

StudZR
WissOn



Ausgabe
2/2019

Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Constantin Luft

Zu viel versprochen?

Die Bindung an den Vertrag als moralisches Versprechen

Kornelius Löffler

Die Rechtsnatur der EU-Türkei-Erklärung vom März 2016

Milena Schellenberger

Der Einsatz von Drohnen in bewaffneten Konflikten

Louis Roer

Beweisrecht und ordre public

Mirko Benz

Die Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Leo Krause-Wichmann, Lina Rees, Johannes Tegel
Ressortleitung WissOr: Henning Dieckow, Fabienne Schlachter

Nicolas Avramov	Tamara Herrmann	Jasmin Rauch
Alina Beckmann	Nicolas Hodgson	Laura Ries
Amelie Berz	Selina Keller	Safak Sariçiçek
Regine Brünner	Yoo Jin Kim	Lennart Schiek
Elif Dabazoglu	Nathanael Klosowski	Anna Souhradová
Aurelio Diamanti	Henrik-Hugo Kohlhas	Patricia Sugg
Sarah Dinges	Garry Konrath	Huy Lan Tran
Sebastian Duske	Louise Kunovic	Andreas Warchal
Naomi Einhoff	Sarah Löffler	Johanna Wiegand
Stella Elmentaler	Oskar Luong	Moritz Winckler
Paulina Fecht	Till Meier	Lisa Yu
Jakob Feldkamp	Anton Müller	Valentine Wanbing Zheng
Esther Gothein	Amelie Peter	Anna Zitt
	Alicia Pointner	

Wissenschaftlicher Beirat

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

Ehemalige Chefredakteure:

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

StudZR-WissOn 2/2019

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

Zweite Ausgabe des Jahres 2019
Erschienen im Dezember 2019
Seiten 223 bis 392

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2019.2

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*, StudZR-WissOn 2019, S.

Inhaltsverzeichnis

Aufsätze

Constantin Luft

Zu viel versprochen? Die Bindung an den Vertrag als moralisches Versprechen 223

Kornelius Löffler

Die Rechtsnatur der EU-Türkei-Erklärung vom März 2016 259

Milena Schellenberger

Der Einsatz von Drohnen in bewaffneten Konflikten 291

Louis Roer

Beweisrecht und ordre public 315

Mirko Benz

Die Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz 349

Constantin Luft*

Zu viel versprochen? Die Bindung an den Vertrag als moralisches Versprechen

Abstract

Pacta sunt servanda. Aber warum eigentlich? In seinem für die moderne anglo-amerikanische Privatrechtstheorie mittlerweile kanonischen Buch „Contract as Promise“ hat der Rechtsphilosoph Charles Fried 1981 eine aufsehenerregende These entwickelt: Verträge binden, weil sie sich unter dem moralischen Mikroskop als ein Unterfall von Versprechen entpuppen. Der Beitrag setzt sich kritisch mit dieser promissory theory vertraglicher Bindungswirkung auseinander. Auf der Basis dreier Adäquatheitsbedingungen für das Gelingen einer philosophisch plausiblen Begründung vertraglich generierter Verpflichtungen sollen die Schwächen und Grenzen von Fried's Ansatz aufgezeigt werden. Es stellt sich heraus, dass eine aussichtsreiche rechtsphilosophische Theorie von pacta sunt servanda keineswegs auf den moralischen Terminus des „Versprechens“ angewiesen ist, sondern auf zwei andere: „Konsens“ und „Kompetenz“ (legal power).

Pacta sunt servanda. But why actually? In his book “Contract as Promise” the legal philosopher Charles Fried has developed a striking thesis: Contracts are binding because they prove to be a subset of promises. The article critically examines this promissory theory of contractual obligation. On the basis of three conditions of adequacy the puzzles and limits of Fried's approach are to be revealed. It turns out that a plausible theory of pacta sunt servanda is by no means dependent on the moral term “promise”, but on two others: “consensus“ and “(legal) power“.

* Der Verfasser studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft und Philosophie an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Der Beitrag ist im Rahmen des Seminars „Neuere Privatrechtstheorien“ im Sommersemester 2018 bei PD *Dr. Bernhard Jakel, M.A.* entstanden, dem für die Begleitung des Textes und hilfreiche Anmerkungen gedankt wird. Sämtliche Online-Quellen wurden zuletzt am 21.12.2019 abgerufen.

Inhaltsübersicht

A. Verträge binden – Binsenweisheit oder Rätsel?.....	225
B. Pacta sunt servanda als „versprochen ist versprochen“	228
I. Die promissory theory von Charles Fried.....	230
II. Interne und externe Kritiklinien.....	232
C. Die Metaebene: Drei Adäquatheitsbedingungen.....	237
I. A ₁ : Personale Autonomie und die <i>separateness of persons</i>	238
II. A ₂ : Warum binden Versprechen?.....	241
III. A ₃ : Der <i>strictly legal point of view</i> – Konsens und <i>normative powers</i> ...	247
D. Die Autonomie der <i>Promissare</i>	251
I. Terminologische Kosten: „Versprechen“ in der Privatrechtsgeschichte.....	251
II. <i>Taking promise(e)s seriously</i>	253
III. Ein letzter Einwand: Wessen Lebensform? Welche Autonomie?	255
IV. Fazit: Wahlverwandtschaft statt Familienähnlichkeit	257

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Luf*, StudZR-WissOn 2019, S. 223-258

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69280

A. Verträge binden – Binsenweisheit oder Rätsel?

„Die Erde ist rund und dreht sich um die Sonne.“ „Junggesellen sind unverheiratet.“ „Versprechen und Verträge müssen eingehalten werden.“

Was haben alle diese Aussagen gemein? Wenig, wenn man davon absieht, dass wir alle drei Behauptungen mit einiger Selbstverständlichkeit für wahr halten. Sie sind gewissermaßen *truisms* des menschlichen Lebens, deren Überzeugungskraft nicht angezweifelt wird; und das in jeweils verschiedener Hinsicht: Solche Binsenweisheiten können etwa *empirisch* (wir haben gute erfahrungsbasierte Gründe um anzunehmen, dass die Erde keine Scheibe ist), *logisch* (es ist schon begrifflich widersprüchlich zu behaupten, dass X verheiratet und X gleichzeitig Junggeselle ist) oder *moralisch* (wir sind davon überzeugt, dass es richtig und sogar geboten ist, gegebene Versprechen auch einzuhalten) fundiert werden.

Juristen sind aus mehreren Gründen Spezialisten für Binsenweisheiten. Sie verwalten als Rechtsdogmatiker basale juristische Glaubenssätze und versuchen, diese durch Systembildungen zu stabilisieren und institutionell abzusichern.¹ Es ist genau diese Dynamik ihrer Handwerkstechnik, auf die abgezielt wird, wenn plastisch von „dogmatischer Besitzstandspflege“² oder juristischer „Erbauungsliteratur“³ die Rede ist.

In diesem Sinne hat ein Zivilrechtler keinerlei Widerspruch zu erwarten, wenn er davon spricht, dass Verträge einzuhalten sind. *Pacta sunt servanda* als ein Eckpfeiler des modernen Privatrechts ist nämlich ein *juristisches truism*, auf dem das Normsystem des positiven bürgerlichen Rechts aufbaut.⁴ Allerdings erschöpft

¹ Dazu ausführlich *Jansen*, Rechtsdogmatik im Zivilrecht, 2011 (Erstpublikation), in: Anderheiden/Gutmann/Jakl u. a., Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, abrufbar unter: <http://enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitraege/98-rechts-dogmatik-im-zivilrecht>.

² *Asche*, Die Margin of Appreciation, Entwurf einer Dogmatik monokausaler richterlicher Zurückhaltung für den europäischen Menschenrechtsschutz, 2018, S. 7.

³ *Gutmann*, Iustitia Contrahentium, Zu den gerechtigkeitstheoretischen Grundlagen des deutschen Schuldvertragsrechts, Manuskript, 2014, S. 1.

⁴ Etwa *Flume*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, S. 1-113; ins oberste Regal der Lobesformeln greift *Jan Joerden*, wenn er die Konstanz der Bindung an den Vertrag funktionell auf eine Stufe mit dem Identitätssatz in formallogischen Diskursen hebt, *Joerden*, Drei Ebenen des Denkens über Gerechtigkeit: Dargestellt am Beispiel einiger rechtsethischer Regeln und Prinzipien, ARSP 74 (3), 1988, 307 (307, 312).

sich die Jurisprudenz nicht in der Funktion einer reinen *Normwissenschaft*; sie ist immer und gleichzeitig auch *normative Wissenschaft*.⁵

Wer normativ am Projekt des Rechts arbeitet und mitwirkt, ist der Semantik von guten Gründen verpflichtet.⁶ Die rechtliche Binsenweisheit *pacta sunt servanda* steht also insofern unter Rechtfertigungsdruck, als sich plausible Gründe dafür angeben lassen müssen, dass Verträge binden sollen. Zwei Umstände verstärken diesen Reflexionsdruck: *Erstens* sind „Binsenweisheiten“ bereits auf Sprechaktebene Fremdkörper im Gebilde einer Moderne, die sich mit *Anthony Giddens* auch als die „Institutionalisierung des Zweifels“⁷ verstehen lässt. *Zweitens* verweisen normative Begründungen auf ein – jedenfalls methodisch – essentiell skeptisches Projekt: die (Rechts-)Philosophie. Egal ob ein Ideal neutraler Normenrechtfertigung unter Zuhilfenahme von *public reasons* (*Rawls*) oder reziprok-allgemeinen Gründen (*Forst*) hochgehalten oder das posttraditionale bzw. postmetaphysische Zeitalter ausgerufen wird (*Habermas*); all diese Formulierungen zielen auf radikale Enttraditionalisierungsprozesse⁸, deren inhaltlicher Kristallisationspunkt im Siegeszug dessen liegt, was *Jürgen Habermas* wirkmächtig den zwanglosen Zwang des besseren Arguments genannt hat; und eben nicht die unsichtbare Hand der betagteren Binsenweisheit. Kurzum: Juristische *truism*s provozieren Philosophen gleichermaßen wie Theoretiker der Moderne. *Pacta sunt servanda* ist im Ausgangspunkt eine bloße Lehre und noch keine vollwertige Theorie. Aus einer Perspektive, welche die „Umwegrentabilität der Grundlagenforschung“⁹ anerkennt, ist es daher keinesfalls selbstverständlich, dass zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen einen Vertrag gebären, dessen Erfüllung rechtlich einklagbar ist.

So hat etwa *David Hume* darauf hingewiesen, dass die *common sense*-Vorstellung vertraglicher Bindung zutiefst mysteriös anmutet: Nur durch ein paar schöne

⁵ Zum Oszillieren der Rechtswissenschaft zwischen diesen beiden Polen *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, S. 52.

⁶ Den privatrechtsdogmatischen Richtigkeitsanspruch diskutiert *Jansen*, Der Richtigkeitsanspruch der Privatrechtsdogmatik. Vom säkularen Naturrecht der Frühen Neuzeit zur modernen Privatrechtstheorie, in: Borowski/Paulson/Sieckmann, Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, Robert Alexys System, 2017, S. 697 ff.

⁷ *Giddens*, Konsequenzen der Moderne, 1995, S. 54.

⁸ Im Kontext normativer Krisen, im Zuge derer Normen unterschiedliche „Aggregatzustände“ [*Lepsius*, Relationen, Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 30] durchlaufen, sich „verflüssigen“ oder „verfestigen“, dazu ausführlich Gärtner/Gutmann/Meyer/Mesch, Normative Krisen, Verflüssigung und Verfestigung von Normen und normativen Diskursen, 2019, darin insbesondere der Beitrag von *Gutmann*, Traditionskrisen, S. 303 ff.

⁹ *Jestaedt* (Fn. 5), S. 90.

Worte solle eine Verpflichtung in die Welt kommen, die vorher nicht existiert hat (*creatio ex nihilo*).¹⁰ Das sei jedoch in etwa so magisch und schwer zu verstehen wie das christliche Dogma, wonach der Priester durch einige gemurmelte Formeln „Brot und Wein“ in „Leib und Blut“ verwandelt. Ob katholische Transsubstantiationslehre oder *pacta sunt servanda*: In beiden Fällen scheint obskure Metaphysik am Werk sein zu müssen, um eine taugliche Rechtfertigung anbieten zu können. Dann wäre jedoch allein mit den Mitteln der profanen Vernunft nicht einsehbar, warum Verträge Verpflichtungen auferlegen.

Wenn *Hume* also Recht behielte, könnte man sich für weite Teile des BGB von der Maxime eines „rationalen Rechtssystems“ verabschieden, dessen leitende Prinzipien – innerhalb eines idealen Diskurses der Normunterworfenen – intersubjektiv begründbar und als gültig ausweisbar sind.¹¹

Noch vernichtender fällt die Kritik von Fundamentaloppositionellen aus der *Death of Contract*-Schule aus, die das Konzept des Vertrages gleich in Gänze auslöschen wollen. Das (Schuld-)Vertragsrecht ließe sich einfach im Rahmen eines groß angelegten Reduktionsprojektes wahlweise in Formen der Vertrauenshaftung auflösen, allein mit Prinzipien ungerechtfertigter Bereicherung erklären oder schlicht in das Deliktsrecht eingemeinden.¹² Darüber, dass der Vertrag unweigerlich „tot“ sei, lohne es sich heute nicht einmal mehr zu diskutieren, behauptete *Grant Gilmore* schon 1974 provokant.¹³

Lässt sich also eine Fortschrittsgeschichte¹⁴ des Vertragsrechts wirklich mit einem Narrativ der Machart „von der Binsenweisheit zum Auslaufmodell“

¹⁰ Siehe hierzu und zum Folgenden *Hume*, *A Treatise of Human Nature*, in: Selby-Bigge/Nidditch, 2. Aufl. 1978, S. 524 ff.; vgl. dazu auch *Owens*, *Does a Promise Transfer a Right?*, in: Klass/Letsas/Saprai, *Philosophical Foundations of Contract Law*, 2014, S. 78 (87 f.).

¹¹ Vgl. dazu *Alexy*, *Idee und Struktur eines vernünftigen Rechtssystems*, in: *Alexy/Dreier/Neumann*, *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, Beiträge zur Standortbestimmung, 1991, S. 30 ff. und *Habermas*, *Faktizität und Geltung*, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 6. Aufl. 2017, S. 134 f.

¹² Etwa *Fuller/Perdue*, *The Reliance Interest in Contract Damages*, *Yale Law Journal* 46 (3), 1937, 373 ff.; *Gilmore*, *The Death of Contract*, 1974; *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979 oder *Kronman*, *Contract Law and Distributive Justice*, *Yale Law Journal* 89 (3), 1980, 472 ff.

¹³ *Gilmore* (Fn. 12), S. 1.

¹⁴ In diesem Sinne auch der Befund bei *Grünberger/Jansen*, *Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, in: dies., *Privatrechtstheorie heute*, *Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, 2017, S. 1 (5): „Die vielgelesenen Meistererzählungen des Privatrechts [...] schildern Verfallsgeschichten.“ Gemeint sind damit insbesondere die Studien von *Gilmore* (Fn. 12) und *Atiyah* (Fn. 12) zum *common law* und die von *Boehmer*,

erzählen? Heiligtümer der juristischen Privatrechtsausbildung wie die Privatautonomie und die Vertragsfreiheit¹⁵ stünden dann nachhaltig auf dem Prüfstand.

Das schreit intuitiv nach Protest. Auch grundlagentheoretisch muss sich die Vertragsfreiheit doch plausibel einsichtig machen und damit retten lassen.

B. Pacta sunt servanda als „versprochen ist versprochen“

Den vielleicht meistrezipierten Versuch eines solchen Projektes hat *Charles Fried* in seinem einflussreichen Werk *Contract as Promise* unternommen. Als neuer „Held der Willentheorie“¹⁶ bezeichnet, zielt *Fried* darauf ab, die Vertragsfreiheit als eine entscheidende moralische Entdeckung der Philosophie zu rehabilitieren und gleichzeitig in scharfer Wendung gegen alle Vertrags skeptiker eine elegante normative Begründung für die vertragliche Bindungswirkung zu liefern: Verträge seien eine Subkategorie von Versprechen. Und da Versprechen aus moralischen Gründen bindend seien, gelte dies auch für Verträge. So kurz, so prägnant, so einfach.

Vergleicht man die *Fried*’sche Perspektive in einem ersten Zugriff mit unserem *common sense*, fallen sogleich einige Familienähnlichkeiten beider Institute ins Auge:

So wie wir es für selbstverständlich halten, dass Verträge bindend sind, ist auch klar: Versprechen müssen eingehalten werden. „Versprochen ist versprochen“ wird uns als einer der ersten moralischen Grundsätze tief eingepflanzelt.

Damit geht gleichzeitig die Überzeugung einher, die *Hume* als zutiefst mystisch empfunden hatte. Ob Vertrag oder Versprechen: allein durch den Austausch bestimmter Worte kommen Verpflichtungen in die Welt, die vorher nicht da waren. Ob Vertragsparteien oder Versprechensgeber (*Promittent*¹⁷) bzw. Versprechensempfänger (*Promissar*): sie alle sind in der Lage, das Spektrum ihrer nicht-obligatorischen Handlungsmöglichkeiten zu begrenzen, indem sie allein

Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1965; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1976 oder *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991 für das *civil law*.

¹⁵ Zur Bedeutung (rechtsvergleichend) etwa *Micklitz*, On the intellectual History of Freedom of Contract and Regulation, Pennstate Journal of Law & International Affairs 4 (1) 2015, 1 ff.

¹⁶ So (allerdings ironisierend) *Kronman*, A New Champion for the Will Theory, Yale Law Journal 91 (2), 1981, 404 ff.

¹⁷ Ich verwende im Folgenden die lateinische Terminologie, da sie erstens im anglo-amerikanischen Sprachraum anschlussfähig ist (*promisor/promisee*) und zweitens in der für *Fried*’s Ansatz prägenden Kantischen Rechtsphilosophie ebenfalls verwendet wird.

durch Sprechakte unvermittelt in eine Art „Modus der Selbstbindung“¹⁸ eintreten können. Nach abgegeben Versprechen (wie infolge des Vertragsschlusses) „schulde“ ich etwas. Diese Intuition ist fest verwurzelt.

Wenn ich „verspreche“, bedeutet das begriffsanalytisch genauer: (a) *ich verspreche* (b) *jemandem* (c) *etwas*.¹⁹ „Versprechen eingehen“ oder „Verträge schließen“: es handelt sich in beiden Fällen sprachphilosophisch um dreistellige Prädikate. Interessant daran ist vor allem die zweite Stelle (b). Die resultierenden Pflichten bestehen gegenüber einem spezifisch festgelegten Adressaten(-kreis). Sobald ich verspreche, X zu tun, unterliege ich damit nicht nur einer unspezifischen allgemeinen moralischen Pflicht, die etwa gegenüber der gesamten Menschheit²⁰ besteht. Nein, ich schulde meine Pflichterfüllung X genau der Person Y (und auch nur ihr) gegenüber, der ich X versprochen habe. Und das alles aus dem simplen Grund, dass ich eben Y X versprochen habe. So mag es gegenüber der Weltgemeinschaft eine Pflicht geben, bestimmte ökologische Ressourcen nicht zu zerstören. Wenn ich allerdings meiner Großmutter hoch und heilig verspreche, ihren seltenen Blumen nicht mit dem Rasenmäher den Garaus zu machen, schulde ich diese Umsicht bei der Gartenpflege allein meiner Großmutter. Versprechenspflichten fokussieren also immer einen klar umrissenen Empfänger(-kreis), sie sind stets – so werde ich im Folgenden formulieren – *gerichtet*. In juristischer Hinsicht entspricht dem die Tatsache, dass vertragliche Pflichten lediglich *inter partes* gelten.

Fried scheint also mit seiner *promissory theory* vertraglicher Bindungswirkung einen Nerv getroffen zu haben. Er führt den Grundsatz, dass Verträge einzuhalten sind, auf ein monistisches normatives Prinzip zurück: Versprechen binden. Das ist philosophisch elegant, schlank und intuitiv. Überzeugt *Frieds* Ansatz, kann er die Erwartungs- und Anspruchshaltung an einen neuen Helden der Willenstheorie einlösen.

Im Folgenden werden seine Thesen und Argumente kurz skizziert (**B. I.**), bekannte Kritiklinien andeutet (**B. II.**) und schließlich die fundamentalen Problemkreise einer gelingenden Theorie vertraglicher Bindungswirkung diskutiert (**C.**). *Frieds* promittentenfokussierte Konzeption wird sich dabei an zentralen Stellen als kaum haltbar entpuppen. Vielversprechendere Lösungen

¹⁸ *Gutmann* (Fn. 3), S. 9.

¹⁹ Und in der Folge habe (a) ich eine Verpflichtung (b) gegenüber jemandem (c), etwas zu tun oder zu unterlassen.

²⁰ Eigentlich natürlich gegenüber allen zu moralischer Selbstbestimmung fähigen Subjekten.

ergeben sich dagegen, wenn man einen Ansatz wählt, welcher die *Promissare* in den Mittelpunkt der Betrachtungen rückt (**D.**).

I. Die promissory theory von Charles Fried

Die zentrale These von *Contract as Promise* ist bereits im ersten Satz enthalten:

“*The promise principle, which in this book I argue is the moral basis of contract law, is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before.*”²¹

Damit bereitet *Fried* der liberalen Theorie des Schuldvertragsrechts den Weg in die Moderne²², wobei er sich an dem „variantenreiche[n] Werk einer Kantischen Erbgemeinschaft“²³ beteiligt. Seine moralische Rechtfertigung der Verpflichtungswirkung von Verträgen fußt auf einer starken Vorstellung individueller Autonomie – von Freiheit als Selbstbestimmung über die eigenen Belange; sie versteht sich als “*deontological, Kantian account*“²⁴.

Fried geht es bei seiner versprechensfundierten Begründung des modernen Vertragsrechts²⁵ nicht um eine bloße Analogiebeziehung zwischen Versprechen und Verträgen. Er versucht nicht im Sinne einer “*cantilever*”²⁶-Strategie argumentativ so etwas zu zeigen, wie: Es ist gemeinhin akzeptiert und nicht ohne Kollateralschäden reversibel, dass Versprochenes eingehalten werden soll. Alle Gründe für die Bindungswirkung von Versprechen lassen sich auch (analog) für die Bindungswirkung von Verträgen anführen, alle Argumente gegen das Ersteres wiederum ebenfalls gegen Letzteres. Also muss „wer A sagt auch B sagen“. Wenn Versprechen binden, legt uns ein Analogieschluss im selben Atemzug *pacta sunt servanda* nahe. Auf diese Weise ist der Argumentationsgang in

²¹ *Fried*, *Contract as Promise*, 2. Aufl. 2015, S. 1.

²² “Modern liberal contract theory starts with Charles Fried’s *Contract as Promise*”, *Dagan/Heller*, *The Choice Theory of Contracts*, 2017, S. 20.

²³ *Kersting*, *Wohlgeordnete Freiheit*, Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie, 1993, S. 19. Damit befindet sich *Fried* innerhalb der anglo-amerikanischen Privatrechtstheorie in guter Gesellschaft. So bedient sich etwa der *legal formalism* eines *Ernest Weinrib* [etwa *Weinrib*, *The Idea of Private Law*, 1995], in besonderem Maße auch *Arthur Ripstein* [z. B. *Ripstein*, *Equality, responsibility, and the law*, 1999; *ders.*, *Force and Freedom*, *Kant’s legal and political philosophy*, 2009 und *ders.*, *Private wrongs*, 2016], vornehmlich Kantischer Ressourcen.

²⁴ *Fried* (Fn. 21), S. xiii.

²⁵ Genau genommen verfolgt *Fried* zwei Argumentationsziele: Erstens versucht er, eine überzeugende normative Grundlage des Vertragsrechts (bzw. der Bindungswirkung von Verträgen) auszubuchstabieren, *Fried* (Fn. 21), Kap. 1-2. Zweitens möchte er dem Leser aufzeigen, dass auch die Dogmatik des Common Law mit seiner Theorie am besten rekonstruiert und gerechtfertigt werden kann, *ibd.*, Kap. 3-8. Diesem Beitrag geht es nur um den erstgenannten Aspekt.

²⁶ Prominent *Carens*, *The Ethics of Immigration*, 2013, S. 225-254.

Contract as Promise allerdings nur unzureichend erfasst und höchst irreführend bezeichnet.

Analytisch handelt es sich nach *Fried* vielmehr um ein *strikt*es logisches *Spezialitätsverhältnis*. Für ihn sind Verträge ein Sonderfall, eine Teilmenge, eine Subkategorie von Versprechen.²⁷

Frieds Argument lässt sich im Wesentlichen²⁸ wie folgt rekonstruieren:

Moralisch selbstbestimmungsfähige Subjekte, die sich selbst als Freie begreifen, können sich freiwillig gegenseitig unter die Arme greifen, um ihre partikularen Ziele zu erreichen.²⁹ Sobald Personen etwas nicht nur tun, um ihre (sinnlichen) Bedürfnisse zu befriedigen, sondern weil es richtig ist – mit *Kant* also aus Pflicht und nicht bloß aus Neigung handeln – schafft dies stets Vertrauen (*trust*).³⁰ Am deutlichsten wird dieses Vertrauen im sozialen Institut des Versprechens (*promise*) sichtbar. Verspricht der *Promittent* etwas, gibt er dem *Promissar* die Möglichkeit, sein Ziel durch beiderseitige Kooperation zu erreichen. Durch die gesellschaftliche Konvention³¹ des Versprechens unterstützen sich Menschen gegenseitig dabei, ihre Wünsche zu realisieren; der Zweck besteht demnach darin, dass die Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen ausgeweitet werden.³² „Kooperation wäre ohne das Institut des Versprechens undenkbar.“³³ Konkrete Versprechungen sind nun im Einzelfall zu halten, weil eine moralische Pflicht existiert, die besagt, dass Versprechen binden.³⁴ „Durch Versprechen verwandeln wir eine an sich neutrale Handlung in eine nunmehr gebotene Handlung.“³⁵ Wenn ich etwas verspreche, setze ich bewusst ein sozial etabliertes Institut (eben „das Versprechen“) ein und nehme dadurch gleichzeitig das Vertrauen der anderen Gesellschaftsmitglieder in Anspruch.³⁶ Breche ich mein Versprechen,

²⁷ *Fried* nimmt eine “general obligation to keep promises” an “of which the obligation of contract will be only a special class”, *Fried* (Fn. 21), S. 17.

²⁸ Die Darstellung ist recht cursorisch und wird der fein ziselierten Argumentationslinie in *Contract as Promise* nur bedingt gerecht. Eine gute (deutschsprachige) Rekonstruktion bietet etwa *Unberath*, Die Bindung an den Vertrag – Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrechts, in: FS Hruschka, 2005, S. 719 (732-739) und *ders.*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 71-75. An dieser Stelle sollen lediglich die entscheidenden Begründungsressourcen *Frieds* offengelegt werden.

²⁹ *Unberath*, Die Bindung an den Vertrag, Zur Bedeutung Kants für die neuere Diskussion um die Grundlagen des Privatrechts, in: FS Hruschka, 2005, S. 719 (734).

³⁰ Siehe hierzu und zum Folgenden *Fried* (Fn. 21), S. 8.

³¹ *Ebd.*, S. 13.

³² *Ebd.*

³³ *Unberath* (Fn. 29), S. 735.

³⁴ *Fried* (Fn. 21), S. 16 f.

³⁵ *Unberath* (Fn. 29), S. 734.

³⁶ Siehe hierzu und zum Folgenden *Fried* (Fn. 21), S. 16.

missbrauche ich die Konvention und damit das Vertrauen des *Promissars*. Ich zeige, dass ich ihn als Person nicht ernst nehme. Individuelle Versprechen müssen eingehalten werden, weil ansonsten Vertrauen enttäuscht (*trust*) und die Autonomie des Gegenübers³⁷ missachtet würde (*respect for individual autonomy*).³⁸

“To summarize: There exists a convention that defines the practice of promising and its entailment. This convention provides a way that a person may create expectations in others. By virtue of the basic Kantian principles of trust and respect, it is wrong to invoke that convention in order to make a promise then to break it.”³⁹

Da Verträge ein Unterfall von Versprechen sind, ist damit das Ziel erreicht: Verträge sind einzuhalten, weil Versprechen binden.

II. Interne und externe Kritiklinien

Allerdings schlägt *Fried* mit seiner Fokussierung auf die reziproken Achtungsbeziehungen zwischen Personen⁴⁰ womöglich schon theorieintern das Kantische Erbe seiner eigenen Argumentation aus. Denn er begründet auf diese Weise allenfalls eine moralische Pflicht, Versprechen zu halten. Die *Metaphysik der Sitten* trennt jedoch strikt und konsequent solche *Tugendpflichten* von *Rechtspflichten*, die Moralität (= es ist richtig, X zu tun) von der Legalität (= es ist rechtens, X zu tun).⁴¹ Neben dem Verweis auf soziale Praxen soll sich *Fried* den Kritikern zufolge mit seinem zweiten Rechtfertigungsstrang (*respect for individual autonomy*) einen problematischen Begründungsüberschuss einhandeln.⁴²

„Die Unterscheidung von Rechts- und Tugendpflichten nimmt *Fried* [...] nicht ausreichend ernst. Denn er schließt von der Tugendpflicht auf die Rechtspflicht, einen Vertrag zu halten. In dieser Hinsicht ist *Fried* keine Fortsetzung Kantischer Philosophie, sondern stellt sie gewissermaßen auf den Kopf.“⁴³

³⁷ Oder vielleicht meine eigene oder beide? *Frieds* Ansatz changiert hier zwischen diesen Polen, dazu **C. II. 2** (Fn. 120).

³⁸ *Unberath* (Fn. 29), S. 735.

³⁹ *Fried* (Fn. 21), S. 17.

⁴⁰ Zur Unverzichtbarkeit dieser Argumentationsfigur für die moderne Normenbegründung *Gutmann*, Claiming Respect. Historische Erfahrung und das Einfordern von Rechten, in: *Gutmann/Laukötter/Pollmann/Siep*, Genesis und Geltung, Historische Erfahrung und Normenbegründung in Moral und Recht, 2018, S. 285 ff.

⁴¹ *Kant*, Metaphysik der Sitten (1797), in: Preussische Akademie der Wissenschaften, Kants gesammelte Schriften, Band VI, 1907, S. 214.

⁴² *Unberath* (Fn. 29), S. 737.

⁴³ *Unberath* (Fn. 29), S. 737.

Damit fordere *Contract as Promise* letztlich sogar die liberale Grundüberzeugung eines Vorrangs des Rechten vor dem Guten⁴⁴ heraus. Zu Ende gedacht bedeute *Frieds* Ansatz nämlich, so die Kritiker unisono, dass Verträge nicht aufgrund des übereinstimmenden Parteiwillens binden, sondern erst, sofern die Vertragspartner erfüllen, *weil* sie sich gegenseitig achten.⁴⁵

Nicht gegen die Begründung einer Pflicht, Versprechen einzuhalten, sondern dagegen, diese Pflicht kraft Spezialitätsrelation auch auf Verträge auszuweiten, argumentiert unterdessen *Dori Kimel* in seiner Dissertation *From Promise to Contract*⁴⁶.

Versprechen und Verträge beförderten an entscheidender Stelle unterschiedliche Zwecke. Während erstere durchaus persönliche Beziehungen förderten und Vertrauen (*trust*) generierten⁴⁷, indem sie für eine Transparenz der Motive des *Promittenten* sorgten⁴⁸, gelte bei Verträgen das glatte Gegenteil. Hier seien die Motive des Vertragspartners lediglich durch „einen dichten ‚Schleier‘ zu erahnen.“⁴⁹ Die charakteristische Performanz des Verpflichteten, also im Kontext von Verträgen die Erfüllung, könne erzwungen werden. Es sei nicht Vertrauen, sondern Furcht vor staatlicher Durchsetzungsmacht die Triebfeder für die Vertragstreue.⁵⁰ Der Clou des Ganzen soll nun darin bestehen, dass die Zwangsinstrumente bei Verträgen unter Fremden das vielbeschworene Vertrauen substituieren:

„Der ‚intrinsic‘ Wert des Vertrages sei [bei Kimel] also darin zu sehen, daß der Vertrag Distanz (*detachment*) zwischen den Vertragsparteien ermöglicht und diese [Distanz] eine wertvolle Alternative zu persönlichen Beziehungen darstellt.“⁵¹

Ob man allerdings *Kimels* Zentralthese, die Distanz zum Vertragspartner sei intrinsisch wertvoll, folgen muss, ist fraglich: Denn diese Distanz besteht ja

⁴⁴ *Rawls*, Die Idee des politischen Liberalismus. Aufsätze 1978–1989, 1992, S. 364–397.

⁴⁵ *Unberath* (Fn. 29), S. 737 („Damit verkehrte sich das liberale Ideal in sein paternalistisches Gegenteil“). In dasselbe Horn stoßen im englischen Sprachraum etwa *Weinrib* (Fn. 23), S. 52; *Benson*, Abstract Right and the Possibility of a Nondistributive Conception of Contract: Hegel and Contemporary Contract Theory, *Cardozo Law Review* 10 (5-6), 1989, 1077 (1100); *ders.*, Contract as a Transfer of Ownership, *William & Mary Law Review* 48 (5), 2007, 1673 (1682) und *ders.*, Contract, in: *Patterson*, A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2. Aufl. 2010, S. 29 (41–44).

⁴⁶ *Kimel*, *From Promise to Contract*, 2001.

⁴⁷ *Ebd.*, S. 26 f.

⁴⁸ *Ebd.*, S. 76.

⁴⁹ *Unberath* (Fn. 29), S. 741.

⁵⁰ *Kimel* (Fn. 46), S. 57, 64.

⁵¹ *Unberath*, Die Vertragsverletzung, 2007, S. 97 f. (Einfügung durch Verfasser).

jederzeit zu einer unüberschaubaren Vielzahl von Personen und scheint in diesem Sinne privatrechtstheoretisch äußerst unspezifisch zu sein.⁵² Zudem wird *Kimels* programmatischer Anspruch („*towards a liberal theory of contract*“) aufgrund seiner Sozialisation in den Gefilden eines liberalen Perfektionismus⁵³, der fortwährend unter Paternalismusverdacht⁵⁴ steht, kritisch beäugt. Solche philosophischen Theorieangebote operieren nämlich mit einem teleologischen Autonomiebegriff, d. h. Autonomie ist nicht isoliert und per se wertvoll, sondern nur, insofern sie auf „wertvolle“ Ziele gerichtet ist. Dabei geht es stets um den *pursuit of the good*,⁵⁵ um die Ausübung wertvoller Aktivitäten, die Pflege wertvoller Beziehungen,⁵⁶ um die Förderung „des (einen) guten Lebens“, aber nicht primär um subjektive Rechte.⁵⁷ Wer Privatrechtstheorie allerdings – wie etwa *Fried* – in Anlehnung an *Kant* und dessen „Philosophie des subjektiven Rechts“⁵⁸ betreibt, muss solche Versuche zwangsläufig als externe Kritik begreifen und zurückweisen.⁵⁹

Dagegen hat *Richard Craswell*, unter Verwendung der ökonomischen Analyse des Rechts, einen Irrelevanzeinwand gegen die *promissory theory* in die Debatte eingebracht: Sich an seine Versprechen zu halten sei eine kontingente und damit frei modellierbare soziale Praxis. So wie wir uns etwa auch Schachspiele ohne Könige, Champions League-Begegnungen ohne die Abseitsregel oder Demokratien ohne Wahlen vorstellen können⁶⁰, wäre theoretisch auch eine soziale Konvention des Versprechens möglich und denkbar, die keine

⁵² *Unberath* (Fn. 51), S. 98.

⁵³ Diese philosophische Strömung [einen Überblick über artverwandte Konstruktionen bietet *Wall*, *Perfectionism in Moral and Political Philosophy*, in: Zalta, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2019 Edition), abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/perfectionism-moral/>] geht im Wesentlichen auf *Joseph Raz*'s einschneidende Monographie *The Morality of Freedom*, 1986, zurück. Die Oxforder Dissertation *Kimels* ist unter der Aufsicht eben jenes *Joseph Raz* entstanden.

⁵⁴ Ausführlich *Düber*, *Selbstbestimmung und das gute Leben im demokratischen Staat, Der Paternalismus-Einwand gegen den Perfektionismus*, 2016.

⁵⁵ *Raz* (Fn. 53), S. 378-381.

⁵⁶ *Kimel* (Fn. 46), S. 131.

⁵⁷ Vgl. *Unberath* (Fn. 51), S. 101.

⁵⁸ *Hruschka*, *Kants Rechtsphilosophie als Philosophie des subjektiven Rechts*, JZ 2004, 1085 (1085).

⁵⁹ So etwa *Unberath* (Fn. 29), S. 746 („Theorie des paternalistischen Pluralismus“).

⁶⁰ Vgl. *Lamb*, *The power to bequeath*, *Law and Philosophy* 33 (5) 2014, 629 (630).

Bindungswirkung kennt.⁶¹ Verpflichtend oder “*nonoptional to some degree*”⁶² würden Versprechen erst durch Hintergrundregeln (*background rules*), die im positiven Rechtssystem inkorporiert sind. Das Institut des Versprechens kann deshalb eben nicht aus sich selbst heraus begründen, welche dieser (Rechts-)Regeln konkret anzuwenden bzw. wie sie inhaltlich auszugestalten sind.⁶³ In diesem Sinne sei *Frieds* legitimatorisches Plädoyer für eine bestimmte soziale Konvention gänzlich irrelevant für das positive Regime des Vertragsrechts.⁶⁴ Hier zeige sich letztlich trotz der eigentlich rechte- und autonomiebasierten Konzeption in *Contract as Promise* eine versteckte „Starthilfe für utilitaristische Rezepte“⁶⁵.

Man kann *Fried* methodologisch also sowohl theorieintern kritisieren (wie *Benson*) als auch in dekonstruktiver Absicht Erwägungen aus der externen (Außen-)Perspektive an seinen versprechensfundierten Ansatz herantragen (wie *Kimel* oder *Craswell*). Dabei habe ich mit den skizzierten Einwänden freilich nur ein Schlaglicht auf die breit gefächerte und kontroverse privatrechtstheoretische und philosophische Debatte rund um *Contract as Promise* werfen können.⁶⁶

Man kann gegen *Fried* sicher allerhand ins Feld führen. Nach reiflicher Überlegung findet sich sicher in nahezu jeder Situation noch ein ergänzender Kandidat für Kritik der Struktur „deine Theorie kann aber den dogmatischen

⁶¹ Ähnlich *Anwander*, *Versprechen und Verpflichten*, 2008, S. 138: „Wie es nicht unmittelbar einsichtig ist, was der Witz davon sein könnte, Lederbälle über eine Wiese zu kicken oder Holzfiguren auf einem karierten Feld herumschieben, so ist die fürs Versprechen konstitutive Regel nicht natürlicherweise intelligibel.“

⁶² *Craswell*, *Contract Law, Default Rules, and the Philosophy of Promising*, *Michigan Law Review* 88 (3) 1989, 489 (518).

⁶³ *Ebd.*, S. 490.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 489.

⁶⁵ *Dagan/Heller* (Fn. 22), S. 24. Die beiden bevorzugen deshalb ein Modell, welches das Vertragsrecht um einen perfektionistischen Autonomiebegriff herum konstruiert und (zwingende) Vertragstypen, die „das gute Leben“ der Parteien fördern, als “*autonomy enhancing*” charakterisiert und rechtfertigt, dazu *Dagan*, *Autonomy, Pluralism, and Contract Law Theory*, *Law and Contemporary Problems* 76 (2) 2013, 19 ff. sowie ausführlich *Dagan/Heller* (Fn. 22), S. 41-47, 102-113.

