is only the option of last resort.¹²³ Other less extreme measures like restricting confidentiality to a specific circle ("confidentiality clubs"), or issuing an injunction to prohibit the other party from using confidential information are still in conflict with the general approach in court proceedings of imposing only the minimum possible interference with

¹²⁰ *Abi-Saab*, International Adjudication and Arbitration - The International Judicial Function, UN Lecture Series, 30 June 2008 (00:10:45-00:12:01), available at: <http://legal.un.org/avl/ls/Abi-Saab_CT.html> (last consulted on 1 December 2018) ("The Alabama Arbitration held in 1871 in Geneva marks the beginning of arbitration as we know it").

¹²¹ See for example **C. III. 3.** increased voluntary publication of awards and **C. III. 1.** and **2.** transparency initiatives.

¹²² See *England and Wales High Court (Patents Court), Smith & Nephew Plc v. Convatec Technologies Inc* [2014] EWHC 146, para. 7.

¹²³ *Toutoungi, et al.*, Keeping it confidential: Pursuing litigation where industrial secrets are at risk of disclosure; Eversheds diversified industrials e-briefing, 2014, available at: <https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Industrial_engineering/Keeping_it_confidential_pursuing_litigation_where_secrets_are_at_risk_140624> (last consulted on 1 December 2018).

the principle of open justice.¹²⁴ These measures are therefore still alien to the system of litigation and will need greater acceptance and fine-tuning in order to match the much favored aspect of confidentiality in arbitral proceedings.

D. Enforcement

This paper will now turn to a final aspect to assess if litigation has a future in the resolution of international commercial disputes. It is likely the most important one: A winning party's moral victory will only translate into a material value, if the party can enforce the decision.¹²⁵ If enforcement of foreign judgments is not possible or made inordinately difficult, any other feature of litigation that made it attractive in the eyes of the parties will become irrelevant, particularly so if arbitral awards are easily enforceable. This will be explored below.

I. Enforcing a foreign judgment

Enforcement of a foreign judgment means a winning litigant requests that a court which did not render the judgment enforces it against the judgment debtor as if it were that of the receiving court.¹²⁶ As the example of Hong Kong which is a popular hub for international commercial dispute resolution and as a place to hold assets¹²⁷ will show, enforcement may be relatively easy or more difficult as the later examples exhibit.

1. Legal framework in Hong Kong

a) Domestic rules or common law

Foreign judgments in Hong Kong are either enforced through the statutory regime or under common law. Under Cap. 319,¹²⁸ a judgment creditor with a final and conclusive money judgment obtained from a superior court of a country designated under Cap. 319 as having jurisdiction under Hong Kong rules can apply to Hong Kong's Court of First Instance to register that judgment;¹²⁹ it will

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 65 at 4.1.

¹²⁶ *Johnston/Harris*, *The Conflict of Laws in Hong Kong*, 3rd edition, 2017, para. 9.001.

¹²⁷ *Hong Kong Trade Development Council, HKTDC Research*, Legal Services Industry in Hong Kong, 12 July 2019, available at: <<http://hong-kong-economy-research.hktdc.com/business-news/article/Hong-Kong-Industry-Profiles/Legal-Services-Industry-in-Hong-Kong/hkip/en/1/1X000000/1X003UYK.htm>> (last consulted on 11 August 2019).

¹²⁸ Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Ordinance Cap. 319.

¹²⁹ *Lau*, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Hong Kong and the Hague Conference's proposed Convention, 2016, available at: <<http://www.deacons.com.hk/news-and-insights/publications/recognition-and->

then have the same force as a Hong Kong judgment even if it were to contain mistakes.¹³⁰ While Annex of Cap. 319 lists fifteen countries, these do not include the People's Republic of China (PRC). PRC judgments are enforced under a separate bipartite agreement, implemented in Hong Kong as Cap. 597,¹³¹ if additional requirements are satisfied, including a choice of court agreement in favor of the Mainland.¹³² If a judgment was obtained in any country other than the PRC or the fifteen countries listed in Cap. 319, it can only be enforced by reference to the common law. Similarly to Cap. 319, this requires the judgment to be issued by a court of competent jurisdiction, it must be for a definite sum of money, and it must be final and conclusive.¹³³ Thus, enforcement of foreign civil judgments from any court in the world is, in principle, possible in Hong Kong and can be regarded as rather simple.¹³⁴

b) Grounds for refusal: Excursus on finality of PRC judgments

However, enforcement is not automatic in Hong Kong and there are several grounds for refusal (or in the case of common law - defenses) to enforce foreign judgments in Hong Kong, in particular, if the requirements set out above are not met: lack of finality or of a judgment for a definite sum of money; the foreign court not having jurisdiction; failure of due process; or if the judgment was procured by fraud.¹³⁵ The most notable issue in Hong Kong has been the finality (or lack thereof) of PRC judgments and shall serve as an example here that there are no safe havens for enforcements, even in a sympathetic jurisdiction as Hong Kong:¹³⁶ Under PRC law, any judgment can be reopened for review if one of the litigants or the People's Procuratorate so requests, if that judgment has already taken legal effect and has been found to be erroneous concerning the facts or the law.¹³⁷ Although this power under the so-called trial supervision procedure is seldom exercised,¹³⁸ Hong Kong courts will consider it and not enforce a PRC

enforcement-of-foreign-judgments-hague-conferences-proposed-convention.html>
(last consulted on 1 December 2018).

¹³⁰ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 80 at 4.56.

¹³¹ Mainland Judgments (Reciprocal Enforcement) Ordinance Cap. 597.

¹³² *Lau* (fn. 129).

¹³³ *Smart*, Finality and the Enforcement of Foreign Judgments under the Common Law in Hong Kong, Oxford University Commonwealth Law Journal 2005, 5 (2), 301 (302).

¹³⁴ *Johnston*, The Conflict of Laws in Hong Kong, 3rd edition, 2017, para. 9.005.

¹³⁵ Cap. 319 Art. 6(1)(a) (i), (ii), (iii) and (iv).

¹³⁶ See for example *Supreme Court of Hong Kong, Chiyu Banking Corp v Chan Tin Kwun* (1996) 2 HKLR 395 which lacked finality in the eyes of the court because it was possible for the case to be retried.

¹³⁷ *Smart* (fn. 133), p. 304; .

¹³⁸ *Gibb*, China Mainland - Forum non conveniens?, The Hong Kong Lawyer 2011, p. 7.

decision if it can still be altered by the court which issued it.¹³⁹ A judgment that can be appealed can still be final and conclusive,¹⁴⁰ however in the trial supervision procedure, the Procuratorate can order the same court to hear the case.¹⁴¹ Consequently, under Hong Kong law, the supervision procedure prevents a judgment from qualifying as final. Although Cap. 597 s 6 lays out certain circumstances in which Mainland judgments shall be regarded as final and conclusive, these are limited and Cap 597's scope is still narrow with its applying only to exclusive jurisdiction clauses in favor of the Mainland and commercial transactions between businesses.¹⁴² Thus, even with Cap. 597 directly addressing the issue of finality, enforcements of PRC judgments remain difficult.¹⁴³ Since Mainland law itself does not regard these judgments as final and conclusive, it becomes even harder for the judgment creditor to prove that they are.¹⁴⁴

It seems that Hong Kong is applying a test to PRC judgments that it would not have to apply. Hong Kong courts in fact have two options: They can deny finality on the basis of the supervision procedure, or they can determine for each judgment whether it was final and conclusive "depending upon the circumstances pertaining to that judgment."¹⁴⁵ Other common law jurisdictions have adopted the second test and regard judgments as final until the original decision is set aside.¹⁴⁶ This can be underscored with comparison to the other grounds for refusal: As a consequence of the obligation theory (acknowledging the need to make the defendant's assets accessible when a judgment against him was rightfully obtained in a foreign court),¹⁴⁷ it is well-recognized that the

¹³⁹ See *Nouvion v Freeman* (1889) 15 App Cas 1 (HI).

¹⁴⁰ *Ibid*, 9 and *Nintendo of America v Bung Enterprises Ltd* (2000) 2 HKC 629.

¹⁴¹ *Smart* (fn. 133), p. 304.

¹⁴² *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 86 at 4.76.

¹⁴³ See *HKSAR Court of First Instance, 佛山市順德區金鳳製衣有限公司 ("Foshan Shunde Jinfeng Garment Co., Ltd.") v. First Dragon Fashion (Hong Kong) Limited* (2010) CWU No. 41 in which judge *To J* held that the Mainland judgment could not be enforced under Cap. 597 because it lacked finality.

¹⁴⁴ *Lin*, *Vulnerable Justice: Finality of Civil Judgments in China*, *Columbia Journal of Asian Law* 1999, 13 (1), 35 (35).

¹⁴⁵ See *Cheung Ja in Lee Yan Wing v. Lee Shui Kwan* (2007) 2 HKLRD 749 in which the plaintiff tried to prove that the judiciary's interpretations in the PRC developed towards restricting the trial supervision procedure.

¹⁴⁶ See for example the Canadian approach in *Boyle v. Victoria Yukon Trading Co.* (1902) 9 BCR 213 (SC) and an English court on finality in *Vanquelin v. Bouard* (1863) 15 CBNS 341, 367-368.

¹⁴⁷ See the principle of obligation to enforce foreign judgments that were rightfully obtained in a court of competent jurisdiction as laid out by *Blackburn J in Schibbsy v. Westenholz* (1870) LR 6 QB 155, 159.

grounds for refusal (or defenses) should maintain a high threshold. For instance, the judgment debtor has to provide cogent evidence for lack of due process.¹⁴⁸ In order to create consistency with the other grounds for refusal, finality could be assumed by the courts unless proven that the Procuratorate or a litigant has requested a retrial. Although, in theory, the Procuratorate can do so at any time in the future (and the litigant within two years),¹⁴⁹ it is problematic that Hong Kong, rather than testing if it is indeed being requested, automatically assumes lack of finality. This could create the impression that Hong Kong is actually expressing disregard for PRC procedure and considers the local system as superior to that of the PRC. This, however, would violate the principle of comity.¹⁵⁰ Lack of finality thus should be assumed only in those cases where there is a risk that the decision will be altered. Although this has been attempted in a case which interpreted finality with regard to PRC judgments as the decision being “unalterable voluntarily by the court making it,”¹⁵¹ (thus understanding the supervision procedure more like “just another avenue of appeal”¹⁵² than one of protest), without an authoritative ruling on this matter, the question whether such an interpretation could have a future remains uncertain. Thus, even in the model enforcement scheme of Hong Kong, this shows that enforcement problems exist.

2. Comparison: Rules of enforcement in other jurisdictions

An international comparison will show why the enforceability of foreign judgments is generally perceived as, and is, unpredictable. Uncertainty, however, is a drawback in litigating international commercial disputes. In contrast to Hong Kong’s general openness towards judgments obtained abroad, the high threshold maintained in the U.S., for example, can require the judgment creditor to show that the assertion of jurisdiction was appropriate under applicable foreign law, or under both applicable foreign and domestic law.¹⁵³ Under common law, a court

¹⁴⁸ See, e.g., *Xinjiang Xingmei Oil Pipeline Co Ltd v. China Petroleum & Chemical Corp* (2005) HKCFI 63 in which it was held to be insufficient that two Mainland parties made allegations of a “culture” favoring state-owned enterprises.

¹⁴⁹ *Smart* (fn. 133), p. 306.

¹⁵⁰ Deputy High Court Judge *Poon* on Hong Kong judges breaching the principle of comity in Chambers in *New Link Consultants v. Air China et. al.* (2001) HCA515, 96; for the definition of comity see *Anthony Chan J* as laid out in *Sea Powerful II Special Maritime Enterprises (ENE) v. Bank of China Ltd* (2016) HKEC 90,132: “This is an exercise in the fulfillment of which judges ought to be comrades in arms”.

¹⁵¹ *To J* in *Bank of China v. Yang Fan* (2016) 3 HKLRD 7, 36.

¹⁵² *Ibid*, p. 56.

¹⁵³ *Monestier*, Whose Law of Personal Jurisdiction? The Choice of Law Problem in the Recognition of Foreign Judgments, *Boston Law Review* 2016, 96 (5), 1729 (1732).

may not only take into account its own laws for submission to the jurisdiction but also those of the foreign court, although the degree depends on the facts¹⁵⁴ which may produce a more just outcome but comes with further uncertainty whether the foreign court had jurisdiction and the decision is enforceable.

Other jurisdictions evidence other types of enforcement problems: China and Japan, for example, politicize the process as they create a deadlock of enforcement to each other's judgments with both systems based on the principle of reciprocity.¹⁵⁵ Russian courts have nearly unlimited discretion in enforcement decisions due to the Russian enforcement regime being based on the principles of comity and international reciprocity¹⁵⁶ if the judgment was issued in one of the many countries with which Russia has not concluded a treaty.¹⁵⁷ Based on the political influence on these principles, the Russian enforcement practice is often unpredictable (in 2015 and 2016, only 67 % of those decisions falling within this regime were successfully enforced in Russia).¹⁵⁸ And finally, Chinese courts take the liberty of ignoring the parties' choice of exclusive jurisdiction clauses and instead review the foreign court's jurisdiction based on China's own conflict of law rules (often concluding that the foreign court did not have jurisdiction and as a consequence refusing enforcement¹⁵⁹). This punishes parties who had the sage foresight to agree on a jurisdictional clause and denies party autonomy. These selective examples demonstrate that a wide variety of blocks to enforcement exist in many jurisdictions - even or especially so in the major economic powers, U.S.A., China, and Russia.

3. Potential of the Hague Convention in addressing these issues

Currently, enforcement of foreign judgments is indeed unpredictable and thus this uncertainty represents a major disadvantage to international commercial

¹⁵⁴ See, e.g., Lord Collins in *Rubin v. Eurofinance SA* (2013) 1 AC 236 and *Vizcaya Partners v. Picard* (2016) UKPC 5.

¹⁵⁵ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 69 at 4.19.

¹⁵⁶ As established in the ruling of the *Supreme Court of Russia* of 7 June 2002 № 5-Г02-64: "lack of international treaty cannot be cited as grounds for refusal" and "enforcement can be granted on the basis of reciprocity".

¹⁵⁷ *Mosgo/Shamatonov*, *Litigation and Enforcement in the Russian Federation: Overview*, Thomson Reuters, Practical Law, 1 July 2017, available at: <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I2030a0321cb611e38578f7c3c38dcbee/View/FullText.html?transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)&comp=pluk&navId=C380755DBA78BCA50FB1ED389AD834BC](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I2030a0321cb611e38578f7c3c38dcbee/View/FullText.html?transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)&comp=pluk&navId=C380755DBA78BCA50FB1ED389AD834BC)> (last consulted on 11 August 2019).

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ *Tang*, *Effectiveness of Exclusive Jurisdiction Clauses in the Chinese Courts - A Pragmatic Study*, *International and Comparative Law Quarterly* 2012, 61 (2), 458 (459).

disputes. It appears there are two grounds for this: (1) the fact that courts favor and more highly esteem their own domestic laws (as demonstrated by Hong Kong's issues with finality of PRC judgments, or the PRC courts' attitude towards choice of court agreements) and (2) the fact that there is no international consensus to resolve the situation. This will be explored in detail below.

In 1971, the Hague Conference on Private International law sought to achieve a uniform enforcement regime through the Convention on Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial matters.¹⁶⁰ While the convention contains a clear road map for enforcing judgments issued abroad (not unlike Hong Kong law), it failed at unifying the international community: Only five signatories (Albania, Cyprus, Kuwait, Portugal and the Netherlands) acceded to it (while these were not the world's main industrial nations) and it has no effect as the required supplementary bilateral agreements between the parties were never made.¹⁶¹ Having been issued 46 years ago, it is unlikely that there will be future progress on this matter.

On June 30, 2005, however, the Hague Convention on Choice of Court Agreements ("Convention") was promulgated to regulate enforcement with respect to exclusive jurisdiction clauses in international civil or commercial matters.¹⁶² The hope was that this would now lead to a uniform enforcement regime encouraging international trade.¹⁶³ The Convention provides that the chosen court must act if the choice of court agreement is valid, Art. 5(1), that a non-chosen court must dismiss the proceedings if they have been commenced, Art. 6, and that a judgment issued by a court of a Contracting State designated in an exclusive jurisdiction clause shall be recognized and enforced in other Contracting States, Art. 8(1). However, to date only the EU (except Denmark), Mexico and Singapore are contracting parties, and China, Montenegro, Ukraine and the U.S. have signed but not ratified the Convention.¹⁶⁴ As the Convention's

¹⁶⁰ *The Hague Convention on Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, Hague Conference on Private International Law (The Hague, 1971).

¹⁶¹ *Regan*, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments - A Second Attempt in the Hague?, *Richmond Journal of Global Law and Business* 2015, 14 (1), 63 (65).

¹⁶² *The Hague Convention on Choice of Court Agreements* (The Hague Convention) Hague Conference on Private International Law (The Hague, 2005) Art. 1(1) and (2) (hereinafter: The Hague Convention).

¹⁶³ *Spigelman*, The Hague Choice of Court Convention and International Commercial Litigation, *Judicial Review* 2010, 9 (4), 389 (392).

¹⁶⁴ HCCH Hague Conference/ Conférence de La Haye (Hague Conference on Private International Law) *Status Table Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, available at: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=98>> (last consulted on 1 December 2018).

potential positive effect critically depends on widespread international acceptance,¹⁶⁵ it will remain ineffective despite its objectives, with the major international players (*i.e.*, PRC, Russia and the U.S.) reluctant to fully adopt it.

But why is there such reluctance to accede to the Convention? It seems that governments take the view that the diversity of legal cultures and courts are manifestations of national sovereignty, and would therefore rather jeopardize the promotion of international economic well-being than to defer to the judgments of the courts of other nations.¹⁶⁶ By contrast, in Continental Europe, legal regimes seem to be more homogenous, which explains perhaps the success of achieving regional consensus on enforcement under the Brussels Convention¹⁶⁷ (implemented in the Brussels Ia Regulation¹⁶⁸). And yet, the Convention already puts a greater emphasis on the parties' agreements than on the judgments that make up the content in the Convention that states presumably perceive as interfering with their sovereignty.¹⁶⁹ In theory, this should make it easier to enforce a judgment issued by a jurisdiction on which the parties expressly agreed, thereby taking away the receiving court's pressure of scrutiny¹⁷⁰ - technically speaking, the focus on party autonomy as expressed in a choice of court agreement is virtually the same as that expressed in an arbitration clause, yet other than the former, the latter is accepted almost worldwide by the 158 Contracting States of the above mentioned New York Convention that will be discussed in more detail below.¹⁷¹

However, even in the U.S., for example, where legal diversity is not as apparent, the Uniform Monetary Act¹⁷² which provides an enforcement scheme of foreign (non-U.S.) judgments in an attempt to harmonize the enforcement procedure within the nation in line with the principles set forth in the *U.S. Supreme Court*

¹⁶⁵ *Woodward*, Saving the Hague Choice of Court Convention, *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2014, 29 (3), 657 (657).

¹⁶⁶ *Spigelman* (fn. 163), p. 401.

¹⁶⁷ The Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Brussels, 1968), "The Brussels Convention".

¹⁶⁸ Regulation No. 1215/2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Recast).

¹⁶⁹ As was the case in the Hague Convention 1971, *Woodward* (fn. 165), p. 662.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Spigelman* (fn. 163), p. 396.

¹⁷² Uniform Foreign Country Money Judgments Recognition Act 1962, 13 pt. II U.L.A. 44 (Supp. 2013).

case *Hilton v. Guyot*,¹⁷³ this Act has not been adopted by all U.S. States.¹⁷⁴ If it is this hard of a task on the U.S. intrastate level to yield to a sister state's law and agree on a uniform enforcement scheme, it seems almost impossible to do so on a global scale. Although, in its substance, the Convention thus has potential to reach international accord, it is likely to remain ineffective if countries feel coerced into complying with extraterritorial judicial power.

II. Enforcing arbitral awards

Unlike mediation in which the process aims to produce a result acceptable to both parties, at the end of an arbitration proceeding, there is a 'winner' and a 'loser'.¹⁷⁵ As in the enforcement of cross-border litigation, arbitral awards must be enforced so that the 'winner' can give effect to the award. The picture that presents itself with respect to the enforcement of arbitral awards is, however, starkly different.

1. The New York Convention

The New York Convention provides a guarantee for enforcement of foreign awards to contracting states (subject to limited grounds for refusal and without review of the merits),¹⁷⁶ allowing states that accede to it to make reservations of reciprocity and commercial relationships.¹⁷⁷ It also unifies the enforcement regime in that it greatly overlaps with Art. 35 and 36 of the Model Law which many countries have adopted substantially.¹⁷⁸

Hong Kong provides a good example of the ease with which arbitral awards can be enforced when a country is a signatory. Under Arbitration Ordinance Cap. 609, Hong Kong sets out its general approach that arbitral awards from any country in the world can be enforced.¹⁷⁹ Hong Kong then divides the field into three categories, namely the category of domestic (Hong Kong) or Macao awards

¹⁷³ *Edelman/Jura/Loza/Bach*, Enforcement of Foreign Judgments, Getting the Deal Through, 2018, available at: <<https://gettingthedealthrough.com/area/46/jurisdiction/23/enforcement-foreign-judgments-2018-united-states/>> (last consulted on 1 December 2018).

¹⁷⁴ *Coyle*, Rethinking Judgments Reciprocity, North Carolina Law Review 2014, 92 (4), 1109 (1155).

¹⁷⁵ *Redfern/Hunter* (fn. 43), para. 11.03.

¹⁷⁶ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 88 at 4.84.

¹⁷⁷ *Redfern/Hunter* (fn. 43), para. 11.43.

¹⁷⁸ e.g., Hong Kong see *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 89 at 4.87; *UNCITRAL*, Model Law on International Commercial Arbitration, 2008, available at: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf> (last consulted on 1 December 2018).

¹⁷⁹ See Arbitration Ordinance (fn. 56), Cap. 609.

as well as awards from countries that are non-signatories to the New York Convention (*Division 1*), awards from one of the 158 New York Convention signatories (*Division 2*), and finally awards from the Mainland (*Division 3*).¹⁸⁰ However, *Division 1* is the least relevant as non-signatories are so few and unlikely to be chosen as a seat of arbitration.¹⁸¹ The enforcement is considered to be an easy and predictable process and the divisional allocation described shows Hong Kong's clear commitment to the convention and its persuasive acceptance among nation states is likely the main reason for this.

2. Grounds for refusal and non-enforcement in practice

The New York Convention contains an exhaustive list of five grounds for refusal:¹⁸² incapacity or invalid arbitration clause, lack of due process, jurisdictional issues, composition of tribunal not in accordance with arbitration agreement, award suspended or set aside. In addition, the court has the discretion to invoke two grounds relating to public policy.¹⁸³ It seems that these public policy grounds - undefined and inherently subject to interpretation by the court - could lead to similar issues as those encountered in the refusal to enforce foreign judgments with the wider discretion and, indeed, these grounds are the basis of most litigation arising out of the enforcement of awards.¹⁸⁴

Furthermore, in Art. 5(1)(a), the New York Convention provides that the law of the arbitration *situs* shall apply if the parties fail to agree on applicable law. This has led to some countries refusing enforcement of awards held to be contrary to the values of the forum.¹⁸⁵ However, it is well-recognized that this requires a high threshold, and most countries have adopted a non-intrusive approach in line with the "pro-enforcement-bias" of the New York Convention.¹⁸⁶ U.S. courts even enforced an award in favor of Iran although U.S. public policy prohibits support of a "state enemy".¹⁸⁷

¹⁸⁰ *Johnston/Harris* (fn. 126), para. 10.041.

¹⁸¹ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 89 at 4.85 and 4.86.

¹⁸² Section 86 to section 98 Arbitration Ordinance (fn. 56) Cap. 609; Art. V New York Convention.

¹⁸³ *Redfern/Hunter* (fn. 43), para. 11.58.

¹⁸⁴ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 90 at 4.87.

¹⁸⁵ *Schur*, Keeping Dispute Resolution Costs Smaller than Your Small Businesses, *Loyola University of Chicago International Law Review* 2016, 14 (1), 73 (81).

¹⁸⁶ See for example *MGM Productions Group Inc. v. Aeroflot Russian Airlines* WL 234871 (2nd Cir. 2004), at 3 in which the court held that "Courts construe the public policy limitation in the Convention very narrowly".

¹⁸⁷ *Schur* (fn. 185), p. 83.

Most importantly though, even if the court finds that a ground for refusal exists, it has no obligation to refuse enforcement.¹⁸⁸ As the objective is to uphold the integrity of the arbitration process under all circumstances, the party that raised grounds for refusal unsuccessfully also has to carry indemnity costs.¹⁸⁹ Thus, refusal to enforce awards will remain rare and reserved for extreme cases. Awards can be and are apparently enforced globally with great ease.

III. Conclusion: Enforcing foreign judgments vs. arbitral awards

All things considered, as between the enforcement of foreign judgments versus those obtained in an arbitration, the latter is the clear ‘winner’ thanks to the existence and widespread acceptance of the New York Convention which provides in Art. 3 that the enforcement of a foreign award shall be no harder than that of a domestic one.¹⁹⁰ There is simply no comparable effective international instrument for the enforcement of foreign judgments and also the Convention cannot (yet) match the advantages of the New York Convention.

It could be argued that the success in enforcing arbitration awards is based on courts’ hesitation to contravene the parties’ will expressed in the arbitration agreement, and the party autonomy should be equally honored in litigation if and when parties have agreed on exclusive jurisdiction clauses. But with the majority of states still putting their national sovereignty above such choice in the context of enforcing litigation awards, and courts being readier to impose their own views and customs than is the practice when enforcing arbitration agreements, this current mismatch in ability to enforce will likely remain the same.

E. Conclusion: Future of litigation in international disputes

It seems that the question whether litigation can survive or perhaps even thrive as a dispute resolution method for international commercial disputes cannot be answered generically, as it will depend in each case on the facts and how certain factors play out, most notably the complexity of the case, and the country where the dispute could be litigated. There is much to suggest that litigation is catching up with arbitration on a number of levels: With respect to efficiency, it has been demonstrated that the limited scope of discovery in inquisitorial systems can be just as informal and quick as the process in arbitration, with the advantage of arbitration being, however, that this can be decided entirely by the parties in

¹⁸⁸ See Articles 5(1) and (2) of The New York Convention stating that enforcement “may” be refused.

¹⁸⁹ *Morris/Gibb/Tsang* (fn. 38), p. 91 at 4.95; Hong Kong Court, *Chimbusco International Petroleum (Singapore) Limited v. Fully Best Trading Limited* (2015) HKEC 2573.

¹⁹⁰ See Art. 3 of The New York Convention (fn. 13).

advance and to the extent that the more expansive discovery in the adversarial model can be a decisive factor for more complex cases in basing the judgment on the right facts.¹⁹¹ The establishment of commercial courts and the option of choosing one's adjudicator through short-lists creates a kind of specialization similar to that offered by arbitrators and that in the case of the LCC, for instance, can be regarded to be just as effective and popular as arbitration.¹⁹² Great strides are also being made to accelerate the speed with which international litigation proceedings are conducted: Examples are the use of ODR and of alternative dispute resolution features, such as the chess-clock system which is encouraged by the Civil Justice Reform in Hong Kong.¹⁹³

If all of these developments are options for a particular case at hand, then litigation can compete with arbitration in terms of efficiency. This, however, can only be the case on the presumption that has been adopted in this paper (in order to compare the two methods on a level playing field), namely that there is no need to litigate the jurisdictional issue - for example, because the parties entered into an exclusive jurisdiction clause - before getting to the substance of the issue in dispute as this would always significantly prolong the proceedings. It should be noted, however, that jurisdictional clauses, too, can be controversial¹⁹⁴ and ignored at the enforcement stage. As a result, there will always be an inherent risk in international litigation proceedings that these will be prolonged due to litigation arising out of jurisdictional issues even before the real issue in dispute is concerned. Bearing this in mind, the movement commercial litigation has made in the direction of molding itself after the efficiencies of arbitration cannot surpass this risk and is consequently neither persuasive nor dependable.

With respect to the next factor examined, namely confidentiality, it has been shown that there is already a development towards greater transparency within the international commercial arbitration community, and that there are practical proposals (most promisingly that of disclosure obligations) on how to generate development of the law while respecting party autonomy.¹⁹⁵ Thus, the confidentiality with which arbitration is conducted does not pose a threat to public interests in disputes or the law being developed, which in any event would

¹⁹¹ See *supra* **B. II. 2. a).**

¹⁹² See *supra* **B. II. 1.**

¹⁹³ See *supra* **B. I. 2.** and **B. II. 2. b).**

¹⁹⁴ See, e.g., Queen's Bench Division (Commercial Court) *BNP Paribas S.A. v. Anchorage Capital Europe LLP* (2013) EWHC 3073 in which Lord Collins testified that a clause should be interpreted as a non-exclusive jurisdiction clause and Prof. Adrian Briggs that it should be exclusive.

¹⁹⁵ See *supra* **C. III.**

not be the parties' duty to guarantee.¹⁹⁶ Also, the risk of private arbitrations turning into "legal free-for-alls" as worried by the critics cannot be proven to be true with the court sufficiently involved in supervising and assisting the arbitration process as an important feature to its smooth process.¹⁹⁷ Hence, the confidentiality with which arbitration is conducted does not conversely mean that commercial litigation must remain for the sake of development of the law, public interest or accountability of the decision-makers.

Finally, an analysis of the enforceability of commercial litigation decisions versus arbitral awards showed that thanks to the success of the New York Convention, the number of international arbitral awards that can be enforced with ease far exceeds that of international commercial judgments.¹⁹⁸ This would indicate that the parties would be well advised, before choosing a dispute resolution method or place, to start with a view to the end of a proceeding and to consider what the applicable enforcement regime would be and the chances of actually obtaining an enforceable judgment or award. Only then would the other factors discussed here come into play.

It seems that the future of commercial litigation will largely hinge on progress in making foreign judgments enforceable, either through widespread acceptance of the Hague Convention or other means. Today though, arbitration still has so many advantages that commercial parties with the foresight to regulate a potential dispute already in their contract will continue to opt for the more predictable arbitration method, particularly for complex cases where predictability will be important. As long as this is true, international commercial litigation will perhaps not disappear, but play a subordinate role to arbitration in the resolution of international commercial disputes.

¹⁹⁶ See *supra* C. I.

¹⁹⁷ See *supra* C. II.

¹⁹⁸ See *supra* D. I. and II.

Niels Christopher Elsner*

Urteilsbesprechung: *EuGH C-595/17* und die Parallelproblematik in der Schiedsgerichtsbarkeit

Abstract

Der Beitrag unterzieht die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache eBizzuss und Apple einer kritischen Würdigung. Die Kernfrage des Falls lag darin, ob allgemein gefasste Gerichtsstandsklauseln auch kartelldeliktische Streitigkeiten erfassen. Dabei wird zunächst die Frage geklärt, ob der EuGH die Kompetenz hatte, Auslegungsleitlinien für Gerichtsstandsklauseln aufzustellen. In einem zweiten Schritt werden die Auslegungsleitlinien des EuGH einer kritischen Würdigung unterzogen und ein konstruktiver Gegenvorschlag unterbreitet. Außerdem beleuchtet der Beitrag die schiedsverfahrensrechtliche Parallelproblematik: Erfassen allgemein gefasste Schiedsabreden auch kartelldeliktische Streitigkeiten?

This article critically examines the European Court of Justice's (ECJ) decision in the case eBizzuss and Apple. The core question of the case was whether "normal" jurisdiction clauses encompass antitrust claims as well. In its analysis, this article, first, answers the question whether it was within the ECJ's competence to rule on the interpretation of jurisdiction clauses. In a second step, it critically assesses the ECJ's interpretation guidelines and submits alternative interpretation guidelines. Additionally, the article explores the parallel question regarding arbitration clauses: Do "normal" arbitration clauses encompass antitrust claims as well?

* Der Verfasser, Ref. iur., ist zur Zeit Research Fellow am Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law tätig. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die von Professor *Dr. Drs. h. c. Burkhard Hess* im Wintersemester 2018/2019 gestellt wurde.

A. Einleitung

Das Urteil des *EuGH* in der Rechtssache *Apple*¹ wirft die interessante Rechtsfrage des europäischen Zivilprozessrechts auf, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten von einer allgemeinen Gerichtsstandsklausel erfasst sind. Eine ähnliche Frage stellt sich im Schiedsverfahrensrecht: Erfasst eine allgemein gefasste Schiedsklausel auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten?

Folgender Sachverhalt lag der *Apple*-Entscheidung zugrunde: Vor 2001 hatte *Apple* zunächst mit Vertriebsunternehmen Verträge für den Vertrieb seiner Produkte geschlossen. Im Jahr 2001 eröffnete *Apple* den ersten *Apple Store* und wollte damit seine Produkte selbst vertreiben². Im Jahr 2009 eröffnete der erste *Apple Store* in Frankreich.³ Ab diesem Zeitpunkt benachteiligte *Apple* das auf dem französischen Markt aktive Vertriebsunternehmen *eBizcuss*, indem es ihm *Apple*-Produkte zu deutlich schlechteren Konditionen als seinen eigenen *Apple Stores* anbot. Da *eBizcuss* nach dem Vertriebsvertrag jedoch verpflichtet war, fast ausschließlich *Apple*-Produkte zu verkaufen, erhob *eBizcuss* im April 2012 Klage gegen *Apple* vor französischen Gerichten, unter anderem gestützt auf Art. 102 AEUV. Da der Vertriebsvertrag zwischen *eBizcuss* und *Apple* jedoch eine allgemein gefasste Gerichtsstandsvereinbarung zugunsten der irischen Gerichte enthielt, legte die *Cour de cassation* dem *EuGH* die Frage vor, ob eine Gerichtsstandsklausel grundsätzlich einen Anspruch nach Art. 102 AEUV erfassen könne (Vorlagefrage 1) und wenn ja, ob auch eine allgemein gefasste Gerichtsstandsklausel wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen könne (Vorlagefrage 2). Schließlich wollte die *Cour de cassation* wissen, wie es sich auf die Gerichtsstandsklausel auswirkt, dass noch kein wettbewerbsrechtliches Feststellungsverfahren durchgeführt wurde (Vorlagefrage 3).

Zunächst wird geklärt, ob der *EuGH* die Vorlagefragen der *Cour de cassation* richtig beantwortet hat (**B.**). Zweitens wird ermittelt, ob eine allgemein gefasste Schiedsklausel wirksam auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen kann (**C.**). Schließlich werden die Ergebnisse des Beitrags in Thesenform festgehalten (**D.**).

¹ *EuGH*, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al. ./.* MJA (Liquidator von *eBizcuss*).

² *Hornby*, lowendmac.com, 19.5.2009, <http://lowendmac.com/2008/the-roots-of-apples-retail-stores/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

³ Vgl. *Garner*, appleinsider.com, 8.11.2009, https://appleinsider.com/articles/09/11/08/apple_opens_doors_to_frances_first_apple_store (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

B. Zielkonflikt zwischen wirksamer Kartellrechtsdurchsetzung und der Beachtung von Gerichtsstandsklauseln

Kern der Vorlagefrage der *Cour de cassation* ist, ob eine allgemein gefasste Gerichtsstandsvereinbarung auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten umfasst. Dabei ist zunächst die Art und Weise, wie der *EuGH* Auslegungsleitlinien aufgestellt hat, kritisch zu hinterfragen (I.). In einem zweiten Schritt wird untersucht, ob – und wenn ja mit welchem Ergebnis – die Gerichtsstandsklausel nicht auch einer Wirksamkeitsprüfung hätte unterzogen werden müssen (II.). Dabei wird bewusst – in Umkehrung der Reihenfolge der Vorlagefragen der *Cour de cassation* – zunächst nach der Auslegung und dann nach der Wirksamkeit gefragt: Denn nur wenn nach den Auslegungsleitlinien ermittelt ist, dass die Gerichtsstandsklausel wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst, kann sinnvoll geklärt werden, ob eine Klausel mit einer solchen Reichweite wirksam ist.⁴ Auf die dritte Vorlagefrage – ob die Anwendbarkeit einer Gerichtsstandsklausel davon abhängt, dass es sich um eine *follow-on* oder *stand-alone-action* handelt – soll hier nicht näher eingegangen werden: Die Feststellung des *EuGH*, dass es auf diesen Punkt nicht ankommt, ist auf einhellige Zustimmung gestoßen.⁵

I. Auslegung

Bevor in eine inhaltliche Befassung mit den vom *EuGH* aufgestellten Auslegungsleitlinien eingetreten werden kann, ist vorab zu klären, ob der *EuGH* die Kompetenz hatte, Auslegungsleitlinien aufzustellen (1.). In einem zweiten Schritt werden die vom *EuGH* aufgestellten Auslegungsleitlinien einer kritischen Würdigung unterzogen (2.).

1. Kompetenz des *EuGH* zur Aufstellung von Auslegungsleitlinien

Nach ständiger Rechtsprechung des *EuGH* ist die Auslegung von Gerichtsstandsvereinbarungen Sache der nationalen Gerichte.⁶ Vor diesem Hintergrund ist die Frage berechtigt, ob der *EuGH* die Kompetenz besaß,

⁴ So auch *Mankowski*, Anmerkung zu EuGH C-595/17, Urt. v. 24.10.2018, JZ 2019, 141 (141); genau andersherum vorgehend: *Wäsche*, Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle. Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA, 2017, S. 12.

⁵ Vgl. nur *Wiegandt*, Anmerkung zu EuGH C-595/17, Urt. v. 24.10.2018, EWiR 2019, 61 (62) sub 3.3. m. w. N.

⁶ St. Rspr.: *EuGH*, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al. ./.* MJA (Liquidator von eBizcuss), Rn. 21; Entsch. v. 21.5.2015, C-352/13, *CDC Hydrogene Peroxide ./.* *Akzo Nobel et al.*, Rn. 67; auch: *v. Hein*, in: Kropholler/v. Hein, EuZPR, 9. Aufl. 2011, Art. 23 Rn. 69.

inhaltliche Vorgaben zur Auslegung zu machen.⁷ *Mäsch* bestreitet eine Kompetenz des EuGH mit dem Argument, dass nationale Gerichte Gerichtsstandsvereinbarungen nach nationalem Recht auslegten. Diese Argumentation ist jedoch nur dann richtig, wenn die nationalen Gerichte Gerichtsstandsvereinbarungen nach *autonom* nationalem Recht – also ohne Berücksichtigung des Unionsrechts – auslegten. Um die Frage zu beantworten, ob der EuGH Auslegungsleitlinien aufstellen darf, muss daher das auf die Auslegung anwendbare Recht ermittelt werden.

Als Auslegungsstatut sind auf der ersten Ebene drei Lösungen denkbar: Erstens könnte die Auslegung nach autonom europäischen Auslegungsgrundsätzen erfolgen (*a*). Zweitens könnte die Auslegung – so offenbar *Mäsch* – nach autonom nationalem Recht erfolgen (*b*). Drittens könnte die Auslegung nach nationalem Recht erfolgen, wobei jedoch europäische Auslegungsleitlinien zu berücksichtigen sind (*c*). Nur im zweiten Fall wäre eine Stellungnahme des EuGH zu Auslegungsleitlinien ohne Kompetenz erfolgt.

a) Autonom-europäisch

Daraus, dass der EuGH in der *Apple*-Entscheidung einige Auslegungsregeln nennt, ohne sich jedoch auf ein nationales Recht zu beziehen, ließe sich der Schluss ziehen, dass die Gerichtsstandsklausel autonom-europäisch, ohne Rückgriff auf das nationale Recht, auszulegen ist.⁸ Gegen eine rein autonom-europäische Auslegung ist jedoch einzuwenden, dass bei komplexen Fragen die autonom-europäischen Auslegungsgrundsätze⁹ nicht ausreichen.¹⁰ Eine rein autonom-europäische Auslegung ist daher abzulehnen.¹¹

b) Autonom-nationale Auslegung

Zweitens stellt sich die Frage, ob die Auslegung autonom nach nationalem Recht erfolgt. Dieser Ansicht scheint *Mäsch* zu sein, indem er dem EuGH eine

⁷ Ablehnend: *Mäsch*, *Blondes Have More Fun (Or Have They?)* - Zur Bleichmittelkartellentscheidung des EuGH -, WuW 2016, 285 (291).

⁸ So *v. Hein*, in: Kropholler/v. Hein (Fn. 6), Art. 23 Rn. 18; *U. Magnus*, in: Magnus/Mankowski, ECPII Vol. 1, 2016, Art. 25 Rn. 143 (*U. Magnus* hält das Auslegungsstatut für von Art. 25 Abs. 1 Halbs. 2 Brüssel-Ia-VO nicht erfasst, *ibd.*, Art. 25 Rn. 141); *Roth*, Internationale Zuständigkeit bei Kartelldeliktssklagen, IPRax 2016, 318 (326); *M. Weller/Wäsche*, RIW-Kommentar (zu EuGH C-352/13), RIW 2015, 603 (605).

⁹ Zu deren Inhalt: siehe unten sub **B. I. 2.**

¹⁰ *Mankowski*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR I, 3. Aufl. 2011, Art. 23 Rn. 62; *Lund*, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht, 2014, S. 321.

¹¹ *Mankowski*, in: Rauscher³ I (Fn. 10), Art. 23 Rn. 62.

Kompetenzüberschreitung vorwirft, als dieser Auslegungsleitlinien aufstellte.¹² *Mäsch* führt dabei die Auffassung von Autoren an, welche eine Auslegung nach nationalem Recht befürworten.¹³ Als Nachweis führt *Mäsch* *Mankowski's* Ausführungen bei Rn. 83 in *Rauscher's* Kommentar zur Brüssel-Ia-VO an; dort schreibt *Mankowski*, dass die Auslegung nach nationalem Recht zu erfolgen habe.¹⁴ Das muss jedoch vor dem Hintergrund von *Mankowski's* Kommentierung bei Rn. 149 gesehen werden: Dort legt er dar, dass die „Auslegung von Gerichtsstandsvereinbarungen nicht von vornherein und vollen Umfangs dem Vertragsstatut [d. h. nationalem Recht] überantwortet [werden soll], sondern nur, soweit Art. 25 selbst keine Maßstäbe enthält und auch keine unbestimmten Rechtsbegriffe (z. B. Bestimmtheit des Rechtsverhältnisses) [vorhanden sind]“.¹⁵ Weiter ist darauf hinzuweisen, dass die Feststellung des *EuGH*, die Auslegung sei Sache der nationalen Gerichte,¹⁶ noch nichts darüber aussagt, nach welchem Recht die nationalen Gerichte auszulegen haben. Darüber hinaus scheint – soweit ersichtlich – keiner der Autoren, welche eine Auslegung nach nationalem Recht befürworten, dies im Sinne einer *autonom* nationalen Auslegung zu verstehen.¹⁷ Eine Auslegung nach autonom nationalen Recht ist daher abzulehnen.

c) Nationales Recht

Schließlich kommt eine Auslegung nach nationalem Recht in Frage, bei welcher europarechtliche Auslegungsleitlinien berücksichtigt werden. Dabei stellt sich zunächst die Frage, *welches* nationale Recht zur Anwendung zu bringen ist (aa). Zweitens wird begründet, warum das nationale Recht im Lichte europäischer Auslegungsleitlinien anzuwenden ist (bb)).

¹² *Mäsch* (Fn. 7), S. 291; *Mäsch* folgend: *Lahme/Bloch*, Internationale und örtliche Zuständigkeit, in: *Stancke/Weidenbach/Lahme*, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen, 2018, Kap. D Rn. 166.

¹³ *Mäsch* (Fn. 7), Fn. 68.

¹⁴ *Mankowski*, in: *Rauscher*, *EuZRP/EuIPR I*, 4. Aufl. 2016, Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 83.

¹⁵ *Ebd.*, Art. 25 Brüssel-Ia-VO Rn. 149.

¹⁶ St. Rspr. seit *EuGH*, *Entsch. v. 10.3.1992, C-214/89, Powell Duffryn plc ./ Wolfgang Petereit*, Rn. 36.

¹⁷ Die Mehrzahl der Autoren spricht sich für eine Auslegung anhand unionsrechtlicher Leitlinien und die Anwendung nationalen Rechts für komplexere Fragen aus, siehe unten sub **B. I. 1. c) bb)**.

aa) Welches nationale Recht?

Hier erscheinen vier Lösungen denkbar: Die Auslegung erfolgt nach dem Recht des Landes, dessen internationale Zuständigkeit die Parteien *prorogiert* haben;¹⁸ die Auslegung erfolgt nach dem Recht des Landes, dessen internationale Zuständigkeit die Parteien *derogiert* haben;¹⁹ die Auslegung erfolgt nach dem Recht des Landes des jeweils *angerufenen* Gerichts;²⁰ oder die Auslegung erfolgt nach dem auf den *Hauptvertrag* anwendbaren Recht.²¹

Für die Anwendung des jeweiligen Rechts des angerufenen Gerichts spricht, dass eine Frage der Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung schnell und einfach ermittelt werden muss und daher das Heimatrecht des angerufenen Gerichts am besten zur Auslegung geeignet ist.²² Dagegen spricht jedoch, dass – je nach angerufenem Gericht – unterschiedliche Auslegungsstatute zur Anwendung kommen und damit unterschiedliche Ergebnisse erzielt würden.²³ Dies könnte als Einladung zum *forum shopping* verstanden werden und die Gerichtsstandsklausel durch die Anrufung eines Gerichts in einem Land, welches Gerichtsstandsklauseln eng auslegt, unterlaufen werden.

¹⁸ Dörner, in: Saenger, ZPO, 8. Aufl. 2019, Art. 25 EuGVVO Rn. 20; Hess, Die Auslegung kollidierender Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht, in: FS Prütting, 2018, S. 337 (341 f.).

¹⁹ Diese Ansicht ordnet Stadler, Schadensersatzklagen im Kartellrecht – Forum shopping welcome! Zugleich eine Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015 – C-352/13, JZ 2015, 1138, (1148 Fn. 136) Mäsch, Vitamine für Kartellopfer – forum shopping im europäischen Kartellrecht, IPRax 2005, 509 (514) zu, an der angegebenen Stelle schreibt Mäsch jedoch Folgendes: „Den Klauseln ist per Auslegung zu entnehmen, ob und ggf. welche Klagen auf deliktischer Basis erfasst werden, wobei das *Recht des durch die Klauseln jeweils berufenen Gerichts* die maßgeblichen Auslegungsregeln bestimmt.“ (eigene Hervorhebung) Danach spricht sich Mäsch für eine Auslegung nach dem Recht des prorogierten Gerichts aus.

²⁰ v. Hein, in: Kropholler/v. Hein (Fn. 6), Art. 23 Rn. 69; Schack, Internationales Zivilverfahrensrecht, 7. Aufl. 2017, Rn. 519.

²¹ Fentiman, International Commercial Litigation, 2010, Rn. 2.50; Heinze, Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation, RabelsZ 75 (2011), 581 (586); Maier, Markortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht, 2011, S. 164; Mankowski, in: Rauscher⁴ I (Fn. 14), Art. 25 Rn. 208; Pfeiffer, German Jurisdiction Clauses in Anti-Cartel Cases before English Courts – and some remarks relating to the interpretation of foreign law, in: LA Wolfrum Bd. 2, 2012, S. 2057 (2058); Wurmnest, Die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in Gerichtsstandsvereinbarungen, in: FS U. Magnus, 2014, S. 567 (574).

²² Schack (Fn. 20), Rn. 519.

²³ Vischer, Der Einbezug deliktischer Ansprüche in die Gerichtsstandsvereinbarung für den Vertrag, in: FS Jayme Bd. 1, 2004, S. 993 (994).

Gegen die Anwendung des auf den Hauptvertrag anwendbaren Rechts spricht der Grundsatz der Trennung von Vertrag und Gerichtsstandsklausel.²⁴ Für die Auslegung nach dem *lex fori prorogati* – dem Recht des Landes, dessen internationale Zuständigkeit die Parteien prorogiert haben – lässt sich ein Argument aus Erwägungsgrund 20 der Brüssel-I-VO gewinnen: Danach richtet sich die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach dem *lex fori* des prorogierten Gerichts. In Erwägungsgrund 20 wird allerdings lediglich die Wirksamkeit der Gerichtsstandsvereinbarung adressiert. Im Sinne einer praktikablen Rechtsanwendung ist eine Auslegung nach dem *lex fori* des angerufenen Gerichts zu bevorzugen.²⁵ Außerdem steht nur diese Lösung mit der eingeschränkten Dispositionsmöglichkeit über die Kognitionsbefugnis der Gerichte im Einklang.²⁶

bb) Überlagerung durch europäische Auslegungsleitlinien

Die unionsrechtlichen Auslegungsleitlinien entbehren dabei nicht – wie teilweise kritisiert wird²⁷ – einer dogmatischen Grundlage, sondern lassen sich aus Wortlaut und Zielsetzung der Brüssel-I-VO (bzw. Brüssel-Ia-VO) gewinnen.²⁸ Insbesondere ist auf den Wortlaut des Art. 23 Brüssel-I-VO (bzw. Art. 25 Brüssel-Ia-VO) sowie insbesondere die Erwägungsgründe 11 (Zielsetzung: Vereinfachung der Regeln der internationalen Zuständigkeit) und 14 (Wahrung der Vertragsfreiheit der Parteien) der Brüssel-I-VO hinzuweisen. Für die Auslegung nach nationalem Recht im Lichte von europäischen Auslegungsleitlinien spricht die einheitliche Anwendung des Unionsrechts.²⁹

d) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung nach dem nationalen Recht des angerufenen Gerichts unter Berücksichtigung von europarechtlichen Auslegungsgrundsätzen zu erfolgen hat.

²⁴ *Vischer* (Fn. 23), S. 994.

²⁵ *Hess* (Fn. 18), S. 341 f.

²⁶ *Ebd.*

²⁷ *Seggewisse*, Anmerkung zu EuGH, Entsch. v. 24.10.2018, C-595/17, ECLI:EU:C:2018:854 – *Apple* ./ *MJA*, EuZW 2019, 81 (82).

²⁸ So auch GA *Wahl*, Schlussanträge v. 6.7.2018 zu C-595/17, Rn. 27-39.

²⁹ *Wurmnest*, International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: *CDC Hydrogene Peroxide*, *Common Market Law Review* 53 (2016), 225 (245 f.); *ders.*, in: Kamann/Ohlhoff/Völcker, *Kartellverfahren und Kartellprozess*, 2017, § 31 Rn. 120.

2. Europäische Auslegungsleitlinien

Der Inhalt der europäischen Auslegungsleitlinien ist nun zu entfalten. Zunächst wird der Frage nachgegangen, ob es einen allgemeinen Grundsatz der engen Auslegung von Gerichtsstandsvereinbarungen gibt (*a*). Da die *Apple*-Entscheidung als Weiterentwicklung der Auslegungsleitlinien aus der *CDC*-Entscheidung verstanden werden muss, werden in einem zweiten Schritt die Auslegungsleitlinien aus der *CDC*-Entscheidung präsentiert (*b*). Vor diesem Hintergrund wird die *Apple*-Entscheidung mit den Schlussanträgen des GA *Wahl* in den Blick genommen (*c*). Viertens werden die aus der *CDC*- und *Apple*-Entscheidung gewonnenen Auslegungsleitlinien mit den im Schrifttum vertretenen Auffassungen ins Verhältnis gesetzt (*d*). Schließlich werden die Auslegungsleitlinien einer eigenen kritischen Würdigung unterzogen (*e*).

a) Grundsatz der engen Auslegung?

Zunächst ist zu untersuchen, ob es eine allgemeine Auslegungsleitlinie der engen Auslegung von Gerichtsstandsvereinbarungen gibt. Teilweise wurde dies aus der Entscheidung des *EuGH* in der Rechtssache *Estasis Salotti*³⁰ geschlossen.³¹ Der *EuGH* hat in der *Estasis Salotti*-Entscheidung jedoch lediglich festgestellt, dass „[a]ngesichts der möglichen Folgen einer solchen Vereinbarung [Gerichtsstandsvereinbarung] für die Stellung der Parteien im Prozeß [...] die in Artikel 17 [EuGVÜ] aufgestellten Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Gerichtsstandsklauseln eng auszulegen [sind].“³² Richtig interpretiert meinte der *EuGH* damit, dass die Formerfordernisse eng auszulegen sind, nicht jedoch die sachliche Reichweite einer Gerichtsstandsklausel restriktiv zu interpretieren ist.³³ Ebenso legen die Ausführungen des *EuGH* in der Rechtssache *Benincasa* nahe, dass Gerichtsstandsklauseln im Sinne der Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands und der Rechtssicherheit ein weiter sachlicher Anwendungsbereich zu gewähren

³⁰ *EuGH*, Entsch. v. 18.2.1976, C-24/76, *Estasis Salotti Di Colzani Aimò und Gianmario Colzani S.N.C. ./ Rima Polstereimaschinen*, Rn. 7.

³¹ *Vischer* (Fn. 23), S. 995.

³² *EuGH*, Entsch. v. 18.2.1976, C-24/76, *Estasis Salotti Di Colzani Aimò und Gianmario Colzani S.N.C. ./ Rima Polstereimaschinen*, Rn. 7.

³³ *England and Wales High Court*, Entsch. v. 12.11.2004, *British Sugar Plc v. Fratelli Babbini di Lionello Babbini & Co SAS et al.*, [2004] EWHC 2560 (TCC) = 2004 WL 2932869 = [2005] 1 All ER 55, 72; *U. Magnus*, in: *Magnus/Mankowski* (Fn. 8), Art. 25 Rn. 143; *Stammwitz*, Internationale Zuständigkeit bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten. Eine Untersuchung des Deliktgerichtsstandes (Art. 7 Nr. 2 Brüssel-Ia-VO) und des Mehrparteiengerichtsstandes (Art. 8 Nr. 1 Brüssel-Ia-VO) in Zeiten des „Private Enforcement“, 2018, S. 415; *Wurmnest* (Fn. 21), S. 572 f.; *ders.*, in: *Kamann/Ohlhoff/Völcker* (Fn. 29), § 31 Fn. 421.

ist.³⁴ Hieraus folgt, dass es keinen unionsrechtlichen Grundsatz gibt, wonach die sachliche Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen restriktiv auszulegen ist.

b) Auslegungsleitlinien der CDC-Entscheidung

Zum Verständnis der *CDC*-Entscheidung sei kurz der Sachverhalt skizziert: Nachdem die Kommission rechtskräftig einen Kartellverstoß von Herstellern der Bleichmittelindustrie festgestellt hatte, traten die potentiell Geschädigten ihre Ansprüche nach Art. 101 AEUV an die *CDC*, einen auf Kartellrechtsverstöße spezialisierten Prozessfinanzierer, ab. *CDC* erhob gegen die Kartellanten unter Nutzung der Gerichtsstände der Art. 6 Nr. 1 Brüssel-I-VO und Art. 6 Nr. 3 Brüssel-I-VO in Deutschland Klage. Die Kartellanten wehrten sich mit der Einrede der internationalen Unzuständigkeit deutscher Gerichte. Sie machten geltend, dass in den jeweiligen Lieferverträgen Gerichtsstands- und Schiedsklauseln enthalten gewesen seien, welche die internationale Zuständigkeit anderer als der deutschen Gerichte vorsahen. Das angerufene *LG Dortmund* fragte den *EuGH* daher unter anderem, ob es diese Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen berücksichtigen müsse.

GA Jääskinen betonte in seinen Schlussanträgen zunächst, dass die Auslegung der Gerichtsstandsvereinbarung allein Sache der nationalen Gerichte sei.³⁵ Danach schlug er vor, dass zur Gewährleistung der Vorhersehbarkeit ein Zusammenhang zwischen der Klausel und dem Rechtsverhältnis erforderlich sei.³⁶ Weiter führte er aus, dass im Falle eines heimlichen Kartells eine Schieds- oder Gerichtsstandsklausel ohne Wissen des potentiell Geschädigten über das Kartell nicht wirksam geschlossen werden könne.³⁷ Im Ergebnis plädierte *GA Jääskinen* jedoch dafür, die Frage ohne den Hinweis auf Auslegungsleitlinien zu beantworten; sein Antwortvorschlag ging lediglich dahin, dass Art. 101 AEUV einer unter Art. 23 Brüssel-I-VO fallenden Gerichtsstandsklausel nicht entgegenstehe. Insofern entsteht der Eindruck, dass *GA Jääskinen* – wie *Mäscher* – der Auffassung war, die Auslegung sei nach autonom-nationalen Recht vorzunehmen.

Auch der *EuGH* stellte zunächst klar, die Auslegung einer Gerichtsstandsklausel sei Sache des nationalen Gerichts.³⁸ Sodann stellte er jedoch Auslegungsleitlinien auf. Insbesondere leitete er aus dem Wortlaut der „bestimmten Streitigkeit“ des

³⁴ *EuGH*, *Entsch. v. 3.7.1997, C-269/95, Francesco Benincasa ./.* *Dentalkit Srl*, Rn. 25 ff.

³⁵ *GA Jääskinen*, *Schlussanträge v. 11.12.2014 zu C-352/13*, Rn. 95, 127.

³⁶ *Ebd.*, Rn. 129.

³⁷ *Ebd.*, Rn. 130.

³⁸ *EuGH*, *Entsch. v. 21.5.2015, C-352/13, CDC Hydrogene Peroxide ./.* *Apple Sales International et al.*, Rn 67.

Art. 23 Brüssel-I-VO und der Zielsetzung, dass keine Vertragspartei überrascht werden dürfe, ab, dass „eine Klausel, die sich in abstrakter Weise auf Rechtsstreitigkeiten aus Vertragsverhältnissen bezieht, nicht einen Rechtsstreit erfasst, in dem ein Vertragspartner aus deliktischer Haftung wegen seines einem rechtswidrigen Kartell entsprechenden Verhaltens belangt wird.“³⁹ Dabei drängt sich der Gedanke auf, dass der *EuGH* bei dieser Entscheidung auch von ergebnisorientierten Überlegungen geleitet gewesen sein könnte: Hätte der *EuGH* entschieden, dass *CDC* an die Gerichtsstands- und Schiedsklauseln gebunden ist, hätte *CDC* den Kartellschadensersatz vor zahlreichen mitgliedstaatlichen Gerichten und Schiedsgerichten einklagen müssen.⁴⁰

c) Auslegungsleitlinien der Apple-Entscheidung

In seinen Schlussanträgen spricht GA *Wahl* ausdrücklich von „Auslegungslinien“ – das steht in deutlicher Differenz zu der Formulierung der Schlussanträge *Jääskines* zur Rechtssache *CDC*.⁴¹ In der Sache hebt *Wahl* hervor, dass eine Verknüpfung mit der Streitigkeit und dem in der Gerichtsstandsklausel bestimmten Rechtsverhältnis bestehen muss.⁴² Als für die Auslegung irrelevant bezeichnet GA *Wahl* sowohl die Nähe des vereinbarten Gerichts zum Rechtsstreit⁴³ als auch die Frage, ob es sich um eine symmetrische oder eine asymmetrische Klausel handelt⁴⁴ oder die Frage des materiell anwendbaren Rechts.⁴⁵ Beachtlich sind auch *Wahls* Ausführungen bei Rn. 70 seiner Schlussanträge: Dort hebt er hervor, dass bei der Auslegung von Gerichtsstandsklauseln keine Unterscheidung zwischen Art. 101- und Art. 102 AEUV-Schadensersatzansprüchen gemacht werden solle, sondern jeweils eine Einzelfallbetrachtung vorzunehmen sei. In seiner Entscheidung geht der *EuGH* allerdings nicht auf die Erwägungen von GA *Wahl* ein, sondern greift den von GA *Wahl* abgelehnten Grundsatz auf: „Das in Art. 101 AEUV genannte wettbewerbswidrige Verhalten [...] weist zwar dem Grundsatz nach keine unmittelbare Verbindung zur vertraglichen Beziehung zwischen einem Beteiligten dieses Kartells und einem Dritten auf, auf die [sic] sich das Kartell

³⁹ *EuGH*, Entsch. v. 21.5.2015, C-352/13, *CDC Hydrogene Peroxide ./.* *Apple Sales International et al.*, Rn. 69.

⁴⁰ *Steinle/Wilske/Eckhardt*, Kartellschadensersatz und Schiedsklauseln – Luxemburg *Locuta, Causa Finita?* zugleich Besprechung des Urteils des *EuGH* vom 21. Mai 2015 – C-352/13, *SchiedsVZ* 2015, 165 Fn. 27; *Thiede*, *Tant que ça marche on ne touche à rien: Allgemeine Schiedsklauseln sind auf Kartellschadensersatzansprüche anwendbar* – Zugleich Anmerkung zu *LG Dortmund*, 8 O 30/16 [Kart], *NZKart* 2017, 589 (591).

⁴¹ GA *Wahl*, Schlussanträge v. 5.7.2018 zu C-595/17, Rn. 33.

⁴² *Ebd.*, Rn. 34.

⁴³ *Ebd.*, Rn. 36.

⁴⁴ *Ebd.*, Rn. 37.

⁴⁵ *Ebd.*, Rn. 38.

auswirkt. Allerdings kann sich das in Art. 102 AEUV genannte wettbewerbswidrige Verhalten [...] über die Vertragsbedingungen manifestieren.“⁴⁶ Als Antwort auf die Vorlagefrage formuliert der *EuGH*, dass die Anwendung einer allgemeinen Gerichtsstandsklausel „nicht allein aus dem Grund ausgeschlossen ist, dass sie sich nicht ausdrücklich auf Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Haftung wegen eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsrecht bezieht.“⁴⁷

d) *Einordnung in die Auffassungen des Schrifttums*

Im Schrifttum wird die Frage, ob eine allgemeine Gerichtsstandsvereinbarung auch kartelldeliktische Ansprüche⁴⁸ erfasst, kontrovers diskutiert. Dagegen wird angeführt, dass Parteien beim Abschluss einer Gerichtsstandsvereinbarung typischerweise nicht mit kartellrechtlichen Streitigkeiten rechneten, die Parteien daher nach der *Powell Duffryn*-Formel von einer derartigen Reichweite überrascht würden.⁴⁹ Die wohl überwiegende Auffassung nimmt jedoch an, dass auch kartellrechtliche Ansprüche von einer Gerichtsstandsklausel erfasst sind.⁵⁰ Die *Apple*-Entscheidung des *EuGH* entspricht damit der überwiegenden Meinung im Schrifttum.

e) *Bewertung*

aa) *Kritik der EuGH-Auslegungskriterien*

In der Sache ist dem *EuGH* hinsichtlich des Ergebnisses seiner Auslegungslinien zuzustimmen. In der Begründung kann die Entscheidung jedoch nicht überzeugen. Für den *EuGH* scheint das wesentliche Kriterium, um zu ermitteln, ob eine Gerichtsstandsklausel auch wettbewerbsrechtliche

⁴⁶ *EuGH*, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al. ./ . MJA* (Liquidator von eBizcuss), Rn. 28.

⁴⁷ *Ebd.*, Antwort auf Vorlagefrage 1.

⁴⁸ Hiermit sind sowohl Verstöße gegen Art. 101 AEUV als auch gegen Art. 102 AEUV gemeint.

⁴⁹ *Basedow/Heinze*, Kartellrechtliche Schadensersatzklagen im europäischen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 6 Nr. 1 EuGVO), in: FS Möschel, 2011, S. 63 (81 f.); *Maier*, Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht, 2010, S. 166; *Tzakas*, Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr, 2011, S. 138, *Vischer* (Fn. 23), S. 997 f.

⁵⁰ *Laufkötter*, Partiautonomie im internationalen Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2001, S. 28 f.; *Lund*, Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im europäischen Zivilprozessrecht, 2014, S. 326 f.; *Pfeiffer* (Fn. 21), S. 2060; *Stammwitz* (Fn. 33), S. 427; *Wäschle* (Fn. 4), S. 25, *Wilderspin*, in: *Basedow/Francq/Idot*, International Antitrust Litigation. Conflict of Laws and Coordination, 2012, S. 55 f.; *Wurmnest* (Fn. 29), S. 245 f.; *Zimmer*, Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen, 2013, S. 272 f.

Streitigkeiten umfasst, die Frage zu sein, ob diese Art der Streitigkeiten *vorhersehbar* war.⁵¹ Schadensersatzansprüche nach Art. 101 AEUV seien nicht erfasst, weil Vertragsparteien nicht damit rechneten, dass ihr Vertragspartner Kartellmitglied sei, während sich ein Missbrauch der Marktmacht nach Art. 102 AEUV in dem Vertrag manifestiere.⁵² Für diese Konzeption ließe sich anführen, dass das nach Art. 101 AEUV verbotene Verhalten – *scil.* die Kartellabsprache der Kartellanten untereinander – keinen Bezug zu dem Vertrag des Kartellanten mit einem Zwischenhändler habe, insbesondere auch zeitlich vorgelagert ist. Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen: Genauso, wie sich der Missbrauch der Marktmacht in dem Vertrag manifestiert, schlägt sich der Schaden der Kartellabsprache auch im Vertrag nieder.⁵³ Der Schaden bei einer Kartellabrede entsteht erst durch den Abschluss des Vertrags: Solange niemand mit den Kartellanten kontrahiert, entsteht auch noch kein Schaden.⁵⁴

Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit ist aus einem weiteren Grund abzulehnen: Wenn Parteien eine Gerichtsstandsklausel vereinbaren, dann darum, um einen ausschließlichen Gerichtsstand für alle Streitigkeiten, welche in einem Zusammenhang mit dem Vertrag stehen, zu begründen (*one shop stop adjudication*).⁵⁵ Dabei kann es für die sachliche Reichweite keine Rolle spielen, ob Parteien eine bestimmte Streitigkeit vorhergesehen haben.⁵⁶ Folgendes – zugespitztes – Beispiel zeigt dies deutlich: Ein US-amerikanischer Verkäufer hat einem deutschen Käufer eine Schiffsladung Weizen verkauft. Die Parteien haben sich auf den Gerichtsstand England und auf die Anwendbarkeit englischen Rechts geeinigt. Die US-amerikanische Partei erfüllt mit Schädigungsabsicht den Vertrag nicht. Der deutsche Käufer fragt sich nun, wo er seine (vertraglichen!) Schadensersatzansprüche geltend machen kann. Hier kann kein Zweifel daran bestehen, dass das Verhalten der US-amerikanischen Partei nicht vorhersehbar war – vernünftige Parteien erwarten nicht, dass ihr Vertragspartner sie vorsätzlich schädigen wird. Das Erfordernis der Vorhersehbarkeit müsste man daher

⁵¹ EuGH, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al. ./.* MJA (Liquidator von eBizcuss), Rn. 24; Entsch. v. 21.5.2015, C-352/13 - *CDC Hydrogene Peroxide ./.* *Apple Sales International et al.*, Rn 70.

⁵² EuGH, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al. ./.* MJA (Liquidator von eBizcuss), Rn. 28.

⁵³ So Pfeiffer, EuGH: Anwendung einer vertraglichen Gerichtsstandsklausel auf einen kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch, LMK 2018, 412366, Ziff. 3 lit. b.

⁵⁴ *Wäsche* (Fn. 4), S. 22.

⁵⁵ Pointiert: *Briggs*, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, 2008, Rn. 4.40: „If litigation is expensive, and a distraction from commercial activity, why would any sane person wish to face the prospect of defending claims in more than one court.“; *Hess*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 2010, § 6 Rn. 142.

⁵⁶ *Wäsche* (Fn. 4), S. 23 f.

ablehnen. Allerdings handelt es sich um einen vertraglichen Anspruch, der dem Wortlaut nach klar unter die Gerichtsstandsvereinbarung fällt. Auch ist kein Grund zu ersehen, warum der vorsätzliche Schädiger dadurch bessergestellt werden soll, indem er nicht an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist.⁵⁷ Mit diesem Beispiel ist auch gezeigt, dass die Gerichtsstandsklausel nicht notwendig ein Nachteil für den Geschädigten bedeuten muss. Daher ist das Erfordernis der Vorhersehbarkeit zur Bestimmung der sachlichen Reichweite einer Gerichtsstandsklausel abzulehnen.

bb) Alternativbegründung für die Auslegungskriterien

Deswegen wird ein anderer Test vorgeschlagen, um zu ermitteln, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst. Dafür ist zunächst das Leitbild der Auslegung einer Vertragsklausel hervorzuheben: Eine Vertragsklausel ist entsprechend dem übereinstimmenden Willen der Parteien auszulegen. Für die Gerichtsstandsklausel ist daher zu fragen, ob die Parteien – aus der Perspektive des Vertragsschlusses – den zu beurteilenden Rechtsstreit noch von der Gerichtsstandsklausel erfasst sehen wollten; nicht entscheidend ist dagegen, ob ein bestimmter Rechtsstreit für die Parteien schon vorhersehbar war.⁵⁸ Um zu ermitteln, ob die Gerichtsstandsklausel auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche (Art. 101 f. AEUV) erfasst, ist daher zu fragen: Hätten die Parteien bei Abschluss der Gerichtsstandsklausel gewollt, dass diese auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche erfasst? Hierbei ist darauf hinzuweisen, dass diese Frage nicht allein deshalb mit „Nein“ beantwortet werden kann, weil die Verfolgung der wettbewerbsrechtlichen Ansprüche durch die Bindung an die Gerichtsstandsklausel erschwert wird, weil die geschädigte Partei nicht den – möglicherweise vorteilhafteren – Deliktgerichtsstand nutzen kann. Denn den Parteien kann nicht unterstellt werden, dass sie die Gerichtsstandsklausel für die Fälle nicht bindend angesehen haben, in denen ein besonderer Gerichtsstand derogiert wurde. Wäre dies der Fall, würde die Gerichtsstandsklausel im Hinblick auf ihre Konzentrationswirkung weitestgehend leerlaufen. Insbesondere ist es auch als Teil des *bargains* anzusehen, wenn eine Partei ihre (bessere) Verhandlungsposition ausnutzt und eine für die andere Partei möglicherweise ungünstige Gerichtsstandsklausel aushandeln kann. Parteien kann daher nicht unterstellt werden, dass sie die Gerichtsstandsklausel für den Fall als unverbindlich betrachtet haben, in dem eine der Parteien einen ihr günstigeren

⁵⁷ So auch – in Bezug auf die *CDC*-Entscheidung, allerdings in der Sache zur Auslegung einer Schiedsklausel – *LG Dortmund*, NZKart 2017, 604 (606 Rn. 36).

⁵⁸ So aber: *EuGH*, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al. ./.* MJA (Liquidator von eBizcuss), Rn. 24.

Gerichtsstand nicht nutzen kann. So liegt der Fall, wenn eine Partei einen Schadensersatzanspruch nach Art. 102 AEUV geltend macht: Sicherlich ist es für die geschädigte Partei ungünstig, im Ausland klagen zu müssen – das ist allerdings die Folge der parteiautonom vereinbarten Gerichtsstandsklausel. Ein wesentlicher Unterschied im Hinblick auf die prozessuale Geltendmachung besteht zwischen „normalen“ deliktsrechtlichen Schadensersatzansprüchen und dem Schadensersatzanspruch nach Art. 102 AEUV damit nicht.

Eine andere Beurteilung könnte sich jedoch bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aus Art. 101 AEUV ergeben. Bei diesem kartelldeliktischen Schadensersatzanspruch ist anerkannt, dass eine Anspruchsbündelung der verschiedenen Kartellgeschädigten sinnvoll ist.⁵⁹ Auch die Bundesregierung hat festgestellt, dass das „Kostenrisiko [...] einen wesentlichen Faktor für die bislang geringe Bedeutung des privaten Rechtsschutzes im deutschen Kartellrecht [darstellt].“⁶⁰

Derartiges gebündeltes Geltendmachen wird jedoch verhindert, wenn die verschiedenen Geschädigten jeweils an die Gerichtsstandsklauseln gebunden wären. Dann müssten die Geschädigten – mit erheblichem Kostenrisiko – zahlreiche Prozesse an den jeweils unterschiedlichen vereinbarten Gerichtsständen führen, was im Übrigen auch für die Kartellanten kein erstrebenswerter Zustand wäre.⁶¹ Daher erscheint die folgende Antwort auf die oben unterbreitete Testfrage den Parteiinteressen am ehesten zu entsprechen: Würden die Parteien bei Abschluss der Gerichtsstandsklausel danach gefragt, ob sich diese auch auf kartelldeliktische Streitigkeiten nach Art. 101 AEUV beziehen soll, würden vernünftige, keine wettbewerbsrechtliche Klagen antizipierende Parteien diese Frage aus den gerade benannten Gründen mit „Nein“ beantworten.

