



Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

AUFSÄTZE

- 190 Moritz Reichenbach
Die Besonderheiten der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der Aktiengesellschaft
- 236 Hannah Krapp
Ausrichtung der Geschäftspolitik am Konzerninteresse? – Regelungsvorschläge für ein europäisches Konzernrecht
- 267 Alicia Pointner
Massenmigration im Internationalen Privatrecht: Herausforderungen und Perspektiven; Bigamie, Polygamie – und der deutsche *ordre public*
- 299 Laura Volk
Die völkerrechtliche Beurteilung von *Sovereign Wealth Funds*
- 330 Mathias Kohler
Der *Supreme Court* und *Habeas Corpus* im „*War on Terror*“
- 366 Marius Gappa
Die Verabschiedung prozessrechtlicher Normen durch die Gerichte am Beispiel der *Federal Rules of Civil Procedure*

REZENSIONEN

- 392 Florian Schmid
Buchrezension: *Werle/Jessberger* – Völkerstrafrecht

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredakteure: David Carnal, Lina Rees, Sebastian Schwind

Ressortleitung WissOn: Benedikt Bien, Johannes Tegel

Joel Ackermann	Tamara Herrmann	Alicia Pointner
Nicolas Avramov	Nicolas Hodgson	Maren Raband
Hanno Behrends	Selina Keller	Jasmin Rauch
Amelie Berz	Yoo-Jin Kim	Safak Saricicek
Elif Dabazoglu	Florian Klein	Kira Schauer
Sarah Dinges	Nathanael Klosowski	Fabienne Schlachter
Sebastian Duske	Garry Konrath	Florian Schmid
Niels Elsner	Leo Krause-Wichmann	Violetta Sefkow-Werner
Paulina Fecht	Oskar Luong	Anna Souhradova
Jakob Feldkamp	Marisa Machacek	Aaron Waible
Louisa Gärtner	Till Meier	Alexander Walker
Esther Gothein	Anton Müller	Roman Wolf
Vanessa Grifo	Amelie Peter	Valentine Wanbing Zheng
Nicolas Hartmann		

Wissenschaftlicher Beirat

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

Ehemalige Chefredakteure:

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

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 2017, S.

Moritz Reichenbach *

Die Besonderheiten der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH – im Vergleich zu der in der Aktiengesellschaft

Abstract

Um dem in Unternehmen herrschenden Konflikt zwischen Kapital und Arbeit Rechnung zu tragen, sorgt die Unternehmensmitbestimmung für einen Dialog der beiden Seiten. Sie vollzieht sich *de lege lata* vornehmlich im Aufsichtsrat der unternehmenstragenden Gesellschaft. Dieses in Bezug auf die AG entwickelte Mitbestimmungssystem wird *ceteris paribus* auch auf andere Gesellschaftsformen, – wie die GmbH – übertragen. Dabei zeitigt die rechtsformübergreifende starre Anwendung der einheitlichen Mitbestimmungsregelung zwangsläufig Widersprüche und Friktionen. Dieser Beitrag setzt sich mit hieraus resultierenden Problemkreisen kritisch auseinander und eruiert im Anschluss *de lege ferenda* ein Mitbestimmungsmodell, das der Vielfalt und Divergenz der verschiedenen Typen von Gesellschaften Rechnung trägt.

* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im neunten Fachsemester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt „Unternehmensrecht“. Der Beitrag entstand als Studienarbeit im Rahmen der Vorlesung zum GmbH-Recht und GmbH-Konzernrecht im Wintersemester 2016/17 bei Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Peter Hommelhoff.

A. Einführung und Ziele der vorliegenden Untersuchung

Die Unternehmensmitbestimmung¹ in Deutschland hat sich ausweislich einer Antwort der Bundesregierung vom 6.5.2016 auf eine kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen als „wesentliches Element der sozialen Marktwirtschaft“ bewährt.² Sie trägt dem in Unternehmen vorherrschenden Konflikt zwischen Kapital und Arbeit Rechnung, indem sie einen Dialog beider Parteien auf unternehmerischer Ebene herstellt. Vor diesem Hintergrund wird die heute maßgeblich vom Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) und vom Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG) getragene unternehmerische Mitbestimmung³ bisweilen gar als kulturelle Errungenschaft bezeichnet.⁴ Jedenfalls wird ihre Bedeutung für die hierzulande vorherrschende Wirtschafts- und Sozialordnung nicht mehr ernsthaft in Zweifel gezogen. Nicht zuletzt gilt sie in Deutschland mittlerweile als integraler Bestandteil der *Corporate Governance*.⁵

Die unternehmerische Mitbestimmung vollzieht sich *de lege lata* im Wesentlichen über die Teilhabe von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, also im Kontroll- und Überwachungsorgan der unternehmenstragenden Gesellschaft.⁶ Dieses sog. organspezifische Mitbestimmungsmodell ist ausgerichtet am Grundtypus der AG.⁷ Die Mitbestimmungsgesetze schreiben – in Abhängigkeit

¹ Dem Beitrag liegt das allgemeine Verständnis vom Begriff der Unternehmensmitbestimmung als jede durch Mitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern in Unternehmensorganen vermittelte institutionelle Teilhabe der Belegschaft an Planungen und Entscheidungen des Unternehmens zugrunde, vgl. *Lembke/Ludwig*, Das Recht der Unternehmensmitbestimmung, 2015, § 1 Rn. 1; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl. 2017, Vorb. Rn. 1.

² Vgl. BT-Drucks. 18/8354.

³ Das Montan-Mitbestimmungsgesetz fand im Jahr 2011 nur noch auf 31 Unternehmen Anwendung. Die Tendenz ist abnehmend. Dem Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz unterfällt kein einziges Unternehmen mehr, vgl. *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 59; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 1 Montan-Mitbestimmungsgesetz. Unter Berücksichtigung dieser schwindenden Bedeutung wird sich die Untersuchung folglich auf das MitbestG sowie das DrittelbG beschränken.

⁴ Vgl. *Bayer*, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, NJW 2016, 1930 (1930).

⁵ *Hommelhoff*, in: *Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang*, 2016, S. 6 (9); *Hopt*, Vergleichende Corporate Governance, ZHR 175 (2011), 444 (505); *Pütz*, Unternehmensmitbestimmung in kommunalen Kapitalgesellschaften, 2015, S. 88 ff.

⁶ *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 8; *Jansen*, Mitbestimmung in Aufsichtsräten, 2013, S. 3; *Kißler*, Die Mitbestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, 2011, S. 88 ff.; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

⁷ *Hommelhoff*, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119 (120); *Oetker*, Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung und Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats in der mitbestimmten GmbH, ZIP 2015, 1461 (1461); vgl. auch *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 1.

der Größe des jeweils betroffenen Unternehmens – eine entsprechende Besetzung des in der AG ohnehin zwingend vorhandenen Aufsichtsrates mit Arbeitnehmervertretern vor, vgl. §§ 1 Abs. 1, 7 MitbestG bei in der Regel mehr als 2000 sowie §§ 1 Abs. 1, 4 DrittelbG bei in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern. Dieses System wird dann dem Grunde nach auf die anderen der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegenden Gesellschaftsformen übertragen, insbesondere auch auf die GmbH.⁸ Die aktienrechtlichen Vorschriften betreffend den Aufsichtsrat werden im Anwendungsbereich der Mitbestimmungsgesetze nämlich schlicht auch auf diese Gesellschaften für anwendbar erklärt, vgl. etwa §§ 6 Abs. 2, 25 Abs. 1 Nr. 2, 31 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber eine gleichwertige Teilhabe von Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen⁹ in sämtlichen betroffenen Gesellschaftsformen ermöglichen und dabei das geltende Gesellschaftsrecht weitgehend schonen.¹⁰ Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsformen sollten dabei weitgehend vermieden werden.¹¹ Ob ihm dies gelungen ist, wird heute anders als noch während des Gesetzgebungsverfahrens¹² kaum mehr diskutiert.¹³ Jedenfalls wird kein Anlass mehr dazu gesehen, Art und Weise der Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung (insbesondere) in der GmbH – *de lege ferenda* – grundlegend zu hinterfragen.¹⁴ Zwar werden hinsichtlich der Effektivität der unternehmerischen Mitbestimmung durchaus Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsformen erkannt.¹⁵ Auch werden die Rechtsprobleme, die sich aus der starren Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften (insbesondere) auf die von der AG strukturell verschiedene GmbH ergeben, identifiziert und kontro-

⁸ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 120; *Oetker* (Fn. 7), S. 1461; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 1.

⁹ Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

¹⁰ *Ebd.*, S. 17.

¹¹ *Ebd.*, S. 21.

¹² Vgl. etwa *Martens*, Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluß, ZHR 138 (1974), 179 (passim); *ders.*, Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes, AG 1976, 113 (passim); *Raiser*, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung: Die Vereinbarkeit der Entwürfe eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer mit dem Grundgesetz, 1975, S. 38 ff.; vgl. insgesamt *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 6. Aufl. 2015, § 25 Rn. 6.

¹³ Entsprechende Diskussionen kamen nach dem Inkrafttreten des MitbestG 1976 und der Bestätigung seiner Verfassungsgemäßheit durch das *BVerfG* über die Jahre weitgehend zum Erliegen, vgl. *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 60.

¹⁴ Vgl. insoweit etwa *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 6 Rn. 1, der schlichtweg feststellt, der Gesetzgeber habe „auch insoweit gleiches Recht“ geschaffen.

¹⁵ Vgl. BGHZ 135, 48 (56); *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

vers diskutiert.¹⁶ Im Übrigen scheinen sich Rechtspraxis und Lehre jedoch mit dem vom Gesetzgeber gewählten organspezifischen Ansatz abgefunden zu haben.¹⁷ Sofern aktuelle Reformbestrebungen überhaupt einen Systemwechsel anstreben¹⁸, beziehen sie sich auf die unternehmerische Mitbestimmung *in toto*. Sie konzentrieren sich darauf, die Unternehmensmitbestimmung im Sinne eines Systems der Mitentscheidung entweder generell abzuschaffen (und durch einen ausschließlich beratend tätigen Konsultationsrat zu ersetzen)¹⁹ oder aber Art und Form der Mitbestimmung grundsätzlich für Vereinbarungen zwischen Anteilseignern und Arbeitnehmern zu öffnen.²⁰ Auf eine rechtsformspezifische Betrachtung wird dabei verzichtet. Das verwundert besonders im Hinblick auf die GmbH. Bei dieser handelt es sich gerade nicht um eine „kleine AG“²¹, sondern vielmehr um einen bewussten Gegenentwurf des Gesetzgebers²²; eine körperschaftlich strukturierte Rechtsperson mit personengesellschaftsrechtlichen Zügen.²³ Bisweilen wird sie gar materiell als Personengesellschaft bezeichnet, die nur um der Haftungsbeschränkung willen als juristische Person

¹⁶ Vgl. bspw. unlängst zum Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung in der mitbestimmten GmbH *Oetker* (Fn. 7), S. 1461 ff.

¹⁷ Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 6.

¹⁸ Anders etwa die Reformempfehlungen, die *Raiser* 2006 dem Deutschen Juristentag vorgelegt hat (Unternehmensmitbestimmung vor dem Hintergrund europarechtlicher Entwicklungen: Gutachten B für den 66. Deutschen Juristentag), vgl. *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 75. Danach solle die unternehmerische Mitbestimmung auf Grundlage des MitbestG und des DrittelbG fortentwickelt werden. Ähnlich das Votum der „wissenschaftlichen Mitglieder“ der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung gegenüber Bundeskanzlerin *Merkel* im Dezember 2006.

¹⁹ So der Vorschlag des sog. Berliner Netzwerkes Corporate Governance (*Kirchner/Säcker/Schwalbach/Schwark/v. Werder/Windbichler*), 12 Thesen zur „Modernisierung der Mitbestimmung“, AG 2004, 200 (passim).

²⁰ BDA/BDI, Bericht der Kommission Mitbestimmung, 2004, S. 28 f.; Für ein Verhandlungsmodell auf Grundlage des MitbestG ferner der Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (*Bachmann/Baums/Habersack/Henssler/Lutter/Oetker/Ulmer*), Entwurf einer Regelung zur Mitbestimmungsvereinbarung sowie zur Größe des mitbestimmten Aufsichtsrates, ZIP 2009, 885 (passim); *Hommelhoff*, Mitbestimmungsvereinbarungen im deutschen Recht – de lege ferenda, ZIP 2009, 1785 (passim); *Teichmann*, Verhandelte Mitbestimmung für Auslandsgesellschaften, ZIP 2009, 1787 (passim).

²¹ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155; vgl. ferner *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG Kommentar, 21. Aufl. 2017, Einl. Rn. 4 a.E.; irreführend insoweit *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, § 3 Rn. 1, die von der GmbH als von einer „kleinen Schwester“ der AG sprechen.

²² Vgl. *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 21), Einl. Rn. 18 ff.; *Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG Kommentar, 5. Aufl. 2013, Einl. Rn. 1 ff.

²³ *Schmidt-Leithoff*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (Fn. 22), Einl. Rn. 52; § 13 Rn. 5.

ausgestaltet sei.²⁴ Eine starre Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften auf die GmbH ist deshalb von vornherein grundlegenden Bedenken ausgesetzt. Insofern besteht Reformbedarf möglicherweise nicht nur in Bezug auf die unternehmerische Mitbestimmung im Allgemeinen²⁵, sondern gerade auch in Bezug auf die einzelnen Rechtsformen im Besonderen, namentlich auf die GmbH. Soweit sich ein entsprechender Befund feststellen lässt, sollte dies im Zuge aktueller Reformdiskussionen zumindest nicht gänzlich unberücksichtigt bleiben, und zwar insbesondere, soweit diese im Kontext der Entwicklung einer *Societas Privata Europaea* (SPE) – der „Europa-GmbH“²⁶ – stattfinden.²⁷

Vor diesem Hintergrund will die vorliegende Untersuchung die geltende Regelung der unternehmerischen Mitbestimmung in der GmbH bereits im Ansatz hinterfragen. Zu diesem Zwecke sind im Folgenden die Besonderheiten herauszuarbeiten, die sich bei der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der AG ergeben. Als Ursache der Besonderheiten wird die starre Anwendung der für die GmbH systemfremden Normen des Aktiengesetzes (AktG) identifiziert. Im Mittelpunkt soll die Frage stehen, ob der Gesetzgeber mit seinem Regelungskonzept die von ihm bei Einführung der Mitbestimmung verfolgten Regelungsziele erreicht hat, eine möglichst einheitlich effektive Mitbestimmung unter weitgehender Schonung des geltenden Gesellschaftsrechts zu schaffen²⁸ oder ob die undifferenzierte Anwendung des AktG auf sämtliche Rechtsformen dies nur *prima facie* und bei formalistischer Betrachtung bewirkt. Am Schluss soll ein Vorschlag unterbreitet werden, wie sich unternehmerische Mitbestimmung effektiv und systemkonform in sämtlichen Rechtsformen verwirklichen lassen könnte, also ein Modell, das den Unterschieden zwischen den Gesellschaftsformen hinreichend Rechnung trägt. Dies soll am Beispiel der GmbH erfolgen, da hier der Differenzierungsbedarf im Verhältnis zur AG besonders deutlich wird. Freilich kann dies aufgrund des beschränkten Umfangs dieses Beitrages nur in einem ersten Ansatz erfolgen.

B. Besonderheiten bei der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH

Zunächst sind die Besonderheiten und Unterschiede bei der Unternehmensmitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der AG zu erschließen.

²⁴ So *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Erster Band/Zweiter Teil – Die Juristische Person, 1983, S. 61; vgl. *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG Kommentar, 8. Aufl. 2015, Einl. Rn. 2.

²⁵ Vgl. hierzu u. a. Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (Fn. 20), S. 885 ff.

²⁶ Vgl. *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, § 30 Rn. 1122; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2011, § 15 Rn. 1.

²⁷ Vgl. hierzu *Hommelhoff*, SPE-Mitbestimmung: Strukturen, Wertungen und rechtspolitische Kompromisslinien, ZEuP 2011, 7 (8).

²⁸ Vgl. oben **A**.

I. Unternehmerische Mitbestimmung in der AG

Zu diesem Zweck ist es sinnvoll, vorerst die unternehmerische Mitbestimmung in der AG als Vergleichsmaßstab zu entfalten. Dabei kann auf eine nach MitbestG und DrittelbG getrennte Betrachtung verzichtet werden, da sich die unternehmerische Mitbestimmung in Bezug auf die AG im Wesentlichen²⁹ allein in der Quantität, nicht jedoch in ihrer Qualität unterscheidet.

1. Allgemeines

Die AG gliedert sich typischerweise in drei Organe, namentlich die Hauptversammlung, den Vorstand und den Aufsichtsrat.³⁰ Erstere trifft dabei die Grundlagenentscheidungen in Ansehung der Unternehmensgeschichte, der Vorstand leitet die Geschäfte der Gesellschaft und dem Aufsichtsrat kommt eine Kontroll- und Überwachungsfunktion hinsichtlich der Geschäftsführung zu.³¹

Die Mitbestimmungsgesetze setzen hauptsächlich auf der Ebene des Aufsichtsrates an, verwirklichen die unternehmerische Mitbestimmung also im Kern über die Kontrolle und Überwachung des gemäß § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich agierenden Vorstandes.³²

Ergänzend sieht § 33 MitbestG die obligatorische Wahl eines sog. Arbeitsdirektors als gleichberechtigtes Vorstandsmitglied vor. Diese Regelung ist im Ergebnis aber weitaus weniger mitbestimmungsträchtig als es auf den ersten Blick scheint.³³ Denn weder handelt es sich bei dem Arbeitsdirektor um einen Interessenvertreter der Arbeitnehmer³⁴, noch haben diese Einfluss auf seine Einsetzung bzw. Abberufung.³⁵ Vielmehr erschöpft sich seine Sonderfunktion

²⁹ So sind die Befugnisse des mitbestimmten Aufsichtsrates in der AG nach MitbestG und DrittelbG die gleichen. Als Abweichung ist bspw. der gemäß § 33 MitbestG zu bestellende Arbeitsdirektor hervorzuheben, der im DrittelbG keine Entsprechung findet. Zum Arbeitsdirektor und seiner geringen mitbestimmungsrechtlichen Bedeutung vgl. unten **B. I. 1.**

³⁰ Zwar sind daneben fakultativ weitere Organe – etwa ein Beirat – zulässig. Diese dürfen aber die Kompetenzen der gesetzlich vorgeschriebenen Organe nicht antasten, vgl. *LG Köln*, AG 1976, 329 (329); *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl. 2015, § 9 Rn. 55 f.

³¹ Vgl. insgesamt *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl. 2013, § 25 Rn. 10 ff.

³² *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 8; *Jansen* (Fn. 6), S. 3; *Kißler* (Fn. 6), S. 88 ff.; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

³³ *Ulmer*, Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH, 1979, S. 16.

³⁴ *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 33 Rn. 33.

³⁵ *Ebd.*, § 33 Rn. 7.

darin, Arbeits- und Sozialangelegenheiten auf die Vorstandsebene zu tragen.³⁶

Ferner enthält § 32 MitbestG eine nicht unerhebliche Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Vorstandes hinsichtlich der Ausübung von Beteiligungsrechten an mitbestimmten Tochtergesellschaften.³⁷ Allerdings handelt es sich bei der Norm nicht um ein Instrument der unternehmerischen Mitbestimmung, denn die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat werden an der Entscheidungsfindung gerade nicht beteiligt. Vielmehr trägt sie schlichtweg einer konzernrechtlichen Sonderkonstellation vor dem Hintergrund des MitbestG Rechnung.³⁸ Sie soll die unternehmerische Mitbestimmung nicht stärken, sondern eine Potenzierung derselben sowie eine Erstreckung auf Grundlagenentscheidungen verhindern.³⁹

Im Ergebnis konzentriert sich die unternehmerische Mitbestimmung in der AG damit auf die Teilhabe im Aufsichtsrat.⁴⁰ Deshalb soll diese im Fokus der folgenden Betrachtung stehen.

2. Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Dabei sollen zunächst Art und Umfang der Arbeitnehmerbeteiligung dargestellt und anschließend erörtert werden, welche rechtlichen Einflussmöglichkeiten die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern damit im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung eröffnen.

a) Art und Umfang der Beteiligung

Die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat wird in der Weise verwirklicht, dass dieses Gremium jeweils zur Hälfte (§ 7 Abs. 1 MitbestG) bzw. zu einem Drittel (§ 4 Abs. 1 DrittelbG) mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen ist. Die Arbeitnehmer üben das ihnen gesetzlich zuerkannte Mitbestimmungsrecht folglich über die Wahl (§§ 9 MitbestG, 5 DrittelbG) gleichberechtigter Mitglieder in den Aufsichtsrat aus.

Prima facie geht damit jedenfalls im Anwendungsbereich des MitbestG eine erhebliche Machtverschiebung innerhalb des Unternehmens einher. Da der Aufsichtsrat gemäß § 29 Abs. 1 MitbestG grundsätzlich mit der Mehrheit seiner Stimmen entscheidet, hat es den Anschein, als räume das MitbestG den Arbeit-

³⁶ Ulmer (Fn. 33), S. 16.

³⁷ Ebd., S. 17; vgl. ferner Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 32 Rn. 1.

³⁸ Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 32 Rn. 2.

³⁹ Ebd.

⁴⁰ Vgl. Hommelhoff (Fn. 5), S. 8; vgl. auch Ulmer (Fn. 33), S. 15.

nehmern eine Vetoposition innerhalb des Aufsichtsrates ein. Bei genauerer Betrachtung zeichnet sich indes ein anderes Bild. Um die Letztentscheidungsbefugnis der Anteilseigner im Aufsichtsrat auch im Rahmen einer paritätischen Mitbestimmung nach § 7 Abs. 1 MitbestG zu gewährleisten, räumt § 29 Abs. 2 S. 1 MitbestG dem Aufsichtsratsvorsitzenden bei Stimmengleichheit ein doppeltes Stimmgewicht ein. Dabei stellt § 27 Abs. 2 S. 2 MitbestG sicher, dass der Aufsichtsratsvorsitzende im Zweifel immer aus den Reihen der Anteilseigner stammt. Insofern kann auch bei Anwendbarkeit des MitbestG bestenfalls von einer kupiert paritätischen Mitbestimmung gesprochen werden.⁴¹

Die Beschränkung auf eine solche ist indessen unumgänglich, und zwar nicht nur, um gefährliche Pattsituationen im Aufsichtsrat und damit gegebenenfalls den Stillstand des gesamten Unternehmens zu verhindern.⁴² Auch gebieten die Art. 9, 12 und 14 GG die Schaffung eines entsprechenden Mechanismus zum Schutze der Anteilseigner.⁴³

b) Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer

Zu untersuchen bleibt, welche konkreten Einflussmöglichkeiten die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern in der mitbestimmten AG damit eröffnen. Aufgrund der Verortung der unternehmerischen Mitbestimmung im Aufsichtsrat hängen die Einflussmöglichkeiten entscheidend von den Kompetenzen des Aufsichtsrates selbst innerhalb der AG ab. Diese gilt es demnach im Folgenden herauszuarbeiten. Der Aufsichtsrat der AG hat gemäß § 111 Abs. 1 AktG die Geschäftsführung zu überwachen. Zur Erfüllung dieser Aufgabe gewährt ihm das AktG im Wesentlichen⁴⁴ die folgenden rechtlichen Instrumentarien⁴⁵:

aa) Informationsrechte

Der Aufsichtsrat kann nach § 111 Abs. 2 S. 1 AktG Buchführung und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einsehen und prüfen. Daneben tritt die in § 90 AktG detailliert geregelte Berichtspflicht des Vorstandes.

⁴¹ Vgl. *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 481.

⁴² *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 29 Rn. 4.

⁴³ BVerfGE 50, 290 (290 ff.); vgl. auch *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 481; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 29 Rn. 1; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 29 Rn. 4.

⁴⁴ Die Darstellung ist auf die wichtigsten Rechte des Aufsichtsrates innerhalb der AG beschränkt.

⁴⁵ Vgl. hierzu insgesamt *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 15 Rn. 1 ff.

bb) Rechte in Bezug auf die Hauptversammlung

Sofern es das Wohl der Gesellschaft erfordert, kann er gemäß § 111 Abs. 3 AktG eine Hauptversammlung einberufen. Dabei kann und soll er gemäß § 124 Abs. 3 AktG Vorschläge zur Beschlussfassung machen.⁴⁶ Des Weiteren sind seine Mitglieder nach Maßgabe des § 118 Abs. 3 AktG zur Teilnahme an der Hauptversammlung berechtigt und gehalten.⁴⁷

cc) Mitwirkung am Jahresabschluss

Der Vorstand hat dem Aufsichtsrat gemäß § 170 AktG (insbesondere) den Jahresabschluss vorzulegen. Dieser hat ihn gemäß § 171 AktG zu prüfen und über das Ergebnis an die Hauptversammlung zu berichten. Ferner kann der Vorstand den Jahresabschluss gemäß § 172 AktG nicht ohne Billigung des Aufsichtsrates feststellen.⁴⁸ Hierdurch gewinnt der Aufsichtsrat mittelbar Einfluss auf die Geschäftsführung⁴⁹, weshalb sich das Billigungserfordernis des § 172 AktG als besonders wirkungsvolle rechtliche Einflussmöglichkeit des Aufsichtsrates darstellt.⁵⁰

dd) Zustimmungsvorbehalte

Außerdem haben die Satzung der AG oder der Aufsichtsrat gemäß § 111 Abs. 4 S. 2 AktG zu bestimmen, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen. Es handelt sich um einen gesetzlichen Regelungsauftrag an den Satzungsgeber bzw. den Aufsichtsrat.⁵¹ Ziff. 3.3 des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) konkretisiert und beschränkt⁵² dies (für börsennotierte Gesellschaften) auf Geschäfte von grundlegender Bedeutung hinsichtlich der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens. Insoweit gewährt das AktG dem Aufsichtsrat unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung in wesentlichen unternehmenspolitischen Angelegenheiten.⁵³ Zwar kann der Vorstand gemäß

⁴⁶ Zu den Unterschieden zwischen Anträgen und bloßen Vorschlägen zur Beschlussfassung in der Hauptversammlung vgl. *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, Kommentar zum Aktiengesetz I, 3. Aufl. 2015, § 124 Rn. 26.

⁴⁷ *Kubis*, in: MüKo-AktG III, 3. Aufl. 2013, § 118 Rn. 101.

⁴⁸ Es handelt sich insoweit um eine gemeinsame Zuständigkeit von Aufsichtsrat und Vorstand, vgl. *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo-AktG III (Fn. 47), § 172 Rn. 3.

⁴⁹ *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 169; vgl. auch *Hennrichs/Pöschke*, in: MüKo-AktG III (Fn. 47), § 172 Rn. 3.

⁵⁰ Vgl. auch *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit, AktG Kommentar, 2013, § 172 Rn. 1.

⁵¹ *Habersack*, in: MüKo-AktG II, 4. Aufl. 2014, § 111 Rn. 102.

⁵² Freilich nur nach Maßgabe des unverbindlichen *comply or explain*-Prinzips, vgl. *Grigoleit/Zellner*, in: Grigoleit (Fn. 50), § 161 Rn. 1 ff., 6; *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 13 Rn. 34 ff.

⁵³ Vgl. *ebd.*, § 15 Rn. 9.

§ 111 Abs. 4 S. 3 AktG bei Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrat verlangen, dass die Hauptversammlung über die Zustimmung beschließt. Dieser Beschluss bedarf jedoch gemäß § 111 Abs. 4 S. 4 AktG immerhin einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Mithin wird man das Zustimmungserfordernis als wesentliches Kontroll- und Überwachungsinstrument des Aufsichtsrates bezeichnen können.⁵⁴

ee) Personalkompetenz

Weiterhin bestellt der Aufsichtsrat gemäß § 31 Abs. 1 MitbestG bzw. § 84 AktG die Mitglieder des Vorstandes. Die eminente rechtliche Tragweite und Bedeutung dieser Einflussmöglichkeit kann kaum überschätzt werden und bedarf deshalb keiner näheren Erläuterung.⁵⁵ So wird die Personalkompetenz neben dem Zustimmungserfordernis auch als „zweiter Grundpfeiler für die Position des Aufsichtsrates im Unternehmen“⁵⁶ bezeichnet.

ff) Weitere Einflussmöglichkeiten

Als weitere Kompetenzen des Aufsichtsrates sind etwa die Befreiung der Vorstandsmitglieder vom Wettbewerbsverbot oder die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder nach §§ 88, 89 AktG zu nennen. Ferner erteilt er dem Abschlussprüfer nach § 111 Abs. 2 S. 3 AktG den Prüfungsauftrag, vertritt die Gesellschaft nach § 112 AktG gegenüber Vorstandsmitgliedern und wirkt in börsennotierten Gesellschaften gemäß § 161 AktG an der Erklärung zur Einhaltung des DCGK mit. Diesen Funktionen kommt aber im Verhältnis zu den vorgenannten Kernkompetenzen lediglich komplementäre Bedeutung zu.⁵⁷

II. Unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH

Damit ist der Boden für einen Vergleich mit der unternehmerischen Mitbestimmung in der GmbH bereitet.

1. Allgemeines

Regelungstechnisch soll die unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH nach dem MitbestG und dem DrittelbG analog der AG sichergestellt werden,

⁵⁴ Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 61.

⁵⁵ Vgl. Hommelhoff (Fn. 5), S. 11; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 19. Aufl. 2016, Einl. Rn. 39.

⁵⁶ Raiser/Veil (Fn. 30), § 15 Rn. 15.

⁵⁷ Vgl. die Darstellung bei Windbichler (Fn. 31), § 28 Rn. 34.

also hauptsächlich durch Teilhabe der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.⁵⁸ Dabei ließ sich der Gesetzgeber – wie bereits angeklungen – von dem Wunsch leiten, qualitative Unterschiede zwischen den Mitbestimmungsmöglichkeiten der Arbeitnehmer in den verschiedenen Rechtsformen möglichst zu vermeiden.⁵⁹

2. Mitbestimmung im Aufsichtsrat

Allerdings ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates in der GmbH gemäß § 52 Abs. 1 GmbH-Gesetz (GmbHG) grundsätzlich fakultativ und offen für eine individuelle Ausgestaltung.⁶⁰ Dies entspricht auch dem gesetzlichen Leitbild der Gestaltungsfreiheit in der GmbH.⁶¹ Um eine ordnungsgemäße Mitbestimmung in den betroffenen GmbHs dennoch zu gewährleisten, ordnen die Mitbestimmungsgesetze deshalb die Einrichtung eines Aufsichtsrates obligatorisch an, vgl. §§ 6 Abs. 1 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.⁶² Seine Organisation richtet sich im Kern nach den (zwingenden) Vorschriften des AktG, vgl. §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG.⁶³

a) Art und Umfang der Beteiligung

Auch hinsichtlich Art und Umfang der Beteiligung im Aufsichtsrat ergeben sich zwischen AG und GmbH keine Unterschiede. Die insoweit einschlägigen §§ 7 MitbestG, 4 DrittelbG umfassen sämtliche der Mitbestimmung unterfallenden Rechtsformen.⁶⁴ Auch die §§ 27 Abs. 2, 29 Abs. 2 MitbestG, die im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung das Letztentscheidungsrecht der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat sichern⁶⁵, gelten gleichermaßen für die GmbH.

b) Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer

Fraglich ist, welchen Einfluss die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern damit innerhalb der mitbestimmten GmbH überantworten. Da sich die unternehmerische Mitbestimmung – aufgrund der parallelen Regelung – auch

⁵⁸ Die Regelungen der §§ 32 und 33 MitbestG gelten freilich ebenso für die GmbH. Aufgrund ihrer mitbestimmungsrechtlich geringen Bedeutung (vgl. oben **B. I. 1.**) sollen sie vorliegend aber außer Betracht bleiben.

⁵⁹ Vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 7/2172, S. 21; vgl. ferner oben **A.**

⁶⁰ Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 52 Rn. 1.

⁶¹ Vgl. Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), Einl. Rn. 4.

⁶² Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 6 Rn. 1.

⁶³ Ebd., § 25 Rn. 1.

⁶⁴ Ebd., § 1 Rn. 35.

⁶⁵ Vgl. oben **B. I. 2. a).**

in der GmbH maßgeblich über den Aufsichtsrat vollzieht⁶⁶, hängt ihre Effektivität wiederum von den Einflussmöglichkeiten und Kompetenzen ab, die dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH zukommen.⁶⁷ Im Folgenden bietet sich eine nach MitbestG und DrittelbG getrennte Darstellung an, da in Bezug auf die GmbH zwischen den beiden Mitbestimmungsregimen (anders als bei der AG⁶⁸) nicht nur quantitative, sondern auch wesentliche qualitative Unterschiede bestehen.⁶⁹

aa) Mitbestimmungsgesetz

Auch in der GmbH hat der Aufsichtsrat kraft Verweises in § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG gemäß § 111 Abs. 1 AktG zuvörderst die Aufgabe, die Geschäftsführung zu überwachen. Fraglich ist, welche rechtlichen Kontrollinstrumente des aktienrechtlichen Aufsichtsrates⁷⁰ das MitbestG ihm hierfür in welchem Umfang überträgt.

(1) Informationsrechte

Auch dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH stehen umfassende Informationsrechte zu. So verweist das MitbestG in § 25 Abs. 1 Nr. 2 auf § 111 Abs. 2 AktG, wonach der Aufsichtsrat Buchführung und Vermögensgegenstände der Gesellschaft einsehen und prüfen kann. Ferner erstreckt sich der Verweis auf § 90 Abs. 3, 4 sowie 5 S. 1 und 2 AktG, sodass der Aufsichtsrat jederzeit einen Bericht vom Vorstand über die Geschäftspolitik, die Rentabilität und die Lage der Gesellschaft verlangen kann. Allerdings sind § 90 Abs. 1 und 2 AktG vom Verweis ausgenommen. Anders als bei der AG ist der Geschäftsführer mithin nicht verpflichtet, dem Aufsichtsrat von sich aus regelmäßig Bericht zu erstatten.⁷¹ Insbesondere in GmbHs, in denen sich der Aufsichtsrat die nötigen Information nicht über das Teilnahmerecht seiner Mitglieder aus §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 118 Abs. 3 AktG beschaffen kann, geht damit eine erhebliche Einschränkung seiner Informationsmöglichkeiten einher, namentlich wenn Geschäftsführern ein größerer autonomer Entscheidungsfreiraum eingeräumt ist.⁷² Ein nachträglich eingeforderter Bericht wird nicht selten zu spät kommen und kann eine bereits im Voraus wirkende

⁶⁶ Vgl. oben **B. II. 1.**

⁶⁷ Vgl. oben **B. I. 2. b).**

⁶⁸ Vgl. oben **B. I.**

⁶⁹ Vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 45 (passim).

⁷⁰ Vgl. hierzu oben **B. I. 2. b).**

⁷¹ *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 15 Rn. 220.

⁷² Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 154.

Informationspflicht der Geschäftsführer funktional nicht ersetzen.⁷³ Dieses Defizit im Vergleich zur AG kann aufgrund des eindeutig gehaltenen Gesetzeswortlautes sowie der entgegenstehenden Typizität der GmbH auch nicht etwa im Wege einer erweiternden Interpretation des Verweises o.ä. korrigiert werden.⁷⁴ Damit sind die Informationsrechte des Aufsichtsrates der GmbH im Vergleich zu denen des Aufsichtsrates der AG (normativ) nicht unerheblich abgeschwächt.

(2) Rechte in Bezug auf die Gesellschafterversammlung

Wie bei der AG hat auch der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH gemäß §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 111 Abs. 3 AktG das Recht und die Pflicht, eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, wenn es das Wohl der Gesellschaft erfordert. Ferner verweist das MitbestG auf das Teilnahmerecht aus § 118 Abs. 3 AktG. Der Verweis erstreckt sich jedoch nicht auch auf das Vorschlagsrecht aus § 124 Abs. 3 AktG.⁷⁵ Damit ist dem Aufsichtsrat der GmbH im Verhältnis zu dem der AG die Möglichkeit der Entfaltung eigener unternehmerischer Initiative in der Gesellschafterversammlung⁷⁶ und damit eine weitere wesentliche Einflussmöglichkeit genommen.⁷⁷

(3) Mitwirkung am Jahresabschluss

Über den Verweis des § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG auf §§ 170, 171 AktG wirkt auch der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH am Jahresabschluss mit. Es bestehen also auch hier die Vorlagepflicht des Vorstandes sowie die Prüfungspflicht des Aufsichtsrates.⁷⁸ Allerdings verweist § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG nicht auf § 172 AktG, sodass der Jahresabschluss gemäß § 46 Nr. 1 GmbHG von der Gesellschafterversammlung festgestellt wird, und zwar ohne ein dem § 172 AktG entsprechendes Billigungserfordernis zugunsten des Aufsichtsrates.

⁷³ Vgl. *Raiser/Heermann*, in: *GroßKomm-GmbHG II*, 2. Aufl. 2014, § 52 Rn. 115; vgl. ferner *Koppensteiner/Schnorbus*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (Fn. 22), § 52 Rn. 32; *Peres*, in: *Saenger/Inhester, GmbHG Handkommentar*, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 83.

⁷⁴ *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 154; a.A. *Duden*, *Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz*, ZHR 141 (1977), 145 (177).

⁷⁵ *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

⁷⁶ Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 90 f.

⁷⁷ So die h.M., namentlich: *Drescher*, in: *MüKo-GmbHG II*, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 18; *Koppensteiner/Gruber*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff* (Fn. 22), § 48 Rn. 14; *Römermann*, in: *Michalski II*, 2. Aufl. 2010, § 47 Rn. 32; *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), § 25 Rn. 192; *Zöllner*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 21), § 47 Rn. 13; Die a.A. leitet ein sogar über ein reines Vorschlagsrecht hinausgehendes Antragsrecht aus dem Teilnahmerecht gemäß §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 118 Abs. 3 AktG ab, vgl. *Hüffer/Schürnbrand*, in: *GroßKomm-GmbHG II* (Fn. 73), § 47 Rn. 10; *Seibt*, in: *Scholz, GmbHG Kommentar II*, 11. Aufl. 2013, § 48 Rn. 46.

⁷⁸ Vgl. oben **B. I. 2. b**) cc).

Damit büßt der Aufsichtsrat der mitbestimmten GmbH im Verhältnis zu dem der AG auch seinen Einfluss auf die Bilanzpolitik des Unternehmens ein.⁷⁹

(4) Zustimmungsvorbehalte

Seinem Wortlaut nach verweist § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG vollumfänglich auf § 111 Abs. 4 AktG, der die Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsrates normiert. Insofern könnte man *prima facie* von einem Gleichlauf der bestehenden aktien- und GmbH-rechtlichen Kompetenzen des mitbestimmten Aufsichtsrates ausgehen. Allerdings tritt der Zustimmungsvorbehalt des § 111 Abs. 4 AktG im Rahmen des GmbH-Rechts in ein Spannungsverhältnis mit der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstem GmbH-Organ und deren Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern aus § 37 GmbHG.⁸⁰ Dieses Spannungsverhältnis ist in all seinen Verzweigungen bis heute nicht abschließend geklärt und bildet das Kernstück der anhaltenden Auseinandersetzung um das Verhältnis von MitbestG und GmbH-Recht.⁸¹ Dabei haben sich im Wesentlichen vier Problemlagen herausgebildet⁸²:

Kann die Satzung der GmbH und damit die Gesellschafterversammlung die zustimmungsbedürftigen Geschäfte abschließend festlegen und dabei gegebenenfalls sogar vollumfänglich ausschließen (a)?

Erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt auch auf Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, zumindest in Geschäftsführungsfragen (b)?

Erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt auf Maßnahmen der Geschäftsführer, die diese in Ausführung einer Weisung der Gesellschafterversammlung vornehmen (c)?

Kann die Gesellschafterversammlung die Zustimmung des Aufsichtsrates im Rahmen der §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG nur *qua* Beschluss mit Dreiviertelmehrheit oder mit einfacher Mehrheit ersetzen (d)?

Keine dieser Fragen ist bisher höchstrichterlich geklärt. Das Meinungsspektrum ist vielfältig und schwer überschaubar.⁸³ Dabei ist bereits umstritten, anhand welcher Kriterien die gesetzliche Regelung überhaupt auszulegen und auf

⁷⁹ Raiser, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 90.

⁸⁰ Oetker (Fn. 7), S. 1461.

⁸¹ Vgl. hierzu unlängst *ebd.*, (passim); vgl. ferner Raiser, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 91 ff.; Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 192 ff.

⁸² Vgl. hierzu insgesamt Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 64 ff.

⁸³ Vgl. etwa den Überblick *ebd.*, § 25 Rn. 64 ff.

welcher Grundlage zu entscheiden ist.⁸⁴ Bisweilen wird der im Gesetz angelegte Bruch als mit juristischen Mitteln nicht überwindbar bezeichnet.⁸⁵ Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung soll daher nicht im Einzelnen auf diese Fragen eingegangen, geschweige denn eine eigene Rechtsauffassung dargelegt werden. Vielmehr reicht es für den hier verfolgten Zweck aus, die Rechtsfragen im Sinne der jeweils herrschenden Auffassung zu skizzieren und die sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Zustimmungsgesetz des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH zu eruieren.

(a) Satzungsfixierte Zustimmungsvorbehalte

Ganz herrschend wird die Möglichkeit der Gesellschafterversammlung, die Einführung eines Zustimmungsvorbehaltes in der Satzung auszuschließen oder auch nur zu beschränken, abgelehnt.⁸⁶ Damit statuieren §§ 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG, 111 Abs. 4 AktG auch in der GmbH einen unentziehbaren Kernbereich zustimmungsbedürftiger Geschäfte. Insoweit ergeben sich folglich noch keine Abweichungen zur Rechtslage bei der AG.⁸⁷

(b) Zustimmungsvorbehalte bei Gesellschafterbeschlüssen

Weniger eindeutig wird die Frage danach beurteilt, ob auch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung – zumindest in Geschäftsführungsfragen – dem Zustimmungsvorbehalt unterfallen. Wohl überwiegend wird dies jedoch

⁸⁴ Vgl. die Darstellung von *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 5 ff.: Einige räumen dem Gesellschaftsrecht aufgrund des angeblich rein formalen, organisatorischen Charakters des MitbestG den Vorrang ein, vgl. etwa *Canaris*, Mitbestimmungsgesetz und innergesellschaftliche Organisationsautonomie der Aktiengesellschaft, DB 1981 Beilage Nr. 14, 1 (1 ff.); *H. P. Westermann*, Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, ZGR 1977, 219 (235). Andere rekurren maßgeblich auf das Mitbestimmungsgesetz, vgl. etwa *Reich/Leverenz*, Das neue Mitbestimmungsgesetz – Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Unternehmensverfassung, AuR 1976, 261 (263). Die überwiegende Ansicht gewährt keiner der beiden Regelungsmaterien einen generellen Vorrang und versucht auf diese Weise, Mitbestimmungs- und Gesellschaftsrecht zu harmonisieren, vgl. BGHZ 83, 106 (110); 135, 48 (53); *Oetker*, in: GroßKomm-AktG V, 4. Aufl. 2008, § 25 MitbestG Rn. 7, 10; *Säcker*, Allgemeine Auslegungsgrundsätze zum Mitbestimmungsgesetz, ZHR 148 (1984), 153 (173); *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 6.

⁸⁵ So *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 97.

⁸⁶ *Deilmann*, Abgrenzung der Überwachungsbefugnisse von Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat einer GmbH unter besonderer Berücksichtigung des mitbestimmten Aufsichtsrats, BB 2004, 2253 (2254); *Duden* (Fn. 74), S. 178; *Nießen*, in: Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG Kommentar, 2. Aufl. 2015, § 52 Rn. 123; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 25 Rn. 94 ff.; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 64 m.w.N.

⁸⁷ Vgl. oben **B. I. 2. b)** dd).

abgelehnt.⁸⁸ Der damit im Vergleich zum Aufsichtsrat der AG einhergehende Machtverlust des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH liegt auf der Hand. In Konsequenz der herrschenden Ansicht entsteht eine Kategorie von Geschäftsführungsentscheidungen, die dem Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrates von vornherein entzogen sind. Dies findet in der AG keine Entsprechung, da dort (grundsätzlich) sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen durch den Vorstand getroffen werden, vgl. §§ 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG.⁸⁹ Und dieser unterliegt der uneingeschränkten Kontrolle durch den Aufsichtsrat.

(c) Zustimmungsvorbehalte bei Geschäftsführermaßnahmen auf Grundlage einer Gesellschafterweisung

Entgegen einer verbreiteten Ansicht⁹⁰ erstreckt sich der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH nach herrschender Auffassung auch auf Maßnahmen, welche die Geschäftsführer in Ausführung einer Gesellschafterweisung vornehmen.⁹¹ Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn den Geschäftsführern ein Ermessensspielraum verbleibt.⁹² Zumindest insoweit lässt das Gesetz den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH unberührt und hält damit den Gleichlauf zum aktienrechtlichen Zustimmungsvorbehalt aufrecht.

(d) Erforderliches Quorum im Rahmen des §§ 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG

Ferner überträgt die wohl überwiegende Ansicht das Erfordernis der Dreiviertelmehrheit aus § 111 Abs. 4 S. 4 AktG ohne Modifikationen auf die GmbH.⁹³ Danach wird eine Machtdivergenz zwischen dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH und dem der AG auch in dieser Frage vermieden.

⁸⁸ *Deilmann* (Fn. 86), S. 2255; *Raiser/Heermann*, in: *GroßKomm-GmbHG II* (Fn. 73), § 52 Rn. 244; *Schneider*, in: *Scholz II* (Fn. 77), § 52 Rn. 131, 133; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 65 m.w.N.

⁸⁹ Vgl. *Herrler*, in: *Grigoleit* (Fn. 50), § 119 Rn. 13; *Vedder* ebd., § 76 Rn. 1.

⁹⁰ Vgl. etwa *Wiedemann*, *Aufgaben und Grenzen der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmer*, BB 1978, 5 (7); *Zöllner*, *GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung*, ZGR 1977, 319 (327 f.).

⁹¹ *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 65 m.w.N.

⁹² *Deilmann* (Fn. 86), S. 2256 f.; *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 146; *Lutter/Krieger*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5. Aufl. 2008, Rn. 1127; *Schneider*, in: *Scholz II* (Fn. 77), § 52 Rn. 133.

⁹³ Vgl. *Martens*, *Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mitbestimmungsgesetzes*, AG 1976, 113 (121); *Raiser/Heermann*, in: *GroßKomm-GmbHG II* (Fn. 73), § 52 Rn. 298; *Säcker*, *Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz*, DB 1977, 1845 (1849); *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 25 Rn. 66 m.w.N.

(e) Zusammenfassung

Somit weist der Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH zwar durchaus einige Parallelen zu dem in der AG auf. Namentlich entscheidet die herrschende Ansicht die Streitfragen zu (a), (c) und (d) im Sinne eines Gleichlaufs der GmbH- und aktienrechtlichen Rechtspositionen des mitbestimmten Aufsichtsrates. Dessen Stellung wird in der GmbH aber entscheidend dadurch abgeschwächt, dass ihm Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über Geschäftsführungsmaßnahmen entzogen werden. Auf diese Weise entsteht eine Kategorie von Geschäftsführungsmaßnahmen, auf die der Aufsichtsrat von vornherein keinen (rechtlichen) Einfluss hat. Die Tragweite dieser Einschränkung tritt dann voll hervor, wenn man sich verdeutlicht, dass die Gesellschafter gemäß § 37 GmbHG eine in jeder Hinsicht übergeordnete Geschäftsführungskompetenz besitzen⁹⁴ und zwar auch in der mitbestimmten GmbH.⁹⁵ Einen weisungsfreien Bereich hat das MitbestG auch in Bezug auf die laufenden Tagesgeschäfte nicht geschaffen.⁹⁶ Infolgedessen können die Gesellschafter nach herrschender Ansicht grundsätzlich jedwede Geschäftsführungsmaßnahme an sich ziehen.⁹⁷ Die Befugnisse der Geschäftsführer also den Anwendungsbereich des Zustimmungsvorbehaltes zugunsten des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH können sie folglich beliebig einengen.⁹⁸ Von dem Zustimmungsvorbehalt als „wesentlichem Kontroll- und Überwachungsinstrument des Aufsichtsrates“⁹⁹ bleibt bei entsprechendem Vorgehen der Gesellschafter dann nicht mehr viel übrig.¹⁰⁰

⁹⁴ So die h.M., vgl. *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2001, 104 (105); *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 4; *Goette*, Das Organverhältnis des GmbH-Geschäftsführers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, DStR 1998, 938 (942); *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 37 Rn. 12; *Stephan/Tieves*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 37 Rn. 68.

⁹⁵ Vgl. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 3; *Flume* (Fn. 24), S. 61 i.V.m. Fn. 128; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 23 f.

⁹⁶ So die h.M., vgl. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 4; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 23 f. jeweils m.w.N.

⁹⁷ Vgl. *Altmeyden*, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 3; *Flume* (Fn. 24), S. 61 i.V.m. Fn. 128; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 24; vgl. auch BVerfGE 50, 290 (346).

⁹⁸ *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 24.

⁹⁹ *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 61; vgl. auch oben **B. I. 2. b) dd).**

¹⁰⁰ Im Übrigen handelt es sich dabei lediglich um einen Befund vor dem Hintergrund der – überwiegend mitbestimmungsfreundlichen – herrschenden Auffassung im Schrifttum. Entscheidet man die Streitfragen zu (a), (c) und (d) anders, stellt sich der Zustimmungsvorbehalt in der GmbH als noch schwächere Einflussmöglichkeit dar.

(5) Personalkompetenz

Einzig die Personalkompetenz des Aufsichtsrates erfährt in der mitbestimmten GmbH gegenüber der in der AG keine Einschränkung. § 31 MitbestG verweist insoweit vollumfänglich¹⁰¹ auf das Beststellungs- und Abberufungsrecht des aktienrechtlichen Aufsichtsrates aus § 84 AktG.¹⁰²

(6) Weitere Einflussmöglichkeiten

Auf die übrigen unter **B. I. 2. b) ff)** dargestellten Kompetenzen des Aufsichtsrates verweist das MitbestG nur zum Teil. Namentlich sind die §§ 88, 89 AktG vom Verweis ausgenommen. Ihre analoge Anwendung auf die mitbestimmte GmbH ist umstritten.¹⁰³ Da es sich insoweit aber ohnehin um lediglich ergänzende Funktionen des Aufsichtsrates handelt¹⁰⁴, ist dieser Streit für die vorliegende Untersuchung von untergeordneter Bedeutung. Seine Entscheidung im Sinne der einen oder der anderen Auffassung ändert nichts am Gesamtbefund.

bb) Drittelbeteiligungsgesetz

Das DrittelbG verweist in § 1 Abs. 1 Nr. 3 bezüglich der Funktion des Aufsichtsrates wie auch das MitbestG¹⁰⁵ auf § 111 Abs. 1 AktG, ordnet dem Aufsichtsrat mithin eine Kontroll- und Überwachungsfunktion zu.

Hinsichtlich der rechtlichen Instrumente, die das DrittelbG ihm hierfür an die Hand gibt, kann für die Informationsrechte, die Rechte in Bezug auf die Gesellschafterversammlung, die Mitwirkung am Jahresabschluss sowie den Zustimmungsvorbehalt auf die Ausführungen zum MitbestG verwiesen werden. Der Aufsichtsrat in der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH ist demnach im Vergleich zu dem der AG ohnehin nur beschränkt einflussreich.¹⁰⁶

¹⁰¹ Umstr. ist jedoch, ob dem Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH wie dem in der AG auch die Ernennung des Vorsitzenden Geschäftsführers obliegt. Die herrschende Meinung geht von einer entsprechenden Kompetenz aus, vgl. *Oetker*, in: *GroßKommAktG V* (Fn. 84), § 31 MitbestG Rn. 19; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 30 Rn. 8, 9; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 21), § 37 Rn. 30a jeweils m.w.N.

¹⁰² Hierbei war lange Zeit umstritten, ob diese Kompetenz des Aufsichtsrates zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer auch dessen Zuständigkeit für Abschluss und Kündigung der entsprechenden Anstellungsverträge umfasst, vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 45 Rn. 15. Mittlerweile ist diese Frage höchstrichterlich im Sinne einer entsprechenden Kompetenz des Aufsichtsrates geklärt, vgl. BGHZ 89, 48 (48).

¹⁰³ Für eine analoge Anwendung *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), § 31 Rn. 40. Dagegen etwa *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 90.

¹⁰⁴ Vgl. oben **B. I. 2. b) ff)**.

¹⁰⁵ Vgl. oben **B. II. 2. b) aa) (1)**.

¹⁰⁶ Vgl. oben **B. II. 2. b) aa)**.

Zusätzlich entfällt im Rahmen der Drittelbeteiligung auch die Personalkompetenz, da das DrittelbG keine § 31 MitbestG entsprechende Regelung kennt.¹⁰⁷

III. Ergebnis

Im Ergebnis weist die unternehmerische Mitbestimmung in der GmbH im Vergleich zu der in der AG damit folgende Besonderheiten auf:

Bereits im Rahmen der paritätischen Mitbestimmung nach dem MitbestG sind die Befugnisse des Aufsichtsrates in der mitbestimmten GmbH und damit die Einflussmöglichkeiten der Arbeitnehmer auf die Unternehmensgeschichte im Vergleich zu denen in der AG in nahezu jedweder Hinsicht schwächer ausgeprägt. Nicht nur ist seine Informationsmöglichkeit erheblich eingeschränkt. Auch besitzt er kein Vorschlagsrecht in der Gesellschafterversammlung und kann folglich keine eigene unternehmerische Initiative entfalten. Zudem ist ihm die maßgebliche Mitwirkung am Jahresabschluss über ein Billigungserfordernis und damit sein Einfluss auf die Bilanzpolitik des Unternehmens abgeschnitten. Besonders schwer wiegt die Einschränkung, die der Zustimmungsvorbehalt als wesentliches Element der Kontrolle und Überwachung in der mitbestimmten GmbH erfährt. Bei entsprechendem Vorgehen der Gesellschafter verliert der Zustimmungsvorbehalt seinen nahezu gesamten Anwendungsbereich. Damit entfielen eine der tragenden Säulen für die Position des Aufsichtsrates im Unternehmen und damit für die hierüber vollzogene Arbeitnehmermitbestimmung.¹⁰⁸ Immerhin lässt das MitbestG die Personalkompetenz des Aufsichtsrates in der GmbH im Vergleich zu der in der AG unangetastet. Damit verbleibt dem Aufsichtsrat in der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH zumindest eine wesentliche unternehmerische Einflussmöglichkeit erhalten. Über die ungleich schwächere Stellung, die der Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH gegenüber dem in der AG einnimmt und damit die wesentlich weniger effektive Arbeitnehmermitbestimmung, vermag dies freilich nicht hinwegzutäuschen.¹⁰⁹

Dem Aufsichtsrat in der nach dem DrittelbG mitbestimmten GmbH verbleibt nicht einmal die Personalkompetenz. Damit beschränkt sich der Wirkungsbereich des Aufsichtsrates hier vornehmlich auf beratende und repräsentative Funktionen.¹¹⁰ Eine effektive Kontrolle der Geschäftsführung kann er mit den

¹⁰⁷ Henssler, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. DrittelbG Rn. 6; Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 6.

¹⁰⁸ Vgl. oben **B. II. 2. b) aa) (4) (e)**.

¹⁰⁹ Vgl. auch BGHZ 135, 48 (56); Schubert, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

¹¹⁰ Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 10.

wenigen ihm hierfür eingeräumten rechtlichen Instrumentarien kaum leisten.¹¹¹

C. Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele

Im Folgenden soll nun der Frage nachgegangen werden, ob der Gesetzgeber die Ziele erreicht hat, die er bei Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung verfolgte.

I. Ziele des Gesetzgebers

Ziel des Gesetzgebers bei Einführung der paritätischen unternehmerischen Mitbestimmung war es einerseits, eine gleichberechtigte und gleichgewichtige – kurz: effektive – Teilhabe von Anteilseignern und Arbeitnehmern an den Entscheidungsprozessen im Unternehmen zu ermöglichen.¹¹² Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsformen sollten dabei so weit wie möglich vermieden werden.¹¹³ Vielmehr steht das MitbestG im Sinne einer „weitgehenden Einheitlichkeit der Mitbestimmungsregelungen“¹¹⁴. Andererseits wollte der Gesetzgeber die Mitbestimmung auch „unter weitgehender Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts“¹¹⁵ regeln. Die bestehenden gesellschaftsrechtlichen Strukturen (der AG und der GmbH) wollte er folglich nicht antasten. Entsprechendes gilt in abgeschwächtem Umfang¹¹⁶ für das DrittelbG¹¹⁷, in welchem der Gesetzgeber die bis dato geltenden §§ 76 ff. des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 systematisch gliedert und zeitgemäß kodifiziert hat.¹¹⁸

Formuliert man diese Zielsetzungen im Sinne eines Leitfadens für die vorliegende Untersuchung um, so kann diese anhand der folgenden beiden Fragen vorgenommen werden:

1. Wie effektiv ermöglichen die Mitbestimmungsgesetze die unternehmerische Mitbestimmung jeweils in AG und GmbH?
2. Wie stark greifen die Gesetze dabei in die bestehenden Grundstrukturen¹¹⁹ dieser Gesellschaftsformen ein?

¹¹¹ Vgl. auch *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. DrittelbG Rn. 7.

¹¹² Vgl. Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 17.

¹¹³ Vgl. hierzu auch *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), § 6 Rn. 1.

¹¹⁴ Begründung zum RegE, BT-Drucks. 7/2172, S. 21.

¹¹⁵ Ebd., S. 17.

¹¹⁶ *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. DrittelbG Rn. 1.

¹¹⁷ Vgl. *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 1.

¹¹⁸ *Melot de Beauregard*, Das Zweite Gesetz zur Vereinfachung der Wahl der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat, DB 2004, 1430 (1430 f.); *Veil*, in: Raiser/Veil/Jacobs (Fn. 12), Einl. DrittelbG Rn. 2.

¹¹⁹ Zur Begriffsdefinition der Struktur vgl. unten **C. III.**

II. Effektivität der Mitbestimmung

Zunächst stellt sich die Frage, wie effektiv¹²⁰ sich die Mitbestimmung in den vorgenannten Gesellschaftsformen gestaltet.

1. AG

In der AG wird man die Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsrates und damit die Möglichkeit der Arbeitnehmer zur unternehmerischen Mitbestimmung vor allem mit Blick auf das Zustimmungserfordernis des § 111 Abs. 4 AktG und die Personalkompetenz des Aufsichtsrates¹²¹ qualitativ als jedenfalls nicht unerheblich bewerten können.¹²² Quantitativ hängen sie von der Anwendbarkeit entweder des MitbestG oder des DrittelbG ab, also von der Größe des jeweiligen Unternehmens. Zwar handelt es sich selbst im Anwendungsbereich des MitbestG nur um eine kupiert paritätische Mitbestimmung, weil die Letztentscheidungsbefugnis bei den Aktionären verbleibt.¹²³ Das ändert aber nichts daran, dass die Arbeitnehmervertreter trotz fehlenden Übergewichts einen nicht unerheblichen Einfluss im Aufsichtsrat und über diesen auf das Unternehmen ausüben können.¹²⁴

2. GmbH

In der GmbH hingegen ist eine effektive Mitbestimmung der Arbeitnehmer über den Aufsichtsrat nach dem DrittelbG kaum und nach dem MitbestG nur in einer im Vergleich zur AG erheblich abgeschwächten Form möglich.¹²⁵

3. Ergebnis

Mithin verfehlt der Gesetzgeber weitgehend sein erstes Regelungsziel, die Mitbestimmung in sämtlichen Rechtsformen effektiv sowie möglichst unterschiedslos zu ermöglichen.¹²⁶

¹²⁰ Dabei kann vorliegend lediglich auf eine Effektivität im normativen Sinne eingegangen werden, also auf den rechtlichen Einfluss, den die Mitbestimmungsgesetze den Arbeitnehmern gewähren. Eine rechtstatsächliche Untersuchung würde den Rahmen der Untersuchung sprengen.

¹²¹ Vgl. oben **B. I. 2. b) dd)** und **ee)**.

¹²² Vgl. auch *Windbichler* (Fn. 31), § 25 Rn. 10, die zutreffend auf das Gleichgewicht zwischen den Organen der Aktiengesellschaft hinweist.

¹²³ Vgl. oben **B. I. 2. a)**.

¹²⁴ Anders ließen sich die bis zum Urteil des *BVerfG*, 1 BvR 532/77; 1 BvR 533/77; 1 BvR 419/78; 1 BvL 21/78 v. 1.3.1979 anhaltenden Diskussionen über die Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung vor dem Hintergrund des Art. 14 Abs. 1 GG auch nicht erklären, vgl. *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 48 ff.

¹²⁵ Vgl. oben **B. III.**

III. Schonung des geltenden Gesellschaftsrechts

Fraglich ist, ob dies auch für sein zweites Regelungsanliegen gilt, das geltende Gesellschaftsrecht weitestgehend zu schonen, ergo nicht in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Grundstrukturen einzugreifen.¹²⁷ In diesem Kontext muss zunächst der Begriff der Struktur näher definiert werden.

Das Gesellschaftsrecht wird entscheidend durch den Dualismus von Privatautonomie der Gesellschafter einerseits und Rechtsformzwang bzw. *numerus clausus* der Rechtsformen andererseits geprägt.¹²⁸ So gibt es auf der einen Seite keine Gesellschaft ohne (privatautonomie) rechtsgeschäftliche Grundlage.¹²⁹ Abweichende Grundmodelle wie etwa die Theorie *Otto von Gierkes*, wonach die Gesellschaft als reale Verbandspersönlichkeit¹³⁰ nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch einen sozialrechtlichen Konstitutivakt begründet werde¹³¹, sind heute obsolet.¹³² Andererseits gebietet es der Verkehrsschutz, dass jeder nach außen auftretende Verband gesetzlich klar normiert ist. Dem Rechtsverkehr darf „kein Phantasiegebilde als Rechtssubjekt“¹³³ vorgesetzt werden. Fragt man also nach einer Strukturveränderung innerhalb einer Gesellschaftsform, so ist damit auf der einen Seite die Frage angesprochen, inwiefern die rechtliche Ausgestaltung des betroffenen Verbandes tangiert ist, namentlich die Stellung und Funktion der verschiedenen Gesellschaftsorgane einschließlich ihres Verhältnisses zueinander.¹³⁴ Auf der anderen Seite darf aber auch nicht unberücksichtigt bleiben, wie stark die Privatautonomie beschnitten wird, die den Gesellschaftern in Hinblick auf die Errichtung und individuelle Ausgestaltung der Gesellschaft verbleibt.¹³⁵ Auch diese stellt insofern ein wesentliches

¹²⁶ Vgl. insoweit auch BGHZ 135, 48 (56); *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 25 Rn. 192.

¹²⁷ Vgl. oben C. I.

¹²⁸ Vgl. hierzu grundlegend *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 75 ff.

¹²⁹ *Ebd.*, S. 75.

¹³⁰ *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 2. Aufl. 1936, S. 470.

¹³¹ *v. Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887, S. 133.

¹³² Vgl. BGHZ 21, 370 (374); *Flume* (Fn. 24), S. 315 ff.; *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 75 ff. *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 96.

¹³⁴ Diese Definition der Struktur legt *Ulmer* seinem Beitrag "Der Einfluß des Mitbestimmungsgesetzes auf die Struktur von AG und GmbH" (Fn. 33) zugrunde, vgl. S. 10.

¹³⁵ In diesem Sinne wohl auch *Rittner*, Die paritätische Mitbestimmung und das Gesellschaftsrecht, JZ 1975, 457 (458 ff.); vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 120, der u. a. die Fragen in den Mittelpunkt stellt, inwieweit die Entscheidungsmacht der Gesellschafter beschnitten wird und welche Möglichkeiten den Gesellschaftern verbleiben, um die Organisation der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag zu regeln.

Strukturmerkmal der entsprechenden Gesellschaftsform dar.¹³⁶

Im Folgenden wird mithin zunächst danach zu fragen sein, inwiefern die Mitbestimmungsgesetze die rechtliche Ausgestaltung der AG bzw. GmbH modifizieren. Dann muss untersucht werden, wie stark sie die Privatautonomie beeinträchtigen, welche die Gesellschafter bei Ausgestaltung und Kontrolle der AG bzw. GmbH besitzen.

1. AG

Insofern soll wiederum die AG als gesetzgeberisches Leitmodell den Vergleichsmaßstab bilden.

a) Beeinflussung der rechtlichen Ausgestaltung der AG

Zunächst zur Modifikation der rechtlichen Ausgestaltung der AG und ihrer Organe:

Es ist zu bemerken, dass die Mitbestimmungsgesetze nicht in den oben dargestellten dreigliedrigen Grundaufbau der AG eingreifen. Ferner bewirken sie keine Verschiebungen innerhalb des Kompetenz- und damit des Machtgefüges zwischen den Organen der AG.¹³⁷ Vielmehr bleibt die Hauptversammlung kompetent in allen wesentlichen Unternehmensfragen, vgl. §§ 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, 111 Abs. 3, 4 S. 3, 4 AktG.¹³⁸ Der Vorstand kann weiterhin gemäß § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich agieren und der Aufsichtsrat gewinnt durch die Mitbestimmungsgesetze keinerlei Kompetenzen hinzu.

Fraglich ist demnach, ob allein die nach den Mitbestimmungsgesetzen nicht mehr ausschließlich auf die Hauptversammlung zurückzuführende Besetzung des Aufsichtsrates eine Strukturverschiebung innerhalb der AG herbeiführt. Dabei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass mit den Sitzen im Aufsichtsrat durchaus gesteigerte Informationsrechte und -möglichkeiten der Arbeitnehmer innerhalb des Unternehmens verbunden sind, vgl. §§ 111 Abs. 2 S. 1, 90 AktG. Zudem ist die Einbindung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat freilich Ausdruck der gesetzgeberischen Anerkennung der Belange und des Stellenwertes der Arbeitnehmer im Unternehmen.¹³⁹ Unter diesem Eindruck wurde bisweilen gleichsam aus dem Gesamtelos des MitbestG hergeleitet, an die Stelle der AG

¹³⁶ Vgl. für die GmbH *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), Einl. Rn. 4; *Windbichler* (Fn. 31), § 20 Rn. 3; für die AG vgl. *Grigoleit*, in: Grigoleit (Fn. 50), Einl. Rn. 1; *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 9 Rn. 52 ff.

¹³⁷ Vgl. auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 15 ff., 38 f.

¹³⁸ Vgl. *ebd.*, S. 20 f.

¹³⁹ Vgl. *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 3; *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), Einl. Rn. 2.

sei eine neuartige, soziologisch eigenständige und verbandsmäßig strukturierte Entität getreten: das Unternehmen.¹⁴⁰ Eine solche Sichtweise weist jedoch durchaus starke Parallelen zu der – heute einhellig abgelehnten – Theorie *Otto von Gierkes* von der realen Verbandspersönlichkeit auf.¹⁴¹ Zudem findet sie in den Mitbestimmungsgesetzen keine Stütze. Selbst die (kupiert) paritätische Besetzung des Aufsichtsrates nach dem MitbestG vermag die Annahme einer solch gravierenden Strukturverschiebung nicht zu rechtfertigen. Vielmehr bleibt nach geltendem Recht im Außenverhältnis allein die AG Rechtssubjekt, vgl. § 1 Abs. 1 AktG. Auch im Innenverhältnis finden nennenswerte Strukturveränderungen nicht statt.¹⁴²

Im Ergebnis wird man nicht einmal eine Strukturveränderung innerhalb des mitbestimmten Aufsichtsrates selbst feststellen können. Zwar bringt das MitbestG einige rechtstechnische Neuerungen und Modifikationen mit sich. Namentlich trifft es in §§ 27, 28 und 29 präzise Regelungen zum Vorsitz im Aufsichtsrat, dessen Beschlussfähigkeit sowie zum Abstimmungsverfahren. Dabei handelt es sich aber eben nur um Modifikationen, welche den übrigen Regelungen des MitbestG Rechnung tragen. Eine grundlegende Umgestaltung des Organes Aufsichtsrat, die der Bezeichnung Strukturveränderung gerecht würde, haben sie nicht zur Folge.¹⁴³

Allenfalls ließe sich erwägen, ob die Mitbestimmungsgesetze eine Veränderung der für die Organe der AG maßgeblichen Handlungsmaxime vom Gesellschafts- hin zum Unternehmensinteresse bewirken und insofern auf die Struktur der AG Einfluss nehmen.¹⁴⁴ Damit ist die bis heute anhaltende Kontroverse um das Verhältnis von *shareholder approach* (Gesellschaftsinteresse) und *stakeholder approach* (weiter gefasstes – auch Arbeitnehmerbelange einschließendes – Unternehmensinteresse) angesprochen.¹⁴⁵ So wurde jedenfalls die durch das MitbestG eingeführte paritätische Mitbestimmung vielfach als Indiz dafür herangezogen, die unternehmensleitenden Organe hätten *de lege lata* nicht mehr

¹⁴⁰ *Raiser*, Privatautonome Mitbestimmungsregelungen, BB 1977, 1461 (1462 f.); vgl. auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 17 f.

¹⁴¹ Vgl. oben **C. III.**; vgl. ferner *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 477 f.

¹⁴² Vgl. oben **C. III. 1. a)**.

¹⁴³ So im Ergebnis auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 23 ff.

¹⁴⁴ So etwa *Ulmer*, Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussions-schwerpunkte, AcP 202 (2002), 143 (159 f.); vgl. hierzu ferner *ders.* (Fn. 33), S. 30 ff.

¹⁴⁵ Vgl. hierzu *Hommelhoff*, in: 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 14 (15). Freilich deuten die hier gewählten Begrifflichkeiten die dahinterstehenden Probleme und Wertungskonflikte nur in Umrissen an, vgl. *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 804 ff.; Sie schaffen indes für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung hinreichend klare Konturen.

allein die Aktionärsinteressen zu beachten.¹⁴⁶ Unterdessen wird diese Debatte aber in erster Linie gar nicht mehr vor dem Hintergrund der Mitbestimmungsgesetze geführt.¹⁴⁷ Vielmehr sind hierbei anderweitige Aspekte – etwa die Auswirkungen des Unionsrechts¹⁴⁸ oder der *Corporate Governance*¹⁴⁹ (letztere freilich nur im Sinne einer Klarstellung der Rechtslage¹⁵⁰, vgl. Ziff. 4.1.1, 5.5.1 DCGK) – in den Fokus gerückt. Auch das Aktienrecht selbst¹⁵¹ sowie seine historische Entwicklung¹⁵² spielen weiterhin eine entscheidende Rolle. Diese Aspekte überlagern die Auswirkungen der Mitbestimmungsgesetze. Letzteren kommt im Rahmen der Frage nach Gesellschafts- und Unternehmensinteresse keine tragende Bedeutung (mehr) zu.¹⁵³ Auch insofern führen die Mitbestimmungsgesetze daher keine Strukturveränderung der AG herbei.

Die rechtliche Ausgestaltung der AG ist damit nach wie vor unverändert.¹⁵⁴

b) Eingriff in die Privatautonomie

Zu untersuchen bleibt, ob und wie stark die Mitbestimmungsgesetze die Privatautonomie der Gesellschafter bei Ausgestaltung und Kontrolle der AG beeinträchtigen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist es unerlässlich, die Privatautonomie in ihre einzelnen Wirkungsweisen im Gesellschaftsrecht aufzugliedern.¹⁵⁵ Gemeinhin

¹⁴⁶ So etwa *Hopt*, Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534 (536); *Schneider*, Aktienoptionen als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern, ZIP 1996, 1769 (1772); ähnlich *Ulmer*, Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussionsschwerpunkte, AcP 202 (2002), 143 (159 f.); vgl. hierzu *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 65.

¹⁴⁷ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 76 Rn. 24 ff.

¹⁴⁸ Vgl. *Fendt*, Der Aufsichtsrat in der Mitverantwortung einer interessenpluralistischen Formalzielbestimmung, AG 2017, 99 (passim); *Hommelhoff*, Nichtfinanzielle Unternehmensziele im Unionsrecht, in: FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 137 (137 ff.); *Schön*, Der Zweck der Aktiengesellschaft – geprägt durch europäisches Gesellschaftsrecht?, ZHR 180 (2016), 279 (passim); *Seibert*, 50 Jahre Aktiengesetz 1965, AG 2015, 593 (596).

¹⁴⁹ Vgl. *v. Werder*, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar, 6. Aufl. 2016, Ziff. 4.1.1 Rn. 802 ff.; vgl. ferner *Goslar*, in: Wilsing, DCGK Kommentar, 2012, Ziff. 4.1.1 Rn. 12 ff.

¹⁵⁰ Für eine normative Aussage wäre die *Regierungskommission Corporate Governance* gar nicht legitimiert, vgl. *Fleischer*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 67; *Mülbert*, Soziale Verantwortung von Unternehmen im Gesellschaftsrecht, AG 2009, 766 (771).

¹⁵¹ Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 76 Rn. 36 ff.

¹⁵² Vgl. *ebd.*, § 76 Rn. 22 f.

¹⁵³ Vgl. *Mülbert* (Fn. 150), S. 771; vgl. auch *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 65; *ders.*, Corporate Social Responsibility in der AG – Mythos oder Relität?, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 1133 (1139).

¹⁵⁴ *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 1 Rn. 37.

werden Gründungs-, Typenwahl-, Satzungs-, Willensbildungs- und zuletzt Auflösungs- bzw. Änderungsautonomie (als Fortsetzung der Satzungsautonomie) unterschieden.¹⁵⁶

Fraglich ist, in welche dieser Freiheiten die Mitbestimmungsgesetze bei der AG eingreifen. In Betracht kommt dabei hauptsächlich ein Eingriff in die Willensbildungsautonomie.¹⁵⁷ Willensbildungsautonomie bedeutet, dass die Willensbildung innerhalb einer Gesellschaft allein auf deren Gesellschafter zurückgeht.¹⁵⁸ Willensbildung findet in der AG insbesondere auch im Aufsichtsrat statt. Die Autonomie der Gesellschafter wahrt das AktG dabei dadurch, dass die Mitglieder des Aufsichtsrates gemäß § 101 Abs. 1 AktG grundsätzlich von den Gesellschaftern bestellt werden. Ordnen die Mitbestimmungsgesetze nunmehr die Besetzung des Aufsichtsrates zu einem Drittel bzw. gar zur Hälfte mit durch die Arbeitnehmer gewählten Arbeitnehmervertretern an, so geht damit erkennbar ein Eingriff in die Willensbildungsautonomie der Aktionäre einher.

Weitere Eingriffe in die Privatautonomie sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Satzungsautonomie der Aktionäre nicht berührt, weil ein Aufsichtsrat in der AG mit entsprechenden Kompetenzen ohnehin immer zwingend zu bilden ist. Da das Aktienrecht den Aktionären insoweit schon gar keinen Raum für privatautonome Gestaltung belässt, können die Mitbestimmungsgesetze diesen auch nicht weiter verengen.

c) Ergebnis

Im Ergebnis greifen die Mitbestimmungsgesetze damit in die Grundstrukturen der AG lediglich insoweit ein, als sie die Willensbildungsautonomie der Gesellschafter im Aufsichtsrat beschneiden.¹⁵⁹ Dies ist indes gerade Sinn und Zweck der unternehmerischen Mitbestimmung. Ohne einen entsprechenden Eingriff ließe sie sich nicht verwirklichen. Zugespitzt formuliert besteht unternehmerische Mitbestimmung gerade in einer eingeschränkten Willensbildungsautonomie der Gesellschafter um der Arbeitnehmer willen.¹⁶⁰ Im Übrigen wird das geltende Gesellschaftsrecht geschont. Die unternehmerische Mitbestimmung fügt sich reibungslos in die Systematik des Aktienrechts ein. In Bezug auf die

¹⁵⁵ Vgl. hierzu grundlegend *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 248 ff.; *ders.* (Fn. 135), S. 459.

¹⁵⁶ Vgl. *Rittner*, Die werdende juristische Person, 1973, S. 248 ff.; *ders.* (Fn. 135), S. 459.

¹⁵⁷ *Rittner* (Fn. 135), S. 459.

¹⁵⁸ *Ebd.*

¹⁵⁹ Dieser hängt in seiner Intensität davon ab, in welchem Umfang die Mitbestimmung stattfindet; ob sich die AG also im Anwendungsbereich des MitbestG oder lediglich des DrittelbG bewegt.

¹⁶⁰ Vgl. *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 2.

AG als legislatorischem Leitmodell wird der Gesetzgeber seinem zweiten Regelungsziel gerecht.

2. GmbH

Fraglich ist, ob das für die AG gefundene Ergebnis auch auf die GmbH übertragbar ist.

a) Beeinflussung der rechtlichen Ausgestaltung der GmbH

Zunächst zur Beeinflussung der rechtlichen Ausgestaltung der GmbH:

Im Gegensatz zur Rechtslage bei der AG tangieren die Mitbestimmungsgesetze bereits den – grundsätzlich bipolaren – Aufbau der GmbH. Diese besteht regelmäßig aus Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern.¹⁶¹ Einen Aufsichtsrat kann die Satzung gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG zwar fakultativ vorsehen. Typisch für die GmbH ist er indes nicht.¹⁶² Ferner ordnen die Mitbestimmungsgesetze dem obligatorischen Aufsichtsrat zwingende Kompetenzen zu. Auch dies widerspricht dem Grundmodell der GmbH, wonach die Kompetenzen eines etwa nach der Satzung einzurichtenden Aufsichtsrates grundsätzlich zur Disposition der Gesellschafter stehen.¹⁶³ Insofern bewirken die Mitbestimmungsgesetze einen nicht von der Hand zu weisenden Einfluss auf den gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Grundaufbau der GmbH.¹⁶⁴

Zwar geht hiermit eine grundlegende Verschiebung des Kompetenz- und Machtgefüges in der GmbH nicht einher.¹⁶⁵ Vielmehr bleibt die Gesellschafterversammlung oberstes Organ der Gesellschaft und in allen wesentlichen Fragen kompetent.¹⁶⁶ Insbesondere hat sie die Möglichkeit, den Wirkungsbereich des Zustimmungsvorbehaltes, also des wesentlichen Kontroll- und Überwachungsinstrumentes des Aufsichtsrates, auf ein Minimum zu reduzieren, indem sie sämtliche Geschäftsführungsfragen an sich zieht.¹⁶⁷ Gleichwohl darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass zumindest im Anwendungsbereich des MitbestG mit der Personalkompetenz hinsichtlich der Geschäftsführer ein nicht unwesentliches Instrument der Unternehmensleitung¹⁶⁸ von der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) auf den Aufsichtsrat übertragen wird.

¹⁶¹ Windbichler (Fn. 31), § 22 Rn. 1.

¹⁶² Vgl. Raiser/Heermann, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 52 Rn. 4.

¹⁶³ Vgl. Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 52 Rn. 3.

¹⁶⁴ Vgl. *ibd.*, Einl. Rn. 40.

¹⁶⁵ Vgl. aber Windbichler (Fn. 31), § 22 Rn. 3, die auf eine „Verschiebung der Gewichte“ hinweist.

¹⁶⁶ BGHZ 135, 48 (56).

¹⁶⁷ Vgl. oben **B. II. 2. b) aa) (4) (e)**.

¹⁶⁸ Vgl. oben **B. I. 2. b) ee)**.

Mittelbar stärkt das MitbestG damit auch die Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung und damit im Kompetenz- und Machtgefüge der GmbH.¹⁶⁹ Entgegen der Rechtslage in der mitbestimmungsfreien GmbH können die Geschäftsführer gemäß §§ 31 Abs. 1 MitbestG, 84 Abs. 3 AktG nämlich nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes und auch dann nur durch den Aufsichtsrat abberufen werden.¹⁷⁰

Fraglich bleibt, ob die Mitbestimmungsgesetze in Hinblick auf die Handlungsmaxime für den Geschäftsführer eine Verschiebung vom Gesellschaftsinteresse (*shareholder approach*) hin zum Unternehmensinteresse (*stakeholder approach*) bewirken.¹⁷¹ Insoweit ist zunächst zu beachten, dass der Geschäftsführer in der mitbestimmungsfreien GmbH nach herrschender Ansicht grundsätzlich allein das Gesellschaftsinteresse zu berücksichtigen hat.¹⁷² „Die aktienrechtlichen Begründungsmuster für eine interessenpluralistische Zielkonzeption passen nicht auf das GmbH-Recht.“¹⁷³ Auch die vorgenannten unionsrechtlichen Einflüsse und die Klarstellungen des DCGK in Bezug auf die Handlungsmaximen für die Geschäftsführung betreffen zuvörderst börsennotierte Unternehmen¹⁷⁴ also vornehmlich den AG-Vorstand.¹⁷⁵ Damit scheint eine durch die Mitbestimmungsgesetze bewirkte Interessenverlagerung hinsichtlich der Geschäftsführung in der GmbH – anders als bei der AG¹⁷⁶ – nicht ausgeschlossen. Teilweise wird dies unter Hinweis darauf verneint, die Mitbestimmungsgesetze hätten gerade keinen weisungsfreien Raum eigenverantwortlicher Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers (in Arbeitnehmerbelangen) geschaffen.¹⁷⁷ Insoweit sei

¹⁶⁹ Hommelhoff (Fn. 7), S. 130 ff.; Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 17; Ulmer (Fn. 33), S. 44; Windbichler (Fn. 31), § 22 Rn. 3.