⁶⁶ Weiterführende Diskussionen finden sich etwa bei *Knapp*, *Rescuing Reliance: The Perils of Promissory Estoppel*, *Hastings Law Journal* 49 (5-6) 1998, 1191 ff., *Scanlon*, *The Difficulty of Tolerance*, 2003, S. 234-269, *Unberath* (Fn. 29) und *ders.* (Fn. 51), *Shiffrin*, *The Divergence of Contract and Promise*, *Harvard Law Review* 120 (3) 2007, 708 ff., *dies.*, *Promising, Intimate Relationships, and Conventionalism*, *Philosophical Review* 117 (4) 2008, 481 ff. und *dies.*, *Are Contracts Promises?*, in: *Marmor*, *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, 2012, S. 241 ff. sowie bei *Kimel*, *Personal Autonomy and Change of Mind in Promise and in Contract*, S. 96 ff.; *Penner*, *Promises, Agreements, and Contracts*, S. 116 ff.; *Katz*, *Economic Foundations of Contract Law*, S. 171 ff.; *Markovitz*, *Good Faith as Contract’s Core Value*, S. 272 ff. oder *Klass*, *Efficient Breach*, S. 362 ff., jeweils in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10).

Kunstgriff X unseres positiven (Schuld-)Vertragsrechts Y nicht angemessen rekonstruieren⁶⁷. Das lenkt allerdings von der eigentlich entscheidenden Frage ab, was eine Theorie vertraglicher Verpflichtungswirkung leisten, welchen Abstraktionsgrad sie mindestens erreichen muss, um zu überzeugen^{68, 69}.

In diesem Beitrag wird es deshalb nicht darum gehen, sich einer der Kritiklinien anzuschließen oder *Frieds opus magnum* gegen diese zu immunisieren. Vielmehr soll perspektivisch ein wenig „herausgezoomt“ werden, um einmal aus der Vogelperspektive anzudeuten, welche Kriterien eine gelingende (normative) Theorie vertraglicher Bindungswirkung erfüllen muss, insbesondere welche Begründungslasten sie treffen. Dieses Projekt wird von zwei Intuitionen getragen:

1. *Frieds* zentrale Begründungsressource ist richtig gewählt. Die Bindungswirkung von Verträgen lässt sich mit dem reziprok geschuldeten Respekt vor der personalen Autonomie des Vertragspartners plausibel begründen.
2. Der moralisch aufgeladene, mit einer korrespondierenden sozialen Praxis unterfütterte Versprechensbegriff in *Contract as Promise* ist dafür weder notwendig noch hinreichend.

Dazu werde ich drei Adäquatheitsbedingungen⁷⁰ aufstellen, denen jede gute normative Theorie darüber, warum Verträge binden, genügen sollte (C.). Diese Minimalbedingungen fungieren gleichzeitig als Evaluationsschema für *Frieds* Ansatz (C. I.-C. III.). Es soll einerseits angerissen werden, welche Theoriestränge – im Unterschied zu *Fried* – bereits keinen konsistenten Begriff von einem „Vertrag“ bilden können und andererseits gezeigt werden, an welchen Stellen die Argumente in *Contract as Promise* den aufgestellten

⁶⁷ So bedauert *Fried* selbst retrospektiv, die Perspektive dritter Parteien in seinen dogmatischen Schlussfolgerungen nicht ausreichend gewürdigt zu haben: “Many of the deficiencies of my analysis can be attributed to my failure to take sufficient account of the evident fact that in passing from the realm of moral to that of legal obligation the predilections and obligations (moral and otherwise) of third parties (judges, jurors, legislators), who are not parties to the promise and not bound to its terms, are necessarily involved.”, *Fried*, *The Ambitions of Contract as Promise*, in: Klass/Letsas/Saprai (Fn. 10), S. 17 (17). *Randy Barnett* praktiziert diese Spielart der Kritik am Beispiel von “gap filling” und der “objective theory of assent” *Barnett*, *Contract Is Not Promise, Contract is Consent*, in: Klass/Letsas/Saprai (Fn. 10), S. 42 (44 ff.).

⁶⁸ Zu diesem Lackmustest für philosophische Argumente eindrucksvoll *Nagel*, *Preface*, in: ders., *Mortal Questions*, 1979, S. ix (ix-xii).

⁶⁹ Vgl. schon die Differenzierung in Fn. 25.

⁷⁰ Zur wissenschaftstheoretischen Bedeutung des Begriffs z. B. *Tetens*, *Wissenschaftstheorie: Eine Einführung*, 2013, S. 58-67.

Adäquatheitsbedingungen nicht genügen. Letztlich werde ich dafür eintreten, dass sich die vertragliche Bindung schlüssiger aus der Schnittmenge einer Theorie von *normative powers* und des Konsenses der Parteien ableiten lässt (**C. III.**). Die vorgeschlagene rechtstheoretische Analyse (**D. II.**) und der dafür benötigte Autonomiebegriff bleiben letztlich nicht rein formal und philosophisch entrückt, sondern kommen als substanzielle dichte Begriffe ohne eine prominente Referenz auf die soziale Institution des Versprechens aus (**D. III.**).

C. Die Metaebene: Drei Adäquatheitsbedingungen

Eine plausible Theorie vertraglicher Bindung sollte den folgenden drei (Minimal-)Bedingungen genügen:

- (i) Da es sich um eine Theorie genuin *vertraglicher* Bindung handeln soll, muss der Begriff „Vertrag“ theorieintern kohärent formulierbar sein. (**A₁**)
- (ii) Die Theorie sollte die normative Tiefengrammatik der Verpflichtungswirkung von Verträgen abbilden, d. h. sie sollte (**1.**) plausibel herleiten können, warum eine Rechtsperson wirksam verpflichtet wird, ohne (**2.**) zwingend in der Lage sein zu müssen, auf Basis ihrer Begründungsressourcen das gesamte (dogmatische) Panoptikum des positiven Vertragsrechts zu rekonstruieren. (**A₂**)
- (iii) Um die vertragliche Bindung zu erklären, sollte sie im Sinne von *Ockhams Rasiermesser* möglichst schlanke und sparsame Annahmen machen und möglichst wenige theoretische Werkzeuge benutzen. Kurz gesagt: Je einfacher, desto besser. (**A₃**)

Ich betrachte diese Adäquatheitsbedingungen als intuitiv und recht trivial. Sie sollen tatsächlich die Funktion von so etwas wie Binsenweisheiten oder *truisms* übernehmen.

Natürlich kann man diese Minimalbedingungen anzweifeln. Sie sind allerdings derart basal, dass jeder, der dies tut, die *argumentative Beweislast* für sein Vorbringen trägt. Solange also keine überzeugenden Gegengründe angeführt werden, gilt die Angemessenheit der Adäquatheitsbedingungen als zugestanden – ohne dafür den „Barwert“⁷¹ ihrer Wahrheit gezeigt haben zu müssen. Pragmatistisch reformuliert: sie bilden die *default position*. Deshalb werde ich nicht weiter für ihre

⁷¹ James, Der Wahrheitsbegriff des Pragmatismus (1907), in: Skirbekk, Wahrheitstheorien, Eine Auswahl aus den Diskussionen über Wahrheit im 20. Jahrhundert, 1977, S. 35 (37).

Richtigkeit oder Angemessenheit argumentieren. Sie sind das Fundament der weiteren Überlegungen.

I. A₁: Personale Autonomie und die *separateness of persons*

Plausibel von einem „Vertrag“ zu sprechen, scheint für eine Theorie recht voraussetzungslos, unproblematisch, ja einfach zu sein. Bei näherem Hinsehen ist dem aber nicht so.

Denn die „rechtliche *idée directrice* des Vertrags liegt [...] in der gemeinsamen Selbstbestimmung der Parteien, die im Modus der Selbstbindung von ihren Rechten Gebrauch machen.“⁷² Er wird im Selbstverständnis moderner Gesellschaften zur „Hauptdeterminante individueller Lebensgestaltung“^{73,74} Jegliche Vertragstheorie ist insofern von vornherein liberal imprägniert: Sie „verankert die normativen Fundamente der Institution ‚Vertrag‘ in subjektiven Rechten, namentlich in der Vertragsfreiheit“⁷⁵ und rückt die Privatautonomie⁷⁶ als Prinzip der eigenen Gestaltung von Rechtsverhältnissen durch den Einzelnen nach seinem Willen ins Zentrum.⁷⁷ Dieser Freiheitsgebrauch von Personen ist durch die Rechtsordnung anzuerkennen; ihm korrespondiert deshalb eine normative Befugnis, rechtsverbindliche Verträge abzuschließen.⁷⁸ Das Privatrecht wird dabei als System der Kompatibilisierung von Freiheitssphären verstanden.⁷⁹

Das hat Folgen für die Höhe der A₁-Hürde: Wer den Sprechakt „Vertrag“ ausschließlich als Platzhalter oder Werkzeug für z. B. ökonomische Effizienzerwägungen oder (in ihrer theoretischen Genese unklare⁸⁰) aristotelisch-

⁷² Gutmann (Fn. 3), S. 9.

⁷³ Ebd., S. 8.

⁷⁴ Dazu Maine, *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, 1861/1870, S. 170 sowie Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der Verstehenden Soziologie*, 5. Aufl. 1980, S. 399.

⁷⁵ Gutmann (Fn. 3), S. 8.

⁷⁶ So selbst gegenüber der klassisch-liberalen Willenstheorie extrem skeptisch eingestellte Theoretiker, etwa Kennedy, *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's Consideration and Form*, *Columbia Law Review* 100 (1) 2000, 94 (97).

⁷⁷ Gutmann (Fn. 3), S. 8.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ Ripstein, *Private Order and Public Justice: Kant and Rawls*, *Virginia Law Review* 92 (7) 2006, 1391 ff.

⁸⁰ Dazu Gutmann, *Theories of contract and the concept of autonomy*, *Preprints and Working Papers of the Centre for Advanced Study in Bioethics*, 2013/55, S. 5 f. („Aristotelian phantom pain“).

thomistische Prinzipien⁸¹ austeilender und/oder ausgleichender Gerechtigkeit gebraucht, versteht den Gegenstand falsch. Das privatrechtstheoretische *explanandum* wird damit zielgenau verfehlt. Was dabei auf der Strecke bleibt, ist nämlich die Idee des Vertrages als solche:

“Because the notion of contract is inherently founded on the idea of two or more persons realizing individual self-determination by means of voluntarily entering legally binding agreements, there is no such thing as a ‘choice of paradigm’ for the theory of contract. **Alternative ‘paradigms’ necessarily fail to grasp the meaning of their object.** At best, they denote (well-founded or not so well-founded) limits of the realm of contracts, but cannot explain what contracts are. **They are built around a void.**”⁸²

Fried fokussiert mit dem Versprechen allerdings gerade ein Institut, das sich als Mittel der Realisierung individueller Selbstbestimmung und Entscheidungsfreiheit verstehen lässt. Vertrag und Versprechen teilen sich ihr normatives Gravitationszentrum: Beiden liegt die Vorstellung zugrunde, dass sich zwei (oder mehr) autonome Personen treffen und allein durch ihren – in der aufeinander bezogenen Kommunikation manifestierten – Willen neue Verpflichtungen schaffen und in die Welt bringen.

Contract as Promise nimmt also die personale Autonomie der vertragsschließenden Individuen ernst. *Fried* läuft damit nicht – wie etwa alle teleologisch-maximierenden Theoriestränge⁸³ – Gefahr, den Einzelnen lediglich als „Glieder“ einer „Kollektivperson“ zu begreifen, damit den liberalen Grundsatz der *separateness of persons*⁸⁴ auszuhebeln und unterschiedlichste Individuen mit subjektiven (Freiheits-)Rechten einfach zu „amalgamieren“ (“in short [...] having my uniqueness insufficiently recognised, being classed as a member of *some featureless amalgam*”⁸⁵).

⁸¹ Beispiele sind *Weinrib* (Fn. 23) und *ders.*, *Corrective Justice*, 2012 sowie *Gordley*, *Contract Law in the Aristotelian Tradition*, in: *Benson*, *The Theory of Contract Law: New Essays*, 2001, S. 265 ff.

⁸² *Gutmann* (Fn. 80), S. 12 (Hervorhebung durch Verfasser).

⁸³ “Maximizing teleological theories cannot deal with the ‘separateness of persons’. Lacking a discrete criterion for the distribution of benefits and burdens, they always allow for the sacrifice of one person’s interests or rights if her loss is outweighed by the aggregated collective advantage. Neither separate persons nor their rights, nor the binding force of their agreements are of intrinsic importance in the end.”, *Gutmann* (Fn. 80), S. 6.

⁸⁴ *Ramls*, *A Theory of Justice*, 1972, S. 27.

⁸⁵ *Berlin*, *Two Concepts of Liberty*, in: *Hardy*, *Liberty*, 2002, S. 166 (201) (Hervorhebung durch Verfasser).

Insbesondere kommt die Erklärungskraft der *promissory theory* auch damit zurecht, dass es sich bei Verträgen stets um mehrseitige Rechtsgeschäfte handelt. „Für Versprechen braucht es [ebenfalls] zwei“⁸⁶, hat das *Judith Thomson* in ihrer philosophischen Analyse präzise auf den Punkt gebracht. Bei einem kommunikativen Akt, der sich im Nachhinein konsistent mit *promise* etikettiert wissen will, sind notwendigerweise *Promittent* und *Promissar* aktiv involviert.⁸⁷ Allein in meinem stillen Kämmerlein lässt sich gegenüber einer abwesenden Person dagegen kein Versprechen abgeben, da zumindest Rezeption und Annahme dafür als Minimalbedingungen hinzutreten müssten.⁸⁸ Auch Versprechen sind aus mindestens zwei Gründen mehrseitig: *Erstens* tariert ein notwendiger *Zustimmungsakt* der *Promissare* die beiderseitigen Interessen aus. Die *Promittenten* wollen sich binden können, während die *Promissare* ihrerseits daran interessiert sind, die ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen kontrollieren zu können.⁸⁹ Ohne die Annahmebedingung würden den potenziellen *Promissaren* vor diesem Hintergrund unverhältnismäßig hohe Kosten aufgebürdet.⁹⁰ *Fried* selbst hat in diesem Zusammenhang das Beispiel einer Gruppe mir völlig unbekannter Personen gebracht, die vom Bevölkerungswachstum beunruhigt sind und mir daher per Postkarte „versprechen“, nicht mehr als zwei Kinder in die Welt zu setzen.⁹¹ Es wäre recht bizarr, allein daraus abzuleiten, dass diese Personen von nun an in der promissorischen Pflicht stehen, meinen Segen einholen zu müssen, falls sie ein drittes Kind haben möchten.⁹² *Zweitens* geht bereits phänomenologisch die Initiative in den meisten Fällen von der *Promissare* aus: „Die eine Person bittet die andere, ihr etwas Bestimmtes zu versprechen, oder will zumindest klären, ob ihr die andere Person auch verspreche, etwas Bestimmtes zu tun.“⁹³

Diese Mehrseitigkeit illustriert zudem, wie einige Sprachverwirrungen rund um das „Versprechen“ aufzulösen sind. Der Begriff lädt zu Äquivokationen ein, sodass kurz darauf hinzuweisen ist, was Versprechen eben nicht sind: Sie sind (a) keine normalen *Aussagen*, (b) keine bloßen *Gelöbnisse* und (c) keine simplen *Drohungen*. Dies ist zutreffend, obwohl sich alle diese Typen von Aussprüchen problemlos mit einem „das verspreche ich“ formulieren lassen.

⁸⁶ *Thomson*, *The Realm of Rights*, 1990, S. 321 (Einfügung durch Verfasser), ausführlich S. 296 ff.

⁸⁷ Dazu ausführlich *Anwander* (Fn. 61), S. 23-36.

⁸⁸ *Ebd.*, S. 23.

⁸⁹ *Scanlon*, *What we owe to each other*, 1998, S. 312 f.

⁹⁰ *Anwander* (Fn. 61), S. 34.

⁹¹ *Fried* (Fn. 21), S. 41.

⁹² *Ebd.*

⁹³ *Anwander* (Fn. 61), S. 32.

Der Adressat einer *Aussage* ist nur passiver Rezipient und nicht annahmefähig, weshalb diese ihm gegenüber keinerlei Pflichten schaffen bzw. Rechte verleihen kann, die inhaltlich auf Performanz der kommunizierten Absicht gerichtet sind.⁹⁴ *Gelübde*, *Eide* oder *Schwüre* sind ebenfalls rein einseitig; ich kann sie auch etwa klammheimlich in meinem Tagebuch ablegen. Gelübde müssen also ebenfalls nicht angenommen werden (die §§ 145 ff. BGB würden für sie keinerlei Sinn ergeben) und es ist zudem nicht der Fall, dass die Instanz, der gegenüber ich feierlich schwöre, stets ein Recht auf die zugesagte Handlung hat: So kann ich etwa Gelübde auf die Ehre meiner bereits verstorbenen Großmutter (die kein Rechtssubjekt mehr ist), den Koran, das Vaterland oder die Pfadfinderehre ablegen.⁹⁵ *Drohungen* erfordern schließlich zwar einen Rezipienten, aber eben keinen, der „Dinge wie ‚O.K.‘ [oder] ‚Abgemacht‘“⁹⁶ sagt, also die Drohung annimmt.

„Es ist vielmehr der Versuch, im Adressaten bestimmte Erwartungen zu wecken, die im Zusammenspiel mit seinen Präferenzen dazu führen sollen, dass er sich in einer vom Drohenden erwünschten Weise verhält.“⁹⁷

Auf eine einfache Formel gebracht: „Versprechen verändern die normative Situation; Drohungen verändern die Welt.“⁹⁸

Wenn „Versprechen“ analytisch richtig verstanden werden, teilen sie mit dem Vertrag somit auch das Spezifikum der Mehrseitigkeit.⁹⁹ *Fried* kann theorieintern sinnvoll von „Verträgen“ sprechen.

A₁ bringt *Contract as Promise* nach alledem nicht in Verlegenheit. Mit *Hanoch Dagan* und *Michael Heller* ist daher erst einmal festzuhalten: „Fried got the ball rolling“¹⁰⁰.

II. A₂: Warum binden Versprechen?

Ungleich wichtiger ist natürlich die Frage, ob er zusätzlich plausibel rechtfertigen kann, warum Versprechen (und damit auch Verträge) Verpflichtungen auferlegen. Diese Bindungskraft von Versprechen ist philosophisch keinesfalls

⁹⁴ *Anwender* (Fn. 61), S. 55. Zu etwaigen Manipulationsverboten und Sorgfaltspflichten *Scanlon* (Fn. 89), S. 296-302.

⁹⁵ *Anwender* (Fn. 61), S. 59 f.

⁹⁶ *Ebd.*, S. 63.

⁹⁷ *Ebd.*, Drohungen verleihen dem Bedrohten daneben natürlich auch kein (einklagbares) Recht darauf, dass die androhte Handlung ausgeführt wird; das wäre grotesk.

⁹⁸ *Ebd.*, Drohungen sind also – sprachphilosophisch ausgedrückt – eine perlokutionäre Angelegenheit.

⁹⁹ Einen schematisch-tabellarischen Überblick zur Abgrenzung von Versprechen und ähnlich lautenden kommunikativen Akten bietet *Anwender* (Fn. 61), S. 65.

¹⁰⁰ *Dagan/Heller* (Fn. 22), S. 24.

trivial und hat schon Denker wie *Cicero*, *Hugo Grotius*, *Thomas Hobbes*, *Immanuel Kant*, *Friedrich Nietzsche* oder *Henry Sidgwick* umgetrieben.¹⁰¹ Auch in der neueren (analytischen) Philosophie erfreut sich der Problemcluster – beispielsweise in der Sprachphilosophie, Handlungstheorie sowie innerhalb von Theorien praktischer Rationalität – wieder großer Beliebtheit.¹⁰²

1. *Frieds* doppelter Boden – Soziale Praxis und Autonomie

Charles Fried hat die Verpflichtungskraft menschlicher Aussagen im Versprechenskontext, wie oben referiert (**B. I.**), auf zwei normative Argumentationsstränge gestützt: Eine soziale Konvention, die Vertrauen (*trust*) generiert, einerseits sowie die wechselseitigen Achtungsbeziehungen zwischen autonomen Personen (*respect for individual autonomy*) andererseits. Ein Versprechen sei deswegen bindend, weil der *Promittent* das Institut des Versprechens bewusst einsetzt und damit Vertrauen für sich in Anspruch nimmt. Wenn er das Versprechen nicht einhält, enttäuscht er das Vertrauen und nimmt die Person des *Promissars* nicht „für voll“, obwohl er diesem Respekt schuldet.

Hier legt bereits die Formulierung nahe, dass die zwei Stränge bei eingehender Betrachtung voneinander unabhängig sind. Dies wird auch durch den Umstand gestützt, dass beide in der kontroversen philosophischen Debatte, welche sich

¹⁰¹ *Nietzsche*, Zur Genealogie der Moral, Eine Streitschrift (1887), in: Colli/Montinari, Friedrich Nietzsche: Sämtliche Werke, Kritische Studienausgabe, 2. Aufl. 1988, S. 291-293; *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), in: Preussische Akademie der Wissenschaften, Kants gesammelte Schriften, Band IV, 1903, S. 402 f., 429 f.; *Sidgwick*, The Methods of Ethics, 7. Aufl. 1907, S. 303-311; *Grotius*, De Jure Bellis ac Pacis, Libri Tres, Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens (1625), 1950, S. 235-244; *Hobbes*, Leviathan (1651), in: Tuck, 1996, S. 94-100; *Cicero*, De officiis, Vom pflichtgemäßen Handeln, lateinisch und deutsch, in: Gunermann, 2003, S. 29-31.

¹⁰² Etwa *Austin*, How to do Things with Words, 1962; *Searle*, Speech Acts, An Essay in the Philosophy of Language, 1969; *Bratman*, Intentions, Plans, and Practical Reasons, 1987; *Scanlon* (Fn. 89); *Schenk*, Kontinuität der Person, zum Versprechen und Vertrauen, 1998; *Labno*, Versprechen, Überlegungen zu einer künstlichen Tugend, 1995; *Gilbert*, Obligation and Joint Commitment, *Utilitas* 11 (2) 1999, 143 ff.; *Klass*, Das Versprechen, Grundzüge einer Rhetorik des Sozialen nach Searle, Hume und Nietzsche, 2002; *Schneider/Annen*, Die Ordnung des Versprechens, Naturrecht, Institution, Sprechakt, 2005; *Glückner*, Das Versprechen. Studien zur Verbindlichkeit menschlichen Sagens in Søren Kierkegaards Werk „Die Taten der Liebe“, 2009; *Scheinmann*, Promises and Agreements, Philosophical Essays, 2011; *Black*, Agreements, A philosophical and legal study, 2012; *Owens*, Shaping the normative landscape, 2012; einen Überblick bietet *Habib*, Promises, in: Zalta, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2018 Edition), abrufbar unter: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2018/entries/promises/>.

mit der Bindungskraft von Versprechen beschäftigt, unterschiedlichen und konkurrierenden Theorielagern entsprechen.¹⁰³

Der damit erreichte Begründungsüberschuss bekommt der *promissory theory* allerdings nicht besonders gut. In einem ersten Schritt zielt nämlich die *trust*-Rechtfertigung an wesentlichen Stellen am eigentlichen Begründungsprojekt vorbei.

a) *Das soziale Spiel*

Versprechen lediglich als Konvention oder soziale Praxis zu begreifen¹⁰⁴, begründet erst einmal gar nichts. Dass es gewisse Praxen faktisch gibt oder gab, sagt uns nichts darüber, ob diese auch wertvoll sind bzw. waren (man denke z. B. an Sklaverei, Hexen- oder Witwenverbrennung). Denn derlei Folgerungen sind allesamt naturalistische Fehlschlüsse, die normativ am nicht zu überwindenden Hiatus von „Faktizität und Geltung“¹⁰⁵ scheitern.

Wird daraufhin zusätzlich auf die Inanspruchnahme von Vertrauen (*trust*) verwiesen, rettet das die fried'sche Argumentation nicht.

Erstens müssten wir dann in vielen Fällen kontraintuitiv annehmen, dass Versprechen in sozialen Nähebeziehungen – z. B. innerhalb der Familie oder unter Freunden – überflüssig sind. Denn so wie mein Versprechen gegenüber einem Sterbenden auf der einsamen Insel niemals das allgemeine Vertrauen in die Praxis erschüttern kann (es weiß ja niemand davon), wenn ich es breche¹⁰⁶, so scheint ein einzelner Vertrauensbruch innerhalb sozialer Konstrukte, in denen ohnehin eine vertraute Atmosphäre herrscht, nicht sonderlich ins Gewicht zu fallen. Selbst wenn doch, würde das wohl eher dazu führen, dass mir, dem Versprechensbrecher, kein Vertrauen mehr entgegengebracht wird und nicht der allgemeinen sozialen Hintergrundpraxis:

¹⁰³ Siehe für die Lagerbildung einerseits Fn. 104 („Praxistheorien“) und andererseits Fn. 118 („Promittententheorien“).

¹⁰⁴ Solche (oft von *David Hume* inspirierten) Praxistheorien sind auch in der allgemeinen philosophischen Debatte weit verbreitet. Beispiele sind *Ginters*, Versprechen und Geloben, Begründungsweisen ihrer sittlichen Verbindlichkeit, 1973; *Rawls*, Two Concepts of Rules, in: *Rawls/Freemann*, John Rawls, Collected Papers, 1999, S. 20 ff. [zu dessen Privat- und Vertragsrechtstheorie im Besonderen *Scheffler*, Distributive Justice, the Basic Structure and the Place of Private Law, *Oxford Journal of Legal Studies* 35 (2) 2015, 213 ff.]; *Kolodny/Walace*, Promises and Practices Revisited, *Philosophy and Public Affairs* 31 (2) 2003, 119 ff. oder *Murphy*, The Practice of Promise and Contract, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 151 ff.

¹⁰⁵ *Habermas* (Fn. 11).

¹⁰⁶ *Anwander* (Fn. 61), S. 140.

„Durchaus korrekt lautet das Sprichwort ‚Wer einmal lügt dem glaubt man nicht, und wenn er auch die Wahrheit spricht‘ und nicht etwa ‚Wenn einer lügt, glaubt keiner mehr.‘“¹⁰⁷

Die „phänomenologische Verzerrung“¹⁰⁸ der *trust*-Rechtfertigung zeigt sich aber gerade darin, dass ihre Vertreter häufig behaupten, in von Wohlwollen und Fürsorge geprägten menschlichen Beziehungen seien Versprechen schlicht fehl am Platz.¹⁰⁹ Das wird allerdings durch unsere Erfahrungen im Alltag flächendeckend widerlegt:

„Wir bitten Freunde, uns zu versprechen, ein eben geteiltes Geheimnis nicht weiterzuerzählen; Kinder ringen ihren Eltern Versprechen ab, am Wochenende in den Zoo zu gehen; ein Raucher verspricht seiner Freundin, seinem Laster ein Ende zu setzen.“¹¹⁰

Es ist *Joseph Raz* sogar zuzustimmen, wenn er noch weiter geht und feststellt: „Promises between strangers are [even] the exception“¹¹¹.

Zweitens ergibt sich insoweit ein „Fokusproblem“¹¹², als die *trust*-Begründung nicht erklären kann, warum die Einlösung des Versprechens einer spezifischen Person (dem *Promissar*) geschuldet ist. Die Gerichtetheit der promissorischen Verpflichtung¹¹³ kann so theoretisch nicht eingefangen werden. Wird nämlich durch die Nichteinhaltung von Versprechen eine wertvolle Praxis unterminiert, ist die Pflicht, dies nicht zu tun, „so wenig jemandem geschuldet, wie die Pflicht, nicht zu zerstören, was immer es an Wertvollem auf dieser Welt gibt – Regenwälder, Gemälde, Bauwerke – gegenüber bestimmten Personen besteht“¹¹⁴. Geht es allein um Artenschutz für die gesellschaftliche Konvention, ist niemand in einer privilegierten Position, um dem *Promittenten* Vorwürfe zu machen, wenn er die Performanz des Versprochenen verweigert.¹¹⁵ Die Versprechenspflicht könnte nach diesem Modell also nicht gerichtet sein.

¹⁰⁷ *Amvander* (Fn. 61), S. 141.

¹⁰⁸ *Ebd.*, S. 149.

¹⁰⁹ So z. B. *Baier*, *Postures of the Mind, Essays on Mind and Morals*, 1985, S. 201 und *dies.*, *Moral Prejudices, Essays on Ethics*, 1994, S. 112.

¹¹⁰ *Amvander* (Fn. 61), S. 150. Nicht anders verhält es sich mit (rechtlichen) Verträgen in sozialen Nähebeziehungen. Hier ist zwar häufig anhand des Rechtsbindungswillens von reinen Gefälligkeitsverhältnissen etc. abzugrenzen, die Existenz und der faktische Bestand solcher Verträge ist allerdings unumstritten.

¹¹¹ *Raz*, *Promises in Morality and Law*, Review of “Promises, Morals and Law” by P.S. Athiyah, *Harvard Law Review* 95 (4) 1982, 916 (931), ähnlich *Kimel* (Fn. 46), S. 27-31.

¹¹² *Amvander* (Fn. 61), S. 151.

¹¹³ Dazu oben **B**.

¹¹⁴ *Amvander* (Fn. 61), S. 152.

¹¹⁵ *Ebd.*

Drittens ist es zirkulär, darauf abzustellen, dass Versprechen zu halten sind, weil es falsch ist, die damit geweckten Erwartungen beim *Promissar* ins Leere laufen zu lassen.¹¹⁶ Die berechnete Erwartung, der *Promittent* werde X tun, setzt voraus, dass dieser dazu aufgrund des Versprechens verpflichtet ist. Allerdings besteht die Verpflichtung nach der *trust*-Rechtfertigung ihrerseits nur, wenn der *Promissar* die berechnete Erwartung hat, der *Promittent* werde X tun. Die Theorie müsste sich also argumentativ am eigenen Schopf aus dem Sumpf ziehen.

Versprechen verpflichten demnach nicht einfach deshalb, weil *Promittenten* eine soziale Konvention in Anspruch nehmen; schlicht „das (soziale) Spiel mitzumachen“ genügt nicht.

b) *Die Stiefelschlaufen der Willenstheorie – Bootstrapping?*

Damit sind *Frieds* Begründungsressourcen noch nicht erschöpft. Als Willenstheoretiker hat er zusätzlich eine bestechend simple Erklärung zur Hand, um plausibel zu machen, warum Versprechen einzuhalten sind: Der *Promittent* bringt durch sein Versprechen eine Verpflichtung in die Welt, indem er schlicht gewollt hat, dass sie besteht. „Ihm kommt mithin das Vermögen zu, kraft seiner Autonomie moralische Gründe in Existenz zu wollen.“¹¹⁷ Diese Rechtfertigungsstrategie lässt sich als (a) stark *voluntaristisch* und (b) eindeutig *promittentenfokussiert*¹¹⁸ charakterisieren. Die Bindung an das Versprechen wird also im Kern als *Selbstverpflichtung des Promittenten* verstanden; dieser bringt in einem ersten Schritt für sich selbst eine Verpflichtung in die Welt und teilt dies – in einem zweiten, davon logisch abgrenzbaren Akt – dem *Promissar* mit.¹¹⁹ In *Contract as Promise* liest sich das dann so: “[The] conception of the will binding itself [...] [is] at the heart of the promise principle”¹²⁰.

¹¹⁶ Der Zirkularitätseinwand geht auf *Harold Prichard* zurück: *Prichard*, *The Obligation to Keep a Promise* (1940), in: MacAdam, *Moral Writings*, 2002, S. 257 (258 f.). Dazu ausführlich *Anwander* (Fn. 61), S. 78-180.

¹¹⁷ *Anwander* (Fn. 61), S. 115.

¹¹⁸ Zwei weitere philosophische Spielarten solcher Versprechenstheorien haben *R. S. Downie* und *Joseph Raz* vertreten. Die Bindungswirkung wird dabei aus einem für ein gutes Leben zentralen Wert abgeleitet, etwa der Integrität des Promittenten [*Downie*, *Three Accounts of Promising*, *Philosophical Quarterly* 35 (140) 1985, 259 (266 f.)] oder dem Wert persönlicher Beziehungen [*Raz*, *Promises and Obligations*, in: *Hacker/Raz*, *Law, Morality, and Society*, *Essays in Honour of H.L.A. Hart*, 1977, S. 210 ff.; *ders.* (Fn. 111) sowie *ders.*, *Is There a Reason to Keep a Promise?*, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 58 ff.].

¹¹⁹ *Anwander* (Fn. 61), S. 115.

¹²⁰ *Fried* (Fn. 21), S. 3. *Frieds* Respektsrechtfertigung changiert tatsächlich an vielen Stellen in *Contract as Promise*. Er schwankt zwischen der Autonomie des *Promittenten* und der Achtung vor dem *Promissar* recht unentschieden hin und her, *Anwander* (Fn. 61), S. 122

Das lässt einerseits die philosophisch heikle Flanke einer potentiell unwiderruflichen Selbstverpflichtung offen, also die Frage nach der Möglichkeit bindender sog. *Ulysses-contracts*¹²¹. Ohne „Verträge“ dieser umstrittenen Art könnte der Promittent die eigene Verpflichtung nämlich jederzeit höchstpersönlich auflösen, sich also selbst entbinden (moralisch und in der Konsequenz auch rechtlich).¹²²

Frieds umfassender *Voluntarismus*, seine Vorstellung vom *Promittenten* als allmächtigem moralischen Gesetzgeber, provoziert allerdings andererseits einen sehr viel intrikateren Einwand, der in zeitgenössischen Theorien praktischer Rationalität gerne unter dem Etikett des *Bootstrapping*¹²³ verhandelt wird. Es wäre nicht bloß – wie bereits *Hume* bemerkt hat – metaphysisch extravagant, wenn der schiere Wille die Eigenschaft besäße, einen Grund *ex nihilo* hervorzubringen. Nein, es wäre auch normativ völlig inkonsistent: Isolierte Einstellungen können nicht gleichzeitig Gründe für eben diese Einstellungen sein – „jedenfalls nicht in einer Weise, die mehr leistet, als nur die Gründe zu transportieren, die es unabhängig von den Einstellungen für diese Überzeugungen und Absichten gibt“¹²⁴. Auch normativ „funktioniert“ es einfach nicht, wenn man praktische Rationalität darauf reduziert, sich eigenhändig die Schnürsenkel zu binden – eben *Bootstrapping* betreibt:

„Es gibt keinen Grund, zu glauben, dass UFOs existieren. Wenn aber Überzeugungen einen epistemischen Grund für sich selbst liefern würden, gäbe es für jene, die von der Existenz von

(“To abuse that confidence now is like (but only *like*) lying: the abuse of a shared social institution that is intended to invoke the bonds of trust. A liar and a promise-breaker each *use* another person.” [*Fried* (Fn. 21), S. 16].

¹²¹ Dazu etwa *Quante*, Precedent Autonomy and Personal Identity, *Kennedy Institute of Ethics Journal* 9 (4) 1999, 365 ff., *Hallich*, Selbstbindung und medizinischer Paternalismus, Zum normativen Status von „Odysseus-Anweisungen“, *ZPhF* 65 (2) 2011, 151 ff. oder *Walker*, Ulysses Contracts in Medicine, Law and Philosophy 31 (1) 2012, 77 ff.

¹²² *Fried* versucht wohl – ohne das Problem der „Odysseusverträge“ präzise zu benennen oder explizit zu diskutieren – diese Konsequenz zu verhindern, indem er der früheren Entscheidung des *Promittenten* Priorität einräumen will. Das ergebe sich aus dem moralischen Gebot der Achtung vor der Persistenz dieser Person über die Zeit [*Fried* (Fn. 21), S. 20 ff.].

¹²³ Ausführlich *Bratman*, Shared Valuing and Practical Reasoning, S. 1 ff.; *Broome*, Reasons, S. 28 ff. und *Scanlon*, Reasons: A Puzzling Duality?, S. 231 ff., jeweils in: Wallace/Scheffler/Smith, Reason and Value, Themes from the Moral Philosophy of Joseph Raz, 2004; *Weisberg*, The Bootstrapping Problem, in: *Philosophy Compass* 7 (9) 2012, 597 ff.

¹²⁴ *Anwander* (Fn. 61), S. 72.

UFOs überzeugt sind, einen Grund zu glauben, dass es UFOs gibt, und zwar einfach deshalb, weil sie diese Überzeugung haben.“¹²⁵

Jede beliebige Überzeugung X wäre in dem Sinne minimalbegründet, dass es jemanden gibt, der sie, X, hat. Dann kann aber die bloße Tatsache „der *Promittent* verspricht eine bestimmte Handlung“ nicht zu einer entsprechenden Verpflichtung führen, solange sonst überhaupt nichts für die Handlung spricht, es keinen weitergehenden Grund gibt, sie vorzunehmen.¹²⁶

Eine Selbstvalidierung von Einstellungen, Absichten oder Willensakten ist normativitätstheoretisch unplausibel. Daher kann die fried'sche Variante der Willenstheorie, die lediglich auf eine freischwebende Selbstverpflichtung des *Promittenten* abzielt, nicht überzeugen.

Nur in zweiter Linie ließe sich kritisieren, dass in diesem Begründungssetting erneut keinerlei Gerichtetheit der *promissorischen* Verpflichtung rekonstruiert werden kann. Der einzig mögliche Vorwurf gegenüber dem wortbrüchigen *Promittenten*¹²⁷ „wäre der, seine eigene Autonomie missachtet zu haben.“¹²⁸ Allerdings gehen wir doch regelmäßig davon aus, dass dem *Promissar* die Pflichterfüllung geschuldet ist und ihm durch den Versprechensbruch ein Unrecht widerfährt.

2. Zwischenergebnis

Fried scheitert mit seinen theoretischen Werkzeugen also bereits an der Hürde A₂. Weder die *trust*-Komponente noch die Autonomierechtfertigung – jedenfalls in ihrer *promittentenfokussierten* Lesart – können im Endeffekt kohärente Begründungsressourcen für die Bindungswirkung von Versprechen liefern.

III. A₃: Der *strictly legal point of view* – Konsens und *normative powers*

Warum Verträge binden, kann schließlich im Sinne von A₃ einfacher und eleganter ohne den Umweg über die soziale Praxis oder die Moralität des Versprechens begründet werden.¹²⁹ Es genügt, schlicht auf den *Konsens* der Parteien abzustellen, der Kraft ihrer *normative powers* vom Rechtssystem mit dem Gütesiegel der Gültigkeit versehen werden muss.

In den Worten von *Joseph Raz*:

¹²⁵ *Amvander* (Fn. 61), S. 72.

¹²⁶ *Ebd.*, S. 73.

¹²⁷ Bzw. der Vorwurf, den er sich in erster Linie selbst zu machen hätte.

¹²⁸ *Amvander* (Fn. 61), S. 121.

¹²⁹ Ebenso *Gutmann* (Fn. 80), S. 4 und *ders.* (Fn. 3), S. 9.

*“Normative powers are the abilities of people (or institutions) to change normative situations or conditions (i.e. to impose or repeal duties, to confer or revoke rights, to change status, etc.) by acts intended to achieve these changes, where the ability depends on (namely is based, grounded on, justified by) the desirability (the value) of those people (or institutions) having them.”*¹³⁰

Mit dieser philosophischen Idee im Hintergrund lässt sich im Anschluss an *Randy Barnett* eine *Consent Theory of Contract*¹³¹ entwickeln. Zwar präsentiert *Barnett* im Kern ein Einwilligungsmodell (*consent*). Willigen aber beide Vertragsparteien in den gegenseitigen Austausch von subjektiven Rechten ein, liegt nichts anderes als ein (rechtlich anerkennungswürdiger) Konsens vor:

*“Courts should presumptively enforce private commitments when there exists a manifested intention to create a legal relation. Another formulation of this approach is that, to determine the prima facie case of contract, we should determine whether there was a manifested intention to be legally bound. I refer to this criterion, in short, as consent.”*¹³²

Programmatisch kann man also gegen *Fried* ins Feld führen: *“Contract Is not Promise; Contract is Consent”*¹³³.