Ergebnis: Eine allgemein gefasste Gerichtsstandsklausel erfasst im Grundsatz Streitigkeiten nach Art. 101 AEUV nicht, solche nach Art. 102 AEUV indes schon.

cc) Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass dem *EuGH* im Ergebnis in seinen Auslegungsrichtlinien zuzustimmen ist. Allerdings überzeugt die Begründung,

⁵⁹ *Makatsch/Bäuerle*, Prozessmanagement bei der Geltendmachung kartellrechtlicher Schadensersatzklagen, in: Stancke/Weidenbach/Lahme (Fn. 12), Kap. C Rn. 79.

⁶⁰ *Bundesregierung*, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 15/3640, S. 69, li. Sp.

⁶¹ *Weitbrecht*, Kartellschadensersatz 2017, NZKart 2018, 106 (112 f.).

dass Schadensersatzansprüche nach Art. 101 AEUV nicht vorhersehbar seien, während solche nach Art. 102 AEUV vorhersehbar seien, nicht. Die Auslegung muss von der Frage geleitet sein, welche Ansprüche Parteien redlicherweise ihrer Gerichtsstandsvereinbarung unterstellen wollten.

II. Wirksamkeit

In der *Apple*-Entscheidung geht der *EuGH* nicht auf die Frage ein, ob eine Gerichtsstandsklausel, welche auch Streitigkeiten nach Art. 102 AEUV erfasst, wirksam vereinbart werden kann. Diese Frage stellt sich jedoch, da ein Konflikt zwischen einer effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung (*private enforcement*) und der Beachtung von Gerichtsstandsvereinbarungen bestehen könnte. Die Bindung an die Gerichtsstandsvereinbarung könnte dem potentiell Kartellgeschädigten die Geltendmachung seines Schadensersatzes nach Art. 102 AEUV erschweren, da er nicht die Vorzüge des Deliktsgerichtsstands gemäß Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO nutzen kann, sondern an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist. Daher ist zunächst die Frage zu klären, ob der Wirksamkeit einer Gerichtsstandsklausel ein Verbot nach nationalem Recht entgegenstehen kann (1.). Anschließend wird untersucht, ob einer Gerichtsstandsklausel der unionsrechtliche Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung entgegensteht (2.).

1. Verbot nach nationalem Recht?

Zunächst müsste eine Gerichtsstandsvereinbarung in wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten zulässig sein. Im deutschen Recht wird teilweise die Ansicht vertreten, dass Gerichtsstandsklauseln, die auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen, unzulässig seien. Das wird damit begründet, dass ein ausländisches Gericht nach den für ihn anzuwendenden Normen des internationalen Privatrechts zu dem Ergebnis kommen könnte, zwingendes deutsches Wettbewerbsrecht nicht anzuwenden.⁶² Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass Art. 23 Brüssel-I-VO, der als Norm des Unionsrecht Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt und Fragen der Zulässigkeit abschließend regelt, nicht vorsieht, dass wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassende Gerichtsstandsklauseln unwirksam wären.⁶³ Als

⁶² So: *Bumiller*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 60 Rn. 48; *Steinhardt*, Die Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes im Rahmen von privaten kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen im internationalen und europäischen Kontext, 2018, S. 163f.

⁶³ *Hausmann*, in: Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 8. Aufl. 2015, Rn. 8.40; *v. Hein*, in: Kropholler/v. Hein (Fn. 6), Art. 23 EuGVO Rn. 22; *Mankowski*, in: Rauscher³ I (Fn. 10), Art. 23 Brüssel-I-VO Rn. 12a; *Ollerdissen*, in: Wiedemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 59 Rn. 90; *Rebbinder*, in: Immenga/Mestmäcker,

Ergebnis ist festzuhalten, dass ein etwaig bestehendes Derogationsverbot nach nationalem Recht unbeachtlich ist.

2. Derogationsverbot nach Unionsrecht?

Aus zwei Gründen könnte eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Unionsrecht unzulässig sein. Erstens könnte eine Derogation des Deliktsgerichtsstands ausgeschlossen sein (a)). Zweitens könnte eine Gerichtsstandsvereinbarung deswegen unzulässig sein, weil sie den Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung verletzt (b)).

a) Ist der Deliktsgerichtsstand derogierbar?

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung, welche auch Schadensersatzansprüche nach Art. 102 AEUV erfasst, schon deshalb unwirksam ist, weil der Deliktsgerichtsstand, bei welchem Schadensersatzansprüche nach Art. 102 AEUV geltend gemacht werden können, nicht wirksam derogiert werden kann. Das ist jedoch abzulehnen, da die besonderen Gerichtsstände – so auch der Gerichtsstand des Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO – einer Gerichtsstandsvereinbarung zugänglich sind. Andernfalls würde eine Konzentration aller Ansprüche auf einen Gerichtsstand mittels einer Gerichtsstandsvereinbarung nicht gelingen.⁶⁴

b) Verstoß gegen das Gebot der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung?

Weiter stellt sich die Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung, welche auch Schadensersatzansprüche nach Art. 102 AEUV erfasst, wegen eines Verstoßes gegen den unionsrechtlichen Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung unwirksam ist. Der Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung wurde vom EuGH in den Entscheidungen *Courage und Crehan*⁶⁵ und *Manfredi*⁶⁶ entwickelt und findet sich mittlerweile von einem Sekundärrechtsakt⁶⁷ aufgegriffen. Nach Auffassung des GA *Wahl* ist eine

Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2014, § 130 GWB Rn. 328; *Stockmann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann, Kartellrecht, 3. Aufl. 2016, § 130 Abs. 2 GWB Rn. 62; *Wurmnest* (Fn. 21), S. 570.

⁶⁴ St. Rspr. seit EuGH, Entsch. v. 18.2.1976, C-24/76, *Estasis Salotti Di Colzani Aimò und Gianmario Colzani S.N.C. ./.* *Riiva Polstereimaschinen*, Rn. 7.

⁶⁵ EuGH, Entsch. v. 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd ./.* *Crehan und Crehan ./.* *Courage Ltd.*

⁶⁶ EuGH, Entsch. v. 13.7.2006, verbundene Rechtssache C-295/04 bis C-298/04 – *Manfredi*.

⁶⁷ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.11.2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349/1 v. 5.12.2014.

Berücksichtigung des Grundsatzes der wirksamen Kartellrechtsdurchsetzung schon deshalb ausgeschlossen, weil die Brüssel-I-VO nicht vorsieht, dass aufgrund dieses Grundsatzes eine Ausnahme von der Bindungswirkung der Gerichtsstandsklausel gemacht werden kann.⁶⁸ Dieses Argument greift jedoch nicht durch, wenn – was es zu erwägen gilt – die Brüssel-I-VO – als Rechtsakt des EU-Sekundärrechts – gegen den aus dem Primärrecht abgeleiteten Grundsatz der wirksamen Durchsetzung des Kartellrechts verstößt.

Dafür ist zunächst Herkunft und Inhalt des Gebots der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung zu identifizieren. In der Rechtssache *Crehan* hat der EuGH die Bedeutung des Effektivitätsgrundsatzes für das Wettbewerbsrecht hervorgehoben, wonach „die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich [gemacht] oder übermäßig [erschwert werden darf].“⁶⁹

Es stellt sich damit die Frage, ob dem potentiell Geschädigten die Ausübung seiner ihm durch das Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte dadurch praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird, wenn er an die Gerichtsstandsvereinbarung gebunden ist und nicht den – möglicherweise für ihn günstigeren – Gerichtsstand nach Art. 5 Nr. 3 Brüssel-I-VO wählen kann.

Dies ist zu verneinen. Denn nur weil der potentiell Geschädigte nicht den für ihn günstigsten Gerichtsstand wählen kann, ist darin noch keine übermäßige Erschwerung oder gar die praktische Unmöglichkeit, seinen Anspruch zu verfolgen, zu sehen. Die prozessuale Gerechtigkeit⁷⁰ erfordert daher nicht, dass – gegen den Willen des europäischen Ordnungsgebers – neben dem besonderen Schutz des Arbeitnehmers, des Versicherungsnehmers und des Verbrauchers ein besonderer Schutz des Kartellgeschädigten eingeführt wird.

Damit ist in der Möglichkeit, den Gerichtsstand für Schadensersatzklagen nach Art. 102 AEUV zu prorogieren, kein Verstoß gegen den unionsrechtlichen Grundsatz der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung zu sehen.

c) Nichtigkeit der Gerichtsstandsklausel nach Art. 102 AEUV?

Weiter ist zu prüfen, ob die Gerichtsstandsklausel nach Art. 102 AEUV nichtig ist. Verträge, welche gegen Art. 102 AEUV verstoßen, sind nichtig.⁷¹ In der

⁶⁸ GA Wahl, Schlussanträge v. 5.7.2018 zu C-595/17, Rn. 45.

⁶⁹ EuGH, Entsch. v. 20.9.2001, C-453/99, *Courage Ltd ./. Crehan* und *Crehan ./. Courage Ltd*, Rn. 29.

⁷⁰ Zum Begriff der prozessualen Gerechtigkeit: Pfeiffer, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, 1995, S. 199 ff.

⁷¹ Weiß, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2016, Art. 102 AEUV Rn. 76.

Apple-Rechtssache hat *eBizcuss* – soweit ersichtlich – lediglich geltend gemacht, der materiell-rechtliche Hauptvertrag verstoße gegen Art. 102 AEUV. Gegen diese Überlegung ließe sich zunächst einwenden, die Wirksamkeit von Gerichtsstandsvereinbarung und Hauptvertrag seien separat zu beurteilen.⁷² Allerdings erscheint es denkbar, dass eine eigenständige Prüfung ergibt, dass auch der Prozessvertrag – die Gerichtsstandsvereinbarung – nach Art. 102 AEUV nichtig ist. Dafür muss jedoch zunächst die Frage geklärt werden, ob nicht Art. 23 Brüssel-I-VO abschließend die Unwirksamkeitsgründe für eine Gerichtsstandsvereinbarung regelt und für Unwirksamkeitsgründe daneben kein Raum ist. Dafür spricht, dass der Unionsgesetzgeber mit der Richtlinie 2014/104/EU einen Rechtsakt erlassen hat, der ausdrücklich auch die private Kartellrechtsdurchsetzung zum Gegenstand hat. In dieser Richtlinie werden Zuständigkeitsregelungen jedoch nicht adressiert. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber in der Brüssel-Ia-VO (bzw. der Brüssel-I-VO) ein in sich geschlossenes System prozessualer Gerechtigkeit sah, welches die internationale Zuständigkeit auch für Kartellschadensersatzansprüche abschließend regelt. In dem besonderen Schutz der Arbeitnehmer, Versicherungsnehmer und Verbraucher in der Brüssel-I-VO und in der Brüssel-Ia-VO ist eine bewusste Wertentscheidung des Unionsgesetzgebers zu sehen, potentiell Kartellgeschädigten nicht den gleichen Schutz zukommen zu lassen. Diese Wertentscheidung würde unterlaufen, wenn eine Gerichtsstandsvereinbarung allein wegen eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV als unwirksam betrachtet würde. Eine Nichtigkeit der Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 102 AEUV scheidet daher aus.

C. Vergleich: Die objektive Reichweite von Schiedsklauseln bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten

Mit einer Schiedsklausel vereinbaren Parteien den Ausschluss der staatlichen Gerichte zugunsten eines privaten Schiedsgerichts. Auch hier soll untersucht werden, ob eine Schiedsvereinbarung wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst (**I.**) und ob Parteien die Zuständigkeiten von Schiedsgerichten wirksam vereinbaren können (**II.**). Die nachfolgenden Überlegungen beziehen sich auf die Lösung nach deutschem Recht.

I. Auslegung

Um die Frage beantworten zu können, ob eine allgemeine Schiedsklausel auch wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche erfasst, muss zunächst geklärt werden, was hier unter einer „allgemeinen Schiedsklausel“ verstanden werden

⁷² St. Rspr. seit *EuGH*, *Entsch. v. 3.7.1997, C-269/95, Francesco Benincasa ./.* *Dentalkit Srl*, Rn. 21 ff.

soll (1.). In einem zweiten Schritt wird das Auslegungsstatut für eine Schiedsvereinbarung identifiziert (2.), um dann in einem dritten Schritt die Frage zu beantworten, ob grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass allgemeine Schiedsklauseln auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen (3.).

1. Enge und weite Schiedsklauseln

Gemeinhin wird zwischen engen und weiten Schiedsklauseln unterschieden.⁷³ Während enge Schiedsklauseln sich lediglich auf Streitigkeiten „aus dem Vertragsverhältnis“⁷⁴ beziehen, erfassen weite Schiedsklauseln Streitigkeiten „aus oder im Zusammenhang mit [diesem] Vertrag“⁷⁵. Heutzutage wird – soweit ersichtlich – von allen Schiedsinstitutionen zu einer weiten Schiedsklausel geraten.⁷⁶ Da aber dennoch Parteien teilweise – sei es aus Unkenntnis der Folgen oder als bewusste Entscheidung – eine enge Schiedsklausel vereinbaren, muss auch bei derartigen Klauseln gefragt werden, ob sie wettbewerbsrechtliche Schadensersatzansprüche erfassen.

2. Auslegungsstatut

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage nach dem auf die Auslegung der Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass dies keine Frage des Unionsrechts ist. Art. 1 Abs. 2 lit. d Brüssel-Ia-VO schließt die Anwendung der Verordnung auf Schiedsklauseln ausdrücklich aus. Es ist daher zu ermitteln, welches nationale Recht auf die Auslegung der Schiedsvereinbarung Anwendung findet. Vorrangig ist eine Rechtswahl der

⁷³ *Elsing*, Zur Auslegung von Schiedsvereinbarungen, in: FS Graf von Westphalen, 2010, S. 109 (120).

⁷⁴ So z. B. eine Schiedsklausel aus dem Jahr 1990, *OLG Dresden*, Entsch. v. 5.12.1994 – 2 U 1010/94, Rn. 4 (juris).

⁷⁵ *DIS*, Musterschiedsklausel, <http://www.disarb.org/de/17/klauseln/musterklausel-f%C3%BCr-schiedsverfahren-2018-id36> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁷⁶ Beispielhaft seien nur die Musterschiedsklauseln der *DIS*, des *ICC* und des *LCIA* genannt: *DIS*-Musterschiedsklausel: „(1) Alle Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder über dessen Gültigkeit ergeben, werden nach der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges endgültig entschieden. [...]“, <http://www.disarb.org/de/17/klauseln/musterklausel-f%C3%BCr-schiedsverfahren-2018-id36> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *ICC*-Musterschiedsklausel: „Alle Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit dem vorliegenden Vertrag ergeben, [...]“, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/Standard-ICC-Arbitration-Clause-in-GERMAN-1.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *LCIA*-Musterschiedsklausel: „Alle sich aus oder in Zusammenhang mit diesem Vertrag ergebenden Streitigkeiten [...]“, www.lcia.org/media/Download.aspx?MediaId=27 (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

Parteien zu berücksichtigen.⁷⁷ Regelmäßig haben die Parteien aber nicht separat ein Recht gewählt, welches auf die Auslegung der Schiedsklausel Anwendung finden soll. Zwei Möglichkeiten erscheinen denkbar: Entweder könnte die Schiedsklausel nach dem jeweiligen *lex fori* ausgelegt werden.⁷⁸ Oder die Auslegung erfolgt nach dem für den Hauptvertrag gewählten Recht. Eine unbesehene Anknüpfung an das *lex causae* würde jedoch gegen den Grundsatz der Trennung von Schiedsklausel und Gerichtsstand verstoßen. Trotzdem kann in der Wahl eines Rechts für den Hauptvertrag auch eine konkludente Wahl für das Auslegungsstatut der Schiedsklausel gesehen werden, da juristische Laien die Rechtswahl oftmals nicht in Kenntnis der *doctrine of separability* treffen. Die Bestimmung des Auslegungsstatuts ist daher eine Frage des Einzelfalls, welche hier nicht pauschal beantwortet werden kann.⁷⁹ Für die Zwecke der weiteren Ausführungen wird eine Auslegung nach deutschem Recht zugrunde gelegt.

3. Auslegungsgrundsätze

Den Auslegungsgrundsätzen ist voranzustellen, dass selbstverständlich die Auslegung von der Parteivereinbarung im Einzelfall abhängt. Damit verbietet sich eine pauschale Aussage, ob eine allgemeine – enge oder weite – Schiedsvereinbarung auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst.⁸⁰ Dennoch werden im Folgenden einige Auslegungsgrundsätze hervorgehoben, aus denen sich eine grundsätzliche Entscheidung ablesen lässt.

a) Grundsatz der schiedsfreundlichen Auslegung

Zunächst ist der Grundsatz der schiedsfreundlichen Auslegung hervorzuheben.⁸¹ Danach ist grundsätzlich mangels eines anderweitig zum Ausdruck gekommenen Willens der unbedingte „Schiedswille“ der Parteien anzunehmen: Es ist davon auszugehen, dass die Parteien alle im Zusammenhang mit dem Vertrag stehenden Streitigkeiten von dem Schiedsgericht entscheiden lassen wollten (*one shop stop adjudication*).⁸² Die schiedsfreundliche Auslegung wird mit dem vermutetem

⁷⁷ *Elsing* (Fn. 73), S. 116.

⁷⁸ *Meier/Schmoll*, Erstreckung von Schiedsvereinbarungen auf kartellrechtlichen Schadensersatz, WuW 2018, 445 sub II. 4. a).

⁷⁹ Ein tieferes Eingehen auf das Auslegungsstatut würde auch den Rahmen dieses Beitrags sprengen, vgl. *Born*, International Commercial Arbitration Vol. 1, 2. Aufl. 2014, S. 635 ff.

⁸⁰ So auch: *Meier/Schmoll* (Fn. 78), S. 446, sub II. 4. b) a. E.

⁸¹ *Schlosser*, in: Stein/Jonas, 23. Aufl. 2014, § 1029 ZPO Rn. 35; *Wolf/Eslami*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 33, Stand: 1.7.2019, § 1029 ZPO Rn. 14.

⁸² Als international anerkannte Leitentscheidung bezeichnet *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 81), § 1029 Rn. 35 die *House of Lords*-Entscheidung *Premium Nafta Products Limited et al. v. Fili Shipping Company Limited et al.* v. 17.10.2007, [2007] UKHL 40 per *Lord Hoffmann*: „In my opinion the construction of an arbitration clause should start from the

Willen der Parteien begründet, ein Höchstmaß an Prozessökonomie – nur ein Prozess – erreichen zu wollen. Der Grundsatz der schiedsfreundlichen Auslegung gilt sowohl für enge als auch für weite Schiedsklauseln.⁸³

b) Ausnahme bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten?

Es stellt sich allerdings die Frage, ob von diesem Grundsatz bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten eine Ausnahme von der extensiven schiedsfreundlichen Auslegung gemacht werden muss.⁸⁴ Hier ist wieder die Parteivereinbarung in den Blick zu nehmen: Im Sinne einer schiedsfreundlichen Auslegung könnte auf den ersten Blick davon ausgegangen werden, dass nach Zugrundelegung eines großzügigen Maßstabs auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst sein sollen. Jedoch ist auch bei der Auslegung der Schiedsvereinbarung danach zu fragen, welches Vorstellungsbild die Parteien beim Abschluss der Schiedsvereinbarung hatten. Hier ist wieder die Frage zu stellen, ob Parteien auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten der Schiedsklausel unterstellen wollten.⁸⁵ Dabei ist eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen: Bei einer allgemeinen Schiedsklausel kann nicht davon ausgegangen werden, dass Parteien mit ihr auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 101 AEUV erfassen wollten – dadurch würde eine effektive Anspruchsbündelung verhindert und die Verfolgung des Schadensersatzanspruchs aus Art. 101 AEUV erschwert.⁸⁶ Für eine weite Auslegung von Schiedsklauseln wird insbesondere das Argument angeführt, dass Parteien eine Schiedsklausel abschließen, um einen schnellen, effizienten Prozess vor *einem* Schiedsgericht zu haben.⁸⁷ Dem ist jedoch zu entgegnen, dass eine Bindung an die Schiedsklausel einen effizienten Prozess nicht fördert. Ein effizienter Prozess – sowohl für Kartellanten als auch für die Kartellgeschädigten – kann dann stattfinden, wenn die Schadensersatzansprüche nach Art. 101 AEUV an einem Gerichtsstand gebündelt werden. Eine Schiedsklausel stünde dem jedoch entgegen: Da nicht davon auszugehen ist, dass alle Kartellanten mit allen Kartellgeschädigten jeweils die gleiche Schiedsklausel abgeschlossen haben, müssten viele verschiedene Prozesse vor unterschiedlichen staatlichen Gerichten und unterschiedlichen

assumption that the parties, as rational businessmen, are likely to have intended any dispute arising out of the relationship into which they have entered or purported to enter to be decided by the same tribunal.“

⁸³ *Elsing* (Fn. 73), S. 120 f.

⁸⁴ Gegen eine Ausnahme: *Günther*, Kartellrechtsstreitigkeiten vor Schiedsgerichten, in: LA Böckstiegel, 2001, S. 253 (254 f.).

⁸⁵ Vgl. oben, sub **B. I. 2. e)** bb).

⁸⁶ *Funke*, Anmerkung zu LG Dortmund, *Entsch. v. 13.9.2017*, WuW 2017, 624.

⁸⁷ *Thole*, Erfassen Schiedsvereinbarungen auch Kartellschadensersatzansprüche?, ZWeR 2017, 133 (142 f.).

Schiedsgerichten stattfinden.⁸⁸ Und selbst wenn gleiche Schiedsklauseln abgeschlossen worden sein sollten, können nicht ohne Weiteres weitere Parteien beteiligt werden, da die Schiedsklausel in der Regel auf ein 1:1-Verfahren und kein Mehrparteischiedsverfahren abzielt.⁸⁹

Daher wird in der Regel kein übereinstimmender Parteiwille bestanden haben, auch kartelldeliktsrechtliche Streitigkeiten nach Art. 101 AEUV einer allgemein gefassten Schiedsklausel zu unterstellen. Schadensersatzansprüche nach Art. 102 AEUV unterscheiden sich dagegen nicht in dem für die Zuständigkeit wesentlichen Punkt.

II. Wirksamkeit

Wenn durch Auslegung ermittelt ist, dass eine allgemeine Schiedsklausel auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst, muss geklärt werden, ob Parteien eine solche Schiedsklausel wirksam abschließen können. Zunächst ist grundsätzlich zu klären, ob wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten schiedsfähig sind (1.). Danach ist zu klären, ob die Schiedsklausel wegen eines Verstoßes gegen Art. 101 f. AEUV unwirksam ist (2.) oder die Unwirksamkeit aus dem Gebot der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung folgt (3.).

1. Schiedsfähigkeit

Der naheliegendste Unwirksamkeitsgrund ist die Schiedsunfähigkeit von wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten. Zunächst soll die Schiedsfähigkeit nach nationalem Recht (a)), sodann die Schiedsfähigkeit nach Unionsrecht (b)) untersucht werden.

a) Nach nationalem Recht

Nach nationalem deutschem Recht richtet sich die Schiedsfähigkeit nach § 1030 ZPO. Dort findet sich keine Vorschrift, welche Kartellrechtsverstöße für schiedsunfähig erklärt. § 91 GWB i. d. F. v. 27.7.1957⁹⁰ erklärte Schiedsvereinbarungen, die Kartellverstöße betrafen, für unverbindlich, wenn

⁸⁸ So auch: *Petrascu/Westerhoff*, Die Anwendbarkeit und Reichweite von Schiedsvereinbarungen in Kartellschadensersatzprozessen – Zugleich Besprechung der Entscheidung des LG Dortmund vom 13.09.2017, 8 O 30/16 [Kart], WuW 2017, 585 sub III.

⁸⁹ Zum Mehrparteischiedsverfahren umfassend: *Diesselhorst*, Mehrparteischiedsverfahren. Internationale Schiedsverfahren unter Beteiligung von mehr als zwei Parteien, 1993, passim; *Niklas*, Die subjektive Reichweite von Schiedsvereinbarungen. Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Mehrparteischiedsgerichtsbarkeit, 2007, passim.

⁹⁰ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 27.7.1957, BGBl. I Nr. 41 v. 9.8.1957, S. 1081 (1098).

nicht gleichzeitig der Weg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit eröffnet war. Mit der 6. GWB-Novelle 1998⁹¹ hat der Gesetzgeber § 91 GWB gestrichen. In der Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts hat der Gesetzgeber in der Gesetzgebung klargestellt, dass Kartellrechtsverstöße nun schiedsfähig seien.⁹² Als Gründe hat die Bundesregierung im Wesentlichen angegeben, dass die Schiedsunfähigkeit von kartellrechtlichen Ansprüchen nicht mehr erforderlich sei, da auch Schiedsgerichte an die zwingenden Normen des Kartellrechts gebunden seien und eine staatliche Kontrolle im Rahmen des Aufhebungs- und Vollstreckungsverfahrens möglich sei. Da durch das europaweit einheitliche Kollisionsrecht eine Derogation zwingender kartellrechtlicher Normen ausgeschlossen ist,⁹³ ist als Ergebnis festzuhalten, dass auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten schiedsfähig sind.⁹⁴

b) Unionsrecht

Weiter könnten wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten nach Unionsrecht nicht schiedsfähig sein. Der *EuGH* hatte sich in der Rechtssache *Eco Swiss*⁹⁵ mit Rechtsfragen zur Anerkennung eines Schiedsspruchs zu befassen, die eine wettbewerbsrechtliche Streitigkeit zum Gegenstand hatte. Bei Rn. 41 stellte der *EuGH* fest, dass ein nationales Gericht einer Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs nur stattgeben muss, „wenn es der Auffassung ist, daß der Schiedsspruch Art. 85 EG-Vertrag [Art. 105 AEUV] widerspricht, sofern es nach seinem nationalen Verfahrensrecht im Fall der Verletzung nationaler Rechtsvorschriften, die der öffentlichen Ordnung zugeordnet sind, einer Aufhebungsklage stattzugeben hätte.“⁹⁶ Indem der *EuGH* nicht geurteilt hat, dass dem Aufhebungsantrag nicht schon deswegen stattzugeben ist, weil wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten nicht schiedsfähig sind, lässt sich aus dieser *EuGH*-Entscheidung schließen, dass wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten nach Unionsrecht schiedsfähig sind.⁹⁷

⁹¹ Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 26.8.1998, BGBl. I Nr. 59 v. 2.9.1998, S. 2521-2545.

⁹² *Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 71, li. Sp.

⁹³ Art. 6 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“).

⁹⁴ So auch: *Wagner*, *ZVglRWiss* 114 (2015), 494 (498).

⁹⁵ *EuGH*, *Entsch. v. 1.6.1999, C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. / Benetton International NV*.

⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 41.

⁹⁷ So auch *Heinze*, *Antitrust Damages Claims and Arbitration Agreements*, in: Ferrari, *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, 2017, S. 383 (386 f.); *Isidro*, *Claims for Damages and Arbitration: The 2014/104/EU Directive*, in: Ferrari,

2. Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung wegen Unwirksamkeit des Hauptvertrags nach Art. 101 f. AEUV?

Weiter könnte die Schiedsvereinbarung deswegen unwirksam sein, weil der Hauptvertrag, in welchem sie enthalten ist, nach Art. 101 f. AEUV unwirksam ist.⁹⁸ Außerdem ist auf die *doctrine of separability* hinzuweisen: Die Wirksamkeit der Schiedsklausel ist grundsätzlich unabhängig von der Wirksamkeit des Hauptvertrags.⁹⁹ Die bloße Nichtigkeit des Hauptvertrags nach Art. 101 f. AEUV allein führt daher noch nicht zu der Nichtigkeit der Schiedsklausel. Etwas anderes kann dann gelten, wenn sich der Missbrauch der Marktmacht gerade auch in der Schiedsklausel zeigt. Bei einer „normalen“ Schiedsklausel wird das in der Regel jedoch nicht der Fall sein, da Schiedsklauseln im internationalen Handelsverkehr üblich sind. Eine andere Bewertung kann sich jedoch bei Schiedsklauseln in Sportlerverträgen ergeben.¹⁰⁰ Sollte sich spezifisch in einer Schiedsklausel ein Verstoß gegen Art. 101 f. AEUV finden, so wird sich dieser Verstoß in für den Geschädigten sehr ungünstigen Bedingungen widerspiegeln. Beispiele für sehr ungünstige Bedingungen sind Schiedsrichterlisten mit Schiedsrichtern, welche dem Kartellanten nahestehen, *registration fees*, welche effektiven Rechtsschutz verhindern, ein Schiedsort, welcher mit sehr hohen Kosten verbunden ist etc. Hier ist jeweils zu erwägen, ob nicht die Schiedsklausel – unabhängig von einem Verstoß gegen Art. 101 f. AEUV – sittenwidrig nach § 138 BGB ist.¹⁰¹ Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass eine Schiedsklausel nicht allein deswegen unbeachtlich ist, weil der Hauptvertrag nach Art. 101 f. AEUV nichtig ist.

2017, S. 421 (422); *Thole* (Fn. 87), S. 133 f.; *Voit*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 1030 Rn. 2; anders (aktuell) nur *Fezer/Koos*, Internationales Wirtschaftsrecht, 15. Aufl. 2015, Kap. B Rn. 377, der sich allerdings auch nur auf ältere Literatur stützen kann: *Mok/Johannes*, Schiedsgerichtsbarkeit und EWG-Vertrag. Zum Meinungsstand über die Anrufung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften durch Schiedsgerichte, RIW 1966, 125 (128); *Altenmüller*, Die Auswirkung des Art. 9 Abs. 3 EWG-VO Nr. 17 auf die Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 1975, 471 (478).

⁹⁸ So vertreten für einen Verstoß gegen Art. 81 EGV von: *Sachslehner*, Schiedsvereinbarungen in wettbewerbsbeschränkenden Verträgen, 2001, S. 93 f.

⁹⁹ *Schlosser*, in: Stein/Jonas (Fn. 81), § 1029 Rn. 107 m. w. N.

¹⁰⁰ Siehe hierzu den Fall *Pechstein*, OLG München, WuW 2015, 273 ff., mit Besprechung von *Eckel/Richter*, Die kartellrechtliche Unwirksamkeit von Schiedsvereinbarungen. Zur Gewährleistung von Verfahrensgarantien mittels des europäischen und deutschen Kartellrechts, WuW 2015, 1078 ff.

¹⁰¹ *Münch*, in: MüKo-ZPO III, 5. Aufl. 2017, § 1029 ZPO Rn. 16, 21.

3. Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der effektiven Kartellrechtsdurchsetzung?

Schließlich könnte eine Schiedsklausel deswegen unwirksam sein, weil sie gegen den Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung verstößt. Hier besteht ein bedeutender Unterschied zu Gerichtsstandsklauseln: Während die Brüssel-I-VO (bzw. die Brüssel-Ia-VO) die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen abschließend regelt,¹⁰² nehmen die Brüssel-Verordnungen Schiedsklauseln ausdrücklich aus ihrem Regelungsbereich aus. Das durchgreifende Argument zur Zulässigkeit von Gerichtsstandsklauseln – diese seien zulässig, da sie nach dem abgeschlossenen System der Brüssel-I-VO (bzw. Brüssel-Ia-VO) nicht unzulässig seien – greift in Bezug auf Schiedsklauseln gerade nicht. Insofern muss sich die Zulässigkeit von Schiedsklauseln direkt an Art. 101 f. AEUV messen lassen.¹⁰³ *Jääskinen* ist daher der Ansicht, dass bei Ansprüchen nach Art. 101 AEUV dem Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung der Vorrang vor der Bindung an die Schiedsklausel eingeräumt werden muss.¹⁰⁴ Nach der hier vorgeschlagenen Lösung ergibt schon die Auslegung der Schiedsklausel, dass Schadensersatzansprüche nach Art. 101 AEUV von einer allgemeinen Schiedsklausel nicht erfasst sind. Sollte eine Auslegung jedoch ergeben, dass solche Ansprüche auch erfasst sein sollten, stellt sich die Frage, ob diese Vereinbarung aufgrund des unions-primärrechtlichen Grundsatzes der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung unangewendet bleiben muss. Das ist abzulehnen: Denn wenn die Auslegung der Willenseinigung der Parteien ergibt, dass diese auch kartellrechtliche Streitigkeiten nach Art. 101 AEUV ihrer Gerichtsstandsklausel unterstellen wollten, kann diese Vereinbarung nicht durch Erwägungen des Effektivitätsgrundsatzes invalidiert werden. Für die Aufrechterhaltung der Parteivereinbarung streiten ebenfalls Grundsätze des Primärrechts: Nämlich die Wahrung der Parteiautonomie.

D. Ausblick

Mit dem Urteil in der Rechtssache *Apple* hat der *EuGH* weitere Auslegungsleitlinien für die Frage geliefert, ob eine allgemein gehaltene Gerichtsstandsklausel auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfasst. Die Auslegungsleitlinien sind inhaltlich zu begrüßen, die Begründung kann jedoch nicht überzeugen. Es bleibt abzuwarten, ob sich der *EuGH* noch ausdrücklich zur Reichweite von Schiedsklauseln in Bezug auf wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten äußern wird. Sowohl für Gerichtsstands- als auch für

¹⁰² Siehe oben sub **B. II. 2.**

¹⁰³ GA *Jääskinen*, Schlussanträge v. 11.12.2014 zu C-352/13, Rn. 124.

¹⁰⁴ *Ebd.*

Schiedsklauseln ist hervorzuheben, dass es im Kern auf die richtige Ermittlung der Parteivereinbarung ankommt: Eine bewusst getroffene Entscheidung der Parteien sollte nicht durch den Effektivitätsgrundsatz überspielt und damit Rechtssicherheitserwartungen enttäuscht werden. Für *eBizcuss* verlief der Rechtsstreit wenig erfreulich: Nach sieben Jahren des Prozessierens¹⁰⁵ hat die *Cour de cassation* mit Urteil vom 30.1.2019 festgestellt, dass die französischen Gerichte international unzuständig sind.¹⁰⁶ Ob der Liquidator von *eBizcuss* es auf eine Klage in Irland ankommen lassen will, ist ungewiss.

E. Zusammenfassung in Thesenform

1. Aus den Zielen, die Parteivereinbarung zu wahren sowie vorhersehbare Ergebnisse für die internationale Zuständigkeit zu schaffen, folgt der Grundsatz der weiten Auslegung der sachlichen Reichweite von Gerichtsstandsvereinbarungen.
2. Das vom *EuGH* angewendete Kriterium der Vorhersehbarkeit ist untauglich: Auch vertragliche Ansprüche können unvorhersehbar sein – Beispiel: vorsätzliche Schädigung – sie unterfallen aber – soweit ersichtlich – nach allgemeiner Auffassung einer Gerichtsstandsklausel.
3. Statt des Vorhersehbarkeitstests wird ein alternativer Test vorgeschlagen: Es ist die hypothetische Frage zu stellen, ob die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch kartelldeliktische Streitigkeiten ihrer Gerichtsstandsklausel unterstellen wollten.
 - a. Bei einer allgemein gefassten Gerichtsstandsklausel ist diese Frage im Grundsatz in Bezug auf Art. 101 AEUV-Ansprüche mit „Nein“ zu beantworten, da einer wirtschaftlich sinnvollen Anspruchsdurchsetzung – Anspruchsbündelung – die Gerichtsstandsklausel im Wege steht.
 - b. In Bezug auf Art. 102 AEUV-Schadensersatzansprüche wird die Frage im Grundsatz mit „Ja“ zu beantworten sein, da hier kein signifikanter Unterschied zu anderen deliktsrechtlichen Ansprüchen zu erkennen ist.

¹⁰⁵ *eBizcuss* hat nach Darstellung des Prozessverlaufs des *EuGH* im April 2012 Klage gegen *Apple* erhoben, *EuGH*, Urt. v. 24.10.2018, C-595/17, *Apple Sales International et al.* ./ *MJA* (Liquidator von *eBizcuss*), Rn. 12.

¹⁰⁶ *Cour de cassation*, Entsch. v. 30.1.2019, 16-25259, ECLI:FR:CCASS:2019:C100084.

4. Der Grundsatz der effektiven privaten Kartellrechtsdurchsetzung verbietet Parteien nicht, Gerichtsstandsklauseln abzuschließen, welche auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen.
5. Der Grundsatz der effektiven privaten Durchsetzung des Kartellrechts gebietet es, höhere Anforderungen an die Bestimmtheit der Gerichtsstandsklausel zu stellen, damit auch Schadensersatzansprüche nach Art. 101 AEUV erfasst sind.
6. Im Rahmen der Beurteilung der sachlichen Reichweite von Gerichtsstandsklauseln in Bezug auf Schadensersatzansprüche nach Art. 102 AEUV besteht kein erhöhtes Bestimmtheitserfordernis.
7. Der Grundsatz der effektiven privaten Durchsetzung des Kartellrechts verbietet es nicht, dass Gerichtsstandsklauseln wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen.
8. Auf die Auslegung von Schiedsklauseln finden die gleichen Erwägungen Anwendung (s. o., Nr. 3).
9. Ergibt die Auslegung einer Schiedsklausel, dass die Parteien auch wettbewerbsrechtliche Streitigkeiten erfassen wollten, sollte der Parteiwille nicht durch den Effektivitätsgrundsatz überspielt werden.

Lion Fritsche*

Europäischer Investitionsschutz vor dem Aus?

Die Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts nach Art. 267 AEUV

Abstract

Anfang März 2018 entschied der EuGH, dass Schiedsgerichte, die über unionsinterne bilaterale Investitionsschutzabkommen urteilen, nicht mit der „Autonomie der Unionsrechtsordnung“ vereinbar sind. Er begründete dies insbesondere mit der fehlenden „Gerichtsqualität“ eines Schiedsgerichts und der daraus resultierenden fehlenden Vorlageberechtigung i. S. v. Art. 267 AEUV. Der folgende Beitrag geht nun der Frage nach, ob dieses Grundsatzurteil auch Schiedsgerichte betrifft, die auf dem Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und den Angehörigen anderer Staaten beruhen und insofern vom internationalen Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) administriert werden.

In the beginning of March 2018 the European Court of Justice decided that arbitral tribunals, which rule over European bilateral investment treaties, are not compatible with EU law. The court mainly reasoned its decision with the missing competence of an arbitral tribunal to bring a case in front of the European Court of Justice according to Art. 267 AEUV. The following paper discusses the question, whether the decision of the European Court of Justice also affects arbitral tribunals which are based on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States and thus administered by the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID).

* Der Autor studiert im sechsten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Stephan Lorenz*.

A. Einleitung

„Ohne Investitionen kein nachhaltiges Wachstum“¹ Diese Aussage des Präsidenten der Europäischen Investitionsbank gewinnt gerade in Zeiten eines (möglichen) Brexit immer mehr an Bedeutung. Die EU-Mitgliedstaaten haben dieses Kredo schon früh verinnerlicht und untereinander unzählige bilaterale Investitionsabkommen geschlossen,² die es Investoren ermöglicht haben, einfach und sicher in den entsprechenden Staaten zu investieren. Attraktiv war dabei vor allem ein flexibles und wirksames Instrument zur Streitbeilegung: die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Diesem wirksamen Streitbeilegungsmechanismus könnte der *EuGH* nun mit seinem Urteil vom 6.3.2018 im *Achmea*-Verfahren einen Riegel vorgeschoben haben³. Selten hat eine Entscheidung des *EuGH* derart Wellen geschlagen und selten könnte eine Entscheidung derart gravierende Auswirkungen haben wie die vom *EuGH* aufgestellten Grundsätze zur Investitionsschiedsgerichtsbarkeit.⁴ Dabei ist die Entscheidung des *EuGH* wohl in erster Linie politisch motiviert gewesen. Streng nach dem ersten Gebot: „Du sollst keine anderen Götter haben neben mir“⁵, scheint der *EuGH* in wenigen Sätzen der europäischen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit die Existenzgrundlage abgesprochen zu haben. Insofern ist die Begründung des *EuGH* wohl auch bewusst sehr allgemein gehalten. Dies eröffnet im Gegenzug aber auch den Raum für neue Argumentationsansätze: Zu fragen bleibt daher, ob sämtliche Investitionsschiedsgerichte von der *Achmea*-Entscheidung betroffen sind. Zumindest für ein auf dem Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und den Angehörigen anderer Staaten (im Folgenden: ICSID-Konvention) beruhendes Schiedsgericht ist dies nicht ganz so eindeutig, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag.

Zunächst wird daher ein Überblick über die Entscheidung des *EuGH* im *Achmea*-Verfahren gegeben. (B.). Im Anschluss daran soll anhand der bisherigen

¹ Hoyer, Ohne Investitionen sieht es für die EU schlecht aus, Welt.de, 13.11.2018, abrufbar unter: <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article183759990/Zukunft-der-EU-Ohne-Investitionen-sieht-es-schlecht-aus.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

² Derzeit bestehen in der Europäischen Union 196 bilaterale Investitionsschutzabkommen, siehe dazu GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 3.

³ *PCA, Achmea BV v. The Slovak Republic*, 7.12.2012, PCA Case No. 2008-13, abrufbar unter: <https://pca-cpa.org/en/cases/28/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁴ Daniel Thym bezeichnet das Urteil als „Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte“, Thym, Todesstoß für autonome Investitionsschutzgerichte, Verfassungsblog.de, 8.3.2018, abrufbar unter: verfassungsblog.de/todesstoss-fuer-autonome-investitionsschutzgerichte/ (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁵ Bibel, Genesis, 20, 3.

Rechtsprechung des *EuGH* dargelegt werden, was „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV meint und ab wann ein solches zur Vorlage an den *EuGH* berechtigt ist (C.). Der Schwerpunkt des Beitrages liegt dann aber auf der Frage, ob anhand der vom *EuGH* entwickelten Kriterien die Vorlageberechtigung für ein unter der ICSID-Konvention gebildetes Schiedsgericht oder für das Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (im Folgenden: ICSID) als Organisation selbst zu bejahen wäre (D.).

B. Das *Achmea*-Urteil

I. Sachverhalt

Das der Entscheidung des *EuGH* zugrundeliegende bilaterale Investitionsschutzabkommen (*bilateral investment treaty*, im Folgenden: BIT) trat am 1.10.1992 zwischen dem Königreich der Niederlande und der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik in Kraft.⁶ Im Jahr 1993 trat die Slowakische Republik als Rechtsnachfolgerin der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik in das BIT ein und öffnete im Jahr 2004 den slowakischen Markt für Anbieter privater Krankenversicherungen. Dies nutzte der niederländische Krankenversicherer *Achmea*, um über eine Tochtergesellschaft in der Slowakischen Republik zu investieren. Als im Jahr 2006 die Slowakische Republik die Liberalisierung des Krankenversicherungsmarktes wieder rückgängig machte, leitete *Achmea* unter Berufung auf Art. 8 Abs. 2 des BIT⁷ ein Schiedsverfahren gegen die Slowakische Republik in Frankfurt am Main ein. Schon in diesem Verfahren erhob die Slowakische Republik die Einrede der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts, da ihr Beitritt zur EU im Jahr 2004 zur Unvereinbarkeit von Art. 8 Abs. 2 des BIT mit Unionsrecht geführt hätte. Diese wies das Schiedsgericht mittels Zwischenentscheid zurück und „verurteilte“ die Slowakische Republik zu Schadensersatz in Höhe von 22,1 Mio. Euro.⁸ Gegen diesen Schiedsspruch beantragte die Slowakische Republik Aufhebung und erhob nach Zurückweisung ihres Antrages durch das zuständige *OLG Frankfurt a. M.* Rechtsbeschwerde beim *BGH*.⁹ Dieser hatte zwar Zweifel

⁶ Das Abkommen ist in englischer Sprache unter dem folgenden Link abrufbar: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2080/download> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁷ Art. 8 Abs. 2 des BIT: „Jede Vertragspartei stimmt hiermit zu, dass eine in Absatz 1 dieses Artikels genannte Streitigkeit einem Schiedsgericht vorgetragen wird, falls die Streitigkeit innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten ab dem Datum, an dem eine Partei der Streitigkeit die gütliche Beilegung gewünscht hat, nicht gütlich beigelegt ist.“ [Übersetzung durch den Verfasser].

⁸ *PCA, Achmea BV v. The Slovak Republic*, 7.12.2012, PCA Case No. 2008-13, abrufbar unter: <https://pca-cpa.org/en/cases/28/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁹ *BGH*, BeckRS 2018, 28148; *OLG Frankfurt am Main*, BeckRS 2015, 6323.

an der Begründetheit des Aufhebungsantrages, legte die aber noch unbeantwortete Frage dennoch dem *EuGH* zur Entscheidung vor.¹⁰

II. Entscheidungsgründe

Interessanterweise waren sich das *OLG Frankfurt a. M.*, der *BGH* sowie Generalanwalt *Melchior Wathelet* einig, dass der Antrag der Slowakischen Republik unbegründet ist.¹¹ Der *EuGH* ist diesen Ansichten allerdings nicht gefolgt und begründete seine Entscheidung im Wesentlichen mit dem Grundsatz der „Autonomie des Rechtssystems der Union“.¹² Mit dem Begriff der Autonomie meint der *EuGH*, dass die Europäische Union eine eigenständige Rechtsordnung innerhalb des Völkerrechts darstellt.¹³ Der *EuGH* sorgt nun nach Maßgabe des Art. 344 AEUV dafür, dass diese eigenständige Rechtsordnung auf der einen Seite einheitlich ausgelegt, auf der anderen Seite aber auch vollzogen wird (*effet-utile-Grundsatz*). Insofern entscheidet der *EuGH* gemäß Art. 19 Abs. 3 EUV über Klagen der Mitgliedstaaten, eines Organs oder natürlicher oder juristischer Personen im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens auf Antrag der einzelstaatlichen Gerichte oder in allen anderen in den Verträgen vorgesehenen Fällen. Zur Wahrung der einheitlichen Auslegung des Unionsrechts, hat sich insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV als zentrales Element dieser eigenständigen Rechtsordnung herauskristallisiert. Dieser Vorschrift zu Folge können nationale Gerichte insbesondere Fragen über die Auslegung der Verträge dem *EuGH* zur Entscheidung vorlegen. Dabei sind letztinstanzliche Gerichte nach Art. 267 Abs. 3 AEUV sogar zur Vorlage verpflichtet.

Dieser Grundsatz der Autonomie der Unionsrechtsordnung wäre nun verletzt, wenn erstens ein Gericht mit der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht befasst und zweitens nicht zur Vorlage nach Art. 267 AEUV berechtigt bzw. verpflichtet wäre.¹⁴ In seiner Entscheidung hat der *EuGH* die erste Voraussetzung bejaht, indem er auf Art. 8 Abs. 6 des BIT verwies, welcher die Berücksichtigung von Recht zwischen den Vertragsstaaten, also auch dem Unionsrecht, vorschreibt.¹⁵ Daran anschließend widmete er sich der Frage, ob

¹⁰ *BGH*, BeckRS 2018, 28148.

¹¹ Vgl. *ebd.*; *OLG Frankfurt am Main*, BeckRS 2015, 6323; GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 273.

¹² *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*, Rn. 32 f.

¹³ *EuGH*, Urt. v. 5.2.1963, C-26/62, *Van Gend en Loos ./ Administratie der Belastingen*, S. 25.

¹⁴ Vgl. *Müller/Simon*, Das Achmea-Urteil des EuGH und die Auswirkungen auf Streitbeilegungsmechanismen im Rechtsraum der EU, NJOZ 2018, 961 (962); *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*, Rn. 39 f.

¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*, Rn. 40.

das in Rede stehende Schiedsgericht ein Gericht i. S. d. Art. 267 AEUV ist. In Bezug auf das *Achmea*-Schiedsgericht verneinte der *EuGH* diese Voraussetzung, da das Schiedsgericht „kein Teil des in den Niederlanden und in der Slowakei bestehenden Gerichtssystems“ sei.¹⁶ Darüber hinaus handle es sich auch nicht um ein den Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht, wie der *Benelux-Gerichtshof*, welcher nach Ansicht des *EuGH* vorlageberechtigt ist.¹⁷ Daran anschließend diskutierte der *EuGH* noch, ob eine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht über eine nachträgliche Überprüfung des Schiedsspruches vor nationalen Gerichten erreicht werden könnte. Im Falle von *Achmea* sei allerdings eine Überprüfung nur in sehr begrenztem Umfang möglich.¹⁸ Daher könne ein Verstoß gegen Unionsrecht auch nicht oder nicht ausreichend durch eine gerichtliche Überprüfung korrigiert werden.¹⁹ Da aus diesen Gründen nicht gewährleistet werden könne, dass eine im Schiedsverfahren auftretende unionsrechtliche Fragestellung dem *EuGH* nach Art. 267 AEUV zur Entscheidung vorgelegt werden kann, verletzt Art. 8 des BIT nach Ansicht des *EuGH* die Autonomie des Unionsrechts.²⁰

III. Auswirkungen

Die Auswirkungen des Urteils dürften zum jetzigen Zeitpunkt immer noch schwer abzuschätzen sein. Sicher ist nur, dass die aufgestellten Grundsätze wohl nur zum Tragen kommen, wenn ein Schiedsgericht in irgendeiner Form mit der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht betraut ist. Dies scheint zumindest in Bezug auf ein bilaterales Investitionsschutzabkommen zwischen einem Mitgliedstaat und einem Drittstaat äußerst fraglich.²¹ Aber auch im Hinblick auf bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen Mitgliedstaaten dürften Zweifel bestehen bleiben. Der *EuGH* hat in der *Achmea*-Entscheidung klar auf Art. 8 Abs. 6 des BIT Bezug genommen, welcher die Berücksichtigung von

¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./.* *Achmea BV*, Rn. 45.

¹⁷ *Ebd.*, Rn. 47 f.

¹⁸ Das Schiedsgericht hat mit Verfahrensbeschluss Nr. 1 Frankfurt am Main als Schiedsort festgelegt. Demzufolge richtet sich eine gerichtliche Überprüfung nach § 1059 Abs. 2 ZPO, welcher aber einen nur sehr engen Rahmen (z. B. Wirksamkeit der Schiedsklausel oder Schiedsrichterbestellung) steckt.

¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./.* *Achmea BV*, Rn. 50 ff.

²⁰ *Ebd.*, Rn. 58.

²¹ *Stöbener de Mora*, Das *Achmea*-Urteil zum Intra-EU-Investitionsschutz, *EuZW* 2018, 363 (368); *Thym*, (Fn. 4); mittlerweile hat der *EuGH* in einem von Belgien bzgl. der Vereinbarkeit des CETA-Abkommen mit dem Unionsrecht in Auftrag gegebenen Gutachten (*Avis*, 1/17) die Frage dahingehend beantwortet, dass aufgrund der Reziprozität internationaler Übereinkünfte sowohl der Rechtskreis des Mitgliedstaates als auch des Drittstaates betroffen ist. Insofern wäre ein im Rahmen des CETA-Abkommen errichtetes Schiedsgericht auch (mittelbar) mit der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht betraut.

Unionsrecht indirekt vorschreibt.²² Eine solche Klausel dürfte in Investitionsschutzabkommen aber eher die Ausnahme sein. Es ist daher durchaus zweifelhaft, ob Schiedsgerichte bei Investitionsstreitigkeiten innerhalb der EU überhaupt mit der Auslegung und Anwendung von Unionsrecht in Berührung kommen.²³

Andererseits ist gerade in europäischen bilateralen Investitionsschutzabkommen ein Bezug zum Unionsrecht zumindest mittelbar immer denkbar.²⁴ Dafür spricht auch, dass Art. 59, 30 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK²⁵) die Vereinbarkeit von BITs mit Unionsrecht voraussetzen.²⁶ Sollte sich also ein Investitionsschiedsgericht mit der Gültig- bzw. Wirksamkeit eines BIT beschäftigen müssen, so muss es auch immer Bezug auf das Unionsrecht nehmen. Insofern kann davon ausgegangen werden, dass sich auch Schiedsgerichte zumindest mittelbar mit der Auslegung und der Anwendung des Unionsrechts zu befassen haben.

Problematisch wäre dies definitiv dann, wenn die Auslegung und Anwendung des Unionsrecht durch ein Schiedsgericht autonom, d. h. ohne außergerichtliche Kontrolle, vor allem durch den *EuGH*, erfolgen sollte. Denn in diesem Fall wäre die Autonomie der Unionsrechtsordnung, sprich die einheitliche Auslegung durch den *EuGH* mittels seines Letztentscheidungsrechts, gefährdet. Um dieses Problem zu beseitigen, müssten eben auch Schiedsgerichte vorlageberechtigt bzw. sogar vorlagepflichtig sein. Denn erst die Vorlagepflicht eines letztinstanzlichen Gerichts, ein solches wäre auch ein Schiedsgericht²⁷, einerseits und andererseits die Verantwortlichkeit des Mitgliedstaates, die Vorlagepflicht durch innerstaatliches Verfahrensrecht zu gewährleisten, würde die Autonomie der Unionsrechtsordnung ausreichend sicherstellen. Bevor man aber in Analogie zu Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Vorlagepflicht für Investitionsschiedsgerichte konstruieren kann, stellt sich zuerst die Frage, ob überhaupt eine Berechtigung

²² So sieht beispielhaft das CETA-Abkommen in Art. 8.31 vor, dass ein Schiedsgericht nur das CETA-Abkommen sowie sonstiges Völkerrecht anwenden und auslegen, das nationale Recht aber als reine Tatsache behandeln soll.

²³ So argumentiert zum Beispiel auch GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 45, indem er sagt, dass das Schiedsgericht im *Achmea*-Verfahren nur eine Verletzung von Vorschriften des BIT und nicht des Unionsrecht prüft.

²⁴ Vgl. *Müller/Simon* (Fn. 14), S. 963; *Rösch*, *Intraeuropäisches Investitionsrecht*, 2017, S. 99.

²⁵ Abrufbar unter:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXIII/XXIII-1.en.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

²⁶ *Rösch* (Fn. 24), S. 99.

²⁷ Schiedsgerichtliche Entscheidungen unterliegen regelmäßig keiner weiteren gerichtlichen Kontrolle.

zur Vorlage besteht. Für privatautonom gebildete Schiedsgerichte hat dies der *EuGH* in seiner *Achmea*-Entscheidung bereits verneint.

Im Folgenden wird daher allein der Frage nachgegangen, ob ein ICSID-Schiedsgericht oder ICSID selbst im Falle einer das Unionsrecht betreffenden Anwendungs- oder Auslegungsfrage nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt wäre. Erst wenn man diese Frage mit einem klaren „Ja“ beantwortet hat, kann man in einem nächsten Schritt überlegen, ob ICSID-Schiedsgerichte oder ICSID selbst auch eine Pflicht zur Vorlage haben sollten und ob diese Pflicht ausreichend von den einzelnen Mitgliedstaaten sichergestellt wird bzw. werden kann.

Gemäß Art. 267 Abs. 1 AEUV ist jedes „*Gericht eines Mitgliedstaates*“ zur Vorlage an den *EuGH* berechtigt. Um also die Frage der Vorlageberechtigung beantworten zu können, soll zuerst anhand der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* und der *Achmea*-Entscheidung analysiert werden, welche Anforderungen der *EuGH* an den Begriff des „*Gerichts*“ im Rahmen des Art. 267 AEUV stellt.

C. Anforderungen an den Begriff des „Gerichts“ i. S. d. Art. 267 AEUV – Ein Überblick über die bisherige und aktuelle *EuGH*-Rechtsprechung

Der *EuGH* hat in ständiger Rechtsprechung mehrere Kriterien herausgearbeitet, an Hand derer ermittelt werden kann, ob ein Spruchkörper als Gericht i. S. d. Art. 267 AEUV zu qualifizieren ist. Diese umfassen die gesetzliche Grundlage der Einrichtung, ihr ständiger Charakter, die obligatorische Gerichtsbarkeit, ein Streitiges Verfahren, die Anwendung von Rechtsnormen durch die Einrichtung sowie ihre Unabhängigkeit.²⁸ Leider bleibt der *EuGH* eine Definition der soeben genannten Kriterien bisher schuldig. Daher ist es für ein besseres Verständnis der Anforderungen, die der *EuGH* an Gerichte stellt, damit sie unter den Gerichts begriff des Art. 267 AEUV fallen, unerlässlich, diese Kriterien anhand der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* (I.) und der *Achmea*-Entscheidung (II.) unter die Lupe zu nehmen.

I. Bisherige Rechtsprechung

Zum ersten Mal hatte sich der *EuGH* 1966 mit der Vorlageberechtigung eines Schiedsgerichts zu beschäftigen.²⁹ Bei dem Schiedsgericht, auf das sich die Vorlagefrage bezog, handelte es sich allerdings um ein ständiges Berufsschiedsgericht der Bergbauangestelltenkasse, welches rechtlich und

²⁸ *EuGH*, Urt. v. 14.6.2011, C-196/09, *Paul Miles u.a. ./.* Europäische Schulen, Rn. 37; Urt. v. 31.1.2013, C-394/11, *Valeri Hariev Belov ./.* CHEZ Elektro Bulgaria AD et al., Rn. 38.

²⁹ *EuGH*, Urt. v. 30.6.1966, Rs. 61-65, *Vaassen-Goebbels ./.* Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf.

tatsächlich die einzige Rechtsprechungsinstanz auf dem Gebiet der Sozialversicherung für Bergbauarbeiter war.³⁰ Insofern hat der *EuGH* auch diesem „ständigen Gericht“, welches nicht auf der Vereinbarung von Parteien beruhte, die Vorlageberechtigung nach damals Art. 177 EG-Vertrag (heute Art. 267 AEUV) zugesprochen.³¹

Im Gegensatz dazu entschied der *EuGH* im Jahr 1982, dass ein privates, nicht ständiges Schiedsgericht zwar „Ähnlichkeiten mit der gerichtlichen Tätigkeit aufweist“, allerdings „weder eine rechtliche noch eine tatsächliche Verpflichtung [für die Parteien besteht], ihre Streitigkeiten vor ein Schiedsgericht zu bringen.“³² Des Weiteren kritisierte der *EuGH*, dass die „öffentliche Gewalt in die Entscheidung, den Weg der Schiedsgerichtsbarkeit zu wählen, nicht einbezogen war“ und so „keine hinreichend enge Beziehung“ zum allgemeinen Rechtsschutzsystem des betroffenen Staates bestünde.³³ Insofern lag weder eine gesetzliche Grundlage vor noch wurde der obligatorische Charakter eines Gerichts i. S. d. Art. 267 AEUV gewahrt.

Auch in einer weiteren Entscheidung äußerte sich der *EuGH* zur obligatorischen Gerichtsbarkeit eines Schiedsgerichts: So sieht das belgische Recht bei Streitigkeiten zwischen einem Einzelnen und einem Reisevermittler sowohl die Beilegung durch das *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* als auch durch die ordentlichen Gerichte vor.³⁴ Sollten sich Parteien eines Rechtsstreits mittels einer Schiedsvereinbarung nun für die Streitbeilegung durch das *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* entscheiden, folgt daraus noch nicht der obligatorische Charakter eben dieses Schiedsgerichts. Denn bei Fehlen einer derartigen Schiedsvereinbarung hätten die Parteien die Wahl zwischen dem *Collège d'arbitrage de la Commission de Litiges Voyages* und den ordentlichen Gerichten.³⁵ Weder das eine noch die anderen sind also von Gesetzes wegen bei Streitigkeiten zwischen einem Einzelnen und einem Reisevermittler vorgeschrieben, mithin obligatorisch. Die Schiedsvereinbarung, die zwar situativ eine Verpflichtung für die Parteien eben dieser Vereinbarung schafft, ändert

³⁰ *EuGH*, Urt. v. 30.6.1966, Rs. 61-65, *Vaassen-Goebbels* ./ . *Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, S. 595 f.; *Nueber*, Art. 267 AEUV und die Schiedsgerichtsbarkeit, 2014, S. 214.

³¹ *EuGH*, Urt. v. 30.6.1966, Rs. 61-65, *Vaassen-Goebbels* ./ . *Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*, S. 596; so auch *EuGH*, Urt. v. 6.10.1981, Rs. 246/80, *Broekmeulen* ./ . *Huisarts Registratie Commissie*, Rn. 17.

³² *EuGH*, Urt. v. 23.3.1982, C-102/81, *Nordsee* ./ . *Reederei Mond*, Rn. 10 f.

³³ *Ebd.*, Rn. 12 f.; bestätigend *EuGH*, Urt. v. 1.6.1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd* ./ . *Benetton International NV*, Rn. 28 ff.

³⁴ *EuGH*, Urt. v. 27.1.2005, C-125/04, *Guy Denuit, Betty Cordenier* ./ . *Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA*, Rn. 15.

³⁵ *Ebd.*, das Gericht muss sich allerdings gemäß Art. 1679 Abs. 1 des belgischen Code judiciaire (gleich § 1032 Abs. 1 ZPO) für unzuständig erklären.

nichts an diesem Ergebnis. Denn der obligatorische Charakter eines Gerichts kann nach der Argumentation des *EuGH* nur durch die öffentliche Hand mittels Gesetzes vorgeschrieben werden.³⁶

Schon daraus kann der Rückschluss gezogen werden, dass aus Sicht des *EuGH* private Schiedsgerichte nie Gerichte i. S. d. Art. 267 AEUV sein können, da diese immer auf einer Parteivereinbarung beruhen und nicht von Gesetzes wegen vorgeschrieben sind. Konsequenterweise hat der *EuGH* auch den Handelsschiedsgerichten die Vorlageberechtigung abgesprochen, da diese Form der Schiedsgerichtsbarkeit regelmäßig und ausschließlich auf einem privatrechtlichen Vertrag basiert.³⁷

Davon abgegrenzt werden müssen aber Schiedsgerichte, die ihre Grundlage nicht nur in einem privatrechtlichen Vertrag, sondern in einem Gesetz haben. So bejahte der *EuGH* zum Beispiel die Vorlageberechtigung von Schiedsgerichten in zwei Verfahren, da deren Zuständigkeit auf einem Gesetz³⁸ bzw. sogar auf der Verfassung³⁹ beruhte und sie mithin obligatorisch waren. Auch die übrigen Kriterien bejaht der *EuGH* in den vorgenannten Verfahren.⁴⁰ Er gestand zwar ein, dass die Parteien im jeweiligen Einzelfall über die Zusammensetzung und die Verfahrensvorschriften des Schiedsgerichts entscheiden können, allerdings sei das System als solches in einem Gesetz bzw. in der Verfassung fest vorgeschrieben und somit ständig.⁴¹ Darüber hinaus sei die Zuständigkeit von

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 27.1.2005, C-125/04, *Guy Denuit, Betty Cordenier ./.* *Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA*, Rn. 16.

³⁷ Nur beispielhaft: *EuGH*, Urt. v. 23.3.1982, C-102/81, *Nordsee ./.* *Reederei Mond*; Urt. v. 25.7.1991, C-190/89, *Rich ./.* *Società Italiana Impianti*; Urt. v. 1.6.1999, C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd ./.* *Benetton International NV*.

³⁸ *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, C-555/13, *Merck Canada Inc. ./.* *Accord Healthcare Ltd et al.*, Rn. 19; die Entscheidung befasst sich mit einem vom *Tribunal Arbitral necessário* eingereichten Vorabentscheidungsersuchen betreffend die Höchstdauer des Ausschließlichkeitsrechts eines von *Merck Canada* in Portugal angemeldeten Patents.

³⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./.* *Autoridade Tributária e Aduaneira*, Rn. 24: „Zum Ausgangsverfahren geht aus den Angaben in der Vorlageentscheidung hervor, dass die Schiedsgerichte für Steuerangelegenheiten eine gesetzliche Grundlage haben. Die Schiedsgerichte stehen nämlich auf der Liste der nationalen Gerichte zu Art. 209 der Verfassung der Portugiesischen Republik.“; die Entscheidung betrifft ein vom *Tribunal Arbitral Tributário* eingereichte Vorlageentscheidung bzgl. der Steuerrückerstattung an eine portugiesische Kapitalgesellschaft.

⁴⁰ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, C-555/13, *Merck Canada Inc. ./.* *Accord Healthcare Ltd et al.*, Rn. 23 ff.; Urt. v. 12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./.* *Autoridade Tributária e Aduaneira*, Rn. 25 ff.

⁴¹ *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, C-555/13, *Merck Canada Inc. ./.* *Accord Healthcare Ltd et al.*, Rn. 24; Urt. v. 12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./.* *Autoridade Tributária e Aduaneira*, Rn. 26.

Gesetzes- und Verfassungswegen zwingend für die Parteien, da diese eben nicht von einer Erklärung der Parteien abhänge.⁴²

Einen Sonderfall, welcher für die Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts aber durchaus relevant werden könnte, bildet die Entscheidung des *EuGH* zum *Benelux-Gerichtshof*.⁴³ Die Beneluxstaaten haben den *Benelux-Gerichtshof* zur einheitlichen Auslegung und Anwendung von Rechtsvorschriften in diesem Staatenraum am 1.1.1974 errichtet.⁴⁴ Der *EuGH* hatte sich nun in der Rechtssache *Christian Dior* mit der Frage zu beschäftigen, ob der *Benelux-Gerichtshof* nach Art. 177 EG-Vertrag (Art. 267 AUEV) vorlageberechtigt ist. Der *EuGH* bejahte dies, da der *Benelux-Gerichtshof* zum einen „die einheitliche Anwendung der den drei Beneluxstaaten gemeinsamen Rechtsvorschriften“ zur Aufgabe habe und er zum anderen in Form eines Zwischenstreites in das nationale Gerichtssystem eingegliedert sei.⁴⁵ Insofern kann also unter den eben genannten Voraussetzungen auch ein mehreren Mitgliedstaaten gemeinsames Gericht „Gericht eines Mitgliedstaates“ i. S. d. Art. 267 AEUV sein.⁴⁶

II. *Achmea*-Entscheidung

Im Folgenden wird nun die *Achmea*-Entscheidung im Hinblick auf die Anforderungen an ein „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV untersucht. Der Unterschied zu den oben (I.) genannten Entscheidungen besteht darin, dass es sich bei der *Achmea*-Entscheidung des *EuGH* um eine Investitionsstreitigkeit und mithin um ein Investitionsschiedsgericht gehandelt hat. Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit findet ihre Grundlage regelmäßig neben der privatrechtlichen Vereinbarung in einer völkerrechtlichen Vereinbarung.⁴⁷ So basiert beispielsweise auch das BIT zwischen den Niederlanden und der Slowakei auf einer völkerrechtlichen Vereinbarung.⁴⁸ Diese Differenzierung hat auch der *EuGH* in seiner *Achmea*-Entscheidung indirekt vorgenommen, indem er festgestellt hat, dass ein Handelsschiedsgericht auf einem privatrechtlichen

⁴² *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, C-555/13, *Merck Canada Inc. ./ Accord Healthcare Ltd et al.*, Rn. 19; Urt. v. 12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./ Autoridade Tributária e Aduaneira*, Rn. 29.

⁴³ *EuGH*, Urt. v. 4.11.1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior SA und Parfums Christian Dior BV ./ Evora BV*.

⁴⁴ *Linhart*, Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, 2005, S. 108.

⁴⁵ *EuGH*, Urt. v. 4.11.1997, C-337/95, *Parfums Christian Dior SA und Parfums Christian Dior BV ./ Evora BV*, Rn. 22.

⁴⁶ So auch *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*, Rn. 47 f.

⁴⁷ Vgl. GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 96.

⁴⁸ So ist gemäß Art. 8 Abs. 2 des BIT bei Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung des BIT ein Schiedsgericht anzurufen, sofern eine gütliche Einigung nicht erreicht werden kann.

Vertrag beruht, wohingegen ein Investitionsschiedsgericht seine Zuständigkeit hauptsächlich aus einem zwischen Mitgliedstaaten geschlossenen Vertrag herleite.⁴⁹ Insofern seien auch die „Überlegungen zur Handelsschiedsgerichtsbarkeit nicht auf ein Schiedsverfahren wie das in Art. 8 des BIT vorgesehene“ übertragbar.⁵⁰

Ausgehend von dieser Differenzierung könnte nun abweichend zur bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* eine Vorlageberechtigung von Investitionsschiedsgerichten angenommen werden. Diese Ansicht hat vor allem der Generalanwalt *Wathelet* in seinen Schlussanträgen zur *Achmea*-Entscheidung vertreten, in welchen er dem in Rede stehende Schiedsgericht die vom *EuGH* entwickelten Kriterien im Rahmen von Art. 267 AEUV zusprach.⁵¹ Begründet hat er dies damit, dass die Grundlage des in Rede stehenden Schiedsgerichts sich eben nicht nur in einem privatrechtlichen, sondern auch in einem völkerrechtlichen Vertrag finde, welcher durch die nationalen Zustimmungsgesetze der Niederlande und der Slowakei noch zusätzliche Legitimität erfahre.⁵² Dadurch sei auch die „öffentliche Gewalt in die Entscheidung für den Schiedsweg“ mittelbar mit einbezogen.⁵³ Auch bejaht der Generalanwalt den ständigen Charakter des Schiedsgerichts mit Verweis auf die oben bereits zitierte Entscheidung *Merck Canada*.⁵⁴

Leider beschäftigt sich der *EuGH* nur kurz mit den umfänglichen Ausführungen des Generalanwalts *Wathelet*.⁵⁵ Der *EuGH* stimmte den Ausführungen des Generalanwalts zwar insoweit zu, als dass das portugiesische Steuerschiedsgericht ein in der „Verfassung selbst vorgesehener Teil des Systems der gerichtlichen Streitentscheidung in Steuerangelegenheiten“ eine gesetzliche Grundlage besäße und demzufolge vorlageberechtigt nach Art. 267 AEUV sei.⁵⁶ Allerdings sei das Schiedsgericht „in der Rechtssache des Ausgangsverfahrens [*Achmea*] kein Teil des in den Niederlanden und in der Slowakei bestehenden Gerichtssystems“.⁵⁷ Darüber hinaus sei gerade die Unabhängigkeit von den

⁴⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*, Rn. 54 f.

⁵⁰ *Ebd.*, Rn. 55.

⁵¹ GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 96 f.

⁵² *Ebd.*

⁵³ In Anlehnung an das Nordsee-Urteil des *EuGH*, Urt. v. 23.3.1982, C-102/81, *Nordsee ./ Reederei Mond*.

⁵⁴ GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 103.

⁵⁵ Auf die entscheidende Frage, ob ein Schiedsgericht ein Gericht i. S. d. Art. 267 AEUV ist, verwendet der *EuGH* gerade mal eine Seite!

⁵⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./ Autoridade Tributária e Aduaneira*.

⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*; diese Feststellung geht auf eine frühere Entscheidung des *EuGH* zurück (*EuGH*, Urt. v.

ordentlichen Gerichten der beiden Staaten das kennzeichnende Merkmal des in Rede stehenden Schiedsgerichts.⁵⁸ Insofern handle es sich nicht um ein in den Niederlanden und/oder der Slowakei fest vorgeschriebenes Gericht zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten.

Der *EuGH* prüft anschließend noch kurz, ob die Rechtsprechung zum *Benelux-Gerichtshof*⁵⁹ auf das in Rede stehende Schiedsgericht übertragbar ist. Dies lehnt er aber ab, da das *Achmea*-Schiedsgericht weder die einheitliche Anwendung der Rechtsvorschriften der Niederlande und der Slowakei zur Aufgabe hätte, noch in eines der beiden nationalen Gerichtssysteme z. B. in Form eines Zwischenstreits eingegliedert sei.⁶⁰ Fraglich ist nun, welche neuen Erkenntnisse das *Achmea*-Urteil in Bezug auf ein „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV im Rahmen der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit bringt. Klar scheint jedenfalls zu sein, dass ein auf einem individuell geschlossenen Vertrag zwischen zwei Staaten basierendes (Schieds-)Gericht nicht die Anforderungen des *EuGH* erfüllt.⁶¹ Ob man nun soweit gehen muss und die Verankerung eines Gerichts i. S. d. Art. 267 AEUV in der Verfassung als notwendige Voraussetzung erachtet, bleibt nach wie vor offen. Eine Tendenz in diese Richtung ist allerdings zu erkennen.⁶²

D. ICSID-Schiedsgericht als ein Gericht i. S. d. Art. 267 AEUV

Weiter ist zu untersuchen, ob ein ICSID-Schiedsgericht oder ICSID selbst „Gerichte“ i. S. d. Art. 267 AEUV sind. Die Frage stellt sich insbesondere aus zwei Gründen: Erstens haben bis auf Polen 27 der (noch) 28 EU-Mitgliedstaaten die ICSID-Konvention ratifiziert.⁶³ Daraus folgt nun zweitens, dass eine Streitbeilegung durch ein ICSID-Schiedsgericht im Rahmen von innereuropäischen Investitionsschutzverträgen üblich ist.⁶⁴ Insofern scheint auch die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht durch ein ICSID-

12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./.* *Autoridade Tributária e Aduaneira*).

⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./.* *Achmea BV*, Rn. 45.

⁵⁹ Siehe dazu oben I.

⁶⁰ *Ebd.*, Rn. 48.

⁶¹ Dafür spricht auch folgender Satz: „Im Übrigen ist gerade der Ausnahmecharakter seiner Gerichtsbarkeit im Verhältnis zu der der Gerichte dieser beiden Mitgliedstaaten einer der Hauptgründe für das Bestehen von Art. 8 BIT“ (*ebd.*, Rn. 45).

⁶² Vgl. *Miller*, *Autonomie des Unionsrechts versus Schiedsgerichtsbarkeit*, *EuZW* 2018, 357 (361).

⁶³ Statustabelle abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁴ Vgl. *Fecak*, *International Investment Agreements and EU Law*, 2016, S. 400; so sieht zum Beispiel auch das bilaterale Investitionsschutzabkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Portugal in Art. 10 Abs. 6 ein ICSID-Schiedsgericht vor, BGBl. 1982 II, Nr. 3 vom 21.1.1982, S. 56 (60).

Schiedsgericht nach der oben aufgeführten Argumentation nahezu vorprogrammiert zu sein.

In Bezug auf ein ICSID-Schiedsgericht besteht aber ein entscheidender Unterschied zu dem in der *Achmea*-Entscheidung in Rede stehenden Schiedsgericht. Das Schiedsgericht bei *Achmea* erfuhr seine Legitimation allein aufgrund des bilateralen Investitionsabkommen zwischen den Niederlanden und der Slowakei. Die Schiedsvereinbarung zwischen Investor und Staat kam also allein dadurch zustande, dass der Investor das vom Staat im bilateralen Investitionsschutzabkommen *erga omnes* unterbreitete Angebot auf Durchführung eines Schiedsverfahrens annimmt.

Ein ICSID-Schiedsgericht erfährt hingegen durch die ihm zugrundeliegende ICSID-Konvention zusätzliche Legitimität. Denn durch die Ratifikation eben dieser Konvention bringen die beteiligten Staaten, im Falle der europäischen Union 27 der 28 Mitgliedsstaaten⁶⁵, ganz grundsätzlich zum Ausdruck, dass das Institut „ICSID-Schiedsgericht“ ein legitimes Mittel zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten darstellt. Sollte ein Investor nun das vom Staat *erga omnes* unterbreitete Angebot auf Abschluss einer Schiedsvereinbarung annehmen, leitet ein darauf aufbauendes ICSID-Schiedsgericht seine Legitimation nicht nur von dem bilateralen Investitionsschutzabkommen ab, sondern losgelöst davon auch von der ICSID-Konvention. Insofern hat ein ICSID-Schiedsgericht im Hinblick auf seine rechtliche Legitimation einen höheren Stellenwert als ein Schiedsgericht, welches lediglich auf dem vom Staat *erga omnes* unterbreiteten Angebot an die Investoren basiert. Deshalb sollte untersucht werden, ob ein ICSID-Schiedsgericht oder die Institution „ICSID“ selbst die Anforderungen, die der *EuGH* im Rahmen von Art. 267 AEUV stellt, erfüllt.

Da an dieser Stelle die Unterscheidung zwischen einem ICSID-Schiedsgericht und ICSID selbst relevant wird, möchte der Autor kurz die Struktur von ICSID darstellen (**I.**). Daran anschließend wird geprüft, ob ein ICSID-Schiedsgericht als „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV eingestuft werden könnte und mithin zur Vorlage berechtigt wäre (**II.**). Zuletzt wird untersucht, ob ein Organ von ICSID zur Vorlage an den *EuGH* berechtigt sein könnte (**III.**).

I. Struktur und Aufbau von ICSID

Bevor eine Vorlageberechtigung von ICSID fundiert diskutiert werden kann, muss zuerst dargestellt werden, wie das ICSID aufgebaut und organisiert ist. ICSID ist eine internationale Schiedsinstitution, die der Weltbankgruppe

⁶⁵ Statustabelle abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

angehört und auf der ICSID-Konvention beruht.⁶⁶ Derzeit haben 162 Staaten weltweit die ICSID-Konvention unterzeichnet und 154 Staaten haben diese bereits ratifiziert.⁶⁷

ICSID besteht aus mehr oder weniger drei wesentlichen Organen. Zuerst ist der Verwaltungsrat (engl. *Administrative Council*) zu nennen, welcher gemäß Art. 4 Abs. 1 der ICSID-Konvention von je einem Vertreter eines Vertragsstaates besetzt wird.⁶⁸ Aufgaben des Verwaltungsrates sind nach Art. 6 Abs. 1 lit. a-g der ICSID-Konvention unter anderem die Regelung der Finanzierung und Ordnung des Zentrums, Erlass der Verfahrensordnung für die Eröffnung und Durchführung von Schlichtungs- und Schiedsverfahren und die Festlegung administrativer Kapazitäten zur Betreuung von anhängigen Verfahren. Eng verbunden mit der zuletzt genannten Aufgabe ist das sog. Sekretariat, welches vom Secretary-General gemäß Art. 9 der ICSID-Konvention geführt wird. Darüber hinaus sind noch das Schlichtungs- und das Schiedsrichtergremium erwähnenswert.⁶⁹ Diesbezüglich hat jeder Vertragsstaat das Recht gemäß Art. 13 Abs. 1 der ICSID-Konvention vier Vertreter zu entsenden, welche nicht zwingend die entsprechende Staatsangehörigkeit besitzen müssen.⁷⁰ Von diesen ständigen ICSID-Organen abzugrenzen sind die einzelnen nach der ICSID-Konvention und den ICSID Arbitration Rules gebildeten Schiedsgerichte, welche über die Investitionsstreitigkeiten entscheiden. ICSID selbst ist kein Schiedsgericht.⁷¹

II. Qualifikation eines ICSID-Schiedsgerichts als Gericht i. S. d. Art. 267 AEUV

Fraglich ist nun, wie sich die im Rahmen von Art. 267 AEUV⁷² entwickelten Kriterien auf die Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts auswirken. Unproblematisch dürfte wohl sein, dass ein ICSID-Schiedsgericht in einem

⁶⁶ <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028012a925> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); von Deutschland wurde die ICSID-Konvention im Jahr 1969 ratifiziert, BGBl. 1969 II, Nr. 12 vom 4.3.1969, S. 369 ff.

⁶⁷ ICSID Annual Report, S. 11, abrufbar unter: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.EN.G.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁸ Für Deutschland ist das zum Beispiel der amtierende Bundesminister für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung *Gerd Müller*.

⁶⁹ Art. 12 der ICSID-Konvention.

⁷⁰ Die deutschen Vertreter sind hier zu finden: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Panel-Members.aspx#a5> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁷¹ Vgl. *Ott*, Die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch Schiedsgerichte, 1983, S. 15.

⁷² Siehe dazu oben **C**.

streitigen Verfahren Verfahrens- und Rechtsvorschriften anwendet und basierend darauf eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter trifft. Schwieriger wird es beim ständigen Charakter, der gesetzlichen Grundlage und der obligatorischen Gerichtsbarkeit eines ICSID-Schiedsgerichts.

An dieser Stelle muss angemerkt werden, dass es *ein* „ICSID-Schiedsgericht“ in dieser Form natürlich nicht gibt. Es entsteht lediglich situativ durch die Annahme des vom Staat *erga omnes* unterbreiteten Angebotes auf Durchführung eines Schiedsverfahrens auf Grundlage eines bilateralen Investitionsschutzabkommens. Das heißt aber nicht, dass der ständige Charakter eines ICSID-Schiedsgerichts von vorneherein ausgeschlossen ist. Denn wie oben bereits festgestellt, ist es nicht Voraussetzung, dass das zusammengesetzte Schiedsgericht dauerhaft besteht bzw. die Verfahrensvorschriften von vorneherein durch die Parteien festgelegt sind.⁷³ In der Entscheidung *Merck Canada* stellte der *EuGH* fest, dass das Schiedsgericht trotz parteiautonomer Entscheidungen über Form, Zusammensetzung und Verfahren „auf einer gesetzlichen Grundlage errichtet wurde“ und somit „auch die Voraussetzung des ständigen Charakters erfüllt ist“.⁷⁴ Das gleiche gilt auch im Hinblick auf den obligatorischen Charakter eines Schiedsgerichts. Dieser kann laut *EuGH* nur bejaht werden, wenn das Schiedsgericht auf einer gesetzlichen Grundlage basiert.⁷⁵ Insofern gehen diese Kriterien Hand in Hand: Denn ohne gesetzliche Grundlage besteht auch keine obligatorische Gerichtsbarkeit bzw. ein ständiger Charakter. Daher kommt es maßgeblich darauf an, ob ein ICSID-Schiedsgericht seine Zuständigkeit von einer gesetzlichen Grundlage herleiten kann.

Hier muss differenziert werden: Zum einen kann ein bilaterales Investitionsschutzabkommen zwischen zwei Staaten bei Streitigkeiten die Beilegung durch ein (ICSID)-Schiedsgericht vorsehen.⁷⁶ Ein solches Abkommen erlangt zwar durch die entsprechenden Zustimmungsgesetze regelmäßig

⁷³ *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, C-555/13, *Merck Canada Inc. ./.* *Accord Healthcare Ltd et al.*, Rn. 24; Urt. v. 12.6.2014, C-377/13, *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta SA ./.* *Autoridade Tributária e Aduaneira*, Rn. 26.

⁷⁴ *EuGH*, Urt. v. 13.2.2014, C-555/13, *Merck Canada Inc. ./.* *Accord Healthcare Ltd et al.*, Rn. 24.

⁷⁵ Vgl. dafür *ibd.*, Rn. 24: „Zuständigkeit des Tribunal Arbitral necessario [beruht] nicht auf dem Willen der Parteien, sondern auf dem Gesetz Nr. 62/2011 vom 12. Dezember 2011 [...], wonach dieses Gericht zwingend dafür zuständig ist...“; ebenso *EuGH*, Urt. v. 27.1.2005, C-125/04, *Guy Denuit, Betty Cordenier ./.* *Transorient – Mosaïque Voyages et Culture SA*, Rn. 15.

⁷⁶ Im Unterschied dazu gibt es ad-hoc Schiedsgerichte, welche nicht auf den Regeln einer Schiedsinstitution beruhen und von dieser im Verfahren auch nicht betreut werden.

Gesetzescharakter.⁷⁷ Insofern könnte man argumentieren, dass auch ein ICSID-Schiedsgericht im konkreten Fall auf zwei nationale Gesetze zurückzuführen ist und somit eine gesetzliche Grundlage innehat.⁷⁸ Allerdings dürfte eine solche Schlussfolgerung der *Achmea*-Entscheidung des *EuGH* bereits zuwiderlaufen. Denn dieser betonte, dass gerade der „Ausnahmecharakter“ eines Investitionsschiedsgerichts, also die Autonomie der Parteien sich im Einzelfall der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen und demzufolge ein Schiedsgericht „nach ihren Wünschen“ zusammenzustellen, eine gesetzliche Grundlage ausschließe.⁷⁹ Ein zwischen zwei Staaten geschlossenes bilaterales Investitionsschutzabkommen ist somit nicht ausreichend, um einem ICSID-Schiedsgericht eine gesetzliche Grundlage zu verschaffen.

Ein ICSID-Schiedsgericht leitet seine Legitimation aber auch von der ICSID-Konvention ab, welche derzeit von 27 der 28 Mitgliedstaaten der europäischen Union ratifiziert wurde (siehe oben unter **D.**). Durch die ICSID-Konvention wird eine zusätzliche Legitimationsquelle geschaffen, welche der Festigung eines ICSID-Schiedsgerichts in einem gesetzlichen Rahmen weiter Ausdruck verleihen könnte. Insofern könnte auch abweichend von der bisherigen *EuGH*-Rechtsprechung ein ICSID-Schiedsgericht als „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV qualifiziert werden.

Diese Argumentation greift aber letztlich wohl aus zwei Gründen nicht durch. Erstens würde die zusätzliche Legitimitätsquelle nur bei einer Investitionsstreitigkeit zwischen zwei Mitgliedstaaten entstehen, die auch die ICSID-Konvention ratifiziert haben. Beispielsweise wäre dies bei einer Investitionsstreitigkeit zwischen einem deutschen Unternehmen und Frankreich der Fall. In diesem Beispiel wurde die ICSID-Konvention durch die nationalen Zustimmungsgesetze Bestandteil des jeweiligen Rechtssystems und entfaltet bei einer Streitigkeit ihre volle Legitimationswirkung. Insofern erscheint eine Vorlageberechtigung eines solchen ICSID-Schiedsgerichts im Gegensatz zur *Achmea*-Entscheidung des *EuGH* nicht gänzlich abwegig. Allerdings hat zumindest Polen die ICSID-Konvention weder signiert noch ratifiziert. Daher würde die zusätzliche Legitimität der ICSID-Konvention im Rahmen eines bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen eben diesen beiden Ländern

⁷⁷ So erfolgte die Umsetzung der ICSID-Konvention in Deutschland durch das Gesetz zu dem Übereinkommen vom 18.3.1965 zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderen Staaten: BGBl. 1969 II, Nr. 12 vom 4.3.1969, S. 369 ff.

⁷⁸ So eben auch die Argumentation von GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 99 ff.

⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./ Achmea BV*, Rn. 45.

oder zwischen einem dieser Länder und einem anderen Mitgliedstaat von vorneherein wegfallen. Darüber hinaus hat auch die Europäische Union selbst die ICSID-Konvention weder signiert noch ratifiziert.⁸⁰ Die ICSID-Konvention ist also auch nicht unmittelbarer Bestandteil des Unionsrechts und damit des Rechts aller Mitgliedsstaaten geworden.

Daher kann zumindest keine allgemeine Aussage über die Gerichtsqualität in Bezug auf ein ICSID-Schiedsgericht im europäischen Raum gemacht werden, sondern es kommt immer entscheidend darauf an, ob die ICSID-Konvention von beiden Parteien bzw. Mitgliedstaaten ratifiziert wurde. Dass der *EuGH* allerdings immer situativ über die Gerichtsqualität eines ICSID-Schiedsgerichts entscheiden würde, hilft weder der Einheit des Unionsrechts noch erscheint es wirklich praktikabel. Entweder ist ein ICSID-Schiedsgericht ein „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV oder eben nicht. So kann wahrscheinlich schon aus Gründen der Einheit bzw. Autonomie der (Unions-)Rechtsordnung eine Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts ausgeschlossen werden.

Zweitens war im *Achmea*-Verfahren der *Permanent Court of Arbitration (PCA)* als Verfahrensadministrator beteiligt.⁸¹ Dieser ständige Schiedshof in Den Haag beruht ähnlich wie ICSID ebenfalls auf einem Internationalen Übereinkommen⁸², welches im Gegensatz zur ICSID-Konvention von *allen* EU-Mitgliedstaaten ratifiziert wurde.⁸³ Der *EuGH* hat diesen in seiner Entscheidung zwar nicht erwähnt, es muss aber davon ausgegangen werden, dass er auch den *PCA* nicht als zusätzliche Legitimitätsquelle ansehen würde. Denn dieser entscheidet genau wie ICSID nicht in der Sache, sondern administriert nur das Verfahren. Eine gesetzliche Grundlage der dahinterstehenden Organisation würde wohl nicht auf ein darauf beruhendes Schiedsgericht durchschlagen.

Anders könnte die Situation evtl. nur bewertet werden, wenn die EU selbst Vertragspartner der ICSID-Konvention werden würde. In so einem Fall würde die ICSID-Konvention gemäß Art. 216, 218 AEUV unmittelbarer Bestandteil des Unionsrechts und mithin auch Bestandteil des von der EU etablierten

⁸⁰ Vgl. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸¹ GA *Wathelet*, Schlussanträge v. 19.9.2017 zu C-284/16, Rn. 21.

⁸² Abkommen vom 29.7.1899 zur friedlichen Erledigung internationaler Streitfälle; abrufbar unter: <https://www.loc.gov/law/help/us-treaties/bevans/m-ust000001-0230.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸³ <https://pca-cpa.org/en/about/introduction/contracting-parties/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

Rechtssystemen werden.⁸⁴ Dies ist letztlich aber gleichwohl rechtlich und politisch höchst unwahrscheinlich. Zum einen ist die Unterzeichnung der ICSID-Konvention derzeit nur Mitgliedern der Weltbank oder Parteien des Statuts des *Internationalen Gerichtshofs* vorbehalten.⁸⁵ Da die EU weder Mitglied der Weltbank noch des Statuts des *Internationalen Gerichtshofs* ist⁸⁶, müsste demzufolge die Konvention erst geändert werden, damit die EU diese unterzeichnen könnte.⁸⁷ Zum anderen hat die europäische Kommission, welche nach Art. 218 Abs. 3 AEUV an der Ratifizierung der ICSID-Konvention beteiligt wäre, die Durchsetzung eines ICSID-Schiedsspruches konkret verhindert. In dem sog. „*Micula*-Verfahren“ hat die europäische Kommission mittels am 30.3.2015 erlassenen Beschlusses *angeordnet*, einen gegen Rumänien ergangenen ICSID-Schiedsspruch nicht zu vollstrecken, da sie der Ansicht war, dass dieser zu einer unter Unionsrecht illegalen staatlichen Beihilfe führen würde.⁸⁸ Diese deutliche Einmischung der Kommission in einen Rechtsstreit zeigt, wie problematisch die Kommission die Schiedsgerichtsbarkeit und im speziellen auch ein ICSID-Schiedsgericht sieht.⁸⁹ Die Akzeptanz eines ICSID-Schiedsgerichts scheint also auch aus politischer Sicht als besonders dürftig.

Demnach kann auch die Überlegung, ob eine Vorlageberechtigung eines ICSID-Schiedsgerichts noch über die vom *EuGH* aufgestellten Grundsätze eines *mehreren Mitgliedsstaaten* gemeinsamen Gerichts hergeleitet werden kann, dahinstehen. Denn wie soeben herausgearbeitet, fehlt es einem ICSID-Schiedsgericht bereits an der „Gerichtsqualität“ i. S. d. Art. 267 AEUV. Darüber hinaus würden die in der Entscheidung *Christian Dior* zum *Benelux-Gerichtshof* aufgestellten Grundsätze im Ergebnis sowieso nicht durchgreifen, da ein ICSID-

⁸⁴ Die EU hätte nach Art. 81, 115, 114 AEUV wohl auch die Gesetzgebungskompetenz für die Unterzeichnung und Ratifizierung der ICSID-Konvention; vgl. *Kroll-Ludwigs*, Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht, 2013, S. 16 f.

⁸⁵ Siehe dazu Art. 67 ICSID-Convention.

⁸⁶ <http://www.worldbank.org/en/about/leadership/members> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Tams*, Der Internationale Gerichtshof (IGH), Juli 2007, abrufbar unter: https://dgvn.de/fileadmin/publications/PDFs/Basis_Informationen/BI38_IGH.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸⁷ Vgl. *Burgstaller*, Dispute Settlement in EU International Investment Agreements with Third States: Three Salient Problems, *The Journal of World Investment & Trade* 15 (2014), 551 (556 ff.), vgl. *Bundestag, Fachbereich Europa*, Unionsrechtliche Zulässigkeit von Investor-Staat-Schiedsverfahren in Freihandelsabkommen der Europäischen Union (EU), 2015, S. 9, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/405232/bbfc8baddada4255025531d7ecbd1dae/pe-6-025-15-pdf-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸⁸ ICSID Case No. ARB/05/20 – *Micula*; *Lavranos/Singla*, *Achmea: Groundbreaking or Overrated*, *SchiedsVZ* 2018, 348 (355).

⁸⁹ Vgl. Beschluss der Kommission (EU) 2015/1470 vom 30.3.2015, S. 69.

Schiedsgericht weder „die Aufgabe hat, die einheitliche Anwendung der [...] gemeinsamen Rechtsvorschriften zu gewährleisten...“, noch in Form eines Zwischenstreits in ein nationales Gerichtssystem eingebunden ist.⁹⁰

So kann abschließend festgestellt werden, dass ein ICSID-Schiedsgericht kein „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV und somit nicht zur Vorlage an den *EuGH* berechtigt ist.

III. ICSID als Gericht i. S. d. Art. 267 AEUV

Anzudenken wäre noch, ob eines der ICSID-Organen (Verwaltungsrat, Sekretariat oder Schlichtungs- bzw. Schiedsrichtergremium) zur Vorlage nach Art. 267 AEUV an den *EuGH* berechtigt ist. Diese Gremien beruhen auf der ICSID-Konvention und haben ständigen Charakter.⁹¹ Allerdings dürfte es offensichtlich sein, dass diese nicht im Rahmen eines streitigen Verfahrens eine Entscheidung mit Rechtsprechungscharakter treffen. Dies obliegt alleine dem von den Parteien gebildeten ICSID-Schiedsgericht. Insofern sprechen *prima facie* gewichtige Argumente gegen eine Vorlageberechtigung.

Es könnte noch darüber nachgedacht werden, ob das nach Art. 52 Abs. 2 der ICSID-Konvention vom Vorsitzenden des Verwaltungsrates gebildete ad-hoc Komitee zur Vorlage berechtigt wäre. Dieses Komitee stellt eine Besonderheit der ICSID-Konvention dar. Denn der von einem ICSID-Schiedsgericht erlassene Schiedsspruch kann nur unter den engen Voraussetzungen, welche in Art. 53 Abs. 1 der ICSID-Konvention geregelt sind, aufgehoben werden.⁹² Dies stellt einen signifikanten Unterschied zu Aufhebungsverfahren im Rahmen von ad-hoc⁹³ Investitionsschutzschiedsverfahren dar. Bei Letzteren ist für die Aufhebung regelmäßig das Recht am Ort der Schiedsverhandlung (*lex arbitri*) maßgeblich.⁹⁴ Im Gegensatz dazu bildet ICSID ein in sich geschlossenes System. Über einen eingereichten Aufhebungsantrag entscheidet dann auch nicht das Gericht des Schiedsortes,⁹⁵ sondern gemäß Art. 52 Abs. 1 der ICSID-Konvention das ad-hoc Komitee. Im Rahmen der Prüfung des

⁹⁰ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 14.6.2011, C-196/09, *Paul Miles u. a. ./.* *Europäische Schulen*, Rn. 41; ebenso *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ./.* *Achmea BV*, Rn. 47.

⁹¹ Siehe dazu oben **D. I.**

⁹² Vgl. *Fecak* (Fn. 64), S. 416.

⁹³ Ad-hoc Schiedsgerichte basieren alleine auf der Vereinbarung von Parteien und werden auch nicht von einer Schiedsinstitution administriert.

⁹⁴ *Wolff*, Grundzüge des Schiedsverfahrensrechts, JuS 2006, 97 (108); in Deutschland bestimmt sich beispielsweise die Aufhebung eines Schiedspruches nach § 1059 ZPO.

⁹⁵ So ist zum Beispiel gemäß § 1062 ZPO das OLG, welches im Bezirk des schiedsrichterlichen Verfahrens liegt, für die Überprüfung von Aufhebungsanträge zuständig.

Aufhebungsantrages könnte nun das ad-hoc Komitee unionsrechtlich relevante Fragen dem *EuGH* vorlegen.⁹⁶ Allerdings hat der *EuGH* dieser Überlegung mit der Entscheidung im *Achmea*-Verfahren wohl schon einen Riegel vorgeschoben, indem er ausdrücklich eine Überprüfung „in beschränktem Umfang“ für eine Investitionsstreitigkeit nicht ausreichen hat lassen.⁹⁷ Aber eben nur eine solche würde das ad-hoc Komitee am Maßstab des Art. 52 der ICSID-Konvention vornehmen können. Insofern würde das ad-hoc Komitee gar keine Überprüfung des Schiedsspruchs am Maßstab des Unionsrechts vornehmen und daher dem *EuGH* auch ganz grundsätzlich keine auslegungsbedürftigen Unionsrechtsfragen vorlegen können. Darüber hinaus besteht das Komitee weder ständig noch ist es Bestandteil des Rechtssystems einer der EU-Mitgliedsstaaten. Eine Vorlageberechtigung des ad-hoc-Komitees nach Art. 267 AEUV ist daher zu verneinen.

E. Ausblick

Abschließend muss festgehalten werden, dass weder ein ICSID-Schiedsgericht noch ICSID selbst bei einer Investitionsstreitigkeit im europäischen Raum zur Vorlage an den *EuGH* berechtigt wäre. Dieses Ergebnis war zwar nach der *Achmea*-Entscheidung des *EuGH* erwartbar. Dennoch ist es praktisch eher ernüchternd. Denn ICSID hat sich zu einer effektiven Einrichtung zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten entwickelt.⁹⁸ Insofern müssen jetzt neue Mechanismen zur Streitbeilegung im Rahmen von bilateralen Investitionsstreitigkeiten gefunden werden. Glücklicherweise kursiert schon eine Vielzahl von Vorschlägen, die den Level des bisherigen Investitionsschutzes innerhalb der EU aufrechterhalten könnten. Zum einen wird schon länger die Schaffung eines einheitlichen Investitionsgerichtshof („UIC“) diskutiert.⁹⁹ Daran anknüpfend hat der Rat am 20.3.2018 der Kommission eine Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen zur Schaffung eines multilateralen Investitionsgerichts („MCI“) erteilt.¹⁰⁰ Ein solches Investitionsgericht würde

⁹⁶ Ähnlich gestaltete sich die Situation ja auch im *Achmea*-Verfahren, bei dem der *BGH* im Rahmen der Prüfung des Aufhebungsantrages der Slowakei eine unionsrechtliche Frage dem *EuGH* vorgelegt hat.

⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 6.3.2018, C-284/16, *Slowakische Republik ././ Achmea BV*, Rn. 53 f.

⁹⁸ Vgl. *Balthasar*, Investment Protection in Europe: international Investment Treaties, the European Convention on Human Rights and the Need for Reform at the EU Level, *SchiedsVZ* 2018, 227 (229).

⁹⁹ *Andersen/Hindelang*, The Day after: Alternatives to Intra-EU Bits, *JWIT* 2017, 23 ff.; *Stöbener de Mora*, Das *Achmea*-Urteil zum Intra-Eu-Investitionsschutz, *EuZW* 2018, 363 (370).

¹⁰⁰ *EU-Kommission*, Pressemitteilung: Commission welcomes adoption of negotiating directives for a multilateral investment court, 20.3.2018, abrufbar unter:

neben einer gesetzlichen Grundlge auch einen ständigen bzw. obligatorischen Charakter haben und so nach Art. 267 AEUV vorlageberechtigt sein. Zum anderen wird diskutiert, den *PCA* zukünftig als Instanz für Investitionsstreitigkeiten umzufunktionieren.¹⁰¹ All diese Vorschläge sind mit Eingeständnissen gegenüber den durchaus existierenden Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit, wie zum Beispiel Vertraulichkeit und Flexibilität, verbunden. Dennoch wird gerade wegen dieser Eingeständnisse wohl kein Weg an den aufgezeigten Alternativen vorbeiführen. Denn letztlich ist der entscheidende Faktor für die Zukunft der Investitionsschutzmechanismen in Europa die Politik. Dies beweist schon eine wegweisende Erklärung von 22 der 28 Mitgliedstaaten am 15.1.2019, in welcher sie sich verpflichtet haben, die *Achmea*-Entscheidung umzusetzen, insbesondere dadurch, dass sie Schiedssprüche nicht mehr anerkennen oder zur Vollstreckung zulassen.¹⁰² Die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit scheint also im europäischen Raum bis auf Weiteres auf dem Abstellgleis zu sein. Ob sie jemals wieder auf die Erfolgspur zurückkommen wird, scheint nach dieser Erklärung sehr unwahrscheinlich. Investoren in der europäischen Union müssen sich in jedem Fall auf unsichere Zeiten einstellen.

<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1819> (zuletzt abgerufen am 13.8.2019).

¹⁰¹ *Andersen/Hindelang* (Fn. 99), S. 21 ff.; die bestehenden Strukturen des *PCA* bleiben bei diesem Vorschlag bestehen, nur würden feste Spruchkammern eingeführt, die sich ausschließlich mit europäischen Investitionsstreitigkeiten beschäftigen würden.

¹⁰² Declaration of the Member States of 15 January 2019 on the legal consequences of the *Achmea* judgment and on investment protection, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

Clara Schindowski*

Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, internationale Menschenrechte zu beachten?

Abstract

Transnationale Unternehmen haben einen immensen Einfluss auf und eine große Macht über den Menschen. Jedoch sind transnationale Unternehmen zumindest nicht unmittelbar Träger menschenrechtlicher Pflichten. Selbst eine mittelbare Menschenrechtsbindung transnationaler Unternehmen über staatliche Schutzpflichten vermag menschenrechtliche Verantwortungslücken bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten nicht zu schließen. Neben potentiellen Rechtsbindungen transnationaler Unternehmen erforscht dieser Beitrag Möglichkeiten der Ausgestaltung von Menschenrechtspflichten transnationaler Unternehmen sowie ihre Durchsetzbarkeit. Auch wird der aktuelle Entwurf eines legally binding instruments einer Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsrats beleuchtet.

Transnational corporations have an immense influence on and great power over individuals. However, transnational corporations have no - at least no direct - human rights obligations. Even indirect human rights obligations stemming from the States' duty to protect human rights cannot close those responsibility gaps in cases of cross-border activities. Alongside potential human rights obligations of transnational corporations, this essay investigates potential avenues to implement and enforce human rights obligations of transnational corporations. Additionally, the current draft for a legally binding instrument by a working group of the UN-Human Rights Council is examined.

* Die Verfasserin studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die von Prof. *Dr. Anne Peters, LL.M. (Harvard)* im Wintersemester 2018/2019 gestellt wurde.

A. Einleitung: Transnationale Unternehmen und internationale Menschenrechte

„There is one and only one social responsibility of business – [...] to increase its profits so long as it stays within the rules of the game [...]”¹

Mit diesen prägnanten Worten beschrieb Nobelpreisträger *Milton Friedman* noch Anfang der 1960er Jahre den Umfang der sozialen Verantwortung von Unternehmen. Hat *Friedmans* Einschätzung noch Bestand? Oder sind mittlerweile auch internationale Menschenrechte Bestandteil der „rules of the game“ transnationaler Unternehmen? Welche Grenzen setzt das Völkerrecht dem unternehmerischen Streben nach größtmöglichem Profit?

Im Zuge der Globalisierung haben transnationale Unternehmen stetig an Macht und Einfluss gewonnen.² So beschäftigten die 100 größten transnationalen Unternehmen im Jahr 2017 bereits über 16 Millionen Menschen.³ Die Unternehmen sind über die Grenzen ihres Heimatstaates hinaus mobil und wählen die Standorte ihrer Produktionsstätten oftmals im Hinblick auf möglichst niedrige Sozialstandards aus.⁴ Dort handeln Unternehmen häufig selbst menschenrechtswidrig, profitieren von Menschenrechtsverletzungen der Regierungen vor Ort oder unterstützen menschenrechtswidrige Regime durch ihre Investitionen.⁵ Andererseits können transnationale Unternehmen auch für wirtschaftlichen Aufschwung sorgen und somit zur Verbesserung von Lebensbedingungen beitragen.⁶ Dies wirkt sich wiederum positiv auf Menschenrechte, insbesondere soziale Menschenrechte, aus.⁷ Mit transnationalen Unternehmen sind demnach neue mächtige Akteure auf die

¹ *Friedman*, *Capitalism and Freedom*, 3. Aufl. 1962, S. 133.

² *Committee on Economic Social and Cultural Rights*, Statement on the obligations of States Parties regarding the corporate sector and economic, social and cultural rights (20.5.2011), E/C.12/2011/1, Rn. 1, abrufbar unter: <http://undocs.org/E/C.12/2011/1> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

³ *United Nations Conference on Trade and Development*, World Investment Report 2018 (6.6.2018), UNCTAD/WIR/2018, S. 29, abrufbar unter: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁴ *Griebel*, *Transnationale Unternehmen*, in: Schöbener, *Völkerrecht: Lexikon zentraler Begriffe und Themen*, 2014, S. 472 (473); *Peters*, Sind transnationale Unternehmen verpflichtet, (internationale) Menschenrechte zu respektieren und zu fördern?, in: *Kirchschläger/Kirchschläger/Belliger/Krieger*, *Menschenrechte und Wirtschaft im Spannungsfeld zwischen Staaten und Nonstate Actors*, 2006, S. 127 (127).

⁵ *Peters* (Fn. 4), S. 127.

⁶ *Committee on Economic Social and Cultural Rights* (Fn. 2), Rn. 1.

⁷ *Ebd.*

internationale Bühne getreten, welche den Schutz von Menschenrechten fördern, aber auch untergraben können.

Es stellt sich die Frage, ob das Völkerrecht Unternehmen menschenrechtliche Verpflichtungen auferlegt. Um diese Frage zu beantworten, wird im Rahmen dieses Beitrags zunächst ermittelt, ob Unternehmen als private Akteure unmittelbar Träger von Menschenrechtspflichten sind und inwiefern sich staatliche Menschenrechtspflichten mittelbar auf Unternehmen auswirken (**B.**). Anschließend wird gezeigt, dass Unternehmen auch unmittelbar in die völkerrechtliche Verantwortung gezogen werden (**C.**). Auf die Darstellung der staatlichen Verpflichtung und unternehmerischen Verantwortung folgend wird die häufig diskutierte Ausweitung der Menschenrechtsverpflichtungen auf Unternehmen *de lege ferenda* erörtert (**D.**). Daran anschließend wird untersucht, inwiefern etwaige Pflichten und Verantwortungen eingeklagt werden können und welche Durchsetzungsmechanismen Opfern von Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen zur Verfügung stehen (**E.**). Schließlich erfolgt eine kritische Auseinandersetzung mit dem Entwurf eines *legally binding instruments* einer Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsrats, welcher der aktuellste Ansatz in der Debatte um transnationale Unternehmen und Menschenrechte ist (**F.**).

B. Menschenrechtliche Verpflichtungen transnationaler Unternehmen

Die Debatte um die Bindung transnationaler Unternehmen an völkerrechtliche Pflichten teilt sich in zwei grundlegende Fragen. Erstens, inwieweit Unternehmen überhaupt völkerrechtliche Pflichten auferlegt werden *können* und zweitens, inwieweit sie tatsächlich Träger solcher Pflichten *sind*. In dieser Diskussion werden die Begriffe *Völkerrechtssubjektivität*, *Völkerrechtspersönlichkeit* und *Völkerrechtsfähigkeit* zum Teil synonym⁸ und zum Teil differenzierend benutzt.⁹ Einige Autoren unterscheiden die Begriffe unter dem Gesichtspunkt der Dichte an Rechten und Pflichten, die das Subjekt innehat.¹⁰ Eine andere Differenzierung erfolgt danach, ob dem Subjekt lediglich Rechte zugesprochen werden oder ob es diese auch durchsetzen kann.¹¹ Vor dem Hintergrund der beiden relevanten Fragen innerhalb der Debatte bezeichnet der Begriff der Völkerrechtsfähigkeit nachfolgend das schlichte Potenzial, Inhaber

⁸ *IGH*, *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion v. 11.4.1949, ICJ Reports 1949, 174 (178); *Peters*, *Jenseits der Menschenrechte*, 2014, S. 30.

⁹ *Parlett*, *The Individual in the International Legal System*, 2011, S. 29 ff.; *Klabbers*, *An Introduction to International Institutional Law*, 2002, S. 43.

¹⁰ U. a. *Peters* (Fn. 8), S. 30.

¹¹ *Nkambo Mugerwa*, *Subjects of International Law*, in: Sørensen, *Manual of Public International Law*, 1968, S. 247 (266).

völkerrechtlicher Rechte und Pflichten zu sein. Die Begriffe der Völkerrechtssubjektivität und Völkerrechtspersönlichkeit beschreiben dementsprechend die tatsächliche Trägerschaft von völkerrechtlichen Rechten und Pflichten.¹²

I. Begriff des transnationalen Unternehmens

Transnationale Unternehmen werden in völkerrechtlichen Dokumenten und der Literatur unterschiedlich definiert.¹³ Es lassen sich allerdings zwei charakteristische Merkmale identifizieren. So werden Unternehmen als transnational bezeichnet, wenn sie erstens voneinander getrennte Wirkungseinheiten in mindestens zwei Staaten besitzen und zweitens die Aktivitäten dieser Wirkungseinheiten koordinieren.¹⁴

II. Völkerrechtsfähigkeit transnationaler Unternehmen

Voraussetzung für eine Bindung an internationale Menschenrechte ist die grundsätzliche Völkerrechtsfähigkeit transnationaler Unternehmen. Die völkerrechtliche Rechtsfähigkeit ist hierbei unabhängig von der Rechtsfähigkeit von Unternehmen nach dem jeweiligen nationalen Recht.¹⁵ In seinem *Reparations for Injuries*-Gutachten hat der IGH bereits 1949 anerkannt, dass auch andere

¹² Peters (Fn. 8), S. 29, 50; Peters, Der Mensch im Mittelpunkt des Völkerrechts: Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung, in: Grimm/Kemmerer/Möllers, Rechtswege, 2015, S. 63 (66); Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962), 1 (18, 45).

¹³ Human Rights Council, Open-ended Intergovernmental Working Group, Zero Draft: legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporation and other business enterprises (16.7.2018), Art. 4.2.: „any for-profit economic activity [...] undertaken by a natural or legal person [...] that take place or involve persons or impact in two or more national jurisdictions“, abrufbar unter: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); OECD, OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011, I.4.: „they usually comprise companies or other entities established in more than one country and so linked that they may coordinate their operations“, abrufbar unter: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); International Labour Organization, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, März 2017,), Aim and Scope 6: „multinational enterprises include enterprises which own or control production, distribution, services or other facilities outside the country in which they are based“, abrufbar unter: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---multi/documents/publication/wcms_094386.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); Peters (Fn. 4), S. 127: „Als TNC gilt ein Unternehmen, wenn es mindestens eine Tochtergesellschaft im Ausland hat und an dieser eine gewisse Kapitalbeteiligung besitzt“; Shaw, International Law, 7. Aufl. 2014, S. 181.

¹⁴ Krajewski, Die Menschenrechtsbindung transnationaler Unternehmen, MRM 2012, 66 (69).

¹⁵ Peters (Fn. 8), S. 4.

Subjekte als Staaten, in jenem Fall die UN als Internationale Organisation, völkerrechtsfähig sein können.¹⁶

Auf völkerrechtlicher Ebene finden sich Rechte transnationaler Unternehmen in der Form besonderer Schutzrechte, wie etwa dem Schutz ausländischer Investoren vor entschädigungsloser Enteignung, in zahlreichen zwischenstaatlichen Investitionsschutzverträgen.¹⁷ Neben diesen materiell-rechtlichen Rechtspositionen erkennt das geltende Völkerrecht auch vertragsbasierte prozessuale Rechte von Unternehmen an, zum Beispiel das Recht auf Anrufung eines Schiedsgerichts innerhalb von Investitionsschutzregimen¹⁸ oder das Recht auf Zugang zum Gericht im Statut des *Internationalen Seegerichtshofs*. In dessen Annex VI, Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Teil XI, werden Unternehmen bei Streitfällen Klagemöglichkeiten eingeräumt.¹⁹ Die Zuweisung dieser Rechtspositionen zeigt, dass transnationale Unternehmen völkergewohnheitsrechtlich als rechtsfähig anerkannt sind.²⁰

III. Unmittelbare Bindung transnationaler Unternehmen an Menschenrechte

Die grundsätzliche Rechtsfähigkeit eines Subjekts ist von seinen tatsächlich bestehenden Rechten und Pflichten zu trennen.²¹ Es bleibt daher zu klären, ob Unternehmen Träger von internationalen Menschenrechtsverpflichtungen sind. Solche könnten Unternehmen über die in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut²²

¹⁶ *IGH*, *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion v. 11.4.1949, ICJ Reports 1949, 174 (178).

¹⁷ *Association of South-East Asian Nations*, Comprehensive Investment Agreement, (26.2.2009, Inkrafttreten 24.2.2012), Art. 14, abrufbar unter: <http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *North American Free Trade Agreement* (8.12.1993, Inkrafttreten 1.1.1994), Art. 1110, abrufbar unter: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Agreement between the People's Republic of China and the Federal Republic of Germany on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, BGBl. 2005 II, 732 (1.12.2003, Inkrafttreten 11.11.2005), Art. 4 Abs. 2, 3.

¹⁸ Z. B. im ICSID-Regime: *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, 575 UNTS, 159 (18.3.1965, Inkrafttreten 14.10.1966), Art. 36 i.V.m. Art. 25; auch vorgesehen im *North American Free Trade Agreement* (Fn. 17), Art. 1116.

¹⁹ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 1835 UNTS, 3 (10.12.1982, Inkrafttreten 16.11.1994), Annex VI, Art. 20 Abs. 2 i. V. m. Part XI.

²⁰ *Herdegen*, *Völkerrecht*, 18. Aufl. 2019, § 13 Rn. 2; *Krajewski*, *Völkerrecht*, 2017, § 13 Rn. 142; *Griebel* (Fn. 4), S. 474.

²¹ *Peters* (Fn. 8), S. 384.

²² *Statute of the International Court of Justice*, 33 UNTS, 993 (26.6.1945).

festgeschriebenen Völkerrechtsquellen auferlegt worden sein. Es kommt eine Bindung aus Vertrags- und Gewohnheitsrecht in Frage.

1. Menschenrechtsverpflichtungen aus Vertragsrecht

Menschenrechtsverträge wie der IPWSKR²³ oder der IPBPR²⁴ binden lediglich die Vertragsstaaten.²⁵ Transnationale Unternehmen hingegen sind keine Adressaten von Menschenrechtsverträgen.²⁶ Sie sind daher nicht vertraglich an Menschenrechtspflichten gebunden.

2. Menschenrechtsverpflichtungen aus Völkergewohnheitsrecht

Aus dem Völkergewohnheitsrecht könnten sich menschenrechtliche Verpflichtungen für transnationale Unternehmen ergeben. Hierfür müsste eine Staatenpraxis und eine entsprechende *opinio iuris* vorliegen.²⁷ Zu beachten ist, dass das Element der Staatenpraxis eine gewisse Dauer, Einheitlichkeit und Verbreitung voraussetzt.²⁸ Im Folgenden werden Materialien Internationaler Organisationen, welche als Beiträge ihrer Mitgliedstaaten Staatenpraxis darstellen²⁹, und nationale Rechtsprechung herangezogen.

a) Instrumente Internationaler Organisationen

Über das Bestehen menschenrechtlicher Verpflichtungen von transnationalen Unternehmen wurde sowohl innerhalb der UN als auch anderer Internationaler Organisationen wie der OECD wiederholt diskutiert. Instrumente, welche mit der Intention geschaffen wurden, den *status quo* des Völkergewohnheitsrechts bezüglich dieser Frage festzuhalten, verneinen internationale Menschenrechtspflichten von Unternehmen. So stipulieren die 2011 veröffentlichten *UN Guiding Principles* des Sonderberichterstatters Ruggie lediglich eine „unternehmerische Verantwortung“.³⁰ Auch die *OECD Guidelines for*

²³ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 993 UNTS, 3 (16.12.1966, Inkrafttreten 3.1.1976).

²⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, 999 UNTS, 171 (16.12.1966, Inkrafttreten 23.3.1976).

²⁵ Peters, Völkerrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, S. 288.

²⁶ Peters, Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law, 2016, S. 101.

²⁷ Statute of the International Court of Justice (Fn. 22), Art. 38 Abs. 1 lit. b; Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, § 19 Rn. 2.

²⁸ IGH, North Sea Continental Shelf Case (*Bundesrepublik Deutschland v. Dänemark/ Bundesrepublik Deutschland v. Niederlande*), Urt. v. 20.2.1969, ICJ Reports 1969, 3 (Rn. 73, 74).

²⁹ v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, S. 104.

³⁰ Human Rights Council, Report of the Special Representative on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie, Annex,

Multinational Enterprises (OECD Guidelines) halten fest: „Enterprises *should* respect human rights“³¹. Die *OECD Guidelines* haben also, wie in deren Vorwort explizit benannt, lediglich Empfehlungscharakter und sind daher nicht rechtsverbindlich.³² Sogar der Entwurf eines *legally binding instruments*, den eine zwischenstaatliche Arbeitsgruppe unter dem Mandat des UN-Menschenrechtsausschusses im Juli 2018 veröffentlichte, sieht die rechtliche Bindung nicht auf Seiten der Unternehmen, sondern auf Seiten der Staaten.³³

Interessanterweise sahen die im Jahr 2003 durch die Unterkommission der UN zur Förderung und zum Schutz der Menschenrechte angenommenen *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* noch eine unmittelbare rechtliche Bindung von Unternehmen vor.³⁴ Sie normierten, dass transnationale Unternehmen eine Verpflichtung hätten, die im Völkerrecht anerkannten Menschenrechte innerhalb ihrer Möglichkeiten zu fördern, ihre Einhaltung zu sichern, sie zu achten und sogar ihre Achtung zu gewährleisten und zu schützen.³⁵ Neben der unmittelbaren Bindung von Unternehmen stipulierten die Normen also auch eine äußerst weitgehende Menschenrechtsverpflichtung, welche neben negativen Pflichten auch positive Pflichten beinhaltete. Dementsprechend negativ war die Kritik des privaten Sektors und vieler Staaten.³⁶ So bezeichnete die US-amerikanische Regierung die Normen als „anti-business agenda [that] has held back the

Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy Framework“, 2011, A/HRC/17/31, II.: „*the corporate responsibility to protect human rights*“.

³¹ *OECD, Guidelines for Multinational Enterprises* (Fn. 13), II. A. 2.: „*Enterprises should respect the internationally recognized human rights of those affected by their activities*“ [Hervorhebung durch die Verfasserin].

³² *OECD, Guidelines for Multinational Enterprises* (Fn. 13), Preface, 1.: „*The OECD Guidelines for Multinational Enterprises are recommendations addressed by governments to multinational enterprises*.“

³³ *Human Rights Council, Elaboration of an Internationally Legally Binding Instrument on Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights* (14.7.2014), A/HRC/RES/26/9; *Human Rights Council, Zero Draft* (Fn. 13).

³⁴ *Economic and Social Council, Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights* (26.8.2003), E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, abrufbar unter: <https://undocs.org/E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Krajewski* (Fn. 14), S. 71.

³⁵ *Economic and Social Council, Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights* (Fn. 34), Rn. 1: „*Within their respective spheres of activity and influence, transnational corporations and other business enterprises have the obligation to promote, secure the fulfilment of, respect, ensure respect of and protect human rights recognized in international [...] law*.“

³⁶ *Kinley/Chambers, The UN Human Rights Norms for Corporations: The Private Implications for Public International Law*, *Human Rights Law Review* 2006, 447 (448).

economic and social advancement of developing countries“.³⁷ Eine direkte Inanspruchnahme von Unternehmen, wie es die *UN Norms* aus dem Jahr 2003 vorgesehen hatten, wurde jedoch nicht übernommen. Aktuelle Instrumente Internationaler Organisationen lassen darauf schließen, dass menschenrechtliche Verpflichtungen transnationaler Unternehmen kein Völkergewohnheitsrecht sind.

b) Innerstaatliche Rechtspraxis

Neben internationalen Instrumenten kann auch innerstaatliche Rechtspraxis im Rahmen von Gewohnheitsrecht als Staatenpraxis und als Ausdruck der staatlichen *opinio iuris* herangezogen werden.³⁸ In Bezug auf die rechtliche Bindung von Unternehmen lässt sich feststellen, dass nationale Rechtsordnungen die Verantwortung juristischer Personen allgemein anerkennen.³⁹ In den USA besteht sogar die Möglichkeit, unter dem *Alien Tort Statute* zivilrechtliche Klagen gegen Unternehmen wegen Menschenrechtsverletzungen zu erheben.⁴⁰ Obwohl nationales Recht die Rechtsgrundlage von Klagen unter dem *Alien Tort Statute* ist, weist es einen starken Bezug zu völkerrechtlichen Normen auf.⁴¹ So haben die *District Courts* unter dem Statut Jurisdiktion über Verletzungen von Völkerrecht („in violation of the law of nations“).⁴² Unter dem *Alien Tort Statute* befasste sich ein US-amerikanisches Berufungsgericht im Fall *Doe v. Unocal Corporation* mit der Zulässigkeit einer Klage vier burmesischer Staatsangehöriger.⁴³ Dem kalifornischen Unternehmen *Unocal* wurde Beihilfe zu schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen vorgeworfen. Diese wurden laut Klageschrift durch burmesische Militärangehörige, welche für die Sicherheit eines von *Unocal* durchgeführten Pipelinebaus zuständig waren, begangen.⁴⁴ Es folgten weitere Klagen gegen Unternehmen, im Rahmen derer US-Gerichte

³⁷ US Government Statement, 20.4.2005, zitiert nach: *Kinley/Chambers* (Fn. 36), S. 448.

³⁸ *v. Arnauld* (Fn. 29), S. 104.

³⁹ Z. B. in Deutschland über § 30 OWiG; in Italien: Decreto Legislativo Nr. 231/2001, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, Nr. 140 v. 19.6.2001, S. 4 (8.6.2001); in Indien: Indian Penal Code, Act. No. 45 of 1860 (6.10.1860), chapter II, 11.

⁴⁰ Alien Tort Statute, 28 USC § 1350 (1789); allgemein zum *Alien Tort Statute*: *Seibert-Fobr*, United States Alien Tort Statute, in: Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015.

⁴¹ *Seibert-Fobr/Wolfrum*, Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen, *Archiv des Völkerrechts* 43 (2005), 153 (154).

⁴² Alien Tort Statute, 28 USC § 1350 (1789).

⁴³ *US Court of Appeals, 9th Circuit, Doe v. Unocal Corporation*, 27.4.2001, 248 F.3d 915.

⁴⁴ Zitiert nach *Seibert-Fobr/Wolfrum* (Fn. 41), S. 169; *Muchlinski*, Corporations in International Law, in: Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, Rn. 36.

Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen insoweit annahmen, als sie Beihilfe zu staatlichen Menschenrechtsverletzungen waren.⁴⁵ Diese Klagemöglichkeit wurde jedoch mit den Urteilen des *US Supreme Court* in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* (2013) und *Jesner v. Arab Bank* (2018) stark eingeschränkt. Neben der Vermutung gegen die extraterritoriale Anwendbarkeit des *Alien Tort Statute*⁴⁶ stellte der *Supreme Court* fest:

„It is true, [...] that corporations should be subject to liability for the crimes of their human agents. But the international community has not yet taken that step.“⁴⁷

Mit der aktuellsten Rechtsprechung wird also deutlich, dass sich laut US-Gerichten eine unternehmerische Verpflichtung auf internationaler Ebene noch nicht durchsetzte und somit noch nicht Teil des Völkergewohnheitsrechts ist.

In Bezug auf die Frage, ob Unternehmen mit unmittelbaren internationalen menschenrechtlichen Pflichten belastet sind, äußerte sich auch die französische *Cour d'appel de Versailles* ablehnend.⁴⁸ In *AFPS et PLO v. Alstom et Veolia* entschied das Gericht darüber, ob die Beteiligung französischer Unternehmen an einem Bahnprojekt im Westjordanland gegen Völkerrecht in Form einer illegalen Besetzung verstieß.⁴⁹ Dies verneinte das Gericht mit der Begründung, dass die französischen Unternehmen nicht an Völkerrecht, welches die Besetzung fremden Territoriums verbietet, gebunden seien.⁵⁰ Darüber hinaus lässt sich keine nationale Rechtspraxis finden, die unmittelbare menschenrechtliche Verpflichtungen von Unternehmen begründen würde.⁵¹ Demzufolge sind Unternehmen nicht aus Völkergewohnheitsrecht verpflichtet, internationale Menschenrechte zu beachten.⁵²

⁴⁵ Z. B. in *US Court of Appeals, 2nd Circuit, Khulumani v. Barclay National Bank Ltd.*, 12.10.2007, 504 F.3d 254, bei III; siehe auch *Seibert-Fohr/Wolfrum* (Fn. 41), S. 155.

⁴⁶ *US Supreme Court, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 17.4.2013, 133 S.Ct.1659, 1664.

⁴⁷ *US Supreme Court, 2nd Circuit, Jesner v. Arab Bank*, 24.4.2018, 138 S. Ct. 1386, 1402.

⁴⁸ *Rubins/Stephens-Chu*, Introductory Note to *AFPS and PLO v. Alstom and Veolia* (Versailles Ct. App.), *International Law Materials* 52 (2013), 1157 (1157).

⁴⁹ *Cour d'appel de Versailles, AFPS et PLO v. Alstom et Veolia*, Urt. v. 22.3.2013, dazu auch *Rubins/Stephens-Chu* (Fn. 48).

⁵⁰ *Cour d'appel de Versailles, AFPS et PLO v. Alstom et Veolia*, Urt. v. 22.3.2013, S. 21.

⁵¹ Zu diesem Schluss kommt auch *Adam*, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht*, 2015, S. 176.

⁵² *Peters* (Fn. 26), S. 101.

c) *Völkergewohnheitsrechtliche Bindung transnationaler Unternehmen an Menschenrechte von ius cogens-Status*

Zum Teil wird eine Bindung transnationaler Unternehmen an zwingendes Völkerrecht im Sinne von Art. 53 Wiener Vertragsrechtskonvention angenommen.⁵³ *Ius cogens* beinhaltet mit der Kerngewährleistung der Menschenrechte, sowie dem Folterverbot und dem Verbot der Sklaverei Normen, welche durchaus für transnationale Unternehmen relevant sind.⁵⁴ Es lässt sich diesbezüglich jedoch noch keine einheitliche, dauerhafte und weit verbreitete Staatenpraxis feststellen.⁵⁵ Dies zeigt sich insbesondere dadurch, dass eine *ius cogens*-Bindung in keinem der einschlägigen internationalen Rechtsinstrumente der letzten Jahre, wie den *UN Guiding Principles* oder den *OECD Guidelines*, aufgegriffen wurde.

3. Keine unmittelbare Drittwirkung von Vertrags- oder Gewohnheitsrecht

Eine Bindung von Unternehmen über eine unmittelbare Drittwirkung von Vertrags- oder Gewohnheitsrecht, wie es beispielsweise das Rom-Statut in Bezug auf die Strafbarkeit von Individuen vorsieht, wäre möglich.⁵⁶ Eine solche Regelung besteht nach geltendem Völkerrecht jedoch nicht.⁵⁷

4. Fazit

Unternehmen sind weder aus Vertrags-, noch aus Gewohnheitsrecht oder über eine unmittelbare Drittwirkung dieser Rechtsquellen an internationale Menschenrechte gebunden. Auch *ius cogens* stellt keine Ausnahme dazu dar.

⁵³ Vienna Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS, 331 (23.5.1969, Inkrafttreten 27.1.1980); zustimmend: *Human Rights Council*, Report of the Independent Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic (22.2.2012), A/HRC/19/69, Rn. 16, abrufbar unter:

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-69_en.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); ablehnend: *US Court of Appeals, 2nd Circuit, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 17.9.2010, 621 F.3d 111.

⁵⁴ Kerngewährleistung der Menschenrechte als *ius cogens* schon angedeutet in *IGH, Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)*, ICJ Reports 1949, Urt. v. 9.4.1949, 4 (22).

⁵⁵ Widersprüchliche Argumentation von US-Gerichten nachzulesen in *Kuntz*, *Conceptualising Transnational Corporate Groups for International Criminal Law*, 2017, S. 214 f.

⁵⁶ Rome Statute of the International Criminal Court, 2187 UNTS, 3 (17.7.1998, Inkrafttreten 1.7.2002).

⁵⁷ *Peters*, in: Starck, *Recht und Willkür*, 2012, S. 91 (105).

IV. Mittelbare Bindung transnationaler Unternehmen an Menschenrechte über staatliche Schutzpflichten

So umstritten und viel diskutiert die mögliche menschenrechtliche Bindung von transnationalen Unternehmen sein mögen, so sicher sind Staaten an internationale Menschenrechte gebunden. Diese Staatsorientierung der Menschenrechtsverpflichtungen deckt sich mit dem klassischen Verständnis der Menschenrechte als subjektive Rechte des privaten Individuums gegen den Staat.⁵⁸

1. Staatliche Schutzpflichten

Neben der Verpflichtung, selbst keine Menschenrechtsverletzungen zu begehen (negative Pflichten als „*duty to respect*“), haben Staaten die Pflicht, Individuen innerhalb ihrer Jurisdiktion vor Menschenrechtsverletzungen zu schützen (positive Schutzpflicht i. S. d. „*duty to protect*“).⁵⁹ Diese wird als *due diligence*-Verpflichtung verstanden und ist somit keine ergebnisorientierte Pflicht, sondern eine prozessorientierte Sorgfaltspflicht.⁶⁰ Wenn Handlungen von Unternehmen Menschenrechte verletzen oder auch nur gefährden, sind Staaten daher verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, um möglichen oder tatsächlichen Beeinträchtigungen durch Dritte entgegenzuwirken.⁶¹ Die *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* bestätigen, dass staatliche Schutzpflichten auch in Bezug auf unternehmerische Tätigkeiten bestehen.⁶² Prinzip 3 konkretisiert die staatliche Schutzpflicht und fordert unter anderem, dass nationale Gesetze erlassen werden, die Unternehmen zur Beachtung von Menschenrechten verpflichten. Außerdem sollen bestehende Gesetze auf ihre Wirkung auf die Menschenrechtskonformität von Unternehmen hin untersucht und gegebenenfalls überarbeitet werden. Über die nationale Gesetzgebung strahlen Menschenrechte somit mittelbar auf Unternehmen aus.

2. Ausgestaltung staatlicher Schutzpflichten gegenüber Unternehmen

Die Ausgestaltung der menschenrechtlichen Schutzpflichten wird den Staaten überlassen. Instrumente wie die *OECD Guidelines* oder die *UN Guiding Principles* können Staaten hierbei als Orientierung dienen. Tatsächlich existieren zunehmend mehr nationale Gesetze zur Regulierung unternehmerischer

⁵⁸ Peters (Fn. 4), S. 128.

⁵⁹ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (Fn. 23), Art. 2 Abs. 1; International Covenant on Civil and Political Rights (Fn. 24), Art. 2 Abs. 2.

⁶⁰ *Human Rights Council*, UN Guiding Principles (Fn. 30), Prinzip 1, Kommentar: „*The State duty to protect is a standard of conduct*“.

⁶¹ Krajewski (Fn. 14), S. 70.

⁶² *Human Rights Council*, UN Guiding Principles (Fn. 30), Prinzip 1.

Tätigkeiten im Hinblick auf Menschenrechte. So hat Frankreich 2017 ein Gesetz verabschiedet, das Unternehmen Menschenrechtsverpflichtungen auch bei Auslandsaktivitäten auferlegt.⁶³ Den Erlass eines ähnlichen Gesetzes fordert eine vielversprechende Bürgerinitiative in der Schweiz.⁶⁴ Die Pflicht des Staates, ein Gesetz bezüglich unternehmerischer Auslandsaktivitäten und Menschenrechte zu erlassen, soll sogar in der schweizerischen Bundesverfassung verankert werden.⁶⁵ Auch die EU fordert die Einhaltung der Schutzpflicht ihrer Mitgliedstaaten durch den Erlass von Richtlinien und Verordnungen. So legte das EU-Parlament fest, dass Unternehmen ab einer bestimmten Größe regelmäßig über ihre Einhaltung von Menschenrechten berichten müssen.⁶⁶ An anderer Stelle verpflichtet eine EU-Verordnung die Mitgliedstaaten zur Errichtung nationaler Behörden, die die Menschenrechtskonformität der Lieferketten von Importeuren bestimmter Rohstoffe regelmäßig kontrollieren.⁶⁷

Eine weitere zu beobachtende Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht sind Menschenrechtsverpflichtungen in Investitionsschutzabkommen.⁶⁸ In klassischen Investitionsschutzabkommen wurde die Achtung von Menschenrechten lediglich in der Präambel genannt und war daher nur über die Auslegung der Normen im Lichte von Sinn und Zweck des Abkommens von Relevanz.⁶⁹ In den neuartigen Investitionsschutzabkommen finden

⁶³ Loi no. 2017-399, Relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (27.3.2017), abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/2017-399/jo/texte> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁴ Konzernverantwortungsinitiative, „Initiative erklärt“, abrufbar unter: <https://konzerninitiative.ch/initiative-erklart/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁵ Siehe dazu: *Askin*, Konzernmacht und Verantwortung für Menschenrechte und Umwelt: Neue Wege in der Schweiz, *Verfassungsblog.de*, 14.2.2018, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/konzernmacht-und-verantwortung-fuer-menschenrechte-und-umwelt-neue-wege-in-der-schweiz/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Weller/Thomale*, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, *ZGR* 2017, 509 (510).

⁶⁶ Directive 2014/95/EU amending Directive 2013/34/EU, 22.10.2014, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/95/oj> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁷ Regulation 2017/821 laying down supply chain due diligence obligations, 17.5.2017, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/821/oj> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁸ *Biercliffe/Onwzarek*, Human-rights-based Claims by States and “New-Generation” International Investment Agreements, *Kluwer Arbitration Blog*, 1.8.2018, abrufbar unter: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/?print=pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁶⁹ Free Trade Agreement between the EFTA States and the Republic of Lebanon (24.6.2004, Inkrafttreten 1.1. 2007), Präambel: „*Reaffirming their commitment to [...] Human*

Menschenrechte jedoch als Verpflichtungen der Investoren Einzug. Beispielhaft verlangt der South-African Development Community Model BIT (2012):

„investors and their investments must not manage or operate investments in a manner inconsistent with the international [...] human rights obligations binding on the home State and/or host State.“⁷⁰

Ähnliche Klauseln sind in dem Marokko-Nigeria BIT und dem Draft Pan-African Investment Code enthalten.⁷¹

Die Klagemöglichkeiten von Staaten sind auch in den neuen Investitionsschutzabkommen stark eingeschränkt.⁷² Allerdings haben Staaten durch die den Investoren auferlegten Menschenrechtsverpflichtungen die Möglichkeit, Gegenklagen mit Aussicht auf Erfolg auf Grundlage von Nichteinhaltung des Investitionsschutzabkommens zu erheben. Ein solcher Ansatz schwächt im Fall von menschenrechtswidrigem Verhalten der Investoren den wirtschaftlichen Schutz, den sie unter Investitionsschutzabkommen genießen.

3. Problematiken der staatlichen Schutzpflichten

Vorteil dieser nationalen Schutzpflichten ist, dass ihre Grundlage in der unstrittigen Menschenrechtsbindung der Staaten liegt und die Möglichkeit der Berücksichtigung lokaler Unterschiede. Nachteile eines rein nationalen Lösungsansatzes entstehen aber durch das Territorialitätsprinzip und in Fällen, in denen Staaten selbst an Menschenrechtsverletzungen beteiligt sind.

rights [...]“; abrufbar unter: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/treaties/en/efta-lb/trt_efta_lb.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁷⁰ *Southern African Development Community*, Model Bilateral Investment Treaty (Juli 2012), Art. 15 Abs. 1, abrufbar unter: <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bit-template-final.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁷¹ Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between The Government of the Kingdom of Morocco and The Government of the Federal Republic of Nigeria (3.12.2016, noch nicht in Kraft getreten), Art. 18 Abs. 2, abrufbar unter: <https://www.iisd.org/toolkits/sustainability-toolkit-for-trade-negotiators/wp-content/uploads/2018/01/Morocco-Nigeria-BIT.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); Economic and Social Council, Economic Commission for Africa, Draft Pan-African Investment Code (26.3.2016), A/ECA/COE/35/18, Art. 24.

⁷² Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between The Government of the Kingdom of Morocco and The Government of the Federal Republic of Nigeria (Fn. 71), Art. 27; Southern African Development Community, Model Bilateral Investment Treaty (Fn. 70), Art. 29 Abs. 4.

a) Transnationalität der Unternehmen vs. Territorialitätsprinzip

Aufgrund der Transnationalität der Unternehmen ergeben sich Fragen der Jurisdiktion. Als völkerrechtliches Grundprinzip beschränkt sich staatliche Jurisdiktion auf das staatseigene Territorium.⁷³ Nach diesem Prinzip sind Staaten nicht verpflichtet, die Aktivitäten von auf ihrem Territorium ansässigen Unternehmen im Ausland zu regulieren.⁷⁴ Besonders im Hinblick auf transnationale Unternehmen wirft diese territoriale Begrenzung jedoch Schwierigkeiten auf, da Produktionsstätten oftmals ins Ausland verlagert werden.⁷⁵ In den Gaststaaten bestehen häufig Defizite in der Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht, welche sich in mangelnden nationalen Gesetzen oder ihrer fehlenden Durchsetzung aufgrund von politischer Abhängigkeit der Justiz manifestieren.⁷⁶ Diese Schutzlücke nutzen transnationale Unternehmen, um im Heimatstaat bestehende Gesetze zu umgehen. Gepaart mit der Ortsunabhängigkeit global agierender Unternehmen entsteht ein Mechanismus, der als „Sozialdumping“ oder „*race to the bottom*“ beschrieben wird.⁷⁷ Im Fall von hohen Sozialstandards verlagert das Unternehmen seine Produktionsstätte in einen anderen Staat. Gaststaaten versuchen daher, durch niedrige Standards attraktive Standorte für ausländische Unternehmen zu bleiben. Eine Gegenbewegung stellen die oben erwähnten Investitionsschutzabkommen dar.⁷⁸ Der wirtschaftliche Nachteil der Investoren, welcher durch ihre geschwächte Position bei Klagen unter den Abkommen entsteht, führt zumindest mittelbar zu einer Angleichung der „menschenrechtsschwachen“ Staaten und somit zu einem Ausgleich der Standortvorteile.

Auch durch eine Ausweitung der territorialen Jurisdiktion könnten solche Hürden der nationalen Schutzpflicht überwunden werden. Der oben bereits erwähnte Entwurf eines *legally binding instruments* der zwischenstaatlichen Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsrats bezüglich Unternehmen und Menschenrechten sieht eine solche Ausweitung der staatlichen Jurisdiktion vor.⁷⁹

⁷³ *International Law Commission*, Report, 58th Session, Annex E: Extraterritorial Jurisdiction, 2006, A/61/10, S. 519: „*From a practical as well as legal perspective, the organs of a State generally perform legislative, judicial or enforcement functions only within the territory of a State*“, abrufbar unter: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁷⁴ *Human Rights Council*, UN Guiding Principles (Fn. 30), Prinzip 2, Kommentar.

⁷⁵ *Peters* (Fn. 4), S. 127.

⁷⁶ *Weller/Thomale* (Fn. 65), S. 514 f.

⁷⁷ *Evans*, Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh: An international Response to Bangladesh's Labor Conditions, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 40(2) 2015, 597 (620).

⁷⁸ Siehe oben unter **B. IV. 2.**

⁷⁹ *Human Rights Council*, Zero Draft (Fn. 13), Art. 5.1.

Hier soll auch der Heimatstaat Jurisdiktion über die Tätigkeiten der Unternehmen im Ausland haben.⁸⁰ Zu bedenken ist jedoch, dass sich in demselben Moment Schutzlücken im Gesellschaftsrecht auftun würden. Denn wenn eine Verfolgung durch den Heimatstaat möglich wäre, würden Unternehmen versuchen, ihre Verbindung zum Heimatstaat über die Muttergesellschaft aufzulösen. Dann müsste die staatliche Jurisdiktion auf die komplette Lieferkette ausgeweitet werden. Während der Staat-Unternehmen-Nexus im Fall von Tochtergesellschaften und Produktionsstätten noch gegeben ist, scheint eine Ausweitung auf die Lieferkette unter dem Aspekt des Territorialitätsprinzips schwierig.

Sonderberichtersteller *Ruggie* wählt in den *UN Guiding Principles* einen anderen Weg, um die Schutzlücke, die durch die Grenzen der territorialen Jurisdiktion entsteht, zu schließen. Er differenziert zwischen der Ausübung direkter extraterritorialer Jurisdiktion und dem Ergreifen von Maßnahmen innerhalb nationaler Jurisdiktion mit extraterritorialen Auswirkungen.⁸¹ Schließlich sind Unternehmen aus rechtlicher Sicht von ihrem Heimatstaat abhängig.⁸² Dies zeigt sich daran, dass Gesellschaften eingetragen sein müssen, um als juristische Personen anerkannt zu sein.⁸³ An diese Eintragung und den Bestand von Unternehmen als juristische Person können Staaten gewisse Voraussetzungen unter nationalem Recht knüpfen.⁸⁴ Diese können beispielsweise in verpflichtenden regelmäßigen Berichterstattungen über ausländische Tätigkeiten von Tochterunternehmen liegen. Somit wird lediglich das Mutterunternehmen in die rechtliche Verpflichtung genommen. Es muss sich jedoch durch Berichterstattung über die Tätigkeiten des ausländischen Tochterunternehmens für diese im Heimatstaat verantworten. Beispielhaft für eine solche Regelung ist die im Jahr 2001 durch Frankreich eingeführte jährliche, öffentliche Berichterstattung über Sozial- und Umweltstandards als Voraussetzung für Unternehmen, welche an die Pariser Börse gehen wollen.⁸⁵

⁸⁰ *Human Rights Council*, Zero Draft (Fn. 13), Art. 5.1.

⁸¹ *Human Rights Council*, UN Guiding Principles (Fn. 30), Prinzip 2, Kommentar; auch beschrieben in *Bernaz*, Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?, *Journal of Business Ethics* 177 (2013(3)), 493 (496).

⁸² *Bernaz* (Fn. 81), S. 497.

⁸³ *Ebd.*

⁸⁴ *Ebd.*

⁸⁵ *Ebd.*, S. 498.

b) Staatliche Beteiligung an Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen

Oftmals sind Staaten selbst an Menschenrechtsverletzungen von Unternehmen beteiligt. Dies macht eine nationale Strafverfolgung oder Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche fast unmöglich.⁸⁶ Eine solche Konstellation lag zum Beispiel im Fall *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* vor. Damals wurde ein nigerianischer Bürgerrechtler, welcher auf Menschenrechtsverletzungen des Unternehmens *Royal Dutch* aufmerksam machte, in einem Schauprozess der militärischen Regierung zum Tode verurteilt und hingerichtet.⁸⁷ Als zweites Beispiel lässt sich der *FIFA*-Skandal anführen. Hier wird Staaten des globalen Südens, unter anderem Südafrika vorgeworfen, der *FIFA* große Summen gezahlt zu haben, um als Gastgeber der Weltmeisterschaften gewählt zu werden.⁸⁸ Im Zuge der Vorbereitung und während der *FIFA*-Weltmeisterschaft im Jahr 2010 beging Südafrika Menschenrechtsverletzungen, z. B. in der Form von Enteignungen und Umsiedlungen.⁸⁹ Der *FIFA*-Skandal steht hier nur stellvertretend für den empirisch nachgewiesenen Zusammenhang zwischen Korruption und Menschenrechtsverletzungen.⁹⁰

Oft ermöglicht also erst das Zusammenspiel von Unternehmen und Staat die Menschenrechtsverletzungen und verhindert zudem ihre Aufklärung auf nationaler Ebene. Die mangelnde Ahndung ist häufig durch wirtschaftliche Interessen des Staates und der Aufrechterhaltung eines Standortvorteils motiviert.⁹¹

V. Fazit

Die einzige Menschenrechtsverpflichtung von Unternehmen erfolgt mittelbar über die staatlichen Schutzpflichten. Diese nationale Ausgestaltung ergibt jedoch

⁸⁶ *Ambos*, Wirtschaftsvölkerstrafrecht, 2018, S. 15; *Adam* (Fn. 51), S. 246.

⁸⁷ *Peters*, in: *Starck* (Fn. 57), S. 108.

⁸⁸ *Amnesty International*, Human Rights Concerns in South Africa during the World Cup (4.6.2010), abrufbar unter: <https://www.amnesty.org/en/press-releases/2010/06/human-rights-concerns-south-africa-during-world-cup/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸⁹ *Ebd.*

⁹⁰ Empirisch dargelegt in *Landman/Schudel*, Corruption and Human Rights: Empirical Relationships and Policy Advice, Working Paper, 2007, abrufbar unter: https://www.researchgate.net/publication/238790101_CORRUPTION_AND_HUMAN_RIGHTS_EMPIRICAL_RELATIONSHIPS_AND_POLICY_ADVICE (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Peters*, Corruption and Human Rights, Working Paper (2015), abrufbar unter: http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters_Corruption_and_Human_Rights20151.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁹¹ *Adam* (Fn. 51), S. 246.

einen Flickenteppich menschenrechtlicher Verpflichtungen, welcher an vielen Stellen gravierende Schutzlücken offenbart.