¹⁷⁰ Dass der Geschäftsführer auf diese Art und Weise durch das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung einerseits und seine Abhängigkeit vom Aufsichtsrat andererseits zum „Diener zweier Herren“ wird und damit Gefahr läuft, in unauflösbare Interessenkonflikte verwickelt zu werden, ist eine weitere Inkonsistenz, die das MitbestG durch die systemwidrige Übertragung des Aktienrechts auf die GmbH erzeugt, vgl. auch Raiser/Veil (Fn. 30), § 45 Rn. 17.

¹⁷¹ Vgl. oben C. III. 1. a).

¹⁷² Fleischer, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 43 Rn. 13 ff. m.w.N.; vgl. auch Altmeyden, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 43 Rn. 7; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), § 43 Rn. 20. Teilweise wird auch BGH, NZG 2003, 528 in diesem Sinne gedeutet, vgl. Klöhn, in: Bork/Schäfer, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Aufl. 2015, § 43 Rn. 3.

¹⁷³ Klöhn, in: Bork/Schäfer (Fn. 172), § 43 Rn. 16.

¹⁷⁴ Vgl. Hommelhoff, Nichtfinanzielle Ziele in Unternehmen von öffentlichem Interesse – Die Revolution übers Bilanzrecht, in: FS Bruno Kübler, 2015, S. 291 (291); vgl. ferner die Präambel des DCGK.

¹⁷⁵ Vgl. oben C. III. 1. a).

¹⁷⁶ Vgl. oben C. III. 1. a).

¹⁷⁷ Vgl. oben B. II. 2. b) aa) (4) (e); vgl. ferner Paefgen, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 37 Rn. 31.

dieser weiterhin ausschließlich der Gesellschafterversammlung verantwortlich und habe folglich auch die Arbeitnehmerbelange nicht zwingend zu berücksichtigen.¹⁷⁸ Dem ist entgegenzuhalten, dass (zumindest) das MitbestG dem Geschäftsführer zwar keinen Bereich eigenverantwortlicher Tätigkeit einräumt, ihn jedoch immerhin aus seiner alleinigen Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschafterversammlung hinauslöst, indem es die Personalkompetenz auf den mitbestimmten Aufsichtsrat überträgt.¹⁷⁹ Gleichzeitig überführt es ihn in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat.¹⁸⁰ Folglich wird er bei seinen Entscheidungen zumindest auch die Interessen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen haben.¹⁸¹ Damit bewirkt zumindest das MitbestG für die Geschäftsführung in der GmbH eine Erweiterung der zu berücksichtigenden Belange über das reine Gesellschaftsinteresse hinaus jedenfalls auf die Belange der Arbeitnehmer.¹⁸²

Kann man *in summa* auch nicht von einer grundlegenden Veränderung der gesetzlich vorgezeichneten GmbH-Struktur sprechen¹⁸³, so lassen die Mitbestimmungsgesetze die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung der GmbH (anders als die der AG) immerhin nicht gänzlich unberührt.¹⁸⁴ Sie ersetzen den grundsätzlich bipolaren Aufbau durch einen zwingend dreigliedrigen. Darüber hinaus löst das MitbestG die Geschäftsführer aus ihrer alleinigen Abhängigkeit von der Gesellschafterversammlung heraus und räumt ihnen über den Verweis auf § 84 Abs. 3 AktG immerhin ein gewisses Maß an Unabhängigkeit ein, welches sie in der idealtypischen GmbH nicht besitzen.¹⁸⁵ Damit geht auch eine Erweiterung der von der Geschäftsführung zu beachtenden Interessen jedenfalls um die Belange der Arbeitnehmer einher.¹⁸⁶

¹⁷⁸ So *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 43 Rn. 20.

¹⁷⁹ Vgl. *Ulmer* (Fn. 33), S. 43 f.; *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 45 Rn. 17.

¹⁸⁰ *Ulmer* (Fn. 33), S. 43 f.

¹⁸¹ So im Ergebnis auch *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 138; *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 29; vgl. auch *Ulmer* (Fn. 33), S. 44.

¹⁸² Vgl. auch *Koppensteiner/Gruber*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 29; *Ulmer* (Fn. 33), S. 44.

¹⁸³ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155. Die mitbestimmte GmbH wird nicht etwa zu einer „kleinen AG“.

¹⁸⁴ *Ulmer* (Fn. 33), S. 40, bezeichnet die Strukturveränderung der mitbestimmten GmbH gegenüber der Normal-GmbH gar als unübersehbar; vgl. ferner *Windbichler* (Fn. 31), § 22 Rn. 3, die von einer „Verschiebung der Gewichte“ spricht. Vgl. auch *Fichtelmann/A. Bartl*, in: Heidelberger Kommentar, 7. Aufl. 2013, § 45 Rn. 12; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), Einl. Rn. 39 f.

¹⁸⁵ Vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 37 Rn. 3 f.

¹⁸⁶ Vgl. oben **C. III. 2. a).**

b) Eingriff in die Privatautonomie

Ferner stellt sich auch für die GmbH die Frage nach der Intensität des Eingriffs in die Privatautonomie, die das GmbH-Recht den Gesellschaftern bei Ausgestaltung und Direktion der Gesellschaft belässt.

Dabei sind wiederum Gründungs-, Typenwahl-, Satzungs-, Willensbildungs- und zuletzt Auflösungs- bzw. Änderungsautonomie (als Fortsetzung der Satzungsautonomie) zu unterscheiden.¹⁸⁷

Wie in der AG bewirken die Mitbestimmungsgesetze auch bei der GmbH einen Eingriff in die Willensbildungsautonomie der Gesellschafter. Die Willensbildung in der GmbH findet gewöhnlich in der Gesellschafterversammlung statt. Sie ist nach der Konzeption des GmbH-Rechts allzuständig, insbesondere im Hinblick auf Struktur- sowie wichtige Einzelmaßnahmen.¹⁸⁸ Ferner kann sie jegliche Geschäftsführungsmaßnahme an sich ziehen¹⁸⁹, und zwar auch in der mitbestimmten GmbH.¹⁹⁰ Indem die Mitbestimmungsgesetze einen Teil dieser Kompetenzen – insbesondere die Personalkompetenz – und damit einen Teil der Willensbildung innerhalb der GmbH auf einen mitbestimmten Aufsichtsrat übertragen, greifen sie in die Willensbildungsautonomie der Gesellschafter ein. Denn die Entscheidungen des mitbestimmten Aufsichtsrates lassen sich nicht mehr allein auf den Willen der Gesellschafter zurückführen.¹⁹¹

Allerdings greifen die Mitbestimmungsgesetze (anders als bei der AG) nicht nur in die Willensbildungs-, sondern auch in die Satzungsautonomie der Gesellschafter ein. Ursache hierfür ist, dass das GmbH-Recht den Gesellschaftern (anders als das Aktienrecht) grundsätzlich die Freiheit gewährt, zu entscheiden, ob sie einen Aufsichtsrat einrichten und wie sie gegebenenfalls dessen Kompetenzen bestimmen will, vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG. Die gesetzliche Struktur der GmbH ist mithin auch insoweit von der grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter geprägt. Da die Mitbestimmungsgesetze diese beschneiden, greifen sie in jene ein.

¹⁸⁷ Vgl. oben **C. III. 1. b)**.

¹⁸⁸ Bayer, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 1.

¹⁸⁹ *Ebd.*, § 46 Rn. 1.

¹⁹⁰ Vgl. Altmeyden, in: Roth/Altmeyden (Fn. 24), § 37 Rn. 3; Flume (Fn. 24), S. 61 i.V.m. Fn. 128; Koppenssteiner/Gruber, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff (Fn. 22), § 37 Rn. 24; vgl. auch BVerfGE 50, 290 (346).

¹⁹¹ Die Intensität des Eingriffs hängt dabei wiederum von der Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ab, also von der Anwendbarkeit entweder des DrittelbG oder des MitbestG, vgl. oben **A.** und **C. III. 1. c)** i.V.m. Fn. 159.

Folglich geht mit den Mitbestimmungsgesetzen in der GmbH ein stärkerer Eingriff in die Privatautonomie der Gesellschafter einher als in der AG.¹⁹² Während die Mitbestimmungsgesetze in der AG allein die Willensbildungsautonomie tangieren, sind in der GmbH sowohl die Willensbildungs- als auch die Satzungsautonomie betroffen.¹⁹³

c) Ergebnis

Die unternehmerische Mitbestimmung greift mithin weitaus intensiver in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der GmbH ein als in die der AG.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis gestaltet sich die Mitbestimmung in der GmbH damit weitaus weniger effektiv als die in der AG, obgleich sie intensiver in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der GmbH eingreift. Damit verfehlt der Gesetzgeber seine bei Einführung der Mitbestimmungsgesetze verfolgten Ziele, eine für alle Rechtsformen gleichermaßen effektive unternehmerische Mitbestimmung bei größtmöglicher Schonung des geltenden Gesellschaftsrechtes zu ermöglichen.

D. Ursache

Ursache hierfür ist – wie oben dargetan – die starre Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über den Aufsichtsrat auch auf die GmbH. Sie erweist sich nur *prima facie* als einheitliche Mitbestimmungsregelung. Dies leuchtet ein, wenn man bedenkt, dass es sich bei der GmbH nicht um eine „kleine AG“ handelt, sondern vielmehr um ein *aliud*.¹⁹⁴ Ein organspezifischer Ansatz kann die gesetzgeberische Zielvorgabe einer möglichst einheitlich effektiven Mitbestimmung¹⁹⁵ schon allein deswegen nicht erfüllen, weil den Organen in den verschiedenen Gesellschaftsformen keine homogenen Rechtspositionen zukommen.¹⁹⁶ Zwar gibt es Organe, die hinsichtlich ihrer Funktion und

¹⁹² Vgl. auch *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), § 25 Rn. 6.

¹⁹³ Der Grund hierfür liegt zwar schlicht darin, dass das GmbH-Recht den Gesellschaftern die Satzungsautonomie in größerem Umfang belässt als das Aktienrecht. Betrachtet man jedoch auch den Umfang der den Gesellschaftern verbleibenden Privatautonomie als Strukturmerkmal der jeweiligen Gesellschaftsform, so ändert dies nichts am hier beschriebenen Befund, vgl. hierzu oben **C. III**.

¹⁹⁴ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155; vgl. oben **A**.

¹⁹⁵ Vgl. oben **C. I**.

¹⁹⁶ Vgl. oben **B. II. 2. b)**. Besonders deutlich würde dies, sollte der Gesetzgeber entsprechenden Forderungen aus der Literatur nachkommen und auch Personengesellschaften der unternehmerischen Mitbestimmung unterwerfen, vgl. hierzu *Hommelhoff* (Fn. 20), S. 1785 f. Denn Personengesellschaften verfügen nicht einmal über Organe im Sinne des organspezifischen Ansatzes, vgl. *Windbichler* (Fn. 31), § 2 Rn. 17 f.

Ausgestaltung rechtsformübergreifend durchaus vergleichbar sind.¹⁹⁷ Eine für die Schaffung eines möglichst unterschiedslosen Mitbestimmungsrechts hinreichende Übereinstimmung wird man ihnen indes nicht attestieren können.¹⁹⁸ Divergenz und Vielfalt sind im Übrigen auch Zweck der verschiedenen Gesellschaftsformen. Mit ihnen will der Gesetzgeber Unternehmen gerade verschiedene Rechtsgebilde zur Verfügung stellen, zwischen denen sie ihren individuellen Bedürfnissen entsprechend wählen können.¹⁹⁹ Insofern tritt der organspezifische Ansatz bereits grundlegend mit dem Ziel des Gesetzgebers in Konflikt, eine möglichst einheitliche Mitbestimmung unter weitgehender Schonung des Gesellschaftsrechts zu ermöglichen. Ein Mitbestimmungsregime, das diesen Zielvorgaben gerecht werden will, muss den grundlegenden Strukturunterschieden zwischen den Gesellschaftsformen Rechnung tragen.

E. Vorschlag

Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, ein entsprechendes Mitbestimmungsmodell *de lege ferenda* in seinen Ansätzen zu skizzieren.²⁰⁰ Ein detaillierter Vorschlag oder auch nur eine abschließende Festlegung auf ein solches Modell ist im Rahmen des vorliegenden Beitrages nicht zu leisten.

I. Anpassung des organspezifischen Ansatzes

Dabei ist zunächst der Frage nachzugehen, ob der vom Gesetzgeber gewählte organspezifische Ansatz womöglich in einer Art und Weise modifiziert werden könnte, die die aufgezeigten Widersprüche auflöst.

Insoweit bestünde zunächst die Möglichkeit, den Aufsichtsrat in der mitbestimmten GmbH dem in der AG anzupassen. Man könnte ihm etwa gleichwertige Informations- und Vorschlagsrechte einräumen. Ferner ließe sich ein der Rechtslage in der AG entsprechendes Billigungserfordernis hinsichtlich des Jahresabschlusses konstatieren und der Zustimmungsvorbehalt ließe sich auf Geschäftsführungsentscheidungen der Gesellschafterversammlung erstrecken. Auf diesem Wege würde die Effektivität der Mitbestimmung in der GmbH der in der AG zwar durchaus angenähert. Damit ginge indes ein ungleich schwer-

¹⁹⁷ Vgl. zur organisatorischen Struktur von Körperschaften *Windbichler* (Fn. 31), § 2 Rn. 12; vgl. ferner *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 3 Rn. 2.

¹⁹⁸ Vgl. *Windbichler* (Fn. 31), § 22 Rn. 3. Auf der einen Seite die hierarchisch strukturierte GmbH. Auf der anderen Seite die vom Gleichgewicht der drei Gesellschaftsorgane geprägte AG.

¹⁹⁹ Vgl. *K. Schmidt* (Fn. 41), S. 98 ff.; *Windbichler* (Fn. 31), § 4 Rn. 1 ff.

²⁰⁰ Gewiss wird dabei der Boden dogmatischer Analyse verlassen und das Feld des Rechtspolitischen betreten. Der Beitrag bleibt seinem juristischen Ansatz allerdings insoweit treu, als er eine Lösungsmöglichkeit auf Grundlage der vom Gesetzgeber deklarierten Ziele sucht und solche nicht eigenmächtig definiert.

wiegenderer Eingriff in die Struktur der GmbH einher. Diese würde gleichsam zu einer „kleinen AG“. Als solche ist sie aber bewusst nicht konzipiert.²⁰¹ Das gesetzgeberische Ziel, das geltende Gesellschaftsrecht im Rahmen der Mitbestimmung weitestgehend zu schonen, würde dadurch verfehlt. Eine Annäherung der Kompetenzen des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH an die der AG scheidet als Lösungsmöglichkeit also eher aus.

Umgekehrt würde eine Abschwächung der Kompetenzen des Aufsichtsrates der mitbestimmten GmbH zwar das GmbH-Recht stärker schonen. Dann würde aber die Effektivität der unternehmerischen Mitbestimmung in der GmbH noch weiter reduziert.

Berücksichtigt man die vorgenannten Ziele des Gesetzgebers, scheint eine Anpassung des organspezifischen Ansatzes damit als schwer gangbar.²⁰² Dieser Gedanke soll daher hier nicht weiter verfolgt werden.

II. Funktionsspezifischer Ansatz

Möglicherweise ließen sich die oben dargestellten Friktionen aber auflösen, wenn man für die unternehmerische Mitbestimmung nicht organspezifisch, sondern anderweitig ansetzt. Um einen solchen Ansatz zu ermitteln, bietet es sich an, die unternehmerische Mitbestimmung anhand ihres Zweckes auf ihren wesentlichen Kerngehalt – ihren Nukleus – hin zu untersuchen und dann einen Anknüpfungspunkt im geltenden Gesellschaftsrecht zu identifizieren, über den sich dieser Nukleus systemkonform in sämtliche Gesellschaftsformen einbetten lässt. Namentlich muss es sich dabei um einen Anknüpfungspunkt handeln, der (anders als die grundlegend verschieden ausgestalteten Organe²⁰³) allen Gesellschaftsformen gemein ist.

Die unternehmerische Mitbestimmung soll die angemessene Berücksichtigung der Belange der Arbeitnehmer in Unternehmen gewährleisten.²⁰⁴ Zu diesem Zweck sind die Arbeitnehmer in gewisse Entscheidungsprozesse innerhalb des

²⁰¹ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 155.

²⁰² Vgl. aber die Reformvorschläge auf Grundlage des bestehenden Systems von *Raiser* (Fn. 18) und des Votums der wissenschaftlichen Mitglieder der Kommission zur Modernisierung der deutschen Unternehmensmitbestimmung gegenüber Bundeskanzlerin *Merkel* im Dezember 2006; vgl. hierzu *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 75 ff.

²⁰³ Vgl. oben **D**.

²⁰⁴ *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 2; vgl. auch *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), Einl. Rn. 25 ff.; *Ulmer/Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler* (Fn. 7), Einl. Rn. 1 ff.

Unternehmens einzubinden.²⁰⁵ Dies stellt den Kerngehalt unternehmerischer Mitbestimmung dar.²⁰⁶ Jene Entscheidungsprozesse ordnet das Gesellschaftsrecht in den jeweiligen Rechtsformen verschiedenen Organen im Sinne von Kompetenzen bzw. Funktionen zu. Es dürfte für die unternehmerische Mitbestimmung im Kern also nicht darauf ankommen, *wo* die Arbeitnehmer beteiligt werden, sondern vielmehr, *woran*. Eine an den vorgenannten Zielen des Gesetzgebers orientierte unternehmerische Mitbestimmung sollte folglich bei den Kompetenzen bzw. Funktionen innerhalb der Gesellschaft ansetzen, und zwar unabhängig davon, welchem Organ das Gesellschaftsrecht diese konkret zuordnet. Da zwischen den Kompetenzen und Funktionen in den jeweiligen Gesellschaftsformen (bspw. Bestellung der Geschäftsführer und Überwachung derselben) anders als zwischen den sie ausübenden Organen keine Unterschiede bestehen, wäre ein solcher Ansatz auch den gegenüber dem organspezifischen Ansatz bestehenden Bedenken nicht ausgesetzt.²⁰⁷ Ob und gegebenenfalls wie ein solcher – im Folgenden „funktionsspezifischer Ansatz“ genannt – konkret verwirklicht werden könnte, soll anhand des Beispiels der GmbH näher erörtert werden.

1. Der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegende Funktionen

Erste Voraussetzung für die Realisierung eines funktionsspezifischen Ansatzes ist es, die Funktionen herauszuarbeiten, bei denen nach der Vorstellung des Gesetzgebers für die Mitbestimmung angesetzt werden soll. Insoweit, attestiert *Raiser*²⁰⁸, fehle es dem Gesetzgeber an einem Gesamtkonzept. Folgte man dieser These, stellte dies die Realisierbarkeit eines funktionsspezifischen Ansatzes durchaus in Frage. Denn lassen sich die Funktionen, an denen die Arbeitnehmer im Unternehmen teilhaben sollen, dem gesetzgeberischen Willen nicht eindeutig entnehmen, so darf eine juristische Betrachtung diese nicht willkürlich feststellen; vielmehr ist dies dem Gesetzgeber vorbehalten.

Zutreffend ist die These *Raisers* sicher insofern, als der Gesetzgeber keinen expliziten Katalog aufstellt, in welchem er die Funktionen im Unternehmen *expressis verbis* festlegt, an denen die Arbeitnehmer im Wege der Mitbestimmung teilhaben sollen. Das schließt jedoch nicht aus, dass er die vorgenannten

²⁰⁵ Vgl. RegE, BT-Drucks. 7/2172, 17; *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 9 i.V.m. Fn. 23; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 2; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert* (Fn. 1), Vorb. Rn. 1.

²⁰⁶ Vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 5), S. 9 i.V.m. Fn. 23; *Lembke/Ludwig* (Fn. 1), § 1 Rn. 2.

²⁰⁷ Zu den Bedenken gegen einen funktionsspezifischen Ansatz im Rahmen der Mitbestimmung in der GmbH vgl. unten **E. II. 5.**

²⁰⁸ *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs* (Fn. 12), Einl. Rn. 66.

Funktionen auf anderem Wege – gleichsam konkludent – definiert hat.²⁰⁹ Ausgangspunkt der Untersuchung kann dabei nur die gesetzliche Konzeption, genauer das Regelungssystem des Mitbestimmungsrechts, sein. Der Gesetzgeber hat die unternehmerische Mitbestimmung erkennbar anhand der AG entwickelt und auf diese zugeschnitten. Die AG ist legislatorisches Leitbild der Mitbestimmungsgesetze.²¹⁰ Innerhalb der AG verortet der Gesetzgeber die unternehmerische Mitbestimmung vor allem im Aufsichtsrat. Mit diesem legislatorischen Grundmodell determiniert er zeitgleich das Funktionenprogramm, an dem die Arbeitnehmer im Rahmen der unternehmerischen Mitbestimmung *idealerweise* teilhaben sollen. Namentlich handelt es sich dabei um jene Funktionen und Kompetenzen, die dem Aufsichtsrat innerhalb der AG zukommen.

Es muss bei funktionsspezifischer Behandlungsweise mithin im Wesentlichen an den unter **B. I. 2. b)** dargestellten Kompetenzen und Befugnissen des aktienrechtlichen Aufsichtsrates angesetzt werden. Folgt man dem, sind die Arbeitnehmervertreter im Einzelnen folgendermaßen zu beteiligen:

1. Ihnen muss ein den §§ 111 Abs. 2, 90 AktG qualitativ entsprechendes *Informationsrecht* eingeräumt werden.
2. Sie müssen entsprechend § 111 Abs. 3 AktG eine Gesellschafterversammlung *einberufen* können. Dabei müssen sie im Sinne des § 124 Abs. 3 AktG *Vorschläge zur Beschlussfassung* machen und nach Maßgabe des § 118 Abs. 3 AktG *teilnehmen* können.
3. Die Arbeitnehmervertreter müssen entsprechend §§ 170, 171 und insbesondere 172 AktG am *Jahresabschluss* mitwirken können.
4. Ferner sind sie an der Überwachung der Geschäftsführung der Gesellschaft in einer dem *Zustimmungsvorbehalt* des § 111 Abs. 4 AktG vergleichbaren Weise zu beteiligen.
5. Auch müssen sie entsprechend § 84 AktG an der *Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer* mitwirken können.

²⁰⁹ Nur *prima facie* dagegen Hommelhoff (Fn. 7), der den organspezifischen Ansatz zunächst als gesetzgeberische Absage an sämtliche abweichenden Modelle der unternehmerischen Mitbestimmung bezeichnet (S. 141), diese Aussage jedoch später (S. 142) wieder relativiert. Vgl. zutreffend Naendrup, Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit I. Teil, AuR 1977, 225 (231); Rittner (Fn. 135), S. 460.

²¹⁰ Hommelhoff (Fn. 7), S. 120; Oetker (Fn. 7), S. 1461; vgl. auch Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Henssler (Fn. 7), § 25 Rn. 1.

6. Im Übrigen sei auf die komplementären Kompetenzen des AG-Aufsichtsrates aus §§ 88, 89, 111 Abs. 2 S. 3, 112 AktG verwiesen.²¹¹

2. Funktionsspezifische Beteiligung der Arbeitnehmer

In einem zweiten Schritt ist danach zu fragen, wie die Arbeitnehmer in den anderen Gesellschaftsformen – hier in der GmbH – an den erwähnten Funktionen unter größtmöglicher Schonung der jeweiligen gesellschaftsrechtlich vorgezeichneten Strukturen beteiligt werden können. Namentlich gilt es, Eingriffe in den gesetzlichen Aufbau der jeweiligen Gesellschaft und das Verhältnis ihrer Organe zueinander sowie die Satzungsautonomie der Gesellschafter weitgehend zu vermeiden. Die Mitbestimmung muss sich möglichst reibungslos in die vorgefundenen Strukturen der Gesellschaft einfügen, so wie es dem Gesetzgeber in Ansehung der AG gelungen ist.²¹² Vor diesem Hintergrund drängt es sich geradezu auf, die Mitbestimmung jeweils in dem Organteil zu verorten, welches die mitbestimmungsrelevanten Kompetenzen und Funktionen nach dem geltenden Gesellschaftsrecht bzw. nach der Satzung der Gesellschaft²¹³ ohnedies schon besitzt. Auf diese Weise wird weder die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der jeweiligen Gesellschaft noch die Satzungsautonomie der Gesellschafter tangiert.

3. Verortung der Funktionen in der GmbH

Damit bleibt zu klären, wo das geltende Gesellschaftsrecht die erwähnten mitbestimmungsrelevanten Funktionen in der GmbH verortet, welchem Organ sie also in der GmbH anstelle des aktienrechtlichen Aufsichtsrates obliegen.

a) Kompetenzverteilung nach GmbHG

Nach dem GmbHG vereint die Gesellschafterversammlung nahezu sämtliche vorgenannten mitbestimmungsrelevanten Kompetenzen und Funktionen²¹⁴ auf sich. Ihr obliegt gemäß § 46 Nr. 6 GmbHG die Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung. Sie tritt für die GmbH mithin anstelle des gemäß § 111 Abs. 1 AktG in der AG hierfür zuständigen Aufsichtsrates. Im Einzelnen gilt:

1. § 46 Nr. 6 GmbHG statuiert – neben dem individuellen Informationsrecht eines jeden Gesellschafters gemäß § 51a GmbHG – ein dem § 90 AktG ver-

²¹¹ Vgl. oben **B. I. 2. b)** ff); § 161 AktG dürfte nur in der AG zum Tragen kommen.

²¹² Vgl. oben **C. III. 1. c)**.

²¹³ Sofern das Gesellschaftsrecht den Gesellschaftern die Entscheidung hierüber belässt.

²¹⁴ Vgl. oben **E. II. 1.**

gleichbares Informationsrecht der Gesellschafterversammlung.²¹⁵ Insbesondere beinhaltet dieses auch eine mit § 90 Abs. 1 AktG artverwandte²¹⁶ regelmäßige Berichtspflicht der Geschäftsführer jedenfalls über wichtige Angelegenheiten.²¹⁷

2. Ein Einberufungs-, Teilnahme- und Vorschlagsrecht kann die Gesellschafterversammlung naturgemäß nicht haben, geht es hierbei doch gerade um die Einberufung von, die Teilnahme an und Vorschläge in der Gesellschafterversammlung selbst. Die Einberufungskompetenz ordnet das GmbHG gemäß § 49 Abs. 1 grundsätzlich den Geschäftsführern zu.²¹⁸ Allerdings können auch Gesellschafter, die (zusammen) mindestens 10% der Anteile halten, nach § 50 Abs. 1, 3 GmbHG die Einberufung bewirken.²¹⁹ Teilnahmeberechtigt sind grundsätzlich nur die Gesellschafter.²²⁰ Ein Vorschlagsrecht im Sinne des § 124 Abs. 3 AktG regelt das GmbH-Recht nicht ausdrücklich. Es kann sich mithin nur als Minus aus einem Antragsrecht ergeben.²²¹ Antragsberechtigt sind allein die Gesellschafter als Versammlungsteilnehmer.²²²

3. Gemäß § 46 Nr. 1 Var. 1 GmbHG obliegt der Gesellschafterversammlung die Feststellung des Jahresabschlusses.

4. Der Zustimmungsvorbehalt des § 111 Abs. 4 AktG wird in der GmbH funktional durch die Kompetenz der Gesellschafter zur Vornahme von Maßnahmen zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung nach § 46 Nr. 6 GmbHG ersetzt, welche jedoch über die reine Möglichkeit der Statuierung von Zustimmungsvorbehalten weit hinausgeht.²²³

5. Weiterhin hat die Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Nr. 5 GmbHG die Personalkompetenz hinsichtlich der Geschäftsführer.

²¹⁵ Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 30; *K. Schmidt*, in: Scholz II (Fn. 77), § 46 Rn. 114.

²¹⁶ *K. Schmidt*, Informationsrechte in Gesellschaften und Verbänden, 1984, S. 16 f.

²¹⁷ *Hommelhoff*, Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines Bilanzrichtlinie-Gesetzes – Bemerkungen zur Umsetzung der 4. EG-(Bilanz-)Richtlinie, BB 1981, 944 (951); *K. Schmidt*, in: Scholz II (Fn. 77), § 46 Rn. 114.

²¹⁸ *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 49 Rn. 2 ff.

²¹⁹ Vgl. *ebd.*, § 50 Rn. 11 ff.

²²⁰ *Hüffer/Schürmbrand*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 48 Rn. 13.

²²¹ Vgl. zum Verhältnis von Antrags- und Vorschlagsrecht *Koch*, in: Hüffer, AktG Kommentar, 11. Aufl. 2014, § 124 Rn. 17; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 124 Rn. 26.

²²² *Drescher*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 47 Rn. 15 ff.; vgl. auch *Hüffer/Schürmbrand*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 47 Rn. 9 f.

²²³ Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 30; *Roth*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 46 Rn. 44a; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), § 46 Rn. 50.

6. Auch die in §§ 88, 89, 112 AktG festgelegten Kompetenzen des Aufsichtsrates der AG kommen in der GmbH naturgemäß der Gesellschafterversammlung zu. Allein die Beauftragung des Abschlussprüfers für den Jahres- und den Konzernabschluss gemäß § 290 HGB²²⁴ obliegt nach dem Grundsatz des § 318 Abs. 1 S. 4 HGB auch in der GmbH den Geschäftsführern.²²⁵

b) Satzungsautonomie der GmbH-Gesellschafter

Gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG steht es den Gesellschaftern allerdings frei, diese Kompetenzen zum Teil auf einen (fakultativen) Aufsichtsrat zu übertragen.²²⁶

4. Funktionsspezifische Beteiligung der Arbeitnehmer auf Ebene der Gesellschafterversammlung

Damit ist der Weg vorgezeichnet, auf dem die Mitbestimmung in der GmbH nach einem funktionsspezifischen Ansatz verwirklicht werden muss: über die (kupiert paritätische bzw. drittelparitätische²²⁷) Teilhabe der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung!

Freilich kann in diesem Kontext keine Rede von einer Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung schlechthin sein. Dies wäre nicht nur verfassungsrechtlich bedenklich²²⁸, sondern würde auch weit über die Teilhabe der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der – idealtypischen – mitbestimmten AG hinausgehen.²²⁹ Vielmehr sollten sie – eben funktionsspezifisch – immer nur dann beteiligt werden, wenn und soweit die Gesellschafterversammlung über Fragen entscheidet, über die in der mitbestimmten AG der Aufsichtsrat zu entscheiden hätte. Namentlich handelt es sich dabei um Kontroll- und Überwachungsfragen, um die Feststellung des Jahresabschlusses und um die Bestellung bzw. Abberufung der Geschäftsführer. Im Einzelnen könnte die Mitbestimmung wie folgt umgesetzt werden:

1. Als (im Rahmen ihrer Befugnisse begrenzt kompetente) Teilnehmer der Gesellschafterversammlung hätten die Arbeitnehmer am Informationsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern aus § 46 Nr. 6

²²⁴ Vgl. hierzu *Busse v. Colbe*, in: MüKo-HGB IV, 3. Aufl. 2013, § 290 Rn. 1 ff.

²²⁵ Vgl. *Habersack/Schürnbrand*, in: GroßKomm-HGB VII/1, 5. Aufl. 2010, § 318 Rn. 22.

²²⁶ Vgl. *Heermann*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 52 Rn. 1; *Lutter/Hommelhoff*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 52 Rn. 3.

²²⁷ Vgl. oben **A**.

²²⁸ Vgl. BVerfGE 50, 290 (323).

²²⁹ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 142; *Raisch*, Unternehmensrecht 2: Aktien- und Konzernrecht, Mitbestimmung und Fusionskontrolle, 1974, S. 134; *Wietböller*, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, 1961, S. 31 f.

GmbHG teil. Insbesondere bestünde dann auch ihnen gegenüber die mit § 90 Abs. 1 AktG vergleichbare Berichtspflicht²³⁰ der Geschäftsführer.

2. Ein § 111 Abs. 3 AktG funktional ersetzendes Einberufungsrecht ließe sich systemkonform konstruieren, indem man § 50 Abs. 1, 3 GmbHG nicht nur auf die Gesellschafter, sondern auf alle Teilnehmer der Gesellschafterversammlung – also im Rahmen ihres funktional begrenzten Zuständigkeitsbereiches auch die Arbeitnehmervertreter – erstreckt. Ein § 124 Abs. 3 AktG entsprechendes Vorschlagsrecht ergäbe sich gleichsam als Minus aus dem Antragsrecht²³¹, welches seinerseits Ausprägung des Teilnahmerechts ist.²³² Letzteres folgt aus einer Ansiedlung der unternehmerischen Mitbestimmung in der Gesellschafterversammlung *ex natura*.

3. Die Arbeitnehmervertreter hätten bei der Feststellung des Jahresabschlusses nach § 46 Nr. 1 Var. 1 GmbHG mitzuentcheiden. Sollte der Beschluss (auch) an den fehlenden Stimmen der Arbeitnehmervertreter scheitern, muss den Gesellschaftern jedoch die Möglichkeit verbleiben, den Jahresabschluss entsprechend § 173 AktG ohne Beteiligung der Arbeitnehmer festzustellen. Anderenfalls würde den Arbeitnehmern in der GmbH insoweit ein stärkeres Mitbestimmungsrecht eingeräumt als in der AG.

4. Ferner müsste das funktionspezifisch ausgestaltete Mitbestimmungsrecht eine § 111 Abs. 4 S. 2 AktG entsprechende Kontrollmöglichkeit der Arbeitnehmer hinsichtlich der Geschäftsführung vorsehen. Dies ist insofern problematisch, als sich die Geschäftsführungskompetenz in der GmbH auf Geschäftsführer und – im Sinne einer Überordnung – die Gesellschafterversammlung verteilt²³³, wohingegen sie in der AG gemäß § 76 Abs. 1 AktG allein dem Vorstand obliegt.²³⁴ In der AG lässt sich eine umfassende Kontrolle der Geschäftstätigkeit folglich über einen schlichten Zustimmungsvorbehalt in Bezug auf Vorstandsmaßnahmen konstruieren. Für die GmbH reicht das nicht. Vielmehr muss sich die Kontrollmöglichkeit – funktionspezifisch – auch auf Gesellschafterbeschlüsse erstrecken, soweit sie sich materiell im Bereich der Geschäftsführung bewegen. Konkret müsste ein funktionspezifisches

²³⁰ Vgl. oben **E. II. 3. a**).

²³¹ Vgl. zu den Unterschieden zwischen Vorschlags- und Antragsrecht *Rieckers*, in: Spindler/Stilz (Fn. 46), § 124 Rn. 26.

²³² *Hüffer/Schürbrand*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 47 Rn. 9.

²³³ Vgl. *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 37 Rn. 3; *Goette* (Fn. 94), S. 942; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 37 Rn. 12; *Stephan/Tieves*, in: MüKo-GmbHG II (Fn. 77), § 37 Rn. 68.

²³⁴ *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 51), § 76 Rn. 1; *Vedder*, in: Grigoleit (Fn. 50), § 76 Rn. 1 ff.

Mitbestimmungsmodell zunächst einen § 111 Abs. 4 S. 2 AktG vergleichbaren Regelungsauftrag an die Gesellschafterversammlung enthalten, bestimmte Arten von Geschäften ihrer vorherigen Zustimmung zu unterwerfen. Diesen könnte sie dann systemkonform über § 46 Nr. 6 GmbHG umsetzen und ausgestalten.²³⁵ An dieser Ausgestaltung sowie den danach erforderlichen Zustimmungseinscheidungen wären die Arbeitnehmervertreter zu beteiligen. Dadurch würde in einem ersten Schritt die Kontrollmöglichkeit der Arbeitnehmer hinsichtlich der Geschäftsführer sichergestellt. Darüber hinaus muss sich die Beteiligung aber auch auf solche Entscheidungen erstrecken, die die Gesellschafterversammlung in Ausübung ihrer Kompetenz aus § 37 Abs. 1 GmbH trifft, sofern sie sich im sachlichen Anwendungsbereich des soeben skizzierten Zustimmungsvorbehaltes bewegt. Auf diese Weise würde auch die Geschäftsführung in der GmbH einer umfassenden Kontrolle durch die Arbeitnehmer unterworfen. Zudem würden die Gesellschafter außerstande gesetzt, den Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Arbeitnehmer in der GmbH durch einen extensiven Gebrauch ihres Weisungsrechts aus § 37 Abs. 1 GmbHG zu verwässern, sodass das in der mitbestimmten GmbH *de lege lata* bestehende Spannungsverhältnis zwischen Zustimmungsvorbehalt und Weisungsrecht der Gesellschafter²³⁶ entfielen. Allerdings darf der funktionsspezifische Ansatz den Arbeitnehmervertretern in der GmbH auch keine stärkere Rechtsposition einräumen als denen in der AG. Dementsprechend muss den Gesellschaftern die Möglichkeit verbleiben, den unter Arbeitnehmervertreterbeteiligung gefassten Beschluss entsprechend § 111 Abs. 4 S. 3, 4 AktG mit Dreiviertelmehrheit zu überstimmen, und zwar sowohl in Bezug auf Weisungsbeschlüsse nach § 37 Abs. 1 GmbHG als auch im Rahmen von Beschlüssen auf Grundlage des § 46 Nr. 6 GmbHG.

5. Schließlich wären die Arbeitnehmervertreter an der Bestellung und der Abberufung der Geschäftsführer nach § 46 Nr. 5 GmbHG zu beteiligen. Dabei entfielen dann auch das für die GmbH an sich systemwidrige²³⁷ Erfordernis eines wichtigen Grundes, wie es §§ 31 Abs. 1 MitbestG, 84 Abs. 3 AktG *de lege lata*²³⁸ statuieren.

²³⁵ Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff (Fn. 55), § 46 Rn. 30; *Roth*, in: Roth/Altmeppen (Fn. 24), § 46 Rn. 44a; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck (Fn. 21), § 46 Rn. 50.

²³⁶ Vgl. oben **B. II. 2. b) aa) (4)**.

²³⁷ Vgl. *Bernhardt/Bredol*, Rechtsfragen zur Organstellung und Anstellungsvertrag von Geschäftsführern einer paritätisch mitbestimmten GmbH, NZG 2015, 419 (423).

²³⁸ So die h.M., vgl. *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), § 31 Rn. 58 m.w.N.; die a.A. nimmt unter Verweis auf die den Geschäftsführern der GmbH im Vergleich zum AG-Vorstand fehlende Leitungsautonomie insoweit eine teleologische Reduktion des § 31 I MitbestG vor, vgl. *Bernhardt/Bredol* (Fn. 237), S. 423.

6. Auch soweit die in §§ 88, 89, 112 AktG festgelegten Kompetenzen des Aufsichtsrates der AG in der GmbH durch die Gesellschafterversammlung ausgeübt werden, haben die Arbeitnehmervertreter hierbei mitzuwirken. Allein im Rahmen der Beauftragung des Abschlussprüfers für den Jahres- und den Konzernabschluss gemäß § 290 HGB²³⁹ hat die funktionspezifische Mitbestimmung auf Geschäftsführerebene stattzufinden.²⁴⁰

Sofern die Gesellschafter in Ausübung ihrer Satzungsautonomie entsprechende Kompetenzen (teilweise) auf einen Aufsichtsrat übertragen, muss auch die Mitbestimmung – wiederum funktionspezifisch – dort ansetzen. Sollte die Satzung der GmbH beispielsweise einen dem Aktienrecht minutiös nachgebildeten Aufsichtsrat vorsehen²⁴¹, ließe sich die unternehmerische Mitbestimmung auf diesem Wege gegebenenfalls vollumfänglich in diesen verlagern. Jedoch müsste die Satzung dann die Weisungsrechte der Gesellschafter derart einschränken, dass sie den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates nicht in der unter **B. II. 2. b) aa) (4)** dargestellten Weise verwässern können. Für eine im Einzelnen ausdifferenzierte Ausarbeitung dieser Problematik ist hier indes kein Raum.

Auf diese Weise würden eine effektive Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der GmbH ermöglicht und dabei Eingriffe in die Struktur der GmbH weitestgehend vermieden. Weder würde ihr grundsätzlich bipolarer Aufbau verändert, noch fände eine – wenn auch nur geringe – Verschiebung im Macht- und Kompetenzgefüge zwischen Gesellschafterversammlung und Geschäftsführern statt. Ferner würde den Gesellschaftern auf diese Weise die Satzungsautonomie, die ihnen das GmbH-Recht belässt, nicht im Wege der Mitbestimmung genommen.

5. Bedenken gegen eine Beteiligung der Arbeitnehmer auf Ebene der Gesellschafterversammlung

Bedenken gegen eine Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung wurden bisher vor allem unter zwei Gesichtspunkten vorgetragen:

Bereits *Ballerstedt*²⁴² spricht die Frage einer Verortung der Arbeitnehmerbeteiligung in der Gesellschafterversammlung (freilich nur im oben dargestellten Umfang) an; sie dränge sich geradezu auf. Er verwirft den Gedanken jedoch

²³⁹ Vgl. hierzu *Busse v. Colbe*, in: MüKo-HGB IV (Fn. 224), § 290 Rn. 1 ff.

²⁴⁰ Vgl. oben **E. II. 2.** und **3. a).**

²⁴¹ Dies ist in gewissen Grenzen möglich, vgl. *Heermann*, in: GroßKomm-GmbHG II (Fn. 73), § 52 Rn. 19.

²⁴² *Ballerstedt*, GmbH-Reform, Mitbestimmung, Unternehmensrecht, ZHR 135 (1971), 479 (505).

unmittelbar wieder, und zwar unter Hinweis auf die „zwei Klassen von Mitgliedern“, aus denen sich die Gesellschafterversammlung dann in entsprechenden Fragen zusammensetzen würde: die Gesellschafter als permanente und in allen der Gesellschafterversammlung obliegenden Entscheidungen kompetente Mitglieder einerseits; andererseits die Arbeitnehmervertreter als beschränkt kompetente Mitglieder auf Zeit. Es gebe „kein Beispiel dafür, dass Gremien mit Mitgliedern zweierlei Rechts harmonisch arbeiten können“. Zumindest an diesem Gegenargument seien indessen Zweifel erlaubt. Entgegen *Ballerstedt* kann bspw. auf den Fakultätsrat der juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg verwiesen werden.²⁴³ Dieser setzt sich gemäß § 25 Abs. 3 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg aus sämtlichen hauptberuflichen Hochschullehrer/innen als permanenten Mitgliedern kraft Amtes sowie aus 16 weiteren Mitgliedern mit zeitlich begrenztem Mandat kraft Wahl zusammen, darunter von der Studierendenschaft gewählte Studierendenvertreter. Dieses Modell hat sich offenbar weitgehend bewährt. Trotz aller gebotenen Vorsicht gegenüber entsprechenden Vergleichen liegt die Parallele zur unternehmerischen Mitbestimmung dabei zumindest nahe. Auf der einen Seite die permanenten Mitglieder kraft Amtes (Hochschullehrer/Gesellschafter). Auf der anderen Seite die gewählten Mitglieder auf Zeit als Interessenvertreter ihres Elektorats (Studierendenvertreter/Arbeitnehmervertreter). *Ballerstedts* Bedenken stehen dem hier vorgeschlagenen Ansatz damit letzten Endes nicht zwingend entgegen. Die Besetzung eines Gremiums mit „zwei Klassen von Mitgliedern“ ist zumindest keinen grundlegenden Einwänden ausgesetzt.

Allgemein wird gegen die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung eingewendet, sie wandle die interessenmonistische Gesellschafterversammlung in ein interessenpluralistisches Organ um und breche daher mit den überkommenen Strukturprinzipien des Gesellschaftsrechts.²⁴⁴ Zunächst beziehen sich diese Bedenken aber lediglich auf eine Arbeitnehmerbeteiligung in der Gesellschafterversammlung schlechthin, also nicht im hier relevanten funktionsspezifisch begrenzten und auch nur insoweit thematisierten Umfang. Ferner ist durchaus nicht unzweifelhaft, ob man die Gesellschafterversammlung auch heute noch als *per se* interessenmonistisch ausgerichtetes Gremium bezeichnen kann.²⁴⁵ Insbesondere scheint nicht ausgeschlossen, dass die Gesell-

²⁴³ Vgl. unter <http://www.jura.uni-heidelberg.de/fakultaet/fakultaetsrat.html> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017). Vgl. ferner den "Bereichsrat" der Fakultät für Naturwissenschaften (School of Science) der TU Dresden unter <https://tu-dresden.de/mn/derbereich/fakultaetsrat> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

²⁴⁴ Vgl. *Hommelhoff* (Fn. 7), S. 142; *Raisch* (Fn. 229), S. 134; *Wietbölder* (Fn. 229), S. 31 f.

²⁴⁵ Vgl. hierzu aktuell in Bezug auf Unternehmen von öffentlichem Interesse *Hommelhoff* (Fn. 174), S. 298; vgl. aber auch schon *Wietbölder* (Fn. 229), S. 31 f.; vgl. ferner *Fleischer*,

schafter ohnehin die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigen und nicht ausschließlich die eigenen, gerade bei den vorliegend in Frage stehenden mitbestimmungsrelevanten Kontroll- und Überwachungsfragen.²⁴⁶ Schließlich sind Gesellschaften allgemein „auf ihre gesellschaftliche Akzeptanz als *good corporate citizen* und den Rückhalt ihrer Belegschaft angewiesen“.²⁴⁷ Berücksichtigt man diesen soziologischen Befund²⁴⁸, so wird man die Gesellschafterversammlung heute jedenfalls in den mitbestimmungsrelevanten Kontroll- und Überwachungsfragen nicht mehr als *per se* interessenmonistisch ausgerichtetes Organ bezeichnen können. Demnach hindern auch die in dieser Hinsicht geäußerten Bedenken nicht (mehr) daran, den vorgeschlagenen Weg einer eingehenderen Prüfung zu unterziehen.

Darüber hinaus bereitet es durchaus Unbehagen, dass die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter in der Gesellschafterversammlung (zumindest) in Europa einzigartig wäre.²⁴⁹ Dies hat seine Ursache jedoch in einem strukturellen Spezifikum der GmbH deutschen Rechts. Sie stellt eine Körperschaft dar, bei der die Kontrolle der Geschäftsführung typischerweise (allein) durch die Gesellschafter selbst ausgeübt wird. Demgegenüber setzt unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Europa regelmäßig außerhalb der Gesellschafterebene im (separaten) Überwachungs- oder im Leitungsorgan der Gesellschaft an, je nachdem, ob es sich um eine Gesellschaft mit monistischer (sog. *board*-Modell) oder dualistischer (sog. Aufsichtsrat-Modell) Leitungsstruktur handelt.²⁵⁰ Die GmbH lässt sich aber keinem dieser Modelle eindeutig zuordnen, da sie typischerweise²⁵¹ weder über ein separates Überwachungsorgan verfügt noch die Überwachung innerhalb des Leitungsorganes selbst stattfindet. Vielmehr obliegt die Überwachung der Geschäftsleitung nach dem

Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 (1309); *ders.*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstandes im Aktienrecht, AG 2001, 171 (175) m.w.N.

²⁴⁶ Vgl. hierzu in Bezug auf die AG bereits *Wietbölder* (Fn. 229), S. 31.

²⁴⁷ *Fleischer*, Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 (1309); *ders.*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstandes im Aktienrecht, AG 2001, 171 (175) m.w.N.; vgl. hierzu grundlegend bereits *Planitz*, Die Stimmrechtsaktie, 1922, S. 50 ff.

²⁴⁸ Vgl. für die AG *Fleischer*, Unternehmensspenden und Leitungsermessen des Vorstandes im Aktienrecht, AG 2001, 171 (175); hierauf (auch) für die GmbH verweisend *ders.*, Zum Inhalt des „Unternehmensinteresses“ im GmbH-Recht, GmbHR 2010, 1307 (1309).

²⁴⁹ Vgl. *Raiser/Veil* (Fn. 30), § 6 Rn. 11 f.

²⁵⁰ *Ulmer*, Generalbericht, in: Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004, S. 159 (166 f.); *Wansleben*, in: Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, 2016, S. 108 (119 ff.).

²⁵¹ Vgl. oben **C. III. 2. a).**

gesetzlichen Grundmodell allein den Gesellschaftern selbst. Ein funktions-spezifischer Ansatz könnte demnach auch insoweit einen Beitrag zur Harmonisierung leisten. Ein Vergleich der deutschen GmbH mit der ähnlich ausgestalteten österreichischen GmbH bestätigt diesen Befund. Auch hier ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates grundsätzlich fakultativ.²⁵² Ferner setzt auch in Österreich die unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat an.²⁵³ Für die österreichische GmbH gilt dies aber nur dann, wenn sie auch tatsächlich einen Aufsichtsrat besitzt, sei es aufgrund privatautonomer Regelung der Gesellschafter, sei es *qua* zwingender Anordnung durch das *Gesellschaftsrecht*, vgl. § 29 des österreichischen GmbHG.²⁵⁴ Hierin liegt der entscheidende Unterschied zur Rechtslage in Deutschland. Die Mitbestimmung setzt im (separaten) Überwachungsorgan der GmbH an, sofern diese ein solches besitzt. Sie zwingt es der GmbH aber – im Gegensatz zu den deutschen Mitbestimmungsgesetzen – nicht systemwidrig unter Eingriff in das geltende Gesellschaftsrecht auf. Freilich erfolgt diese Schonung nur unter Verzicht auf unternehmerische Mitbestimmung in aufsichtsratsfreien GmbHs. Auch hier bräuchte ein funktions-spezifischer Ansatz unternehmerische Mitbestimmung und Schonung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen in Einklang.

Die gegen eine funktions-spezifisch begrenzte Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung der GmbH aufgezeigten Einwände sind damit im Ergebnis jedenfalls nicht derartig tiefgreifend, dass sie den hier vorgestellten funktions-spezifischen Ansatz bereits grundlegend in Frage stellen. Einer eingehenderen Befassung mit diesem stehen sie jedenfalls nicht entgegen.²⁵⁵

F. Zusammenfassung

Im Rahmen der geltenden Regelungen zur unternehmerischen Mitbestimmung bestehen zwischen AG und GmbH zahlreiche entscheidende Unterschiede. Namentlich gestaltet sich die Unternehmensmitbestimmung in der GmbH weitaus weniger effektiv als die in der AG, greift dabei aber ungleich stärker in die gesellschaftsrechtlich vorgezeichnete Struktur der GmbH ein. Ursache hierfür ist, dass die Mitbestimmungsgesetze anhand der AG als legislatorischem Leitbild konzipiert sind und diese auf die AG zugeschnittenen Regelungen

²⁵² *Kalss*, in: Unternehmens-Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Recht der EU-Mitgliedstaaten, 2004, S. 95 (98).

²⁵³ *Ebd.*, S. 95 ff.

²⁵⁴ *Ebd.*, S. 98 f.

²⁵⁵ Dabei wird nicht verkannt, dass ein funktions-spezifischer Ansatz durchaus mit Abgrenzungsschwierigkeiten im Rahmen der rechtspraktischen Frage einherginge, welche Beschlussgegenstände im Einzelnen der Mitbestimmung durch die Arbeitnehmervertreter unterlägen. Auf diese Abgrenzungsschwierigkeiten kann hier aber nicht näher eingegangen werden.

ceteris paribus auf andere Rechtsformen übertragen werden. Auf diese Weise wollte der Gesetzgeber eine möglichst in allen Rechtsformen gleichermaßen effektive Mitbestimmung unter weitgehender Schonung des geltenden Gesellschaftsrechts ermöglichen. Diese Regelungsziele verfehlt er indes in nicht unbedeutendem Umfang, weil er die grundlegenden strukturellen Unterschiede zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen übergeht, namentlich die zwischen AG und GmbH, welche gerade keine „kleine AG“ ist.

Ein an den gesetzgeberischen Zielen ausgerichtetes Mitbestimmungsmodell muss diesen Unterschieden hinreichend Rechnung tragen. Im Ergebnis liegt deshalb (*de lege ferenda*) insbesondere ein funktionspezifischer Ansatz nahe. Die mitbestimmungsrelevanten Funktionen und Aufgaben innerhalb der Gesellschaft lassen sich dabei aus denen des Aufsichtsrates in der (mitbestimmten) AG als legislatorischem Idealtypus ableiten. Mit anderen Worten sollte die unternehmerische Mitbestimmung jeweils in dem Gesellschaftsorgan stattfinden, das in der betreffenden Gesellschaftsform diejenigen Funktionen erfüllt, die in der AG dem Aufsichtsrat zukommen. In der GmbH ist dies – vorbehaltlich anderweitiger privatautonomer Gestaltung durch die Gesellschafter – im Wesentlichen die Gesellschafterversammlung. Durch eine funktionspezifische Beteiligung der Arbeitnehmer in der Gesellschafterversammlung würde eine effektive Mitbestimmung bei weitgehender Schonung der gesellschaftsrechtlichen Strukturen auch in der GmbH ermöglicht und auf diese Weise dem gesetzgeberischen Regelungsziel entsprochen. Sollten die Gesellschafter entsprechende Kompetenzen in Ausübung ihrer Satzungsautonomie etwa auf einen Aufsichtsrat übertragen, würde insoweit auch die unternehmerische Mitbestimmung auf diesen verlagert.

Demzufolge besteht Reformbedarf nicht nur in Hinblick auf die unternehmerische Mitbestimmung allgemein²⁵⁶, sondern gerade auch in Bezug auf die einzelnen Rechtsformen, namentlich die GmbH. Dies sollte im Zuge aktueller Reformdiskussionen²⁵⁷ nicht unberücksichtigt bleiben, auch wenn sich diese zweifellos im Kern auf die vorgelagerte Frage beziehen, ob und gegebenenfalls wie die unternehmerische Mitbestimmung für individuelle Vereinbarungen geöffnet werden kann.²⁵⁸ Der funktionspezifische Ansatz soll nicht in Konkurrenz zu derlei Reformbestrebungen treten, sondern sie vielmehr im Sinne einer

²⁵⁶ Vgl. Habersack/Behme/Eidenmüller/Klöhn, in: Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, 2016, S. 1 (passim); Wißmann, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 60 ff.

²⁵⁷ Vgl. hierzu Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 60 ff.; 72 ff.

²⁵⁸ Vgl. Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (Fn. 20); Hommelhoff (Fn. 5), S. 19 f.; Wißmann, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert (Fn. 1), Vorb. Rn. 82.

gesetzlichen Auffanglösung ergänzen. Auf diese Weise würde die unternehmerische Mitbestimmung in Deutschland umfassend modernisiert²⁵⁹ und damit ihre Konkurrenzfähigkeit in einem mit der voranschreitenden europäischen Integration einhergehenden Wettbewerb der Rechtsordnungen²⁶⁰ gesteigert.

²⁵⁹ Vgl. zu einem entsprechenden Bedarf Arbeitskreis Unternehmerische Mitbestimmung (Fn. 20), S. 885 f.

²⁶⁰ Vgl. hierzu *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff* (Fn. 55), Einl. Rn. 25 ff.

Hannah Krapp*

Ausrichtung der Geschäftspolitik am Konzerninteresse? – Regelungsvorschläge für ein europäisches Konzernrecht

Abstract

Die Diskussion über eine europäische Konzernrechtsregelung hat zuletzt wieder Fahrt aufgenommen. Vorrangiges Ziel des neuen Regelungsansatzes ist die europaweit einheitliche Anerkennung des – über das Interesse der Einzelgesellschaft im Konzern hinausgehenden – Gruppeninteresses. Dies soll europaweit tätigen Unternehmensgruppen eine rechtssichere und effiziente Gruppenführung über die Binnenmarktgrenzen hinweg ermöglichen. Aufgrund vielfältiger Unsicherheiten und Hemmnisse, die sich für grenzüberschreitende Unternehmensgruppen ergeben, ist eine solche Regelung auch notwendig. Fraglich ist, wie die Anerkennung des Gruppeninteresses konkret in einem europäischen Rechtsakt umgesetzt werden könnte. Es existieren verschiedene Vorschläge und Konzepte, die es sich näher zu betrachten lohnt.

After quite a long period of silence, the discussion about a European legal act on corporate groups has come back to life in the past few years. The main objective of the new approach is to recognize the interest of the group uniformly all over the EU. This recognition is intended to provide a possibility of efficient group governance throughout the European internal market. Because of the many different company law systems in the EU and the associated uncertainties and impediments regarding international group governance such an act is very much needed. There are already several proposals and concepts for the implementation of the recognition of the group interest in a European legislative act which are worth being examined in greater detail.

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Der Beitrag basiert auf einer von Prof. Dr. Christoph Teichmann betreuten Seminararbeit aus dem Sommersemester 2016. Die Verfasserin dankt Herrn Prof. Dr. Teichmann für seine bereitwillige und anregende Unterstützung bei der Überarbeitung und Veröffentlichung.

A. Einführung

Schon seit vielen Jahren werden Unternehmen als Zusammenschluss rechtlich selbstständiger Gesellschaften zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengefasst. Insbesondere seit Mitte des 20. Jahrhunderts hat sich der Konzern zur gängigsten Organisationsform für große, aber auch mittelständische Unternehmen in Europa entwickelt und die Einzelgesellschaft eher zu einer Ausnahmeerscheinung gemacht.¹ Etwa seit der gleichen Zeit versucht auch der europäische Gesetzgeber, durch Rechtsangleichung optimale Bedingungen für den europäischen Binnenmarkt zu schaffen. Im Bereich der Unternehmensgruppen ist dies bisher aber nicht recht gelungen. Nach dem Scheitern erster Versuche in den 70er und 80er Jahren ist es um ein europäisches Konzernrecht lange still geblieben. Erst in den späten 90er Jahren nahm die Diskussion um eine Regelung für Unternehmensgruppen in Europa mit einem ausführlichen Vorschlag des *Forum Europaeum Konzernrecht*² wieder Fahrt auf. Im Anschluss daran beschäftigten sich sowohl die Wissenschaft als auch die Europäische Kommission wieder eingehend mit dem Thema, was zu einer Reihe von Plänen und Vorschlägen für ein europäisches Konzernrecht führte.³ Auffällig dabei ist,

¹ The European Model Company Act (EMCA), Draft 2015, Chapter 15, General Comments, National Law; Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law, 05.4.2011, S. 59, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

² *Forum Europaeum Konzernrecht*, Konzernrecht für Europa, ZGR 1998, 672 ff.

³ Report of the High Level Group of Company Law Experts on a modern regulatory Framework for Company Law in Europe, 4.11.2002, abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, 21.5.2003, KOM/2003/284 endg., abrufbar unter:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003DC0284>

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); Report of the Reflection Group (Fn. 1); Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan:

Europäisches Gesellschaftsrecht und Corporate Governance – ein moderner Rechtsrahmen für engagiertere Aktionäre und besser überlebensfähige Unternehmen, 12.12.2012, COM/2012/740 final, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0740>

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); *European Company Law Experts*, A proposal for reforming group law in the European Union – Comparative Observations on the way forward, October 2016, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849865

(zuletzt abgerufen am 12.12.2017); *Forum Europaeum on Company Groups*, Eckpunkte für einen Rechtsrahmen zur erleichterten Führung von grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen in Europa, ZGR 2015, 507 ff.; *The Informal Company Law Expert Group (ICLEG)*, Report on the recognition of the interest of the group, October 2016,

237

dass sich ein Perspektivenwechsel vollzogen zu haben scheint. Konzernrecht wird nicht mehr primär als Instrument zum Gläubiger- und Minderheitenschutz betrachtet, sondern vielmehr als ein Rechtsrahmen, der es der Muttergesellschaft ermöglichen soll, die Unternehmensgruppe als Ganzes nach einer am Konzerninteresse ausgerichteten Geschäftspolitik zu führen, ohne dabei die Interessen der Tochtergesellschaften in allzu hinderlicher Weise berücksichtigen zu müssen.⁴ Diese wieder neu entbrannte Diskussion soll im folgenden Beitrag zum Anlass genommen werden, zu klären, ob überhaupt das Bedürfnis nach einem europäischen Konzernrecht besteht (**B.**), warum Zweck einer Regelung tatsächlich die Privilegierung des Gruppeninteresses sein sollte (**C.**), und wie eine solche Regelung konkret umgesetzt werden könnte (**D.**).

B. Bedürfnis nach einer europäischen Konzernrechtsregelung

Vor dem Hintergrund des europäischen Subsidiaritätsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 3 EUV) stellt sich zunächst die Frage, ob es eines europäischen Konzernrechts überhaupt bedarf. Betrachtet man die Lage im europäischen Binnenmarkt, zeigt sich jedenfalls, dass die Beteiligung mehrerer Rechtsordnungen grenzüberschreitender Unternehmensgruppen einige Probleme bereitet.

I. Regelungsdiversität in Europa

Mit der EU-Mitgliedschaft von 28 Staaten gehen auch 28 mehr oder minder unterschiedliche Arten, mit dem Phänomen der Unternehmensgruppe umzugehen, einher. Grundsätzlich lassen sich zwei Regelungsansätze unterscheiden:⁵ Eine eigenständige, spezifische Regelung des Konzernrechts, wie sie nur in Deutschland, Portugal, Italien, Slowenien, Tschechien, Ungarn und Kroatien zu finden ist⁶ oder punktuelle Spezialregelungen und im Übrigen die konzerngerechte Anpassung des allgemeinen Zivil-, Gesellschafts- und Insolvenzrechts, wie beispielsweise in Frankreich und Großbritannien. Ein beispielhafter Blick auf drei Rechtsordnungen lohnt sich, um die Problematik der Regelungs-

abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg_recommendations_interest_group_final_en.pdf (zuletzt abgerufen am 14.12.2017).

⁴ Hommelhoff, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, S. 325 (327 ff.); Teichmann, Europäisches Konzernrecht: Vom Schutzrecht zum Enabling Law, AG 2013, 184 (189); Weller/Bauer, Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae, ZEuP 2015, 6 (22).

⁵ Forum Europaeum Konzernrecht (Fn. 2) S. 676 f.; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59; Weller/Bauer (Fn. 4), S. 9 f.

⁶ Weller/Bauer (Fn. 4), S. 10 f.

diversität in Europa besser zu beleuchten.⁷

1. Deutschland

Im deutschen Aktienrecht wird zwischen dem faktischen- und dem Vertragskonzern unterschieden. Im Vertragskonzern erlangt die Konzernmutter durch Abschluss eines Beherrschungsvertrags nach § 291 Abs. 1 Aktiengesetz (AktG) eine Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsleitung der Tochter, die nach § 308 Abs. 1 S. 2 AktG auch nachteilige Weisungen umfasst. Die Konzernmutter haftet zum Schutze von Gläubigern und Minderheitsaktionären dann allerdings nach den §§ 302 ff. AktG für Verluste der beherrschten Gesellschaft. Diese Vorschriften sind auch weitgehend analog auf die GmbH anwendbar.⁸ Demgegenüber besteht im faktischen Konzern keine vertragliche Vereinbarung, sondern ein häufig auf Mehrheitsbeteiligung beruhendes Abhängigkeitsverhältnis. Ein Weisungsrecht der Muttergesellschaft existiert hier nicht, der Vorstand des abhängigen Unternehmens kann jedoch nachteiligen Weisungen folgen, wenn ein Ausgleich der entstehenden Nachteile nach § 311 AktG durch einen konkreten Vorteil⁹ zumindest sichergestellt ist.¹⁰ Bei Verstoß droht nach §§ 317, 318 AktG eine Schadensersatzhaftung sowohl dem herrschenden Unternehmen¹¹, als auch der Geschäftsleitung des beherrschten.¹² Diese Regelungen sind anders als die §§ 291 ff. AktG auf die GmbH nicht anwendbar.¹³ In der Praxis ist diese dennoch ein beliebter Konzernbaustein¹⁴, da sie ein Weisungsrecht nach § 37 Abs. 1 GmbHG¹⁵ schon „eingebaut“ hat. Dieses findet seine Grenzen allerdings im Gläubigerschutz, gesichert durch ein grundsätzliches Schädigungsverbot¹⁶, in den gesetzlichen Bestimmungen, wie dem Kapitalerhaltungsgebot nach § 30 GmbHG¹⁷, sowie in der Satzung der GmbH.¹⁸ Außerdem von Bedeutung ist eine mögliche Existenzvernichtungshaftung vor allem der Muttergesellschaft beim Entzug überlebenswichtiger

⁷ Weitere aktuelle Länderberichte in Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017.

⁸ Ausführlich dazu: *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack*, 8. Aufl. 2016, Vorb. § 291 AktG Rn. 6 ff.

⁹ *Vetter*, in: *K. Schmidt/Lutter II*, 3. Aufl. 2015, § 311 Rn. 85.

¹⁰ *Ebd.*, § 311 Rn. 95.

¹¹ *Ebd.*, § 317 Rn. 1.

¹² *Ebd.*, § 318 Rn. 8.

¹³ *Ebd.*, § 311 Rn. 11.

¹⁴ *Hommelhoff*, Förder- und Schutzrecht für den faktischen GmbH-Konzern, *ZGR* 2012, 535 (536); *Teichmann* (Fn. 4), S. 191.

¹⁵ *Lutter/Hommelhoff*, in: *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. zu § 13 Rn. 1.

¹⁶ *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG I*, 2. Aufl. 2015, § 13 Anh. Rn. 401 ff.

¹⁷ *Ebd.*, § 13 Anh. Rn. 388.

¹⁸ *U. Schneider/S. Schneider*, in: *Scholz GmbHG II*, 11. Aufl. 2014, § 37 Rn. 62.

Vermögenswerte.¹⁹ So trägt in Deutschland hauptsächlich die Mutter die Verantwortung für Schädigungen der Tochtergesellschaft.²⁰

2. England

Das englische Recht betont vor allem das Eigeninteresse der Tochtergesellschaft und die Pflichten ihrer Geschäftsleiter. Der Geschäftsleiter ist nach Sec. 170 Subsec. 1 Companies Act (CA) 2006 nur seiner eigenen Gesellschaft zur Loyalität verpflichtet²¹, eine Verantwortung gegenüber dem Konzern oder anderen Konzerngesellschaften existiert nicht.²² Sec. 172 Subsec. 1 CA 2006 betont noch einmal die Pflicht, den Erfolg der Gesellschaft zu fördern. Weisungen – auch nachteilige – der Konzernmutter sind möglich²³, die Gefahr, in Haftung genommen zu werden, bleibt jedoch für den Tochtergeschäftsführer bestehen. Charakteristisch für das englische System ist nämlich die vermögens- wie auch haftungsmäßig strikte Trennung von Gesellschaftern und Gesellschaft.²⁴ Ein „*piercing of the veil*“²⁵ stellt die absolute Ausnahme dar und findet selbst bei wirtschaftlicher Einheit nicht statt.²⁶ Dennoch von der Haftung getroffen werden kann die Muttergesellschaft, wenn sie als „*shadowdirector*“²⁷ nach Sec. 251 Subsec. 1 CA 2006, auf den zumindest einige Geschäftsleiterpflichten ausgedehnt werden²⁸, qualifiziert werden kann. Dieses Instrument ist aber insofern nicht sehr schlagkräftig, als eine juristische Person nicht schon deshalb als „*shadowdirector*“ angesehen wird, weil ihre Weisungen gewöhnlich von der Tochtergesellschaft befolgt werden (Sec. 251 Subsec. 3 CA 2006). Ein regelmäßiger Gebrauch dieser Figur als konzerndimensionales Haftungsinstrument

¹⁹ U. Schneider/S. Schneider, in: Scholz GmbHG (Fn. 18) § 37 Rn. 61.

²⁰ Auch Teichmann (Fn. 4), S. 193.

²¹ Hannigan/Prentice, in: Hannigan/Prentice, The Companies Act 2006 – A Commentary, 2. Aufl. 2009, S. 170 (1), S. 24.

²² Davies/Worthington, Gower and Davies, Principles of Modern Company Law, 9. Aufl. 2012, Rn. 16-74.

²³ Rodewald/Paulat, Führung von Gesellschaften durch Gesellschafterweisungen im faktischen Konzern – Möglichkeiten und Grenzen in Deutschland und ausgewählten EU-Staaten, GmbHR 2013, 519 (522).

²⁴ Hannigan, Company Law, 2. Aufl. 2009, S. 53; Teichmann (Fn. 4), S. 192; Weller/Bauer (Fn. 4), S. 610 f.

²⁵ Die Durchbrechung der haftungsmäßigen Trennung von Gesellschaft und Gesellschaftern, die zur persönlichen Haftung der Gesellschafter führt (deutsch „Durchgriffshaftung“), vgl. Hannigan (Fn. 24), S. 59 ff.; Dähnert, Konvergenz der Konzernhaftung im englischen und deutschen Kapitalgesellschaftsrecht, 2012, S. 73 ff.

²⁶ Hannigan (Fn. 24), S. 64; Teichmann (Fn. 4), S. 192 f.

²⁷ Als „*shadowdirector*“ wird im englischen Gesellschaftsrecht eine Person bezeichnet, die kein förmlich bestellter Geschäftsleiter ist, deren Weisungen und Instruktionen die Geschäftsleiter der Gesellschaft aber gewöhnlich befolgen, vgl. Davies/Worthington (Fn. 22), Rn. 16-15.

²⁸ Davies/Worthington (Fn. 22), Rn. 16-15.

kommt so nicht infrage, der Tochtergeschäftsführer bleibt eher als in Deutschland bei konzernorientiertem Verhalten hohen Haftungsrisiken ausgesetzt.

3. Frankreich

Auch der französische Geschäftsführer im Konzern ist zunächst dem Interesse seiner eigenen Gesellschaft nach dem Maßstab eines gewissenhaften und sorgfältigen Geschäftsführers verpflichtet.²⁹ Bei Zuwiderhandlungen drohen ihm nach L. 241-3 Code de commerce (für die *Société à responsabilité limitée*) bzw. L. 242-6 Code de commerce (für die *Société Anonyme*) mitunter sogar strafrechtliche Konsequenzen wegen „abus de biens sociaux“³⁰, was in etwa dem deutschen Tatbestand der Untreue (§ 266 StGB) entspricht. Ähnlich wie beim „shadowdirector“ ist eine Erstreckung der Haftung auf die Muttergesellschaft über die Figur des „dirigeant de fait“³¹ möglich, wenn diese die Geschäftsführung der Tochter beeinflusst hat. Die Voraussetzungen sind jedoch etwa so eng wie im englischen Recht.³² Im Jahr 1985 hat die französische *Cour de Cassation* allerdings mit der sogenannten Rozenblum-Formel³³ einen zunächst strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund geschaffen, der eine Berücksichtigung des Konzerninteresses unter bestimmten Voraussetzungen³⁴ zulässt. Die betroffene Gesellschaft muss Teil einer gefestigten Konzernstruktur sein, in der eine kohärente Gruppenpolitik verfolgt wird und sich Vor- und Nachteile für die Einzelgesellschaften insgesamt die Waage halten. Zudem darf die fragliche Maßnahme die finanzielle Leistungsfähigkeit der benachteiligten Gesellschaft nicht übersteigen.³⁵ Für den französischen Geschäftsführer besteht somit ein Ausweg aus der Haftung bei Entscheidungen im Gruppeninteresse.

²⁹ *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 13.

³⁰ *Cozjan/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 28. Aufl. 2015, Rn. 412, zum Tatbestand Rn. 669.

³¹ „Dirigeant de fait“ ist im französischen Gesellschaftsrecht eine Person, die, ohne förmlicher Geschäftsführer zu sein, derart in die maßgeblichen Geschäftsleitungsfunktionen der Gesellschaft involviert ist, dass eine beständige Beteiligung an der Geschäftsleitung und eine effektive und konstante Kontrolle des Geschäftsgangs der Gesellschaft impliziert sind, vgl. *Cozjan/Viandier/Deboissy* (Fn. 30), Rn. 283.

³² *Ebd.*, Rn. 1641.

³³ *Cour de Cassation*, *Chambre criminelle*, 4.2.1985, *JCP/E* 1985, II, 14614.

³⁴ Ausführlich dazu *Conac*, in *Hommelhoff/Lutter/Teichmann*, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 89 (92 ff.); *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 705 ff.; *Schubel*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann*, *Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 197 (200 ff.).

³⁵ *Teichmann* (Fn. 4), S. 193; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 14; *Report of the Reflection Group* (Fn. 1), S. 62 f.

4. Vergleichendes Fazit

An dieser Gegenüberstellung zeigt sich, dass alle untersuchten Rechtsordnungen zunächst vom Leitbild der eigenständigen Gesellschaft ausgehen. Die Einbindung in eine Unternehmensgruppe wird primär als Gefahr betrachtet, vor der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter durch ein Haftungsregime geschützt werden müssen. Dessen Ausgestaltung und Reichweite unterscheiden sich jedoch von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat.³⁶ In Deutschland ist der Leiter der Tochtergesellschaft durch die Ausgleichsregeln des AktG recht gut geschützt, in Frankreich und England gerät er dagegen leicht in die Pflicht. Eine Lockerung des Schutzrechts hin zur Anerkennung des Gruppeninteresses wie durch die Rozenblum-Formel findet in Deutschland und England kaum statt. So muss sich eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe auf ein europaweites Minenfeld unterschiedlicher Regelungen begeben, auf dem jederzeit eine unvorhergesehene „Haftungsmine“ den Geschäftsleiter treffen kann und die Konzernmutter gleichzeitig von teils strengen Schutzvorschriften zugunsten von Gläubigern und Minderheiten an einer effektiven einheitlichen Gruppenleitung gehindert wird.

II. *Status quo* des europäischen Konzernrechts

Neben den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Vorschriften zur Unternehmensgruppe gibt es auch auf europäischer Ebene bereits einige Regelungen mit konzernrechtlichem Bezug. In den 70er und 80er Jahren hatte die Kommission erstmals den Versuch unternommen, eine europäische Gesamtregelung des Konzernrechts in Form einer Richtlinie zu entwerfen. Diese war jedoch an ihrer starken Ausrichtung auf den Gläubiger- und Minderheitenschutz³⁷, der zu großen Nähe der Vorschläge zum als zu strikt und unflexibel empfundenen³⁸ deutschen Aktiengesetz von 1965 und der Skepsis vieler Mitgliedstaaten gegenüber einer Konzernrechtskodifikation an sich³⁹ gescheitert. Auch das im ursprünglichen SE-Statut von 1975 vorgesehene ausführliche Kapitel zur Unternehmensgruppe⁴⁰ hat sich aufgrund mangelnder Konsensfähigkeit in der

³⁶ So auch *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 18.

³⁷ *Hopt*, Konzernrecht: Die europäische Perspektive, ZHR 171 (2007), 199 (202).

³⁸ *Conac*, Director's Duties in Groups of Companies – Legalizing the Interest of the Group at the European Level, ECFR 2013, 194 (196); *Teichmann* (Fn. 4), S. 189.

³⁹ *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 508; *Hopt* (Fn. 37), 202 f.; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 19.

⁴⁰ Art. 223 ff. des Geänderten Vorschlags einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, abgedruckt in BT-Drucks. 7/3713.

endgültigen Fassung nicht durchsetzen können.⁴¹ Deshalb beschränkt sich das bestehende europäische Konzernrecht nun auf punktuelle Regelungen konzernbezogener Probleme. Schaut man genau hin, zeigt sich aber, dass einige grundsätzliche Regelungsgedanken zu Transparenz, Gläubiger- und Aktionärsschutz aus der schiffbrüchig gegangenen Konzernrechtsrichtlinie in späteren EU-Rechtsakten wieder aufgegriffen wurden.⁴² Im Mittelpunkt steht dabei die kapitalmarktorientierte Gesellschaft.⁴³ So tragen im heutigen EU-Recht die Transparenzrichtlinie⁴⁴ und die Übernahmerichtlinie⁴⁵ zu einem europäischen Konzerneingangsschutz für Aktionäre bei, während die Konzernbilanzrichtlinie⁴⁶ für Transaktionstransparenz sorgt.⁴⁷ Es fehlt jedoch immer noch an einer europäischen Regelung, die grenzüberschreitenden Unternehmensgruppen den Umgang mit den verschiedenen Rechtsordnungen erspart und Rechtssicherheit für die Führung ausländischer Tochtergesellschaften schafft.

III. Konzernrecht im Lichte der Niederlassungsfreiheit

Schon die primärrechtlich in Art. 49 AEUV gewährleistete Niederlassungsfreiheit, die über Art. 54 AEUV einen wichtigen Eckpfeiler des europäischen Gesellschaftsrechts bildet, gebietet es, Gesellschaften einen beschränkungs-freien Grenzübertritt zu ermöglichen.⁴⁸ Daraus ergibt sich auch das Bedürfnis nach einem europäisch geregelten, binnenmarktfreundlichen Recht für Unternehmensgruppen.⁴⁹ Denn aus fehlendem oder dysfunktionalem mitgliedstaatlichem Konzernrecht können sich Marktzutrittsschranken ergeben.⁵⁰

⁴¹ Lächler, Das Konzernrecht der Europäischen Gesellschaft (SE) unter besonderer Berücksichtigung der Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, England und Polen, 2007, S. 49; Hopt (Fn. 37), S. 202.

⁴² Teichmann (Fn. 4), S. 186 ff.

⁴³ Teichmann, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht, Band 6, 2016, S. 562 Rn. 196; Mülberr, Auf dem Weg zu einem europäischen Konzernrecht?, ZHR 179 (2015), 645 (651).

⁴⁴ RL 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, und zur Änderung der RL 2001/34/EG, ABl. 2004 L 390/38.

⁴⁵ RL 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. 2004 L 142/12.

⁴⁶ Siebente RL 83/349/EWG des Rates v. 13.6.1983 aufgrund von Art. 54 Abs. 3 lit. g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluss, ABl. 1983 L 193.

⁴⁷ Mülberr (Fn. 43), S. 651; Teichmann (Fn. 4), S. 186 ff.

⁴⁸ Wymeersch, in: Referate für den 1. Europäischen Juristentag, 2001, S. 108.

⁴⁹ Teichmann (Fn. 4), S. 185.

⁵⁰ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 687.

1. Beeinträchtigungen für grenzüberschreitende Unternehmensgruppen

Entscheidet sich eine Unternehmensgruppe für den Schritt über die Grenze, stellen die unbekanntenen Regelungen anderer Mitgliedstaaten insbesondere bezüglich Konzernleitung und Haftung, die sich mitunter deutlich von den eigenen unterscheiden können⁵¹, eine große Hürde dar. Denn im Verhältnis zur Konzernmutter wird zumindest aus deutscher Sicht das für die deutsche Muttergesellschaft regelmäßig unbekanntes Recht der ausländischen Tochtergesellschaft angewendet.⁵² Um daraus entstehende Unsicherheiten zu beseitigen, muss sich die Unternehmensgruppe der teuren Rechtsberatung international spezialisierter Anwälte bedienen, was bei Großunternehmen zur Unterhaltung einer sehr großen und entsprechend kostspieligen Rechtsabteilung führt.⁵³ Kleine und mittlere Unternehmen werden möglicherweise von vornherein durch die zusätzlichen Kosten vom Grenzübertritt abgeschreckt oder setzen sich und die entsandten Geschäftsleiter gar ohne fachmännische Beratung den Haftungsrisiken einer fremden Rechtsordnung aus.⁵⁴ Unterschiedliche Regelungen über Leitungsmacht und Geschäftsleiterpflichten bergen auch enormes Konfliktpotential zwischen Konzernleitung und dem Leiter der Tochtergesellschaft. Versucht sich der Tochtergeschäftsführer nämlich vor einer eventuell im ausländischen Rechtssystem drohenden persönlichen Haftung zu schützen, indem er nachteilige Weisungen der Mutter nicht befolgt, läuft er Gefahr, bei der Konzernleitung in Ungnade zu fallen und seiner Position enthoben zu werden.⁵⁵ Zudem wird der Muttergesellschaft eine einheitliche Konzernführung unter Beteiligung mehrerer Rechtsordnungen erheblich erschwert⁵⁶ und die Planungsfreiheit der Konzernleitung eingeschränkt.⁵⁷ Die Gruppenstruktur verliert also ihre sonst so typische und reizvolle Flexibilität, eine grenzüberschreitende Tätigkeit wird weniger attraktiv. All dies erschwert oder verhindert den Grenzübertritt und darf deshalb schon aufgrund der primärrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit nicht hingenommen werden.

⁵¹ Siehe oben unter **II. 1.**

⁵² *BGH*, NZG 2005, 214 (215); *Teichmann*, Konzernrecht und Niederlassungsfreiheit, ZGR 2014, 45 (71); *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 23.

⁵³ *Teichmann* (Fn. 4), S. 185.

⁵⁴ *Ebd.*; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 24.

⁵⁵ *Drygala*, Europäisches Konzernrecht: Gruppeninteresse und Related Party Transactions, AG 2013, 198 (202); *ECLÉ*-Bericht (Fn. 3), S. 33; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 24 f.

⁵⁶ *Drygala* (Fn. 55), S. 202; *Teichmann* (Fn. 43), S. 563 Rn. 198.

⁵⁷ *Chiapetta/Tombari*, Perspectives on Group Corporate Governance and European Company Law, ECFR 2012, 261 (268).