*“The notion of contract is best captured in the legal, not moral, idea of a transfer of entitlements, conceiving a contract as the consensual manifestation of an intention to alienate one’s right to another person. In contractual agreements, the parties consent to be legally bound, i. e. to impose legal obligations to be performed.”*¹³⁴

Das alles ist aber natürlich nicht viel mehr als ein Bekenntnis, das selbst rechtfertigungsbedürftig ist. Darum werde ich im Folgenden andeuten, wie ich mir die rechtstheoretische Tiefenstruktur eines solchen Ansatzes vorstelle. Ich verwende dabei weiterhin die Termini „*Promittent*“ und „*Promissar*“, weil auf diese Weise besonders deutlich wird, welche Seite der Vertragsparteien welche Funktion in dem vorgeschlagenen Modell einnimmt.

Die Vorstellung, dass es für Verträge zwei braucht, sollte normativ durch den Hinweis ergänzt werden, dass es bei Verträgen ganz wesentlich auf die wiederholte Ausübung von subjektiven Rechten ankommt – genauer, auf die Ausübung von Clustern juristischer Relationen in ihrer spezifischen Erscheinung

¹³⁰ *Raz*, Is There a Reason to Keep a Promise?, in: *Klass/Letsas/Saprai* (Fn. 10), S. 58 (61).

¹³¹ *Barnett*, A Consent Theory of Contract, *Columbia Law Review* 86 (2) 1986, 269 ff.

¹³² *Barnett* (Fn. 67), S. 48.

¹³³ *Ebd.*, S. 42.

¹³⁴ *Gutmann* (Fn. 80), S. 4.

als *Kompetenzen (legal powers)*¹³⁵. Die Idee, Verträge (oder Versprechen) als Ausübung einer Kompetenz zu analysieren, kraft derer der *Promittent* für sich eine Verpflichtung installiert und dem *Promissar* ein Recht überträgt, ist nicht neu.¹³⁶ Wirklich instruktiv wird die Theorie allerdings erst, wenn ins Blickfeld gerückt wird, dass „beide – sowohl *Promittent* als auch *Promissar* – eine Kompetenz ausüben.“¹³⁷ Per Angebot transferiert der *Promittent* dem *Promissar* eine Kompetenz, wobei er mit diesem Akt gleichzeitig selbst eine Kompetenz ausübt. Will heißen: Der Gegenstand der überschriebenen Kompetenz ist eine Kompetenz. Damit der *Promissar* in der Lage ist, ihn zu verpflichten, macht der *Promittent* also gewissermaßen Gebrauch von einer *Metakompetenz*¹³⁸ (= Angebot). Der Inhalt der delegierten Kompetenz lautet dann etwa wie folgt: „Der *Promissar* wird autorisiert, den *Promittenten* hinsichtlich der von diesem spezifizierten Handlung X zu verpflichten.“¹³⁹

„Es ist also nicht der *Promittent*, der für sich selbst eine Verpflichtung schafft, in einer bestimmten Weise zu handeln, bzw. dem *Promissar* ein Recht darauf überträgt, dass er, der *Promittent* so handelt. Vielmehr ist es der *Promissar*, der durch die Ausübung der ihm übertragenen Kompetenz für sich selbst gegenüber dem *Promittenten* ein Recht darauf schafft, dass dieser so handelt.“¹⁴⁰

Mit diesem Theoriegebäude lassen sich die Angebots- und Annahmebedingung eines Vertragsschlusses folgendermaßen fassen:¹⁴¹

- (1.) Der *Promittent* übt eine Metakompetenz aus (= Angebot).
- (2.) Als Resultat hat der *Promissar* seinerseits eine bestimmte Kompetenz.
- (3.) Der *Promissar* übt die ihm übertragene Kompetenz aus (= Annahme).

¹³⁵ Zum zugrunde liegenden (deontisch-)analytischen System *Hobfeld*, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* (1919), in: Campbell, 2001.

¹³⁶ So z. B. bereits *Raz*, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, Part II, *Proceedings of the Aristotelian Society*, supplementary volume 46, 1972, 79 (98-101).

¹³⁷ *Anwander* (Fn. 61), S. 40. Eine solche Theorie hat *Judith Thomson* entwickelt: *Thomson* (Fn. 86), S. 294-321.

¹³⁸ *Thomson* (Fn. 86), S. 320 („metapower“).

¹³⁹ *Anwander* (Fn. 61), S. 40.

¹⁴⁰ *Ebd.*

¹⁴¹ Die Darstellung ist an die Rekonstruktion in *Anwander* (Fn. 61), S. 40 f. angelehnt.

(4.) Damit hat (a) der *Promissar* ein Recht (auf Performanz¹⁴²) gegenüber dem *Promittenten* und (b) der *Promittent* eine Verpflichtung (zur Performanz) gegenüber dem *Promissar* (= Vertragsschluss).¹⁴³

Es ist also (auch) rechtstheoretisch nicht korrekt, dass der *Promittent* „sich selbst verpflichtet“ (C. II. 1. b)); vielmehr „lässt er sich verpflichten“. Der *Promissar* ermöglicht es ihm, sich zu binden.¹⁴⁴

Man stelle sich als Ausgangsszenario eine Fessel vor, mit der alle beteiligten Parteien aneinandergebunden sind. Jede von ihnen hat nur einen von zwei (oder mehreren) zugehörigen Schlüsseln:¹⁴⁵

„Mit Blick auf [...] [Verträge] müsste man vielleicht eher an eine Fessel denken, deren eines Ende am Promittenten angebracht ist und deren anderes Ende er dem Promissar samt Schloss übergeben hat, auf dass dieser ihn an sich selbst festmache. Ein wichtiges Moment in diesem Bild ist, dass der Promittent unmittelbar an den Promissar gebunden ist. An dieser Stelle geht es [...] jedoch darum, was durch das Schloss angezeigt wird. [...] Tatsächlich ist es [...] allein der Promissar, der von einem [...] [Vertrag] zu entbinden vermag. Er verfügt über den Schlüssel zu der Fessel, mit der er den Promittenten bei [der] Annahme [...] festgemacht hat, und er kann ihn mit diesem Schlüssel wieder losmachen. [...] Der Promittent hat dem Promissar die Kompetenz übertragen, ihn zu binden; mit derselben Kompetenz kann ihn der Promissar entbinden [...]. Denn ein bloßes Anspruchsrecht seitens des Promissars würde nicht bedeuten, dass dieser auch die Macht hat, das Recht aufzugeben. Eine Veränderung seines normativen Status setzt eine Kompetenz voraus, und dies ist es, was der Promittent ihm übertragen hat.“¹⁴⁶

¹⁴² “If Y gives X his or her word that a certain proposition is true, then X thereby acquires a claim against Y to its being true.”, Thomson (Fn. 86), S. 302.

¹⁴³ Bei synallagmatischen Verträgen muss der skizzierte Vorgang natürlich von beiden Vertragspartnern in jeweils wechselnden Rollen durchlaufen werden.

¹⁴⁴ *Amwander* (Fn. 61), S. 41. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass „Bindung“ in diesem Text ausschließlich als Synonym für Verpflichtungen (oder eine Verpflichtung) infolge eines Vertragsschlusses (oder eines abgeschlossenen Versprechens) benutzt wird („Bindung an den Vertrag“). Insbesondere ist *niemals* die aus dem positiven Recht des BGB bekannte „Bindung an den Antrag“ (Umschreibung der Unwiderruflichkeit der Angebotserklärung) oder eine rechtstheoretische Entsprechung dieser Konstruktion gemeint.

¹⁴⁵ Dazu *Gilbert* (Fn. 102), S. 143 ff.

¹⁴⁶ *Amwander* (Fn. 61), S. 43, der diesen Ansatz für Versprechen entwickelt hat (Einfügung durch Verfasser). Die angesprochene Fähigkeit des *Promissars*, den *Promittenten* zu entbinden, hat in der BGB-Dogmatik im Übrigen keine Entsprechung. Einen wirksamen einseitigen Verzicht auf vertragliche Ansprüche gibt es im deutschen Recht nicht. Der Erlass ist hier positivrechtlich stets ein Vertrag.

Die vertragliche Bindung lässt sich dann in einem letzten Schritt philosophisch als das fassen, was *John Broome* ein *normatives Erfordernis*¹⁴⁷ genannt hat. Denn sobald der *Promittent* in seinen praktischen Einstellungen logisch konsistent bleiben will, muss er sich entweder vom Vertrag entbinden oder die *promissorische* Verpflichtung erfüllen, also Performanz leisten.¹⁴⁸ Da ersteres nicht möglich ist (allein die *Promissare* können, wie gesehen, die normativen Bande auflösen), muss er aus Konsistenzgründen anerkennen, dass er den Vertrag verletzt, sobald er eigenmächtig entgegen der promissorischen Verpflichtung handelt.

Der Handlungsgrund für die Verpflichtungswirkung speist sich dann letzten Endes konkret aus dem substanziellen normativen Prinzip der Achtung vor der Autonomie des *Promissars* (**D. II.**).

Pacta sunt servanda lässt sich also vom *strictly legal point of view*¹⁴⁹ aus als Konsens der Parteien über die Übertragung von *normative powers* modellieren. Das ist im Sinne von *A₃* sparsamer und damit (privatrechts-)theoretisch überzeugender als die Versprechenstheorie in *Contract as Promise*.

D. Die Autonomie der *Promissare*

I. Terminologische Kosten: „Versprechen“ in der Privatrechtsgeschichte

Frieds Fokussierung auf die moralische Praxis und den Terminus des „Versprechens“ weckt schließlich zu allem Überfluss irreführende privatrechtsgeschichtliche¹⁵⁰ Assoziationen:

Bereits im römischen Recht war das Versprechen, bzw. die *stipulatio*, eine zentrale Vertragskategorie. Allerdings in einem maximal vormodernen Sinne. Es handelte sich um ein quasi-sakrales und streng ritualisiertes Rechtsinstitut, das sich teilweise noch aus der ursprünglichen romanistischen Vorstellung vom Recht als arkanem Geheimwissen von Priestereliten speiste. Nicht der Wille der Parteien war dabei für den Vertragsinhalt entscheidend, sondern die für das formal ordnungsgemäße Abhandeln des Ritus erforderlichen gemurmelten Formeln. Dieser römische Typenzwang für Verträge hat rein gar nichts mit der modernen Idee der Vertragsfreiheit zu tun (insbesondere mit ihren Komponenten der Inhalts- und Formfreiheit). Im Gegenteil: Die *Digesten* gehen eindeutig davon aus,

¹⁴⁷ *Broome*, Normative Requirements, in: Dancy, Normativity, 2000, S. 78 ff. und *ders.* (Fn. 123), S. 28 ff. Zur Unterscheidung zwischen normativen Gründen und normativen Erfordernissen *Anwander* (Fn. 61), S. 77 ff.

¹⁴⁸ *Anwander* (Fn. 61), S. 90.

¹⁴⁹ *Ernst*, Gelehrtes Recht, Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 3 (16).

¹⁵⁰ Ich beziehe mich hier auf die europäische Privatrechtsgeschichte.

dass „nackte“ – wir würden heute sagen „formfreie“ – Verträge, bloße *pacta nuda* eben, nicht binden.¹⁵¹ Viel besser wird das Ganze auch nicht dadurch, dass etwa die Germanen und Kanonisten die Gegenansicht vertraten. Bei ihnen galt der Versprechensbruch, und daraus abgeleitet der Vertragsbruch, wahlweise als „religiöser Frevel“¹⁵² oder Todsünde¹⁵³. Das ist wiederum insofern vormodern als solche Begründungen nicht säkular oder allgemein-reziprok sind, was sich mit der liberalen Vorstellung eines ethisch neutralen Staates¹⁵⁴ nicht vereinbaren lässt.

Ein moderner Begriff der Vertragsfreiheit hat sich erst im säkularen Naturrecht und dem *usus modernus pandectarum* herausgebildet. So hat dessen Begründer *Samuel Stryk* bereits 1717 festgestellt, „dass heute alle echten Verträge [...] *Konsensualverträge* sind [...] Darin besteht nämlich die Wirkung der Konsensualverträge, dass allein durch Willensübereinstimmung die Verpflichtung hervorgebracht wird“¹⁵⁵. Die Überlappungen mit der vorgeschlagenen Theorie vertraglicher Bindungswirkung (C. III.) liegen auf der Hand.

Im Hinblick auf die Begriffsbildung in der europäischen Privatrechtsgeschichte besteht also jedenfalls für den deutschen Sprachraum die Gefahr, dass mit dem Motto „Vertrag als ‚Versprechen‘“ eine missverständliche und trügerische (Falsch-)Bezeichnung in die privatrechtstheoretische Debatte einsickert.¹⁵⁶

¹⁵¹ So etwa in der *Glossa ordinaria Accursius*, *Glossa ordinaria*, Ausgabe Lyon 1627, zu D. 2,14,7,4, abrufbar unter: <http://digi.ub.uni-heidelberg.de/diglit/justinian1627bd1>.

¹⁵² *Stryk*, *Specimen usus modernus pandectarum*, 1717, liber II, titulus XIV, Von den *pacta* § 3: „Dies ist besonders auch zu den Gebräuchen der Germanen zu sagen, bei denen es einst religiöser Frevel gewesen war, das auf Treue und beim Würfelspiel Zugesagte zu brechen“.

¹⁵³ Dazu *Wesenbeck*, *Commentarii in pandectas iuris civilis et codicem Iustinianum*, olim dicti paratitla, 1665, S. 86 f.

¹⁵⁴ Dazu *Huster*, *Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation der Verfassung*, 2002 und *ders.*, *Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates – Gehalt und Grenzen*, 2004 sowie *Fateh-Moghadam*, *Die religiös-weltanschauliche Neutralität des Strafrechts: Zur strafrechtlichen Beobachtung religiöser Pluralität*, 2015.

¹⁵⁵ *Stryk* (Fn. 152), *Von den pacta* § 7 (Hervorhebung durch Verfasser).

¹⁵⁶ Freilich ist im deutschen Sprachraum noch im 19. Jahrhundert von *Heinrich Siegel* versucht worden, das Versprechen als rechtlichen Verpflichtungsgrund auszuweisen, *Siegel*, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im deutschen Recht: eine germanistische Studie*, 1873. Im Unterschied zu *Fried* (1) versteht *Siegel* das Versprechen allerdings als rein einseitige Erklärung, die strikt von der Annahme zu trennen ist (*ebd.*, S. 7-19), (2) führt das Versprechen als einen Gegenbegriff zum Vertrag ein (*ebd.*, S. 1-7) und (3) verfolgt mit seinem rekonstruktiven Ansatz, der die grundlagentheoretische Rechtfertigung der promissorischen Verpflichtung gänzlich ausblendet, ein anderes Erkenntnisinteresse (allenfalls könnte man *Siegels* Studie implizit entnehmen, dass er

Dabei kann die Bindungswirkung im Rahmen der angedeuteten rechtstheoretischen Binnengrammatik des Vertragsschlusses (**C. III.**) plausibel damit begründet werden, dass die Autonomie des *Promissars* vom *Promittenten* respektiert werden muss. Das normative Leitbild ist dann mit *“taking promise(e)s seriously”*¹⁵⁷ auf den Begriff gebracht.

II. *Taking promise(e)s seriously*

Der Promittent schuldet der Autonomie des Promissars Achtung. Das bedeutet, ein Vertrag bindet ohne Rücksicht auf dessen perlokutionäre Effekte¹⁵⁸, „also unabhängig davon, dass der *Promissar* Erwartungen zum Verhalten des *Promittenten* ausbildet, an denen er sich in seinem eigenen Handeln orientiert“¹⁵⁹. Vielmehr übt der *Promissar* eine Kompetenz aus, vermittels der dem *Promittenten* eine Verpflichtung auferlegt wird. Wenn man nun Ersteren ernst nehmen möchte, gebietet das, dessen Gesetzgebung zu respektieren und sich damit als vertraglich gebunden zu betrachten. Der dabei präsupponierte Autonomiebegriff meint – in Übereinstimmung mit dem eigentlichen Wortsinn – die *Selbstgesetzgebung des Akteurs*.¹⁶⁰ Darum spreche ich hier von legislativer Autonomie.¹⁶¹

Personen haben grundsätzlich die Autorität, über sich und ihr Handeln selbst zu bestimmen. „Wer sich über ihre Entscheidungen hinwegsetzt, missachtet daher ihre Autonomie als Gesetzgeber für sich selbst.“¹⁶² Liberale illustrieren dieses normative Ideal gerne, indem sie sagen „der Einzelne ist der Autor, der Komponist seines ureigenen Lebens“. Dem Anspruch nach sind personale und

hinsichtlich einseitiger Versprechen wohl einer promittentenfokussierten Theorie [*ibd.*, S. 48-49] kombiniert mit Verkehrsschutzaspekten [*ibd.*, S. 52] zuneigt; in diesem Sinne bestünde dann eine zumindest oberflächliche Gemeinsamkeit mit *Contract as Promise*).

¹⁵⁷ *Anwander* (Fn. 61), S. 185.

¹⁵⁸ Das Gegenteil vertreten etwa Theoretiker wie *MacCormick*, *Voluntary Obligations and Normative Powers*, Part I, Proceedings of the Aristotelian Society, supplementary volume 46, 1972, S. 59 ff., *Scanlon* (Fn. 89) oder *Williams*, *Truth and Truthfulness*, 2002 bezüglich Versprechen.

¹⁵⁹ *Anwander* (Fn. 61), S. 185.

¹⁶⁰ Zu diesem (kantischen) Freiheitsbegriff, der auf Selbstbestimmung abzielt, als Metatrend der normativen Moderne *Gutmann*, *Religion und Normative Moderne*, in: *Willems/Pollack/Basu/Gutmann/Spohn*, *Moderne und Religion*, 2013, S. 447 (448). Es ist an dieser Stelle klarstellend darauf hinzuweisen, dass diese „private“ Gesetzgebung natürlich nicht mit der Gesetzgebung im engeren Sinne (Rechtsquellenlehre) zu verwechseln ist. Verträge sind aus der Perspektive juristischer Rechtsquellenlehre freilich *keine Gesetze*.

¹⁶¹ Obwohl der Begriff freilich pleonastisch ist.

¹⁶² *Anwander* (Fn. 61), S. 198.

zur moralischen Selbstbestimmung befähigte Wesen gleichzeitig Schöpfer und Adressaten, der auf sie anwendbaren Normen.

Dass es uns in der Regel nicht zusteht, für andere zu entscheiden, was sie tun sollen, wird allerdings stets normativ überschrieben, sobald uns jemand autorisiert hat, für ihn eine verbindliche Entscheidung zu treffen.¹⁶³ Genau das hat der *Promittent* getan, indem er dem *Promissar* durch Ausübung einer Metakompetenz in die Lage versetzt hat, ihn verpflichten zu können. Dann muss aber auch für diesen Fall gelten, dass eine Missachtung dieser *promissorischen* Verpflichtung in demselben Maße die Achtung vor der legislativen Autonomie vermissen lässt, wie eine schlichte (z. B. paternalistische) Bevormundung des Einzelnen. Einmal autonom gefällte gesetzgeberische Entscheidungen sind zu respektieren. Verträge binden demnach, weil sonst die Autorität der gemeinsamen Gesetzgebung¹⁶⁴ von *Promittenten* und *Promissar* ignoriert werden würde. Darin liegt letztlich die Antwort auf das „*Bootstrapping*-Problem“ und die Lösung für „*Humes* Rätsel“.

Negiert der *Promittent* eigenmächtig seine vertragliche Bindung, erlaubt er sich nämlich die Dreistigkeit, sich auf eine Autorität zu berufen, die er (a) einmal hatte, die ihm (b) jetzt jedoch fehlt, weil er sie (c) freiwillig auf den *Promissar* übertragen hat.

„Das [...] *Unrecht eines* [...] [Vertragsbruches] besteht also darin, dass der *Promittent* die Ausübung einer (von ihm selbst übertragenen) Kompetenz durch den *Promissar* nicht respektiert, indem er sich in einer bestimmten Angelegenheit eine Autorität anmaßt, die ihm nicht mehr zusteht. Damit missachtet er die Autonomie des *Promissars* in der gleichen Weise, wie wenn jemand die Entscheidungen anderer für ihr eigenes Leben (zu denen sie nicht erst autorisiert zu werden brauchen) nicht respektiert.“¹⁶⁵

Eine auf den *Promissar* bezogene Achtungstheorie kann demnach das normative Fundament für die Bindungskraft des Vertrags bilden. Auch auf diese Weise lässt sich die Vertragsfreiheit privatrechtstheoretisch retten. Die fried'sche Variante eines promittentenfokussierten *respect for individual autonomy* braucht es dazu gerade nicht. Selbst wenn man die changierenden Passagen in *Contract as Promise*¹⁶⁶ dahingehend verstehen möchte, dass es *Fried* eigentlich um die Autonomie des *Promissars* geht, ist sein Rückbezug auf das der Moralsphäre entlehnte „Versprechen“ jedenfalls redundant: Der (rechtliche) Konsens der

¹⁶³ Siehe hierzu und zum Folgenden *Anwander* (Fn. 61), S. 198-200.

¹⁶⁴ Dazu ausführlich *ebd.*, S. 205-210.

¹⁶⁵ *Ebd.*, S. 199, dort formuliert als Theorie des Versprechens (Einfügung durch Verfasser).

¹⁶⁶ Dazu *ebd.*, S. 122 und Fn. 120.

Parteien reicht aus, um die Struktur des Vertragsschlusses rechtstheoretisch zu rekonstruieren (C. III.). Ohne Not Begriffe aus der „unbeständigen Flut und Ebbe“¹⁶⁷ moralischer Alltagsdiskurse zu isolieren und in rechtliche Zusammenhänge zu transplantieren, ist wenig hilfreich. Denn der *strictly legal point of view* bringt stets den sichtbaren Vorteil mit sich, dass er ein wesentliches Charakteristikum aller rechtlichen Normsysteme theoretisch abbilden kann: das Recht ist autonom.¹⁶⁸

Hat man aber auf diese Weise (ganz nach Kantischem Vorbild) zu guter Letzt nicht lediglich ein bloß formal-abstraktes – d. h. (a) nicht an kontingenten und/oder kulturrelativen Zwecken menschlichen Handelns ausgerichtetes sowie (b) von empirischen Gesichtspunkten abstrahierendes – und damit praktisch inhaltsleeres Konzept von Autonomie vorgeschlagen; gewissermaßen Schläuche ohne Wein konzipiert?

III. Ein letzter Einwand: Wessen Lebensform? Welche Autonomie?

Im Anschluss an *Alasdair MacIntyre*s integrationistisch-kommunitaristische Kritik intersubjektiv begründbarer normativer Ansprüche (*“Whose Justice? Which Rationality?”*¹⁶⁹), die in der metaethischen These eines kontextualistischen Antiuniversalismus¹⁷⁰ gipfelt, könnte man auch fragen: *Welchen Gehalt hat denn nun eigentlich die vielbeschworene personale Autonomie?*

Auch sie bildet sich doch nur anhand sozialer Konventionen, Realisierungsbedingungen und Pfadabhängigkeiten eines in die vergesellschaftete Welt hineingeworfenen Individuums, das eben nicht bloß ein Teil der Menge von etwa 7,5 Milliarden atomisierten *Robinson Crusoes* ist. Genau an dieser Stelle müssten doch nach dem Vorbild von *Fried* gerade eingespielte (kulturrelative oder kulturinvariante?) soziale Praxen Eingang in eine Theorie vertraglicher

¹⁶⁷ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 79.

¹⁶⁸ Zum „Selbstand“ bzw. der „Eigenlogik“ des Rechts etwa (historisch) *Rückert*, Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, 1988; (rechtstheoretisch) *Jestaedt* (Fn. 5), S. 27-87 und (philosophisch) *George*, The Autonomy of Law, Essays on Legal Positivism, 1999.

¹⁶⁹ *MacIntyre*, Whose justice?, Which rationality?, 1988.

¹⁷⁰ Dazu kritisch *Gutmann*, Keeping ‘em down on the farm after they’ve seen Paree. Aporien des kommunitaristischen Rechtsbegriffs, ARSP 83 (1) 1997, 37 (45-51) („der Kontextualismus [sieht sich] mit dem Dilemma konfrontiert, daß er (1) entweder schon die Möglichkeit leugnen muss, daß vorgefundene lokale Ethos und die vielleicht in dieses eingelassenen Gewaltverhältnisse zu kritisieren, oder aber (2) gezwungen ist, kryptonormative Gehalte in seine Interpretation des gemeinsamen Narrativs einzuschmuggeln.“ [ebd., S. 48]).

Bindungswirkung finden.¹⁷¹ Die hier vorgeschlagene philosophische Meta-Perspektive aus dem Elfenbeinturm, gewissermaßen der (ontologische und epistemische) „Blick aus dem nirgendwo“¹⁷², scheint diesen Aspekt nicht erfassen zu können, ja übergehen zu müssen. Mit *MacIntyre* wäre also zu fragen: „Wessen Lebensform? Welche Autonomie?“¹⁷³

Die Antwort, die ich hier nur grob skizzieren werde, besteht darin, personale Autonomie im Theoriedesign als sogenannten *dichten* Begriff (*thick concept*) zu verstehen.¹⁷⁴ Auf der methodischen Basis eines *kognitivistischen Askriptivismus*¹⁷⁴ kann dieser als eine normative Zuschreibung begriffen werden:¹⁷⁵

„Jemanden als eine Person zu behandeln, sie als verantwortlich anzusehen oder auch ihre Autonomie zu respektieren, sind Haltungen oder Zuschreibungen, die innerhalb eines Netzwerkes von explizierbaren evaluativen Strukturen funktionieren.“¹⁷⁶

Autonomie lässt sich weder unabhängig vom faktischen menschlichen Handeln plausibel erläutern, noch auf eine vollständig in soziale Geflechte auflösbare Lebenswirklichkeit reduzieren.¹⁷⁷

„Ohne unsere ethische Praxis gäbe es [...] Autonomie [...] genauso wenig wie es das Abseits im Fußball, die Rochade im Schach oder die Tischsitten im Restaurant ohne entsprechende sozial vereinbarte Regeln gäbe. Aber so wenig Fußball nur im Geist stattfinden kann oder Restaurants sich vollständig auf soziale Konstrukte reduzieren lassen, so wenig kann man [...] Autonomie [...] philosophisch explizieren, ohne sich auf Aspekte der Realität zu beziehen, die [...] zu sozialen Praxen [...] gehören.“¹⁷⁸

¹⁷¹ Für die Notwendigkeit solcher Argumentationsfiguren in der gesamten Privatrechtstheorie *Cane*, *The Anatomy of Private Law Theory*, A 25th Anniversary Essay, *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2) 2005, 203 (217).

¹⁷² *Nagel*, *The view from nowhere*, 1986.

¹⁷³ Kritisch bezüglich der privatrechtstheoretischen Anschlussfähigkeit solcher „thick conceptions of autonomy“ *Gutmann* (Fn. 80), S. 15 f.

¹⁷⁴ Zum Konzept *Quante*, Hegels kognitivistischer Askriptivismus, in: *Hindrichs/Honneth*, *Freiheit*, Stuttgarter Hegel-Kongress 2011, 2013.

¹⁷⁵ *Gutmann/Quante*, *Menschenwürde, Selbstbestimmung und Pluralismus*, *Zwischen sittlicher Vorgabe und deontologischer Konstruktion*: ARSP 103 (3) 2017, 322 (329 f.).

¹⁷⁶ *Ebd.*, S. 330.

¹⁷⁷ Vgl. *ebd.* (ein Askriptivismus dieser Machart liegt somit „quer zur metaethischen Streitfrage von Realismus und Antirealismus“). Zum Ganzen ausführlich *Quante*, *Pragmatic Anthropology*, 2018, S. 13-28.

¹⁷⁸ *Gutmann/Quante* (Fn. 175), S. 330.

Individuelle Selbstgesetzgebung lässt sich vielmehr im Rahmen einer *social ontology*¹⁷⁹ ausbuchstabieren: „Personale Autonomie ist zwar axiologisch intrinsisch wertvoll, aber ontologisch keine intrinsische, sondern sozial-relationale Eigenschaft von Individuen.“¹⁸⁰ Für die Privatrechtstheorie heißt das: In einer hypothetischen Welt Φ (aus der Menge aller – modallogisch gesprochen – möglichen Welten) ohne alle sozialen Konstrukte zur Ausbildung von Autonomie und ohne das Institut des Vertrages gilt *pacta sunt servanda* nicht. Das ist aber vollständig kompatibel mit der Aussage, dass auch in Welt Φ gilt: „sobald das soziale Institut des Vertrages unter autonomen Wesen existiert, bindet jeder Vertrag; und zwar allein aus normativen Gründen, die sich nicht im Verweis auf die zugrundeliegenden sozialen Praxen erschöpfen oder auf diese reduzieren lassen.“

Ein dichter Autonomiebegriff ist nicht inhaltsleer und die Achtung der legislativen Autonomie des *Promissars* daher ein normativ gehaltvolles Konzept. Auch an dieser Stelle zeigt sich also, dass ein Bezug auf die soziale Praxis des Versprechens für eine Theorie vertraglicher Bindungswirkung keineswegs notwendig ist.¹⁸¹

IV. Fazit: Wahlverwandtschaft statt Familienähnlichkeit

Charles Fried hat mit *Contract as Promise* eine innovative Theorie der zivilrechtlichen Grundüberzeugung *pacta sunt servanda* vorgelegt. Als rechtsphilosophischer Ansatz zur Erklärung der Bindungskraft von Verträgen vermag jedoch weder seine Begründung qua unserer geteilten sozialen Praxis des Versprechens noch seine Rechtfertigung, welche die Achtung vor der Autonomie des *Promittenten* betont, vollständig zu überzeugen.

Eine plausible Achtungstheorie der Bindung an den Vertrag kann dennoch gelingen. Das Paradigma einer promittentenfokussierten Selbstverpflichtung sollte dazu allerdings einem promissarenorientierten „Sich-Verpflichten-Lassen“ weichen. Geachtet wird bei der Erfüllung eines Vertrages nämlich die Autonomie des *Promissars*.

Nach alldem kristallisieren sich zwei Einsichten heraus: (1). Moralische Versprechen und rechtliche Verträge haben sicher gemeinsame Abstammungslinien und eine vergleichbare normative DNA. (2.) Am Ende ist aber wohl eher eine skeptische Diagnose angebracht, um die Interdependenzen

¹⁷⁹ Dazu ausführlich *Searle*, *The construction of social reality*, 1995 und *ders.*, *Making the social world, The structure of human civilisation*, 2010.

¹⁸⁰ *Gutmann/Quante* (Fn. 175), S. 331.

¹⁸¹ Im Übrigen auch nicht hinreichend (siehe **C. II. 1.**).

von Verträgen und Versprechen auf ein Attribut zu bringen; etwa so: *wahlverwandt statt familienähnlich*.¹⁸²

¹⁸² Vgl. *Mohseni*, Wahlverwandtschaft statt Familienähnlichkeit, Zur Definition von Privateigentum, in: ZPhF 70 (1) 2016, 74 ff.

Kornelius Löffler*

Die Rechtsnatur der EU-Türkei-Erklärung vom März 2016

Abstract

Die Migrationskrise hält Europa trotz rückläufiger Ankunftszahlen seit 2015 in Atem. Im Zentrum der Bewältigung der humanitären Katastrophe auf der östlichen Mittelmeerroute steht seit dem 18.3.2016 eine gemeinsame Erklärung der EU und der Türkei. Doch das unscheinbare, nicht mehr als zweiseitige Dokument wirft folgenschwere Fragen auf – nicht nur die nach der Vereinbarkeit mit den Menschenrechten, sondern vor allem auch die Frage nach seiner Rechtsnatur. Sie ist nach wie vor – mehr oder weniger – ungeklärt. Der folgende Beitrag wird einen Überblick über den wissenschaftlichen Meinungsstand geben, um anschließend Licht ins Dunkel zu bringen.

The migration crisis has been keeping Europe on its toes since 2015. Since 18th March 2016, a joint statement by the EU and Turkey has been at the heart of the response to the humanitarian disaster on the eastern Mediterranean route. But this inconspicuous document raises serious questions – not only about its compatibility with human rights, but above all about its legal nature. This question is still – more or less – unresolved. The following article will give an overview of the state of academic opinion in order to shed light on the matter.

* Der Verfasser studiert im neunten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz mit Schwerpunkt im Völker- und Europarecht. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Rahmen eines Schwerpunktseminars bei Prof. *Dr. Daniel Thym, LL.M.* verfasst wurde. Ihm und *Lukas Mitsch* gilt der Dank des Verfassers. Sämtliche Online-Quellen wurden zuletzt am 21.12.2019 abgerufen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	261
B. Erster Teil: Grundlagen.....	262
I. Die Tragweite der Rechtsnatur.....	262
II. Völker- und europarechtliche Grundlagen.....	263
III. Abschließende Bemerkungen zum ersten Teil.....	271
C. Zweiter Teil: Die EU-Türkei-Erklärung vom März 2016.....	271
I. Entstehungsgeschichte, Inhalt und Folgen.....	271
II. Urteil des <i>Europäischen Gerichts</i> vom 28.2.2017.....	273
III. Kritische Beleuchtung durch die Wissenschaft.....	276
IV. Reflexion.....	284
V. Beschluss des <i>Europäischen Gerichtshofs</i> vom 12.9.2018.....	288
D. Schlussbemerkungen.....	288

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Löffler*, StudZR-WissOn 2019, S. 259-290

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69281

A. Einleitung

Am 2.9.2015 wird die Leiche des dreijährigen *Aylan* nahe dem türkischen Ferienort Bodrum an Land gespült. Das herzzerreißende Bild geht um die Welt¹ und wird zur Metapher europäischer Überforderung. Der Tod des kleinen *Aylan* war der traurige mediale Höhepunkt der Migrationskrise² in der EU seit 2015. Eine nicht enden wollende Zahl von Schreckensmeldungen spaltete die Union nachhaltig. Bald standen auf der einen Seite die westeuropäischen Staaten, angeführt von *Angela Merkel*, die mit ihrem humanitären Imperativ³ eine Handlungsmaxime zu setzen versuchte. Auf der anderen Seite die Visegrád-Staaten mit ihrem ideologischen Wortführer *Viktor Orbán*, der eine Götterdämmerung heraufzubeschwören wusste. Der Handlungsbedarf in diesen Spätsommertagen war groß. Die Folge war eine Reihe von Maßnahmen, die schließlich am 18.3.2016 in einer Presseerklärung des Europäischen Rates mündeten.

Die Türkei ist der wichtigste außereuropäische Partner der EU in der Migrationskrise. Eine Zusammenarbeit war unausweichlich. Mit vorsichtiger Erleichterung formulierte der damalige EU-Ratspräsident *Donald Tusk* an jenem 18.3.2016: „Today, we have finally reached an agreement between the EU and Turkey. An agreement aimed at stopping the flow of irregular migration via Turkey to Europe“.⁴ Doch die Erklärung wirft diverse rechtliche Fragen auf. Angestoßen wurde die Debatte durch ein Urteil des *EuG*⁵. Von Fragen der Vereinbarkeit mit internationalem Flüchtlingsrecht abgesehen,⁶ ist vor allem die Rechtsnatur des Dokuments ungewiss. Es entbrannte eine lebhafte juristische

¹ Die traurige Geschichte des Aylan Kurdi, faz.net, 3.9.2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/politik/fluechtlingskrise/toter-fluechtlingsjunge-die-traurige-geschichte-des-aylan-kurdi-13783344.html>.

² Begriff entlehnt aus *Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem, 8.1.2016, abrufbar unter: http://www.bayern.de/wp-content/uploads/2016/01/Gutachten_Bay_DiFabio_formatiert.pdf.

³ Vgl. *Delbaes*, Merkels humanitärer Imperativ, handelsblatt.com, 14.12.2015, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/cdu-parteitag-merkels-humanitaerer-imperativ/12719696.html>.

⁴ Pressemitteilung des Europäischen Rates 151/16 v. 18.3.2016.

⁵ *EuG*, Beschl. v. 28.2.2017, T-192/16, NF ./.. *Europäischer Rat*.

⁶ Darauf kann in der vorliegenden Untersuchung nicht eingegangen werden. Zu den menschen- und flüchtlingsrechtlichen Implikationen siehe *Deutsches Institut für Menschenrechte*, Stellungnahme – Die EU-Türkei-Vereinbarung vom 18. März 2016: Umsetzung und Konsequenzen aus menschen- und flüchtlingsrechtlicher Perspektive – Empfehlungen an die Bundesregierung, 20.6.2016, abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/Publikationen/Stellungnahmen/DIMR_Stellungnahme_Menschenrechtliche_Bewertung_EU-Tuerkei-Vereinbarung_in_ihrer_Umsetzung_20_06_2016.pdf.

Debatte darüber, ob es sich bei der Pressemitteilung um einen völkerrechtlichen Vertrag oder nur um eine politische Abmachung handelt.

B. Erster Teil: Grundlagen

I. Die Tragweite der Rechtsnatur

Der Frage, welche Rechtsnatur die EU-Türkei-Erklärung hat, kommt erhebliche Bedeutung zu. Handelt es sich nämlich um einen Vertrag zwischen der EU und der Türkei, hat der Europäische Rat möglicherweise eigene Kompetenzen überschritten bzw. Verfahrensvorschriften verletzt.⁷ Völkerrechtlich hätte das keine Konsequenzen für die Wirkung des Vertrages (Art. 46 Abs. 1 WVK). Wohl aber unionsrechtlich. Schon einmal erklärte der *EuGH* ein wettbewerbsrechtliches Abkommen aufgrund eines Kompetenzverstoßes für nichtig.⁸

Handelt es sich hingegen um einen Vertrag zwischen der Türkei und den Mitgliedstaaten der EU, wäre fraglich, ob die Mitgliedstaaten die hierfür erforderliche Kompetenz hatten. Wäre die EU ausschließlich zuständig, so hätten die Mitgliedstaaten nur mit Erlaubnis der EU tätig werden dürfen. Andernfalls könnte die Kommission Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten einleiten. Würde das Verhalten toleriert, könnten sich die Mitgliedstaaten der Kontrolle durch die Unionsgerichte entziehen und damit die „rechtsstaatlichen Grundlagen der Union gefährden“.⁹

Freilich am unverfänglichsten wäre es, wenn es sich bei der Erklärung um eine rein politische Abmachung handelt. Wäre dem so, dann wäre sie weder für die Türkei noch für die EU bindend. Gerichtliche Kontrolle wäre ebenso wenig möglich wie nötig. Allenfalls würde es politische Verstimmungen nach sich ziehen, wenn sich eine Seite nicht an die Abmachung hielte. Politische

⁷ *Schmalenbach*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 218 AEUV Rn. 1; *Gatti*, The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy, Teil 2, EJIL: Talk!, 19.4.2016, S. 1, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-2-of-2/>.

⁸ *EuGH*, Urt. v. 9.8.1994, C-327/91, *Frankreich ./.* *Kommission*.

⁹ *Bast*, Scharade im kontrollfreien Raum: Hat die EU gar keinen Türkei-Deal geschlossen?, Verfassungsblog.de, 3.3.2017, Rn. 4, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/scharade-im-kontrollfreien-raum-hat-die-eu-gar-keinen-tuerkei-deal-geschlossen/>.