C. Menschenrechtliche Verantwortung transnationaler Unternehmen

Die unternehmerische Verantwortung, die *corporate social responsibility*, ist ein Versuch, diese Schutzlücke zu schließen. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass sie gewisse Verhaltensstandards für Unternehmen in Bezug auf internationale Menschenrechte festlegt. Diese Verantwortung wird vermehrt von Unternehmen angenommen und in Dokumenten, wie den *UN Guiding Principles*, sowie den *OECD Guidelines* festgehalten und konkretisiert.⁹² Diese Dokumente ergeben jedoch keine Verpflichtungen für Unternehmen, sondern sind Quellen des *Soft Laws*.⁹³

I. *Soft Law* als entstehendes Recht

Trotz des unverbindlichen Rechtscharakters von *Soft Law* kommt ihm eine wichtige Rolle zu, da es oft eine Vorstufe zum *Hard Law* bildet und somit als eine Art Katalysator zur Herausbildung von verbindlichem Völkerrecht, insbesondere Völkergewohnheitsrecht, fungiert.⁹⁴ Auch im Bereich der Menschenrechte konnte dieser Mechanismus schon beobachtet werden. Auch bei der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte⁹⁵ handelt es sich um ein nichtverbindliches *Soft Law*-Instrument, dessen Inhalt sich mit der Zeit zum überwiegenden Teil zu Gewohnheitsrecht herausgebildet hat.⁹⁶

II. Die *Soft Law*-Grundlagen der unternehmerischen Menschenrechtsverantwortung

Die *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*⁹⁷ (1976 verabschiedet, 2011 überarbeitet), die *ILO Tripartite Declaration*⁹⁸ (1977 erlassen, zuletzt 2017 überarbeitet) sowie die *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*⁹⁹ (2011 vom UN-Menschenrechtsrat verabschiedet) sind die wichtigsten internationalen

⁹² *Human Rights Council*, UN Guiding Principles (Fn. 30), II., *OECD*, Guidelines for Multinational Enterprises (Fn. 13), Rn. 40.

⁹³ *Peters* (Fn. 25), S. 288.

⁹⁴ IGH, *Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. People's Republic of Albania)*, Urt. v. 9.4.1949, ICJ Reports 1949, 4 (22).; v. *Arnauld* (Fn. 29), S. 117.

⁹⁵ *UN General Assembly*, Resolution 217 A (III): Universal Declaration of Human Rights, 10.12.1948.

⁹⁶ *Blitt*, Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embrasive Approach to Corporate Human Rights Compliance, *Texas International Law Journal* 33 (2012), 33 (38 ff.); v. *Arnauld* (Fn. 29), S. 117.

⁹⁷ *OECD*, Guidelines for Multinational Enterprises (Fn. 13).

⁹⁸ *ILO*, Tripartite Declaration (Fn. 13).

⁹⁹ *Human Rights Council*, UN Guiding Principles (Fn. 30).

Instrumente bezüglich unternehmerischer Menschenrechtsverantwortung.¹⁰⁰ Der *Soft Law*-Charakter der Instrumente spiegelt sich in den gewählten Formulierungen wider. So heißt es sowohl in den *OECD Guidelines* als auch den *UN Guiding Principles*, dass Unternehmen Menschenrechte beachten *sollten* (nicht müssen).¹⁰¹ Auch ist lediglich von einer Menschenrechts*verantwortung* und eben nicht von einer Menschenrechts*verpflichtung*, wie sie im Zusammenhang mit Staaten genannt wird, die Rede.¹⁰² Während die *ILO-Tripartite Declaration* und die *OECD Guidelines* schon wegen ihrer konkreten Anforderungen in Teilen über den internationalen Konsens hinausgehen, enthalten die *UN Guiding Principles* gewisse abstrakte Mindestanforderungen an Staaten und transnationale Unternehmen. Sie stellen die Schnittmenge der drei Regelwerke dar. Dies zeigt sich daran, dass sowohl die *OECD Guidelines*, als auch die *ILO Tripartite Declaration* auf die *UN Guiding Principles* Bezug nehmen.¹⁰³ Die *UN Guiding Principles* beschreiben ein Drei-Säulen-Konzept, in dem die bereits erörterte staatliche Schutzpflicht die erste Säule, die unternehmerische Verantwortung die zweite Säule und der Zugang zu Abhilfemechanismen die dritte Säule („*protect-respect-remedy*“) darstellt.¹⁰⁴ Die *OECD Guidelines* und die *ILO Tripartite Declaration* hingegen können den Unternehmen als Konkretisierung ihrer Menschenrechtsverantwortung dienen. So konkretisierten die *OECD Guidelines* mit jeder Überarbeitung ihre Ausführungen zu Menschenrechten und Unternehmen und beinhalten seit ihrer letzten Aktualisierung im Jahr 2011 sogar einen eigenständigen Abschnitt zu Menschenrechtsverpflichtungen im Unternehmenskontext.¹⁰⁵

III. Umfang der unternehmerischen Menschenrechtsverantwortung

Im Rahmen der unternehmerischen Menschenrechtsverantwortung sollen Unternehmen Menschenrechte respektieren. Das heißt, dass sie zukünftige Menschenrechtsverletzungen vermeiden und potenzielle Menschenrechtsverletzungen adressieren sollen (Prinzip 11). Hierbei werden alle Menschenrechtsbeeinträchtigungen umfasst, die mit ihren Tätigkeiten verknüpft

¹⁰⁰ Kaleck/Saage-Maaß, Unternehmen vor Gericht: Globale Kämpfe für Menschenrechte, 2016, S. 81 ff.

¹⁰¹ Human Rights Council, UN Guiding Principles (Fn. 30), Prinzip 11; OECD, Guidelines for Multinational Enterprises (Fn. 13), II. A. 2., IV. 1; ILO, Tripartite Declaration (Fn. 13), Rn. 8, 9.

¹⁰² Human Rights Council, UN Guiding Principles (Fn. 30), II; ILO, Tripartite Declaration (Fn. 13), Rn. 20, 38.

¹⁰³ OECD, Guidelines for Multinational Enterprises (Fn. 13), insbesondere das Vorwort, S. 3, 4; ILO, Tripartite Declaration (Fn. 13), Vorwort, S. 1.

¹⁰⁴ Human Rights Council, UN Guiding Principles (Fn. 30); Krajewski (Fn. 14), S. 77.

¹⁰⁵ Adam (Fn. 51), S. 163; OECD, Guidelines for Multinational Enterprises (Fn. 13), Abschnitt IV, Krajewski (Fn. 14), S. 77.

sind (Prinzip 13a). Dazu gehören auch solche, die nicht unmittelbar für die Menschenrechtsbeeinträchtigung ursächlich waren.

Die *UN Guiding Principles* legen in Prinzip 12 die *Universal Declaration of Human Rights* und die Rechte aus der *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*¹⁰⁶ als Mindestumfang der unternehmerischen Menschenrechtsverantwortung fest. Als Kodifizierungsinstrumente der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* lassen sich der IPWSKR und IPBPR anführen. Wenn unternehmerische Tätigkeiten Menschenrechte bestimmter Gruppen besonders gefährden, sind Unternehmen angehalten sich an einschlägigen UN Instrumenten, wie zum Beispiel der *UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*¹⁰⁷ oder der *UN Convention on the Rights of the Child*¹⁰⁸ zu orientieren.

Innerhalb ihrer menschenrechtlichen Verantwortung wird von den Unternehmen verlangt, dass sie sich in einem „*policy commitment*“ zu ihrer menschenrechtlichen Verantwortung bekennen. Außerdem sollen sie einen Prozess der „*human rights due diligence*“ einführen und einen internen Abhilfemechanismus für bestehende Menschenrechtsverletzungen schaffen. Der „*due diligence*“-Prozess soll das Anfertigen eines „*human rights impact assessments*“ beinhalten und einen gewissen Grad der externen Kommunikation aufweisen:

„The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses and communicating how impacts are addressed.“¹⁰⁹

Somit empfehlen *Soft Law*-Dokumente Unternehmen im Hinblick auf den Umfang ihrer Menschenrechtsverantwortung einen Handlungsrahmen. Hierbei wird stark auf Selbstregulierung der Unternehmen gesetzt.

¹⁰⁶ *ILO, Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work* (1998, revidiert 2010), abrufbar unter: <https://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁰⁷ *General Assembly, UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* (2.10.2007), A/RES/61/295, abrufbar unter: https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/wp-content/uploads/sites/19/2018/11/UNDRIP_E_web.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁰⁸ UN, *Convention on the Rights of the Child*, 1577 UNTS, 3 (20.11.1989, Inkrafttreten 2.9.1990).

¹⁰⁹ *Human Rights Council, UN Guiding Principles* (Fn. 30), Prinzip 17.

IV. Umsetzung der unternehmerischen Menschenrechtsverantwortung

1. Selbstverpflichtung

Betrachtet man die fünf transnational agierenden Unternehmen mit den größten Vermögenswerten im Ausland (*Royal Dutch Shell*, *Toyota*, *General Electric*, *Total*, *BP*)¹¹⁰, so fällt auf, dass alle Grundsatzserklärungen in Bezug auf Menschenrechte veröffentlicht haben.¹¹¹ Diese nehmen teilweise direkt Bezug auf die *UN Guiding Principles* und die *OECD Guidelines* und beinhalten detaillierte Berichte über interne Mechanismen zum Schutz von Menschenrechten. Dass solche Bekenntnisse Menschenrechtsverletzungen nicht verhindern können, zeigt die bereits oben erwähnte Menschenrechtsklage gegen *Royal Dutch Shell*.¹¹² Auch gegen *BP* wurden Vorwürfe der Menschenrechtsverletzung vor einem „*National Contact Point*“, einem Streitschlichtungsverfahren unter den *OECD Guidelines*, erhoben.¹¹³

Eine andere Art der Selbstverpflichtung ist die Teilnahme am *Global Compact*. Der *Global Compact* ist eine freiwillige Initiative der UN, unter welcher Unternehmen sich verpflichten, gewisse Standards in Bezug auf *inter alia*-Menschenrechte einzuhalten.¹¹⁴ Die ersten beiden Prinzipien halten fest:

¹¹⁰ Bundeszentrale für politische Bildung, Die größten Multinationalen Unternehmen (ohne Finanzbranche), 15.9.2017, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/globalisierung/52633/die-groessten-mnu> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹¹ *Shell*, Human Rights, abrufbar unter: <https://www.shell.com/sustainability/transparency/human-rights.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Toyota*, Sustainability Data Book, 2017, abrufbar unter: https://www.toyota-global.com/sustainability/report/archive/sr17/pdf/sdb17_046-050_en.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *General Electric*, Statement of Principles on Human Rights (27.1.2016), abrufbar unter: http://dsg.files.app.content.prod.s3.amazonaws.com/gesustainability/wp-content/uploads/2014/04/22122420/3.8a-GE_Sustainability_Human_Rights_PDF_NORDSTROM_FINAL_1-27-2016.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Total*, Human Rights- Briefing Paper Update (April 2018), abrufbar unter: https://www.total.com/sites/default/files/atoms/files/human_rights_-_briefing_paper_update.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *BP*, Business and Human Rights policy (2013), abrufbar unter: <https://www.bp.com/content/dam/bp/business-sites/en/global/corporate/pdfs/sustainability/group-reports/bp-human-rights-policy.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹² Zu der Klage gegen *Royal Dutch Shell* siehe oben bei **B. III. 2. b)**, **B. IV. 3. b)**.

¹¹³ UK *National Contact Point* (OECD Guidelines for Multinational Enterprises), “Specific Instance: Btp Pipeline” (22.2.2011), abrufbar unter: <http://www.thecornerhouse.org.uk/sites/thecornerhouse.org.uk/files/11-766-revised-final-statement-ncp-btc.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹⁴ *Peters* (Fn. 25), S. 290.

„Principle 1: Businesses should support and respect the protection of internationally proclaimed human rights; and

Principle 2: make sure that they are not complicit in human rights abuses.“¹¹⁵

Bis heute sind mehr als 13.000 Unternehmen dem *Global Compact* beigetreten¹¹⁶ und haben sich somit verpflichtet, dem Global Compact Büro jährlich einen „*corporate social responsibility*“-Bericht einzureichen.¹¹⁷

2. Freiwillige Verpflichtung durch bindende Verträge

Vermehrt besteht die Erwartung der Zivilgesellschaft, dass transnationale Unternehmen Maßnahmen ergreifen, um ihre Menschenrechtsverantwortung wahrzunehmen. Dieser zunehmende politische und öffentliche Druck führt auch dazu, dass Unternehmen sich freiwillig Vertragsregimen unterwerfen, welche ihnen rechtlich bindende Menschenrechtsverpflichtungen auferlegen. Zu solchen Vertragsregimen gehört der *Bangladesh Accord on Fire and Building Safety*. Dieser Vertrag zwischen internationalen und lokalen Gewerkschaften, NGOs und Unternehmen ist nach dem Einsturz eines Gebäudes in Bangladesch, welches fünf Textilfabriken beherbergte, initiiert worden.¹¹⁸ Bei dieser sogenannten „Rana-Plaza-Katastrophe“ kamen über 1100 Menschen ums Leben.¹¹⁹ Da die Textilfabriken überwiegend im Auftrag transnationaler Unternehmen arbeiteten, entfachte die Katastrophe eine neue Debatte über die Reichweite von unternehmerischen Menschenrechtspflichten. Angesichts des hohen öffentlichen Drucks traten mehr als 150 Unternehmen dem *Bangladesh Accord* bei.¹²⁰ Die Unternehmen verpflichteten sich, sämtliche Zulieferbetriebe in Bangladesch zu benennen und diese regelmäßigen unabhängigen Sicherheitskontrollen zu unterziehen.¹²¹ Einfache Standortwechsel scheiden aus,

¹¹⁵ *Adam* (Fn. 51), S. 171, United Nations Global Compact, The Ten Principles of the UN Global Compact, abrufbar unter: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/mission/principles> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹⁶ Abrufbar unter: <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹⁷ *Peters* (Fn. 25), S. 290.

¹¹⁸ *Evans* (Fn. 77), S. 606; *Kaleck/Saage-Maaß* (Fn. 100), S. 84.

¹¹⁹ *Manik/Yardley*, Building Collapse in Bangladesh Leaves Scores Dead, New York Times, 24.4.2013, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2013/04/25/world/asia/bangladesh-building-collapse.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹²⁰ *Kaleck/Saage-Maaß* (Fn. 100), S. 84.

¹²¹ Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, 13.5.2013, S. 8-11 abrufbar unter: http://www.industrial-union.org/sites/default/files/uploads/documents/2013-05-13_-_accord_on_fire_and_building_safety_in_bangladesh_0.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

da sich die Unternehmen im Rahmen dieses Vertrags verpflichtet haben, während der Vertragslaufzeit von fünf Jahren ihre Geschäftsbeziehungen zu den bangladeschischen Zulieferbetrieben aufrechtzuerhalten.¹²²

3. Fazit

Die Umsetzung der unternehmerischen Menschenrechtsverantwortung durch selbstverpflichtende „*codes of conducts*“ spiegelt ihren *Soft Law*-Charakter wider, zeigt aber auch, dass Menschenrechtsverantwortung zunehmend Einzug in das unternehmerische Selbstverständnis findet. Interessanterweise lässt sich jedoch feststellen, dass Unternehmen sich freiwillig *Hard Law*-Regelwerken unterwerfen, sobald öffentlicher Druck besteht und Unternehmen sich marktwirtschaftliche Vorteile durch eine Unterwerfung versprechen.

V. Grenzen unternehmerischer Menschenrechtsverantwortung

Der Umstand, dass die unternehmerische Menschenrechtsverantwortung lediglich *Soft Law* konstituiert, setzt ihrer Wirkung aus rechtlicher und praktischer Sicht Grenzen.

Erstens lässt sich die unternehmerische Menschenrechtsverantwortung nicht einklagen und bleibt daher schwer durchsetzbar. Sie basiert lediglich auf Freiwilligkeit und Selbstverpflichtung. Die Unternehmen ergreifen hierbei nur jene Maßnahmen, die sie selbst für sinnvoll erachten. In der unternehmerischen Abwägung werden jedoch oftmals wirtschaftliche Interessen gegenüber dem Interesse an menschenrechtskonformem Verhalten überwiegen. Freiwilligkeit und Selbstverpflichtung allein reichen daher nicht aus.

Zweitens sind die Erwartungen an Unternehmen nicht klar genug. Auch wenn *Soft Law*-Dokumente als Orientierung bezüglich des Umfangs der Menschenrechtsverantwortung bestehen, wäre es förderlich, konkretere Erwartungen zu formulieren. Da transnationale Unternehmen in sehr unterschiedlichen Bereichen tätig sind, wären zusätzlich zu den allgemeinen bereits bestehenden Dokumenten sektorenspezifische Konkretisierungen hilfreich.

Drittens ist zu bemängeln, dass die Menschenrechtsverantwortung oft nicht präventiv wirkt. Die Ausgestaltung durch Unternehmen zeigt, dass es letztendlich marktwirtschaftliche Interessen sind, die sie zu Maßnahmen in Bezug auf ihre Menschenrechtskonformität bewegen. Diese finden jedoch meist erst dann statt, wenn Unternehmen bereits über negative Schlagzeilen in die

¹²² Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh, (Fn. 121), S. 8-11.

Öffentlichkeit geraten sind und wirken daher zu spät. Die unternehmerische Menschenrechtsverantwortung alleine ist daher kein geeignetes Mittel, um Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen effektiv entgegenzuwirken und die Schutzlücken, welche sich aus mangelnder Ausgestaltung der nationalen Schutzpflichten ergeben, zu schließen.

D. Die Ausweitung menschenrechtlicher Pflichten auf Unternehmen *de lege ferenda*

Wie oben erläutert, sind Unternehmen nicht unmittelbar an Menschenrechte gebunden.¹²³ Aufgrund der sich daraus ergebenden Schutzlücken wird jedoch eine solche Bindung angestrebt.

I. Rechtliche Möglichkeiten einer Ausweitung

Eine Ausweitung der unternehmerischen Bindung an Menschenrechte könnte sowohl über bestehende Verträge und neues Gewohnheitsrecht als auch über neues Vertragswerk erfolgen.

1. Über bestehende Verträge und neues Gewohnheitsrecht

Menschenrechtsabkommen sind „*living instruments*“,¹²⁴ das heißt, prinzipiell sind dynamische und zeitgemäße Auslegungen möglich. Allerdings steht die Systematik menschenrechtlicher Abkommen der Bindung von Unternehmen entgegen.¹²⁵ Beschwerdemechanismen zum Beispiel innerhalb des IPBPR vor dem Menschenrechtsausschuss oder innerhalb der EMRK vor dem *EGMR* sind lediglich auf Beschwerden gegen Staaten, nicht gegen Unternehmen ausgelegt.

Des Weiteren würde eine solche Erweiterung über bestehende Vertragswerke oder neues Gewohnheitsrecht, zumindest wenn abrupt vorgenommen, das internationale Legalitätsprinzip als Teil der Rechtsstaatlichkeit verletzen.¹²⁶ Das Legalitätsprinzip ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz i. S. v. Art. 38 Abs. 1 lit. c IGH-Statut und verlangt bei staatlicher Auferlegung von Pflichten einen gewissen Grad an Rechtsklarheit.¹²⁷ So müsste eine Bindung von Unternehmen

¹²³ Unter **B**.

¹²⁴ *EGMR*, *Selmouni v. Frankreich*, Urt. v. 28.7.1999, Rs. 25803/94, Rn. 101, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58287%22%5D%7D>; *EGMR*, *Öcalan v. Türkei*, Urt. v. 12.3.2013, Rs. 46221/99, Rn. 73, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-69022%22%5D%7D>.

¹²⁵ *Peters* (Fn. 25), S. 288.

¹²⁶ *Ebd.*; *Peters* (Fn. 26), S. 81, 101.

¹²⁷ Zur Darstellung des Rückwirkungsverbots als Teil der Rechtsstaatlichkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz im Völkerrecht *Gallant*, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, 2009, S. 241; *Peters* (Fn. 26), S. 79.

allmählich geschehen und für Unternehmen als neuen Adressaten der Menschenrechtsabkommen vorhersehbar sein, sodass sie ihr Verhalten der neuen rechtlichen Regelung anpassen können.¹²⁸ Grundsätzlich ist die Auferlegung menschenrechtlicher Pflichten auf diesem Wege jedoch möglich, wenn diese sich über einen gewissen Zeitraum hinweg entwickelt.¹²⁹

2. Über neue Verträge

Die Schaffung eines neuen Vertragswerkes könnte die Anforderungen des Legalitätsprinzips hingegen erfüllen und in seiner Systematik auf Unternehmen zugeschnitten werden. Im Gegensatz zur Bindung über eine dynamische Auslegung bestehender Verträge oder über Völkergewohnheitsrecht böte ein solcher Vertrag die Möglichkeit, Unternehmen direkt und unmissverständlich zu adressieren und präzise Anforderungen und Mindeststandards in Bezug auf die relevanten Bereiche, wie beispielsweise Gesundheitsschutz und Arbeitsrechte, zu formulieren.¹³⁰ Eine Bindung über neue, die Unternehmen direkt bindende Verträge, wäre somit insbesondere unter dem Aspekt der Rechtsklarheit förderlich.

a) Zwischenstaatliche Verträge zu Lasten Dritter

Zunächst wäre der Abschluss eines Vertrags zwischen Staaten als Vertragsparteien denkbar, welcher transnationalen Unternehmen unmittelbar Menschenrechtspflichten auferlegt.¹³¹ Ein solcher Vertrag ist im Völkerrecht prinzipiell möglich, wie Investitionsschutzabkommen zeigen. Diese werden zwar zwischen Staaten abgeschlossen, normieren jedoch Rechte von Unternehmen.¹³² Das Rom-Statut normiert als vertragliche Grundlage des Internationalen Strafgerichtshofs beispielsweise die Strafbarkeit von Individuen und wirkt somit auch zu Lasten Dritter.¹³³

Gegen einen solchen Vertrag spräche jedoch eine mangelnde Legitimation der Vertragsstaaten, da diese die letztendlich belasteten Unternehmen nur sehr indirekt repräsentieren.¹³⁴ Bei transnational agierenden Unternehmen ist

¹²⁸ EGMR, *Rekvenyi v. Ungarn*, Urt. v. 20.5.1999, Rs. 25390/94, Rn. 34, <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58262%22%5D%7D>; Peters (Fn. 26), S. 84, 101.

¹²⁹ Peters (Fn. 26), S. 101.

¹³⁰ *Ebd.*, S. 101 f.

¹³¹ Peters (Fn. 4), S. 129.

¹³² Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (Fn. 18), Art. 36 i.V.m. Art. 25.

¹³³ Rome Statute of the International Criminal Court (Fn. 56), Art. 25.

¹³⁴ Peters (Fn. 4), S. 129.

außerdem ungeklärt, welchem Staat sie zuzuordnen sind.¹³⁵ Im Falle der klassischen Investitionsschutzregime ist diese Problematik weniger relevant, da den Unternehmen Rechte zugesprochen und nicht Pflichten auferlegt werden. Im Falle des Rom-Statuts ist hingegen ein direkterer Grad der Repräsentation der Individuen durch die jeweiligen Nationalstaaten gegeben. Im Gegensatz zu bereits bestehenden Verträgen zu Lasten/Gunsten Dritter im Völkerrecht bliebe die fehlende staatliche Legitimation eines die Unternehmen verpflichtenden Vertrags daher problematisch.

Darüber hinaus ist grundsätzlich davon auszugehen, dass Staaten, in denen besonders viele Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen begangen werden, nicht gewillt wären, einen solchen Vertrag zu ratifizieren.¹³⁶ Es sprächen wiederum dieselben politischen Argumente gegen eine Ratifizierung, welche auch schon dazu führen, dass die Staaten ihren Schutzpflichten nicht nachkommen, nämlich das Argument des Standortvorteils. Die neuartigen Investitionsschutzregime hingegen zeigen einen gegensätzlichen Trend auf. Hier verpflichten Staaten wie Nigeria und Marokko, in denen Menschenrechtsverletzungen in Produktionsstätten in der Vergangenheit publik wurden,¹³⁷ Unternehmen mittelbar zur Beachtung von Menschenrechten.¹³⁸

b) Unternehmen als Vertragsparteien

Von vielen Seiten, insbesondere von Nichtregierungsorganisationen wird ein übergreifender völkerrechtlicher Vertrag gefordert, der auch Unternehmen unmittelbar binden soll.¹³⁹ Eine unmittelbare Bindung zog auch die Arbeitsgruppe des UN-Menschenrechtsrats in ihren Entwurfsdiskussionen des

¹³⁵ Peters (Fn. 4), S. 129.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ *Amnesty International*, Shell: Ein kriminelles Unternehmen? (28.11.2017), abrufbar unter: <https://www.amnesty.ch/de/themen/wirtschaft-und-menschenrechte/fallbeispiele/nigeria/dok/2017/shell-ein-kriminelles-unternehmen> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Western Sahara Resource Watch*, Bericht: Windige Geschäfte: Was Marokko und Siemens bei der COP 22-Klimakonferenz in Marrakesch verheimlichen wollen (November 2016), S. 10, abrufbar unter: https://www.medico.de/fileadmin/user_upload/media/westsahara-windige-geschaefte.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹³⁸ Siehe oben bei **B. IV. 2.**

¹³⁹ *Treaty Alliance*, Enhance the International Legal Framework to Protect Human Rights from Corporate Abuse (2.6.2015), abrufbar unter: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/270-general/52770-new-call-for-an-international-legal-framework-on-business-and-human-rights.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

legally binding instruments in Betracht.¹⁴⁰ Obwohl die Überlegung, Unternehmen direkt zu verpflichten, wesentlicher Bestandteil der Entwurfsdiskussionen war, enthält der im Juli 2018 veröffentlichte Entwurf keine solchen unternehmerischen Pflichten.¹⁴¹ Die Gegner eines solchen Vertrags, insbesondere die USA und die EU, führen praktische Argumente an.¹⁴² Die schiere Anzahl von Adressaten würde mit über 80.000 transnationalen Unternehmen und dem zehnfachen an Tochtergesellschaften eine effektive Umsetzung von globalen Standards ausschließen.¹⁴³ Sowohl Kontrollmechanismen als auch Abhilfemechanismen wären überfordert.¹⁴⁴

II. Sollten Unternehmen direkt an Menschenrechte gebunden sein?

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob eine direkte Menschenrechtsbindung von Unternehmen wünschenswert ist. Das Ziel der Ausweitung der Menschenrechtsverpflichtungen auf Unternehmen ist die Eindämmung von Menschenrechtsverletzungen. Es ist jedoch fraglich, ob dieses Ziel durch eine solche Ausweitung erreicht werden würde. In der Theorie sollte eine Ausweitung der Menschenrechte auf Unternehmen, über die staatlichen Schutzpflichten hinaus, ein Mehr an Menschenrechtsschutz bedeuten. Es ist jedoch in der Praxis nicht unwahrscheinlich, dass Staaten in der Ausweitung auf Unternehmen eine Art Entlastung sähen und sich in der Konsequenz aus ihren eigenen Menschenrechtsverpflichtungen stehlen würden.¹⁴⁵

Es wäre auch dogmatisch bedenklich, Unternehmen im Hinblick auf menschenrechtliche Pflichten auf die Ebene von Staaten zu heben, da ein qualitativer Unterschied zwischen beiden Subjekten besteht.¹⁴⁶ Unternehmen sind gerade nicht mit Hoheitsgewalt, im Sinne einer einseitigen Autorisierung

¹⁴⁰ *Human Rights Council*, Report on the second session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (4.1.2017), A/HRC/34/47, Rn. 69, 72, 75, abrufbar unter: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/34/47 (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Human Rights Council*, Report on the third session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (24.1.2018), A/HRC/37/67, Rn. 53, 64 f., 71 f., abrufbar unter: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/37/67 (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁴¹ *Ebd.*; Human Rights Council, Zero Draft (Fn. 13).

¹⁴² *Peters* (Fn. 25), S. 289.

¹⁴³ *De Schutter*, Towards a Business and Human Rights Treaty, *Business and Human Rights Journal* 2015(1), 41 (58).

¹⁴⁴ *Ebd.*

¹⁴⁵ *Peters* (Fn. 25), S. 289; *Peters* (Fn. 26), S. 109.

¹⁴⁶ *Peters*, in: Starck (Fn. 57), S. 111.

zum Erlass von Gesetzen oder zur legitimen Gewaltanwendung ausgestattet.¹⁴⁷ Unternehmen sind zwar auf *tatsächlicher* Ebene durchaus mächtige Akteure mit einem gewissen Grad an Macht über ihre Angestellten.¹⁴⁸ Dieser Umstand rechtfertigt jedoch noch keine *juristische* Menschenrechtsbindung der Unternehmen. Die Einordnung der Unternehmen als Völkerrechtssubjekte würde auch weitere Probleme nach sich ziehen. So stellt sich die Frage, ob ihr Handeln und ihre Meinung auch im Sinne von allgemeiner Praxis und *opinio iuris* rechtsgestaltend in die Bildung von Völkergewohnheitsrecht einfließen.¹⁴⁹ Die Praxis Internationaler Organisationen tut dies bereits.¹⁵⁰ Im Gegensatz zu Unternehmen agieren diese jedoch mittelbar durch ihre Mitgliedstaaten, was ihre Einbeziehung bei der Bildung von neuem Gewohnheitsrecht wiederum rechtfertigt.¹⁵¹ Unternehmen hingegen fehlt jegliche Legitimation zu solch einer rechtsgestaltenden Position.

E. Durchsetzungsmechanismen

Die Frage der Menschenrechtsverpflichtungen von Unternehmen ist eng mit der Frage der Durchsetzung verknüpft.¹⁵² Nur wenn entsprechende Gerichte und rechtliche Abhilfemechanismen bestehen, können Unternehmen verfolgt und Opfer von durch Unternehmen begangenen Menschenrechtsverletzungen entschädigt werden. Die Relevanz von Durchsetzungsmechanismen auf diesem Gebiet heben auch die *UN-Guiding Principles* mit ihrer dritten Säule, dem „*right to remedy*“, hervor.¹⁵³

I. Bestehende Durchsetzungsmechanismen

In der Erörterung bestehender Durchsetzungsmechanismen ist die Durchsetzung der staatlichen Schutzpflichten von der Durchsetzung der unternehmerischen Verantwortung zu unterscheiden.

¹⁴⁷ Peters, in: Starck (Fn. 57), S. 111.

¹⁴⁸ Ebd.

¹⁴⁹ Hennings, Über das Verhältnis von Multinationalen Unternehmen zu Menschenrechten: Eine Bestandsaufnahme aus juristischer Perspektive, 2009, S. 32.

¹⁵⁰ v. Arnould (Fn. 29), S. 104.

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² Dena, in: Buhmann/Roseberry/Morsing, Corporate Social and Human Rights Responsibilities: Global Legal and Management Perspectives, 2011, S. 108 (113).

¹⁵³ Human Rights Council, UN Guiding Principles (Fn. 30), III.

1. Durchsetzung staatlicher Schutzpflichten

Die staatlichen Schutzpflichten selbst beinhalten die Pflicht, Opfern von Menschenrechtsverletzungen effektiven Rechtsschutz auf nationaler Ebene zu gewährleisten.¹⁵⁴ Art. 2 Abs. 3 lit. a des IPBPR legt beispielhaft fest:

„Each State Party to the present Covenant undertakes:

to ensure that any person whose rights or freedoms as herein recognized are violated shall have an effective remedy.“

In Bezug auf Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen müssten Staaten ihr nationales Zivil- und Strafrecht daher so gestalten, dass Klagen gegen menschenrechtsverletzende Tätigkeiten von Unternehmen möglich sind. Ein positives Beispiel für die Etablierung eines Durchsetzungsmechanismus ist die bereits erwähnte Klagemöglichkeit vor US-amerikanischen Gerichten unter dem *Alien Tort Statute*.¹⁵⁵ Die aktuellste US-amerikanische Rechtsprechung verneint zwar eine völkerrechtliche Bindung von Unternehmen. Sobald völkerrechtliche Pflichten von Unternehmen jedoch Einzug in das geltende Völkerrecht finden, bestünde in den USA zumindest ein Mechanismus, der Klagen ermöglichen würde. In Deutschland hingegen mangelt es nach wie vor an einem Unternehmensstrafrecht.¹⁵⁶ Erst recht gibt es keine strafrechtlichen Regelungen bezüglich der Verfolgung von Unternehmen mit Auslandsbezug. Außerdem bestehen innerhalb des deutschen Strafrechts Bedenken einer unangemessenen Haftungsausweitung, wenn bestehende Konzepte wie die Geschäftsherrenhaftung auf leitende Manager transnationaler Unternehmen angewendet werden.¹⁵⁷

Wenn Staaten keine effektiven Rechtsmittel gegen Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen bereitstellen, verletzen sie die Pflichten, welche sich aus ihrer Bindung an Menschenrechtsverträge oder Gewohnheitsrecht ergeben. Gegen diese Pflichtverletzung gibt es wenige Klagemöglichkeiten.¹⁵⁸ Regional und sachlich eingeschränkt zuständige Vertragsregime bieten zum Teil Beschwerdemöglichkeiten, wie zum Beispiel die Individualbeschwerde innerhalb

¹⁵⁴ International Covenant on Civil and Political Rights (Fn. 24), Art. 2 Abs. 3, European Convention on Human Rights, ETS No. 5 (4.11.1950, Inkrafttreten 3.9.1953), Art. 13.

¹⁵⁵ Siehe unter **B. III. 2. b)**.

¹⁵⁶ *Kaleck/Saage-Maafß* (Fn. 100), S. 86.

¹⁵⁷ *Ebd.*, S. 87.

¹⁵⁸ *Scoble*, Enforcing the Customary International Law of Human Rights in Federal Courts, *California Law Review* 74(1) (1986), 122 (167).

des IPBPR vor dem Menschenrechtsausschuss.¹⁵⁹ Innerhalb des Geltungsbereichs der EMRK sind Klagen vor dem EGMR möglich.¹⁶⁰ Die Rechtsprechung des EGMR zeigt zudem, dass die EMRK eben nicht nur Abwehrrechte gegenüber dem Staat begründet, sondern diesen auch zu der Gewährleistung bestimmter Rechte verpflichtet.¹⁶¹ Problematisch ist, dass die Staaten, in denen die meisten Menschenrechtsverletzungen durch transnationale Unternehmen begangen werden, außerhalb der territorialen Zuständigkeit des EGMR liegen. Dieser ist nämlich nach Art. 1 EMRK auf „alle ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ beschränkt.¹⁶² Die Tätigkeit eines Unternehmens begründet jedoch keine solche Hoheitsgewalt des Heimatstaates auf dem Territorium des Gaststaates. Bestehende Durchsetzungsmechanismen sind daher aufgrund ihrer eingeschränkten Zuständigkeit *ratione loci* in Bezug auf global agierende Unternehmen nicht zufriedenstellend.

2. Durchsetzung der unternehmerischen Verantwortung

Die unternehmerische Verantwortung als völkerrechtliches *Soft Law* ist nicht einklagbar.¹⁶³ Innerhalb der *Soft Law*-Instrumente bestehen aber zum Teil eigene Durchsetzungsmechanismen. Beispielsweise verpflichten sich die Mitgliedsstaaten der OECD, nationale Kontaktstellen einzurichten.¹⁶⁴ Im Falle von Beschwerden geben diese Kontaktstellen rechtlich nicht verbindliche Empfehlungen ab.¹⁶⁵ Zu der mangelnden Rechtskraft der Empfehlungen tritt der Umstand hinzu, dass die nationalen Kontaktstellen oftmals nicht effektiv eingerichtet werden und funktionieren. Die mexikanische OECD-Kontaktstelle befindet sich beispielsweise im Wirtschaftsministerium in der Abteilung für Auslandsinvestitionen.¹⁶⁶ Hier wird der Konflikt zwischen wirtschaftlichen Interessen und der Einhaltung von menschenrechtlichen Verpflichtungen der

¹⁵⁹ Optional Protocol to the International Covenant in Civil and Political Rights, 999 UNTS 171 (16.12.1966, Inkrafttreten 23.3.1976).

¹⁶⁰ European Convention on Human Rights (Fn. 154), Art. 34.

¹⁶¹ EGMR, *Marckx v. Belgien*, Urt. v. 13.6.1979, Rs. 6833/74, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-57534%22%7D>; Segger, in: Krajewski/Saage-Maaß, Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen: Zivilrechtliche Haftung und Berichterstattung als Steuerungsinstrumente, 2018, 21 (44).

¹⁶² European Convention on Human Rights (Fn. 154).

¹⁶³ *v. Arnould* (Fn. 29), S. 117.

¹⁶⁴ OECD, Guidelines for Multinational Enterprises (Fn. 13), S. 68.

¹⁶⁵ *Ebd.*, S. 78; *Adam* (Fn. 51), S. 163; *Hennings* (Fn. 149), S. 137.

¹⁶⁶ Heydenreich, Möglichkeiten und Grenzen von NGO-Strategien zu multinationalen Konzernen-Erfahrungen aus dem Euzkadi-Fall, in: Maaß/Stubbe, Contra Continental: Der Widerstand der mexikanischen Euzkadi-Arbeiter gegen den deutschen Reifenkonzern, 2009, S. 83 (91).

Staaten deutlich.¹⁶⁷ Außerdem bestehen solche Kontaktstellen nur innerhalb der Mitgliedstaaten.¹⁶⁸

Auch innerhalb des *Bangladesh Accord* sind Kontrollmechanismen angelegt.¹⁶⁹ Der *Bangladesh Accord* geht jedoch noch weiter als die *OECD Guidelines* und setzt bei Unstimmigkeiten zwischen Vertragspartnern die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens fest.¹⁷⁰ Darüber hinaus könnten Nichtregierungsorganisationen als Vertragspartner im Fall von Verstößen der Unternehmen gegen ihre Verpflichtungen aus dem *Bangladesh Accord* gegen diese vor reguläre Gerichte ziehen.¹⁷¹ Eine Unterwerfung unter ein Vertragswerk wie dem *Bangladesh Accord* ist jedoch freiwillig und schließt somit nur einzelne Unternehmen ein.

II. Fazit und mögliche künftige Regelungen

Angesichts der Defizite in der Durchsetzung der staatlichen Schutzpflichten auf der einen Seite und der unternehmerischen Verantwortung auf der anderen Seite stellt sich die Frage nach einem globalen Durchsetzungsmechanismus individueller Menschenrechtsklagen gegen Staaten und Unternehmen.

In Bezug auf die menschenrechtliche Verantwortung ist die Ausweitung des Rom-Statuts auf juristische Personen denkbar. Die französische Delegation brachte einen solchen Vorschlag schon 1998 ein, welcher jedoch abgelehnt wurde.¹⁷² Außerdem beschränkt sich die Zuständigkeit des *Internationalen Strafgerichtshofs* auf Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen.¹⁷³ Die völkerrechtliche Inanspruchnahme transnationaler Unternehmen auf internationaler Ebene scheint daher momentan nicht realisierbar.

¹⁶⁷ Heydenreich (Fn. 166), S. 91.

¹⁶⁸ OECD, 2017 Annual Report, Annex 2, abrufbar unter: <http://mneguidelines.oecd.org/2017-Annual-Report-MNE-Guidelines-EN.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁶⁹ Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (Fn. 121), S. 8-11; Evans (Fn. 77), S. 606.

¹⁷⁰ Accord on Fire and Building Safety in Bangladesh (Fn. 121), S. 5; Evans (Fn. 77), S. 607; Kaleck/Saage-Maaß (Fn. 100), S. 84.

¹⁷¹ Kaleck/Saage-Maaß (Fn. 100), S. 84.

¹⁷² United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court Rome, 15 June-17 July 1998, Official Records Volume II, A/CONF.183/13, S. 133 ff., abrufbar unter: http://legal.un.org/icc/rome/proceedings/E/Rome%20Proceedings_v2_e.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); Adam (Fn. 51), S. 68.

¹⁷³ Rome Statute of the International Criminal Court (Fn. 56), Art. 5.

Umso wichtiger ist es, einen Durchsetzungsmechanismus für die bestehenden Verpflichtungen der Staaten zu schaffen. Ob und wie diese Durchsetzungsmechanismen geschaffen werden, hängt jedoch innerhalb der geltenden völkerrechtlichen Ordnung von den Staaten selbst als „Herren der internationalen Durchsetzungsmechanismen“¹⁷⁴ ab. Ein subjektives internationales Recht, welches eine vom Staat losgelöste Durchsetzung individueller Rechte ermöglichte, besteht momentan noch nicht.¹⁷⁵ Bis ein solches subjektives Recht Einzug in das Völkerrecht gefunden hat, muss auf die vertragsbasierten Mechanismen, wie dem Beschwerdeverfahren des UN-Menschenrechtsausschusses, zurückgegriffen werden. Künftig wäre auch die Errichtung eines neuen Gerichtshofes durch die Staatengemeinschaft denkbar.¹⁷⁶ Vor diesem könnten Bürger gegen Staaten klagen, die ihrer Schutzpflicht nicht nachkommen.

F. Ausblick: *legally binding instrument*

Mit dem *legally binding instrument* wird versucht, eine völkerrechtliche Konvention zu entwerfen, die Rechtsklarheit bezüglich internationaler Menschenrechtsverpflichtungen sowohl von Staaten als auch von Unternehmen schafft. Im Gegensatz zu den *UN Guiding Principles* ist das *legally binding instrument* auch schon aus dem Grund erfolgsversprechender, dass die Entwurfsdiskussionen in einem zwischenstaatlichen Prozess stattfinden und auch Vertreter des privaten Sektors teilnehmen.

Der im Juli 2018 erschienene Entwurf der Arbeitsgruppe wirft jedoch viele Fragen auf. So scheinen Wortlaut und Norminhalte der Konvention widersprüchlich. Es wird von „*human rights violations*“ der Unternehmen gesprochen, während der Entwurf lediglich staatliche Verpflichtungen normiert.¹⁷⁷ Dies divergiert von vorherigen Überlegungen der Arbeitsgruppe, die auch Verpflichtungen von Unternehmen vorsahen.¹⁷⁸ Außerdem nimmt der Entwurf in Artikel 5 eine sehr weite Jurisdiktion an, nach welcher sowohl die

¹⁷⁴ Peters (Fn. 8), S. 385.

¹⁷⁵ Peters, Der Mensch im Mittelpunkt des Völkerrechts: Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung, in: Grimm/Kemmerer/Möllers, Rechtswege, 2015, S. 63 (77).

¹⁷⁶ Trechsel, A World Court for Human Rights?, *Northwestern Journal of Human Rights* 2004(1), Artikel 3.

¹⁷⁷ *Human Rights Council*, Zero Draft (Fn. 13).

¹⁷⁸ *Human Rights Council*, Open-ended Intergovernmental Working Group, Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (29.9.2017), 3.2, abrufbar unter: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/LegallyBindingInstrumentTNCs_OBEs.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

Gerichte des Heimatstaats des Unternehmens, als auch die des Gaststaats Jurisdiktion über mögliche Klagen haben. Diese Ambiguität wird in Artikel 7 bezüglich des anzuwendenden Rechts fortgeführt. Dieser bestimmt, dass auf Wunsch der Opfer das Recht des Heimatstaates des Unternehmens, anstatt des Rechts des Staates, auf dessen Territorium sich angebliche Menschenrechtsverletzungen ereignet haben, angewendet werden kann. Das zuständige Gericht soll dann gemäß Artikel 11 rechtliche Unterstützung beim Heimatstaat einholen. Diese Wahlmöglichkeit der Opfer von Menschenrechtsverletzungen mindert die Rechtsklarheit. Das Ziel, klare Menschenrechtsverpflichtungen für transnationale Unternehmen zu formulieren, scheitert hier schon daran, dass Unternehmen nicht wissen, welcher Jurisdiktion sie unterliegen und welches nationale Recht im Falle eines Verfahrens angewendet werden würde.

Ein großer Nachteil des Entwurfs ist der Mangel eines internationalen Mechanismus zur Durchsetzung der staatlichen Schutzpflicht. Ältere Entwürfe beschäftigten sich sogar mit einem rechtlichen Durchsetzungsmechanismus auf internationaler Ebene im Sinne eines „*International Court on Transnational Corporations and Human Rights*“.¹⁷⁹ Letztendlich wurde lediglich die Einrichtung einer Expertenkommission im Entwurf übernommen.¹⁸⁰ Diese soll die Staaten bei der Implementierung der Konvention beobachten und unterstützen. Die Expertenkommission spricht jedoch lediglich nicht rechtlich bindende Empfehlungen aus. Zwar könnten Verstöße gegen die Konvention *inter partes* vor dem *IGH* durch andere Staaten eingeklagt werden. Ob solche Klagen vorgebracht würden ist jedoch letztendlich wieder abhängig von den Staaten.

Ein besonders positiver Aspekt des Entwurfs ist die Normierung der staatlichen Pflicht, öffentliche Berichterstattung von Unternehmen gesetzlich zu regeln (Art. 9 Abs. 2 lit. d des Entwurfs). Umfang und konkrete Anforderungen können auf nationaler Ebene ausgearbeitet werden und somit regionalen Unterschieden gerecht werden. Die in dem Entwurf genannten Mindeststandards stellen dafür eine zufriedenstellende Grundlage dar. Das Instrumentarium der öffentlichen Berichterstattung könnte ausschlaggebend für den Erfolg der Konvention sein, da es eine Beziehung zwischen Staat, Öffentlichkeit und Unternehmen schafft. Die nach geltendem Recht fehlende internationale rechtliche Bindung der Unternehmen kann über die nationale rechtliche Verpflichtung, öffentlich zu berichten, ersetzt werden. Letztendlich beeinflusst die öffentliche Berichterstattung über den Endabnehmer die Unternehmen. Eine solche

¹⁷⁹ *Human Rights Council*, Elements for the draft (Fn. 178), 9. b. 2.

¹⁸⁰ *Human Rights Council*, Zero Draft (Fn. 13), Art. 14.

Konstellation wird den völkerrechtlichen Grenzen, den tatsächlichen Gegebenheiten und dem maximalen Profit als Motivation des privaten Sektors gerecht.

Innerhalb der vierten Sitzung der Arbeitsgruppe, die im Oktober 2018 stattfand, erhielt der Entwurf allgemeinen Zuspruch.¹⁸¹ So wurde die Ausrichtung des Entwurfs, sein Fokus auf staatlichen Schutzpflichten begrüßt.¹⁸² Kritik wurde im Hinblick auf die oben genannte unpräzise Wortwahl geäußert.¹⁸³ Es wurde vorgeschlagen von „*human rights abuses*“, anstatt „*human rights violations*“ der Unternehmen zu sprechen.¹⁸⁴ Delegationen machten auch auf die Unvereinbarkeit der strafrechtlichen Verfolgung von Unternehmen und der Rechtswahlmöglichkeit innerhalb des Artikel 11 des Entwurfs mit ihrem nationalen Recht aufmerksam.¹⁸⁵ Trotz zahlreicher Kritikpunkte lässt sich festhalten, dass die Mitglieder der Arbeitsgruppe den Entwurf als taugliche Grundlage für einen zukünftiges Instrument akzeptierten.

Es bleibt unklar, ob Staaten bereit sind solche konkreten und umfangreichen Verpflichtungen auf sich zu nehmen. Öffentlicher Druck könnte jedoch zu einer breiten Akzeptanz innerhalb der UN-Generalversammlung und einer Mehrheit an ratifizierenden Staaten führen.

G. Zusammenfassung

Dass transnationale Unternehmen Menschenrechte beachten sollten, steht außer Frage. Trotzdem begehen Unternehmen gegenwärtig massive Menschenrechtsverletzungen. Unter der Prämisse, dass das Wohlergehen des Menschen die ethische Rechtfertigung des Völkerrechts ist,¹⁸⁶ ist es die Aufgabe des Völkerrechts, Unternehmen zur Beachtung von Menschenrechten zu verpflichten. Nach geltendem Recht sind Unternehmen allerdings nur mittelbar über staatliche Schutzpflichten und deren Ausgestaltung im nationalen Recht gebunden. Außerhalb der mittelbaren Bindung über nationales Recht trifft Unternehmen eine Menschenrechtsverantwortung aus *Soft-Law*, welche jedoch aufgrund ihrer mangelnden Rechtskraft die bestehende Schutzlücke nicht schließt. Das sich momentan in der Entwurfsphase befindende *legally binding*

¹⁸¹ *Human Rights Council*, Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights (2.1.2019), A/HRC/40/48, Rn. 12, abrufbar unter: <https://undocs.org/A/HRC/40/48> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁸² *Ebd.*

¹⁸³ *Ebd.*

¹⁸⁴ *Ebd.*

¹⁸⁵ *Human Rights Council*, Report on the fourth session (Fn. 181), Rn. 18, 50.

¹⁸⁶ *Peters* (Fn. 175), S. 63.

instrument scheint die aktuelle Rechtslage in ihren Grundzügen aufrechtzuerhalten, bietet jedoch die Chance Rechtsverbindlichkeit zu schaffen und somit die staatlichen Schutzpflichten zu stärken. Staaten beziehen Unternehmen auch auf neuen Wegen ein. Am vielversprechendsten sind hier ökonomische Ansätze, zum Beispiel unter neuen Investitionsschutzabkommen oder die Einbindung der Öffentlichkeit über öffentliche Berichterstattungsmechanismen.

Felix Herbert*

Wie sollte die Bundesrepublik Deutschland die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte umsetzen?

Abstract

Der Beitrag ordnet zunächst die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte in ihren völkerrechtlichen Regelungszusammenhang ein und fasst ihre wesentlichen Inhalte zusammen. Aus völkerrechtlicher Perspektive wird herausgearbeitet, welche Maßnahmen die Bundesrepublik ergreifen darf und sollte, um weltweit zum Schutz der Menschenrechte vor privatwirtschaftlichen Akteuren beizutragen. Hierbei wird insbesondere der extraterritoriale Menschenrechtsschutz problematisiert. An dem so hergeleiteten Maßstab werden die bisherigen Maßnahmen der Bundesrepublik gemessen. Der Beitrag geht abschließend rechtsvergleichend auf Maßnahmen anderer Staaten im Rahmen der Leitprinzipien ein, um Vorschläge für deren weitere Umsetzung durch die Bundesrepublik herauszuarbeiten.

This article sets out the regulatory context of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights and summarises their relevant content. From the perspective of public international law, the article analyses which measures Germany may and should take in order to contribute to the protection of human rights against corporate abuse abroad. In particular, the problem of extraterritorial human rights protection is evaluated. The measures taken by Germany to date will be measured against the yardstick so developed. The article concludes with a comparative legal perspective on measures taken by other States within the framework of the UN Guiding Principles in order to develop suggestions for their further implementation by Germany.

* Der Verfasser studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und arbeitet als studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in der Forschungsgruppe *Shades of Illegality in International Peace and Security Law* unter der Leitung von Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU). Der Beitrag entstand im Wesentlichen im Sommersemester 2018 als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Völkerrecht bei Prof. Dr. Anne Peters, LL.M. (Harvard).

A. Transnationale Unternehmen: Herausforderung und Helfer des internationalen Menschenrechtsschutzes

Bei einem Brand im Jahr 2012 in einer Textilfabrik in Karatschi, Pakistan starben 260 Menschen. Hauptauftraggeber des Fabrikbetreibers war die deutsche *KiK Textilien und Non-Food GmbH (KiK)*. Ursächlich für das Ausmaß der Katastrophe war der mangelhafte Brandschutz im Fabrikgebäude. Angehörige der Opfer und Überlebende halten *KiK* für mitverantwortlich an diesem Missstand. Sie verklagten *KiK* daher 2015 vor dem *Landgericht Dortmund*.¹

Dieses Beispiel zeigt, wie transnationale Unternehmen² den Schutz der Menschenrechte herausfordern: Sie sind direkt oder indirekt an Menschenrechtsverletzungen beteiligt, wobei sie das geringe Schutzniveau schwacher Staaten ausnutzen oder diese bei Menschenrechtsverletzungen unterstützen.³ Andererseits tragen transnationale Unternehmen zur wirtschaftlichen Entwicklung und somit zur Förderung insbesondere wirtschaftlicher und sozialer Menschenrechte bei.⁴ Wie kann das Völkerrecht auf diese Herausforderung reagieren? *John G. Ruggie* sollte als Sonderbeauftragter des UN-Generalsekretärs zum Thema Menschenrechte und transnationale Konzerne sowie andere Wirtschaftsunternehmen zur Beantwortung dieser Frage

¹ *LG Dortmund*, IPRax 2019, 317 ff., dazu: *Habersack/Ebrl*, Verantwortlichkeit inländischer Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen durch ausländische Zulieferer – *de lege lata* und *de lege ferenda*, AcP 219 (2019), 155 (166); *Weller/Thomale*, Menschenrechtsklagen gegen deutsche Unternehmen, ZGR 2017, 509 (512).

² Zum Begriff des transnationalen Unternehmens vgl. *Krajewski*, Die Menschenrechtsbindung transnationaler Unternehmen, MRM 2012, 66 (69). Demnach sind Unternehmen transnational, wenn sie aus mehreren, in mindestens zwei Staaten tätigen Wirkungseinheiten bestehen, die ihre Tätigkeiten miteinander koordinieren. Dieser Begriff wird diesem Beitrag zugrunde gelegt.

³ *Deva*, in: Luetge, Handbook of the Philosophical Foundations of Business Ethics, Volume 2, 2013, S. 1077 (1080); *Knox*, in: Mares, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2012, S. 51 (83); *Peters*, in: Kirchschläger/Kirchschläger/Belliger/Krieger, Menschenrechte und Wirtschaft im Spannungsfeld zwischen State und Nonstate Actors, 2006, S. 127 (127); *Windfuhr*, Wirtschaft und Menschenrechte als Anwendungsfall extraterritorialer Staatenpflichten, ZfMR 2012, 95 ff.

⁴ *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights, A/HRC/8/5 (7.4.2008), § 2; *Europäische Kommission*, Commission Staff Working Document on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights – State of Play, SWD(2015) 144 final (14.7.2015), S. 2; *Koenen*, Wirtschaft und Menschenrechte, Staatliche Schutzpflichten auf der Basis regionaler und internationaler Menschenrechtsverträge, 2012, S. 217 f.; *Peters* (Fn. 3), S. 129; *Windfuhr* (Fn. 3), S. 96 f.

beitragen.⁵ Zum Abschluss seines Mandates legte er 2011 die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte vor.⁶ Diese formulieren bestimmte Erwartungen an Staaten und Unternehmen, belassen ihnen bei der Umsetzung aber einen Spielraum.⁷ Dieser Beitrag untersucht, inwieweit die Bundesrepublik völkerrechtlich zur Umsetzung der Leitprinzipien verpflichtet ist, ob sie diesen Verpflichtungen gerecht wird und welche Maßnahmen sie ergreifen sollte, damit Katastrophen wie in Karatschi in Zukunft verhindert werden können.

Dazu werden zunächst die wesentlichen Inhalte und die Rechtsnatur der Leitprinzipien vor dem Hintergrund ihrer Entstehung dargestellt. Es folgt die Herleitung der völkerrechtlichen Anforderungen an die Umsetzung der Leitprinzipien durch die Bundesrepublik (**B.**). An diesem Maßstab sind die bisherigen Maßnahmen der Bundesrepublik zu messen. Da die Bundesrepublik die Leitprinzipien unzureichend umgesetzt hat (**C.**), schlägt dieser Beitrag weitere Maßnahmen vor (**D.**). Das Fazit beantwortet die Ausgangsfrage, wie die Bundesrepublik die Leitprinzipien umsetzen sollte (**E.**). Die von der Bundesregierung für 2020 angekündigte Überprüfung des Umsetzungsstands der Leitprinzipien in Deutschland bietet dazu einen aktuellen Anlass.⁸

B. Die Leitprinzipien und ihre völkerrechtliche Bedeutung für die Bundesrepublik

Zunächst sind die Leitprinzipien in ihren völkerrechtlichen Zusammenhang einzuordnen (**I.**). Nach einem Überblick über die einzelnen Leitprinzipien (**II.**) wird deren Rechtsnatur untersucht und der Handlungsrahmen der Bundesrepublik bei ihrer Umsetzung aufgezeigt (**III.**).

⁵ *UN-Menschenrechtskommission*, Resolution 2005/69: Human rights and transnational corporations and other business enterprises, E/CN.4/RES/2005/69 (20.4.2005).

⁶ *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Annex, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations „Protect, Respect and Remedy Framework“, A/HRC/17/31 (21.3.2011), im Folgenden: Leitprinzipien bzw. Kommentar.

⁷ Ebd., Leitprinzip 1; vgl. *Deva* (Fn. 3), S. 1082; *De Schutter/Ramasastri/ Taylor/Thompson*, Human Rights Due Diligence: The Role of States, Bericht des Human Rights Due Diligence (HRDD) Project (2012), S. 3, abrufbar unter: <http://corporatejustice.org/hrdd-role-of-states-3-dec-2012.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2018).

⁸ Siehe <https://www.csr-in-deutschland.de/DE/Wirtschaft-Menschenrechte/Ueber-den-NAP/Ziele-des-NAP/ziele-des-nap.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

I. Völkerrechtlicher Zusammenhang der Leitprinzipien

Die Leitprinzipien stehen in Zusammenhang mit einem grundlegenden Problem des internationalen Menschenrechtsschutzes. Primär ist es Aufgabe der Staaten, die Menschenrechte vor der Einwirkung durch Private zu schützen.⁹ Dabei ist ihr Handlungsspielraum grundsätzlich auf ihr Territorium begrenzt.¹⁰ Zugleich sind jedenfalls die hinter den transnationalen Unternehmen stehenden natürlichen Personen auch Träger der Menschenrechte und in ihrer unternehmerischen Freiheit geschützt. Nach dieser klassischen Konzeption des Völkerrechts werden Unternehmen an internationale Menschenrechte nur mittelbar gebunden, soweit die Staaten ihren Schutzpflichten durch Ausgestaltung der nationalen Privatrechtsordnungen gerecht werden.¹¹

Diese bloß mittelbare Menschenrechtsbindung der Unternehmen erweist sich in Zeiten der Globalisierung als unzureichend.¹² Erstens sind nicht alle Staaten willens und fähig, ihre menschenrechtlichen Schutzpflichten hinreichend zu erfüllen. Transnationale Unternehmen können ihre Tätigkeiten zudem schnell verlegen. Um den Unternehmen attraktive Standortbedingungen zu bieten, kann zwischen den Staaten ein „*race to the bottom*“ des menschenrechtlichen Schutzniveaus entstehen.¹³ Zweitens können wirtschaftsstarke Unternehmen in erheblichem Maße auf den individuellen Genuss der Menschenrechte einwirken, Arbeits- und Lebensbedingungen einseitig diktieren. Diese faktische Übermachtstellung transnationaler Unternehmen begründet eine ähnliche

⁹ *Augenstein/Kinley*, in: Deva/Bilchitz, Human Rights Obligations of Businesses, Beyond the Corporate Responsibility to Respect?, 2013, S. 271 (271); *Deva* (Fn. 3), S. 1077; *Habersack/Ehrl* (Fn. 1), S. 171; *Krajewski* (Fn. 2), S. 72; *Ochoa*, The 2008 Ruggie Report: A Framework for Business and Human Rights, ASIL Insights, Vol. 12, Issue 12, 2008.

¹⁰ Vgl. *UN-Völkerrechtskommission*, Report of the International Law Commission, Fifty-eighth session, A/61/10, Supplement No. 10 (2006), S. 519; *Coomans*, Die Verortung der Maastrichter Prinzipien zu den extraterritorialen Staatenpflichten im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, ZfMR 2012, 27 (27); *Deva*, Acting Extraterritorially to tame Multinational Corporations for Human Rights Violations: Who Should ‘Bell The Cat’?, Melbourne Journal of International Law 5 (2004), 37 (47); *Massoud*, Menschenrechtsverletzungen im Zusammenhang mit wirtschaftlichen Aktivitäten von transnationalen Unternehmen, 2018, S. 117; *Peters*, Völkerrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2016, S. 148.

¹¹ *Deva* (Fn. 3), S. 1080; *Krajewski*, Völkerrecht, 2017, § 12 Rn. 61; *Massoud* (Fn. 10), S. 52; *Muchlinski*, Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation, Business Ethics Quarterly 2012, 145 (151).

¹² *Augenstein/Kinley* (Fn. 9), S. 271; *Deva* (Fn. 3), S. 1080; *Peters* (Fn. 10), S. 288; *Ochoa* (Fn. 9) bezeichnet dies als „*governance gap*“.

¹³ *Deva* (Fn. 10), S. 50 f.; *Peters* (Fn. 10), S. 288.

Gefährdungslage wie die Übermachstellung der mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Staaten.¹⁴

Dennoch entspricht es der gegenwärtigen Rechtslage, dass völkerrechtliche Verträge ausschließlich ihre Unterzeichnerstaaten unmittelbar binden. Auch eine völkergewohnheitsrechtliche Bindung privatwirtschaftlicher Unternehmen hat sich nicht herausgebildet.¹⁵ Staaten, Nichtregierungsorganisationen und das Schrifttum schlagen vor, Unternehmen durch neue Verträge unmittelbar auf den Schutz der Menschenrechte zu verpflichten.¹⁶ Dahingehende Bestrebungen haben aber bislang kein solches Instrument hervorgebracht: Die *Norms on the responsibilities of transnational corporations* etwa hat die UN-Menschenrechtskommission 2004 abgelehnt.¹⁷ Der UN-Menschenrechtsrat wird sich voraussichtlich im Oktober 2019 mit einem neuen Vorschlag, dem *draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational*

¹⁴ *Epping*, in: Ipsen, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, S. 377 (385); *Peters* (Fn. 3), S. 128; *dies.*, in: Starck, *Recht und Willkür*, 2012, S. 91 (108 f.).

¹⁵ *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Business and human rights: further steps toward the operationalization of the “protect, respect and remedy” framework, A/HRC/14/27 (9.4.2010), § 55; *Bernaz*, *Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?*, *Journal of Business Ethics* 117 (2013), 493 (494); *Dena* (Fn. 3), S. 1080; *Habersack/Ebrl* (Fn. 1), S. 171; *Massoud* (Fn. 10), S. 52; *McCorquodale/Simons*, *Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law*, *The Modern Law Review* 2007, 598 (599); *Peters*, *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, 2016, S. 101.

¹⁶ Zu den Staaten siehe den unter Anderem von China, Indien und Russland unterstützten Vorschlag von Ecuador und Südafrika, A/HRC/Res/26/9 (14.7.2014); zu den Nichtregierungsorganisationen, darunter *Amnesty* und *Human Rights Watch*, siehe <https://www.treatymovement.com/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); aus dem Schrifttum siehe *Dena* (Fn. 3), S. 1077; *Herdegen*, *Völkerrecht*, 17. Aufl. 2018, § 13 Rn. 3; *Krajewski* (Fn. 11), § 12 Rn. 62; *Peters* (Fn. 15), S. 105; mit weiteren Nachweisen *Spießhofer*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance*, *Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 23.

¹⁷ *UN-Menschenrechtskommission*, Subcommission on the Promotion and Protection of Human Rights, Norms on the responsibilities of transnational corporations and other business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (26.8.2003); *UN-Menschenrechtskommission*, Decision 2004/116: Responsibilities of transnational corporations and related business enterprises with regard to human rights, E/CN.4/DEC/2004/116 (20.4.2004).

corporations and other business enterprises, auseinandersetzen, der allerdings keine unmittelbare Bindung der Unternehmen vorsieht.¹⁸

Auch ist die Wirksamkeit einer unmittelbaren Bindung Privater zweifelhaft. Eine solche Bindung könnten Staaten als Entpflichtung verstehen, die Menschenrechte selbst hinreichend zu schützen.¹⁹ Gerade in den Staaten, deren nationale Politiken ihren menschenrechtlichen Schutzpflichten gegenwärtig nicht gerecht werden, ist nicht damit zu rechnen, dass ein neues internationales Instrument effektiv durchgesetzt würde.²⁰ Zudem sind die Menschenrechte als abstrakte Programmsätze konkretisierungsbedürftig und gegeneinander abzuwägen. Diese Konkretisierung und Abwägung kann nicht privaten Akteuren überlassen werden.²¹

II. Die drei Säulen der Leitprinzipien – Schutz, Achtung, Abhilfe

Ruggie strebte daher keine unmittelbare Menschenrechtsbindung von Unternehmen an. Stattdessen wollte er die gegenwärtige Rechtslage zusammenfassen und konkretisieren, um ein einheitliches Referenzwerk und damit eine Grundlage für künftige Weiterentwicklungen zu schaffen.²² Zunächst entwickelte er den dreigliedrigen Rahmen „Schutz, Achtung, Abhilfe“:²³ Staaten müssen die Träger der Menschenrechte vor Verletzungen durch Unternehmen schützen (1.). Zweitens sollen Unternehmen die Menschenrechte achten (2.). Drittens müssen Staaten wirksame Abhilfemechanismen bereitstellen (3.). Die 31 Leitprinzipien konkretisieren diesen Rahmen und sind entsprechend in die drei Säulen gegliedert.²⁴

¹⁸ *UN-Menschenrechtsrat*, Report on the fourth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights, A/HRC/40/48 (2.1.2019).

¹⁹ Vgl. *Peters* (Fn. 10), S. 289.

²⁰ *Peters*, in: Starck, *Recht und Willkür*, 2012, S. 91 (111).

²¹ *Peters* (Fn. 10), S. 108 f.; *dies.* (Fn. 20), S. 111; *Spißhofer* (Fn. 16), § 11 Rn. 18; *Weller/Hübner/Kaller*, in: Schmidt-Kessel, *German National Reports on the 20th International Congress of Comparative Law*, 2018, S. 239 (253).

²² *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*, Introduction to the Guiding Principles, A/HRC/17/31 (21.3.2011), §§ 5, 13, 14.

²³ *Ebd.*, § 5.

²⁴ *Ebd.*, § 8; vgl. *Klimke/Escobar/Tietje*, *Fünf Jahre UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte*, *Zeitschrift Vereinte Nationen* 2016, S. 243 (244); *Knox*, *The Human Rights Council Endorses „Guiding Principles“ for Corporations*, *ASIL Insights*, Vol. 15, Issue 21, 2011.

1. Säule 1 – Die staatlichen Schutzpflichten

Die erste Säule umfasst die Leitprinzipien 1-10. Nach Leitprinzip 1 müssen Staaten Schutz vor Menschenrechtsverletzungen gewähren, die in ihrem Hoheitsgebiet und/oder ihrer Jurisdiktion von Dritten, einschließlich Wirtschaftsunternehmen verübt werden. Die Schutzpflicht sei ein Verhaltensmaßstab, nach dem der Staat alle angemessenen Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Dritte ergreifen müsse. Erfüllt er diese Pflicht, sei er für dennoch eintretende Menschenrechtsverletzungen nicht verantwortlich.²⁵

Nach Leitprinzip 2 sollten Staaten klar die Erwartung zum Ausdruck bringen, dass alle in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen und/oder ihrer Jurisdiktion unterstehenden Unternehmen bei ihrer Geschäftstätigkeit die Menschenrechte achten. Die Geschäftstätigkeit der Unternehmen soll alle negativen Einwirkungen auf die Menschenrechte durch Geschäftsbeziehungen, Produkte und Dienstleistungen umfassen.²⁶

Leitprinzip 3 konkretisiert die in Leitprinzip 1 formulierte Schutzpflicht. Demnach sollen Staaten eine intelligente Mischung freiwilliger und verbindlicher Maßnahmen ergreifen sowie deren Wirksamkeit regelmäßig überprüfen. Etwaige Gesetze sollen Unternehmen zur Achtung der Menschenrechte befähigen. Dazu sollen Staaten wirksame Handlungsanleitungen bereitstellen und die Unternehmen zur Transparenz ermutigt oder gezwungen werden.²⁷

Leitprinzipien 4-6 betreffen besondere Verbindungen zwischen Staaten und Unternehmen (Staat-Wirtschaft-Nexus). Staaten sollen die Achtung der Menschenrechte fördern, wenn sie Unternehmen kontrollieren oder subventionieren. Kooperieren Staaten mit Unternehmen, sollen sie angemessene Aufsicht über deren Tätigkeiten ausüben.

Leitprinzipien 8-10 sind darauf gerichtet, Politikkohärenz zu gewährleisten. Dazu gehört die Unterstützung und Unterrichtung verschiedener staatlicher Stellen sowie die Berücksichtigung der Schutzpflichten bei dem Abschluss von

²⁵ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzip 1; vgl. *Farucik*, The Role of the State in Implementing the UN Guiding Principles on Human Rights and Business with special Consideration of Poland, *Polish Yearbook of International Law* 31 (2011), 349 (366).

²⁶ *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, Frequently Asked Questions about the Guiding Principles on Business and Human Rights, HR/PUB/14/3 (2014), Frage 30; *Blitt*, Beyond Ruggie's Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embracive Approach to Corporate Human Rights Compliance, *Texas International Law Journal* 48 (2012), 33 (43).

²⁷ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzip 3.

Investitionsabkommen oder Handelsverträgen und bei der Kooperation mit anderen Staaten, etwa im Rahmen internationaler Organisationen.

2. Säule 2 – Die unternehmerische Verantwortung

Die Leitprinzipien der zweiten Säule (11-24) richten sich ausdrücklich an Unternehmen und konkretisieren deren Verantwortung. Nach Leitprinzip 12 sollen die Unternehmen die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPbpR), den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) sowie Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation achten. Nach Leitprinzip 14 gilt dies zwar für alle Unternehmen, der Umfang der unternehmerischen Verantwortung ist aber nach Unternehmensgröße, Branche und weiteren Faktoren abgestuft. Die Verantwortung umfasst erstens eine selbstverpflichtende Grundsatzerklärung, die genannten Menschenrechte zu achten. Zweitens fallen darunter menschenrechtliche Sorgfaltsmaßnahmen. Drittens umfasst die unternehmerische Verantwortung die Beteiligung an Wiedergutmachungen nach der Verletzung von Menschenrechten.²⁸ Zu den Sorgfaltspflichten gehören präventive Verträglichkeitsprüfungen, eine regelmäßige Überprüfung der menschenrechtlichen Auswirkungen und die öffentliche Berichterstattung. Hingegen ist nicht gemeint, dass Unternehmen alle angemessenen Schutzmaßnahmen ergreifen müssten. Vielmehr sollen Unternehmen dort, wo sie negativ auf den Menschenrechtsschutz einwirken, diese Einwirkung beenden. Wo sie zu solchen Einwirkungen beitragen, sollen sie ihren Beitrag beenden und je nach Möglichkeit ihrer Einflussnahme Maßnahmen ergreifen, um die Einwirkung zu reduzieren.²⁹

3. Säule 3 – Der Zugang zu Abhilfe

Die dritte Säule (Leitprinzipien 25-31) umfasst staatliche und nicht-staatliche Abhilfemechanismen. Nach Leitprinzip 25 müssen Staaten Betroffenen Zugang zu wirksamer Abhilfe gewähren, wenn Menschenrechtverletzungen in ihrem Hoheitsgebiet und/oder unter ihrer Jurisdiktion vorkommen. Nach Leitprinzipien 26 und 27 umfasst der Zugang zu Abhilfe gerichtliche wie

²⁸ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzipien 16-22.

²⁹ *Ruggie/Sherman*, The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A Reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale, *European Journal of International Law* 2017, 921 (926 ff.); a. A. sind aber *Bonnitcha/McCorquodale*, The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, *European Journal of International Law* 2017, 899 (899 ff.).

außergerichtliche Beschwerdemechanismen. Insbesondere sollen Staaten Hürden abbauen, die einen effektiven Zugang zu Gericht verhindern können.

Weiterhin sollten Staaten nach Leitprinzip 28 erwägen, den Zugang zu nichtstaatlichen Abhilfemechanismen zu erleichtern. Leitprinzipien 29 und 30 fordern Unternehmen auf, allein oder gemeinsam solche Mechanismen bereitzustellen oder an bestehenden Mechanismen mitzuwirken. Leitprinzip 31 stellt konkrete Kriterien zur Überprüfung der Wirksamkeit der verschiedenen Beschwerdemechanismen bereit.