2. Alternativen zur Überwindung der Beschränkungen?

Gegen eine europäische Regelung des Konzernrechts wird eingewendet, dass eine Vereinheitlichung gar nicht notwendig sei, da es einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe dank der Rechtsprechung des *EuGH* zur Niederlassungsfreiheit⁵⁸ möglich ist, die Beteiligung fremder Rechtsordnungen zu vermeiden, indem sie Tochtergesellschaften nach nationalem Recht gründet und deren Verwaltungssitz dann mittels einer Zweigniederlassung in den jeweils gewünschten Mitgliedstaat verlegt.⁵⁹ Ob dies jedoch tatsächlich eine sinnvolle Alternative darstellt und die Niederlassungsfreiheit dadurch ausreichend gewährleistet ist, erscheint aus rechtlichen und praktischen Gründen zweifelhaft.

a) Rechtliche Gleichwertigkeit der Niederlassungsformen

Art. 49 AEUV nennt verschiedene Formen der Niederlassung, die alle gleichermaßen geschützt sind.⁶⁰ Auch der *EuGH* betont die rechtliche Gleichwertigkeit der Niederlassungsformen und das Recht, zwischen diesen frei wählen zu dürfen.⁶¹ Mitgliedstaatliches Recht darf also weder gegenüber Zweigniederlassungen noch gegenüber Tochtergesellschaften diskriminierend oder beschränkend sein. Die Beschränkung der Gründung von Tochtergesellschaften kann nicht durch die Freiheit, eine Zweigniederlassung zu errichten, aufgewogen werden.⁶² So hat das Argument, eine Muttergesellschaft könne Einschränkungen umgehen, indem sie statt einer Tochtergesellschaft eine Zweigniederlassung gründet, keine rechtliche Durchschlagskraft.⁶³

b) Praktische Vorzüge der ausländischen Tochtergesellschaft

Auch aus praktischer Sicht besteht die Notwendigkeit, die grenzüberschreitende Gründung und Führung von ausländischen Tochtergesellschaften zu erleichtern, da diese gegenüber der Zweigniederlassung aus verschiedenen Gründen

⁵⁸ Insbesondere *EuGH*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126 – *Centros Ltd.* ./ *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*; C-208/00, ECLI:EU:C:2002:632 – *Überseering BV.* ./ *Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*; C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam.* ./ *Inspire Art Ltd.*

⁵⁹ So im Zusammenhang mit der SUP *Bormann*, in: Lutter/Koch, *Societas Unius Personae* (SUP), 2015, S. 23 (25).

⁶⁰ *Müller-Graff*, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 49 AEUV Rn. 23.

⁶¹ *EuGH*, C-270/83, ECLI:EU:C:1986:37, Rn. 22 – *Kommission der Europäischen Gemeinschaften.* ./ *Französische Republik*; C-253/03, ECLI:EU:C:2006:129, Rn. 14 – *CLT-UFA SA.* ./ *Finanzamt Köln-West.*

⁶² *Teichmann*, *Corporate Groups within the Legal Framework of the European Union: The Group-Related Aspects of the SUP Proposal and the EU Freedom of Establishment*, *ECFR* 2015, 202 (216).

⁶³ *Ebd.*, S. 202 (216).

die attraktivere Alternative sind.⁶⁴ Zum einen ergibt sich aus der Wahl der Zweigniederlassung keine nennenswerte Kosten- und Aufwandsersparnis.⁶⁵ Auch immer noch bestehende kollisionsrechtliche Bedenken⁶⁶ und die nur durch zwischenstaatliche Abkommen umgehbare Gefahr der Doppelbesteuerung⁶⁷ sprechen gegen die Zweigniederlassung. Zugleich bietet die ausländische Tochtergesellschaft den reizvollen Vorteil, mit einer im Gastland bekannten Gesellschaftsform auftreten zu können. Sowohl bei nationalen Behörden als auch potentiellen Geschäftspartnern wird dadurch eher Vertrauen erweckt, als durch eine möglicherweise unbekannte Rechtsform.⁶⁸ Durch die Nutzung einer Tochtergesellschaft mit beschränkter Haftung kann außerdem anders als bei einer bloßen Zweigniederlassung eine Haftungsabschottung gegenüber den übrigen Konzerngesellschaften erreicht und so das Geschäftsrisiko jeweils auf die einzelne Gesellschaft begrenzt werden.⁶⁹ So verwundert es nicht, dass die Tochtergesellschaft für die meisten Unternehmen das Mittel der Wahl zur Grenzüberschreitung ist.⁷⁰ Die Zweigniederlassung stellt keine gleichwertige Alternative dafür dar.

IV. Zwischenergebnis: Notwendigkeit einer europäischen Regelung

Um Beschränkungen abzubauen und Licht ins Dunkel der nationalen Rechtssysteme zu bringen, bedarf es einer einheitlichen europäischen Regelung für Konzerne. Eine solche würde Rechtssicherheit schaffen, dadurch die Kosten für grenzüberschreitende Unternehmen senken und der Konzernmutter die einfachere Durchsetzung einer international einheitlichen Konzernpolitik ermöglichen. So würden insgesamt die bestehenden Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit abgebaut und die Ausübung derselben, besonders für kleine und mittlere Unternehmen, attraktiver gemacht.⁷¹

C. Privilegierung des Gruppeninteresses als Regelungszweck

Um die bestehende Rechtsunsicherheit und die daraus resultierenden Beschränkungen für grenzüberschreitende Unternehmensgruppen abzubauen, ist es wichtig, die Problematik auf der richtigen Ebene anzugehen. Zweck eines europäischen Konzernrechts sollte es sein, einen EU-weit verlässlichen

⁶⁴ *Teichmann* (Fn. 4), S. 185.

⁶⁵ *Teichmann*, Die Societas Privata Europaea (SPE) als ausländische Tochtergesellschaft, RIW 2010, 120 (122); *ders.* (Fn. 62), S. 218.

⁶⁶ *Teichmann* (Fn. 65), S. 121; *ders.* (Fn. 62), S. 218 f.

⁶⁷ *Teichmann* (Fn. 65), S. 121 f.; *ders.* (Fn. 62), S. 219.

⁶⁸ *Teichmann* (Fn. 65), S. 122; *ders.* (Fn. 62), S. 219.

⁶⁹ *Hommelhoff* (Fn. 4), S. 330.

⁷⁰ *Wymeersch* (Fn. 48), S. 108.

⁷¹ So auch ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 38; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 61.

Rechtsrahmen sowohl für die Muttergesellschaft als auch die Konzerntöchter zu schaffen, der eine europaweit effiziente Konzernführung ermöglicht⁷² und darauf gerichtet ist die Flexibilität des Konzerns zu erhalten und weiter zu fördern.⁷³ Wichtig hierfür wäre insbesondere die Anerkennung eines für den Konzern als Ganzes bedeutenden Gruppeninteresses und die rechtliche Legitimation und Privilegierung der Unternehmensgruppe als wirtschaftlich sinnvolle Organisationsform.⁷⁴

I. Zögerliche Anerkennung im nationalen Recht

Betrachtet man die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten⁷⁵, so fällt eine Diskrepanz zwischen Gesetz und wirtschaftlicher Realität ins Auge. Gesetzliches Leitbild ist regelmäßig die unabhängige Einzelgesellschaft, die bei der Einbindung in eine Unternehmensgruppe vor schädlichen Einflüssen bewahrt werden muss.⁷⁶ Daher stehen viele konzernrechtlich relevante Regelungen der Mitgliedstaaten, allen voran das deutsche Aktiengesetz⁷⁷, traditionell im Zeichen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes.⁷⁸ Dies äußert sich insbesondere darin, dass der Tochtergeschäftsführer auch im Verbund nur seiner eigenen Gesellschaft verpflichtet bleibt.⁷⁹ Die Realität sieht jedoch anders aus. Die Organisationsform des Konzerns ist unter großen und auch mittelständischen Unternehmen übliche Praxis, die Einzelgesellschaft mittlerweile eher die Ausnahme.⁸⁰ Die Ausrichtung der Geschäftspolitik am Gruppeninteresse ist daher ein unternehmerisch sinnvolles und notwendiges Vorgehen⁸¹, das auch von der Rechtsordnung nicht mehr ignoriert werden kann. Tatsächlich geht die Tendenz auch in dem Gruppeninteresse bisher eher skeptisch gegenüberstehenden

⁷² So auch schon *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 272; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; *Hommelhoff*, Ein Neustart im europäischen Konzernrecht, KSzW 2014, 63 (64); Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59.

⁷³ So auch Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59.

⁷⁴ *Conac* (Fn. 38), S. 225; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 97; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60.

⁷⁵ Vgl. oben unter **II. 1.**

⁷⁶ *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 20; *Franzmann*, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern, 2017, S. 393 (395).

⁷⁷ *Conac* (Fn. 38), S. 199; *Teichmann* (Fn. 4), S. 186.

⁷⁸ *Conac* (Fn. 38), S. 195; *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 268; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 677 f.

⁷⁹ Vgl. oben unter **II. 1.**

⁸⁰ Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 94; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 59; *Franzmann* (Fn. 76), S. 394; *Teichmann* (Fn. 4), S. 184.

⁸¹ Siehe am Beispiel der Pirelli-Group *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 265.

Mitgliedstaaten⁸² dahin, die Konzernwirklichkeit zumindest widerstrebend zu tolerieren.⁸³ So finden sich etwa im deutschen Recht vereinzelt Öffnungsklauseln, wie etwa § 311 AktG, die eine Ausrichtung am Konzerninteresse zulassen, wenn auch unter strengen, den Schutz Außenstehender sichernden Voraussetzungen.⁸⁴ Ähnlich einzuordnen sind die weniger strikte französische Rozenblum-Formel und der regelmäßige Ausschluss zumindest der Muttergesellschaft von der Haftung durch Nichtanwendung der Figur des „*shadow-directors*“ im englischen Recht.⁸⁵ Es lässt sich daher sagen, dass die Anerkennung des Gruppeninteresses gewissermaßen schon jetzt „*ius commune*“⁸⁶ in Europa ist.

II. Für eine europäische Anerkennung des Gruppeninteresses

Angesichts der Verschiedenheit der nationalen Rechtsordnungen besteht vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit allerdings immer noch das Bedürfnis nach einer einheitlichen europäischen Regelung, die Rechtssicherheit für die effiziente Führung einer grenzüberschreitenden Unternehmensgruppe schafft. Ein europäisches Konzernrecht sollte sich daher im Sinne eines „*enabling law*“ darauf konzentrieren, durch Anerkennung des Gruppeninteresses einen verlässlichen, EU-weit einheitlichen Rechtsrahmen zu schaffen, in dem eine wirtschaftlich sinnvolle Konzernleitung möglich ist. Eine solche Anerkennung des Gruppeninteresses wurde auch schon vielfach in der akademischen und praktischen Diskussion gefordert⁸⁷ und daraufhin von der europäischen Kommission in verschiedenen Aktionsplänen aufgegriffen.⁸⁸ Das Vorhaben sollte dabei zum Ziel haben, dass dem Konzerninteresse der Vorrang vor dem Interesse der Einzelgesellschaft eingeräumt werden darf.⁸⁹ Schutzadressat wären

⁸² Ausführlich zur Anerkennung des Gruppeninteresses im nationalen Recht der Mitgliedstaaten ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 20 ff.; siehe auch ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 15 ff.

⁸³ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 25; *Teichmann* (Fn. 4), S. 195.

⁸⁴ *Ekkenga*, Neue Pläne der Europäischen Kommission für ein Europäisches Konzernrecht: Erste Eindrücke, AG 2013, 181 (183).

⁸⁵ *Teichmann* (Fn. 4), S. 195.

⁸⁶ *Conac* (Fn. 38), S. 208 f. mit weiteren Beispielen.

⁸⁷ *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 268; Feedback Statement, Summary of Responses to the Public Consultation on the Future of European Company Law, 2012, S. 12, http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2012/companylaw/feedback_statement_en.pdf (zuletzt abgerufen am 12.12.2017), eine detaillierte Analyse hierzu im ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 8 ff.; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 681; *Franzmann* (Fn. 76), S. 400; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 23; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60.

⁸⁸ Aktionsplan der Kommission 2003 (Fn. 3), S. 23; Aktionsplan der Kommission 2012 (Fn. 3), S. 17.

⁸⁹ *Ekkenga* (Fn. 84), S. 182; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 25.

dann nicht mehr die Einzelgesellschaften mit den dahinterstehenden Interessen, sondern die Unternehmensgruppe selbst.⁹⁰ Tatsächlich würden sowohl die Tochtergeschäftsführer als auch die Konzernmutter erheblich hiervon profitieren. Für beide entstünde durch die Anknüpfung der Geschäftsführerpflichten an den Konzern als Ganzes ein „safe harbour“, der Schutz vor unerwarteter zivil- oder gar strafrechtlicher Haftung bei der Ausrichtung der Tochtergesellschaft auf das Gruppeninteresse böte.⁹¹ Überraschende Konsequenzen bei der Erteilung oder Befolgung nachteiliger Weisungen wären dann nicht mehr zu befürchten. Gleichzeitig würde durch eine Vereinheitlichung der Geschäftsführerpflichten eine kohärente Konzernleitung auch über mehrere Mitgliedstaaten hinweg enorm erleichtert, da bei der Gruppenführung keine Rücksicht mehr auf das jeweilige Recht der Mitgliedstaaten genommen werden müsste.⁹² Zudem würden schon im Vorfeld der Grenzüberschreitung die zusätzlichen Kosten für Rechtsberatung gesenkt und der gewaltige Informationsaufwand verringert.⁹³ Dadurch würde der Grenzüberschritt insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen attraktiver und ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit gesteigert.⁹⁴ Auch für aus Drittstaaten, wie beispielsweise den USA, geführte Unternehmensgruppen könnte damit die Gründung einer Tochtergesellschaft in Europa interessanter werden.⁹⁵ So spricht vieles dafür, mit der Einführung eines europäischen Konzernrechts das Gruppeninteresse in einheitlicher Form anzuerkennen und eine Ausrichtung von Tochtergesellschaften am Konzerninteresse europaweit zu legitimieren.

D. Modelle für ein europäisches Konzernrecht

An die Erkenntnis, dass eine europaweit einheitliche Anerkennung des Gruppeninteresses viele nicht zu leugnende Vorteile bringen würde, schließt sich unmittelbar die Frage nach einem geeigneten Weg zur Umsetzung an. Es stehen bereits verschiedene Vorschläge im Raum, die es sich zu betrachten lohnt.

I. Regelungstechnische Vorüberlegungen

Bevor jedoch inhaltliche Überlegungen angestellt werden können, sind einige Fragen eher technischer Natur zu klären. Es müssen Entscheidungen über den

⁹⁰ Vgl. *Ekkenga* (Fn. 84), S. 182 f.

⁹¹ *Conac* (Fn. 38), S. 212; ICLEC-Bericht (Fn. 3), S. 29; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60; *Teichmann* (Fn. 4), S. 190.

⁹² Vgl. *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 269; *Conac* (Fn. 38), S. 211; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

⁹³ Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 61; vgl. auch *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

⁹⁴ *Conac* (Fn. 38), S. 210; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

⁹⁵ *Conac* (Fn. 38), S. 211.

konkreten Anwendungsbereich der Regelung, ihre Grenzen sowie ihre Regelungsform – Verordnung, Richtlinie oder Empfehlung – getroffen werden.

1. Anwendungsbereich

Bezüglich des Anwendungsbereichs gilt es zu klären, ob nur hundertprozentige Tochtergesellschaften einbezogen werden sollen, für welche Gesellschaftsformen die Regelung gelten soll, oder ob nicht die Benutzung einer eigenen europäischen Rechtsform als Konzernbaustein die elegantere Lösung wäre.

a) Beschränkung auf hundertprozentige Tochtergesellschaften?

Die Frage, ob eine europäische Regelung auf hundertprozentige Tochtergesellschaften beschränkt werden sollte, wurde schon von der *Reflection Group on the Future of EU Company Law*, die sich im Jahr 2011 unter anderem mit einer möglichen Regelung des europäischen Konzernrechts befasste, aufgeworfen, aber nicht ausführlich diskutiert und beantwortet.⁹⁶ Ein Ausschluss von Gesellschaften mit Minderheitsgesellschaftern böte den offensichtlichen Vorteil, dass Regelungen zum Minderheitenschutz nicht notwendig wären⁹⁷ und nicht zusätzlich noch darüber eine Einigung der Mitgliedstaaten erzielt werden müsste. So wäre ein solcher Vorschlag aller Wahrscheinlichkeit nach leichter und schneller umzusetzen. Aus diesen Gründen plädiert auch die *Informal Company Law Expert Group* (ICLEG) in ihrem Bericht aus dem Jahr 2016 dafür, eine harmonisierende Regelung zum Gruppeninteresse zunächst auf hundertprozentige Tochtergesellschaften zu beschränken und den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit zu bieten, diese nach ihrem Willen auch auf Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung auszuweiten.⁹⁸ Kritisch zu sehen ist dabei allerdings, dass dann für die nicht hundertprozentigen Tochtergesellschaften die genannten Probleme bestehen blieben⁹⁹ und bei „gemischten“ Konzernen mit hundertprozentigen und nicht hundertprozentigen Töchtern wiederum keine einheitliche Gruppenführung möglich wäre. Ein denkbarer Kompromiss wäre, das Gruppeninteresse zwar für beide anzuerkennen, dabei aber verschiedene Systeme mit bedarfsgerechten Schutzvorschriften zu verwenden.¹⁰⁰ Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang auch eine funktionale Unterscheidung in „Servicegesellschaften“, die bloße Hilfsfunktionen im Konzern erfüllen, und sogenannte „Reguläre Tochtergesellschaften“, die über

⁹⁶ Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 61.

⁹⁷ *Drygala* (Fn. 55), S. 205.

⁹⁸ ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 40 f.

⁹⁹ *Ebd.*, S. 205.

¹⁰⁰ *Conac* (Fn. 38), S. 217 ff.; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, General Comments, Considerations.

ein höheres Maß an Eigenständigkeit verfügen.¹⁰¹ Eine Differenzierung rein nach Beteiligung ist aber wohl die klarere und einfacher handhabbare Lösung als der funktionale Ansatz.¹⁰² In gemischten Gruppen hätte es die Konzernmutter dann zwar mit zwei verschiedenen Leitungsmodellen zu tun, diese wären aber jedenfalls europaweit einheitlich. Dieser Vorschlag erscheint also sinnvoll, weil er einerseits den unterschiedlichen Bedürfnissen von hundertprozentigen Töchtern und Tochtergesellschaften mit Minderheitsbeteiligung Rechnung trägt und andererseits Rechtssicherheit im grenzüberschreitenden Konzern schafft und eine flexible Leitung ermöglicht.

b) Erfasste Rechtsformen

Diskussionsbedarf besteht weiterhin im Bezug darauf, welche Gesellschaftsformen eine europäische Regelung umfassen sollte. Plädiert wurde bisher eher dafür, alle Kapitalgesellschaften, auch unabhängig von einer Börsennotierung, einzubeziehen, da Unternehmensgruppen in allen möglichen Konstellationen vorkämen.¹⁰³ Zu bedenken ist jedoch, dass eine Einbeziehung der auf Börsennotierung ausgerichteten Aktiengesellschaft einige Hindernisse mit sich bringen würde. Zum einen hat sich bereits in der Vergangenheit gezeigt, dass eine Einigung der Mitgliedstaaten im Bereich des Aktienkonzernrechts, insbesondere aufgrund der mangelnden Bereitschaft Deutschlands, vom bewährten Modell des deutschen Aktiengesetzes abzurücken, nahezu unmöglich zu erreichen ist.¹⁰⁴ Zudem droht bei einer Anerkennung des Gruppeninteresses für die Aktiengesellschaft eine Kollision mit dem in der Kapitalrichtlinie¹⁰⁵ festgelegten Verbot der Einlagenrückgewähr.¹⁰⁶ Die nötige Anpassung würde

¹⁰¹ *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 512 f.; ähnlich auch *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 67; ausführlich zur Servicegesellschaft *ders.* (Fn. 4) S. 330 ff.; *J. Schmidt*, in: *Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 467 ff.

¹⁰² Diese klare Unterscheidung nimmt auch *Böckli*, in: *Hommelhoff/Lutter/Teichmann, Corporate Governance im grenzüberschreitenden Konzern*, 2017, S. 363 (374 ff.) vor; gefordert auch von *Franzmann* (Fn. 76), S. 404 f.

¹⁰³ *Conac* (Fn. 38), S. 214; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 691; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 60.

¹⁰⁴ *Teichmann* (Fn. 4), S. 191.

¹⁰⁵ Zweite RL 77/91/EWG des Rates v. 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 58 Abs. 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, ABl. 1977 L 26.

¹⁰⁶ *Habersack*, *Europäisches Gesellschaftsrecht im Wandel – Bemerkungen zum Aktionsplan der EG-Kommission betreffend die Modernisierung des Gesellschaftsrechts und die Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union*, NZG 2004, 1 (8); *Müllert* (Fn. 43), S. 661 f.; *Teichmann* (Fn. 4), S. 191.

den Regelungsprozess weiter verkomplizieren und eine Einigung erschweren.¹⁰⁷ Wirft man einen Blick in die bestehende europäische Konzernlandschaft, zeigt sich jedoch, dass eine Beschäftigung mit dieser Problematik aus praktischer Sicht gar nicht notwendig ist. Häufigere und beliebtere Konzernbausteine sind ohnehin die GmbH und ihre ausländischen Pendanten.¹⁰⁸ Es genügt also, das Gruppeninteresse europaweit einheitlich für die kleine Kapitalgesellschaft, derer sich grenzüberschreitende Unternehmensgruppen dann als Tochtergesellschaft bedienen können, anzuerkennen.¹⁰⁹ Gleichzeitig böte diese Lösung den Vorteil, dass die Signalwirkung der Aktiengesellschaft als besonders seriöse Organisationsform mit hohem Schutzniveau erhalten bliebe und Außenstehende schon an der Gesellschaftsform den höheren Grad an Eigenständigkeit erkennen könnten.¹¹⁰ Eine liberale Einstellung zum Gruppeninteresse würde den europäischen Unternehmen dann auch nicht aufgezwungen, sondern bliebe eine Option, für die sie sich bewusst entscheiden könnten. Insgesamt erscheint es aus diesen Gründen vorteilhafter, die Aktiengesellschaft beim Projekt, ein europäisches Konzernrecht zu schaffen, außen vor zu lassen und sich auf die kleine Kapitalgesellschaft zu konzentrieren.

c) Alternative: Eine europäische Rechtsform als Konzernbaustein

Alternativ zur Festlegung eines einheitlichen europäischen Konzernrechts für nationale Rechtsformen bietet sich die Schaffung einer europäischen Rechtsform mit eigens geregelter Konzernrecht an. Dies hätte den Vorzug, dass nicht in die konzernrechtlichen Vorschriften für die nationalen Gesellschaftsformen eingegriffen werden müsste, sondern eine europäische Alternative lediglich daneben träte. Derzeit verfolgt die Kommission einen solchen Ansatz mit dem Vorschlag für eine SUP-Richtlinie.¹¹¹ Doch auch eine Reaktivierung der vorläufig gescheiterten SPE als europäischer Konzernbaustein böte verlockende Vorteile.

(aa) Die SUP als Konzernbaustein

Die Kommission hat es sich in ihrem Vorschlag für eine SUP-Richtlinie, der auf die Ankündigung einer konzernrechtlichen Initiative im Aktionsplan der

¹⁰⁷Teichmann (Fn. 4), S. 191.

¹⁰⁸ *Ebd.*, S. 191.

¹⁰⁹ *Ebd.*, S. 191.

¹¹⁰ *Ebd.*, S. 191.

¹¹¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter v, 9.4.2014, COM/2014/212 final, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014PC0212> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Kommission von 2012 folgte¹¹², zum Ziel gesetzt, vor allem kleinen und mittleren Unternehmen die binnenmarktweite Gründung und Führung von Tochtergesellschaften zu erleichtern.¹¹³ Die *Societas Unius Personae* (SUP) ist dabei nicht als supranationale Rechtsform konzipiert. Stattdessen werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine neue nationale Rechtsform der Einpersonengesellschaft nach den Vorgaben der Richtlinie zu schaffen.¹¹⁴ Eine zentrale Rolle für die Funktion als Konzerntochter spielt hierbei das in Art. 23 Abs. 1 des Vorschlags vorgesehene Weisungsrecht des Alleingeschafters gegenüber dem Leitungsorgan mit korrespondierender Folgepflicht¹¹⁵, das der Muttergesellschaft Rechtssicherheit in der Konzernführung bieten soll.¹¹⁶ Kritisch zu sehen ist jedoch die sofortige Einschränkung in Art. 23 Abs. 2, der für die Reichweite des Weisungsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen verweist. Denn die Grenzen des Weisungsrechts werden maßgeblich dadurch bestimmt, inwiefern das Gruppeninteresse als Faktor bei der Geschäftsführung im nationalen Recht anerkannt ist. Die mitgliedstaatlichen Rechtssysteme stehen diesem Problem aber sehr unterschiedlich und eher zurückhaltend gegenüber und gerade das ist es, was eine grenzüberschreitende Gruppenführung so schwierig macht.¹¹⁷ Mit dem Weisungsrecht in der vorgeschlagenen Form, das im Übrigen in der Diskussion im Europäischen Rat ohnehin wieder gänzlich beseitigt wurde,¹¹⁸ ist also für den binnenmarktweiten Konzern nicht viel gewonnen.¹¹⁹ Um sein eigentliches Ziel zu erreichen, müsste der SUP-Vorschlag deshalb jedenfalls um eine einheitliche Regelung zur Anerkennung des Gruppeninteresses ergänzt werden.¹²⁰ Selbst dann blieben allerdings durch den auf Einpersonengesellschaften, das heißt hundertprozentige Tochtergesellschaften, beschränkten Anwendungsbereich die Probleme für Tochtergesellschaften mit Minderheitsbeteiligung ungelöst. Der optimale Weg, das Gruppeninteresse in Europa einheitlich anzuerkennen, ist die *Societas Unius Personae* also nicht.

¹¹² Aktionsplan der Kommission 2012 (Fn. 3), S. 17.

¹¹³ SUP-Richtlinienvorschlag 2014 (Fn. 111), S. 3; *Hommelhoff*, Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein noch unbrauchbar, GmbHR 2014, 1065 (1066).

¹¹⁴ SUP-Richtlinienvorschlag 2014 (Fn. 111), S. 3; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 27; zu den verschiedenen Umsetzungsmöglichkeiten *Jung*, Societas Unius Personae (SUP) – Der neue Konzernbaustein, GmbHR 2014, 579 (580 f.).

¹¹⁵ SUP-Richtlinienvorschlag 2014 (Fn. 111), Erwägungsgrund 23, S. 14.

¹¹⁶ *Teichmann* (Fn. 62), S. 227.

¹¹⁷ *Drygala*, What's SUP? Der Vorschlag der EU-Kommission zur Einführung einer europäischen Einpersonengesellschaft (Societas Unius Personae, SUP), EuZW 2014, 491 (495); *Hommelhoff* (Fn. 113), S. 1071; ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 12; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 28.

¹¹⁸ *Teichmann* (Fn. 43) S. 566 Rn. 208.

¹¹⁹ *Drygala* (Fn. 117), S. 494 f.; *Hommelhoff* (Fn. 113), S. 1071; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 28 f.

¹²⁰ *Hommelhoff* (Fn. 113), S. 1071 f.; auch in diese Richtung ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 45.

(bb) Für eine Reaktivierung der SPE

Im Zusammenhang mit der Diskussion um ein europäisches Konzernrecht lohnt es sich auch, einen erneuten Blick auf das vor einigen Jahren vorläufig gescheiterte, durch die SUP-Richtlinie ersetzte Projekt der *Societas Privata Europaea* (SPE)¹²¹ zu werfen. Auch die SPE sollte vor allem kleinen und mittleren Unternehmen den Grenzüberschritt erleichtern und als Konzernbaustein, durchaus auch für Großkonzerne, dienen.¹²² Ziel des europäischen Gesetzgebers war es, durch die SPE-Verordnung¹²³ eine Gesellschaft mit europaweit einheitlichem Statut zu schaffen.¹²⁴ Gelingen sollte das Kunststück, 27 unterschiedliche Gesellschaftsrechtstraditionen unter einen Hut zu bringen, ohne den Rückgriff auf nationales Recht zuzulassen, durch ein Maximum an Gestaltungsfreiheit im Innenverhältnis, abgesichert durch eine Liste von Regelungsaufträgen.¹²⁵ Mit der SPE als Konzernbaustein wäre es also möglich, ein europaweites Netz von Tochtergesellschaften mit identischer und bedarfsgerechter Organisationsstruktur aufzubauen, die dann problemlos nach einem einheitlichen Muster geführt werden könnten.¹²⁶ Unklar blieb dabei jedoch die gerade im konzernrechtlichen Kontext relevante Frage, ob der Gesellschaftsvertrag ein Weisungsrecht der Gesellschafter gegenüber dem Leitungsorgan vorsehen darf.¹²⁷ Bei einer möglichen Wiederbelebung der SPE als Konzernbaustein sollte diese Frage klar in der Verordnung beantwortet werden.¹²⁸ Ebenso unbeantwortet blieb im letzten Verordnungsvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft von 2011 auch die daran anschließende Frage, ob und inwiefern das Konzerninteresse von der Tochtergeschäftsführung in

¹²¹ Teichmann (Fn. 43), S. 621 Rn. 386.

¹²² Hommelhoff, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea* (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 2014, S. 23 (23 f.); Lutter/Bayer/J. Schmidt, *Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht*, 5. Aufl. 2012, S. 1672 Rn. 7 f.

¹²³ Abgestellt wird auf den Kompromissvorschlag der ungarischen Ratspräsidentschaft 2011: Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Europäische Privatgesellschaft, Dok. 10611/11, abgedruckt bei Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1734 ff.

¹²⁴ SPE-Verordnungsvorschlag 2011 (Fn. 123), Erwägungsgrund 3, bei Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1734; Hommelhoff/Teichmann, *Die Wiederbelebung der SPE*, GmbHR 2014, 177 (183); Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1677 Rn. 17.

¹²⁵ Teichmann (Fn. 65), S. 123.

¹²⁶ Brems/Cannivé, *Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) als Baustein des internationalen Konzerns*, *Der Konzern* 2008, 629 (630); Hommelhoff (Fn. 122), S. 27; Hommelhoff/Teichmann, in: Hirte/Teichmann, *The European Private Company – Societas Privata Europaea* (SPE), 2013, S. 1 (10); Teichmann, in: Hommelhoff/Schubel/Teichmann, *Societas Privata Europaea* (SPE) – die europäische Kapitalgesellschaft für mittelständische Unternehmen, 2014, S. 39 (56 f.); ders. (Fn. 65), S. 124.

¹²⁷ Lutter/Bayer/J. Schmidt (Fn. 122), S. 1720 Rn. 151.

¹²⁸ So auch Teichmann (Fn. 126), S. 57.

ihre Entscheidungen einbezogen werden darf. Bisher gibt es nämlich keine SPE-spezifischen Regelungen zum Konzernrecht, sodass auf eine abhängige SPE über Art. 4 SPE-VO letztendlich, ähnlich wie bei der SUP, wieder das nationale Konzernrecht anwendbar wäre¹²⁹ und eine grenzüberschreitende Unternehmensgruppe auf die gleichen Probleme stieße wie bei der Verwendung einer nationalen Rechtsform. Allerdings bietet sich die SPE aus verschiedenen Gründen als Vehikel für eine europäische Konzernrechtsregelung im Sinne eines *enabling law* an. Zum einen wäre aufgrund des Charakters der SPE als supranationale Rechtsform und ihrer Regelung in einer Verordnung kein Eingriff in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen erforderlich.¹³⁰ Gerade auch die deutsche Gesellschaftsrechtstradition würde dadurch von tiefgreifenden Veränderungen verschont bleiben.¹³¹ Die SPE träte lediglich als Option neben die nationale kleine Kapitalgesellschaft. Wie mit dem zumindest im Bereich international tätiger Unternehmen¹³² entstehenden Konkurrenzdruck umzugehen ist, könnte der nationale Gesetzgeber dann jeweils selbst entscheiden.¹³³ Ein weiteres Argument ist die vielseitige Einsetzbarkeit der SPE. Sowohl kleine und mittlere Unternehmen als auch Großkonzerne könnten sich ihrer als Konzernbaustein zur Verfolgung vielfältiger Unternehmenszwecke bedienen.¹³⁴ Zudem ist sie in ihrem Anwendungsbereich nicht auf Einpersonengesellschaften beschränkt¹³⁵, auch Tochtergesellschaften mit Minderheit könnten in ihrer Form geführt und damit in ein binnenmarktweites Netzwerk synchron geleiteter Konzerntöchter integriert werden. Außerdem entstünde durch die einheitliche Verwendung der Bezeichnung „SPE“ ein europäisches Label, von dem vor allem die noch jüngeren Mitgliedstaaten der EU, deren nationale Gesellschaftsformen international eher unbekannt sind, profitieren würden.¹³⁶ Aus diesen Gründen wäre eine Reaktivierung des SPE-Projekts und eine spezifische Konzernrechtsregelung verbunden mit der Anerkennung des Gruppeninteresses im Rahmen der SPE-Verordnung – zumindest theoretisch – die optimale Lösung für ein europäisches Konzernrecht.

¹²⁹ *Brems/Cannivé* (Fn. 126), S. 637.

¹³⁰ *Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 124), S. 186.

¹³¹ *Ebd.*, S. 179; *Hommelhoff*, Gesetzgebungsprojekte im Gesellschafts- und Unternehmensrecht für die kommende Legislaturperiode, ZIP 2013, 2177 (2182).

¹³² Die Gründung einer SPE ist nach Art. 3 Abs. 3 SPE-VO nur mit grenzüberschreitendem Bezug möglich.

¹³³ *Hommelhoff* (Fn. 131), S. 2182.

¹³⁴ *Hommelhoff* (Fn. 122), S. 27 f.; *Teichmann* (Fn. 126), S. 43.

¹³⁵ *Kneisel*, Die Europäische Privatgesellschaft (SPE) im Konzern, 2012, S. 16; *Teichmann* (Fn. 43), § 6 Rn. 385.

¹³⁶ *Oplustil*, in: *Teichmann*, Europa und der Mittelstand, 2010, S. 109 (120); *Teichmann*, (Fn. 126), S. 43; *Teichmann* (Fn. 43), S. 620 Rn. 385.

2. Gläubiger- und Minderheitenschutz

Die Privilegierung des Gruppeninteresses und der Gläubiger- und Minderheitenschutz sind zwei Seiten der gleichen Medaille. Lässt man zu, dass die Tochtergesellschaft ihren eigenen Interessen zuwiderhandelt, müssen auch die beteiligte Minderheit und die Gläubiger vor den Konsequenzen geschützt werden. Soll eine Anerkennung des Gruppeninteresses auf europäischer Ebene funktionieren, dürfen daher auch Regelungen zum Gläubiger- und Minderheitenschutz nicht fehlen.¹³⁷ Zumindest für börsennotierte Aktiengesellschaften existieren schon einige Schutzvorschriften, insbesondere Regelungen, die Transparenz im Konzern schaffen sollen.¹³⁸ Eine Ausdehnung dieser Gruppentransparenzregeln auf nicht börsennotierte Gesellschaften wurde im Aktionsplan der Kommission 2003 geplant.¹³⁹ Zudem stehen noch weitere Vorschläge, die den Gläubiger- und Minderheitenschutz auch in der kleinen Kapitalgesellschaft gewährleisten sollen, im Raum. Aktuell wird von der Kommission die verstärkte Kontrolle von Transaktionen mit nahestehenden Unternehmen und Personen bei Aktiengesellschaften durch eine Änderung der Aktionärsrechterichtlinie vorangetrieben.¹⁴⁰ Aber auch die Ausdehnung einer solchen Regelung auf die kleine Kapitalgesellschaft wäre denkbar.¹⁴¹ Außerdem zur Debatte stehen ein Dokumentationssystem zu gruppeninternen Vorgängen¹⁴², ein *Sell-out-Recht*¹⁴³ bei der Konzernbildung sowie Informations- und Unter-

¹³⁷ Überblick über den bisher auf mitgliedstaatlicher Ebene existierenden Gläubiger- und Minderheitenschutz in der Unternehmensgruppe im ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 23 ff.

¹³⁸ Siehe oben unter **II. 2.**

¹³⁹ Aktionsplan der Kommission 2003 (Fn. 3), S. 22 f.

¹⁴⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der RL 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Einbeziehung der Aktionäre sowie der RL 2013/34/EU in Bezug auf bestimmte Elemente der Erklärung zur Unternehmensführung v. 9.4.2014, COM/2014/213 final, S. 10, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/cgp/shrd/140409-shrd_de.pdf (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

¹⁴¹ So im EMCA, der die große und die kleine Kapitalgesellschaft erfasst: EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Introduction, S. 18 ff. und Chapter 15, General Comments, Considerations; die ECLE schlagen die Regelung von *Related Party Transactions* gar als Hauptelement einer Regelung zur europäischen Anerkennung des Gruppeninteresses vor, ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 35 ff.

¹⁴² *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 712; *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 514.

¹⁴³ Recht der Minderheitsgesellschafter, bei Konzernbildung den Ankauf ihrer Anteile durch die mit sehr großer Mehrheit übernehmende Muttergesellschaft zu verlangen, s. EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 15; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 109 f.

suchungsrechte¹⁴⁴ für Minderheitsgesellschafter und die Einführung eines Haftungstatbestandes nach Vorbild des britischen „*wrongful trading*“¹⁴⁵, der auch die Muttergesellschaft mit einbeziehen kann.¹⁴⁶ Im Vorschlag für die SUP-Richtlinie werden Gläubiger durch einen Bilanz- und Solvenztest bei Ausschüttungen¹⁴⁷, der in fast identischer Form auch im letzten Entwurf der SPE-Verordnung zu finden ist¹⁴⁸, vor einem Verlust des Gesellschaftsermögens geschützt. So stehen bei einer europäischen Anerkennung des Gruppeninteresses jedenfalls genügend Konzepte zum Schutz von Gläubigern und Minderheiten zur Verfügung, mit denen parallel gearbeitet werden könnte. Inwieweit die Regeln zum Schutz von Gläubigern und Minderheiten durch EU-Vorschriften harmonisiert werden müssen und inwieweit sie im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten verbleiben können, muss in der weitergehenden Diskussion noch entschieden werden.¹⁴⁹ Festzuhalten ist aber, dass bei einer Anerkennung des Gruppeninteresses ein ausreichender Gläubiger- und Minderheitenschutz die Regelungsgrenze bilden muss. Diese wäre jedenfalls erreicht, sobald die Tochtergesellschaft ihre Verbindlichkeiten nicht mehr erfüllen könnte und damit in ihrer Existenz bedroht wäre.¹⁵⁰ Spätestens dann müsste das Gruppeninteresse in den Hintergrund treten und die Kräfte der Tochtergesellschaft auf sich selbst konzentriert werden.¹⁵¹ Allzu strikte und beschwerliche Schutzvorschriften sind allerdings nicht zu empfehlen, da sie sich in der Vergangenheit als impraktikabel erwiesen haben und eine effektive und flexible Gruppenführung wiederum behindern würden.¹⁵²

3. Empfehlung, Richtlinie oder Verordnung?

Schließlich bleibt noch die Frage, in welcher Handlungsform der europäische Gesetzgeber bei einem Legislativprojekt zum Gruppeninteresse vorgehen sollte. Eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten, das Gruppeninteresse anzuerkennen,

¹⁴⁴ EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 14; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 713; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 57 f.

¹⁴⁵ Der Tatbestand des „*wrongful trading*“ führt zu einer persönlichen Haftung der Geschäftsleiter, wenn sie wider besseren Wissens die Geschäfte einer unmittelbar vor der Insolvenz stehenden Gesellschaft in riskanter, gläubigerschädigender Weise weiterführen, vgl. *Davies/Worthington* (Fn. 22), Rn. 9-6.

¹⁴⁶ ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 35; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 17; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 761; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 97.

¹⁴⁷ Art. 18 SUP-Richtlinienentwurf 2014 (Fn. 111).

¹⁴⁸ Art. 21 SPE-Verordnungsvorschlag 2011 (Fn. 123).

¹⁴⁹ Für Schutzvorschriften (größtenteils) auf mitgliedstaatlicher Ebene: *Conac* (Fn. 38), S. 216; ECLE-Bericht (Fn. 3), S. 35; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 677 ff.; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 64; *Weller/Bauer* (Fn. 4), S. 21.

¹⁵⁰ So auch *Teichmann* (Fn. 4), S. 196.

¹⁵¹ So auch *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 515.

¹⁵² EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, General Comments, Considerations.

wäre das mildeste Mittel, da die Handlungsform der Empfehlung nicht rechtlich bindend ist. Hierbei bestünde der Vorteil, dass weniger politische Hindernisse zu überwinden wären und eine Empfehlung auch inhaltlich weiter gehen könnte, da die Kommission Empfehlungen ohne die Zustimmung des Rates und des Parlaments aussprechen kann.¹⁵³ Wirken könnte eine Empfehlung zumindest als zündender Funke, der nationale Gesetzgeber und Gerichte zum Umdenken anregt.¹⁵⁴ Einige Mitgliedstaaten behandeln Empfehlungen sogar wie bindende Rechtsakte.¹⁵⁵ Gleichzeitig würde eine Empfehlung die Möglichkeit eröffnen, das vorgeschlagene System unverbindlich zu „testen“. Sollte es sich europaweit bewähren, könnte man es dann immer noch ganz oder teilweise in einer Richtlinie festschreiben.¹⁵⁶ Dennoch erscheint es sinnvoller, die Anerkennung des Gruppeninteresses von Anfang an in eine Richtlinie zu kleiden. Eine solche böte nämlich im Vergleich zu einer Empfehlung in höherem Maße das, was grenzüberschreitenden Konzernen in Europa gerade am meisten fehlt: Rechtssicherheit. Deshalb sollte die Kommission noch aus der Zeit der gescheiterten Neunten Richtlinie stammende Ressentiments¹⁵⁷ aufgeben und sich der politischen Herausforderung eines neuen, auf die Anerkennung des Gruppeninteresses abzielenden Richtlinienvorschlags stellen. Mit Art. 50 AEUV stellen ihr die Verträge auch das dafür nötige Handwerkszeug zur Verfügung. Noch größere Rechtssicherheit böte natürlich eine Verordnung, bei der nicht einmal mehr ein Umsetzungsspielraum besteht. Hier könnte wiederum die auf Eis gelegte SPE-Verordnung ins Spiel kommen, da durch die Einführung einer supranationalen Rechtsform mit europäisch geregelter Konzernrecht ein Höchstmaß an Rechtssicherheit erzielt werden könnte ohne in die nationalen Rechtsordnungen einzugreifen. Das Problem bei diesem Ansatz liegt jedoch in der praktischen Umsetzbarkeit. Denn eine Verordnung erfordert nach Art. 352 AEUV Einstimmigkeit im Rat der EU, die angesichts der großen Uneinigkeit der Mitgliedstaaten insbesondere bezüglich Gläubigerschutz und Arbeitnehmermitbestimmung in der SPE sowie der Möglichkeit der Sitzaufspaltung¹⁵⁸ wohl nur sehr schwer, wenn nicht unmöglich, zu erreichen wäre.¹⁵⁹ So wäre wohl die Umsetzung des Projektes der Anerkennung des Gruppeninteresses in einer separaten Richtlinie, wenn

¹⁵³ *Conac* (Fn. 38), S. 213.

¹⁵⁴ *Ebd.*, S. 213; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 68; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 64; *Teichmann* (Fn. 4), S. 197.

¹⁵⁵ *Conac* (Fn. 38), S. 213.

¹⁵⁶ *Ebd.*, S. 213.

¹⁵⁷ *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 68.

¹⁵⁸ *Hommelhoff* (Fn. 122), S. 29 ff.; *Teichmann* (Fn. 43), S. 622 Rn. 388; zur Mitbestimmungsdiskussion siehe auch *Teichmann* (Fn. 126), S. 57 ff.

¹⁵⁹ *Conac* (Fn. 38), S. 213.

schon nicht die in der Sache wirksamste, doch wohl die rechtspolitisch sinnvollste Lösung. Unabhängig vom gewählten Handlungsinstrument sollte das neue europäische System aber jedenfalls als Option neben die nationalen Konzernrechtsregelungen treten. Es sollte jedem Unternehmen freistehen, sich bewusst für das Gruppenprivileg, aber auch die damit einhergehenden Schutzvorschriften, zu entscheiden.¹⁶⁰

II. Möglichkeiten zur Legalisierung des Gruppeninteresses

Um eine europäische Konzernrechtsregelung mit Leben zu füllen, gilt es, den richtigen Weg für eine Privilegierung des Gruppeninteresses zu finden.

1. Europaweite Übernahme des Rozenblum-Gedankens

Viel diskutiert im Zusammenhang mit einer Anerkennung des Gruppeninteresses ist die aus dem französischen Recht stammende Rozenblum-Formel¹⁶¹. Seit die Konzernrechtsdebatte wieder zum Leben erwacht ist, wird sie immer wieder als Blaupause für eine europäische Regelung vorgeschlagen.¹⁶²

a) Voraussetzungen der Rozenblum-Formel

Die Rozenblum-Formel erscheint insofern als geeignetes Instrument zur Anerkennung des Gruppeninteresses in einer europäischen Konzernrechtsregelung, als sie ganz im Sinne eines Gruppenprivilegs nicht die Einzelverbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft, sondern den Konzern als Ganzes im Blick hat und so einer verengten Wahrnehmung des Konzernproblems vorbeugt.¹⁶³ Der Schutz der Einzelgesellschaft wird dadurch gewährleistet, dass für eine Tochtergesellschaft nachteilige Maßnahmen nur unter bestimmten Umständen zulässig sind. Aus der Entscheidung der französischen *Cour de Cassation*¹⁶⁴ lassen sich vier Voraussetzungen ableiten. Die betreffende Gesellschaft muss erstens Teil einer Unternehmensgruppe mit gefestigter und ausgewogener Struktur sein, in der zweitens eine kohärente Gruppenpolitik verfolgt wird. Drittens müssen der Einzelgesellschaft aus der Gruppenzugehörigkeit erwachsende Vor- und Nachteile in einem ausgewogenen Verhältnis stehen. Zuletzt dürfen nachteilige Maßnahmen nicht die finanzielle Leistungsfähigkeit der betroffenen Konzerntochter übersteigen, also

¹⁶⁰ So auch *Teichmann* (Fn. 4), S. 197.

¹⁶¹ Siehe bereits oben unter **II. 1. c)**.

¹⁶² *Conac* (Fn. 38), S. 219; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 713; *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 513; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 65 f.; ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 44; Report of the High Level Group (Fn. 3), S. 97; Report of the Reflection Group (Fn. 1), S. 64.

¹⁶³ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 713.

¹⁶⁴ *Cour de Cassation*, *Chambre criminelle*, 4.2.1985, JCP/E 1985, II, 14614.

nicht zu einer Existenzvernichtung derselben führen.¹⁶⁵ Diffus bleibt jedoch bisher der genaue Inhalt der vom französischen *Gericht* aufgestellten Voraussetzungen. Diese Unklarheit rührt zum einen daher, dass es in der Folge der Rozenblum-Entscheidung nur eine geringe Anzahl weiterer Fälle gab, in denen das französische oberste *Gericht* auf diese Formel zurückgriff.¹⁶⁶ Zum anderen drehten sich die meisten der mit Hilfe von Rozenblum entschiedenen Fälle um bereits insolvente Tochtergesellschaften, sodass der Schwerpunkt der Prüfung auf dem Verbot der Existenzvernichtung lag und die Rechtsprechung sich insbesondere mit den Anforderungen an die kohärente Gruppenpolitik und den Nachteilsausgleich nicht tiefergehend beschäftigte.¹⁶⁷ So ist insbesondere noch offen, durch wen und auf welche Weise die Gruppenpolitik des Konzerns festzulegen ist.¹⁶⁸ Problematisch an dieser Voraussetzung ist auch, dass die Entwicklung einer solchen Gruppenpolitik gerade kleinen und mittleren Unternehmen aufgrund des damit verbundenen organisatorischen Aufwandes schwer fallen könnte, sodass im Hinblick auf einen erleichterten Grenzüberschritt gerade für mittelständische Unternehmen wenig gewonnen wäre.¹⁶⁹ Auch bezüglich der Anforderungen an den Nachteilsausgleich gibt es noch offene Fragen. Der für eine flexible Gruppenführung entscheidende Vorteil im Rahmen des Rozenblum-Konzepts liegt jedenfalls darin, dass nicht, wie beispielsweise im deutschen Recht, jeder einer Tochtergesellschaft zugefügte Nachteil einzeln und präzise ausgeglichen werden muss, sondern ein ungefährender Ausgleich durch sich aus der Gruppenzugehörigkeit ergebende Vorteile genügt.¹⁷⁰ Ungeklärt ist in diesem Zusammenhang allerdings noch, ob der Ausgleich innerhalb einer gewissen Frist erfolgen soll und ab welchem Zeitraum er nicht mehr fristgerecht ist. Ein Ausgleich auch über Jahre hinweg soll dabei wohl möglich sein.¹⁷¹ Auch worin die zum Ausgleich führenden Vorteile konkret bestehen könnten, ist im Detail noch offen. Einigkeit scheint in der europäischen Diskussion lediglich darin zu bestehen, dass die Gruppenzugehörigkeit allein nicht ausreicht, der Ausgleich aber auch nicht zwingend in finanziellen Zuwendungen bestehen muss.¹⁷² Angesichts dieser Unklarheiten besteht im Hinblick auf eine Übernahme der Rozenblum-Doktrin in eine europäische Konzernrechtskodifikation noch das erhebliche Bedürfnis nach

¹⁶⁵ Vgl. *Conac* (Fn. 34), S. 92 f.; *Schubel* (Fn. 34), S. 200; *Teichmann* (Fn. 4), S. 193.

¹⁶⁶ *Conac* (Fn. 34), S. 95.

¹⁶⁷ *Ebd.*, S. 94 f.

¹⁶⁸ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 707; *Schubel* (Fn. 34), S. 203.

¹⁶⁹ Vgl. *Schubel* (Fn. 34), S. 206.

¹⁷⁰ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 708.

¹⁷¹ *Ebd.*, S. 708; *Schubel* (Fn. 34), S. 203.

¹⁷² *Conac* (Fn. 34), S. 93; *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 715; *Schubel* (Fn. 34), S. 203.

einer Präzisierung ihrer Voraussetzungen, um Konzernmüttern und Tochtergesellschaften tatsächlich die benötigte Rechtssicherheit bieten zu können. Wenig Mut machen diesbezüglich allerdings bisherige Versuche nationaler Gesetzgeber, die Rozenblum-Formel in das mitgliedstaatliche Gesellschaftsrecht zu integrieren. So gelang es weder in Ungarn noch in Tschechien oder Polen, die Rozenblum-Voraussetzungen ausreichend zu schärfen und in praktikable Rechtsvorschriften umzusetzen.¹⁷³

b) Rechtsfolge

Um die Rozenblum-Formel in ein europäisches Konzernrecht übernehmen zu können, muss auch noch die Frage beantwortet werden, welche Rechtsfolgen an die Einhaltung bzw. Nichteinhaltung ihrer Voraussetzungen geknüpft sein sollen. Originär handelt es sich bei „Rozenblum“ um einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund für den Tatbestand des „*abus des biens sociaux*“. Diese ursprünglich strafrechtliche Konzeption ruft teilweise Zweifel bezüglich der Übertragbarkeit des Konzepts auf komplexe gesellschaftsrechtliche Sachverhalte hervor.¹⁷⁴ Für eine Übernahme in das Gesellschaftsrecht müssen die Rechtsfolgen der Rozenblum-Formel aber ohnehin präzisiert werden, sodass auch eine Anpassung an gesellschaftsrechtliche Anforderungen möglich ist. Für ein europäisches Konzernrecht erscheint es als Rechtsfolge sinnvoll, dem Tochtergeschäftsführer bei Vorliegen der Rozenblum-Voraussetzungen im Konzerninteresse liegende für seine Gesellschaft aber kurzfristig nachteilige Maßnahmen zu gestatten und ihn insofern von einer persönlichen Haftung wegen Verletzung seiner Geschäftsführerpflichten zu befreien.¹⁷⁵ Damit verbunden entsteht jedoch ein anderes Problem für die Geschäftsführer. Um beurteilen zu können, ob er sich im sicheren Hafen von Rozenblum befindet, braucht der Tochtergeschäftsführer einen detaillierten Einblick in die Konzernstruktur und – politik. Besonders in Großkonzernen mit zahlreichen Tochtergesellschaften könnte die Einrichtung eines entsprechenden Informationssystems zu organisatorischen Schwierigkeiten führen. Bedenken bestehen auch mit Blick auf den gruppeninternen Datenschutz und das Bedürfnis nach der Geheimhaltung von Geschäftsplänen.¹⁷⁶

¹⁷³ Dazu ausführlich *Schubel* (Fn. 34), S. 209 ff.; siehe auch *Hommelhoff*, Die vereinfachte Einmangengesellschaft (SMC): Eine Alternative zur SPE?, AG 2013, 211 (216).

¹⁷⁴ *Habersack* (Fn. 106), S. 8; *Teichmann* (Fn. 4), S. 195; keine Schwierigkeit sieht dagegen *Conac* (Fn. 38), S. 220.

¹⁷⁵ So auch *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 714.

¹⁷⁶ *Ekkenga* (Fn. 84), S. 183 f.; vgl. auch *Böckli* (Fn. 102), S. 388.

c) Fazit

Es hat sich gezeigt, dass vor einer Umsetzung der Rozenblum-Doktrin in einen europäischen Rechtsakt zum Konzernrecht sowohl auf Seiten der Voraussetzungen als auch der an diese anknüpfenden Rechtsfolgen noch großer Präziserungs-, Anpassungs- und Entwicklungsbedarf besteht. Trotz aller noch existierender Probleme kann aber doch festgehalten werden, dass die von der französischen Rechtsprechung entwickelte Doktrin durchaus ein guter Ansatzpunkt für die Ausbildung eines europäischen Konzepts zur Anerkennung des Gruppeninteresses ist und zumindest den zündenden Funken für eine vielversprechende wissenschaftliche Debatte geliefert hat. Nach einer Klarstellung und Schärfung ihrer Voraussetzungen könnte die in Frankreich verwurzelte „Rozenblume“ dann in veredelter Version tatsächlich auch im Rest Europas erblühen. Inwieweit der europäische Gesetzgeber dabei am Original festhalten kann oder ob doch eine weitere Entfernung notwendig ist, wird sich in der weiteren Diskussion des Vorschlags zeigen müssen. Bei einer entsprechenden Weiterentwicklung dürften auch keine Bedenken hinsichtlich der Übertragbarkeit des originär strafrechtlich konzipierten Rechtfertigungsgrundes auf komplexe gesellschaftsrechtliche Sachverhalte mehr bestehen.¹⁷⁷ Für hundertprozentige Tochtergesellschaften, bei denen weniger schutzbedürftige Interessen involviert sind, erscheint das Rozenblum-Konzept jedoch zu aufwendig und kompliziert, sodass hier ein einfacheres System vorzuziehen wäre.¹⁷⁸

2. Einführung einer konzerndimensionalen *Business Judgement Rule*

Als Alternative zu einer europäischen Rozenblum-Formel steht der Vorschlag im Raum, eine europaweit einheitliche, konzerndimensionale *Business Judgement Rule* einzuführen.¹⁷⁹ Bisher zielt die *Business Judgement Rule* darauf ab, den Geschäftsleiter einer Gesellschaft von einer Haftung wegen Verletzung seiner Pflichten zu befreien, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung aufgrund hinreichender Informationen davon ausgehen durfte, dass sie dem Wohl seiner Gesellschaft zuträglich ist.¹⁸⁰ Diese Regel könnte im Hinblick auf die Anerkennung des Gruppeninteresses in der Weise erweitert werden, dass der Geschäftsleiter bei der Einschätzung, was dem Wohl seiner Gesellschaft

¹⁷⁷ Vgl. Böckli (Fn.102), S. 382.

¹⁷⁸ In eine ähnliche Richtung auch *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 511; Hommelhoff (Fn. 72), S. 63, 67; Hommelhoff (Fn. 69), S. 332; vgl. auch Böckli (Fn. 102), S. 390.

¹⁷⁹ Teichmann (Fn. 4), S. 196 f.

¹⁸⁰ *Ebd.*, S. 196; vgl. auch Sieg/Zeidler, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler, *Corporate Compliance, Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3. Aufl. 2016, S. 61 Rn. 18.

dient, auch ihre Verbundzugehörigkeit berücksichtigen darf.¹⁸¹ Diese Lösung hätte im Vergleich zur Rozenblum-Formel den Vorteil, dass sie in einem Bereich, in dem es letztendlich immer um unternehmerisches Ermessen geht und daher die Formulierung präziser Grenzen für die Berücksichtigung des Gruppeninteresses sehr schwierig ist, gar nicht erst versucht, klare inhaltliche Vorgaben zu machen, sondern lediglich das Vorgehen des Geschäftsleiters bei der Entscheidungsfindung regelt.¹⁸² Hundertprozentige Rechtssicherheit für jeden Einzelfall ließe sich dadurch zwar nicht erzielen, aber es entstünde dennoch eine einheitliche Grundlage, auf die sich Tochtergeschäftsleiter dann europaweit verlassen könnten.¹⁸³ Zudem wäre dies ein eher sanfter Weg zur Privilegierung des Konzerns, sodass sich vielleicht auch Mitgliedstaaten, die einer Anerkennung des Gruppeninteresses bisher skeptisch gegenüberstanden, mit diesem Vorschlag anfreunden könnten¹⁸⁴, zumal die *Business Judgement Rule* in ihrer grundsätzlichen Konzeption vielen Mitgliedstaaten schon bekannt¹⁸⁵ oder zumindest nicht allzu schwer nahezubringen sein dürfte.¹⁸⁶ Auf Probleme könnte das Konzept der konzerndimensionalen *Business Judgement Rule* allerdings vor allem bei der Umsetzung in Großkonzernen mit vielen Tochtergesellschaften stoßen. Die Tochtergeschäftsleiter müssten ständig über aktuelle Informationen zur Lage des Konzerns und gruppeninternen Vorgängen verfügen, um sich auf eine stabile Entscheidungsgrundlage stützen zu können. Die Einrichtung und Unterhaltung eines funktionierenden Informationssystems würde nicht nur einen enormen organisatorischen Aufwand bedeuten, sondern auch auf datenschutzrechtliche Hürden treffen.¹⁸⁷ Dieses Argument lässt sich allerdings genauso auch gegen die Rozenblum-Formel ins Feld führen.¹⁸⁸ Denn auch hier muss der Tochtergeschäftsleiter über Vorgänge und Pläne in der Unternehmensgruppe Bescheid wissen, um beurteilen zu können, ob ein Nachteilsausgleich für seine Gesellschaft mittel- oder längerfristig in Aussicht steht. Das Modell der konzerndimensionalen *Business Judgement Rule* ist daher eine weiter verfolgenswerte Alternative¹⁸⁹ zur viel diskutierten Rozenblum-Formel.

¹⁸¹ *Teichmann* (Fn. 4), S. 196.

¹⁸² *Ebd.*, S. 196.

¹⁸³ *Ebd.*, S. 196.

¹⁸⁴ *Ebd.*, S. 197.

¹⁸⁵ In Deutschland ist sie beispielsweise in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG verankert.

¹⁸⁶ *Teichmann* (Fn. 4), S. 196.

¹⁸⁷ *Ekkenga* (Fn. 84), S. 183 f.

¹⁸⁸ Siehe oben unter **IV. 2. a) bb)**.

¹⁸⁹ So auch *Conac* (Fn. 38), S. 220.

3. Anerkennung eines Weisungsrechts der Muttergesellschaft

Zentrales Element vieler Regelungsvorschläge ist auch ein Weisungsrecht der Konzernmutter gegenüber ihren Tochtergesellschaften.¹⁹⁰ Das *Forum Europaeum Konzernrecht* machte die Weisungsbefugnis in seinem Vorschlag noch von einer dem deutschen Beherrschungsvertrag nachempfundenen Konzernerklärung in Verbindung mit daraus folgenden Schutzvorschriften abhängig.¹⁹¹ Angesichts der Tatsache, dass die Erteilung von Weisungen in europäischen Konzernen längst Realität und für eine kohärente Gruppenführung unerlässlich ist, scheint es aber sinnvoller, ein Weisungsrecht, das auch nachteilige Weisungen umfasst, auch unabhängig von einer solchen Erklärung anzuerkennen und dadurch ein rechtssicheres Fundament für die grenzüberschreitende Gruppenleitung zu schaffen.¹⁹² Gesteht man der Muttergesellschaft ein solches Weisungsrecht zu, stellt sich im unmittelbaren Anschluss daran die Frage, ob und inwiefern der Tochtergesellschaft eine Folgepflicht auferlegt werden sollte. Spricht man Weisungen der Muttergesellschaft jede Bindungswirkung ab, so hat die gesetzliche Anerkennung wenig Sinn und erzeugt höchstens psychologischen Druck auf die Tochtergeschäftsleitung, den die Konzernmutter ohnehin ausüben könnte. Dennoch sollte das Weisungsrecht der Muttergesellschaft nicht völlig unbegrenzt gewährt werden.¹⁹³ Hier kommt wiederum die Unterscheidung zwischen hundertprozentigen Töchtern und Tochtergesellschaften mit Minderheiten ins Spiel. Denn gerade für eventuell vorhandene Minderheitsgesellschafter ergäben sich aus einer uneingeschränkten Folgepflicht Nachteile. Der durch die Entscheidungsfreiheit des zwischengeschalteten Tochtergeschäftsführers gewährleistete Schutz fiel komplett weg¹⁹⁴, da dieser nur noch als verlängerter Arm der Konzernmutter handeln würde. Gleichzeitig wäre der Tochtergeschäftsführer als bloßes Instrument der Mutter auch von jeder Haftung befreit, sodass nur die im unter Umständen weit entfernten Ausland ansässige Muttergesellschaft als Klagegegner für Minderheitsgesellschafter zur Verfügung stünde. Damit würde eine Klage extrem aufwendig und kostspielig, sodass sich auch das Risiko eines Missbrauchs der Leitungsmacht durch die Konzernmutter erhöhen würde.¹⁹⁵ Deshalb sollten Weisungen an nicht hundertprozentige

¹⁹⁰ *Chiapetta/Tombari* (Fn. 57), S. 272 f.; *Conac* (Fn. 38), S. 220; *Drygala* (Fn. 55), S. 203; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Sec. 9; *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 511; *Hommelhoff* (Fn. 72), S. 64.

¹⁹¹ *Forum Europaeum Konzernrecht* (Fn. 2), S. 742 ff.

¹⁹² So auch *Drygala* (Fn. 55), 203; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Comments zu Sec. 9; eher zurückhaltend dagegen ICLEG-Bericht (Fn. 3), S. 45.

¹⁹³ Im Zusammenhang mit der „Servicegesellschaft“ so auch *Hommelhoff* (Fn. 69), S. 339.

¹⁹⁴ *Conac* (Fn. 38), S. 222.

¹⁹⁵ *Ebd.*, S. 222.

Töchter nur innerhalb der durch die Voraussetzungen zur Berücksichtigung des Gruppeninteresses, also der den europäischen Bedürfnissen angepassten Rozenblum-Formel oder der *Business Judgement Rule*, gezogenen Grenzen bindend sein. Für im Alleinbesitz der Mutter stehende Gesellschaften bietet sich dagegen ein einfacheres System an, dessen Hauptelement ein Weisungsrecht mit korrespondierender Folgepflicht ist. Hier kann der Konzernmutter die Durchsetzung einer Geschäftspolitik im Gruppeninteresse fast uneingeschränkt gestattet werden. Einzige Grenze sollte allerdings aus Gründen des Gläubigerschutzes jedenfalls die Existenzvernichtung der Tochtergesellschaft sein.¹⁹⁶ Für alle Tochtergesellschaften könnte zusätzlich eine Beschränkung des Weisungsrechts auf von der Muttergesellschaft bestimmte Geschäftsleiter¹⁹⁷ erwogen werden. Eine zweispurig ausgestaltete Weisungsbefugnis der Muttergesellschaft sollte also auf jeden Fall Teil einer europäischen Regelung für Unternehmensgruppen sein, da sie für eine unternehmerisch sinnvolle, auf ein Gruppenziel gerichtete Konzernführung ein unabdingbares Instrument ist.

E. Zusammenfassung und Ausblick

Eine europäisch einheitliche Regelung zum Konzernrecht tut not. So viel steht angesichts der Hindernisse, auf die eine Unternehmensgruppe bei der Grenzüberschreitung trifft, und der daraus resultierenden Beschränkung der Niederlassungsfreiheit fest. Besonders kleine und mittlere Unternehmen werden hart von den Unsicherheiten, die bei der Beteiligung verschiedener Rechtsordnungen entstehen, getroffen und brauchen einen verlässlichen Rechtsrahmen, um den Schritt über die Grenze meistern zu können. Vordergründiger Zweck der europäischen Konzernrechtsregelung sollte die Privilegierung des Gruppeninteresses sein. Es muss ein „*safe harbour*“ sowohl für die Muttergesellschaft als auch die Geschäftsleitung der Tochtergesellschaft geschaffen werden, der es erlaubt, die Geschäftspolitik auf das Konzerninteresse auszurichten und im Sinne eines „*enabling law*“ eine synchrone, auf europaweit einheitlichen Prinzipien beruhende Gruppenführung ermöglicht. Das europäische Konzernrecht kann sich dabei in seinem Anwendungsbereich auf die kleine Kapitalgesellschaft beschränken. Weiterhin sollten in der Regelung die unterschiedlichen Bedürfnisse hundertprozentiger und nicht hundertprozentiger Tochtergesellschaften beachtet und daher zwei unterschiedliche Systeme zur Anerkennung des Gruppeninteresses gewählt werden. Für hundertprozentige Tochtergesellschaften bietet sich ein bindendes Weisungsrecht der Konzernmutter, begrenzt durch die Existenzvernichtung der Tochter, an. Auch Gesellschaften mit Minderheitsbeteiligung sollten weisungsgebunden

¹⁹⁶ So für die „Servicegesellschaft“ *Forum Europaeum on Company Groups* (Fn. 3), S. 512.

¹⁹⁷ *Conac* (Fn. 38), S. 222; EMCA Draft 2015 (Fn. 1), Chapter 15, Comments zu Sec. 9.

sein, allerdings nur innerhalb der durch die bedarfsgerecht weiterentwickelte Rozenblum-Formel oder eine konzerndimensionale *Business Judgment Rule* gesteckten Grenzen. Umgesetzt werden könnte das Konzept in einer Richtlinie zur Anerkennung des Gruppeninteresses, die die Mitgliedstaaten verpflichtet, grenzüberschreitenden Konzernen das europäische System als Option anzubieten. Dies stellt allerdings im Vergleich zur Festschreibung eines europäischen Konzernrechts in der noch auf Eis liegenden SPE-Verordnung nur die zweitbeste Lösung dar. Eine konzernrechtliche Regelung in der SPE-Verordnung böte durch die supranationale Rechtsform maximale Rechtssicherheit bei minimalem Eingriff in das nationale Gesellschaftsrecht. Die praktische Umsetzung des Projekts erscheint jedoch aufgrund nationaler Widerstände in verschiedenen Bereichen und der immer noch zögerlichen Haltung einiger Mitgliedstaaten gegenüber einem europäischen Konzernrecht rechtspolitisch als ein wohl momentan noch zu großes Wagnis. Doch vielleicht heißt es nicht umsonst: „Wer nicht wagt, der nicht gewinnt“.

Alicia Pointner*

Massenmigration im Internationalen Privatrecht: Herausforderungen und Perspektiven; Bigamie, Polygamie – und der deutsche *ordre public*

Abstract

Seit Beginn der sog. „Flüchtlingskrise“ und mit der zunehmenden Immigration, insbesondere muslimischer Flüchtlinge, mehren sich Fälle bi- oder polygam lebender Einwanderer in Deutschland. Das so entstehende Spannungsverhältnis zwischen kultureller Identität und inländischen Moralvorstellungen schafft in der Gesellschaft nicht nur Furcht vor dem Verlust eigener Kultur, sondern auch Rechtsunsicherheit, da eine klare gesetzliche Regelung zum Umgang mit ausländischen polygamen Ehen im Inland fehlt. Der Beitrag analysiert die aktuelle anerkennungsrechtliche Problematik solcher Ehen und untersucht, inwieweit das Internationale Privatrecht seinen klassischen neutralen Ansatz aufgeben kann, um Inlandswerte durchzusetzen und eine Ausweitung von Mehrfachehen in Deutschland zu verhindern.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft im siebten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie ist studentische Mitarbeiterin am Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer bei Prof. Dr. Marc-Philippe Weller angefertigten Seminararbeit.

A. Einleitung

Durch die zunehmende internationale Verflechtung von Volkswirtschaften überschreiten heute nicht nur Kapital-, Güter- und Informationsströme nationale Grenzen, sondern, in einem bisher nie da gewesenen Ausmaß, auch Menschen. Ein Trend, der insbesondere durch ökonomische Instabilität und politische Krisen, wie derzeit im Nahen Osten, verstärkt wird. Massenmigration gehört zweifelsohne zu den großen Herausforderungen des 21. Jahrhunderts.¹

Diese „Völkerwanderung“, wie die Presse „das Verlegen des Lebensmittelpunktes einer Vielzahl von Personen“² häufig nennt, verursacht für die inländische Rechts- und Werteordnung insbesondere dann große Probleme, wenn die teilweise sehr fremde Kultur der Immigranten auf abweichende inländische Wert- und Moralvorstellungen prallt. So beispielsweise bei polygamen Ehen, einem Phänomen, das vor allem in afrikanischen und arabischen Staaten präsent ist. Nicht selten ist dort die Heirat und das Zusammenleben mit bis zu vier Ehefrauen erlaubt.³ Exemplarisch hierfür ist der im Jahr 2004 vor dem *OVG Rheinland-Pfalz* verhandelte Fall eines anerkannten irakischen Flüchtlings, der für seine im Heimatland rechtmäßig angetrauten zwei Ehefrauen im Wege des Familiennachzugs eine Aufenthaltserlaubnis erwirken wollte und damit sogar Erfolg hatte.⁴

Zwar erklärt das deutsche Recht das Eingehen einer Doppel- bzw. Mehrfachehe für unzulässig und stellt es nach § 172 StGB sogar unter Strafe. Gleichwohl ist es regelmäßig der Fall, dass die im Heimatland der Betroffenen wirksam geschlossenen Mehrfachehen trotz des hiesigen zivil- und strafrechtlichen Verbots in Deutschland anerkannt werden.

Seit Beginn der sog. „Flüchtlingskrise“ und mit der zunehmenden Immigration, insbesondere muslimischer Flüchtlinge, mehren sich deshalb Fälle bi- oder polygam lebender Einwanderer in Deutschland.⁵ Das so entstehende Span-

¹ Vgl. etwa *Hödl/Husa/Parnreiter/Stacher*, Internationale Migration, 2000, S. 1.

² Definition Massenmigration der Bundeszentrale für politische Bildung: <http://www.bpb.de/gesellschaft/migration/kurz dossiers/57302/definition-von-migration> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

³ *Scholz*, Islam-rechtliche Eheschließung und deutscher *ordre public*, StAZ 2002, 321 (328).

⁴ Siehe *OVG Rheinland-Pfalz*, Az. 10 A 11717/03. Außerdem setzt das Asylpaket II, das am 17.3.2016 in Kraft trat, den Familiennachzug für 2 Jahre nur für die Personen aus, die internationalen subsidiären Schutz erhalten, nicht für Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention.

⁵ Wie viele es genau sind, ist nicht erfasst, da rein religiös geschlossene Ehen in keinem Zentralregister in Deutschland verzeichnet werden.

nungsverhältnis zwischen kultureller Identität und inländischen Moralvorstellungen schafft in der Gesellschaft nicht nur Furcht vor dem Verlust eigener Kultur durch wachsenden islamischen Einfluss, sondern auch Rechtsunsicherheit, da insbesondere bei den familien- und erbrechtlichen Folgen eine klare gesetzliche Regelung im Umgang mit polygamen Ehen fehlt. Das grundlegende Dilemma des Gesetzgebers besteht bei seinen Reformversuchen letztlich in der Absicht, einerseits fremde Kulturen zu achten⁶, sich in ihre Gebräuche nicht einzumischen, ihnen sogar entgegenzukommen.⁷ Andererseits soll aber, an eigenen Grund- bzw. Wertvorstellungen festgehalten werden. Welchen Stellenwert will man der Heirat mehrerer Frauen nach ausländischem Recht zusprechen? Wie soll man den Grundsatz der Gleichbehandlung vor dem Gesetz mit dem Wunsch nach multikultureller Liberalität und Vielfalt vereinbaren?

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über Begriff und Herkunft polygamer Ehen gegeben werden (**B.**). Im Anschluss wird die aktuelle Gesetzeslage in Deutschland sowohl für inländische als auch für ausländische Staatsangehörige wiedergegeben (**C.**) sowie rechtsvergleichend die Gesetzeslage im Ausland erläutert (**D.**). Daraufhin soll die aktuelle anerkennungsrechtliche Problematik ausländischer Mehrfachehen im Inland untersucht werden. Der Schwerpunkt liegt hierbei auf der Frage, ob die Vorbehaltsklausel des *ordre public* in Fällen ausländischer Mehrfachehe nicht großzügiger eingesetzt werden sollte (**E.**). Angesichts der derzeit unbefriedigenden Rechtslage werden sodann mögliche Lösungsansätze zusammengetragen und Regulierungsoptionen auf nationalrechtlicher Ebene diskutiert, um eine Ausweitung von Mehrfachehen in Deutschland zu verhindern (**F.**). Ein Fazit fasst die erarbeiteten Ergebnisse zusammen (**G.**).

B. Polygamie – ein Überblick

Die Eheform der Polygamie gehört wohl zu den umstrittensten Ehekonstellationen überhaupt.⁸ Zwar beschäftigten polygame Eheschließungen deutsche Gerichte und Behörden in der Vergangenheit nur vereinzelt. Bedingt durch die Einwanderungsbewegungen der vergangenen Jahre, insbesondere durch Krisen im Irak, Afghanistan und Syrien ist die Zahl der polygamen Ehen, die im Inland geführt werden, jedoch rasant gestiegen, sodass die rechtliche Behandlung von Mehrehen stärker in den gesellschaftlichen Fokus rückt. Zunächst sollen daher Begriff, Herkunft und Entwicklung von Polygamie geklärt werden.

⁶ Vgl. *Rauscher*, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2012, Rn. 205 ff.

⁷ Vgl. insb. die Funktion des IPR als „Toleranzrecht“ *Goldschmidt*, *Derecho International Privado*, Prólogo, 6. Aufl. 2012, unter I. 2.

⁸ *Bousrouf/Frassek*, Zwischen Frankfurt, Marrakesch und Kabul, 2016, S. 354.

I. Begriff

Unter dem Begriff der Polygamie ist eine Form der Mehrehe zu verstehen, wobei man zwischen der Doppelehe (Bigamie) und der darüber hinausgehenden Anzahl der Ehen (Polygamie) unterscheidet. Spricht man von Polygamie, so meint man genau genommen die sog. Polygynie, eine Form der Polygamie, bei der es dem Mann gestattet ist, mehr als eine Frau zu heiraten.⁹ Darüber hinaus sind Formen der Polyandrie (einer Frau ist das Heiraten mehrerer Ehemänner gestattet) oder Polygynandrie (mehrere Männer leben mit mehreren Frauen in einer Beziehung) bekannt.¹⁰

II. Herkunft und Entwicklung

Ursprünglich soll der Mensch innerhalb eines Stammes in einer Art Gruppenehe gelebt haben, um die Zahl der Stammesmitglieder unbeschränkt zu vergrößern.¹¹ Aber auch die Polygamie soll es parallel dazu sehr früh gegeben haben. Grund dafür war die Absicherung der Erbfolge.¹² Später wurde auch die soziale Absicherung durch eine Mehrehe immer wichtiger. Für die Ehemänner war eine größere Anzahl an Nachkommen eine Art Rentenversicherung im Alter. Für viele Frauen wiederum war die Polygamie die einzige Möglichkeit, sozial abgesichert zu sein, insbesondere, wenn nach einem Krieg der Verlust an Männern so groß war, dass die Heiratschancen drastisch sanken.¹³ Die Griechen und die Römer zählten zu den Ersten, die in ihrer Gesetzgebung den Weg zur Monogamie ebneten, auch wenn es legal und für die Zeit der Antike typisch war, dass der Ehemann neben der Ehefrau regelmäßig Konkubinen für den Beischlaf aufsuchte.¹⁴ Überraschend ist, dass die Mehrehe nicht als typische Eheform einer bestimmten Religion oder Volksgruppe bezeichnet werden kann. Vielmehr haben alle großen Weltreligionen die Polygamie bis weit in die Neuzeit praktiziert.¹⁵ Im „Westen“ begann die Abkehr von der Polygamie mit der Verbreitung des Neuen Testaments¹⁶, fand ihren Abschluss aber erst im 16. Jahrhundert durch die christlichen Missionare aus

⁹ *Legrain*, Le mariage des catholiques selon la diversité des cultures en Occident et en Afrique, 2010, S. 50.

¹⁰ *Bousrouff/Frassek* (Fn. 8), S. 358; *Koktvedgaard Zeitzen*, Polygamy, 2008, S. 3 ff.

¹¹ *Engels*, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, 1886, S. 30.

¹² *De la Croix/Marianti*, From Polygyny to Serial Monogamy, 2015, S. 1; *Bousrouff/Frassek* (Fn. 8), S. 359.

¹³ *Woronowicz*, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2013, S. 50.

¹⁴ *Bousrouff/Frassek* (Fn. 8), S. 359.

¹⁵ Vgl. *Broyde*, Marriage, Divorce, and the Abandoned Wife in Jewish Law, 2001, S. 22-25.

¹⁶ Vielfach wird sich bei der Begründung darauf bezogen, dass das Neue Testament, wenn es von Mann und Frau spricht, durchweg im Singular geschrieben ist. So z.B. in Eph 5,22-23; Tit 1,6. Siehe auch: *Greenen*, Ehe nach dem Neuen Testament, 1969, S. 38.

Europa, die eine Anpassung an die griechisch-römischen Kultur forderten, welche nur eine Ehefrau für rechtens erklärte.¹⁷ Der Einfluss der christlichen Lehren und Wertvorstellungen fand letztlich ihren Niederschlag in der „westlichen“ Gesetzgebung, die in ihrem Geltungsbereich heute die Einehe als einzig legitime Eheform zwingend vorschreibt. Im Gegensatz dazu praktizieren viele Muslime die Mehrehe in ihren Heimatstaaten bis heute.¹⁸

C. Mehrehe in Deutschland – eine Bestandsaufnahme

Eine besondere Herausforderung stellt deshalb, unter Berücksichtigung der hohen Anzahl an Muslimen, die im Zuge der Flüchtlingskrise jüngst in Deutschland Asyl suchen, das Statusverhältnis der Doppel- und Mehrfachehe für die deutsche Wertegemeinschaft dar. Die Mehrehe ist dem deutschen Familienrecht fremd und verletzt neben Fundamentalwerten der Geschlechtergleichbehandlung¹⁹ auch das heutige sittliche Anstandsgefühl der Inlandsbevölkerung. Der deutsche Gesetzgeber hat daher seine Missbilligung gegenüber jeder Form von Mehrfachehe in einer Reihe zivil- und strafrechtlicher Verbotsvorschriften ausdrücklich formuliert. Dennoch gibt es nach wie vor rechtliche Lücken, sodass die Möglichkeit besteht, deutsches Sachrecht zu umgehen.

I. Anwendung deutschen Sachrechts

Im Grunde bestimmen sich die sachlichen Voraussetzungen für die Eheschließung für jeden Verlobten mangels einschlägigen internationalen Einheitsrechts gemäß Art. 13 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Maßgebend ist also das Heimatrecht der jeweiligen Person (*lex patriae*).²⁰ Wollen also zwei Deutsche heiraten, richten sich die Eheschließungsvoraussetzungen nach deutschem Recht, wollen zwei Ausländer heiraten, richten sie sich nach ausländischem Recht. In formeller Hinsicht ist gemäß Art. 11 EGBGB das Recht des Eheschließungsortes maßgebend, d.h. bei einer Ehe, die in Deutschland geschlossen werden soll, kommen immer deutsche Formvorschriften zur Anwendung.

¹⁷ Müller, Wandel der Rolle der Frau und Auflösung der Institution Ehe, 2006, S. 48; Hillmann, Polygamy Reconsidered, 1975, S. 143 f.; Eine Ausnahme bilden die Mormonen, die die Polygamie z.T. nach wie vor als rechtmäßige Eheform betrachten, vgl. Altman/Ginat, Polygamous Families in Contemporary Society, 1996, S. 26; Trobisch, Mormonen – die Heiligen der letzten Zeit?, 1998, S. 33.

¹⁸ So etwa in Afghanistan, Algerien, Bangladesch, Indonesien, Irak, Iran, Jemen, Jordanien, Katar, Kuwait, Malaysia, Libanon, Malediven, Singapur und Sri Lanka.

¹⁹ Vgl. dazu Weller/Thomale/Zimmermann, Massenmigration und Geschlechtergleichstellung im IPR: Die „cupierte Verweisung“, JZ 2017, 1080 (1082 ff.).

²⁰ Weller, Die *lex personalis* im 21. Jahrhundert: Paradigmenwechsel von der *lex patriae* zur *lex fori*, in: FS Coester-Waltjen, 2015, S. 897 (900).

II. Rechtslage im Zivilrecht

Zunächst soll die Rechtslage im Zivilrecht betrachtet werden.