Verstimmungen, die die EU und insbesondere Deutschland in ihrem Verhältnis zur Türkei nur allzu gut kennen.¹⁰

II. Völker- und europarechtliche Grundlagen

Um eine Abgrenzung zu ermöglichen, muss der Blick zunächst auf die völker- und europarechtlichen Grundlagen geworfen werden. Im Zentrum steht die Frage, was ein völkerrechtlicher Vertrag ist und was ihn auszeichnet.

1. Der Vertrag im Völkerrecht

Völkerrechtliche Verträge sind eine Völkerrechtsquelle (Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut) und nehmen eine herausragende Stellung unter den Rechtsentstehungsquellen und in der Völkerrechtsordnung ein.¹¹ Das Völkervertragsrecht ist überwiegend in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) statuiert. Als völkerrechtlicher Vertrag gilt sie grundsätzlich nur *inter partes*.¹² Da sie aber hauptsächlich Völkergewohnheitsrecht wiedergibt¹³, binden die entsprechenden Vorschriften auch die EU, obwohl diese kein Vertragsstaat ist. Das hat der *EuGH* vor wenigen Jahren zuletzt bestätigt.¹⁴

Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK enthält eine Legaldefinition für den völkerrechtlichen Vertragsbegriff. Demnach ist ein Vertrag „eine in Schriftform geschlossene und vom Völkerrecht bestimmte internationale Übereinkunft zwischen Staaten“. Daraus lassen sich mehrere Feststellungen direkt oder indirekt – über gedankliche Umwege – ableiten: Die Bezeichnung hat keinen Einfluss auf die Rechtsnatur. Das ergibt sich aus dem zweiten Halbsatz von Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK. Dass ein Vertrag nur *zwischen Staaten* geschlossen werden kann, ist ein Relikt der Zeit, in der die WVK etabliert wurde.¹⁵ Zwar schließt Art. 2 Verträge zwischen nichtstaatlichen Völkerrechtssubjekten von der Anwendung der WVK aus. Jedoch ergibt sich im Umkehrschluss aus Art. 3 Abs. 1 lit. a WVK, dass auch

¹⁰ Man erinnere sich an die *Böhmermann-Affäre* 2016, den Fall um *Deniz Yücel* aus dem Jahr 2017, 2018 das Zeigen des sog. Rabia-Grußes durch den türkischen Präsidenten *Erdogan* in Berlin oder die türkische Militäroffensive in Nordsyrien im Jahr 2019.

¹¹ *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary, 2. Aufl. 2018, Preamble Rn. 5; *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß, Völkerrecht, 8. Aufl. 2019, 1. Abschnitt Rn. 113 oder auch *Dabm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/3, 2. Aufl. 2002, S. 512.

¹² *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen, Völkerrecht, 7. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 5.

¹³ *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 114; v. *Arnauld*, Völkerrecht, 4. Aufl. 2019, Rn. 196; *Dabm/Delbrück/Wolfrum* (Fn. 11), S. 514.

¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 25.2.2010, C-386/08, *Firma Brita GmbH ./.* Hauptzollamt Hamburg-Hafen, Rn. 41 f.

¹⁵ *Klabbers*, The Concept of Treaty in International Law, 1996, S. 47.

andere Völkerrechtssubjekte Verträge schließen können.¹⁶ Die EU ist *kein Staat*¹⁷, besitzt aber gemäß Art. 47 EUV Völkerrechtspersönlichkeit und ist damit eine rechtsfähige Internationale Organisation.¹⁸ Was die Schriftform anbelangt, so ist auch anerkannt, dass in mündlicher Form geschlossene Verträge bindend sein können.¹⁹ Zuletzt muss der Vertrag dem Völkerrecht unterworfen sein. Ob das der Fall ist, bestimmt sich nach dem Parteiwillen. Der Rechtsbindungswille ist damit das wichtigste Kriterium für den Vertrag.²⁰

Es gilt also Folgendes: Ein völkerrechtlicher Vertrag ist (1) eine Übereinkunft, die (2) von Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten (3) in schriftlicher oder sonst aufgezeichneter Weise geschlossen wird und (4) dem Völkerrecht unterworfen ist.²¹

Die WVK vermittelt nur ein sehr weites und relativ ungenaues Verständnis von Verträgen.²² Im nächsten Schritt ist deshalb danach zu fragen, ob der europarechtliche Vertragsbegriff die allgemeine Definition der WVK konkretisieren kann.

2. Die Übereinkunft im Sinne von Art. 216 AEUV

Das EU-Primärrecht sieht einen eigenen Terminus für Verträge zwischen Völkerrechtssubjekten vor. Die maßgebliche Vorschrift ist Art. 216 AEUV. Er regelt die Zuständigkeit der Union zum Abschluss *internationaler Übereinkünfte*.²³ Art. 216 AEUV setzt dabei die Fähigkeit der EU voraus, völkerrechtlich handlungsfähig zu sein. Die Rechtsfähigkeit der EU ergibt sich – wie oben gesehen – aus Art. 47 EUV.²⁴ Der *EuGH* hat ausgeführt, dass eine Übereinkunft i. S. d. Art. 216 AEUV „jede von Völkerrechtssubjekten eingegangene bindende

¹⁶ Hollis, in: Hollis, *The Oxford Guide to Treaties*, 2014, S. 22.

¹⁷ Oppermann, in: Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, 8. Aufl. 2018, § 4 Rn. 21; Vitzthum, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 43.

¹⁸ Ruffert, in: Callies/Ruffert (Fn. 7), Art. 47 EUV Rn. 5.

¹⁹ Vitzthum, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 115; v. Arnould (Fn. 13), Rn. 190; Dahm/Delbrück/Wolfrum (Fn. 11), S. 543.

²⁰ Hollis, in: Hollis (Fn. 16), S. 25.

²¹ *Ebd.*, S. 19.

²² In diesem Sinne auch Klabbers (Fn. 15), S. 72: „The elements mentioned in the treaty definitions of the 1969 and 1986 Conventions are of little avail“.

²³ Migele, in: Streinz, *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, Art. 216 Rn. 1.

²⁴ *Ebd.*, Art. 216 Rn. 3; Craig/Búrca, *EU Law – Text, cases and materials*, 6. Aufl. 2015, S. 355.

Verpflichtung ungeachtet ihrer Form“ ist.²⁵ Damit ist das unionsrechtliche Vertragsverständnis deckungsgleich mit dem der WVK.²⁶

3. Das sogenannte „soft law“

Das Gegenstück zum völkerrechtlichen *hard law* – zu dem auch Verträge gehören – ist das sog. *soft law*. Es stellt keine Völkerrechtsquelle dar. Und schon der Begriff an sich ist missverständlich. In ihm steckt zwar das Wort „Recht“, aber aus rechtslogischen Gesichtspunkten kann es gar kein *Recht* sein. Eine Einteilung in „stärker“ und „schwächer“ geltendes Recht verbietet sich.²⁷ Nur was ist *soft law* dann? Im Lichte der Durchsetzungsschwäche des Völkerrechts stellt *Klabbers* zu Recht die Frage, warum sich Staaten überhaupt einer Unterscheidung zwischen *hard* und *soft law* bemühen.²⁸

Freilich, einen Nutzen hat dies v. a. aus politischer Sicht: Staaten können sich gegenseitig Zugeständnisse machen, ohne sich dabei rechtlich zu binden. Prominente Beispiele sind das Kommuniqué der Jalta-Konferenz (1945)²⁹ oder die Schlussakte von Helsinki (1975). Letztere wäre angesichts der blockpolitischen Spaltung nicht als Vertrag zustande gekommen³⁰ – zu den Unterzeichnern gehörten u. a. die UdSSR, die DDR, die USA und die BRD³¹. Unter das „*soft law*“ fallen dementsprechend auch die bereits am Rande erwähnten politischen Abmachungen.

4. Abgrenzung von Vertrag und „soft law“

Gleich wie im deutschen Zivilrecht³² besteht ein völkerrechtlicher Vertrag aus mindestens zwei übereinstimmenden Willenserklärungen, die auf die Begründung, Änderung oder Aufhebung bestimmter Rechtsbeziehungen

²⁵ *EuGH*, Gutachten 1/75 v. 11.11.1975, Slg. 1975, 1355 (1360) (damals noch zur Bedeutung von „Abkommen“ des Art. 228 Abs. 1 Uabs. 2 EGV) sowie *EuGH*, Urt. v. 24. 3.2004, C-233/02, *Frankreich ./ . Kommission*, Rn. 45.

²⁶ *Mögele*, in: Streinz (Fn. 23), Art. 216 Rn. 5; in diesem Sinne auch *EuGH*, Gutachten 1/13 v. 14.10.2014, BeckEuRS 2014, 403969, Rn. 37 ff.

²⁷ *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 152; *Dörr*, in: Ipsen (Fn. 12), Kap. 5 § 21 Rn. 9; *Thürer*, „Soft Law“ – eine neue Form von Völkerrecht?, *ZSchwR* 126 (1985), 429 (452 f.).

²⁸ *Klabbers*, *Informal instruments before the European Court of Justice*, *CML Rev.* 31 (1994), 997 (997 f.).

²⁹ Text abgedruckt in *Berber*, *Völkerrecht Dokumentensammlung Band II: Konfliktrecht*, 1967, S. 2275 ff.

³⁰ *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 67.

³¹ *Bundeszentrale für politische Bildung*, 35 Jahre Helsinki-Schlussakte, bpb.de, 30.7.2010, abrufbar unter: <http://www.bpb.de/politik/hintergrund-aktuell/69039/35-jahre-helsinki-schlussakte-30-07-2010>.

³² Statt vieler: *Brox/Walker*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 10 ff.

gerichtet sind³³. Entscheidendes Abgrenzungskriterium des Vertrags zur unverbindlichen Abmachung ist der Rechtsbindungswille.³⁴ Damit ist der zum Ausdruck gebrachte Wille der Parteien gemeint, mit ihrer Einigung rechtliche Bindungswirkung zu erzeugen.³⁵ Er ist im Völkerrecht unabdingbar.³⁶ In der Regel wird der Wille spätestens durch Unterzeichnung erkennbar, gefolgt von der Ratifikation durch die Parteien.³⁷ Doch nicht immer ist der Parteiwille so einfach zu deuten. Die Rechtsprechung und die Völkerrechtswissenschaft haben aus diesem Grund eine Reihe von Indikatoren herausgearbeitet, anhand derer die Bestimmung des Parteiwillens vorgenommen werden kann.

a) *Internationale Rechtsprechung*

aa) *Aegean Sea Continental Shelf Case* (1978)³⁸

In den 1970er Jahren stritten die Türkei und Griechenland über die Nutzung des ägäischen Festlandssockels. Auslöser war die Suche der Türken nach Erdöl in der Ägäis. Griechenland wollte mit einer Klage vor dem *IGH* die Untersagung der türkischen Aktivitäten erreichen und die Anteile beider Staaten am Festlandssockel feststellen lassen.³⁹ Dies war der erste Fall, in dem sich der *IGH* mit der Frage beschäftigen musste, ob eine mehrdeutige Erklärung rechtlich bindend ist oder nicht.⁴⁰

Die griechische Regierung stützte die Zuständigkeit des *IGH* auf eine gemeinsame Presseerklärung der Premierminister beider Staaten aus dem Jahr 1975 (fortan: „Kommunique“). Die entscheidende Stelle in der englischen Übersetzung aus dem Französischen lautet:

„They decided that those problems should be resolved peacefully by means of negotiations and as regards the continental shelf of the Aegean Sea by the International

³³ Statt aller: *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß* (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 115.

³⁴ *Klabbers* (Fn. 15), S. 65.

³⁵ *Vitzthum*, in: *Vitzthum/Proelß* (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 115.

³⁶ *Rosenne*, *Treaties, conclusion and entry in force*, in: *Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Volume Four, 2000*, S. 932 (933); a. A. *IGH*, *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Katar v. Bahrain)*, Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 112 (122 Rn. 29). Der *IGH* geht davon aus, dass es auf den Rechtsbindungswillen nicht mehr ankommt, wenn der Wortlaut *eindeutig* für eine völkerrechtliche Verbindlichkeit spricht.

³⁷ *Rosenne*, in: *Bernhardt* (Fn. 36), S. 932 (933); *Heintschel von Heinegg*, in: *Ipsen* (Fn. 12), Kap. 4 § 13 Rn. 16 ff.; v. *Arnauld* (Fn. 13), Rn. 203.

³⁸ *IGH*, *Aegean Sea Continental Shelf Case (Griechenland v. Türkei)*, Urt. v. 19.12.1978, ICJ Reports 1978, 3 ff.

³⁹ *Dörr*, *Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung*, 2. Aufl. 2014, Fall 25 S. 360.

⁴⁰ *Heusel*, „Weiches“ Völkerrecht – Eine vergleichende Untersuchung typischer Erscheinungsformen, 1991, S. 98.

*Court at The Hague. (...) They decided to bring forward the date of the meeting of experts concerning the question of the continental shelf.*⁴¹

Darin sah die griechische Regierung die Unterwerfung der Parteien unter die IGH-Jurisdiktion i. S. d. Art. 36 Abs. 1 IGH-Statut.⁴² Dagegen bestritt die türkische Regierung, dass es sich bei dem Kommuniké um einen völkerrechtlichen Vertrag handelt. Sie stellte sich auf den Standpunkt, man habe die streitige Frage zunächst durch Gespräche lösen wollen und keinesfalls eine direkte Vorlage an den IGH intendiert.⁴³

Der *Gerichtshof* stellte in seinem Urteil fest, dass es für die Rechtsverbindlichkeit nicht auf die äußere Form des Kommunikés ankomme. Die Rechtsnatur sei anhand des tatsächlichen Wortlauts und der Begleitumstände zu ermitteln.⁴⁴ Die Frage, ob es sich um ein rechtsverbindliches Abkommen handelte, ließ der *Gerichtshof* letztlich offen.⁴⁵

bb) *Qatar v. Bahrain* (1994)⁴⁶

Dem zweiten Fall lagen Gebietsstreitigkeiten um die Hawar-Inseln im Persischen Golf zwischen Katar und Bahrain zugrunde. Katar hatte nach mehreren vergeblichen Vermittlungsversuchen seitens Saudi-Arabiens dem IGH die Streitigkeiten unterbreitet. Die katarische Regierung berief sich dabei auf zwei „Verträge“⁴⁷, die die Außenminister Katars und Bahrans in Anwesenheit des saudischen Außenministers am Rande eines Treffens des Golf-Kooperationsrats im Jahr 1990 in Doha geschlossen hätten. Relevant ist v. a. der zweite „Vertrag“. Der ursprüngliche Text war auf Arabisch. Die englische Übersetzung Bahrans lautet:⁴⁸

„The following was *agreed*:

⁴¹ IGH, Aegean Sea Continental Shelf Case (*Griechenland v. Türkei*), Urt. v. 19.12.1978, ICJ Reports 1978, 3 (39 f. Rn. 97), (Hervorhebungen durch den Autor).

⁴² Heusel (Fn. 40), S. 98.

⁴³ IGH, Aegean Sea Continental Shelf Case (*Griechenland v. Türkei*), Urt. v. 19.12.1978, ICJ Reports 1978, 3 (40 f. Rn. 99).

⁴⁴ *Ebd.*, S. 39 Rn. 96.

⁴⁵ Heusel (Fn. 40), S. 100.

⁴⁶ IGH, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 112 ff.

⁴⁷ *Ebd.*, Rn. 20: „*international agreements*“.

⁴⁸ Die Übersetzungen der beiden Staaten aus dem Arabischen ins Englische sind unterschiedlich. Da das aber keinen Einfluss auf die Rechtsnatur hat, sondern lediglich auf die Frage, ob es Katar möglich war, einseitig Klage beim IGH zu erheben, wird auf die Aufführung beider Übersetzungen verzichtet.

- (1) *to reaffirm* what was previously agreed between the two states;
- (2) The good offices of (...) King Fahd (...) will continue (...) until (...) may 1991. The two parties *may*, at the end of this period, *submit the matter to the International Court of Justice*.⁴⁹

Katar argumentierte, dass die Parteien damit vertraglich vereinbart hätten, dass der IGH für die Streitigkeiten zuständig ist. Demgegenüber behauptete Bahrain, es liege überhaupt kein Vertrag vor, da es sich bei der Erklärung lediglich um ein Gesprächsprotokoll handele.⁵⁰

Mit Bezug auf Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK machte der *Gerichtshof* deutlich, dass sowohl Form als auch Bezeichnung eines Vertrages grundsätzlich keine Auswirkungen auf seine Wirksamkeit haben. Ferner zitierte er das *Aegean Sea-Urteil* und bestätigte, dass die Rechtsnatur der Erklärung anhand des Wortlauts und der Begleitumstände zu ermitteln sei.⁵¹

Schließlich kam er zum Ergebnis, dass beide Erklärungen Verträge darstellten und begründete damit seine Zuständigkeit für die Streitigkeit.⁵² Einzig Richter *Oda* bekannte in seiner *dissenting opinion*, dass die Intention des bahrainischen Außenministers, der nach eigener Aussage zu keiner Zeit einen Vertrag schließen wollte, beachtlich sei und folgerte daraus, dass – mangels Bindungswillens – kein Vertrag geschlossen wurde.⁵³

cc) Schlussfolgerungen aus den Fällen *Aegean Sea* und *Qatar v. Bahrain*

Um zu bestimmen, ob ein Vertrag vorliegt, sind der tatsächliche Wortlaut sowie die Umstände seines Zustandekommens zur Auslegung heranzuziehen. Die äußere Form ist dabei unerheblich.⁵⁴ Zählt eine Erklärung Verpflichtungen auf, denen die Parteien zugestimmt haben, ist dies ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Vertrages.⁵⁵ Daraus folgt, dass die Auslegung des Rechtsbindungswillens

⁴⁹ IGH, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 112 (119 Rn. 19), (Hervorhebungen durch den Autor).

⁵⁰ *Ebd.*, S. 119 f. Rn. 20, S. 121 Rn. 25.

⁵¹ *Ebd.*, S. 120 f. Rn. 23.

⁵² *Ebd.*, S. 121 Rn. 25: „They constitute an international agreement“.

⁵³ Dissenting Opinion of Judge *Oda*, IGH, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 133 (138 f. Rn. 16 f.).

⁵⁴ Siehe auch IGH, Pulp Mills on the River Uruguay (*Argentinien v. Uruguay*), Urt. v. 20.4.2010, ICJ Reports 2010, 14 (64 f. Rn. 133 ff.).

⁵⁵ IGH, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 112 (121 Rn. 25).

anhand objektiver Kriterien zu erfolgen hat. Subjektive Belange finden grundsätzlich keine Berücksichtigung.⁵⁶

b) *Völkerrechtswissenschaft*

aa) Zwingende Kriterien

Es gibt nur wenige Abgrenzungskriterien, die ein sicheres Indiz für das Vorliegen des Rechtsbindungswillens darstellen. Zu nennen wäre die Ratifikation der Vereinbarung.⁵⁷ Demgegenüber impliziert eine fehlende Ratifikation noch keinen mangelnden Rechtsbindungswillen.⁵⁸ Das hat den Grund, dass die Ratifikation starker Ausdruck des Bindungswillens ist,⁵⁹ umgekehrt aber nicht konstitutiv für diesen ist. Ferner wäre die Aufnahme einer Streitbeilegungsklausel in das Vertragswerk, z. B. durch Anerkennung der Zuständigkeit des *IGH* in Auslegungs- und Anwendungsfragen, ein zwingendes Indiz für das Vorliegen des Rechtsbindungswillens.⁶⁰ Ein sicheres Indiz für einen fehlenden Rechtsbindungswillen ist der Ausschluss der Registrierbarkeit der Abmachung gemäß Art. 102 SVN, denn nach der Vorschrift können nur *Verträge* und sonstige internationale Übereinkünfte registriert werden.⁶¹

bb) Nichtzwingende Kriterien

Die Zahl der nichtzwingenden Kriterien ist hingegen groß. Ins Spiel kommen hier auch Umstände, Form und Terminologie sowie der Inhalt.⁶² Der Wortlaut muss den Schluss zulassen, dass sich die Parteien binden wollten. Dies kann durch die Verwendung von Ausdrücken wie *agree*, *decide*, *shall* oder *should*⁶³ geschehen. Vorsicht ist bei vermeintlich „weichen“ Formulierungen geboten. Vager Ausdruck und mangelnde Präzision beeinflussen zwar nicht den Rechtscharakter einer Vereinbarung, sprechen aber dennoch gegen einen Bindungswillen der Parteien.⁶⁴ In solchen Grenzfällen können Indizien nur

⁵⁶ Vgl. *IGH*, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 112 (121 f. Rn. 27): „The Court does not find it necessary to consider what might have been the intentions of the Foreign Minister“; a. A. Judge *Oda* (Fn. 53), S. 133 (138 Rn. 16).

⁵⁷ *Rotter*, Völkerrechtlicher Vertrag und außerrechtliche Abmachung, in: FS Verdross, 1971, S. 413 (432); v. *Arnauld* (Fn. 13), Rn. 203.

⁵⁸ Siehe *IGH*, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, ICJ Reports 1994, 112 (122 Rn. 29).

⁵⁹ *Klabbers* (Fn. 15), S. 74.

⁶⁰ Vgl. Art. 36 Abs. 2 lit. a *IGH*-Statut oder *Rotter* (Fn. 57), S. 432.

⁶¹ *Heusel* (Fn. 40), S. 292.

⁶² v. *Arnauld* (Fn. 13), Rn. 193; *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 12), Kap. 4 § 12 Rn. 3.

⁶³ *Anthony Aust* hat eine vergleichende Liste vorgelegt, in: *Aust*, Modern Treaty Law and Practice, 2. Aufl. 2012, Anhang G.

⁶⁴ *Bernhardt*, Treaties, in: *Bernhardt* (Fn. 36), S. 928; *Heusel* (Fn. 40), S. 295 f.

kumulativ zu einem sicheren Ergebnis führen; alleine vermag der Wortlaut dann nicht mehr zu überzeugen.

Was den Inhalt angeht, so muss eine Vereinbarung – wenn auch nur implizit – konkrete Rechte und Pflichten enthalten, um einen Vertrag zu begründen.⁶⁵ Ähnlich dem im deutschen Zivilrecht bekannten Prinzip *do ut des* weisen gegenseitige rechtliche Verpflichtungen, im Gegensatz zu bloßen Handlungsempfehlungen, auf die Absicht hin, rechtliche Verbindlichkeit zu schaffen.

Der Rechtsbindungswillen kann sich auch aus Begleitdokumenten ableiten lassen.⁶⁶ Sie können Hinweise auf die Intentionen⁶⁷ der beteiligten Staaten oder Internationalen Organisationen liefern. So kann es z. B. eine Rolle spielen, wo sich die Parteien trafen, wie das Treffen gegenüber der Öffentlichkeit bezeichnet wurde, wer an dem Treffen teilgenommen hat oder ob sich aus vorbereitenden Dokumenten unter Umständen der Rechtsbindungswille ergibt⁶⁸. Auch hier ist Zurückhaltung geboten.

Während die Form nur ein unterstützendes Indiz ist, können Formalitäten Bedeutung erlangen. So *kann* eine Unterschrift ein Indiz für den Bindungswillen sein.⁶⁹ Aber auch damit sollte behutsam umgegangen werden. Die Schlussakte von Helsinki⁷⁰ wurde feierlich unterzeichnet, sollte aber lediglich Grundsätze für das künftige Verhalten der Beteiligten niederlegen und keinesfalls rechtlich bindend sein.⁷¹

Schließlich kann auch das spätere Verhalten der Beteiligten einen Hinweis liefern, ob sich die Parteien rechtlich binden wollten oder nicht. Dazu zählen Äußerungen bzgl. der Rechtsnatur und Reaktionen auf die Verletzung der Vereinbarung. Rechtsbindungswille liegt insbesondere dann nahe, wenn vereinbarungstreues Partieverhalten nachteiliger ist als vereinbarungsbrechendes Verhalten.⁷²

⁶⁵ *Münch*, Non-binding agreements, in: Bernhardt, Encyclopedia of Public International Law, Volume Three, 1997, S. 606 (610); *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 12), Kap. 4 § 12 Rn. 3.

⁶⁶ *Klabbers* (Fn. 15), S. 74.

⁶⁷ Vgl. insoweit schon oben die *dissenting opinion* von Judge *Oda* (Fn. 53), S. 138 Rn. 16.

⁶⁸ *Kolb*, The Law of Treaties – An Introduction, 2016, S. 151.

⁶⁹ *Ebd.*, S. 75.

⁷⁰ OSZE, Schlussakte von Helsinki, 1.8.1975, abrufbar unter: <https://www.osce.org/de/mc/39503>.

⁷¹ *Vitzthum*, in: Vitzthum/Proelß (Fn. 11), 1. Abschnitt Rn. 67.

⁷² *Heusel* (Fn. 40), S. 298.

cc) Zwischenergebnis: Erkenntnisse der Völkerrechtswissenschaft

Die Völkerrechtsliteratur hat der Rechtsprechung des *IGH* zusätzliche Kriterien hinzugefügt. Neben den zwingenden Abgrenzungskriterien gehört dazu auch das spätere Verhalten der Parteien. Darüber hinaus sind fakultativ Kriterien heranzuziehen, die für sich allein den Rechtsbindungswillen nicht zu ermitteln vermögen, aber zusammen mit anderen Kriterien das Bild derart verdichten können, dass ein Bindungswillen naheliegt.

III. Abschließende Bemerkungen zum ersten Teil

Am Ende des ersten Teils steht die Feststellung, dass das Völkervertragsrecht sich im Wesentlichen mit denselben Problemen mühen muss wie das Privatrecht. Dass die Abgrenzung von *binding* und *non-binding agreements* durch Auslegung auf sehr wackligen argumentativen Füßen steht, macht die Sache nicht einfacher. Auslegung ist Fluch und Segen der juristischen Methodenlehre zugleich.⁷³ Das sickert bis ins Völkerrecht durch.

C. Zweiter Teil: Die EU-Türkei-Erklärung vom März 2016

Im zweiten Teil soll kurz auf Entstehungsgeschichte und Inhalt der Erklärung eingegangen werden. Danach folgt die wissenschaftliche Kritik sowohl aus der Perspektive der Judikatur als auch der Literatur. Den Abschluss bilden eine eigene Einschätzung sowie ein Ausblick auf das am 12.9.2018 abgeschlossene *EuGH*-Verfahren.

I. Entstehungsgeschichte, Inhalt und Folgen

1. Entstehungsgeschichte

Im Zusammenhang mit der Erklärung vom 18.3.2016 sind eine Reihe anderer Erklärungen und Abkommen zu beachten. Es empfiehlt sich daher, mit einem Blick auf das Jahr 2014 zu beginnen: Nach mehr als zehn Jahren zäher Verhandlungen trat am 1.10.2014 das europäisch-türkische Rückübernahmeabkommen (RückübAbk) in Kraft.⁷⁴ Es betraf zunächst nur die ohnehin völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Rückübernahme eigener

⁷³ Auslegung als juristische Methode ist einerseits unverzichtbarer Teil der Rechtsanwendung. Andererseits ist sie nach wie vor Gegenstand des grundlegenden rechtstheoretischen Diskurses. Zur Rechtsanwendung und ihren Problemen ausführlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Kap. 4.

⁷⁴ *Schmidt*, Die Rückübernahmeabkommen der EU und der Kompetenzkonflikt mit ihren Mitgliedstaaten, 2016, S. 101.

Staatsangehöriger.⁷⁵ Erst ab dem 1.10.2017 sollte auch die Rücknahme von Drittstaatsangehörigen dazukommen.⁷⁶ Trotzdem diente es ab 2015 als Grundlage für weitere Maßnahmen. Auf sie soll im Folgenden in der gebotenen Kürze eingegangen werden:

Die Migrationskrise hielt Europa Anfang 2016 – nach ihrem Höhepunkt im Herbst 2015 – immer noch auf Trab, so dass eine Zusammenarbeit mit der Türkei, der eine strategisch wichtige Position am „Tor nach Europa“ zukommt, zu diesem Zeitpunkt alternativlos war. Deshalb kamen auf dem Höhepunkt der Migrationskrise im November 2015 die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der EU und der Türkei in Brüssel zusammen, um über die Intensivierung der Zusammenarbeit im Bereich der Migrationssteuerung zu verhandeln.⁷⁷ Beim ersten Treffen am 29.11.2015 verständigten sich die Parteien darauf, das RückübnAbk bereits ab Juni 2016 vollumfänglich anzuwenden.⁷⁸ Im Gegenzug erklärte sich die EU bereit, die Türkei mit 3 Mrd. € zu unterstützen sowie die Visaliberalisierung für türkische Staatsangehörige ebenso voranzutreiben wie den Beitrittsprozess der Türkei zur EU.⁷⁹

Am 8.3.2016 kamen die Staats- und Regierungschefs der EU und der türkische Ministerpräsident *Abmet Davutoğlu* erneut zusammen. Am Ende dieses Treffens hatten sich im Wesentlichen schon die Punkte der späteren EU-Türkei-Erklärung herauskristallisiert.⁸⁰

Am 18.3.2016 folgte ein Treffen der Mitglieder des Europäischen Rates mit ihrem türkischen Amtskollegen. Dies war die Geburtsstunde der EU-Türkei-Erklärung.

2. Inhalt

Der volle Text der Erklärung ist auf der gemeinsamen Seite des Europäischen Rates und des Rates der Europäischen Union abrufbar.⁸¹ Aus dem Grund wird an dieser Stelle der Inhalt nur in seinen Grundlagen wiedergegeben. In die Erklärung wurde die Bestimmung aufgenommen, dass ab dem 20.3.2016 *alle*

⁷⁵ *Hailbronner*, Rückübernahme eigener und fremder Staatsangehöriger – Völkerrechtliche Verpflichtungen der Staaten, 1996, S. 20; *Schmidt* (Fn. 74), S. 39 oder auch *EuGH*, Urt. v. 4.12.1974, C-41/74, *Van Duyn* ./ . *Home Office*, Rn. 21, 23.

⁷⁶ *Hofmann/Schmidt*, Die Erklärung EU-Türkei vom 18.3.2016 aus rechtlicher Perspektive, NVwZ-Extra 11/2016, 1 (2).

⁷⁷ Presseerklärung des Rates 870/15 v. 29.11.2015.

⁷⁸ Ebd., Nr. 5.

⁷⁹ Ebd., Nr. 4, 5 und 6.

⁸⁰ Pressemitteilung des Rates 807/16 v. 8.3.2016.

⁸¹ Pressemitteilung des Europäischen Rates 151/16 v. 18.3.2016.

neuen irregulären Migranten, die Griechenland über die Ägäis erreichen, in die Türkei zurückgeführt werden. Dabei werde das Völker- und EU-Recht uneingeschränkt gewahrt. Die Maßnahme sei *vorübergehend* zur Beendigung des menschlichen Leids und zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung von Nöten. *Die Kosten für die Rückführungen trage die EU.*⁸² Ferner soll für jeden ab dem 20.3.2016 von den griechischen Inseln in die Türkei rückgeführten Syrer *ein anderer Syrer aus der Türkei in der EU neuangesiedelt* werden. Dafür werde in Zusammenarbeit mit dem United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR) ein Mechanismus geschaffen. Vorrang sollen diejenigen haben, die vorher nicht schon versucht haben, illegal in die EU einzureisen oder eingereist sind. Sobald der irreguläre Flüchtlingsstrom zwischen der Türkei und der EU geendet hat oder zumindest erheblich zurückgegangen ist, werde *eine Regelung zur freiwilligen Aufnahme aus humanitären Gründen aktiviert*. Weitere Zugeständnisse betrafen den Visaliberalisierungsprozess, die Zollunion sowie die Beitrittsverhandlungen und die beschleunigte Auszahlung der 3 Mrd. € aus der Flüchtlingsfazilität.⁸³

3. Folgen

Die Auswirkungen der Erklärung dokumentierte die EU-Kommission in bisher sieben Fortschrittsberichten.⁸⁴ Seit Beginn der Umsetzung ist die Zahl der Todes- und Vermisstenfälle in der Ägäis stark zurückgegangen. Das ist zweifelsohne ein Erfolg. Mit Blick auf den 1:1-Mechanismus zeichnet sich folgendes Bild: 8854 Syrer wurden in der EU neu angesiedelt und 1896⁸⁵ Migranten in die Türkei rückgeführt.⁸⁶ Die Bilanz zeigt, dass sich der 1:1-Mechanismus in der Realität als Augenwischerei erwiesen hat. Ebenso stockend voran kommen die Finanzhilfen sowie die Visaerleichterungen für türkische Staatsangehörige.⁸⁷ Einzig der Druck auf die griechischen Ägäis-Inseln ist durch konsequenteres Handeln seitens der türkischen Behörden merklich gesunken.

II. Urteil des *Europäischen Gerichts* vom 28.2.2017

Kann also diese nicht mehr als zweiseitige Erklärung wirklich einen völkerrechtlichen Vertrag zwischen der EU und der Türkei darstellen? Davon

⁸² Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016, Nr. 1.

⁸³ Ebd., Nr. 2, 5, 6 und 8.

⁸⁴ 7. Fortschrittsbericht der Kommission v. 6.9.2017, COM(2017)470 final (Stand 1.10.2018).

⁸⁵ Ausweislich des 7. Fortschrittsberichts wurden von den 1896 aber nur 1307 Personen aufgrund der EU-Türkei-Erklärung in die Türkei rückgeführt.

⁸⁶ 7. Fortschrittsbericht der Kommission v. 6.9.2017, COM(2017)470 final, S. 2, 5, 10.

⁸⁷ *Robländer*, EU-Türkei-Erklärung – Saubere Lösung oder schmutziger Deal?, KJ 50 (2017), 81 (86).

waren zumindest drei Asylbewerber ausgegangen, die Nichtigkeitsklagen gemäß Art. 263 AEUV vor dem *EuG* bemühten. Exemplarisch dient das Urteil in der Rs. T-192/16 als Untersuchungsgegenstand. Klageziel war die Nichtigkeitsklärung der EU-Türkei-Erklärung vom 18.3.2016. Klagegegner war der Europäische Rat.⁸⁸

1. Vorgeschichte und Stellungnahmen der Parteien

Das *Gericht* eröffnete sein Urteil mit einer Zusammenfassung der Vorgeschichte. Danach gab das *Gericht* die aus seiner Sicht entscheidungserheblichen Passagen der Erklärung im Wortlaut wieder.⁸⁹

Auf Anfrage des *Gerichts* brachte der Europäische Rat vor, dass nach seiner Kenntnis weder eine Übereinkunft noch ein Vertrag geschlossen worden sei. Die via Pressemitteilung veröffentlichte Erklärung sei lediglich „Frucht eines internationalen Dialogs zwischen den Mitgliedstaaten und der Türkei“ und angesichts ihres Inhalts auch nicht rechtlich bindend.⁹⁰ Auch die Kommission nahm diesen Standpunkt ein, bezog sich aber auf die verwendete Sprache. Durch das Vokabular – im Besonderen das englische Wort „will“ – sei klar zum Ausdruck gebracht worden, dass die Erklärung eine politische Abmachung darstellt.⁹¹ Der Rat negierte seine Beteiligung am Verfahren und legte dar, dass auch er die Erklärung weder für einen Vertrag noch für eine Übereinkunft halte.⁹²

Der Kläger hingegen führte aus, gerade die verwendete Sprache (hier das Wort „agree“) sei Hinweis auf die rechtliche Bindung. Außerdem sei die Übereinkunft sehr wohl im Namen der Union geschlossen worden, wie das Fehlen des Wortes „Mitgliedstaaten“ in der Pressemitteilung zeige.⁹³

2. Rechtliche Würdigung

In ihrer rechtlichen Würdigung widmeten sich die Richter in Luxemburg weit ausführlicher der Frage nach ihrer Zuständigkeit als der Frage, welcher Rechtsnatur die Erklärung denn sei. In seinen Erwägungen bemerkt das *EuG* zunächst, dass der Anwendungsbereich von Art. 263 AEUV nur eröffnet sei, wenn es sich bei der angegriffenen Handlung um eine Handlung eines Organs,

⁸⁸ *EuG*, Beschl. v. 28.2.2017, T-192/16, NF ./.. *Europäischer Rat*.

⁸⁹ *Ebd.*, Rn. 8 f.

⁹⁰ *Ebd.*, Rn. 27.

⁹¹ *Ebd.*, Rn. 29.

⁹² *Ebd.*, Rn. 30 f.

⁹³ *Ebd.*, Rn. 32.

einer Stelle oder Einrichtung der EU handele, die Rechtswirkung entfalten sollte. Der Charakter als Pressemitteilung sei dafür unerheblich.⁹⁴

Die zu beantwortende Frage war also, ob es sich bei der Erklärung um eine Handlung eines Unionsorgans handelt. Der Europäische Rat ist ein Organ der EU (Art. 15 EUV). War er aber auch der Urheber der Erklärung? Bei der Beantwortung bezieht sich das *Gericht* zuerst auf den Inhalt der Erklärung. Dabei beschäftigt es sich hauptsächlich mit den Ausdrücken „EU“ und „Mitglieder des Europäischen Rates“. Dem Europäischen Rat zufolge bezogen sich diese Ausdrücke auf die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten. Man habe die Sprache im „journalistischen Kontext“ bewusst einfach halten wollen.⁹⁵

Zur genauen Bestimmung zog das *EuG* die Begleitdokumente des Treffens vom 18.3.2016 heran. Daraus ergab sich, dass am besagten Tag zwei getrennte Ereignisse stattfanden: Eine Tagung des Europäischen Rates ohne Anwesenheit des türkischen Ministerpräsidenten und ein Treffen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten mit ihren türkischen Amtskollegen.⁹⁶ Daraus folgert das *Gericht*, dass es sich nicht um ein Treffen des Europäischen Rates mit den türkischen Vertretern handeln konnte.⁹⁷ Da es sich damit um keinen Akt eines Unionsorgans handelt, konstatierte das *Gericht* seine Unzuständigkeit. Lediglich in einem Satz hält das *Gericht* fest, dass es – wenn es sich überhaupt um eine internationale Übereinkunft handele – diese zwischen den Mitgliedstaaten und der Türkei zustande gekommen ist.⁹⁸

3. Kritik am Urteil

Für sein Urteil wurde das *EuG* heftig kritisiert.⁹⁹ *Cannizzaro* unterstellte: „The Court has bent the authority of the European judicial system to the demands of

⁹⁴ *EuG*, Beschl. v. 28.2.2017, T-192/16, NF ./.. *Europäischer Rat*, Rn. 42.

⁹⁵ *Ebd.*, Rn. 56 ff.

⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 62 ff.

⁹⁷ *Ebd.*, Rn. 67.

⁹⁸ *Ebd.*, Rn. 70 ff.

⁹⁹ Unter anderem: *Bast* (Fn. 9), Rn. 6; *Cannizzaro*, Denialism as the supreme expression of Realism, *European Papers* Vol. 2 No. 1 (2017), 251 ff.; *Danisi*, Taking The ‚Union‘ out of ‚EU‘: The EU-Turkey Statement on the Syrian Refugee Crisis as an agreement between States under International Law, *EJIL: Talk!*, 20.4.2017, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/taking-the-union-out-of-eu-the-eu-turkey-statement-on-the-syrian-refugee-crisis-as-an-agreement-between-states-under-international-law/>; *Hofmann/Schmidt*, „EU-Türkei-Deal“ ohne Beteiligung der EU? – Die Beschlüsse des *EuG* zur Erklärung EU-Türkei vom 18. März 2016, *EuGRZ* 44 (2017), 317 (327) oder auch *Idriz*, The EU-Turkey statement or the „refugee deal“: the extra-legal deal of extraordinary times?, T. M. C. Asser Institute for International and European Law Research Paper No. 06/2017, S. 14, abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3088888.

realpolitik“. Durch diese Vermeidungstaktik konnte die eigentliche Frage, nach der Vereinbarkeit der Erklärung mit Völker- und Europarecht offen gelassen werden.¹⁰⁰ Stattdessen schloss sich das *EuG* der mehr als fragwürdigen Argumentation des EU-Rates an, man habe aus journalistischen Gründen von „EU“ und „Mitgliedern des Europäischen Rates gesprochen“. In Anbetracht der Tatsache, dass nicht viele Menschen etwas mit den „Mitgliedern des Europäischen Rates“ anfangen können, ist die Argumentation, man habe dadurch vereinfachen wollen, geradezu paradox.