III. Rechtsnatur der Leitprinzipien und völkerrechtlicher Handlungsrahmen der Bundesrepublik

Die Leitprinzipien lassen sich als völkerrechtliches *soft law* mit besonderer Bedeutung für die Bundesrepublik qualifizieren (1.). *Ruggie* sah in der ersten und dritten Säule allerdings auch eine Konkretisierung bestehenden Völkerrechts.³⁰ Soweit die Leitprinzipien mit bestehendem Völkerrecht übereinstimmen, ist die Bundesrepublik zu ihrer Umsetzung mittelbar verpflichtet. Daher ist die Reichweite dieser Übereinstimmung zu untersuchen (2.).

1. Bedeutung der Leitprinzipien als völkerrechtliches *soft law*

Die Leitprinzipien selbst sind kein rechtlich bindendes Dokument.³¹ Der Menschenrechtsrat hat sie zwar 2011 in einer Resolution einvernehmlich befürwortet.³² Resolutionen des Menschenrechtsrates binden die Mitgliedstaaten jedoch nicht.³³ Die Leitprinzipien lassen sich aber als völkerrechtliches *soft law* qualifizieren (a)), dem auch ohne Bindungswirkung normative Bedeutung für die Bundesrepublik zukommt (b)).

a) *Qualifikation der Leitprinzipien als soft law*

Der Begriff „*soft law*“ wird uneinheitlich verwendet.³⁴ Hier bezeichnet er rechtlich unverbindliche Regeln, die aber in den internationalen Beziehungen als wichtiger Verhaltensmaßstab fungieren.³⁵

³⁰ UN-Menschenrechtsrat, Report of the Special Representative (Fn. 22), §§ 5, 14.

³¹ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (Fn. 26), Frage 6; Europäische Kommission (Fn. 4), S. 3; Bernaz (Fn. 15), S. 510; Faracik (Fn. 25), S. 363.

³² UN-Menschenrechtsrat, Resolution 17/4: Human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/RES/17/4 (6.7.2011).

³³ Vgl. Art. 10 Charta der Vereinten Nationen, 26.6.1945, BGBl. 1973 II, S. 431-503 (Inkrafttreten am 24.10.1945, für die Bundesrepublik am 18.9.1973).

³⁴ Peters (Fn. 10), S. 91.

³⁵ Heintschel v. Heinegg, in: Ipsen (Fn. 14), S. 390 (506); Shaw, International Law, 8. Aufl. 2017, S. 87 f.; v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 277.

Nach ihrer Verabschiedung durch den Menschenrechtsrat haben die Leitprinzipien rege Resonanz gefunden: Die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) hat sie 2017 in ihre dreigliedrige Grundsatzerklärung über multinationale Unternehmen und Sozialpolitik aufgenommen.³⁶ Die OECD hat ihre Leitsätze für multinationale Unternehmen an die Leitprinzipien angepasst.³⁷ Auch das Ministerkomitee des Europarates hat die Leitprinzipien 2014 als gegenwärtigen, globalen Minimalkonsens im Bereich Wirtschaft und Menschenrechte anerkannt und sowohl 2014 als auch 2016 den Mitgliedstaaten die Umsetzung empfohlen.³⁸ Schließlich hat die EU die Leitprinzipien befürwortet³⁹ und bei mehreren Rechtsakten ausdrücklich auf sie verwiesen.⁴⁰

Diese Beispiele zeigen, dass Staaten und internationale Organisationen den Leitprinzipien besondere Bedeutung als internationaler Verhaltensmaßstab zumessen. Die Leitprinzipien sind daher als völkerrechtliches *soft law* zu qualifizieren.⁴¹

b) Normative Bedeutung der Leitprinzipien für die Bundesrepublik

Soft law ist keine anerkannte Völkerrechtsquelle und bindet die Staaten nicht. Völkerrechtliche Bedeutung erlangt *soft law* aber dadurch, dass es zur Entstehung neuen Völkergewohnheitsrechts beiträgt.⁴² Hieran kann die Bundesrepublik anknüpfen. Auch weitere völkerrechtliche Erwägungen sprechen dafür, dass die Bundesrepublik die Leitprinzipien weitreichend umsetzen sollte: Im Rahmen ihrer Bindung an menschenrechtliche Verträge muss die Bundesrepublik den

³⁶ *Internationale Arbeitsorganisation*, Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy, 5th edition (März 2017).

³⁷ *OECD*, Guidelines for Multinational Enterprises (2011), S. 4, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en> (zuletzt abgerufen am 18.8.2018); vgl. *Klimke/Escobar/Tietje* (Fn. 24), S. 246.

³⁸ *Europarat*, Declaration of the Committee of Ministers on the UN Guiding Principles on business and human rights (16.4.2014); Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member States on human rights and business (2.3.2016).

³⁹ *Europäische Kommission*, Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011)681 endgültig (25.10.2011), S. 17.

⁴⁰ RL 2014/95/EU, Erwägungsgrund 9; VO (EU) 2017/821, Erwägungsgrund 5.

⁴¹ So auch *Cantú Rivera*, in: Andreassen/Vinh, *Duties Across Borders, Advancing Human Rights in Transnational Business*, 2016, S. 109 (131); *Faracik* (Fn. 25), S. 367 ff.; *Nolan*, in: Deva/Bilchitz (Fn. 9), S. 138 (159); *Peters* (Fn. 20), S. 107; *Shaw* (Fn. 35), S. 198; *Thomale/Hübner*, Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 2017, 385 (387); *Weller/Thomale* (Fn. 1), S. 514.

⁴² *Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 14), S. 390 (506); *Peters* (Fn. 10), S. 90; *Thürer*, *Soft Law*, in: Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, Rn. 9; *v. Arnould* (Fn. 35), Rn. 186.

Effektivitätsgrundsatz beachten. Demnach sind Verträge so auszulegen und anzuwenden, dass ihre Zwecke bestmöglich erreicht werden.⁴³ Die Leitprinzipien enthalten eine international anerkannte Konkretisierung, wie Staaten ihre Schutzpflichten aus den menschenrechtlichen Verträgen am besten umsetzen sollten.⁴⁴ Die Umsetzung der Leitprinzipien ist damit zugleich als eine dem Effektivitätsgrundsatz entsprechende Umsetzung der menschenrechtlichen Verträge anzusehen. Durch diese Erwägung bekommen die Leitprinzipien für die Bundesrepublik über einen bloß unverbindlichen Verhaltensmaßstab hinausgehendes normatives Gewicht.

2. Die Leitprinzipien als Konkretisierung bindenden Völkerrechts

Die Bundesrepublik *sollte* die Leitprinzipien daher weitreichend umsetzen. Soweit die Leitprinzipien bindendes Völkerrecht wiedergeben, *muss* die Bundesrepublik sie auch umsetzen. Die Bundesrepublik hat unter anderem die beiden Menschenrechtspakte, die Kinderrechtskonvention, die Antifolterkonvention, die Rassendiskriminierungskonvention, die EMRK sowie Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation ratifiziert.⁴⁵ Der folgende Abschnitt zeigt, dass Leitprinzipien 1 und 25 zutreffend wiedergeben, wie weit die vertraglichen Schutzpflichten der Bundesrepublik reichen. Die genannten Verträge knüpfen die Schutzpflicht regelmäßig an die Hoheitsgewalt der Staaten.⁴⁶ Anerkannt ist, dass die Hoheitsgewalt der Staaten sich auf ihr jeweiliges Territorium und auf Gebiete, die sie effektiv kontrollieren, erstreckt.⁴⁷ Umstritten ist aber, ob die

⁴³ *Heintschel v. Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 14), S. 390 (412); *Herdegen*, Interpretation in International Law, in: Wolfrum, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013, Rn. 30; vgl. *IGH*, Interpretation of Peace Treaties (Second Phase), Rechtsgutachten v. 18.7.1950, ICJ Reports 1950, 221 (229).

⁴⁴ Vgl. *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative (Fn. 22), §§ 5, 14.

⁴⁵ IPbpR, BGBl. 1973 II, S. 1533-1555 (Inkrafttreten am 23.3.1976); IPwskR, BGBl. 1973 II, S. 1569-1582 (Inkrafttreten am 3.1.1976); Kinderrechtskonvention, BGBl. 1998 II, S. 121-144 (Inkrafttreten am 2.9.1990, für die Bundesrepublik am 5.4.1992); Antifolterkonvention, BGBl. 1990 II, S. 246-261 (Inkrafttreten am 26.6.1987, für die Bundesrepublik am 1.10.1990); Rassendiskriminierungskonvention BGBl. 1969 II, S. 961-980 (Inkrafttreten am 4.1.1969); EMRK, BGBl. 1952 II, S. 685-700 (Inkrafttreten am 3.9.1953).

⁴⁶ Vgl. IPbpR, Art. 2 Abs. 1; Kinderrechtskonvention, Art. 2 Abs. 1; Rassendiskriminierungskonvention, Art. 3; Antifolterkonvention, Art. 2 Abs. 1; EMRK, Art. 1 (alle Fn. 45).

⁴⁷ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Rechtsgutachten v. 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136 (179); *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, 23.3.1995 Series A No. 310, §§ 61 f.; *UN-Menschenrechtsausschuss*, General Comment No. 31, The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (29.3.2004), § 10; *Augenstein/Kinley* (Fn. 9), S. 284; *De Schutter*, International Human Rights Law, 2010, S. 125; *Koenen* (Fn. 4), S. 135.

Vertragsstaaten auch verpflichtet sind, zum Schutz der Menschenrechte die *ausländischen* Tätigkeiten inländischer Unternehmen zu regulieren.⁴⁸ Dies wird als *extraterritoriale Schutzpflicht* bezeichnet. Das Schlagwort verwendet *Ruggie* für zwei verschiedene Arten von Schutzmaßnahmen. Erstens sind dies inländische Maßnahmen mit mittelbar extraterritorialer Wirkung, insbesondere Sorgfaltspflichten für transnationale Unternehmen. Anknüpfungspunkt ist dabei inländisches Verhalten, etwa wenn *KiK* in Deutschland zur Berichterstattung über die Bedeutung der Menschenrechte in ihren Geschäftsbeziehungen verpflichtet wird. Zweitens fasst *Ruggie* darunter unmittelbar extraterritoriale Maßnahmen. Dabei wird unmittelbar Verhalten im Ausland reguliert, etwa durch die Einführung von Strafnormen, deren Geltung nicht auf das Hoheitsgebiet eines Staates beschränkt wird. Die Leitprinzipien empfehlen Staaten, sowohl mittelbar als auch unmittelbar extraterritorial wirkende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, nehmen aber an, dass Staaten nicht dazu verpflichtet sind, solche Maßnahmen zu ergreifen.⁴⁹ Die Frage, ob einzelne Menschenrechtsverträge Staaten zu extraterritorialen Schutzmaßnahmen verpflichten, ist allerdings umstritten.⁵⁰ Daher gilt es, diese Annahme der Leitprinzipien zu überprüfen. Dazu sind zuerst die völkerrechtlichen Grenzen der Zulässigkeit extraterritorialer Maßnahmen aufzuzeigen (*a*). Zweitens wird festgestellt, dass eine umfassende extraterritoriale Schutzpflicht noch nicht besteht (*b*). Drittens wird die Forderung formuliert, dass die Bundesrepublik dennoch extraterritoriale Schutzmaßnahmen ergreifen sollte (*c*).

a) Voraussetzungen der Zulässigkeit extraterritorialen Handelns

Staaten dürfen mit extraterritorialer Wirkung handeln, sofern sie das Interventionsverbot respektieren und für ihre Ausübung hoheitlicher Gewalt ein anerkannter Anknüpfungspunkt vorliegt (Jurisdiktion).⁵¹ Das

⁴⁸ *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Addendum 2: Corporate responsibility under international law and issues in extraterritorial regulation: summary of legal workshops, A/HRC/4/35/Add.2 (15.2.2007), §§ 46-49; *Bernaž* (Fn. 15), S. 503; *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann*, Verankerung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen im deutschen Recht, Gutachten erstellt im Auftrag von Amnesty International, Brot für die Welt, Germanwatch und Oxfam, 2016, S. 18; *Knox* (Fn. 3), S. 83; *Krennerich*, Soziale Menschenrechte – von der zögerlichen Anerkennung bis zur extraterritorialen Geltung, *ZfMR* 2012, 166 (178); *Massoud* (Fn. 10), S. 217.

⁴⁹ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzip 2; vgl. *Massoud* (Fn. 10), S. 182.

⁵⁰ Vgl. *Coomans* (Fn. 10), S. 33 ff.; *Krennerich* (Fn. 48), S. 178.

⁵¹ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzip 2; *Augenstein/Kinley* (Fn. 9), S. 292; *Bernaž* (Fn. 15), S. 508; *Deva* (Fn. 3), S. 1082-1086; *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann* (Fn. 48), S. 17; *Massoud* (Fn. 10), S. 183; v. *Arnauld* (Fn. 35), Rn. 347.

Interventionsverbot untersagt Einmischungen in Angelegenheiten anderer Staaten durch Anwendung oder Androhung von Zwang.⁵²

Inländisches Handeln mit mittelbar extraterritorialer Wirkung ist demnach regelmäßig zulässig. Inländischen, im Ausland tätigen Unternehmen auferlegte Sorgfaltpflichten, die durch Verhalten im Inland erfüllt werden können, führen nicht zu einer Missachtung der Gesetze anderer Staaten. Sie sind daher mit dem Interventionsverbot vereinbar.⁵³ Zwar besteht bei transnationalen Unternehmen das Problem, dass etwaige Tochterunternehmen im Ausland rechtlich selbstständig sind. Diese Hürde lässt sich aber durch eine Durchgriffshaftung oder eine Haftung des im Inland ansässigen Mutterkonzerns für die Aufsicht über die Tochterfirma überwinden. Dabei wird jeweils nur an Verhalten innerhalb der Bundesrepublik angeknüpft, sodass Jurisdiktion nach dem Territorialitätsprinzip besteht.⁵⁴

Enger begrenzt ist die Zulässigkeit unmittelbar extraterritorialen Handelns. Als Anknüpfungspunkt kommt das aktive Personalitätsprinzip in Betracht. Demnach können Staaten Verhalten ihrer Staatsbürger und inländischer juristischer Personen auch im Ausland unter Strafe stellen. Als *ultima ratio* kann das Strafrecht dabei allerdings nur Schutz vor gravierenden Einwirkungen auf die Menschenrechte gewähren und bleibt insoweit hinter dem umfassendere Regelungen ermöglichenden Zivilrecht zurück.⁵⁵

b) Extraterritoriale Schutzpflicht zugunsten der Menschenrechte

Unter bestimmten Voraussetzungen ist extraterritorial wirkendes Handeln daher zulässig. Fraglich bleibt, ob Staaten zum Schutz der Menschenrechte auch mit extraterritorialer Wirkung handeln *müssen*. Die Praxis einiger Vertragsorgane menschenrechtlicher Verträge⁵⁶ deutet dies an: So hat der UN-Ausschuss für

⁵² IGH, Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Urt. v. 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14 (108); *Brownlie*, Principles of Public International Law, 7. Aufl. 2008, S. 292 ff.; *v. Arnould* (Fn. 35), Rn. 349.

⁵³ *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann* (Fn. 48), S. 17; vgl. *Deva* (Fn. 3), S. 1086; *De Schutter*, Extraterritorial Jurisdiction as a tool for improving the Human Rights Accountability of Transnational Corporations, background paper to the seminar organized in collaboration with the Office of the UN High Commissioner for Human Rights (22.12.2006), S. 29, abrufbar unter: <https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Olivier-de-Schutter-report-for-SRSG-re-extraterritorial-jurisdiction-Dec-2006.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁵⁴ *Deva* (Fn. 10), S. 64; *Massoud* (Fn. 10), S. 107 ff.; vgl. *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative (Fn. 48), § 55; *Weller/Thomale* (Fn. 1), S. 510 f.

⁵⁵ *Deva* (Fn. 3), S. 1082; *Ryngaert*, Jurisdiction in International Law, 2008, S. 88 f.

⁵⁶ Eine detaillierte Untersuchung hätte zwischen verschiedenen Verträgen und ihren Anwendungsklauseln zu differenzieren, vgl. *Koenen* (Fn. 4), passim; *Papp*, Extraterritoriale

wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte eine Pflicht der Vertragsstaaten anerkannt, Menschenrechte vor Verletzungen durch Dritte im Ausland zu schützen.⁵⁷ Der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung empfahl Kanada, den USA, Australien und dem Vereinigten Königreich, Maßnahmen zu ergreifen, um Verletzungen der Konvention durch bei ihnen ansässige Unternehmen im Ausland zu verhindern.⁵⁸ Das ETO-Konsortium, ein Netzwerk von Nichtregierungsorganisationen und Völkerrechtlern, verabschiedete 2012 die *Maastrichter Prinzipien zu den Extraterritorialen Staatenpflichten*. Darin wird eine Staatenpflicht angenommen, nach der ausländische Menschenrechtsverletzungen Privater zu verhüten sind.⁵⁹ Die Begründung verweist auf Art. 55 und 56 UN-Charta, Art. 22 AEMR und Art. 2 Abs. 1 IPwskR.⁶⁰

Menschenrechtliche Schutzpflichten werden allerdings primär territorial verstanden und begrenzt.⁶¹ Dies hat sich auch durch die genannten Beispiele nicht verändert. Nach der in Art. 31 Abs. 3 lit. b der Wiener Vertragsrechtskonvention kodifizierten völkergewohnheitsrechtlichen Auslegungsregel ist eine Änderung der Auslegung des jeweiligen Vertrages nur verbindlich, wenn eine ausreichende dahingehende Staatenpraxis feststellbar

Schutzpflichten, Völkerrechtlicher Menschenrechtsschutz und die deutsche Außenwirtschaftsförderung, 2013, S. 327.

⁵⁷ *Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12), E/C.12/2000/4 (11.8.2000), § 39; General Comment No. 15: The Right to Water (Arts. 11 and 12), E/C.12/2002/11 (20.1.2003), § 33; General Comment No. 17, The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), E/C.12/GC/17 (12.1.2006), § 55; General Comment No. 19, The right to social security (Art. 9), E/C.12/GC/19 (4.2.2008), § 54; General Comment No. 24 on State obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the context of business activities, E/C.12/GC/24 (10.8.2017), §§ 30-35.

⁵⁸ *Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung*, Concluding observations, Canada, CERD/C/CAN/CO/18 (25.5.2007), § 17; Concluding observations, Canada, CERD/C/CAN/CO/19-20 (4.4.2012), § 14; Concluding observations, United States of America, CERD/C/USA/CO/6 (8.5.2008), § 30; Concluding observations, Australia, CERD/C/AUS/CO/15-17 (13.9.2010), § 13; Concluding observations, United Kingdom, CERD/C/GBR/CO/18-20 (14.9.2011), § 29.

⁵⁹ *ETO-Konsortium*, Die Maastrichter Prinzipien zu den Extraterritorialen Staatenpflichten im Bereich der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (28.9.2011), §§ 24 f.; vgl. *Coomans* (Fn. 10), S. 33 ff.; *Krennerich* (Fn. 48), S. 178.

⁶⁰ *Coomans* (Fn. 10), S. 31 f.; *De Schutter* (Fn. 47), S. 163.

⁶¹ *Brownlie* (Fn. 52), S. 562; *Peters* (Fn. 10), S. 166.

ist.⁶² Trotz einzelner Maßnahmen zum mittelbar extraterritorialen Menschenrechtsschutz verhalten sich die Staaten bislang sehr zurückhaltend.⁶³ Dies bringt keine Übereinstimmung der jeweiligen Vertragsparteien über die Auslegung zum Ausdruck.⁶⁴ Daher ist festzuhalten, dass sich eine umfassende extraterritoriale Pflicht zum Schutz der Menschenrechte bislang nicht herausgebildet hat.⁶⁵ Die Leitprinzipien stimmen insoweit mit den völkerrechtlichen Bindungen der Bundesrepublik überein. Jedoch zeigt die Staatenpraxis eine Tendenz hin zu einer Ausweitung insbesondere mittelbar extraterritorial wirkender Schutzmaßnahmen.⁶⁶

c) Für und Wider mittelbar extraterritorialer Schutzmaßnahmen

Es ist zu untersuchen, ob die Bundesrepublik an diese Tendenz anknüpfen sollte. Einige Völkerrechtler sehen mittelbar extraterritorial wirkende Maßnahmen als Ansatz, Lücken im Schutz der Menschenrechte vor Verletzungen durch Unternehmen zu schließen.⁶⁷ Dieser Ansatz begegnet aber auch Bedenken. So bestehe die Gefahr von Widersprüchen zwischen der Gesetzgebung im Heimatstaat des Konzerns und der Gesetzgebung des anderen Staates, in dem der Konzern tätig wird.⁶⁸ Den Staaten drohe dann ein Souveränitätsverlust.⁶⁹ Auch würde die nationale Gesetzgebung eine bestimmte Auslegung der

⁶² Die Wiener Vertragsrechtskonvention ist nach ihrem Art. 4 auf die meisten der in Fn. 45 nachgewiesenen menschenrechtlichen Verträge zeitlich nicht anwendbar. Ihr Art. 31 Abs. 3 lit. b kodifiziert aber eine völkergewohnheitsrechtliche Auslegungsregel, die insoweit Anwendung findet, vgl. *IGH, Legality of Use of Force (Serbia and Montenegro v. United Kingdom)*, Urt. v. 15.12.2004, ICJ Reports 2004, 1307 (1345).

⁶³ Vgl. *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative (Fn. 15), § 50; *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, Addendum 1: State responsibilities to regulate and adjudicate corporate activities under the United Nations core human rights treaties: an overview of treaty body commentaries, A/HRC/4/35/Add.1 (13.2.2007), § 92; *Augenstein/Kinley* (Fn. 9), S. 279; *Deva* (Fn. 10), S. 50. Auf einzelne Beispiele extraterritorialer Maßnahmen anderer Staaten wird unter **D.** einzugehen sein.

⁶⁴ Vgl. *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Special Representative (Fn. 15), § 46; *Coomans* (Fn. 10), S. 32.

⁶⁵ So auch *De Schutter* (Fn. 53), S. 19; *Faravik* (Fn. 25), S. 371; anderer Ansicht sind z. B. *Augenstein/Kinley* (Fn. 9), S. 294.

⁶⁶ So auch *Bernaş* (Fn. 15), S. 507; *De Schutter* (Fn. 53), S. 19; *Koenen* (Fn. 4), S. 214; *Massoud* (Fn. 10), S. 175; a. A. *Papp* (Fn. 56), S. 185.

⁶⁷ *Bernaş* (Fn. 15), S. 507; *De Schutter* (Fn. 47), S. 164; *Deva* (Fn. 3), S. 1085; *Massoud* (Fn. 10), S. 181; vgl. *Windfuhr* (Fn. 3), S. 116.

⁶⁸ *Bernaş* (Fn. 15), S. 510; vgl. *Parrish*, Reclaiming International Law from Extraterritoriality, *Minnesota Law Review* 93 (2009), 815 (858 ff.).

⁶⁹ *Augenstein/Kinley* (Fn. 9), S. 278; *Bernaş* (Fn. 15), S. 509; vgl. *Parrish* (Fn. 68), S. 873 f.

Menschenrechte exportieren.⁷⁰ Dies sei mit regionalen Unterschieden der Menschenrechte unvereinbar.⁷¹ So ist das Menschenrechtsverständnis etwa im arabischen Raum durch die Scharia geprägt; im afrikanischen Raum spielen Individualpflichten und kollektive Menschenrechte eine größere Rolle als in Europa.⁷² Internationale Probleme ließen sich nicht durch nationale Gesetze und vor nationalen Gerichten lösen. Extraterritoriale Maßnahmen einzelner Staaten könnten langfristig gemeinsame Bemühungen um internationale Lösungen sogar erschweren.⁷³

Diesen Bedenken ist entgegenzuhalten, dass Maßnahmen auf universell anerkannte Menschenrechte beschränkt werden können.⁷⁴ Dies verletzt nicht die staatliche Souveränität oder regionale Besonderheiten von Menschenrechten, sondern stärkt die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte, die Art. 55 lit. b UN-Charta fordert.⁷⁵ Für extraterritoriale Maßnahmen spricht zudem, dass sie den Wertungswiderspruch vermeiden, Tätigkeiten der Unternehmen im Ausland zu dulden, die man ihnen im Inland zum Schutz der Menschenrechte verbietet.⁷⁶ Auch kann die nationale Haftbarmachung transnationaler Unternehmen über die Grenzen des einzelnen Staates hinaus abschreckend wirken.⁷⁷ Schließlich werden sich die Anforderungen an Unternehmen regelmäßig nicht widersprechen. Stellen die nationalen Rechtsordnungen verschiedene menschenrechtliche Sorgfaltsmaßstäbe auf, so genügt das Unternehmen durch Einhaltung des strengeren Maßstabs beiden Rechtsordnungen.

Zuzugestehen ist letztlich aber, dass einzelstaatliche, extraterritorial wirkende Maßnahmen nur eine vorübergehende Abhilfe sein können.⁷⁸ Das Ziel einer umfassenden, internationalen Lösung darf dabei nicht vernachlässigt werden. Solange eine solche nicht gefunden ist, kann die Ausweitung der Schutzpflichten dagegen eine konkrete, positive Wirkung für die Menschenrechte haben.⁷⁹ Die Bundesrepublik sollte daher extraterritorial wirkende Schutzmaßnahmen ergreifen.

⁷⁰ *Deva* (Fn. 3), S. 1084; vgl. *Parrish* (Fn. 68), S. 866 f.

⁷¹ *Spießhofer* (Fn. 16), § 11 Rn. 17.

⁷² *Herdegen* (Fn. 16), § 49 Rn. 11 f.

⁷³ *Bernaß* (Fn. 15), S. 509; *Parrish* (Fn. 68), S. 861 f., 866.

⁷⁴ *Deva* (Fn. 10), S. 59.

⁷⁵ *Deva* (Fn. 10), S. 48; vgl. Art. 55 und 56 UN-Charta (Fn. 33).

⁷⁶ *Deva* (Fn. 3), S. 1083; *Deva* (Fn. 10), S. 48.

⁷⁷ Vgl. *Bernaß* (Fn. 15), S. 509.

⁷⁸ *Bernaß* (Fn. 15), S. 510; *Deva* (Fn. 3), S. 1086.

⁷⁹ So auch *Deva* (Fn. 3), S. 1078.

3. Ergebnis zur völkerrechtlichen Einordnung der Leitprinzipien

Bei der Umsetzung ihrer Pflichten aus menschenrechtlichen Verträgen kommt der Bundesrepublik Ermessen hinsichtlich der Wahl der Mittel zu. Die Leitprinzipien konkretisieren unverbindlich, wie die Bundesrepublik ihr Ermessen ausüben sollte. Eine extraterritoriale Schutzpflicht im Bereich der Menschenrechte hat sich bislang nicht herausgebildet. Im Lichte des Effektivitätsgrundsatzes haben die Leitprinzipien bei der Ermessensausübung aber erhebliches normatives Gewicht. Jedenfalls als Übergangslösung sollte die Bundesrepublik auch extraterritoriale Schutzmaßnahmen ergreifen. Inwieweit die Bundesrepublik dem und den Leitprinzipien im Übrigen bereits gerecht wird, ist nun zu untersuchen.

C. Stand der Umsetzung der Leitprinzipien durch die Bundesrepublik

Die Bundesregierung hat zusammen mit Vertretern von Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen einen Nationalen Aktionsplan (NAP) zur Umsetzung der Leitprinzipien erarbeitet. Er wurde 2016 durch die Bundesregierung verabschiedet.⁸⁰ Im Folgenden wird untersucht, inwieweit die Bundesrepublik damit die Leitprinzipien der ersten (I.) und der dritten Säule (II.) umgesetzt hat. Auf dieser Grundlage ist der weitere Handlungsbedarf festzustellen (III.).

I. Die Umsetzung der staatlichen Schutzpflicht (Säule 1)

Bei der Umsetzung der ersten Säule stellt sich zunächst die Frage, ob die Bundesrepublik ihrer Schutzpflicht im Inland gerecht wird (1.). Darüber hinaus ist zu untersuchen, ob die Bundesrepublik wirksame Maßnahmen mit extraterritorialer Wirkung ergriffen hat (2.). Abschließend sind Maßnahmen im Staat-Wirtschaft-Nexus zu überprüfen (3.).

1. Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht im Inland

Der NAP nimmt an, der Menschenrechtsschutz sei in der Bundesrepublik durch die Grundrechte sowie mittels des Zivil- und Strafrechts weitreichend gewährleistet. Einzelne Probleme werden allerdings auch im NAP genannt. So seien Migranten nicht hinreichend vor Ausbeutung geschützt. Auch bestünden Defizite bei der Gleichstellung von Mann und Frau, insbesondere in

⁸⁰ *Bundesregierung*, Nationaler Aktionsplan (NAP) zur Umsetzung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte 2016 – 2020 (Beschl. am 16.12.2016), Impressum und S. 6, abrufbar unter: https://www.csr-in-deutschland.de/SharedDocs/Downloads/DE/NAP/nap-im-original.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

Einkommensfragen.⁸¹ Das Deutsche Institut für Menschenrechte (DIMR) moniert zudem, dass effektive Kontrollen und Beratungsangebote für gefährdete Personen fehlten.⁸²

Zur Behebung dieser Missstände verweist der NAP auf einen Sozialpartnerdialog zur Gleichstellung der Geschlechter und auf Maßnahmen zum Schutz von Whistleblowern, auf eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe zum Thema Menschenhandel sowie auf einen Gesetzesentwurf zur Bekämpfung des Missbrauchs von Leiharbeit und Werkverträgen.⁸³ Dieser Entwurf trat am 1.4.2017 als Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Kraft.⁸⁴ Der Schutz von Whistleblowern ist ein weiterer wichtiger Ansatz: Whistleblower tragen zur Aufdeckung menschenrechtlicher Missstände in Unternehmen bei. Oftmals kann nur so genügend öffentlicher Druck erzeugt werden, Probleme zu beheben.⁸⁵ Whistleblower müssen allerdings mit Repressalien der Unternehmen rechnen. Eine EU-Richtlinie, die Whistleblower schützen soll,⁸⁶ hat die Bundesrepublik noch nicht umgesetzt.⁸⁷

Im Übrigen adressiert der NAP Probleme des Menschenrechtsschutzes in der Bundesrepublik kaum. Effektive Maßnahmen, um die Gehaltslücke zwischen den Geschlechtern zu schließen, fehlen.⁸⁸ Probleme mit ausbeuterischen Arbeitsverhältnissen in besonders betroffenen Branchen werden im NAP ignoriert.⁸⁹ Selbst für das Problem der prekären Arbeitsverhältnisse wird keine

⁸¹ NAP (Fn. 80), S. 11 ff.

⁸² *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme zur Verabschiedung des deutschen Nationalen Aktionsplans für Wirtschaft und Menschenrechte (21.12.2016), S. 11, abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Stellungnahmen/Stellungnahme_Verabschiedung_NAP_Wirtschaft_und_Menschenrechte.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸³ NAP (Fn. 80), S. 12.

⁸⁴ BGBl. 2017 I, S. 258 ff.

⁸⁵ Vgl. RL (EU) 2016/943, Erwägungsgrund 20.

⁸⁶ RL (EU) 2016/943.

⁸⁷ *Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz*, Aktuelle Gesetzgebungsverfahren, Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/943 zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (18.7.2018), abrufbar unter <https://www.bmjuv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/GeschGehG.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁸⁸ Vgl. NAP (Fn. 80), S. 13.

⁸⁹ Vgl. *Cor.A-Netzwerk für Unternehmensverantwortung/Forum Menschenrechte/VENRO – Verband Entwicklungspolitik und humanitäre Hilfe/Amnesty International/ Brot für die Welt/Germanwatch/Misereor*, Kein Mut zu mehr Verbindlichkeit, Kommentar deutscher Nichtregierungsorganisationen zum Nationalen Aktionsplan Wirtschaft und Menschenrechte der Bundesregierung (im Folgenden: NGO-Stellungnahme),

Lösung vorgeschlagen. Ihrer menschenrechtlichen Schutzpflicht, die Leitprinzip 1 zugrunde liegt, wird die Bundesrepublik insoweit nicht gerecht. Weitere Maßnahmen zur Umsetzung von Leitprinzip 1 im Inland sind daher dringend nötig.

2. Menschenrechtliche Schutzmaßnahmen mit Auslandsbezug

Um zum Schutz der Menschenrechte im Ausland beizutragen, hat die Bundesrepublik Maßnahmen unter Einbindung deutscher Unternehmen (a) und Maßnahmen in internationaler Zusammenarbeit ergriffen (b).

a) Schutzmaßnahmen unter Einbindung deutscher Unternehmen

Schon vor der Erarbeitung des NAP hat die Bundesrepublik deutsche Unternehmen in den internationalen Menschenrechtsschutz einbezogen. Beispielsweise initiierte die Bundesregierung das *Bündnis nachhaltige Textilbranche*,⁹⁰ dem auch *KiK 2015* beiträgt⁹¹ und das primär auf unternehmerischen Selbstverpflichtungen beruht. Einschätzungen zur Wirksamkeit des Bündnisses gehen allerdings auseinander.⁹²

Der NAP formuliert das Ziel, dass bis 2020 mindestens die Hälfte der deutschen Unternehmen mit mehr als 500 Mitarbeitern die Maßnahmen der zweiten Säule umsetzen. Den Unternehmen wurde freigestellt, dieser Erwartung zu folgen oder zu erklären, warum sie die Maßnahmen nicht ergreifen. Werde das Ziel nicht erreicht, behalte sich die Bundesregierung andere, insbesondere gesetzliche,

Überarbeitete Fassung vom 6.2.2017, S. 3, abrufbar unter: <https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/publication/17288.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Deutsches Institut für Menschenrechte*, National Baseline Assessment, Umsetzung der UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte (30.4.2015), S. 7, abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Weitere_Publikationen/National_Baseline_Assessment_Umsetzung_der_UN-Leitprinzipien_fuer_Wirtschaft_und_Menschenrechte.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁹⁰ Vgl. *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH*, Das Bündnis, 2019, abrufbar unter: <https://www.textilbuendnis.com/wer-wir-sind/das-buendnis/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁹¹ *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH*, Mitglieder, 2019, abrufbar unter: <https://www.textilbuendnis.com/kik-textilien-non-food-gmbh/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁹² *Triesch*, Der Tagesspiegel, Kik und Aldi treten Textilbündnis bei, abrufbar unter: <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/buendnis-fuer-nachhaltige-textilien-kik-und-aldi-treten-textilbuendnis-bei/11861754.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Weishaupt*, Labile Prinzipien – Das Bekenntnis zu einer fairen Lieferkette gerät in Gefahr, in: *Handelsblatt Print* Nr. 147, (2.8.2017), S. 20.

Maßnahmen vor.⁹³ Dies haben CDU/CSU und SPD in ihrem Koalitionsvertrag für die 19. Legislaturperiode bekräftigt.⁹⁴ Bei der Konkretisierung, welche Maßnahmen von den Unternehmen erwartet werden, fehlt allerdings die in Leitprinzip 22 vorgesehene Beteiligung an Wiedergutmachungsverfahren.⁹⁵ Zudem werden mittlere und kleinere Unternehmen ausgenommen, obwohl auch diese für den Menschenrechtsschutz wichtig sind.⁹⁶ Problematisch ist auch, den Unternehmen schon im Vorhinein einzuräumen, ihre Nichterfüllung der Erwartung einfach mit dem Verweis auf die Komplexität des Menschenrechtsschutzes erklären zu dürfen.⁹⁷ Die Maßnahmen weisen insgesamt ein hohes Maß an Unverbindlichkeit auf.

In Umsetzung der Richtlinie 2014/95/EU hat die Bundesrepublik verbindliche Vorgaben geschaffen: Bestimmte Unternehmen mit über 500 Mitarbeitern müssen über die Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit auf die Menschenrechte berichten, §§ 289b, 289c Abs. 2 Nr. 4 HGB.⁹⁸ Wiederum werden kleinere und mittlere Unternehmen ausgenommen. Selbst § 267 Abs. 3 S. 1 HGB geht schon bei 250 Mitarbeitern von einer großen Kapitalgesellschaft aus, sodass eine Anknüpfung an diese Zahl kohärenter wäre. Zudem werden durch die Beschränkung auf kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften in § 289b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 HGB nicht kapitalmarktorientierte Unternehmen wie *KiK* gar nicht erfasst.⁹⁹ Schließlich können die von Menschenrechtsverletzungen Betroffenen Verstöße gegen die Berichterstattungspflicht regelmäßig gar nicht geltend machen, da es sich um Pflichten der Gesellschaft gegenüber den Aktionären

⁹³ NAP (Fn. 80), S. 10.

⁹⁴ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 156, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁹⁵ Vgl. NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 3, 6.

⁹⁶ *UN-Menschenrechtsrat*, Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, A/HRC/35/32 (24.4.2017), § 17.

⁹⁷ Vgl. NAP (Fn. 80), S. 10.

⁹⁸ Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten (CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz), 11.4.2017, BGBl. 2017 I, S. 802-814 (Inkrafttreten am 12.4.2017 bzw. am 1.1.2019).

⁹⁹ *Segger*, in: Krajewski/Saage-Maaß, Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen, Zivilrechtliche Haftung und Berichterstattung als Steuerungsinstrumente, 2018, S. 21 (31).

handelt,¹⁰⁰ sodass die noch abzuwartende Wirksamkeit dieser Maßnahme zumindest ihnen gegenüber begrenzt sein wird.

Weiterhin ist im NAP eine Überprüfung der Wirksamkeit der beschlossenen Maßnahmen vorgesehen, wodurch Leitprinzip 3 (a) a. E. erfüllt würde. Auch enthält der NAP Maßnahmen, um die Unternehmen bei der Erfüllung ihrer menschenrechtlichen Verantwortung zu unterstützen. Neben einem Helpdesk im Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung gehören dazu Beratungsangebote der Auslandsvertretungen, Leitfäden und Schulungsangebote.¹⁰¹ Leitprinzip 3 (c) wird damit weitreichend umgesetzt.

Zu prüfen bleibt, ob diese Maßnahmen wirksam zum Schutz der Menschenrechte beitragen und als eine intelligente Mischung verbindlicher und unverbindlicher Maßnahmen angesehen werden können, wie sie Leitprinzip 3 verlangt. Unverbindliche Maßnahmen werden vielfach als unzureichend angesehen.¹⁰² Zwar ermögliche die Selbstregulierung der transnationalen Unternehmen eine große Flexibilität und Praxistauglichkeit. Brancheninterne Standards seien aber oft nicht transparent und keinesfalls staatlich durchsetzbar.¹⁰³ Eine verbindliche Verankerung der unternehmerischen Sorgfaltspflichten im Zivilrecht trüge hingegen wirksam zum Menschenrechtsschutz bei.¹⁰⁴ Tatsächlich belegen empirische Untersuchungen, dass unverbindliche Maßnahmen bisher insgesamt kaum zur Verbesserung der Menschenrechtssituation beigetragen haben.¹⁰⁵ Selbst wenn letztlich eine Mehrheit der Unternehmen freiwillig Verantwortung übernimmt, verbliebe eine in diesem Sinne unverantwortlich handelnde Minderheit.¹⁰⁶ Weitere Studien zeigen, dass gesetzliche Regeln das unternehmerische Engagement für den

¹⁰⁰ *Habersack/Ehrl* (Fn. 1), S. 190 f., 206; *Weller/Kaller/Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 216 (2016), 387 (420).

¹⁰¹ NAP (Fn. 80), S. 24, 28.

¹⁰² *Bernaz* (Fn. 15), S. 510; *Deva* (Fn. 10), S. 42; *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann* (Fn. 48), S. 43.

¹⁰³ *Peters* (Fn. 3), S. 131.

¹⁰⁴ *De Schutter/Ramasastri/Taylor/Thompson* (Fn. 7), S. 61; *Pitts*, in: Baumann-Pauly/Nolan, Business and Human Rights, From Principles to Practice, 2016, S. 51 (59); *Muchlinski* (Fn. 11), S. 167; *Windfuhr* (Fn. 3), S. 116 f.

¹⁰⁵ *Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann* (Fn. 48), S. 43; *Musiolek*, Geschlechtergerechtigkeit und freiwillige Instrumente der Unternehmensverantwortung in globalen Produktionsnetzwerken und Lieferketten, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (2010).

¹⁰⁶ Vgl. Europäische Kommission (Fn. 39), S. 6; *Mares*, in: Mares, The UN Guiding Principles on Business and Human Rights, 2012, S. 1 (11 f.).

Menschenrechtsschutz eher stärken als schwächen.¹⁰⁷ Die Studien beziehen sich allerdings auf die Zeit vor 2016. Es bleibt daher abzuwarten, wie viele deutsche Unternehmen der im NAP formulierten Erwartung folgen werden. Nur wenn dieser Anteil deutlich überwiegt, kann die Umsetzung von Leitprinzip 3 (a) als gelungen angesehen werden.

b) Maßnahmen in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit

Weiterhin sieht der NAP Maßnahmen in zwischenstaatlicher Zusammenarbeit vor. Die Bundesregierung will andere Staaten bei der Ausarbeitung eigener Aktionspläne unterstützen. Auch will sie die Leitprinzipien in die Entwicklungshilfe einbinden und vor der Aushandlung von Handels- und Investitionsverträgen im Rahmen der EU die Durchführung menschenrechtlicher Folgeinschätzungen durchsetzen.¹⁰⁸ Diese Maßnahmen sind im Lichte der Leitprinzipien 8 und 10 zu begrüßen. Allerdings hat sich der NAP nicht für verbindliche Menschenrechtsklauseln in Handels- und Investitionsverträgen ausgesprochen.¹⁰⁹ Insgesamt ist der Ansatz der Bundesrepublik, bei der Umsetzung der Leitprinzipien international zu kooperieren, dennoch zu befürworten.

3. Maßnahmen im Bereich Staat-Wirtschaft-Nexus

Im Bereich der Leitprinzipien 4 bis 6 hat die Bundesregierung sich vorgenommen, zu prüfen, ob menschenrechtliche Mindestanforderungen im Vergaberecht festgeschrieben werden können. Auch stellte die Bundesregierung die Einführung von Berichterstattungspflichten über menschenrechtliche Sorgfaltsprüfungen bei der Außenwirtschaftsförderung in Aussicht.¹¹⁰ Gerade bei größerer Nähe zwischen Staat und Unternehmen treffen den Staat gesteigerte Sorgfaltspflichten.¹¹¹ Die zögerlichen Vorschläge des NAP genügen daher nicht. Insbesondere wird die von privaten Unternehmen erwartete Sorgfalt bundeseigenen Unternehmen, die im Ausland tätig werden, nicht auferlegt, obwohl diese den Menschenrechten unmittelbar verpflichtet sind. Auch Sorgfaltspflichten für Unternehmen der Länder und Kommunen wurden nicht erwogen. Schließlich werden Unternehmen, die die Leitprinzipien nicht

¹⁰⁷ *IMPACT Project*, Executive Summary, Headline findings, insights & recommendations for policy makers, business & stakeholder (September 2013), abrufbar unter [https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/impact_-_executive_summary_cb_\(3\).pdf](https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/impact_-_executive_summary_cb_(3).pdf) (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁰⁸ NAP (Fn. 80), S. 13 ff.; vgl. *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Fn. 82), S. 7.

¹⁰⁹ Vgl. NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 3.

¹¹⁰ NAP (Fn. 80), S. 16 f.

¹¹¹ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzip 4.

einhalten, weder von öffentlichen Aufträgen oder Subventionen noch von der Außenwirtschaftsförderung ausgeschlossen. Hier wäre es besonders einfach, verbindliche Kriterien einzuführen.¹¹² So wurden Leitprinzipien 4 bis 6 unzureichend umgesetzt.

II. Abhilfe bei Menschenrechtsverletzungen (Säule 3)

Die Bundesregierung kommt im NAP zu einer positiven Einschätzung der Rechtsschutzmöglichkeiten (1.), was vielfach kritisiert wurde (2.).

1. Einschätzung der Situation durch die Bundesregierung

Der NAP sieht die Erstellung einer Informationsbroschüre vor, die Einführung einer Hinterbliebenenschädigung sowie eine Verbesserung der strafrechtlichen Sanktionierung von Unternehmen.¹¹³ Schon jetzt steht Ausländern unter denselben Voraussetzungen wie Deutschen Prozesskostenhilfe zu.¹¹⁴ Diese wurde auch den Klägern im KiK-Fall gewährt.¹¹⁵ Zudem ist die *forum non conveniens*-Doktrin dem deutschen Prozessrecht fremd.¹¹⁶ Viele internationale Menschenrechtsklagen waren in anderen Staaten am *forum non conveniens*-Einwand gescheitert, nach dem ein Gericht einen Fall nicht verhandeln darf, wenn die Gerichte eines anderen *forums* dem Fall näher sind.¹¹⁷ Die Bundesregierung sieht den Zugang zur deutschen Justiz für Ausländer daher als hinreichend gewährleistet an.¹¹⁸

2. Kritik am Justizzugang für ausländische Kläger

Nichtregierungsorganisationen wie *Amnesty* ziehen eine andere Bilanz.¹¹⁹ Es fehle die Möglichkeit einer Kollektivklage und Beweislastregeln benachteiligten die

¹¹² *Deutsches Institut für Menschenrechte* (Fn. 82), S. 8; NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 2 ff.

¹¹³ NAP (Fn. 80), S. 25.

¹¹⁴ *OLG Brandenburg*, OLGR 2007, 499 ff.; *Osieka*, *Zivilrechtliche Haftung deutscher Unternehmen für menschenrechtsbeeinträchtigende Handlungen ihrer Zulieferer*, 2014, S. 272; *Weller/Hübner/Kaller* (Fn. 21), S. 257.

¹¹⁵ *LG Dortmund*, Pressemitteilung: Landgericht Dortmund gewährt pakistanischen Klägern Prozesskostenhilfe für ein Klageverfahren gegen „KiK“ auf Zahlung von Schmerzensgeld (30.8.2016), S. 1, abrufbar unter: http://www.lg-dortmund.nrw.de/behoerde/presse/Pressemitteilungen/PM-KiK_docx.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹⁶ Vgl. *Weller/Hübner/Kaller* (Fn. 21), S. 256.

¹¹⁷ Vgl. *Deva* (Fn. 3), S. 1087; *Muchlinski* (Fn. 11), S. 154.

¹¹⁸ NAP (Fn. 80), S. 24.

¹¹⁹ *Amnesty International*, Report 2017/18 zur weltweiten Lage der Menschenrechte, Deutschland 2017/18 (Stand: 12/2017), abrufbar unter: <https://www.amnesty.de/jahresbericht/2018/deutschland> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); vgl. *Amnesty International*, *Unternehmen und Menschenrechte* (16.6.2015),

Kläger.¹²⁰ Verjährungsfristen seien zu kurz, um Verfahren aus dem Ausland vorbereiten zu können.¹²¹ Im *KiK*-Fall etwa wies das *LG Dortmund* die Klage wegen Verjährung der Ansprüche ab.¹²² Die Vorbereitung der Verfahren sei außerdem sehr aufwendig und nicht hinreichend von Prozesskostenhilfe abgedeckt.¹²³ Auch im *KiK*-Fall gelang die Klageerhebung nur dank der Unterstützung einer unabhängigen Menschenrechtsorganisation. Bei Klagen wegen eines Delikts führen zudem die Regeln der Rom-II-Verordnung regelmäßig zu ungünstigen Ergebnissen für den Kläger. Da die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4 Rom-II-VO in Abs. 1 das Recht des Handlungs- oder Erfolgsortes zur Anwendung beruft und Handlung und Erfolg in der Regel in dem ausländischen Staat eintreten, ist das ausländische Recht anwendbar. Das ist jedoch für die Kläger ungünstig, soweit das Recht dieser Staaten ein geringeres Schutzniveau vorsieht.¹²⁴ Zwar wird im Lichte von Erwägungsgrund 14 der Rom II-VO eine teleologische Auslegung des Art. 4 Abs. 3 Rom II-VO vorgeschlagen, nach der im Interesse des Opferschutzes eine engere Verbindung zum deutschen Recht anzunehmen sei.¹²⁵ Diese Auslegung hat sich aber bislang nicht durchgesetzt: Das *LG Dortmund* etwa wandte im *KiK*-Fall pakistanisches Recht an.¹²⁶ Die seit dem 1.11.2018 zulässige Musterfeststellungsklage beschränkt sich auf typische Fälle des Verbraucherschutzes und hilft daher bei Fällen der Menschenrechtsverletzung im Ausland nicht.¹²⁷

Gerade der *KiK*-Fall illustriert die Stichhaltigkeit der vorgetragenen Kritik. Zwar hilft in vielen Fällen schon die Öffentlichkeit des Verfahrens, unabhängig vom Klageerfolg.¹²⁸ In Anbetracht der Wichtigkeit der Abhilfemechanismen, die

abrufbar unter: <https://www.amnesty.de/2015/6/15/globale-geschaefte-globale-verantwortung> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹²⁰ *CorA-Netzwerk für Unternehmensverantwortung/Forum Menschenrechte/Germanwatch*, Schutzlücken schließen, Rechtzugang für Betroffene aus dem Ausland verbessern (September 2014), Stellungnahme abrufbar unter: https://www.cora-netz.de/wp-content/uploads/2015/02/CorA-ForumMR_Steckbrief-Schutzlu%CC%88cken.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹²¹ NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 14.

¹²² *LG Dortmund*, IPRax 2019, 317 ff.

¹²³ *CorA/Forum Menschenrechte/Germanwatch* (Fn. 120); vgl. *De Schutter/Ramasastri/Taylor/Thompson* (Fn. 7), S. 61.

¹²⁴ Art. 4 Abs. 2 VO (EG) 864/2007 (Rom II-Verordnung); vgl. *Habersack/Ehrl* (Fn. 1), S. 169; *Krajewski* (Fn. 2), S. 79; *Massoud* (Fn. 10), S. 119; *Weller/Thomale* (Fn. 1), S. 524; dazu und zur Unanwendbarkeit deutschen Rechts in anderen Fällen ausführlich *Habersack/Ehrl* (Fn. 1), S. 181 ff.

¹²⁵ *Thomale/Hübner* (Fn. 41), S. 397; *Weller/Thomale* (Fn. 1), S. 524 f.

¹²⁶ *LG Dortmund*, IPRax 2019, 317 ff.

¹²⁷ Art. 2 Abs. 5 Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage, BGBl. 2018 I, S. 1151-1155; NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 14.

¹²⁸ Vgl. *Krajewski* (Fn. 2), S. 79.

Ruggie durch Schaffung einer eigenen Säule betont, sind die Maßnahmen der Bundesrepublik aber ungenügend.

3. Außergerichtliche und nichtstaatliche Mechanismen

Im Bereich der außergerichtlichen Abhilfemechanismen verweist der NAP auf die 2001 eingerichtete Nationale Kontaktstelle für die OECD-Leitsätze.¹²⁹ Die Nationale Kontaktstelle soll die Einhaltung der OECD-Leitsätze fördern und dient als Prüfstelle für Beschwerden über deren Nichteinhaltung. Ergebnisse der Prüfverfahren sind allerdings unverbindliche Feststellungen.¹³⁰ Der NAP sieht vor, die bei dem Bundeswirtschaftsministerium eingerichtete Stelle personell zu stärken und ihre Bekanntheit zu erhöhen.¹³¹ *Amnesty* kritisiert dagegen, dass die Kontaktstelle nicht unabhängig vom Wirtschaftsministerium, wenig transparent und mit keinerlei Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet ist. Auch fehle es der Kontaktstelle an erforderlichen Mitteln, damit ihre Arbeit in der Öffentlichkeit hinreichend wahrgenommen werde.¹³² Somit kann sie nur eingeschränkt zu der von Leitprinzip 27 verlangten *wirksamen* Abhilfe beitragen und wird dem von Leitprinzip 31 formulierten Transparenzgebot nicht gerecht.

III. Feststellung des Handlungsbedarfs der Bundesrepublik

Zusammenfassend lässt sich der Handlungsbedarf der Bundesrepublik aufzeigen. Im Bereich der ersten Säule ist im Inland der Schutz besonders verletzlicher Personengruppen mangelhaft. Die unverbindlichen Maßnahmen in puncto unternehmerische Verantwortung werden voraussichtlich nicht genügen, insbesondere dort, wo Verbindungen zu schwachen Staaten bestehen. Im Staat-Wirtschaft-Nexus fehlen verbindliche Kriterien. Im Bereich der dritten Säule zeigen sich erhebliche Schwierigkeiten für Ausländer, gegen Menschenrechtsverletzungen deutscher Unternehmen vorzugehen. Bei den zentralen Leitprinzipien 1-3 und 25-27 besteht somit dringender Handlungsbedarf.

D. Handlungsempfehlungen zur Umsetzung der Leitprinzipien

Im Folgenden ist zu konkretisieren, wie die Bundesrepublik diese Mängel beheben sollte. Dazu werden verschiedene Vorschläge evaluiert. Die Evaluation greift einzelne Beispiele aus anderen Staaten auf, die die Leitprinzipien

¹²⁹ NAP (Fn. 80), S. 26.

¹³⁰ *Herdegen* (Fn. 16), § 13 Rn. 3.

¹³¹ NAP (Fn. 80), S. 26.

¹³² NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 3.

erfolgreicher umgesetzt haben. Dabei ist auf Maßnahmen zur Umsetzung der ersten (I.) und der dritten Säule (II.) einzugehen.

I. Maßnahmen zur Umsetzung der ersten Säule

Zur Erfüllung ihrer Schutzpflichten stehen der Bundesrepublik zahlreiche Instrumente zur Verfügung. Innenpolitisch kommen unmittelbar (1.) oder mittelbar (2.) auf die Unternehmen einwirkende Maßnahmen in Betracht. Zudem wird die Strafbarkeit juristischer Personen evaluiert (3.). Auch kann die Bundesrepublik außenpolitische Maßnahmen ergreifen (4.).

1. Gesetzliche Verankerung unternehmerischer Sorgfaltspflichten

Der NAP sieht vor, die menschenrechtliche Verantwortung deutscher Unternehmen durch unverbindliche Maßnahmen stärken. Wirken diese nicht, so sollte die Bundesrepublik gesetzliche Maßnahmen ergreifen. Nichtregierungsorganisationen hatten bei der Erarbeitung des NAP die Einführung eines allgemeinen Gesetzes über die menschenrechtliche Verantwortung der Unternehmen vorgeschlagen.¹³³ Dieser Vorschlag ist mit einigen Problemen behaftet (a)). Eine Alternative liegt in spezifischen Regelungen für einzelne Branchen und Menschenrechte (b)).

a) Allgemeines Gesetz über die unternehmerische Verantwortung

Ein allgemeines Gesetz über die menschenrechtliche Verantwortung der Unternehmen könnte diese erstens zur präventiven Prüfung der menschenrechtlichen Auswirkung ihrer gesamten Tätigkeiten verpflichten. Zweitens sollten sie öffentlich Bericht erstatten müssen über diese Prüfungen sowie über die zur Abwendung negativer Auswirkungen getroffenen Maßnahmen. Drittens sollte das Gesetz die Unternehmen zur Beteiligung an nichtstaatlichen Beschwerdemechanismen verpflichten. Als Schutzgesetz i. S. v. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB würde es Schadensersatzklagen erleichtern.¹³⁴ Auch sind angemessene Sanktionen bei fehlender Berichterstattung und bei Sorgfaltspflichtverletzungen sicherzustellen. Schließlich sollte das Gesetz ausdrücklich für die ausländischen Unternehmenstätigkeiten gelten sowie eine Haftung des Mutterkonzerns für Tochterfirmen beinhalten, um die Hürde

¹³³ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann (Fn. 48), S. 7 ff.; das konkret vorgeschlagene Gesetz wurde allerdings als öffentlich-rechtlich charakterisiert, da es neben einer zivilrechtlichen Haftung auch behördliche Durchsetzungsmechanismen enthielt.

¹³⁴ Klinger/Krajewski/Krebs/Hartmann (Fn. 48), S. 7 ff.; Auf diesen Anknüpfungspunkt *de lege ferenda* weisen auch Weller/Kaller/Schulz (Fn. 100), S. 417 f. hin. Gegenwärtig gelten menschenrechtliche Verträge nicht als Schutzgesetze i. S. v. § 823 Abs. 2 S. 1 BGB, siehe Habersack/Ehrl (Fn. 1), S. 210 und Weller/Kaller/Schulz (Fn. 100), S. 406.

verschiedener Rechtspersönlichkeiten zu überwinden. Zunächst ist die grundsätzliche Zulässigkeit dieses Vorschlags zu prüfen (aa)). Für die genaue Ausgestaltung gibt es einige Vorbilder (bb)). Allerdings zeigt das Scheitern ähnlicher Vorhaben auch inhärente Probleme (cc)).

aa) Menschen- und grundrechtliche Zulässigkeit des Vorschlags

Der Erlass eines allgemeinen Gesetzes über die menschenrechtliche Verantwortung der Unternehmen ist unter bestimmten Bedingungen zulässig. Völkerrechtlich ist die extraterritoriale Wirkung eines solchen Gesetzes unbedenklich.¹³⁵ Zivilrechtlich lässt sich die Haftung des Mutterkonzern für das Tochterunternehmen als Haftung für die eigene Sorgfalt bei der Ausübung der Aufsicht konstruieren.¹³⁶ Allerdings griffe das Gesetz in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und in die Allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Diese Grundrechte finden nach Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen Anwendung, die die Adressaten des Gesetzes wären. Es muss daher verhältnismäßig sein.¹³⁷ In Anbetracht des menschenrechtlichen Schutzzieles erscheint ein solches Gesetz verhältnismäßig, solange es den Unternehmen keine wirkungslosen Pflichten auferlegt. Die positive Auswirkung des Gesetzes auf den Menschenrechtsschutz muss dabei gegenüber der Intensität des Eingriffs in die Rechte der Unternehmen überwiegen. In diesem Rahmen wäre ein solches Gesetzesvorhaben zulässig.

bb) Internationale Vorbilder für die Normierung der unternehmerischen Verantwortung

Einige bestehende Gesetze können bei der genauen Ausgestaltung als Vorbilder herangezogen werden: Zur Einführung von Berichterstattungspflichten haben Europäisches Parlament und Rat bereits 2014 eine Richtlinie erlassen, nach der größere Unternehmen zur nichtfinanziellen Berichterstattung verpflichtet werden müssen. Demnach müssen Unternehmen ein Konzept über die menschenrechtlichen Auswirkungen ihrer Tätigkeiten vorlegen. Die Richtlinie gilt allerdings nur für einen kleinen Kreis größerer Unternehmen und sieht neben der nichtfinanziellen Berichterstattung keine weiteren Sorgfaltspflichten vor.¹³⁸ Die Bundesrepublik hat die Richtlinie umgesetzt.¹³⁹ Dänemark und Schweden

¹³⁵ Siehe oben **B. III. 2. a)**.

¹³⁶ *Weller/Thomale* (Fn. 1), S. 526.

¹³⁷ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, 15. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 15, Art. 20 Rn. 113.

¹³⁸ Art. 1 RL 2014/95/EU.

¹³⁹ Siehe oben **C. I. 2. a)**.

dagegen haben die Richtlinie zum Anlass genommen, die Pflichten auf kleinere Unternehmen auszuweiten.¹⁴⁰

Weitergehende Pflichten wurden auch 2017 in Frankreich eingeführt: Dort schreibt ein Gesetz für Unternehmen die Erstellung und Veröffentlichung eines Sorgfaltsplans vor, der Maßnahmen zum Schutz der Menschenrechte bei Tätigkeiten im In- und Ausland beinhalten muss. Bei Nichterfüllung der Sorgfaltspflichten sieht das Gesetz ein Bußgeld sowie die zivilrechtliche Haftung für Schäden vor, die auf der Nichterfüllung beruhen. Das Gesetz richtet sich aber nur an Unternehmen mit über 5.000 Mitarbeitern in Frankreich oder mit über 10.000 Mitarbeitern in Frankreich und im Ausland.¹⁴¹ Schließlich wirbt in der Schweiz die *Initiative Konzernverantwortung* für ein ähnliches Gesetz, dessen Verabschiedung aber noch nicht abzusehen ist.¹⁴²

Die Beispiele zeigen, dass eine allgemeine, zivilrechtliche Verankerung bestimmter Sorgfaltspflichten möglich ist. Allerdings gelten die untersuchten Regelungen weder für kleinere Unternehmen, noch ist eine Überprüfung der Berichte vorgesehen. So sind Berichterstattungspflichten allerdings kaum wirksam.¹⁴³ Für eine unabhängige Überprüfung kommen neben nationalen Menschenrechtsinstitutionen auch Nichtregierungsorganisationen und die Presse in Betracht.¹⁴⁴

cc) Hindernisse bei ähnlichen Gesetzesvorhaben

Die Bundesregierung entschied sich 2016 gegen diesen Vorschlag. Viele Unternehmen hätten keine Kapazitäten für umfassende Prüfungen ihrer menschenrechtlichen Einwirkungen.¹⁴⁵ Ein ähnlicher Gesetzesvorschlag war zuvor in Australien gescheitert.¹⁴⁶ Ein dortiges parlamentarisches Komitee lehnte das Vorhaben ab, da es schwierig sei, die an die Staaten gerichteten Menschenrechte in Anleitungen für Unternehmen zu übersetzen. Der nur für größere Unternehmen geltende Entwurf diskriminiere diese zudem gegenüber

¹⁴⁰ Segger (Fn. 99), S. 30.

¹⁴¹ Frankreich, Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, Art. 1-3.

¹⁴² *Initiative Konzernverantwortung* (Schweiz), Initiativtext mit Erklärungen, abrufbar unter: https://konzern-initiative.ch/wp-content/uploads/2018/06/KVI_Factsheet_5_D_Lay_1802.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2018).

¹⁴³ Bernaz (Fn. 15), S. 502.

¹⁴⁴ UN-Menschenrechtsrat, Report of the Special Representative (Fn. 4), § 97; Deva (Fn. 10), S. 56 f.

¹⁴⁵ BT-Drucks. 18/9982, S. 40.

¹⁴⁶ Deva (Fn. 10), S. 40.

kleineren Unternehmen. Auch hätte nach Aussage des Komitees zu Konflikten geführt, dass das extraterritorial wirkende Gesetz australische Werte in andere Staaten exportiert hätte.¹⁴⁷

Diese Bedenken sind nur teilweise stichhaltig. So beschränkte sich der Entwurf auf international anerkannte Menschenrechte und forderte keine Anwendung australischer Standards.¹⁴⁸ Auch sind extraterritorial wirkende Maßnahmen zum Menschenrechtsschutz, wie oben gezeigt, völkerrechtlich zulässig und sogar erstrebenswert.¹⁴⁹ Schließlich ist eine Diskriminierung nach Unternehmensgröße sogar geboten. Kleinere Unternehmen würden sonst übermäßig belastet. Anstatt sie ganz aus der Pflicht zu nehmen, sollten aber nach Unternehmensgröße abgestufte Sorgfaltsmaßstäbe eingeführt werden.

Schließlich ist allerdings zuzugeben, dass die Reichweite der unternehmerischen Verantwortung schwer abzustecken ist. Naturgemäß wird ein Gesetz, das für alle Branchen und für eine große Bandbreite von Menschenrechten gelten soll, generalklauselartig und abstrakt formuliert sein.¹⁵⁰ Zwar lassen sich solche generischen Regeln durch die Rechtsprechung oder branchenspezifische Arbeitsgruppen konkretisieren.¹⁵¹ Dennoch liegt hier ein inhärentes Problem eines solchen Gesetzes: Einerseits müssen die Pflichten der Unternehmen hinreichend eingegrenzt werden, andererseits müssen die Maßnahmen zu einer effektiven Verbesserung des Menschenrechtsschutzes beitragen.

b) Spezifische Gesetze für einzelne Branchen und Menschenrechte

Eine bessere Lösung liegt daher in branchenspezifischen Gesetzen. So stehen etwa transnationale Medienunternehmen vor ganz anderen menschenrechtlichen Herausforderungen als Textilhersteller oder Rohstofflieferanten. Durch spezifische Standards können gezielt menschenrechtliche Probleme einzelner Branchen adressiert werden.¹⁵²

Beispielhaft in dieser Hinsicht ist die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates von 2017 über unternehmerische Sorgfaltspflichten in den Lieferketten bei der Einfuhr bestimmter Rohstoffe aus Krisengebieten. Die Verordnung verweist ausdrücklich auf die Leitprinzipien. Sie verpflichtet

¹⁴⁷ Australien, Parliament of the Commonwealth of Australia, Report on the Corporate Code of Conduct Bill 2000 (Juni 2001), S. 39 ff.; vgl. *Deva* (Fn. 10), S. 57 ff.

¹⁴⁸ *Deva* (Fn. 10), S. 57 ff.

¹⁴⁹ Siehe oben **B. III. 2. c)**; so auch *Deva* (Fn. 10), S. 61.

¹⁵⁰ *Massoud* (Fn. 10), S. 110 ff.; vgl. die Bedenken bei *Blitt* (Fn. 26), S. 49 f.

¹⁵¹ *Deva* (Fn. 10), S. 61.

¹⁵² So auch der Vorschlag von *Habersack/Ehrl* (Fn. 1), S. 209.

Unternehmen, die bestimmte Rohstoffe in die Europäische Union einführen, ihre Lieferketten offenzulegen und Sorgfaltsmaßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass sie bewaffnete Gruppen in den Gebieten unterstützen, aus denen die Rohstoffe stammen.¹⁵³ Weiteres Vorbild ist das Schweizer Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen. Bei privaten Sicherheitsdienstleistern besteht eine erhöhte Gefahr der Beteiligung an schweren Menschenrechtsverletzungen, etwa durch Kampfhandlungen, Gefangennahme oder Folter. Das Gesetz sieht eine Meldepflicht für Schweizer Unternehmen vor, die private Sicherheitsdienstleistungen im Ausland erbringen wollen. Somit wird eine intensive behördliche Kontrolle sichergestellt.¹⁵⁴ Die Beispiele zeigen den Vorteil branchenspezifischer Regeln: zum einen sind sie besser an branchentypische Gefährdungen der Menschenrechte angepasst. Zum anderen entspricht die so erreichte Pflichtendichte der jeweiligen Gefahrneigung.

Andere Maßnahmen adressieren statt bestimmter Branchen spezifische Menschenrechtsverletzungen. Im Vereinigten Königreich etwa dient der Modern Slavery Act von 2015 der Bekämpfung moderner Formen der Sklaverei. Diese Form der Menschenrechtsverletzungen hatte das Vereinigte Königreich als besonders gravierend identifiziert. Das Gesetz steht ausdrücklich mit den Leitprinzipien in Zusammenhang.¹⁵⁵ So erscheint es sinnvoller, zum Menschenrechtsschutz innerhalb der Bundesrepublik einzelne Probleme zielgerichtet anzugehen, anstatt mit einem allgemeinen Gesetz über unternehmerische Sorgfaltspflichten verschiedenste Ziele zu verfolgen. Zur Schließung der Gehaltslücke zwischen den Geschlechtern sind Transparenzregeln geeignet,¹⁵⁶ wohingegen zum Schutz prekär Beschäftigter strikte Standards mehr Erfolg versprechen.¹⁵⁷

Demnach ist festzuhalten: Die abstrakten Menschenrechte und die allgemeinen Leitprinzipien in generelle Handlungsanleitungen für alle Unternehmen zu

¹⁵³ VO (EU) 2017/821.

¹⁵⁴ Bundesgesetz über die im Ausland erbrachten privaten Sicherheitsdienstleistungen vom 27.9.2013, 935.41 (Schweiz) (Inkrafttreten am 1.9.2015), insb. Art. 9-13.

¹⁵⁵ *Her Majesty's Government*, Good Business: Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (Updated May 2016), S. 11, abrufbar unter: <https://www.gov.uk/government/publications/bhr-action-plan> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁵⁶ Vgl. *Theurer/Creutzburg*, So bekämpfen die Briten die Lohnlücke, faz.net, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/einkommens-unterschiede-zwischen-maennern-und-frauen-werden-bekaempft-15505808.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁵⁷ Vgl. Gesetz zur Stärkung der Bekämpfung der Schwarzarbeit, BGBl. 2017 I, S. 399.

übersetzen, ist kaum möglich. Dafür sind branchenspezifische Regeln besser geeignet. So hält auch ein Forschungsbericht im Auftrag der Bundesregierung branchenspezifische Maßnahmen für besonders Erfolg versprechend.¹⁵⁸ Es ist zu bedauern, dass dies die Bundesrepublik bislang nicht zu weiteren branchenspezifischen Maßnahmen veranlasst hat.

2. Mittel zur mittelbaren Einwirkung auf private Unternehmen

Neben solchen unmittelbar an die Unternehmen gerichteten Maßnahmen kommen auch mittelbare Steuerungsinstrumente in Betracht. Zu denken ist dabei an eine menschenrechtliche Gewährleistungsmarke (a) und an Maßnahmen im Staat-Wirtschaft-Nexus (b).

a) Einführung einer menschenrechtlichen Gewährleistungsmarke

Die Bundesregierung wollte die Einführung einer nationalen Gewährleistungsmarke für Produkte prüfen, die Konsumenten Auskunft über die Beachtung der Menschenrechte in der Produktions- und Lieferkette gäbe.¹⁵⁹ Solche Gütesiegel erleichtern Konsumenten ihre Kaufentscheidung und erlauben Transparenz hinsichtlich der Produktionsbedingungen. Derart marktwirtschaftlich wirkenden Instrumente sind besonders geeignet, das Verhalten von Unternehmen zu steuern.¹⁶⁰ Allerdings konnte im Laufe der Jahre eine regelrechte Inflation verschiedener Gütesiegel, etwa für Bio-Produkte, verzeichnet werden. Transparenz und Erleichterung der Kaufentscheidung sind dann nicht mehr gewährleistet.¹⁶¹ Ein menschenrechtliches Gütesiegel muss daher deutliche Alleinstellungsmerkmale aufweisen. Allerdings ist es auch hier schwierig, transparente und verifizierbare Standards festzulegen.¹⁶² Uneingeschränkt ist eine menschenrechtliche Gewährleistungsmarke daher nicht

¹⁵⁸ Müller/Yacin, Potenziale von Brancheninitiativen zur nachhaltigen Gestaltung von Liefer- und Wertschöpfungsketten, Studie erstattet dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (2017), abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/Forschungsberichte/fb483-potenziale-von-brancheninitiativen.pdf;jsessionid=C12931973971BB184E7231CCD54A6F4F?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁵⁹ NAP (Fn. 80), S. 21.

¹⁶⁰ Ebd.; vgl. Peters (Fn. 3), S. 131.

¹⁶¹ Kaiser-Neubauer, Alles bio?, Ob nachhaltig oder regional – die Siegelflut im deutschen Lebensmittelhandel überfordert viele Verbraucher, sueddeutsche.de, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/lebensmittelkennzeichnung-alles-bio-1.4124932> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁶² Vgl. die weitergehenden Bedenken bei Musiolek/Mertsching, Menschenrechte lassen sich nicht so einfach zertifizieren (27.11.2015), abrufbar unter: www.fairquer.net/weitblick/weitblick/menschenrechte-lassen-sich-nicht-so-einfach-zertifizieren (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

zu empfehlen. Sie kann zur Umsetzung der Leitprinzipien 1 und 3 (d) aber beitragen.

b) Verbindliche Kriterien im Staat-Wirtschaft-Nexus

Ein anderer Ansatzpunkt, mittelbar auf Unternehmen einzuwirken, liegt in den Leitprinzipien 4 bis 6. Die dort bestehenden Umsetzungsdefizite der Bundesrepublik sind durch die Einführung verbindlicher menschenrechtlicher Kriterien im Staat-Wirtschaft-Nexus zu beheben. Staatsunternehmen sollten an menschenrechtliche Sorgfaltspflichten gebunden werden. Die Förderung privater Unternehmen sollte von deren Sorgfalt bei der Einhaltung menschenrechtlicher Standards abhängig gemacht werden.