1. Ehe mit mindestens einem deutschen Staatsangehörigen

Entschließen sich zwei Deutsche zur Heirat, richten sich die Voraussetzungen der Eheschließung nach den §§ 1303 ff. BGB. Als Konsequenz des zentralen Grundsatzes der Einehe (Monogamie) darf nach § 1306 BGB eine Ehe in Deutschland nicht geschlossen werden, „wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Ehe oder Lebenspartnerschaft bereits besteht“. Dieses sog. Bigamieverbot, von dem keine Befreiung möglich ist und das seit 2004 auch für bestehende Lebenspartnerschaften gilt (bzw. galt)²¹, ist zweiseitig und richtet sich damit auch gegen den Teil, der nicht verheiratet oder nicht Lebenspartner ist.²² Besitzt also nur einer der Eheschließenden die deutsche Staatsangehörigkeit, so ist das Ehehindernis des § 1306 BGB dennoch zu beachten. Daher darf eine bislang unverheiratete deutsche Person die Ehe mit einem verheirateten Ausländer auch dann nicht eingehen, wenn dessen Heimatrecht das Eheverbot der Doppelhehe nicht kennt.²³ Tut sie es dennoch, so ist die Ehe zumindest aufhebbar nach § 1314 Abs. 1 BGB.²⁴

2. Ehe ausländischer Staatsangehöriger

Das Monogamieprinzip setzt sich, als Bestandteil des deutschen *ordre public*, aber auch dann durch, wenn zwei Ausländer in Deutschland heiraten wollen.²⁵ Zwar verweist Art. 13 Abs. 1 EGBGB in Bezug auf die materiellen Ehevoraussetzungen auf das jeweilige Heimatrecht der Verlobten, sodass sich die Ehevoraussetzungen bei Ausländern nach ausländischem Recht richten, respektive dem Recht des Landes, dem die Ehegatten selbst angehören, auch wenn

²¹ Das Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts v. 15.12.2004 (BGBl. 2004 I S. 3396) stellte Lebenspartnerschaften einer bestehenden Ehe gleich. Infolge des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.7.2017 (BGBl. 2017 I S. 2787) ist die Begründung neuer Lebenspartnerschaften indes nicht mehr möglich. Bestehende Lebenspartnerschaften können nach § 20a LPartG in eine Ehe umgewandelt werden.

²² *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB VIII, 7. Aufl. 2017, § 1306 Rn. 1.

²³ Vgl. BGHZ 41, 136 (141); *OLG Zweibrücken*, FamRZ 2004, 950 (951).

²⁴ Da sich die Folgen der Nichtbeachtung von Ehehindernissen nach dem jeweils strengeren Recht richten, kann es sich auch um eine Nichtehe bzw. nichtige Ehe handeln, wenn dies die Rechtsfolge des Verstoßes nach dem Heimatrecht des anderen Partners, welches ebenfalls die Monogamie vorschreibt, ist. Siehe auch: *Coester/Coester-Waljen*, Polygamie und deutsches Recht, FamRZ 2016, 1618 (1624).

²⁵ *Helms*, Im Ausland begründete – im Inland unbekannte Statusverhältnisse, StAZ 2012, 1 (3); *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 2. Aufl. 2015, Rn. III-296.

die Ehe in Deutschland geschlossen wird. Der Verweis auf ausländisches Recht wird nach h.M. jedoch über den *ordre public* korrigiert, wenn es sich bei den Nupturienten um bereits Verheiratete handelt. Ein deutscher Standesbeamter, der nach Art. 13 Abs. 4 S. 1, 11 Abs. 1 EGBGB i.V.m. § 1310 BGB zwingend an einer rechtlich wirksamen Eheschließung in Deutschland mitwirken muss²⁶, ist nach § 13 PStG verpflichtet, Ehehindernisse, insbesondere das von den ausländischen Nupturienten nach § 12 Abs. 2 PStG zu erbringende Eheschließungszeugnis, zu überprüfen. Unter Berufung auf das Bigamieverbot in § 1306 BGB und der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Art. 6 Abs. 1 GG, dem ebenso das Bild der Einehe zu Grunde liegt²⁷, wird er keine bereits verheiratete Person trauen, auch wenn das Recht des Herkunftsstaates dies zuließe. Falls es trotzdem zu einer Trauung kommt, beispielsweise, wenn die zuständigen Heimatbehörden der Ausländer keine Bescheinigungen dieser Art ausstellen und die Vorehe deshalb unbemerkt bleibt oder es sich bei dem Eheschließungszeugnis um gefälschte Papiere handelt, kann die Ehe nachträglich gemäß § 1313 BGB durch richterliches Gestaltungsurteil aufgehoben werden. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das Personalstatut von Flüchtlingen und Personen, die unter die Dublin-VO fallen, nicht das Recht ihres früheren Heimatstaates, sondern gemäß Art. 12 Abs. 1 GFK das Recht an ihrem gewöhnlichen Aufenthalt ist. Dies führt dazu, dass die Eheschließungsvoraussetzungen eines Flüchtlings, der beabsichtigt in Deutschland zu heiraten, in jedem Fall nach deutschem Recht, d.h. wie bereits geschildert²⁸, zu beurteilen sind.

III. Rechtslage im Strafrecht

Um das Ideal der staatlichen Eheordnung in der Gesellschaft zu verankern und als Rechtsgut zu schützen, geht der deutsche Gesetzgeber präventiv mithilfe eines staatlichen Verbots gegen die Eingehung von Doppelen vor, vgl. § 172 StGB.²⁹ Wie ernst das deutsche Recht diesen Grundsatz nimmt, zeigt sich besonders schlagend an dem in Aussicht gestellten Strafmaß: Wer der eine bigamische Ehe schließt, muss mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren rechnen. Dieser Straftatbestand gilt nicht nur für Deutsche, sondern auch für ausländische Mitbürger, sodass sich daraus die Wertung ableiten lässt, dass das

²⁶ Für ein Tätigwerden einer anderen Person, z.B. eines Imam, fehlt es an der gem. Art. 13 Abs. 4 S. 2 EGBGB notwendigen ordnungsgemäßen Ermächtigung; vgl. *Coester*, in: MüKo-BGB XI, 6. Aufl. 2015, Art. 13 EGBGB Rn. 136 ff.

²⁷ BVerfGE 29, 166 (176); 62, 323 (330); *BVerfG*, FamRZ 1993, 164 (168).

²⁸ Siehe unter **C. II. 1.**

²⁹ *Maschwitz*, Die Form der Eheschließung: Ehe im Zentrum der Interessen von Staat und Religion, 2013, S. 125; vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch, 65. Aufl. 2017, § 172 Rn. 2.

Verbot der Doppelehe als Bestandteil des deutschen *ordre public* (Art. 6 EGBGB) bei einer Eheschließung im Inland stets zu beachten ist.³⁰

IV. Die Umgehung deutscher Verbotsvorschriften

Trotz der strengen Verbotsvorschriften, gibt es viele Möglichkeiten, deutsche Gesetze zu umgehen. Eine Möglichkeit besteht seit 2009. Seit in der Bundesrepublik Deutschland das neue Personenstandsgesetz (PStG) in Kraft getreten ist, entfällt das in § 67 PStG a.F. verankerte Verbot der religiösen Voraustrauung, sodass nun religiöse Eheschließungen ohne standesamtliche Trauung möglich sind. Paare dürfen also von Pfarrer oder Imam getraut werden, ohne diese Trauung vorher beim Standesamt zu melden.³¹ Die Neuregelung ermöglicht insbesondere muslimischen Ausländern sog. „Imam-Ehen“, die in keinem amtlichen Register geführt werden. Solchen religiösen Ehen fehlt zwar die staatliche Legitimation, d.h. sie sind rechtlich bedeutungslos, sodass sich weder Rechtsansprüche bei Unterhalt oder Rente, noch Steuervorteile daraus ableiten.³² Dennoch haben sie im muslimischen Kulturkreis gesellschaftlich manchmal einen höheren Stellenwert als staatliche Lebensbündnisse³³ und tragen so zur Gefahr bei, das deutsche Verbot der Polygamie zu unterlaufen.

Eine weitere gängige Methode, das deutsche Polygamie-Verbot zu umgehen, ist die Heirat einer Erstfrau in Deutschland³⁴, worauf eine Ehe mit einer Zweit- oder Drittfrau im polygamiefreundlichen Ausland folgt, um mit dieser gemeinsam nach Deutschland zurückzukehren und anschließend hier die Anerkennung ihrer ausländischen Ehe zu erwirken (dazu näher unter **E. I. 3.**).

Schließlich besteht die Umgehungsmöglichkeit, eine Zweitehe in bestimmten dänischen Gemeinden einzugehen.³⁵ In Dänemark wird die Ehefähigkeit nur

³⁰ *Dippel*, in: LK-StGB V, 11. Aufl. 2011, § 172 Rn. 8; *Mankowski*, in: Staudinger, 2012, Art. 13 EGBGB Rn. 252.

³¹ Das neue Gesetz verursachte eine mediale Welle der Empörung, u.a. bei der Berliner Zeitung, siehe: <http://www.berliner-zeitung.de/15726274> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

³² *Rohe*, Rechtsfragen bei Eheschließung mit muslimischen Beteiligten, StAZ 2000, 161 (166).

³³ Vgl. <https://www.welt.de/politik/deutschland/article109544417/Polygamie-in-der-Migranten-Parallelgesellschaft.html> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

³⁴ Ist die Eheschließung nämlich nur potenziell, aber nicht aktuell polygam, so ist sie jedenfalls aus diesem Grund nicht fehlerhaft. Die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 GG gebietet, eine solche Erstehe als wirksam anzusehen, vgl. *Coester/Coester-Waljen* (Fn. 24), S. 1624.

³⁵ 2008 wurden in der dänischen Grenzstadt Tondern 150 Dänen getraut und 2300 Ehen mit Beteiligung von Ausländern geschlossen; vgl. *Sturm*, Eheschließungen im Ausland, StAZ 2010, 1 (6).

nach dänischem Recht geprüft und damit ohne Vorlage eines gültigen Ehefähigkeitszeugnisses, wenn die potentiellen Ehegatten sich nur lange genug im Inland aufhalten. Den Mindestaufenthalt bestimmen dabei die Gemeinden selbst, die diesen zuweilen auf lediglich drei Tage absenkten.³⁶ Eine sorgfältige Prüfung der Identität der Verlobten bleibt somit aus und das Bestehen einer weiteren Ehe unentdeckt. Bemerkenswerterweise hat das deutsche Standesamt in diesen Fällen meist keine Handhabe, Ehehindernisse, die in Dänemark nicht beachtet werden, in Deutschland geltend zu machen.³⁷ Denn nach Art. 3 des zwischen beiden Staaten bestehenden Beglaubigungsabkommens sind Personenstandsurkunden, die vom dänischen Außenministerium beglaubigt wurden, ohne Weiteres anzuerkennen.³⁸

D. Mehrehe im Ausland – ein rechtsvergleichender Überblick

Wie bereits erwähnt, sind in einigen, insbesondere islamisch-rechtlichen Ländern, in denen die Scharia als Fundament der Gesetzgebung dient, verschiedene Formen der Mehrehe zulässig.

I. Mehrehe innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten

In der EU besteht seit ihrer Gründung Konsens im Hinblick auf die Ablehnung von Bi- und Polygamie. Dies zeigt sich darin, dass die Rechtsordnungen aller 28 Mitgliedsstaaten ein Bi- und Polygamieverbot (unterschiedlicher Ausprägung) kennen. In Frankreich und Österreich etwa ist die Haltung zur Polygamie, ähnlich wie in Deutschland, unmissverständlich. Polygamie ist gemäß Art. 147 Code Civil sowie § 24 des österreichischen Ehegesetzes zivilrechtlich verboten.³⁹ Zudem kann das Eingehen einer Mehrehe nach § 192 des Österreichischen StGB mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren bestraft werden. In Schweden mehren sich demgegenüber politische Stimmen, die die derzeit noch verbotene polygame Verbindung legalisieren wollen. Es sei wichtig, dass jeder selbst entscheiden könne, wen oder wie viele Menschen er heirate. Dies trage zur Emanzipation und zur Befreiung von staatlichen Zwängen innerhalb der Beziehungsführung bei.⁴⁰ So weit hergeholt ein solcher Vorschlag auch klingen mag, steht er doch für die aktuell im „Westen“ zu verzeichnenden Veränderungen – Veränderungen im Hinblick auf die fundamentale ethische Fragen der

³⁶ *Brandhuber/Zeyringer/Heussler*, in: Standesamt und Ausländer I, 2017, Dänemark, S. 5.

³⁷ *Helms* (Fn. 25), S. 6.

³⁸ Art. 3 des deutsch-dänischen Beglaubigungsabkommens v. 17.6.1938.

³⁹ Dennoch kommt es aufgrund der Tradition, den Personenstand eines Ausländers zu respektieren, v.a. in Frankreich regelmäßig zur Anerkennung polygamer Eheformen, insbesondere bei Einwanderern aus dem Mali, Mauretanien und Senegal.

⁴⁰ So zuletzt *Hanna Wagenius*, Vorsitzende der Zentrumsjugend Schweden, siehe unter: gatestoneinstitute.org/8253/vielweiberei-europa (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Geschlechtergleichheit und im Hinblick auf die Bereitschaft, dem islamischen Recht Geltung zu verschaffen.

II. Mehrehe in Nicht-EU-Staaten

Zwar existieren auch in vielen Nicht-EU-Staaten Regelungen, die das Führen bi- oder polygamer Ehen auf unterschiedliche Weise verbieten. So z.B. in der Schweiz⁴¹, Israel⁴², Russland, Indien⁴³, den meisten lateinamerikanischen Staaten sowie in den USA.⁴⁴ In einigen afrikanischen Staaten⁴⁵ sowie in nahezu allen von der Scharia beeinflussten islamischen Rechtsordnungen gilt jedoch etwas anderes und Polygamie gehört nach wie vor zur gängigen Eheform, sei es gewohnheitsrechtlich oder kodifiziert. Derzeit sind in den islamisch-rechtlich geprägten Staaten die Türkei und Tunesien die einzigen Länder, die die Polygamie im Rahmen der Übernahme des Schweizer ZGB durch Atatürk 1926 bzw. nach Reformen des Familiengesetzbuchs 1957 verboten haben.⁴⁶ Vielfach sind allerdings verbotswidrig geschlossene Mehrehe weder aufhebbar, noch verfügen die beteiligten Frauen über mehr als ein zeitlich begrenztes Scheidungsrecht.⁴⁷ Das ist insofern nicht verwunderlich, als dass sich das Recht das Recht zur Mehrehe (nach übereinstimmender Auffassung der verschiedenen muslimischen Rechtsschulen) aus (Koran-)Sure 4 Vers 3⁴⁸ ableitet. Hiernach darf ein muslimischer Mann mit bis zu vier Ehefrauen gleichzeitig verheiratet sein, sofern er alle Frauen gleich und gerecht behandelt.⁴⁹ Wie die Tatbestandsvoraussetzung der „gerechten Behandlung“ genau zu definieren ist, wird nicht erläutert, was international zu den unterschiedlichsten Zulässigkeitsvorausset-

⁴¹ Vgl. Art. 104, 105 Nr. 1 ZGB.

⁴² Vgl. §§ 176-179 Strafgesetzbuch Israel v. 4.8.1977, Nr. 5737-1977.

⁴³ Vgl. Sec. 494 Indian Penal Code.

⁴⁴ Die meisten Staaten haben ihr Polygamie-Verbot im Model Penal Code Section 230.1 verankert; siehe auch Delaware, Tit. 13 § 1506, 101, 1301; *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 6. Aufl. 2015, Rn. 491.

⁴⁵ Hier besteht neben der monogamen Zivilehe alternativ auch die Möglichkeit einer *customary marriage*. So in Ghana, Nigeria, Tansania oder Uganda; vgl. *Bailey/Kaufman*, Polygamy in the Monogamous World, 2010, S. 16 ff.; *Coester/Coester-Waltjen* (Fn. 24), S. 1618 f.

⁴⁶ Seither verstößt Polygamie gegen den türkischen bzw. tunesischen *ordre public*. *Robe*, Islamisches Recht, 3. Aufl. 2011, S. 214; *ders.* (Fn. 32), S. 165.

⁴⁷ *Nasir*, The Islamic Law of Personal Status, 1990, S. 67.

⁴⁸ Hier heißt es: „Und wenn ihr fürchtet in Sachen der Waisen nicht Recht zu tun, dann heiratet was euch an Frauen gut ansteht, ein jeder zwei, drei oder vier. Wenn ihr aber fürchtet (so vielen) nicht gerecht zu werden, dann (nur) eine, oder was ihr an Sklavinnen besitzt! So könnt ihr am ehesten vermeiden Unrecht zu tun!“, Übersetzung nach <http://islam.de/13827.php?sura=4> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁴⁹ *Coester/Coester-Waltjen*, in: Chloros/Rheinstein/Glendon, Inter-national Encyclopedia of Comparative Law, Vol. IV, Ch. 3 Rn. 3-43.

zungen polygamer Ehen führt. Einige Beispiele: In manchen Ländern wird – insbesondere auf Drängen von Frauenbewegungen des 20. Jahrhunderts⁵⁰ – das Recht zur Polygamie nicht mehr schrankenlos gewährt, sondern zumindest von der Zustimmung der Ehefrau(en), der Erfüllung von Formalitäten oder der Erlaubnis einer staatlichen Schiedsstelle⁵¹ abhängig gemacht.⁵² In Marokko etwa kann eine polygame Ehe nur vor Gericht und mit gerichtlicher Zustimmung, in Anwesenheit der bisherigen und mit Unterrichtung der zukünftigen Ehefrau über die bestehende Ehe, eingegangen werden.⁵³ Inhaltlich prüft das Gericht dann, ob eine bestehende Gefahr der Ungleichbehandlung, ausreichende finanzielle Mittel für den Unterhalt mehrerer Ehefrauen und ein legitimer Grund für eine erneute Eheschließung vorliegen.⁵⁴ In Algerien muss der Ehegatte zur weiteren Eheschließung einen Erlaubnisantrag beim Präsidenten des Gerichts am Ort des ehelichen Wohnsitzes stellen.⁵⁵ Der Gerichtspräsident wiederum kann die neue Eheschließung nur erlauben, wenn er das Einverständnis der beiden Beteiligten (bisherige und künftige Ehefrau) festgestellt und der Ehemann einen rechtmäßigen Grund und seine Fähigkeit bewiesen hat, Gerechtigkeit zwischen den Frauen zu üben sowie die notwendigen Voraussetzungen für das eheliche Leben bereitzustellen.⁵⁶ Der *Supreme Court of Bangladesh* hat aus diesem Grund 1997 entschieden, dass die auch dort bis dahin erforderliche Genehmigung des Gerichts regelmäßig versagt werden müsse, weil der Mensch viel zu unvollkommen sei, um das Erfordernis der Gleichbehandlung aus dem Koran erfüllen zu können.⁵⁷ Demgegenüber müssen die Eheleute in Gabun bei Eheschließung angeben, ob sie monogam oder polygam leben wollen. Eine spätere Änderung ist nur einvernehmlich möglich.⁵⁸

⁵⁰ Vgl. *Bailey/Kaufman* (Fn. 45), S. 10 ff.

⁵¹ So etwa in Pakistan, siehe: *Elwan/Otto*, Die Polygamie im pakistanischen Recht, StAZ 2000, 97 (98).

⁵² So z.B. in Afghanistan, im Jemen oder in Marokko; siehe dazu: *Nelle*, Neue familienrechtliche Entwicklungen im Maghreb, StAZ 2004, 253 (260); *Ebert*, Das Personalstatut arabischer Länder, 1996, S. 98 ff. m.w.N.

⁵³ Art. 40 ff. ZGB Marokko; vgl. *Badran*, Feminism in Islam, 2009, S. 134. Ähnlich auch Afghanistan, Art. 86 ZGB v. 5.1.1977 oder Irak, § 3 Abs. 4 und Abs. 5 Gesetz über das Personalstatut.

⁵⁴ Vgl. Art. 40-49 Family Code Marokko; *Robe* (Fn. 32), S. 164 f.

⁵⁵ Art. 8 Algerisches Familiengesetzbuch.

⁵⁶ *Robe* (Fn. 46), S. 215.

⁵⁷ *Otto*, in: Islamisches und arabisches Recht als Problem der Rechtsanwendung, 2001, S. 28 (34 i.V.m. Fn. 40).

⁵⁸ *Robe* (Fn. 46), S. 215.

E. Ausländische Mehrehe und deren rechtliche Behandlung nach deutschem IPR

Aufgrund der breiten Regelungsvielfalt bleibt fraglich, wie in Deutschland mit Mehrehen, die im Ausland geschlossen wurden, umgegangen werden soll und ob diese Rechtsakte auch aus Sicht der deutschen Rechtsordnung Wirkung entfalten.⁵⁹ Relevant wird das Bestehen einer Doppel- oder Mehrehe meist im Rahmen einer Vorfrage, wenn die sachrechtliche Norm, die für die Lösung der Hauptfrage heranzuziehen ist, die Existenz oder Nichtexistenz einer wirksam geschlossenen Ehe als Tatbestandsmerkmal vorsieht.⁶⁰ Dies ist insbesondere der Fall bei einer Nachbeurkundung gemäß §§ 34-36 PStG, der Beantragung von ehewirksamen Rechtsfolgen wie Unterhalt (§§ 1360 ff. BGB), Erbe (§§ 1931 ff. BGB) oder Witwenrente (§ 46 SGB VI, § 34 Abs. 2 SGB I) sowie beim Asylantragsverfahren im Zusammenhang mit einem möglichen Ehegattennachzug gemäß § 30 des Aufenthaltsgesetzes (AufenthG). Die Vorfrage wird dabei selbständig nach Art. 13 EGBGB angeknüpft, d.h. sie wird nicht automatisch nach dem Sachrecht der Rechtsordnung entschieden, das auf die Hauptfrage Anwendung findet.⁶¹ Die Prüfung erfolgt, anders als im förmlichen Anerkennungsverfahren nach § 107 FamFG, durch jede Person oder Stelle, die die Ehe zu beurkunden oder als Vorfrage eines gerichtlichen Verfahrens zu prüfen hat.⁶² Im Folgenden soll zwischen der Anerkennung einer polygamen Ehe als solcher und der Betrachtung von konkreten Rechtswirkungen anerkannter Mehrfachehen unterschieden werden.

I. Anerkennung einer ausländischen polygamen Ehe als solcher

Während Art. 11 Abs. 1 EGBGB die Formwirksamkeit der Ehe an das Geschäftsrecht bzw. Ortsrecht des Rechtsgeschäftes anknüpft, unterliegt die materielle Wirksamkeit der Eheschließung für jeden Verlobten nach Art. 13 Abs. 1 EGBGB dem Recht des Staates, dem er unmittelbar vor der Eheschließung angehört. Hierbei handelt es sich um eine Gesamtverweisung, so dass eventuelle Rück- und Weiterverweisungen zu beachten sind (Art. 4 Abs. 1 EGBGB). Maßgeblicher Zeitpunkt ist die Eheschließung.⁶³

⁵⁹ Helms (Fn. 25), S. 2.

⁶⁰ Siehe dazu: Kegel/Schurig, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 376 ff.; Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 32 I, II, S. 219 ff.; Andrae, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 1 Rn. 49.

⁶¹ Andrae (Fn. 60), § 1 Rn. 49.

⁶² DIJuF-Rechtsgutachten v. 31.1.2016, JAmt 2016, S. 127; Wagner, Anerkennung und Wirksamkeit ausländischer familienrechtlicher Rechtsakte nach autonomem deutschen Recht, FamRZ 2006, 744 (744).

⁶³ Rauscher (Fn. 6), Rn. 695.

1. Formelle Voraussetzungen der Eheschließung, Art. 11 EGBGB

Formell genügt für die Anerkennung der Ehe in Deutschland demnach die Einhaltung der am Ort der Eheschließung geltenden Formerfordernisse. Kann die Einhaltung der Ortsform nicht mit Sicherheit bestimmt werden oder liegen Formmängel vor, so muss das Ortsrecht auch über die Folgen des Formmangels entscheiden.⁶⁴

2. Materielle Voraussetzungen der Eheschließung, Art. 13 EGBGB

Im Hinblick auf die materiellen Eheschließungsvoraussetzungen ist Art. 13 EGBGB einschlägig. Dabei genießen Auslandshehen im Inland grundsätzlich Bestandsschutz. Wurde nach dem Heimatrecht der Eheschließenden also eine Ehe rechtmäßig geschlossen, so gilt sie i.d.R. auch im Inland. Dies gilt auch für im Ausland begründete polygame Verbindungen, sofern das Heimatrecht beider Parteien die Polygamie erlaubt.⁶⁵

§ 172 StGB findet bei einer Eheschließung zwischen Ausländern im Ausland aufgrund des Territorialitätsgrundsatzes gemäß §§ 5-7 StGB keine Anwendung. Nach § 172 StGB wird auch nur das *Eingehen* einer Mehrehe in Deutschland, nicht aber die *Fortsetzung* einer im Ausland wirksam geschlossenen Mehrehe unter Strafe gestellt.⁶⁶ Die ausländische Mehrehe ist daher grundsätzlich auch in Deutschland wirksam.

3. Betrachtung der Eheschließung: Widerspruch zum deutschen *ordre public*

Die Anerkennung ist allerdings zu verwehren, wenn sie gegen den deutschen materiell-rechtlichen *ordre public* verstößt (Art. 6 Abs. 1 EGBGB). Die Frage lautet daher, ob die grundsätzliche Anerkennung ausländischer Mehrehen wegen der nationalen Verbotsvorschriften in einem unerträglichen Widerspruch zum inländischen Recht und den darin enthaltenen Werte- und Gerechtigkeitsvorstellungen steht und ob die Vorstellungen des ausländischen Gesetzgebers, die durch eine Anerkennung zu sozialer Realität in Deutschland würden, tat-

⁶⁴ OLG Bremen, IPRspr. 1974, Nr. 51; Coester in: MüKo-BGB XI (Fn. 26), Art. 13 EGBGB Rn. 191.

⁶⁵ v. Hein, in: MüKo-BGB XI (Fn. 26), Art. 6 EGBGB Rn. 257; LG Frankfurt, FamRZ 1976, 217 (217); VGH Kassel, NVwZ-RR 1999, 174 (175); Jayme, Zur Anerkennung ausländischer Eheschließungen, FamRZ 1975, 341 ff.

⁶⁶ Staatsanwaltschaft München I, NStZ 1996, 436 (436); Lenckner, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 172 Rn. 4.

sächlich annehmbar sind.⁶⁷

a) *Relativität des ordre public*

Zur Ermittlung der Anwendbarkeit des *ordre public* und dessen Prüfungsmaßstab muss zunächst die sog. Relativität des *ordre public* berücksichtigt werden: Voraussetzung ist einerseits eine Gegenwartsbeziehung (zeitliche Relativität) des zu beurteilenden Sachverhalts und andererseits ein hinreichender Inlandsbezug (örtliche Relativität).⁶⁸ Dabei steht das Maß des Inlandsbezugs mit der Schwere des Verstoßes in einer Wechselbeziehung.⁶⁹ Je stärker die Inlandsbeziehung des Falles, desto weniger schwer muss der Widerspruch zu den deutschen Wertvorstellungen sein⁷⁰; je geringer diese Beziehung ist, insbesondere bei bloßen Vorfragen, desto untragbarer muss das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts sein, damit die Vorbehaltsklausel eingreift.⁷¹ Da die Frage einer wirksam zustande gekommenen Ehe regelmäßig nur als materiell-rechtliche Vorfrage im Rahmen einer Hauptfrage auf erb-, sozial- oder steuerrechtliche Ansprüche relevant wird, wird vielfach vorgebracht, sie wise einen erheblich geringeren Inlandsbezug auf, als wenn über dasselbe Rechtsproblem als Hauptfrage zu entscheiden wäre.⁷² Bei fremder Staatsangehörigkeit aller Beteiligten und Eheschließung im Ausland sei kein hinreichender Inlandsbezug gegeben, um ein Eingreifen des *ordre public* zu rechtfertigen.⁷³ Um den internationalen Entscheidungseinklang nicht zu gefährden, soll vom *ordre public* deshalb nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht werden.⁷⁴

Dem kann pauschal nicht gefolgt werden. Problematisch wird es insbesondere dann, wenn der zentrale Grundsatz der Einehe schlicht dadurch umgangen wird, dass der Eheschließungsort ins Ausland verlegt wird, obwohl alle Beteiligten von vornherein die Absicht haben, die polygame Ehe im Bundesgebiet zu führen. Würde man in diesem Fall der h.M. folgen, läge aufgrund fremder

⁶⁷ Vgl. *VG Berlin*, StAZ 2012, 382, Rn. 20; *Dörner*, Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners, IPRax 1994, 33 (35); *Engel*, Internationale Leihmuttertschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, 538 (548).

⁶⁸ *Henrich*, Das Kind mit zwei Müttern im IPR, in: FS Schwab 2005, 1141 (1150); *Geimer*, in: Zöller-ZPO, 2014, § 328 Rn. 243; vgl. für die materiell-rechtliche Anerkennung *Thorn*, in: Palandt, 77. Aufl. 2017, Art. 6 EGBGB Rn. 6.

⁶⁹ *v. Hein* in: MüKo-BGB XI (Fn. 26), Art. 6 EGBGB Rn. 190.

⁷⁰ *Looschelders*, IPR, 6. Aufl. 2004, Art. 6 EGBGB Rn. 13; *Rauscher* (Fn. 6), Rn. 589.

⁷¹ *Kropholler* (Fn. 60), § 36 II 2, S. 246.

⁷² *v. Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 6 Rn. 153; *Kropholler* (Fn. 60), § 36 II 2, S. 246; *v. Hein*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 26), Art. 6 EGBGB Rn. 191.

⁷³ BFHE 146, 39 (41); *Coester-Waltjen*, Der Eheschutz des Art. 6 Abs. 1 GG und Auslandsehen, in: FS Henrich, 2000, S. 96.

⁷⁴ BGHZ 118, 312 (330); 123, 268 (270); *Looschelders* (Fn. 70), Art. 6 EGBGB Rn. 10.

Staatsangehörigkeit und Eheschließung im Ausland kein hinreichender Inlandsbezug und damit keinen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* vor.⁷⁵ In der Praxis polygamer Ehen, die nur deshalb im Ausland geschlossen werden, um deutsche Gesetze zu umgehen, scheint es im Hinblick auf die zu beantwortenden statusrechtlichen Vorfragen gerade konträr der h.M. zu verlaufen: Statt eines vermeintlich geringeren Inlandsbezuges durch eine Eheschließung im Ausland bereitet die abgeschlossene Auslandsehe doch gerade erst die deutsche Anerkennung vor, um so das nationale Verbot zu umgehen.

Damit spricht in den Fällen, in denen die Umgehungsabsicht durch eine kurzzeitige Verlagerung des Aufenthalts im Mittelpunkt steht, alles für einen ausreichend starken Inlandsbezug⁷⁶ und damit für das Eingreifen eines strengen Maßstabs des *ordre public*. Selbst in Fällen langjährig im Ausland bestehender Mehrfachehen gibt es Grund, an einem hohen *ordre public*-Maßstab zu zweifeln: Die Anforderungen an den Inlandsbezug sind nämlich umso geringer, je stärker das Ergebnis der Anwendung einer ausländischen Norm gegen hiezulande geltende grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen verstößt.⁷⁷ An dieser Stelle ist insbesondere auf den eklatanten Verstoß der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau sowie die Beeinträchtigung der Würde der Frau hinzuweisen, der durch eine Anerkennung solcher Eheformen zu Tage tritt. Die rechtlichen, ethischen und v.a. gesellschaftlichen Probleme, die mit dem Ausleben polygamer Eheformen in Deutschland verbunden sind, dürfen deshalb nicht durch eine zurückhaltende Anwendung des *ordre public* überspielt werden. Im Ergebnis spricht daher alles, auch ein potentiell geringer Inlandsbezug im Hinblick auf im Ausland wirksam geschlossene Ehen, für eine großzügige Anwendung der Vorbehaltsklausel.

b) Mehrehe als unannehmbares Ergebnis

Weitere Voraussetzung für das Eingreifen des *ordre public* ist der Verstoß des konkreten Ergebnisses gegen die deutsche Werte- und Gerechtigkeitsordnung. Zwar verstößt eine Mehrehe gegen das hiesige Verbot. Steht allerdings die Anerkennung einer ausländischen Ehe in Frage, kommt § 1306 BGB wegen der Anwendung ausländischen Heimatrechts nicht zur Anwendung. Ein pauschaler *ordre public*-Verstoß hinsichtlich der ausländischen Mehrehe liegt nach h.M.

⁷⁵ BFHE 146, 39 (41); *Coester-Waltjen* (Fn. 73), S. 96.

⁷⁶ Zweifelnd auch: *Helms* (Fn. 25), S. 3; *Gruenbaum*, Foreign Surrogate Motherhood, *American Journal of Comparative Law* 2012, 475 (500) legt bei einem *forum shopping* einen strengeren *ordre public*-Maßstab zugrunde.

⁷⁷ BVerfGE 116, 243 (266); BGHZ 118, 312 (349); *v. Hein*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 26), Art. 6 EGBGB Rn. 190.

daher fern, wenn erstens für alle betroffenen Ehegatten⁷⁸ gemäß Art. 13 Abs. 1 EGBGB ein polygames Ehestatut gilt, zweitens die polygame Ehe im Ausland geschlossen wurde und drittens alle Beteiligten, also sowohl Erst- als auch Zweitfrau, mit der Mehrfachehe einverstanden sind.⁷⁹ Wenn außerdem das deutsche Recht eine Ehe, die gegen das Verbot der Polygamie verstößt, nicht als inexistent⁸⁰, sondern gemäß § 1313 ff. BGB als gültige Ehe behandelt, führt die Anwendung deutschen Rechts zu einem mit dem ausländischen Recht übereinstimmenden Ergebnis, sodass insoweit kein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegt.

Fraglich ist, wie dieses Ergebnis mit der jüngsten Entwicklung, was Kinderehen anbelangt, zu vereinbaren ist. Auch hier könnte man oben genannte Argumente anführen. In analoger Anwendung der h.M. sprächen viele Gründe dafür, eine im Ausland wirksam eingegangene Minderjährigenehe auch in Deutschland anzuerkennen. Gleichwohl hat sich der Bundestag in seinem kürzlich ergangenen Beschluss dagegen entschieden.⁸¹ Eine Ehe, die mit Minderjährigen oder durch Zwang eingegangen wurde, sei aufgrund der fundamentalen Vorbehalte der deutschen Gesetze in §§ 237, 240 StGB, 1303 BGB nicht zu rechtfertigen.⁸² Sie widerspreche offensichtlich den rechtlichen, moralischen und ethischen Werturteilen der deutschen Rechtsordnung, weshalb der Bundestag das Ehemündigkeitsalter im deutschen Recht ausnahmslos auf 18 Jahre festgelegt hat. Gerade im Hinblick auf die oftmals frauendiskriminierende Tendenz muslimischer Rechtsordnungen ist deshalb auch im Zuge der Einreise von Flüchtlingen zum Schutz ausländischer Frauen das Eheverbot der Doppelhe nach § 1306 BGB als Bestandteil des deutschen *ordre public* zur Geltung zu bringen.⁸³

⁷⁸ Zur Frage, wie der Fall zu behandeln ist, wenn nur der Ehemann und eine der beiden Frauen ein polygames Ehestatut besitzen, siehe *Coester*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 26), Art. 13 EGBGB Rn. 69.

⁷⁹ *BVerwG*, JZ 1985, 740 (740 f.); *Spickhoff*, Eheschließung, Ehescheidung und ordre public, JZ 1991, 323 (326 f.); *Mankowski*, in: Staudinger, 2012, Art. 13 EGBGB Rn. 255.

⁸⁰ Gem. § 1314 Abs. 1 BGB kommt nur in insgesamt 3 Fällen bei deutschem Ehestatut rechtlich von vornherein keine Ehe zustande. In sonstigen Fällen, in denen der Akt der Eheschließung mit Rechtsmängeln behaftet war, liegt seit Abschaffung der Ehenichtigkeit in Deutschland 1998 keine Nichtehe, sondern allenfalls eine aufhebbare Ehe vor.

⁸¹ Beschluss v. 1.6.2017; siehe auch BT-Drucks. 18/1207: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/126/1812607.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁸² BT-Drucks. v. 17.2.2017, S. 15

⁸³ *Helms* (Fn. 25), S. 3.

c) Keine Aussetzung des ordre public zur Verhinderung hinkender Rechtsverhältnisse

Das Eingreifen des nationalen *ordre public* wird bisweilen in anerkennungsrechtlichen Fragen mit der Begründung abgelehnt, hinkende Rechtsverhältnisse vermeiden zu wollen und den Grundsatz des Vertrauensschutzes in bestehende Rechtsverhältnisse zu wahren.⁸⁴ Tatsächlich erweist sich ein hinkendes Rechtsverhältnis für die betroffenen Personen oft als misslich; jedoch ist daran zu erinnern, dass der *ordre public* doch gerade als Korrektiv gegenüber den möglichen Nachteilen der Anwendung fremden Rechts fungiert und durch die Nichtanerkennung Spannungen innerhalb der eigenen Rechtsordnung verhindert.⁸⁵ Sobald unverzichtbare Rechtsgrundsätze der deutschen Rechtsordnung in Gefahr sind, so etwa die Wahrung der Eheschließungsfreiheit, werden hinkende Rechtsverhältnisse bewusst in Kauf genommen und gerade nicht zugunsten des Internationalen Privatrechts aufgegeben.⁸⁶ Würde der nationale Gesetzgeber diese unilaterale Steuerungsmethode nicht beibehalten, sondern zugunsten des internationalen Entscheidungseinklangs eine ausländische Ehe automatisch anerkennen, würde im Ergebnis diejenige Rechtsordnung mit den liberalsten Regelungen das nationale Recht bestimmen.⁸⁷ Um folglich nicht den nationalen Entscheidungseinklang dem internationalen Entscheidungseinklang zu opfern, sind hinkende Rechtsverhältnisse bei internationalen Mehrfachehen im Zweifel hinzunehmen. Nur so wird sich die Zahl polygamer Ehen in Deutschland reduzieren. Gerade diejenigen Staaten, die derzeit von der toleranten Haltung Deutschlands profitieren, könnte dies motivieren, geschlechtergerechte, dem Wohle der Frau entsprechende Eheformen zu etablieren.

II. Persönliche und wirtschaftliche Rechtsfolgen der Anerkennung

Die Anerkennung einer ausländischen Mehrehe in Deutschland bringt verschiedene Probleme auf Rechtsfolgenseite mit sich, die meist im Rahmen der materiell-rechtlichen Hauptfrage zu lösen sind und doppelte Nach- bzw. Vorteile einer Ehe betreffen. Welche Rechtsfolgen das im Einzelnen sind, richtet sich nach der ehewirkungsrechtlich zu qualifizierenden Regelung für das konkret geltend gemachte Begehren.⁸⁸ Die dabei angeordnete Rechtsfolge ist

⁸⁴ Bernitt, Die Anknüpfung von Vorfragen im europäischen Kollisionsrecht, 2010, S. 39; Kropholler (Fn. 60), § 35 I S. 240 f.

⁸⁵ Bar/Mankowski, IPR, Band I, § 7 Rn. 258; Kropholler (Fn. 60), § 36 I S. 244.

⁸⁶ Beispiele hinkender Rechtsverhältnisse etwa bei: Kropholler (Fn. 60), § 35 III, S. 242; Hök, Handbuch des internationalen und ausländischen Baurechts, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 17 und Dobrn, Die Kompetenzen der europäischen Gemeinschaft im internationalen Privatrecht, 2004, S. 14 ff.

⁸⁷ Sog. „race-to-the-bottom-Effekt“, siehe Thomale, Mietmutterchaft, S. 29 m.w.N.

⁸⁸ Rauscher (Fn. 6), Rn. 735.

erneut am *ordre public* zu messen und hat je nach Prüfungsergebnis Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Ehe.

1. Allgemeine Ehwirkungen und Sonderkollisionsnormen

Allgemeine Ehwirkungen, die das persönliche Verhältnis der Ehegatten untereinander sowie das Verhältnis zu Dritten umfassen, wie z.B. die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft oder die eheliche Aufgabenverteilung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit, regelt das Ehwirkungsstatut mit Hilfe der „Kegel’schen Leiter“⁸⁹ in Art. 14 Abs. 1 EGBGB. Wegen seiner abnehmenden Bedeutung und Funktion als bloße Auffangregelung anlässlich zahlreicher Sonderkollisionsnormen⁹⁰ soll das Allgemeine Ehwirkungsstatut hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden. Für die Auseinandersetzung mit den angeordneten Rechtsfolgen ausländischer Mehrfachehen sind vielmehr Art. 15 EGBGB (Ehegüterrecht), die Rom III-Verordnung (Scheidungskollisionsrecht), Art. 5 Haager Unterhaltsprotokoll (HUP) (nachehelicher Unterhalt) und Art. 25 f. EGBGB (Erbe) relevant.

2. Betrachtung der konkreten Rechtsfolgen: Widerspruch zum deutschen *ordre public*

Führen im Rahmen der Hauptfrage die jeweiligen Rechtsfolgen der nach ausländischem Recht geschlossenen Mehrehe zu einem untragbaren Ergebnis, kann die Anerkennung der Mehrehe in einem letzten Schritt immer noch zu versagen sein. Hierzu stellt sich die Frage, ob die konkreten Rechtsfolgen im Hinblick auf die Anerkennung der polygamen Verbindung in einem unerträglichen Widerspruch zum inländischen Recht und den darin enthaltenen Grundwertungen des deutschen Eherechts stehen. Das heißt, die Wirksamkeit der Ehe ist an dieser Stelle nicht abstrakt zu prüfen, sondern hängt davon ab, welche Rechtsfolge dies für das konkret geltend gemachte Begehren hat.⁹¹ Grundsätzlich gilt: Würde der *ordre public* im Einzelfall angewendet, kämen die Normen des ausländischen Rechts nicht zur Anwendung, sofern das ausländische Recht keine andere Regelung enthält. Die so entstandene Regelungslücke wäre durch deutsches Recht zu schließen, da der deutsche *ordre public* im Ergebnis keine vom deutschen Sachrecht abweichende Norm zuließe und daher nur auf ein Verbot der Mehrehe verweisen könnte. Vom Ehehindernis

⁸⁹ *Mankowski*, in: Staudinger (Fn. 79), Art. 14 EGBGB Rn. 20 spricht von einer „modifizierten Kegel’schen Leiter“, weil nur das Anknüpfungsprinzip, nicht jedoch alle Stufen, seinen Vorschlägen entsprechen.

⁹⁰ BGHZ 183, 287 (294, Rn. 19); *Andrae* (Fn. 60), § 3 Rn. 38.

⁹¹ *Sturm*, Eheschließungen im Ausland, StAZ 2005, 1 (13); *LG Frankfurt*, FamRZ 1976, 217 (217); *Thorn*, in: Palandt (Fn. 68), Art. 6 EGBGB Rn. 6.

der Mehrehe und deren Aufhebbarkeit in der Rechtsfolge ist folglich auszugehen. Im Folgenden werden einzelne, insbesondere für die *ordre public*-Prüfung nennenswerte Rechtsfolgen näher betrachtet.

a) *Rechtsfolgen im Öffentlichen Recht*

aa) Witwenrente

Grundsätzlich wird im Öffentlichen Recht, konkret im Sozialrecht, die im Ausland wirksam geschlossene Mehrehe insofern anerkannt, als Ansprüche auf vom Ehemann geleistete Beiträge betroffen sind.⁹² So werden beispielsweise nach §§ 46 SGB VI, 34 Abs. 2 SGB I Ansprüche mehrerer Ehegatten auf Witwen- oder Witwerrenten anteilig aufgeteilt.⁹³ Begründet wird diese Entscheidung mit der Tatsache, dass gerade für Witwen, die zuvor – etwa wegen der Kindererziehung – keiner eigenen Erwerbstätigkeit nachgingen, die Hinterbliebenenrente wirtschaftlich von existentieller Bedeutung sei.⁹⁴ Zudem sollen die Sozialkassen durch eine Übernahme der Existenzsicherung von Zweit- und/oder Drittfrau nicht zusätzlich belastet werden. Problematisch, und scheinbar nicht zu Ende gedacht, sind in diesem Zusammenhang allerdings solche Fälle, in denen der verstorbene Ehemann mit bis zu vier Ehefrauen verheiratet war. Nach Aufteilung des gesetzlichen Rentenanspruchs werden die verbleibenden Mittel dann geradezu regelmäßig nicht ausreichen, um den Lebensbedarf jeder der Frauen zu decken – und der Steuerzahler muss letztlich doch für Sicherung des Existenzminimums aufkommen.

bb) Gesetzliche Familienversicherung

Nach § 10 SGB V sind innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung Ehegatten neben Kindern beitragsfrei familienversichert. Voraussetzung ist dabei eine bestehende wirksame Ehe. Bis 2005 war es aufgrund der Anerkennung von im Ausland geschlossenen polygamen Ehen gängige Praxis, dass auch Zweit- und Drittfrauen eines Mannes beitragsfrei mitversichert wurden.⁹⁵ Entgegen der bisherigen Praxis wurde seitdem allerdings von Bundesregierung und Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherheit (BMGS) eine restriktive Auslegung des Ehebegriffs in § 10 SGB V gefordert. Nach Meinung des BMGS schließe § 34 Abs. 1 SGB I die Familienversicherung nach § 10 SGB V für Zweit- und Drittfrauen ausdrücklich aus. Zwar sei die im Ausland wirksam geschlossene polygame Ehe im Inland anzuerkennen, sie habe aber keine

⁹² Siehe dazu: BVerfGE 61, 324 (326).

⁹³ Siehe dazu: BSG, Beschluss v. 29.8.2006 - B 13 R 7/06 R, BeckRs 2009, 6531.

⁹⁴ BVerfGE 61, 324 (332).

⁹⁵ Gerlach, in: Hauck/Noftz, Kommentar zum SGB, 2017, § 10 SGB V Rn. 15a.

gleichwertige Entsprechung im Geltungsbereich des Sozialgesetzbuches.⁹⁶ Dies erscheint widersprüchlich. Einerseits will man also die Anerkennung der im Ausland geschlossenen polygamen Ehe im Inland zuzulassen, andererseits aber könnten diese keine Ansprüche nach dem SGB begründen, weil sie nicht dem deutschen Verständnis des Ehebegriffs entsprächen. Es drängt sich der Eindruck auf, dass dies der vergebliche Versuch ist, zwei sich fundamental widersprechenden Interessen zugleich gerecht zu werden.

cc) Ehegattennachzug

Der Gesetzgeber hat das Problem des Ehegattennachzugs bei einer Mehrehe offensichtlich erkannt. Er hat den Fall sogar ausdrücklich in § 30 Abs. 4 AufenthG geregelt. Hiernach besteht bei wirksamer (Mehr-)Eheschließung nach §§ 27 Abs. 1, 30 Abs. 4 AufenthG nur insoweit ein Nachzugsrecht, als in Deutschland, entsprechend dem hiesigen Leitbild und geschützt von Art. 6 Abs. 1 GG, die eheliche Lebensgemeinschaft mit nur einem der Ehegatten geführt wird.⁹⁷ Eine Aufenthaltserlaubnis in Deutschland bekommt folglich nur *ein* Ehegatte, nicht ein weiterer, im Ausland hinzugeheirateter Partner. In der Praxis kommt es dennoch häufig zum Nachzug weiterer Ehefrauen, so z.B., wenn die Kinder der Eheleute bereits in Deutschland sind, die Mutter Elternnachzug nach § 36 AufenthG beantragt und die Beteiligten sich auf den Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG berufen.⁹⁸ Oder wenn ein Ausländer zwar in Mehrehe mit zwei Frauen verbunden ist, er aber „offiziell“ nicht mehr mit der ersten Ehefrau im Bundesgebiet zusammenlebt. Beantragt er im Nachgang eine Aufenthaltserlaubnis für den weiteren Ehegatten, ist unklar, ob der Ausschluss aus § 30 Abs. 4 AufenthG trotzdem greift.⁹⁹ Zwar kann die Verweigerung des Familiennachzuges der Mutter bzw. zweiten Ehefrau gerechtfertigt sein, wenn etwa die Einheit der ausländischen Familien auch im gemeinsamen Herkunftsland hergestellt werden kann und die Beteiligten nicht darauf vertrauen konnten, dass auch einer zweiten Ehefrau der Nachzug gestattet würde.¹⁰⁰ Mithilfe des § 30 Abs. 4 AufenthG kann jedoch nicht verhindert werden dass der zweiten Ehefrau auf einer anderen Rechtsgrundlage ein Aufenthaltstitel zu erteilen ist,¹⁰¹ insbesondere, wenn es keine nachprüfbaren Dokumente gibt oder

⁹⁶ Gerlach, in: Hauck/Noftz (Fn. 95), § 10 SGB V Rn. 15a.

⁹⁷ Finger, Doppel- und Mehrehen – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, FuR 2008, 419 (420).

⁹⁸ BVermG, JZ 1985, 740 (740 f.); OVG Lüneburg, Urt. v. 29.11.2005 – 10 LB 84/05.

⁹⁹ Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Scharia und Grundrechte von Frauen in der Bundesrepublik, 2008, S. 11.

¹⁰⁰ BVermG, JZ 1985, 740 (741).

¹⁰¹ So z.B. in dem Fall des OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 12.3.2004 – 10 A 11717/03 oder OVG Lüneburg, Urt. v. 29.11.2005 – 10 LB 84/05.

die polygame Ehe mit einer Frau geschlossen wird, die ohnehin schon eine Aufenthaltserlaubnis besitzt.

b) Rechtsfolgen im Zivilrecht

aa) Unterhalt bei Trennung, § 1361 BGB

Macht eine Zweitfrau einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Ehemann während einer bestehenden Ehe geltend, z.B. nach einer Trennung, so unterliegt dieser gemäß Art. 3 und 5 HUP dem deutschen Recht, wenn die anspruchstellende Ehefrau ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Voraussetzung für den Anspruch ist jedoch, dass eine Ehe zwischen ihr und dem Beklagten zustande gekommen ist. Um der Ehefrau ihren Unterhaltsanspruch nach § 1361 BGB nicht zu entziehen, wird das Gericht daher versucht sein, die Auslandshehe zu bejahen, auch wenn eine Mehrehe offensichtlich ist. Die Frau soll im Vertrauen auf den Bestand ihrer Ehe nicht schutzlos sein, insbesondere wenn diese Ehe schon viele Jahre im Ausland so gelebt wurde.¹⁰² In jüngster Zeit mehren sich allerdings Fälle, in denen das System des deutschen Sozialstaates von Familien mit polygamen Strukturen ausgenutzt wird, um unberechtigt Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen. Die Taktik der Zweit- und Drittfrauen besteht darin, im Jobcenter zu behaupten, sie seien alleinstehend und arbeitslos und wüssten nicht, wer der Vater ihrer Kinder ist. So entstehen meist Ansprüche auf eine Grundfinanzierung aus Wohngeld, Arbeitslosengeld II und Alleinerziehendenzuschlag. Dies funktioniert, weil es in Deutschland, wie in vielen anderen europäischen Staaten, keine Möglichkeit gibt, die Existenz islamisch-religiöser Ehen zu ermitteln, zumal das deutsche Recht die Frauen nicht dazu verpflichtet, die Behörden über ihren Familienstand zu informieren. Dies schafft Probleme, insbesondere mit der Bereitschaft deutscher Bürger, Auslandsmehrehe zu akzeptieren.¹⁰³

bb) Erbe

Auch das Erbe wird, ähnlich wie bei der erwähnten Witwenrente, nach geltender Rechtsprechung im Falle einer Mehrehe zwischen den Witwen anteilig aufgeteilt. Auf den ersten Blick gerecht, lässt sich jedoch auch an dieser Regelung unter Berücksichtigung des Schutzgedankens der Ehefrauen zweifeln. Wenn z.B. aufgrund einer iranischen Staatsangehörigkeit des Erblassers gemäß Art. 8 Abs. 3 des Deutsch-Iranischen Niederlassungsabkommens von 1954

¹⁰² BVerfGE 61, 324 (331).

¹⁰³ Vgl. dazu <https://www.welt.de/politik/deutschland/article109544417/Polygamie-in-der-Migranten-Parallelgesellschaft.html> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

iranisches Erbrecht Anwendung findet¹⁰⁴, haben die Frauen wegen der Ungleichbehandlung von Frauen im iranisch-schiitischen Erbrecht¹⁰⁵ mit großer Wahrscheinlichkeit kaum etwas von ihrem Erbe, wenn dieses dann auch noch unter den Ehefrauen aufgeteilt wird. Dieses Ergebnis wirft die Frage auf, ob es nicht vorteilhafter wäre, die Frauen von vornherein von dem sog. „Führungsrecht“¹⁰⁶ des Ehemannes zu befreien und sie stattdessen bei der Integration in den Arbeitsmarkt zu unterstützen und so zu ihrer finanziellen sowie sozio-kulturellen Unabhängigkeit beizutragen.

c) Zwischenergebnis

Im Ergebnis erkennen deutsche Gerichte die ausländische Mehrehe in den meisten Fällen schlicht aus Gründen der Schadensminimierung an. Zwar widerspreche eine Doppelehe den öffentlichen Vorstellungen und Grundwerten einer monogamen Lebensweise und trage zur Geschlechterdiskriminierung bei. Letztlich gebe es jedoch „mannigfache Formen des Zusammenlebens“, die grundsätzlich zu tolerieren seien. Insbesondere wenn der Frau dadurch vermögenswerte Rechte wie Unterhalt, Erbe und Rente entstehen und so letztlich die Sozialkassen geschont würden.¹⁰⁷

3. Stellungnahme

Der Anerkennung von Mehrehen aus Billigkeitsgründen kann nicht gefolgt werden. Im Hinblick auf Rechtssicherheit und auf das Bedürfnis klarer Abgrenzungskriterien zu familienrechtlichen Statusverhältnissen kann eine Ausnahme nach Billigkeitsgesichtspunkten nicht unterstützt werden, es sei denn, es gäbe ausdrückliche Regelungen, die eine Prüfung im Einzelfall anordnen.¹⁰⁸ Auch darf der familienrechtliche Status einer Person nicht davon abhängig gemacht werden, zu welchem wirtschaftlichen Ergebnis die Rechtsprechung im jeweiligen Fall führt. Ethische Grundfragen wie die Zulassung der Doppelehe können legitimer- und in sachgerechter Weise nur vom Gesetzgeber auf Grund eines gesamtgesellschaftlichen Diskurses entschieden werden. Die Funktion des *ordre public* darf deshalb nicht unter dem Vorwand, sachgerechte Differen-

¹⁰⁴ Lorenz, in: BeckOK-BGB, Stand: 24.10.2017, Art. 25 EGBGB Rn. 11; *OLG Hamm*, IPRax 1994, 49 ff.

¹⁰⁵ Nach iranisch-schiitischem Erbrecht steht dem Ehemann ein doppelt so hoher Erbteil zu wie der Frau, vgl. *OLG Hamm*, IPRax 1994, 40 (53); siehe *Kadivar*, Gottesrecht und Menschenrechte, 2017, S. 301 f. m.w.N.

¹⁰⁶ Vgl. § 1114 Iranisches Zivilgesetzbuch.

¹⁰⁷ *BVerwG*, JZ 1985, 740 (741); ähnlich *VG Gelsenkirchen*, FamRZ 1975, 338 (339 f.); *LG Frankfurt*, FamRZ 1976, 217 (217).

¹⁰⁸ So bereits *BHG*, NJW 2014, 61 (61 ff.).

zierungen und Einzelfallgerechtigkeit¹⁰⁹ zuzulassen, missbraucht werden, um rechtlich und ethisch Etabliertes durch wirtschaftlich Gewolltes zu ersetzen.

a) *Rechtliche Bedenken*

Das Verbot der Mehrehe ist Ausfluss von Art. 6 Abs. 1 GG, dem als wesentlicher Grundsatz das „abendländische“ Bild der Einehe zugrunde liegt.¹¹⁰ Art. 6 Abs. 1 GG stellt darüber hinaus die Ehe und Familie unter besonderen Schutz der staatlichen Ordnung und gibt dem Staat die Pflicht auf, Ehe und Familie vor Beeinträchtigungen anderer zu schützen und sie in geeigneter Weise zu fördern.¹¹¹ Mehrehen entsprechen nicht dem verfassungsrechtlichen Ehebild. Sie sollten daher, auch wenn sie von den Beteiligten im Ausland eingegangen wurden, nicht vom Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG erfasst werden. Vielmehr ist an den Staat zu appellieren, seiner Schutzpflicht mittels *ordre public* Rechnung zu tragen.¹¹² Tut er dies nicht, untergräbt die inländische Duldung einer Doppelehe das Vertrauen potentieller deutscher Ehepartner in den verfassungsrechtlich begründeten Schutz der Einehe.¹¹³ Dies kann auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass fremde, uns unvertraute kulturelle Werte respektiert werden müssen. Diese vorgeschobene Toleranz, ganz im Gegenteil, der Beweis einer andauernden Ignoranz gegenüber den schädlichen Folgen, die die Polygamie hat. Nicht nur, was die finanziellen Kosten für den Staat betrifft, sondern auch für die muslimischen Frauen und Kinder, deren Rechte zu unterstützen die breite Meinung in Literatur und Rechtsprechung vorgibt.¹¹⁴

Insbesondere im Hinblick auf das Verbot der Geschlechterdiskriminierung in Art. 8 EMRK sowie in Art. 16 der UN-Konvention zur Beseitigung jeder Diskriminierung der Frau erscheint die Anerkennung einer Mehrehe als offenkundiger Bruch der in beiden Konventionen verankerten Frauenrechte und deshalb sehr bedenklich.¹¹⁵ In letzterer heißt es: „Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der

¹⁰⁹ *Jayne*, Methoden der Konkretisierung des *ordre public* im Internationalen Privatrecht, 1989, S. 32 ff.

¹¹⁰ BVerfGE 29, 166 (176); 62, 323 (330); *Coester-Waltjen* in: v. Münch/Kunig, 6. Aufl. 2012, Art. 6 GG Rn. 8; *Spickhoff* (Fn. 79), S. 323.

¹¹¹ BVerfGE 105, 313 (346); *Schmitt-Kammler*, in: Sachs, 7. Aufl. 2013, Art. 6 GG Rn. 30.

¹¹² *Scholz*, Islamrechtliche Eheschließung und deutscher *ordre public*, ZJS 2010, 325 (327).

¹¹³ Vgl. *AG Hanau*, FamRZ 2004, 949 (949 f.).

¹¹⁴ So z.B. *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 12.03.2004 – 10 A 11717/03 oder *OVG Lüneburg*, Urt. v. 29.11.2005 – 10 LB 84/05.

¹¹⁵ Im Ergebnis ähnlich: *Bergmann*, Polygamic: Europe's Hidden Statistic, <https://www.gatestoneinstitute.org/8199/polygamy-europe> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Frau in Ehe- und Familienfragen und gewährleisten auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau insbesondere folgende Rechte: a) gleiches Recht auf Eheschließung [...]“¹¹⁶. Anstatt die verankerten Menschenrechte effektiv mit unseren Mitteln des Rechts durchzusetzen, verbirgt die Tatsache, Doppel- und Mehrfachehen einerseits in Deutschland zu verbieten, zeitgleich aber die Eingehung einer solchen im Ausland durch Nicht-Deutsche stillschweigend zu dulden, eine untragbare Doppelmoral. Auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes in Art. 3 Abs. 2 GG ist die Anerkennung diskussionswürdig. Letztlich werden Deutsche im Zeitpunkt der Eheschließung gegenüber Ausländern diskriminiert, wenn diese eine voll wirksame Ehe in der gewählten Form schließen und im Inland führen können, Deutsche jedoch dem Verbot in § 1306 BGB unterliegen.¹¹⁶

Auch verletzt das Eingehen einer Mehrehe die Menschenwürde der Frauen gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, was durch eine Anerkennung der Mehrehe in Deutschland stillschweigend geduldet wird. Im Hinblick auf die Vermeidung von Geschlechterdiskriminierung ist eine Anerkennung der polygamen Eheform, auch international, ganz klar abzulehnen. Infolgedessen ist darauf hinzuweisen, dass dem nationalen *ordre public* nicht allein die Funktion zukommt, nationale Grund- und Werteentscheidungen in der sozialen Wirklichkeit abzusichern, sondern diese auch auf internationaler Ebene als strategisch disponibel zu erhalten.¹¹⁷

Letztlich sind es nicht die europäischen Staaten allein, die durch Gestaltung ihres Internationalen Privatrechts hinkende Rechtsverhältnisse vermeiden können. Dies kann ebenso durch restriktivere Regelungen im Heimatstaat der Betroffenen geschehen, besonders, wenn man jene Staaten durch eine drohende Nicht-Anerkennung dazu bewegen kann, an ihrer aktuellen Gesetzgebung etwas zu ändern.

b) Ethische Bedenken

Auch ethisch ist die Anerkennung einer ausländischen Mehrehe problematisch. Man mag unterstellen, dass die Frauen freiwillig und aus Überzeugung im Heimatland eine Mehrehe eingehen. In Wahrheit werden es i.d.R. wohl eher Tatsachen, wie finanzielle Not, Angst vor sozialem Abstieg oder andere – mitunter kulturell-religiös orientierte – Zwangslagen einer Frau sein, die Anreiz für das Eingehen einer Mehrehe sind. Die Frau muss i.d.R. bereits durch das

¹¹⁶ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 21.7.2010 – 1 BvL 11, BeckRS 2010, 52581.

¹¹⁷ Ähnlich argumentiert *Thomale* (Fn. 87), für einen restriktiveren Umgang mit der Anerkennung von ausländischen Leihmutterchaftsfällen, S. 29 und 78.

patriarchalische Gesellschaftssystem ihre geschlechtsbedingte Unterdrückung ertragen, was durch eine polygame Eheschließung zusätzlich verstärkt wird, indem sie akzeptieren muss, „eine von vielen“ zu sein.¹¹⁸ Bisweilen herrscht unter den einzelnen Ehefrauen eine familieninterne Rangfolge, die sich bis auf die Kinder erstreckt. Damit wird nicht nur die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau, sondern auch zwischen Ehepartnern und letztlich zwischen Menschen überhaupt, ignoriert.

Statt solidarisch die Rechte der Frau im modernen Zeitalter gegen deren Verletzung zu schützen, führt die Gegenmeinung das gewandelte Bild einer Beziehung ins Feld. Das Verständnis der Gesellschaft, wie – und vor allem mit wie vielen – Menschen man eine Beziehung führt oder wie man seine Ehe auslebt, sei im Laufe der Jahre weitaus liberaler geworden.¹¹⁹ Ausgerechnet hier setzt der *ordre public* an. Denn auch der *ordre public* orientiert sich an den Vorstellungen der gegenwärtigen Gesellschaft und ist deshalb wandelbar. Die weltweite politische Lage bringt ethische Grundfragen zurück in die gesellschaftliche Debatte und lässt uns im Zuge aktueller Migrationsbewegungen unsere Werte und schützenswerten Prinzipien neu überdenken. Polygame Ehen sollten deshalb unter Berücksichtigung des Prinzips der freiwilligen Einehe und entsprechend dem aufgrund steigender Zahlen von Kinderehen ergangenen aktuellen Verbots-Beschluss des Bundestages¹²⁰ künftig nicht länger toleriert werden.

F. Mögliche Lösungsansätze

Den unzufriedenstellenden Ergebnissen im Umgang mit ausländischen Mehrfachehen und damit verbundenen Konflikten in der Rechtspraxis, insbesondere durch die Herausforderungen der aktuellen Migrationsbewegungen, kann deshalb nur durch gesetzliche Reformen auf nationaler Ebene begegnet werden.

I. Vorschlag von Justizminister *Heiko Maas*

„Das Recht ist für alle gleich, ob hier aufgewachsen oder neu“, sagte *Heiko Maas*, Justizminister der 18. Legislaturperiode des deutschen Bundestages, zum Thema Polygamie in einem Interview der BILD-Zeitung vom 14.6.2016 anlässlich der anhaltenden Flüchtlingskrise. Aus diesem Grund appellierte er an die Behörden, Zwangsehen und Polygamie auch bei Flüchtlingen nicht anzuerkennen. Niemand, der zu uns kommt, habe das Recht, seine kulturelle

¹¹⁸ *Altman/Ginat* (Fn. 17), S. 341.

¹¹⁹ *Bousrouf/Frasseke* (Fn. 8), S. 424.

¹²⁰ Vgl. zu diesem www.faz.net/aktuell/politik/inland/kabinett-beschliesst-verbot-von-kinderehen-14958096.html (zuletzt abgerufen am 24.10.2017).

Verwurzelung oder seinen religiösen Glauben über unsere Gesetze zu stellen.¹²¹ Im Ansatz richtig, ist der Vorschlag von Justizminister *Maas* im Ergebnis zu pauschal. Ein bundesweiter Stopp der Anerkennung jeglicher Mehrehen wird der differenzierten und komplexen Rechtslage im Internationalen Privatrecht nicht gerecht. Vielmehr muss das Verbot von Doppel- und Mehrehen im Inland mit Hilfe einer abgestuften Auswahl an Maßnahmen und Sanktionen begleitet werden, die genug Raum lassen, dem Interesse der verheirateten Frauen Rechnung zu tragen. Daher ist davon abzuraten, das Doppeleheverbot ausdrücklich dem *ordre public* zuzuordnen, um so eine konsequente Anwendung des *ordre public*-Vorbehalts auf Mehrehen zu garantieren. Zwar ist es der *ordre public*, der dem Richter ein Institut an die Hand gibt, um im Ergebnis sachgerechte Differenzierungen und Einzelfallgerechtigkeit in seinen Entscheidungen zuzulassen.¹²² Allerdings entspricht das ausdrückliche Festschreiben von *ordre public*-Vorbehalten in nationalen Sachnormen nicht der Struktur, der Systematik und dem üblichen Vorgehen des deutschen Gesetzgebers.¹²³ Dieser zieht regelmäßig vor, sachrechtlich geprägte Kollisionsnormen statt international geprägte Sachnormen zu erlassen.¹²⁴

II. Reform des Art. 13 Abs. 1 EGBGB

Deshalb finden sich in jüngerer Zeit viele Vertreter, die ausländische Ehen nicht länger dem Staatsangehörigkeitsprinzip, sondern dem gewöhnlichen Aufenthalt der Verlobten unterwerfen wollen.¹²⁵ Besonders die Integration der Familie in die unterschiedlichsten gesellschaftlichen Beziehungen des Aufenthaltsstaates erfordere es, statt auf die Staatsangehörigkeit der Beteiligten auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Familienmitglieder abzustellen.¹²⁶ Nicht nur berücksichtigte das die gegenwärtige Lebenssituation der Personen in Form des aktuellen Umgebungsrechts¹²⁷ und trage so, gerade im Zeitalter der Massenmigration, zur Integration in die Privatrechtsordnung des Aufnahme staates bei.¹²⁸ Auch könne es zur Eindämmung von Zwangs- und Kinderheirat sowie Polygamie beitragen. Indem das Ehestatut nicht länger an das Heimatrecht, sondern an den gewöhnlichen Aufenthalt der Verlobten angeknüpft

¹²¹ Siehe dazu <http://www.bild.de/politik/aktuelles/maas-keine-erkennung-fuer-zwangsehen-und-46294704.bild.html> (zuletzt abgerufen am 24.10.2017).

¹²² *Jayme* (Fn. 109), S. 32 ff.

¹²³ *Thomale* (Fn. 87), S. 94.

¹²⁴ *Ebd.*

¹²⁵ So z.B. *Andrae* (Fn. 60), § 1 Rn. 50; *Coester-Waltjen*, Reform des Art. 13 EGBGB, StAZ 2013, 10 (17); *Rentsch*, Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt, ZEuP 2015, 288 (288 ff.).

¹²⁶ *Andrae* (Fn. 60), § 3 Rn. 39.

¹²⁷ *Rentsch*, Der gewöhnliche Aufenthalt, 2017, S. 63.

¹²⁸ Vgl. RL (EG) 2004/38, Erwägungsgrund 18.

wird, könnte der Anwendungsbereich deutschen Eheschließungsrechts zumindest auf die Fälle ausgeweitet werden, in denen ausländische Staatsangehörige ihren gewöhnlichen Aufenthalt bereits in Deutschland bereits begründet haben und erst anschließend die Entscheidung treffen im In- oder Ausland zu heiraten. Da die materiellen Eheschließungsvoraussetzungen in Fragen der Anerkennung dann deutschem Recht unterfielen, käme im Fall einer polygamen Verbindung § 1306 BGB zum Tragen und eine Zweitehe wäre aufhebbar. Indes würde das die Problematik leider nur im Ansatz entschärfen. Nicht von dieser Regelung umfasst wären nämlich die weitaus problematischeren Fälle, in denen polygame Verbindungen im Ausland bereits in der Vergangenheit, vor der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes in Deutschland, geschlossen wurden. Diese Ehen genossen weiterhin Bestandsschutz. Daher sind weitere gesetzliche Maßnahmen notwendig.

III. Deutsches Verbot der Doppelehe als international zwingende Eingriffsnorm

Folgte man *Savigny*, der die Bestimmung des anwendbaren Rechts nach dem „Sitz“ des Rechtsverhältnisses durch „Gesetze von streng positiver, zwingender Natur“ einzuschränken versuchte, würde das im deutschen Sachrecht geltende Verbot der Doppelehe (§§ 1306 BGB, 172 StGB) als international zwingende Eingriffsnorm behandelt und wäre auch im Ausland berücksichtigungsfähig. Zwingende Gesetze können, so *Savigny*, zum einen auf sittlichen Gründen oder „auf Gründen des öffentlichen Wohls (*publica utilitas*)“ beruhen.¹²⁹ Beispielhaft nennt er als einen sittlich fundierten Grund Ehegesetze, welche die Polygamie verbieten. So schreibt *Savigny*: „Schließt also das Gesetz unseres Staates die Polygamie aus, so muss unser Richter auch der polygamischen Ehe solcher Ausländer, deren Landesgesetz sie zulässt, den Rechtsschutz versagen.“¹³⁰

Obwohl es grundsätzlich jedem Staat innerhalb der völker- und europarechtlichen Grenzen freisteht, bestimmte Normen für international zwingend zu erklären¹³¹, ist dies in der Praxis die Ausnahme. Auch die Regelungen zum Polygamieverbot enthalten keinen ausdrücklichen internationalen Geltungswillen, sodass dieser durch Auslegung zu ermitteln ist. Die Voraussetzungen zeigt für das – hier grundsätzlich nicht einschlägige – Vertragsrecht exemplarisch Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO auf, wonach die Norm nicht dem Interessenausgleich zwischen den Parteien, sondern einem überindividuellen öffentlichen Interesse, insbesondere der politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Organi-

¹²⁹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band VIII, 1849, S. 36.

¹³⁰ *Ebd.*

¹³¹ *Kropholler* (Fn. 60), S. 497; *Kienle*, IPR, Rn. 186.

sation des Staates dienen muss.¹³² Außerdem muss die Norm zumindest ihrer Zielsetzung nach einen internationalen Geltungsanspruch sowie einen hinreichenden Inlandsbezug haben.¹³³ Bei Menschen, die nach Deutschland immigriert sind und hier ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, ist der unmittelbare Inlandsbezug unschwer zu bejahen. Wie oben gezeigt¹³⁴, statuiert der Gesetzgeber zudem mit dem deutschen Aufhebungsgebot einer Doppelehe eine allgemeine rechtsethische und moralische Grundanschauung, die vor allem darauf abzielt, das Prinzip der Einehe zu schützen, Ehegatten nicht zu einem Objekt eines Rechtsgeschäfts zu machen sowie psychische Konflikte für alle Beteiligten zu vermeiden.¹³⁵ Das Bigamie- bzw. Polygamieverbot verfolgt mithin einen öffentlichen, außenprivatrechtspolitischen Zweck. Dieser Auslegung folgend, könnte also bei der deutschen Nichtigkeitsanordnung von einer international zwingenden Norm auszugehen sein, die im Ergebnis auch ausländischen Ehen entgegensteht.

IV. Änderung der Rechtsfolge in § 1306 BGB

Weiterhin ist die Abschaffung der automatischen Nichtigkeit einer Ehe im Zuge der Neuordnung des Eheschließungsrechts von 1998 rückgängig zu machen und eine entsprechende alternative *ex nunc*-Nichtigkeit für den Verstoß gegen das Eheverbot der Doppelehe als Rechtsfolge, ähnlich dem Vorbild Österreichs¹³⁶, in § 1306 BGB zu integrieren. Die Vereinheitlichung der Folgen rechtsfehlerhafter Eheschließungen hat im Hinblick auf die Anerkennung ausländischer Mehrehen mehr Probleme geschaffen als Lösungen bereitgestellt. Nicht zuletzt, weil gerade die Tatsache, dass eine Doppelehe nicht nichtig, sondern nur aufhebbar ist, von zahlreichen Anerkennungsbefürwortern als Argument angeführt wird, den *ordre public* im Ergebnis nicht zu berücksichtigen. Anders als zum Teil behauptet, ist es auch nicht unbillig, einen ganzen Lebensabschnitt, in dem die Beteiligten dem öffentlichen Anschein nach verheiratet waren, rechtlich als „nicht gewesen“¹³⁷ zu qualifizieren. Schließlich

¹³² Vgl. *Thorn*, in: Palandt (Fn. 68), Art. 9 Rom I-VO Rn. 5.

¹³³ Zu den Voraussetzungen ausführlich: *Kropholler* (Fn. 60), § 52 IX S. 498; a.A. ist *Rauscher* (Fn. 6), Rn. 1272, wonach „höchst ausnahmsweise“ eine Eingriffsnorm auch ohne Inlandsbezug angewendet werden darf.

¹³⁴ Siehe unter **C. II. 1.** und **2.**

¹³⁵ BT-Drucks. 13/4898, S. 13 f.; *Bousroy/Frassek* (Fn. 8), S. 409 ff.

¹³⁶ In § 8 Österreichisches EheG heißt es: „Keiner darf eine Ehe eingehen, wenn seine frühere Ehe nicht für nichtig erklärt oder aufgehoben wurde.“

¹³⁷ So jedoch die Bundesregierung im Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen v. 17.2.2017, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/02242017_Stellungnahme_DIMR_RefE_Kinderehe.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

gibt es objektive Gründe, eine polygame Eheschließung in Deutschland bzw. Europa zu untersagen. Andernfalls hätte der Gesetzgeber Regelungen wie § 1306 BGB oder § 172 StGB wohl kaum getroffen. Durch die Alternativität von Nichtigkeit bzw. Aufhebbarkeit ist dem Richter ein Mittel an die Hand gegeben, die Lage der Beteiligten entsprechend zu würdigen und für den konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung seiner Rechtsfolgen eine *ex-nunc* oder *ex-tunc* Nichtigkeit anzuordnen. Dies stünde auch im Einklang mit dem Unionsrecht: Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a Brüssel-IIa-VO sind deutsche Gerichte jedenfalls dann für die Auflösung einer Ehe zuständig, wenn die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben.

V. Einführung eines Spezialgesetzes mit Anordnung einer Entschädigung

Auch wenn eine Lösung aus dem vorhandenen Normenbestand grundsätzlich vorzuziehen ist, ist eine Spezialregelung im autonomen IPR in Erwägung zu ziehen. Dies gilt gerade vor dem Hintergrund, Frauen, die auf den Bestand ihrer Ehe und damit auf das Vorliegen insbesondere vermögens-, erb- und unterhaltsrechtlicher Ansprüche vertraut haben, auch in Zukunft ausreichend finanziell abzusichern. Diese Spezialregelung könnte eine Einzelfallprüfung der konkreten Rechtsfolgen anordnen, sodass bei der richterlichen Abwägung z.B. Hintergründe der Eheschließung, Dauer der Ehe und Vorhandensein gemeinsamer Kinder Berücksichtigung finden. Dem Ergebnis dieser Einzelfallprüfung folgend, könnte dann der Ehefrau zum Schutz ihrer Rechte ein Anspruch gegen den Ehemann in Form einer Ausgleichszahlung zuzusprechen sein, der sich an den finanziellen und wirtschaftlichen Folgen einer Scheidung orientiert. Nur so kann verhindert werden, dass der Steuerzahler für die Nicht-Anerkennung der Ehe aufkommen muss. Auch deshalb muss zwingend gewährleistet werden, dass die betroffenen Frauen in den deutschen Arbeitsmarkt integriert werden.

VI. Rein religiös geschlossene Mehrehen sanktionieren

Schließlich ist zu erwägen, auch die rein religiöse Eheschließung einer Mehrfachehe zu verbieten. Ähnlich einem Vorschlag innerhalb der politischen Debatte um Minderjährigenehen¹³⁸ könnten auch in diesem Fall Geistliche, die das Verbot der Mehrehe missachten, mit einem Bußgeld belegt werden. Zwar sind „Imam-Ehen“ rechtlich betrachtet unwirksam, tatsächlich lösen sie bei den Beteiligten aber offensichtlich beachtlichen sozialen Druck und ein Gefühl der

¹³⁸ Vgl. dazu <https://blog.ard-hauptstadtstudio.de/kinderehe-103/> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Verbindlichkeit aus. Eine Reduzierung der religiösen Ehen wäre daher zu begrüßen.

G. Abschließendes Fazit

Die Problematik inländischer bzw. ausländischer Mehrfachehen betrifft in ihrem Kern einen zentralen Konflikt rechtsethischer Überzeugungen. *De lege lata* müssen inländische Vorstellungen einer gerechten und gleichberechtigten Ehe zu Gunsten des internationalen Ehebestandsschutzes zurücktreten, um *ex post* die vermeintlich fatalen Konsequenzen einer gerichtlich angeordneten Eheaufhebung für die beteiligten Ehefrauen so gering wie möglich zu halten. Zwar gibt der Gesetzgeber im deutschen Recht ausdrücklich vor, jede Form der Doppel- und Mehrfachehe abzulehnen, schützt die Einehe sogar als Grundprinzip in Art. 6 Abs. 1 des Grundgesetzes. Dennoch wenden deutsche Richter die Vorbehaltsklausel des *ordre public*, insbesondere aus falsch verstandenen Schutzabsichten gegenüber den betroffenen Ehefrauen, sehr großzügig an. In der Praxis kommt es daher regelmäßig zur Anerkennung polygamer Ehen und den mit ihr verbundenen Rechtsfolgen für Staat und Gesellschaft. Diese gegenwärtige Rechtslage ist unbefriedigend und daher nicht hinzunehmen. *De lege ferenda* sollten deshalb Mehrehen, auch wenn sie im Ausland geschlossen wurden, am deutschen *ordre public* scheitern und aufhebbar sein. Das Ehestatut in Art. 13 EGBGB sollte statt an die Staatsangehörigkeit an den gewöhnlichen Aufenthalt angeknüpft werden, sodass der umständliche Weg über den *ordre public* bei polygamen Ehen im Inland vermieden werden kann. Um den Einzelfällen gerecht zu werden, insbesondere den Frauen, die auf den Bestand der Ehe und die mit ihr verbundenen Rechtsfolgen vertraut haben, sollte eine Spezialregelung in Form eines Entschädigungsanspruchs Abhilfe schaffen.

H. Zusammenfassung in Thesenform

(1) In Deutschland ist die Eheform der Polygamie verboten. Nach § 1306 BGB ist die Eheschließung mit einem bereits verheirateten Partner nicht zulässig. § 172 StGB ahndet Verstöße mit bis zu dreijähriger Freiheitsstrafe.

(2) Bei Ehen zwischen ausländischen Staatsangehörigen bestimmen sich die sachlichen Eheschließungsvoraussetzungen für jeden Verlobten gemäß Art. 13 Abs. 1 EGBGB nach dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Der Verweis auf ausländisches Recht wird bei Ehen im Inland nach h.M. jedoch über den *ordre public* korrigiert, wenn es sich bei den Nupturienten um bereits Verheiratete handelt. Ein Standesbeamter, der nach Art. 13 Abs. 4 S. 1 EGBGB i.V.m. mit § 1310 BGB an der Eheschließung notwendigerweise

mitwirken muss und nach § 13 PStG verpflichtet ist, Ehehindernisse zu prüfen, würde eine bereits verheiratete Person nicht trauen.

(3) Im Ausland geschlossene Ehen genießen im Inland grundsätzlich Bestandschutz, wenn nach dem Heimatrecht der Eheschließenden eine Ehe rechtmäßig geschlossen wurde. Die kollisionsrechtliche Anerkennung steht allerdings unter dem Vorbehalt des deutschen *ordre public*.

(4) Obwohl das Führen einer Mehrehe mit den inländischen Grundwerten, insbesondere dem Prinzip der Einehe in Art. 6 Abs. 1 GG sowie der Geschlechtergleichbehandlung in Art. 3 Abs. 2 GG nicht in Einklang steht, wenden deutsche Gerichte die Vorbehaltsklausel des *ordre public* insbesondere aus falsch verstandenen Schutzabsichten gegenüber den betroffenen Ehefrauen sehr großzügig an, sodass es praktisch nie zu einer Ablehnung der Anerkennung kommt.

(5) Ausländische Mehrehen sollten aus zwei Gründen in Deutschland allerdings keine Anerkennung finden:

a) Die Anforderungen an den Inlandsbezug eines Falles sind umso geringer, je stärker das Ergebnis der Anwendung einer ausländischen Norm gegen hiesulande geltende grundlegende Gerechtigkeitsvorstellungen verstößt. Der eklatante Verstoß gegen die Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau, der Verstoß gegen das grundgesetzlich geschützte Prinzip der Einehe sowie die Beeinträchtigung der Würde der Frau, die mit dem Ausleben polygamer Eheformen in Deutschland verbunden sind, widersprechen dem *ordre public*-Vorbehalt in Art. 6 Abs. 1 EGBGB.

b) Der verfolgte, insbesondere vermögensrechtliche Schutz verheirateter Ehefrauen durch Anerkennung ihrer ausländischen Mehrehe läuft leer. Der familienrechtliche Status einer Person darf nicht davon abhängig gemacht werden, zu welchem wirtschaftlichen Ergebnis die Rechtsprechung im jeweiligen Fall führt.