Es scheint fast so, dass das *EuG* sich von vornherein auf die Seite der EU-Organe gestellt hat, indem es lediglich Argumente berücksichtigt hat, die deren Ansicht stützen. Jedenfalls hat es einen Präzedenzfall dafür geschaffen, dass Mitgliedstaaten im Zuständigkeitsbereich der Union handeln dürfen¹⁰¹ und sich die EU-Exekutivorgane dadurch der demokratischen Kontrolle entziehen können¹⁰².

III. Kritische Beleuchtung durch die Wissenschaft

1. *Legally binding agreement*

a) *Rechtsverbindlichkeit*

Hauptbezugspunkt derer, die der Ansicht sind, es handele sich um ein *legally binding agreement*, ist die Terminologie der Erklärung. Zwar spreche die Bezeichnung für eine unverbindliche Abmachung.¹⁰³ Im Einklang mit der *Qatar v. Bahrain*-Rechtsprechung habe die Bezeichnung aber keine Aussagekraft. In das Zentrum der Überlegungen seien daher die Satzteile „The EU and Turkey today decided“¹⁰⁴ und „They agreed“¹⁰⁵ zu stellen.¹⁰⁶ Dabei sei auf die gewöhnliche

com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3080881 und *Limone*, Today's Court (non) decision on the (non) EU „deal“ (?) with Turkey, abrufbar unter: <https://free-group.eu/2017/03/01/the-todays-court-non-decision-on-the-non-eu-deal-with-turkey/>.

¹⁰⁰ *Cannizzaro* (Fn. 99), S. 257.

¹⁰¹ *Ebd.*, S. 256.

¹⁰² *Limone* (Fn. 99).

¹⁰³ *Gatti*, The EU-Turkey Statement: A Treaty That Violates Democracy, Teil 1, EJIL: Talk!, 18.4.2016, S. 3, abrufbar unter: <https://www.ejiltalk.org/the-eu-turkey-statement-a-treaty-that-violates-democracy-part-1-of-2/>.

¹⁰⁴ Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016 (Hervorhebung durch den Autor).

¹⁰⁵ *Ebd.* (Hervorhebung durch den Autor).

¹⁰⁶ *Heijer/Spijkerboer*, Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?, EU Law Analysis Blog, 7.4.2016, abrufbar unter: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/04/is-eu-turkey-refugee-and-migration-deal.html>; *Cannizzaro*, Disintegration through law?, *European Papers* Vol. 1 No. 1 (2016), 3 (4); *Gatti* (Fn. 103), S. 3 f., 10.

Bedeutung der verwendeten Sprache zu achten.¹⁰⁷ Worte wie „entscheiden“ oder „vereinbaren“ drückten Verbindlichkeit aus. Es solle gerade nicht „auf etwas hingearbeitet werden“, wie das noch in früheren Erklärungen der Fall war. Die Abwesenheit von Modalverben (*shall* und *should*) ändere daran nichts.¹⁰⁸ Die verwendete Sprache drücke also, gerade im Vergleich zu früheren, offensichtlich unverbindlichen Formulierungen, den Rechtsbindungswillen aus.

Was den Inhalt betrifft, müsse mit dem *IGH* darauf abgestellt werden, dass ein Vertrag gegenseitige Verpflichtungen enthalten muss.¹⁰⁹ Die EU-Türkei-Erklärung sei insoweit ein atypisches internationales Übereinkommen, das das Gewand einer unverbindlichen Abmachung trage, aber beiden Seiten Verpflichtungen auferlege. Aus diesem Grund sei es ein *fully-fledged international agreement*.¹¹⁰ Die Vermutung für einen Vertrag werde auch durch die Tatsache gestützt, dass in der Erklärung unmittelbare finanzielle Zusagen gemacht werden (Kostenübernahme für die Rückführungen).¹¹¹

Auch *Roberts* stellt auf das Ziel und den Inhalt der Erklärung ab. Gerade durch das Eingehen von Verpflichtungen manifestiere sich der Rechtsbindungswille. Die Erklärung zähle demnach nicht nur bestehende Verpflichtungen auf.¹¹² Sie enthalte wesentlich neuartige Verpflichtungen. So z. B. den 1:1-Mechanismus.¹¹³ Der Mechanismus sei zwar schon früher – z. B. in der Erklärung vom 8.3.2016 – aufgetaucht, doch diese Erklärung sei klar unverbindlicher Art gewesen. Die Erklärung vom 18.3.2016 diene demnach dazu, die vorher unverbindlichen Maßnahmen in rechtsverbindliche Verpflichtungen umzuwandeln.¹¹⁴

So habe es auch die Kommission gesehen, die auf ihrer Website von einem *agreement* spricht¹¹⁵. Erst im Nachhinein habe sich die Kommission auf den Standpunkt gestellt, es handele sich um eine unverbindliche Abmachung, um einer Nichtigerklärung zu entkommen.

¹⁰⁷ *Danisi* (Fn. 99), S. 2.

¹⁰⁸ *Hofmann/Schmidt* (Fn. 76), S. 3 f.

¹⁰⁹ Siehe dazu oben **B. II. 4. a)** cc).

¹¹⁰ *Gatti* (Fn. 103), S. 3.

¹¹¹ *Heusel* (Fn. 40), S. 296.

¹¹² *Roberts*, The EU-Turkey Statement – Questions on Legality and Efficiency, Denver Journal of International Law & Policy, 15.5.2018, abrufbar unter: <http://djiip.org/7245/the-eu-turkey-statement-questions-on-legality-and-efficiency/>.

¹¹³ *Heijer/Spijkerboer* (Fn. 106).

¹¹⁴ *Gatti* (Fn. 103), S. 4.

¹¹⁵ Presseerklärung der Kommission MEMO 16/963 v. 19.3.2016, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_16_963.

Ferner sei die Umsetzung der Erklärung ein Indiz für die Rechtsverbindlichkeit. Für *Spijkerboer* ist eine Änderung des *acquis communautaire* „a strong indication that the Statement is a treaty obliging the EU to implement it“.¹¹⁶ Auch das griechische Parlament hat zur Umsetzung der Erklärung ein Gesetz verabschiedet, dass es Migranten erlaubt, zum Zwecke der Rückführung in die Türkei nach Griechenland einzureisen.¹¹⁷ Das zeige: „Both parties intended to bind themselves“.¹¹⁸

Letztlich stehe der Vertragseigenschaft auch die mögliche Verletzung unionsinterner Verfahrensvorschriften nicht entgegen. Das ergibt sich aus der Rechtsprechung des *IGH*.¹¹⁹ Die Verletzung der institutionellen Rolle des Europäischen Parlaments bestätige aber den besorgniserregenden Trend, dass nationale Interessen immer häufiger Vorrang vor den Werten der EU erhielten. Das sei „bad for European democracy“.¹²⁰

Auch in der Erstellung der Fortschrittsberichte der Kommission manifestiere sich der verbindliche Charakter der Erklärung, da durch die Umsetzung der Eindruck erweckt wird, die EU sei gebunden.¹²¹ *Danisi* geht einen Schritt weiter: Durch die Umsetzung und die Fortschrittsberichte sei auf Seiten der Türkei das berechtigte Vertrauen geweckt worden, gebunden zu sein. Eine Antwort auf die Frage, warum die Beteiligten diese mehrdeutige Erklärung beschlossen haben, findet sich demgegenüber bei *Gatti*: Er unterstellt dem Europäischen Rat, versucht zu haben, die Erklärung als unverbindlich zu tarnen, um dem unionsinternen Ratifizierungsverfahren zu entkommen.¹²² *Cannizzaro* konstatiert desillusioniert, dass das Recht jahrzehntelang eine Schlüsselrolle bei der europäischen Integration spielte, mehr und mehr aber zum Werkzeug verkomme, um wieder ein Europa der souveränen Nationalstaaten herzustellen.¹²³

¹¹⁶ *Spijkerboer*, Minimalist reflections on Europe, refugees and law, *European Papers* Vol. 1 No. 1 (2016), 533 (551).

¹¹⁷ Das mutet auf den ersten Blick seltsam an, ist aber tatsächlich so, siehe *Slominski/Trauer*, How do Member States return unwanted Migrants?, *JCMS* Vol. 56 No. 1 (2018), 101 (109); *Heijer/Spijkerboer* (Fn. 106).

¹¹⁸ *Heijer/Spijkerboer* (Fn. 106); auch auf die Umsetzung als Rechtsverbindlichkeitsargument beruft sich *Idriz* (Fn. 99), S. 10.

¹¹⁹ *IGH*, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (*Katar v. Bahrain*), Urt. v. 1.7.1994, *ICJ Reports* 1994, 112 (122 Rn. 29).

¹²⁰ *Heijer/Spijkerboer* (Fn. 106).

¹²¹ *Ebd.*

¹²² *Gatti* (Fn. 103), S. 4 f.

¹²³ *Cannizzaro* (Fn. 99), S. 6.

b) Teilweise Verbindlichkeit?

Hofmann und *Schmidt* differenzieren beim Inhalt der Erklärung nach Verpflichtungen und politischen Zusagen. Sie attestieren der Erklärung Janusköpfigkeit.¹²⁴ So seien die Neuansiedlung und die Kostenübernahme seitens der EU unstreitig verpflichtend, wohingegen die Visaliberalisierung, der Ausbau der Zollunion, die Verbesserung der humanitären Bedingungen in Syrien und der Beitritt der Türkei zur EU „offenkundig als politische Absichtserklärungen einzustufen“ seien und *keine* Rechtsverbindlichkeit entfalten könnten.¹²⁵

Sie gehen davon aus, dass der Teil der Erklärung, der die Rückführung aller illegaler Migranten in die Türkei vorsieht, als eine Vereinbarung zur vorläufigen Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. b WVK zu betrachten sei.¹²⁶

Ferner ist unter Nr. 6 der Erklärung von „above commitments“ zu lesen¹²⁷. In der Erklärung werde also konkret von „Verpflichtungen“ gesprochen. Das könne nur bedeuten, dass sich die Parteien im Austauschverhältnis binden wollten.¹²⁸ Die Union wollte aber auch nichtverbindliche Zusagen machen. Das spiegle sich im Wortlaut anderer Teile der Erklärung wider. Die dort verwendeten Worte wie „bekräftigen“ oder „begrüßen“ seien eindeutig unverbindlich. Das bedeute *e contrario*, dass die anderen Teile rechtsverbindlich sein müssten.¹²⁹

Trotz alledem kommen *Hofmann* und *Schmidt* zu dem Ergebnis, es handele sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, dessen Verbindlichkeit sich auf die genannten Teile beschränke.¹³⁰

c) Ermittlung der Vertragsparteien

Wenn im Sinne der oben genannten Auffassungen davon ausgegangen wird, es handele sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, ist in einem nächsten Schritt zwangsläufig die Frage zu stellen, zwischen wem dieser Vertrag geschlossen wurde. Das hat, wie eingangs dargestellt, auch rechtliche Konsequenzen für die Erklärung. Dass die Türkei Vertragspartei ist, liegt auf der Hand. Bei ihrem

¹²⁴ *Hofmann/Schmidt* (Fn. 76), S. 5.

¹²⁵ *Ebd.*

¹²⁶ *Ebd.*, S. 4.

¹²⁷ Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016, Nr. 6 (Hervorhebung durch den Autor).

¹²⁸ *Hofmann/Schmidt* (Fn. 76), S. 5.

¹²⁹ *Ebd.*

¹³⁰ *Ebd.*

europäischen Konterpart gestaltet sich die Beantwortung der Frage allerdings durchaus schwieriger. Die Auffassung des *EuG*, wonach die Mitgliedstaaten selbst Vertragsparteien der Türkei seien, wird bestritten¹³¹. Wer ist also Urheber der Erklärung?

Es kommt im Kern darauf an, ob der Europäische Rat in seiner Eigenschaft als Organ im Namen der EU oder die Mitgliedstaaten durch den EU-Rat intergouvernemental gehandelt haben. Das Ausweichen auf die zwischenstaatliche Ebene würde für die Mitgliedstaaten eine Möglichkeit darstellen, sich den Verfahren und der gerichtlichen Kontrolle der EU zu entziehen.¹³² Um dem entgegenzuwirken, entwickelte der *EuGH* bereits im Jahr 1971¹³³ die Maxime, dass ein im Kontext der EU geschaffener Akt schon dann als Handlung der EU angesehen werden kann, wenn der Regulationsgegenstand in die Zuständigkeit der Union fällt. Mittlerweile hat diese als AETR-Rechtsprechung bekannte Lehre in Art. 3 Abs. 2¹³⁴ und Art. 216 Abs. 1 AEUV Niederschlag gefunden. Die Zuweisung der ausschließlichen Kompetenz an die Union führt zu einer Sperre für mitgliedstaatliches Handeln gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV.¹³⁵ Diese Sperre führt nicht zur völkerrechtlichen Unwirksamkeit des Vertrages, sondern verpflichtet den Mitgliedstaat unionsintern dazu, ein Abkommen nicht anzuwenden. Der Drittstaat hingegen kann trotz Unionsrechtswidrigkeit auf der Einhaltung des Abkommens bestehen.¹³⁶

Es kommt also nicht auf die äußere Form oder die Absichten der Beteiligten an, sondern darauf, ob der Union die verfassungsrechtliche Kompetenz aus den Verträgen zukommt, in diesem Politikfeld allein handeln zu dürfen.¹³⁷ Diesen Umstand lässt das *EuG* gänzlich unberücksichtigt. Zu prüfen ist demnach, welche Politikfelder durch die Erklärung tangiert sind und wem die Handlungskompetenz zusteht.

Hinsichtlich der Rückführung der Migranten in die Türkei und der Visaliberalisierung ist Abschnitt V des AEUV eröffnet. Er enthält die Bestimmungen für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR). Grundsätzlich üben die Mitgliedstaaten und die EU die *geteilte Zuständigkeit* in diesem Bereich aus (Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV). Die Zuständigkeit der Union auf

¹³¹ Z. B. von Bast (Fn. 9), Rn. 6; Hofmann/Schmidt (Fn. 99), S. 325; Gatti (Fn. 103), S. 3 f. oder auch von Idriz (Fn. 99), S. 10 ff.

¹³² Bast (Fn. 9), Rn. 4.

¹³³ *EuGH*, Urt. v. 31.3.1971, C-22/70, *Kommission ./ . Rat*.

¹³⁴ Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 76.

¹³⁵ Schmidt (Fn. 74), S. 328.

¹³⁶ *Ebd.*, S. 330.

¹³⁷ Bast (Fn. 9), Rn. 4.

dem Feld der Rückübernahmeabkommen und Migrationssteuerung ergibt sich aus Art. 78 Abs. 2 lit. g und Art. 79 Abs. 3 AEUV. In Letzterem ist explizit von der Vertragsschlusskompetenz mit Drittstaaten die Rede.¹³⁸ Das fehlt in Art. 78 Abs. 2 lit. g AEUV zwar, jedoch muss die „Partnerschaft und Zusammenarbeit mit Drittländern zur Steuerung“ der Migration aus teleologischen Gründen auch die Kompetenz umfassen, für die Bindung auf völkerrechtlicher Ebene zuständig zu sein. Auf andere Weise wäre das Gemeinsame Europäische Asylsystem (GEAS) nicht vernünftig realisierbar. Wären die Mitgliedstaaten zuständig, entspräche das eher einem „Asylsystempluralismus“. Die AETR-Einschränkung aus Art. 3 Abs. 2 AEUV greift ein.¹³⁹ Gleiches gilt auch für die Visapolitik in Art. 77 Abs. 2 lit. a AEUV.

Schwieriger verhält es sich hinsichtlich der Neuansiedlung in den Mitgliedstaaten der EU. Der AEUV enthält keine Norm, die es der Union gestattet, Neuansiedlungen in den Mitgliedstaaten vorzunehmen. Da die Zuständigkeit also nicht explizit übertragen wurde, ist sie grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten verblieben. Jedoch enthält Art. 78 Abs. 3 lit. 1 AEUV eine Bestimmung, nach der der Rat vorläufige Maßnahmen erlassen kann, wenn ein Mitgliedstaat aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen in eine Notlage geraten ist. Das kann auch die Umsiedlung von Personen betreffen.¹⁴⁰ Die Erklärung beruft sich auf bereits eingegangene Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, die durch die Erklärung beeinträchtigt würden. Und zwar weil am 29.9.2016 ein Beschluss durch den Rat i. S. d. Art. 78 Abs. 3 AEUV erging, der vorsah, dass sich die Mitgliedstaaten an dem 1:1-Mechanismus aus der EU-Türkei-Erklärung beteiligen können.¹⁴¹ Es kann also argumentiert werden, dass der Union auch hier die ausschließliche Zuständigkeit zustehen musste, weil durch die vorgesehene Neuansiedlung gemeinsame Regeln oder deren Tragweite verändert wurde.¹⁴² Wieder wäre der Anwendungsbereich von Art. 3 Abs. 2 AEUV eröffnet.

¹³⁸ So auch *Idriç* (Fn. 99), S. 11.

¹³⁹ *Ebd.*

¹⁴⁰ *Weiß*, in: Streinz (Fn. 23), Art. 79 Rn. 48.

¹⁴¹ Beschluss (EU) 2016/1754 des Rates v. 29.9.2016, ABL. EU L 268/82 v. 1.10.2016.

¹⁴² *de Vriège*, The legal nature of the EU-Turkey Statement – Putting NF, NG and NM v. European Council in perspective, 15.8.2018, S. 68 f., abrufbar unter: https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/479/424/RUG01-002479424_2018_0001_AC.pdf.

Auf die Bestimmung der Zuständigkeit in Bezug auf die Ausschüttung der 3 Mrd. €, die Zollunion und den Beitrittsprozess wird verzichtet.¹⁴³

Für die erwähnten Maßnahmen war die EU ausschließlich zuständig. So gesehen stellt sich die EU-Türkei-Erklärung als Akt der EU dar, der sehr wohl vom *EuG* hätte überprüft werden können. Darüber hinaus wären in diesem Fall die Mitwirkungsrechte des Europäischen Parlaments verletzt worden.

2. *Non-binding agreement*

Die Vertreter der Gegenansicht berufen sich ebenso auf den Wortlaut der Erklärung. Gerade durch die Verwendung von nicht zwingenden Termini wie *will* und die Abwesenheit von Modalverben wie *shall* oder *should* werde der deklaratorische Charakter der Erklärung ausgedrückt.¹⁴⁴ Allein dieser unverbindliche Charakter erlaube es der EU, schnell und flexibel zu handeln,¹⁴⁵ was sich in der schnelllebigen und oft unübersichtlichen Migrationskrise als sehr nützlich erweisen könnte.

Der Legal Service of the European Parliament hielt fest: „*It can in no way be considered an international agreement*“.¹⁴⁶ Gestützt wird diese Ansicht durch die Tatsache, dass die Erklärung an einigen Auffälligkeiten krankt: Sie wurde weder unterzeichnet, noch im Amtsblatt der EU veröffentlicht¹⁴⁷ oder bei den Vereinten Nationen gemäß Art. 102 SVN registriert. Geschweige denn wurde das bei völkerrechtlichen Verträgen obligatorische Ratifizierungsverfahren durchgeführt. Zwar tangiert eine solche unorthodoxe Vorgehensweise die Rechtsnatur nicht, aber die so gewählte Form suggeriert fehlende Verbindlichkeit. Für *Peers* stand fest: Die Erklärung „*will not as such be legally binding*“.¹⁴⁸

¹⁴³ Näheres bei *Idriz* (Fn. 99), S. 13, die die ausschließliche Zuständigkeit für diese Bereiche auch der EU zuschreibt.

¹⁴⁴ *Mătuşescu*, Considerations on the legal nature and validity of the EU-Turkey refugee deal, *IL Rev.* Vol. VI special issue (2016), 91 (95); das gestehen sogar *Heijer/Spijkerboer* (Fn. 106).

¹⁴⁵ *Koenig/Walter-Franke*, One year on: What lessons from the EU-Turkey ‘deal’?, 17.3.2017, sub 1, abrufbar unter: https://hertieschool-f4e6.kxcdn.com/fileadmin/user_upload/20170317_EU-Turkey-deal-one-year-on-NK-MW.pdf.

¹⁴⁶ Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 9.5.2016, Visa Liberalisation for Turkey: EU criteria must be met, says MEPs.

¹⁴⁷ *Mătuşescu* (Fn. 144), S. 94.

¹⁴⁸ *Peers*, The draft EU/Turkey deal on migration and refugees: is it legal?, *EU Law Analysis Blog*, 16.3.2016, abrufbar unter: <http://eulawanalysis.blogspot.com/2016/03/the-draft-euturkey-deal-on-migration.html>.

Dem oben genannten Argument, in der Änderung bestehenden EU-Rechts manifestiere sich der Rechtsbindungswille,¹⁴⁹ wird von *Fernández Arribas* entgegengehalten, dass es in der Staatenpraxis – auch der EU – nicht unüblich sei, unverbindlichen internationalen Abkommen durch Implementierung respektive nationale und supranationale Umsetzungsakte zur Geltung zu verhelfen. Diese Form der internationalen Zusammenarbeit zeigt sich bspw. beim sog. *Kimberley process certification scheme*, einem Zertifizierungsverfahren für Rohdiamanten. Erklärtes Ziel ist es, den Handel mit Blutdiamanten¹⁵⁰ zu unterbinden und den legalen Markt für Diamanten zu schützen. Es handelt sich weder um eine Internationale Organisation noch um einen völkerrechtlichen Vertrag.¹⁵¹ Die EU beteiligt sich an dem Zertifizierungssystem und hat aus diesem Grund den Kimberley-Prozess durch eine Verordnung¹⁵² zu einem Teil seiner Rechtsordnung gemacht.¹⁵³ Gemessen daran stellt die Erklärung eine politische Abmachung dar, die rechtlich unverbindlich ist.

Fernández Arribas bringt noch ein weiteres Argument vor: Die Beweisführung basiert im Besonderen auf der Annahme, dass der Europäische Rat als nicht autorisiertes Organ überhaupt keinen Vertrag schließen konnte, der die EU bindet. Das Handeln des Europäischen Rates war *ultra vires*. Sie beruft sich dabei auf die Entscheidung des ISGH im Fall *Bangladesh v. Myanmar* aus dem Jahr 2012. Die Richter hatten in dem Fall ein unterzeichnetes Protokoll nicht als völkerrechtlichen Vertrag anerkannt, weil der burmesische Vertreter keine Vollmacht zum Vertragsschluss hatte.¹⁵⁴ Das gilt zwar unmittelbar nur für Staaten, *Fernández Arribas* überträgt die Grundsätze aber mittels Analogieschluss auch auf Internationale Organisationen wie die EU.¹⁵⁵ Dem Europäischen Rat kommt direkt aus Art. 218 AEUV keine Vertragsschlusskompetenz zu. Das Verfahren erwähnt lediglich den Rat der EU, die Kommission und das Parlament. Der Europäische Rat hätte also durch ein Legislativorgan ermächtigt

¹⁴⁹ Vgl. dazu Fn. 121 und 122.

¹⁵⁰ Blutdiamanten bzw. Konfliktdiamanten sind Diamanten, die von Rebellen zur Finanzierung bewaffneter Konflikte verwendet werden, vgl. *Kimberly Process*, Find answers to the big challenges we face, abrufbar unter: <https://www.kimberleyprocess.com/en/faq>.

¹⁵¹ *Ebd.*

¹⁵² VO (EG) Nr. 2368/2002 des Rates v. 20.12.2002, ABl. EG 2002 L 358/28 v. 31.12.2002.

¹⁵³ *Fernández Arribas*, The EU-Turkey statement, the treaty making process and competent organs. Is the statement an international agreement?, *European Papers* Vol. 2 No. 1 (2017), 303 (308 f.).

¹⁵⁴ *Internationaler Seegerichtshof (ISGH)*, Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (*Bangladesh v. Myanmar*), Urt. v. 14.3.2012, ITLOS-Reports 2012, 4 (33 f. Rn. 83 ff.).

¹⁵⁵ *Fernández Arribas* (Fn. 153), S. 306.

werden müssen, was er aber im Fall der EU-Türkei-Erklärung nicht wurde. Das bedeutet, dass der Europäische Rat nach dieser Ansicht die EU nicht binden konnte.¹⁵⁶ Alles andere würde bedeuten, dass er die Kompetenz besitzt, die EU völkerrechtlich zu binden, das würde das Kompetenzgefüge innerhalb der EU völlig aus dem Gleichgewicht bringen.¹⁵⁷

3. Zusammenfassung

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs wird sowohl vertreten, dass es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag mit den entsprechenden politischen und rechtlichen Konsequenzen handle, als auch, dass die EU-Türkei-Erklärung eine unverbindliche, lediglich politisch signifikante Vereinbarung sei. Beiden gemein ist die Kritik am Urteil des *EuG*, wonach das *Gericht* nicht alle Belange ausreichend gewürdigt habe.

Sowohl Wortlaut als auch Inhalt lassen Spielraum für zweierlei Interpretation offen. Damit vermögen sie allein zu keinem verlässlichen Ergebnis führen. Im letzten Schritt folgt deshalb eine eigene Bewertung der Rechtsnatur. Dabei sollen neue, eigene Argumente in die Gegenüberstellung einfließen.

IV. Reflexion

Die Sprache, derer sich die EU-Türkei-Erklärung bedient, unterstreicht ihre Ambivalenz. Die Zahl der Worte ist groß, die Erkenntnis klein. Aus diesem Grund wird auf weitere Ausführungen zur Sprache verzichtet. Lediglich eine Anmerkung sei gestattet: Es könnte beabsichtigt gewesen sein, die an sich unverbindliche Erklärung zwingend zu formulieren, um ihr mehr Ausdruck und Bedeutung zu verleihen. Das ist in der Staatenpraxis ein adäquates Mittel.¹⁵⁸ Große terminologische Ähnlichkeit mit der Erklärung weist z. B. das *Joint Iranian-Russian Statement on Terrorism* (1998) auf.¹⁵⁹ Es enthält Formulierungen wie „we have *agreed* to establish“ oder „we *agree* that states *should not*“ und ist trotz alledem rechtlich unverbindlich. Angesichts dessen stellt die Sprache für die EU-Türkei-Erklärung kein geeignetes Abgrenzungswerkzeug dar. Aus diesem Grund sind der Inhalt und v. a. die Umstände genauer zu betrachten und in die Abwägung miteinzubeziehen.

Das Ass im Ärmel derer, die der Meinung sind, es handle sich um einen Vertrag, ist der Inhalt der Erklärung. Nach dem ersten Lesen scheint die Sache eindeutig: Die Erklärung enthält gegenseitige Verpflichtungen. *Do ut des*. Das ist in der Tat

¹⁵⁶ *Fernández Arribas* (Fn. 153), S. 308.

¹⁵⁷ *Ebd.*, S. 309.

¹⁵⁸ *Aust*, in: Hollis (Fn. 16), S. 49.

¹⁵⁹ *Joint Iranian-Russian Statement on Terrorism v. 26.9.1998*, UN Doc. A/C.6/53/6.

ein durchschlagendes Argument auf dem Weg zum Vertrag. Zwei Dinge könnten dem aber noch entgegenstehen. Erstens, wenn der Inhalt der Erklärung gar keine „neuartigen“ Verpflichtungen enthält, sondern lediglich bereits bestehende wiederholt. Zweitens, wenn es sich bei der Erklärung um die Vereinbarung handelt, das RückübAbk vorläufig anzuwenden. Beides würde die Vertragseigenschaft stören.

Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge ist grundsätzlich zulässig (Art. 25 WVK). Art. 25 WVK genießt den Status von Völkergewohnheitsrecht und wäre deshalb auch auf den vorliegenden Fall anwendbar.¹⁶⁰ Man rufe sich an dieser Stelle ins Gedächtnis, dass die WVK direkt keine Anwendung auf die EU-Türkei-Erklärung finden kann, da die EU *kein Staat* ist. Die Erklärung könnte die vorläufige Anwendung des RückübAbk regeln, das ausweislich der Erklärung vom 29.11.2015 erst am 1.6.2016 in Kraft treten sollte. Möglicherweise wollten die Parteien also eine noch vorläufigere Anwendung des Abkommens ermöglichen. Problematisch ist aber, dass die Erklärung das RückübAbk nicht erwähnt. Sie sieht nur vor, dass alle irregulären Migranten rückgeführt werden sollen, die auf *griechischen* Inseln ankommen. Das klingt vielmehr nach einem bilateralen griechisch-türkischen Abkommen. *Hofmann* und *Schmidt* gehen deshalb davon aus, dass die Erwähnung der griechischen Inseln schlicht der Geographie geschuldet sei. Es ist logisch, dass aus der Türkei über die Ägäis kommende Migranten auf griechischen Inseln ankommen.¹⁶¹ Aus ihrer Sicht ist es deshalb „vertretbar und vorzugswürdig“, die Rückführung aller neuer illegaler Migranten ab dem 20.3.2016 als die vorläufige Anwendung des RückübAbk zu betrachten.¹⁶² Das wäre auch sachbezogen sinnvoll, denn warum sollte ein neuer Vertrag geschlossen werden, wenn ein bereits bestehender Vertrag durch vorläufige Anwendung genau diesen Zweck erfüllt?¹⁶³ Das RückübAbk bezieht sich selbstredend auch auf den griechisch-türkischen Verkehr. Es spricht also einiges dafür, dass es sich bei der Erklärung um die Vereinbarung handelt, das RückübAbk vorläufig anzuwenden.

Doch wie verhält es sich mit der Kostentragung? Ist hierin eine neuartige Verpflichtung zu sehen? Das RückübAbk sieht in Art. 16 vor, dass der *ersuchende Staat*¹⁶⁴ die Kosten für die Rückführung trägt. Die EU-Türkei-Erklärung sieht

¹⁶⁰ *Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Art. 25 Rn. 12; *Krieger*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 11), Art. 25 Rn. 3.

¹⁶¹ *Hofmann/Schmidt* (Fn. 76), S. 4.

¹⁶² *Ebd.*

¹⁶³ Vgl. dazu Art. 4 des europäisch-türkischen Rückübernahmeabkommens.

¹⁶⁴ Ausweislich Art. 1 lit. i der Staat, der einen Rückübernahmeantrag i. S. d. Rückübernahmeabkommens EU-Türkei gestellt hat.

vor, dass *die EU* die Kosten dafür übernimmt.¹⁶⁵ Bei der Rückführung von Migranten aus der EU ist die Türkei also in jedem Fall entlastet. Fraglich ist, wie die Kostentragung in der EU verteilt ist. Aus den Fortschrittsberichten der Kommission ergibt sich, dass die EU Griechenland Finanzhilfen für Rückführungen zur Verfügung stellt.¹⁶⁶ Die Kosten werden also tatsächlich *auch* von der EU getragen. Das Geld kommt aus einem dafür geschaffenen EU-Fonds, der sich aus dem EU-Haushalt speist.¹⁶⁷ Es handelt sich folglich um keine neue Verpflichtung, sondern ebenfalls um die vorläufige Anwendung des europäisch-türkischen RückübAbk, da die Kosten *von* der EU *durch* Griechenland getragen werden.

Handelt es sich bei der Neuansiedlung um eine neuartige Verpflichtung? Aus der Erklärung geht hervor, dass die Neuansiedlungen „zunächst durch die Einlösung der Verpflichtungen stattfinden, die die Mitgliedstaaten (...) eingegangen sind“.¹⁶⁸ Diese Verpflichtungen ergeben sich aus einer Einigung der Mitgliedstaaten vom 20.7.2015 im Rat der EU über die Neuansiedlung von 22.504 Drittstaatsangehörigen.¹⁶⁹ Ausweislich der Erklärung waren davon noch 18.000 Plätze zu vergeben. Mit einer *freiwilligen* Vereinbarung sollten weitere 54.000 Plätze geschaffen werden. Laut der Erklärung begrüßen es die Mitgliedstaaten, wenn der Umsiedlungsbeschluss vom 22.9.2015 geändert würde.¹⁷⁰ Dieser wurde am 29.9.2016 vom Rat geändert.¹⁷¹ Die Änderung sieht vor, dass sich die Staaten dafür entscheiden können, ihrer am 20.7.2015 eingegangenen Verpflichtung zur Aufnahme von Drittstaatsangehörigen nachzukommen, indem sie Syrer direkt aus der Türkei „im Rahmen nationaler oder multilateraler Aufnahmeregelungen“ aufnehmen. Das wird dadurch unterstrichen, dass den Mitgliedstaaten durch die EU-Türkei-Erklärung keine neuen Verpflichtungen hinsichtlich der Neuansiedlung auferlegt werden, wie es in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 17. und 18.3.2016 heißt.¹⁷² Diese Argumentation kennen wir bereits vom *Kimberley process certification scheme*: Eine international

¹⁶⁵ Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016, Nr. 1.

¹⁶⁶ So z. B.: 1. Fortschrittsbericht der Kommission v. 20.4.2016, COM(2016)231 final, S. 7; 5. Fortschrittsbericht v. 2.3.2017 COM(2017)204 final, S. 8 f.; 7. Fortschrittsbericht v. 6.9.2017, COM(2017)470 final, S. 9.

¹⁶⁷ VO (EU) Nr. 516/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16.4.2014 zur Einrichtung des Asyl-, Migrations- und Integrationsfonds, ABl. EU L 150/168 v. 20.5.2014.

¹⁶⁸ Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016, Nr. 2.

¹⁶⁹ Ergebnisse der 3405. Tagung des Rats der EU v. 20.7.2015.

¹⁷⁰ Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016, Nr. 2.

¹⁷¹ Beschluss (EU) 2016/1754 des Rates v. 29.9.2016.

¹⁷² Pressemitteilung des Europäischen Rates 143/16 v. 18.3.2016; Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 17./18. März 2016, Nr. 4.

unverbindliche Vereinbarung, die durch einen supranationalen Umsetzungsakt Geltung erlangt.¹⁷³ Einen ähnlichen Ton schlug die Kommission auch in ihrem zweiten Fortschrittsbericht zur Umverteilung und Umsiedlung an. Dort schreibt sie, dass „in der EU-Türkei-Erklärung die *Grundlagen* für den 1:1-Mechanismus festgelegt“ wurden.¹⁷⁴ Deutlich gesprochen: Die Grundlagen für einen noch einzuführenden Mechanismus. Alles andere wäre auch aus der Sicht der EU sinnwidrig. Sie würde ansonsten das Risiko eingehen, sich völkerrechtlich an etwas zu binden, das in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

Diesem Argument wird das vermeintliche Austauschverhältnis entgegengehalten. Die EU binde sich völkerrechtlich, da sie zusage, „für jeden von den griechischen Inseln in die Türkei rückgeführten Syrer“¹⁷⁵ einen Syrer aus der Türkei in der EU neu anzusiedeln.¹⁷⁶ Dagegen spricht die Empirie. Es wurden mehr als viermal so viele Syrer in der EU neuangesiedelt als in die Türkei zurückgeführt.¹⁷⁷ Das entspricht wohl eher einem 4:1-Mechanismus. Ferner sind bzgl. der Visaliberalisierung auch kaum Fortschritte zu verzeichnen, obschon die Kommission in ihren Berichten an das Europäische Parlament nicht müde wird, an der Erfolgsgeschichte der Erklärung zu stricken. Konsequenterweise kann es sich also nicht um ein Austauschverhältnis i. S. e. *quid pro quo* handeln.

Das ist auch aus Sicht der Türkei nachvollziehbar. Es ist kaum vorstellbar, dass die Türkei der EU einen Blankoscheck für die Rückübernahme aller neuer illegaler Migranten ab dem 20.3.2016 ausstellen wollte.¹⁷⁸ Auch wenn sich der Mechanismus als im Nachhinein vorteilhaft für die Türkei herausgestellt hat, so gründet die Neuansiedlung noch immer auf der Solidarität der Mitgliedstaaten. Wäre eine unionsinterne Einigung auf diesem Gebiet gescheitert, verkäme der Vertrag zur Makulatur. Das kann aufgrund bestehender Unwägbarkeiten weder Intention der EU noch der Türkei gewesen sein. Für beide Parteien wäre ein völkerrechtlicher Vertrag aus politischer Sicht ein Vabanquespiel. Die Bezeichnung als 1:1-Mechanismus diene nach der hier vertretenen Ansicht lediglich der Illustration der angedachten Funktionsweise. Das Ass im Ärmel entpuppt sich als schwarzer Peter.

¹⁷³ Peery (Fn. 148).

¹⁷⁴ Umverteilung und Umsiedlung – Zweiter Fortschrittsbericht v. 12.4.2016, COM(2016)222 final, S. 2.

¹⁷⁵ Pressemitteilung des Europäischen Rates 144/16 v. 18.3.2016, Nr. 2.

¹⁷⁶ Hofmann/Schmidt (Fn. 76), S. 5.

¹⁷⁷ 7. Fortschrittsbericht der Kommission v. 6.9.2017, COM(2017)470 final, S. 2, 5, 10. Dem Autor ist dabei durchaus bewusst, dass die geringe Zahl an Rückführungen auch von anderen Faktoren abhängt als von mangelndem Willen seitens der EU.

¹⁷⁸ Hofmann/Schmidt (Fn. 76), S. 4.

Ausgehend davon ist die Erklärung eine politische Abmachung, die die Grundsätze der gemeinsamen Bewältigung der Migrationskrise zwar sehr konkret zusammenfasst, aber keine Rechtsverbindlichkeit entfalten soll.¹⁷⁹ Möglicherweise dient sie als Basis für einen Vertrag, den es noch zu schließen gilt. Davor sollten aber Unklarheiten beseitigt und die vorgeschlagenen Mechanismen auf Herz und Nieren geprüft werden. Verbesserungsbedarf besteht in jedem Fall – das zeigen die Statistiken.

V. Beschluss des *Europäischen Gerichtshofs* vom 12.9.2018

Mit der Problematik wurde zuletzt auch das höchste Gericht der EU betraut. Am 24.4.2017 legten die betroffenen Asylbewerber Rechtsmittel gegen den Beschluss des *EuG* ein.¹⁸⁰ Das *EuGH*-Urteil wurde mit Spannung erwartet, sorgte aber für Ernüchterung. Der *EuGH* wies die Berufung der Kläger mit Verweis auf Art. 181 VerfO-EuGH als „manifestly inadmissible“¹⁸¹ ab. Die erste Kammer argumentierte, dass die Berufung keine rechtlichen Argumente dafür enthalte, dass sich das *EuG* in seiner Bewertung geirrt habe.¹⁸² Insgesamt brächten die Kläger lediglich ihre Ablehnung gegenüber der Entscheidung vor, ohne sie substantiell zu begründen. Die Kläger hatten beantragt, den Beschluss des *EuG* aufheben zu lassen.¹⁸³

Für diejenigen, die sich erhofft hatten, dass der *EuGH* Licht ins Dunkel bringt, ist das Urteil eine herbe Enttäuschung. Der *EuGH* äußerte sich nur verfahrenstechnisch. Grund dafür ist die Tatsache, dass die Klägervertretung unsauber gearbeitet hat. Der *EuGH* rügt eine fehlerhafte Tatsachenwürdigung und bloße Wiederholung der Argumente und Gründe des *EuG* durch die Klägervertretung. Selbst wenn der *EuGH* gewollt hätte, die Klage ließ ihm keine Wahl.