Andere Staaten haben Staatskonzerne gesetzlich an die zweite Säule der Leitprinzipien gebunden. In Schweden etwa müssen Staatskonzerne mit gutem Beispiel voran gehen, indem sie die Leitprinzipien sowie die OECD-Leitlinien einhalten. Auch für die Außenwirtschaftsförderung gelten dort menschenrechtliche Kriterien.¹⁶³ Ein weiteres Beispiel ist das in Italien eingeführte Legalitätsrating, dem Unternehmen sich freiwillig unterwerfen können. Dabei wird unter anderem ihr Beitrag zur Korruptionsbekämpfung und zum Menschenrechtsschutz gemessen. Besser bewertete Unternehmen werden bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und bei der Wirtschaftsförderung bevorzugt.¹⁶⁴

Wird eine nationale Gewährleistungsmarke eingeführt, so kann auch diese ein Auswahlkriterium bei der öffentlichen Auftragsvergabe und bei der Wirtschaftsförderung sein. Demnach sollte die Bundesrepublik auch im Staat-Wirtschaft-Nexus eine Mischung verbindlicher und anreizbasierter Maßnahmen ergreifen: Für die erwerbswirtschaftlichen Tätigkeiten staatseigener Unternehmen bedarf es verbindlicher Kriterien zum Menschenrechtsschutz. Bei der Förderung und Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen sollten menschenrechtlich verantwortlich handelnde Unternehmen bevorzugt werden. Dadurch würde die Bundesrepublik Leitprinzipien 4 bis 6 besser umsetzen.

¹⁶³ Schweden, Action plan for business and human rights (August 2015), S. 23 f., abrufbar unter:

<https://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁶⁴ Italien, Italian National Action Plan on Business and Human Rights (1.12.2016), S. 13, abrufbar unter:

http://cidu.esteri.it/resource/2016/12/49117_f_NAPBHRENGFINALEDEC152017.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

3. Ausweitung der Strafbarkeit auf juristische Personen

Weiterhin stehen der Bundesrepublik strafrechtliche Mittel zur Verfügung. Insbesondere kommt eine Strafbarkeit juristischer Personen in Betracht. Dies würde nach dem aktiven Personalitätsprinzip einen unmittelbar extraterritorialen Zugriff auf unternehmerische Auslandstätigkeiten ermöglichen. Daher enthält etwa der NAP Frankreichs Anpassungen des Unternehmensstrafrechts.¹⁶⁵ Das deutsche Recht kennt gegenwärtig allerdings keine Strafbarkeit juristischer Personen.¹⁶⁶ Nach § 30 OWiG besteht zumindest die Möglichkeit, juristische Personen zu sanktionieren. Dies hat die Bundesregierung ausdrücklich für ausreichend erachtet – eine Geldbuße nach § 30 OWiG wirke für Unternehmen nicht anders als eine strafrechtliche Sanktion.¹⁶⁷ So verweist auch der NAP ausdrücklich auf die Sanktionierungsmöglichkeiten nach dem OWiG.¹⁶⁸ Schließlich hält das *Bundesverfassungsgericht* die Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen vor dem Hintergrund des dem deutschen Strafrecht zugrunde liegenden Schuldprinzips für problematisch.¹⁶⁹ Die Strafbarkeit juristischer Personen ist demnach kein tauglicher Ansatz für die Bundesrepublik, die Leitprinzipien 1 und 3 umzusetzen.

4. Menschenrechtsklauseln in Investitionsschutzabkommen

Neben diesen innenpolitischen Maßnahmen sollte die Bundesrepublik weitere außenpolitische Maßnahmen ergreifen. Vor allem Menschenrechtsklauseln in Investitionsschutzabkommen bieten sich an.¹⁷⁰ Dafür kann eine Reihe neuerer Verträge als Vorbild dienen, bei denen die Unternehmen vor Schiedsgerichten nur klagen können, wenn sie ihre Achtung der Menschenrechte nachweisen. Außerdem räumen diese Verträge den Staaten die Möglichkeit ein, gegen Menschenrechtsverletzungen der Investoren vorzugehen.¹⁷¹ Die Bundesrepublik

¹⁶⁵ Frankreich, National Action Plan for the Implementation of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (2017), S. 49, abrufbar unter: https://www.diplomatie.gouv.fr/IMG/pdf/pnadh_version_finale_en_cle8ffacb.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁶⁶ Adam, Die Strafbarkeit juristischer Personen im Völkerstrafrecht, 2015, S. 132.

¹⁶⁷ BT-Drucks. 13/11425, S. 2; vgl. Adam (Fn. 166), S. 133.

¹⁶⁸ NAP (Fn. 80), S. 25.

¹⁶⁹ BVerfGE 95, 220 (242).

¹⁷⁰ Vgl. NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 8.

¹⁷¹ Vgl. *Briercliffe/Owczarek*, Human-rights-based Claims by States and “New-Generation” International Investment Agreements, Kluwer Arbitration Blog (1.8.2018), abrufbar unter: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/?print=pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); *Massoud/Rödl*, Waiting for the “follow-up”?, “Guiding Principles for the Implementation of the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, Global Labour Column 63 (2011); *Ruggie*,

hat zwar mit Art. 207 AEUV die Kompetenz in Außenhandelssachen auf die EU übertragen. Im Rahmen der EU sollte sie aber auf die Einfügung verbindlicher Menschenrechtsklauseln in neue Investitionsabkommen hinwirken. Dadurch setzte die Bundesrepublik Leitprinzipien 9 und 10 weiter um und trüge zur Stärkung des internationalen Menschenrechtsschutzes bei.

II. Maßnahmen zur Umsetzung der dritten Säule

Rechte sind allerdings nur stark, wenn sie auch einklagbar sind. Daher sollte die Bundesrepublik weitere Maßnahmen zur Umsetzung der Leitprinzipien 25-27 ergreifen. Erstens ist der Justizzugang, insbesondere für Ausländer, zu verbessern (1.). Zweitens sollten außergerichtliche Mechanismen wie die Nationale Kontaktstelle gestärkt werden (2.).

1. Maßnahmen zur Verbesserung des Justizzugangs

Als Vorbild einer umfassenden menschenrechtlichen Klagemöglichkeit dienten eine Zeit lang die USA.¹⁷² Dort können unter dem Alien Tort Claims Act von 1789 Ausländer vor Bundesgerichten Private wegen unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligung an Menschenrechtsverletzungen auf Schadensersatz verklagen.¹⁷³ Dies wurde durch die Rechtsprechung des *Supreme Courts* allerdings eingeschränkt: Demnach können nur wenige, spezifisch völkerrechtliche Delikte geltend gemacht werden.¹⁷⁴ Auch gelte das Gesetz nur dann für Auslandssachverhalte, wenn diese eine ausreichend starke Verbindung zu den USA aufwiesen.¹⁷⁵ Diese bestehe bei ausländischen Unternehmen nicht.¹⁷⁶ Zumindest US-amerikanische Unternehmen können haftbar gemacht werden, wo die Rechtsordnung des Staates, in dem sich das Delikt ereignete, den

in: Baumann-Pauly/Nolan, *Business and Human Rights, From Principles to Practice*, 2016, S. 64 (68).

¹⁷² *Habersack/Ehrl* (Fn. 1), S. 166 f.

¹⁷³ Vereinigte Staaten von Amerika, Alien Tort Claims Act, 28 U.S.C. § 1350 (1789); *Seibert-Fobr/Wolfrum*, Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen, *Archiv des Völkerrechts* 43 (2005), 153 (155).

¹⁷⁴ *US Supreme Court, Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004); vgl. *Krajewski* (Fn. 2), S. 78; *Seibert-Fobr/Wolfrum* (Fn. 173), S. 161.

¹⁷⁵ *US Supreme Court, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 U.S. 108 (2013); vgl. *Muchlinski*, Corporations in International Law, in: Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014, Rn. 36; *Saage-Maaß/Beinlich*, Das Ende der Menschenrechtsklagen nach dem Alien Tort Statute?, Ein Kommentar zum Kiobel-Urteil und seinen Auswirkungen, *Kritische Justiz* 48 (2015), 146 (150); *Seibert-Fobr*, United States Alien Tort Statute, in: Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, Rn. 13 f.; *Shaw* (Fn. 35), S. 513.

¹⁷⁶ *US Supreme Court, Jesner v. Arab Bank*, No. 16-499, 584 U.S. ____ (2018).

Verletzten keinen Schutz gewährt.¹⁷⁷ Diese Möglichkeit besteht in Deutschland allerdings bereits: Ausländer können gegen inländische Unternehmen wegen Auslandstaten klagen.¹⁷⁸

Dennoch bestehen faktische und rechtliche Hürden. Um diese zu verringern, sollte die Bundesrepublik Verjährungsfristen deliktischer Ansprüche bei Menschenrechtsverletzungen verlängern. Die Unterstützung ausländischer Kläger bei der Verfahrensvorbereitung durch unabhängige Menschenrechtsinstitute sollte staatlich gefördert werden. Auch Änderungen des materiellen Rechts erleichtern Menschenrechtsklagen erheblich. Eine gesetzliche Haftung von Mutterkonzernen für Menschenrechtsverletzungen der Tochterfirmen und, unter engeren Voraussetzungen, auch der Zulieferer sollte im Rahmen der Sorgfaltspflichten verankert werden. Der Mutterkonzern müsste dann im Verfahren seine Einhaltung der Sorgfaltspflichten beweisen.¹⁷⁹ Derartige Änderungen der Beweislastregeln erleichtern Individualklagen gegen Unternehmen. Wird der Gerichtszugang verbessert, können Gerichte auch durch eine Zunahme der Rechtsprechung zur Konkretisierung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten der Unternehmen und somit zur Rechtsklarheit beitragen. Schließlich kann eine Erweiterung der Musterfeststellungsklage auf menschenrechtliche Delikte erwogen werden.

Durch diese Verbesserungen des Zugangs zu effektiver Abhilfe in gerichtlichen Verfahren würden Leitprinzipien 25 und 26 gestärkt.

2. Stärkung der Nationalen Kontaktstellen

Die Leitprinzipien gehen allerdings davon aus, dass nicht in allen Fällen ein gerichtliches Verfahren zur Entschädigung Betroffener angemessen ist.¹⁸⁰ Daher sollte die Bundesrepublik auch andere Mechanismen, wie die Nationale Kontaktstelle,¹⁸¹ stärken. Frankreichs NAP sieht zur Stärkung der Nationalen Kontaktstelle eine Überarbeitung der Verfahrensregeln vor. Zur Verbesserung der Transparenz wurden Bürgerdialoge eingerichtet, die auch die Zivilgesellschaft dauerhaft in die Arbeit der Kontaktstelle einbinden.¹⁸² Ähnliche Schritte sollte auch die Bundesrepublik erwägen, damit die Nationale Kontaktstelle bekannter und transparenter wird. Letztlich fehlt es der Kontaktstelle aber vor allem an effektiven Mitteln, die Unternehmen zur

¹⁷⁷ *Seibert-Fohr/Wolfrum* (Fn. 173), S. 173 f.

¹⁷⁸ Art. 4 i. V. m. Art. 63 VO (EU) Nr. 1215/2012 (Brüssel Ia-Verordnung).

¹⁷⁹ *CorA/Forum Menschenrechte/Germanwatch* (Fn. 120).

¹⁸⁰ Kommentar (Fn. 6), Leitprinzip 27.

¹⁸¹ Siehe dazu **C. II. 3.**

¹⁸² Frankreich (Fn. 165), S. 56.

Mitwirkung an Verfahren zu zwingen und die Ergebnisse der Verfahren durchzusetzen. Ohne solche Mittel kann die Nationale Kontaktstelle die Anforderungen der Leitprinzipien 27 und 31 nicht erfüllen.

III. Vorschläge zum Umsetzungsverfahren

Abschließend ist auf das Verfahren der weiteren Umsetzung einzugehen. Bei der Erarbeitung des NAP hat die Bundesregierung einen Multi-Stakeholder-Ansatz verfolgt.¹⁸³ Das bedeutet, dass betroffene Unternehmen, Nichtregierungsorganisationen und Menschenrechtsinstitute in die Ausarbeitung eingebunden wurden. Dadurch konnten ihre Interessen und Kenntnisse berücksichtigt werden.¹⁸⁴ Diesem Verfahren sollte auch bei der genauen Ausarbeitung der vorgeschlagenen Maßnahmen gefolgt werden, um deren Akzeptanz und Praxisnähe sicherzustellen. Zudem sollten die Unternehmen und Nichtregierungsorganisationen auch an deren Umsetzung beteiligt werden.

Nach der Verabschiedung des NAP beauftragte die Bundesregierung eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft damit, die Einhaltung der Leitprinzipien deutscher Unternehmen zwischen 2018 und 2020 zu überprüfen.¹⁸⁵ Diese Prüfungen sollten institutionalisiert werden, um Leitprinzip 3 (a) dauerhaft umzusetzen. Schließlich soll 2020 ein aktualisierter Statusbericht veröffentlicht werden.¹⁸⁶ In diesem Rahmen sollte die Bundesrepublik die Behebung der aufgezeigten Umsetzungsmängel angehen.

E. Fazit – Wie sollte die Bundesrepublik Deutschland die Leitprinzipien umsetzen?

Die Leitprinzipien stellen den Staaten einen Verhaltensmaßstab bereit, wie sie ihre menschenrechtlichen Schutzpflichten erfüllen können und wie sie die internationalen Menschenrechte vor Verletzungen durch Unternehmen schützen können. Die Bundesrepublik sollte die Leitprinzipien weitreichend umsetzen. Damit trüge sie dazu bei, dass sich die Leitprinzipien von *soft law* zu Völkergewohnheitsrecht weiterentwickeln können. Maßnahmen anderer Staaten deuten diese Entwicklung an. Diese Maßnahmen können der Bundesrepublik als Vorbild dienen. Insbesondere sollte die Bundesrepublik zur Umsetzung der

¹⁸³ NAP (Fn. 80), S. 6; vgl. aber NGO-Stellungnahme (Fn. 89), S. 4.

¹⁸⁴ Vgl. *Faracik* (Fn. 25), S. 384; *Pitts* (Fn. 104), S. 60; *Peters* (Fn. 3), S. 132.

¹⁸⁵ *Ernst & Young GmbH*, Pressemitteilung 20.8.2018: EY evaluiert den Umsetzungsstand menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen, abrufbar unter: <https://www.ey.com/de/de/newsroom/news-releases/ey-20180820-ey-evaluiert-den-umsetzungsstand-menschenrechtlicher-sorgfaltspflichten-von-unternehmen> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019); vgl. NAP (Fn. 80), S. 28.

¹⁸⁶ NAP (Fn. 80), S. 28.

Leitprinzipien 1 und 3 unternehmerische Sorgfaltspflichten zivilrechtlich verankern und diese für Betroffene einklagbar machen. Dafür zeigen sich branchenspezifische Regelungen als besonders wirksam. Diese sollten sich erstens auf extraterritoriale Wirkungen der Unternehmenstätigkeit erstrecken. Zweitens sollten sie so ausgestaltet sein, dass ein Durchgriff auf deutsche Mutterkonzerne ermöglicht wird, wenn ihre Tochterfirmen oder Zulieferer im Ausland Menschenrechtsverletzungen begehen. Verbindliche menschenrechtliche Vorgaben sollte die Bundesrepublik auch für staatseigene Unternehmen einführen, um die Leitprinzipien 4-6 umzusetzen. Zudem sollten menschenrechtliche Kriterien zwingend in die Vergabe von Aufträgen und Subventionen eingebunden werden, etwa durch eine Bevorzugung besser eingestufte Unternehmen. Zur Umsetzung der Leitprinzipien 9 und 10 sollte sich die Bundesrepublik im Rahmen der EU für Menschenrechtsklauseln in Handelsverträgen einsetzen. Weiterhin sollte die Bundesrepublik die Einführung einer eigenen menschenrechtlichen Produktzertifizierung erwägen. Zur Umsetzung der dritten Säule sollte die Bundesrepublik die Nationale Kontaktstelle transparenter und unabhängiger machen sowie mit effektiven Sanktionsmitteln ausstatten. Schließlich sollte die Bundesrepublik die Unterstützung der Opfer von Menschenrechtsverletzungen durch das DIMR oder andere geeignete Stellen fördern und Beweislastregeln und Klagefristen für Opfer von Menschenrechtsverletzungen verbessern.

Das politische Bewusstsein für den weiteren Umsetzungsbedarf der Leitprinzipien besteht offenbar. So kündigt der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD an: „Wir setzen uns für eine konsequente Umsetzung des Nationalen Aktionsplans Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) ein, einschließlich des öffentlichen Beschaffungswesens. Falls die wirksame und umfassende Überprüfung des NAP 2020 zu dem Ergebnis kommt, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen nicht ausreicht, werden wir national gesetzlich tätig und uns für eine EU-weite Regelung einsetzen.“¹⁸⁷ Es bleibt zu hoffen, dass dieser Ankündigung im nächsten Jahr angemessene Maßnahmen folgen werden. Bei diesem Anlass sollten auch die Defizite des NAP von 2016 gegenüber den Anforderungen der Leitprinzipien behoben werden.

Dadurch kann die Bundesrepublik zum internationalen Schutz der Menschenrechte beitragen und helfen, Katastrophen wie die in Karatschi künftig zu verhindern. Dazu ist die Umsetzung der Leitprinzipien aber bestenfalls ein Anfang. Erstens darf die Verpflichtung der Unternehmen nicht zu einer Entpflichtung der Staaten führen. Letztlich muss es Aufgabe demokratisch

¹⁸⁷ Koalitionsvertrag (Fn. 94), S. 156.

legitimierter Staaten bleiben, die abwägungsbedürftigen Menschenrechte zu schützen. Zweitens besteht ein ungemindertes Bedürfnis, die Tätigkeiten transnationaler Unternehmen transnational zu regulieren.¹⁸⁸ Dazu sind die Menschenrechte nicht das geeignete Mittel. Passender erscheint die Verbesserung bestehender und Erarbeitung neuer internationaler Normen des Arbeits-, Zivil- und Strafrechts.¹⁸⁹ In Anbetracht dieser Herausforderungen sollte die Bundesrepublik Maßnahmen auch jenseits der Leitprinzipien ergreifen.

¹⁸⁸ *Deva* (Fn. 10), S. 65; *Epping*, in: *Ipsen* (Fn. 14), S. 385; *Krennerich* (Fn. 48), S. 178; *Peters* (Fn. 10), S. 287; *Thomale/Hübner* (Fn. 41), S. 386.

¹⁸⁹ *Peters* (Fn. 15), S. 108 f.; vgl. *Thomale/Hübner* (Fn. 41), S. 387; *Weller/Thomale* (Fn. 1), S. 516.

Luca Koukounakis*

Seevölkerrechtliche Pflichten im Fall von Seenotrettung

Abstract

In Auseinandersetzung mit dem Thema der Seenotrettung aus völkerrechtlicher Sicht werden die Pflicht zur Einrichtung von Such- und Rettungsdiensten sowie vertieft die Pflicht zur Hilfeleistung behandelt. Gegenstand genauerer Untersuchung ist dabei, ob letztere die Ausschiffung der Geretteten zwingend umfasst. Dazu werden völkergewohnheitsrechtliche Regeln, die ein solches vorschreiben könnten, etwa das Flüchtlingsrechtliche Gebot des non-refoulement, herangezogen. Auf Grundlage historischer wie zeitgenössischer Staatenpraxis und Stellungnahmen bedeutender völkerrechtlicher Autoren gelangt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass erstere zwar weiterhin heterogen ist, sich aber dennoch beträchtliche Bemühungen in dem Umgang mit Geretteten zeigen. Eine pauschale Pflicht zur Ausschiffung von Geretteten lässt sich aus dem Völkerrecht allerdings nicht ableiten.

In its examination of maritime rescue from the perspective of public international law, this article sheds light on the obligation to establish search and rescue services in general and on the duty to render assistance in particular. Subject of a closer investigation is, whether the duty to render assistance obliges the rescuers to disembark the rescued. During this analysis, norms of customary international law that could be interpreted to stipulate such a duty, for instance the rule of non-refoulement, are analyzed. Based on both historic and contemporary state practice and statements of prominent authors of public international law, the author concludes, that the state practice continues to be heterogenous, despite considerable efforts in the treatment of the rescued. However, public international law does not stipulate a general obligation to disembark the rescued.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Universität Passau. Im Rahmen einer Teilnahme an dem *Philip C. Jessup International Law Moot Court 2018* sowie in seinem Schwerpunktbereichsstudium im Internationalen Unternehmens- und Kapitalmarktrecht beschäftigte sich der Verfasser vertieft mit dem Seevölkerrecht.

A. Einführung

Am 19.6.2018 rettete die *Lifeline*, ein Rettungsschiff der gleichnamigen Dresdener Hilfsorganisation, mindestens 220 Flüchtlinge in Seenot aus dem Mittelmeer vor Libyen.¹ Die Besatzung des Schiffes wollte zunächst einen italienischen Hafen ansteuern, um die Flüchtlinge dort ausschiffen² zu können. Die italienische Regierung verweigerte der *Lifeline* jedoch die Einfahrerlaubnis und forderte stattdessen Malta auf, die Geretteten dort aufzunehmen.³ Auch die maltesische Regierung versagte dem Schiff die Einfahrt, man wolle sichergehen, dass die Migranten an Bord des Rettungsschiffes auf die EU-Länder verteilt werden.⁴ Die mindestens 239 Menschen an Bord der *Lifeline* warteten sechs Tage auf hoher See, bis das Schiff am 27.6.2018 in einem Hafen vor Valetta, Malta anlegen durfte.⁵ Zwar wurden die Migranten umgehend mit medizinischer Hilfe versorgt, das Schiff jedoch sodann beschlagnahmt und gegen die Besatzung Ermittlungen eingeleitet.⁶ Amtsträger verschiedener Staaten, darunter auch Bundesinnenminister *Seehofer*, äußerten den Vorwurf, die Rettung der Personen sei rechtswidrig gewesen und müsse Konsequenzen haben.⁷ Wenige Tage später ereignete sich Ähnliches, als das Schiff *Open Arms* der spanischen Hilfsgruppe *Proactiva Open Arms* 60 Flüchtlinge aus einem im Mittelmeer treibenden Schlauchboot rettete.⁸ Sowohl Italien als auch Malta bestritten eine Pflicht zur

¹ Meiler, Malta verwehrt deutschem Rettungsschiff die Einfahrt, sueddeutsche.de, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/fluechtlinge-im-mittelmeer-italien-stoppt-schiffe-1.4026532> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

² „Vom Schiff ans Land bringen“, Duden.de, „ausschiffen“, abrufbar unter: <https://www.duden.de/rechtschreibung/ausschiffen> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

³ Meiler (Fn. 1); *Salvini* (@matteosalvinimi), „La NAVE FUORILEGGE *Lifeline* è ora in acque di Malta, col suo carico di 239 immigrati. Per sicurezza di equipaggio e passeggeri abbiamo chiesto che Malta apra i porti. Chiaro che poi quella nave dovrà essere sequestrata, ed il suo equipaggio fermato. Mai più in mare a trafficare.“, Übersetzung des Verfassers: „Das gesetzlose Schiff *Lifeline* befindet sich jetzt mit 239 Immigranten an Bord in den Gewässern von Malta. Zur Sicherheit von Besatzung und Passagieren haben wir Malta darum gebeten, die Häfen zu öffnen. Es ist klar, dass dieses Schiff beschlagnahmt und seine Besatzung gestoppt werden muss. Es wird nicht mehr auf See verkehren.“, 21.6.2018, abrufbar unter: <https://twitter.com/matteosalvinimi/status/1010052402811146240> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁴ *Reuther/Clasmann*, Malta lässt Rettungsschiff *Lifeline* einlaufen, zdf.de, abrufbar unter: <https://www.zdf.de/nachrichten/heute/malta-laesst-rettungsschiff-lifeline-einlaufen-100.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

⁵ *Ebd.*

⁶ *Ebd.*

⁷ *Ebd.*

⁸ Schiff rettet 60 Flüchtlinge – Italien und Malta lehnen Aufnahme ab, Welt.de, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/ausland/article178539128/Mittelmeer-Schiff-rettet-60-Fluechtlinge-Italien-und-Malta-lehnen-Aufnahme-ab.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

Aufnahme des Schiffes an einem heimischen Hafen.⁹ Zuletzt erklärte sich Spanien bereit, das Schiff mit den Migranten in Barcelona anlegen zu lassen.¹⁰

Ein Jahr später, im Juni 2019, illustriert der Fall der *Sea-Watch 3*¹¹ erneut, dass die Pflichten der verschiedenen Akteure im Falle einer Seenot unklar, zumindest jedoch umstritten sind. Dies gibt Anlass zu einer umfassenden Auf- und Ausarbeitung der Anforderungen, die das vertragliche und gewohnheitsrechtliche Seevölkerrecht an Staaten und Besatzungen stellt.

B. Überblick

Dieser Beitrag stellt zunächst die Pflicht zur Einrichtung von Such- und Rettungsdiensten dar (**C.**). Anschließend werden die Pflicht zur Hilfeleistung im Falle der Seenot (**D. I.**) und die rechtlichen Anforderungen an eine Hilfeleistung im Idealfall der Rettung (**D. II.**) herausgestellt. Gegenstand genauerer Untersuchung soll dabei sein, ob die Erfüllung dieser Pflicht auch die Ausschiffung der Geretteten an dem nächsten befahrenen Hafen voraussetzt (**D. II. 3. b**). Innerhalb des persönlichen Bereiches einer Pflicht zur bzw. eines Rechtes auf Ausschiffung wird zwischen in Seenot Geratenen und geretteten Flüchtlingen differenziert, um den mit einer Aufnahme an Land potentiell einhergehenden flüchtlingsrechtlichen Verpflichtungen Rechnung tragen zu können (**D. II. 3. b** bb)). Diesbezüglich wird das Seevölkerrecht in Verbindung mit anderen Rechtsgebieten, wie dem Flüchtlingsrecht, den internationalen Menschenrechten sowie dem allgemeinen Völkerrecht gelesen.

C. Die Pflicht zur Einrichtung von Such- und Rettungsdiensten

I. Rechtliche Grundlage

Um das Risiko von Todesfällen auf See zu vermindern, obliegt es den Staaten, Such- und Rettungsdienste zur Koordination und Durchführung von Seenotrettungen einzurichten. Erstmals normiert wurde diese Pflicht in Art. 12 des Internationalen Übereinkommens über die Hohe See 1958. Später entwickelte Konventionen im Bereich der Seenotrettung stipulieren ebenfalls eine Pflicht, angemessene und wirksame Such- und Rettungsdienste einzurichten,

⁹ Schiff rettet 60 Flüchtlinge – Italien und Malta lehnen Aufnahme ab, Welt.de, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/ausland/article178539128/Mittelmeer-Schiff-rettet-60-Fluechtlinge-Italien-und-Malta-lehnen-Aufnahme-ab.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁰ *Ebd.*

¹¹ Dazu etwa sueddeutsche.de, „Sea Watch 3“-Kapitänin Rackete festgenommen, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/sea-watch-rakete-lampedusa-1.4504697> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

darunter auch Art. 98 Abs. 2 des Seerechtsübereinkommens der Vereinten Nationen^{12,13}

II. Umfang der Pflicht

Die territoriale Ausweitung der Pflicht unterscheidet sich innerhalb der verschiedenen internationalen Konventionen: Das Internationale Übereinkommen von 1974 zum Schutz des menschlichen Lebens auf See¹⁴ etwa erlegt die Pflicht den (Vertrags-)Staaten entlang ihrer Küsten auf.¹⁵ Unter dem Internationalen Übereinkommen von 1979 über den Such- und Rettungsdienst auf See¹⁶ obliegt die Einrichtung den Staaten innerhalb von ihnen (durch Übereinkommen mit anderen Staaten) designierten Such- und Rettungsgebieten.¹⁷ Bezüglich Art. 98 Abs. 2 UNCLOS 1982 ergibt sich aus der Systematik des Abkommens, dass die Pflicht keine Anwendung im Küstenmeer, sondern nur auf Hoher See und der ausschließlichen Wirtschaftszone, findet: Art. 58 Abs. 2 des Abkommens erweitert den Anwendungsbereich des im Abschnitt über die Hohe See befindlichen Art. 98 lediglich auf die ausschließliche Wirtschaftszone. Dieser Umstand ist aber als ungeplante Regelungslücke anzusehen.¹⁸ Umgekehrt verhält es sich für die in SAR 1979 normierte Pflicht: Hier ist die territoriale Anwendung der Pflicht nicht auf den Bereich des Küstenmeeres beschränkt, sondern geht vielmehr auch darüber hinaus.¹⁹ Damit kann sich ein Staat nicht auf die Unanwendbarkeit der Normen in einem bestimmten Bereich der See berufen, um die Einrichtung von Seenotrettungsdiensten zu vermeiden. In territorialer Hinsicht ist auch

¹² United Nations Convention on the Law of the Sea, 10.12.1982, 1833 U.N.T.S. 3 (im Folgenden: UNCLOS 1982).

¹³ Siehe auch Annex International Convention for the Safety of Life at Sea, 1.11.1974, 1184 U.N.T.S. 278 (in geänderter Fassung zum 1.7.2014, abgedruckt in IMO, SOLAS Consolidated Version 2014, 6. Aufl. 2014 (im Folgenden: SOLAS 1974)), Kap. V Regelung 7(1) sowie Annex International Convention on Maritime Search and Rescue, 27.4.1979, 1405 U.N.T.S. 119 (geändert durch Entschließung des Schiffssicherheitsausschusses der IMO vom 18.5.1998 [MSC.70(69)] sowie vom 20.5.2004 [MSC.155(78)]) (im Folgenden: SAR 1979), Paragraph 2.1.1.

¹⁴ SOLAS 1974.

¹⁵ Vgl. Annex SOLAS 1974, Kap. V Regelung 7(1).

¹⁶ SAR 1979.

¹⁷ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraphen 2.1.3, 2.1.4 und 2.1.5.

¹⁸ Barnes, *Refugee Law at Sea*, ICLQ 2004, 47 (52); Oxman, *Human Rights and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, CJTL 1997, 399 (414); ähnlich Proelß, *Rescue at Sea Revisited: What Obligations exist towards Refugees?*, SIMPLY 2008, 1 (12).

¹⁹ Pallis, *Obligations of States towards Asylum Seekers at Sea: Interactions and Conflicts Between Legal Regimes*, IJRL 2002, 329 (335); Weinzierl/Lisson, *Grenzschutz und Menschenrechte – Eine europarechtliche und seerechtliche Studie*, 2007, S. 36; vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.7.

anzumerken, dass die einzurichtenden Zonen unabhängig von zwischenstaatlichen Grenzen sind.²⁰

Die Nutzung der eingerichteten Dienste für Patrouillen ist kein sachlicher Bestandteil der Pflicht.²¹ Die Staaten²² kommen ihren Verpflichtungen also schon durch die Einrichtung der Dienste nach. Erst, wenn bei den Rettungsdiensten Informationen zu einer Seenotlage eintreffen, konkretisiert sich die Pflicht der Staaten zu einer Pflicht zur Hilfeleistung.²³

III. Staatliche Kooperation bei Seenotrettungen unter SAR 1979

Während SAR 1979 die Einrichtung von den soeben bereits erwähnten Such- und Rettungsgebieten und die Kooperation der Vertragsstaaten vorsieht, ist nicht von vornherein klar, in welcher Form die Staaten zu kooperieren haben. Auch stellt sich dabei die Frage, ob sich die Zuständigkeit eines Staates zur Seenotrettung auf das ihm zugeordnete Such- und Rettungsgebiet beschränkt.

Es bedarf dabei der vorangehenden und grundsätzlichen Feststellung, dass die Staaten unter SAR 1979 auf der gesamten See dazu verpflichtet sind, eine Hilfeleistung in Seenotsituationen zu gewährleisten.²⁴ Gleichzeitig kann nicht jeder Staat für die gesamte See zuständig sein, dies alleine schon aus Zweckmäßigkeitserwägungen. Nach dem Konzept von SAR 1979 obliegt der Empfang von Notsignalen, der Kontakt zu anderen Such- und Rettungsdiensten und die Durchführung von Rettungen vielmehr zuvorderst dem Such- und Rettungsdienst, in dessen Zone die Seenotsituation eintritt.²⁵ Ebenfalls ist primär der örtlich zuständige Such- und Rettungsdienst dafür verantwortlich, einen sicheren Ort zur Verbringung der Geretteten bereit- bzw. sicherzustellen.²⁶ Bemerkenswert ist, dass lediglich von einer primären Verantwortlichkeit²⁷ ausgegangen wird, womit keine Exklusivität der Zuständigkeit in einem Such- und Rettungsgebiet vorliegt. Umgekehrt ist daraus nicht zu folgern, dass der staatliche Rettungsdienst lediglich innerhalb seiner Zone retten muss: SAR 1979

²⁰ Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.7.

²¹ Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.7.

²² 168 Parteien im Falle der UNCLOS 1982, 167 Parteien im Falle von SOLAS 1974 und 113 Parteien im Falle von SAR 1979.

²³ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.1.

²⁴ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.10; *Rab*, Asylsuchende und Migranten auf See – Staatliche Pflichten und Rechte aus völkerrechtlicher Sicht, 2008, S. 109.

²⁵ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraphen 2.3.2 und 2.1.1; *Weinzierl/Lisson* (Fn. 19), S. 36; *Rab* (Fn. 24), S. 118.

²⁶ IMO MSC 79/22/6, Rn. 18, in dem gleichzeitig klargestellt wird, dass daraus keine Pflicht zur Ausschiffung folgt; vgl. dazu auch *Rab* (Fn. 24), S. 118.

²⁷ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 3.1.9, der ebenfalls alleine von einer primären Verantwortlichkeit spricht.

sieht vor, dass die Vertragsparteien ihre jeweiligen Dienste und, wenn nötig, konkrete Such- und Rettungsoperationen koordinieren.²⁸ In Seenotsituationen, die ihren Ursprung in einem Seeunfall haben, fordert das Abkommen von den Staaten weiter, den Rettungsdiensten anderer Staaten Einfahrt in ihr Küstenmeer oder Landterritorium zu gestatten²⁹ und Vereinbarungen mit Nachbarstaaten über die effiziente Durchführung solcher Einfahrten zu treffen.³⁰ Gleichzeitig haben die Staaten dafür Sorge zu tragen, dass ihre Rettungsdienste anderen Diensten auf Anfrage Beihilfe leisten.³¹

Damit ist für die Zuständigkeit der Vertragsstaaten bzw. der von ihnen eingerichteten Dienste festzuhalten, dass zwar primär die gebietsangehörigen Rettungsdienste eine Rettung koordinieren müssen. Indes werden Staaten in fremden Such- und Rettungsgebieten nicht alleine durch die Existenz anderer Dienste von ihrer (im Folgenden darzustellenden) Pflicht zur Hilfeleistung frei.

D. Die Pflicht zur Hilfeleistung

I. Das Bestehen einer Pflicht zur Hilfeleistung

1. Rechtliche Grundlage

Die in seemännischer Tradition wurzelnde³² Pflicht zur Hilfeleistung für in Seenot geratene Menschen ist fest verankerter Grundsatz des Seevölkerrechts³³ sowie Gegenstand des Völkergewohnheitsrechts³⁴. Auch UNCLOS 1982 verpflichtet in Art. 98 Abs. 1 die Vertragsstaaten, von unter ihrer Flagge

²⁸ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 3.1.1.

²⁹ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 3.1.2.; man beachte jedoch, dass dies keine bindende Vorschrift darstellt (*“should”*, zur Bedeutung vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 1.2) und auf solche Fälle beschränkt ist, in denen nicht ein spezielles Abkommen der jeweiligen Staaten entgegensteht.

³⁰ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 3.1.5; ebenfalls nicht bindend.

³¹ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 3.1.7.

³² *Nandan/Rosenne/Grandy*, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 III, Rn. 98.1; *Barnes* (Fn. 18), S. 49; UNHCR, Background note on the protection of asylum seekers and refugees rescued at sea, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f35e94/background-note-protection-asylum-seekers-refugees-rescued-sea.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019), S. 2 (in Fn. 4).

³³ *Ebd.*; *Proelß* (Fn. 18), S. 8; *Goodwin-Gill/McAdam*, The Refugee in International Law, 3. Aufl. 2007, S. 278.

³⁴ *Barnes* (Fn. 18), S. 49; UNHCR (Fn. 32), S. 2 (in Fn. 1); *Weinzierl/Lisson* (Fn. 19), S. 37; *Proelß* (Fn. 18), S. 9; *Pallis* (Fn. 19), S. 334; *Rab* (Fn. 24), S. 100.

fahrenden Kapitänen³⁵ eine Hilfeleistung im Falle von Seenot zu verlangen.³⁶ Ausdrücklich an Kapitäne gerichtete Verpflichtungen zur Hilfeleistung kennt das Seevölkerrecht ebenso.³⁷

2. Persönlicher Pflichtbereich

a) Objekte der Rettung

Die Pflicht zur Hilfeleistung besteht zunächst gegenüber Personen in Seenot³⁸. Eine Besonderheit dieses Tatbestandes liegt in der Unerheblichkeit³⁹ jeglicher Eigenschaften der Person in Seenot. So statuiert etwa Art. 11 des Übereinkommens zur einheitlichen Feststellung von Regeln über die Hilfeleistung und Bergung auf Seenot⁴⁰ ausdrücklich selbst gegenüber Feinden eine Pflicht zur Hilfeleistung. Darüber hinaus ist die Unerheblichkeit der persönlichen Eigenschaften sowie der Umstände, in denen die Personen gefunden werden, auch in moderneren seevölkerrechtlichen Abkommen vorgeschrieben.⁴¹ Weiter beschränkt sich auch die Anwendbarkeit von Art. 98 Abs. 1 UNCLOS 1982 nicht auf eine bestimmte Gruppe in Seenot Geratener.⁴² Gerade im Hinblick auf die Rettung von Asylsuchenden ist in der Vergangenheit mehrfach betont worden, dass die Pflicht zur Hilfeleistung gegenüber jeder Person besteht: In seinem Bericht über die 36. Sitzungsperiode bekräftigte das Executive Committee of the Programme of the United Nations High

³⁵ Die Wahl des männlichen grammatikalischen Geschlechts erfolgt hier aus Gründen der Lesbarkeit in Form des generischen Maskulinums und gilt ungeachtet des Geschlechts der Person.

³⁶ So auch schon enthalten in ILC Draft Articles concerning the Law of the Sea 1956, U.N. Doc. A/3159, Art. 36, im zugehörigen Kommentar als existierendes Völkerrecht bezeichnet; siehe auch Convention on the High Seas, 29.4.1958, 450 U.N.T.S. 11, Art. 11 sowie Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.10.

³⁷ Brussels Convention for the Unification of Certain Rules of Law with Respect to Collision Between Vessels, 23.10.1910, 1913 UK Treaty Series 4, Cd. 6677 (im Folgenden: BCC 1910), Art. 8; Brussels Convention for the Unification of Certain Rules of Law with Respect to Assistance and Salvage at Sea, 23.10.1910, 1913 UK Treaty Series 4, Cd. 6677 (im Folgenden: CASS 1910), Art. 11; Annex SOLAS 1974, Kap. V Regelung 33(1); International Convention on Salvage, 28.4.1989, 1996 UK Treaty Series 93, Cm. 3458, Art. 10.

³⁸ Zur näheren Auseinandersetzung mit diesem Begriff siehe unten **D. I. 4. a)**.

³⁹ Barnes (Fn. 18), S. 50; Weinzierl/Lisson (Fn. 19), S. 38; Proelß (Fn. 18), S. 11; Rosaeg, Refugees as rescuees – the Tampa problem, SIMPLY 2002, 43 (54).

⁴⁰ CASS 1910.

⁴¹ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.10 sowie Annex SOLAS 1974, Kap. V Regelung 33(1).

⁴² Nandan/Rosenne/Grandy (Fn. 32), Rn. 98.11(b).

Commissioner for Refugees „die fundamentale völkerrechtliche Pflicht der Kapitäne, alle Personen in Seenot, inklusive Asylsuchende, zu retten“⁴³.

b) *Pflichtadressat*

Auf der Seite der Verpflichteten ist unklar, welchem Akteur welches Handeln genau obliegt: Einschlägige Normierungen der Pflicht zur Hilfeleistung richten sich an Kapitäne, nicht an Staaten.⁴⁴ Ausdrücklich an Staaten adressiert ist alleine die Pflicht zur Sicherstellung der Rettung durch Kapitäne, die unter des Staates Flagge fahren.⁴⁵ Dies bedeutet, dass die Staaten keine Adressaten der Pflicht zur Hilfeleistung selbst sind: Während Kapitäne die Pflicht trifft, in Notsituationen tatsächlich Hilfe zu leisten, obliegt es den Staaten lediglich, diese Pflicht den Kapitänen aufzuerlegen, und zwar durch nationale legislative Umsetzung. Die Staaten erfüllen folglich die an sie durch das Seevölkerrecht gestellten Forderungen durch den Erlass von Gesetzen, die eine erneute Pflicht zur Hilfeleistung durch die Kapitäne statuieren. Es ergibt sich damit eine doppelte Verpflichtung der Kapitäne, einerseits eine aus dem Seevölkerrecht und andererseits eine aus den nationalen Gesetzgebungen. Aus den Normen, die an die (Vertrags- bzw. Flaggen-) Staaten adressiert sind, entstehen jedoch keinerlei direkte Verpflichtungen der Kapitäne.⁴⁶

⁴³ Im Original: *“the fundamental obligation under international law for shipmasters to rescue all persons, including asylum-seekers, in distress at sea”*, Report of the Executive Committee of the Programme of the United Nations High Commissioner for Refugees on the work of its thirty-sixth session, U.N. Doc. A/40/12/Add.1, Paragraph 115(3), S. 32; vgl. auch die Resolution C 54/17(d) des Rates der Internationalen Schifffahrts-Organisation (IMO): *“[calling on] Governments, organizations and shipowners concerned to intensify their efforts in ensuring that necessary assistance is provided to any person in distress at sea”*, Übersetzung des Verfassers: „Betroffene Regierungen, Organisationen und Schiffsbesitzer anrufend, ihre Bemühungen zur Sicherstellung notwendiger Hilfeleistung für jegliche Personen in Seenot zu verstärken“.

⁴⁴ Vgl. Artikel 8 BCC 1910; Artikel 11 CASS 1910; Kap. V Regelung 33(1) Annex SOLAS 1974; Artikel 10 ICS 1989; zur allerdings grundsätzlich mangelnden bzw. partiellen Völkerrechtssubjektivität von Individuen vgl. v. *Gadow-Stephani*, Der Zugang zu Nothäfen und sonstigen Notliegeplätzen für Schiffe in Seenot, 2005, S. 26 ff. sowie zur völkerrechtlichen Pflichtenträgerschaft von Individuen *Ipsen*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, S. 370 ff.

⁴⁵ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.10 und UNCLOS 1982, Art. 98(1).

⁴⁶ *Pallis* (Fn. 19), S. 332; *Barnes* (Fn. 18), S. 54; *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts, The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary, Einführung zu Art. 11 Rn. 24, S. 824; *Proelß* (Fn. 18), S. 10; anders wohl *Weinzjerl/Lisson* (Fn. 19), S. 37.

3. Örtlicher Pflichtbereich

Die Pflicht, in Seenot geratenen Menschen Hilfe zu leisten, erstreckt sich nicht nur auf jede Person in Seenot, sondern in örtlicher Hinsicht auch auf die gesamte See.⁴⁷ Dies ergibt sich aus dem uneingeschränkten Wortlaut (*“persons in distress at sea“*⁴⁸) der Normierungen der Pflicht.⁴⁹ Im Rahmen von UNCLOS 1982 könnte diesem Schluss die Tatsache entgegenstehen, dass der Anwendungsbereich von Art. 98 UNCLOS 1982 systematisch auf die Hohe See und die ausschließliche Wirtschaftszone beschränkt ist.⁵⁰ Jedoch stellt Art. 18 Abs. 2 UNCLOS 1982 klar, dass ein Schiff, das von seinem Recht der friedlichen Durchfahrt⁵¹ Gebrauch macht, zur Rettung für Personen in Seenot anhalten und Anker werfen darf.⁵² Art. 18 Abs. 2 UNCLOS 1982 stellt damit eine Ausnahme zu dem Grundsatz, dass die friedliche Durchfahrt durch fremdes Küstenmeer ohne Unterbrechung und zügig⁵³ erfolgen muss, dar. Vor diesem Hintergrund ist Art. 98 UNCLOS 1982 auch auf das Küstenmeer anwendbar.⁵⁴ Daneben ergibt sich die Anwendbarkeit von Art. 98 UNCLOS 1982 auch im Küstenmeer aus einer teleologischen Auslegung der Norm.⁵⁵ In territorialer Hinsicht ist folglich stets, auch im Küstenmeer, Hilfe zu leisten.

4. Sachlicher Pflichtbereich

a) Begriff der Seenot

Eine Pflicht zur Hilfeleistung setzt nach den oben dargelegten Regelungen des Seevölkerrechts die Situation des *distress at sea*, also der Seenot, voraus. Das

⁴⁷ Nandan/Rosenne/Grandy (Fn. 32), Rn. 98.11(g); Pallis (Fn. 19), S. 338; Barnes (Fn. 18), S. 52; Proelß (Fn. 18), S. 12.

⁴⁸ Vgl. nur Convention on the High Seas (Fn. 34), Art. 12, Annex SAR 1979, Paragraph 2.1.10; ebenfalls keine Einschränkung in UNCLOS 1982, Art. 98(1): *“any person found at sea”* oder *“persons in distress”* sowie in ILC Draft Articles 1956 (Fn. 34), Art. 36: *„any person found at sea“*.

⁴⁹ Proelß (Fn. 18), S. 12.

⁵⁰ Vgl. UNCLOS 1982, Art. 58(2) und 86, siehe dazu schon oben **C. II.**; keinerlei Einschränkung in Paragraph 2.1.10 Annex SAR 1979 und Kap. V Regelung 33(1) Annex SOLAS 1974.

⁵¹ Dazu generell Tanaka, in: Rothwell/Elferink/Scott/Stephens, The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 2015, 536 (539 ff.) und Hakapää, Innocent Passage, in: Wolfrum, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2013.

⁵² Nandan/Rosenne/Grandy (Fn. 32), Rn. 98.11(g).

⁵³ Englisch: *continuous and expeditious passage*; siehe etwa Tanaka, in: Rothwell/Elferink/Scott/Stephens (Fn. 51), S. 541; Hakapää (Fn. 51), Paragraph 6.

⁵⁴ Siehe oben Fn. 14.

⁵⁵ Eingehend Pallis (Fn. 19), S. 335 ff.; siehe auch Oxman (Fn. 18), S. 414, der anmerkt, eine Nicht-Anwendung der Pflicht zur Hilfeleistung im Küstenmeer aus Souveränitätsüberlegungen heraus stelle eine „perverse Beleidigung“ eines jeden rationalen Konzepts der Territorialhoheit dar.

Merriam-Webster-Wörterbuch definiert den Begriff *distress* als “*a state of danger or desperate need*”⁵⁶. SAR 1979 als seevölkerrechtliche Norm verlangt darüber hinaus eine höhere Intensität der Gefahrenlage.⁵⁷ Dementsprechend setzen auch andere leitbildende Definitionen eine schwerwiegende Gefahrenlage voraus.⁵⁸ Ob für die Annahme der Seenot eines Schiffes jedoch eine Lebensgefahr für die Personen an Bord eine zwingende Voraussetzung darstellt,⁵⁹ oder ob vielmehr die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeeinträchtigung genügt,⁶⁰ ist umstritten. Es findet sich zwar keine ausdrücklich normierte Einschränkung des Tatbestandes der Seenot auf Lebensgefahren. Weiter spricht auch der humanitäre Kern⁶¹ der Pflicht zur Hilfeleistung für die Inklusion von Gesundheitsgefährdungen. Jedoch ist Schiffen in Seenot nicht nur Hilfe zu leisten, sondern ein Zugang zu einem Nothafen⁶² einzuräumen. Hinsichtlich des damit einhergehenden gravierenden Eingriffes in die territoriale Souveränität des

⁵⁶ *Merriam-Webster*, Distress, abrufbar unter: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/distress> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019), Definition 3; Übersetzung des Verfassers: Eine Gefahrenlage oder eine Lage der verzweifelten Notwendigkeit.

⁵⁷ Vgl. Annex SAR 1979, Paragraph 1.3.13: “*A situation wherein there is a reasonable certainty that a vessel or a person is threatened by grave and imminent danger and requires immediate assistance*”, Offizielle Übersetzung in BGBl. 1999 II, S. 1066 (1069): „Eine Lage, in der angenommen werden muss, dass eine Person, ein Schiff oder ein anderes Fahrzeug durch eine ernste und unmittelbare Gefahr bedroht ist und sofortiger Hilfe bedarf“.

⁵⁸ Vgl. *France-New Zealand Arbitration Tribunal*, Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair (New Zealand v. France), Judgment of 30 April 1990, 10 R.I.A.A. 215, Rn. 79, S. 255; ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, U.N. Doc. A/56/10, Art. 23 Kommentar Rn. 6; für eine umfassende Zusammenstellung von Definitionsversuchen siehe *v. Gadow-Stephani* (Fn. 44), S. 213 ff.

⁵⁹ So etwa *Churchill/Lowe*, *The Law of the Sea*, 3. Aufl. 1999, S. 63; *v. Gadow-Stephani* (Fn. 44), S. 225, 267 f.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 274; *Tanaka*, *The International Law of the Sea*, 2. Aufl. 2015, S. 81 f.; wohl auch die *International Law Commission*, vgl. ILC Draft Articles 2001 (Fn. 58), Art. 24 Kommentar Rn. 6, anders noch Rn. 10 des Kommentars zu Art. 32 der ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 1979, U.N. Doc. A/34/10.

⁶⁰ So *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 12 f., S. 821; wohl auch *Barnes* (Fn. 18), S. 60.

⁶¹ *de Vattel*, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle: appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1753, S. 170; *Barnes* (Fn. 18), S. 1; *Proelß* (Fn. 18), S. 9.

⁶² *Churchill/Lowe* (Fn. 59), S. 63; *Rosaeg* (Fn. 39), S. 57; *Barnes* (Fn. 18), S. 58; *v. Gadow-Stephani* (Fn. 44), S. 327; *Proelß* (Fn. 18), S. 21.

Küstenstaates ist der Begriff der Seenot strikt auszulegen.⁶³ Somit ist ein Begriff der Seenot zu wählen, der die unmittelbar bevorstehende⁶⁴ Lebensgefahr von Personen an Bord als zwingendes Kriterium beinhaltet. Erst recht befinden sich Menschen über Bord dann in Seenot, wenn eine Lebensgefahr nicht ausgeschlossen werden kann. Im Übrigen scheidet die reine Gefährdung des Schiffes als solchen oder dessen Ladung als Basis für Seenot aus.⁶⁵

b) Ausschluss der Pflicht

Die Pflicht zur Hilfeleistung hat zwei tatbestandliche Grenzen.

aa) Gefahr für Schiff, Besatzung oder Passagiere

Bereits Art. 11 CASS 1910 und Art. 8 des Übereinkommens zur einheitlichen Feststellung von Regeln über den Zusammenstoß von Schiffen⁶⁶ regelten, dass der Kapitän des Schiffes nur dann Hilfe zu leisten hat, wenn er dadurch nicht eine ernste Gefahr für Schiff, Besatzung oder Passagiere schafft. Dieser Ausschlusstatbestand findet sich auch in den später entstandenen internationalen Abkommen⁶⁷, insbesondere auch in Art. 98 Abs. 1 UNCLOS 1982, wieder. Die Völkerrechtskommission hat dies außerdem – wenn auch nicht bindend – schon im Jahre 1956 für geltendes Völkerrecht befunden.⁶⁸

⁶³ *v. Gadon-Stephani* (Fn. 44), S. 267; *Tanaka* (Fn. 59), S. 82; anders wohl *Barnes* (Fn. 18), S. 60, der einen weiten Begriff der Seenot zulässt, jedoch auf weitere Voraussetzungen eines Zugangs zu Nothäfen hinweist.

⁶⁴ *v. Gadon-Stephani* (Fn. 44), S. 343; *Noyes*, *Ships in Distress*, in: Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2007, Paragraph 1; *Tanaka* (Fn. 59), S. 8 f.; anders *Komp*, in: *Moreno-Lax/Papastavridis, 'Boat Refugees' and Migrants at Sea: A Comprehensive Approach*, 2016, S. 222 (234 ff.), die argumentiert, es genüge auch, wenn die Gefahrenlage nicht unmittelbar bevorsteht, da es dann oftmals zu spät für eine Rettung sein wird.

⁶⁵ So im Ergebnis auch *Tanaka* (Fn. 59), S. 82; *Churchill/Lowe* (Fn. 59), S. 63; anders *v. Gadon-Stephani* (Fn. 44), S. 417 f., die die Gefährdung des Schiffes zwar als Seenot anerkennt, jedoch nicht mit den gleichen Rechtsfolgen wie bei der Gefährdung von Menschenleben verbindet; grundlegend anderer Ansicht *Bank*, in: *Zimmermann/Dörschner/Machts* (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 14, S. 822.

⁶⁶ BCC 1910.

⁶⁷ *Convention on the High Seas* (Fn. 36), Art. 12; *International Convention on Salvage 1989* (Fn. 37), Art. 10.

⁶⁸ ILC Draft Articles 1956 (Fn. 36), Art. 36 Kommentar; vgl. zum Ausschlusstatbestand auch *Bank*, in: *Zimmermann/Dörschner/Machts* (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 27 S. 825; *UNHCR* (Fn. 32), Rn. 6, S. 2.

bb) Vernünftigkeit⁶⁹

Werden die Personen in Seenot nicht gefunden, sondern reagiert der Kapitän auf ein Notsignal oder sonstige Informationen zu einer Seenot, stellt das Seevölkerrecht ihn von seiner Pflicht zur Hilfeleistung weiterhin frei, wenn ein Handeln von ihm nicht vernünftigerweise erwartet werden kann.⁷⁰ Dem Kapitän obliegt in einem solchen Fall eine Ermessensentscheidung, bei der von ihm alle relevanten Umstände⁷¹ der Seenotsituation in Betracht gezogen werden müssen.⁷²

5. Ergebnis zu I.

Im Ergebnis besteht eine Pflicht zur Hilfeleistung in Fällen der Seenot, wobei bei der Feststellung einer solchen eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für Menschenleben zu fordern ist. Gefährdungen von Schiffen als solchen oder deren Ladung genügen hingegen nicht als Grundlage für die Annahme einer Seenot. An die Personen in Seenot sind keine weiteren Voraussetzungen zu knüpfen, sie sind unabhängig von jeglichen persönlichen Eigenschaften von der Pflicht geschützt. Die Hilfeleistung müssen die Kapitäne, Flaggen- sowie Küstenstaaten sicherstellen. In örtlicher Hinsicht bestehen ebenfalls keine Einschränkungen, abgedeckt ist die ganze See. Ihre Schranken findet die Pflicht zur Hilfeleistung in ernststen Gefahren für Schiff, Besatzung oder Passagiere bzw. in der Unvernünftigkeit einer Reaktion auf Informationen zu einer Seenot.

II. Inhalt dieser Pflicht bzw. Voraussetzungen einer Rettung

Nachdem die Voraussetzungen des Bestehens einer Pflicht zur Hilfeleistung herausgearbeitet worden sind, verbleibt die Frage, wie eine solche Hilfeleistung inhaltlich tatsächlich auszugestalten ist. Paragraph 1.3.2 Annex SAR 1979 definiert den Begriff der Rettung und identifiziert drei Bestandteile einer erfolgreichen Rettung: die Bergung auf See,⁷³ die (medizinische) Erstversorgung an Bord⁷⁴ und die Verbringung an einen sicheren Ort⁷⁵. Es ist jedoch zu beachten, dass diese Definition grundsätzlich keinen bindenden Charakter hat und selbst Paragraph 2.1.10 den Begriff nicht den Begriff der Rettung, sondern

⁶⁹ Englisch: *reasonableness*.

⁷⁰ ILC Draft Articles 1956 (Fn. 36), Art. 36(b); Convention on the High Seas (Fn. 36), Art. 12; UNCLOS 1982, Art. 98 Abs. 1 lit. b.

⁷¹ Beispiele sind hierbei etwa die Anzahl von Menschen an Bord, die Ausstattung des Schiffes oder die Wetterverhältnisse.

⁷² *Nandan/Rosenne/Grandy* (Fn. 32), Rn. 98.11(c); *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 27, S. 825.

⁷³ Dazu unten **C. II. 1.**

⁷⁴ Dazu unten **C. II. 2.**

⁷⁵ Dazu unten **C. II. 3.**

den der *assistance*, also der Hilfeleistung, aufgreift.⁷⁶ Gleichzeitig ist unverkennbar, dass eine erfolgreiche Rettung den Idealfall und damit den Maßstab einer Hilfeleistung bilden muss.⁷⁷ Des Weiteren besteht der Kern der Pflicht zur Hilfeleistung darin, der Lebensgefahr der in Seenot Geratenen Abhilfe zu schaffen. Wie sogleich noch näher behandelt wird, dienen alle Bestandteile des Rettungsbegriffes diesem Zweck. Zuletzt kann man schwerlich eine Art der ernsthaften Hilfeleistung feststellen, bei der nicht diese Maßnahmen getroffen werden. Im Folgenden wird deshalb mit der aus Paragraph 1.3.2 des Annexes zu SAR 1979 folgenden Aufteilung gearbeitet.

1. Bergung auf See

Der erste Schritt der Seenotrettung ist die Bergung der in Seenot geratenen Menschen durch das rettende Schiff. Mit Aufnahme der Personen an Bord ist dieses Erfordernis der Rettung erfüllt.

2. Medizinische Erstversorgung und sonstige Bedürfnisse

Ein weiterer essentieller Bestandteil einer Rettung auf See ist die Versorgung der Geretteten an Bord.⁷⁸ Die Besatzung des rettenden Schiffes muss sowohl für die medizinische Erstversorgung als auch für eine Erfüllung sonstiger Bedürfnisse sorgen.⁷⁹ Eine einhellige Definition für ein solches sonstiges Bedürfnis existiert nicht. Sieht man die Rettung als konkrete Reaktion auf Seenot, die wiederum eine Lebensgefahr voraussetzt, kann man nur die lebensnotwendigen Bedürfnisse wie etwa den Schutz vor Verhungern, Verdursten oder Hypothermie unter den Pflichtbereich fallen lassen.⁸⁰ Dies wird auch dadurch bestätigt, dass nach dem Wortlaut von Paragraph 1.3.2 des Annexes zu SAR 1979 lediglich eine medizinische Erstversorgung, nicht jedoch eine umfassende medizinische Versorgung zu leisten ist.

3. Verbringung an einen sicheren Ort

Den Abschluss der Rettung von Personen in Seenot bildet die Verbringung an einen sicheren Ort.⁸¹ Welche Anforderungen an einen sicheren Ort zu stellen

⁷⁶ Proelß (Fn. 18), S. 16.

⁷⁷ Weinzierl/Lisson (Fn. 19), S. 38.

⁷⁸ Annex SAR 1979, Paragraph 1.3.2; Bank, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 28, S. 825; Weinzierl/Lisson (Fn. 19), S. 38.

⁷⁹ Ebd.

⁸⁰ So auch die IMO Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea, IMO Resolution MSC.167(78) (im Folgenden: IMO-Richtlinien), siehe dort Paragraph 6.12.

⁸¹ Vorgesehen in Annex SAR 1979, Paragraph 1.3.2 sowie in Annex SOLAS 1974, Kap. V Regelung 33(1-1); als Teil der Rettung anerkannt von der Europäischen Kommission (SEC (2007) 691, 2.3.2), dem Deutschen Institut für Menschenrechte

sind, ergibt sich nicht unmittelbar aus den einschlägigen Normen. Gleichzeitig findet sich keine völkergewohnheitsrechtliche Definition.⁸² Aus diesem Grund werden im Folgenden zunächst grundlegende Anforderungen an einen sicheren Ort identifiziert. Sodann wird behandelt, ob zwingender Teil der Verbringung an einen sicheren Ort die Ausschiffung der Geretteten ist.

a) Grundlegende Anforderungen an einen sicheren Ort

Zwar variieren die Erfordernisse für einen sicheren Ort von Fall zu Fall,⁸³ womit eine genaue Umschreibung eines *place of safety* anhand abstrakter Kriterien nicht gelingen wird.⁸⁴ Wie Paragraph 6.12 der unverbindlichen IMO-Richtlinien zum Umgang mit auf See Geretteten⁸⁵ klarstellt, ist *place of safety* jedoch nur ein solcher Ort, an dem die Rettungsaktion beendet werden kann. Dies wiederum setzt voraus, dass für die lebensnotwendigen Bedürfnisse wie Nahrung oder Unterkunft gesorgt ist und keine weitere Lebensgefahr für die Geretteten besteht.⁸⁶ Auch soll

(Weinzjerl/Lisson (Fn. 19), S. 38 ff.) und dem Schiffssicherheitsausschuss der IMO (MSC 79/22/6, Rn. 18); anders Proelß (Fn. 18), S. 18, 21, der aber – wohl entgegen den IMO-Richtlinien – die Pflicht zur Verbringung an einen sicheren Ort und eine Pflicht zur Verbringung an Land nicht als unabhängig voneinander, sondern vielmehr als korrespondierend erfasst.

⁸² UNHCR (Fn. 32), Rn. 11, S. 4.

⁸³ Vgl. Paragraph 6.15 IMO Richtlinien: “[...] *delivery to a place of safety should take into account the particular circumstances of the case. These circumstances may include factors such as the situation on board the assisting ship, on scene conditions, medical needs, and availability of transportation or other rescue units. Each case is unique, and selection of a place of safety may need to account for a variety of important factors*”, Übersetzung des Verfassers: „bei der Verbringung an einen sicheren Ort sollen die speziellen Umstände des Falles in Betracht gezogen werden. Diese Umstände können Faktoren wie die Situation an Bord des helfenden Schiffes, die Bedingungen vor Ort, medizinische Bedürfnisse, und die Verfügbarkeit von Transportmöglichkeiten und anderen Rettungseinheiten sein. Jeder Fall ist einzigartig und zur Auswahl eines sicheren Ortes kann die Berücksichtigung einer Vielfalt von wichtigen Faktoren erforderlich sein“; Für den Fall der Rettung von Flüchtlingen vgl. Paragraph 6.17 IMO Richtlinien, der aufgibt zu berücksichtigen, dass an dem Ort einer Ausschiffung keine Gefahr für die Leben oder Freiheiten derjenigen, die eine wohlbegründete Angst vor Verfolgung geltend machen, besteht.

⁸⁴ So statuiert auch Annex SAR 1974, Paragraph 3.1.6.4, dass Rettungszentren den am besten geeigneten Ort für eine Ausschiffung von Geretteten feststellen sollen: „*Each Party shall authorize its rescue co-ordination centres: [...] to make the necessary arrangements in co-operation with other RCCs to identify the most appropriate place(s) for disembarking persons found in distress at sea*“.

⁸⁵ IMO-Richtlinien; Aufgrund zahlreicher Verweise auf die Richtlinien im Annex SAR 1979, dort etwa Paragraph 2.1.2 oder 3.1.9, sind diese als Hilfsmittel zur Auslegung des Normtextes heranzuziehen.

⁸⁶ Paragraph 6.12 IMO-Richtlinien.

sich der Ort eignen, um weitere Vorkehrungen für den Transport der Geretteten an ihr nächstes Ziel treffen zu können.⁸⁷

Zumindest diese Voraussetzungen lassen sich durch eine teleologische Auslegung der bereits oben dargestellten, zur Hilfeleistung verpflichtenden Normen, bestätigen: Wenn das Ziel der Seenotrettung in der Befreiung von Menschen in Seenot aus einer lebensbedrohlichen Lage besteht, kann dieses Ziel nicht damit erreicht werden, die Geretteten an einem Ort zu belassen, an dem sie sich weiterhin in einer lebensbedrohlichen Lage befinden.⁸⁸ Die angeführten Anforderungen an den *place of safety* entfalten somit zwar keine direkte Bindungswirkung über die IMO-Richtlinien. Sie sind jedoch den völkerrechtlich bindenden Abkommen im Wege der Auslegung zu entnehmen und ihnen damit immanent. Die Verbringung an einen sicheren Ort und die Anforderungen an einen solchen entspringen letztlich dem Sinn und Zweck der Seenotrettung. Für Staaten, die nicht Vertragsparteien der die Pflicht zur Seenotrettung statuierenden Abkommen sind, gelten die Voraussetzungen an den sicheren Ort also ebenso.

b) Pflicht zur Ausschiffung

Fraglich und nicht abschließend geklärt ist, ob die Verbringung an einen sicheren Ort beinhaltet, die Geretteten auszuschiffen. Dabei muss zunächst festgestellt werden, dass kein einschlägiges Abkommen ausdrücklich eine entsprechende Pflicht statuiert.⁸⁹ Zwar scheinen die 2004 eingeführten Änderungen⁹⁰ von SOLAS 1974 und SAR 1979 *prima facie* eine Pflicht zur Ausschiffung zu schaffen. Bei näherer Betrachtung ergibt sich indes, dass die Normen lediglich eine Pflicht der Kooperation und Koordination statuieren, keine Pflicht zur tatsächlichen

⁸⁷ Paragraph 6.12 IMO-Richtlinien.

⁸⁸ So auch *Weinzjerl/Lisson* (Fn. 19), S. 38 f.

⁸⁹ *Weinzjerl/Lisson* (Fn. 19), S. 40 f.; *Proelß* (Fn. 18), S. 14 und S. 21; *Bank*, in: *Zimmermann/Dörschner/Machts* (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 31, S. 825.

⁹⁰ Einführung von den identischen Normen Kap. V Regelung 33(1-1) Annex SOLAS 1974 und Paragraph 3.1.9 Annex SAR 1979: „Parties shall co-ordinate and co-operate [...] so that survivors assisted are disembarked from the assisting ship and delivered to a place of safety, taking into account the particular circumstances of the case and guidelines developed by the Organization. In these cases, the relevant Parties shall arrange for such disembarkation to be effected as soon as reasonably practicable.“; Offizielle Übersetzung von Annex SAR 1989, Paragraph 3.1.9 in BGBl. 2007 II, S. 782 (785 f.): „Die Vertragsparteien sorgen für Koordinierung und Zusammenarbeit, [...] damit Überlebende, denen Hilfe geleistet wurde, von Bord des Hilfe leistenden Schiffes gehen können und an einen sicheren Ort gebracht werden, wobei die besonderen Umstände des Einzelfalls und die von der Organisation erarbeiteten Richtlinien zu berücksichtigen sind. In diesen Fällen sorgen die betreffenden Vertragsparteien dafür, dass die Ausschiffung so bald erfolgt, wie dies mit angemessenem Aufwand durchführbar ist.“.

Ausschiffung.⁹¹ Dass sich eine solche Pflicht auch ohne eine eindeutige Normierung herleiten lässt, ist alleine deswegen allerdings nicht ausgeschlossen.⁹² Zunächst stellt sich die Frage, ob sich nur ein an Land gelegener Ort eignet, die Geretteten dorthin zu verbringen, oder ob vielmehr auch ein Schiff *place of safety* sein kann (aa)). In letzterem Fall wäre eine generelle, sich aus jener Voraussetzung ergebende, Pflicht zur Ausschiffung der Personen abzulehnen.⁹³ Ebenfalls könnte sich eine Pflicht zur Ausschiffung aus Wechselwirkungen des Seevölkerrechts und der allgemeinen Menschenrechte ergeben (bb)). Des Weiteren ist zu klären, ob sich eine Pflicht zur Ausschiffung im Falle der Rettung von Flüchtlingen und Asylsuchenden vor dem Hintergrund flüchtlingsrechtlicher Verpflichtungen herleiten lässt bzw. ob sich eine entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Pflicht etabliert hat (cc)). Zuletzt soll behandelt werden, ob einer gegebenenfalls unerwünschten Verbringung an Land nicht in jedem Fall die territoriale Souveränität des Küstenstaates entgegensteht (dd)).

aa) Das Schiff als *place of safety*

Priorisiertes Merkmal des sicheren Ortes ist der Ausschluss einer Lebensgefahr für die geretteten Personen.⁹⁴ Daraus ist zu schließen, dass der Aufenthalt von Geretteten auf Schiffen, soweit eine Lebensgefährdung ausgeschlossen werden kann, grundsätzlich als sicher aufzufassen ist.⁹⁵ Bei näherer Betrachtung ist allerdings zwischen reinen Rettungsschiffen und Schiffen, die eine Rettung nur hilfsweise vornehmen, zu differenzieren.⁹⁶ So sind beispielsweise Handelsschiffe, die nur hilfsweise Personen in Seenot aufgenommen haben, oft nicht ausreichend ausgestattet, um eine Vielzahl von Personen adäquat zu versorgen, ohne das Schiff selbst zu gefährden.⁹⁷ Weiterhin müssen helfende Schiffe schnellstmöglich

⁹¹ *Weinzjerl/Lisson* (Fn. 19), S. 41; *Proelß* (Fn. 18), S. 21; *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 37, S. 827; *Rab* (Fn. 24), S. 124.

⁹² Vgl. nur *v. Brevern/Bopp*, Seenotrettung von Flüchtlingen, *ZaöRV* 62 (2002), 841 (842), von denen argumentiert wird, die Pflicht zur Ausschiffung sei in der Rettungspflicht von Kapitänen und Staaten enthalten, da sie offensichtlicher Teil einer Rettung ist.

⁹³ Eine solche Pflicht ablehnend: *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 31, S. 825; *Rosaeg* (Fn. 39), S. 66; *Barnes* (Fn. 18), S. 63; *Proelß* (Fn. 18), S. 35.

⁹⁴ Siehe oben **D. II. 3. a)**.

⁹⁵ Anders handhabt dies die Europäische Agentur für die Grenz- und Küstenwache (Frontex): Art. 10 der Verordnung Nr. 656/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 schreibt eine Ausschiffung vor, deren Ort von der jeweiligen Situation abhängig ist.

⁹⁶ Vgl. Paragraphen 6.13 und 6.14 IMO Richtlinien; *Rab* (Fn. 24), S. 127.

⁹⁷ Paragraph 6.13 IMO-Richtlinien; *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 34, S. 826; *Rab* (Fn. 24), S. 127.

von ihren Verpflichtungen befreit werden, um eine ungestörte Weiterfahrt zu gewährleisten.⁹⁸ Anders stellt sich dies für Rettungsschiffe dar: Die IMO erkennt Rettungseinheiten und andere geeignete Einrichtungen als *place of safety* an – dies zumindest vorübergehend.⁹⁹ Dies überzeugt, da der Hauptzweck der Seenotrettung darin besteht, die Gefahr für Menschenleben zu bannen. Somit kann die Voraussetzung der *delivery to a place of safety* auch dadurch erfüllt werden, dass die Geretteten auf ein Rettungsschiff oder ähnliche geeignete Einrichtungen verbracht werden.¹⁰⁰ Alleine aus der seevölkerrechtlichen Voraussetzung der Verbringung an einen sicheren Ort lässt sich folglich keine generelle Pflicht zur Ausschiffung von Geretteten an Land herleiten.

bb) Implikationen der allgemeinen Menschenrechte

Der Küstenstaat ist jedoch nicht nur an das Seevölkerrecht, sondern auch an das übrige Völkerrecht gebunden. Dies beinhaltet auch die Normen zu den allgemeinen Menschenrechten. Fraglich ist, ob die Auswirkungen der Menschenrechte auf das Seevölkerrecht eine Pflicht zur Ausschiffung begründen können. Es existiert zwar kein Menschenrecht auf Ausschiffung.¹⁰¹ In Betracht kommt aber eine Verletzung des sowohl vertragsrechtlichen¹⁰² als auch völkergewohnheitsrechtlichen¹⁰³ Verbots der Folter oder der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe. Aus diesem Verbot ließe sich jedoch nur eine Pflicht zur Ausschiffung von Geretteten herleiten, wenn jegliches Alternativverhalten zu einer Ausschiffung der Folter oder der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung gleichgestellt werden könnte.¹⁰⁴ Wie soeben gesehen, steht es dem Küstenstaat allerdings offen, gerettete Menschen vorübergehend auf einem staatlichen

⁹⁸ *Ebd.*; Annex SAR 1979, Paragraph 3.1.9; Annex SOLAS 1974, Kap. V Regelung 33(1-1).

⁹⁹ Paragraph 6.14 IMO-Richtlinien.

¹⁰⁰ So im Ergebnis auch *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 39, S. 827 f.; siehe beispielsweise die Pläne des italienischen Innenministeriums, die Versorgung und Überprüfung von Geretteten auf schwimmende Einrichtungen zu verlagern, Nachweis bei *Ginffré*, in: Moreno-Lax/Papastavridis (Fn. 64), S. 248 (265 f.).