(6) Das damit erzeugte hinkende Statusverhältnis ist insbesondere zur Wahrung der Grundprinzipien unserer Rechtsordnung hinzunehmen. Das Eingreifen des *ordre public* dient dabei auch als Antrieb zur Schaffung von völkervertragsrechtlicher Kompromissbereitschaft.

(7) Zur Regulierung sind folgende Schritte überlegenswert:

- a) Der Vorschlag von *Heiko Maas* ist aufzugreifen, aber auszubauen und differenzierter zu betrachten.
- b) Statt an die Staatsangehörigkeit sollen die materiellen Eheschließungsvoraussetzungen (Art. 13 Abs. 1 EGBGB) künftig an den gewöhnlichen Aufenthalt der Verlobten angeknüpft werden.
- c) Das deutsche Verbot der Mehrehe (§ 1306 BGB) stellt eine international zwingende Eingriffsnorm dar und kann als solche auch im Ausland berücksichtigt werden.
- d) Um den nötigen Einzelfällen gerecht zu werden, insbesondere den Frauen, die auf den Bestand der Ehe und die mit ihr verbundenen Rechtsfolgen vertraut haben, kann eine Spezialregelung in Form eines Entschädigungsanspruchs Abhilfe schaffen.
- e) Schließlich ist die rein religiöse Eheschließung einer Mehrfachehe zu verbieten. Rechtswidrig handelnde Geistliche sind mit einem Bußgeld zu belegen.

Laura Volk*

Die völkerrechtliche Beurteilung von *Sovereign Wealth Funds*

Abstract

Sovereign Wealth Funds sind Staatsfonds, deren Aufgabe die Anlage und die Verwaltung von Kapital im staatlichen Auftrag ist. Agieren derartige Staatsfonds grenzüberschreitend, stellen sich diverse völkerrechtliche Probleme, insbesondere vor dem Hintergrund der Kollision mit dem Umweltvölkerrecht und den Menschenrechten. Demgegenüber könnten Staatsfonds aber auch für die Bewältigung diverser globaler Probleme genutzt werden.

Sovereign Wealth Funds invest, manage and hold certain types of capital and property on behalf of governments. As soon as they operate transboundary, various problems arise concerning public international law, particularly in relation to international environmental law and human rights. Nevertheless, *Sovereign Wealth Funds* could also be used to cope with global problems.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft im neunten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Anne Peters, LL.M. (Harvard) im Sommersemester 2017 gestellt wurde.

A. Einleitung

„*The Future Fund [...] is public money invested and it is a public institution. That fact alone obliges us to consider the implications of its actions.*”¹

Als *Sovereign Wealth Funds*, übersetzt Staatsfonds und im Folgenden abgekürzt als SWFs, werden die Anlage und Verwaltung von Kapital im staatlichen Auftrag bezeichnet.² Dabei befinden sich mehr als 50 Prozent der Anteile an den Fonds im Eigentum einer öffentlichen Einrichtung.³ Meist stammen die finanziellen Mittel für derartige SWFs aus dem Verkauf von Rohstoffen, insbesondere von Erdöl und Gas.⁴ SWFs investieren in verschiedene Anlagekategorien, vor allem in Aktien, Währungen, Rohstoffe, Staatsanleihen, Immobilien, festverzinsliche Wertpapiere und Derivate.⁵

Die Existenz von SWFs ist kein neuartiges Phänomen der letzten Jahre. Bereits im Jahre 1953 wurde mit der *Kuwait Investment Authority* einer der ersten SWFs gegründet und auch der Stadtstaat Singapur legt bereits seit den Siebzigerjahren

¹ Senator *Di Natale*, 2. Parlamentarisches Statement zu Government Investment Funds (Ethical Investment) Canberra, Australien (13.9.2012).

² Eine einheitliche Definition existiert bislang noch nicht, vgl. *Rozanov*, Definitional challenges of dealing with Sovereign Wealth Funds, *AsianJIL* 2011, 249 (251 ff.); Ein Definitionsversuch der Europäischen Kommission lautet: „Anlageinstrumente in staatlichem Besitz [...], die ein breit gestreutes Portfolio in- und ausländischer Finanzwerte verwalten“, vgl. Mitteilung der Kommission. Ein gemeinsames europäisches Vorgehen gegenüber Staatsfonds, (27.2.2008), abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0115&from=DE> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017), im Folgenden: KOM/2008/0115 endg., S. 2; in den *Santiago-Prinzipien* werden SWFs als „Anlagefonds im Besitz der Regierung, die für makroökonomische Zwecke erschaffen wurden, um finanzielle Ziele zu erreichen“ definiert; nicht unter die Definition eines SWF fallen ausländische Währungsreserven von Währungsbehörden, *State-owned Enterprises* und Rentenfonds der Regierung, vgl. *v. Aaken*, in: Peters u.a., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism*, 2015, S. 131 (136 i.V.m. Fn. 12).

³ *Bean*, Attack of the Sovereign Wealth Funds: Defending the Republic from the threat of Sovereign Wealth Funds?, *Michigan State Journal of International Law* 18 (2009), 65 (70); *Podolny*, The Limits of Sovereign Immunity: A Study and Analysis of the Canadian Income Taxation of Sovereign Wealth Funds, *University of Toronto Faculty of Law Review* 70 (2012), 90 (94).

⁴ Ranking der Sovereign Wealth Funds auf der Seite des Sovereign Wealth Funds Institute, abrufbar unter <http://www.swfinstitute.org/sovereign-wealth-fund-rankings/> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017); *Gilson/Milhaupt*, Sovereign Wealth Funds and Corporate Governance: A minimalist Response to the New Mercantilism, *StanfordLR* 2008, 1345 (1354); *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, Aufl. 10, 2014, S. 68.

⁵ *Ghahramani*, Governments, Financial Markets, and International Human Rights: The State's Role as Shareholder, *YJIA* 85 (2011), 85 (90); *Hobe* (Fn. 4), S. 68; *Sandor*, Leveraging International Law to incentivize value-added Shareholding: Why foreign Sovereign Wealth Funds still matter and how they can improve Shareholder Governance, *GJIL* 2015, 947 (953).

Vermögen am Kapitalmarkt an.⁶ In Zeiten der Finanzkrise sicherten SWFs durch sog. Rettungskäufe diversen Investmentbanken ihren Fortbestand. Dies zeigen Beispiele aus dem Jahr 2007, als sich SWFs als neue Anteilseigner in Banken wie *UBS*, *Morgan Stanley* oder *Merrill Lynch* einkauften, die unter der Finanzkrise gelitten hatten.⁷ Die SWFs trugen somit erheblich zur Stabilisierung des globalen Bankensystems bei.⁸ Seit dem Jahr 2007 erfuhren SWFs ein rasantes Wachstum. Bedeutende SWFs sind mittlerweile in Norwegen, China, Neuseeland, den Vereinigten Arabischen Emiraten und Russland zu finden. Weitere, insbesondere afrikanische Staaten, kündigten bereits an, in absehbarer Zeit ebenfalls SWFs zu etablieren.⁹

Tritt ein staatlicher Fonds wie ein privater Investor am Kapitalmarkt auf, so ist nicht ausgeschlossen, dass wirtschaftliche Interessen mit Umweltinteressen, Menschenrechten und Pflichten des allgemeinen Völkerrechts kollidieren. Hierbei stellen sich mehrere Fragen: Welche völkerrechtlichen Pflichten gelten für SWFs? Welche Pflichten resultieren für die Staaten, denen die SWFs gehören? Welche Probleme ergeben sich im Zusammenhang mit SWFs und bestehen bereits Lösungsansätze in Bezug auf diese? Freilich ist der Bedeutungszuwachs von SWFs nicht ausschließlich problematisch. Bei sinnvoller Nutzung und Schaffung rechtlicher Rahmenbedingungen für das Handeln von SWFs können diese beispielsweise im Rahmen von *Global Governance*¹⁰ zur nachhaltigen Entwicklung und dem Schutz von Menschenrechten beitragen. Dieses

⁶ *Cummine*, in: Bohoslavsky u.a., Making Sovereign Financing and Human Rights Work, 2014, S. 163 (165); *Martini*, Zu Gast bei Freunden?: Staatsfonds als Herausforderung an das europäische und internationale Recht, DÖV 2008, 314 (314).

⁷ *Bayer/Ohler*, Staatsfonds ante portas, ZG 2008, 12 (15); *Hahn*, State Immunity and Veil Piercing in the Age of Sovereign Wealth Funds, SZW 2012, 103 (104); KOM/2008/0115 endg., S. 3.

⁸ *Bean* (Fn. 3), S. 86; *Cooke*, Finding the Right Balance for Sovereign Wealth Fund Regulation: Open Investment vs. National Security, CBLR 2009, 728 (733); *Cummine* (Fn. 6), S. 166; KOM/2008/0115 endg., S. 4; *Preisser*, Sovereign Wealth Funds, Entwicklung eines umfassenden Konzepts zur Regulierung von Sovereign Wealth Funds, 2013, S. 48, der von „*lenders of last resort*“ spricht.

⁹ *Cummine* (Fn. 6), S. 166; *Monk*, Africa will soon be the global leader in SWFs, Institutional Investor Blog (28.02.2013), abrufbar unter www.institutionalinvestor.com/article/b14zbbt3yq91my/africa-will-soon-be-the-global-leader-in-swfs (zuletzt abgerufen am 12.12.2017);

¹⁰ Als *Global Governance* wird die Bewältigung globaler Probleme verstanden; von Nutzung im Rahmen von *Global Governance* sprechen auch *Backer*, Sovereign Wealth Funds as Regulatory Chameleons: The Norwegian Sovereign Wealth Funds and Public Global Governance through private global investment, GJIL 2009, 101 (114); *Behrendt*, Sovereign Wealth Funds and the Santiago Principles – Where do they stand?, Carnegie Papers, Carnegie Endowment for International Peace, Nr. 22, (2010), 1 (16); *Rajavoori*, Governing the good State Shareholder: The Case of the OECD Guidelines on Corporate Governance of State-owned Enterprises, EBLR 2017, 1 (23).

Spannungsfeld gilt es im Folgenden darzulegen. Der Gang der Untersuchung wird sich maßgeblich an der Frage orientieren, wie SWFs völkerrechtlich zu beurteilen sind.

B. Völkerrechtliche Beurteilung von SWFs

Im Folgenden sollen SWFs einer völkerrechtlichen Beurteilung unterzogen werden. Dazu sollen zunächst die allgemeinen völkerrechtlichen Rahmenbedingungen dargestellt werden (**I.**). Daraufhin wird das Nutzungspotential von SWFs thematisiert (**II.**). Danach werden (rechtliche) Probleme aufgezeigt, die sich in Bezug auf SWFs ergeben können, sowie passende Lösungsansätze gesucht (**III.**). Abschließend werden Möglichkeiten der Regulierung von SWFs diskutiert (**IV.**).

I. Allgemeine völkerrechtliche Rahmenbedingungen

Zu Beginn soll die Völkerrechtssubjektivität von SWFs geklärt werden.

1. Völkerrechtssubjektivität von SWFs

Völkerrechtssubjektivität ist die Fähigkeit, Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten zu sein.¹¹ Neben Staaten als klassische Völkerrechtssubjekte werden im Zuge der Globalisierung und Institutionalisierung auch andere Völkerrechtssubjekte anerkannt. Es stellt sich somit die Frage, ob ein SWF, welcher staatliche Gelder anlegt und verwaltet, ein Völkerrechtssubjekt darstellt. Dies könnte man insbesondere deshalb annehmen, weil *de facto* Staaten hinter SWFs stehen. Bei den Anlageentscheidungen handelt es sich somit um staatlich beeinflusste Entscheidungen. Dennoch tritt ein SWF wie ein privater Anleger am Kapitalmarkt auf. Aus diesem Grund werden SWFs teilweise mit Multinationalen Unternehmen (MNU) verglichen.

SWFs und MNU sind insofern miteinander vergleichbar, als dass beide zumeist als Auslandsinvestoren auftreten.¹² MNU sind dabei unmittelbar grenzüberschreitend tätig, während SWFs kraft ihrer Aktionärsrechte (mittelbar) Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens bzw. der Unternehmensteile ausüben. Somit haben MNU und SWFs gleichermaßen große wirtschaftliche Einflussmöglichkeiten. Ihre Strukturen sind mithin vergleichbar.¹³ Aus der Überzeugung heraus, dass diese Einflussmöglichkeiten menschenrechtliche

¹¹ v. *Arnauld*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 58; *Hobe* (Fn. 4), S. 67.

¹² Vgl. für MNU *Hobe* (Fn. 4), S. 164; *Peters*, Völkerrecht, 4. Aufl. 2016, Kap. 10 Rn. 62.

¹³ *Backer* (Fn. 10), S. 151; *Sornarajah*, Sovereign Wealth Funds and the existing Structure of the Regulation of Investments, *AsianJIL* 2011, 267 (272 f.); *Wang*, in: Lim, Alternative Visions of the International Law on Foreign Investment, 2016, S. 405 (420).

Verantwortung mit sich bringen sollten, wird die Völkerrechtssubjektivität der MNEs diskutiert. Weitestgehend wird diese jedoch abgelehnt, da es sich um Privatpersonen und nicht um Staaten handle.¹⁴

Damit stellt sich jedoch die Frage, ob es gerechtfertigt ist, SWFs mit MNEs zu vergleichen und folglich deren Völkerrechtssubjektivität ebenfalls abzulehnen.¹⁵ Immerhin legen SWFs fast ausschließlich staatliches, nicht privates Kapital an. Zwar wird eine Erweiterung des Kreises der traditionellen Völkerrechtssubjekte zunehmend diskutiert und SWFs besitzen eine enorme Wirtschaftskraft. Dennoch handelt es sich bei SWFs derzeit nicht um eine eigene Form der Völkerrechtspersönlichkeit losgelöst vom Staat.¹⁶

2. Rechtliche Natur von SWFs und Abgrenzung zu anderen Instituten

Anders als *State-owned Enterprises* (SOE), die ebenfalls unter staatlicher Kontrolle stehen, aber meist im operativen Geschäft tätig sind, beteiligen sich SWFs vorwiegend als passive Anteilseigner an Unternehmen.¹⁷ Primär legen SWFs Geld im Interesse ihres Heimatstaates an. Dies unterscheidet sie von dem *United Nations Capital Development Fund* (UNCDF) und der *United Nations Food Programme Association* (UNFPA), welche beide vorrangig im Interesse ärmerer und weniger entwickelter Länder handeln. Außerdem sind SWFs keine internationalen Organisationen. Vielmehr treten sie nationalstaatlich auf.

Der Heimatstaat des SWF ist für dessen rechtliche Einordnung zuständig. Ihre Einordnung in das nationale Rechtssystem kann entweder als juristische Person, Organ oder Körperschaft erfolgen.¹⁸ In Betracht kommt die Einordnung als eigene juristische Person mit voller Handlungsfähigkeit (so die SWFs aus Australien, Kuwait, Neuseeland, Singapur, UAE), oder auch lediglich als

¹⁴ v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 629; *Herdegen*, Völkerrecht, 15. Aufl. 2016, § 13 Rn. 1; *Hobe* (Fn. 4), S. 165 m.w.N.; *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 32, 57; *Reinisch*, in: *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 8 Rn. 1; *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß*, Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, S. 150 Rn. 42.

¹⁵ *Sornarajah* (Fn. 13), S. 272 f.; nach einem Definitionsversuch der OECD *Guidelines on MNEs* sind MNEs „Unternehmen oder andere in mehreren Ländern niedergelassene Unternehmens-teile, die so miteinander verbunden sind, dass sie ihre Geschäftstätigkeit auf unterschiedliche Art und Weise koordinieren können“.

¹⁶ *Hobe* (Fn. 4), S. 68; *Sornarajah* (Fn. 13), S. 272 f.; *Waibel*, Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration, *AJIL* 2007, 711 (713).

¹⁷ *Hahn* (Fn. 7), S. 104; *Sandor* (Fn. 5), S. 953; *Schweitzer*, Sovereign Wealth Funds – Market Investors or „Imperialist Capitalists“?, *EYIEL* 2011, 79 (86); zur Abgrenzung siehe auch: *v. Aaken* (Fn. 2), S. 137 f.

¹⁸ *Al-Hassan et al.*, Sovereign Wealth Funds: Aspects of Governance Structures and Investment Management, IMF Working Paper 13/231 (2013), S. 9; *Sornarajah* (Fn. 13), S. 272.

Vermögenspool, der im Eigentum des Staates oder dessen Zentralbank steht, ohne dass der SWF eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt (so die SWFs in Norwegen, Botswana, Chile, Timor-Leste).¹⁹

3. Regulierung von SWFs *de lege lata* über *Soft Law*

Derzeit bestehen keine verbindlichen Regularien für SWFs. Den rechtlichen Rahmen für das Handeln von SWFs bieten aktuell vor allem drei *Soft Law*-Dokumente.²⁰ *Soft Law* besitzt rechtliche Relevanz und das Potential, zu Völkergewohnheitsrecht zu erstarken oder Grundlage für verbindliche internationale Verträge zu werden²¹, weshalb es hier als *lex lata* behandelt wird.

a) United Nations Principles for Responsible Investment (UNPRI)

Den ersten Rechtsrahmen stellen die *United Nations Principles for Responsible Investment* (UNPRI) dar, eine im Jahr 2006 gegründete, von den UN unterstützte Investoreninitiative in Partnerschaft mit dem *UN Global Compact*, der geschlossen wurde, um die Globalisierung sozialer und ökologischer zu gestalten. Die UNPRI beziehen sich auf verantwortliche Investitionstätigkeiten aller Marktteilnehmer generell.²² Sie statuieren sechs Prinzipien, deren Ziel ein nachhaltigeres globales Finanzsystem ist.

b) Santiago-Prinzipien

Demgegenüber beziehen sich die im Jahr 2008 entwickelten *Santiago-Prinzipien* (*Generally Accepted Principles and Practices – GAPP*) konkret auf das Handeln von SWFs.²³ Die GAPP sind eine unverbindliche Übereinkunft aus dem Jahre 2008 von 26 Staaten, entwickelt von der *International Working Group of Sovereign Wealth Funds* (IWG) welche 24 Prinzipien zum Handeln der Investorenklasse der

¹⁹ *Al-Hassan et al.* (Fn. 18), S. 9; *de Bellis*, *Global Standards for Sovereign Wealth Funds: The Quest for Transparency*, *AsianJIL* 2011, 349 (355).

²⁰ Ob *Soft Law* aufgrund seines unverbindlichen Charakters bereits als *lex lata* bezeichnet werden kann, ist eine Frage, der sich an anderer Stelle gewidmet wurde, vgl. *O'Brien*, *International Law*, 2001, Kap. 3, S. 98; eine Darstellung allgemeiner völkerrechtlicher Normen ist zu finden bei *Preisser* (Fn. 8), S. 220 ff.; *Backer* (Fn. 10), S. 151 weist auf die *OECD-Principles of Corporate Governance & Guidelines for MNEs* hin, vgl. dazu auch: *Rajavuri* (Fn. 10), S. 1 ff.

²¹ *Hobe* (Fn. 4), S. 229; *Peters* (Fn. 12), Kap. 4 Rn. 47, Rn. 57.

²² *Cummine* (Fn. 6), S. 167 f.

²³ *Bean* (Fn. 3), S. 97; *Behrendt* (Fn. 10), S. 1 ff.; *Hsu*, in: *Bassan*, *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, 2015, S. 99 (100 ff.); *Park/Estrada*, *Developing Asia's Sovereign Wealth Funds: The Santiago Principles and the Case for Self Regulation*, *AsianJIL* 2011, 383 (394 f.); *Preisser* (Fn. 8), S. 228 f.; *Richardson*, in: *Shawkat u.a.*, *International Environmental Law and the Global South*, 2015, S. 356 (372 f.); *Tietje*, in: *Bungenberg*, *International Investment Law*, 2015, Kap. 13, XI Rn. 15.

SWFs festlegen. Ziel ist es, von SWFs ausgehende Risiken abzubauen, insbesondere die Transparenz zu fördern.²⁴

c) *OECD-Declaration on SWFs*

Eine weitere Säule der Regulierung von SWFs stellt die *Declaration on Sovereign Wealth Funds* der OECD vom 5.6.2008 dar. Die unverbindliche Übereinkunft über Standards im Umgang mit dem Empfang von SWF-Investitionen begrüßt einerseits die Investitionen der Fonds. Andererseits greift sie auch legitime Bedenken seitens der Empfängerstaaten auf.²⁵

4. Staatenimmunität für den SWF?

Bei einer Investition eines SWF in ein ausländisches Unternehmen ist nicht ausgeschlossen, dass es bei einem Verstoß gegen Regularien des Aufnahme- staates zu nationalen Gerichtsprozessen kommt. Somit stellt sich die Frage, ob der Grundsatz der Staatenimmunität auf das Handeln des SWF übergreift. Der Grundsatz der Immunität schließt es aus, dass ein Staat oder dessen Organe einer fremden Gerichtsbarkeit unterstellt werden.²⁶ Wäre diese Grundregelung auf SWFs anwendbar, stünden private Geschäftspartner im Aufnahmestaat angesichts der wirtschaftlichen Aktivität eines Staates durch einen SWF rechtsschutzlos. Derzeit besteht noch kein Konsens hinsichtlich der Frage, wie weit die Immunität der SWFs reicht.²⁷

a) *Immunität im Erkenntnisverfahren*

Vorerst ist die Frage zu stellen, ob und inwieweit SWFs im Aufnahmestaat Immunität im Erkenntnisverfahren genießen, ob sie also überhaupt gerichtlichen Verfahren unterworfen werden können. Davon zu trennen ist die Frage nach der Immunität im Vollstreckungsverfahren, welcher anschließend nachgegangen wird.

aa) *Vertraglicher Verzicht auf Immunität*

Sofern das Gerichtsverfahren auf einem Vertrag basiert, dürfte ein Verzicht auf die staatliche Immunität bereits per Vertragsklausel vereinbart sein. Dieser kann sowohl in einer ausdrücklichen Verzichtserklärung als auch in der Vereinbarung

²⁴ *de Bellis* (Fn. 19), S. 350; *Cummine* (Fn. 6), S. 168; *Hsu* (Fn. 23), S. 121; *Preisser* (Fn. 8), S. 228 f.

²⁵ *Cooke* (Fn. 8), S. 766, 771; *Preisser* (Fn. 8), S. 238 f.

²⁶ *Kempen/Hillgruber*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2012, § 32 Rn. 19; *Stein/v. Buttlar/Kotzur*, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 510.

²⁷ *v. Aaken* (Fn. 2), S. 181.

einer Schiedsklausel liegen.²⁸

bb) Staatliche Immunität nach Völkergewohnheitsrecht

Darüber hinaus ist der Grundsatz der staatlichen Immunität bisher vor allem gewohnheitsrechtlich anerkannt und wurde am 2.12.2004 durch die *United Nations Convention on Jurisdictional Immunity of States and their Property* (UNCSI) kodifiziert, welche jedoch bislang mangels ausreichender Ratifikation noch nicht in Kraft trat.²⁹ Die Frage, ob SWFs als Teil des Staates zu sehen sind, wird in den verschiedenen Jurisdiktionen unterschiedlich beantwortet.³⁰ Die Immunität, wie sie in den UNCSI kodifiziert ist, schließt nicht nur den Staat selbst, sondern auch seine Organe im weiteren Sinne ein, weshalb solche SWFs ohne eigene Rechtspersönlichkeit grundsätzlich erfasst wären.³¹ Nach dem Prinzip der eingeschränkten Immunität des Art. 10 UNCSI besteht staatliche Immunität jedoch nur bei solchen Staatsakten, die in Ausübung hoheitlicher Gewalt getätigt werden (*acta iure imperii*) und nicht im Falle von Handlungen, bei denen der Staat wie eine Privatperson auftritt (*acta iure gestionis*).³²

Noch ungeklärt ist, ob die Investitionstätigkeiten von SWFs kommerzielle oder hoheitliche Handlungen sind.³³ Als Beispiel für hoheitliche Handlungen dienen etwa solche einer Zentralbank. Zentralbanken sind Institutionen, die für die Währungspolitik eines Währungsraumes (supranational, z.B. die EZB der EU) oder eines Staates (national) zuständig sind. Zu den Aufgaben einer Zentralbank zählen eine stabile Geldpolitik, die Bankenaufsicht, sowie die Sicherung der Finanz- und Währungsstabilität. Zentralbanken tätigen Investitionen nur insoweit, als sie für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben notwendig sind. Handlungen von Zentralbanken genießen deshalb als *acta iure imperii* Immunität.³⁴ Im Unterschied dazu investieren SWFs meist offensiv und aus wirtschaftlichen Leitmotiven. Ihre rege Investitionstätigkeit unterscheidet sich mithin von der einer Zentralbank, was für ihre Kategorisierung als *acta iure gestionis* spricht.

Demgegenüber könnte man jedoch der Ansicht sein, dass der Staat sein Geld mit Hilfe des SWF anlegt und der SWF dadurch hoheitliche Aufgaben erfüllt

²⁸ Hahn (Fn. 7), S. 116.

²⁹ v. Aaken (Fn. 2), S. 141; Peters (Fn. 12), Kap. 7 Rn. 6; Wefelscheid, Vollstreckungsimmunität fremder Staaten, 2012, S. 79.

³⁰ v. Aaken (Fn. 2), S. 143.

³¹ Ebd., S. 146.

³² v. Arnould (Fn. 11), Rn. 325; Fox/Webb (Fn. 34), S. 396; Herdegen, § 37 Rn. 5, 9; Hobe (Fn. 4), S. 296; Preisser (Fn. 8), S. 219 f.; Somarajah (Fn. 13), S. 272.

³³ Gaukrodger, Foreign State Immunity and foreign Government Controlled Investors, OECD Working Papers on International Investment, 2010, 1 (3, 5).

³⁴ Vgl. Fox/Webb, The Law of State Immunity, 3. Aufl. 2013, S. 371.

und deshalb einen *acta iure imperii* darstellt. Im Falle des Erwerbes von Beteiligungen an ausländischen Unternehmen durch einen SWF tritt der Staat jedoch wie ein privater Investor am Kapitalmarkt auf. SWFs investieren meist wie private Anleger in Aktien, Derivate und Kapitalanlagen mit kurzer Laufzeit. Vor dem Hintergrund der weitgehenden wirtschaftlichen Aktivität von SWFs, muss gewährleistet werden, dass ihre privaten Geschäftspartner nicht rechtsschutzlos stehen.³⁵

Aufgrund des vorwiegend kommerziellen Auftretens ist es folglich überzeugend, bei einer Handlung von einem SWF von einem *acta iure gestionis* auszugehen.³⁶ Dieses Ergebnis wird auch von einer Entscheidung des *US Court of Appeals for the Second Circuit* untermauert, der dem SWF von Kasachstan die Immunität versagte.³⁷

Gemäß Art. 15 UNCISL kann sich ein Staat zudem dann nicht auf Immunität berufen, wenn er sich an einer Gesellschaft beteiligt, welche wiederum nicht-staatliche Beteiligte hat. Letzteres ist bei der Beteiligung von SWFs in privaten Unternehmen jedenfalls nicht ausgeschlossen, da dies bereits in der Natur von privaten Aktiengesellschaften liegt. Im Ergebnis unterfallen SWFs somit nicht der Immunität ihres Heimatstaates, sondern unterliegen der Gerichtsbarkeit des Empfängerstaates.³⁸

b) Immunität im Vollstreckungsverfahren

Gleichwohl entsteht daran anknüpfend die Frage nach der Vollstreckbarkeit eines gegen den SWF erwirkten Urteils.³⁹ Teilweise wird vertreten, dass eine Erweiterung der Vollstreckungsimmunität die Begrenzung der Immunität im

³⁵ v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 325.

³⁶ Vgl. *Nakatani*, Sovereign Wealth Funds: Problems of international Law between possessing and recipient States, IRL 2015, 1 (5); *Preisser* (Fn. 8), S. 220; *Hahn* (Fn. 7), S. 116; *Sornarajah* (Fn. 13), S. 272; im Ergebnis auch v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 325; differenzierend: *Gaukrodger* (Fn. 33), S. 24 ff., 51.

³⁷ *Atlantica Holdings Inc. v. Sovereign Wealth Fund Samruk Kazyna JSC*, *US Court of Appeals for the Second Circuit*, No. 14-917.

³⁸ So auch: *Backer* (Fn. 10), S. 106; *de Meester*, International Legal Aspects of Sovereign Wealth Funds: Reconciling International Economic Law and the Law of State Immunities with a new Role of the State, EBLR 2009, 779 (812 ff.), dieser differenziert zwischen dem Staat und dessen SWF; *Nakatani*, Sovereign Wealth Funds: Problems of international Law between possessing and recipient States, IRL 2015, 1 (5); *Preisser* (Fn. 8), S. 220; *Hahn* (Fn. 7), S. 116; *Sornarajah* (Fn. 13), S. 272; im Ergebnis auch v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 325; *Gaukrodger* (Fn. 33), S. 24 ff., 51.

³⁹ Vgl. *Demeyere*, in: Nystuen u.a., Human Rights, Corporate Complicity and Disinvestment, 2010, S. 1 (15); *Wefelscheid* (Fn. 29), S. 1 ff.

Erkenntnisverfahren nivellieren würde.⁴⁰ Meist wird aber ersterer eine größere Reichweite zugesprochen als letzterer. Begründet wird dies damit, dass die Pfändung staatlichen Vermögens einen unmittelbaren und gravierenden Eingriff in die Souveränität eines Staates darstellt.⁴¹ Das Völkergewohnheitsrecht, wie durch die Art. 18 ff. UNCISI wiedergespiegelt, schützt immer noch in beachtlichem Umfang vor Zwangsmaßnahmen in fremdem Staatsgebiet.⁴² So schützt Art. 21 UNCISI bestimmte staatliche Vermögenskategorien vor dem Zugriff anderer Staaten, indem er sie als immun ausweist. Fraglich ist, ob das Vermögen eines SWF gemäß Art. 21 lit. c UNCISI als Vermögen einer „anderen Währungsbehörde“ gelten kann und auch danach Vollstreckungsimmunität genießt. Problematisch könnte dies deshalb sein, weil SWFs nicht mehr im traditionellen Sinne nur Währungen wechseln oder in Anleihen oder langfristige Kapitalanlagen investieren.⁴³ Da Ziel der SWFs häufig nicht mehr länger nur der Aufbau staatlicher Reserven für die Bevölkerung ist, sondern die Steigerung wirtschaftlichen Wohlstandes durch Spekulation, könnte das Vermögen des SWF von der Immunität ausgenommen sein. Ungeachtet der kommerziellen Transaktionen des SWF sind die Einnahmen, welche dieser generiert, allerdings staatliche Einnahmen.⁴⁴ Als Vermögen des Staates genießen die Einnahmen eines SWF nach wie vor Immunität von der Vollstreckung.⁴⁵ Der Empfängerstaat ist allein berechtigt, auf jenes Vermögen zuzugreifen, was sich in seinem Hoheitsbereich befindet.⁴⁶ Auf fremdem Hoheitsgebiet schützt die Staatenimmunität in Form von Vollstreckungsimmunität das staatliche Vermögen. Eine Vollstreckung in das Vermögen des SWF ist folglich nicht möglich.

II. Nutzungspotential von SWFs im Rahmen von *Global Governance*

Nachdem SWFs im vorigen Abschnitt völkerrechtlich eingeordnet wurden, soll nun das Nutzungspotential von SWFs im Rahmen von *Global Governance* betrachtet werden.

1. Ethisches Investment (Socially Responsible Investment – SRI)

SWFs können beispielsweise für ethisches Investment genutzt werden.

⁴⁰ So das *Schweizer Bundesgericht*, vgl. dazu *Peters* (Fn. 12), Kap. 7 Rn. 11.

⁴¹ Vgl. dazu *Peters* (Fn. 12), Kap. 7 Rn. 11.

⁴² So auch: *Herdegen* (Fn. 14), § 37 Rn. 13.

⁴³ *Fox/Webb* (Fn. 34), S. 524.

⁴⁴ *Ebd.*, S. 524.

⁴⁵ *Ebd.*, S. 524.

⁴⁶ *de Meester* (Fn. 38), S. 815 f.; *Preisser* (Fn. 8), S. 220; *Wefelscheid* (Fn. 29), S. 154.

a) Bedeutung des ethischen Investments

Eine einheitliche Definition des ethischen Investments existiert nicht. Vielmehr entwickelte sich das Verständnis von ethischem Investment im Laufe der Zeit. Bereits im 19. Jahrhundert begannen verschiedene Investoren damit, ihre Anlagetätigkeiten an ihren Vorstellungen von sittlichen oder tugendhaften Tätigkeiten auszurichten.⁴⁷ Heutzutage werden unter ethischem Investment solche Geldanlagen verstanden, die sich neben finanziellen Strategieentscheidungen auch an gewissen Standards hinsichtlich sozialer und ökologischer Verantwortung und Nachhaltigkeit orientieren.⁴⁸

(aa) Aktivreaktion: Ausübung der Eigentümerrechte

Hat ein SWF bereits Kapitalanlagen in Unternehmen getätigt, welche gegen Standards des ethischen Investments verstoßen, so hat er zwei Reaktionsmöglichkeiten.⁴⁹ Eine davon ist die aktive Beteiligung und Umstrukturierung des Unternehmens im Wege der Ausübung seiner erworbenen Eigentumsrechte. Durch diesen Ansatz soll aktiv auf die Verbesserung von Menschen- und Umweltrechtsstandards in Unternehmen hingewirkt werden.⁵⁰

(bb) Negativreaktion: Divestment

Die zweite, in ihren Auswirkungen drastischere Reaktionsmöglichkeit ist das *Divestment*. Übersetzt bedeutet *Divestment* die Veräußerung oder Zurücknahme von Kapital. Zu den bekanntesten Beispielen für *Divestment*-Kampagnen zählen die Kapitalrücknahmen zu Zeiten der Apartheid in Südafrika sowie erst kürzlich zu Zeiten der Unruhen im Sudan.⁵¹ Häufig hatten diese *Divestment*-Initiativen jedoch Gerichtsprozesse gegen die Investoren zur Folge.⁵² Auch ein SWF als Investor wäre vor solchen Prozessen im Falle eines unrechtmäßigen oder willkürlichen *Divestments* nicht durch Immunität geschützt.⁵³

⁴⁷ Dabei wurde die Anlage von Kapital in Alkohol, Tabak oder Tätigkeiten vermieden, die im Zusammenhang mit Spielsucht standen; vgl. *Ghabramani* (Fn. 5), S. 87.

⁴⁸ *Ghabramani* (Fn. 5), S. 87; *Richardson/Lee*, in: Bassan, *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, 2015, S. 389 ff.

⁴⁹ Vgl. *Chesterman*, *The Turn to Ethics: Disinvestment from Multinational Corporations for Human Rights Violations – the Case of Norway’s Sovereign Wealth Fund*, *AUILR* 2008, 577 (588); *Follesdal*, in: Bohoslavsky u.a., *Making Sovereign Financing and Human Rights Work*, 2014, S. 323 (324).

⁵⁰ Für eine Bevorzugung des „*shareholder activism*“: *Ghabramani* (Fn. 5), S. 93.

⁵¹ *Ebd.*, S. 13.

⁵² *Ramsey*, *International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation*, *HJIL* 50 (2009), 272 (272 ff.).

⁵³ Siehe oben **B. I. 4. a).**

Im Hinblick auf die Effektivität des *Divestment* erscheint fraglich, ob es teilweise nicht zielführender ist, das Verhalten des Unternehmens durch aktiven Dialog und die Ausübung von Eigentumsrechten zu beeinflussen.⁵⁴ Die Ausrichtung an völkerrechtskonformem Handeln kann im Einzelfall so eher erreicht werden als durch striktes *Divestment*, was dem Unternehmen sowohl das Kapital entziehen, als auch die Reputation ruinieren kann und damit eine Verbesserung seiner Standards häufig unmöglich macht. *Divestment* sollte die *ultima ratio* darstellen. Diese Konzeption liegt auch dem zweiten Prinzip der UNPRI zugrunde. Gleichwohl ist in Fällen gravierender Menschenrechtsverletzungen das *Divestment* oft die vorzuziehende Alternative für SWFs. *Divestment* setzt ein klares Zeichen gegen die Missachtung von Menschenrechtsstandards und schließt damit auch eine Mitschuld des SWF-Heimatstaates aus.⁵⁵

b) SWFs als Vorreiter des Menschenrechts- und Umweltrechtsschutzes

Das Konzept des ethischen Investments bietet weiterhin die Chance, dass SWFs eine internationale Vorbildfunktion erfüllen.⁵⁶ Richtet ein SWF seine Anlageentscheidungen an ihrer ökologischen und ethischen Vertretbarkeit aus, so kann dies als Orientierung für andere Anleger (sowohl private als auch staatliche) dienen. Es entsteht ein positiver Druck, bei Kapitalanlagen die ethische Vertretbarkeit mit zu berücksichtigen. Auf diese Weise kann den Menschenrechten und dem Umweltrecht zu größerer Geltung verholfen werden.

Abgesehen von der Einflussnahme auf andere Anleger können interne Leitlinien für SWFs auch neue Instrumente mittelbarer Einflussnahme auf das Unternehmensverhalten im Sinne der Menschenrechte und anderer internationaler Belange sein.⁵⁷

c) Paradebeispiel Norwegen

Das Paradebeispiel für einen SWF, welcher sein Handeln und seine Anlageentscheidungen an der Konformität mit Menschenrechten und anderen ethischen Belangen ausrichtet, ist der Norwegische Staatsfonds (GPF – *Government*

⁵⁴ Demeyere (Fn. 39), S. 29.

⁵⁵ Cummine (Fn. 6), S. 176, die gleichzeitig mit der Verwicklung der Staatsbürger des SWF Heimatstaates in die Investitionen des SWF argumentiert.

⁵⁶ So auch Cummine (Fn. 6), S. 169; Karametaxas, Promoting Responsible Investing: Rethinking International Frameworks for Sovereign Wealth Funds, BerkeleyJILB, <http://berkeleytravaux.com/promoting-responsible-investing-rethinking-international-frameworks-sovereign-wealth-funds/> (zuletzt abgerufen: 12.12.2017); Munari, in: Bassan, Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law, 2015, S. 338 ff.; Rajavunori (Fn. 10), S. 30 i.V.m. Fn. 210.

⁵⁷ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2014, § 4 Rn. 75.

Pension Fund Global).⁵⁸ Dieser stellt zugleich auch den aktuell weltweit größten Staatsfonds dar.⁵⁹ Norwegens SWF besitzt interne Richtlinien, die festlegen, welche Unternehmen von Investitionen des Fonds ausgeschlossen sind.⁶⁰ Dies wird sowohl allgemein für bestimmte Bereiche wie beispielsweise die Rüstungsindustrie, als auch konkret namentlich festgelegt. Dabei veröffentlicht der GPFG sog. *Blacklists*, auf denen die Namen jener Unternehmen auftauchen, denen der SWF ein Investment vorenthält. Außerdem existiert eine explizite nationalrechtliche Verpflichtung, die Investitionstätigkeiten an SRI-Grundsätzen auszurichten.⁶¹ Norwegen gehört auch zu den Unterzeichnern der UNPRI.

2. Unterstützung von Entwicklungsländern mit Hilfe von SWFs

Abgesehen von ihrer Rolle im Bereich des ethischen Investments könnten SWFs zur Unterstützung von Entwicklungsländern genutzt werden.

a) Zwischenschalten Internationaler Organisationen

So könnten Gelder der SWFs für Investitionen in Entwicklungsländern unter der Schirmherrschaft Internationaler Organisationen genutzt werden.

(aa) Bereits bestehende Institute im Bereich der Entwicklungshilfe

Zunächst werden kurz die wichtigsten bereits bestehenden internationalen Institute im Bereich der Entwicklungshilfe dargestellt.

(1) *International Monetary Fund* (IMF)

Der *International Monetary Fund* (IMF) ist eine Sonderorganisation der UN und damit eine Internationale Organisation. Zu seinen Aufgaben zählt die Vergabe von Krediten an Entwicklungsländer.⁶²

⁵⁸ *Armstrong*, Sovereign Wealth Funds and Global Justice, EIA 2013, 413 (414); *Backer* (Fn. 10), S. 113, 142 ff.; *Cummine* (Fn. 6), S. 164, 172; *Follesdal* (Fn. 49), S. 323; *Ghahramani* (Fn. 5), S. 91; *Herdegen* (Fn. 57), § 4 Rn. 75; *Nakatani* (Fn. 38), S. 9.

⁵⁹ Siehe Ranking der Sovereign Wealth Funds (Fn. 4).

⁶⁰ Zu den Richtlinien: <https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fin/statens-pensjonsfond/formelt-grunnlag/guidelines-for-observation-and-exclusion-from-the-gpfg---17.2.2017.pdf> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017);

zu den betroffenen Unternehmen: <https://www.nbim.no/en/responsibility/exclusion-of-companies/> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁶¹ *Cummine* (Fn. 6), S. 172; eine solche Regelung haben weltweit sonst nur der SWF von Neuseeland und der im Jahr 2012 gegründete SWF in Papua Neu-Guinea. *Cummine* kritisiert allerdings die neuseeländische Regelung (S. 174) und behauptet, diese sei nur zu Vermeidung von Reputationsrisiken eingeführt worden.

⁶² v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 1011, *Schlemmer-Schulte*, in: Wolfrum, MPEPIL, 2014, Rn. 59.

(2) *International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)*

Die *International Bank for Reconstruction and Development (IBRD)* ist die Weltbank im engeren Sinne.⁶³ Sie ist wie auch der IMF eine Sonderorganisation der UN. Die IBRD hat die Aufgabe der Förderung der Entwicklung wirtschaftlich rückständiger Staaten, zum Beispiel im Wege festverzinslicher Projektdarlehen oder der Beteiligung an Krediten.⁶⁴ Die *International Finance Corporation (IFC)* ist Teil der Weltbankgruppe. Die IFC hat sich darauf spezialisiert, private Unternehmen in Entwicklungsländern zu fördern. Die *International Finance Corporation Asset Management Company (IFCAMC)* ist seit 2009 eine Unterorganisation der IFC, welche institutionelle Gelder über verschiedene Fonds in Entwicklungsprojekte investiert.

(3) *Capital Development Fund (UNCDF) & Population Fund (UNFPA)*

Der *Capital Development Fund (UNCDF)* und der *Population Fund (UNFPA)* sind Nebenorgane der UN und wurden von der Generalversammlung gegründet. Aufgabe des UNCDF ist, gezielte Kapitalinvestitionen zur Armutsminderung in besonders armen Ländern der Welt zu tätigen. Der UNFPA stellt den weltweit größten Fonds zur Finanzierung von Bevölkerungsprogrammen dar. Die Gelder beider Fonds setzen sich dabei aus freiwilligen Beiträgen der UN-Mitglieder zusammen.⁶⁵

(bb) Verwaltung von SWF Geldern über eine *Multilateral Sovereign Investment Agency (MSIA)*

„*Polymakers have come to believe that poor countries are better served by private investment than traditional development assistance.*“⁶⁶

Herkömmliche Entwicklungshilfe trug häufig weniger zur Verbesserung der Lage in den Entwicklungsländern bei als gewünscht. Oft führte sie sogar zur Reduktion des Wohlbefindens der Bürger. Auswirkungen waren häufig Korruption und die Bereicherung der Staatsoberhäupter anstelle der Verbesserung menschenrechtlicher Standards.⁶⁷ Aus diesem Grund erwägt ein neuer Ansatz die Schaffung eines zentralen Anlagevehikels, das herkömmliche Entwicklungs-

⁶³ *Hobe* (Fn. 4), S. 395; *Peters* (Fn. 12), Kap. 9 Rn. 65.

⁶⁴ *v. Arnould* (Fn. 11), Rn. 1016; *Hobe* (Fn. 4), S. 395.

⁶⁵ Siehe www.unfpa.org/data/donor-contributions sowie www.uncdf.org/governance-and-funding (jeweils zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁶⁶ *Bryant*, IFC Looks to Wealth Funds for African Assistance, *Financial Times* (14.4.2008); *Keenan/Ochoa*, The Human Rights Potential of Sovereign Wealth Funds, *GJIL* 2009, 1151 (1151).

⁶⁷ *Keenan/Ochoa* (Fn. 66), S. 1163.

hilfe durch Privatinvestitionen ersetzen soll.⁶⁸ Unter der Schirmherrschaft der IBRD soll eine Organisation namens *Multilateral Sovereign Investment Agency* (MSIA) entstehen, durch die SWFs weltweit zumindest einen Teil ihres Anlagevermögens schleusen.⁶⁹ Das gebündelte Vermögen soll in kleine oder mittelgroße afrikanischen Unternehmen investiert werden, um dort zum wirtschaftlichen Wachstum beizutragen.⁷⁰ Primärer Vorteil einer solchen MSIA wäre, dass die Empfänger der Vermögensleistungen nicht mehr länger Staaten, sondern unmittelbar private Unternehmer wären.⁷¹ Wenn auch der Ansatz über gezielte private Investitionen sinnvoll erscheint, fragt sich, wo der zentrale Unterschied einer MSIA zu den bereits bestehenden Instituten liegen soll. Der UNCDF und der UNFPA tätigen bereits Investitionen in kleine und mittlere Unternehmen in Entwicklungsländern.⁷² Allerdings erfolgen alle Leistungen des UNCDF im Rahmen von bereits etablierten Entwicklungshilfeprogrammen. Auch die IFC fördert bereits private Unternehmen durch Direktinvestitionen. Finanziert wird die IFCAMC dabei bereits u.a. durch führende SWFs.⁷³ An den Investitionen, welche durch die IFC getätigt werden, wird aber teilweise kritisiert, dass die IFC hauptsächlich in Großprojekte investiere.⁷⁴ Insgesamt ist die Idee einer MSIA zwar kein neuer, aber dennoch ein begrüßenswerter Ansatz, wie man Gelder von SWFs im Rahmen von *Global Governance* nutzen kann, um Entwicklungshilfe durch Investitionen in private Unternehmen zu leisten.

b) Besteuerung von Ressourcenfinanzierten SWFs

Ein anderer Ansatz setzt bei der Besteuerung der Gelder von SWFs an, welche vornehmlich aus natürlichen Ressourcen stammen.⁷⁵ Die Steuereinnahmen sollten dann wiederum zur Finanzierung von Entwicklungsprojekten in Entwicklungs- und Schwellenländern benutzt werden. Die mitunter philosophischen Fragen, welche dabei gestellt werden müssen, betreffen das Verständnis von globaler Gerechtigkeit: Ist die Verteilung natürlicher Ressourcen willkürlich und sollten deshalb die Einnahmen von SWFs dafür verwendet werden, globale Armut zu bekämpfen und weltweite Ungleichheiten zu reduzieren?⁷⁶ Mit

⁶⁸ Keenan/Ochoa (Fn. 66), S. 1152 ff.

⁶⁹ Ebd., S. 1154, 1167.

⁷⁰ Ebd., S. 1167, 1179.

⁷¹ Ebd., S. 1161, 1172 f.

⁷² Vgl. dazu <https://uncdf-cdn.azureedge.net/media-manager/77899> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁷³ Siehe <https://www.ifcamc.org/about-us> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁷⁴ Keenan/Ochoa (Fn. 66), S. 1174.

⁷⁵ Armstrong (Fn. 58), S. 413 ff.

⁷⁶ Ebd., S. 414 ff., der auch darauf hinweist, dass die Ressourcenverteilung deshalb nicht gänzlich willkürlich ist, weil neben den originären Vorkommnissen der nachhaltige Umgang mit Ressourcen und deren Erhaltung bedacht werden müssten.

Sicherheit bieten SWFs schon aufgrund ihres beachtlichen Vermögens ein großes Potential hinsichtlich der Unterstützung von Entwicklungsländern.⁷⁷ Allerdings wäre eine Besteuerung der Gelder aus den SWFs nicht unproblematisch im Hinblick auf die Souveränitäts- und Selbstbestimmungsrechte der Staaten, auf deren Territorium sich die Rohstoffvorkommnisse befinden. Es entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen nationalstaatlicher Selbstbestimmung und globaler Gerechtigkeit.⁷⁸ Gerade aus diesem Grund wird das Konzept der Besteuerung von SWFs realistisch gesehen in naher Zukunft nicht verwirklicht werden.⁷⁹

III. Völkerrechtliche Probleme von SWFs und Lösungsmöglichkeiten

Gerade weil SWFs in den letzten Jahren ein rasantes Wachstum erfuhren, rückt die Frage nach ihren Risiken und ihrem Schädigungspotential auf völkerrechtlicher Ebene in den Fokus der Betrachtung. Im Folgenden sollen völkerrechtliche Probleme, die sich in Bezug auf SWFs ergeben, sowie etwaige Lösungsmöglichkeiten aufgezeigt werden.

1. Bedrohung der Staatssouveränität des Empfängerstaates durch politisch-strategische Investitionen

Das erste Problem stellt die Bedrohung der Staatssouveränität des Empfängerstaates durch politisch strategische Investitionen dar.

a) Problemdarstellung – SWFs als „Trojanische Pferde“?

Schon *John Maynard Keynes* erkannte im Jahr 1933, dass internationale Geldflüsse immer politischer Natur sind.⁸⁰ Auch die Investitionsstrategien von SWFs können nicht nur rein wirtschaftlich, sondern vielmehr politisch-strategisch geprägt sein. Ist dies der Fall, könnten SWFs unter Umständen eine Bedrohung der Staatssouveränität des Empfängerstaates darstellen.⁸¹

Der Grundsatz der politischen Unabhängigkeit, der die freie Wahl des politischen, sozialen und wirtschaftlichen Systems garantiert, ist unmittelbarer Ausfluss des Prinzips der souveränen Staatengleichheit, Art. 2 Abs. 1 UN-Charta.⁸²

⁷⁷ *Armstrong* (Fn. 58), S. 424.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 422.

⁷⁹ Eine Conclusio, die auch der Vertreter selbst zieht: *Ebd.*, S. 426.

⁸⁰ *J. M. Keynes*, National Self-Sufficiency, *YaleR* 22 (1933), 755 (755 ff.); vgl. auch *Gilson/Milhaupt* (Fn. 4), S. 1345.

⁸¹ *Gilson/Milhaupt* (Fn. 4), S. 1345; *Wong*, Sovereign Wealth Funds and the Problem of Asymmetric Information: The Santiago Principles and International Regulations, *BJIL* 2009, 1080 (1097).

⁸² *Kempen/Hillgruber* (Fn. 26), § 32 Rn. 7.

In dieser Hinsicht sind Staaten auch gegen wirtschaftliche Zwangs- oder Druckmittel geschützt.⁸³ Gerade bei Direktinvestitionen, die aus dem Eigentum ausländischer Staaten stammen, liegt die Sorge nahe, dass nicht nur unternehmerische Ziele verfolgt werden, sondern politischer Druck auf den Empfängerstaat der Investition ausgeübt wird oder strategische Ziele verfolgt werden.⁸⁴ Die öffentliche Debatte dreht sich vor allem um die Befürchtung, dass ausländische SWFs Schlüsselindustrien und Infrastruktur anderer Volkswirtschaften übernehmen oder große Unternehmensbeteiligungen politisch missbrauchen.⁸⁵ Hält ein SWF bedeutende Anteile an einem Unternehmen, so kann er dies als Druckmittel in diplomatischen Verhandlungen nutzen.⁸⁶ Ein Beispiel sind chinesische und russische Staatsfonds, die wesentliche Anteile an westlichen Konzernen und damit erhebliche strategisch-politische Handlungsspielräume erwerben.⁸⁷ Dabei soll insbesondere auf die Gefahr chinesischer Industriespionage und russischer Investitionen in den Energiesektor hingewiesen werden.⁸⁸

Im Jahr 2006 beispielsweise erhöhte das russische Erdgasunternehmen *Gazprom* den Preis für Erdgas gegenüber der Ukraine um über 400 Prozent, was eine Finanzkrise in der Ukraine auslöste. Kritiker bezweifelten die reine wirtschaftliche Intention und sahen in der Preiserhöhung der staatlichen Gesellschaft eine Reaktion auf den pro-westlichen politischen Kurs der Ukraine.⁸⁹ Bei *Gazprom* handelt es sich zwar nicht um einen SWF, sondern um eine PAO, eine russische öffentliche Aktiengesellschaft, welche mehrheitlich im Staatseigentum steht. Dennoch verdeutlicht das Beispiel die Problematik des politischen Einflusses staatlicher Unternehmen. Erwähnenswert sind zudem die antizyklischen

⁸³ *Kempen/Hillgruber* (Fn. 26), § 32 Rn. 17, Rn. 8, „erweiterter Interventionsbegriff“.

⁸⁴ v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 993; *Backer* (Fn. 10), S. 170; *Bean* (Fn. 3), S. 75; *Rose*, *Sovereigns as Shareholders*, NCLR 2008, 101 (111 f.); *Sornarajah* (Fn. 13), S. 277; *Tietje* (Fn. 23), Kap. 13, XI, Rn. 12; a.A. *Keller*, *Sovereign Wealth Funds: Trustworthy Investors or Vehicles of Strategic Ambition?*, GJLPP 2009, 333 (335), die behauptet, dass die meisten Befürchtungen in Bezug auf SWFs rein hypothetisch und Resultat des mangelnden Verständnisses der Investmentvehikel sind.

⁸⁵ *Nakatani* (Fn. 38), S. 2; *Preisser* (Fn. 8), S. 53; *Schäfer/Voland*, *Staatsfonds: Die Kontrolle ausländischer Investitionen auf dem Prüfstand des Verfassungs-, Europa- und Welthandelsrecht*, EWS 2008, 166 (167).

⁸⁶ *Cooke* (Fn. 8), S. 737; *Sandor* (Fn. 5), S. 955 ff.

⁸⁷ *Bayer/Obler* (Fn. 7), S. 19; *Preisser* (Fn. 8), S. 54; *Hong* dagegen bezeichnet die Skepsis gegenüber des chinesischen SWF als unbegründet, *Depoliticization and regulation of Sovereign Wealth Funds: A Chinese Perspective*, *AsianJIL* 2011, 403 (403 f.).

⁸⁸ *Preisser* (Fn. 8), S. 54; *Rose* (Fn. 84), S. 112 f., 166 nennt noch weitere Szenarien.

⁸⁹ *Gutin*, *Regulating Sovereign Wealth Funds in the US: A Primer on SWFs and CFIUS*, *FIU Law* 2010, 745 (757 f.); *Preisser* (Fn. 8), S. 55.

Investitionen des norwegischen Staatsfonds in Indien⁹⁰ zu Zeiten, in denen private Anleger ihr Kapital entzogen. Auch hier wurde vermutet, dass der SWF strategische Ziele verfolgte.

b) Lösung über Entzug der Stimmrechte?

Wie verhindert man nun, dass ein SWF bei seiner Investition in ausländische Unternehmen politisch-strategische Ziele verfolgt? Wenn ein SWF beabsichtigt, ein Unternehmen des Gaststaates aus strategischen Gründen unter seine Kontrolle zu bringen, wird er seine wahre Intention niemals offenlegen.⁹¹ Ein Lösungsansatz setzt auf der Ebene der Unternehmensführung an, indem er vorschlägt, dem SWF das Stimmrecht zu entziehen.⁹²

Der Einfluss eines SWFs hängt zu einem großen Teil von seiner Fähigkeit ab, seine Stimmrechte innerhalb eines Unternehmens auszuüben. Konsequenter Schluss daraus sei also, dass einem strategischen Anlageverhalten dadurch vorgebeugt werden könne, dass man die Stimmrechte des SWF beschränkt.⁹³ Dies würde allerdings zu einer erheblichen Wertminderung der SWF-Anteile führen. Die Konsequenz daraus wäre wiederum eine Abschreckung der SWFs, welche diese von weiteren Investitionen abhalten würde.⁹⁴ Also vermag dieser Lösungsansatz kaum zu überzeugen.

2. Unterstützung von Menschen- und Umweltrechtsmissachtungen

Ein weiteres Problem stellt die (mitunter) finanzielle Unterstützung von Menschen- und Umweltrechtsmissachtungen durch SWFs dar. Das Problem taucht in unterschiedlichen Ausprägungen auf.

a) Problemdarstellung

Ein beachtliches Risiko von SWFs besteht in der möglichen Investition in solche Unternehmen, die Menschenrechte missachten. Zwar sind private Unternehmen nicht menschenrechtsverpflichtet, sondern grundsätzlich selbst Träger der Rechte.⁹⁵ Es ist vorrangig die Pflicht der Staaten, ihre Bürger vor Menschenrechtsverletzungen zu schützen⁹⁶ und Rechtsschutz zu gewährleisten.

⁹⁰ Backer (Fn. 10), S. 170.

⁹¹ Nakatani (Fn. 38), S. 2.

⁹² Vgl. Gilson/Milhaupt (Fn. 4), S. 1364.

⁹³ Ebd., S. 1364.

⁹⁴ Gilson/Milhaupt (Fn. 4), S. 1364 üben selbst Kritik an ihrem Ansatz; Rose (Fn. 84), S. 120 merkt an, dass SWF meist nur Minderheiteneigentümer sind.

⁹⁵ So jedenfalls im ICCPR, die EMRK schützt indes teilweise auch juristische Personen.

⁹⁶ Vgl. 1. Prinzip der UNGP; Peters (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 59; dies., Beyond Human Rights, The Legal Status of the Individual, in International Law, 2016, S. 339.

Dennoch sollen Wirtschaftsunternehmen unabhängig von positiv-rechtlicher Verantwortung die Menschenrechte respektieren und achten.⁹⁷ Diverse Unternehmen weltweit missachten jedoch Menschenrechte.⁹⁸ Durch die Versorgung solcher Unternehmen mit Kapital wird deren Nährboden gebildet und die Missachtung vereinfacht oder gar gefördert. Die Bereitstellung von Kapital an falscher Stelle stützt z.B. Unternehmen mit schlechten Arbeitsbedingungen wie etwa mangelndem Gesundheitsschutz, mangelnder Arbeitssicherheit oder auch Kinder- und Zwangsarbeit. Somit tragen die SWFs durch die Finanzierung solcher Unternehmen zu der Missachtung der Menschenrechte bei.⁹⁹

Außerdem besteht die Gefahr, dass SWFs ihre Gelder an falscher Stelle in die Rüstungsindustrie investieren. Das dort investierte Geld könnte für eine unkontrollierte Herstellung chemischer oder auch atomarer Waffen sorgen, was ebenfalls mittelbar zu Menschenrechtsverletzungen beitragen kann.

Ein weiteres Problem stellt die finanzielle Unterstützung menschenrechtswidrig handelnder Regime durch SWFs dar. Als Beispiele seien die Unterstützung der argentinischen Militärregierung in den Jahren 1976 bis 1983 und die Unterstützung der totalitären Diktatur Pinochets in Chile genannt.¹⁰⁰ Wenn es sich hier auch nicht direkt um die Unterstützung durch Gelder aus SWFs handelt, so verdeutlichen diese Beispiele dennoch den negativen Einfluss, den die finanzielle Unterstützung von Diktaturen hat. Wenn auch nur mittelbar, so trugen die Fördermittel erheblich zu der Verletzung von Menschenrechten, politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rechten zu Zeiten der Diktatur und sogar darüber hinaus bei.¹⁰¹ Sofern die Investitionen des SWFs ein menschenrechtswidrig handelndes Regime unterstützen, können SWFs folglich „Beihilfe“ zu Menschenrechtsverletzungen leisten.¹⁰²

Dieselben Probleme ergeben sich im Hinblick auf die Missachtung von Umweltrecht durch Unternehmen, in die ein SWF investiert. Globalisierung bedeutet

⁹⁷ Vgl. 2. Prinzip der UNGP; *Cernic*, in: Bohoslavsky, Making Sovereign Financing and Human Rights Work, 2014, 139 (151 ff.), *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 59; *dies.*, (Fn. 96), S. 339; erst am 21.2.2017 wurde von der französischen Nationalversammlung ein Gesetzesentwurf verabschiedet, welcher den französischen Unternehmen unmittelbare *Due Dilligence* Pflichten in Bezug auf die Achtung der Menschenrechte auferlegt, vgl. „*loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*“.

⁹⁸ *Cernic* (Fn. 97), S. 147.

⁹⁹ *Mc Corquodale/Simons*, Responsibility beyond Borders: State Responsibility for extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law, *ModernLR* 70, (2007), 598 (599) allg. zu staatlicher Finanzierung.

¹⁰⁰ *Cernic* (Fn. 97), S. 141; *Sornarajah* (Fn. 13), S. 277, m.w.N.

¹⁰¹ *Cernic* (Fn. 97), S. 141.

¹⁰² Vgl. *dies.* für Investitionen durch MNU *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 56.

nicht nur ein Plus an Möglichkeiten, sondern auch ein Plus an Konkurrenz. Eine gesteigerte Mobilität geht mit einer zunehmenden Standortkonkurrenz für die Staaten einher. Hierbei entsteht die Gefahr eines *race to the bottom* hinsichtlich sozialer Standards und Umweltstandards.¹⁰³ Möchte ein Unternehmen ein attraktives Anlageziel für Investoren darstellen, so muss es konkurrenzfähig sein. Dies wird teilweise dadurch gewährleistet, dass zu Sparmaßnahmen gegriffen wird, die gegen globale Umweltstandards verstoßen. Dabei bleibt solches Umweltrecht unberücksichtigt, welches die Bewahrung von Flora und Fauna, die Erhaltung natürlicher Ressourcen sowie der globalen Gewässer und der Atmosphäre, die Prävention von Klimawandel und Landabtragungen sowie die Vermeidung des Verlusts der Biodiversität und die Beeinträchtigungen von Ökosystemen weltweit als Regelungsziel hat.¹⁰⁴

b) Völkerrechtliche Verantwortlichkeit des SWF-Heimatstaates

Vor dem Hintergrund der regierungsnahen Natur von SWFs kommt die Frage auf, inwiefern der innehabende Staat im Falle von Völkerrechtsverstößen nach internationalem Recht verantwortlich ist. Jedenfalls gilt es zu beachten, dass in den in Rede stehenden Fällen weder die Staaten, noch die SWFs selbst, sondern die Unternehmen, in die die SWFs investierten, die Rechtsbrüche begehen.¹⁰⁵ Führen also die Investitionen der SWFs in Unternehmen oder Regime, denen vorgeworfen wird, Menschenrechte zu missachten, zu einer Verantwortlichkeit des Staates, zu dem der SWF gehört? Voraussetzung für die Verantwortlichkeit eines Staates ist, dass die Handlung dem Staat zugerechnet werden kann und die Handlung die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht darstellt. Eine Verantwortlichkeit kann sich aus den *Articles on Responsibility of States (ARS)* der *International Law Commission (ILC)* ergeben, welche Gewohnheitsrecht kodifizieren.¹⁰⁶ Die Anwendbarkeit der ARS auf Menschenrechtsverpflichtungen ist allgemein anerkannt.¹⁰⁷ Im Folgenden wird die Verantwortlichkeit für innerstaatliche sowie grenzüberschreitende Investitionen geprüft.

(aa) Staatliche Schutzpflicht bei innerstaatlichen Investitionen

Verstoßen Unternehmen gegen Völkerrecht, ist der Staat auf dessen Territorium die Verletzung geschieht grundsätzlich zum Schutz der eigenen Bürger verpflichtet.¹⁰⁸ Dies gilt auch dann, wenn Staatsfonds in diese Unternehmen

¹⁰³ Vgl. dies allgemein für MNU anmerkend *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 56.

¹⁰⁴ In Orientierung an Maßnahmen in Bezug auf den UN *Global Compact*.

¹⁰⁵ *Richardson* (Fn. 23), S. 370.

¹⁰⁶ *v. Arnould* (Fn. 11), Rn. 378; *Peters* (Fn. 12), Kap. 13 Rn. 2 f.

¹⁰⁷ *Mc Corquodale/Simons*, (Fn 99), S. 601; siehe auch Kommentare zu den ARS.

¹⁰⁸ Vgl. *Demeyere* (Fn. 39), S. 7.

investiert haben. Neben der klassischen *Responsibility to Protect* bestehen allgemeine Schutz- und Verhinderungspflichten des Staates für Völkerrechtsverletzungen auf seinem Hoheitsgebiet.¹⁰⁹ Kommt ein Staat diesen nicht nach, so begründet dies eine Verantwortlichkeit nach völkerrechtlichem Delikt.¹¹⁰

(bb) Verantwortlichkeit bei grenzüberschreitenden Investitionen

Es stellt sich die Frage, ob der Heimatstaat eines SWFs auch bei grenzüberschreitenden Investitionen zur Verantwortung gezogen werden kann. Drei Konstruktionen sind denkbar, um diese Verantwortlichkeit zu begründen. Erstens könnte der Staat eigene Pflichten verletzen. Zweitens könnte dem Staat die Pflichtverletzung eines SWFs zugerechnet werden. Schließlich könnte dem Staat die Pflichtverletzung eines Unternehmens zugerechnet werden.

(1) Verantwortlichkeit für Verletzung einer eigenen Schutzpflicht

Für eigenes Handeln ist der Staat verantwortlich, sofern es einen Verstoß gegen eine völkerrechtliche Pflicht darstellt. Es müsste also eine Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht durch den Staat vorliegen. Der Staat schuldet eine angemessene Sorgfalt bei der Verhütung von Völkerrechtsverstößen durch Private (*Due Dilligence*).¹¹¹ Dies gilt vor allem, wenn Private von seinem Hoheitsgebiet aus Rechte anderer Staaten verletzen. Auf diese spezielle Situation begrenzt entstehen eigene staatliche Schutzpflichten, deren Missachtung den Vorwurf eines originären Unterlassens begründen.¹¹²

Die traditionellen internationalen Völkerrechtsprinzipien sind jedoch weitgehend in der Vorstellung von einer Welt souveräner Staaten verankert.¹¹³ Nach dieser Vorstellung trägt jeder Staat die Verantwortung für die Handlungen, die auf seinem Territorium stattfinden und nur in Einzelfällen für Handlungen, die zwar außerhalb seines Gebietes aber innerhalb seiner Herrschaftsgewalt stattfinden. Rechtsbrüche, welche auf fremdem Territorium begangen werden, begründen somit primär eine Verantwortlichkeit für den Staat, in welchem der Rechtsbruch geschieht.¹¹⁴ Dieses Prinzip liegt auch dem Art. 2 des *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) zugrunde. Der Staat, zu welchem

¹⁰⁹ Vgl. auch Art. 2 Abs. 1 ICCPR; *Peters* (Fn. 12), Kap. 13 Rn. 23; Eingriffe anderer Staaten wegen Verletzung der *Responsibility to Protect* dürfen nur in Fällen schwerster Menschenrechtsverbrechen vorgenommen werden: Völkermord, Kriegsverbrechen und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, vgl. dazu *Peters* (Fn. 12), Kap. 12 Rn. 78.

¹¹⁰ *Herdegen* (Fn. 14), § 41, Rn. 28, § 58, Rn. 1 ff.

¹¹¹ *v. Arnould* (Fn. 11), Rn. 407; *Mc Corquodale/Simons* (Fn. 99), S. 618; *Richardson*, (Fn. 23), S. 370.

¹¹² *v. Arnould* (Fn. 11), Rn. 406; *Demeyere* (Fn. 39), S. 23; *Peters* (Fn. 12), Kap. 13 Rn. 22.

¹¹³ *Demeyere* (Fn. 39), S. 20.

¹¹⁴ *Chesterman* (Fn. 49), S. 596.

der SWF gehört, trägt hingegen nach traditionellem Verständnis keine Verantwortlichkeit im Falle der Missachtung von Völkerrecht durch Unternehmen, in welche investiert wurde.¹¹⁵ Der Anwendungsbereich staatlicher Schutzpflichten verbleibt nach derzeitigem Stand rein territorial.¹¹⁶

(2) Verantwortlichkeit des Staates für Handeln des SWF

Es stellt sich die Frage, ob der SWF-Heimatstaat für das Handeln des SWF verantwortlich sein kann. Hierfür müssten zwei Voraussetzungen vorliegen. Einerseits müssten die Investitionen des SWF völkerrechtswidriges Verhalten darstellen. Andererseits müsste dieses Verhalten dem Staat zurechenbar sein.

(a) Zurechnung gemäß Art. 4 ARS – SWFs als Staatsorgane?

Es stellt sich die Frage, ob ein SWF ein Staatsorgan darstellt, dessen Handeln dem Staat gemäß Art. 4 ARS zugerechnet wird. Von einigen wird dies unstreitig vorausgesetzt.¹¹⁷ Jedenfalls ist es überzeugend, bei der Ausgestaltung eines SWF als unmittelbare Vermögensanlage in Staatseigentum ohne eigene Rechtspersönlichkeit, dem Staat das Handeln desselben zuzurechnen.

(b) Zurechnung gemäß Art. 5 ARS – Formalrechtliche Ermächtigung

Aus Art. 5 ARS ergibt sich, dass auch das Handeln von *de-facto*-Organen, die kraft staatlicher Ermächtigung hoheitliche Aufgaben erfüllen, dem Staat zugerechnet wird. *De-facto*-Organe sind solche Institute, die formalrechtlich zur Ausübung öffentlicher Funktionen ermächtigt wurden. Es ist davon auszugehen, dass SWFs von ihrem Heimatstaat formalrechtlich zur Ausübung hoheitlicher Aufgaben ermächtigt werden. Eine Zurechnung des Handelns der SWFs ist folglich entweder nach Art. 4 oder Art. 5 ARS möglich.

(c) Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht

Fraglich ist, ob die Investition eines SWFs in Unternehmen, die Menschen- und Umweltrechte missachten, eine völkerrechtliche Pflicht verletzt. Die Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht kommt zum einen aufgrund von Vertragsbrüchen in Frage.¹¹⁸ Es kommt durchaus in Betracht, dass ein Staat sich durch internationalen Vertrag dazu verpflichtet hat, nicht in solche Unternehmen zu investieren, die im Widerspruch zu den vertraglichen Regelungen stehen. Zwar gibt es derzeit keine Verträge, die explizit verbieten, in Unternehmen zu investieren, die Menschen- oder Umweltschutzverstöße begehen. Gleichwohl gibt es

¹¹⁵ Demeyere (Fn. 39), S. 19.

¹¹⁶ Ebd., S. 29.

¹¹⁷ Ebd., S. 15 f.; Karametaxas (Fn. 56); Richardson (Fn. 23), S. 370.

¹¹⁸ Demeyere (Fn. 39), S. 21 f.; Richardson (Fn. 23), S. 371.

einige Verträge, aus deren Zweck eine solche Verpflichtung möglicherweise mittelbar resultiert.¹¹⁹ Solche Klauseln finden sich etwa in waffenbezogenen Verträgen, die es verbieten, sanktionierte Tätigkeiten eines Staates, wie die Produktion oder Entwicklung von Waffen, in irgendeiner Art zu unterstützen oder zu fördern.¹²⁰ Als Beispiel für solche Verträge seien die Wirtschaftssanktionen gegen den Iran zu Zeiten des Verdachts auf Produktion von Nuklearwaffen genannt. Abgesehen von diesen Einzelfällen kann ein Staat für die bloße Tatsache, dass er eine Investition in ein völkerrechtswidrig agierendes Unternehmen getätigt hat, derzeit nicht zur Verantwortung gezogen werden.¹²¹ Allein die Tatsache, dass ein SWF Anteile an Unternehmen erwarb, welche Völkerrecht missachten, kann somit noch keinen Pflichtverstoß darstellen.¹²²

(3) Verantwortlichkeit des Staates für Handeln der Unternehmen

Schließlich kommt eine Verantwortlichkeit des Staates für das Handeln eines ausländischen Unternehmens, in das der SWF investierte, infrage. Auch hier müssen wieder Zurechnung und Pflichtverletzung geprüft werden.¹²³ Die Grundregel besagt, dass das Verhalten Privater dem Staat nicht zugerechnet werden kann.¹²⁴ Ausnahmen davon werden in Kapitel II der ARS aufgelistet, in welchem bestimmt wird, wann dennoch zugerechnet wird.

Zwar kann man der Ansicht sein, dass SWFs *de-facto*-Organe darstellen, dies gilt aber keinesfalls für die Unternehmen, in welche sie investieren. Der SWF selbst mag zwar zur Ausübung hoheitlicher Aufgaben formalrechtlich ermächtigt sein, nicht aber die meist sogar ausländischen Unternehmen. Das Verhalten der Unternehmen kann mithin nicht dem SWF-Heimatstaat nach Art. 5 ARS zugerechnet werden.¹²⁵

Nach Art. 8 ARS wird das Verhalten Privater dann zugerechnet, wenn diese auf Anweisung oder unter Kontrolle des Staates oder von Staatsorganen handeln. Dies könnte allenfalls dann konstruiert werden, wenn der SWF ein beherrschender Anteilseigner und damit in der Lage dazu wäre, Anweisungen an das

¹¹⁹ Demeyere (Fn. 39), S. 22; Richardson (Fn. 23), S. 371.

¹²⁰ Demeyere (Fn. 39), S. 22.

¹²¹ Ebd., S. 23.

¹²² Ebd., S. 19; Richardson (Fn. 23), S. 370.

¹²³ Vgl. **B. III. 2. b) bb) (2)**.

¹²⁴ v. Arnould (Fn. 11), Rn. 407; Demeyere (Fn. 39), S. 17, Seibert-Fohr, Die völkerrechtliche Verantwortung des Staats für das Handeln von Privaten: Bedarf nach Neuorientierung?, ZaöRV 2013, 37 (40).

¹²⁵ So auch Demeyere (Fn. 39), S. 18; Richardson (Fn. 23), S. 370.

Management zu dirigieren.¹²⁶ Häufig ist dies aber schon aufgrund der SWF-Investments in breit gefächerte Portfolios ausgeschlossen.¹²⁷ Grundsätzlich wird das private Unternehmen nicht auf Anweisung oder unter Kontrolle des SWFs handeln, weshalb eine Zurechnung ausscheidet.¹²⁸

Zuletzt kann das Verhalten Privater nach Art. 11 ARS dann zugerechnet werden, wenn der Staat letzteres anerkennt und als eigenes übernimmt. Dafür ist allerdings mehr nötig als die bloße Kenntnis und Billigen des Handelns des Unternehmens.¹²⁹ Es kann wohl nicht angenommen werden, dass ein Investor bestrebt ist, für das Verhalten der Unternehmen, in welche er investiert, Verantwortung zu übernehmen. Es ist nicht von einer Anerkennung und Übernahme des Verhaltens auszugehen.¹³⁰

Nach aktuellem Stand kann das Verhalten privater Unternehmen dem Heimatstaat des SWF nicht nach ARS zugerechnet werden.¹³¹

(cc) Ergebnis: Keine völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates

Nach aktuell geltendem Recht bestehen lediglich innerterritorial wirkende Schutzpflichten des Staates. Die Handlungen des SWF sind dem Staat zwar zurechenbar, deren Verhalten stellt jedoch keinen Verstoß gegen eine völkerrechtliche Pflicht dar. Ein Verstoß gegen eine völkerrechtliche Pflicht ist allenfalls in Handlungen der Unternehmen zu sehen, deren Verhalten jedoch dem Staat nicht zurechenbar ist. Somit besteht eine Regelungslücke hinsichtlich der völkerrechtlichen Verantwortlichkeit in Bezug auf SWFs.

c) Lösungsvorschläge

Im Folgenden sollen Lösungsvorschläge aufgezeigt werden, welche den Menschen- und Umweltrechten zu größerer Geltung verhelfen könnten. Primär wird dabei bei der Begründung völkerrechtlicher Verantwortlichkeit angesetzt. Es kommen drei Adressaten in Frage: Das Unternehmen als „unmittelbarer Störer“, der SWF und der Staat, zu welchem der SWF gehört.

¹²⁶ Richardson (Fn. 23), S. 370; eine Direktion von Anweisungen an das Management ist aber zumindest in Deutschland auch nicht jedem beherrschenden Anteilseigner immer möglich.

¹²⁷ Ebd., S. 370.

¹²⁸ Demeyere (Fn. 39), S. 17; Richardson (2015), S. 356, 370.

¹²⁹ Demeyere (Fn. 39), S. 18, m.w.N.

¹³⁰ Richardson (Fn. 23), S. 370 f.

¹³¹ So auch: Demeyere (Fn. 39), S. 19 f.; Mc Corquodale/Simons (Fn. 99), S. 599; Richardson (Fn. 23), S. 369 f.; Seibert-Föhr (Fn. 124), S. 42.

(aa) Verantwortlichkeit der Unternehmen als „unmittelbare Störer“?

Zumindest bei MNEs wird aufgrund ihres Einflusses bereits das Problem ihrer Bindung an völkerrechtliche Standards und ihrer menschenrechtlichen Verantwortung diskutiert.¹³² Dies könnte auch generell für private Unternehmen gelten. Sofern man eine Völkerrechtssubjektivität von Unternehmen ablehnt, bestehen auch keine direkten, harten Völkerrechtspflichten für diese. Private Unternehmen sind nicht direkte Adressaten der – völkerrechtlichen – ILO-Kernarbeitsnormen oder Menschenrechtsabkommen, sondern vielmehr selbst Träger der Rechte.¹³³ Eine dynamische Auslegung der Menschenrechtsabkommen im Sinne einer Erweiterung des Adressatenkreises auf Unternehmen wäre mit der Systematik der Abkommen nicht vereinbar.¹³⁴ Dies unterstützt auch ein Schiedsspruch nach den Regeln des International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). Dabei kam erstmalig mit die Frage auf, ob ein privater Investor das Menschenrecht auf Wasser verletzen kann, was verneint wurde.¹³⁵

Teilweise wird deshalb die unmittelbare völkerrechtliche Verpflichtung der Unternehmen über ein verbindliches Völkerrechtsabkommen gefordert.¹³⁶ Dies würde die Unternehmen als zumindest passive und partielle Völkerrechtssubjekte einbinden. Gegen diesen Ansatz sprachen sich vor allem westliche Staaten(verbünde) wie die USA und die EU, als auch die Unternehmen selbst aus. Er führe zu einer Überforderung der internationalen Überwachungsinstanzen und biete Staaten einen Vorwand, um ihrer eigenen Schutzpflicht nicht nachkommen zu müssen.¹³⁷ Staaten und auch MNU selbst äußerten bereits starke Ablehnung hinsichtlich der Entwürfe der *UN Norms On the Responsibilities of Transnational Corporations with regard to Human Rights*, die vorsahen, Unternehmen unmittelbare eigene Menschenrechtsverpflichtungen aufzuerlegen.¹³⁸ Unternehmen können verglichen mit Staaten den Schutz von Menschenrechten nicht gleich effektiv verfolgen und durchsetzen. Dieses Ergebnis stützt auch der Ansatz, den die *UN Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPR)

¹³² *Cernic* (Fn. 97), S. 149 behauptet, die menschenrechtliche Verpflichtung von Unternehmen werde nicht länger bestritten; *Hobe* (Fn. 4), S. 164, *Herdegen* (Fn. 14), § 13 Rn. 1.

¹³³ *v. Arnould* (Fn. 11), Rn. 629; siehe für MNU: *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 57.

¹³⁴ *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 57; teilweise a.A. *Ghabramani*, in: Bassan, *Research Handbook on Sovereign Wealth Funds and International Investment Law*, 2015, S. 330.

¹³⁵ ICSID, *Urbaser S.A. u. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuzergoa v. Republik Argentinien*, Fall Nr. ARB/07/26, S. 1 ff., Schiedsspruch v. 8.12.2016.

¹³⁶ *Ghabramani* (Fn. 134), S. 332; so auch *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 58.

¹³⁷ *Peters* (Fn. 12), Kap. 10 Rn. 58.

¹³⁸ *Mc Corquodale/Simons* (Fn. 99), S. 625 i.V.m. Fn. 167.

verfolgen. Eine unmittelbare völkerrechtliche Verpflichtung der Unternehmen erscheint in nächster Zeit eher unwahrscheinlich.¹³⁹

(bb) Völkerrechtliche Verantwortlichkeit der SWFs?

Demgegenüber könnte man unmittelbare völkerrechtliche Verpflichtungen für SWFs entwickeln. Dies wäre möglich in Form einer rechtlichen Verpflichtung für SWFs, ethisch zu investieren, was auch eine Verpflichtung zum Schutz von Menschenrechten beinhaltet.¹⁴⁰ Folge wäre die Anerkennung der passiven und partiellen Völkerrechtssubjektivität von SWFs. Eine entsprechende Verpflichtung könnte aus verbindlichen Völkerrechtsabkommen oder aus Völkergewohnheitsrecht resultieren. Für diesen Ansatz spricht, dass SWFs staatliche Akteure sind und es schlicht gekünstelt wäre, zwischen dem politischen Staat, der sich verbindlich zur Wahrung von Völkerrechtsprinzipien verpflichtet hat, und dessen finanziellen Anlagevehikeln zu unterscheiden.¹⁴¹

(cc) Völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates?

Zuletzt führt der klassische Weg über die Verantwortlichkeit des Staates. Dabei kommen wiederum drei Lösungswege in Frage.