D. Schlussbemerkungen

Die Untersuchung hatte das Ziel, die Rechtsnatur der EU-Türkei-Erklärung zu analysieren. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass es sich bei der EU-Türkei-Erklärung um eine politische Abmachung handelt. Die aus der Rechtsprechung und Völkerrechtsliteratur bekannten und herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien brachten bei der Anwendung auf die EU-Türkei-Erklärung einige Schwierigkeiten mit sich. Die überwiegend in der Literatur vertretene Auffassung, es handele sich bei der Erklärung um einen Vertrag, wird hier

¹⁷⁹ Siehe auch *Koenig/Walter-Franke* (Fn. 145), sub 1.

¹⁸⁰ *EuGH*, Beschl. v. 12.9.2018, C-208/17 P, *NF u. a. ./.* *Europäischer Rat*.

¹⁸¹ *Ebd.*, Rn. 31.

¹⁸² *Ebd.*, Rn. 21.

¹⁸³ *Ebd.*, Rn. 1.

aufgrund ihrer Ambivalenz nicht geteilt. Die Erklärung weist sowohl verbindliche als auch unverbindliche terminologische Elemente auf. Auch die inhaltliche Analyse und die Umstände konnten nicht eindeutig den Beweis erbringen, dass es sich um einen Vertrag handelt. Die rein objektiven Kriterien führten zu zwei rechtsdogmatisch gleichwertigen Sichtweisen. Folgt man der Auffassung von *Schmalenbach*, so ist kein Vertrag zustande gekommen, „*if the intent to be legally bound under international law cannot be determined on the basis of objective criteria*“.¹⁸⁴ Um das zu untermauern, wurde auf politische und empirische Argumente zurückgegriffen, zumal sich die Fragestellung auf genuin politische Entscheidungen bezieht. Der Wirrwarr in der Migrationskrise hat gezeigt, wie unerlässlich ein hohes Maß an Flexibilität ist. Politische Ratio ist oberstes Gebot, wenn es um die Gewinnung und Aufrechterhaltung der Handlungsfähigkeit eines Staates oder Staatenverbundes geht.

Politische Erklärungen sind ein migrationsdiplomatisches Handlungsinstrument.¹⁸⁵ Auf die EU-Türkei-Erklärung folgten weitere Erklärungen mit ähnlicher Handschrift: Am 16.4.2016 eine gemeinsame Erklärung der EU und Mali¹⁸⁶ und am 2.10.2016 ein *Joint Way Forward* mit Afghanistan¹⁸⁷. Die EU-Türkei-Erklärung war sozusagen das Pilotprojekt. Sie bestätigt den Trend zum Outsourcing der Migrationspolitik.

Ferner teilt der Autor die Kritik der Völkerrechtswissenschaft am Urteil des *EuG*. Im Rahmen der Arbeit ist zu Tage getreten, dass sich das *Gericht* vorschnell auf die Seite der EU-Organe gestellt hat, ohne dabei die aus der AETR-Rechtsprechung hervorgegangenen Leitlinien zur Bestimmung eines Unionsakts überhaupt in Erwägung zu ziehen. Der *EuGH* konnte diese Vorwürfe aus verfahrenstechnischen Gründen ebenso wenig aus der Welt schaffen.

¹⁸⁴ *Schmalenbach*, in: Dörr/Schmalenbach (Fn. 11), Art. 2 Rn. 34; in diesem Sinne auch *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Fn. 12), Kap. 4 § 12 Rn. 3 a. E.: „Verbleiben [...] Zweifel an der Absicht der Parteien [...] ist das Vorliegen [...] eines völkerrechtlichen Vertrags zu verneinen“.

¹⁸⁵ *Koenig/Walter-Franke* (Fn. 145), sub 1.

¹⁸⁶ *European External Action Service*, Mali-EU Joint Communiqué on the High-Level Dialogue on Migration, as part of the follow-up to the Valletta Summit, 15.4.2016, abrufbar unter: https://eeas.europa.eu/topics/nuclear-safety/2878/mali-eu-joint-communicu-on-the-high-level-dialogue-on-migration-as-part-of-the-follow-up-to-the-valletta-summit_en.

¹⁸⁷ *European External Action Service*, Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU, 2.10.2016, abrufbar unter: https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/eu_afghanistan_joint_way_forward_on_migration_issues.pdf.

2019 ist es zumindest etwas ruhiger um die europäischen Peripheriestaaten geworden. Unter anderem weil die moralische Hybris¹⁸⁸ der westeuropäischen Gesellschaften in der Flüchtlingsfrage keinen Widerspruch duldet. Das geht auch auf Kosten des gesellschaftlichen Friedens. Vielleicht beschleicht einen gerade deshalb das Gefühl, dass sich die Konflikte von den EU-Außengrenzen in das Landesinnere der Mitgliedsstaaten verlagert haben. Auch Deutschland blieb von dieser Entwicklung nicht verschont. Die EU-Türkei-Erklärung jedenfalls vermag – ob Vertrag oder nicht – diese Probleme nicht zu lösen.

¹⁸⁸ Vgl. auch *Resing*, Eine moralische Hybris, 9.3.2016, abrufbar unter: <https://www.katholisch.de/aktuelles/standpunkt/eine-moralische-hybris>.

Milena Schellenberger*

Der Einsatz von Drohnen in bewaffneten Konflikten

Abstract

Drohnen werden in bewaffneten Konflikten seit 2001 zunehmend auch zu Kampfeinsätzen eingesetzt und ermöglichen hierbei eine Kriegsführung aus der Distanz, ohne eigene Soldaten zu gefährden. Gerade mit Blick auf die voranschreitenden technischen Entwicklungen ist davon auszugehen, dass die Anzahl der Kampfeinsätze von Drohnen hierbei noch weiter steigt. Daher stellt sich die Frage, inwieweit Drohnen bei ihrem Einsatz insbesondere dem humanitären Völkerrecht unterfallen und inwieweit sie fähig sind, internationales Recht einzuhalten. In diesem Rahmen ist darauf einzugehen, ob das humanitäre Völkerrecht auf Drohnen anwendbar ist, ob dieses Verbote oder Einschränkungen in Bezug auf Drohnen als Mittel der Kriegsführung trifft und ob sich darüber hinaus Einschränkungen im konkreten Einsatz ergeben.

Drones have been used increasingly for combat in armed conflicts since 2001 and they enabled conflict parties to a long-distance warfare without the necessity to directly endanger their own soldiers in the battlefield. Thus, the question at hand is, whether drones fall under the scope of international humanitarian law and to which extent they are able to comply with its provisions. Therefore, this article elaborates, in how far international law, especially humanitarian law, is applicable to drones, if there are any proscriptions or restrictions arising to drones as means of warfare in armed conflict and further, if there are restrictions to be made regarding their concrete use in combat.

* Die Verfasserin studiert im neunten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Anja Seibert-Fohr, LL.M. (GWU) im Wintersemester 2018/19 gestellt wurde. Sämtliche Online-Quellen wurden zuletzt am 21.12.2019 abgerufen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	293
B. Grundlegende Begrifflichkeiten.....	293
I. Definition Drohne.....	293
II. Abgrenzung Drohne und autonome Systeme.....	294
III. Einsatzarten von Drohnen.....	294
C. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und Abgrenzungen.....	295
I. Anwendbare Rechtsquellen.....	295
II. Anwendungsbereich.....	296
III. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf Drohnen.....	297
D. Einschränkungen des Einsatzes von Drohnen.....	300
I. Einschränkung als Mittel der Kriegsführung.....	300
II. Einschränkungen des Angriffs mit bewaffneten Drohnen.....	304
E. Fazit.....	314

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Schellenberger*, StudZR-WissOn 2019, S. 291-314

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69282

A. Einleitung

Der Einsatz von Drohnen in aktuellen Konflikten, wie im Jemen und in Pakistan, wird zuletzt vielseitig diskutiert und kritisiert.¹ Besonders die Praxis gezielter Tötungen führt zur Polarisierung der Gesellschaft.

Dabei werden verschiedenste Fragestellungen ethischer, rechtlicher und faktischer Natur aufgeworfen. Im Folgenden soll näher auf die Frage eingegangen werden, ob das humanitäre Völkerrecht und andere völkerrechtliche Normen auf den Einsatz von Drohnen in bewaffneten Konflikten anwendbar sind und inwieweit deren Einsatz dadurch beschränkt wird.

B. Grundlegende Begrifflichkeiten

Zunächst sind hierbei die wesentlichen Begrifflichkeiten sowie die technische Funktionsweise und die Art des Einsatzes von Drohnen genauer zu klären.

I. Definition Drohne

Der Begriff „Drohne“ wird synonym für den in der Fachliteratur verwendeten Ausdruck *Unmanned Aerial Vehicle (UAV)* verwendet.² Ein *UAV* ist ein unbemanntes, angetriebenes Luftfahrzeug, welches automatisch oder ferngesteuert navigiert wird und eine tödliche oder nichttödliche Nutzlast tragen kann.³ Eine Drohne besteht somit grundsätzlich aus zwei Komponenten: dem Luftfahrzeug und einer beliebigen Nutzlast, bspw. Bildgeber, wie Kameras oder Radarsysteme, oder Suchsensoren. Handelt es sich bei der Nutzlast um Waffen, spricht man von einer bewaffneten Drohne oder einem *Unmanned Combat Aerial Vehicle (UCAV)*.⁴ Bezieht man neben dem Fluggerät alle Teile des Gesamtsystems, wie die Start- und Landevorrichtung, Steuerelemente etc. mit ein, spricht man von einem *Unmanned Aircraft System (UAS)*.⁵

¹ *NYT Editorial Board*, The Secret Death Toll of America's Drones, New York Times, 30.3.2019, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2019/03/30/opinion/drones-civilian-casualties-trump-obama.html>; *Zenko*, Do Not Believe the U.S. Government's Official Numbers on Drone Strike Civilian Casualties, Foreign Policy, 5.7.2016, abrufbar unter: <https://foreignpolicy.com/2016/07/05/do-not-believe-the-u-s-governments-official-numbers-on-drone-strike-civilian-casualties/>.

² *Städele*, Völkerrechtliche Implikationen des Einsatzes bewaffneter Drohnen, 2014, S. 26.

³ U.S. Department of Defence Dictionary of Military and Associated Terms, 2008, S. 579.

⁴ *Städele* (Fn. 2), S. 25; *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University (HPCR)*, Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (AMW Manual), 2013, Rule 1 lit. ee.

⁵ U.S. Department of Defence Dictionary of Military and Associated Terms (Fn. 3), S. 579.

II. Abgrenzung Drohne und autonome Systeme

Bei Drohnen werden sowohl die Nutzlast als auch das Luftfahrzeug selbst durch den Piloten oder Nutzlastdiener per Fernsteuerung bedient.⁶ Hierbei entwickelt sich der Autonomiegrad der Drohnen durch die Technik stetig weiter, sodass einige inzwischen eigenständig vorprogrammierte Flugrouten fliegen oder ein anvisiertes Ziel, bspw. durch die Verwendung eines Laserzielmarkers, automatisch verfolgen können.⁷ Hierbei handelt es sich um automatische bzw. menschenüberwachte Systeme.⁸ Im Unterschied dazu spricht man von autonomen bzw. teilautonomen Systemen, sobald das System die Entscheidung über die Auswahl des Ziels oder die Bestimmung der Flugroute eigenständig trifft, d. h. das System keiner menschlichen Bedienung bzw. Autorisierung mehr in Bezug auf den konkreten Einsatz bedarf.⁹ Bei Drohnen findet diese Technik bislang jedoch weder bei der Steuerung des Flugkörpers noch bei der Bedienung der Nutzlast Anwendung. Die Auswahl- oder Entschlussesentscheidung erfolgt nach wie vor durch eine Person.¹⁰

III. Einsatzarten von Drohnen

Die technischen Entwicklungen der letzten Jahre haben eine große Bandbreite von Einsatzmöglichkeiten im zivilen wie militärischen Bereich für Drohnen hervorgebracht. In Bezug auf das humanitäre Völkerrecht sind zivile Einsatzarten irrelevant, weshalb an dieser Stelle lediglich militärische Einsatzarten erörtert werden. Drohnen werden hierbei für Aufklärungs- sowie für Kampfeinsätze verwendet. Im Jahr 2001 erfolgte der erste Einsatz einer bewaffneten Drohne bei einem Einsatz in Afghanistan.¹¹ Seither hat der Einsatz bewaffneter Drohnen rasant zugenommen, besonders, weil dieser im Gegensatz zum Einsatz unbewaffneter Drohnen einen sofortigen Angriff bei Entdeckung eines Ziels ermöglicht, sodass sich die zeitliche Distanz zwischen dem Erspähen eines Ziels und der Durchführung eines Angriffs erheblich verkürzt (sog. „*sensor-*

⁶ *Städele* (Fn. 2), S. 31.

⁷ *Schörnig*, Die Automatisierung des Krieges: Eine kritische Bestandsaufnahme, in: Schmidt-Radefeldt/Meissler, Automatisierung und Digitalisierung des Krieges, 2012, S. 33 (38); *Städele* (Fn. 2), S. 38.

⁸ *Wagner*, Autonomous Weapon Systems, in: Lachenmann/Wolfrum, The Law of Armed Conflicts and the Use of Force – Max Planck Encyclopedia of Public International Law Thematic Series Volume 2, 2017, S. 105 (106 Rn. 2 f.).

⁹ *Ebd.*, S. 106 Rn. 6, S. 105 f. Rn. 1.

¹⁰ Vgl. *Altmann*, Zur ethischen Beurteilung automatisierter und autonomer Waffensysteme, in: Werkner/Ebeling, Handbuch Friedensethik, 2017, S. 793 (796).

¹¹ Erster Einsatz bewaffneter Drohnen im Oktober 2001 in Afghanistan, so *Schmitt*, Threats and Responses: The Battlefield; U.S. Would Use Drones to Attack Iraqi Targets, New York Times, 6.11.2002, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2002/11/06/world/threats-responses-battlefield-us-would-use-drones-attack-iraqi-targets.html>.

*to-shooter-gap*¹²).¹² Dies führt dazu, dass Aufklärungseinsätze schneller in Kampfeinsätze umschlagen, weshalb aktuell keine klare Trennung mehr zwischen Aufklärungs- und Kampfeinsätzen besteht.¹³

C. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts und Abgrenzungen

Nachdem die grundlegenden Begrifflichkeiten geklärt sind, stellt sich die Frage, ob der Einsatz von Drohnen im bewaffneten Konflikt vom humanitären Völkerrecht erfasst wird und dessen Bestimmungen sowie andere völkerrechtliche Normen anwendbar sind.

I. Anwendbare Rechtsquellen

Die Regeln in bewaffneten Konflikten richten sich primär nach dem humanitären Völkerrecht, dem *ius in bello*. Dessen Rechtsquellen finden sich vorrangig in den Haager Abkommen (HA) von 1899 und 1907, den Genfer Abkommen von 1949 (GA), sowie deren Zusatzprotokollen (ZP) I und II von 1977, im Völkergewohnheitsrecht und in den Grundsätzen des humanitären Völkerrechts („*cardinal principles*“¹⁴).¹⁵ In Bezug auf den Einsatz von Drohnen ist hierbei insbesondere das ZP I mit seinen Regelungen über die Anwendung von Gewalt in bewaffneten Konflikten relevant.¹⁶ Allerdings sind Staaten gemäß Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut nur an Übereinkünfte gebunden, die sie ausdrücklich anerkannt haben. Problematisch ist hierbei, dass zwei der Staaten, Israel und die USA, die jeweils eine äußerst hohe Anzahl an Drohneneinsätzen durchführen, das ZP I nicht unterzeichnet haben.¹⁷ Allerdings sind ein Großteil der Regeln des ZP I, insbesondere die Art. 35 ff. ZP I, inzwischen auch gewohnheitsrechtlich anerkannt.¹⁸ Im Folgenden wird daher eine umfassende Betrachtung vorgenommen und beim Auseinanderfallen der gewohnheitsrechtlichen Regelung mit den vertraglichen Regelungen, insbesondere in Bezug auf das ZP I, hierauf hingewiesen.

¹² Schörnig (Fn. 7), S. 40 f.

¹³ Städele (Fn. 2), S. 42.

¹⁴ So der IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 (257).

¹⁵ Herdegen, *Völkerrecht*, 18. Aufl. 2019, § 56 Rn. 7 ff.

¹⁶ Vgl. v. Arnand, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2019, Rn. 1234; so auch: Schmitt, *Unmanned Combat Aircraft Systems and International Humanitarian Law: Simplifying the oft benighted Debate*, B.U. Int'l L.J., Vol. 30 (2012), 595 (603).

¹⁷ IKRK, *State Parties to the Following International Humanitarian Law and Other Related Treaties*, Stand: 18.9.2018, abrufbar unter: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountry.xsp>.

¹⁸ Schmitt (Fn. 16), S. 603.

Ferner ergänzt das humanitäre Völkerrecht die Menschenrechte und stellt eine spezielle Ausprägung des Menschenrechtsschutzes dar, in dessen Rahmen situationsbedingte Konkretisierungen und Abwägungen für Konfliktsituationen bereits vorgenommen sind.¹⁹ Soweit die Regeln des humanitären Völkerrechts sachlich reichen, gehen sie daher im bewaffneten Konflikt als *leges speciales* den Menschenrechten vor.²⁰ Insbesondere im Bereich der Kampfhandlungen verdrängen die Regeln des humanitären Völkerrechts die Anwendung der Menschenrechte weitestgehend, da die Grundlage des humanitären Völkerrechts bereits eine Abwägung zwischen militärischer Notwendigkeit und humanitärem Schutz für den Sonderfall des bewaffneten Konflikts trifft.²¹ Sofern es jedoch um die Anwendung von Gewalt außerhalb des Gebietes des Konflikts geht, greift der Schutz der Menschenrechte und ist als Maßstab der Beurteilung anzulegen.²² Darüber hinaus sind diese bei Regelungslücken sowie Interpretationsschwierigkeiten auch im Rahmen des humanitären Völkerrechts heranzuziehen.²³

II. Anwendungsbereich

Das humanitäre Völkerrecht setzt im Rahmen bewaffneter Konflikte humanitäre Mindeststandards fest. Hierbei umfasst es die beiden anerkannten Konfliktkategorien des internationalen und des nicht-internationalen bewaffneten Konflikts. Auf die beiden Konfliktkategorien finden jeweils unterschiedliche Regelungen Anwendung. So bezieht sich das ZP I nach Art. 1 Abs. 3 ZP I i. V. m. Art. 2 GA I-IV nur auf internationale bewaffnete Konflikte. In den letzten Jahren haben sich allerdings, geprägt durch die Rechtsprechung von *ad hoc*-Tribunalen, die Regelungen für die beiden Konfliktkategorien zunehmend angeglichen, sodass zumindest bzgl. der Ausführung von Kampfhandlungen keine grundlegenden Unterschiede mehr bestehen.²⁴ Darüber

¹⁹ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136 (178 Rn. 106); Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 (240 Rn. 25). Die früher vertretene Ansicht, welche eine Unterscheidung hinsichtlich einer ausschließlichen Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts in Kriegs- und der Menschenrechte in Friedenszeiten trifft, ist abzulehnen. Hierzu ausführlicher: *Jäger/Oeter*, Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht – eine Verhältnisbestimmung, 2019, S. 6 ff.

²⁰ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136 (178 Rn. 106); Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 (240 Rn. 25); *EGMR*, Urt. v. 16.9.2014, Rs. 29750/09, *Hassan ./.* *The United Kingdom*, S. 45 Rn. 87, abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-146501&filename=001-146501.pdf&TID=qydvigxsem>.

²¹ *v. Arnould* (Fn. 16), Rn. 1174.

²² Vgl. *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136 (180 Rn. 111).

²³ *v. Arnould* (Fn. 16), Rn. 1174.

²⁴ Vgl. *Sivakumaran*, Re-Envisaging the International Law of Internal Armed Conflict, EJIL,

hinaus sind die Grundsätze des humanitären Völkerrechts gewohnheitsrechtlich anerkannt und ebenfalls auf beide Konfliktkategorien anwendbar.²⁵ Daher werden im Folgenden die beiden Konfliktkategorien gemeinsam erörtert und bei Abweichungen darauf hingewiesen. Ferner setzt die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts das Bestehen eines bewaffneten Konflikts, sowohl zeitlich als auch örtlich, voraus.²⁶ Auf die Abgrenzungsproblematik zum Vorliegen eines bewaffneten Konflikts soll im Folgenden nicht eingegangen werden. Das Bestehen eines solchen wird in den Erörterungen vorausgesetzt.

III. Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts auf Drohnen

Die Entwicklung von Drohnen ist um die Zeit des zweiten Weltkriegs einzuordnen. Während des Vietnamkriegs (1955-1975) wurden diese zum ersten Mal zu Aufklärungszwecken eingesetzt²⁷ und im Jahr 2001 erfolgte der erste Einsatz bewaffneter Drohnen in Afghanistan.²⁸ Die relevanten Vertragstexte entstanden somit zeitlich deutlich vor dem Einsatz bewaffneter Drohnen.²⁹ Wie der *Internationale Gerichtshof (IGH)* jedoch bereits in seinem Gutachten zum Einsatz von Nuklearwaffen feststellte, ist das humanitäre Völkerrecht vom humanitären Grundgedanken durchzogen.³⁰ Um auf die dem bewaffneten Konflikt immanenten fortwährenden Neuerungen von Waffen und Kriegsführung reagieren zu können, ist das humanitäre Völkerrecht von seinem Charakter her gerade darauf ausgelegt, diese erfassen zu können und somit dauerhaft einen humanitären Mindeststandard zu sichern. Daher ist es grundsätzlich auch auf nach Entstehung der gesetzlichen Grundlage entwickelte Technologien anwendbar. Es stellt sich vielmehr die Frage, wie Drohnen begrifflich und systematisch im humanitären Völkerrecht einzuordnen sind.

1. Drohnen als „virtuelle“ Kombattanten

Teilweise wird diskutiert, der Kategorie der autonomen Waffensysteme, denen Drohnen zukünftig angehören könnten, den Primärstatus eines „virtuellen“ Kombattanten einzuräumen.³¹ Art. 43 Abs. 2 ZP I setzt fest, dass Mitglieder der

Vol. 22 (2011), 219 (228).

²⁵ O'Connell, *Unlawful Killing with Combat Drones – A Case Study of Pakistan, 2004-2009*, 2010, S. 21.

²⁶ Vgl. Art. 2 GA I-IV; Art. 1 Abs. 3 ZP I i. V. m. Art. 2 GA I-IV; Art. 1 ZP II; v. *Arnauld* (Fn. 16), Rn. 1194.

²⁷ *Sommer/Smith/Birkler/Chiesa*, *The Global Hawk Unmanned Aerial Vehicle Acquisition Process – A Summary of Phase I Experience*, 1997, S. 11.

²⁸ O'Connell (Fn. 25), S. 3.

²⁹ Die GA I-IV entstanden 1949 und die ZP I und II 1977.

³⁰ Vgl. *IGH*, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, *Advisory Opinion v. 9.7.2004*, ICJ Reports 2004, 136 (259).

³¹ So *Akerson*, *The Illegality of Offensive Lethal Autonomy*, in: Saxon, *International*

Streitkräfte einer am Konflikt beteiligten Partei grundsätzlich Kombattanten sind. Bereits der Wortlaut des Art. 43 Abs. 2 ZP I, welcher sich ausdrücklich auf eine Mitgliedschaft bei den Streitkräften bezieht, lässt aber darauf schließen, dass dieser nur Personen als „Mitglieder“ erfasst. Darüber hinaus dient der Zweck der Zuweisung des Kombattantenstatus der Privilegierung des Kombattanten bei der Verantwortlichkeit für Feindseligkeiten sowie der Einräumung des Kriegsgefangenenstatus.³² Dieser Zweck ist jedoch für eine Drohne als Maschine irrelevant, weshalb eine Zuweisung des Kombattantenstatus nicht zu überzeugen vermag.

2. Drohne als Mittel der Kriegsführung

Vielmehr kommt eine Einordnung der Drohne in der Gegenstandskategorie als Methode oder Mittel der Kriegsführung in Betracht. Die Drohne als solche fällt zunächst unter den Begriff des Luftfahrzeugs, welches nach Definition des AMW Manuals³³ jedes Fahrzeug, ob bemannt oder unbemannt, umfasst, das Aerodynamik zum Fliegen nutzt,³⁴ also primär zum Fliegen dient.³⁵ Fraglich ist, ob sie darüber hinaus ein Mittel oder eine Methode der Kriegsführung darstellt.

Als Mittel der Kriegsführung werden gemäß Art. 35 Abs. 2 ZP I³⁶ Waffen, Waffensysteme und Materialien wie Kommunikationsmedien, Signaleger etc. bezeichnet,³⁷ welche zum Angriff eingesetzt werden.³⁸ Die Drohne an sich erfüllt somit nicht die Definition eines Kampfmittels. Jedoch ist die Bewaffnung der Drohne miteinzubeziehen. Diese kann sehr variabel sein, häufig werden hierbei präzisionsgelenkte („intelligente“) Bomben oder Luft-Boden-Raketen, wie bspw. bei dem *MQ-1 Predator* und *MQ-9 Reaper*, verwendet.³⁹ Die Bewaffnung der Drohne erfüllt bereits eigenständig die Definition der Waffe und somit eines

Humanitarian Law, 2013, S. 65 (88 ff.); diskutiert und abgelehnt: *Arendt*, Völkerrechtliche Probleme beim Einsatz autonomer Waffensysteme, 2016, S. 47.

³² v. *Arnault* (Fn. 16), Rn. 1212 f.; *Arendt* (Fn. 31), S. 49.

³³ Das *Programm on Humanitarian Policy and Conflict Research der Harvard University (HPCR)* hat in seinem Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (AMW Manual) gewohnheitsrechtlich herausgebildete Regelungen des Luftkriegs festgehalten.

³⁴ HPCR, AMW Manual (Fn. 4), Rule 1 lit. d; *Frau*, Unbemannte Luftfahrzeuge im internationalen bewaffneten Konflikt, HuV-I, Vol. 24 (2011), 60 (62).

³⁵ In Abgrenzung zu Raketen.

³⁶ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck*, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, 2009, Rule 70.

³⁷ *Dinstein*, Warfare, Methods and Means, in: Lachenmann/Wolfrum (Fn. 8), S. 1347 (1347 Rn. 2).

³⁸ HPCR, AMW Manual (Fn. 4), Rule 1 ff.

³⁹ *Städele* (Fn. 2), S. 41.

Mittels der Kriegsführung und unterliegt eigenständig den Regulierungen für Kampfmittel in bewaffneten Konflikten.

3. Bewaffnete Drohne als Mittel der Kriegsführung

Hier soll allerdings auf die spezifische Kombination der Bewaffnung einer Drohne eingegangen werden, um festzustellen, ob die bewaffnete Drohne als Gesamtobjekt als Kampfmittel qualifiziert werden kann und eigenständigen Regulierungen unterliegt. In der Literatur wird dies teilweise durch die Kategorisierung der bewaffneten Drohne als Waffensystem angenommen, welches neben der Waffe als solcher in Form der Bewaffnung alle erforderlichen Geräte und Materialien, auch solche, die dem Transport der Waffe zum Einsatzort dienen,⁴⁰ miteinbezieht.⁴¹ Dies ist allerdings insofern zu kurz gegriffen, als die Drohne nicht lediglich zum Transport dient und deshalb als bloßer Zusatz zur Bewaffnung als einheitliches Mittel der Kriegsführung aufgefasst werden kann, wie dies etwa bei Raketenwerfern der Fall ist. Darüber hinaus entstehen eigenständige Gefahren gerade aus der Verbindung der Drohne mit der Bewaffnung, indem sie bspw. Flugmanöver ermöglicht, welche bemannte Luftfahrzeuge aufgrund der physischen Auswirkungen für den Piloten nicht vornehmen können.⁴² Aufgrund dessen, dass die bewaffnete Drohne über eigenständige und unterscheidbare Wirkungs- und Einsatzweisen verfügt, schafft sie zusätzliche Gefahren gegenüber den Gefahren, die der Bewaffnung der Drohne bereits inhärent sind. Deshalb ist die bewaffnete Drohne als Gesamtobjekt inklusive Steuereinheiten etc. als Waffensystem zu qualifizieren und stellt neben der Bewaffnung eigenständig ein Mittel der Kriegsführung dar. Dieses ist neben den Beschränkungen, die sich bereits für die Bewaffnung als solche ergeben, zusätzlich als Waffensystem an den Bestimmungen für Kampfmittel des humanitären Völkerrechts zu messen.

4. Methode der Kriegsführung

Die Methode der Kriegsführung umfasst im Gegensatz zum Kriegsmittel die Art und Weise, auf die ein Angriff ausgeführt wird.⁴³ Definiert werden Methoden der Kriegsführung vom AMW Manual als Angriff oder Strategien der Kriegsführung, die dazu bestimmt sind, die militärischen Operationen bzw. Kapazitäten des Feindes nachteilig zu beeinflussen.⁴⁴ Der Einsatz von bewaffneten Drohnen eröffnet neue Möglichkeiten der Kriegsführung und ermöglicht somit auch eine

⁴⁰ *Frau* (Fn. 34), S. 63.

⁴¹ *Boothby*, *The Law of Targeting*, 2012, S. 334; *Städele* (Fn. 2), S. 240.

⁴² So in Ansätzen auch *Frau* (Fn. 34), S. 63.

⁴³ *HPCR*, *Commentary on the HPCR Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare (Commentary AMW)*, 2013, Rule 1 lit. v Rn. 1.

⁴⁴ Vgl. *HPCR*, *AMW Manual* (Fn. 4), Rule 1 lit. v.

breite Vielfalt an Methoden der Kriegsführung. Der Fokus dieses Beitrags soll jedoch nicht auf einer bestimmten Einsatzart der bewaffneten Drohne und deren Legalität liegen, sondern sich primär auf die Drohne als Mittel der Kriegsführung beziehen und hiervon ausgehend ihr immanente bzw. typische Arten des Einsatzes mitdiskutieren.

Somit bleibt festzuhalten, dass das humanitäre Völkerrecht auf bewaffnete Drohnen grundsätzlich anwendbar ist und diese als Mittel der Kriegsführung erfasst werden.

D. Einschränkungen des Einsatzes von Drohnen

Im Folgenden ist zu klären, ob sich aus dem humanitären Völkerrecht Beschränkungen beim Einsatz von Drohnen ergeben und, sofern sich Einschränkungen für einen rechtmäßigen Einsatz ergeben, wie weit diese reichen. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen Einschränkungen, die das humanitäre Völkerrecht bzgl. der bewaffneten Drohne als Mittel der Kriegsführung trifft und solchen, welche sich auf den Angriff mit einer bewaffneten Drohne beziehen.

I. Einschränkung als Mittel der Kriegsführung

Die Einschränkung der Verwendung eines Mittels der Kriegsführung im humanitären Völkerrecht kann in einem Verbot des Mittels aufgrund seiner Natur oder in einer Einschränkung des Einsatzes des Mittels bestehen.⁴⁵ Nachfolgend soll zunächst auf die Möglichkeit eines Verbots von bewaffneten Drohnen und im Anschluss auf mögliche Einschränkungen bei deren Einsatz eingegangen werden.

1. Verbot bewaffneter Drohnen

Im humanitären Völkerrecht wurden auf vertraglicher Basis einige Abkommen zum Verbot bestimmter Kriegsmittel beschlossen, bspw. das Genfer Giftgas-Protokoll von 1925 oder das Ottawa-Übereinkommen zum Verbot von Anti-Personenminen von 1997⁴⁶. Für den Luftkrieg wurden 1923 die Haager Luftkriegsregeln entwickelt, diese sind jedoch als Vertrag nie verbindlich geworden, da sie nicht die erforderliche Mindestanzahl an Beitrittsstaaten erreichten.⁴⁷ In Bezug auf Drohnen existiert bislang auf Vertragsbasis kein

⁴⁵ *Dinstein* (Fn. 37), S. 1347 Rn. 2.

⁴⁶ Das Übereinkommen vom 18. September 1997 über das Verbot des Einsatzes, der Lagerung, der Herstellung und der Weitergabe von Antipersonenminen und über deren Vernichtung.

⁴⁷ *v. Arnault* (Fn. 16), Rn. 1233.

ausdrückliches Verbot.⁴⁸ Daher kommt höchstens ein gewohnheitsrechtliches Verbot in Betracht. Dafür ist eine ausreichende Staatenpraxis, die *consuetudo*, sowie die entsprechende Rechtsüberzeugung, die *opinio iuris*, erforderlich.⁴⁹ Vereinzelt Drohnenschläge sind zuletzt auch von Staaten, insbesondere von solchen, auf deren Hoheitsgebiet Drohneneinsätze durchgeführt wurden, verurteilt worden.⁵⁰ Aus einer Verurteilung einzelner Einsätze lässt sich jedoch weder eine generelle Rechtsauffassung der betroffenen Staaten hinsichtlich der Illegitimität von Drohnen als Kampfmittel noch eine bestimmte Art des Einsatzes ableiten.⁵¹ Ferner bezieht sich die Kritik vor allem auf die konkrete Art des Einsatzes der Drohne und nicht auf deren generellen Einsatz. Darüber hinaus hat der Einsatz von Drohnen in bewaffneten Konflikten dauerhaft zugenommen,⁵² sodass auch in der Staatenpraxis keine Tendenz hin zu einem Verbot erkennbar ist.

Neben dem Verbot konkreter Waffen kennt das humanitäre Völkerrecht insbesondere zwei Verbote in Bezug auf Kampfmittel:⁵³ Zum einen das Verbot von Methoden und Mitteln, welche überflüssige Verletzungen oder unnötiges Leid verursachen⁵⁴ (2.) und zum anderen das Verbot unterschiedsloser Mittel und Methoden (3.).⁵⁵

2. Verbot der Verursachung von überflüssigem Leiden

Das Verbot des Gebrauchs von Kampfmitteln, welche überflüssige Leiden verursachen, ist vertraglich festgehalten in Art. 23 lit. e HLKO sowie Art. 35 Abs. 2 ZP I⁵⁶ und bezieht sich primär auf die Auswirkungen eines Kampfmittels

⁴⁸ So auch: *v. Arnould* (Fn. 16), Rn. 1243; *Fran* (Fn. 34), S. 62.

⁴⁹ *Herdegen* (Fn. 15), § 16 Rn. 1.

⁵⁰ *Fran* (Fn. 34), S. 62.

⁵¹ *Blank*, After Top Gun: How Drone Strikes Impact the Law of War, U. Pa. J. Int'l L., Vol. 33 (2012), 675 (687).

⁵² *O'Connell* (Fn. 25), S. 4; „In 2001 the United States became the first country to use a true armed drone in combat. Now there are at least 28 countries with armed drones in their military, and we know at least nine (the United States, Israel, the United Kingdom, Pakistan, Iraq, Nigeria, Iran, Turkey, and Azerbaijan) have actually used them in operations. Six of those countries only first used an armed drone in just the last two years“, *Walker*, Unmanned Aerial Vehicles (UAVs) – Comparing the USA, Israel, and China, TechEmergence, 1.9.2017, abrufbar unter: <https://www.techemergence.com/unmanned-aerial-vehicles-uavs/>.

⁵³ *Blank* (Fn. 51), S. 683.

⁵⁴ Vgl. Art. 35 Abs. 2 ZP I; Art. 23 lit. e HLKO.

⁵⁵ Vgl. Art. 51 Abs. 4 ZP I.

⁵⁶ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, vgl. *HPCR*, AMW Manual (Fn. 4), Rule 5 lit. b; *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 70; so auch: *IGH*, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 (257).

auf den Kombattanten.⁵⁷ Als Indikator wird auf die Dauer und die Intensität der mit der Schädigungshandlung verbundenen Schmerzen abgestellt⁵⁸ und geprüft, ob unvermeidbar stärkere, länger anhaltende und gravierendere Beeinträchtigungen als bei vergleichbaren Kampfmitteln verursacht werden.⁵⁹ Bei einer bewaffneten Drohne hängt dies hauptsächlich von der Art der Bewaffnung ab, wobei die Bewaffnung bereits eigenständig den Beschränkungen als Mittel der Kriegsführung unterliegt.⁶⁰ In Bezug auf die bewaffnete Drohne als Waffensystem ergibt sich in dieser Hinsicht keine neue, eigenständige Gefahr. Im Zeitalter von Raketen, die sonst sowohl von Bodenstützpunkten als auch bemannten Kampffliegern abgefeuert werden können, ist hier weder ein Unterschied in der Verursachung erkennbar noch ein erhöhter Leidensfaktor. Das Verbot des Verursachens von überflüssigem Leid und Verletzungen führt somit zu keiner Beschränkung.

3. Verbot unterschiedsloser Kampfmittel

Daneben sind nach Art. 51 Abs. 4 ZP I unterschiedslose Angriffe verboten,⁶¹ das heißt Angriffe, bei denen zwischen zivilen und militärischen Zielen nicht unterschieden wird. Art. 51 Abs. 4 ZP I ist somit Ausdruck des das humanitäre Völkerrecht durchziehenden Unterscheidungsgrundsatzes, welcher zum Schutz der Zivilbevölkerung und ziviler Objekte von den Konfliktparteien fordert, zu jeder Zeit zwischen Zivilbevölkerung und Kombattanten sowie zivilen Objekten und militärischen Zielen zu unterscheiden, wobei Kriegshandlungen nur gegen militärische Ziele gerichtet werden dürfen.⁶² Das Verbot unterschiedsloser Angriffe beinhaltet das Verbot von Angriffen mit von Natur aus unterschiedslosen Kampfmitteln.⁶³ Es umfasst zwei Dimensionen: Zum einen verbietet es Mittel i. S. d. Art. 51 Abs. 4 lit. b ZP I, welche nicht gegen ein bestimmtes, legitimes Ziel gerichtet werden können. Zum anderen sind gemäß Art. 51 Abs. 4 lit. c ZP I Mittel verboten, deren Wirkungen nicht begrenzt sind und die sich daher unterschiedslos auf legitime Ziele sowie Zivilpersonen auswirken. Hierunter fallen z. B. biologische Waffen, welche aufgrund ihrer

⁵⁷ *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 70.

⁵⁸ *v. Arnault* (Fn. 16), Rn. 1240.

⁵⁹ *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 70.

⁶⁰ Vgl. dazu oben **C. III. 2.** Relevant können hierbei auch spezielle Waffenverbote werden, wie bspw. das Verbot des Einsatzes von Gift und Giftgas (Genfer Giftgas-Protokoll von 1925), von chemischen Waffen (Chemiewaffenübereinkommen von 1993) oder von Streubomben (Übereinkommen über Streumunition von 2008).

⁶¹ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 11.

⁶² *v. Arnault* (Fn. 16), Rn. 1246.

⁶³ *HPCR, AMW Manual* (Fn. 4), Rule 5 lit. a; *Boothby*, Weapons, Prohibited, in: *Lachenmann/Wolfrum* (Fn. 8), S. 1407 (1409 Rn. 11).