¹⁰¹ *Rosaeg* (Fn. 39), S. 75; *Rab* (Fn. 24), S. 216.

¹⁰² Siehe etwa Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4.11.1950, BGBl. 1952, 685, berichtet 953, Art. 3, United Nations Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 10.12.1984, 1465 U.N.T.S. 85, Art. 3 und International Covenant on Civil and Political Rights, 16.12.1966, 999 U.N.T.S. 171, Art. 7.

¹⁰³ *Lauterpacht/Bethlehem*, in: Feller/Türk/Nicholson: Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, 87 (154), Paragraphen 226 ff. m. w. N.

¹⁰⁴ *Rab* (Fn. 24), S. 216, 223.

Rettungsschiff zu belassen. Dieses Vorgehen erreicht regelmäßig auch nicht die Schwelle der Folter oder der grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung.¹⁰⁵ Damit ergibt sich aus menschenrechtlicher Perspektive ebenfalls keine pauschale Pflicht zur Ausschiffung von Geretteten.

cc) Pflicht zur Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen und Asylsuchenden?

Im spezielleren Fall der Rettung von Flüchtlingen oder Asylsuchenden ist die Herleitung einer solchen Pflicht aufgrund der in diesem Kontext zu beachtenden Werteentscheidungen des Flüchtlingsrechts jedoch nicht ausgeschlossen.

(1) Problemstellung

Die Problematik dieses Falles liegt in den stark divergierenden Interessen der Beteiligten, namentlich der Staaten und der Geretteten, die in einen sachgerechten Ausgleich gebracht werden müssen. Das Grundproblem wird von *Barnes* treffend beschrieben:

“[...] coastal States are more open to accept those less in need of refuge in the certain knowledge that they can easily be repatriated, whereas those most in need of refuge will be spurned as a potential burden.”¹⁰⁶

So fürchten die Staaten zunächst – und dies hinsichtlich des stetig zunehmenden Menschenschmuggels über See¹⁰⁷ wohl zurecht – die illegale Einwanderung unter dem Deckmantel des Asyls. Wie der in der Einleitung behandelte Fall der *Lifeline* zeigt, liegt es weiter im Interesse der Staaten, keine zu große organisatorische, politische oder finanzielle Bürde auf sich zu nehmen, indem eine zu hohe Anzahl an Flüchtlingen ein Recht auf Asyl geltend macht.¹⁰⁸ Im europäischen Kontext wird dies dadurch verschärft, dass nach Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 (Dublin-III-VO) der Mitgliedstaat, dessen Grenzen von dem Flüchtling illegal überschritten worden ist, für die Bearbeitung des entsprechenden Asylantrages zuständig ist. Rechtliches Gegenstück zu diesen Staatsanliegen und oft

¹⁰⁵ *Ebd.*, S. 223 auf Extremfälle beschränkend.

¹⁰⁶ *Barnes* (Fn. 18), S. 49; Übersetzung des Verfassers: „[...] Küstenstaaten sind eher gewillt, diejenigen aufzunehmen, die der Zuflucht weniger bedürfen, im sicheren Wissen darauf, dass jene einfach repatriert werden können, während diejenigen, die am dringendsten Zuflucht benötigen, als potentielle Belastung verschmäht werden.“; vgl. auch *Weinzierl/Lisson* (Fn. 19), S. 41 sowie *Proelß* (Fn. 18), S. 15.

¹⁰⁷ Vgl. *Oceans and the Law of the Sea: Report of the Secretary General*, U.N. Doc. A/56/58/Add.1, Rn. 67.

¹⁰⁸ Vgl. *Convention relating to the Status of Refugees*, 28.7.1951, 189 U.N.T.S. 137 (im Folgenden: *Genfer Flüchtlingskonvention* 1951), Präambel, vierte Erwägung.

angeführte¹⁰⁹ Rechtfertigung der Verhinderung der Einfahrt von Schiffen, die Flüchtlinge transportieren, stellt die nahezu uneingeschränkte Souveränität¹¹⁰ des Küstenstaates im Küstenmeer dar. Auf der anderen Seite steht außer Frage, dass die geretteten Asylsuchenden nicht nur schnellstmöglich der Verfolgung oder den Auswirkungen von Krieg und Terror entfliehen, sondern auch wohlbehalten an einen sicheren Ort gebracht werden wollen.¹¹¹ Im Folgenden wird untersucht, ob der sachgerechte Ausgleich dieser Interessenlagen in einer Pflicht zur Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen zu sehen ist. Dabei wird zunächst das flüchtlingsrechtliche Prinzip des *non-refoulement*¹¹² mit dem Seevölkerrecht in Verbindung gesetzt und die sich daraus ergebenden Notwendigkeiten erkannt. Außerdem wird die Existenz von Völkergewohnheitsrecht im Bereich der Rettung von Flüchtlingen überprüft.

(2) Das Prinzip des *non-refoulement* und seine Auswirkungen auf die Pflicht zur Rettung

Bei der Behandlung der Seenotrettung von Flüchtlingen kann sich eine Prüfung nicht auf das Seevölkerrecht beschränken. Vielmehr muss aufgrund möglicher Wechselwirkungen auch den Wertungen des Flüchtlingsrechtes Beachtung geschenkt werden. Auch der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen sieht die Analyse der Schnittstelle von Seevölker- und Flüchtlingsrecht als entscheidend für die Bestimmung von rechtlichen Lösungen im Gebiet der Rettung von Flüchtlingen sowie Asylsuchenden an.¹¹³ Dabei liegt die wichtigste Schnittstelle im flüchtlingsrechtlichen Prinzip des *non-refoulement*.¹¹⁴

(a) Grundlegendes zum *non-refoulement*

Art. 33 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 statuiert das Verbot, einen Flüchtling oder einen Asylsuchenden dorthin auszuweisen, wo sein Leben oder seine Freiheit aufgrund seiner Rasse, Religion, Nationalität, Angehörigkeit

¹⁰⁹ Vgl. die in der Einleitung beschriebene Fälle der *Lifeline* und der *Open Arms*; zu dem prominenten Beispiel der *Tampa* etwa *Rosaeg* (Fn. 39), S. 47 ff.

¹¹⁰ Dazu etwa *Jessup*, Territorial Waters and Maritime Jurisdiction, 1927, S. 115 ff.; *Churchill/Lowe* (Fn. 57), S. 71 ff.; *Tanaka* (Fn. 59), S. 84 ff.

¹¹¹ Bis Ende des Jahres 2016 sind ca. 65,6 Millionen Menschen zur Flucht aufgrund von Krieg, Gewalt, Verfolgung oder Menschenrechtsverletzungen gezwungen worden, vgl. dazu etwa UNHCR, Global Trends – Forced Displacement in 2016, S. 2, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/5943e8a34.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹¹² Deutsch: Nichtzurückweisung.

¹¹³ UNHCR (Fn. 32), Rn. 16, S. 5.

¹¹⁴ UNHCR (Fn. 32), Rn. 18 f., S. 5 f.; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 281; *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 104, S. 848.

zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Meinung gefährdet ist.¹¹⁵ Dieses Verbot stellt einen fundamentalen Grundsatz des Flüchtlingsrechts¹¹⁶ dar und entfaltet abgesehen von der Konvention auch als Völkergewohnheitsrecht¹¹⁷ Bindungswirkung¹¹⁸. In seiner Form des Völkergewohnheitsrechts geht dieses Verbot insofern weiter als in der Normierung in der Genfer Flüchtlingskonvention 1951, als dass dem Grund der Gefährdung für Leben oder Freiheit keine entscheidende Relevanz beizumessen ist.¹¹⁹ Von dem Verbot des Art. 33 Abs. 1 Genfer Flüchtlingskonvention 1951 geschützt sind Flüchtlinge im Sinne des Art. 1A Abs. 2 der Konvention sowie Asylsuchende.¹²⁰ Einer formellen Feststellung des Flüchtlingsstatus bedarf es allerdings nicht, um von dem Schutz der Norm umfasst zu sein.¹²¹ Ebenso irrelevant ist, ob der Flüchtling bzw. der Asylsuchende illegal Eingang in das Territorium des Staates gefunden hat.¹²² Im Grundsatz entfaltet das Prinzip des *non-refoulement* nur innerhalb des Territoriums und an den Grenzen eines Staates Wirkung.¹²³ Im Kontext der Seenotrettung relevant und damit anzumerken ist, dass das Gebot des *refoulement* jedoch auch außerhalb eines Territorialgebiets, etwa auf Hoher See, zur Anwendung gelangt, wenn über die Flüchtlinge durch staatliche oder eine für einen Staat handelnde Stelle, etwa in Form einer Rettung, Zuständigkeit ausgeübt wird.¹²⁴ In sachlicher Hinsicht umfasst der Grundsatz des *non-refoulement* nicht nur

¹¹⁵ *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Art. 33(1) Rn. 1, S. 1334; *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 89, Paragraph 2.

¹¹⁶ *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Art. 33(1) Rn. 2, S. 1335.

¹¹⁷ *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Art. 33(1) Rn. 31, S. 1345; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 248 m. w. N.; *Rab* (Fn. 24), S. 200; für eine Einschränkung hinsichtlich überwiegenden Anliegen der nationalen oder öffentlichen Sicherheit siehe *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 150, Paragraph 219.

¹¹⁸ Zum Begriff und der Bindungswirkung des Völkergewohnheitsrechts etwa *Ipsen* (Fn. 44), S. 471.

¹¹⁹ *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 126, Paragraph 139 und 127, Paragraph 143; *Rab* (Fn. 24), S. 202.

¹²⁰ *Pallis* (Fn. 19), S. 346; *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 118, Paragraph 99; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Art. 33(1) Rn. 116, S. 1370; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 232 f.

¹²¹ *Ebd.*; gleiches gilt wohl auch in der Ausprägung als Völkergewohnheitsrecht, vgl. *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 150, Paragraph 219.

¹²² *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 264; *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 117, Paragraph 93; *Rosaeg* (Fn. 39), S. 72; vgl. auch Art. 31 Genfer Flüchtlingskonvention 1951, der eine nachteilige Behandlung von Flüchtlingen, die illegal eintreffen, ausdrücklich untersagt.

¹²³ *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 57, S. 832; eingehend zur Qualifizierung des Küstenmeers als Territorialgebiet *Rab* (Fn. 24), S. 138 ff.

¹²⁴ *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 110, Paragraph 62; *Hathaway*, *The Rights of Refugees under International Law*, S. 342; *Kälin/Caroni/Heim*, in:

die Pflicht, den Flüchtling nicht an einen ihn gefährdenden Ort zurückzubringen. Ausfluss dieses Prinzips ist vielmehr auch die Pflicht, im Einzelfall das Bestehen eines Rechts auf Asyl zu prüfen.¹²⁵ Nur so kann sichergestellt werden, dass der Flüchtling nicht an einen Ort zurückgeschickt wird, an dem er gefährdet ist.¹²⁶ Der Exekutivausschuss des Programms des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen hat diese Pflicht dahingehend präzisiert, dass der Zugang zu fairen und effektiven Verfahren zur Bestimmung von Flüchtlingsstatus und Schutzbedürftigkeit gewährt werden muss, bevor ein Flüchtling an einer Grenze abgewiesen werden darf.¹²⁷ Dagegen muss betont werden, dass das Prinzip des *non-refoulement* keine Ausformung eines positiven Rechts auf Asyl darstellt.¹²⁸ Weiterhin wird die Entscheidungsfreiheit des Küstenstaates über den Verbleib von Flüchtlingen und Asylsuchenden auch nicht ausgeschlossen, sondern lediglich eingeschränkt.¹²⁹ Nur für den Fall, dass bei der Durchführung der Überprüfungen der Flüchtlingsstatus einer Person anerkannt wird, ist es für den Küstenstaat schwer haltbar, den Flüchtling an Bord des Schiffes festzusetzen: Im Hinblick auf die in der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 kodifizierten Flüchtlingsrechte der Bewegungsfreiheit¹³⁰ und des Rechts zur Arbeit¹³¹ muss der Staat zumindest anerkannte Flüchtlinge zur Ausschiffung zulassen.¹³²

Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Art. 33(1) Rn. 87 ff., S. 1361; insbesondere *Rah* (Fn. 22), S. 137-179.

¹²⁵ *Pallis* (Fn. 19), S. 346; *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 104, S. 848; *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 118, Paragraph 100; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 215; *Weinzierl/Lisson* (Fn. 19), S. 46.

¹²⁶ *Ebd.*

¹²⁷ Addendum to the Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. Doc. A/52/12/Add.1, Paragraph 18(d)(iii), S. 8: “[...] *the need to admit refugees into the territories of States, which includes no rejection at the frontiers without fair and effective procedures for determining status and protection needs*”, Übersetzung des Verfassers: „[...] die Notwendigkeit der Aufnahme von Flüchtlingen in das Territorium der Staaten, was die Nichtzurückweisung an den Grenzen ohne faire und effektive Verfahren zur Bestimmung von Status und Schutzbedürftigkeit umfasst“; nahezu wortgleich Addendum to the Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. Doc. A/53/12/Add.1, Paragraph 21(q), S. 8.

¹²⁸ *Hathaway* (Fn. 124), S. 301; *Kälin/Caroni/Heim*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Art. 33(1) Rn. 2, S. 1335; *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 113, Paragraph 76; *Rah* (Fn. 22), S. 130.

¹²⁹ *Hathaway* (Fn. 124), S. 301; *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 104, S. 848; *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 113, Paragraph 76; siehe auch *Pallis* (Fn. 19), S. 349, der konstatiert, dass die Abweisung von Flüchtlingen an der Grenze keinen Verstoß gegen das Prinzip des *non-refoulement* darstellt.

¹³⁰ Art. 26 Genfer Flüchtlingskonvention 1951.

¹³¹ Art. 17 Genfer Flüchtlingskonvention 1951.

¹³² *Pallis* (Fn. 19), S. 361.

(b) Faktisches Diktat einer Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen?

Wie *Hathaway* anmerkt, scheint das Prinzip des *non-refoulement* zwar nicht rechtlich, immerhin aber faktisch eine Pflicht zur Aufnahme von Flüchtlingen und damit zur Ausschiffung zu diktieren.¹³³ Diese Beobachtung trifft im dieser Untersuchung zugrundeliegenden Fall der Seenotrettung nur zu, wenn die nötigen Verfahren zur Bestimmung von Status und Schutzbedürftigkeit der Schutzsuchenden nicht auch auf einem Schiff oder einer ähnlichen Einrichtung durchgeführt werden können.¹³⁴ Abgesehen davon, dass kein vorgeschriebener Ort zur Durchführung besteht,¹³⁵ ist diese Frage der rechtlichen Begutachtung allerdings weitgehend entzogen und die Beantwortung wird von den Umständen im Einzelfall abhängen.¹³⁶ Zwar hat die vom Hohen Flüchtlingskommissar 2002 einberufene Expertenrunde zum Schutz von Asylsuchenden und Flüchtlingen die Eignung nichtstaatlicher Schiffe abgelehnt.¹³⁷ Dies bedeutet aber nicht zwingend *e contrario*, dass sich staatliche Schiffe eignen.

(c) Fazit: Keine Pflicht zur Ausschiffung aus *non-refoulement*

Auch wenn man das Seevölkerrecht vor dem Hintergrund des flüchtlingsrechtlichen Prinzips des *non-refoulement* liest, lässt sich eine Pflicht zur Ausschiffung nicht herleiten.¹³⁸ Alleine der durch Überprüfung schon anerkannte Flüchtling muss hinsichtlich seiner Rechte aus der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 ausgeschifft werden.

¹³³ *Hathaway* (Fn. 124), S. 301, beschränkend auf die Gründe der Gefährdung, die in Art. 1 Genfer Flüchtlingskonvention 1951 statuiert sind.

¹³⁴ In der Literatur mit Skepsis aufgefasst: siehe etwa *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 104, S. 848; *Rab* (Fn. 24), S. 204; *Giuffrè*, in: Moreno-Lax/Papastavridis (Fn. 64), S. 248 (266); siehe für ein Beispiel eines solchen Modells die Pläne des italienischen Innenministeriums, die Versorgung und Überprüfung von Geretteten auf schwimmende Einrichtungen zu verlagern, Nachweis bei *Giuffrè*, in: Moreno-Lax/Papastavridis (Fn. 64), S. 248 (265 f.).

¹³⁵ *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 104, S. 848; *Goodwin-Gill/McAdam* (Fn. 33), S. 411.

¹³⁶ *Rab* (Fn. 24), S. 204.

¹³⁷ UNHCR *Expert Roundtable*, Rescue-at-Sea Specific Aspects Relating to the Protection of Asylum-Seekers and Refugees, Paragraph 7, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3e5f345a0/rescue-at-sea-specific-aspects-relating-protection-asylum-seekers-refugees.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹³⁸ So im Ergebnis auch *Hathaway* (Fn. 124), S. 301; *Rosaeg* (Fn. 39), S. 68, 74; wohl auch *Bank*, in: Zimmermann/Dörschner/Machts (Fn. 46), Einführung zu Art. 11 Rn. 104, S. 848; implizit *Lauterpacht/Bethlehem* (Fn. 103), S. 113, Paragraph 76.

(3) Existenz einer völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht

Fraglich ist zuletzt, ob sich eine Pflicht zur Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen dagegen als Völkergewohnheitsrecht etabliert hat. Voraussetzung für die Annahme von Völkergewohnheitsrecht ist nach ständiger Rechtsprechung¹³⁹ des IGH das Vorliegen von Staatenpraxis sowie *opinio iuris*, also die Meinung der Staaten, zu dem jeweiligen Handeln verpflichtet zu sein.

In einem Ratgeber für NGOs erkennt der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen eine solche Staatenpraxis an:

“The established international practice is that asylum seekers rescued at sea should be disembarked at the next port of call, where they should always be admitted, at least on a temporary basis, pending determination of their protection needs.”¹⁴⁰

Ein anderes Bild zeichnet sich jedoch in Berichten des Hochkommissars an die UN-Generalversammlung ab. So wurde bereits zu den in der Folge des Vietnamkriegs entstandenen großen Flüchtlingsströmen¹⁴¹ aus Indochina (Vietnam, Kambodscha und Laos) berichtet, dass restriktive Grenzpolitik und eine Unsicherheit über Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen zu weniger Rettungen führte.¹⁴² Auch bezogen auf die aktuellen Migrationsströmungen über das Mittelmeer¹⁴³ wurde in den Berichten des UNHCR festgestellt, dass zwar

¹³⁹ IGH, North Sea Continental Shelf Cases (*Bundesrepublik Deutschland v. Dänemark / Bundesrepublik Deutschland v. Niederlande*), Urt. v. 20.2.1969, ICJ Reports 3 (1969), Paragraph 74; Case Concerning the Continental Shelf (*Libyen v. Malta*), Urt. v. 3.6.1985, ICJ Reports 13 (1985), Paragraph 27; Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Urt. v. 8.7.1996, ICJ Reports 226 (1996), Paragraph 64.

¹⁴⁰ UNHCR, Protecting Refugees – A Field Guide for NGOs, S. 74, Antwort auf die Frage “*Are there guidelines on stowaways, or people rescued at sea, who claim asylum?*” (Übersetzung des Verfassers: „Gibt es Richtlinien zu blinden Passagieren oder auf See geretteten Personen, die ein Recht auf Asyl beanspruchen?“); Übersetzung des Verfassers: „Die etablierte Staatenpraxis ist, dass gerettete Asylsuchende am nächsten Anlaufhafen ausgeschifft werden sollten, wo diese zumindest temporär für die ausstehende Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit angenommen werden sollten.“; vgl. auch Addendum to the Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. Doc. A/36/12/Add.1, Paragraph 3, S. 21.

¹⁴¹ Es kam zu einer Flucht von circa 3 Millionen Menschen, vgl. dazu UNHCR, The State of the World’s Refugees, abrufbar unter: <http://www.unhcr.org/3ebf9bad0.html> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁴² Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/44/12, Paragraph 6; Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/46/12, Paragraph 24.

¹⁴³ In den Jahren 2014 bis 2017 sind 1.766.186 Menschen über das Mittelmeer geflüchtet, von denen 15.544 Menschen auf See ertrunken oder verschollen sind, siehe UNHCR,

Europa und einige Staaten kooperieren und stark zur Annahme von auf See geretteten Flüchtlingen beitragen,¹⁴⁴ andere Staaten jedoch wiederum auf eingeschränkte Einwanderungspolitik¹⁴⁵ zurückgreifen. Selbst wenn die Europäische Migrationsagenda sich die Systematisierung lokaler Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen zum Ziel gesetzt hat,¹⁴⁶ wird gleichzeitig erkennbar, dass dies nicht aus der Überzeugung geschieht, dazu verpflichtet zu sein.¹⁴⁷ Im Ergebnis bestätigt eine Analyse der historischen und aktuellen Staatenpraxis die oben angeführte Aussage des Hohen Kommissars nicht. Eine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Ausschiffung von geretteten Flüchtlingen ist damit im Ergebnis ebenfalls zu verneinen.¹⁴⁸

(4) Fazit: Keine pauschale Pflicht zur Ausschiffung von Geretteten

Weder die Wertungen des Flüchtlingsrechts noch das Völkergewohnheitsrecht im Bereich der Seenotrettung von Flüchtlingen begründen im Ergebnis eine pauschale Pflicht zur Ausschiffung von Geretteten. Das Prinzip des *non-refoulement* diktiert zwar eine Überprüfung von Flüchtlingsstatus und Schutzbedürftigkeit. Jedoch kann eine solche auch auf einem staatlichen Rettungsschiff durchgeführt werden. Die historische sowie die zeitgenössische

Mediterranean Sea, abrufbar unter: <http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁴⁴ Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/70/12, Paragraph 24 ff.; Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/71/12, Paragraph 11;

¹⁴⁵ Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/64/12, Paragraph 43; Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/68/12 (Part I), Paragraph 13; Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/71/12, Paragraph 2 und 12; vgl. auch *Barnes* (Fn. 16), S. 54; siehe zu Flüchtlingsströmen über See in Asien Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/64/12, Paragraph 43 und Report of the United Nations High Commissioner for Refugees to the General Assembly, U.N. Doc. A/68/12 (Part I), Paragraph 14.

¹⁴⁶ Europäische Kommission, Non-paper on regional disembarkment arrangements, S. 1, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/20180724_non-paper-regional-disembarkation-arrangements_en.pdf (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

¹⁴⁷ *Ebd.*: „*The European values of solidarity, mutual trust and shared responsibility are at the core of this holistic approach.*“; Übersetzung des Verfassers: „Die europäischen Werte der Solidarität, des gegenseitigen Vertrauens und der gemeinsamen Verantwortlichkeit bilden den Kern dieses holistischen Ansatzes.“

¹⁴⁸ So im Ergebnis auch *Rosaeg* (Fn. 39), S. 61; *Barnes* (Fn. 18), S. 54; *Proelß* (Fn. 18), S. 17 a. E.; ausführlich *Schaffer*, AYIL 1980, 213 (227 f., 233 f.) m. w. N.; statt aller, jedoch ohne Nachweise *v. Brevern/Bopp* (Fn. 92), S. 842.

Staatenpraxis bestätigt, dass gerettete Flüchtlinge nicht ausgeschifft werden müssen.

c) Ergebnis zur Verbringung an einen sicheren Ort

Die vorstehende Untersuchung zum Erfordernis der Verbringung an einen sicheren Ort hat gezeigt, dass Gerettete zwar an einen sicheren Ort verbracht werden müssen, dies jedoch nicht zwangsläufig ihre Ausschiffung beinhaltet. Entscheidendes Merkmal des sicheren Ortes ist alleine, dass dort der Lebensgefahr der Geretteten Abhilfe geleistet werden kann. Weder kann der Begriff des *place of safety* in einer Weise ausgelegt werden, wonach sich nur ein Ort an Land eignet, noch ergibt sich aus den Wertungen des Flüchtlingsrechts eine Pflicht zur Ausschiffung. Damit das flüchtlingsrechtliche Gebot des *non-refoulement* eingehalten wird, genügt die Durchführung von Überprüfungen zu Flüchtlingsstatus und Schutzbedürftigkeit. Eine Analyse der Staatenpraxis im Bereich der Seenotrettung von Flüchtlingen bestätigt dieses Ergebnis. Alleine im Falle der Feststellung des Flüchtlingsstatus einer Person lässt sich das Festsetzen des Flüchtlings an Bord schwerlich mit seinen Rechten aus der Genfer Flüchtlingskonvention 1951 in Einklang bringen.

4. Ergebnis zu den Voraussetzungen einer Rettung

Für die Voraussetzungen einer Rettung ergibt sich, dass eine solche in drei Schritten zu vollziehen ist: Zunächst sind die Personen in Seenot zu bergen. Sodann ist im Rahmen des an Bord Möglichen für medizinische Erstversorgung und die Erfüllung sonstiger lebenswichtiger Belange zu sorgen. Zuletzt sind die Geretteten an einen sicheren Ort zu verbringen. Dieser liegt jedoch nicht zwingend an Land, eine Pflicht zur Ausschiffung besteht nicht.

III. Ergebnisse

Die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung zur Pflicht zur Hilfeleistung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Hilfeleistung besteht in Fällen der Seenot, die eine Gefahr für Menschenleben voraussetzt. Die Pflicht erstreckt sich auf das gesamte Seegebiet und ist nur in Sondersituationen der Gefahr für das rettende Schiff oder der Unvernünftigkeit einer Rettung ausgeschlossen.

Erfüllt wird die Hilfeleistungspflicht im Idealfall durch Rettung der Personen in Seenot, was zwar die Verbringung an einen sicheren Ort, nicht jedoch pauschal eine Ausschiffung der Geretteten beinhaltet. Zwar werden sich assistierende Handelsschiffe aufgrund mangelnder Ausstattung nicht als sicherer Ort eignen.

Die Verbringung und Belassung der Personen an Bord eines staatlichen Schiffes oder einer ähnlichen Einrichtung auf See erscheint jedoch nicht ausgeschlossen. Auch im Falle der Seenotrettung von Flüchtlingen und Asylbewerbern lässt sich keine Pflicht zur Ausschiffung feststellen, soweit nötige Überprüfungen zu Flüchtlingsstatus und Schutzbedürftigkeit der geretteten Personen auf einem staatlichen Schiff in gerechter Weise durchgeführt werden können. Auch eine völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Ausschiffung scheidet mangels entsprechender internationaler Staatenpraxis aus.

Letztlich steht die Aufnahme von Geretteten im Territorialgebiet eines Staates im Ermessen des Letzteren.

E. Ausblick

Neuerungen im Seevölkerrecht, wie die 2004 eingeführten Änderungen zu SOLAS 1974 und SAR 1979, scheinen eine Ausschiffung von Geretteten aber zumindest für die Handelsschiffahrt vereinfacht zu haben.¹⁴⁹ Man wird sogar von einem verbreiteten Verständnis, dass Gerettete auszuschiffen sind, sprechen können.¹⁵⁰ Dass *de lege lata* keine Pflicht zur Ausschiffung besteht, muss trotzdem als unbefriedigend gewertet werden. Dies zeigt sich insbesondere an Fällen wie solchen der *Lifeline* und der *Open Arms* und schlägt sich zumindest mittelbar in hohen Todesraten¹⁵¹ Geflüchteter nieder. Wie der Exekutivausschuss des Programmes des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen richtig feststellt, ist es zumindest die „humanitäre Pflicht aller Küstenstaaten, Schiffen in Seenot Schutz in ihren Gewässern suchen zu lassen und Personen an Bord, die Asyl ersuchen, Asyl, oder zumindest vorübergehende Zuflucht zu gewähren“¹⁵². Gleichzeitig erscheint es aufgrund andauernden Widerstands in der Staatengemeinschaft¹⁵³ höchst fraglich, dass sich eine solche Pflicht völkerrechtlich etablieren wird. *Proelß* erkennt dieses Problem und plädiert für

¹⁴⁹ *Rab* (Fn. 24), S. 126.

¹⁵⁰ So *Proelß* (Fn. 18), S. 14.

¹⁵¹ Vgl. die Statistik der ISPI (*Villa*, Sea Arrivals to Italy: The Cost of Deterrence Policies, abrufbar unter: <https://www.ispionline.it/en/publication/sea-arrivals-italy-cost-deterrence-policies-21367> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019), nach der im September 2018 fast jeder fünfte aus Libyen über das Mittelmeer nach Italien Geflüchtete gestorben ist oder vermisst wird.

¹⁵² Addendum to the Report of the United Nations High Commissioner for Refugees, U.N. Doc. A/34/12/Add.1, Paragraph 72(2)(c), S. 18, Übersetzung des Verfassers, Original: “It is the humanitarian obligation of all coastal States to allow vessels in distress to seek haven in their waters and grant asylum, or at least temporary refuge, to persons on board wishing to seek asylum”.

¹⁵³ Vgl. nur den Widerspruch der USA zu einem norwegischen Vorschlag, SAR 1979 in so zu ändern, dass der Küstenstaat einer Ausschiffung nicht widersprechen darf (Nachweis bei *Rosaeg* (Fn. 39), S. 62 (in Fn. 63)).

eine kreative, weniger rechtliche, Lösung.¹⁵⁴ Seinem Hinweis auf gerechte Lastenteilung ist nur beizupflichten. Krisen, in denen das Leben von Millionen von Menschen bedroht ist, bedürfen zur Bewältigung unzweifelhaft internationaler Kooperation und Solidarität. Diese Werte sind zwar bereits ausdrücklich in den einschlägigen Konventionen aufgeführt.¹⁵⁵ Auch schreibt Art. 1 Abs. 3 UN-Charta die internationale Kooperation zur Lösung internationaler Probleme wirtschaftlicher, sozialer, kultureller und humanitärer Natur als Zweck der Vereinten Nationen vor. Allerdings ist die internationale Gemeinschaft nicht nur dazu aufgerufen, diese Prinzipien des Völkerrechts zu den Leitmotiven der Seenotrettung zu erklären, sondern sie auch ihren Zielen entsprechend und gebührend umzusetzen.

Ein praktisches und sehr zu begrüßendes Beispiel sind die Rettungs- und Umsiedlungspläne, die für die Flüchtlingsströme aus Indochina in den 1980er Jahren von dem Hohen Flüchtlingskommissar in Kooperation mit einigen Staaten entwickelt worden sind.¹⁵⁶ Durch vorübergehende Aufnahme im Küstenstaat und anschließende Verteilung der Geretteten unter anderen Staaten konnte die Krisensituation wesentlich entschärft werden.¹⁵⁷ Auch, wenn sich die heutigen Flüchtlingsströmungen als komplexer und damit als größere Hürde darstellen,¹⁵⁸ könnte zwischenstaatliche Kooperation in dieser Form zweifelsohne einen großen Beitrag zur Rettung von Menschenleben leisten. Gerade Modelle, die auf kurzzeitige Zuflucht für die Geretteten setzen, eignen sich als Kompromiss zwischen Staaten- und Flüchtlingsinteressen, der es den Geflüchteten zumindest für kurze Zeit ermöglicht, der Lebensgefahr zu entgehen.¹⁵⁹

Der Hohe Flüchtlingskommissar der Vereinten Nationen schlägt zur Bewältigung größerer Flüchtlingsströmungen ein internationales Rahmenprogramm vor, das die gegenseitige Unterstützung bei Suche, Rettung, gegebenenfalls vorübergehenden Aufnahme und letztlich auch bei der

¹⁵⁴ Proelß (Fn. 18), 35.

¹⁵⁵ Siehe etwa die Präambel SAR 1979.

¹⁵⁶ Disembarkation Resettlement Offers (DISERO) sowie Rescue at Sea Resettlement Offers (RASRO); 1985 haben an DISERO Australien, Kanada, Frankreich, Deutschland, Neuseeland, Schweden, Schweiz und die USA teilgenommen, siehe *Goodwin-Gill*, *The Refugee in International Law*, 2. Aufl. 1996, S. 158 (in Fn. 187).

¹⁵⁷ *Goodwin-Gill* (Fn. 156), S. 158 f. Zwischen 1979 und 1981 konnten so 38.776 Menschen gerettet und im Gegenzug für Aufnahmegarantien durch die Flaggenstaaten der geretteten Schiffe ausgeschifft werden.

¹⁵⁸ *Barnes* (Fn. 18), S. 74; *UNHCR* (Fn. 32), Rn. 39, S. 10.

¹⁵⁹ So auch *Barnes* (Fn. 18), S. 72 f. und *Goodwin-Gill* (Fn. 156), S. 200 f.

Rückführung von Flüchtlingen zum Ziel haben soll.¹⁶⁰ Es ist nur zu fordern, dass die Staatengemeinschaft die kooperative Ausarbeitung eines solchen Programms als elementaren Belang zur Rettung von Menschenleben in aktuellen, wie in kommenden Krisen erkennt und umsetzt.

¹⁶⁰ UNHCR (Fn. 32), Rn. 40 S. 11.

Carsten Klotzsch*

Die Wahlfeststellung – Kritische Betrachtung des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen, BGHSt 62, 164 ff.

Abstract

Mit Beschluss vom 8.5.2017 bestätigte der Große Strafsenat des BGH die Verfassungsmäßigkeit der „echten“ Wahlfeststellung, also einer auf zwei alternative Tatbestandsverwirklichungen gestützten Verurteilung, wobei sich die Verwirklichung keines Tatbestands mit Sicherheit nachweisen lässt. Vorausgegangen war eine – vom Vorlagebeschluss des von der Verfassungswidrigkeit überzeugten 2. Strafsenats nochmals angestoßene – mehrjährige kontroverse Debatte, in der sich viele Stimmen für die Abschaffung dieser Rechtsfigur stark gemacht hatten. Dieser Beitrag beleuchtet die Hintergründe der Wahlfeststellung und würdigt den Beschluss des Großen Senats für Strafsachen, welcher jüngst durch das BVerfG bestätigt wurde, kritisch.

Insbesondere wird das Spannungsfeld zwischen dem Streben nach „Einzelfallgerechtigkeit“ und den im Grundgesetz und in der EMRK verankerten Grundsätzen „in dubio pro reo“ sowie „nulla poena sine lege“ beleuchtet.

* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz mit dem Schwerpunkt „Strafrechtspflege, Option Strafverteidigung“. Der vorliegende Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die im Rahmen des Blockseminars „Aktuelle Rechtsprechung auf dem Prüfstand“ im Sommersemester 2018 bei Prof. Dr. Jörg Scheinfeld angefertigt wurde. Ihm gebührt der Dank des Verfassers für seine Betreuung und Unterstützung.

A. Einführung – Der aktuelle Beschluss des *Großen Strafsenats*

I. Einleitung

„Im Zweifel für den Angeklagten“ – das ist einer der elementaren Grundsätze eines jeden Rechtsstaats. Zudem statuiert die Europäische Menschenrechtskonvention in Art. 6 Abs. 2, dass jeder Angeklagte bis zum Beweis seiner Schuld als unschuldig gilt. Sowohl im Grundgesetz in Art. 103 Abs. 2 als auch an vorderster Stelle des StGB in § 1 findet sich der Grundsatz: „Keine Strafe ohne Gesetz“. Auf diesen Säulen fußt die gesamte freiheitlich-demokratische (Straf-)Rechtsordnung. Doch wird die Praxis dem immer gerecht? Oder steht manchmal das Streben nach „Einzelfallgerechtigkeit“ oder ein „praktisches Bedürfnis“ nach einem Strafausspruch über den vorgenannten Grundsätzen?

Diesen Fragen geht der vorliegende Beitrag nach. Er befasst sich mit der Rechtsfigur der Wahlfeststellung und unterzieht die Bestätigung der Verfassungskonformität der „echten“, auch „ungleichartigen“ oder „gesetzesalternativen“ Wahlfeststellung, also der Verurteilung auf Grundlage zweier alternativ verwirklichter Tatbestände, durch den *Großen Strafsenat* des BGH einer kritischen Betrachtung.

Zunächst werden die tatsächlichen Geschehnisse, die Grundlage des Ausgangsverfahrens waren, und der Verfahrensgang dargelegt, welcher den 2. *Strafsenat* des BGH aufgrund seiner Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsfigur zum Vorlagebeschluss gemäß § 132 Abs. 2 GVG an den *Großen Strafsenat* veranlasste (A. II.). Anschließend wird dessen Beschluss, der die Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung bestätigte, betrachtet (B.). Ausgehend von diesem Fall folgen ein Abriss der nicht unproblematischen Geschichte der Rechtsfigur (C. I.) und ein Exkurs betreffend den Umgang mit der Wahlfeststellung außerhalb des deutschen Rechtskreises (C. II.) sowie eine kurze klarstellende Abgrenzung zu Präpendenz- und Postpendenzfeststellung (C. III.) und die Differenzierung der „echten“ von der „unechten“ Wahlfeststellung (C. IV. und V.). Daran schließt die Kritik des Verfassers am Beschluss des *Großen Strafsenats* – jüngst bestätigt durch das *BVerfG* – und an der Wahlfeststellung als solcher an (D.). Abschließend erfolgt ein Ausblick auf die Zukunft dieser Rechtsfigur und ihre nicht auszuräumenden Problematiken (E.).

II. Hintergründe und Verfahrensgang

Anstoß zur aktuellen erneuten, aber keineswegs neuen, sondern seit langem ungelösten Debatte über die Wahlfeststellung bot der im vorletzten Jahr ergangene Beschluss des *Großen Strafsenats*. Diesem ging ein jahrelanges

Verfahren voraus, welches in allen Instanzen grundlegende Rechtsfragen und Zweifel aufwarf. Höchststrichterlicher Klärungsbedarf war also absehbar.

1. Sachverhalt des Ausgangsurteils (Verhältnis zwischen Diebstahl und Hehlerei)

Das Tatgericht – *LG Meiningen* – stellte fest, dass die Angeklagten seit 2008 Gegenstände wie Fahrzeugteile und Werkzeuge im Automobilbereich stahlen oder hehlten.¹ Es ließ sich nicht mit Sicherheit klären, ob die Angeklagten bereits als Mittäter die Gegenstände gestohlen hatten oder ob sie diese erst später als Hehler erworben hatten. Auch möglich schien es, dass die beiden getrennt voneinander Beutestücke aus den vorherigen Diebstählen angekauft hatten oder aber, dass einer von beiden (neben Dritten) an den Diebstählen beteiligt war und dann an den anderen der beiden Angeklagten Beutestücke abgeben hatte. Einer der Angeklagten mietete zur Lagerung und zum Auseinandernehmen der Fahrzeuge eine Werkstatt an. Der andere verfügte über ein Grundstück mit Garagen und einem Container, in dem er Gegenstände, die aus den Diebstählen herrührten, lagerte.² Auf eine anonyme Anzeige hin kam es zu einer Durchsuchung der genannten Räumlichkeiten. Es wurden zahlreiche Gegenstände sichergestellt, die im fraglichen Zeitraum gestohlen worden waren. In vielen Fällen scheide, so das *LG*, schon aufgrund der Menge und des Gewichts des Diebesguts eine alleinige Tatbegehung aus. Zudem waren die Taten derart professionell durchgeführt worden, dass gefolgert werden konnte, dass mindestens ein Täter „Schmiere gestanden“, also den Tatort abgesichert hatte. Das *LG* rechnete den Angeklagten nur Diebstahl oder gewerbsmäßige Hehlerei an den Gegenständen zu, die jeweils bei ihnen selbst sichergestellt wurden. In Bezug auf die Gegenstände, die beim jeweils anderen sichergestellt wurden, sprach es die Angeklagten frei.³ Bei fast allen Fällen handelte es sich – neben gewerbsmäßiger Begehung – auch um Fälle des § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 oder 2 StGB, also um Diebstähle, bei welchen die Regelbeispiele des Einbrechens oder der Überwindung einer Schutzvorrichtung verwirklicht wurden.⁴ Regelmäßig war bei den Diebstählen ein erheblicher Sachschaden entstanden und es wurde umfangreiche Beute erzielt. Die sichergestellten Gegenstände stellten nur Einzelstücke aus der gesamten Diebesbeute dar.⁵

¹ BGH (2. Strafsenat), Beschl. v. 11.3.2015 – 2 StR 495/12, BeckRS 2015, 20998, Rn. 13.

² *Ebd.*, Rn. 14.

³ *Ebd.*, Rn. 15.

⁴ *Ebd.*, Rn. 16.

⁵ *Ebd.*, Rn. 17.

2. Rechtliche Würdigung durch das Tatgericht

Das LG verurteilte die beiden Angeklagten wegen Diebstahls in einem besonders schweren Fall gemäß §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 StGB oder gewerbsmäßiger Hehlerei gemäß §§ 259 Abs. 1, 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB.⁶ Es verneinte die Postpendenzfeststellung der gewerbsmäßigen Hehlerei, weil es die Feststellung der tatbestandlichen Voraussetzung „Sache, die ein anderer gestohlen hat“ nicht sicher treffen konnte. Auch sei möglich, dass einer von beiden den Diebstahl begangen und dann das Diebesgut an den anderen abgegeben habe.⁷ Der Strafraum des § 260 Abs. 1 StGB sieht eine höhere Mindeststrafe als der des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB vor. Da bei der Wahlfeststellung stets der Strafraum des geringer bestraften Delikts zur Anwendung kommt, ging die *Strafkammer* vom Strafraum des § 243 Abs. 1 S. 1 StGB aus.⁸ Bei der Strafzumessung, die für beide Angeklagte einheitlich vorgenommen wurde, legte sie den geringeren Schaden zugrunde, der beim Erwerb durch Hehlerei (im Vergleich zum Diebstahl) verursacht worden wäre. Im Übrigen stellte sie auf allgemeine Strafzumessungsgesichtspunkte ab, also ohne ein konkretes Tatbild zu bewerten.

3. Vorlagebeschluss des 2. Strafsenats, BGH, NStZ 2014, 392 ff.

Die Angeklagten griffen das Urteil mit der Revision in Form der Sachrüge an. Nun musste sich der 2. Strafsenat des BGH der Frage stellen, ob eine solche Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei, wenn keine der beiden Taten zweifelsfrei nachweisbar ist, überhaupt zulässig ist. Hieran zweifelte der 2. Strafsenat derart, dass er sich gehalten sah, einen Vorlagebeschluss gemäß § 132 Abs. 2 GVG zu treffen.⁹ Im vorhergehenden Anfragebeschluss¹⁰ legte der 2. Strafsenat dar, dass das Rechtsinstitut der Gesetzesalternativen (ungleichartigen) Wahlfeststellung seiner Ansicht nach wegen eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG verfassungswidrig sei.¹¹ Zunächst gestand man dem LG zu, dass ihm in seiner Beweiswürdigung kein Rechtsfehler unterlaufen sei. Auch stehe die erfolgte Verurteilung im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH. Man beabsichtige jedoch, diese Rechtsprechung aufzugeben, da sie nicht mit der Verfassung vereinbar sei.¹²

⁶ BGH (2. Strafsenat), Beschl. v. 11.3.2015 – 2 StR 495/12, BeckRS 2015, 20998, Rn. 18.

⁷ Ebd., Rn. 19.

⁸ Ebd., Rn. 20.

⁹ Ebd., vor Rn. 1.

¹⁰ BGH, NStZ 2014, 392 ff.

¹¹ Ebd., S. 394 Rn. 22.

¹² Ebd., S. 392, Ls. sowie Rn. 4.

Nicht nur das formelle Recht, also Gesetze, sondern auch Richterrecht sei am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen, soweit es materiell-rechtlicher Natur ist.¹³ So läge es bei der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung. Sie müsse sich daher am Gesetzlichkeitsprinzip messen lassen und werde diesem strengen Gesetzesvorbehalt nicht gerecht.¹⁴ Das Strafverfahrensrecht habe im Falle der Verurteilung die Findung eines bestimmten Schuldspruchs zum Ziel und entspreche damit dem materiellen Strafrecht, welches nur scharf voneinander abgegrenzte Tatbestände kenne.¹⁵ Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG sowie der Schuldgrundsatz verlangten, dass der Richter die tatsächlichen Voraussetzungen dieses Tatbestandes feststellt. Es handle sich bei der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung nicht nur um eine Entscheidungsregel wie der Grundsatz „in dubio pro reo“, denn es komme bei ihrer Anwendung im Falle exklusiver Sachverhaltsalternativität (wenn sich also beide möglicherweise verwirklichten Tatbestandsvarianten gegenseitig ausschließen) nicht nur zu zwei Möglichkeiten, nämlich der eindeutigen Verurteilung oder dem Freispruch.¹⁶ Stattdessen trete eine dritte Möglichkeit hinzu, die wahldeutige Verurteilung. Somit stehe diese Rechtsfigur in einem signifikanten Spannungsverhältnis zum Zweifelssatz „in dubio pro reo“. Im Fall der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung ergebe sich eine die Verurteilung tragende Gewissheit über den Sachverhalt nur aus einem „Rumpftatbestand“.¹⁷ Es fehle am Nachweis jeweils eines Tatbestandsmerkmals für beide Strafnormen. Dies laufe auf eine „Entgrenzung“ oder „Verschleifung“ zweier Straftatbestände durch alternative Vereinigung der jeweiligen Einzelvoraussetzungen hinaus. Im Ergebnis beruhe die Verurteilung dann auf einer dritten, ungeschriebenen Norm, die gemeinsame Unrechtselemente in sich vereinen solle. Das fehlende gemeinsame Tatbestandsmerkmal werde dann im Wege der Vergleichbarkeit ergänzt. Bei diesem Kriterium handle es sich um ein materiell-rechtliches, somit unter den strengen Gesetzesvorbehalt fallendes Element.¹⁸ Art. 103 Abs. 2 GG kenne keine Schranke, die richterrechtliche Ausnahmen zulasse.¹⁹ Der Strafgrund liege in der konkret begangenen Tat, welche nicht durch gesetzeshalternative Verurteilung offen gelassen dürfe.²⁰ Bleibe dem Strafrichter unklar, welche Unrechtshandlung überhaupt begangen wurde, so begleiteten zwangsläufig Ungenauigkeiten den Strafzumessungsvorgang, die mit Art. 103 Abs. 2 GG

¹³ BGH, NStZ 2014, S. 393 Rn. 18.

¹⁴ Ebd., S. 394 Rn. 19 ff.

¹⁵ Ebd., S. 394 Rn. 24.

¹⁶ Ebd., S. 394 Rn. 25.

¹⁷ Ebd., S. 394 Rn. 26.

¹⁸ Ebd., S. 394 f. Rn. 27.

¹⁹ Ebd., S. 395 Rn. 35.

²⁰ Ebd.

unvereinbar seien.²¹ Die Umwandlung einer Verhaltensnormverletzung in ein Strafquantum gelänge bei der gesetzeshalternativen Wahlfeststellung nicht im Einklang mit einem bestimmten Gesetz.²²

Aus allen diesen Gründen, so der *2. Strafsenat*, sei dieses Konstrukt untragbar und bedürfe der Abschaffung.

4. Reaktion der anderen *Senate* und Beschluss des *Großen Strafsenats*

Im weiteren Verlauf äußerten sich die jeweils betroffenen *Strafsenate*, von deren Rechtsprechung der *2. Strafsenat* abweichen wollte. Keiner der anderen *BGH-Strafsenate* war bereit, seine Rechtsprechung zur Wahlfeststellung aufzugeben.²³ Sie vertraten die Ansicht, dass die Wahlfeststellung als reine Verfahrensregel bereits der Prüfung am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG nicht zugänglich sei.²⁴ Der *5. Strafsenat* erklärte zudem, es handle sich bei der Wahlfeststellung um eine Ausnahme vom Grundsatz „in dubio pro reo“, da andernfalls ein Freispruch „unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“ sei.²⁵ Schließlich wurde die Sache wegen grundsätzlicher Bedeutung gemäß § 132 Abs. 4 GVG dem *Großen Strafsenat* vorgelegt.²⁶ In der Stellungnahme des Generalbundesanwalts zum Beschluss beantragte dieser sogar, zukünftig auf die Voraussetzung rechtsethischer und rechtspsychologischer Vergleichbarkeit zu verzichten, trat also für eine unbegrenzte Zulässigkeit der Wahlfeststellung weit über die gegenwärtige Praxis hinaus ein.²⁷

Auch der *Große Strafsenat* entschied, an der Wahlfeststellung festzuhalten, behielt aber das Kriterium der rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit bei.

B. Die Argumentation des *Großen Strafsenats*

I. Darstellung der Beschlussgründe

Der *Große Strafsenat* stützte seine Entscheidung insbesondere auf die Negierung der materiell-rechtlichen Natur der Wahlfeststellung. Er argumentiert – den übrigen *Strafsenaten* mit Ausnahme des *2. Strafsenats* folgend –, die

²¹ BGH, NStZ 2014, S. 395 Rn. 36.

²² Ebd.

²³ BGHSt 62, 164 (167 Rn. 8).

²⁴ So etwa der *1. Strafsenat*, BGH, NStZ-RR 2014, 308 (308 f.); ebenso der *3. Strafsenat*, BGH, NStZ-RR 2015, 39 (39 f.); ihm folgend der *4. Strafsenat*, BGH, NStZ-RR 2015, 40 (40 f.).

²⁵ *5. Strafsenat*, BGH, NJW 2016, 3317 f.

²⁶ BGHSt 62, 164 (167 Rn. 10).

²⁷ Ebd., S. 167 f. Rn. 11.

Wahlfeststellung sei ihrer Natur nach eine prozessuale Entscheidungsregel.²⁸ Als solche sei sie nicht an das Gesetzlichkeitsprinzip des sachlichen Rechts, sondern nur an allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzungen der richterlichen Rechtsfortbildung gebunden. Das Rechtsinstitut greife erst dann ein, wenn zwar nicht die Feststellung eines bestimmten Straftatbestandes möglich sei, wohl aber die tatrichterliche Überzeugung vorliege, dass auf jeden Fall einer der alternativ in Betracht kommenden Tatbestände verwirklicht worden sei. In jeder in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante müsse ein Straftatbestand verwirklicht sein.²⁹ Die ungleichartige Wahlfeststellung gebe dem Tatgericht vor, wie es bei einer bestimmten Beweislage, nämlich bei nicht behebbaren Zweifeln über zwei oder mehr Sachverhaltsvarianten, die ihrerseits jeweils eine Strafbarkeit des Angeklagten begründen, zu entscheiden ist. Daher sei die Wahlfeststellung – wie der Zweifelsatz „in dubio pro reo“ – dem Verfahrensrecht zuzuordnen. Die Wahlfeststellung wirke demnach nicht strafbarkeitsbegründend.³⁰

Strafbegründende Wirkung hätten allein die jeweils in Betracht kommenden Tatbestände des StGB. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht sei Grundlage der Bestrafung nicht eine ungeschriebene weitere Norm, die den „gemeinsamen Unrechtskern“ der wahldeutig angewandten Strafgesetze in sich vereine.³¹ Stattdessen müsse in jeder in Betracht kommenden Sachverhaltsvariante ein Straftatbestand vollständig verwirklicht sein. So sei sichergestellt, dass über die Strafbarkeit als solche nicht die jeweiligen Gerichte, sondern immer noch der Gesetzgeber entscheidet, es liege keine „Entgrenzung“ oder „Verschleifung“ von Tatbestandsmerkmalen vor. Dem Täter sei auch nicht ungewiss, ob sein Verhalten strafbar sei, denn die Strafbarkeit folge aus bereits normierten Tatbeständen, welche wiederum hinreichend bestimmt und verfassungsgemäß seien.³²

Auch die Fortführung der Anwendung des einschränkenden Kriteriums der „rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit“ der Tatbestände, auf welche sich das wahldeutige Urteil stützt, ändere nichts an der Natur der Wahlfeststellung als prozessuale Entscheidungsregel.³³ Nur weil verfahrensrechtliche Institute vom materiellen Recht beeinflusst würden, verlören sie nicht den Charakter des Verfahrensrechts.

²⁸ BGHSt 62, 164 (168 Rn. 14).

²⁹ Ebd., S. 168 f. Rn. 15.

³⁰ Ebd., S. 169 Rn. 17.

³¹ Ebd., S. 169 f. Rn. 18.

³² Ebd., S. 170 Rn. 19.

³³ BGHSt 62, 164 (171 Rn. 21)

Die gesetzesalternative Wahlfeststellung verletze auch nicht das Schuldprinzip oder die Unschuldsvermutung.³⁴ Schließlich sei unabdingbare Voraussetzung für ihre Anwendung, dass der Angeklagte zur tatrichterlichen Überzeugung schuldhaft einen Straftatbestand verwirklicht habe. Durch die Anwendung des niedrigeren Strafrahmens der zur Wahl stehenden Delikte werde auch dem Gebot der schuldangemessenen Strafe Rechnung getragen.

Weiterhin stelle die wahldeutige Verurteilung kein „Verdachtsurteil“ dar, denn sicher sei, dass der Angeklagte eine der benannten Straftaten begangen habe. Die Belastung des Verurteilten durch Aufzählung mehrerer Delikte sei „denkbar gering“ und „rechtsstaatlich hinnehmbar“.³⁵

Angesichts all dieser Punkte halte sich die Wahlfeststellung im Rahmen zulässiger richterrechtlicher Rechtsfortbildung. Die Wahlfeststellung sei in Anlehnung an die seinerzeitige Rechtsprechung des *RG* und die daran anknüpfende Rechtsprechung des *BGH* vor allem zur Wahrung der Einzelfallgerechtigkeit geschaffen worden. Ein Freispruch in (mehrfacher) Anwendung des „in dubio pro reo“-Grundsatzes sei „schlechthin unvereinbar mit unverzichtbaren Geboten der Gerechtigkeit“.³⁶ Zudem liege angesichts der Untätigkeit des Gesetzgebers, welcher davon absah, die Thematik der Wahlfeststellung gesetzlich zu normieren, eine Billigung vor.³⁷ Er habe bewusst nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in Kenntnis der – über die seinerzeit vom *RG* gezogenen Grenzen hinausgehenden – Rechtsprechung des *BGH* die Klärung dieser Fragen der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen.³⁸ Auch sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber zu einem späteren Zeitpunkt der Wahlfeststellung seine Billigung entzogen haben könne.³⁹ Auch aus der Neufassung von Straftatbeständen wie der Unterschlagung oder der Geldwäsche ergebe sich kein Indiz für eine Ablehnung der Wahlfeststellung; vielmehr fehlten Äußerungen zu diesen Fragen.⁴⁰

Das Kriterium der „rechtspsychologischen und rechtsethischen Vergleichbarkeit“ müsse jedoch – entgegen der Ansicht des

³⁴ Ebd., S. 172 Rn. 22.

³⁵ Ebd.

³⁶ Ebd., S. 172 f. Rn. 24.

³⁷ Ebd., S. 173 Rn. 25.

³⁸ Ebd., S. 173 Rn. 26; als Indiz für diese bewusste Entscheidung wird der Entwurf eines Dritten Strafrechtsänderungsgesetzes (Strafrechtsbereinigungsgesetz), BT-Drucks. 1/3713, S. 19, angeführt.

³⁹ BGHSt 62, 164 (174 Rn. 27).

⁴⁰ Ebd., S. 174 Rn. 27 f.

Generalbundesanwalts – beibehalten werden.⁴¹ Die Wahlfeststellung sei nur zu rechtfertigen und hinzunehmen, soweit sie sich auf Straftaten beziehe, die bezüglich des sittlich-rechtlichen Werturteils sowie der inneren Beziehung des Täters hierzu „wesentlich gleichwertig“ seien. Über diese Schranke dürfe nicht hinausgegangen werden.⁴² Es seien in langjähriger Praxis genügend typische Fallgruppen entstanden, welche der Rechtsprechungsformel hinreichend feste Konturen verliehen.⁴³ Es bestünden auch keine unüberwindlichen Hindernisse bei der Strafzumessung.⁴⁴ Gängige Praxis sei, die Strafe jeweils für beide bzw. alle in Betracht kommenden Konstellationen zu ermitteln und dann die geringste Strafe zu verhängen.⁴⁵ In der Regel bleibe die Strafe damit sogar hinter dem wahren Schuldumfang zurück; dies sei eine aus der Anwendung des Zweifelssatzes folgende Konsequenz. Es bestehe kein qualitativer Unterschied zu den sehr häufigen Konstellationen, in denen wegen tatsächlicher Zweifel aufgrund der Nichtaufklärbarkeit des Sachverhalts von Mindestfeststellungen und Annahmen zugunsten des Angeklagten ausgegangen werden müsse. Dass die Strafe nicht den vollen Schuldgehalt der Tat ausschöpfe, müsse hingenommen werden. Die Alternative – Freispruch trotz „feststehender Strafbarkeit“ – sei „ganz offensichtlich“ noch weniger schuldangemessen.⁴⁶ Zudem stellte der *Große Senat* klar, eine gleichzeitige Verurteilung wegen Geldwäsche im konkreten Fall sei ebenso ausgeschlossen.⁴⁷ Auch eine wahldeutige Verurteilung wegen der Vortat sei eine Vortatverurteilung im Sinne des § 261 Abs. 6 S. 2 StGB, welcher Vorrang gegenüber einer Verurteilung wegen Geldwäsche zukomme.

II. Rezeption und Kritik des Beschlusses

Der *Große Senat* vermied mit seinen Ausführungen eine Stellungnahme zur dogmatisch brisanten Frage der „Doppelnatur“ der Wahlfeststellung und zur Frage, ob Art. 103 Abs. 2 GG durch Richterrecht beschränkt werden kann. Stattdessen behauptet der *Große Senat* geradezu „desinteressiert“⁴⁸, Art. 103 Abs. 2 GG sei im Prozessrecht, wozu die Wahlfeststellung zähle, nicht anwendbar. Auch über das Problem der Belastung des Verurteilten durch den wahldeutigen Tenor mit (mindestens) einem Delikt, welches er nicht begangen

⁴¹ Ebd., S. 176 Rn. 34.

⁴² Ebd. unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1957, 71.

⁴³ BGHSt 62, 164 (176 Rn. 34).

⁴⁴ Ebd., S. 177 Rn. 35.

⁴⁵ Ebd., S. 177 Rn. 36.

⁴⁶ Ebd., S. 177 f. Rn. 36.

⁴⁷ Ebd., S. 176 Rn. 33.

⁴⁸ So *Jahn*, Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 8.5.2017 – GSSt 1/17, NJW 2017, 2846.

haben kann, geht er in einem Handstreich hinweg. Die Ergründung dieser Fragen ist aber für die sachgerechte Beurteilung dieser Rechtsfigur und die Identifikation der ihr innewohnenden Probleme unerlässlich. Daher lohnt es sich, zum besseren Verständnis die Geschichte der Wahlfeststellung zu beleuchten und zu betrachten, wie sie sich in der Rechtsprechung des letzten Jahrhunderts entwickelt hat.

C. Zur Rechtsfigur der Wahlfeststellung

I. Entstehung und Entwicklung vom *RG* bis heute

Weder der Gesetzgeber der StPO im Jahre 1877 noch der des StGB von 1953 oder von 1969 bezogen Stellung zum Problem der Wahlfeststellung.⁴⁹ Dennoch wurde diese Rechtsfigur in der Praxis bereits zu Zeiten des *RG* entwickelt und angewandt.⁵⁰ Man sah das Problem schon damals als ein primär strafprozessuales an, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Beweiswürdigung i. S. d. § 261 StPO, aber auch etwa in der Formulierung der Anklage. Diese ist alternativ zu fassen, sofern es sich beim der Wahlfeststellung unterfallenden Geschehen um eine Tat im prozessualen Sinne, also um einen einheitlichen historischen Lebensvorgang, handelt.⁵¹ Andernfalls ist mindestens gemäß § 265 StPO ein rechtlicher Hinweis auf die Möglichkeit einer Wahlfeststellung durch das Gericht erforderlich.⁵² Ein gewisser materiell-rechtlicher Bezug ließ sich jedoch nie negieren. So werden etwa seit Zeiten des *RG* Kriterien der Vergleichbarkeit des Handlungs- und Erfolgsunwertes, der Tatschuld und der psychologischen Vergleichbarkeit bemüht, auch Konkurrenzerwägungen spielen mitunter eine Rolle. Damals erachtete man aber auch am *RG* eine Wahlfeststellung nur zwischen Diebstahl und Hehlerei als zulässig, für andere Tatbestände lehnte man sie rundheraus ab.⁵³

Man müsste die Wahlfeststellung also, wollte man sie gesetzlich fixieren und damit von legislativer Seite Position in diesem seit mehr als einem Jahrhundert andauernden rechtsdogmatischen Streit beziehen, sowohl in der StPO als auch im StGB kodifizieren.⁵⁴ So tat es der NS-Gesetzgeber in der StGB-Novelle von 1935. Die Wahlfeststellung wurde in § 2b StGB i. d. F. v. 28.6.1935 normiert.

⁴⁹ BGHSt 62, 164 (173 Rn. 26); *Wolter*, Wahlfeststellung und in dubio pro reo, 1987, S. 26; so auch *Hahn*, Materialien zur StPO, 1. Abteilung, 1880, S. 223 f.

⁵⁰ So etwa RGSt 68, 257 ff.; ebenso RGSt 69, 369 ff.

⁵¹ *Wolter* (Fn. 49), S. 27.

⁵² *Ebd.*

⁵³ RGSt 68, 257 (260).

⁵⁴ So auch *Wolter* (Fn. 49), S. 29.

Das strafprozessuale Äquivalent fand sich in § 267b StPO i. d. F. von 1935.⁵⁵ Die Einführung der „unbegrenzten“ Wahlfeststellung gliederte sich in ein ganzes „Maßnahmenpaket“ zur Verschärfung des Strafrechts ein. Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs v. 28.6.1935, mit dem § 2b StGB (1935) eingeführt wurde (und mit ihm gleichzeitig § 2 StGB (1935), welcher das „gesunde Volksempfinden“ als Strafgrund heranzieht), ist im Gesetzesentwurf überschrieben mit: „Verhütung ungerechter Freisprechungen durch Zulassung der Wahlfeststellung“.⁵⁶ Die Maßnahme reihte sich ein in weitere rechtsstaatswidrige Gesetzesänderungen wie etwa durch das „Heimtückegesetz“⁵⁷ oder die „Lex van der Lubbe“⁵⁸ zur Aufhebung des Rückwirkungsverbots.

Der § 2b StGB i. d. F. v. 28.6.1935 wurde am 30.1.1946 von den Alliierten durch KRKG Nr. 11 wieder abgeschafft.⁵⁹ Jedoch blieb die Möglichkeit der Wahlfeststellung im deutschen Rechtskreis weiterhin anerkannt.⁶⁰ Zunächst sollte nur die tatsachenalternative („unechte“) Wahlfeststellung zulässig sein; gegen gesetzesalternative („echte“) Wahlfeststellungen hegte der *BGH* zunächst rechtsstaatliche Bedenken. Wenig später ließ dieser dann doch wieder Ausnahmen zu.⁶¹ Zunächst beschränkte der *BGH* sich auf die Alternativen Diebstahl und Hehlerei, so wie es das *RG* im Beschluss der *Vereinigten Strafsenate* 1934 getan hatte.⁶² Im Laufe der Zeit weitete der *BGH* dies aber immer mehr auf eine Vielzahl weiterer Konstellationen aus. Anstelle einer (mit Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit unvereinbaren) uferlosen Zulässigkeit der Wahlfeststellung hat die Rechtsprechung Grenzen entwickelt, so etwa das Erfordernis der rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände, die der wahldeutigen Verurteilung zugrunde liegen.⁶³

Es stellt sich also die Frage, was „Vergleichbarkeit“ in den Worten des *BGH* zu bedeuten hat. Hierzu ergingen einige Leitentscheidungen, welche im Folgenden kurz skizziert werden sollen.

⁵⁵ Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, RGBL. 1935 I, Nr. 70, S. 839 ff; Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes, RGBL. 1935 I, Nr. 71, S. 844; *Wolter* (Fn. 49), S. 29.

⁵⁶ Überschrift zu Art. 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, RGBL. 1935 I, Nr. 70, S. 839 ff.

⁵⁷ RGBL. 1935 I, Nr. 137, S. 1269 ff.

⁵⁸ RGBL. 1933 I, Nr. 28, S. 151.

⁵⁹ Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland Nr. 1, 1946, S. 55 (Art. I); *Wolter* (Fn. 49), S. 29.

⁶⁰ *BGH*, NStZ 2014, 392 (393 Rn. 13).

⁶¹ BGHSt 1, 302 (304 sub 2.).

⁶² BGHSt 1, 302 (304 sub 2.).

⁶³ *BGH*, NStZ 2014, 392 (393 Rn. 13 f.).

1. Wahlfeststellung zwischen Anstiftung und Beihilfe?

So hatte etwa der *BGH* im Jahr 1982 zur Frage Stellung zu beziehen, ob zwischen verschiedenen Formen der Tatbeteiligung, namentlich zwischen Anstiftung und Beihilfe, eine Wahlfeststellung zulässig ist.⁶⁴ Das Tatgericht vermochte nicht zweifelsfrei zu klären, ob die Angeklagten den Haupttäter (eines Mordes) angestiftet, also dessen Tatentschluss erst hervorgerufen hatten oder ob dieser bereits *omnimodo facturus* war.⁶⁵ Die als Schwurgericht zuständige *Strafkammer* am *LG* führte aus, entweder müssten die Angeklagten selbst auf den Gedanken der Tötung gekommen sein und hätten dementsprechende Vorkehrungen getroffen oder der Haupttäter sei bereits auf den Tötungsgedanken gekommen und wurde seitens der anderen nur bestärkt.⁶⁶ Beide Sachverhaltsalternativen schlossen sich denklogisch gegenseitig aus.⁶⁷ Das *LG* erkannte auf Freiheitsstrafen von sieben Jahren und neun Jahren für die beiden Angeklagten, im Falle der Revisionsführerin „wegen Anstiftung oder Beihilfe zum Mord“.⁶⁸ Dieser Schuldspruch hatte in der Revision vor dem *BGH* keinen Bestand.⁶⁹ Auf die Sachrüge hin passte der 4. *Strafsenat* den Schuldspruch dahingehend an, dass allein wegen Beihilfe zum Mord verurteilt wurde.⁷⁰ Zur Begründung legte der 4. *Strafsenat* dar, dass zwischen Anstiftung und Beihilfe ein normatives Stufenverhältnis bestehe, es handle sich nicht um vergleichbare Alternativen, sondern um ein „Mehr oder Weniger“.⁷¹ Damit sei der Grundsatz „in dubio pro reo“ anzuwenden und eine Verurteilung müsse aufgrund des leichteren Gesetzes erfolgen.⁷² Der Angeklagte habe also (nur) für das geringere mögliche Unrecht einzustehen. Nur falls kein solches Stufenverhältnis vorliege und auch kein Auffangtatbestand gegeben sei, komme eine Verurteilung auf Grundlage der Wahlfeststellung in Betracht.⁷³ Lagen deren Voraussetzungen auch nicht vor, so müsse sogar ein Freispruch erfolgen. Für das Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe ergebe sich das Stufenverhältnis direkt aus dem Gesetz, so ist der Anstifter „gleich einem Täter“ zu bestrafen, die Strafe des Gehilfen ist obligatorisch gemäß §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern.⁷⁴ Der *Senat* änderte den Schuldspruch von sich aus, ließ die

⁶⁴ BGHSt 31, 136 ff. = *BGH*, Urt. v. 28.10.1982 – 4 StR 480/82 (juris).

⁶⁵ *Ebd.*, Rn. 4 (juris).

⁶⁶ *Ebd.*, Rn. 5-7 (juris).

⁶⁷ *Ebd.*, Rn. 5 (juris).

⁶⁸ *Ebd.*, Rn. 1 (juris).

⁶⁹ *Ebd.*, Rn. 2 (juris).

⁷⁰ *Ebd.*, Rn. 11 (juris).

⁷¹ *Ebd.*, Rn. 13 (juris).

⁷² BGHSt 31, 136 ff. = *BGH*, Urt. v. 28.10.1982 – 4 StR 480/82, Rn. 12 (juris).

⁷³ *Ebd.*

⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 14 (juris).

Strafzumessung des *LG* jedoch unberührt. Dieses hatte von vornherein die Sachverhaltsalternative der Beihilfe seinen Erwägungen gemäß § 46 StGB zugrunde gelegt und auch wie von §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB gefordert eine Strafraumverschiebung vorgenommen.⁷⁵

Zusammenfassend bleibt zu sagen, dass der *BGH* an dieser Stelle dem Institut der Wahlfeststellung enge Grenzen aufzeigte und zudem klarstellte, dass ein Freispruch trotz schuldhafter Verwirklichung eines Straftatbestandes dann zwingend ist, wenn weder Stufenverhältnis noch Auffangtatbestand vorliegen und die Kriterien der Wahlfeststellung ebenfalls nicht erfüllt sind. Eine „Verurteilung um jeden Preis“ kommt nicht in Frage.

2. Wahlfeststellung zwischen Vorsatzdelikt und Fahrlässigkeitsdelikt

In der frühen Rechtsprechung des *BGH* wurde vereinzelt eine Wahlfeststellung auch zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt für zulässig erklärt. So hatte man damals etwa nichts an einer Verurteilung „wegen fahrlässigen Falscheids oder Meineids“ auszusetzen.⁷⁶ Dies begründete man damit, dass zwar das *RG* enge Beschränkungen der Wahlfeststellung vorgesehen habe, dies sei allerdings nicht so zu verstehen, dass nur die vom *RG* explizit genannten Delikte einer Wahlfeststellung zugänglich seien. Vielmehr sei eine Wahlfeststellung immer dann zulässig, wenn die seinerzeit vom *RG* geäußerten Bedenken gegen die Wahlfeststellung als solche für den konkreten Fall nicht begründet seien.⁷⁷ Das *RG* bemerkte schon damals, die Wahlfeststellung verwässere die richterliche Tätigkeit, denn sie führe von Bejahung zu Verneinung von Delikten, belaste den Verurteilten über Gebühr mit einem „öffentlich bescheinigten Verdacht“ und führe zu unbilligen, nicht vertretbaren Ergebnissen.⁷⁸ Die Bedenken gegen die Wahlfeststellung seien aber in den Fällen, in denen die vom *RG* geäußerten Mahnungen nicht begründet seien, aus dem praktischen Bedürfnis nach ihrer Anwendung heraus zurückzustellen.⁷⁹

Im Ergebnis verkehrte der *BGH* damit die mahnenden Worte des *RG*, das gerade nicht so verstanden werden wollte, ins Gegenteil.

Später gelangte die Rechtsprechung in solchen Fällen zu einer eindeutigen Verurteilung über das Kriterium des Auffangtatbestands.⁸⁰ Hierbei lässt die

⁷⁵ *Ebd.*, Rn. 15 (juris).

⁷⁶ BGHSt 4, 340 (341).

⁷⁷ *Ebd.*, S. 342.

⁷⁸ RGSt 68, 257 (261).

⁷⁹ BGHSt 4, 341 (342).

⁸⁰ So etwa BGHSt 17, 210 (212).

Rechtsprechung offen, ob den Täter der Vorwurf des Vorsatzdelikts trifft. Stattdessen nutzt sie das Fahrlässigkeitsdelikt als „Auffangbecken“ für das, was zur Überzeugung des Gerichts tragfähige Grundlage einer Verurteilung sein kann. Die neuere und auch heutige Rechtsprechung erkennt ein „normatives Stufenverhältnis“ an.⁸¹ Zwar sei Fahrlässigkeit nicht einfach ein Minus zum Vorsatz, das in ihm enthalten sei, sondern vielmehr ein Aliud.⁸² Dennoch schließe dies die Annahme eines Stufenverhältnisses nicht aus.⁸³ Dieses Stufenverhältnis müsse nicht allein durch logische, sondern durch juristisch-wertende Betrachtung ermittelt werden. Ein Stufenverhältnis ergebe sich nicht nur bei „begrifflich-logischen“, sondern auch bei „normativ-ethischen“ Alternativen, die in einem „Mehr-oder-Weniger“-Verhältnis stünden. Somit sei nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu verfahren und (nur) wegen des Fahrlässigkeitsdelikts zu verurteilen.⁸⁴ Die (eindeutige) Verurteilung des Täters, den jedenfalls der Vorwurf der Sorgfaltspflichtverletzung trifft, erfolgt aber hier auch auf wahldeutiger Tatsachengrundlage – aus der „echten“ wird eine „unechte“ Wahlfeststellung.⁸⁵ Diese bietet den „Vorteil“, dass nur das Fahrlässigkeitsdelikt tenoriert wird und keine Belastung des Angeklagten mit einem wahldeutigen Schuldspruch erfolgt.

Viele der hierzulande diskutierten Probleme der Wahlfeststellung stoßen in der Betrachtung von Standpunkten außerhalb des deutschen Rechts auf Kritik und Unverständnis. Daher soll im Folgenden ein kurzer rechtsvergleichender Überblick gegeben werden.