(1) Entwicklung von Zurechnungsmöglichkeiten für privates Handeln

Zunächst könnte man dem Staat das Verhalten der ausländischen privaten Unternehmen zurechnen.¹⁴² Es könnte im Rahmen der UN oder einem anderen internationalen Forum ein rechtliches Konzept entwickelt werden, das die Zurechnung der Handlungen zum Staat ermöglicht.¹⁴³ Eine solche Zurechnung erscheint jedoch nach wie vor problematisch. Einerseits würde man vom Grundsatz abweichen, dass das Handeln Privater nicht zurechenbar ist. Zudem würden Handlungen zugerechnet, die extraterritorial begangenes Unrecht darstellen. Weil vorrangig die Staaten verantwortlich sind, auf deren Territorium die Ungerechtigkeit geschieht, würde dies zu einer doppelten Verantwortlichkeit für einmal begangenes Unrecht führen. Der Ansatz kann mithin nicht überzeugen.

(2) Verpflichtung des Staates zum ethischen Investment

Eine weitere Alternative wäre die Entwicklung einer völkerrechtlichen Pflicht zum ethischen Investment für die SWF-Heimatstaaten. Dies kann im Rahmen

¹³⁹ *Mc Corquodale/Simons* (Fn. 99), S. 625 i.V.m. Fn. 167.

¹⁴⁰ *Cummine* (Fn. 6), S. 164.

¹⁴¹ *Ghahramani* (Fn. 134), S. 332.

¹⁴² So der Vorschlag von *Mc Corquodale/Simons* (Fn. 99), S. 601.

¹⁴³ *Ebd.*, S. 601.

verbindlicher völkerrechtlicher Verträge oder im Rahmen von Gewohnheitsrecht erfolgen. Eine solche Pflicht würde die Staaten wiederum mittelbar dazu verpflichten, Richtlinien für das SWF-Handeln zu schaffen.

(3) Anerkennung von extraterritorial wirkenden Schutzpflichten

Zuletzt kommt eine Verantwortlichkeit des Staates aufgrund einer eigenen Schutzpflichtverletzung in Frage. Originäre Schutzpflichten des Staates (*Due Dilligence*) werden zunehmend auch als extraterritorial wirkende Pflichten diskutiert, um eine wirksame Unterbindung der Verletzung internationaler Rechtsgüter durch Private und ein Vorgehen gegen den Heimatstaat zu ermöglichen.¹⁴⁴ Ein Staat kann auch dann für eine Menschenrechtsverletzung verantwortlich sein, wenn Handlungen seiner Organe zu Auswirkungen außerhalb seines Territoriums führen, sozusagen für die außerterritorialen Konsequenzen ihrer innerterritorialen Entscheidungen.¹⁴⁵

Somit versucht dieser Lösungsansatz einen Völkerrechtsverstoß durch staatliches Unterlassen zu begründen. Dabei kann man einerseits bei den Unternehmen und andererseits direkt bei den SWFs ansetzen. Eine solche extraterritoriale Sorgfaltspflicht wird unter anderem damit begründet, dass der Heimatstaat des ausländischen Investors von seinen Investitionen profitiert, indem er die Erträge beispielsweise besteuert. Dies wiederum begründe eine Pflicht, zu gewährleisten, dass eben dieser Profit nicht mit Hilfe solcher Methoden generiert wird, die internationale Normen verletzen.¹⁴⁶ In Bezug auf SWFs erscheint dieses Argument noch sehr viel gewichtiger. SWFs stehen im Eigentum des Staates und investieren dessen Gelder zu seinen Gunsten, sie sind staatliche Akteure.¹⁴⁷ Gerade deshalb sollten die Heimatstaaten der SWFs Sorgfaltspflichten treffen, welche Maßnahmen beinhalten, um Verstößen gegen internationale Normen vorzubeugen. Im Falle von SWFs können beispielsweise Verfahren eingerichtet und Richtlinien geschaffen werden, welche die SWFs zu normadäquaten Investitionen verpflichten.¹⁴⁸

¹⁴⁴ v. *Arnauld* (Fn. 11), Rn. 407; *Mc Corquodale/Simons* (Fn. 99), S. 618, 624; *Seibert-Fohr* (Fn. 124), S. 40; *Richardson* (Fn. 23), S. 372.

¹⁴⁵ *Mc Corquodale/Simons* (Fn. 99), S. 618.

¹⁴⁶ *Richardson* (Fn. 23), S. 372; *Sornarajah*, *The International Law on Foreign Investment*, 2010, S. 166.

¹⁴⁷ *Ghahramani* (Fn. 134), S. 332; *Richardson* (Fn. 23), S. 372.

¹⁴⁸ *Richardson* (Fn. 23), S. 372.

IV. Schlussfolgerung: Regulierung von SWFs *de lege ferenda*

„Governments are very different from other economic actors. Their investments should be governed by rules designed with that reality very clearly in mind.“¹⁴⁹

Obwohl der Einfluss staatlicher Finanzierung innerhalb der letzten Jahrzehnte beachtlichen Bedeutungszuwachs fand, blieb die Entwicklung internationaler rechtlicher Rahmenbedingungen, insbesondere in Bezug auf Menschenrechte, dahinter zurück.¹⁵⁰ Aufgrund der aufgezeigten Probleme stellt sich damit die Frage nach Regulierungsmöglichkeiten von SWFs.

1. Grundsatz des Schutzes von Auslandsinvestitionen

Um eine internationale wirtschaftliche Zusammenarbeit zu ermöglichen, kommt dem Schutz von Auslandsinvestitionen im Wirtschaftsvölkerrecht eine bedeutende Rolle zu.¹⁵¹ Sollen SWFs reguliert werden, kommt es zu einer Kollision des Investitionsschutzrechts mit Menschen- oder Umweltrecht. Etwaige Regulierungsmöglichkeiten müssen auf ihre Vereinbarkeit mit internationalem Recht überprüft werden.¹⁵² Vorliegend wird sich der Frage gewidmet, ob und wie SWFs international reguliert werden sollten.¹⁵³

2. Gemäßigter Ansatz über *Soft Law*

Es ist wichtig und im Sinne aller betroffenen Staaten, dass jedenfalls unverbindliche Rahmenbedingungen für das Handeln von SWFs existieren.¹⁵⁴ Im Zuge dieser Erkenntnis wird zunächst eine Reform der GAPP vorgeschlagen.¹⁵⁵ Die

¹⁴⁹ Summers, Funds that shake Capitalist Logic, Financial Times (29.7.2007), <https://www.ft.com/content/bb8f50b8-3dcc-11dc-8f6a-0000779fd2ac> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017)

¹⁵⁰ Cernic (Fn. 97), S. 139; Nakatani (Fn. 38), S. 2, 13; Preisser (Fn. 8), S. 240.

¹⁵¹ Dolzer/Kreuter-Kirchhof, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 7. Aufl. 2016, S. 481 Rn. 42.

¹⁵² Die deutsche Reaktion auf den Bedeutungszuwachs von SWFs war eine Reform des AWG, die bereits vor ihrem Erlass vielfach kritisiert wurde. Hauptgrund dafür war ihre Unvereinbarkeit mit der europäischen Kapitalverkehrsfreiheit, welche die einzige Unionsfreiheit darstellt, auf die sich auch Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten berufen können. Die deutsche AWG-Regelung sah eine Untersagungsmöglichkeit für Beteiligungen ausländischer Investoren an deutschen Unternehmen vor, die einen Stimmenanteil von mindestens 25 % erreichen (Gesetz v. 18.4.2009, BGBl. 2009 I, 770); vgl. zu diesem Problem: Martini (Fn. 6), S. 316; Schäfer/Volland (Fn. 85), S. 169 ff.; Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2014, § 9 IX 2, Rn. 81.

¹⁵³ Zu der Frage, warum eine internationale Regulierung der nationalen Regulierung vorzuziehen ist: Wong (Fn. 81), S. 1098 ff.; Schweitzer (Fn. 17), S. 94 ff.

¹⁵⁴ Wang (Fn. 13), S. 422; Rajavuri (Fn. 10), S. 22 f. sieht die GAPP bereits als Paradebeispiel, das die zunehmende Bedeutung von globalem *Soft Law* hervorhebt.

¹⁵⁵ Behrendt (Fn. 10), S. 14; Hsu (Fn. 23), S. 116 i.V.m. Fn. 54; Richardson (Fn. 23), S. 374.

GAPP werden teilweise als Ausgangspunkt in Richtung weiterer Akzeptanz und Umsetzung der ethischen Investments Praktiken gesehen.¹⁵⁶ Denkbar wäre auch, dass ein Verhaltenskodex unter einer internationalen Organisation wie dem IMF entwickelt wird. Ein ähnlicher Vorschlag möchte ein gemeinsames Regelsystem von IWG und OECD entwickeln.¹⁵⁷ Teilweise wird angemerkt, dass die bloße Unterscheidung zwischen *Hard* und *Soft Law* nicht zielführend sei, sondern vielmehr Mechanismen gefunden werden müssen, welche die Einhaltung globaler „*Soft*“ Standards fördern, z.B. durch formale Implementierung von *Soft Law* in wiederum verbindliche (supra-)nationale Rechtsvorschriften.¹⁵⁸ Denkbar wäre auch, dass *Soft Law* im Laufe der Zeit zu *Hard Law* erstarkt.

3. Progressiver Ansatz über *Hard Law*

Demgegenüber wird bereits die Entwicklung von *Hard Law* vorgeschlagen. Hinsichtlich des materiell-rechtlichen Regelungsgehaltes kann an dieser Stelle auf die oben dargestellten Lösungsansätze verwiesen werden.¹⁵⁹ Am überzeugendsten erscheinen dabei die Lösungsansätze, welche eine unmittelbare Verpflichtung der SWFs oder dessen Heimatstaates zum ethischen Investment entwickeln wollen und der Ansatz, der eine staatliche Verantwortlichkeit mithilfe extraterritorialer Schutzpflichten begründen möchte.

Einige halten eine verbindliche Regelung von SWFs über *Hard Law* aber für einen verfehlten Ansatz.¹⁶⁰ Ein solcher Ansatz basiere auf Idealismus und strebe eine unrealistische Lösung an. Keine internationale Organisation besitze derzeit die politische und institutionelle Legitimation, verbindliche Regelungen für SWFs zu schaffen.¹⁶¹ Allenfalls der Internationale Währungsfonds (IMF) wäre dazu geeignet, SWFs zu regulieren, weil er im Auftrag weltweiter währungspolitischer Kooperation tätig wird. Jedoch sei es unrealistisch, dass die einflussreichsten Wirtschaften, die gleichzeitig die größten SWFs halten, dafür stimmen, dass *Hard Law* für SWFs entsteht.¹⁶² Dies wäre weder im Interesse des SWF-Heimatstaates, noch des SWF-Gaststaates. Ein verbindlicher Ansatz sei deshalb nicht praktikabel, weil er mehr Unsicherheiten und Probleme bereite, als Lösungen zu bieten.¹⁶³ Außerdem sei spezielle Regulierung dann unnötig, wenn SWFs wie private Investment Fonds, ohne politischen Druck

¹⁵⁶ *Park/Estrada* (Fn. 23), S. 394, 401 f.; *Wong* (Fn. 81), S. 1109.

¹⁵⁷ *Karametaxas* (Fn. 56); *Wong* (Fn. 81), S. 1108.

¹⁵⁸ *de Bellis* (Fn. 19), S. 367 mit weiteren Vorschlägen; *Sandor* (Fn. 5), S. 972.

¹⁵⁹ Vgl. **B. III. 2. c).**

¹⁶⁰ *de Bellis* (Fn. 19), S. 381; *Wang* (Fn. 13), S. 419 f., 425.

¹⁶¹ *Wang* (Fn. 13), S. 420 f.; für MNU: *Somarajah* (Fn. 13), S. 272 f.

¹⁶² *Wang* (Fn. 13), S. 421.

¹⁶³ *Ebd.*, S. 425.

auszuüben, auftreten. Sei dies der Fall, dürften SWFs nicht schlechter behandelt werden als private Fonds.¹⁶⁴

Hauptargument für die Schaffung von *Hard Law* ist die Insuffizienz der bestehenden *Soft-Law*-Übereinkünfte. Sowohl die UNPRI als auch die GAPP werden als nicht ausreichend hinsichtlich des Menschenrechtsschutzes angesehen.¹⁶⁵ Allgemein anerkannt als das zentrale Problem der GAPP ist ihr Charakter einer unverbindlichen Absichtserklärung, deren Verletzung ohne Folge bleibt.¹⁶⁶ Bei den UNPRI und auch der OECD-*Declaration on SWFs* handelt es sich ebenfalls um unverbindliche Absichtserklärungen. Die UNPRI integrieren dabei zwar ESG-Themen, Menschenrechtsbelange sind jedoch nicht explizit aufgeführt. Zudem sind lediglich drei der Unterzeichner der UNPRI SWFs.¹⁶⁷ Die GAPP wiederum regeln weder das Rechtsverhältnis zwischen Heimat- und Empfängerstaat des SWF noch beantworten sie Fragen hinsichtlich der Regulierung und Restriktion von SWF-Investitionen, deren Besteuerung oder deren Verpflichtung zu einer ethischen und nachhaltigen Anlagestrategie.¹⁶⁸ Außerdem finden ethische Investmentpraktiken allenfalls mittelbare Berücksichtigung, sofern ethisches Investment und die Vermeidung von Umweltschädigung den finanziellen Wert des SWF erhalten.¹⁶⁹ Teilweise wird sogar behauptet, es sei Selbstbetrug, zu glauben, dass die GAPP derart umgesetzt würden, dass das Risiko bei Investments durch SWFs gemindert würde.¹⁷⁰ Gerade weil SWFs ihren souveränen Heimatstaaten gegenüber verpflichtet sind, würden diese niemals freiwillig bedeutende Selbstverpflichtungen eingehen. Die GAPP hatten niemals und werden auch zukünftig für sich genommen niemals einen bedeutenden Einfluss auf die Investitionstätigkeit der SWFs haben.¹⁷¹

Es bedarf entweder der Implementierung in national verbindliches Recht¹⁷², oder der Schaffung von globalem *Hard Law*. Außerdem bedarf es der Schaffung effektiver Rechtsmittel, um rechtliche Verantwortlichkeit durchzusetzen.¹⁷³

¹⁶⁴ *Backer* (Fn. 10), S. 108 f.

¹⁶⁵ *Cummine* (Fn. 6), S. 168.

¹⁶⁶ *Bassan*, Host States and Sovereign Wealth Funds, between National Security and International Law, EBLR 2010, 165 (175); *Cooke* (Fn. 8), S. 768 f.; *Hsu* (Fn. 23), S. 101; *Preisser* (Fn. 8), S. 237.

¹⁶⁷ *Munari* (Fn. 56), S. 347; *Cummine* (Fn. 6), S. 168.

¹⁶⁸ *Nakatani* (Fn. 38), S. 2; *Richardson/Lee* (Fn. 48), S. 414.

¹⁶⁹ *Karametaxas* (Fn. 56).

¹⁷⁰ *Bean* (Fn. 3), S. 69; *Wong* (Fn. 81), S. 1106 bezeichnet die GAPP als ein „Pflaster über einer klaffenden Wunde“

¹⁷¹ *Bean* (Fn. 3), S. 97; *Hsu* (Fn. 23), S. 122.

¹⁷² So auch *Behrendt* (Fn. 10), S. 15.

¹⁷³ *Richardson/Lee* (Fn. 48), S. 414.

Zwar sollten Auslandsinvestitionen nach wie vor möglich bleiben und die Entwicklung darf nicht in reinen Protektionismus übergehen. Eine verbindliche Regelung des Handelns von SWFs ist gleichwohl dringend notwendig.

C. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen

Bei den beachtlich an Bedeutung gewinnenden SWFs handelt es sich nach derzeitigem Stand noch nicht um Völkerrechtssubjekte mit eigenen Rechten und Pflichten. Bei sinnvoller Nutzung bieten SWFs großes Potential, um positiv auf das Handeln privater Unternehmen und die Investitionsstrategien privater Anleger einzuwirken und den Menschenrechten zu größerer Geltung zu verhelfen. Umgekehrt sind die Heimatstaaten der SWFs jedoch nach aktuell geltendem Recht für Investitionen durch SWFs in Unternehmen, welche ihrerseits Menschen- und Umweltrechte missachten, nicht verantwortlich. Bislang ist nicht absehbar, ob sich in Zukunft ein verbindlicher rechtlicher Rahmen für SWFs durchsetzen wird. Wünschenswert wäre aber, dass die Entwicklung hin zu einer rechtlichen Verpflichtung für SWFs oder deren Heimatstaaten geht, ethisch verantwortlich und nachhaltig zu investieren. Insbesondere sollte auch eine Verpflichtung zum Schutz und zur Förderung der Menschenrechte beschlossen werden. Insgesamt ist ein Ausgleich zwischen einer offenen Investitionsatmosphäre und dem Schutz internationaler Völkerrechtsbelange zu finden. Gelingt dies, so bietet sich eine Grundlage, auf der zukünftig weitere Lösungsansätze für globale Probleme unter Einbeziehung von SWFs verfolgt werden können.

Mathias Kohler*

Der *Supreme Court* und *Habeas Corpus* im „*War on Terror*“

Abstract

Diese Bestandsaufnahme betrachtet das US-amerikanische Haftprüfungsrecht, hier verstanden als funktionaler Teil der Gewaltenteilung. Sie analysiert vier wegweisende Urteile des *Supreme Courts* aus der Zeit nach dem 11. September 2001 und nimmt eine wissenschaftliche sowie historische Einordnung vor. Die Argumentation der Regierung in den vier Fällen lässt erkennen, dass der Grund für die Wahl militärischer (anstatt polizeilicher) Mittel im „*War on Terror*“ in der Vermeidung des etablierten gerichtlichen Haftprüfungsverfahrens liegt. Der *Supreme Court* lässt zwar keinen rechtsfreien Raum entstehen, wohl aber „Räume besonderen Rechts“, in welchen die Exekutive ohne wesentlichen Widerstand der beiden anderen Gewalten unter den Vorzeichen eines informellen Verteidigungsfalles agieren darf.

This article takes inventory of *habeas corpus* in the United States, understood here mostly as a functional component of the separation of powers. It analyzes four landmark rulings of the *Supreme Court* since September 11, 2001 and locates them within their historic context and the legal academy. The government's position in the four cases leads to the conclusion that its choosing of military means, rather than police means, in the "*War on Terror*" was done to sidestep the well-established *habeas* review. Even though the *Supreme Court* did not allow for the creation of an extra-legal spaces, it did assent to "*spaces of special law*", where the executive – without meaningful review by the two other branches – can operate within the framework of an informal state of emergency.

* Der Verfasser studiert im Masterstudiengang *Global History* mit interdisziplinärer Ausrichtung an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er absolvierte sein Bachelorstudium in Geschichts- und Politikwissenschaften ebenda und war Hilfskraft an der Professur für Angewandte Geschichtswissenschaft – Public History (Prof. Dr. Cord Arendes). Zurzeit studiert er für ein Jahr an der University of Massachusetts in Amherst. Der Beitrag basiert auf einer Bachelorarbeit, die von Prof. Dr. Manfred Berg (Curt-Engelhorn-Professur für Amerikanische Geschichte) und Prof. Dr. Cord Arendes (s.o.) betreut wurde. Übersetzungen aus dem Amerikanischen stammen vom Verfasser.

A. Einleitung

Die Gewaltenteilung ist ein Grundpfeiler moderner Verfassungsdemokratien. In tatsächlichen oder vermeintlichen Ausnahmesituationen steht sie jedoch häufig im Zentrum politischer und rechtlicher Konflikte. Eine verbreitete Wahrnehmung ist, dass es im Nachklang des 11. Septembers 2001 in den Vereinigten Staaten zu einer „Aushöhlung“ der Gewaltenteilung gekommen ist. Doch wie ist es dort seit diesem eindrücklichen Tag tatsächlich um die Gewaltenteilung bestellt? Dieser Frage zwischen Zeitgeschichte und Recht will der vorliegende Beitrag nachgehen. Im Zentrum steht *Habeas Corpus*, das Recht eines Festgenommenen auf unverzügliche Haftprüfung vor Gericht, hier aber nicht als Individualrecht verstanden, sondern als funktionale Ausprägung des Gewaltenteilungsprinzips. Der „*War on Terror*“ dient dabei als zeitliche sowie sachliche Eingrenzung des Themas. Konkret soll die einschlägige Rechtsprechung des *Supreme Courts* analysiert werden. Wo es unerlässlich ist, werden auch die jeweiligen Instanzenwege oder zugrundeliegende Präzedenzfälle betrachtet.

Im Vordergrund steht eine Bestandsaufnahme: Welche Rolle hat die Judikative seit dem 11. September 2001 bei der Inhaftierung sogenannter *unlawful enemy combatants* gespielt? Vier wegweisende Urteile des *Supreme Courts* sollen analysiert und in den zeithistorischen Kontext eingeordnet werden. Das Urteil in *Rasul v. Bush* (2004) dient als Einstieg, gefolgt von *Hamdi v. Rumsfeld* (2004), *Hamdan v. Rumsfeld* (2006) und *Boumediene v. Bush* (2008). Diese Auswahl ist im Hinblick auf Charakter und Tragweite der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf diesem Feld einigermaßen repräsentativ.¹

Eine kurze Vorbemerkung deutet den zeitgeschichtlichen Rahmen der Urteile an (**B.**). Bei der dann folgenden Analyse (**C.**) der Fälle steht naturgemäß jeweils das Mehrheitsvotum im Fokus. Auch die Sondervoten verdienen aber eine kurze Betrachtung. Ziel ist es, die vom *Gericht* zugrunde gelegte Vorstellung von der Rolle der Judikative im "*War on Terror*" herauszuarbeiten. Die Wissenschaft wird (unter **D.**) ebenfalls zu Wort kommen. Ein Fazit wird schließlich die Erkenntnisse zusammenführen und einordnen (**E.**).

Es liegt bei Fragen der Gewaltenteilung auf der Hand, dass der *Supreme Court* auch über seine eigenen institutionellen Interessen zu Gericht sitzt. Obwohl die dem *Common Law* immanente Präzedenzwirkung von Rechtsprechung grundsätzlich allen Gerichten eine rechtsetzende Funktion beimisst, besitzt der *Supreme Court* in der Praxis doch eine besondere Monopolstellung (insbesondere

¹ Wo Urteile nicht im Seitenformat der *U.S. Reports* vorlagen, werden die Volltexte einheitlich aus den *International Legal Materials* (ILM) zitiert.

bei der Auslegung des Verfassungsrechts), die die Fokussierung dieses Beitrags auf das *höchste Gericht* rechtfertigt. Hohe Hürden machen ein „Überstimmen“ des unilateralen Richterrechts in der Praxis unwahrscheinlich: Es bedürfte dazu eines konzertierten Handelns der anderen Gewalten. Bei der Analyse wird im Einzelfall abzuwägen sein, in welchem Maß institutionelle Interessen oder auch politische Färbungen einzelner Richter bei der Urteilsfindung eine Rolle gespielt haben (könnten).² Vieles wird dabei spekulativ bleiben.

„In [...] den [USA] oder der [BRD] entzündeten sich Debatten über das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaat an der Funktion des politisch einflussreichsten Organs, des Verfassungsgerichts.“³

Es ist das Laster des Historikers, auch kleinsten Details seiner Quellen mehr oder minder offensichtliche Subtexte zuzuordnen. Das mag dem Juristen stellenweise nebensächlich oder weit hergeholt erscheinen. Dort, wo das Rechtssystem aber auf historischen Vergleichen aktueller Fälle mit Präzedenzfällen beruht, ist eine historische Kontextualisierung unerlässlich. Es ist gerade die Betrachtung der Subtexte und des Vabanquespiels der Akteure, welche eine solche historische Einordnung erst möglich macht.

B. Die zeitgeschichtlichen Hintergründe

Nach dem 11. September 2001 vollzog sich im Schatten des hier vorwiegend außenpolitisch verstandenen „*War on Terror*“ in den USA eine rapide Änderung der politischen Kultur, der Sicherheitsgesetze und des Selbstverständnisses der Exekutive. Die verfassungsmäßigen und einfachrechtlichen Grenzen wurden dabei oft gedehnt, gelegentlich auch ganz durchbrochen. Es drängt sich der politikwissenschaftliche Begriff der „Versicherheitlichung“ auf. Die vom Kongress mit breiter Mehrheit verabschiedete „*Authorization for the Use of Military Force*“ (AUMF) datiert vom 18. September 2001. Die *Bush-Administration* und ihre Nachfolger nutzen diese Ermächtigung seitdem als Blankoscheck für jedwede neu begonnene kriegerische Handlung. Diese Praxis ist umstritten: Die „*War Powers Clause*“ der U.S. Constitution (Art. I, Sec. 8, Cl. 11) schlägt allein dem Kongress das Recht zu, Kriege zu erklären, und wird allgemein als gleichzeitiges Verbot einer von der Exekutive unilateral betriebenen, militärischen Eskalation gedeutet.

² Hierzu unbedingt: *Nelson/Ringsmuth*, Inter-Institutional Dynamics: Assessments of the Supreme Court in a Separation of Powers Context, *Political Behavior* 35 (2013), 357 (insb. 359–361).

³ *Habermas*, Politische Theorie, 2009, S. 158.

Innenpolitisch wurde, befördert von ungewöhnlicher Einmütigkeit der beiden großen Parteien, die Sicherheitsgesetzgebung drastisch verschärft, z.B. durch den „*Patriot Act*“ vom Oktober 2001. Im empört-aufgeregten, patriotisch-nationalistischen Klima wurden Stimmen gegen die neue Politik schnell als unamerikanisch oder gar antiamerikanisch abgestempelt.⁴

Eine konkretere Entwicklung war die Gefangennahme angeblicher feindlicher Kombattanten im Ausland und deren Internierung. Die entstandenen Freiräume nutzte die US-Regierung aber auch zur Verfolgung von Staatsbürgern im Inland. In beiden Bereichen basierte die Internierung in der Regel nicht auf nachgewiesenen Straftaten, sondern auf nachrichtendienstlichen Einschätzungen der potentiellen Gefahr und der potentiell durch Verhöre zu gewinnenden Informationen. Die Folter, die viele Gefangene erlitten, wurde nach ihrem Bekanntwerden von der Regierung mit dem Euphemismus der „verschärften Verhörmethode“ als notwendiges nachrichtendienstliches Mittel propagiert. Auch die Übergabe Gefangener an Drittstaaten, die bekanntermaßen Folter einsetzen würden, wurde rhetorisch in die Nähe alltäglicher Auslieferungen gerückt. Zur Legitimation der neuen Machtfülle erlebte die „*Unitary Executive Theory*“ ein Wiederaufleben: Ein Staatsverständnis, demzufolge die Exekutive unabhängige, von anderen Gewalten *nicht zu kontrollierende Befugnisse* besitzt. Beispiele hierfür reichen bis zu den aktuelleren Debatten um die Fernmeldaufklärung der National Security Agency (NSA). Die Doktrin kann überspitzt mit einem Ausspruch *Richard Nixons* zusammengefasst werden: „*When the president does it, that means it is not illegal.*“⁵

Die Tatsache, dass der damalige *Chief Justice William Rehnquist*, 1998 ein Buch gerade über Bürgerrechte in Kriegszeiten veröffentlicht hatte, erscheint im Nachhinein wie ein ominöses Vorzeichen. In seinem Schlusskapitel „*silent leges inter arma*“ unterstreicht er seine Überzeugung, dass die Befugnisse der Exekutive, Bürgerrechte einzuschränken, zwar in parlamentarisch sanktionierten Kriegen am größten, aber auch in Abwesenheit einer parlamentarischen Ermächtigung doch immer noch vorhanden seien. Er rechne jedenfalls in beiden

⁴ Einen diskurshistorischen Abriss des „*War on Terror*“ bietet *Adler*, *Doppelte Hegemonie*, 2015, S. 60 ff.

⁵ Nixon wurde gefragt: „Would you say that there are certain situations [...] where the president can decide that it's in the best interests of the nation, and do something illegal?“, vgl. *The Guardian*, I have Impeached myself, Edited transcript of David Frost's interview with Richard Nixon broadcast in May 1977, 7.9.2007, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/theguardian/2007/sep/07/greatinterviews1> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Fällen damit, dass die Gerichte Behauptungen der Regierung über äußere Zwänge ggf. sehr genau prüfen würden.⁶

C. Die Fälle

I. *Rasul v. Bush*

1. Die Ausgangslage

Die Kläger im Fall *Rasul vs. Bush* waren Guantánamo-Häftlinge, konkret zwei Briten, zwei Australier und zwölf Kuwaiter. Verwandte hatten in ihrem Namen vor dem *D.C. District Court* Haftprüfung nach 28 U.S. Code § 2241⁷ beantragt. Persönlicher Zugang zu Gerichten oder Rechtsbeistand wurde ihnen verwehrt. Sie reklamierten, keiner von ihnen sei jemals freiwillig an Kampfhandlungen oder terroristischen Akten beteiligt gewesen, sie würden auch keines anderen Verbrechens wegen beschuldigt. Der *District Court* wies die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit ab, die Berufung vor dem *D.C. Circuit Court* verlief erfolglos. Der *Supreme Court* ließ die erneute Berufung am 10.11.2003 zu.

„These [cases] present the narrow but important question whether [U.S.] courts lack jurisdiction to consider challenges to the legality of the detention of foreign nationals captured abroad in connection with hostilities and incarcerated at [Guantánamo Bay].“⁸

Justice Stevens identifiziert in diesem einleitenden Satz die für Mehrheit der Richter zentralen Rechtsfragen: Fragen nach der geographischen Reichweite der Zuständigkeit von Bundesgerichten in Haftprüfungssachen, nach dem Status der Kläger (Straf- oder Kriegsgefangene?), nach dem territorialen Status des Haftortes und implizit auch nach der Rolle der Judikative in einem asymmetrischen Krieg. Institutionelle Eigeninteressen sind also unweigerlich berührt.

Die Regierung hatte in den vorherigen Instanzen – wie in der Öffentlichkeit – argumentiert, es handele sich *weder* um Straf- *noch* um Kriegsgefangene, sondern um eine dritte Kategorie: „*Unlawful enemy combatants*“, welche keinerlei rechtlichen Schutz genossen. Mit Blick auf die territoriale Frage hatte die Regierung auf den Wortlaut des Abtretungsabkommens mit Kuba verwiesen: Da es sich nicht um US-Staatsgebiet handele, sei eine Zuständigkeit von Bundesgerichten schon *a priori* ausgeschlossen.

⁶ *Rehnquist*, *All the Laws but One, Civil Liberties in Wartime*, 10. Aufl. 2000, S. 218-225.

⁷ Wortlaut: „Writs of habeas corpus may be granted by the Supreme Court, any justice thereof, the district courts and any circuit judge *within their respective jurisdictions*“, Hervorhebung durch den Autor.

⁸ *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1207.

2. Die Präzedenzfälle

Zum Verständnis sollen einschlägige Präzedenzfälle zurate gezogen werden: Die Regierung berief sich z.B. auf *Johnson v. Eisentrager* (1950). Kläger dort waren Deutsche, die von US-Streitkräften in China festgesetzt, vor Ort wegen Kriegsverbrechen angeklagt und verurteilt und schließlich in Landsberg am Lech inhaftiert worden waren.⁹ Der *D.C. District Court* hatte hier die Haftprüfung mangels örtlicher Zuständigkeit abgelehnt, der *D.C. Circuit Court* hatte damals jedoch widersprochen: Handlungen der Regierung seien unbedingt der gerichtlichen Prüfung unterworfen, wenn sie Freiheitsentzug zur Folge hätten.

Der *Supreme Court* stellte daraufhin klar: Weder die Staatsangehörigkeit der Kläger noch der Ort der Tat, der Verurteilung oder der Inhaftierung (alle außerhalb der USA) könnten eine Zuständigkeit von US-Bundesgerichten begründen. Die Interpretation des 28 U.S. Code § 2241 hierzu entnahm das *Gericht* dem zwei Jahre älteren Fall *Abrens v. Clark* (1948).¹⁰ Demzufolge können Gerichte nur Haftprüfungsanträge eines Klägers behandeln, welcher im jeweiligen Gerichtsbezirk festgehalten wird.

Diese streng territoriale Auslegung des einfachen Rechts stand später auch in *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* (1976) im Zentrum und wurde mit einer Verhältnismäßigkeitsabwägung aufgeweicht, wenn auch formal nicht ganz aufgehoben.¹¹ *Braden* war in Kentucky Angeklagter in einem Strafprozess, floh aber noch vor dem Ende des Verfahrens aus der Untersuchungshaft. Später wurde er in Alabama verhaftet und dort wegen anderer Taten zu Haftstrafen verurteilt. Kentucky entschied, *Bradens* in Kentucky anhängiges Verfahren erst nach Verbüßung der Strafe in Alabama fortzuführen. *Braden* klagte sich hiergegen erfolglos durch alle Instanzen Kentuckys und beantragte schließlich beim *dortigen* Bundesgericht im Wege der Haftprüfung die Aufhebung des drei Jahre alten Haftbefehls. Der streng territorialen Auslegung des 28 U.S. Code § 2241 folgend wurde die Klage mangels örtlicher Zuständigkeit abgewiesen. *Braden* sei in Alabama inhaftiert, könne also nur dort Haftprüfung beantragen – siehe *Abrens v. Clark*. Der *Supreme Court* widersprach dem: Die territoriale Regel bestünde zwar weiter, sie lasse aber begründete Abweichungen zu.¹² Die Behandlung des Haftbefehls Kentuckys vor einem Bundesgericht mit Sitz in Kentucky sei hier unbedingt opportun und prozessökonomisch.

⁹ *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1209; vgl. *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763 (1950).

¹⁰ *Abrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948).

¹¹ So argumentiert zumindest später die Mehrheit in *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1213 En. 9.

¹² Siehe *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973), 494.

Ausführungen des *Supreme Courts* zu im Ausland festgehaltenen, ausländischen Staatsbürgern enthält keiner der Fälle. 1948 hatte die Mehrheit in *Abrens v. Clark* die Frage in einer Fußnote ausdrücklich dahinstehen lassen.¹³ *Justice Rutledge* hatte die Mehrheit daraufhin in einem Sondervotum angegriffen: Die Frage erübrige sich durch die streng territoriale Auslegung des 28 U.S. Code § 2241:¹⁴ solchen Personen stünde dann *kein* Rechtsweg offen. Das *Gericht* habe die Frage, die es explizit dahingestellt lasse, also bereits implizit entschieden.

Die Entwürfe zu diesem Sondervotum in *Abrens v. Clark* stammten von dem damaligen Referendar im Büro *Rutledge: John Paul Stevens*. Er kam seinerzeit zu dem Schluss, dass der Kongress mit 28 U.S. Code § 2241 – unbeschadet des Wortlauts – die Absicht hatte, die Zuständigkeit eher anhand der Erreichbarkeit des Inhaftierenden als anhand der des Inhaftierten zu regeln.¹⁵ In *Rasul vs. Bush* kürt *Stevens* sich dann als dienstältester Richter der Mehrheit sicherlich nicht zufällig selbst zum Autor der Mehrheitsmeinung; der Mehrheitsmeinung, die dem auf seinen Entwürfen beruhenden Sondervotum von *Rutledge* in *Abrens* zu Präzedenzkraft verhilft.¹⁶

3. Die Entscheidung

Zur Entscheidung im Einzelnen: Über den Status der Kläger drückt sich das *Gericht* in Person von *Justice Stevens* vorsichtig aus und vermeidet eine Festlegung. Die Vorsicht ist erklärbar: Die Frage, ob es neben Straf- und Kriegsgefangenen eine dritte Kategorie geben kann, verlockt zur umfassenden Klarstellung. Sie ist jedoch *nicht erforderlich*, um das Verfahren zu entscheiden. Zu befinden ist *nur* über örtliche Zuständigkeit. Ob Uneinigkeit unter den Richtern der Mehrheit oder löbliche Zurückhaltung hier entscheidend war, muss spekulativ bleiben.¹⁷ Die "umgangssprachliche" Bezeichnung „*Unlawful enemy combatants*“ ist für den *formalen* Status i.S.d. Genfer Abkommen von 1949 bei Lichte betrachtet sowieso gänzlich unerheblich.¹⁸ Mehr noch, die vier

¹³ *Abrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948), Fn. 4.

¹⁴ Ebd., S. 195.

¹⁵ Vgl. *Thai*, *The Law Clerk Who Wrote Rasul v. Bush*, *Virginia Law Review* 92 (2006), 501 (508 f. i.V.m. Fn. 43).

¹⁶ Auf diesen besonderen Umstand wies *Joseph Thai* hin, vgl. *ebd.* (passim). *Thai* diente selbst als Referendar am *Supreme Court* – im Büro von *Justice Stevens*, gerade in der Zeit des *Rasul*-Verfahrens.

¹⁷ Von einer versteckten *Zurückweisung* der Regierungs-Terminologie spricht hier *Osborn*, *Rasul v. Bush*, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 40 (2005), 265 (274).

¹⁸ Die Abkommen legen kriegführenden Parteien eine Vielzahl humanitärer Pflichten auf. Sie sind zentraler Bestandteil des Völkerrechts. Einschlägig ist hier insbesondere: Geneva Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War, 12.8.1949, siehe <https://www.icrc.org/ihl.nsf/INTRO/375> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Abkommen – hier insbesondere der ihnen gemeinsame, menschenrechtlich geprägte Art. 3 – schützen Beteiligte und Unbeteiligte in einem Konfliktgebiet *gleichermaßen*.¹⁹

Mit Blick auf den territorialen Status Guantánamos war der *D.C. District Court* dem Argument der Regierung gefolgt: Kubas „ultimative Souveränität“ sei vertraglich festgeschrieben und schließe eine Zuständigkeit von US-Gerichten aus. US-Recht finde nur dann extraterritoriale Anwendung,²⁰ wenn das erkennbar die Absicht des Gesetzgebers sei. Die Mehrheit am *Supreme Court* widerspricht dem: Laut Vertrag übe die US-Regierung die „vollständige Rechtshoheit“²¹ über das betreffende Gebiet aus. Das Urteil eines Bundesgerichts könne *de facto* Abhilfe schaffen, auch sei die Rechtshoheit der Bundesgerichte über die *Wächter* der Internierten unbestritten. Eine Zuständigkeit sei insofern begründet.²²

Eine streng territoriale Auslegung des 28 U.S. Code § 2241 wie in *Abrens v. Clark* verwirft die Mehrheit. Sie sei in *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* dem Primat der Verhältnismäßigkeit gewichen. In der von der Regierung vertretenen Form verletze sie zudem das Prinzip des gesetzlichen Richters. Diese Begründung hat ihre Tücken. Von einem Primat z.B. sprach das *Gericht* in *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* nicht. *Abrens* wie *Braden* spielten in den unteren Instanzen für *Rasul vs. Bush* keine Rolle – auf beiden Seiten. *Justice Stevens* stellte als *Erster* in der mündlichen Verhandlung die Verbindungen her, die sich im Urteil der Mehrheit niederschlagen. Er „behauptete kühn, dass der zugrunde zulegende Maßstab nicht das Mehrheitsvotum aus *Johnson v. Eisentrager*, sondern das Sondervotum aus *Abrens* sei.“²³ Das Prinzip des gesetzlichen Richters ist in der angloamerikanischen Rechtstradition als Begriff nicht bekannt, der Gedanke *per se* ist aber durchaus geläufig. Der *Supreme Court* zitiert zur Verdeutlichung eine Entscheidung des *D.C. Circuit Courts*, die besagt, dass, wer ein verfassungsmäßiges Recht auf Haftprüfung besitze, dieses nicht durch das Fehlen einer Zuständigkeitszuweisung im einfachen Recht wieder verlieren dürfe.²⁴

¹⁹ Vgl. *Jinks*, Protective Parity and the Law of War, *Notre Dame Law Review* 79 (2004), 1493 ff.; *ders.*, The Declining Significance of POW Status, *Harvard Int'l Law Journal* 45 (2004), 367 (passim).

²⁰ Hierzu *Roosevelt*, Guantanamo and the Conflict of Laws, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), 2017 (passim); *Neuman*, Extraterritorial Rights and Constitutional Methodology after *Rasul v. Bush*, *University of Pennsylvania Law Review* 153 (2005), 2073 (passim).

²¹ *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1207 inkl. Fn. 2 und 1211.

²² Ebd., S. 1211.

²³ *Thai* (Fn. 15), S. 516–518; Zitat *ebd.*, S. 520.

²⁴ *Eisentrager v. Forrestal*, 174 F.2d 961 (1949); vgl. *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1209; *Wilke*, *War v. Justice, Politics & Society* 2005, 637 (646).

Auch mit *Johnson v. Eisentrager* kann die Regierung die Mehrheit nicht überzeugen. Die Mehrheit führt die eklatanten Unterschiede zum aktuellen Fall aus: Die Kläger seien hier weder Staatsangehörige eines Feindstaates noch – der Regierung zufolge – Kriegsgefangene. Sie seien nie nachweisbar an Angriffen gegen die USA beteiligt gewesen und keines Verbrechens wegen beschuldigt oder verurteilt. Weiterhin würden sie – wie gerade festgestellt – in einem „Territorium festgehalten, über welches die Vereinigten Staaten exklusive Rechtshoheit und Kontrolle ausüben.“²⁵

In der mündlichen Verhandlung hatte *Justice Stevens* im Alleingang eine neue Argumentationsbasis für die Kläger geschaffen und *Johnson v. Eisentrager* aus dem Spiel genommen: Er argumentierte, ohne dass die Anwälte *beider* Seiten ihm gedanklich folgen konnten, *Eisentrager* habe eine eigene Auslegung des einfachen Rechts zugunsten von *Abrens v. Clark* unterlassen.²⁶ Die dann in *Eisentrager* festgestellte Abwesenheit einer *verfassungsmäßig* erforderlichen Zuständigkeit schließe eine vom einfachen Recht geforderte Zuständigkeit i.S.d. jüngeren Präzedenzfalls *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* oder sogar i.S.v. *Justice Rutledges* Abweichung in *Abrens* nicht aus.²⁷ Selbst der generell kritische *Michael Crossley* gesteht zu, dass *Rasul vs. Bush* von *allen* Präzedenzfällen unterscheidbar war anhand dem hier unklaren Status der Kläger, dem *de facto*-Status des Territoriums und der Erreichbarkeitsdoktrin²⁸ – aber eben und gerade *nur in Kombination aller drei*.²⁹ Die Mehrheit folgt jedenfalls in keinem Punkt der Argumentation der Regierung, wonach es sich bei den Internierten um rechtlose Personen in einem rechtsfreien Raum handelt.

4. Die Sondervoten

Justice Kennedy stimmt im Ergebnis zu, äußert sich aber besorgt über die potentielle Reichweite des Urteils.³⁰ Er unterstreicht, dass das Urteil ganz

²⁵ *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1210.

²⁶ *Rasul v. Bush*, Mitschnitt der mündlichen Verhandlung (2004), ab ca. 11'45“, abrufbar unter: <https://www.oyez.org/cases/2003/03-334> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

²⁷ „Mr. Olson could not find a way out of the *Abrens* box that Justice Stevens had built around the government's *Eisentrager* argument“, *Thai* (Fn. 15), S. 522.

²⁸ Im Amerikanischen findet sich hier der Ausdruck „*amenability to process*“ oder die Formulierung „*custodian can be reached by service of process*“, vgl. *Abrens v. Clark*, 335 U.S. 188 (1948), 195 und *Braden v. 30th Judicial Circuit Court of Kentucky*, 410 U.S. 484 (1973), 495.

²⁹ *Crossley*, With liberty and justice for all?, *Duquesne Law Review* 43 (2005), 241 (253-256).

³⁰ Es dürfe sich z.B. keine „automatische [...] Autorität zur Abwägung von Eingaben von Personen [...] außerhalb der Vereinigten Staaten“ ergeben, *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1216.

entscheidend – und seines Erachtens richtigerweise – auf der Bewertung Guantánamos als „Staatsgebiet *de facto*“ fuße.³¹

Das andere Sondervotum³² widerspricht der Mehrheit auf breiter Front und folgt weitgehend der Regierung. Diese habe sich auf *Johnson v. Eisentrager* verlassen, die Mehrheit also das Prinzip der Bindung an Vorentscheidungen („*stare decisis*“) verletzt. *Justice Scalia* argumentiert mit dem Wortlaut des 28 U.S. Code § 2241, die Hoheit von Bundesgerichten sei auf ihre jeweiligen Bezirke begrenzt (wie *Abrens v. Clark*) und eine Verhältnismäßigkeitsabwägung (wie *Braden v. 30th Judicial Circuit Court*) könne hier keine Anwendung finden, weil das den Klägern faktisch die freie Wahl des *Gerichts* („*forum shopping*“) eröffnen würde.³³ Das *Gericht* habe das Haftprüfungsrecht auf Kläger weltweit, oder zumindest auf alle Kriegsgefangenen, ausgedehnt. Die Mehrheit will mit der Bewertung Guantánamos als Staatsgebiet diesem Schluss ausweichen. Sie nimmt ihn jedoch tatsächlich vorweg, insoweit die Voraussetzung für Zuständigkeit nun *allein* die „Erreichbarkeit“ des Inhaftierenden ist.³⁴

5. Zusammenfassung und Einordnung

Die einzigartige Ausgangskonstellation in *Rasul vs. Bush* schafft sowohl die Möglichkeit als auch die Notwendigkeit, Präzedenzfälle zu *Strafgefangenen* im Inland und zu *Kriegsgefangenen* im Ausland zusammenzuführen. Die streng territoriale Auslegung des 28 U.S. Code § 2241 aus *Abrens v. Clark* wurde dabei sicherlich über *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* hinaus weiter aufgeweicht. Die verfassungsrechtliche Bewertung aus *Johnson v. Eisentrager* bleibt unberührt, der dortige Verzicht auf einfachrechtliche Festlegungen zugunsten von *Abrens* öffnet dem *Gericht* aber nun die Tür, seine Entscheidung eben gerade anhand einer Interpretation des einfachen Rechts zu treffen. Das bringt die willkommene Möglichkeit mit sich, die Rolle der Judikative grundsätzlich zu betonen und *zugleich* dem Kongress zu erlauben, durch eine Änderung des einfachen Rechts gegenzusteuern. Trotz hoher Signalwirkung war *Rasul* daher

³¹ *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1215.

³² Dem Votum von *Justice Scalia* schlossen sich der *Chief Justice Rehnquist* und *Justice Thomas* an.

³³ Vgl. *Osborn* (Fn. 17), S. 270.

³⁴ „No Party questions the District Court’s jurisdiction over petitioners’ custodians. [...] § 2241, by its terms, requires nothing more“, *Rasul v. Bush*, 43 ILM 1207 (2004), 1211. Die Ableitung aus *Braden v. 30th Judicial Circuit Court* findet sich ebd., S. 1210. Eine Betrachtung der konkreten Implikationen bietet *Martin*, *Offshore Detainees and the Role of Courts after Rasul v. Bush*, *Boston College Third World Law Journal* 25 (2005), 10-12, abrufbar unter: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1091&context=twlj>, (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

nicht mit einer dauerhaften Erleichterung für die Gefangenen oder mit einer Stabilisierung der Gewaltenteilung verbunden, dem schoben Gesetzesänderungen an dieser „Sollbruchstelle“ des Urteils einen Riegel vor.

II. *Hamdi v. Rumsfeld*

Yaser Hamdi wurde im Herbst 2001 von der afghanischen Nordallianz wohl im Zusammenhang mit Kampfhandlungen festgesetzt. Er selbst behauptete, er habe nur zur falschen Zeit am falschen Ort humanitäre Hilfe geleistet. Nach seiner Übergabe an US-Kräfte gegen Kopfgeld wurde er nach Guantánamo überführt. Als entdeckt wurde, dass er neben der saudischen auch noch die US-Staatsbürgerschaft besaß, wurde er auf das Festland verlegt. Sein Vater beantragte 2002 Haftprüfung in seinem Namen.

1. Der Instanzenweg

In einer ersten Runde der Beweiserhebung reichte die Regierung eine eidesstattliche Erklärung zur Untermauerung von *Hamdis* Feindstatus ein, welche fast ausschließlich aus Hörensagen bestand. Der *E.D. Virginia District Court* hielt das für unzureichend und forderte weitere Belege. Die Regierung ging spezifisch gegen diese Nachforderung von Beweisen in Berufung, jener wurde durch den *Court of Appeals for the Fourth Circuit* einstimmig stattgegeben.

Der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* ging dabei über die Frage der Angemessenheit einer weiteren Beweiserhebung weit hinaus: Sie verwarf *Hamdis* Haftprüfungsantrag *in Gänze* mit der Begründung, durch besagte Erklärung sei sein Status als Feindkämpfer bereits hinreichend untermauert. Weitere Nachweise seien nicht erforderlich. Es handele sich offenkundig um Kriegsgefangenschaft. Das Verbot der Internierung von US-Bürgern ohne gesetzliche Grundlage³⁵ sah das *Gericht* durch die AUMF als bedingt aufgehoben an. Der Schutz des Art. 5 des III. Genfer Abkommens³⁶ sei hier nicht einklagbar.³⁷ Entscheidend seien Ort und Zeitpunkt der Festsetzung³⁸ und der Umstand, dass *Hamdi* die Beteiligung an Kämpfen – ausweislich der in Rede stehenden

³⁵ Wortlaut: „No citizen shall be imprisoned or otherwise detained by the United States except pursuant to an Act of Congress“, 18 U.S. Code § 4001 lit. a, Hervorhebung durch den Autor.

³⁶ Wortlaut: „Should any doubt arise as to whether persons [who have] committed a belligerent act and [...] fall into the hands of the enemy belong to any of the categories enumerated in Article 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.“

³⁷ *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4th Cir. 2003), 207-209.

³⁸ Hierauf wird ebd. etwa auf den Seiten 201, 202, 203, 205, 209, 210, 211, 212, 213, 214 und 215 verwiesen.

eidesstattlichen Erklärung – zugegeben habe. Er selbst hat ein solches „Geständnis“ seinerseits später vehement abgestritten.

Der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* unterschlug, dass die erneute Beweiserhebung des *E.D. Virginia District Courts* u.a. auf Protokolle von *Hamdis* Verhören und auf Aussagen des Verhörpersonals abzielte. Diese hätten seinen Feindstatus eigentlich nur untermauern können – vorausgesetzt, sie hätten tatsächlich ein „Geständnis“ enthalten. Wäre dasselbe dort entgegen den Behauptungen der Regierung aber gar nicht belegt, dann hätten die beteiligten Beamten des Justizministeriums freilich größtes Interesse, nicht wegen Behinderung der Justiz oder wegen Meineides belangt zu werden. Der Eindruck, dass das *Gericht* die Regierung genau vor dieser Peinlichkeit um jeden Preis schützen möchte, drängt sich bei der Lektüre der Entscheidung leider auf.

Der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* scheint zudem den ersten beiden Artikeln der U.S. Constitution *allein wegen ihrer Platzierung* inhaltlich Vorrang vor der „erst“ in Art. III geregelten Judikative beizumessen. Individualrechte erwähnt sie mit keinem Wort. Sie verwirft nur explizit die Annahme, dass *Hamdis* US-Staatsbürgerschaft hier einen Unterschied mache.³⁹ Es gelte eine „Richtigkeitsvermutung“ für Behauptungen der Regierung im Kriegsgefangenenfall die Vorrang vor der Unschuldsvermutung habe.⁴⁰ Die Frage, welche Mittel zum *Gegenbeweis* zur Verfügung stünden – und den müsste *Hamdi* nach Verlust der Unschuldsvermutung zu seiner Entlastung ja erbringen (können) – ist schnell beantwortet: Es sei *keine* weitere richterliche Prüfung erforderlich.⁴¹

Die potentielle Länge des Krieges gegen den Terror und die damit verbundene Gefahr lebenslangen Kriegsgefangenschaft wischt das *Gericht* weg – mit bitterer Ironie: der Konflikt dauere ja noch an. Die U.S. Constitution messe den Gerichten schon ganz allgemein keinerlei Rolle in der Außenpolitik zu. Dass die Exekutive in der Außenpolitik einen Prärogativ vor den anderen Gewalten besitzt, ist unbestritten.⁴² *Wilke* unterstreicht jedoch die eklatante Ausweitung

³⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4th Cir. 2003), 213.

⁴⁰ „The factual averments in the affidavit, *if accurate*, are sufficient“, ebd., S. 212, Hervorhebung durch den Autor. Der *Supreme Court* kritisierte das später, siehe *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1168.

⁴¹ „[...] T]he role of the writ is not to correct *mere error* [...], but [...] to check the executive branch if it asserts a *power to act beyond the authority granted*.“ *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4th Cir. 2003), 212.

⁴² Hierzu zählt nach gängiger Praxis auch der Bereich, der seit Beginn des Kalten Krieges als „nationale Sicherheit“ umschrieben wird. In jener Zeit entstand auch der Begriff der „*Imperial Presidency*“. Einen historischen Überblick über die Entwicklung dieser außen- und sicherheitspolitischen Vorrechte der Exekutive bietet *Yoo*, Unitay, Exe-

des Außenpolitikbegriffs: Die Erklärung einer Person zum Staatsfeind lässt ein Berufungsgericht annehmen, dass die *Internierung eines US-Bürgers auf amerikanischem Boden* eine Frage der Außenpolitik sei.⁴³ Es drängt sich insgesamt der Eindruck auf, dass das Urteil des *Court of Appeals for the Fourth Circuit* aus politischen Abwägungen und Zwist mit dem unteren Gericht heraus entstanden ist. Die Entscheidung liest sich streckenweise wie eine Kapitulation der Richter in ihrer Kontrollfunktion. Das *Gericht* schließt:

„[W]e hold that [...] *Hamdi* is not entitled to challenge the facts presented in the *Mobbs* declaration. Where [...] petitioner has been designated as an enemy combatant and [...] was captured in a zone of active combat [...], further judicial inquiry is unwarranted when the government has [...] set forth factual assertions which would establish a legally valid basis for [...] detention.“⁴⁴

2. Die Entscheidung

Hamdi ging wiederum in Berufung.⁴⁵ Der *Supreme Court* entschied mit 6-3 zu seinen Gunsten. Die Auffassung des *Gerichts* verfasste *Justice O'Connor*, mit ihr stimmten *Chief Justice Rehnquist* sowie *Justices Kennedy* und *Breyer*. *Justices Souter* und *Ginsburg* wichen in ihrer Begründung teilweise ab, nicht aber im Ergebnis. *Justices Scalia* und *Stevens* ging die Entscheidung nicht weit genug, *Justice Thomas* ging sie zu weit.

Die Mehrheit der Richter glaubt, dass die Bestimmung des 18 U.S. Code § 4001 lit. a die Voraussetzungen für ihre eigene Außerkraftsetzung durch die AUMF erfüllt, insofern die Regierung also zum Festhalten von Staatsbürgern ermächtigt sei.⁴⁶ Für sich genommen ist das ein erheblicher Erfolg für die Regierung.⁴⁷ Die Mehrheit lässt aber an *Hamdis* US-Staatsbürgerschaft, anders als der *Court of Appeals for the Fourth Circuit*, auch sprachlich keine Zweifel⁴⁸ und zieht aus ihr ganz andere Schlüsse: „*Due process*“ erfordere es, dass einem Staats-

cutive, or Both?, *University of Chicago Law Review* 76 (2009), 1935 (insb. 1946-1948, 2004-2017).

⁴³ *Wilke* (Fn. 24), S. 644.

⁴⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4th Cir. 2003), 214, Hervorhebungen durch den Autor.

⁴⁵ Die Berufung wurde am 9.1.2004 angenommen, am 28.4.2004 verhandelt, am 28.6.2004 die Entscheidung verkündet.

⁴⁶ Vgl. *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1169 f.

⁴⁷ Vgl. *Azmy*, Executive Detention, Boumediene, and the New Common Law of Habeas, *Iowa Law Review* 95 (2010), 445 (455 i.V.m. Fn. 43).

⁴⁸ Vgl. z.B. „The petition alleged that *Hamdi* is a citizen“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 42 ILM 197 (4th Cir. 2003), 201; „Born an American citizen in Louisiana in 1980“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1166.

bürger die Möglichkeit offenstehen müsse, die seiner Internierung zugrundeliegenden Tatsachen von einer *neutralen Instanz* überprüfen zu lassen.⁴⁹

Die Mehrheit folgt dem *Court of Appeals for the Fourth Circuit* dann scheinbar, wenn sie die Gewaltenteilung in den Art. I–III der U.S. Constitution zunächst als bloße *Verteilung* von Zuständigkeiten, nicht als gegenseitigen Kontrollmechanismus interpretiert. Später wird sie diese Ansicht jedoch explizit verwerfen. Sie steht auch unbestritten in Konflikt mit institutionellen Interessen des *Supreme Courts* bzw. der Judikative allgemein und jedenfalls im krassen Widerspruch zur amerikanischen Verfassungstradition. Mit mehrfachen Hinweisen auf die „*Suspension Clause*“⁵⁰ unterstreicht die Mehrheit auch die Rolle und Kontrollfunktion der Legislative.⁵¹

Dass die Gefahr endloser Gefangenschaft bestünde, weil der Terror anders als ein Feindstaat in einem herkömmlichen Krieg nicht endgültig besiegt werden könne, gesteht die Mehrheit *Hamdi* ausführlich zu. Einen Ausweg aus dem Dilemma findet sie nicht.⁵² Dass die AUMF eine unbegrenzte Internierung keinesfalls zwecks Vernehmung, sondern höchstens zwecks Hinderung an erneuten Feindseligkeiten erlaube, ist für die Internierten ein wertloses „Trostpflaster“.⁵³ Insbesondere dann, wenn eine durch letzteres begründete Haft dann im zweiten Schritt für ihre Dauer doch auch wieder die wiederholte Vernehmung zulässt.

Die Mehrheit unterstreicht: Die Ermächtigung zur Internierung i.S.d. AUMF setze voraus, dass hinreichend nachgewiesen sei, dass es sich *tatsächlich* um einen feindlichen Kombattanten handle.⁵⁴ Es bleibe die Frage, welche Verfahren einem Staatsbürger geschuldet seien, der seinen Feindstatus *bestreite*.⁵⁵ Aus dem Wortlaut des 28 U.S. Code § 2241 jedenfalls folgert die Mehrheit zweierlei: erstens, dass der Gesetzgeber für einen Antragsteller im Haftprüfungsverfahren ein Recht zur eigenen Beweiseinbringung und zum Angriff auf Regierungs-

⁴⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1166.

⁵⁰ Diese findet sich unter den explizit dem Kongress zugeschlagenen Befugnissen, den sog. *Enumerated Powers*: „The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it,“ U.S. Constitution Art. I, § 9, Cl 2.

⁵¹ „[A] state of war is not a blank check for the President [...]. Whatever [...] the Constitution envisions [...] in exchanges [...] with enemy organizations in times of conflict, it most assuredly envisions *a role for all three branches* when [...] liberties are at stake“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1177, Hervorhebung durch den Autor.

⁵² Vgl. *Azmy* (Fn. 47), S. 510.

⁵³ Siehe z.B. *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1171.

⁵⁴ Ebd., S. 1172.

⁵⁵ Ebd.

beweise vorsehe; zweitens, dass Spielraum für die Gerichte in der Frage bestehe, welches Vorgehen und welche Beweislasthürden jeweils *im Einzelfall* angemessen sind.⁵⁶ Die Mehrheit konkretisiert: Dass *Hamdi* sich zur Zeit der Feindseligkeiten in Afghanistan *aufgehalten* habe, reiche nicht aus, seinen Status zu begründen. Gleiches gelte für Hörensagen aus zweiter und dritter Hand, er sei „geständig“.⁵⁷ Die Mehrheit widerspricht auch der Ansicht des *Court of Appeals for the Fourth Circuit*, die Gewaltenteilung lasse *nur* eine Prüfung der regierungsseitig reklamierten *Ermächtigung* auf ihre Anwendbarkeit hin, nicht aber eine Einzelfallprüfung zu.⁵⁸

Den vom *Court of Appeals for the Fourth Circuit* bevorzugten „*some evidence standard*“ verwirft die Mehrheit ebenso wie die Ansicht des *E.D. Virginia District Courts*, dass hier vorzugehen sei wie im Strafprozess.⁵⁹ Stattdessen „zaubert“ sie einen Präzedenzfall⁶⁰ „aus dem Hut“⁶¹, der Verhältnismäßigkeitsabwägungen vorsieht, die sie am vorliegenden Fall dann auch prompt und aufwendig durchexerziert.⁶² Das Ergebnis gleicht einer *doppelten Beweislastumkehr*: Anders als bei Individualnotwehr treffe die Beweislast bei Staatsnotwehr den geschädigten, vermeintlichen Angreifer nicht den schädigenden, vermeintlichen Verteidiger. Insoweit folgt die Mehrheit dem *Court of Appeals for the Fourth Circuit*.

Im vorletzten Absatz des Mehrheitsvotums erwartet den Leser *aus dem Nichts* ein weiterer Kompromiss: Es bestünde weiterhin die Möglichkeit, die notwendigen Verfahren von Militärtribunalen durchführen zu lassen. Nur in Abwesenheit solcher Prozesse müsse der jeweilige *District Court* selbst für die Erfüllung des minimal Erforderlichen sorgen.⁶³ Prozessrechtliche Mindestanforderungen an ein solches potentiell Militärribunal bleiben dabei aber im Dunkeln. Ob die Mehrheit damit insgeheim bezweckt hat, in absehbarer Zeit erneut mit dem Guantánamo-Komplex konfrontiert zu werden und so eine regelmäßige Kontrolle v.a. der Exekutive, aber auch des Parlaments aufrechtzuerhalten, ist spekulativ. Jedenfalls scheint diese Konsequenz in der Nachschau eine sehr vorhersehbare zu sein.

⁵⁶ *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1173.

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Ebd.

⁵⁹ Vgl. ebd., S. 1173 f. bzw. S. 1176.

⁶⁰ *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319 (1976).

⁶¹ Keine Partei hatte diesen herbeizitiert, wie *Thomas* feststellt, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1206.

⁶² Ebd., S. 1174-1176.

⁶³ Vgl. ebd., S. 1178.

3. Die Sondervoten

Die im Ergebnis beipflichtenden *Justices Souter* und *Ginsburg* bestreiten vehement, die AUMF habe stillschweigend die Aussetzungsklausel des 18 U.S. Code § 4001 lit. a erfüllt.⁶⁴ Auch unter Zuhilfenahme des Kriegsgewohnheitsrechts käme eine solche Ermächtigung nicht zustande. Auf Kriegsgewohnheiten könne sich die Regierung zudem nicht berufen, solange *Hamdi* nicht nach deren Regeln als Kriegsgefangener behandelt werde.⁶⁵ Weitreichende Befugnisse seien für die Regierung nur im Paket mit den einhergehenden Pflichten zu haben.

Ob die Mehrheit mit dieser Bewertung zu einem anderen Gesamtergebnis gekommen wäre, muss angesichts der von ihr parallel angeführten „*War Powers*“ der Exekutive erheblich bezweifelt werden. Insoweit kann die Bewertung der AUMF als ausreichende Ermächtigung durch die Mehrheit als Teil der Verhandlungsmasse in einer weitgehend paritätisch gehaltenen Entscheidung gelten. Eine Normenkontrolle, so *Justices Souter* und *Ginsburg*, ob 18 U.S. Code § 4001 lit. a unzulässig die „*War Powers*“ einschränke, sei aber mangels Reklamation hier nicht notwendig.

Eine Untersuchungshaft wäre im Strafprozess offenkundig zulässig, sollte ein solcher denn angestrengt werden.⁶⁶ Aufschlussreich ist auch ihr Hinweis, der *Patriot Act* erlaube für ausländische Terrorverdächtige *expressis verbis* sieben Tage Polizeigewahrsam, bevor eine richterliche Anordnung zur Haftfortsetzung nötig werde. Sie folgern *ex silentio*, eine vergleichbare Haft für US-Bürger sei gesetzlich *nicht* vorgesehen.⁶⁷ Den Zugeständnissen der Mehrheit an die Regierung (substituive Militärtribunale, doppelte Beweislastumkehr) schließen sich *Souter* und *Ginsburg* explizit nicht an.⁶⁸

Justices Scalia und *Stevens*, welche in *Rasul vs. Bush* diametral gegensätzlich votierten, stimmen nun *gemeinsam* gegen die Mehrheit. Sie vertreten im Ergebnis die liberalste, in der Begründung die konservativste Haltung. Sie weisen u.a. darauf hin, dass es sich in der „*Suspension Clause*“ um die *einzigste* Notstandsbestimmung in der U.S. Constitution handelt.⁶⁹ *Habeas Corpus* sei nicht in deren Sinne aus-

⁶⁴ „We must assume, [...] that the lawmakers intended to place no greater restraint on the citizen than was clearly and unmistakably [enacted].“ „§ 4001(a) must be read to have teeth in its demand for congressional authorization“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1181.

⁶⁵ Ebd., S. 1183.

⁶⁶ Ebd., S. 1182.

⁶⁷ „It is hard to believe that the same Congress [...] would not have meant to require the Government to justify clearly its detention of an American citizen“, ebd., S. 1184.

⁶⁸ Ebd., S. 1185.

⁶⁹ Ebd., S. 1190.

gesetzt, also sei ein Strafprozess anzustrengen oder der Kläger sei freizulassen – ganz einfach.⁷⁰ Dies gelte jedoch nur für Staatsbürger. Haft sei jedenfalls nur nach Bekanntgabe des Haftgrundes legal, das beinhalte *unbedingt* auch das Recht zur neutralen Gegenprüfung.⁷¹ Gegen Staatsbürger seien zu jeder Zeit Strafprozesse angestrengt worden, wenn sie sich im Krieg gegen ihr Land gewandt hatten.⁷² Überhaupt macht *Hamdis* Staatsbürgerschaft den Unterschied für den Exzeptionalisten *Scalia*.⁷³ Das wird schon durch seine Fragen an den Klägeranwalt während der Verhandlung deutlich.⁷⁴ Er wird aber auch grundsätzlich:

„It is unthinkable that the Executive could render otherwise criminal grounds for detention noncriminal merely by disclaiming an intent to prosecute.“⁷⁵

Auch *Justices Scalia* und *Stevens* verwerfen die Idee der Militärtribunale. Unerheblich ist nach Ihrer Ansicht, ob die AUMF eine Ermächtigung i.S.d. 18 U.S. Code § 4001 lit. a darstelle. Die U.S. Constitution garantiere Haftprüfung.⁷⁶ Sie werfen der Mehrheit in spöttischem Ton vor, nach politisch-pragmatischer Parität entschieden zu haben⁷⁷ – dem ist inhaltlich zuzustimmen.

„The [Executive], acting pursuant to the powers vested in the President [...] and with [...] congressional approval, has determined that [Hamdi] is an enemy combatant and should be detained. This [...] falls squarely within the [...] war powers. [...] I do not think that the [...] war powers can be balanced away by this Court. [...] The structural advantages of a unitary Executive are essential in these domains.“⁷⁸

Mit diesen Worten positioniert sich *Justice Thomas* explizit als Anhänger der „Unitary Executive Theory“. Es ist dabei aber nicht so sehr die sehr weit gefasste *Vesting Clause* in Art. II § 1 der U.S. Constitution, sondern es ist die Rolle des Präsidenten als Oberkommandierenden der Streitkräfte, die *Justice Thomas* motiviert. Auch er wirft der Mehrheit blinde Parität vor. Richter seien inkompetent in Fragen der nationalen Sicherheit, „weil sie komplex und delikant sind und in

⁷⁰ „[T]he only constitutional alternatives are to charge the crime or suspend the writ“, *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1191; vgl. ebd., S. 1195 und S. 1197 En. 5.

⁷¹ Vgl. z.B. ebd., S. 1186.

⁷² Im Fall *Moussaoui*, dem einzigen aktuellen Vergleichsfall, habe die Regierung z.B. zum Strafprozess gegriffen, vgl. ebd., S. 1188 f.

⁷³ „[C]itizens and non-citizens [...] are not similarly situated“, ebd., S. 1197 En. 5.

⁷⁴ *Hamdi v. Rumsfeld*, Mitschnitt der Verhandlung (2004), ca. 5’30“, abrufbar unter: <https://www.oyez.org/cases/2003/03-6696> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

⁷⁵ *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), 1187, Hervorhebung durch den Autor.

⁷⁶ Ebd., S. 1194.

⁷⁷ „There is [...] harmony [...] in the plurality’s making up for Congress’s failure to invoke [Suspension] and [...] the Executive’s failure to apply [...] needed procedures“, ebd., S. 1195.

⁷⁸ Ebd., S. 1197 f.

erheblichem Maß auf dem Voraussehen der Zukunft beruhen.⁷⁹ Eine Kontrollfunktion erkennt *Justice Thomas* nicht an. Man mag sich erneut an das Urteil des *Court of Appeals for the Fourth Circuit* erinnert fühlen.

Die Abwesenheit einer parlamentarischen Aufhebung des Haftprüfungsrechts i.S.d. „*Suspension Clause*“ verwirft *Justice Thomas* mit dem Argument der Unvorhersehbarkeit. Das Fehlen der Ermächtigung sei nicht mit einem Verbot zu verwechseln, das Haftprüfungsrecht auf anderem Wege zu beseitigen. Diese Bestimmung der U.S. Constitution sei für seinen Geschmack sowieso zu eng gefasst.⁸⁰

Auch zur Korrektur *offensichtlich* fälschlicher Inhaftierungen sei die Judikative nicht befugt.⁸¹ Auch damit folgt er der Linie des *Berufungsgerichts*. Alle Verfahren, die *Hamdi v. Rumsfeld* geschuldet seien, habe er bereits genossen. Ungeklärt bleibt, ob und wie Offenlegung der *Protokolle seiner eigenen Verböre* dem Kläger *Hamdi* Zugang zu geheimdienstlichem Material verschaffen würde, wie *Thomas* – erneut in Anlehnung an den *Court of Appeals for the Fourth Circuit* – behauptet.⁸²

4. Zusammenfassung und Einordnung

Den Entscheidungen in *Rasul vs. Bush* und *Hamdi v. Rumsfeld* liegt unterschwellig, aber doch sichtbar, eine salomonische „*Split the baby*“-Mentalität zugrunde. Daraus ziehen die Kläger in *Rasul* einen größeren Nutzen als der US-Bürger *Hamdi* – jeweils unter Berücksichtigung der Einzel- vor dem Hintergrund der Gesamtumstände. *Yaser Hamdi* wurde schließlich freigelassen – u.a. unter der Bedingung, dass er seine US-Staatsbürgerschaft zurückgebe. Unmittelbare Konsequenz der beiden Urteile war die Rückbesinnung des Verteidigungsministeriums auf Vorschriften zum Umgang mit Kriegsgefangenen, wie sie vor dem 11. September 2001 gegolten hatten. Dazu gehörte, dass Gefangenen eine Status-Einzelfallprüfung durch ein „*Combatant Status Review Tribunal*“ (CSRT) angeboten wurde, inklusive Anhörung. Eine Unschuldsvermutung oder Rechtsbeistand wurde dort nicht gewährt, die Entscheidungsgrundlagen waren in ihrer Gesamtheit weder dem Gefangenen noch der Öffentlichkeit zugänglich. Die Verfahren genügen insofern nicht den Genfer Abkommen.⁸³

Außerdem wurden Militärkommissionen eingerichtet, die einzelne Gefangene wegen Kriegsverbrechen verfolgen sollten. 2005 wurde der „*Detainee Treatment*

⁷⁹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 43 ILM 1166 (2004), S. 1199; vgl. ebd., S. 1200.

⁸⁰ Ebd., S. 1204.

⁸¹ Ebd., S. 1202.

⁸² Ebd., S. 1204.

⁸³ Vgl. *Osborn* (Fn. 17), S. 275-276 und *Wilke* (Fn. 24), S. 646.

Act‘ (DTA) verabschiedet, der faktisch jede gerichtliche Zuständigkeit über ausländische Staatsbürger auf Guantánamo Bay ausschloss. Unmittelbar vor dem höchstrichterlichen Urteil in *Hamdan v. Rumsfeld* schuf der „*Military Commissions Act*‘ (MCA) insofern Klarheit, als er den *D.C. Circuit Court* als alleinige Berufungsinstanz gegen Entscheidungen der CSRTs und Militärkommissionen benannte.⁸⁴ Mit der Legalität der letzteren beschäftigte sich der *Supreme Court* 2006 in *Hamdan*.

III. *Hamdan v. Rumsfeld*

1. Die Ausgangslage

Auch *Salim Hamdan* wurde Ende 2001 in Afghanistan von afghanischen Koalitionskräften festgesetzt, ausgeliefert, in der Folge nach Guantánamo Bay verlegt und dort isoliert. Im Dezember 2003 wurde ein Militäranwalt mit seiner Vertretung beauftragt, welcher im Februar 2004 schriftlich mit Verweis auf das Militärrecht (*Uniform Code of Military Justice*, UCMJ) die Bekanntgabe der Vorwürfe und ein zügiges Verfahren verlangte. Die Regierung wies ihn zurück. Daraufhin beantragte er in *Hamdans* Namen *Mandamus*⁸⁵ und *Habeas Corpus*.

2. Der Instanzenweg: *D.C. District Court*

Die Stoßrichtung der Klage fast der *D.C. District Court* wie folgt zusammen:

„*It alleges denial of [... a] speedy trial [...] in violation of [Article 10 UCMJ]; challenges the nature and length of [...] pretrial detention [...]; challenges the order establishing Military Commissions as a violation of the separation of powers [...]; challenges [their] creation [...] as a violation of [equal protection and the right to a trial by jury ...]; and argues that the [...] Order does not [...] apply to Hamdan.*“⁸⁶

Die Regierung beantragte Abweisung. Sie bekundete, *Hamdan* vor einer Militärkommission wegen Kriegsverbrechen anklagen zu wollen. *Hamdan* selbst hatte eidesstattlich erklärt, *Osama bin Ladens* Fahrer gewesen zu sein. Tätigkeiten als dessen Personenschützer oder als Transporteur für Geld und Waffen stritt er jedoch ab.⁸⁷ Per Eilbeschluss wies *District Judge Robertson* in erster Instanz die Regierung zurück und gab dem Kläger teilweise Recht:

⁸⁴ Zu den beiden Gesetzen und den Militärkommissionen: *Fallon/Meltzer*, *Habeas Corpus, Substantive Rights and the War on Terror*, *Harvard Law Review* 120 (2007), 2029 (2060-2064).

⁸⁵ *Mandamus* muss hier als gerichtliche Anordnung zur Bekanntgabe der Anschuldigungen, d.h. des Haftgrundes verstanden werden.

⁸⁶ *Hamdan v. Rumsfeld*, 44 ILM 1276 (DDC, 2005), 1277.

⁸⁷ *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 5.

„[A]bsence of a factual return is of no moment [...]. [O]nly three facts are necessary for my disposition of the petition [...] and [the...] motion to dismiss [...]. Hamdan was captured [...] during hostilities [...], he has asserted [POW status and] the government has not convened a competent tribunal to determine [his] status. [T]hose propositions seem to be undisputed.“⁸⁸

Die Doktrin der Rechtsmittelausschöpfung sei nicht auf die Militärkommissionen anwendbar und auch der Präzedenzfall *In parte Quirin* untermauere nicht die Position der Regierung.⁸⁹ Art. 21 UCMJ erstrecke sich ausschließlich auf Täter, die nach dem einfachen oder dem Kriegsvölkerrecht *explizit* vor Militärkommissionen angeklagt werden *dürfen*. Art. 102 des III. Genfer Abkommens erfordere hingegen einen Prozess vor einem regulären Militärgericht, solange *Hamdans* Status in Frage stehe.⁹⁰ Das Argument der Regierung, sie befinde sich mit *al Qaida* und den *Taliban* in *separaten* Konflikten und sei in ersterem nicht an die Genfer Abkommen gebunden, verfängt nicht. Aufbau und Zweck der Abkommen stehe dem entgegen. Sie seien auf alle in Afghanistan festgesetzten Personen anwendbar.⁹¹

Auch das Argument, *Hamdan* habe als „*unlawful enemy combatant*“ gar keinen Anspruch auf Schutz, überzeugt *District Judge Robertson* nicht. Ein entsprechendes CSRT-Gutachten erklärt er für nichtig. Solange *Hamdan* den Feindstatus bestreite, gelte Art. 5 des III. Genfer Abkommens und *Army Regulation* 190-8 als dessen Implementierung. Bis *Hamdans* Status durch ein „kompetentes Tribunal“ geklärt sei, genieße er den vollen Schutz des Kriegsgefangenenstatus.⁹²

Hilfswise bestritt die Regierung auch, der Schutz der Genfer Abkommen sei *per se* einklagbar. *District Judge Robertson* widerspricht auch hier. Art. 21 UCMJ und *Army Regulation* 190-8 setzten diesen Schutz voraus und seien ihrerseits unbestritten einklagbar. Nur ein ordentliches Militärgericht könne *bis dato Hamdan* wegen Kriegsverbrechen belangen.⁹³ Auch sei die von Art. 36 lit a UCMJ erforderte, *größtmögliche* prozessuale Gleichförmigkeit der Kommissionen mit Militärgerichten – konkretisiert in Art. 39 lit. b UCMJ – hier nicht erfüllt.

⁸⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, 44 ILM 1276 (DDC, 2005), 1277.

⁸⁹ „[A] person need not exhaust remedies in a military tribunal if the military court has no jurisdiction over him. [...] No proper determination has been made that Hamdan is an offender triable by military tribunal. The *Quirin* court sustained the President's order creating a military commission, because [he had exercised] authority conferred upon him by Congress. [...] The court expressly found it unnecessary in *Quirin* to determine to what extent the President [...] has *constitutional* power to create military commissions“, ebd. S. 1278, Hervorhebungen durch den Autor.

⁹⁰ Ebd., S. 1279 f.

⁹¹ Ebd., S. 1280.

⁹² Ebd., S. 1281.

⁹³ Ebd., S. 1282.

Hamdan könne z.B. mit dem Argument des Geheimschutzes teilweise vom Prozess ausgeschlossen werden. Unter diesen Bedingungen könne die Kommission ihn nicht anklagen.⁹⁴

Die Forderung des Klägers nach einem zügigen Verfahren wies *Robertson* jedoch zurück: Ordentliche Kriegsgefangenschaft sei weiterhin zulässig. Ob der Kläger als Ausländer überhaupt verfassungsmäßige Rechte in Anspruch nehmen kann, bleibt offen.⁹⁵

3. Der Instanzenweg: *D.C. Circuit Court*

Die Regierung ging in Berufung und der *D.C. Circuit Court* widersprach dem *D.C. District Court* in fast allen Punkten. Die Mehrheit am *D.C. Circuit Court* argumentiert, dass selbst dann, wenn die Militärkommission die Gewaltenteilung verletzen sollte, die Gerichte die Kommission noch nicht notwendigerweise verwerfen müssten. Auch ein Klagerecht für Ausländer ergebe sich daraus nicht.⁹⁶ Die AUMF erlaube die Hinwegsetzung über die Art. 21 und 39 lit. b UCMJ, die Genfer Abkommen seien nicht einklagbar.⁹⁷ *Hamdan* sei kein Kriegsgefangener i.S.d. Art. 4 des III. Genfer Abkommens und werde damit auch nicht von dessen Art. 102 geschützt. Damit folgt der *D.C. Circuit Court* vollumfänglich der Regierung.

Dass er nach Art. 3 der Genfer Abkommen solange als Kriegsgefangener zu behandeln sei, bis sein Status durch ein „kompetentes Tribunal“ geklärt wurde, unterschlägt das *Gericht* zunächst. Sodann bestreitet es die Anwendbarkeit der Abkommen *in toto* auf den Konflikt mit *al Qaida* – aus semantischen Gründen: Die Abkommen gälten für zwischenstaatliche Konflikte und innerstaatliche Bürgerkriege, der vorliegende Konflikt sei aber ein „nationaler Konflikt von internationaler Größenordnung“ – also weder Fisch noch Fleisch – und daher nicht geregelt. Das *Gericht* folgt auch damit blind dem Vortrag der Regierung.⁹⁸ Jedenfalls sei der Präsident eine „kompetente Autorität“ zur rechtskräftigen Einstufung des Klägers, er habe seine Entscheidungsgewalt erklärtermaßen und erlaubterweise auf die Kommission delegiert.⁹⁹

Diese Argumentation hat zwei Schwächen: Zunächst muss eine Einstufung unstrittig erfolgt sein *bevor* ein Prozess wegen Kriegsverbrechen angestrengt

⁹⁴ *Hamdan v. Rumsfeld*, 44 ILM 1276 (DDC, 2005), 1283-1286; Zitat ebd., S. 1286.

⁹⁵ Ebd., S. 1286-1288 u. S. 1290 En. 19.

⁹⁶ *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 7.

⁹⁷ Ebd., S. 8-13.

⁹⁸ Ebd., S. 14-16. *Judge Williams* verwirft diese Konstruktion explizit in seiner Separatmeinung.

⁹⁹ Ebd., S. 19.

werden kann. Damit darüber hinaus gleiches Recht auch *gleiche Anwendung* findet, müsste *Hamdan* zudem von *derselben* Instanz eingestuft werden, wie solche Gefangene, welche anschließend nicht wegen Kriegsverbrechen angeklagt werden sollen.