Natur nicht zwischen Zivilisten und Kombattanten unterscheiden können.⁶⁴ Allerdings schloss der IGH in seinem Kernwaffen-Gutachten nicht aus, dass selbst Atomwaffen so eingesetzt werden können, dass sie nicht gegen den Unterscheidungsgrundsatz verstoßen, bspw. indem sie auf ein militärisches Ziel in einer weitläufigen einsamen Wüste angewendet werden, sodass deren Auswirkungen sich allein auf das militärische Ziel begrenzen und keine Zivilisten oder zivilen Objekte treffen.⁶⁵ Bewaffnete Drohnen sind speziell auf eine genaue Zielfähigkeit und Präzision ausgelegt und somit grundsätzlich dazu in der Lage, den Unterscheidungsgrundsatz einzuhalten. Im konkreten Einsatz kann zwar ein Verstoß gegen den Unterscheidungsgrundsatz vorliegen, dies führt jedoch nicht zur Illegitimität der gesamten Waffenkategorie.⁶⁶ Daher fallen Drohnen nicht unter dieses Verbot.

4. Verbot der Heimtücke

Dies wirft die Frage auf, ob Drohnen aufgrund der ihnen inhärenten Charakteristik des lautlosen und für den Gegner meist überraschenden und unvorhersehbaren Auftauchens am Einsatzort zwangsläufig bei ihrem Einsatz „heimtückisch“ agieren und somit gegen das Verbot der Heimtücke aus Art. 37 Abs. 1 ZP I⁶⁷ verstoßen. Abzugrenzen ist die Heimtücke von der erlaubten Kriegslist nach Art. 37 Abs. 2 ZP I. Heimtücke liegt gemäß Art. 37 Abs. 1 S. 2 ZP I vor, wenn durch die Handlung beim Gegner Vertrauen darauf geschaffen wird, dass ein völkerrechtlicher Schutzanspruch besteht, in der Absicht, dieses Vertrauen im Folgenden zu missbrauchen. Nicht heimtückisch ist hingegen ein Verhalten, durch das der Gegner lediglich in die Irre geführt wird, ohne ein solches Vertrauen zu begründen.⁶⁸ Das „Anschleichen“ beim Angriff mit einer Drohne schafft kein solches Vertrauen beim Gegner, somit ist es vielmehr als zulässige Kriegslist i. S. d. Art. 37 Abs. 2 ZP I zu werten.⁶⁹ In Betracht käme hierbei als Verstoß höchstens eine falsche Markierung der Drohne,⁷⁰ allerdings unterscheidet sich diese in der Bewertung nicht von den gängigen Regeln für

⁶⁴ *Dinstein* (Fn. 37), S. 1347 Rn. 3.

⁶⁵ IGH, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion v. 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 (263).

⁶⁶ *Blank* (Fn. 51), S. 687.

⁶⁷ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 65.

⁶⁸ Vgl. Art. 37 Abs. 1 S. 2 ZP I; Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 65.

⁶⁹ So auch: *Frau* (Fn. 34), S. 65; *Städele* (Fn. 2), S. 255.

⁷⁰ In Betracht käme bspw. eine Markierung als Luftfahrzeug des Roten Kreuzes oder eines nicht am Konflikt beteiligten Staates, welchem ein internationaler Schutzstatus zukommt und mithin ein Vertrauen des Gegners i. S. d. Art. 37 Abs. 1 S. 2 ZP I begründen würde. Dies könnte ferner einen Verstoß gegen Art. 37 Abs. 1 lit. d, Art. 38 ZP I oder Rule 112 AMW Manual darstellen. Hierzu ausführlicher: *Städele* (Fn. 2), S. 255 f.

bemannte Luftfahrzeuge.⁷¹ Daher ist ein Verbot oder eine Einschränkung des Einsatzes von Drohnen aufgrund des Verbots der Heimtücke nicht gegeben.

5. Einführung neuer Waffen

Nach Art. 36 ZP I trifft die Vertragsstaaten ferner die Verpflichtung, neue Waffen, Mittel oder Methoden der Kriegsführung bei ihrer Entwicklung, Beschaffung oder Einführung einer Überprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit nach dem Völkerrecht zu unterziehen.

Die von Art. 36 ZP I vorgeschriebene Pflicht beschränkt sich hierbei auf die Vornahme der Prüfung. Die abschließende Bestimmung der Rechtmäßigkeit der Waffe erfolgt jedoch nach den Regeln des Völkerrechts, insbesondere des humanitären Völkerrechts. Daher ergäbe sich ein Verbot eines Mittels oder einer Methode nicht aus Art. 36 ZP I, sondern direkt aus der einschlägigen Verbotsnorm. Art. 36 ZP I dient vielmehr dazu, bereits festgelegte Einschränkungen und Verbote in Bezug auf neue Waffen einer tatsächlichen Prüfung zu unterziehen und dadurch den Normen, insbesondere Art. 35 ZP I, praktische Geltung zu verleihen.⁷²

Ferner ist eine gewohnheitsrechtliche Bindungswirkung über die Vertragsstaaten des ZP I hinaus umstritten⁷³ und in der Praxis ist dessen Einhaltung aufgrund der Geheimhaltung von Ergebnissen über die Prüfung neuer Kampfmittel und -methoden durch die Staaten schwer zu überprüfen.⁷⁴

Daher ist festzuhalten, dass bewaffnete Drohnen nicht *per se* gegen Verbotsnormen des humanitären Völkerrechts verstoßen. Das bedeutet nicht, dass ihr Einsatz im Einzelfall nicht gegen humanitäres Völkerrecht oder andere völkerrechtliche Normen verstoßen kann, wie im Folgenden erörtert wird.

II. Einschränkungen des Angriffs mit bewaffneten Drohnen

Die Regeln über die Vorbereitung und Durchführung eines Angriffs sind primär für deren Anwendung im Einzelfall im konkreten Konflikt durch die Konfliktparteien gedacht. Gleichwohl sind Kampfmittel in Bezug auf ihre

⁷¹ Städele (Fn. 2), S. 255 f.; Fisher, Targeted Killing, Norms, and International Law, Colum. J. Transnat'l L., Vol. 45 (2007), 711 (730).

⁷² Sandoz/Swinarski/Zimmermann, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, 1987, Rn. 1466.

⁷³ Bejaht wird dies u. a. von: Liu, Categorization and Legality of Autonomous and Remote Weapons Systems, Int'l Rev. Red Cross, Vol. 94 (2012), 639 ff. Kritisch hierzu: Lavand, Reviewing the Legality of New Weapons, Means and Methods of Warfare, Int'l Rev. Red Cross, Vol. 88 (2006), 925 ff.

⁷⁴ Städele (Fn. 2), S. 219; Frau (Fn. 34), S. 62.

Verwendung dahingehend zu überprüfen, ob sie zu einer generellen Einhaltung dieser Regeln fähig sind.⁷⁵ Daher ist zu erörtern, ob sich unabhängig vom konkreten Einzelfall Beschränkungen in Bezug auf den Einsatz von Drohnen bei einem Angriff ergeben. Bewaffnete Drohnen werden vermehrt zu Kampfeinsätzen genutzt.⁷⁶ Hierbei werden sie zur offensiven oder defensiven Gewaltanwendung gegen den Gegner verwendet, sodass der Kampfeinsatz einen Angriff i. S. d. Art. 49 Abs. 1 ZP I darstellt.⁷⁷ Daher soll im Folgenden erörtert werden, ob und inwieweit der Angriff mit bewaffneten Drohnen einzuschränken ist.

1. Unterscheidungsgrundsatz

Hierbei ist vor allem der Unterscheidungsgrundsatz von großer Bedeutung. Zuletzt berichtete ein ehemaliger Pilot des U.S.-Drohnenprogramms, an guten Tagen habe er aufgrund technischer und menschlicher Faktoren bestenfalls ein „gutes Gefühl“, die richtige Person anzuvisieren, an schlechten Tagen er wortwörtlich.⁷⁸ Daher ist genauer zu betrachten, ob Drohnen bei ihrem Einsatz den Unterscheidungsgrundsatz grundsätzlich einhalten können oder ob es hierbei einer Einschränkung bedarf.

a) Aufklärung im Vorfeld des Angriffs

Nach Art. 48 ZP I ist stets zwischen der Zivilbevölkerung und Kombattanten zu unterscheiden. Angriffe dürfen nach Art. 52 Abs. 2 ZP I nur gegen militärische Ziele gerichtet werden.⁷⁹ Hierbei wird vermehrt angeführt, dass die Ausstattung von bewaffneten Drohnen technisch nicht ausreichend sei, um eine genaue Erkennung des Ziels zu ermöglichen.⁸⁰ Zum einen sollen Sensoren und

⁷⁵ *Lawand* (Fn. 73), S. 928.

⁷⁶ Siehe dazu **B. III**. Hierbei ist abzugrenzen: Aufklärungseinsätze verfolgen den Zweck der Informationsgewinnung. Da hieraus keine direkte Schädigungshandlung folgt, stellen reine Aufklärungseinsätze keinen Angriff i. S. d. Art. 49 Abs. 1 ZP I dar und sind daher auch nicht im Rahmen der nachfolgend erörterten Regeln zu diskutieren. Resultiert aus: *HPCR*, Commentary AMW (Fn. 43), Rule 1 lit. e Rn. 5.

⁷⁷ *Frau* (Fn. 34), S. 64; Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *HPCR*, AMW Manual (Fn. 4), Rule 1 lit. e.

⁷⁸ So *Aaron*, in: Press, *The Wounds of the Drone Warrior*, New York Times, 13.6.2018, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2018/06/13/magazine/veterans-ptsd-drone-warrior-wounds.html>.

⁷⁹ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 1.

⁸⁰ *Shane*: „(T)hey often do not know who they are killing, but are making an imperfect best guess“, *Drone Strikes Reveal Uncomfortable Truth: U.S. Is Often Unsure About Who Will Die*, New York Times, 23.4.2015, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2015/04/24/world/asia/drone-strikes-reveal-uncomfortable-truth-us-is-often-unsure-about-who-will-die.html>.

Kamerabilder unter bestimmten Wetterbedingungen versagen,⁸¹ zum anderen bestehe vor allem das Problem der Informationsüberflutung (*information overload*) und der nicht rechtzeitigen Auswertung der Daten zur Analyse des Ziels,⁸² was zu Fehlentscheidungen führen könne.⁸³ Dies spricht dafür, dass der Unterscheidungsgrundsatz bei einzelnen Einsätzen infolge mangelhafter Aufklärung verletzt wird. Aus Art. 57 Abs. 2 lit. a i ZP I folgt daher insbesondere die Verpflichtung, im Vorfeld des Angriffs alles praktisch Mögliche zu tun, um die Identifizierung eines legitimen Ziels zu erlangen.⁸⁴ Entscheidend für eine Bewertung ist hierbei die *ex ante*-Perspektive im Vorfeld des Angriffs, wobei berücksichtigt werden muss, dass der „Nebel des Krieges“ sich möglicherweise nicht ganz lichten lässt.⁸⁵ Dies bedeutet jedoch nicht, dass nicht nach anerkannten und bewährten Methoden Informationen zu beschaffen und zu nutzen wären.⁸⁶ In Bezug auf bewaffnete Drohnen beinhaltet dies die Verpflichtung, alle an Bord befindliche Technik zu nutzen, um Zweifel über die Legitimität des Angriffs im Vorfeld zu beseitigen.⁸⁷ Ferner umfasst es die Verpflichtung, einer Informationsüberflutung vorzubeugen und ausreichend Personal zur Auswertung der eingehenden Informationen einzustellen. Dabei kommt es insbesondere auf die technische Ausstattung der Drohne im konkreten Einzelfall an und inwieweit eine klare Aufklärung der Sachlage im Vorfeld möglich ist. Wird ein Angriff hingegen unter Missachtung dieser Verpflichtung durchgeführt und keine hinreichende Aufklärung im Vorfeld erzielt, ist dieser als unzulässig zu werten.

⁸¹ Städele (Fn. 2), S. 38.

⁸² Kritisch zu betrachten ist hierbei, dass noch keine hinreichend guten Auswertungsalgorithmen existieren, um Erkennungen im Kontext zu interpretieren zu können. Daher sind die Streitkräfte nach wie vor auf eine menschliche Sichtung und Auswertung der Daten angewiesen, so *Ricks*, 5 big problems with the drone programs – Best defence, Foreign Policy, 10.12.2015, abrufbar unter: <https://foreignpolicy.com/2015/12/10/5-big-problems-with-the-drone-programs/>.

⁸³ Beispielsfall aus Afghanistan im Februar 2010, von *Shanker/Richtel*: „Aufgrund des Zeitrucks bei der Auswertung der Daten konnte der Pilot der Drohne die Information über den Grund des Zusammentreffens von 23 Zivilisten nicht weitergeben, weshalb diese irrtümlich für Kombattanten gehalten wurden und beim Angriff umkamen.“, in: *Data Overload Can Be Deadly*, New York Times, 16.1.2011, abrufbar unter: <https://www.nytimes.com/2011/01/17/technology/17brain.html?mtrref=www.google.com>.

⁸⁴ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 15.

⁸⁵ Städele (Fn. 2), S. 258 f.; *Rudesill*, Precision War and Responsibility: Transformational Military Technology and the Duty of Care under the Laws of War, *Yale J. Int'l L.*, Vol. 32 (2007), 517 (535).

⁸⁶ *Sandoz/Swinarski/Zimmermann* (Fn. 72), Rn. 2195; *Stroh*, Der Einsatz von Drohnen im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt, *HuV-I*, Vol. 24 (2011), 73 (77).

⁸⁷ *Frau* (Fn. 34), S. 65; *Schmitt* (Fn. 16), S. 614.

b) Auswahl der Angriffsmittel und -methoden

Ferner ist nach Art. 57 Abs. 2 lit. a ii ZP I im Vorfeld des Angriffs die Auswahl der Mittel und Methoden so zu treffen, dass zivile Schäden möglichst vermieden bzw. gering gehalten werden.⁸⁸ Aufgrund der Vielseitigkeit der Bewaffnung der Drohne ist die bewaffnete Drohne jedoch grundsätzlich flexibel an den Einsatz anpassbar, sodass hierbei entsprechend des Einsatzes eine Abstimmung zwischen Angriffsziel und verwendetem Mittel bzw. Methode zu erfolgen hat.⁸⁹ Soll bspw. ein Angriff auf ein dicht besiedeltes Gebiet erfolgen, muss die Bewaffnung sehr präzise sein und einen kleinen Wirkradius aufweisen, um zivile Schäden gering zu halten.

c) Abbruchverpflichtung während des Angriffs

Nach Art. 57 Abs. 2 lit. b ZP I besteht ferner eine Abbruchverpflichtung, sollte sich herausstellen, dass kein legitimes Ziel vorliegt.⁹⁰ Dies setzt voraus, dass eine Drohne technisch über die Möglichkeit verfügt, während eines laufenden Kampfeinsatzes hiervon Abstand zu nehmen. Gerade der Verbindungsabbruch stellt hierbei ein gängiges Problem beim Einsatz von Drohnen dar.⁹¹ Dem könnte jedoch durch einen eingebauten Mechanismus, der die Drohne beim Verbindungsabbruch dazu veranlasst, ihren Einsatz automatisch abzubrechen und zur Ausgangsstation zurückzufliegen, nachgekommen werden.⁹²

d) Unverhältnismäßigkeit von Kollateralschäden

Ferner wird im Rahmen der Debatte um Drohnen häufig kritisiert, dass diese zu große Kollateralschäden verursachen. Nach Art. 51 Abs. 5 lit. b ZP I sind Angriffe verboten, bei denen der militärische Vorteil in keinem Verhältnis zu den zivilen Schäden steht.⁹³ Dies setzt voraus, dass bereits bei der Planung von solchen Angriffen abgesehen wird, welche die Wahrscheinlichkeit bergen,

⁸⁸ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 17.

⁸⁹ *Schmitt* (Fn. 16), S. 615.

⁹⁰ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 19.

⁹¹ *Lange*, Flugroboter statt bemannter Militärflugzeuge?, 2003, S. 16; *Petermann/Grünwald*, Stand und Perspektiven der militärischen Nutzung unbemannter Systeme, Arbeitsbericht Nr. 144 des Büros für Technikfolgenabschätzung beim Bundestag, 2011, S. 112; *Connor*, The Predator, a Drone That Transformed Military Combat, Smithsonian National Air and Space Museum, 9.3.2018, abrufbar unter: <https://airandspace.si.edu/stories/editorial/predator-drone-transformed-military-combat>.

⁹² *Frau* (Fn. 34), S. 65.

⁹³ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: *Henckaerts/Doswald-Beck* (Fn. 36), Rule 14.

außerverhältnismäßige Kollateralschäden zu verursachen.⁹⁴ Hierbei geht es um eine Abwägung im konkreten Einzelfall, wobei der zu erwartende Kollateralschaden gegen den militärischen Vorteil abgewogen werden muss.⁹⁵ Darüber hinaus besteht beim Angriff mit bewaffneten Drohnen im Allgemeinen eine hohe Präzision in der Ausführung der Angriffe, weshalb es grundsätzlich möglich ist, diese so einzusetzen, dass zivile Schäden nicht außer Verhältnis zum militärischen Vorteil stehen.⁹⁶

Die gehäufte Kritik an Kollateralschäden könnte in Zukunft zu einer Weiterentwicklung des Rechts bezüglich des anzusetzenden Maßstabs zur Beurteilung eines unverhältnismäßigen Kollateralschadens führen.⁹⁷ Bislang beschränken sich diese Äußerungen jedoch auf politische und operative Entscheidungen, sodass hieraus derzeit keine rechtliche Relevanz für eine entsprechende *opinio iuris* erwächst.⁹⁸ Daher ist auch hier nach aktueller Rechtslage kein grundsätzliches Verbot oder eine Einschränkung in Bezug auf den Einsatz von Drohnen gegeben.

Grundsätzlich ist eine bewaffnete Drohne im Rahmen ihres konkreten Einsatzes mithin in der Lage, den Unterscheidungsgrundsatz einzuhalten und wirft keine rechtlichen Probleme auf. Daher ist ein Verstoß gegen den Unterscheidungsgrundsatz beim konkreten Einsatz der Drohne durchaus denkbar, grundsätzlich kann dieser jedoch beim Einsatz von bewaffneten Drohnen gewahrt werden.⁹⁹

2. Grundsatz der Menschlichkeit

Darüber hinaus stellt sich beim Einsatz von Drohnen die Frage, ob der mit ihnen verfolgte Zweck der gezielten Tötung mit dem Grundsatz der Menschlichkeit vereinbar ist.

Der Grundsatz der Menschlichkeit hat sich gewohnheitsrechtlich herausgebildet und bildet das Gegengewicht zum Grundsatz der militärischen Notwendigkeit.¹⁰⁰ Nach dem weithin anerkannten Grundsatz der militärischen Notwendigkeit ist

⁹⁴ Vgl. Art. 57 Abs. 2 lit. a iii ZP I.

⁹⁵ Umstritten ist hierbei, ob in Bezug auf die Bewertung des militärischen Vorteils auf den einzelnen Angriff oder die militärische Operation als Ganzes abzustellen ist. Hierzu: *Heintschel von Heinegg*, Proportionality and Collateral Damage, MPEPIL, 2015, Rn. 20.

⁹⁶ So auch: *Städele* (Fn. 2), S. 283.

⁹⁷ Beeinflussung der *de jure*-Standards durch Auslegung anhand der veränderten *de facto*-Standards. So *Städele* (Fn. 2), S. 279.

⁹⁸ *Heintschel von Heinegg* (Fn. 95), Rn. 25.

⁹⁹ So im Ergebnis auch *Frau* (Fn. 34), S. 65.

¹⁰⁰ *Corn*, Humanity, Principle of, MPEPIL, 2013, Rn. 2. Auch in Vertragstexten hat der Grundsatz der Menschlichkeit seinen Niederschlag gefunden, bspw. in Art. 1 Abs. 2 ZP I.

bei der Ausübung von Feindseligkeiten der Umfang und die Art von Gewalt anzuwenden, der bzw. die zwingend notwendig ist, um ein militärisches Ziel zu erreichen.¹⁰¹ Gleichzeitig wird der Grundsatz der militärischen Notwendigkeit durch den Menschlichkeitsgrundsatz beschränkt, welcher die Verursachung von Verletzungen, Leid und Zerstörung verbietet, die für die Erreichung des militärischen Ziels nicht nötig sind.¹⁰² Hieraus wird teilweise abgeleitet, dass Tötungshandlungen nur als *ultima ratio* angewandt werden dürfen.¹⁰³ Die Art und der Umfang der gegen legitime Ziele gerichteten Gewalt sind im humanitären Recht nicht ausdrücklich geregelt.¹⁰⁴ Allerdings zählt der Grundsatz der Menschlichkeit zu den wesentlichen Bausteinen, auf denen das humanitäre Völkerrecht basiert.¹⁰⁵ Daher hat dieser auch im Rahmen des nicht ausdrücklich geregelten Umfangs der anwendbaren Gewalt Berücksichtigung zu finden.¹⁰⁶ Das hat zur Folge, dass ein Angriff am Grundsatz der militärischen Notwendigkeit und der Menschlichkeit zu messen ist. Im Rahmen des Einsatzes von Drohnen wird kritisiert, dass unabhängig von der konkreten Einsatzsituation, bei welcher bspw. eine Gefangennahme zur Erreichung des militärischen Ziels ausreichend wäre, stets eine Tötung des Gegners erfolge und somit keine Abwägung vorgenommen werde, in der der Grundsatz der Menschlichkeit Berücksichtigung findet. Allerdings gibt es keine ausdrückliche Regel, welche vorschreibt, dass man dem Gegner die Möglichkeit geben muss, sich zu ergeben oder ihn gefangen zu nehmen anstatt zu töten.¹⁰⁷ Daher kann nicht vorausgesetzt werden, dass grundsätzlich eine Alternative in Form einer Gefangennahme o. Ä. zum Angriff mit der Drohne besteht. Es kommt vielmehr auch hier auf eine Abwägung im Einzelfall an, ob die gezielte Tötung mit einer bewaffneten Drohne gegen den Grundsatz der Menschlichkeit verstößt.¹⁰⁸ Dabei unterscheidet eine Drohne sich jedoch nicht von anderen Waffen¹⁰⁹ wie bspw. einem Scharfschützen, der mit einer Schusswaffe aus der Distanz seinen Gegner tötet.¹¹⁰ Insofern lässt sich auch

¹⁰¹ IKRK/Melzer, Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, 2009, Rule IX, S. 79 Rn. 2; UK, Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, 2004, S. 23 Rn. 2.1, 2.2.

¹⁰² IKRK/Melzer (Fn. 101), Rule IX, S. 79 Rn. 2; UK, Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict (Fn. 101), S. 23 Rn. 2.4.

¹⁰³ Zimmermann, Völkerrechtliche Fragen des Einsatzes bewaffneter Drohnen: Menschenrechtsschutz versus Terrorismusbekämpfung?, MRM 2013 S. 96 (99).

¹⁰⁴ IKRK/Melzer (Fn. 101), Rule IX, S. 78 Rn. 1.

¹⁰⁵ Dieser hat sich gewohnheitsrechtlich herausgebildet und findet u. a. Ausdruck in der Martens'schen Klausel, sowie in mehreren Vertragstexten, bspw. in Art. 1 Abs. 2 ZP I.

¹⁰⁶ IKRK/Melzer (Fn. 101), Rule IX, S. 78 Rn. 2.

¹⁰⁷ Ebd., Rule IX, S. 78 Rn. 1.

¹⁰⁸ So auch: Zimmermann (Fn. 103), S. 99.

¹⁰⁹ Alston, Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Human Rights Council, 28.5.2010, A/HRC/14/24/Add.6, S. 24 Rn. 79.

¹¹⁰ Die Probleme, welche die Praxis des gezielten Tötens (*Targeted Killing*) aufwirft, sind jedoch nicht nur dem Einsatz von Drohnen immanent und würden den Rahmen dieses Beitrags

aus dem Grundsatz der Menschlichkeit keine grundsätzliche Einschränkung für den Einsatz von Drohnen entnehmen.

3. Legitimes Ziel

Fraglich ist, ob der Einsatz jedoch im Hinblick auf die Auswahl des Ziels zu beschränken ist. Fragen ergeben sich hierbei in Bezug auf die Zielauswahl, wenn es um die Bestimmung geht, ob eine feindliche Drohne, deren Pilot oder bspw. ein ziviler technischer Wärter derselben, als legitimes Ziel angegriffen werden dürfen.

a) Steuerung der Drohne

Im Rahmen des Einsatzes von Drohnen in bewaffneten Konflikten sind an der Steuerung der Drohne mehrere Personen beteiligt, die sich zumeist nicht in unmittelbarer Nähe zum Einsatzort, an welchem die Vornahme von Feindseligkeiten erfolgt, befinden. Daher ist zu beurteilen, inwieweit die an der Steuerung und somit am konkreten Einsatz beteiligten Personen legitime Ziele für eine gegnerische Vornahme von Feindseligkeiten darstellen. Die bewaffnete Drohne selbst ist aufgrund ihres Gebrauchs als Kampfmittel ein legitimes militärisches Ziel,¹¹¹ dies umfasst das komplette Waffensystem inklusive der Steuerungselemente etc.¹¹² Der Pilot und der Nutzlastdiener sind als Angehörige der offiziellen Streitkräfte nach Art. 43 Abs. 2 ZP I Kombattanten und somit ebenfalls legitime Ziele.¹¹³ Ein ziviler Pilot einer Drohne, d. h. ein Pilot, welcher selbst nicht Mitglied der Streitkräfte ist, im Rahmen des bewaffneten Konflikts jedoch die Drohne als Pilot oder Nutzlastdiener bei einem Kampfeinsatz steuert, verliert durch die direkte Teilnahme an Feindseligkeiten i. S. d. Art. 51 Abs. 3 ZP I seinen Schutzstatus und ist ebenfalls ein legitimes Ziel.¹¹⁴ Selbst bei Aufklärungseinsätzen, welche durch die Informationsgewinnung zum Erlangen eines strategischen Vorteils dienen, ist eine direkte Teilnahme zu bejahen.¹¹⁵

sprengen. Daher wird auf ausführliche Erörterungen an dieser Stelle verzichtet. Mehr hierzu: Nolte, Targeted Killing, in: Lachenmann/Wolfrum (Fn. 8), S. 1210 ff.

¹¹¹ Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 36), Rule 8; Frau (Fn. 34), S. 69.

¹¹² So auch Frau (Fn. 34), S. 69; auf die Problematik welche sich im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt in Bezug auf die Bodenstation außerhalb des Konfliktgebiets ergibt, wird an dieser Stelle verzichtet. Mehr hierzu bei Stroh (Fn. 86), S. 76.

¹¹³ Vgl. Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 36), Rule 3 i. V. m. Rule 1.

¹¹⁴ Gewohnheitsrechtlich anerkannt, d. h. bindet auch Nichtvertragsstaaten, siehe: Henckaerts/Doswald-Beck (Fn. 36), Rule 6.

¹¹⁵ So im Ergebnis auch Frau (Fn. 34), S. 68.

b) Angriffsvor- und -nachbereitende Handlungen

Schwieriger ist die Abgrenzung bei angriffsvor- oder -nachbereitenden Handlungen.¹¹⁶ Das Internationale Komitee vom roten Kreuz (IKRK)-Expertenkomitee¹¹⁷ konnte sich hierfür auf drei Kriterien einigen, welche kumulativ eine unmittelbare Teilnahme für die jeweilige Einzelhandlung begründen sollen.¹¹⁸ Hiernach muss (i) die durch den Zivilisten vorgenommene Handlung voraussichtlich eine militärische Operation oder Kapazität nachteilig beeinflussen oder die Schwelle zur Schadensverursachung (*threshold of harm*) auf andere Weise überschreiten, (ii) diese kausal für den zu erwartenden Schaden sein und (iii) geplant mit der Absicht vorgenommen werden, die Lage zu Gunsten einer Partei zu beeinflussen.¹¹⁹ Eine Handlung gilt hiernach als kausal, wenn diese integraler Bestandteil, d. h. Bestandteil einer konkreten und koordinierten militärischen Aktion ist, welche die Schwelle zur Schadensverursachung übersteigt.¹²⁰ Handlungen, die nach dieser Unterscheidung nur eine mittelbare Teilnahme darstellen, können jedoch unter kriegsunterstützende Handlungen (*war-sustaining activities*) fallen. Der Handelnde selbst stellt zwar kein legitimes Ziel dar, er kann jedoch zu einem zulässigen Kollateralschaden nach Art. 51 Abs. 5 lit. b ZP I werden.¹²¹ Beispielhaft bedeutet dies für den Zivilisten, der die Drohne betankt, dass zu unterscheiden ist, ob die Betankung für einen speziellen Einsatz erfolgt oder lediglich aus Routine. Erfolgt die Betankung für einen konkreten Einsatz, wird er zum legitimen Ziel. Die Voraussetzungen einer unmittelbaren Teilnahme sind jedoch weiterhin stark umstritten und die vom IKRK aufgestellten Kriterien rechtlich nicht bindend.¹²² Eine abschließende Aufstellung und Bewertung legitimer Ziele beim Einsatz von Drohnen lässt sich daher an dieser Stelle nicht treffen.¹²³

¹¹⁶ *Frau* (Fn. 34), S. 69.

¹¹⁷ Das IKRK-Expertenkomitee wurde gegründet, um eine Auslegungshilfe zu schaffen, um Leitlinien für die Abgrenzung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Teilnahme an Feindseligkeiten von Zivilisten zu entwickeln. Bereits innerhalb des Expertenkomitees konnte in einigen Punkten keine Einigkeit erzielt werden und viele Punkte sind weiterhin stark umstritten.

¹¹⁸ Diese sind zwar rechtlich nicht bindend, geben jedoch einen Anhaltspunkt zur Bestimmung der unmittelbaren Teilnahme.

¹¹⁹ *IKRK/Melzer* (Fn. 101), Rule V, S. 46.

¹²⁰ *Ebd.*, Rule V, S. 53; *Schmitt*, *The Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities: A Critical Analysis*, *Harv. Nat'l Sec. J.*, Vol. 1 (2010), 5 (30); *Frau* (Fn. 34), S. 69.

¹²¹ *Dinstein*, *Direct Participation in Hostilities*, *Tilburg L. Rev.*, Vol. 18 (2013), 3 (10).

¹²² Das Prinzip lässt sich grundsätzlich auch auf den nicht-internationalen Konflikt übertragen, hier ergeben sich lediglich begriffliche Abgrenzungsschwierigkeiten aufgrund des fehlenden Kombattantenbegriffs und des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung zum Status an Kampfhandlungen beteiligter Personen. Hierzu: *Stroh* (Fn. 86), S. 75.

¹²³ Weitergehende Ausführungen an dieser Stelle würden den Rahmen dieses Beitrags

4. Berechtigung zur Vornahme von Schädigungshandlungen

Häufig werden von der Central Intelligence Agency (CIA) ausgeführte Drohnenschläge auch dahingehend kritisiert, dass dieser die Legitimität zur Vornahme von Schädigungshandlungen fehle,¹²⁴ weil die CIA nicht Teil der Streitkräfte ist.¹²⁵ Daher ist ferner zu erörtern, ob sich beim Einsatz von Drohnen eine Einschränkung aus der Berechtigung zur Vornahme von Schädigungshandlungen ergibt.

a) Internationaler bewaffneter Konflikt

Eine Einschränkung könnte sich im internationalen Konflikt aus den Regeln des Luftkriegs ergeben. Ein bindendes Abkommen kam für den Luftkrieg nie zustande,¹²⁶ gewohnheitsrechtlich haben sich aber dennoch Regelungen herausgebildet, welche das Programm on Humanitarian Policy and Conflict Research der Harvard University (HPCR) in seinem AMW Manual festgehalten hat.¹²⁷ Nach Regel 17 lit. a AMW Manual beschränkt sich die Berechtigung, Angriffe vorzunehmen, auf militärische Luftfahrzeuge,¹²⁸ UAVs eingenommen. Eine Drohne ist hiernach angriffsberechtigt, sofern sie als militärisches Luftfahrzeug zu qualifizieren ist,¹²⁹ also von den Streitkräften eines Staates befehligt wird und die entsprechenden militärischen Markierungen aufweist.¹³⁰ Das bedeutet für den Fall, dass ein Zivilist die Drohne steuert, dieser in das reguläre Disziplinarverfahren der Streitkräfte eingegliedert sein muss, damit die Drohne als militärisches Luftfahrzeug zur Vornahme von Feindseligkeiten berechtigt ist.¹³¹ So sind bspw. Drohnenschläge der CIA rechtswidrig, da die CIA nicht Teil der staatlichen Streitkräfte ist und als Geheimdienst auch nicht in das Disziplinarverfahren der Streitkräfte eingegliedert ist. Diese weisen zwar teilweise ein eigenes Disziplinarsystem auf, dieses ist allerdings zu intransparent, um eine

sprengen und stellen ferner kein im Zusammenhang mit dem Einsatz von Drohnen spezifisch auftretendes Problem dar. Verviesen sei hier bspw. auf das Betanken eines Kampfflugzeugs, bei dem sich dieselben rechtlichen Fragen ergeben. Vgl. *Frau* (Fn. 34), S. 67.

¹²⁴ Auf die vielfach in diesem Zusammenhang kritisierte Praxis der „*Targeted Killings*“ wird an dieser Stelle nicht eingegangen. Mehr hierzu: *Nolle* (Fn. 110), S. 1210 ff.

¹²⁵ *Alston* (Fn. 109), S. 21 Rn. 70.

¹²⁶ Siehe **D. I. 1.**

¹²⁷ *Dinstein*, *Air Warfare*, in: Lachenmann/Wolfrum (Fn. 8), S. 13 (14 Rn. 6); *Frau* (Fn. 34), S. 62.

¹²⁸ Vgl. Art. 13, 16 HLKR.

¹²⁹ *HPCR*, *Commentary AMW* (Fn. 43), Rule 17 lit. a Rn. 3.

¹³⁰ *Dinstein* (Fn. 127), S. 14 Rn. 8; Vgl. *HPCR*, *AMW Manual* (Fn. 4), Rule 1 lit. x; Art. 3 HLKR.

¹³¹ *HPCR*, *Commentary AMW* (Fn. 43), Rule 1 lit. x Rn. 6.

vergleichbare Alternative darzustellen und eine Berechtigung zum Angriff zu begründen.¹³²

b) Nicht-internationaler bewaffneter Konflikt

Im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt kommen staatliche Streitkräfte seltener zum Einsatz und stehen meist einer nicht-staatlichen Gruppierung gegenüber, sodass Regel 17 lit. a AMW Manual sich nicht auf den nicht-internationalen Konflikt anwenden lässt.¹³³ Darüber hinaus gibt es keine Beschränkung der Teilnahme an Feindseligkeiten im humanitären Völkerrecht,¹³⁴ sodass eine Begrenzung nur aus der nationalen Rechtsordnung folgen kann.¹³⁵

5. Territoriale Einschränkungen

Darüber hinaus könnten sich territoriale Einschränkungen ergeben.

a) Neutralitätsrecht der Staaten

Drohnen sind als militärische Luftfahrzeuge an Überflugregeln und an die Achtung des Neutralitätsrechts der Staaten gebunden.¹³⁶ Hiernach ist den Konfliktparteien bereits der Überflug im Luftraum des Staatsgebiets eines neutralen Staates verboten.¹³⁷ Daher ist der Einsatz von Drohnen auf den Luftraum der Gebiete der am Konflikt beteiligten Staaten und den Luftraum der Gebiete, welche keinem Hoheitsgebiet eines Staates zuzuordnen sind, zu begrenzen.¹³⁸

b) Menschenrechte

Im nicht-internationalen bewaffneten Konflikt wird diskutiert, die Anwendung des humanitären Völkerrechts auf die vom Konflikt betroffenen Teile des Staatsgebiets zu begrenzen.¹³⁹ Dafür spricht, dass die militärische Notwendigkeit

¹³² *Alston* (Fn. 109), S. 22 Rn. 73. Der Begriff des Angriffs bezieht sich hier auf dessen Bedeutung im Rahmen des humanitären Völkerrechts und nicht mit dem Begriff des Angriffs des *ius contra bellum* zu verwechseln.

¹³³ *HPCR*, Commentary AMW (Fn. 43), Rule 17 lit. a Rn. 7.

¹³⁴ Diskutiert wird, ob Art. 43 Abs. 2 ZP I ausschließlich Streitkräfte legitimiert, dies ist jedoch aufgrund des Zwecks der Regelung diese lediglich durch Zuerkennung des Kombattantenstatus zu privilegieren abzulehnen. Hierzu *Frau* (Fn. 34), S. 67.

¹³⁵ *Schmitt* (Fn. 16), S. 618.

¹³⁶ Diese Regelungen beziehen sich explizit auf das Verhältnis zwischen Staaten und sind daher nicht auf den nicht-internationalen bewaffneten Konflikt anwendbar; Vgl. *HPCR*, Commentary AMW (Fn. 43), Section X Rn. 5.

¹³⁷ Vgl. *v. Arnould* (Fn. 16), Rn. 1306; Art. 1 V. HA; *HPCR*, AMW Manual (Fn. 4), Rule 166, 167 lit. a; *Hostettler/Danai*, Neutrality in Air Warfare, in: Lachenmann/Wolfrum (Fn. 8), S. 770 (771 Rn. 4).

¹³⁸ *Dinstein* (Fn. 127), S. 15 Rn. 15.

¹³⁹ *v. Arnould* (Fn. 16), Rn. 1210.

fehlt, um im nicht betroffenen Gebiet den Staat von seiner menschenrechtlichen Bindung zu befreien und so die Bestimmungen der Menschenrechte zu unterlaufen.¹⁴⁰ Daher ist der Einsatz von Drohnen im nicht betroffenen Gebiet des Staats an den Menschenrechten, insbesondere an Art. 6 IPBPR und Art. 2 EMRK, zu messen. Hiernach ist eine gezielte Tötung nur zulässig, wenn diese zum Schutz einer anderen Person vor unrechtmäßiger Gewalt unvermeidbar ist.¹⁴¹ Der Kampfeinsatz von Drohnen ist daher streng auf das konkret betroffene Gebiet von bewaffneten Konflikten zu begrenzen.

E. Fazit

Somit lässt sich festhalten, dass das humanitäre Völkerrecht auf bewaffnete Drohnen Anwendung findet. Beschränkungen ergeben sich hierbei jedoch in Bezug auf den konkreten Einsatz, sodass es in der Regel auf eine Abwägung zwischen militärischem Vorteil und dem zu erwartenden Schaden, insbesondere bzgl. der Einhaltung des Unterscheidungsgrundsatzes im Einzelfall, ankommt. Ferner ist die Drohne als Luftfahrzeug an die gewohnheitsrechtlichen Regelungen des Luftkriegs gebunden und hat bei ihrem Einsatz das Neutralitätsrecht der Staaten zu beachten.

Abschließend lässt sich sagen, dass der viel diskutierte Einsatz von Drohnen in bewaffneten Konflikten rechtlich kaum unbekannte Fragestellungen aufwirft. Probleme ergeben sich im Rahmen des bewaffneten Konflikts nicht in juristischer Hinsicht, sondern sind häufig faktischer oder ethischer Natur. Diese werden sich durch die bereits absehbare technische Weiterentwicklung hin zu autonomen Waffensystemen vermutlich noch weiter verschärfen und in Zukunft die Diskussion um Beschränkungen des Einsatzes neu aufwerfen. Gerade im Hinblick auf die Einhaltung des Unterscheidungsgrundsatzes bei der autonomen Zielauswahl werden sich neue rechtliche Fragen auftun und der Erlass neuer Regulierungen auf politischer Ebene wird unvermeidbar sein.

¹⁴⁰ *Ebd*; Zimmermann (Fn. 103), S. 98.

¹⁴¹ *Wagner*, Unmanned Aerial Vehicle, in: Lachenmann/Wolfrum (Fn. 8), S. 1280 (1282 Rn. 14).