II. Wahlfeststellung in anderen Rechtsordnungen

In vielen anderen Rechtsordnungen wird das Konzept der Wahlfeststellung kritisch gesehen und ist insbesondere rechtstheoretischen und rechtslogischen Einwänden ausgesetzt. Ein echtes Äquivalent in einer anderen Rechtsordnung hierzu besteht nicht, auch nicht im übrigen deutschsprachigen Raum. So lässt das österreichische Recht etwa die Wahlfeststellung bei verschiedenen Delikten, vor allem den praktisch relevanten wie etwa Diebstahl oder Hehlerei, von vornherein nicht zu.⁸⁶ Praktisch lässt man sich von „in dubio pro reo“ leiten und legt die für den Angeklagten günstigeren Tatsachen zugrunde, um ihn auf

⁸¹ So erstmals klarstellend BGHSt 32, 48 (52).

⁸² Ebd.; so auch Hecker, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 1 Rn. 85.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ Ebd.

⁸⁵ OLG Düsseldorf, NZV 1994, 486 (486 f.); Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 82), § 1 Rn. 85.

⁸⁶ Wolter (Fn. 49), S. 28.

Basis dessen zu verurteilen.⁸⁷ In der Schweiz ist dieses Konzept ebenfalls fast gänzlich unbekannt.⁸⁸ Wenn sich das Problem doch einmal stelle, werde sich zugunsten des Angeklagten eindeutig für den milderen Tatbestand entschieden.⁸⁹ Auch das belgische Recht lässt eine Verurteilung auf Grundlage einer alternativen Überzeugung überhaupt nicht zu.⁹⁰ Eine wahldeutige Verurteilung sei „verfassungs- und gesetzeswidrig, denn das Strafgesetz erhebe keine Handlung auf alternative Weise zu Vergehen“. Weiterhin sei „eine solche Entscheidung nicht nach den Gesetzesvorschriften begründet, der Angeklagte würde nicht wissen, wegen welcher Tat er verurteilt wäre und der Richter hätte nicht das Gesetz bezeichnet, welches er angewandt hätte“.⁹¹ Gleiches gilt im spanischen Recht.⁹² Auch das italienische Recht betrachtet eine Verurteilung aufgrund wahldeutiger Feststellung als unzulässig.⁹³ Doch man behelfe sich in der Praxis gerne damit, im Urteil eine Sicherheit vorzugeben, die man tatsächlich nicht habe.⁹⁴

Im englischen Recht geht man davon aus, dass die Anklagebehörde ihrer Beweislast nicht Genüge getan habe, wenn das Gericht nicht von einer eindeutigen, tatbestandsbezogenen Schuld des Angeklagten überzeugt ist.⁹⁵ Zwingende Folge ist der Freispruch.⁹⁶

Man ist der Ansicht, die Wahlfeststellung überschreite die Grenzen der Logik und entstamme nicht logischer Deduktion, sondern sei ein Produkt von „value

⁸⁷ *Günther*, Verurteilungen im Strafprozeß trotz tatsachenrelevanter Subsumtionszweifel, 1976, S. 215.

⁸⁸ *Wolter* (Fn. 49), S. 28.

⁸⁹ So *Zeiler*, Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage, ZStW 64 (1952), 156 (162), bezugnehmend auf die von ihm erhaltene Auskunft von *Pfenninger* (Professor an der Universität Zürich) und *German* (Professor an der Universität Basel); auf diese Auskünfte Bezug nehmend auch *Günther* (Fn. 87), S. 215.

⁹⁰ So *Zeiler* (Fn. 89), S. 163, bezugnehmend auf von ihm erhaltene Auskunft von *Beckaert* (Professor an der Universität Brüssel, Generalstaatsanwalt am Berufungsgericht Gent).

⁹¹ So die Auskunft von *Beckaert* nach *Zeiler* (Fn. 89), S. 163.

⁹² *Zeiler* (Fn. 89), S. 169, bezugnehmend auf von ihm erhaltene Auskunft von *Castejón* (Rat am Obersten Gerichtshof in Madrid).

⁹³ *Zeiler* (Fn. 89), S. 164 f.; nach Auskunft von *Vassali* (Professor an der Universität Genua); Grundlage dieser Überzeugung bilde in der italienischen Rechtsgemeinschaft ein Aufsatz von *Bettiol* („Sentenza penale di condanna e accertamento alternativo di fatti“, *Rivista Italiana di diritto penale* 1935, 463 ff.).

⁹⁴ So die Auskunft von *Vassali* nach *Zeiler* (Fn. 89), S. 165.

⁹⁵ *Endrumeit*, Die Wahlfeststellung und die Problematik der Überzeugungsbildung, der Identitätsbestimmung, der Urteilssyllogistik sowie der sozialen und personalen Gleichwertigkeit von Straftaten, 1972, S. 312; *Zeiler* (Fn. 89), S. 170.

⁹⁶ *Endrumeit* (Fn. 95), S. 312.

judgments [...] that respond in particular to the social dynamics of a given society [...]"⁹⁷

Viele Rechtsordnungen umgehen das Problem der Wahlfeststellung auch von vornherein, indem unter einen Tatbestand mehrere Handlungsformen zusammengefasst werden und sich das Problem, welche nun konkret verwirklicht ist, gar nicht erst stellt. In Norwegen etwa wurde das Gesetz dahingehend angepasst, dass Hehlerei lediglich eine Verfügung über eine gestohlene Sache voraussetzt, nicht erforderlich ist, dass sie ein anderer gestohlen hat.⁹⁸ Auch bezüglich des Täterbegriffes und daraus folgender problematischer Abgrenzungen zwischen verschiedenen Formen der Täterschaft sind andere Rechtsordnungen weniger streng in der Differenzierung. So werden etwa im österreichischen und auch im italienischen Recht die im deutschen Recht bekannten Teilnahmeformen unter eine Vorschrift zusammengefasst.⁹⁹ Demgegenüber sind in diversen ausländischen Rechtsordnungen, so etwa in England, im Recht vieler US-Bundesstaaten, der Niederlande und auch vieler sich an der britischen Rechtsordnung orientierender ehemaliger Kolonien alternative Anklagen, zum Teil sogar mit vielen verschiedenen Varianten, zulässig und auch in der Praxis gebräuchlich.¹⁰⁰ Möglich ist im angelsächsischen Strafverfahren auch, den Angeklagten wegen eines Anklagepunktes freizusprechen (etwa wegen Diebstahls), ihn aber so dann wegen des gleichen Sachverhalts (etwa wegen Hehlerei) dennoch zu verurteilen.¹⁰¹ Im Ergebnis müssen diese Anklagen aber auf ein eindeutiges Urteil hinauslaufen.¹⁰²

Die Wahlfeststellung als Urteilsgrundlage ist also ein „deutsches“ Konzept und stellt insoweit ein Unikum dar.¹⁰³ Ihre von der Praxis betonte Notwendigkeit wurzelt freilich auch in der Tatsache, dass im deutschen Strafrecht die einzelnen Straftatbestände enger und präziser formuliert sind als dies in anderen Rechtskreisen der Fall ist. Zusätzlich ist die Rechtsprechung dem

⁹⁷ Jeuntner, *Irresolvable Norm Conflicts in International Law: The Concept of a Legal Dilemma*, 2017, S. 124.

⁹⁸ (Damaliger) § 317 norwegisches Strafgesetzbuch (Stand 1972), heute § 332 (Hehlerei); siehe auch *Endruweit* (Fn. 95), S. 316.

⁹⁹ Siehe für das österreichische Recht: § 12 öStGB; für das italienische Recht: Art. 110 codice penale; so auch *Endruweit* (Fn. 95), S. 317.

¹⁰⁰ *Endruweit* (Fn. 95), S. 313 f.; ein besonders außergewöhnliches Beispiel ist etwa der Fall *Supreme Court of Illinois, People v. Skinner* 73 N.E. 2d 427 aus den USA mit 5(!) verschiedenen Anklagevarianten wegen ein und desselben tatsächlichen Geschehens.

¹⁰¹ *Zeiler* (Fn. 89), S. 169 f.

¹⁰² *Endruweit* (Fn. 95), S. 314.

¹⁰³ So *Arzt*, Anmerkung zu Urteil des BGH v. 3.10.1984 – 2 StR 166/84 (BGHSt. 33, 44), JR 1985, 211 (213).

„Präziserungsgebot“ verpflichtet, um den Anforderungen an Bestimmtheit und Rechtsklarheit gerecht zu werden.¹⁰⁴ Dies darf allerdings nicht dahingehend verstanden werden, dass das Gericht „korrigierend“ eingreifen dürfte, sollte ein besonderer Einzelfall aus dem Anwendungsbereich eines Strafgesetzes herausfallen, selbst wenn er ähnlich strafwürdig erscheinen sollte.¹⁰⁵

Arzt stellt (vom Standpunkt der Schweiz) zutreffend fest: „Warum gerade die deutschen Gerichte so oft außerstande sind, eindeutige Feststellungen zu treffen, ist das eigentliche Rätsel der Wahlfeststellung. Vielleicht erzeugt eine Rechtskultur, in der die Wahlfeststellung als Rechtsinstitut Fuß gefaßt hat, erst die Zweifel, um deren Lösung es geht.“¹⁰⁶

III. Abgrenzung zu Präpendenz- und Postpendenzfeststellungen

Im Rahmen der Thematik „Wahlfeststellung“ begegnet man des Öfteren auch den Begriffen „Präpendenz“ und „Postpendenz“. Diese sind jedoch von der Wahlfeststellung deutlich abzugrenzen. Bei Postpendenz handelt es sich um eine ungeklärte Straftat zeitlich vor einer feststehenden Tat, welche auf die Verurteilung wegen der feststehenden Tat Einfluss hätte.¹⁰⁷ Beispielsweise könnte feststehen, dass jemand Gelder veruntreut hat, aber es bleibt fraglich, ob er diese überhaupt erst durch einen Betrug erlangt hat. Man verurteilt in solchen Fällen dann „eindeutig“ wegen Betruges, es findet also keine Wahlfeststellung zwischen den Delikten statt.¹⁰⁸ Die Strafe ist in diesem Falle dem mildesten Strafgesetz zu entnehmen, ein Teilfreispruch, weil eine der beiden Taten nicht möglich sein kann (etwa, weil sie zueinander im Exklusivitätsverhältnis stehen), erfolgt nicht.¹⁰⁹

Präpendenz beschreibt solche Sachverhalte, bei denen die zeitlich frühere Tat feststeht, eine mögliche spätere Tat jedoch ungeklärt bleibt. Die Literatur unterscheidet zudem noch teilweise zwischen „konkurrenzrelevanten“ und „tatbestandsrelevanten“ Fällen der Post-/Präpendenz.¹¹⁰ Bei den „tatbestandsrelevanten“ Fällen, wenn also das Vorliegen eines Tatbestandes das Vorliegen des anderen ausschließt (wie etwa Diebstahl und Hehlerei), komme

¹⁰⁴ *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 77 f.); *Schubert*, Wahlfeststellung und strafrechtliches Gesetzlichkeitsprinzip – Bemerkungen aus Anlass des Anfragebeschlusses vom 28.1.2014 in der Sache 2 StR 495/12, NStZ 2014, 437 (440).

¹⁰⁵ *BVerfG*, NJW 2010, 3209 (3211 Rn. 77 f.).

¹⁰⁶ *Arzt* (Fn. 103), S. 213.

¹⁰⁷ *Fischer*, StGB, 66. Aufl. 2019, § 1 Rn. 45.

¹⁰⁸ *OLG Hamburg*, MDR 1994, 712 ff.; *Fischer* (Fn. 107), § 1 Rn. 45.

¹⁰⁹ *Fischer* (Fn. 107), § 1 Rn. 45.

¹¹⁰ *Ebd.*, § 1 Rn. 46.

nur eine Verurteilung nach den Grundsätzen der Wahlfeststellung in Betracht, keine eindeutige.¹¹¹

Anders als bei der Wahlfeststellung handelt es sich hier nur um eine einseitige Sachverhaltsunklarheit. Eines der beiden Delikte wurde auf jeden Fall verwirklicht, die Überzeugung des Gerichts im Sinne des § 261 StPO steht also auf einem sichereren Fundament als bei der Wahlfeststellung. Bei der Wahlfeststellung hingegen sind beide möglichen Sachverhaltsvarianten ungewiss, daher ist bei ihr die rechtsstaatliche Problematik einer darauf gestützten Verurteilung gravierender.

IV. Die „unechte“ (gleichartige) Wahlfeststellung

Die weniger problematische Form der Wahlfeststellung stellt die sog. „unechte“ oder „gleichartige“ Wahlfeststellung dar. Hier erfolgt eine Verurteilung aufgrund wahldeutiger Tatsachengrundlage.¹¹² Das bedeutet, der genaue Hergang der Tat ist nicht mehr aufzuklären, jedoch steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass ein bestimmtes Delikt durch einen bestimmten Täter verübt wurde. Beispiel: „A hat B entweder am 1.1. oder am 2.1. getötet“. Beide Sachverhaltsalternativen unterfallen aber der gleichen rechtlichen Würdigung, am Unrechts- und Schuldgehalt änderte sich nichts, legte man die jeweils andere Sachverhaltsvariante dem Urteil zugrunde. Eine solche Verurteilung ist weiterhin nur im Rahmen des § 264 StPO zulässig. Alle möglichen Handlungen müssen demnach im Prozess zur Überzeugung des Gerichts festgestellt sein, es darf keine anderen Möglichkeiten geben außer denen im wahldeutig formulierten Tenor. Diese Form der Wahlfeststellung, wenn auch nicht völlig unbedenklich, unterfällt zumindest nicht so weitreichenden Bedenken wie die im Folgenden zu beleuchtende „echte“ Variante der Wahlfeststellung.

V. Die „echte“ (ungleichartige) Wahlfeststellung

Die tiefgehenden Probleme hinsichtlich Gesetzlichkeitsprinzip und Rechtsstaatlichkeit ergeben sich bei der „echten“ Wahlfeststellung. Hierbei handelt es sich um die Verurteilung aufgrund zweier (oder mehr) Straftatbestände, von denen mindestens einer zur Überzeugung des Gerichts auf jeden Fall verwirklicht wurde. Es kommt also zur Verurteilung wie etwa im Ausgangsfall „wegen Diebstahls oder Hehlerei“. Sollten nicht nur vergleichbare Rechtsgüter verletzt sein, welche einer Wahlfeststellung zugänglich sind, so scheidet man zunächst die „überschießenden“ Elemente nach dem in dubio pro reo-Grundsatz aus (so etwa das Nötigungselement bei Wahlfeststellung

¹¹¹ *Ebd.*, unter Bezugnahme auf *Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 82), § 1 Rn. 85.

¹¹² *Kühl*, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, § 1 Rn. 17.

zwischen (schwerem) Raub und Hehlerei) und beschränkt die Wahlfeststellung sodann auf die übrigen Tatbestände, in diesem Falle also Diebstahl oder Hehlerei.¹¹³

1. Tenorierung im Urteil

Hinsichtlich des Tenors ist zu beachten, dass sich die Anwendung mehrerer Strafgesetze auf wahldeutiger Grundlage direkt aus der Urteilsformel ergeben muss.¹¹⁴ Mangels gesetzlicher Regelung unterliegt die konkrete Ausgestaltung des Tenors richterlichem Ermessen. In der Praxis hat sich durchgesetzt, die beiden wahlweise angewandten Normen mit der Verwendung von „oder“ in der Urteilsformel zu verbinden: „A wird wegen Diebstahls oder Hehlerei verurteilt“. Im Fall der „unechten“ Wahlfeststellung oder der Postpendenzfeststellung dagegen kommt die Anwendung der Rechtsfigur nicht in der Urteilsformel zum Ausdruck, darauf wird erst in den Entscheidungsgründen eingegangen.¹¹⁵

2. Begrenzung des Strafmaßes durch das mildere Strafgesetz

Bei der Ermittlung des im konkreten Fall mildesten Gesetzes ist kein abstrakter Strafrahmenvergleich vorzunehmen. Vielmehr muss der Tatrichter für jede in Frage kommende Sachverhaltsalternative jeweils erörtern, welche Strafe er (nach allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen) jeweils für angemessen hielte, wenn die eine oder die andere Handlung zweifelsfrei feststünde. Darauf basierend hat er dann die niedrigere der beiden ermittelten Strafen zu verhängen.¹¹⁶

3. Voraussetzungen, Ausschlussfunktion

Damit die „echte“ Wahlfeststellung zur Anwendung kommt, muss jede Möglichkeit, den Sachverhalt so aufzuklären, dass eine eindeutige Verurteilung möglich ist, ausgeschöpft worden sein.¹¹⁷ Verurteilt man sodann auf Grundlage der Wahlfeststellung, werden andere Delikte (wie etwa das der Geldwäsche in dem vor dem *Großen Strafsenat* behandelten Fall) ausgeschlossen, die der Wahlfeststellung nicht zugänglich sind. Zudem müssen die Delikte „rechtsethisch und rechtspsychologisch vergleichbar sein“. An der konkreten Bemessung dieser Konturen ist seit Anbeginn der Wahlfeststellung immer

¹¹³ *Kübl*, in: Lackner/Kühl (Fn. 112), § 1 Rn. 17.

¹¹⁴ *Mayer-Goßner*, in: Mayer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. 2019, § 260 Rn. 27.

¹¹⁵ *Ebd.*

¹¹⁶ So bereits RGSt 69, 369 (374 f.); dem folgend BGHSt 13, 70 (72); bestätigend *BGH*, NStZ-RR 2015, 40 (41).

¹¹⁷ BGHSt 62, 164 (168 f. Rn. 15).

wieder erbitterter Streit entbrannt. Fast alle Kontroversen drehen sich um dieses Kriterium, weswegen viele Stimmen eine Konkretisierung fordern.

Es wurde gezeigt, dass die wahldeutige Verurteilung schon lange auf sehr viele Zweifel stößt und Unsicherheiten auslöst. Wenn die Kapazitäten weder der Anklagebehörde noch des Gerichts ausreichen, einen eindeutigen Tatnachweis zu erbringen, ist es dann legitim, eine Verurteilung erfolgen zu lassen, weil der Täter ja „irgendeines“ der Delikte begangen haben muss und somit keinen Freispruch „verdient“? Oder kaschiert man Unzulänglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden bzw. der umfassenden richterlichen Aufklärungspflicht, die aus §§ 244, 261 StPO folgt, unter dem Mantel der Schaffung von „Einzelfallgerechtigkeit“ und verkehrt den Grundsatz „in dubio pro reo“ ins Gegenteil?

D. Kritische Würdigung des Beschlusses des *Großen Strafsenats*

Mit Urteil vom 25.10.2017 setzte der 2. *Strafsenat* den ergangenen Beschluss, welcher die bisherige Rechtsprechung mit Bindungswirkung für die einzelnen Strafsenate bestätigt, um.¹¹⁸ Er hielt den Schuldspruch auf Grundlage der Wahlfeststellung nun aufrecht und verwarf die Revisionen der Angeklagten.¹¹⁹ Am Institut der „echten“ Wahlfeststellung wird also nicht gerüttelt, obwohl sich breite Kritik aufat.

Der Einschätzung des *Großen Strafsenats*, die „echte“ Wahlfeststellung in ihrer jetzigen Form sei legitim, kann nicht gefolgt werden. Es bestehen durchgreifende Kritikpunkte an diesem Rechtsinstitut, auf die im Einzelnen eingegangen wird.

I. Irrtumsgefahr und „Verwässerung“ der richterlichen Tätigkeit – Die mahnenden Worte des *Reichsgerichts*

Das RG erkannte bereits bei der Einführung des Rechtsinstituts, dass die Wahlfeststellung ein problematisches Konstrukt ist. Bevor der NS-Gesetzgeber und ihm folgend die NS-Gerichtsbarkeit sie in ihrem Sinne missbrauchten, hielten die *Vereinigten Großen Strafsenate* des RG noch warnend fest: „Würden wahldeutige Feststellungen schrankenlos zugelassen, so würde das Gewicht der geistigen Arbeit, die der Richter zu leisten hat, um das Bild des von der Klage erfassten Lebensvorgangs in sich zu gestalten, von der Bejahung in die Verneinung übergehen“.¹²⁰ Bleibe der Richter in der Erforschung der Wahrheit

¹¹⁸ BGH, NStZ-RR 2018, 47 ff.

¹¹⁹ *Ebd.*, S. 47.

¹²⁰ RGSt 68, 257 (261).

so weit zurück, dass er keinen bestimmten tatbestandsmäßigen Vorgang zu erkennen vermöge, sondern nur eine Mehrheit von Gestaltungen vorfinde, welche die undeutlichen Erscheinungsformen bloßer Möglichkeiten zeigten, so rücke die Gefahr eines Irrtums bedenklich nahe. Die nach § 261 StPO erforderliche Überzeugung habe so keinen zuverlässigen Boden. Auch auf die Urteilswirkung habe dies negative Auswirkungen. Der Richter habe sich nicht zur Gewissheit durchgerungen, was geschehen sei. Er belaste sodann den Verurteilten mit einem „öffentlich bescheinigten Verdacht“. Die Ungerechtigkeit einer solchen Wahlfeststellung dränge sich da besonders auf, wo mehrere Verfehlungen verschiedener Natur, welche verschiedene Schlüsse über den Täter zuließen, in die Wahl aufgenommen würden. Daher sei daran gelegen, dass gerichtliche Entscheidungen, die sich als unsichere, schwankende Erklärungen kennzeichneten, im Strafverfahren nicht weiter um sich griffen, als ein zwingendes Bedürfnis es verlange.¹²¹

Diese Sätze haben auch fast ein Jahrhundert später ihre Geltung keineswegs eingebüßt. Die Belastung mit einem nicht auf Tatsachen begründeten, strafmakelähnlichen Verdacht ist nach wie vor geeignet, den Verurteilten sowohl persönlich als auch gesellschaftlich negativ zu beeinflussen und zu stigmatisieren. Aus der Kriminologie, insbesondere vor dem Hintergrund der Theorien des „*labeling approach*“¹²² sowie der differentiellen Assoziation¹²³ ist bekannt, dass die Stigmatisierung als „Täter“ der Resozialisierung erheblich entgegenwirken kann, vielmehr sogar weiteres delinquentes Verhalten zu befördern geeignet ist.¹²⁴ Der Verurteilte, welcher sich aufgrund beider wahldeutig erkannter Delikte bemakelt sieht, wird auch weiterhin seinem Rollenmuster, welches ihm gerichtlich bestätigt wurde, gerecht werden wollen.¹²⁵

Daraus kann gefolgert werden: Die wahldeutige Verurteilung intensiviert die negative soziale Konstruktion der individuellen Identität.¹²⁶

¹²¹ *Ebd.*

¹²² Bock, Kriminologie, 5. Aufl. 2019, Rn. 189 ff.; der „*labeling approach*“ wurde begründet von Tannenbaum (in: *Crime and the Community*, 1938) und in der deutschen Kriminologie insbesondere von Sack („Neue Perspektiven in der Kriminologie“, in: *Sack/König*, Kriminologischer Jahrbuch, 1968, S. 431 ff.) rezipiert.

¹²³ Bock (Fn. 122), Rn. 147 ff.; die differentielle Assoziation und differentielle Verstärkung sind Konzepte aus der Sozialen Lerntheorie von Akers („*Social Learning Theory*“, in: *Explaining Criminals and Crime*, 1994, S. 192 ff.).

¹²⁴ Bock (Fn. 122), Rn. 189 f. nach Tannenbaum (Fn. 122), S. 17.

¹²⁵ In diesem Sinne auch Bock (Fn. 122), Rn. 190.

¹²⁶ Zur „sozialen Konstruktion der Identität“: Tannenbaum (Fn. 122), S. 17 ff.

II. Die problematische Geschichte der Rechtsfigur

Weitere gravierende Bedenken begegnen der – zur Legitimation der Rechtsfigur herangezogenen – Annahme des Bundesgesetzgebers von 1953, bei § 2b StGB i. d. F. v. 28.6.1935, der die „echte“ Wahlfeststellung gesetzlich fixierte, habe es sich „nicht um typisch nationalsozialistisches Recht“ gehandelt.¹²⁷ Zwar mag die Einzelnorm nicht per se rechtsstaatswidrig oder durch NS-Gedankengut geprägt sein, jedoch eingebettet in den systematischen Kontext des § 2 StGB i. d. F. v. 28.6.1935, der in Abs. 2 als Strafgrundlage das „gesunde Volksempfinden“ bemühte, bleibt ein gewisser Beigeschmack. Weiterhin kommt auch in ihr der Geist zum Ausdruck, den Grundsatz „in dubio pro reo“ zugunsten subjektiver Gerechtigkeitsabwägungen über den Haufen zu werfen.¹²⁸ Diese Praxis fügte sich nahtlos in den damaligen Trend der „Materialisierung“ des Strafrechts ein. Man kann die Norm nicht aus ihrem NS-Kontext herausnehmen.¹²⁹

Trotz des Überschreitens der Grenzen, welche sich der *BGH* selbst in Urteilen kurz nach dem Ende der NS-Herrschaft setzte und sogar der Grenzen, die sich das *RG* im Jahr 1934 setzte, entschied der Gesetzgeber, man könne die Entwicklung der Rechtsfigur der Rechtsprechung und dem Schrifttum überlassen und vergab die Möglichkeit, Klarheit zu schaffen. Es ist in ständiger Rechtsprechung in Verkennung geraten, dass das *RG* 1934 vom Grundsatz der Unzulässigkeit gesetzessalternativer Verurteilungen ausging und nur eine einzige klar definierte Ausnahme zuließ, da für sie (und nur für sie!) ein zwingendes Bedürfnis bestand. Gerne spricht man auch heute zur Begründung der Rechtmäßigkeit der „echten“ Wahlfeststellung von einer „Anlehnung an das *RG*“, handelt aber so, wie es das *RG* seinerzeit gerade nicht wollte. Stattdessen wird das damals in aller Deutlichkeit betonte Regel-Ausnahme-Prinzip auf den Kopf gestellt. Dies ist umso problematischer angesichts dessen, dass es sich hier nicht um irgendwelche Regeln handelt, sondern um elementare rechtsstaatliche Grundsätze.

¹²⁷ So in BT-Drucks. 1/2713, S. 19.

¹²⁸ *Wagner*, Entscheidungsbesprechung zu BGH 2 StR 495/12, ZJS 2014, 436 (440).

¹²⁹ So auch *Wagner* (Fn. 128), S. 440.

III. Zusätzliche Belastung des Verurteilten mit wahldeutigem Schuldspruch

Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass teilweise auch dem Schuldspruch als solchem, der im Strafrecht schließlich ein sozialetisches Unwerturteil beinhaltet, Strafcharakter beigemessen wird.¹³⁰

Folgt man dieser Auffassung, dann würde jedes wahldeutige Urteil den Betroffenen mit einer Strafe belasten, die nicht auf einem tatsächlich verwirkten Tatbestand beruht. Auch wenn das erkennende Gericht nicht zu klären vermag, welches der beiden tenorierten Delikte nun verwirklicht wurde, steht in Fällen wie hier definitiv fest, dass es nicht beide gleichzeitig sein können.

1. Der Schuldspruch als Strafübel eigener Art

So argumentiert eine Auffassung in der Lehre, Strafe setze sich zwingend aus dem Schuldspruch sowie (gegebenenfalls) der zusätzlichen Verhängung eines Strafübels wie Geld- oder Freiheitsstrafe zusammen.¹³¹ Die staatliche Reaktion stelle sich in Form von „Tat A = Schuldspruch „A“ + (ggf.) Strafübel proportional zu A“ dar.¹³² Der Hauptbestandteil der Strafe aus straftheoretischer Sicht sei der Schuldspruch, dieser sei der Kern der gesellschaftlichen Antwort auf die Infragestellung der übertretenen Verhaltensnorm.¹³³ Ein Schuldspruch könne jedoch allein unter der Voraussetzung in rechtmäßiger Weise erfolgen, dass das Fehlverhalten des Angeklagten inhaltlich eindeutig benannt werden kann.¹³⁴ Die Aussage, dass sich der Angeklagte grundsätzlich falsch verhalten habe, ohne genau angeben zu können, inwiefern, werde den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Tatstrafrecht nicht gerecht.¹³⁵ Ein dennoch erfolgreicher Schuldspruch sei nicht

¹³⁰ So etwa: *Freund/Rostalski*, Verfassungswidrigkeit des wahldeutigen Schuldspruchs, JZ 2015, 164 (168); *Kaiser*, Die Beschwer als Voraussetzung strafprozessualer Rechtsmittel, 1992, S. 61; *Waiblinger*, Der rechtliche Charakter und die Bedeutung der Schuldigerklärung im Strafprozeß. Das Problem der Teilrechtskraft, in: FS Pfenniger, 1958, S. 158 (162 ff.); *Plöttner*, Die Beschwer des Angeklagten im Rechtsmittelverfahren, 1973, S. 50 f.; a. A. jedoch BGHSt 20, 116 (120).

¹³¹ *Freund/Rostalski* (Fn. 130), S. 168.

¹³² *Ebd.*

¹³³ *Ebd.*, S. 165; ähnlich *Wagner*, Die selbstständige Bedeutung des Schuldspruchs im Strafrecht, insbesondere beim Absehen von Strafe gemäß § 16 StGB [mittlerweile § 60 StGB, Anm. d. Verfassers], GA 1972, 33 (37).

¹³⁴ *Freund/Rostalski* (Fn. 130), S. 168; so auch bereits *Freund*, Nicht „entweder – oder“ sondern „weder – noch“! Zum Verstoß gesetzesalternativer Wahlfeststellung gegen Art. 103 II GG, in: FS Wolter, 2014, S. 35 (56); ebenso *Frister*, Anmerkung zu BGH 2 StR 495/12, StV 2014, 584 (585).

¹³⁵ *Freund/Rostalski* (Fn. 130), S. 168; so auch bereits *Freund* (Fn. 134), S. 50.

nur unberechtigt, sondern sogar dysfunktional. Solange mit Berechtigung von „Strafe“ die Rede sein soll, sei erforderlich, dass ein bestimmter Verhaltensnormverstoß tatsächlich feststehe. Die Notwendigkeit eines eindeutigen Schuldspruchs folge zwingend aus normlogischen Erwägungen, denn durch sein Fehlverhalten stelle der Täter die Geltung einer bestimmten Norm infrage. Die Antwort der Rechtsgemeinschaft habe daher ebenso klar und präzise auszufallen.¹³⁶ Nur eine inhaltlich zutreffende Reaktion werde demgemäß der Funktion staatlicher Strafe zur Wiederherstellung des Rechts gerecht. Bei der Wahlfeststellung werde jedoch durch den Schuldspruch auch immer eine Norm bekräftigt, die gar nicht in ihrer Geltung angegriffen wurde.¹³⁷ Ein solches staatliches Vorgehen sei sachlich nicht zu rechtfertigen, es entspreche nicht dem Menschenbild einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, den Delinquenten hierdurch zum „Mittel zum Zweck“ zu machen. Auch stehe dem nicht entgegen, dass in Fällen der „echten“ Wahlfeststellung der Täter immerhin gegen irgendeine Verhaltensnorm verstoßen habe und somit ein Bedürfnis nach staatlicher Reaktion auf sein Fehlverhalten bestehe. Dieses Bedürfnis beziehe sich allein auf den Verhaltensnormverstoß, der sich tatsächlich ereignet habe. Ein Verstoß gegen eine Verhaltensnorm sei nur ein Angriff auf die Geltungskraft dieser Regelung, nicht aber gegen die Gesamtrechtsordnung. Die Befriedigung des Bedürfnisses, die Normgeltung zu bestätigen, könne somit nur im Wege der eindeutigen Aburteilung erfolgen – nicht durch irgendeine Reaktion.¹³⁸ Dem Täter müsse genau das rechtliche Fehlverhalten zum Vorwurf gemacht werden, welches er begangen habe.¹³⁹ Ansonsten liefe „Strafe“ auf einen Tadel hinaus, irgendetwas Unerlaubtes getan zu haben, also ein „Täter“ zu sein.¹⁴⁰ Im rechtsstaatlichen Tatstrafrecht verböten sich solche Gedanken. Daher sei und bleibe es unmöglich, die Rechtsfolge des wahldeutigen Schuldspruchs zu legitimieren.¹⁴¹

Weiterhin wird argumentiert, der Präventionszweck der Strafe bestätige die Selbstständigkeit des Schuldspruchs.¹⁴² Der bloße Rechtsfolgenausspruch reiche für eine spezial- oder generalpräventive Wirkung nicht aus, vielmehr müsse dieser in eine Beziehung zum Schuldvorwurf gesetzt werden. § 260 Abs. 4 S. 1 StPO ordne die Aufnahme des Schuldspruchs in den Tenor auch dann an,

¹³⁶ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 164; so auch bereits Freund (Fn. 134), S. 52; ebenso Frister (Fn. 134), S. 585.

¹³⁷ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165.

¹³⁸ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165; so auch bereits Freund (Fn. 134), S. 56.

¹³⁹ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165; so auch bereits Freund (Fn. 134), S. 52.

¹⁴⁰ Freund/Rostalski (Fn. 130), S. 165.

¹⁴¹ Freund (Fn. 134), S. 50.

¹⁴² Kaiser (Fn. 130), S. 61; so auch Wagner (Fn. 133), S. 42.

wenn das Strafmaß gar nicht dem entsprechenden Tatbestand entnommen wird, so etwa im Falle der Idealkonkurrenz.¹⁴³ Auch alle entwickelten Einschränkungen im Bereich der Wahlfeststellung seien überflüssig, wenn nicht bereits an den Schuldspruch ein eigenständiger sozialemischer Vorwurf geknüpft wäre.¹⁴⁴ Dieser stelle auch eine eigenständige Beschwer dar, welche mit Rechtsmitteln angreifbar sei.¹⁴⁵ Dies folge daraus, dass der Schuldspruchentscheidung eine Feststellungswirkung sowie eine Gestaltungswirkung im Hinblick auf die Rechtsstellung des Angeklagten zukomme. Man bescheinige ihm einen ideellen Angriff auf den Geltungsanspruch einer materiell-straftrechtlichen Verhaltensnorm, somit ein sozialschädliches Verhalten. Er werde durch den Schuldspruch sozialemischer negativ gekennzeichnet und einer zumindest psychischen Repressivwirkung ausgesetzt. Auch und gerade in Fällen des isolierten Schuldspruchs, etwa beim Absehen von Strafe gemäß § 60 StGB, zeige sich der Präventivgedanke als einzige Legitimationsgrundlage, dennoch ein Schuldfeststellungsbedürfnis zu bejahen und den Täter den genannten Folgen auszusetzen.¹⁴⁶

Auch sei die „Schuldigerklärung“ wegen einer *bestimmten* mit Strafe bedrohten Handlung nichts anderes als die prozessuale Reflexwirkung des Dogmas „nulla crimen sine lege“. ¹⁴⁷ Im Strafprozess bestehe ein von der Verurteilung zu Strafe unabhängiges öffentliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass sich der Angeklagte einer bestimmten Tat schuldig gemacht habe.¹⁴⁸ Es sei daher vom Gesichtspunkt der Rechtsstaatlichkeit bedenklich, wollte man die Urteilsqualität des Schuldspruchs verneinen. Sähe man die Schuldfrage nur als Durchgangsfeststellung für Strafzumessung und Maßnahmenanordnung, so wäre nicht nur jede wahldeutige Tatbestandsfeststellung zulässig, solange sie die gleiche Strafe zur Folge hätte, auch jede „Wahlqualifikation“ mit gleicher Straffolge wäre möglich.¹⁴⁹

2. Der Schuldspruch als bloße Strafvoraussetzung

Die Gegenansicht tritt dieser Auffassung damit entgegen, durch Einordnung des Schuldspruchs als Strafe anstelle eines rein kommunikativen Strafzweckbezugs werde der Schuldspruch „unrechtsakzessorisch“, semantisch spiegelnd, mithin nicht mehr unrechtsneutral, wie §§ 38, 40 StGB es

¹⁴³ Wagner (Fn. 134), S. 40 f.

¹⁴⁴ Kaiser (Fn. 130) S. 61.

¹⁴⁵ Ebd., S. 160.

¹⁴⁶ Kaiser (Fn. 130), S. 160; Wagner (Fn. 133), S. 47 ff.

¹⁴⁷ Waiblinger (Fn. 130), S. 163 [Hervorhebung durch den Verfasser].

¹⁴⁸ Ebd., S. 162.

¹⁴⁹ Ebd., S. 163.

erforderten.¹⁵⁰ Vielmehr liege allein in der Sanktion die „Gegenrede“ der Rechtsgemeinschaft, nur in ihr liege die notwendige „Expressivität des Strafschmerzes“. Der Schuldspruch sei auch nicht in den §§ 38 ff. StGB aufgeführt, zudem spreche § 60 StGB von einem „Absehen von Strafe“, obwohl ein Schuldspruch ergehe. Der Schuldspruch sei syllogistisch betrachtet nichts anderes als die (verbindliche) Aussprache der *praemissia minor* zur *conclusio* Strafe. Als Voraussetzung der Strafe könne er somit nicht selbst Strafe sein.

In Bezug auf die Wahlfeststellung sei mitnichten in einer alternativen Verurteilung eine Aufgabe des Tatstrafrechts zu sehen, ein „Generaldelikt des Rechtsbruchs“ komme vor Gericht nicht vor.¹⁵¹ Auch konfligiere eine solche Verurteilung nicht mit Art. 103 Abs. 2 GG, dieser sei nicht die Ermächtigungsgrundlage für eine staatliche Reaktion in Gestalt von Strafe, sondern vielmehr eine Spezialregel, die zusätzliche Anforderungen an die Gesetzesvorbehalte der durch den Strafeingriff verkürzten Grundrechte stelle. Es sei nicht einsichtig, den Garantiegehalt mehrerer Vorschriften in jede einzelne hineinzuiinterpretieren, sodass am Ende „alles in allem stünde“.¹⁵²

Stuckenberg, welcher diese Auffassung vertritt, konzidiert jedoch, dass die „echte“ Wahlfeststellung trotz – nach seiner Ansicht – Nichteinschlägigkeit des Art. 103 Abs. 2 GG nicht ohne weiteres verfassungsrechtlich unbedenklich sei.¹⁵³ Aus dem allgemeinen Rechtsstaatsgebot müsse die Überlegung folgen, ob nicht eine gesetzliche Grundlage für die wesentlichen Voraussetzungen eines staatlichen Grundrechtseingriffs zu verlangen ist. Da die Wahlfeststellung zur Grundlage der Entscheidung „Strafe oder Freispruch?“ werde, sei sie auch eine solche wesentliche Voraussetzung. Anstelle einer Positivierung der Wahlfeststellung komme aber auch eine Flexibilisierung materieller Tatbestandsvoraussetzungen in Betracht, sodass eine Wahlfeststellung gar nicht erst erforderlich sei.¹⁵⁴ Auch er verweist exemplarisch auf die Regelungen des norwegischen Strafgesetzes bezüglich Diebstahls und Hehlerei. Wenn man schon das „strafprozessuale Aschenputtel“ nicht „erschlagen“ wolle, so könne man doch wenigstens dessen Dienste überflüssig machen.¹⁵⁵

¹⁵⁰ *Stuckenberg*, Erwiderung zum Streit um die echte Wahlfeststellung, JZ 2015, 714 (714).

¹⁵¹ *Ebd.*, S. 715.

¹⁵² *Stuckenberg* (Fn. 150), S. 716.

¹⁵³ *Stuckenberg*, Entscheidungsbesprechung zu BGH 2 StR 495/12, ZIS 2014, 463 (471).

¹⁵⁴ *Ebd.*, S. 472.

¹⁵⁵ *Ebd.*

3. Eigene Stellungnahme

Jeder Angeklagte gilt bis zum Beweis seiner Schuld als unschuldig, dies stellt Art. 6 Abs. 2 EMRK unmissverständlich klar. In Fällen der „echten“ Wahlfeststellung ist dieser Nachweis aber gerade nicht in der gebotenen Weise zu führen, weswegen man sich ja gerade erst dieses Konstrukts bedienen muss. Gerade im Falle des wahldeutigen Tenors wiegt die Stigmatisierung schwerer, da schließlich immer eines der beiden dem Täter bescheinigten Delikte nicht verwirklicht wurde. Der so vom RG bereits erkannte „öffentlich bescheinigte Verdacht“ lässt sich auch nicht allein durch die Konjunktion „oder“ im Tenor entschärfen. Die Öffentlichkeit wird den Täter dennoch durch beide Delikte bemakelt sehen. Darin ist ein über die reine Rechtsfolge hinausgehendes Strafübel zu erkennen, welches den Täter zudem länger verfolgen wird als die eigentliche Rechtsfolge. Daraus folgt, dass bei einer „echten“ Wahlfeststellung stets eine Belastung für den Verurteilten statuiert wird, welche einer gesetzlichen Grundlage entbehrt. Zwar ist die Belastung soweit gerechtfertigt, wie der Verurteilte tatsächlich Unrecht verwirkt hat, aber eben auch nur bis dahin. Eines der beiden Delikte wurde nicht begangen und wird dennoch tenoriert. Der wahldeutige Tenor stellt also ein Strafübel dar, welches nicht auf gesetzlicher Grundlage beruht. Somit steht er im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 2 GG. Weiterhin hat der Schuldspruch, gerade der wahldeutige, sehr wohl Potential, den Täter gesellschaftlich zu stigmatisieren und ihm eine Beschwer eigener Art aufzuerlegen. Auch wenn das in den Straftatbeständen des Besonderen Teils angedrohte Strafübel das Hauptelement des rechtsstaatlichen Unrechtsausgleichs darstellen mag, so ist die belastende Wirkung eines Schuldspruchs als Eingriff in den sozialen Status des Rechtsunterworfenen nicht in Abrede zu stellen. Nicht umsonst sind viele Resozialisierungsprobleme verurteilter Sträflinge auf die Stigmatisierung zurückzuführen, die gerade aus der Verurteilung herrührt – nicht aus der konkreten Bemessung des verhängten Strafübels.

IV. Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen „*nullum crimen, nulla poena...*“ und „*in dubio pro reo*“

Der Grundsatz „*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa et stricta*“ ist einer der elementaren Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit. In ihm spiegeln sich zentrale Wertentscheidungen der freiheitlich-demokratischen Grundordnung wider, die auch und sogar gerade in einem Spannungsfall wie dem der Wahlfeststellung die zentrale Leitlinie des Rechtsanwenders sein müssen. Wird auf Grundlage der „echten“ Wahlfeststellung verurteilt, so wird gerade nicht wegen der klar normierten gesetzlichen Tatbestände Strafe ausgesprochen, sondern es wird vielmehr eine dritte, nicht normierte,

„entweder- oder“-Handlungsalternative geschaffen.¹⁵⁶ Dem 2. *Strafsenat* ist beizupflichten, dass dem Gesetzesvorbehalt nicht Genüge getan ist, denn hier wird Strafbarkeit ohne gesetzliche Basis begründet. Der Gesetzgeber kann sich – wie der 2. *Senat* zutreffend anmerkt¹⁵⁷ – seiner Verantwortung, diese Thematik selbst zu regeln, nicht durch den Verweis auf Richterrecht oder Rechtsfortbildung durch Lehre und Praxis entziehen. Die Verurteilung kann sich gerade nicht auf die beiden schon vorhandenen Strafgesetze stützen, denn es wurden nicht etwa beide Delikte „ein bisschen“ begangen, sondern keines davon ist mit der erforderlichen Sicherheit nachweisbar.¹⁵⁸ Der eindeutige Aussagegehalt des Art. 103 Abs. 2 GG lässt sich nicht durch das Streben nach „materieller Gerechtigkeit“ relativieren oder suspendieren. Die Wertentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers dürfen nicht hinter kriminalpolitische Bedürfnisse zurückgestellt werden.¹⁵⁹ Die vor unrechtmäßiger Strafe schützende Funktion des formell-straftbegrenzenden Art. 103 Abs. 2 GG ist gerade dann besonders relevant, wenn das Ergebnis ungerecht scheint.¹⁶⁰ Dass es zu „ungerecht“ scheinenden Freisprüchen kommt, ist aus rechtsstaatlichen Gründen hinzunehmen.¹⁶¹ Gerade in diesem Fall muss die Form geschworene Feindin der Willkür und Zwillingschwester der Freiheit sein (nach *Jhering*¹⁶²).

Die „Einzelfallgerechtigkeit“ darf, möge es auch in der konkreten Situation schwer auszuhalten sein, nicht so wichtig sein, als dass man für sie Grundprinzipien der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung durchbrechen dürfte. Die Gefahr einer schleichenden „Normalisierung“ der Ausnahme, weil immer wieder ein „praktisches Bedürfnis“ nach ihr entstehen würde, besteht und hat sich in der Vergangenheit bewahrheitet, wie die Geschichte der Wahlfeststellung nach 1945 zeigt.

Zudem beinhaltet der „in-dubio pro reo“-Grundsatz den klaren Aussagegehalt, dass bei nicht behebbaren tatsächlichen Zweifeln – welche hier bei jeder denkbaren (aber eben nur denkbaren!) – Tatvariante vorliegen, die für den Angeklagten günstigere Entscheidung zu treffen ist.¹⁶³ Im Falle nicht zweifelsfreier tatsächlicher Verurteilungsvoraussetzungen darf der Status des

¹⁵⁶ BGH, NStZ 2014, 392 (394 Rn. 25).

¹⁵⁷ *Ebd.*, S. 395 Rn. 34.

¹⁵⁸ So auch *Freund* (Fn. 134), S. 53.

¹⁵⁹ So auch *Freund* (Fn. 134), S. 43.

¹⁶⁰ So auch *ebd.*, S. 47, 50.

¹⁶¹ *Ebd.*, S. 59.

¹⁶² *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 2, Bd. 2, 1854, S. 32.

¹⁶³ *Zopfs*, Der Grundsatz „in dubio pro reo“, 1999, S. 261.

Angeklagten nicht nachteilig verändert werden.¹⁶⁴ Hier wird dies aber durch die Verurteilung nicht nur wegen eines, sondern sogar wegen zweier Delikte im Strafausspruch in „in dubio contra reum“ verkehrt.¹⁶⁵ Die Frage, welche der beiden Varianten einschlägig ist, überdeckt regelmäßig die Frage, ob denn überhaupt zweifelsfrei feststeht, dass der Angeklagte eines der beiden Delikte tatsächlich verwirklicht hat.¹⁶⁶ Dem 2. *Strafsenat* ist daher beizupflichten, dass die bisher nicht gestellte Frage nach der Vereinbarkeit mit dem Gesetzlichkeitsprinzip dringend der Aufwerfung bedarf. Schließlich werden hier keine technischen Regelungen für das Wie der Straffeststellung und des Verfahrensablaufs getroffen, es wird ein Ob der Strafbarkeit statuiert und unter Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“ ein Strafausspruch getätigt für Taten, von denen keine zweifelsfrei feststeht. Es würde also einer gesetzgeberischen Legitimation bedürfen, nicht nur einer (zudem widersprüchlichen und inkonsistenten) Rechtsfortbildung. Hieran scheitert das gegenwärtige Konzept der „echten“ Wahlfeststellung.

E. Fazit und Ausblick

Die „echte“ Wahlfeststellung, welche den Verurteilten mit zwei alternativen Delikten belastet, von welchen er nur eines begangen haben kann, ist in ihrer gegenwärtigen Form nicht mit den strafprozessualen und verfassungsmäßigen Grundprinzipien zu vereinen. Ohne klare gesetzliche Regelung handelt es sich um eine Belastung, die dem Grundsatz „Keine Strafe ohne Gesetz“ in Art. 103 Abs. 2 GG und § 1 StGB nicht entspricht. Als ein grundlegendes Prinzip der Strafgerechtigkeit kann dieser auch nicht überzeugenderweise durch Richterrecht ausgehebelt werden, nur, weil ein Tatrichter ein „praktisches Bedürfnis“ verspürt oder sich der „materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall“ verpflichtet fühlt. Die Vergangenheit des Rechtsinstituts hat gezeigt, dass Rechtsprechung ohne ausreichende Bindung an Gesetze ins Ungerechte und Willkürliche abdriften kann. Eine Rückkopplung an die urdemokratische Legitimation in Form des Gesetzgebers und seiner verfassungsmäßig gebotenen Handlungsweise ist hier unverzichtbar. Wo der Staat durch die Zulässigkeit wahldeutiger Verurteilungen intensiv in die Freiheit seiner Bürger eingreift, muss der parlamentarische Gesetzgeber umfassend die Folgen und Risiken abgewogen haben und alle gewählten Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft müssen Gelegenheit gehabt haben, am Prozess der Gesetz

¹⁶⁴ *Ebd.*, S. 261.

¹⁶⁵ *Kotsoglou*, Über die Bedeutungslosigkeit des Satzes „in dubio pro reo“, ZIS 2014, 31 (33).

¹⁶⁶ *Montenbruck*, In dubio pro reo aus normtheoretischer, straf- und strafverfahrensrechtlicher Sicht, 1985, S. 185; *Kotsoglou* (Fn. 165), S. 33.

gewordenen demokratischen Willensbildung zu partizipieren. Das folgt bereits aus der Wesentlichkeitstheorie, die ihrerseits direkt in Art. 19 Abs. 1 GG wurzelt und eine grundlegende Wertentscheidung des Verfassungsgebers widerspiegelt.

Auch das *BVerfG* stellte bereits 1978 in der *Kalkar I*-Entscheidung klar:

„In einer notwendigerweise mit Ungewissheit belasteten Situation liegt es zuvorderst in der politischen Verantwortung des Gesetzgebers und der Regierung, im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen die von ihnen für zweckmäßig erachteten Entscheidungen zu treffen. Bei dieser Sachlage ist es nicht Aufgabe der Gerichte, mit ihrer Einschätzung an die Stelle der dazu berufenen politischen Organe zu treten.“¹⁶⁷

Es bleibt zu wünschen, dass der Gesetzgeber dieses Thema auf seine Agenda nimmt und es zu einer rechtspolitischen Debatte kommt, welche die brisanten, in diesem Beitrag angerissenen Fragen und Probleme aufgreift und eine gesamtgesellschaftlich tragbare Lösung entwickelt. Nach der fachlichen Debatte im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, die zwar durchaus von juristischen Nachrichtenseiten und Blogs¹⁶⁸, aber wenig von der allgemeinen Berichterstattung aufgegriffen wurde, bleibt zu hoffen, dass auch der politische Diskurs diesem Problem Aufmerksamkeit widmet. Eine verbindlich geregelte Wahlfeststellung, die auf umfassende demokratische Legitimation zurückgreifen kann und so ausgestaltet ist, dass sowohl Rechtsunterworfenen als auch Rechtsanwender nicht länger durch den Nebel des Ungewissen lavieren, kann die lange ersehnte Klarheit schaffen. Entweder – was vorzuziehen ist – stellt man klar, dass Gesetzesalternative Verurteilungen von vornherein unzulässig sind. Oder der Gesetzgeber muss selbst konkret festlegen, unter welchen Voraussetzungen und für welche Delikte sie infrage kommen. Jedenfalls ist zu hoffen, dass in einer so brisanten Materie des Strafrechts nicht auf lange Sicht das Schicksal des Angeklagten einer inkonsistenten Kasuistik auf Grundlage des sehr dehnbaren Kriteriums der „rechtsethischen und rechtspsychologischen Vergleichbarkeit“ nach richterlicher Auslegung im Einzelfall überantwortet

¹⁶⁷ BVerfGE 49, 89 – Kalkar I, Rn. 94, so auch Leitsatz 4.

¹⁶⁸ Etwa *Freund*, Keine Gerechtigkeit ohne Gesetzlichkeit, Legal Tribune Online, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-ungleichartige-wahlfeststellung-strafrecht-diebstahl-hehlerei/> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019) oder *v. Heintschel-Heinegg*, Das Institut der ungleichartigen = echten Wahlfeststellung bleibt weiterhin gültig, beck-community.de, abrufbar unter: <https://community.beck.de/2017/09/12/grosser-senat-des-bgh-das-institut-der-ungleichartigen-echten-wahlfeststellung-bleibt-weiterhin-gueltig> (zuletzt abgerufen am 18.8.2019).

bleibt. Es besteht die Gefahr dogmatisch unsauberer Verurteilungen, bei denen das Recht dem „gewünschten“ Ergebnis angepasst wird und nicht umgekehrt.

Einen interessanten und diskussionswürdigen Vorschlag für eine Kodifizierung hat *Wolter* vorgestellt, der eine gesetzliche Fixierung der alternativen Verurteilung nicht nur für wünschenswert, sondern aus Gründen des Rechtsstaatsprinzips für „nachgerade notwendig“ erachtet.¹⁶⁹ Der Entwurf greift zwar einige – nach hiesiger Ansicht – problematische Kriterien auf¹⁷⁰, aber als Ausgangspunkt einer dringend notwendigen Debatte eignet er sich sehr gut, zumal – wie *Wolter* selbst anmerkt¹⁷¹ – der gesetzgeberische Spielraum beträchtlich ist und sich im Gesetzgebungsverfahren noch vieles ändern würde. Aus den in diesem Prozess geschaffenen Gesetzgebungsmaterialien könnte dann der Rechtsanwender in der Praxis schöpfen, der sich nun wieder auf die originäre Aufgabe des Juristen – Gesetzesauslegung anhand des Methodenkanons – besinnen kann. Er soll schließlich kein „neues Recht schaffen“, sondern bestehendes Recht auslegen und anwenden. Gewisse Feinheiten bleiben nach wie vor dem Spielraum des Richters bzw. der Rechtsprechung im Ganzen überlassen, aber der rechtliche Rahmen wäre durch den demokratischen Gesetzgeber bereits abgesteckt und die Ergebnisse besser voraussehbar.

Jüngst hat das *Bundesverfassungsgericht* die Entscheidung des *Großen Senat für Strafsachen* bestätigt.¹⁷² Es schloss sich dem *Großen Senat für Strafsachen* dahingehend an, dass die Wahlfeststellung nur eine prozessuale Entscheidungsregel sei, die mangels materiell-strafrechtlichen Charakters schon den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG nicht berühre.¹⁷³ Auch sei die Unschuldsvermutung nicht verletzt, ein unzulässiges Verdachtsurteil ergehe nicht.¹⁷⁴ Kritisch zu betrachten sind jedoch insbesondere die angeführte „Billigung“ durch den Gesetzgeber¹⁷⁵ (siehe hierzu **D. I. und II.** dieses Beitrags) sowie die Überzeugung, hinsichtlich des Schuldgrundsatzes bestehe

¹⁶⁹ *Wolter*, Strafbemessung bei alternativen Gesetzesverletzungen und Entscheidungsnormen – Ein notwendiger Gesetzesvorschlag, GA 2013, 271 (280 f.).

¹⁷⁰ So etwa § 267a StPO-E, der den Tenor weiterhin (zulasten des Täters) alternativ fassen will und § 55a Abs. 1 S. 3 StGB-E, der zwar die „Vergleichbarkeit“ der Tatbestände an (etwas) greifbarere gesetzliche Merkmale knüpfen will, aber bei dem auch ähnliche praktische Probleme wie die bisher bekannten abzusehen sind; siehe *Wolter* (Fn. 169), S. 282, 285.

¹⁷¹ *Wolter* (Fn. 169), S. 284.

¹⁷² *BVerfG*, Beschl. v. 5.7.2019 – 2 BvR 167/18 (juris).

¹⁷³ *Ebd.*, Rn. 29.

¹⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 39.

¹⁷⁵ *Ebd.*, Rn. 44; siehe hierzu **D. I. und II.**

keinerlei Problem, da man ja von für den Angeklagten günstigen Tatsachen ausgehe¹⁷⁶ (siehe hierzu **D. III.** dieses Beitrags). Die aufgezeigten dogmatischen Bedenken gegen das Richterrechtsinstitut der echten Wahlfeststellung lassen sich nur durch den Strafgesetzgeber selbst ausräumen. Dieser wird allerdings nun, da sowohl *BGH* als auch *BVerfG* die Rechtsfigur bestätigt haben, in absehbarer Zeit (leider) keinen Handlungsbedarf sehen. Ein „praktisches Bedürfnis“ nicht nur der Rechtsanwender, sondern der gesamten Rechtsgemeinschaft besteht nicht nach einer unbedingten Verurteilung, sondern nach einer klaren Regelung, die das Verlangen nach „Einzelfallgerechtigkeit“ contra legem erst gar nicht aufkommen lässt. Auf diese Weise wird man auch dem Ideal der rechtsstaatlichen Grundpfeiler „in dubio pro reo“ und der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 EMRK gerecht.

Um es mit den Worten des Literaturnobelpreisträgers *Romain Rolland* auf den Punkt zu bringen:

„Die Gerechtigkeit wächst nicht auf einem mit Lastern gedüngten Boden“.¹⁷⁷

¹⁷⁶ *Ebd.*, Rn. 33; siehe hierzu **D. III.**

¹⁷⁷ So der Charakter *Jerôme* im Theaterstück *Ein Spiel von Tod und Liebe* (*Le jeu de l'amour et de la mort*), 1928, S. 118.

Tino Haupt*

Buchrezension: *Kraft/ Redenius-Hövermann*, Umwandlungsrecht

Abstract

Rezension des Lehrbuchs „Umwandlungsrecht“, herausgegeben von *Julia Kraft* und *Julia Redenius-Hövermann*, 2015, erschienen im Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, XII, 410 Seiten, 34,00 €.

* Der Verfasser (Diplom-Jurist Univ.) ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) sowie wissenschaftlicher Mitarbeiter bei *Freshfields Bruckhaus Deringer* in der Praxisgruppe Globale Transaktionen in Frankfurt am Main.

A. Einleitung

I. Umwandlungen – Überblick

Die Hintergründe für eine Umwandlung sind vielfältig. So kann eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) an die Börse wollen. Die Gesellschafter können sich drehen und wenden wie sie wollen, der Börsengang steht nur bestimmten Unternehmensformen offen. In Deutschland sind dies die Aktiengesellschaft (AG), Europäische Gesellschaft (SE) und Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) – nicht jedoch die GmbH.¹

Auch kommt ein Wandel der Rechtsform aus Imagegründen in Betracht: Die zunächst möglicherweise aufgrund finanzieller Vorteile gewählte Rechtsform der „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ mag sich im Verhältnis zu potentiellen Kreditgebern als nicht seriös genug erweisen.

Als Ausdruck einer starken europäischen Ausrichtung des Unternehmens kommt zudem eine Umwandlung der AG in eine SE in Betracht. Ferner kommen steuerliche Vorteile bei bestimmten Gesellschaftsformen als Motiv für eine Umwandlung in Betracht. So kann etwa die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft dazu führen, dass bei der Thesaurierung von Gewinnen die laufende Steuerbelastung geringer ist – wie auch immer, die Gründe sind zahllos.²

Aufsehenerregende Umwandlungen erfolgten in der Vergangenheit z. B. im Rahmen der Übernahme von *Mannesmann* durch *Vodafone*³, bei der *Allianz*, als diese ihre Rechtsform von der AG in die SE änderte und jüngst im Rahmen der Vorbereitungen zahlreicher Unternehmen aufgrund des drohenden Brexits.

II. Umwandlungsrecht als Teil der universitären Ausbildung

Im Pflichtfachbereich für die Erste und Zweite Juristische Staatsprüfung ist das Umwandlungsrecht bisher noch nicht relevant. Dies gilt jedoch nicht für die wirtschaftsrechtlich geprägten Schwerpunktgebiete. So wird z. B. an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg Umwandlungsrecht derzeit im Rahmen einer zweistündigen Vorlesung gelehrt. Ferner ist das Umwandlungsrecht Bestandteil einiger Aufbaustudiengänge.

¹ Siehe hierzu ausführlich: *Weitnauer*, in: *Weitnauer, Handbuch Venture Capital*, 6. Aufl. 2019, Rn. 177 ff.

² Einen guten Überblick über mögliche Gründe für eine Umwandlung gibt *Limmer*, in: *Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung*, 6. Aufl. 2019, Teil 1 Rn. 257 ff.

³ Zu den vielfältigen Auswirkungen dieser Geschehnisse: *Jahn*, *Lehren aus dem „Fall Mannesmann“*, ZRP 2004, 179 ff.

B. Das Buch „Umwandlungsrecht“ von *Kraft/Redenius-Hövermann*

I. Aufbau

Das Buch teilt sich in insgesamt acht Kapitel auf, von denen jedes einen einzelnen der für das Umwandlungsrecht relevanten Teilbereiche behandelt. Zunächst werden die Grundlagen des Umwandlungsrechts erläutert. Im Anschluss widmen sich die Autoren neben den vier Umwandlungsarten (dies sind Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und Formwechsel) den grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgängen und den Rechtsschutzmöglichkeiten der Beteiligten bei Umwandlungsvorgängen. Zu guter Letzt wird das Umwandlungssteuerrecht in seinen Grundzügen dargestellt.

Ferner finden sich zu Beginn der einzelnen Themen kurze Fälle, die dann im weiteren Verlauf gelöst werden. Abgeschlossen wird jedes Kapitel mit Kontrollfragen, deren Lösungen sich in einigen Sätzen ausformuliert unmittelbar unter den Fragen befinden. Hierbei handelt es sich einerseits um eher allgemeine Fragen, andererseits werden teilweise auch spezifische Fragen gestellt.

II. Autorenschaft

Den Herausgeberinnen ist es gelungen, Autoren aus verschiedenen Bereichen der Rechtswissenschaft zu gewinnen. So finden sich neben den Herausgeberinnen selbst (welche Justizrätin, respektive Juniorprofessorin und Habilitandin sind) unter anderem Angehörige der rechtsberatenden Berufe, der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung. So können Erfahrungen aus den unterschiedlichen Bereichen eingebracht werden, die bei einem einzelnen Autor kaum vorhanden sein dürften.

III. Zum Inhalt

1. Kapitel 1. Einführung und Grundlagen

Eröffnet wird die Darstellung mit einigen einführenden Bemerkungen, sowie den Grundlagen des Umwandlungsrechts.

„Ein Unternehmen ist kein statisches Gebilde“⁴. Dieser einleitende Satz trifft die Problematik und die Existenzberechtigung des Umwandlungsrechts gut. Ausgehend von dem genannten Satz legt *Kraft* zunächst die Motive für eine Umwandlung dar. So sei Umwandlungsrecht als Rechtsformänderungsrecht zu verstehen. Unternehmer sollten die Wahl zwischen allen vom Gesetzgeber vorgesehenen Rechtsformen haben.

⁴ *Kraft*, in: *Kraft/Redenius-Hövermann*, Umwandlungsrecht, 2015, Kap. 1 Rn. 1.

Sodann folgt ein kurzer geschichtlicher Aufriss. Hierbei wäre es indes wünschenswert gewesen, neben der Darstellung der Entwicklung der Gesetzgebung, welche vorbildlich erfolgt, bereits an dieser Stelle auch einmal konkrete (reale) Beispielfälle zu nennen – diese gibt es zuhauf. Würde doch so für den Leser gleich zu Beginn die Möglichkeit bestehen, möglicherweise bereits bekannte Sachverhalte aus den Medien konkret mit dem Umwandlungsrecht in Verbindung zu bringen. Gerade Vorgänge wie die Übernahme von *Mannesmann* durch *Vodafone* dürften den meisten zumindest im Ansatz bekannt sein. Auch die Entwicklungen in der Rechtsprechung werden nicht wiedergegeben.

Im Anschluss erfolgt ein Überblick über den europarechtlichen Hintergrund mit kurzer Skizzierung der Rechtsprechung des *EuGH* (z. B. in den Rechtssachen *SEVIC Systems*⁵ und *VALE*⁶) sowie eine Erläuterung der wichtigsten Begriffe. Ebenso wird auf die Systematik des Umwandlungsgesetzes (UmwG) eingegangen. Auffallend ist bei diesem die umfangreiche Verweisungstechnik. Im gesamten Gesetzestext wird häufig auf das zweite Buch, welches die Verschmelzung behandelt, verwiesen.

Die Autorin stellt abschließend die verschiedenen Umwandlungsarten dar sowie das Umwandlungsverfahren, welches sich in drei Phasen aufteilen lässt: Vorbereitungsphase, Beschlussphase und Vollzugsphase.

2. Kapitel 2 bis 5. Die verschiedenen Umwandlungsarten (Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung, Formwechsel)

In den Kapiteln 2 bis 5 stellen verschiedene Autoren aus unterschiedlichen Bereichen die vier im UmwG geregelten Umwandlungsarten dar. Im Folgenden soll auf einige Besonderheiten dieser vier Kapitel eingegangen werden.

Der Aufbau ist bei allen Darstellungen weitgehend einheitlich, sodass unter anderem neben dem jeweiligen Umwandlungsverfahren die Auswirkungen auf die Anteilsinhaber, die Gläubiger und die Arbeitnehmer dargestellt werden. Dieser stringente Aufbau erlaubt dem Leser insbesondere, die relevanten Unterschiede herauszuarbeiten und somit einen Vergleich zwischen den Umwandlungsarten vorzunehmen.

Soweit angebracht verdeutlichen die Autoren ihre Erläuterungen mit Schaubildern. Besonders hervorzuheben sind hier die Darstellungen zu den Spaltungsformen (Aufspaltung gemäß § 23 Abs. 1 UmwG; Abspaltung gemäß § 123 Abs. 2 UmwG; Ausgliederung gemäß § 123 Abs. 3 UmwG). Neben der

⁵ *EuGH*, Urt. v. 13.12.2005, C-411/03, *SEVIC Systems AG*.

⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.7.2012, C-378/10, *VALE Építési kft.*

Abbildung der jeweiligen Ausgangssituation wird die gewünschte Zielstruktur dargestellt.

In den jeweiligen Kapiteln erfolgt dann erfreulicherweise auch die zu Beginn noch vermisste Nennung und kurze Erläuterung einiger Umwandlungsvorgänge aus dem Wirtschaftsleben, welche die mediale Aufmerksamkeit auf sich gezogen haben (z. B. auf Seite 123 und auf den Seiten 165 f.) sowie zusätzlicher fiktiver Beispielfälle.

Hervorzuheben sind überdies die Abbildungen 1 und 2 auf den Seiten 224 und 225, mit der die nach dem UmwG zulässigen bzw. nicht zulässigen Formwechsel (Abbildung 1) und die jeweils anwendbaren Normen (Abbildung 2) erläutert werden. Gleiches gilt für die Abbildung 3 auf Seite 232 (Übersicht über sämtliche Quoren und Zustimmungserfordernisse).

3. Kapitel 6. Grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge

Umwandlungsvorgänge können auch im internationalen Kontext erfolgen. Die Grundzüge dieser grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge stellt das 6. Kapitel dar. Als einleitende Beispielfälle nennt *von Rummel* unter anderem die französische *Société Anonyme*, die mit einer deutschen Aktiengesellschaft verschmolzen wird. Dies ist ein Beispiel für eine innereuropäische Fallgestaltung. Zutreffend wird erkannt, dass natürlich auch außereuropäische Konstellationen möglich sind. Abzugrenzen sei zudem klar zwischen grenzüberschreitenden Umwandlungen und Umwandlungen, die nur in irgendeiner Form internationalen Bezug hätten.

Dargestellt werden sodann die Meilensteine in der Rechtsprechung des *EuGH*, wobei Redundanzen entstehen, denn die Rechtsprechung des *EuGH* wurde bereits in den einleitenden Bemerkungen ansatzweise besprochen.

4. Kapitel 7. Rechtsschutzmöglichkeiten bei Umwandlungsvorgängen

Erfreulich sind die Ausführungen im 7. Kapitel, welches sich mit den Klagemöglichkeiten der beteiligten Parteien beschäftigt. Bei einer Kapitalgesellschaft sind dies die Anfechtungsklage und die Nichtigkeitsklage, bei Personengesellschaften die Feststellungsklage.

Schematisch wird sodann der Gang des Verfahrens dargestellt. Die Unterteilung in Zulässigkeitsvoraussetzungen und Begründetheitsvoraussetzungen lässt einen Vergleich mit den entsprechenden Regelungen in der ZPO zu und kommt insbesondere dem Studierenden zugute, der einen festen „Fahrplan“ für die Prüfung einer Klage zu schätzen weiß.

Unter „§ 3 Freigabeverfahren“ wird die Problematik der sogenannten „Berufskläger“ angesprochen, die mit im Ergebnis unbegründeten Klagen Umwandlungsmaßnahmen verhindern möchten, um sich finanzielle Vorteile gegenüber der Gesellschaft zu verschaffen. Zur Verhinderung bzw. Einschränkung dieser Aktivitäten hat der Gesetzgeber verschiedene Voraussetzungen für das Freigabeverfahren geschaffen, die *Redenius-Hövermann* auf den Seiten 327–330 darstellt. Gut wäre es in diesem Zusammenhang gewesen, die Motivation des Gesetzgebers für diese Gesetzesänderungen etwas ausführlicher zu erläutern. Denn auch hier gilt, dass mit den entsprechenden Hintergrundinformationen die ganze Thematik besser verständlich wird.

Sehr ausführlich im Vergleich zum Freigabeverfahren – diesmal auch mit hinreichender Bezugnahme auf die Hintergründe der Einführung dieses Verfahrens – wird sodann das Spruchverfahren erläutert.

5. Kapitel 8. Grundlagen des Umwandlungssteuerrechts

Eine Umwandlung kann etwa unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten sinnvoll sein. Verhält sie sich aus steuerlicher Sicht insgesamt nicht zumindest neutral, kann sie trotzdem hinfällig werden. Besonders positiv ist es, wenn sich durch die Umwandlung in steuerlicher Hinsicht sogar Vorteile ergeben.⁷ Die Relevanz des Steuerrechts haben wahrscheinlich auch die Herausgeberinnen erkannt und deshalb beschlossen, ein Kapitel zum Umwandlungssteuerrecht aufzunehmen. Dieser Teilbereich bleibt häufig eigenständigen Werken vorbehalten. Es ist jedoch grundsätzlich zu begrüßen, dass das Umwandlungssteuerrecht im Gesamtzusammenhang dargestellt wird.

Zur Freude des Lesers, der sich erstmals mit der Thematik beschäftigt, werden Begriffe, wie z. B. „Buchwert“ und „gemeiner Wert“ erläutert. Zumindest Grundkenntnisse z. B. zum Aufbau einer Bilanz sind jedoch empfehlenswert und auch notwendig, um die Ausführungen verstehen zu können. Auffallend ist, dass viele Erläuterungen „vereinfacht“ erfolgen (z. B. Ermittlung des Übernahmeergebnisses). Für eine Darstellung, die nur die Grundlagen behandeln soll, ist dies in Ordnung, nichtsdestotrotz wäre das eine oder andere zusätzliche Wort sicher angebracht, um das ohnehin nicht leicht verständliche Gebiet des Steuerrechts noch besser verständlich zu machen.

C. Zusammenfassende Bewertung

Die Erstauflage des Werks „Umwandlungsrecht“ ist den Autoren gelungen. Den Herausgeberinnen (und den Verantwortlichen beim Verlag) war es möglich, trotz

⁷ Zu den steuerlichen Motiven einer Umwandlung: *Limmer* (Fn. 2), Teil 1 Rn. 262.

der Vielzahl an Autoren stets eine einheitliche Darstellung der Materie zu gewährleisten – sowohl in sprachlicher Hinsicht, als auch hinsichtlich des Aufbaus. Redundanzen werden weitgehend vermieden.

Die Verarbeitung der im Umwandlungsrecht relevanten Gesetzes- und Literaturquellen erfolgt vorbildlich. Erfreulich wäre aber die Wiedergabe der ein oder anderen eigenen Meinung der Bearbeitenden.

Insgesamt kann von einer anschaulichen Einführung in das Rechtsgebiet des Umwandlungsrechts gesprochen werden, auch wenn insbesondere die Behandlung des Umwandlungssteuerrechts sehr knapp ausgefallen ist – trotz oder gerade aufgrund der Tatsache, dass es sich hierbei nur um die Grundlagen handeln soll.

Gerade für Studierende eignet sich das Werk aufgrund des noch lesbaren Umfangs von 410 Seiten gut für die Vorbereitungen auf die jeweiligen (Schwerpunktbereichs-)Prüfungen. Bei Fragen des Lesenden, die mehr ins Detail gehen, empfiehlt sich z. B. das Hinzuziehen eines Kommentars zum UmwG. Eine eventuelle Neuauflage zu gegebener Zeit darf mit Spannung erwartet werden.