Eine Beurteilung der prozessrechtlichen Regeln der Kommission würde Bundesgerichten ebenfalls nicht zustehen, so die Mehrheit des *Gerichts*. Ausschließlich die Frage der Zuständigkeit der Kommission könne betrachtet werden – sie sei hier zu bejahen.¹⁰⁰ Art. 36 lit. a UCMJ¹⁰¹ schreibe tatsächlich *ausschließlich* eine Gleichförmigkeit der Kommissionen *untereinander* vor, nicht aber eine Uniformität derselben mit regulären Militärgerichten.¹⁰² *Kirkham* resümiert mit Blick auf die Gewaltenteilung:

„[B]y upholding the president’s ability to make himself judge, jury and executioner [...], by no reviewable standard [...], the [... Circuit] court opened the door for the Executive to encroach on the powers of both the legislative and the judicial branches.“¹⁰³

4. Die Entscheidung

Dem *D.C. Circuit Court* wiederum widersprach der *Supreme Court* (mit unübersichtlichen Mehrheiten).¹⁰⁴ *Chief Justice Roberts* war bereits am *D.C. Circuit* Teil der urteilenden Spruchkörpers gewesen, wurde daher automatisch ausgeschlossen. Die Regierung hatte in allerletzter Minute versucht, die Behandlung der Berufung *Hamdans* mit dem Argument der Erledigung durch neue Rechtslage doch noch abzuwenden. Sie argumentierte, der *Detainee Treatment Act* habe die Zuständigkeit der Bundesgerichte – auch für bereits anhängige Klagen in diesem Feld – aufgehoben. Das *Gericht* weist diese Ansicht der Regierung in einen vorangestellten Exkurs ausführlich zurück¹⁰⁵ und kommt dann zur Hauptsache:

„[T]he military commission convened to try *Hamdan* lacks power to proceed because its structure and procedure violate both the UCMJ and the Geneva Conventions. Four of us also

¹⁰⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 6 und 16 f.

¹⁰¹ Nicht 39 lit. b, die Mehrheit des *Gerichts* verwechselt die beiden stellenweise.

¹⁰² *Hamdan v. Rumsfeld*, 415 F.3d 33 (DCC, 2005), 17 f.

¹⁰³ *Kirkham*, *Hamdan v. Rumsfeld*. A Check on Executive Authority in the War on Terror, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 15 (2007), 707 (728), Hervorhebungen im Original.

¹⁰⁴ Vgl. *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1134.

¹⁰⁵ „Ordinary principles of statutory construction suffice to rebut the government“, ebd., S. 1137. Eine historische Auslegung führt die Mehrheit zum gleichen Ergebnis. Sie nimmt die Regierung sogar wie ein Schulkind an die Kandare, wenn sie in ein Zitat aus *Lindb* wie in eine Gleichung die aktuellen „Werte“ einsetzt, siehe ebd., S. 1138.

*conclude [...] that [conspiracy] is not an 'offens[e] that by ... the law of war may be tried by military commissions.'*¹⁰⁶

Der vom UCMJ abweichenden Militärkommission, die *Hamdan* anklagen solle, fehle es an einer gesetzlichen Grundlage.¹⁰⁷ Kriegsgewohnheitsrecht schaffe ebenfalls keine Abhilfe im Sinne der Regierung. Die Mehrheit konkretisiert, es gebe drei gewohnheitsrechtlich anerkannte Typen von Militärkommissionen: Solche, die im Kriegsgebiet vorübergehend zivile Strafgerichte ersetzen, solche, die im befriedet-besetzten Gebiet besatzungsrechtliche Vergehen ahnden und solche, die Kriegsgefangene wegen Kriegsverbrechen anklagen. Hier komme nur letzterer Typ in Frage. Der habe jedoch fünf Voraussetzungen: (1.) Der Tatort liegt im Konfliktgebiet, (2.) die Tatzeit liegt innerhalb der Konfliktdauer, (3.) die Tat verstößt spezifisch gegen *Kriegsrecht*, sie ist (4.) nicht durch ein normales Militärgericht zu ahnden und die Kommission stellt (5.) die Erfüllung der Bedingungen 1-4 förmlich fest.¹⁰⁸ Diese Kautelen sieht die Mehrheit hier nicht erfüllt.¹⁰⁹

Die Regierung habe insbesondere nicht zeigen können, dass die *Verabredung* von Kriegsverbrechen *für sich allein* ein Kriegsverbrechen darstelle.¹¹⁰ Diese Frage war Anlass ausführlicher Debatten in der mündlichen Verhandlung. Die Mehrheit sieht sich sogar zur Klarstellung genötigt, auch die *teilweise Verwirklichung* einer solchen Abrede sei kein Kriegsverbrechen, solange sie die Schwelle zum *vollendeten Tatbestand* nicht überschreitet. Die Zuständigkeit der Kommission sei durch den Tatvorwurf also nicht ausreichend begründet. Sie sei damit nicht befugt, *Hamdan* zu belangen.¹¹¹ Die konzipierten *prozessualen* Regeln der Kommission verstießen zudem gegen den UCMJ und das III. Genfer Abkommen.¹¹² Der Kläger genieße auch unbedingt den Schutz des Abkommens.

¹⁰⁶ *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1135, Veränderungen z.T. im Original.

¹⁰⁷ Ebd., S. 1143 f.

¹⁰⁸ Ebd., S. 1144 f.

¹⁰⁹ „Neither the purported agreement with Osama bin Laden [...] to commit war crimes, nor a single overt act, is alleged to have occurred in a theatre of war or on any specified date after [9/11]. None of the overt acts that Hamdan is alleged to have committed violates the law of war“, ebd., S. 1145.

¹¹⁰ Ebd., S. 1146-1148.

¹¹¹ Ebd., S. 1148.

¹¹² Ebd., S. 1148-1155. „Chief among [...] Hamdan's] objections are that he may [...] be convicted based on evidence he has never seen or heard, and that any evidence [...] need not comply with the admissibility [...] rules [...] applicable in [...] court[s]-martial“, ebd., S. 1149. *Hansen/Friedman*, *The Case for Congress – Separation of Powers and the War on Terror*, 2009, S. 61-108 diskutieren anhand dieses Urteils Implikationen geheimer Beweismittel.

Hierzu verweist *Justice Stevens* gerne erneut auf ein Sondervotum seines Mentors *Justice Rutledge* in *In Re Yamashita* (1946).¹¹³

Die Mehrheit folgt dann dem *D.C. District Court* und widerspricht dem *D.C. Circuit Court*. Art. 36 UCMJ erfordere die *größtmögliche* Uniformität der Kommissionen mit Militärgerichten. Das Rückzugsargument der Regierung, diese Bedingung sei hier schon erfüllt, sei mangels Untermauerung unzureichend.¹¹⁴ Die avisierten Verfahrensregeln der Kommission seien klar rechtswidrig.¹¹⁵

Hinsichtlich der *Genfer Abkommen* erlebt die Regierung ein *déjà vu*. Das *Gericht* begegnet dem Argument der Nichtanwendbarkeit erneut mit dem der Vorbedingung: Die Regierung könne Befugnisse nach Art. 21 UCMJ nicht beanspruchen, ohne die dort vorausgesetzten internationalen Regime einzuhalten.¹¹⁶ Die Mehrheit verwirft das Argument, es bestünden *separate* Konflikte mit *Taliban* und *al Qaida*, wovon letzterer die Genfer Abkommen nicht berühre.¹¹⁷ Wie schon beim nationalen Recht verfängt auch hier das Rückzugsargument der Regierung nicht, die Kommission sei doch „regulär konstituiert“ i.S.v. Art. 3 der Genfer Abkommen.¹¹⁸

5. Die Sondervoten

Justice Breyer pflichtet der Mehrheit separat bei.¹¹⁹ *Justice Kennedy* tut das teilweise.¹²⁰ Er sieht sich genötigt, der Regierung *aus dem Wörterbuch* vorzutizieren, was das Adjektiv „größtmöglich“ für das Gleichförmigkeitsgebot des Art. 36 UCMJ bedeutet. Überdeutlich wird er schließlich, wenn er feststellt, eine Verletzung des Art. 3 der Genfer Abkommen, wie die Regierung sie faktisch anstrebe, sei nach US-Recht *selbst ein Kriegsverbrechen*.¹²¹ *Justice Kennedy* nimmt aber

¹¹³ „[P]artially in response to [...] criticism of [...] Yamashita’s trial, the UCMJ [was] expanded [...] to include defendants in Yamashita’s (and Hamdan’s) position and the [III. Geneva Conv.] extended [POW] protections to individuals tried for crimes“, *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1151.

¹¹⁴ Ebd., S. 1151.

¹¹⁵ Ebd., S. 1152.

¹¹⁶ Ebd., S. 1153, vgl. Satz vor Fn. 64 oben.

¹¹⁷ Ebd., S. 1153.

¹¹⁸ Die Mehrheit bestreitet das mit Verweis auf das Sondervotum von *J. Rutledge* in *Re Yamashita*, ebd., S. 1154.

¹¹⁹ „Congress has denied the President [...] authority to create [...] commissions of the kind at issue here. [...] No emergency prevents consultation with Congress“, ebd., S. 1163.

¹²⁰ „[The order governing commissions] exceeds limits [Congress] placed on the President. [...] The Geneva [Conventions control]. Congress requires that [commissions] conform to the *law of war*“, ebd., S. 1163 und S. 1164.

¹²¹ Ebd., S. 1165 f.

nicht Stellung zum regulären Zustandekommen der Kommissionen i.S.d. Art. 3 der Genfer Abkommen oder zur Verfolgbarkeit einer *Verabredung* von Kriegsverbrechen.¹²²

Justices Scalia, Thomas und *Alito* stimmen gegen das Urteil. Die drei Sondervoten stellen dabei eine zusammenhängende und weitgehend arbeitsteilige Antwort auf die Mehrheit dar. Für umfassende Zurückhaltung mit Blick auf die neue Rechtslage stimmt *Justice Scalia*, *Justice Thomas* widerspricht auf breiter Front inhaltlich, *Justice Alito* stellt spezifisch sein Verständnis der Kommissionen als „regulär konstituiert“ i.S.d. Art. 3 der Genfer Abkommen heraus.

6. Zusammenfassung und Einordnung

Wie in *Rasul vs. Bush* lässt der *Supreme Court* in *Hamdan v. Rumsfeld* die Tür für eine parlamentarische Ermächtigung des bis *dato* illegalen Regierungshandelns offen. Mit Nachdruck unterstreicht das *Gericht* seine eigene, grundsätzliche Berechtigung, solches Handeln jederzeit auf seine Legalität hin zu prüfen. Dabei lässt es eine deutliche Zurückweisung des Verständnisses des *D.C. Circuit Courts* von der Gewaltenteilung vermissen, möglicherweise aus Rücksicht auf *Chief Justice Roberts*, welcher dort mitgeurteilt hatte. Nach fünfjähriger Odyssee wurde *Hamdan* hier zwar bestätigt, der MCA führte jedoch zu seiner erneuten Anklage vor einer Kommission, welche ihn vom Verschwörungsvorwurf freisprach. Trotzdem wurde er zu fünfeinhalb Jahren Haft wegen wesentlicher Unterstützung des Terrorismus i.S.d. *Patriot Act* verurteilt. Der *D.C. Circuit Court* hob die Verurteilung im Jahre 2012 jedoch auf Grundlage des Prinzips *nulla poena sine lege* wieder auf.

IV. *Boumediene v. Bush*

1. Die letzte offene Frage – und ihre Beantwortung

„*Petitioners present a question not resolved by our earlier cases [...]: whether they have the constitutional privilege of habeas corpus [...]. We hold [they] do have the habeas corpus privilege. [... DTA] procedures are not an adequate [...] substitute for habeas corpus. Therefore § 7 of the [MCA] operates as an unconstitutional suspension of the writ.*“¹²³

Justice Kennedy schreibt hier für die Mehrheit, *Justice Souter* pflichtet separat bei. Die erneut weitgehend arbeitsteiligen Abweichungen stammen vom *Chief Justice*

¹²² *Hamdan v. Rumsfeld*, 45 ILM 1130 (2006), 1170 f.

¹²³ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 655, Hervorhebungen durch den Autor.

Roberts und von Justice Scalia.¹²⁴ Der Klage zugrunde lagen die Regeln der CSRTs, welche nach *Hamdi v. Rumsfeld* entwickelt worden waren.

Die Regierung berief sich auf den neuen *Military Commissions Act* und argumentierte erneut für die Erledigung durch neue Rechtslage. Der *D.C. Circuit Court* war bei der Berufung diesem Argument gefolgt. § 7 MCA habe erfolgreich die Zuständigkeit der Gerichte rückwirkend eliminiert. Die Kläger besäßen *keinerlei* verfassungsmäßigen Rechte, also könnten solche auch nicht in verfassungswidriger Weise aufgehoben werden. Im Ergebnis bliebe den Gefangenen damit weder ein inhaltliches noch ein prozessuales Haftprüfungsrecht.¹²⁵

Der *Supreme Court* lässt eingangs durchblicken, er sei verfassungsrechtlichen Fragen bisher *absichtsvoll* ausgewichen.¹²⁶ Es stimmt zunächst dem *D.C. Circuit Court* zu: Im Gegensatz zum DTA in *Hamdan v. Rumsfeld* seien gesetzgeberische Absicht und Formulierung im Falle des § 7 MCA eindeutig. Dieser habe, anders als der DTA in *Hamdan*,¹²⁷ die Zuständigkeit im vorliegenden Rechtsstreit tatsächlich rückwirkend aufgehoben.¹²⁸ Die Mehrheit trifft diese Feststellung aber *vorbehaltlich der Verfassungsmäßigkeit* eines solchen Vorgehens. Der Kongress selbst prüfe Gesetze zwar auf ihre Verfassungsmäßigkeit, die Judikative führe aber eine unabhängige, eigene Prüfung (vergleichbar mit einer konkreten Normenkontrolle) durch, wenn ein Rechtsstreit es erfordere.¹²⁹

Die hier erneut vorgetragene Ansicht der Regierung, Feindkämpfer in US-Gefangenschaft im Ausland genossen keinerlei verfassungsmäßige Rechte, teilt die Mehrheit am *Supreme Court* nicht. Es sei erkennbar die Absicht der Verfassungsväter gewesen, Klagen mit Stoßrichtung *Gewaltenteilung* nicht an den territorialen oder persönlichen Status zu binden.¹³⁰ Zur Frage der extra-territorialen Geltung des *verfassungsmäßigen Haftprüfungsrechts* zur Zeit der Verfas-

¹²⁴ Die Mehrheitsverhältnisse sind detaillierter ausgeführt im Syllabus des Urteils, *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 654.

¹²⁵ Gemeint ist „*substantive due process*“ und „*procedural due process*“, vgl. *Boumediene v. Bush*, 476 F.3d 981 (DCC, 2007); vgl. *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 656.

¹²⁶ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 655 f.

¹²⁷ Vgl. Fn. 105 oben.

¹²⁸ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 656 f.

¹²⁹ Ebd., S. 657.

¹³⁰ „The Framers deemed the writ [of habeas corpus] to be an essential mechanism in the [separations-of-powers] scheme. [...] [E]xcept during times of formal suspension, the Judiciary will have a time-tested device, the writ, to maintain the *delicate balance of governance*. [...] *At the absolute minimum* the [suspension] clause protects the writ as it existed when the constitution was drafted and ratified“, ebd., S. 659 f. Und weiter: „[C]onceptually, the writ arose from a theory of power rather than a theory of liberty“, ebd., S. 658; vgl. *Halliday/White*, *The Suspension Clause*, *Virginia Law Review* 94 (2008), 575 (586).

sungsgebung stellt *Justice Kennedy* fest, dass ausgiebige historische Recherchen aller Parteien nicht zu eindeutigen Ergebnissen geführt hätten.¹³¹ Er begibt sich dann auf Neuland,¹³² wenn er aus teleologischen Erwägungen heraus – wie in *Rasul vs. Bush* – wieder implizit die Frage zum Kriterium macht, wessen Recht *de facto* und uneingeschränkt im betroffenen Territorium gilt.¹³³ Das Argument der Regierung, Kuba und nicht die USA übe *de jure* die Souveränität über Guantánamo Bay aus, lässt die Mehrheit erneut nicht gelten.¹³⁴

Konkret seien drei Faktoren zu berücksichtigen: Staatsbürgerschaft und Status der Kläger (inkl. Angemessenheit der Statusbestimmung), Festnahme- und Haftort, sowie die prozessuale Machbarkeit. Der Status der Kläger sei hier umstritten, detaillierte Vorwürfe fehlten – beides im Unterschied z.B. zu *Johnson v. Eisentrager*. Der im Strafprozess übliche „*adversarial proces*“ könne Haftprüfung potentiell überflüssig machen, sei hier aber gleichermaßen nicht gewährleistet. Guantánamo sei zudem – siehe *Rasul vs. Bush* – nicht mit Landsberg in *Eisentrager* vergleichbar.¹³⁵ Praktische Hindernisse für eine gerichtliche Haftprüfung bestünden ebenfalls nicht.¹³⁶

„*We hold that [the Suspension Clause] has full effect at Guantanamo Bay. [...We] may not impose a de facto suspension by abstention.*“¹³⁷

2. Der (aller)letzte Strohalm: Gleichwertiger Ersatz?

Eigentlich könnte das Urteil hier enden. Die Mehrheit kommt der Regierung aber noch ein letztes Mal entgegen, wohl auch um ihr damit politisch zu signalisieren, dass sie „alles versucht“ hat: Sie hält für erforderlich, zu prüfen, ob das in § 1005 lit. e des DTA geregelte Berufungsrecht gegen Entscheide der Militärkommissionen das verfassungsmäßige Haftprüfungsrecht *gleichwertig ersetzt*, obwohl für einen solchen „Taschenspielertrick“ schon *a priori* jede rechtlich-textliche Grundlage fehlt. Der *D.C. Circuit Court* hatte eine Antwort auf diese Frage für überflüssig gehalten. Trotzdem verzichtet die Mehrheit am *Supreme Court* auf die sonst übliche Rückverweisung: Die besondere Bedeutung des Falles für die Gewaltenteilung und die Tatsache, dass die Kläger bereits mehrere Jahre um Zugang zum Rechtsweg gekämpft hätten, machten den Fall außergewöhnlich. Eine Rückverweisung, so die Mehrheit, würde wahrscheinlich

¹³¹ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 660 f.

¹³² „The cases before us lack any precise historical parallel“, ebd., S. 670.

¹³³ Ebd., S. 662 f.

¹³⁴ Ebd., S. 667.

¹³⁵ Vgl. den Absatz vor Fn. 25 oben.

¹³⁶ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 668-670.

¹³⁷ Ebd., S. 670.

sowieso die endgültige Entscheidung der Frage durch den *Supreme Court* nur verzögern.¹³⁸

Geeignete Präzedenzfälle kann die Mehrheit auch zur Frage des gleichwertigen Ersatzes nicht finden. § 1005 lit. e DTA und die Ausführungsbestimmungen des Verteidigungsministeriums beschrieben aber ein wesentlich beschränkteres Verfahren als die reguläre Haftprüfung und ließen sie auch nicht als *ultima ratio* zu.¹³⁹ Das führe zu einem verfassungswidrigen Ergebnis.¹⁴⁰ Die notwendige Tiefe einer Haftprüfung hänge von den bereits vom Antragsteller „genossenen“ Verfahren und deren prozessualen Standards ab. Wo aber eine Internierung per Präsidialerlass angeordnet sei, sei die Notwendigkeit für unabhängige Gegenprüfung unbedingt am größten.¹⁴¹ Die Mehrheit geht dann, wie in *Hamdan v. Rumsfeld* auf prozessuale Schwächen der CSRTs ein. Die Regierung verteidige die Tribunale mit dem Argument, sie seien konform mit *Hamdi v. Rumsfeld* konzipiert. Die Mehrheit wendet dagegen ein, dass *Hamdi* doch gerade *nicht* den Inhalt des *verfassungsmäßigen* Rechts auf Haftprüfung ausbuchstabiert habe.¹⁴²

Selbst dann, wenn die CSRTs „*due process*“-Standards erfüllten – und hierzu enthält sich die Mehrheit zunächst –, eliminiere das nicht das Recht auf *anschließende* Haftprüfung. Es sei insofern besorgniserregend, dass § 1005 lit. e DTA die Prüfung der dem CSRT-Verfahren zugrundeliegenden Beweise durch den *D.C. Circuit Court* nicht explizit vorsehe. Auch wenn man dies als impliziert unterstelle, umfasse es nicht das verfassungsmäßig erforderliche Recht eines Betroffenen, *neue Entlastungsbeweise* vorzubringen. Ein Zwischenresümee:

„[T]he DTA review proceeding falls short of being a constitutionally adequate substitute. [...] The role of an Article III court in the exercise of its habeas corpus function cannot be circumscribed in this manner. [...] Where the [...] detention proceeding lack[s] the necessary adversarial process, the detainee cannot be held responsible. [...] MCA § 7 thus effects an unconstitutional suspension of the writ.“¹⁴³

Die Mehrheit glaubt auch nicht, dass praktische Vernunftabwägungen hier förmlicher Haftprüfung entgegenstehen. Die in den unteren Instanzen nun zu

¹³⁸ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 670 f.

¹³⁹ Aus dem Parlamentsprotokoll gehe zudem hervor, dass gleichwertiger Ersatz explizit gar nicht beabsichtigt war, vgl. ebd., S. 672 f.

¹⁴⁰ „For the writ [...] to be] an effective [...] remedy, the [habeas court] must have the means to correct errors [...] Here that opportunity is constitutionally required“, ebd., S. 675.

¹⁴¹ Ebd., S. 673. Und: „[T]he common-law habeas court’s role was *most extensive* in cases of pre-trial and noncriminal detention“, ebd., Hervorhebung durch den Autor.

¹⁴² Ebd., S. 676.

¹⁴³ Ebd., S. 677 f., Hervorhebung durch den Autor.

konzipierenden Verfahrensregeln dürften zwar die besonderen Umstände berücksichtigen,¹⁴⁴ die Haftprüfung für die Kläger habe aber *umgehend* zu erfolgen. Die Mehrheit schränkt die Reichweite ihres Urteils zum Abschluss aber noch erheblich ein und wird dann erneut grundsätzlich:

„[We hold] only that the petitioners before us *are entitled to seek the writ; that the DTA review procedures are an inadequate substitute [...]; and that [petitioners] need not exhaust [those] before proceeding with their habeas actions. [...] Security subsists, too, in fidelity to freedoms first principles. [...] Few exercises of judicial power are as legitimate or as necessary as the responsibility to bear challenges to the authority of the Executive to imprison a person. [...] The laws and Constitution are designed to survive, and remain in force, in extraordinary times. Liberty and security can be reconciled.*“¹⁴⁵

3. Die Sondervoten

Justice Breyer weist in seinem kurzen Sondervotum die Kritik der Abweichungen zurück. Das Urteil habe sich mit *Rasul vs. Bush* bereits angekündigt, es sei historisch wie sachlich gut begründet. Eine Abweichung schrieb *Chief Justice Roberts*, der dem *Gericht* Ehrgeiz und Einmischung in politische Belange vorwirft. Richterliche Zurückhaltung sei hier geboten. Sein Interesse gilt vor dem Hintergrund der *Unitary Executive Theory* mehr den Befugnissen der Exekutive, als den Rechten der Kläger.¹⁴⁶ Die Regierung habe sich auf *Hamdi v. Rumsfeld* verlassen (*stare decisis*). Jüngere Entwicklungen wie *Hamdan v. Rumsfeld* oder den MCA unterschlägt er. Sein Versuch, CSRTs praktisch mit regulären Gerichten gleichzusetzen, muss allerdings scheitern. Erkennbar wird in *Chief Justice Roberts'* Votum der Teufelskreis zwischen dem *angenommenen* Status der Kläger und der daraus resultierenden Begrenzung ihrer Mittel zum Gegenbeweis.¹⁴⁷ In seinem Fazit wird *Justice Roberts'* Ton scharf und umgangssprachlich. Seine Argumente sind sichtbar politisch gefärbt. Der höchste Richter der Vereinigten Staaten lässt sich mit einem Verweis auf die Außenpolitik – wie schon der *Court of Appeals for the Fourth Circuit* in *Hamdi* – zu einer kaum verhohlenen Bankrotterklärung des Richterstandes hinreißen:

„*So who has won? Not the detainees. The Court [...] leaves them with [...] further litigation. [...] Not Congress, [... it] has been unceremoniously brushed aside. Not the Great Writ [...].*“

¹⁴⁴ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 679.

¹⁴⁵ Ebd., S. 679 f., Hervorhebung durch den Autor.

¹⁴⁶ „[If] the system the political branches designed protects whatever [substantive] rights the detainees may possess [...], there is no need for additional process“, ebd., S. 684.

¹⁴⁷ „[T]he evidentiary [...] limitations the court complains of reflect the nature of the issue in contest, namely, the status of aliens captured by our armed forces abroad“, ebd., S. 689.

*Not the rule of law, unless by that is meant the rule of lawyers [...]. [N]ot the American people, who today lose a bit more control of this Nation's foreign policy to unelected, politically unaccountable judges.*¹⁴⁸

Justice Scalia lässt die übliche Zurückhaltung im Ausdruck schon von Anfang an vermissen.¹⁴⁹ Deutlich politische Untertöne und Argumente,¹⁵⁰ sowie klare Tendenzen zugunsten der *Unitary Executive* ziehen sich durch sein Votum:

„[F]or the first time in [...] history, the Court confers a constitutional right to habeas corpus on alien enemies detained abroad [...] in the course of an ongoing war.“¹⁵¹

Dass vom Hervorgehobenen ersteres in Frage steht, zweiteres in *Rasul vs. Bush* anders entschieden wurde und letzteres im vorliegenden Fall zumindest weitere Fragen aufwirft, übergeht *Justice Scalia*. Er beklagt die *angebliche* Rückkehr einiger, nach ihrer *Entlastung durch das US-Militär* freigelassener Guantánamo-Insassen auf das Gefechtsfeld.¹⁵² Warum das aber kein Grund ist, grundsätzlich an der Kompetenz des Militärs in Einstufungsfragen zu zweifeln, verrät er nicht. Seine inhaltlichen Argumente gehen, wie bei *Chief Justice Roberts*, am Kern der Sache vorbei: Der Kongress habe mit dem MCA beabsichtigt, *Habeas* für die Gefangenen *auszuschließen*, warum das aber keiner unzulässigen, weil nicht *expressis verbis* vorgenommenen *Aussetzung* des Haftprüfungsrechts i.S.d. *Suspension Clause* gleichkommt, erklärt er nicht.¹⁵³ Auf „richterliche Einmischung“ lautet auch *Justice Scalias* Vorwurf,¹⁵⁴ das Mehrheitsvotum steht dazu aber in keinem erkennbaren Zusammenhang mehr.¹⁵⁵

4. Zusammenfassung und Einordnung

Ungewöhnlich oft greift die Mehrheit in *Boumediene v. Bush* auf aktuelle wissenschaftliche Arbeiten zurück, geschuldet sicherlich der Tatsache, dass sie sich –

¹⁴⁸ *Boumediene v. Bush*, 47 ILM 647 (2008), 694.

¹⁴⁹ „I think it appropriate to begin with a description of the disastrous consequences“, ebd., S. 695. Nachdem er *Breyers* Zustimmung aus *Hamdan* zitiert: „Turns out they were just kidding“, ebd., S. 696. Und: „[T]he court blunders it“, ebd., S. 697. „What drives today's decision is neither the [...] Suspension Clause, nor [...] our precedents, but [...] an inflated notion of judicial supremacy“, ebd., S. 700.

¹⁵⁰ „The game of bait-and-switch [...] will make the war harder on us. It will almost certainly cause more Americans to be killed“, ebd., S. 695.

¹⁵¹ Ebd., S. 695, Hervorhebung durch den Autor.

¹⁵² Ebd., S. 696.

¹⁵³ Ebd., S. 696.

¹⁵⁴ Ebd., S. 701 und S. 703 En. 1.

¹⁵⁵ *Scalia* endet mit den Worten: „The Nation will live to regret what the Court has done today. I dissent“, ebd., S. 703. Die eigentlich übliche Formel lautet: „I respectfully dissent.“

mit Blick auf Präzedenzfälle – weitestgehend auf Neuland befindet. *Justice Kennedy* kommt im ansonsten politisch übersichtlichen Kollegium zum wiederholten Male die Sonderrolle als „*swing vote*“ zu. Das schlägt sich im Urteil nieder, aber auch bei seinem Zustandekommen: Das *Gericht* hatte den Fall zunächst gar nicht zur Berufung angenommen, diese Entscheidung aber höchst ungewöhnlicherweise nach erneutem Bedenken – wohl seitens *Kennedys* – umgekehrt.¹⁵⁶ Noch deutlicher als in den vorherigen Urteilen besteht das *Gericht* in diesem Fall auf einer Rolle für die Judikative. Keines der drei anderen Urteile verweist so oft explizit auf die Gewaltenteilung und gegenseitige Kontrolle. Wie in den anderen Fällen lässt das *Gericht* allerdings klare prozessuale Vorgaben für die Zukunft vermissen.¹⁵⁷

V. Zwischenfazit

Die vier untersuchten Fälle ergeben eine unübersichtliche Gemengelage. Das zeigt sich schon anhand der miteinbezogenen Rechtsquellen: Verfassungsrecht, Straf- und Strafprozessrecht, Militärrecht, einschlägige Sondergesetze, Kriegsgewohnheitsrecht und kodifiziertes humanitäres Völkerrecht. Erschwerend hinzu kommen Notstandsklauseln, Fragen nach der Erfüllung ihrer Voraussetzungen sowie Fragen nach der Anwendbarkeit von Recht außerhalb des Staatsgebietes oder auf ausländische Staatsbürger. Während die Fälle *Rasul vs. Bush* und *Hamdi v. Rumsfeld* dabei hauptsächlich Fragen der Zuständigkeit betreffen, setzen sich *Hamdan v. Rumsfeld* und *Boumediene v. Bush* vor allem inhaltlich mit Individualrechten, Gewaltenteilung und Völkerrecht auseinander. Nur in der Gesamtschau ist dabei wirklich eine Einordnung möglich.

Während *Rasul vs. Bush* noch auf der Absage an die Regierung beruht, sie könne einen *gerichts*freien Raum auf Guantanamo *nicht ohne den Gesetzgeber* einrichten, geht *Boumediene v. Bush* schließlich noch weiter: Ein solcher dürfe dort *überhaupt nicht* existieren. Dabei wandelt sich die Vorstellung von der Rolle der Judikative, welche der *Supreme Court* zugrunde zu legen scheint: In *Rasul vs. Bush* dient sie nur als „Lückenfüller“ in Abwesenheit spezifischer Gesetze.¹⁵⁸ Die Position in *Hamdi v. Rumsfeld* ist schwerer fassbar, stammt aber vom selben Kollegium zur selben Zeit.

¹⁵⁶ Vgl. *Glaberson*, In Shift, Justices Agree to Review Detainees' Case, NYT v. 30.6.2007, Titelseite und A14.

¹⁵⁷ „The search for an appropriate burden of proof becomes even more elusive in the absence of a uniform substantive definition of wrongdoing“, *Azmy* (Fn. 47), S. 520.

¹⁵⁸ Zum vagen Inhalt der „*War Powers*“: *Hartz/Kyritsis*, *Boumediene and the Meanings of Separation of Powers in U.S. Emergency Law*, *Review of Constitutional Studies* 15 (2010), 149 (153 f.).

„A major theme running through [Rasul and Hamdi] was the relevance of the legislative involvement [...]. At times, the Court appeared to make the level of protections [...] turn more on the willingness of [Congress ...] than on its own interpretation of what was due.”¹⁵⁹

In *Hamdan v. Rumsfeld* folgt die Einschränkung, dass dem *Supreme Court* selbst das Mittel der Normenkontrolle *keinesfalls* genommen werden darf. In *Boumediene v. Bush* kann das *Gericht* verfassungsrechtlichen Fragen schließlich nicht mehr ausweichen. Nach zwei Versuchen, seine Zuständigkeit zu beschneiden, scheint es langsam ungeduldig¹⁶⁰ zu werden. Konsequenz ist das umfassende und grundsätzliche Bekenntnis zum Rechtsweg, sprich zur Haftprüfungshoheit der *gesamten Judikative*. Eine parlamentarische „Sollbruchstelle“ ist hier nicht mehr zu finden – es sei denn, der Kongress wollte tatsächlich (und zwar *explizit!*) die *Suspension Clause* in Anspruch nehmen.

Ungeklärt bleiben weiterhin die Rechtsmittel gegen von den Militärkommissionen bereits erlassene Entscheide. Auf das Insistieren des *Gerichts* in *Hamdan v. Rumsfeld* hin wurde aber immerhin der die bisherige Praxis der Exekutive vom Kongress „ratifiziert“. Für alle vier Fälle gilt: Aus der Abwesenheit wirklich vergleichbarer Musterfälle leitet eine Seite jeweils ab, vergleichbaren Gefangenen seien also offensichtlich in der Vergangenheit der Rechtsweg nicht offen gestanden. Die andere Seite leitet ab, in der Vergangenheit sei eine vergleichbare Behandlung Gefangener für undenkbar gehalten worden. Das *Gericht* positioniert sich über die Fälle hinweg zunehmend klar in der Nähe letzterer Auffassung.

Die Tatsache, dass der *Supreme Court* die prozessrechtlichen Mindeststandards undefiniert lässt, macht die Urteile in der Praxis aber zu einem relativ zahnlosen Tiger. Es sei nur verwiesen auf das Urteil des *D.C. Circuit Courts* in *Latif v. Obama*.¹⁶¹ Dieses gestand dem Kläger Haftprüfung zwar formal zu, griff aber erneut zur „Richtigkeitsvermutung“ für Regierungsbehauptungen.¹⁶² Eine im üblichen Maße tiefergehende Prüfung wurde dem *D.C. District Court* untersagt. Die dringende *Notwendigkeit* gerichtlicher Haftprüfung im „*War on Terror*“ illustriert z.B. eindrücklich der später in Deutschland prominent gewordene Fall *Kurnaz v. Bush*. Das CSRT hatte *Kurnaz* als Feindkämpfer eingestuft mit der Begründung, sein Kindheitsfreund *Selcuk Bilgin* sei ein Selbstmordattentäter

¹⁵⁹ Hartz/Kyritsis (Fn. 158), S. 151.

¹⁶⁰ Vgl. *Azmy* (Fn. 47), S. 458.

¹⁶¹ *Latif v. Obama*, 677 F.3d 1175 (2012).

¹⁶² Hierzu: Lindemann, A Circuit Supreme: How the D.C. Circuit Court is Using a Presumption of Regularity in *Latif v. Obama* to Make New Law and Ensure No Detainees Are Released from Guantanamo Bay, *Journal of Gender, Social Policy & the Law* 21 (2012), 187 (passim).

gewesen. Als seinen Anwälten schließlich diese Begründung mitgeteilt wurde, konnten sie innerhalb eines Tages genug Beweise sammeln, um deren Absurdität nachzuweisen: *Bilgin* erfreute sich bester Gesundheit und lebte von den Behörden völlig unbehelligt weiterhin in Deutschland.¹⁶³

D. Der Wissenschaftliche Diskurs

Obwohl der *Supreme Court* in allen vier Fällen über *konkrete* Rechte von Klägern entschied, sind die Urteile doch nur vor dem Hintergrund *abstrakter* Überlegungen zur Rolle der Judikative in der Gewaltenteilung zu verstehen. Das beweisen viele hypothetische Szenarien, mit welchen die Anwälte aller Parteien in sämtlichen Verhandlungen konfrontiert wurden, oder auch der Verzicht auf Rechtsmittelausschöpfung in *Boumediene v. Bush*. Es fragt sich, ob Eigeninteressen der Judikative hier grundsätzlich unbillig oder nicht vielmehr in der Gewaltenteilung systematisch angelegt und zu ihrem Erhalt geradezu notwendig sind. Nimmt man hinzu, was oben nachzuweisen versucht worden ist – nämlich, dass die vier Urteile ein Bestehen auf der grundsätzlichen Teilhabe der Gerichte sind – dann führt das unweigerlich zur Frage der *wünschenswerten* Rolle von Gerichten. Entscheiden ließe sich diese nur anhand eines Ideals mit rechtsphilosophischer Fundierung als Messlatte. Das ist hier nicht zu leisten.

An den *zahlreichen* Stellen, wo bewährt rechtsförmige Haftprüfungsverfahren, Strafprozesse oder gar Freilassungen unbestritten nicht von der Regierung beabsichtigt waren und wo die vier Urteile direkt oder indirekt genau einen solchen Ausgang nach sich gezogen haben, muss aber auch ohne philosophische Messlatte ein klarer Erfolg für die Gewaltenteilung verbucht werden. Die Tatsache, dass das *Gericht* Fragen des angemessenen Vorgehens z.B. bei der Beweiszulassung und -gewichtung den unteren Instanzen überlässt, mag für die Kläger eine Enttäuschung, muss für die Gewaltenteilung aber *per se* noch kein Verlust sein, wie z.B. *Wheeler* anzunehmen scheint.¹⁶⁴ Gleiches gilt dort, wo der *Supreme Court* die notwendige Rolle des Parlaments bei der Ermächtigung exekutiven Handelns unterstreicht. Die Frage, ob es sich dabei um Pyrrhussiege handelt, ist sicherlich berechtigt, vielleicht aber erst aus größerem zeitlichem Abstand fair zu bewerten – *Boumediene v. Bush* vorsichtig ausgenommen.

Jenkins arbeitet zudem heraus, dass der strikt funktionalistische Ansatz, welchen die Mehrheit in *Boumediene v. Bush* verfolgt, sich bereits in den drei vorherigen Entscheidungen angekündigt hatte. Damit verdeutlicht er auch die Bedeutung

¹⁶³ *Azmy* (Fn. 47), S. 447. U.a. vertrat *Azmy Kurnaž* selbst anwaltlich.

¹⁶⁴ *Wheeler*, *Checking Presidential Detention Power in the War on Terror*, *Presidential Studies Quarterly* 39 (2009), 677 (688 f.). Sicherlich sind mit dem Fall *Latif* aber einige Befürchtungen *Wheeler*s doch eingetreten.

der Gewaltenteilung für die früheren Fälle.¹⁶⁵ *Azmy* versucht im Gegensatz zu *Jenkins*, *Boumediene* von den anderen Fällen zu unterscheiden. Für historisch bedeutsam hält er die Entwicklung eines „Anti-Manipulations“-Prinzips *vis-à-vis* der Gewaltenteilung durch den *Supreme Court*, wonach die beiden „politischen“ Gewalten die territorialen Grenzen ihrer rechtsstaatlichen Pflichten nicht selbst bestimmen dürfen.¹⁶⁶

„[T]he Court felt compelled [...] to reject any bright-line geographical rules regarding the reach of the writ. It even refused to limit its ruling [...] to the arguably unique physical space of Guantanamo [...] The predictability and clarity of a bright-line rule that Justice Scalia sees as a virtue, Justice Kennedy likely sees as a vice because any such rule might ultimately be subject to manipulation by those whose power it is designed to restrain.”¹⁶⁷

Dass die Regierung in *Boumediene v. Bush* erneut mit dem Rechtsverständnis antrat, welches in *Rasul vs. Bush* verworfen worden war, mag zur unterschweligen Ungeduld der Mehrheit und damit zum Verzicht auf eine solches „*limited ruling*“ beigetragen haben.¹⁶⁸ Aber:

„[O]ne should not solely attribute the decision to the perceived excesses of the Bush Administration. It is, in fundamental respects, perfectly aligned with the role of a constitutional court in a separation-of-powers system.”¹⁶⁹

Weiner bricht schließlich aus dem diskursiven Korsett des „*War on Terror*“ gänzlich aus mit der durchaus gut begründeten These, es handele sich gar nicht um einen Krieg i.S.d. (v.a. internationalen) Rechts. Das gegenteilige Zugeständnis des *Supreme Courts*, das er insbesondere an *Hamdan v. Rumsfeld* festmacht,¹⁷⁰ sei ein unschätzbare Erfolg für die Exekutive, sofern es voraussetzt, die Gewaltenteilung operiere in diesem Feld unter den Bedingungen eines informellen Verteidigungsfalles. Sowohl das *Gericht*, als auch die überwältigende Mehrheit der Forschung machen sich dieses politische *Framing* unbesehen zu eigen.

E. Fazit

In den Wind gesprochen scheint *Azmys* Erinnerung, dass die AUMF für militärische Einsätze einen Nexus zu den Anschlägen vom 11. September 2001 als

¹⁶⁵ *Jenkins*, Habeas Corpus and Extraterritorial Jurisdiction after *Boumediene* Towards a Doctrine of 'Effective Control' in the United States, *Human Rights Law Review* 9 (2009), 306 (315).

¹⁶⁶ *Azmy* (Fn. 47), S. 451.

¹⁶⁷ *Ebd.*, S. 467; vgl. *ebd.*, S. 468.

¹⁶⁸ *Azmy* thematisiert hingegen eine Ungeduld gegenüber dem Kongress, *ebd.*, S. 479.

¹⁶⁹ *Ebd.*, S. 471.

¹⁷⁰ *Weiner*, *Hamdan, terror, war*, *Lewis & Clark Law Review* 11 (2007), 997 (999).

Legitimation voraussetzt.¹⁷¹ Die AUMF dient weiter ungetrübt und ohne Erneuerung als faktische Ermächtigung für jede militärische Handlung der USA seit 2001.¹⁷² Hier, wie in der Frage der Internierung auf Guantánamo, ist die einstige Ausnahme zum Dauerzustand geworden.

Dem Tenor der vier Urteile zufolge darf auch auf Guantánamo kein rechtsfreier Raum existieren. Der "*War on Terror*" schafft aber *Räume besonderen Rechts*, in welchen die Exekutive ohne wesentlichen Widerstand der beiden anderen Gewalten unter den Vorzeichen eines informellen Verteidigungsfalles agieren darf. Spekulativ bleibt die Frage, warum es trotz eigentlich unauslassbarer Gelegenheiten seit *Boumediene v. Bush* kein höchstrichterliches Urteil mehr in diesem Feld gibt. Zwei Gründe sind denkbar: Ein „Rückzug“ im Angesicht des merklichen Widerstands vonseiten vieler Richter an Berufungsgerichten (s.o. *Latif v. Obama*) oder ein politisches Stillhalten der „liberalen“ Richter nach der Wahl *Obamas*.

Es stellt sich – auch vor dem Hintergrund der oben zitierten These von *Weiner* – die Frage, ob grundsätzlich die Terrorbekämpfung eine Aufgabe militärisch-geheimdienstlicher oder polizeilich-geheimdienstlicher Zusammenarbeit sein sollte. Von unüberhörbaren politischen Untertönen dieser Debatte abgesehen ist jedenfalls unbestritten, dass polizeiliche Ansätze rechtsstaatlichen Verfahren zuträglicher sind. Es stellt sich die Folgefrage, ob nicht gerade hier, nämlich in der *Vermeidung* rechtsstaatlicher Verfahren, der Grund für die Wahl militärischer Mittel durch die *Bush-Administration* liegt. Die Argumente der Regierung in den untersuchten Fällen lassen hierauf nur eine Antwort zu.

Für die Zukunft bleibt neben viel Unsicherheit und dem verbreiteten Wunsch nach weiteren Klarstellungen seitens des *Supreme Courts* auch zu konstatieren, was in Wissenschaft und Presse leider nur selten Anklang fand: Dass die Behandlung Gefangener durch die USA im "*War on Terror*" ein schlechtes Vorbild für Dritte bei der Einhaltung internationaler Regime zum Schutz von Kombattanten und Nicht-Kombattanten in Kriegszeiten abgibt. Besorgniserregend ist auch die zunehmend exklusive Kontrolle der Außen- und Sicherheitspolitik durch die Exekutive, wo der Kongress durch Beratung und parlamentarische

¹⁷¹ *Azmy* (Fn. 47), S. 500.

¹⁷² Erst zur Zeit der Überarbeitung dieses Beitrages gab es Anzeichen für eine mögliche Aufhebung der AUMF, siehe z.B. *Entralago*, In surprising rebuke to Trump, GOP committee votes to repeal authorization for use of military force, ThinkProgress v. 29.6.2017, abrufbar unter: <https://thinkprogress.org/in-rebuke-to-trump-gop-committee-votes-to-repeal-authorization-for-use-of-military-force-478fa4478306> (zuletzt abgerufen am 12.12.2017).

Kontrolle in der Vergangenheit zumindest einen gewissen Einfluss hatte.¹⁷³ Die Rolle des Militärs bei der Internierung (auch von Nicht-Kombattanten) weit weg von jedem Schlachtfeld und bei pseudorechtsstaatlichen Verfahren ist in vielerlei Hinsicht ebenfalls eine Neuerung.

¹⁷³ Vgl. *Corn*, *The National Security Constitution*, *Journal of Civil Rights and Economic Development* 23 (2009), 973 (passim).

Marius Gappa*

Die Verabschiedung prozessrechtlicher Normen durch die Gerichte am Beispiel der *Federal Rules of Civil Procedure*

Abstract

Dass Gerichte prozessrechtliche Regeln selbst erlassen, ist für den deutschen Juristen auf den ersten Blick ungewohnt. Das Gerichtsverfassungsgesetz und die verschiedenen Prozessordnungen sind in Deutschland Gesetze nicht nur im materiellen, sondern auch im formellen Sinn. Der Rechtsvergleich zeigt indes, dass dies keineswegs selbstverständlich ist. Neben klassischen Parlamentsgesetzen finden sich Verordnungen der Exekutive und zum Teil sogar Normen, die von den Gerichten selbst verabschiedet wurden. Am Beispiel der *Federal Rules of Civil Procedure* beschreibt der Verfasser die Geschichte, die rechtlichen Grundlagen und die gegenwärtige Ausgestaltung dieses Normerlassverfahrens in den Vereinigten Staaten und setzt diese Aspekte in Bezug zum deutschen Recht.

At first glance the concept of courts making their own procedural rules seems highly unusual to a German lawyer. The Gerichtsverfassungsgesetz and various procedural rules in Germany are all ordinary acts of the legislature. However, a comparison with other legal orders reveals that the German approach is not the only possible solution to the question of how rules of procedure can be made. Besides acts of parliament one can discover executive orders and even rules made by the courts themselves. One example for court made rules are the Federal Rules of Civil Procedure in the United States of America. The author describes the history, the legal basis and the current system of the American judicial rule making process and compares this with German law.

* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2015/2016 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg sowie am Lehrstuhl für Deutsches Recht der Université de Lausanne. Dem vorliegenden Beitrag liegt eine Seminararbeit zugrunde, die der Verfasser im Frühlingsemester 2017 für das Seminar „Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung“ bei Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) anfertigte.

A. Einleitung

Das Prozessrecht regelt das Verfahren vor den Gerichten. Die Legitimität des Urteils hängt in großem Maße von der Art und Weise ab, in der dieses Verfahren geregelt ist. Wenn aber die Legitimität des Urteils von den Normen abhängt, die das Verfahren gestalten, so stellt sich die Frage, auf welche Art und Weise diese Normen erlassen werden. Mit anderen Worten: Wie sieht das „Verfahren hinter dem Verfahren“¹ aus?

Das Prozessrecht ist in der Bundesrepublik Deutschland fest in der Hand des Gesetzgebers. Einen starken Kontrast zu diesem Verfahren bildet der Normerlassprozess auf dem Gebiet des Prozessrechts in den Vereinigten Staaten von Amerika. In den USA werden große Teile des Prozessrechts durch den *Supreme Court*, das oberste Bundesgericht, erlassen.

Der vorliegende Beitrag stellt die Verabschiedung zivilprozessrechtlicher Normen in den Vereinigten Staaten von Amerika durch den *Supreme Court* dar. Nach einem Überblick über die Geschichte des amerikanischen Zivilprozessrechts (**B. I.**) wird die rechtliche Grundlage hinsichtlich Verfassungsmäßigkeit und Reichweite betrachtet (**B. II.**). Anschließend wird das Normerlassverfahren als solches dargestellt und auf den besonderen Einfluss der Gerichte auf das Prozessrecht eingegangen (**B. II. und III.**).

Ein Vergleich mit dem deutschen Normerlassverfahren (**C.**) wirft zum Schluss die Frage auf, wie eine solche Funktion durch ein Gericht wahrgenommen werden kann und wie dieser Umstand mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung zu vereinen ist (**D.**).

B. Die Verabschiedung prozessrechtlicher Normen in den USA

Das Prozessrecht der US-amerikanischen Bundesgerichte ist in verschiedenen Rechtsquellen geregelt, die in unterschiedlichen Verfahren erlassen werden.² Neben Gesetzen und der Verfassung können die Gerichte aber auch Details des eigenen Verfahrens durch *Local Rules* regeln.³ Der Großteil des Zivilprozessrechts ist jedoch in den *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP) geregelt.⁴ Die FRCP werden vom *Supreme Court* für sämtliche Bundesgerichte erlassen

¹ *Bone*, The Process of Making Process: Court Rulemaking Democratic Legitimacy, and Procedural Efficacy, *Georgetown Law Review* 87 (1999), 887 (887).

² *Wright/Müller/Cooper*, *Federal Practice and Procedure* Volume 19, 2016, S. 290 f., Fn. 5.

³ *Schack*, Einführung in das US-amerikanische Zivilprozessrecht, 2011, Rn. 27 ff.

⁴ *Ebd.*

(*supervisory power*⁵), 28 U.S. Code § 2072. Die FRCP besitzen Geltungsvorrang vor den *Local Rules*, 28 U.S. Code § 2071 lit. a. Aufgrund ihrer herausragenden praktischen Relevanz beschränkt sich dieser Beitrag im Folgenden auf die FRCP und die *supervisory power* des *Supreme Courts*.

I. Geschichte prozessrechtlicher Normsetzung

Die Geschichte prozessrechtlicher Normsetzung in den USA ist eng mit der Geschichte des amerikanischen Zivilprozessrechts verbunden. Bei der Entwicklung des amerikanischen Prozessrechts ist die föderale Ausgestaltung des amerikanischen Gerichtssystems zu berücksichtigen. Neben den Gerichten der Bundesstaaten hat der Kongress ein dreistufiges Bundesgerichtssystem etabliert.⁶ Aus dieser Parallelstruktur folgt ein Konflikt zwischen einheitlichen Verfahren innerhalb der einzelnen Staaten und einem bundesweit einheitlichen Prozess. Dieser Konflikt hat die Geschichte des Prozessrechts und dessen Verabschiedung stark mitbestimmt. Die Geschichte des amerikanischen Zivilprozessrechts lässt sich, ausgehend von der amerikanischen Unabhängigkeit 1776, in drei Phasen unterteilen.⁷

1. Die Rezeption des englischen Prozessrechts

Die erste Phase, die mit der Gründung der USA beginnt, war geprägt von der Rezeption des englischen Prozessrechts.⁸ Das englische Prozessrecht war eine über Jahrhunderte gewachsene Ansammlung von Gesetzen, Regeln der Gerichte, Gewohnheitsrecht und Fallrecht.⁹

Teil dieses kolonialen Erbes war die Trennung zwischen *Common Law* und *Equity*.¹⁰ *Common Law* und *Equity* waren voneinander unabhängige Rechtssysteme mit eigenen Verfahrensregeln, die jedoch in den USA bald nach der Unabhängigkeit von denselben Gerichten angewendet wurden.¹¹

⁵ Barrett, The Supervisory Power of the Supreme Court, Columbia Law Review 106 (2006), 324 (324).

⁶ Schack (Fn. 3), Rn. 4.

⁷ Subrin/Main, The Fourth Era of American Civil Procedure, University of Pennsylvania Law Review 162 (2013/2014), 1839 (1842).

⁸ Subrin, How Equity conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective, University of Pennsylvania Law Review 135 (1986/1987), 909 (928); Subrin/Main (Fn. 7), S. 1842.

⁹ Hyde, From Common Law Rules to Rules of Court, Washington University Law Quarterly 22 (1937), 187 (187).

¹⁰ Subrin/Main (Fn. 7), S. 1842.

¹¹ Hay, US-Amerikanisches Recht, 6. Aufl. 2015, Rn. 8 f.

Das Prozessrecht für beide Systeme wurde auf unterschiedliche Weise erlassen. Für das Prozessrecht von Verfahren in *Common Law* war § 17 lit. b des *Judiciary Act*¹² von 1789 maßgeblich, wonach die Bundesgerichte die notwendigen Regelungen zur Führung der eigenen Geschäfte selbst erlassen konnten.¹³ Vor den Bundesgerichten kam jedoch gemäß § 2 des *Process Act* von 1789¹⁴ und § 2 des *Process Act* von 1792 das Prozessrecht der höchsten Instanz des Staates, in dem das Bundesgericht seinen Sitz hatte, zur Anwendung.¹⁵ Ziel war ein einheitliches Prozessrecht innerhalb der Bundesstaaten.¹⁶ Die *Process Acts* sahen vor, dass die Bundesgerichte das Prozessrecht des jeweiligen Staates zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des *Process Act* von 1789 anwendeten und weitere Änderungen im Prozessrecht der Staaten unberücksichtigt blieben. Der Gesetzgeber beschränkte sich in den folgenden Jahren darauf, dieses Prinzip der statischen Konformität auf Bundesstaaten auszuweiten, die nach 1789 Teil der USA wurden.¹⁷

Anders verhielt es sich bei Verfahren in *Equity*. Eine *Equity*-Rechtsprechung war in den Bundesstaaten kaum vorhanden, sodass sich nicht das Problem der Konformität stellte.¹⁸ Mit § 2 des *Process Act* von 1792¹⁹ wurde dem *Supreme Court* die Kompetenz übertragen, Normen zu verabschieden,²⁰ eine Kompetenz, die bis zur Vereinigung von *Law* und *Equity* bestand. 1822 verabschiedete der *Supreme Court* die ersten *Equity Rules*.²¹

¹² Auszug aus Section 17 des *Judiciary Act* von 1789: „*And it shall further be enacted, That all the said courts of the United States shall have power [...] to make and establish all necessary rules for the orderly conducting business in the said courts [...]*“.

¹³ *Weinstein*, Reform of Federal Court Rulemaking Procedures, *Columbia Law Review* 76 (1976), 905 (916); *Wright/Müller/Steinman*, *Federal Practice and Procedure Volume 4*, 2015, S. 9.

¹⁴ Auszug aus Section 2 des *Process Act* von 1789: „*the forms of writs and executions [...] shall be the same in each state respectively as are now used or allowed in the supreme court of the same.*“

¹⁵ *Burbank*, The Rules Enabling Act of 1934, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1981-1982), 1015 (1037); *Wright/Müller/Steinman* (Fn. 13), S. 9.

¹⁶ *Ebd.*, S. 10.

¹⁷ *Ebd.*, S. 10 f.

¹⁸ *Weinstein* (Fn. 13), S. 918; *Wright/Müller/Steinman* (Fn. 13), S. 11 f.

¹⁹ Auszug aus Section 2 des *Process Act* von 1789: „*And be it further enacted, That the forms and writs, executions and other process [...] [shall be] according to the principles, rules and usages which belong to courts of equity [...] subject however to such alterations and additions as the said courts respectively shall in their discretion deem expedient, or to such regulations as the supreme court of the United States shall think proper from time to time to prescribe [...]*“.

²⁰ *Weinstein* (Fn. 13), S. 916; *Wright/Müller/Steinman* (Fn. 13), S. 9.

²¹ *Burbank* (Fn. 15), S. 1039; *Weinstein* (Fn. 13), S. 916; *Wright/Müller/Steinman* (Fn. 13), S. 11 f.

2. Die Zeit der Kodifizierung ab 1848

Das alte englische Prozessrecht wurde den Bedürfnissen der Zeit immer weniger gerecht. Es wurde als zu formalistisch und technisch und als ein unnötiges Hindernis für ein gerechtes Verfahren wahrgenommen.²² Mit der Reform des Prozessrechts in New York 1848 durch den *Field Code* begann die zweite Phase der Geschichte des amerikanischen Prozessrechts.²³ Der *Field Code* war eine Kodifikation i.S.d. kontinentalen Verständnisses.²⁴

Besondere Merkmale des *Field Code* waren die Zusammenfassung von *Common Law* und *Equity* zu einer Zivilklage und die Vereinfachung der bisher stark formalisierten Verfahrenseinleitung. Der für eine Klage relevante Sachverhalt musste nicht mehr in das starre Korsett eines *Writs*, einer Spruchformel, gepresst werden, sondern konnte in einfacher Sprache vorgetragen werden.²⁵ Schwächen wies der *Field Code* an den Stellen auf, wo seine Vorschriften durch unbestimmte Rechtsbegriffe konturenlos wurden.²⁶

Trotz einiger Mängel wurde der *Field Code* nach 1848 in vielen neu gegründeten westlichen Bundesstaaten zum Teil wortgenau übernommen. Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts hatte er auch in vielen alten Bundesstaaten der Ostküste Einzug gehalten.²⁷ Verabschiedet wurden die Kodifikationen von den Parlamenten der Bundesstaaten.

Das Verfahren vor den Bundesgerichten wurde von der Prozessreform nur teilweise erfasst. 1842 und 1912 wurden zwar neue *Equity Rules* erlassen, in *Common Law*-Verfahren verharteten die Bundesgerichte in den Staaten der Ostküste jedoch in statischer Konformität und wandten altes Prozessrecht an. Der Kongress verabschiedete daraufhin 1872 ein neues Konformitätsgesetz, wonach sich die Bundesgerichte in *Common Law*-Verfahren so „nah wie möglich“²⁸ an das geltende Prozessrecht des jeweiligen Bundesstaates halten sollten. Die Unbestimmtheit des Maßstabs „so nah wie möglich“ hatte zur Folge, dass die

²² Hyde (Fn. 9), S. 187.

²³ Subrin/Main (Fn. 7), S. 1842.

²⁴ Friedman, A History of American Law, 1973, S. 340 f.

²⁵ Bettinger, Prozessmodelle im Zivilverfahrensrecht, 2016, S. 39; Subrin/Main (Fn. 7), S. 1839 f.

²⁶ Subrin, David Dudley Field and the Field Code: A Historical Analysis of an Earlier Procedural Vision, Law and History Review 6 (1988), 311 (329) m.w.N.

²⁷ Burbank (Fn. 15), S. 1038; Wright/Miller/Steinman (Fn. 13), S. 13 f.

²⁸ Auszug aus Section 5 des *Conformity Act* von 1872: „the practice, pleadings, and forms and modes of proceeding [...] in the circuit and district courts of the United States shall conform, as near as may be, to the practice, pleadings, and forms and modes of proceeding existing at the time in like causes in the courts [...] of the State within which such circuit or district courts are held [...]“

Anwendbarkeit prozessrechtlicher Normen vor den Bundesgerichten vom Ermessen der Richter abhing.²⁹ Mit dem Konformitätsgesetz von 1872 verlor der *Supreme Court* zudem seine kaum genutzte Befugnis, prozessrechtliche Normen zu erlassen.³⁰ Insgesamt war das Verfahren unter dem Konformitätsgesetz von 1872 in einer Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen geregelt und weder im Einklang mit den Verfahren der Gerichte der Bundesstaaten noch bundesweit einheitlich.³¹

3. Die Rückkehr zur Verabschiedung prozessrechtlicher Normen durch die Gerichte

Mit dem Beginn des 20. Jahrhundert entwickelte sich eine neue Reformbewegung, die ein bundesweit einheitliches Prozessrecht für die Bundesgerichte forderte.³² Verbunden war diese Forderung mit dem Bestreben, die Befugnis zur Verabschiedung prozessrechtlicher Normen wieder den Gerichten zu übertragen. Hintergrund war die allgemeine Auffassung, dass der Zivilprozess durch regelmäßige Änderung und Ergänzung von Normen überreguliert war, ein Zustand, dem eine Normerlasskompetenz des *Supreme Courts* Abhilfe schaffen sollte. Es dauerte fast 30 Jahre, bis der Kongress 1934 den *Rules Enabling Act* (REA) verabschiedete und damit das Prozessrecht vor den Bundesgerichten in dreifacher Hinsicht reformierte.

Erstens sprach der REA dem *Supreme Court* die Kompetenz zu, Prozessrecht zu erlassen. Zweitens legte er die Grundlage für eine Vereinigung von *Common Law* und *Equity* vor den Bundesgerichten. Drittens brach der REA mit dem Konformitätsprinzip und ermöglichte ein bundesweit einheitliches Prozessrecht vor den Bundesgerichten.

Vier Jahre nach Inkrafttreten des REA verabschiedete der *Supreme Court* die FRCP und läutete damit die dritte Phase der Geschichte des amerikanischen Prozessrechtes ein.³³ Die FRCP wurden unter der Maxime verfasst, ein gerechtes, schnelles und kostengünstiges Verfahren zu ermöglichen, Rule 1 FRCP. Anders als die Kodifikationen setzten die FRCP auf Flexibilität, was sich am geringen Umfang von 86 Regeln und einem Anhang zeigt.³⁴

²⁹ *Burbank* (Fn. 15), S. 1041; *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 15 f.

³⁰ *Weinstein* (Fn. 13), S. 920.

³¹ *Burbank* (Fn. 15), S. 1041 f.; so bezeichnete das Komitee für einheitliches Gerichtsverfahren der *American Bar Association* das geltende Prozessrecht als „Sanskrit für den durchschnittlichen Anwalt“, *American Bar Association Report* 46 (1921), 461 (466).

³² Ausführlich *Burbank* (Fn. 15), S. 1043 ff.

³³ *Subrin/Main* (Fn. 7), S. 1842 f.

³⁴ *Bone* (Fn. 1), S. 895 m.w.N.

II. Rechtliche Grundlage, der *Rules Enabling Act*

Rechtliche Grundlage der Verabschiedung prozessrechtlicher Normen durch den *Supreme Court* ist der *Rules Enabling Act*.³⁵ Dieses Gesetz wurde 1934 verabschiedet. Größere Änderungen des Normerlassverfahrens erfolgten erstmals 1958 mit der Etablierung der *Judicial Conference*.³⁶ Die *Judicial Conference* ist ein Richtergremium, das neue Entwürfe der FRCP erarbeitet und dem *Supreme Court* vorlegt.³⁷ Eine weitere Veränderung des Normerlassverfahrens erfolgte 1988 mit dem *Judicial Improvements and Access to Justice Act*,³⁸ wodurch das Normerlassverfahren der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde.³⁹

1. Verfassungsmäßigkeit des REA

a) Verbandskompetenz

Der *Supreme Court* ist Teil der föderalen Ordnung der Vereinigten Staaten und seine Kompetenz zum Erlass zivilprozessrechtlicher Normen kann nur soweit reichen, wie die Zuständigkeit gemäß der Verfassung beim Bund liegt, 10. Zusatzartikel der U.S. Constitution. Die Zuständigkeit des Bundes für das Prozessrecht der Bundesgerichte ist nicht umstritten.⁴⁰ Ihre rechtliche Begründung hingegen schon.

Nach einer Ansicht liegt die originäre Zuständigkeit für die Verabschiedung bundesprozessrechtlicher Normen bei der Legislative, die im Wege der Delegation an den *Supreme Court* übertragen wurde.⁴¹ Eine geschriebene Gesetzgebungskompetenz bestehe nicht. Allerdings habe die Legislative gemäß der *Necessary and Proper Clause*, Art. I § 8 U.S. Constitution,⁴² die Gesetzgebungskompetenz für alle Gebiete, deren Regelung notwendig und angemessen für die Ausführung der verfassungsrechtlichen Aufgaben der Bundesorgane sei.⁴³ Art. III U.S. Constitution etabliert die Bundesgerichtsbarkeit und schafft nach dieser Ansicht die Notwendigkeit von Prozessrecht unter der *Necessary and*

³⁵ 28 U.S. Code §§ 2072-2077.

³⁶ 28 U.S. Code. § 331.

³⁷ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 6, Fn. 16.

³⁸ Die relevanten Änderungen finden sich in 28 U.S. Code § 2073 lit. c.

³⁹ *Bone* (Fn. 1), S. 903.

⁴⁰ *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 213; *Hinderlider v. La Plata River & Cherry Creek Ditch Co.*, 304 U.S. 92 (1938).

⁴¹ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 4 f.; *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1 (1825).

⁴² Auszug aus Art. I § 8 U.S. Constitution: „The Congress shall have power to [...] make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution [...] all the powers vested by this Constitution in the government of the United States [...]“.

⁴³ *Hay* (Fn. 11), Rn. 49.

Proper Clause.⁴⁴

Nach anderer Ansicht liegt die Zuständigkeit für die Verabschiedung bei den Gerichten selbst. Der Begriff der *Judicial Power* in Art. III § 2 U.S. Constitution sei demnach weit auszulegen und umfasse die Kompetenz zur Verabschiedung prozessrechtlicher Normen durch die Bundesgerichte selbst.⁴⁵

Beide Ansichten stimmen darin überein, dass eine Verbandskompetenz des Bundes für das Bundesprozessrecht besteht.

b) *Organkompetenz*

Die Verbandskompetenz des Bundes steht im Ergebnis außer Frage. Die Organkompetenz ist hingegen umstritten.⁴⁶

aa) *Originäre Zuständigkeit der Legislative*

Die herrschende Auffassung geht von einer legislativen Kompetenz i.V.m. einer Kompetenzdelegation an den *Supreme Court* aus. Diese Ansicht stützt sich im Kern auf drei Überlegungen.

Erstens sei die Gerichtsbarkeit in der amerikanischen Demokratie, wie alle staatlichen Institutionen, durch das Volk und für das Volk errichtet.⁴⁷ Diese Grundlage ergebe sich u.a. aus der Präambel der U.S. Constitution.⁴⁸ Nach dieser Ansicht dient das Gerichtsverfahren nicht den Gerichten, sondern dem Volk. Die Übertragung der Kompetenz zum Erlass prozessrechtlicher Normen erfolge nicht automatisch mit der Schaffung der Gerichte und ihrer Kompetenz zur Rechtsprechung.⁴⁹ Sie verbleibe vielmehr beim Volk und werde durch den Kongress als gewählte Volksvertretung ausgeübt.⁵⁰

Zweitens werde auch durch das Prozessrecht die Freiheit der Bürger eingeschränkt. Jede Prozessnorm sei eine Entscheidung für eine von vielen Arten, ein Verfahren zu regeln – mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die Freiheit.

⁴⁴ *Landers*, Of legalized Blackmail and legalized Theft: Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma, *Southern California Law Review* 47 (1973/1974), 842 (849 i.V.m. Fn. 22); *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 290; *Hanna v. Plumer*, 380 U.S. 460, 472 (1965).

⁴⁵ *Wigmore*, All Legislative Rules for Judiciary Procedure are Void Constitutionally, *Illinois Law Review* 23 (1928/1929), 276 (277).

⁴⁶ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 4 f.

⁴⁷ *Beardsley*, Legislative Regulation of Procedure Not Unconstitutional, *Journal of the American Judicature Society* 24 (1940/1941), 115 (116).

⁴⁸ *Hay* (Fn. 11), Rn. 39.

⁴⁹ *Beardsley* (Fn. 47), S. 116.

⁵⁰ *Ebd.*

Aus einer Vielzahl von Lösungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Auswirkungen auf die Freiheit der Bürger zu entscheiden, sei jedoch eine Kompetenz der Legislative. Die Legislative allein verfüge über die demokratische Legitimation, eine solche Entscheidung zu treffen. Diese Überlegung ist umso relevanter, wenn man bedenkt, dass das Prozessrecht auch das Strafprozessrecht umfasst.⁵¹

Drittens ist diese Ansicht von der Überlegung getragen, dass die Annahme einer Kompetenz der Judikative restriktiv sein sollte.⁵² Anders als Handlungen der Exekutive und der Legislative sind die Handlungen der Judikative, insbesondere des *Supreme Courts*, weniger kontrollierbar und korrigierbar.⁵³ Diese Überlegung hat durch die historische Erfahrung besonderes Gewicht. Das Prozessrecht hatte in den USA unter der Verantwortung des *Supreme Courts* bereits eine Phase der Stagnation erlebt und wurde damals auf Initiative der Legislative reformiert.⁵⁴

bb) Originäre Zuständigkeit der Judikative

Eine in der Literatur teilweise vertretene Ansicht sieht die Prozessnormerlasskompetenz bei den Gerichten.⁵⁵ Ausgangspunkt dieser Ansicht ist eine weite Auslegung des Begriffs der *Judicial Power* i.S.d. Art. III § 1 U.S. Constitution. Unter den Begriff falle auch die Kompetenz zum Erlass von Prozessrecht.⁵⁶ Systematisch spricht für diese Ansicht, dass sich das Prozessrecht nicht ausdrücklich in der Aufzählung der Gesetzgebungsbefugnisse in Art. I § 8 U.S. Constitution findet. Die Aufzählung ist indessen nicht abschließend. Die Zuständigkeit des Kongresses ist über zwei Generalklauseln weitreichender, als Art. I § 8 U.S. Constitution nahelegt.⁵⁷ Gleichwohl finden sich in Art. I § 8 U.S. Constitution die ausdrücklichen Kompetenzen zur Schaffung von Bundesgerichten unterhalb des *Supreme Courts*.⁵⁸ Nach dieser Ansicht ist die Aufzählung hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Judikative damit abschließend und beinhaltet nicht das Prozessrecht.⁵⁹

⁵¹ *Kaplan/Greene*, The Legislature's Relation to Judicial Rule-Making: An Appraisal of *Winberry v. Salisbury*, *Harvard Law Review* 65 (1951/1952), 234 (252 f.).

⁵² *Beardsley* (Fn. 47), S. 116 f.; *Kaplan/Greene* (Fn. 51), S. 252.

⁵³ *Ebd.*

⁵⁴ *Ebd.*

⁵⁵ *Wigmore* (Fn. 45), S. 277; *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 4.

⁵⁶ *Wigmore* (Fn. 45), S. 277.

⁵⁷ *Hay* (Fn. 11), Rn. 49.

⁵⁸ Auszug aus Art. I § 8 U.S. Constitution: „The Congress shall have power to [...] constitute tribunals inferior to the Supreme Court [...].“

⁵⁹ *Wigmore* (Fn. 45), S. 277.

Die originäre Zuständigkeit der Gerichte folge zudem aus dem Prinzip der Gewaltenteilung.⁶⁰ Das Prozessrecht sei mit den Geschäftsordnungen der Exekutive und der Legislative zu vergleichen. Alle hätten gemein, dass sie das Verfahren für die Ausübung der Aufgaben regelten, die die Verfassung den Bundesorganen übertragen hat. Das Verfahren vor den Gerichten sei in erster Linie die Geschäftsordnung der Gerichte und mithin die Angelegenheit der Gerichte.⁶¹

Für diese Ansicht werden auch Erwägungen zur Effizienz und Qualität der Prozessnormen angestellt. Die Richter seien unmittelbar vom Prozessrecht betroffen, würden die gegenwärtigen Anforderungen der Verfahren kennen und hätten ein eigenes Interesse an einem effizienten Verfahren. Des Weiteren seien Richter weniger empfänglich für sachfremde Beeinflussung durch einzelne Interessengruppen. Die Qualität der Regeln sei insgesamt höher als bei Regeln der Legislative.⁶²

cc) Stellungnahme

Die herrschende Ansicht weist die überzeugenderen Argumente auf.

Das zuletzt vorgebrachte Argument der Effizienz des Normerlassprozesses und der Qualität der Prozessnormen überzeugt nicht, wenn man bedenkt, dass die Legislative die Normerlasskompetenz delegieren kann und dies auch getan hat und so das gleiche Maß an Effizienz und Qualität erreicht.⁶³

Damit konzentriert sich der Streit auf die Frage, wie der Begriff der *Judicial Power* auszulegen ist. Für die weite Auslegung spricht das systematische Argument, dass die Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der Judikative in Art. I § 8 U.S. Constitution abschließend aufgezählt sei. Eine originäre Zuständigkeit der Legislative lässt sich jedoch auch überzeugend mit der *Necessary and Proper Clause* begründen. Hierin liegt auch der Unterschied zur Zuständigkeit des Kongresses für die Schaffung von Bundesgerichten unterhalb des *Supreme Courts*. Diese Kompetenz ließe sich nicht mit Hilfe der *Necessary and Proper Clause* begründen.

Auch der Vergleich von Prozessrecht mit den Geschäftsordnungen von Exekutive und Legislative überzeugt nicht. Unterscheidendes Merkmal des

⁶⁰ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 4.

⁶¹ *Wigmore* (Fn. 45), S. 277.

⁶² *Pound*, *The Rule-Making Power of the Courts*, *American Bar Association Journal* 12 (1926/1927), 599 (602 f.); *Wigmore* (Fn. 45), S. 278.

⁶³ *Williams*, *The Source of Authority for Rules of Court Affecting Procedure*, *Washington University Law Quarterly* 22 (1936/1937), 459 (505 f.).

Prozessrechts ist der Umstand, dass das Prozessrecht gleichzeitig der Kontrolle der Gerichte unterliegt. Dieser Umstand verbietet einen Vergleich mit den Geschäftsordnungen der anderen Staatsgewalten. Eine effektive Kontrolle der Ausübung der Normerlasskompetenz durch die Gerichte wäre kaum denkbar.⁶⁴ Damit überwiegen die Argumente für eine restriktive Auslegung des Begriffs der *Judicial Power* und die originäre Zuständigkeit der Legislative.

c) *Zulässigkeit einer Kompetenzdelegation*

Nimmt man die ursprüngliche Zuständigkeit der Legislative für das Prozessrecht an, stellt sich als nächstes die Frage, ob der Kongress diese Kompetenz per Gesetz an die Gerichte delegieren kann.

Der *Supreme Court* bejaht die Zulässigkeit einer Kompetenzdelegation.⁶⁵ In seinen Urteilen zu einzelnen Normen der FRCP verzichtet er auf eine dogmatische Begründung. Die grundsätzliche Übertragbarkeit legislativer Kompetenzen durch Gesetz ist seit der zunehmenden Übertragung legislativer Kompetenzen an administrative Behörden im Zuge der *New Deal* Reformen von Präsident *Franklin D. Roosevelt* anerkannt.⁶⁶ Es existiert eine ausgeprägte Rechtsprechung des *Supreme Courts* zur Delegation legislativer Kompetenzen auf administrative Behörden.⁶⁷ Die hieraus entwickelten einschränkenden Maßstäbe wurden jedoch scheinbar nicht auf die Kompetenzdelegation der Legislative auf den *Supreme Court* analog angewendet.

Im Gegensatz zu der kaum geführten Diskussion nach Inkrafttreten von REA und FRCP steht die Debatte, die während des Gesetzgebungsverfahrens des REA zwischen Befürwortern und Gegnern geführt wurde. Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Delegation waren das wichtigste Argument der Reformgegner.⁶⁸ Nach dieser Ansicht sei der Erlass prozessrechtlicher Normen vergleichbar mit dem Erlass materiell-rechtlicher Normen – und der Legislative vorbehalten.

Hiergegen wurde durch die Befürworter des REA vor allem historisch argumentiert und darauf verwiesen, dass die Normerlasskompetenz für das Prozessrecht im 18. und 19. Jahrhundert bereits an die Gerichte delegiert worden war.⁶⁹ Zudem sei das Prozessrecht unabhängig vom materiellen Recht.

⁶⁴ *Kaplan/Greene* (Fn. 51), S. 252.

⁶⁵ *Beers v. Haughton*, 34 U.S. 329 (1835); *Bank of U.S. v. Halstead*, 23 U.S. 51 (1825); *Wayman v. Southard*, 23 U.S. 1 (1825); *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1 (1941).

⁶⁶ *Ducat/Chase*, *Constitutional Interpretation*, 1988, S. 139.

⁶⁷ *Ebd.*, S. 138 ff.

⁶⁸ *Burbank* (Fn. 15), S. 1052 f.; *Williams* (Fn. 63), S. 506.

⁶⁹ *Burbank* (Fn. 15), S. 1085; *Williams* (Fn. 63), S. 506.

Verfahrensbezogenes Prozessrecht sei wertneutral und frei von politischen Entscheidungen und bedürfe keines aktiven Erlasses durch die Legislative.⁷⁰

Die Annahme einer strengen Trennbarkeit von *Substance* und *Procedure* ist in den letzten Jahren in die Kritik geraten.⁷¹ Zum einen beeinflusse das Prozessrecht das Resultat eines Verfahrens, zum anderen erfordere auch das Normerlassverfahren auf dem Gebiet des Prozessrechts eine Abwägung materieller Werte.⁷² Infolgedessen wurde 1988 die Einbindung der Öffentlichkeit in den Normerlassprozess erhöht und der Kongress wurde als Gesetzgeber auf dem Gebiet des Prozessrechts wieder aktiver.⁷³

2. Reichweite

Mit Inkrafttreten des REA und der Verabschiedung der FRCP verstummte zunächst die Auseinandersetzung in der Literatur über die Zulässigkeit einer Kompetenzdelegation.⁷⁴ Die Debatte verlagerte sich auf die Frage, welche Gegenstände durch die Delegation erfasst wurden. Aus der Debatte um die Zulässigkeit der Delegation wurde eine Debatte über die Reichweite der Delegation.

Der REA in seiner heutigen Fassung delegiert die Kompetenz zum Erlass von Regeln für die unterordneten Gerichte auf den Gebieten „*practice and procedure and [...] evidence*“.⁷⁵ Der *Supreme Court* definiert *Procedure* 1941 in der Grundsatzenscheidung im Fall *Sibbach v. Wilson & Co., Inc.*⁷⁶ als „*the judicial process for enforcing rights and duties recognized by substantive law, and for justly administering remedy and redress for disregard or infraction of them*“.⁷⁷ Aus der Definition ergibt sich das Begriffspaar *Substance* und *Procedure*, vergleichbar mit dem Begriffspaar „materiell“ und „formell“. Die Begriffe werden in der US-amerikanischen Literatur in unterschiedlichen Zusammenhängen benutzt,⁷⁸ sodass eine pauschale Übersetzung mit dem deutschen Begriffspaar nicht möglich ist.

Es existieren mindestens zwei Einschränkungen der Reichweite der Norm-

⁷⁰ *Bone* (Fn. 1), S. 889.

⁷¹ *Ebd.*, S. 909 m.w.N.

⁷² *Ebd.*, S. 909 ff.

⁷³ *Ebd.*, S. 954 f.

⁷⁴ *Williams* (Fn. 63), S. 507.

⁷⁵ 28 U.S. Code § 2072 lit. a; Dieser Beitrag beschränkt sich im Wesentlichen auf die Delegation der Normerlasskompetenz auf dem Gebiet *Procedure*.

⁷⁶ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1 (1941).

⁷⁷ *Ebd.*, S. 14.

⁷⁸ *Burbank* (Fn. 15), S. 1033; *Hanna v. Plumer*, 380 U.S. 471 (1965).

erlasskompetenz.⁷⁹

a) *Einschränkung durch die Verfassung*

Die erste Einschränkung sind die prozessualen Vorgaben der Verfassung. Hervorzuheben ist insbesondere das Gebot des *Due Process* (Rechtsstaatlichkeit) und das in der Verfassung verbürgte Recht auf eine *Jury* in *Common Law*-Verfahren.⁸⁰ In 28 U.S. Code § 2072 a.F. war die Einschränkung hinsichtlich der *Jury Trials* noch enthalten. Es handelte sich hierbei um eine Wiederholung der verfassungsrechtlichen Schranke mit klarstellender Funktion. Der Wegfall dieser Bestimmung in 28 U.S. Code § 2072 n.F. hat keinen Einfluss auf die Existenz dieser Beschränkung.⁸¹

b) *Einschränkung durch den REA, 28 U.S. Code § 2072 lit. b*

Eine Einschränkung der Kompetenzdelegation durch den REA kann in der *Substantive-Rights*-Klausel liegen, wonach die Regeln des *Supreme Courts* materielles Recht weder verkürzen, erweitern oder verändern dürfen: „*Such rules shall not abridge, enlarge or modify any substantive right*“⁸². Die Bedeutung dieses Satzes ist umstritten.

aa) Deklarationstheorie⁸³

Der *Supreme Court* äußerte sich hierzu erstmals 1941 in dem Fall *Sibbach v. Wilson & Co., Inc.*⁸⁴ In seinem Urteil musste der *Supreme Court* entscheiden, ob Rule 35 FRCP a.F. mit dem REA vereinbar war. Rule 35 lit. a FRCP a.F.⁸⁵ ermächtigte das Gericht, die Vorlage medizinischer oder psychologischer Gutachten anzuordnen. Die Klägerin weigerte sich, einer solchen Aufforderung nachzukommen mit der Begründung, die Regel falle nicht in die Zuständigkeit des *Supreme Courts* unter dem REA und sei mithin nichtig.⁸⁶

⁷⁹ Landers (Fn. 44), S. 849; Unumstritten sind nur die Einschränkungen durch die Bundesverfassung sowie durch Rule 82 S. 1 FRCP.

⁸⁰ Auszug aus 28 U.S. Code § 2072 a.F.: „[T]he right of trial by jury as at common law and declared by the seventh amendment to the Constitution shall be preserved to the parties inviolate.“

⁸¹ Landers (Fn. 44), S. 849, Fn. 22; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 292 f., Fn. 11.

⁸² 28 U.S. Code 2072 lit. b.

⁸³ Die im folgenden Streitstand verwendete deutsche Terminologie ist vom Verfasser entwickelt und weicht ggf. von anderen deutschsprachigen Darstellungen ab.

⁸⁴ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1 (1941).

⁸⁵ Auszug aus Rule 35 (a) FRCP a.F.: „the court [...] may order [a party] to submit to a physical or mental examination by a physician.“

⁸⁶ *Burbank* (Fn. 15), S. 1028 ff.

Die Klägerin argumentierte, dass die Regel zwar *procedural* sei, jedoch ihre *substantive rights* verletze und gegen den REA verstoße.⁸⁷ Der *Supreme Court* folgte dieser Ansicht in einem knappen Urteil von fünf zu vier Stimmen nicht.⁸⁸ Das Gericht lehnte eine Beschränkung der Normerlasskompetenz der Gerichte durch die *Substantive-Rights*-Klausel mit der Begründung ab, dass eine Einschränkung der Normerlasskompetenz anhand eines solch unklaren Maßstabs zu Rechtsunsicherheit führe. Soweit eine Regel des *Supreme Court Procedures* zum Gegenstand hat, sei sie zulässig.⁸⁹ Der *Substantive-Rights*-Klausel wurde eine feststellende Bedeutung beigemessen, die die Abgrenzung zwischen *Substance* und *Procedure* wiederhole.⁹⁰ Die Normerlasskompetenz zum Erlass prozessrechtlicher Normen durch die Gerichte wäre damit deckungsgleich mit der Kompetenz des Kongresses.⁹¹ Mit dem Urteil legt das Gericht seine Normerlasskompetenz weit aus.

In der Entscheidung *Hanna v. Plumer* im Jahr 1965 urteilte der *Supreme Court*, es reiche für die Rechtmäßigkeit einer Regel aus, wenn sie „*arguably procedural*“ sei.⁹² Demnach fallen auch Regeln in der Grauzone zwischen *Substance* und *Procedure* unter die Ermächtigungsgrundlage des REA. Hiermit legt der *Supreme Court* seine Normerlasskompetenz erneut weit aus.⁹³ Diese Rechtsprechung hat der *Supreme Court* bis heute im Ergebnis beibehalten.⁹⁴

bb) Anwendungstheorie

In der Literatur wird die Auslegung von 28 U.S. Code § 2072 lit. b zum Teil kritisiert.⁹⁵ Ein Teil der Literatur betrachtet die *Substantive-Rights*-Klausel als Maßstab für die Anwendbarkeit der FRCP oder des Prozessrechts der Einzelstaaten in Fällen, in denen keine ausschließliche Zuständigkeit der Bundesgerichte besteht. Die ausschließliche Bundeszuständigkeit ist auf wenige

⁸⁷ *Burbank* (Fn. 15), S. 1030; *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 12 (1941).

⁸⁸ O.V., *The Rules Enabling Act and the Limits of Rule 23*, *Harvard Law Review* 111 (1997/1998), 2294 (2296 f.).

⁸⁹ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 14 (1941).

⁹⁰ *Ely*, *The Irrepressible Myth of Erie*, *Harvard Law Review* 87 (1973/1974), 693 (719).

⁹¹ *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 291 f.; *Hanna v. Plumer*, 380 U.S. 460, 470 f. (1965).

⁹² *Ely* (Fn. 90), S. 720; *Bator/Meltzer/Mishkin/Shapiro*, *Hart and Wechsler's The Federal Courts and the Federal System*, 1988, S. 827.

⁹³ *Burbank* (Fn. 15), S. 1034.

⁹⁴ Die *Substantive-Rights*-Klausel wird durch den *Supreme Court* inzwischen als Schranke ausgelegt. Die Schranke ist allerdings selten anwendbar und praktisch irrelevant, vgl. o.V. (Fn. 88), S. 2298; *Burlington Northern Railroad Co. v. Woods*, 480 U.S. 1, 5 (1987).

⁹⁵ O.V. (Fn. 88), S. 2297; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 292.

Rechtsgebiete beschränkt.⁹⁶ Eine restriktive Auslegung der *Substantive-Rights-Klausel* würde Anwendbarkeit und Relevanz der FRCP reduzieren.⁹⁷

Das Verhältnis zur Anwendung von Bundes- und Staatenrecht wurde 1938 mit der *Supreme Court*-Entscheidung *Erie Railroad Co. v. Tompkins*⁹⁸ grundlegend neu geordnet. Die Entscheidung befasste sich mit der Frage, nach welchem Recht, dem des Bundes oder der Einzelstaaten, die Bundesgerichte zu entscheiden haben. Maßgeblich war die Auslegung des *Rules of Decision Act*⁹⁹. Umstritten war, ob die Urteile der Einzelstaatengerichte für die Bundesgerichte bindende Präzedenzfälle darstellten oder ob die Bundesgerichte ihr eigenes Fallrecht entwickeln und anwenden konnten.¹⁰⁰

Bis 1938 folgte die Rechtsprechung der Linie aus dem Urteil *Swift v. Tyson*¹⁰¹ und legte den RDA so aus, dass die Bundesgerichte nicht an die Entscheidungen der Gerichte der entsprechenden Einzelstaaten gebunden waren, sondern das sog. *federal Common Law*, das Fallrecht der Bundesgerichte, zur Anwendung kam.¹⁰²

1938 beendete der *Supreme Court* die Präzedenzwirkung des Urteils *Swift v. Tyson*. In seinem Urteil stellte der *Supreme Court* fest, dass es kein *federal Common Law* gebe und das *Common Law* der Einzelstaaten Anwendung finde.¹⁰³ Die hieraus entwickelte *Erie*-Doktrin betraf ursprünglich nur das materielle Recht.¹⁰⁴

1945 wurde der Inhalt der *Erie*-Doktrin durch den *Supreme Court* in *Guaranty Trust Company of New York v. York*¹⁰⁵ modifiziert. Die Richter urteilten, dass dem Recht der Einzelstaaten Geltungsvorrang zukomme, wenn die Anwendung von Bundesrecht das Ergebnis des Verfahrens beeinflusse.¹⁰⁶ Damit erweiterte der *Supreme Court* den Anwendungsbereich der *Erie*-Doktrin auf das

⁹⁶ Die ausschließliche Bundeszuständigkeit beschränkt sich auf das Seerecht, das Insolvenzrecht, das Patent- und Urheberrecht und Streitfälle, die anhand von Bundesrecht zu entscheiden sind. vgl. *Schack* (Fn. 3), Rn. 39.

⁹⁷ *Ely* (Fn. 90), S. 721.

⁹⁸ *Erie R. & Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

⁹⁹ 28 U.S. Code § 1652.

¹⁰⁰ *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 3 f.

¹⁰¹ *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1 (1842).

¹⁰² *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 4 ff.; *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 1, 18 (1842).

¹⁰³ *Schack* (Fn. 3), Rn. 34; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 18 ff.; *Erie R. & Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64, 78 (1938).

¹⁰⁴ *Ely* (Fn. 90), S. 696; *Schack* (Fn. 3), Rn. 34 f.

¹⁰⁵ *Guarantee Trust Co. of New York v. York*, 326 U.S. 99 (1945).

¹⁰⁶ *Guarantee Trust Co. of New York v. York*, 326 U.S. 99, 109 (1945); vgl. auch *Ely* (Fn. 90), S. 696; *Schack* (Fn. 3), Rn. 35; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 25 ff.

Prozessrecht. Das Urteil verringerte die Anwendbarkeit der FRCP und führte wieder zu einem bundesweit uneinheitlichen Verfahren vor den Bundesgerichten.¹⁰⁷

1958 führte der *Supreme Court* in *Byrd v. Blue Ridge Rural Electric Cooperation, Incorporated*¹⁰⁸ als weiteren Maßstab eine Abwägung im Einzelfall zwischen einem bundesweit einheitlichen Verfahren und einer einheitlichen Rechtsprechung der Gerichte innerhalb der Einzelstaaten ein.¹⁰⁹

Die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit¹¹⁰ hinsichtlich der Frage, welche Normen ein Verfahren im Einzelfall regeln sollten, wurde 1965 mit dem *Supreme Court*-Urteil *Hanna v. Plumer* teilweise beseitigt.¹¹¹ Der *Supreme Court* erklärte hierin den REA als einzigen Maßstab für die Anwendbarkeit von Prozessrecht vor Bundesgerichten.¹¹² Da der *Supreme Court* der *Substantive-Rights*-Klausel keine eigenständige Bedeutung beimisst, führte dieses Urteil zu einer weitreichenden Anwendung der FRCP.¹¹³

In Teilen der Literatur wird der *Substantive-Rights*-Klausel eine eigenständige Bedeutung als Anwendungsmaßstab beigemessen, vergleichbar mit der *Erie*-Doktrin für das materielle Recht.¹¹⁴ Wie die *Substantive-Rights*-Klausel als Anwendungsmaßstab genau auszulegen sei, ist unter den Vertretern dieser Ansicht umstritten.¹¹⁵

Eine Ansicht versteht unter *substantive Rights* Normen, welche typischer- und vernünftigerweise das private menschliche Verhalten beeinflussen.¹¹⁶

Eine weitere Ansicht definiert den Begriff in Abgrenzung zu den *procedural Rules*. Eine *substantive Rule* sei jede Norm, die nicht dazu bestimmt ist, das Gerichtsverfahren zu einem gerechten und effizienten Mechanismus zur

¹⁰⁷ *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 27.

¹⁰⁸ *Byrd v. Blue Ridge Rural Electric Cooperative*, 356 U.S. 525 (1958).

¹⁰⁹ *Byrd v. Blue Ridge Rural Electric Cooperative*, 356 U.S. 525, 537 ff. (1958).

¹¹⁰ *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 31 i.V.m. Fn. 36.

¹¹¹ *Ebd.*, S. 35.

¹¹² *Ely* (Fn. 90), S. 718.

¹¹³ *Schack* (Fn. 3), Rn. 36; Diese Ansicht ist innerhalb des *Supreme Courts* umstritten und die Rechtsprechung der unteren Instanzen ist nicht einheitlich. vgl. *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 292 i.V.m. Fn. 10 m.w.N.

¹¹⁴ *Ely* (Fn. 90), S. 721.

¹¹⁵ Vgl. die Übersicht bei *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 296 ff.

¹¹⁶ *Ebd.*, S. 297.

Streitbeilegung zu machen. *Substantive Rights* seien solche Rechte, die die Einzelstaaten einer Person aus nicht-prozessualen Zwecken zubilligten.¹¹⁷

Eine vermittelnde Ansicht subsumiert alle Normen unter den Begriff der *substantive Rights*, die den Anforderungen einer der zwei oben genannten Definitionen genügt.¹¹⁸

Ungeachtet dieser unterschiedlichen Auffassungen bezüglich der Auslegung der *substantive Rights* spricht für die Anwendungstheorie vor allem die Tatsache, dass so der *Substantive-Rights*-Klausel, anders als nach der Deklarationstheorie, eigenständige Bedeutung zukommt. Dieses Argument verliert jedoch einen Teil seiner Überzeugungskraft, wenn man bedenkt, dass das konstitutionelle Recht auf eine *Jury* für über 75 Jahre ebenfalls im REA enthalten war, ohne eine eigenständige Bedeutung zu besitzen.¹¹⁹

cc) Einschränkungstheorie

Eine dritte Ansicht versteht die *Substantive-Rights*-Klausel als Einschränkung der Normerlasskompetenz. Nach dieser Ansicht ist die Kompetenz des *Supreme Courts* zum Erlass prozessrechtlicher Normen nicht deckungsgleich mit der allgemeinen Bundeskompetenz zum Erlass prozessrechtlicher Normen. Die *Substantive-Rights*-Klausel diene nach dieser Ansicht vor allem der Kompetenzabgrenzung zwischen dem Kongress, dem die gesamte Bundeskompetenz zukomme, und dem *Supreme Court*, der in seiner Normerlasskompetenz eingeschränkt sei.¹²⁰ Diese Ansicht wurde unter anderem auch im Sondervotum zum Urteil *Sibbach v. Wilson & Co., Inc.* vertreten.¹²¹

Das Sondervotum weist die Auffassung der Mehrheit zurück, wonach die *Substantive-Rights*-Klausel lediglich die Reichweite der Kompetenzdelegation für das gesamte Prozessrecht bestätige. Stattdessen sei die *Substantive-Rights*-Klausel als echte Schranke zu verstehen. *Substantive Rights* seien die *Liberties of the Subject*, worunter insbesondere die Unverletzlichkeit der Person und die Privatsphäre der Person fielen.¹²² Diese Rechte seien zwar einschränkbar, hierfür bedürfe es jedoch eines Gesetzes des Kongresses.

¹¹⁷ *Ely* (Fn. 90), S. 724 f.; *Bator/Meltzer/Mishkin/Shapiro* (Fn. 92), S. 827; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 297 f.

¹¹⁸ *Wellborn*, *The Federal Rules of Evidence and the Application of State Law in the Federal Courts*, *Texas Law Review* 55 (1977), 371 (404).

¹¹⁹ Siehe dazu oben **B. II. 2. a)**; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 292 f. i.V.m. Fn. 11.

¹²⁰ *Burbank* (Fn. 15), S. 1025.

¹²¹ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 17 ff. (1941).

¹²² *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 17 f. (1941).

Das Sondervotum weist auch die Auffassung zurück, dass solche Einschränkungen bereits dadurch legitimiert seien, dass der Kongress die Kompetenz per Gesetz delegierte oder von einem Vetorecht gegen eine *federal Rule* nicht gebraucht machte.¹²³

Für diese Ansicht spricht die Erwägung, dass sie der *Substantive-Rights*-Klausel, anders als die Rechtsprechung, eine eigenständige Bedeutung beimisst.¹²⁴ Diese Auffassung steht zudem in der *Common Law*-Tradition, Eingriffe in die Rechte freier Bürger möglichst gering zu halten und Ermächtigungsgrundlagen dementsprechend restriktiv auszulegen.¹²⁵

Zu einem ähnlichen Ergebnis führt auch die erweiterte Entstehungsgeschichte des REA.¹²⁶ Die Unterlagen zu dem eigentlichen Gesetz sind sehr kurz und ohne Aussagekraft.¹²⁷ Zieht man jedoch die Entwürfe der Reformbewegung aus den 30 Jahren bis zum Erlass des REA hinzu, ergibt sich ein ähnliches Ergebnis wie jenes des Sondervotums in *Sibbach*.¹²⁸

Der Gesetzgeber der Klausel hatte ihr zwar keine eigenständige Bedeutung beigemessen. Sie sei jedoch als Wiederholung einer Einschränkung zu verstehen, welche bereits in der Ermächtigungsgrundlage angelegt sei.¹²⁹ Die Einschränkung, die die *Substantive-Rights*-Klausel nach dem Willen des Gesetzgebers wiederhole, ist vergleichbar mit der Einschränkung, die das Sondervotum der *Substantive-Rights*-Klausel beimaß.¹³⁰

dd) Bedeutung nach der Reform des *Rules Enabling Act* 1988

Im Zuge der Reform des Normerlassprozesses 1988 wurde der REA aufgehoben und die Kompetenzdelegation in leichter Abwandlung erneut verabschiedet.¹³¹ Der *Supreme Court* hat in seinen Urteilen nach 1988 an die Rechtsprechung zum alten REA angeknüpft. Teile der Literatur vertreten auf der Grundlage der Geschichte des Gesetzgebungsverfahrens zum REA von 1988 die Auffassung, dass dem neuen REA trotz des ähnlichen Wortlauts eine

¹²³ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 17 f. (1941).

¹²⁴ Gegen dieses Argument sprechen allerdings auch dieselben Einwände.

¹²⁵ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 17 f. (1941).

¹²⁶ *Burbank* (Fn. 15), S. 1025.

¹²⁷ *Ebd.*, S. 1023; *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 292.

¹²⁸ *Burbank* (Fn. 15), 1025 f.

¹²⁹ O.V. (Fn. 88), S. 2296.

¹³⁰ *Burbank* (Fn. 15), 1079 ff.

¹³¹ O.V. (Fn. 88), S. 2295.

abweichende Bedeutung zukommen sollte.¹³²

In einem Bericht zu einem ersten Entwurf des neuen REA im Jahr 1985, der mit dem 1988 erlassenen REA identisch war, kritisiert das *House of Representatives* ausdrücklich ein Urteil des *Supreme Courts*, das auf der Grundlage von *Sibbach* und *Hanna* erlassen wurde.¹³³ In den Drucksachen zum REA von 1988 verweist das *House of Representatives* auf diesen Bericht und die darin vertretene Auffassung, dass der Kongress nur einen Teil seiner Normerlasskompetenz delegiere. In einem Bericht des Senats zum REA von 1988 vertrat dieser indessen die Auffassung, dass die Auslegung des alten REA von 1934 beibehalten werde.¹³⁴

Die Entstehungsgeschichte ist uneindeutig. Sie lässt sich weder als Beleg für eine Änderung der Kompetenzdelegation, noch für eine Kodifizierung der bis 1988 ergangenen Rechtsprechung bemühen. Der *Supreme Court* ist im Ergebnis frei, an die Rechtsprechung aus der Zeit vor 1988 anzuknüpfen.¹³⁵

ee) Stellungnahme

Die Theorien zur Auslegung der *Substantive-Rights*-Klausel lassen sich drei Auffassungen zuordnen: erstens die von der Rechtsprechung vertretene Deklarationstheorie, die die *Substantive-Rights*-Klausel als feststellende Norm ohne eigenständige Bedeutung behandelt; zweitens die von großen Teilen der Literatur vertretene Anwendungstheorie, wonach die *Substantive-Rights*-Klausel eine Ausformung des amerikanischen Föderalismus sei und die Anwendbarkeit der FRCP regle; drittens die teilweise vertretene Einschränkungstheorie, die besagt, dass die *Substantive-Rights*-Klausel die Kompetenzen zwischen Kongress und *Supreme Court* bestimme.

Die Anwendungstheorie beruht auf der Annahme, dass die *Erie*-Doktrin, die eigentlich für das materielle Recht entwickelt wurde, Ausfluss des Föderalismus der amerikanischen Verfassung ist und deshalb, wenn auch in abgewandelter Form, auf das Prozessrecht Anwendung finden sollte.¹³⁶ Das Verhältnis der *Erie*-Doktrin zur Verfassung ist jedoch hoch umstritten.¹³⁷ Diese Ansicht hat keinen Einfluss auf die Reichweite der Kompetenzdelegation, sondern nur auf die Anwendbarkeit der FRCP. Im Ergebnis hat der *Supreme Court* nach dieser

¹³² O.V. (Fn. 88), S. 2298 f.

¹³³ *Ebd.*

¹³⁴ *Ebd.*, S. 2298.

¹³⁵ *Ebd.*, S. 2304.

¹³⁶ *Ely* (Fn. 90), 721 ff.

¹³⁷ Eine Darstellung liegt außerhalb des Rahmens dieses Beitrags; vgl. zum Verhältnis der *Erie*-Doktrin und der Verfassung *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 45 ff.

Auffassung, wie auch nach der Deklarationstheorie, weitgehende Befugnisse zum Erlass prozessrechtlicher Normen.

Zu einem anderen Ergebnis kommt nur die Einschränkungstheorie. Überzeugend ist insbesondere die historische Auslegung. Folgt man der Einschränkungstheorie, führt der REA eine weitere Schranke für Normen ein, die in Freiheits- und Persönlichkeitsrechte der Beteiligten eingreifen. Sie weist Ähnlichkeiten mit dem deutschen Gesetzesvorbehalt auf. Der Inhalt der Schranke ist jedoch unklar definiert und es besteht keine überzeugende Definition für die Grenzen der *Substantive-Rights*-Klausel im Sinne dieser Auffassung.¹³⁸ Damit hat die Einschränkungstheorie erhebliche praktische Defizite.¹³⁹ Gerade im Verfahren zum Erlass von Normen ist in besonderem Maße Klarheit und Rechtssicherheit erforderlich, um Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Normen zu vermeiden. Hinzu kommt, dass die Einschränkungstheorie eine Arbeitsteilung von Kongress und *Supreme Court* in einer Materie erforderlich macht, die schwer getrennt reguliert werden kann.

Solange aus dem Gesetz keine klare Abgrenzung zwischen den Kompetenzen des *Supreme Courts* und des Kongresses entwickelt wird, ist die Einschränkungstheorie, trotz dogmatisch überzeugenderer Argumente, abzulehnen. Lehnt man die Einschränkungstheorie aus praktischen Erwägungen ab, ist die Normerlasskompetenz des *Supreme Courts* im Sinne der Deklarations- und Anwendungstheorie weit auszulegen.

Das bedeutet nicht, dass nicht auch die Deklarationstheorie des *Supreme Courts* zum Teil erhebliche praktische Defizite aufweist.¹⁴⁰ Mit Blick auf die Rechtsprechung des *Supreme Courts* zur Anwendung der FRCP könnte es von Vorteil sein, wenn der *Supreme Court* die Präzedenzwirkung für ältere z.T. widersprüchliche Urteile aufhebt und einen klareren Standard für die Anwendung entwickelt.¹⁴¹

c) Rule 82 FRCP

Eine weitere Einschränkung der Normerlasskompetenz des *Supreme Courts* ist für das Zivilprozessrecht in Rule 82 S. 1 FRCP¹⁴² enthalten. Eine durch den *Supreme Court* verabschiedete Norm darf gemäß Rule 82 S. 1 FRCP nicht die

¹³⁸ O.V. (Fn. 88), S. 2304 f.

¹³⁹ *Sibbach v. Wilson & Co.*, 312 U.S. 1, 14 (1941).

¹⁴⁰ Vgl. *Wright/Miller/Cooper* (Fn. 2), S. 284 ff.

¹⁴¹ *Ebd.*, S. 295 f.

¹⁴² Auszug aus Rule 82 FRCP: „These rules do not extend or limit the jurisdiction of the district courts or the venue of actions in those courts [...]“.

örtliche oder sachliche Zuständigkeit der Gerichte ändern. Der *Supreme Court* darf grundsätzlich nur verfahrensbezogene Normen erlassen.¹⁴³

Eine anerkannte Ausnahme zu Rule 82 S. 1 FRCP sind Änderungen der *territorial jurisdiction*. Diese Zuständigkeitskategorie besteht neben der sachlichen und der örtlichen Zuständigkeit. Die *territorial jurisdiction* regelt kollisionsrechtliche Fragen der interstaatlichen und internationalen Zuständigkeit eines Gerichtes.¹⁴⁴ Eine Einschränkung oder Erweiterung der *territorial jurisdiction* durch die FRCP ist beispielsweise durch Änderungen der Voraussetzungen für die Zustellung einer Klageschrift in Rule 4 lit. k FRCP möglich.¹⁴⁵

Eine zweite anerkannte Möglichkeit, die Zuständigkeit von Bundesgerichten zu ändern, besteht im Zusammenhang mit der Parteierweiterung durch die Beteiligung Dritter im Zivilprozess.¹⁴⁶ Die Voraussetzungen u.a. für Widerklage (Rule 13 FRCP), während des Prozesses erhobene Klagen gegen Dritte (Rule 14 FRCP) sowie Haupt- und Nebenintervention (Rule 24 FRCP) sind in den FRCP geregelt.¹⁴⁷ Somit kann sich die Zuständigkeit eines Gerichtes für Personen ergeben, für die das Gericht alleine betrachtet nicht zuständig wäre.¹⁴⁸

III. Normerlassverfahren am Beispiel der FRCP

Das gegenwärtige Normerlassverfahren ist in 28 U.S. Code §§ 2071 ff. geregelt. Das Normerlassverfahren für die FRCP ist beispielhaft für das allgemeine Normerlassverfahren durch den *Supreme Court*.

Ein Entwurf für eine FRCP durchläuft in einem hierarchisch organisierten Verfahren mehrere Ausschüsse. Ausgangspunkt ist das *Advisory Committee on Civil Rules*. Es besteht aus Richtern, Anwälten und Wissenschaftlern, die durch den *Chief Justice* des *Supreme Courts* ernannt werden, 28 U.S. Code 2073 lit. a, lit. b.¹⁴⁹ Das *Advisory Committee* ist für FRCP-Entwürfe zuständig.¹⁵⁰

Ein Entwurf gelangt anschließend zum *Standing Committee on Rules of Practice and Procedure*, das nach demselben Verfahren wie das *Advisory Committee* besetzt wird. Ein Entwurf wird dort beraten und anschließend der Öffentlichkeit für Bewer-

¹⁴³ *Wright/Miller/Marcus*, Federal Practice and Procedure Volume 12, 2014, S. 555 f.

¹⁴⁴ *Schack* (Fn. 3), Rn. 61 ff., 81.

¹⁴⁵ *Wright/Miller/Marcus* (Fn. 143), S. 556 f.; *Wright/Miller/Steinman*, Federal Practice and Procedure Volume 4B, 2015, S. 176 ff.

¹⁴⁶ *Wright/Miller/Marcus* (Fn. 143), S. 557 f.

¹⁴⁷ *Schack* (Fn. 3), Rn. 106 f.

¹⁴⁸ *Wright/Miller/Marcus* (Fn. 143), S. 557.

¹⁴⁹ *Bone* (Fn. 1), S. 892.

¹⁵⁰ *Ebd.*

tung und Kritik zugänglich gemacht.¹⁵¹ Das *Standing Committee* berät danach erneut über den Entwurf und leitet ihn der *Judicial Conference of the United States* zu.

Die *Judicial Conference* besteht aus dem *Chief Justice* des *Supreme Courts*, den vorsitzenden Richtern der zwölf Berufungsgerichte, einem Richter eines erstinstanzlichen Bundesgerichts aus jedem der zwölf Gerichtsbezirke (*Circuits*) sowie dem vorsitzenden Richter des *Courts of International Trade*, 28 U.S. Code § 331. Die *Judicial Conference* muss dem Entwurf zustimmen und leitet ihn an den *Supreme Court* weiter.

Die neun Richter des *Supreme Courts* werden vom Präsidenten der Vereinigten Staaten von Amerika mit der Zustimmung von zwei Dritteln der Senatoren auf Lebenszeit ernannt, Art. II § 2 U.S. Constitution.¹⁵² Der *Supreme Court* erlässt die *Federal Rule*, die am 1. Dezember, aber nicht früher als sechs Monate nach Erlass, in Kraft tritt, wenn der Kongress von seinem Vetorecht keinen Gebrauch macht, 28 U.S. Code § 2074 lit. b.¹⁵³

Das gesamte Verfahren muss öffentlich sein und darf nur in Ausnahmefällen der Geheimhaltung unterliegen, 28 U.S. Code § 2073 lit. c. Den Entwürfen müssen vollständige Protokolle beigefügt sein, 28 U.S. Code § 2073 lit. d. Verfahrensfehler führen nach 28 U.S. Code § 2073 lit. e nicht zur Nichtigkeit einer FRCP. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt bei den Ausschüssen und der *Supreme Court* greift selten inhaltlich in das Normerlassverfahren ein.¹⁵⁴

IV. Einfluss richterlicher Normsetzung auf das Prozessrecht am Beispiel der FRCP

Die FRCP wurden nach ihrer Verabschiedung 1938 positiv aufgenommen. Als größte Errungenschaften der FRCP werden die Vereinigung von *Common Law* und *Equity*, die Vereinfachung und die Vereinheitlichung des amerikanischen Bundesprozessrechts angesehen.¹⁵⁵ Zum Erreichen dieser Ziele haben insbesondere das Fachwissen und der Pragmatismus der Gerichte und der am Normerlassprozess beteiligten Juristen beigetragen.¹⁵⁶ Folgend sollen zwei charakteristische Eigenschaften der FRCP näher betrachtet werden, für die das zuvor beschriebene Verfahren verantwortlich gemacht wird.

¹⁵¹ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 6, Fn. 16.

¹⁵² *Hay* (Fn. 11), Rn. 57b.

¹⁵³ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 6, Fn. 16.

¹⁵⁴ *Struve*, The Paradox of Delegation: Interpreting the Federal Rules of Civil Procedure, *University of Pennsylvania Law Review* 150 (2001/2002), 1099 (1127 ff.).

¹⁵⁵ *Perschbacher/Bassett*, The Revolution of 1938 and its Discontents, *Oklahoma Law Review* 61 (2008), 275 (276 f.).

¹⁵⁶ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 50 ff.

1. *Transsubstantivity*

Voraussetzung für die Legitimität des dargestellten Verfahrens und der hieraus resultierenden Normen ist die Grundannahme, dass das Prozessrecht wertneutral ist und nicht direkt von der Legislative erlassen werden muss.¹⁵⁷

Ein charakteristisches Merkmal der FRCP ist deren Allgemeinheit. Die FRCP sind allgemein anwendbar auf die verschiedenen Ansprüche des materiellen Rechts, ohne spezielle Verfahrensarten für spezielle Sachverhalte vorzuschreiben. Diese Eigenschaft wird in den USA als *Transsubstantivity* bezeichnet.¹⁵⁸ *Transsubstantivity* und Wertneutralität stehen in Zusammenhang miteinander. Die Legitimität der durch den *Supreme Court* erlassenen FRCP steht in Zusammenhang mit der *Transsubstantivity* der FRCP und ist auch eine Folge des amerikanischen Normerlassverfahren für das Prozessrecht.¹⁵⁹

Die *Transsubstantivity* der Federal Rules ist mehr als 70 Jahre nach ihrem Erlass nicht mehr unumstritten. In Teilen der Literatur wird diese Eigenschaft der *Federal Rules* kritisiert und die Einführung besonderer Verfahrensarten gefordert.¹⁶⁰

So hatte sich beispielsweise in den neunziger Jahren eine missbräuchliche Praxis in Wertpapierverfahren entwickelt, in der geringe Zulässigkeitsvoraussetzungen ausgenutzt wurden, um Unternehmen durch die hohen Verfahrenskosten zu ungünstigen Vergleichen zu zwingen.¹⁶¹ Dieser Praxis konnte mit den einheitlichen Anforderungen für die Klageschrift in den FRCP (Rule 8 lit. f. FRCP) nicht begegnet werden. Da *Transsubstantivity* auch die Legitimität der FRCP mitbegründet, wich der *Supreme Court* von diesem Grundsatz nicht ab. Letztlich wurde der Gesetzgeber mit dem *Private Securities Litigation Reform Act* aktiv und führte spezielle Verfahrensregeln für Verfahren auf dem Gebiet des Wertpapierrechts ein.¹⁶² Ähnliche Gesetze verabschiedete der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Medizinrechts und für Verfahren, an denen Gefängnisinsassen beteiligt sind.¹⁶³ Eine in der Praxis problematische Folge ist die Vielzahl von Rechtsquellen für das Prozessrecht, die aus dieser Aufgabenteilung resultiert.

¹⁵⁷ Siehe hierzu oben **B. II. 1. c)**; *Bone* (Fn. 1), S. 889; *Marcus*, The Past, Present and Future of Trans-Substantivity in Federal Civil Procedure, *DePaul Law Review* 59 (2009/2010), 371 (395 ff.).

¹⁵⁸ *Perschbacher/Bassett* (Fn. 155), S. 292.

¹⁵⁹ *Marcus* (Fn. 157), S. 395 ff.

¹⁶⁰ *Ebd.*, S. 372 f.

¹⁶¹ House of Representatives Report No. 104-369, S. 37 ff.

¹⁶² Vgl. 15 U.S. Code § 78u-4; *Marcus* (Fn. 157), S. 406 ff.; *Perschbacher/Bassett* (Fn. 155), S. 293.

¹⁶³ *Marcus* (Fn. 157), S. 404.

2. Flexibilität und Auslegungsspielraum

Die Flexibilität der FRCP ist eine weitere charakteristische Eigenschaft.¹⁶⁴ Die weniger als hundert Regeln werden auf das weite Feld des amerikanischen Zivilprozesses angewendet und durch großzügige Auslegung der Gerichte an den Einzelfall angepasst. Die große Freiheit der Gerichte im Umgang mit den FRCP wird dem Umstand zugeschrieben, dass die Regeln von einem Gericht verabschiedet wurden. Dem *Supreme Court* kommt eine Doppelrolle zu, in der er zugleich Verfasser und Deuter der Regeln ist. Aus dieser Doppelrolle leiten der *Supreme Court* und die Gerichte der unteren Instanzen einen größeren Auslegungsspielraum ab als bei Gesetzen.¹⁶⁵

Die Flexibilität, die aus der Doppelrolle des *Supreme Courts* hergeleitet wird, ist hingegen nicht unumstritten.¹⁶⁶ Je freier die Gerichte im Umgang mit den Regeln sind, desto schwieriger ist es, die Chancen und Risiken eines Verfahrens vorab auf der Grundlage der Normtexte und der Rechtsprechung zu bewerten. Die Flexibilität steht damit in einem Spannungsverhältnis zur Rechtssicherheit. Hinzu kommt der Vorwurf, dass die großzügige Auslegung der Gerichte auch genutzt wird, um zu vermeiden, eine *Federal Rule* auf der Grundlage der Verfassung oder des REA für rechtswidrig zu erklären.¹⁶⁷ So wird dem *Supreme Court* von Teilen der Literatur der Vorwurf gemacht, mit seiner verfassungskonformen Auslegung der FRCP die Grenzen des Wortlauts zu überschreiten, um als Verfasser der Regeln nicht dem Vorwurf des Verfassungsbruchs ausgesetzt zu sein.¹⁶⁸ Es ist bemerkenswert, dass in der Geschichte der FRCP noch keine einzige Norm für rechtswidrig erklärt wurde.¹⁶⁹

3. Tatsächlicher Einfluss des *Supreme Courts*

Die beiden dargestellten Eigenschaften werden trotz ihrer Probleme und zunehmender Kritik immer noch als große Errungenschaften und Vorzüge der FRCP bewertet. Inwieweit sie jedoch tatsächlich auf den Einfluss des *Supreme Courts* zurückzuführen sind, ist fraglich.¹⁷⁰

¹⁶⁴ *Wright/Miller/Steinman* (Fn. 13), S. 52.

¹⁶⁵ *Bauer, Schiavone: An Un-Fortune-ate Illustration of the Supreme Court's Role as Interpreter of the Federal Rules of Civil Procedure*, *Notre Dame Law Review* 63 (1988), 720 (720 ff.).

¹⁶⁶ *Struve* (Fn. 154), S. 1099 ff.

¹⁶⁷ *Ebd.*, S. 1147 ff.

¹⁶⁸ Vgl. *Bone, Who Decides? A Critical Look at Procedural Discretion*, *Cardozo Law Review* Vol. 28 (2006/2007), 1962 (1970).

¹⁶⁹ *Struve* (Fn. 154), S. 1147 ff.

¹⁷⁰ *Ebd.*, S. 1127 ff.

Die Hauptarbeit im Normerlassverfahren liegt bei Ausschüssen und Unterausschüssen der *Judicial Conference*, nicht beim *Supreme Court*.¹⁷¹ Die theoretisch großen Einflussmöglichkeiten des *Supreme Courts* bleiben hinter dem praktischen Einfluss zurück. Insoweit ist das Verfahren als technokratisches Verfahren und nicht als ein Verfahren der Judikative zu beschreiben. Dieser Umstand erklärt sich, wenn man die Qualifikation des *Supreme Courts* zum Erlass prozessrechtlicher Normen überdenkt. Der *Supreme Court* besteht nur aus Richtern. Es ist fraglich, ob die Richter z.B. die Belange von Anwälten angemessen berücksichtigen würden. Zudem lässt sich auch die Kenntnis der Richter mit den alltäglichen und aktuellen Problemen der Gerichte der ersten und zweiten Instanz anzweifeln. Die Zurückhaltung des *Supreme Courts* scheint vor diesem Hintergrund durchaus angebracht.

C. Die Verabschiedung prozessrechtlicher Normen in Deutschland

In Deutschland ist das Prozessrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG Teil der konkurrierenden Gesetzgebung. Das Prozessrecht ist im GVG und in den Prozessordnungen für die unterschiedlichen Gerichtsbarkeiten abschließend durch den Bund geregelt.¹⁷² Die allgemeinen Bestimmungen zum Gesetzgebungsverfahren (Art. 70 ff. GG) finden Anwendung.

Der Gesetzgeber ist an die Grundrechte, insbesondere die Justizgrundrechte, gebunden, Art. 1 Abs. 3 GG.

D. Zusammenfassung und abschließender Vergleich

Die Unterschiede im Normerlassverfahren auf dem Gebiet des Prozessrechts in den USA und Deutschland könnten Ausdruck eines unterschiedlichen Verständnisses von Gewaltenteilung sein.

Hierfür spricht, dass die starke Bindung des deutschen Prozessrechts an die Grundrechte das Prozessrecht unter den Vorbehalt des Gesetzes stellt. Bei genauer Betrachtung sind die Unterschiede hingegen kein Ausdruck eines unterschiedlichen Verständnisses von Gewaltenteilung.

Fragen der Zuständigkeit der Gerichte in den USA werden grundsätzlich durch den Kongress entschieden und liegen nicht in der Zuständigkeit des *Supreme Courts*. Die Annahme der Wertneutralität des verfahrensbezogenen Prozessrechts in den Vereinigten Staaten dient insbesondere der Legitimation einer Abweichung vom Grundsatz der Gewaltenteilung. Der Kritik an dieser

¹⁷¹ Siehe hierzu oben **B. III.**

¹⁷² *Wittreck*, in: Dreier, 3. Aufl. 2015, Art. 74 Rn. 22 ff.

Annahme wurde z.T. mit dem *Judicial Improvements and Access to Justice Act* von 1988 begegnet.¹⁷³

Es ist zu bedenken, dass das amerikanische Verfahren eher technokratisch ist. Das Verfahren steht zudem unter dem Vorbehalt, dass der Kongress von seinem Vetorecht keinen Gebrauch macht. Der Kongress hat außerdem weiterhin die Möglichkeit, selber auf dem Gebiet des verfahrensbezogenen Prozessrechts aktiv zu werden.¹⁷⁴

Die bestehenden Unterschiede sind darüber hinaus im Kontext der Entstehungsgeschichte und der Rolle der Gerichte in *Common Law*-Systemen zu betrachten. Die Delegation der Normerlasskompetenz war in erster Linie eine pragmatische Maßnahme zur Reformierung des Prozessrechts, geprägt von der Erfahrung legislativer Überregulierung. Hinzu kommt, dass Richter in *Common Law*-Systemen ohnehin auf dem Gebiet des materiellen Rechts die Möglichkeit haben, Maßstäbe für zukünftige Entscheidungen zu definieren – eine Funktion, die im deutschen Recht als legislativ zu bezeichnen ist.

Die Aussage, das amerikanische Modell verletze den Grundsatz der Gewaltenteilung, hält einer detaillierten Analyse nicht stand. Die Unterschiede zwischen Deutschland und den USA erklären sich nicht aus einem unterschiedlichen Verständnis von Gewaltenteilung, sondern aus einem unterschiedlichen Verständnis des Prozessrechts.

Während das Prozessrecht in Deutschland durch verfahrensbezogene Grundrechte geprägt ist, wurde und wird es teilweise noch heute in den USA als wertneutrales System aufgefasst. Dieses Verständnis des verfahrensbezogenen Prozessrechts als wertneutrales System, in dem die Gerichte bloß die effizienteste Regelung finden müssen, ist maßgeblich für das Verständnis des Erlasses prozessrechtlicher Normen durch die Gerichte in den Vereinigten Staaten.

¹⁷³ Siehe hierzu oben **B. II.** und **B. II. 1. c).**

¹⁷⁴ Siehe hierzu oben **B. III.**

Florian Schmid*

Buchrezension: *Werle/Jessberger –* Völkerstrafrecht

Abstract

Rezension des Werkes „Völkerstrafrecht“ von *Gerhard Werle* und *Florian Jessberger*, 4. Auflage 2016, erschienen im Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, XLIII, 937 Seiten, 129,00 €.

* Der Verfasser, cand. iur., war Ressortleiter (Fallbearbeitungen) dieser Zeitschrift und studiert derzeit im neunten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

A. Einleitung

Die effektive Verfolgung völkerstrafrechtlicher Kernverbrechen durch die internationale Völkergemeinschaft stellt auch heute noch einen nicht hinwegzudenkenden Baustein des friedlichen Zusammenlebens dar.¹ Sich dies zu vergegenwärtigen, sollte Anliegen eines jeden sein; dies gilt im Angesicht aktueller Krisenlagen umso mehr. Die Verfolgung und Bestrafung derartiger Taten ist – wie die Autoren des vorliegend zu rezensierenden Werkes zutreffend konstatieren – überdies schlicht ein „Gebot elementarer Gerechtigkeit“ (Rn. 117). In nunmehr vierter Auflage schicken sich *Gerhard Werle* und *Florian Jessberger* an, diesem juristischen Themenkreis einen dogmatischen Nährboden zu bereiten.

Das Völkerstrafrecht begründet zusammen mit dem humanitären Völkerrecht und den internationalen Menschenrechten einen eigenständigen und gemeinsamen Zweig des Völkerrechts. Das Völkerstrafrecht sanktioniert – wenn auch nicht allumfassend – schlichtweg Verstöße gegen Normen des Konfliktvölkerrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes und teilt daher eine gemeinsame konzeptionelle Basis mit beiden Rechtsgebieten.² Die Bedeutung des Völkerstrafrechts ist – abgesehen von Gerechtigkeitserwägungen – also auch deshalb keineswegs zu vernachlässigen, weil es eine unerlässliche Bedeutung für die effektive Durchsetzung des Konfliktvölkerrechts und des Menschenrechtsschutzes einnimmt.³ Überdies kann es als ergänzende Begleitmaßnahme zur Stabilisierung von (Post-)Konfliktregionen beitragen.⁴ Dass in dieser Hinsicht die mittlere Zukunft ausreichend Gelegenheit zur Entfaltung dieses Potentials bieten dürfte, zeigt ein Blick auf die derzeitige geopolitische Lage.

Die jüngere Vergangenheit weist zahlreiche sicherheitspolitische Brandherde (Syrien, Irak, Jemen, Mali, Ukraine, Afghanistan etc.) aus, deren dezidiertere Analyse den Verdacht massenhafter Übertretungen völkerstrafrechtlicher Gren-

¹ Zum historischen Hintergrund: *Safferling*, Nürnberg und die Zukunft des Völkerstrafrechts – Die Bedeutung des Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozesses 70 Jahre nach seinem Beginn, JZ 2015, 1061 ff.

² *Buergenthal*, Human Rights: From San Francisco to The Hague, ZaöRV 77 (2017), 289 (299); von einer steten Interaktion der Rechtsgebiete berichtet *Stahn*, Daedalus or Icarus? Footprints of International Criminal Justice Over a Quarter of a Century, ZaöRV 77 (2017), 371 (408).

³ *Ambos*, Rechtsgutprinzip und harm principle: theoretische Ausgangspunkte zur Bestimmung der Funktion des Völkerstrafrechts, in: FS Wolter, 2013, S. 1285 (1306 ff.); *de Hoon*, The Future of the International Criminal Court: On Critique, Legalism and Strengthening the ICC's Legitimacy, IntCrimLawRev 17 (2017), 591 (594); *Werle*, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997), 808 ff.

⁴ *Frank/Schneider-Glockzin*, Terrorismus und Völkerstraftaten im bewaffneten Konflikt, NStZ 2017, 1 (7).

zen nährt.⁵ Der *Internationale Strafgerichtshof (ISiGH)* – so sollte man meinen – wäre für die Ermittlung, Verfolgung und Aufarbeitung derartiger Sachverhalte mehr als prädestiniert. Indes scheitert ein Tätigwerden des *Gerichtshofs* in vielerlei Fällen daran, dass es an einer Ratifikation des Rom-Statuts durch die Tatortstaaten fehlt und eine Überweisung durch den UN-Sicherheitsrat auf den Widerstand einzelner Veto-Mächte stößt.⁶

Die derzeitige Situation ist wie Wasser auf die Mühlen derjenigen Kritiker des *Gerichtshofs*,⁷ die dem *ISiGH* u.a. eine rein symbolische Existenz, Ineffizienz sowie eine untertänige Haltung vorwerfen. Demgegenüber erscheinen Urteile wie das jüngst im Herbst 2016 ergangene gegen den malischen Staatsangehörigen *Abmad Al Faqi Al Mahdi*⁸ wie Lichtblicke am sonst getrübbten Horizont. Nichtsdestotrotz gestaltet sich das Lagebild wesentlich heller als es zunächst gezeichnet zu sein scheint. Denn jedenfalls in den einzelnen Mitgliedstaaten des Rom-Statuts lebt zunehmend die Ambition auf, völkerstrafrechtliche Verbotsnormen einer effektiven Durchsetzung innerhalb der nationalen Rechtsordnungen zuzuführen. Gerade in den letzten Jahren ist daher eine steigende praktische Bedeutung der Materie zu verzeichnen.⁹ Auch auf der Ebene des *ISiGH* ist aber eine stetig anwachsende Aktivität zu vernehmen.¹⁰

Dennoch erfährt das derzeitige System der Völkerstrafjustiz auch in anderer Hinsicht Kritik. So birgt die Ausübung internationaler Strafgewalt durch internationale Gerichte insbesondere eine nicht zu verleugnende Herausforderung dahingehend in sich, dass sie sich – allein schon, aber bei weitem nicht nur wegen des unmittelbaren und nachhaltigen Eingriffs in Individualrechte der

⁵ Mit Blick auf Syrien jüngst:

<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=56265#.WLcgQvnhC00> (zuletzt abgerufen: 12.12.2017); vgl.: *Badar*, The Road to Genocide: The Propaganda Machine of the Self-declared Islamic State (IS), *IntCrimLawRev* 16 (2016), 361 (363 ff.).

⁶ Vgl. exemplarisch hinsichtlich Syrien und Irak: *Frank/Schneider-Glockzin* (Fn. 4), S. 4.

⁷ Vgl. die Darstellung dieser Kritik bei *Robinson*, Inescapable Dyads: Why the International Criminal Court Cannot Win, *IJIL* 28 (2015), 323 (328 f.).

⁸ *ISiGH*, Urt. v. 27.9.2016 – ICC-01/12-01/15 – *The Prosecutor./Abmad Al Faqi Al Mahdi*; vgl. *Casaly*, Al Mahdi before the ICC: Cultural Property and World Heritage in International Criminal Law, *JICJ* 14 (2016), 1199 ff.

⁹ Für die EU-Mitgliedsstaaten des Rom-Statuts beispielhaft: *Frank/Schneider-Glockzin* (Fn. 4), S. 2; zur Beschäftigung des Generalbundesanwalts mit Völkerstraftaten vgl. *ebd.*, S. 3 f.; freilich ist damit noch nicht zwingend etwas über die *effektive* Durchsetzung der Normen gesagt; zu den Verfolgungsanstrengungen einzelner afrikanischer Staaten exemplarisch *Maungandze/A. du Plessis*, in: Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, 2015, S. 65 (71 ff.).

¹⁰ Vgl. *Stahn* (Fn. 2), S. 375.

Angeklagten – Einwänden wider ihre Legitimation ausgesetzt sieht.¹¹ Die bisweilen zum Ausdruck kommende Indifferenz derart fundamentalen Einwänden gegenüber dürfte – wie die derzeit anhaltende Krise im Verhältnis des *ISiGH* zu einigen afrikanischen Mitgliedstaaten zeigt – eine ebenso wenig vorzugswürdige Lösung darstellen wie eine übermäßig belehrende Haltung.¹²

Diese Herangehensweisen boten im Jahr 2016 mehreren afrikanischen Staaten die Gelegenheit, ihre Rücktrittsbemühungen im Hinblick auf das Rom-Statut politisch-moralisch zu „untermauern“. ¹³ Die hierfür vorgebrachten Argumente – u.a. wird eingewandt, der *ISiGH* habe sich zu einem Instrument neokolonialer Unterdrückung entwickelt¹⁴ – überzeugen zwar nur bedingt.¹⁵ Dies ändert indes nichts daran, dass es angesichts zahlreicher Krisen weltweit bereits den Anschein einer derartigen Zielsetzung möglichst zu vermeiden gilt, um die ohnehin bestehende Schwächung nicht noch weiter zu betreiben. Der Beseitigung dieser Bedenken leistete der *Gerichtshof* angesichts seiner Antwort – besser: Antworten (?)¹⁶ – auf die Vorwürfe nicht gerade Vorschub.¹⁷ Auch das vielfach intransparente Vorgehen der Anklagebehörde des *ISiGH* schwächte die Verteidigungslinien des *Gerichtshofs* gegenüber seinen Kritikern.¹⁸ Dass die

¹¹ Zur Frage der Legitimation internationaler Strafgerichte und -tribunale siehe: *v. Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen? – Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014, S. 96 ff.; *Cassese*, The Legitimacy of International Criminal Tribunals and the Current Prospects of International Criminal Justice, *LJIL* 25 (2012), 491 ff.; *Popovski*, in: Falk/ Juergensmeyer/Popovski, Legality and Legitimacy in Global Affairs, 2012, S. 388 ff.; *de Hoon* (Fn. 3), S. 591 ff.

¹² Vgl. *de Hoon* (Fn. 3), S. 594, 611 ff.; *Niang*, Africa and the Legitimacy of the ICC in Question, *IntCrimLawRev* 17 (2017), 615 (619 ff.).

¹³ Eine *Notice of Withdrawal* hinterlegten Burundi, Gambia und Südafrika. Bezeichnend ist, dass die personelle Besetzung des OTP jedenfalls einen Austritt Gambias mehr als fragwürdig erscheinen lässt, vgl. *Werle/Vormbaum*, Afrika und der Internationale Strafgerichtshof, *JZ* 2015, 581 (584 ff.). Südafrika hat nunmehr aufgrund verfassungsrechtlicher Unregelmäßigkeiten Abstand von einem Austritt genommen, vgl. *M. du Plessis/Mettraux*, South Africa's Failed Withdrawal from the Rome Statute, *JICJ* 15 (2017), 361 ff. Auch Gambia nahm seine Austrittserklärung zurück, siehe dazu www.un.org/press/en/2017/sgsm18443.doc.htm (zuletzt abgerufen: 12.12.2017).

¹⁴ Vgl. die Wiedergabe bei *M. du Plessis/Maluwa/O' Reilly*, Africa and the International Criminal Court, Chatham House – International Law 2013/01, S. 11; zudem: *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 5. Aufl. 2017, S. 42 ff.; *M. du Plessis/Mettraux* (Fn. 13), S. 368 f.; *Maungandze/A. du Plessis* (Fn. 9), S. 65 ff.; einen Überblick über die argumentativen Konfliktlinien gewährt: *Niang* (Fn. 12), S. 615 ff.

¹⁵ Zur Belastbarkeit der Thesen: *Werle/Vormbaum* (Fn. 13), S. 581 ff.; zur angedachten Alternative eines Afrikanischen Strafgerichtshofs zudem: *ebd.*, S. 584 ff. m.w.N.; *M. du Plessis/Mettraux* (Fn. 13), S. 366; *Niang* (Fn. 12), S. 622 f.

¹⁶ Vgl. *M. du Plessis/Mettraux* (Fn. 13), S. 369, Fn. 19.

¹⁷ Vgl. *Stahn* (Fn. 2), S. 396.

¹⁸ *de Hoon* (Fn. 3), S. 608 f., 613.

Streitigkeiten mit der afrikanischen Staatenwelt nicht nur die Frage des Ergebnisses einer Entscheidung, sondern auch die Frage der sie tragenden Argumentation und begleitenden Umstände betreffen, scheint der *Gerichtshof* indes nunmehr begriffen zu haben.¹⁹ Auch gilt es, die Dilemmata, in denen sich der *Gerichtshof* regelmäßig befindet, bei aller Kritik stets zu bedenken.²⁰

Diese soeben erwähnten Gesichtspunkte bestimmen mitunter die Erwartungen, an denen sich auch ein in vierter Auflage erscheinendes und damit etabliertes Lehr- und Handbuch zum Völkerstrafrecht und seine deutschen Autoren messen lassen müssen. Einerseits gilt es den Eindruck eines europäisch dominierten Verständnisses des *Völkerstrafrechts* zu vermeiden. Andererseits wäre es töricht, den zahlreichen dogmatischen Schlussfolgerungen der deutschen Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung im Umgang mit sog. Makro- und Systemkriminalität *per se* jeglichen Eingang in die Welt des Völkerstrafrechts zu versagen. Zugleich formulieren die gestiegene praktische Bedeutsamkeit des Völkerstrafrechts im nationalen und internationalen Kontext wie auch die beachtliche Anerkennung, die die Vorauslagen des Werkes in deutschen²¹ wie in internationalen²² Kreisen erfahren haben, gesteigerte Anforderungen an die Praxistauglichkeit, dogmatische Konsistenz und Aktualität der Ausführungen.

B. Autorenschaft, Aufbau und Form

Im Hinblick auf die Autorenschaft erweisen sich zwei Aspekte als für die potentielle Leserschaft erwähnenswert. Zum einen wird *Florian Jessberger* nunmehr auch erstmals in der deutschen Ausgabe explizit als Co-Autor geführt. Insoweit verspricht das Werk, die Handschriften zweier Hochschullehrer in sich zu vereinigen. Darüber hinaus gilt es die Erfahrungen und intensiven Verbindungen beider Autoren mit der und zu der südafrikanischen Wissenschaft und Lehre ins Gedächtnis zu rufen. Diese Erfahrungen bergen das Versprechen eines nicht rein kontinentaleuropäisch geprägten Verständnisses des Völkerstrafrechts.

¹⁹ Begrüßenswert sind vor diesem Hintergrund die sachlich und nachvollziehbar gehaltenen Argumentationsbemühungen des *Gerichtshofs* in der Rechtssache *Al-Bashir: ISiGH*, PTC II, Beschl. v. 6.7.2017 – ICC-02/05-01/09 – *The Prosecutor/.Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*; eine endgültige Klärung durch die Berufungskammer dennoch nachvollziehbar befürwortend: *M. du Plessis/Tladi*, unter <https://www.ejiltalk.org/the-iccs-immunity-debate-the-need-for-finality/> (zuletzt abgerufen: 12.12.2017).

²⁰ Eindrucksvoll *Robinson* (Fn. 7), S. 323 ff.; ferner: *de Hoon* (Fn. 3), S. 604 f., 612 f.

²¹ Vgl. *BGH*, NStZ-RR 2016, 354 ff.; *JZ* 2016, 103 ff.; *OLG Frankfurt a.M.*, Urt. v. 12.7.2016 – 5-3 StE 2/16 – 4 – 1/16, BeckRS 2016, 19047.

²² Dies verdeutlicht u.a. die Unterstützung, die das Werk durch ausländische Verlage erfahren hat.

Formal überzeugt das Werk durch seine durchgehend klare Struktur und seine zahlreichen, in vorangestellten Literaturverzeichnissen und Fußnoten enthaltenen Vertiefungshinweise. Das Werk eignet sich aufgrund dieser Struktur nicht nur als unmittelbar eigenständige Quelle der Rechtserkenntnis, sondern kann auch der fundierten Vorbereitung für weitergehende Recherchen dienen. An mancher Stelle fühlt sich der Leser bisweilen an die Struktur eines Kommentars erinnert, ohne dass die Konzeption als Lehr- und Handbuch allerdings auch nur ansatzweise in Frage gestellt werden kann. Insbesondere die Kapitel zu den Grundlagen des Völkerstrafrechts, seiner Legitimation sowie zu seinem Allgemeinen Teil spinnen einen klaren dogmatischen roten Faden, der die weitere Lektüre des Werkes wesentlich erleichtert.

Erlaubt sei indes der Hinweis auf die zuweilen überhandnehmende Anbringung von Rechtsprechungsnachweisen in Fußnoten. Diese gerade im deutschsprachigen Rechtsraum verbreitete Herangehensweise zeugt zwar von wissenschaftlich verantwortungsvoller Recherche und ermöglicht zudem eine differenzierende Darstellung von Unterschieden in der Rechtsprechung verschiedener Gerichte. Auch mag eine Flut an Rechtsprechungsnachweisen in den Augen der Praxis den hilfreichen Hinweis auf eine tendenziell gefestigte Rechtsprechungslinie (und in weiterer Konsequenz auf eine etwaige gewohnheitsrechtliche Verfestigung) enthalten. Allerdings gilt es zu bedenken, dass gerade in einem Werk wie dem vorliegenden ein schlagfertiges Argument zur Untermauerung der vertretenen Sichtweise an der ein oder anderen Stelle besser geeignet sein dürfte als eine Vielzahl von Entscheidungen sich reziprok zitierender Gerichte. So könnte man einerseits einem etwaigen Diskursverlust proaktiv vorbeugen. Andererseits ginge der Scholast im Hinblick auf wissenschaftliche Erwartungen, deren Enttäuschung er nur zu gerne (und vielfach auch zu Recht) moniert,²³ mit geeignetem Vorbild für die Rechtsprechung voran.²⁴

In beeindruckender Art und Weise gelingt es den Autoren indes, aktuell diskutierte Rechtsfragen (*targeted killings*, *cyber warfare*, Verbandsverantwortlichkeit) in die übergeordnete Struktur des Buches und die dadurch nachgezeichnete

²³ Vgl. *Talmon*, Determining Customary International Law: The ICJ's Methodology between Induction, Deduction and Assertion, EJIL 26 (2015), 417 (434 ff.).

²⁴ Dass diese Vorbildfunktion keineswegs entbehrlich ist, zeigt ein Beispiel aus der jüngeren deutschen Rechtsprechung: *OLG Hamburg*, NStZ 2016, 530 (535) m. krit. Anm. *Miebach*: Das *Gericht* befand, eine juristische Auseinandersetzung mit der höchst umstrittenen Frage der Garantienstellung eines Suizidhelfers nach Eintritt der Bewusstlosigkeit des Opfers könne angesichts fortgeltender höchstrichterlicher Rechtsprechung dahinstehen. Es wird trotz zugestandenem gesellschaftlichen Wandels unter Verweigerung jeder Sachargumentation schlicht auf eine Entscheidung aus dem Jahre 1984 verwiesen. Diese Rechtsprechung habe der *BGH* bis heute nicht ausdrücklich aufgegeben.

Normlogik bruchlos einzugliedern. Die Autoren ordnen aktuelle Entwicklungen der Gesamtsystematik des Werkes unter, anstatt mit der Tür ins Haus zu fallen. Beispielhaft sei auf die Integration der Problematik des *cyber warfare* in einen Unterabschnitt zur Thematik der Kriegsverbrechen (Rn. 1133 f.) hingewiesen. Man kommt nicht umhin, sich den Beurteilungen vorheriger Rezensenten anzuschließen, die dem Werk u.a. eine „mustergültige Übersichtlichkeit [und] Klarheit“ bescheinigten.²⁵ Dem ist ohne Einschränkungen zuzustimmen.

C. Inhalt

Auch inhaltlich vermag das Werk zu überzeugen. Mustergültig gelingt es den Autoren, dem Leser die praktische Relevanz der völkerstrafrechtlichen Materie als Ganze offenzulegen. Dies erfolgt nicht nur anhand genereller historischer Ausführungen, sondern vielmehr mittels einer Darlegung zahlreicher Entscheidungen im internationalen wie nationalen Kontext. Insbesondere die deutsche Rechtsprechung seit Einführung des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) ist in ihren wesentlichen Zügen übersichtlich aufbereitet. Die Autoren verdeutlichen eindrücklich, dass das Völkerstrafrecht nicht mehr nur ein Rechtsgebiet von theoretischer, sondern – angesichts der Realität der deutschen Strafverfolgungspraxis²⁶ – auch von erheblicher praktischer Relevanz ist.

Weitgehend unklar bleibt allerdings, wie sich die Autoren die von ihnen geforderte völker(straf)rechtsfreundliche Auslegung nationalstaatlicher Straftatbestände genau vorstellen (Rn. 445 ff.). Neben der fehlenden Rezeption der jüngeren Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*²⁷ zu diesem Themenkomplex offenbart die Abhandlung auch dahingehend ein Defizit, dass sie insbesondere zum Verhältnis des Art. 103 Abs. 2 GG zu den Regelungen des VStGB und den genauen *richterlichen* Grenzen einer solchen Auslegungsdirektive schweigt.²⁸ Hierzu finden sich allenfalls Vertiefungshinweise (Rn. 1072, Fn. 432). Nur vereinzelt thematisiert das Werk die Grenzen *gesetzgeberischer* Umsetzungsbemühungen (z.B. Rn. 1076, 1557).

Die Abhandlung setzt sich zudem durchaus mit den Grenzen einer Abwägung zwischen dem militärischen Nutzen einer Maßnahme und etwaigen Begleit-

²⁵ Jung, Buchrezension, GA 2013, 417 (417, 420).

²⁶ Einen detaillierteren Überblick liefern Frank/Schneider-Glockezin (Fn. 4), S. 3 ff.

²⁷ Hingewiesen sei nur auf BVerfGE 111, 307 – *Görgülü* sowie BVerfGE 141, 1 – *Treaty Override*. Zugestanden sei, dass diese Rechtsprechung zuvörderst im Kontext von Menschenrechtsverträgen und internationalen Doppelbesteuerungsabkommen ergangen ist.

²⁸ Vgl. Kubli, Das Völkerstrafgesetzbuch und das Verbot der Strafbegründung durch Gewohnheitsrecht, 2010; Satzger, Das neue Völkerstrafgesetzbuch – eine kritische Würdigung, NStZ 2002, 125 ff.; Werle, in: MüKo-StGB VIII, 2. Aufl. 2013, Einleitung VStGB Rn. 35 ff., 43.

schäden auseinander (Rn. 1378 ff.). Wünschenswert wäre indes auch die eingehendere Untersuchung einer etwaigen Ausstrahlungswirkung der Privilegierungen des Konfliktvölkerrechts auf die Strafbarkeit nach Tatbeständen des deutschen Kernstrafrechts und – genereller – der Geltung und Grenzen des Tötungsverbots im Rahmen bewaffneter Auseinandersetzungen. Hierzu finden sich allenfalls rudimentäre Ausführungen, obgleich es sich um weitgehend ungeklärte Rechtsfragen handelt (Rn. 441, 450). Soweit ersichtlich bietet gerade dieses Themengebiet eine Vielzahl an Lösungsvorschlägen an, ohne zugleich in Literatur und Praxis erschöpfend ausdiskutiert worden zu sein. Insbesondere die Erforderlichkeit einer dogmatischen Grundierung der von der herrschenden Meinung postulierten Rechtfertigungs- und Konkurrenzlösung²⁹ dürfte kaum von der Hand zu weisen sein.³⁰ Diesbezüglich verweist das Werk einzig auf den Schutz der – nach Art. 59 Abs. 2, Art. 25 GG innerstaatlich Geltung beanspruchenden – völkerrechtlichen Wertungen.

Beanstandungswürdig gestalten sich zudem die Ausführungen im Hinblick auf die subjektiven Anforderungen an eine Strafbarkeit als Unterstützer (Gehilfe) nach Art. 25 Abs. 3 lit. c des Rom-Statuts (Rn. 598). Unklar bleibt insbesondere, welche Gründe die Autoren dazu bewegen, das *purpose*-Erfordernis der Vorschrift dem Bezugspunkt der Unterstützungshandlung zuzuordnen. Allerdings kann ein vergleichbares Maß an Unklarheit auch in anderen Werken zum Völkerstrafrecht festgestellt werden. Die diesbezüglichen Ausführungen des Werkes stellen also keineswegs eine Ausnahmeerscheinung dar.³¹

²⁹ GBA, NStZ 2010, 581 (582 ff.); 2013, 644 (646 f.); *Ambos*, Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht, NJW 2010, 1725 (1727); *ders.*, Einstellungsverfügung GBA v. 20.6.2013 zum Drohneneinsatz in Mir Ali/Pakistan am 4.10.2010 u. Tötung des dt. Staatsangehörigen B.E – Anmerkung zur „offenen Version“ v. 23.7.2013, NStZ 2013, 634 (634 i.V.m. Fn. 1); *Schlebofer*, in: MüKo-StGB I, 3. Aufl. 2017, Vorb. § 32 Rn. 130 ff.; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, Vorb. §§ 32 ff. Rn. 91a ff.; *Weigend*, in: MüKo-StGB VIII (Fn. 28), § 2 VStGB Rn. 7.

³⁰ So auch *Frister/Korte/Kreß*, Die strafrechtliche Rechtfertigung militärischer Gewalt in Auslandseinsätzen auf der Grundlage eines Mandats der Vereinten Nationen, JZ 2010, 10 (11); kritisch auch *Eser*, Tötung im Krieg: Rückfragen an das Staats- und Völkerrecht, in: FS Wahl, 2011, S. 664 (678 ff.); *Eser*, Rechtmäßige Tötung im Krieg: zur Fragwürdigkeit eines Tabus, in: FS Schöch, 2010, S. 461 (467 ff., 476 f.); zu den Gegenauffassungen etwa: *Zimmermann*, Gilt das StGB auch im Krieg? Zum Verhältnis der §§ 8-12 VStGB zum Besonderen Teil des StGB, GA 2010, 507 (513 f., 523); *Sinn*, Recht im Irrtum? Zur strafrechtlichen Rechtfertigung militärischer Gewalt bei Auslandseinsätzen deutscher Soldaten, in: FS Roxin, 2011, S. 673 (684).

³¹ Vgl. nur *Cryer et al.*, An Introduction to International Criminal Law and Procedure, 3. Aufl. 2014, S. 374; *Ambos*, in: Triffterer/Ambos, The Rome Statute of the International Criminal Court – A Commentary, 3. Aufl. 2016, Art. 25 Rn. 27 [dieser lässt eine klare Auffassung erkennen; zur Diskussion gestellt sei, ob die angeführte Argumentation das

Positiv hervorzuheben ist, dass die Autoren die Problematik des strafrechtlichen Umgangs mit gezielten Tötungen, sog. *targeted killings*, aufgreifen (Rn. 1352 ff.). Diesen nicht erst seit dem Jahre 2013³² kontrovers diskutierten Themenbereich behandelt das Werk zugleich in angemessener Kürze. Wie auch andere Autoren³³ sehen die Verfasser den Schwerpunkt der Problematik in erster Linie auf der Ebene des humanitären Völkerrechts und des internationalen Menschenrechtsschutzes. Die Erläuterungen skizzieren einige der zentralen Probleme sehr anschaulich und bereiten weitergehende Vertiefungshinweise nachvollziehbar auf. Wünschenswert wäre allenfalls noch eine Erläuterung der Behandlung möglicher Irrtümer auf Seiten der Drohnenpiloten. Indes bietet das Werk im Rahmen seines Allgemeinen Teils auch diesbezüglich hinreichend Gelegenheit zur Lektüre und Vertiefung (Rn. 676 ff.).

Im Übrigen widmen sich die Autoren im Rahmen der vorliegenden Ausgabe erstmals der völkerstrafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit (Rn. 135 ff.). Die vielfach diskutierte Frage der generellen strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Verbänden hat jüngst auch in Deutschland wieder an Fahrt aufgenommen³⁴ und zudem im Malabo-Protokoll betreffend die Zuständigkeit des *African Court of Justice and Human and Peoples' Rights* in völkerstrafrechtlichem Kontext ihren Niederschlag gefunden.³⁵ Vor diesem Hintergrund erscheinen die diesbezüglichen Ausführungen der Autoren – trotz derzeit entgegenstehender internationaler Rechtslage³⁶ – keinesfalls redundant, vielmehr kriminalpolitisch und auch dogmatisch weitsichtig.³⁷

gefundene Ergebnis vollständig zu tragen vermag]. Der *IStGH* hat nunmehr – wenn auch mit spärlicher Argumentation – klargestellt, dass Art. 25 Abs. 3 lit. c des Rom-Status eine Erleichterungs- und Förderungsabsicht fordert, vgl. *IStGH*, TC VII, Urt. v. 19.10.2016 – ICC-01/05-01/13-1989, para. 97 – *The Prosecutor./Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*; Bock, Zurechnung im Völkerstrafrecht, ZIS 2017, 410 (424); überzeugende Argumentation bei *v. Sliedregt/Popova*, <https://cicj.org/2014/12/interpreting-for-the-purpose-of-facilitating-in-article-253c/> (zuletzt abgerufen: 12.12.2017).

³² Vgl. nur *GBA*, NStZ 2013, 644 (647) m. Anm. *Ambos*, NStZ 2013, 634 ff.

³³ Z.B. Heller, 'One Hell of a Killing Machine' – Signature Strikes and International Law, JICJ 11 (2013), 89 ff.

³⁴ Vgl. nur: *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* (Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016.

³⁵ Art. 46C Annex zum Malabo-Protokoll; vgl. *Meloni*, in: Werle/Vormbaum, The African Criminal Court – A Commentary on the Malabo-Protocol, 2016., S. 139 ff.

³⁶ Eine *Corporate Criminal Liability* sieht das Rom-Statut nicht vor; die Zuständigkeit des *IStGH* ist auf natürliche Personen beschränkt; überzeugend: *Ambos*, in: Triffterer/*Ambos* (Fn. 31), Art. 25 Rn. 4.

³⁷ Die zeitgleich zur Erscheinung des Werkes ergangene Entscheidung des *STL*, Urt. v. 29.8.2016 – STL-14-06/S/CJ, – *The Prosecutor./Akbar Beirut S.A.L. & Ibrahim Mohamed Ali Ak Amin* wird man indes nicht zur Bestätigung heranziehen können. Die

Aber auch im Hinblick auf die strafrechtliche Aufarbeitung jüngerer und nach wie vor anhaltender Gräueltaten in der Levante und dem Irak u.a. durch Mitglieder des IS bietet das Werk durch die von ihm erläuterten Straftatbestände dem Generalbundesanwalt, Strafverteidigern wie auch Gerichten eine dogmatische Argumentationsgrundlage.³⁸ Soweit Erläuterungen zur Strafbarkeit sexueller bzw. sexualisierter Gewalt (Rn. 1008 ff., 1226 ff.), der Zerstörung von Kulturdenkmälern (Rn. 1368 ff.), der Ausplünderung der Zivilbevölkerung (Rn. 1312 ff.), des Völkermordes (Rn. 807 ff.) oder aber der Kriegsverbrechen gegen humanitäre Operationen (Rn. 1473 ff., 1492)³⁹ erforderlich sind, bietet das Werk entweder selbst hilfreiche und oftmals überaus fundierte Ausführungen oder jedenfalls weitergehende Vertiefungshinweise. Gerade die Ausführungen zu den Straftatbeständen betreffend sexuelle Gewalt erweisen sich als lehrreich. Neben den dogmatischen Grundlagen führen die Autoren dem Leser auch die Motive der Verübung derartiger Straftaten vor Augen. Eindrücklich arbeiten die Autoren zudem heraus, warum einzig die Einstufung sexueller Gewalt in eigenständigen und klar strukturierten Spezialtatbeständen im Abschnitt über Kriegsverbrechen dem Verbrechenscharakter hinreichend Rechnung trägt (Rn. 1230). Auch weist die Abhandlung zutreffend auf eine wohl als redaktionelle Ungenauigkeit des Rom-Statuts zu bezeichnende Formulierung in Art. 8 Abs. 2 lit. b xxii), lit. e vi) hin (Rn. 1234). Positiv herauszuheben ist überdies der Hinweis der Autoren auf die vielfach auftretende Überschneidung sexualisierter Gewalt und geschlechtsspezifischer Gewalt (Rn. 1010). Auch die Anklagebehörde des *ISGH* hat sich in der jüngeren Vergangenheit intensiver um die Wahrnehmung und – dem folgend – die klare und eigenständige Konturierung sog. *Gender Crimes* bemüht. Vor diesem Hintergrund ist es nur zu begrüßen, dass das Werk auf diese Differenzierung hinweist. Als bedauerlich ist es demgegenüber zu bezeichnen, dass das Werk nur wenig später wieder eine begriffliche Vermengung von sexualisierter und geschlechtsspezifischer Gewalt vermuten lässt (Rn. 1012, Fn. 261).

Bedauerlicherweise lässt das Werk mitunter eine angemessene Behandlung der Frage vermissen, wie mit der geradezu exzessiv durch den IS ausgeübten Praktik der (auch medialen) Entstellung und Herabwürdigung bereits getöteter Personen⁴⁰ strafrechtlich umzugehen ist. Zu dieser durchaus praxisrelevanten

Anerkennung einer Verbandsverantwortlichkeit erfolgte – soweit ersichtlich – aufgrund libanesischen Rechts, vgl. para. 44.

³⁸ Vgl. typischerweise begangenen Straftaten bei *Frank/Schneider-Glockzin* (Fn. 4), S. 4.

³⁹ *BGH*, NStZ-RR 2016, 354 (354 ff.) m. Anm. *Oehmichen*, FD-StrafR 2016, 381022; zu diesem Themenkomplex nunmehr: *OLG Stuttgart*, Urt. v. 20.9.2017 – 5 – 3 StE 5/16 (Urteilsgründe noch nicht veröffentlicht).

⁴⁰ Vgl. hierzu ausführlich *Badar* (Fn. 5), S. 362-369.

Frage⁴¹ vermag das Buch nur rudimentäre und meines Erachtens inhaltlich nicht überzeugende Ansätze preiszugeben (Rn. 1237 ff.; zutreffender, aber in wesentlich anderem Kontext: Rn. 1027). Ob Leichenschändungen wirklich unter § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB zu subsumieren sind,⁴² kann – mag man die rechtspolitischen Hintergründe noch so nachvollziehen – durchaus bezweifelt und sollte einer eingehenden Diskussion unterzogen werden.⁴³ Interessant wäre auch die Untersuchung der Frage, ob und inwiefern der medialen Inszenierung von Tötungs- und Folterhandlungen zu Propagandazwecken als solcher und deren medialer Weiterverbreitung strafrechtliche Relevanz beizumessen ist.⁴⁴

Zuletzt ist die Beleuchtung einiger zentraler prozessualer und gerichtsverfassungsrechtlicher Fragen durch die Autoren positiv hervorzuheben. So enthält das Werk nicht nur aktualisierte und mit Blick auf die Rechtssache *Al Bashir* mehr als praxisrelevante Ausführungen zur Immunität (Rn. 750 ff.), zur Komplementarität (Rn. 289 ff., 319 ff.) sowie dem Verfahrensablauf vor dem *ISGH* (Rn. 310 ff.), sondern setzt sich auch mit den Verfolgungsvoraussetzungen des Rom-Statuts (Rn. 798 ff.) auseinander. Bemängeln ließe sich vor diesem Hintergrund allenfalls, dass das Werk ein Kapitel über die zentralen, im derzeitigen Kontext kritisch diskutierten Fragen des deutschen Strafprozessrechts in Völkerstrafverfahren vermissen lässt. Indes muss diese Kritik in mehrerlei Hinsicht einer Relativierung unterzogen werden. Erstens versteht sich das Werk nun einmal primär als Abhandlung zum materiellen Völkerstrafrecht. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass sich gerade diese Materie als für das gesamte Werk strukturbestimmend erweist. Überdies gilt es den ohnehin schon bemerkenswerten Umfang des Werkes zu bedenken. Selbst wenn man das Vorbringen vor diesem Hintergrund und mangels ausreichend ergangener Entscheidungen deutscher Gerichte zum aktuellen Zeitpunkt daher zurückzuweisen vermag – ein Ergänzungswunsch für die (sicherlich noch folgenden) zukünftigen Ausga-

⁴¹ Vgl. nur *BGH*, NJW 2016, 3604 ff.

⁴² So *BGH*, NJW 2016, 3604 (3606) unter Berufung auf die Darstellung der Autoren; dem folgend: *KG Berlin*, Urt. v. 1.3.2017 – (2A) 172 OJs 26/16 (3/16), BeckRS 2017, 108262; *OLG Frankfurt a. M.*, Urt. v. 8.11.2016 – 5-3 StE 4/16 – 4 – 3/16, BeckRS 2016, 114443; der *BGH* hält trotz Einwänden aus der Literatur nachdrücklich an seiner Auffassung fest: *BGH*, Urt. v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17, BeckRS 2017, 129040, Rn. 15 ff. m. Anm. *Oehmichen*, FD-StrafR 2017, 396055.

⁴³ Überzeugend *Berster*, Entscheidungsbesprechung: Leichenschändung als Kriegsverbrechen, ZIS 2017, 264 ff.

⁴⁴ Einen ersten Vorschlag unterbreitet *Badar* (Fn. 5), S. 369 ff., 401 ff.; jedenfalls in der deutschen Rechtsprechung wird indes ein in Betracht zu ziehender Rückgriff auf die Figur der „Aufstachelung zum Völkermord“ mangels gesonderter Normierung im deutschen Völkerstrafrecht unterbleiben müssen, vgl. *Kreß*, in: MüKo-StGB VIII (Fn. 28), § 6 VStGB Rn. 27 [dieser weist auf § 111 StGB als Auffangnorm hin].

ben sei hiermit ausgesprochen. Bis dahin müssen sich Leser mit Ausführungen an anderer Stelle begnügen.⁴⁵

D. Abschließende Bewertung

Die Bedeutung eines deutschen Werkes zum Völkerstrafrecht für die Entwicklung der Rechtsmaterie kann angesichts des zunehmenden Rückgriffs internationaler Gerichte auf Institute der deutschen Strafrechtslehre nicht hoch genug eingeschätzt werden.⁴⁶ Selbiges gilt in Ansehung des Einflusses deutscher *Dogmatik* in der internationalen Literatur.⁴⁷ Zugleich formuliert sich dadurch ein Auftrag an den Vertreter der deutschen Strafrechtswissenschaft, sich dieser Verantwortung bewusst zu werden. Dazu gehört es auch – wie bereits die Autoren zutreffend erkennen (Rn. 459) –, sich zwar stets mit nationalen Lösungsmöglichkeiten für völkerstrafrechtliche Probleme auseinanderzusetzen, von einer unreflektierten Übertragung deutscher Rechtsinstitute eingedenk der durch das Völkerstrafrecht anvisierten Makrokriminalität sowie der Internationalität der Materie indes abzusehen.⁴⁸ Soweit dies ersichtlich ist, gelingt den Autoren die Wanderung auf diesem schmalen Grad allerdings ohne Probleme. Beispielhaft hingewiesen sei in diesem Kontext auf die Ausführungen der Autoren zur Frage der Anforderungen an den Vorsatz im Rahmen von Art. 30 des Rom-Statutes (Rn. 506 ff., 531 ff.). Die von den Autoren artikulierte

⁴⁵ *Werle/Vormbaum*, Völkerstrafverfahren in Deutschland, JZ 2017, 12 ff. m.w.N.; ebenso lesenswert: *v. Wistinghausen*, in: Safferling/Kirsch, Völkerstrafrechtspolitik, 2014, S. 199 ff.; *Geneus*, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013.

⁴⁶ *IStGH*, AC, Urt. v. 1.12.2014 – ICC-01/04-01/06 A5, paras. 469 ff. – *The Prosecutor ./. Thomas Lubanga Dyilo*; *IStGH*, TC I, Urt. v. 14.3.2012 – ICC-01/04-01/06, paras. 976 ff., 989 ff. – *The Prosecutor ./. Thomas Lubanga Dyilo* [Ablehnung der Rechtsfigur der *Joint Criminal Enterprise* und Hinwendung zur *Control-Theory* (Tatherrschaftslehre)]; vgl. hierzu: *Barthe*, Das erste Urteil aus Den Haag – Besprechung der Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs vom 14. März 2012 im Fall *Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo*, JZ 2013, 88 (92-95); eingehend zur Rechtsfigur der *Joint Criminal Enterprise*, der sie tragenden Erwägungen und fundamentaler, schuldstrafrechtlicher Bedenken [jedenfalls hinsichtlich ihrer dritten Kategorie]: *Ambos*, *Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility*, JICJ 5 (2007), 159 (174 f.); *Barthe*, *Joint Criminal Enterprise (JCE) – Ein (originär) völkerstrafrechtliches Haftungsmodell mit Zukunft?*, 2009, S. 214 ff.; zur Vereinbarkeit der JCE-Doktrin mit Art. 25 des Rom-Statuts vgl. *Park*, Rechtsnatur, konkrete Voraussetzungen und Legitimität der Beteiligungsform gemäß Art. 25 Abs. 3 lit. (d) *IStGH*-Statut, 2016, S. 136 ff.

⁴⁷ Vgl. allein schon den begrifflichen Einfluss: *v. Siedregt*, in: Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, 2015, S. 499 (499); *Oblin*, in: Stahn, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, 2015, S. 517 (517 ff.).

⁴⁸ Dass die deutsche Strafrechtsdogmatik gerade in Fällen von Makro- und Systemkriminalität auf Herausforderungen stoßen kann, zeigt eine jüngere Entscheidung des *Bundesgerichtshofs*: *BGH*, Beschl. v. 20.9.2016 – 3 StR 49/16, Rn. 19 ff. (juris), m. Anm. *Roxin*, JR 2017, 88 ff.; *Rommel*, NStZ 2017, 161 ff.; *Safferling*, JZ 2017, 258 ff.

Notwendigkeit einer weitestgehenden Einbeziehung des *dolus eventualis* wird mittels der durch das Vertragswerk vorgesehenen Öffnungsklausel in Art. 30 Abs. 1 dogmatisch beanstandungsfrei in das Statut hineingelesen.

Eine Leseempfehlung kann vor dem oben dargelegten Hintergrund sowohl für Praktiker als auch für (angehende) Wissenschaftler ohne Bedenken, vielmehr mit Nachdruck, ausgesprochen werden. Auch fortgeschrittenen Studierenden sei das Werk – nach Besuch einiger Einführungsveranstaltungen zum Völker- und Strafrecht – durchaus ans Herz gelegt. Zum einen nimmt die ansprechende und dogmatisch wohl überlegte Struktur des Werkes dem Leser jedwede Angst im Umgang mit internationalen und internationalisierten Rechtsproblemen, die in der klassischen Juristenausbildung – sei es durch die (erwogene) Streichung des Internationalen Privatrechts aus Prüfungsordnungen oder die stiefmütterliche Behandlung des Europarechts – durchaus befördert wird. Zugleich vermag das Werk zu beweisen, dass auch scheinbar ausgetretene Pfade – wie die Frage nach den Anforderungen an den Eventualvorsatz und dessen rechtlicher Einordnung – in internationalem Gewand durchaus Begeisterung wecken können. Einem jeden Interessierten sei dieses Werk wärmstens anempfohlen.