Louis M. Roer*

Beweisrecht und ordre public

Abstract

Trotz weitreichender Rechtsharmonisierung unterscheidet sich das Zivilverfahrensrecht von Staat zu Staat. Selbst innerhalb des kontinentalen Rechtskreises zeigen sich Unterschiede innerhalb des Verfahrens-, insbesondere innerhalb des Beweisrechts. Dies wurde in einer Entscheidung des BGH vom 4.6.2017 über die Anerkennung und Vollstreckung einer Schweizer Entscheidung deutlich. Der BGH befasste sich mit der Frage, wann die Andersartigkeit des Beweisrechts mit dem ordre public kollidiert. Gegenstand dieses Beitrags ist es, den Inhalt des verfahrensrechtlichen ordre public darzustellen, um anschließend an diesem Maßstab die Entscheidung des BGH kritisch zu würdigen. Dabei wird auf den Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit, das Recht auf Beweis und das Recht auf rechtliches Gehör eingegangen.

Despite far-reaching legal harmonization, civil proceedings differ from state to state. Even within the continental legal system, there are differences within the procedural law, in particular within the law of evidence. This became particularly clear in a decision of the German Federal Court of Justice (BGH) of 4.6.2017 on the recognition and enforcement of a Swiss decision. The BGH dealt with the question, when the difference between the law of evidence and the public policy doctrine collide. The object of this paper is to present the content of the procedural public policy doctrine to critically assess the BGH's decision against this standard. In this context, this paper especially deals with the principle of procedural equality of arms, the right to evidence and the right to a fair hearing.

* Der Verfasser studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Internationales Privat- und Verfahrensrecht. Er ist als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer tätig. Der Beitrag basiert maßgeblich auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) im Sommersemester 2019 gestellt wurde. Er ist zugleich eine Besprechung von BGH, Beschl. v. 4.6.2017 – IX ZB 19/16, EuZW 2017, 623. Sämtliche Online-Quellen wurden zuletzt am 21.12.2019 abgerufen.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	317
B. Andersartigkeit des Beweisrechts und <i>ordre public</i>	318
I. Grundsatz der Geltung der <i>lex fori</i> im Beweisrecht.....	318
II. Anerkennung und Vollstreckung: Anwendbares Recht	319
III. Funktion und Voraussetzungen des <i>ordre public</i>	320
IV. Ergebnis	330
C. Besprechung von <i>BGH</i> , Beschl. v. 4.6.2017 – IX ZB 19/16	330
I. Einführung.....	330
II. Würdigung.....	335
III. Fazit und Ausblick.....	346
D. Thesen.....	347

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Roer*, StudZR-WissOn 2019, S. 315-348

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69283

A. Einleitung

„Ja, gute Frau, durch zweyer Zeugen Mund
Wird allernwegs die Wahrheit kund“¹

Mit diesen Worten verspricht *Mephistopheles Martes*, *Faust* und er würden den vermeintlichen Tod von *Martes* Ehemann vor dem Richter bezeugen. Der Richter wäre nach *Mephistopheles* Beweisregel an das übereinstimmende Zeugnis zweier Zeugen gebunden, auch wenn er deren Aussage für nicht glaubhaft hielte.

Das deutsche Prozessrecht kennt solche Beweisregeln mit festem Beweiswert nicht mehr.² Andere Rechtsordnungen kennen³ oder kannten⁴ aber noch derartige Beweisregeln. Zumindest legt dies das Rechtsmittel einer deutschen Patientin nahe, die ihren Arzt erfolglos in der Schweiz verklagte und sich nun gegen die Vollstreckung des Urteils in Deutschland mit der Argumentation wehrte, die Schweizer Entscheidung sei aufgrund einer starren Beweisregel ergangen. Indes hatte die ehemalige Patientin mit ihrem auf den *ordre public* gestützten Rechtsbehelf gegen die Vollstreckbarerklärung auch im Zweitstaat keinen Erfolg: Der *BGH* verwarf mit Beschluss vom 4.6.2017 ihr Rechtsmittel. Zehn Jahre nachdem die Klägerin die Klage im Schweizer Meilen erhoben hatte, konnte der verklagte Arzt seine Prozesskosten liquidieren.

Zwar ist der Beschluss des *BGH*, der hier später Gegenstand einer Besprechung sein soll, in der Literatur allgemein auf Zustimmung gestoßen;⁵ gleichwohl gibt er Anlass, zum Verhältnis von Beweisrecht und *ordre public* Stellung zu nehmen.

Im ersten Teil dieses Beitrags wird gezeigt, wann der Vollstreckungsschuldner im Zweitstaat mit dem *ordre public* die Vollstreckung eines fremden Titels abwenden

¹ *Goethe*, *Faust I*, Verse 3013, 3014.

² *Schack*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7. Aufl. 2017, Rn. 772.

³ Siehe z. B. den Parteieid im französischen Recht, Art. 317–322 *Code de Procédure Civile*: Eine Partei kann der anderen einen Eid zuschieben. Nimmt die Partei, der der Eid zugeschoben wurde, den Eid nicht vor, ist das Gericht an das von der anderen Partei Behauptete gebunden. Vgl. dazu: *Nagel/Gottwald*, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. Aufl. 2013, § 10 Rn. 114, 122; *Coester-Waltjen*, *Internationales Beweisrecht*, 1983, Rn. 607–618. Die deutsche CPO kannte den Parteieid bis 1933: *Abrens*, *Der Beweis im Zivilprozess*, 2015, Kap. 40 Rn. 22 ff.

⁴ Viele Staaten haben den Parteieid bereits abgeschafft: *Stürner*, *Die Partei als Beweismittel im europäischen Zivilprozeß*, in: FS Ishikawa, 2001, S. 529 (533 f.).

⁵ Vgl. *Abrens*, Anmerkung zu *BGH*: Urteilsanerkennung und ausländische Beweisregeln, LMK 2017, 392670; *Meller-Hannich*, *Zwangsvollstreckung: Vollstreckbarerklärung bei abweichendem ausländischen Prozessrecht*, MDR 2017, 932 ff.; *Salger*, *Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheidungen*, IWRZ 2017, 282 f.; *Linke/Hau*, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 7. Aufl. 2018, Rn. 13.38; *Baetge*, in: *jurisPK-BGB*, 8. Aufl. 2017, Ed. 3.7.2018, Art. 6 EGBGB Rn. 41.2.

kann (**B.**). Im zweiten Teil wird der Beschluss des *BGH* unter Berücksichtigung des ersten Teils besprochen (**C.**). Schließlich werden die Ergebnisse dieses Beitrags in Thesen festgehalten (**D.**).

B. Andersartigkeit des Beweisrechts und *ordre public*

Der Beitrag beginnt mit der Darstellung, wann der Zweitstaat eine Entscheidung wegen des fremden Beweisrechts nicht vollstrecken darf. Zunächst soll gezeigt werden, dass die Gerichte grundsätzlich ihr eigenes Prozessrecht anwenden und so das Beweisrecht als Teil des Prozessrechts vom deutschen Verständnis abweichen kann (**I.**). Sodann sollen die Grundzüge des in der Anerkennung und Vollstreckung anwendbaren Rechts dargelegt werden (**II.**). Anschließend soll die Funktion des *ordre public* im Allgemeinen und die des verfahrensrechtlichen *ordre public* im Speziellen erläutert werden (**III.**).

I. Grundsatz der Geltung der *lex fori* im Beweisrecht

Ausländische Verfahren richten sich nach einem fremden Prozessrecht, nämlich nach dem Recht am Ort des Gerichts, der *lex fori*.⁶ Als Teil des Prozessrechts richtet sich das Beweisverfahren nach der *lex fori*, die damit etwa die zulässigen Beweismittel und die Beweiswürdigung bestimmt.⁷ Der Gegenstand des Beweises und auch die Beweislast richtet sich hingegen nach der *lex causae*, dem Recht des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses.⁸ Sehr umstritten und nicht Gegenstand dieses Beitrags sind andere Aspekte des Beweisrechts, wie die richtige Qualifizierung des Beweismaßes.⁹ Sollte ein Schweizer Verkäufer einen deutschen Käufer auf Kaufpreiszahlung vor einem deutschen Gericht verklagen und beide zulässigerweise eine Rechtswahl zugunsten des Schweizer Rechts getroffen haben, wendeten die deutschen Gerichte hinsichtlich der Frage, welche Beweismittel zulässig sind, dennoch das deutsche Prozessrecht an.¹⁰ Das deutsche Recht kennt fünf Mittel des Strengbeweises: Augenschein, Zeugen, Urkunden, Sachverständige und Parteivernehmung.¹¹ Mithin könnte der Schweizer das Vorliegen des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung nur mithilfe dieser Beweismittel des Strengbeweises führen. Auch auf die Beweiswürdigung wäre

⁶ Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Rn. 319.

⁷ Pritting, in: MüKo-ZPO I, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 20; Schack (Fn. 2), Rn. 738, 757, 772; Bücken, Internationales Beweisrecht im Europäischen internationalen Schuldrecht, 2016, S. 163 Fn. 132 m. w. N.

⁸ Pritting, in: MüKo-ZPO I (Fn. 7), § 286 Rn. 20; Nagel/Gottwald (Fn. 3), § 10 Rn. 42, 67.

⁹ Z. B. für die Geltung der *lex causae*: Geimer (Fn. 6), Rn. 2334; umfassend dazu: Coester-Waljen (Fn. 3), *passim* und Bücken (Fn. 7), *passim*.

¹⁰ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 111 Rn. 27; für die Schweiz: Walter/Domej, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, 5. Aufl. 2012, § 6 III 1.

¹¹ Bacher, in: BeckOK-ZPO, Ed. 34, 1.9.2019, § 284 Rn. 11.

das deutsche Prozessrecht anwendbar. Die Frage, wer die Beweislast trägt, würde jedoch nach dem Schweizer Recht beantwortet, der *lex causae*, vgl. auch Art. 18 Abs. 1 Rom I-VO.

Unterschiede der zulässigen Beweismittel und in der Beweiswürdigung zwischen der jeweiligen *lex fori* können zu Konflikten in der Anerkennung und Vollstreckung führen. Ein solcher Konflikt ist Gegenstand der unten besprochenen Entscheidung des BGH.

II. Anerkennung und Vollstreckung: Anwendbares Recht

Ist eine Entscheidung im Ausland ergangen, hängt das auf die Anerkennung und Vollstreckung anwendbare Recht von der Herkunft des Titels ab. Will eine Partei einen Titel aus der EU außer Dänemark im Inland vollstrecken lassen, richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung in einer Zivil- und Handelssache in der Regel entweder nach der EuGVVO¹² oder nach ihrer Vorgängerversion, der EuGVVO 2001¹³. Soll ein Titel aus den EFTA-Staaten außer Liechtenstein anerkannt und vollstreckt werden, kommt das Übereinkommen von Lugano¹⁴ oder dessen Vorgängerversion¹⁵ in Betracht. Die Anerkennung und Vollstreckung eines Titels aus einem Drittstaat ohne völkerrechtliches Ab- oder Übereinkommen, wie Liechtenstein, richtet sich nach den §§ 328, 723 ZPO, dem autonomen Anerkennungs- und Vollstreckungsrecht der ZPO.

Bis auf die EuGVVO ist den hier genannten Rechtsinstituten gemein, dass sie ausländische Urteile zwar automatisch anerkennen, jedoch für die Vollstreckung das Exequatur voraussetzen.¹⁶ Es bedarf also einer Entscheidung eines inländischen Gerichts, welche die ausländische Entscheidung für vollstreckbar erklärt, eines Exequators. Mit Inkrafttreten der EuGVVO entfällt auch das Exequatur; für die Klauselerteilung bedarf es daher nur noch des Ausfüllens eines Formblatts, Art. 53 EuGVVO. Für den Titelgläubiger ist die Abschaffung des Exequators eine Vereinfachung.¹⁷ Für die Wirtschaft insgesamt ist eine

¹² VO (EU) Nr. 1215/2012, Abl. EU L 351 v. 20.12.2012, S. 1–32 (Brüssel Ia-VO, „EuGVVO“).

¹³ VO (EG) Nr. 44/2001, Abl. L 12 v. 16.1.2001, S. 1–23 (Brüssel I-VO, „EuGVVO 2001“).

¹⁴ Beschluss des Rates 2009/430/EG, Abl. L 147 v. 10.6.2009, S. 5–43 (Lugano-Übereinkommen, „LugÜ“).

¹⁵ EU-Dok.-Nr. 4 1988 A 0592, Abl. L 319 v. 25.11.1988, S. 9–48 („LugÜ 1988“).

¹⁶ Siehe zum Exequatur: Art. 38 ff. LugÜ; Art. 38 ff. EuGVVO 2001; §§ 722 f. ZPO; im Gegensatz dazu: Art. 39 EuGVVO. Siehe zum Grundsatz der automatischen Anerkennung: Roth, in: Stein/Jonas V, 23. Aufl. 2015, § 328 Rn. 5.

¹⁷ Geimer (Fn. 6), Rn. 3174m, der darauf hinweist, dass durch die Exequaturabschaffung nur die Handlungslast umgekehrt wird: Musste vorher der Gläubiger aktiv die Vollstreckung beantragen, muss nun der Schuldner aktiv werden, um diese zu versagen.

zunehmende Urteilsfreizügigkeit ebenfalls förderlich.¹⁸ Die Europäische Kommission wollte indes über die Streichung des Exequaturs hinaus auch den *ordre public*-Vorbehalt abschaffen.¹⁹ Mit diesem Anliegen war sie bisher nur in wenigen Rechtsakten erfolgreich.²⁰ Denn Konsens besteht darüber, dass dem Zweitstaat die Möglichkeit verbleiben muss, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel abzuwehren.²¹ Eine solche Möglichkeit bietet der *ordre public*.

III. Funktion und Voraussetzungen des *ordre public*

Der *ordre public* ist ein zentrales Institut des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts, das fast alle Rechtsordnungen kennen.²² Ziel dieses Abschnitts ist zu zeigen, dass die Andersartigkeit des Beweisrechts nur ausnahmsweise gegen den *ordre public* verstößt. Dazu soll zunächst die Funktion des *ordre public* im Allgemeinen beleuchtet werden (1.). Darauf aufbauend soll die Schwelle des verfahrensrechtlichen *ordre public* im Speziellen nach der BGH-Rechtsprechung dargestellt werden (2.). Schließlich soll gezeigt werden, welche Rechte der verfahrensrechtliche *ordre public* in Bezug auf das Beweisrecht schützt (3.).

1. Funktion des *ordre public* im Allgemeinen

Zentrales Schutzgut des *ordre public* ist nicht die staatliche Autorität. Vielmehr prägen den *ordre public* Gedanken der materiellen Gerechtigkeit im Zweitstaat.²³ Der *ordre public* dient nur dazu, das Ergebnis einer Rechtsanwendung im Einzelfall abzuwehren.²⁴

a) Kollisionsrechtlicher und anerkennungsrechtlicher *ordre public*

Der *ordre public* wird zuvörderst in zwei Konstellationen relevant: Zum einen bei der Anwendung fremden Rechts aufgrund des Internationalen Privatrechts (kollisionsrechtlicher *ordre public*) und zum anderen bei der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen im Zweitstaat (anerkennungsrechtlicher *ordre public*).²⁵ Im erstgenannten Fall wird eine ausländische Norm, die nach den Regeln des Internationalen Privatrechts Anwendung fände, nicht

¹⁸ Vgl. *Schack* (Fn. 2), Rn. 877, 880.

¹⁹ Dazu: *Stürner*, in: BeckOGK-EGBGB, Stand: 1.11.2019, Art. 6 Rn. 233–237; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III, 5. Aufl. 2017, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 12.

²⁰ Keinen *ordre public*-Vorbehalt kennt u. a. die VO (EG) Nr. 805/2004 v. 21.4.2004, ABl. L 143 v. 30.4.2004, S. 15–40, ber. ABl. L 050 v. 23.2.2008, S. 71, („EuVTVO“).

²¹ Vgl. *Schack* (Fn. 2), Rn. 123, 1054, 1059b.

²² *Stürner*, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 32.

²³ *Roth*, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 100; vgl. auch *Kegel/Schurig*, Internationales Privatrecht, 9. Aufl. 2004, S. 518.

²⁴ *Kegel/Schurig* (Fn. 23), S. 526 f.

²⁵ *Frey/Pfeifer*, Der *ordre public* – die öffentliche Ordnung: derselbe Begriff, verschiedene Funktionen – ein Rechtsprinzip?, EuR 2015, 721 (723 f.).

angewandt, wenn das Ergebnis dieser Rechtsanwendung mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts nicht übereinstimmt.²⁶ Im letztgenannten Fall ist der *ordre public* erneut zweigliedrig: Die Partei kann sich auf den verfahrensrechtlichen und den materiellen anerkennungsrechtlichen *ordre public* berufen.²⁷ Während der verfahrensrechtliche ankerkennungsrechtliche *ordre public* das Abweichen des Verfahrens von den Grundvorstellungen des deutschen Prozessrechts betrifft,²⁸ greift der materielle ankerkennungsrechtliche *ordre public*, wenn die Entscheidung gegen die Grundvorstellungen des deutschen Sachrechts verstößt.²⁹ Hinsichtlich des materiellen anerkennungsrechtlichen *ordre public* wird vertreten, der Maßstab sei verglichen mit dem kollisionsrechtlichen ein abgeschwächter. Der BGH spricht diesbezüglich vom „*ordre public international*“. Dies soll auf die Anerkennungsfreundlichkeit des deutschen Rechts gegenüber ausländischen Urteilen i. S. e. *ordre public international atténué* hinweisen.³⁰ Der *ordre public international atténué* geht von den Gedanken aus, dass die Schwelle des anerkennungsrechtlichen *ordre public* höher als die des kollisionsrechtlichen sei. Denn bei der Vollstreckung wendet der Richter gar kein fremdes Recht mehr an; er lässt lediglich den nach fremdem Recht ergangenen Titel vollstrecken. Die Vollstreckung eines Titels, der nach einem potentiell *ordre public*-widrigen Sachrecht eines fremden Staats erging, sei aber weniger verwerflich als die direkte Anwendung des potentiell *ordre public*-widrigen Sachrechts des Erststaates aufgrund des Kollisionsrechts durch den Zweirichter.³¹ In der Vollstreckung störte der Zweirichter außerdem den internationalen Entscheidungseinklang, wenn er den Titel nicht vollstreckte.³²

Der anerkennungsrechtliche *ordre public* dient nicht dazu, die Entscheidung auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, sei es nach dem fremden Recht oder nach dem eigenen Recht.³³ Eine sogenannte *révision au fond*, also die Überprüfung der ergangenen Entscheidung in der Sache, ist in den einschlägigen Rechtsinstrumenten verboten.³⁴ Ziel der *ordre public*-Prüfung ist ebenfalls nicht, das eigene Recht über das fremde zu stellen; dieses ist grundsätzlich und trotz Abweichungen zum deutschen Recht zu respektieren.³⁵ Vielmehr prägt den *ordre*

²⁶ Geimer (Fn. 6), Rn. 24.

²⁷ Kegel/Schurig (Fn. 23), S. 530.

²⁸ Roth, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 105.

²⁹ Ebd., § 328 Rn. 107.

³⁰ Vgl. Stürner, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 172 f.

³¹ Roth, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 102 a. E.

³² Linke/Hau (Fn. 5), Rn. 13.31; Stürner, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 160 f.

³³ Stürner, in: BeckOGK-EGBGB (Fn. 19), Art. 6 Rn. 162.

³⁴ Siehe nur: Art. 52 EuGVVO, Art. 36, 45 Abs. 2 LugÜ.

³⁵ Vgl. Schack (Fn. 2), Rn. 953; Roth, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 105.

public der Gedanke, dass alle Rechtsordnungen gleichwertig sind – aber eben auch gleich fehleranfällig.³⁶

b) *Entwicklung des ordre public*

Der Umfang des *ordre public* hat sich u. a. im Zuge der Rechtsharmonisierung in der EU verändert.³⁷ Spätestens seit dem *Spanier-Beschluss* des BVerfG³⁸ ist klar, dass das verwiesene Recht und dessen Anwendung durch die Gerichte im Einzelfall genauso grundrechtskonform sein muss wie innerstaatliches Recht.³⁹ Daher ist der Widerspruch zu den Grundrechten der wichtigste, wenn auch nicht der einzige Fall, in dem der *ordre public* eingreift.⁴⁰ Dies stellt Art. 6 S. 2 EGBGB ausdrücklich klar.

Neben den Schutz deutscher Grundwerte treten die europäischen Grundwerte, die so Teil des *ordre public* werden.⁴¹ Der *EuGH* entschied im Jahr 2000 im Fall *Krombach ./.* *Bamberski* zu Art. 34 EuGVVO 2001, dass der *EuGH* die Grenzen der Auslegung des anerkennungsrechtlichen *ordre public* bestimmt.⁴² Der *ordre public* sei als Ausnahme des Prinzips der Urteilsfreizügigkeit eng auszulegen; innerhalb der durch den *EuGH* vorgegebenen Grenzen obliege es aber den Gerichten der Mitgliedstaaten, zu entscheiden, ob ein *ordre public*-Verstoß vorliegt.⁴³ Zum gemeinsamen Verständnis des *ordre public* zählen damit die Menschenrechte aus der EMRK⁴⁴ sowie die Rechte der Grundrechtecharta.⁴⁵ Die Frage, ob der *ordre public* nur noch europäisch zu bestimmen ist und die nationalen Wertvorstellungen in einem europäischen *ordre public* aufgehen, wird diskutiert, scheint aber derzeit mit „Nein“ beantwortet zu werden.⁴⁶

³⁶ *Linke/Hau* (Fn. 5), Rn. 13.92.

³⁷ *v. Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht I, 2. Aufl. 2003, § 7 Rn. 271; *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2969a: „*Ordre public européen*“.

³⁸ BVerfGE 31, 58 ff.

³⁹ So im Anschluss an BVerfGE 31, 58: BVerfGE 92, 26 (49).

⁴⁰ *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 260.

⁴¹ *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2969a.

⁴² *EuGH*, Urt. v. 28.3.2000, C-7/98, *Krombach ./.* *Bamberski*, Rn. 23.

⁴³ *EuGH*, Urt. v. 28.4.2009, C-420/07, *Apostolides ./.* *Orams*, Rn. 57; Urt. v. 25.5.2016, C-559/14, *Meroni ./.* *Recoletos*, Rn. 40.

⁴⁴ *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 270; *Geimer*, in: Zöller, 33. Aufl. 2020, § 328 ZPO Rn. 218, 244.

⁴⁵ Vgl. *v. Hein*, in: MüKo-BGB XI, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 153. Auf die Grundrechtecharta geht dieser Beitrag nicht ein, er konzentriert sich auf das Grundgesetz und die EMRK.

⁴⁶ Dazu: *Jüngst*, Der europäische verfahrensrechtliche ordre public, 2013, § 4 *passim*; *Leible*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR I, 4. Aufl. 2015, Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 5.

Für das LugÜ gelten die Grundsätze, die der *EuGH* aufgestellt hat, ebenfalls mittelbar. Die Vertragsstaaten des LugÜ haben in Protokoll 2 Art. 1 des LugÜ beschlossen, dass die Vertragsstaaten des LugÜ der einheitlichen Auslegung Rechnung tragen und die Entscheidungen des *EuGH* zur parallelen Verordnung, der EuGVVO 2001, berücksichtigen.

2. Verfahrensrechtlicher *ordre public* nach dem *BGH*

Die Schwelle des verfahrensrechtlichen *ordre public* ist sehr hoch: So nimmt der *BGH* in ständiger Rechtsprechung an, dass ein Verstoß nicht bereits vorliegt, wenn die Entscheidung in einem Verfahren erging, das von zwingenden Vorschriften des deutschen Prozessrechts abweicht.⁴⁷ Ein Versagungsgrund sei nur dann gegeben, wenn die Entscheidung des ausländischen Gerichts aufgrund eines Verfahrens ergangen sei, das sich von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts in einem solchen Maße entfernt habe, dass nach der deutschen Rechtsordnung das Urteil nicht als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könne.⁴⁸ Nur diese Formel könne den Maßstab für den *ordre public international* bilden und nicht etwa die Kontrollfrage, ob ein deutscher Richter gegen tragende Grundsätze des deutschen Verfahrensrechts verstoßen hätte, wenn er wie das ausländische Gericht entschieden hätte.⁴⁹ Bei der Anwendung des verfahrensrechtlichen *ordre public international* sei auf die Grundsätze abzustellen, die Art. 103 Abs. 1 GG schützen wolle.⁵⁰

3. Kriterien für das Beweisrecht

Die Hürden des verfahrensrechtlichen *ordre public* sind mithin hoch. Die vom *BGH* verwandte Formel ist jedoch wenig konkret. Der *BGH* verweist in der Regel bloß auf die Grundsätze, die Art. 103 Abs. 1 GG schützen möchte. Konkreter ist die Literatur: So soll kein Verstoß vorliegen, wenn der Richter die Beweislast anders beurteilt, den Sachverhalt im Hinblick auf Fiktionen oder unwiderlegliche Vermutungen nicht aufgeklärt oder Beweise anders gewürdigt hat.⁵¹

In diesem Beitrag soll gezeigt werden, dass der verfahrensrechtliche *ordre public* erst verletzt ist, wenn gegen ein Schutzgut des *ordre public* verstoßen wird (*a*) und

⁴⁷ BGHZ 48, 327 (331); 118, 312 (320 f.); *BGH*, NJW 1990, 2201 (2202 f.); NJW 2016, 160 (161 Rn. 12); NJW-RR 2012, 1013 (1014 Rn. 11).

⁴⁸ *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 8).

⁴⁹ *BGH*, NJW 2016, 160 (161 Rn. 12).

⁵⁰ *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 8).

⁵¹ *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2962; *Mäsch*, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl. 2016, Art. 34 Brüssel I-VO Rn. 15.

wenn der Verstoß derart wesentlich ist, dass das Verfahren nicht mehr als geordnet und rechtsstaatlich angesehen werden kann (*b*)).

a) Verstoß gegen ein Schutzgut

Der Verstoß gegen den *ordre public* setzt zunächst nach deutschen Maßstäben einen Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG, das Recht auf Beweis und/oder den Grundsatz der Waffengleichheit voraus.

aa) Recht auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG

Das Recht auf rechtliches Gehör findet sich in Art. 103 Abs. 1 GG. Ein direkter Rückgriff auf Art. 103 Abs. 1 GG ist dann möglich, wenn das Gesetz keine einfachrechtliche Ausformung kennt,⁵² wie z. B. § 321a ZPO. Der BGH erkennt innerhalb von Art. 103 Abs. 1 GG das Gebot der Rechtsstaatlichkeit, die Achtung der Menschenwürde und ein Verbot willkürlicher Entscheidungen.⁵³ So gebiete die Rechtsstaatlichkeit, dass der Betroffene vor der Gerichtsentscheidung das Recht zur Äußerung haben müsse.⁵⁴ Die Menschenwürde verlange, dass der Beteiligte nicht zu einem bloßen Verfahrensobjekt herabgesetzt werde, indem ihm das Gericht keinerlei aktiven Einfluss auf die Verfahrensgestaltung erlaube.⁵⁵ Das Recht zur Äußerung zu Beginn des Verfahrens wird durch spezialgesetzliche Ausprägungen des *ordre public* geschützt, nach denen das verfahrenseinleitende Schriftstück zugegangen sein muss,⁵⁶ siehe z. B. Art. 34 Nr. 2 LugÜ. Darüber hinaus muss die Möglichkeit bestehen, aktiv am Verfahren teilnehmen zu können. Einschränkungen können hier aber gerechtfertigt sein.⁵⁷ Schließlich wendet der BGH Art. 103 Abs. 1 auch i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG an, um eine Willkürkontrolle durchzuführen.⁵⁸

bb) Recht auf Beweis

Das Grundgesetz kennt zudem ein verfassungsrechtlich verbürgtes Recht auf Beweis; dieses ist daher Teil des verfahrensrechtlichen *ordre public*.

(1) Herleitung des Rechts auf Beweis

Das Recht auf Beweis ergibt sich aus dem Gewaltmonopol des Staates: Da die Bürger ihre Rechte nicht im Wege der Selbstjustiz durchsetzen können, muss ihnen der Staat eine Plattform zur Durchsetzung ihrer materiellen Rechte

⁵² Rosenberg/Schwab/Gottwald (Fn. 10), § 82 Rn. 1.

⁵³ Vgl. Jüngst (Fn. 46), S. 73 zu BGHZ 182, 188.

⁵⁴ BGHZ 182, 188 (196 Rn. 26).

⁵⁵ BGH, NJW 2016, 160 (161 Rn. 13).

⁵⁶ Linke/Hau (Fn. 5), Rn. 13.18.

⁵⁷ BGHZ 182, 204 (212 Rn. 26).

⁵⁸ BGHZ 182, 188 (199 Rn. 31).

bieten.⁵⁹ Wenn die Parteien wegen des Beibringungsgrundsatzes die für sie günstigen Tatsachen darzulegen haben, muss ihnen die Möglichkeit gewährt werden, das Gericht durch Beweis zu überzeugen.⁶⁰ Sonst entschiede das Gericht immer nach Beweislast, weil die beweisbelastete Partei das Gericht *a priori* nicht überzeugen könnte – anders gewendet, die beweisbelastete Partei verlöre immer.⁶¹ Um das zu verhindern, muss der Staat den Bürgern ein Recht auf Beweis gewährleisten.

(2) Dogmatische Einordnung

(a) Recht auf Beweis im Grundgesetz

Die Einordnung des Rechts auf Beweis ist umstritten.⁶² Das *BVerfG* hat den Begriff „Recht auf Beweis“ noch nicht ausdrücklich verwandt.⁶³ Es erkennt aber aus „Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. den Grundsätzen der ZPO“ die Verpflichtung der Gerichte an, erhebliche Beweisanträge zu berücksichtigen.⁶⁴ Ein Verstoß liegt dann vor, wenn die Nichtberücksichtigung eines (entscheidungs-)erheblichen Beweisantrags im Prozessrecht keine Stütze findet.⁶⁵ Ferner wird das Recht auf Beweis aus dem Justizgewährungsanspruch hergeleitet.⁶⁶ Dessen Herleitung selbst ist umstritten, der Justizgewährungsanspruch ist im Ergebnis aber anerkannt.⁶⁷ Wegen der verfassungsrechtlichen Grundlage des Rechts auf Beweis gehört dieses damit zum Schutzgut des *ordre public*.

(b) Recht auf Beweis aus Art. 6 Abs. 1 EMRK

Ob darüber hinaus Art. 6 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Beweis enthält, ist nicht geklärt.⁶⁸ Einerseits spricht sich *Abrens* für ein gleichlaufendes Recht auf Beweis aus der EMRK aus.⁶⁹ Andererseits argumentiert *Scherpe*, wegen der nationalen

⁵⁹ *Habscheid*, Das Recht auf Beweis, ZZZP 96 (1983), 306 (306 f.).

⁶⁰ *Scherpe*, Recht auf Beweis und Beibringungsgrundsatz im Zivilprozess, ZZZP 129 (2016), 153 (168).

⁶¹ *Nissen*, Das Recht auf Beweis im Zivilprozess, 2019, S. 139.

⁶² Dazu umfassend: *ebd.*, S. 148–198.

⁶³ *Ebd.*, S. 148.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 152 m. w. N. zur Rechtsprechung des *BVerfG*: u. a. *BVerfG*, NJW 2009, 1585 (1586).

⁶⁵ *BVerfG*, NJW 2009, 1585 (1586 Rn. 29); so auch *BGH*, NJW-RR 2007, 1033 f.; *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 85 Fn. 4 m. w. N.

⁶⁶ *Habscheid* (Fn. 59), S. 308; *Greger*, in: Zöllner (Fn. 44), Vor § 284 Rn. 8.

⁶⁷ Das *BVerfG* stützt den Justizgewährungsanspruch auf Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG: *BVerfGE* 107, 395 (401); vgl. auch: *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein*, 11. Aufl. 2019, Einl. Rn. 45.

⁶⁸ Nach Analyse der Rechtsprechung des *EGMR* verneinend: *Wörner*, Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung, 2019, S. 143, der ein verfassungsrechtlich verankertes Recht auf Beweis insgesamt ablehnt, *ebd.*, S. 218 ff.

⁶⁹ *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 84.

Unterschiede im Beweisrecht sei der Gewährleistungsgehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK gering und beschränke sich daher auf eine Basisgarantie.⁷⁰ Der *EGMR* betrachte auch nicht einzelne Verfahrensabschnitte abstrakt, sondern prüfe nur, ob das Ergebnis insgesamt fair war.⁷¹ Jedenfalls ginge der Gewährleistungsgehalt nicht weiter als der verfassungsrechtliche, sodass es einer weiteren Festlegung hier nicht bedarf.

(3) Inhalt und Grenzen des Rechts auf Beweis

Das Recht auf Beweis gewährleistet einen Zivilprozess, in dem die Parteien ihre Rechte effektiv durchsetzen können.⁷² Der Zivilprozess dient insbesondere der Durchsetzung der subjektiven Rechte Privater untereinander.⁷³ Das Recht auf Beweis bedeutet aber nicht, dass eine Partei mit ihrem Beweis durchdringen muss oder Beweise von Amts wegen erhoben werden müssen.⁷⁴ Unter Geltung des Beibringungsgrundsatzes muss die Partei den Beweisantrag stellen.⁷⁵ Beweisanträge können aus formellen oder materiellen Gründen,⁷⁶ oder wenn sie offensichtlich ungeeignet sind,⁷⁷ zurückgewiesen werden. Darüber hinaus bedarf ein Zurückweisen von Beweisanträgen der Rechtfertigung.⁷⁸ Liegt keine Rechtfertigung vor, verstößt die Nichtberücksichtigung gegen das Recht auf Beweis.⁷⁹ Mit den Worten des *BVerfG*: „Die Nichtberücksichtigung eines solchen [sc. erheblichen] Beweisangebots verstößt daher dann gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet“.⁸⁰

So darf ein Beweisantrag nicht zurückgewiesen werden, weil der Richter die Behauptung für unwahrscheinlich hält.⁸¹ Dieses Vorgehen entspräche einer vorweggenommenen Beweiswürdigung: Das Recht auf Beweis verbietet, dass der Richter ein Beweismittel *a priori* höher als das andere bewertet.⁸² Die eingangs erwähnte Regel „[z]weier Zeugen Mund, tut allerwegs die Wahrheit kund“ wäre als starre Beweisregel mit dem Recht auf Beweis unvereinbar. Eine im Kern ähnliche unterinstanzliche Rechtsprechung hob der *BGH* auf. Dort hatten die

⁷⁰ *Scherpe* (Fn. 60), S. 156.

⁷¹ *Ebd.*; *Matscher*, in: Oepen, Bericht über die Diskussion zum Thema „Parteiaussage und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts“, *ZZP* 113 (2000), 347 (353).

⁷² Vgl. *Nissen* (Fn. 61), S. 138 f.

⁷³ *Prütting*, in: *Prütting/Gehrlein* (Fn. 67), Einl. Rn. 3.

⁷⁴ *Abrens*, in: *Wieczorek/Schütze II/2*, 4. Aufl. 2012, § 284 Rn. 5.

⁷⁵ *BVerfG*, *NJW* 2008, 2170 (2171 Rn. 16).

⁷⁶ *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 88.

⁷⁷ *BVerfG*, *NJW* 1993, 254 (255).

⁷⁸ *Prütting*, in: *MüKo-ZPO I* (Fn. 7), § 284 Rn. 18.

⁷⁹ *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 88.

⁸⁰ *BVerfG*, *NJW* 2009, 1585 (1586 Rn. 21).

⁸¹ *Abrens* (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 89.

⁸² *Prütting*, in: *MüKo-ZPO I* (Fn. 7), § 286 Rn. 15.

Gerichte Zeugenaussagen von Beifahrern nach Autounfällen keinen Beweiswert beigemessen.⁸³ Bei der „Zwei-Zeugen-Regel“ wird dem Beweismittel *a priori* ein fester Wert beigemessen, während bei der „Beifahrer-Regel“ dem Beweismittel *a priori* kein Wert beigemessen wird. Das ist unzulässig.⁸⁴

(4) BGH, Beschl. v. 26.8.2009 – XII ZB 169/07

In einer Entscheidung des BGH von 2009 zum anerkennungsrechtlichen *ordre public* lässt sich das Recht zum Beweis in der Ausprägung des Willkürverbots erkennen. Der BGH versagte einem polnischen Vaterschaftsurteil die Anerkennung wegen eines *ordre public*-Verstoßes, weil das Erstgericht die Vaterschaft ausschließlich auf Hörensagen stützte, obschon der Antragsgegner im Erstverfahren angeboten hatte, einen Vaterschaftstest einzuholen.⁸⁵ Der BGH sah Art. 103 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Das BVerfG sähe hier wohl einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG i. V. m. den Grundsätzen der ZPO, wenn das Gericht einen erheblichen Beweisantrag nicht berücksichtigt hätte und diese Nichtberücksichtigung im Prozessrecht keine Stütze fände. Denn die Mitwirkung bei einem Vaterschaftstest durch den angeblichen Vater wäre ein geeignetes Mittel gewesen, den Gegenteilsbeweis zu führen.

(5) Zwischenergebnis

Für die Zwecke dieses Beitrags bleibt also festzuhalten, dass das Recht auf Beweis dann verletzt ist, wenn das Erstgericht willkürlich *prima facie* geeignete Beweisanträge übergeht, einen Beweis im Wege der vorweggenommen Beweiswürdigung nicht erhebt oder wegen starrer Beweiswürdigungsregeln einem angebotenen Beweis einen festen Beweiswert beimisst.

c) Recht auf prozessuale Waffengleichheit

Der *ordre public* umfasst auch das Recht auf prozessuale Waffengleichheit, welches sowohl im Grundgesetz als auch in der EMRK verbürgt ist.

(1) Prozessuale Waffengleichheit im Grundgesetz

Anerkannt ist, dass das Grundgesetz ein Recht auf Waffengleichheit für den Zivilprozess kennt; fraglich ist die Rechtsgrundlage.⁸⁶ Es wird u. a. als Ausfluss

⁸³ BGH, NJW 1988, 566 (567); kritisch dazu: Foerste, Parteische Zeugen im Zivilprozess, NJW 2001, 321 (323 f.).

⁸⁴ Walter, Beweiswert der Aussagen von Sympathisanten eines Unfallbeteiligten, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 3.11.1987 – VI ZR 95/87, NJW 1988, 567 (567).

⁸⁵ BGHZ 182, 188 (199 Rn. 31).

⁸⁶ Schack, Waffengleichheit im Zivilprozess, ZZP 129 (2016), 393 (395 f.), hält den Begriff „Chancengleichheit“ für vorzugswürdig.

von Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 1 und 3 GG einerseits⁸⁷ oder als spezielle Ausprägung von Art. 3 Abs. 1 GG andererseits aufgefasst.⁸⁸ Das *BVerfG* hat in zwei aktuellen presserechtlichen Entscheidungen das Recht in Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG verortet,⁸⁹ aber auf den Zusammenhang zu Art. 103 Abs. 1 GG hingewiesen.⁹⁰ Der Grundsatz der prozessualen Waffengleichheit verlangt, dass die Prozessrisiken möglichst gleich zu verteilen sind.⁹¹ Beiden Parteien müssen formell dieselben Chancen gewährt werden.⁹²

(2) Prozessuale Waffengleichheit in Art. 6 Abs. 1 EMRK

Ebenfalls kennt Art. 6 Abs. 1 EMRK ein Recht auf Waffengleichheit.⁹³ Dessen Gehalt wurde durch die *Dombo Bebeer*-Entscheidung des *EGMR*⁹⁴ geprägt: Jeder Partei müsse eine vernünftige Möglichkeit eingeräumt werden, ihren Fall, einschließlich ihrer Aussagen zu Beweiszwecken, vor Gericht unter den Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zum Prozessgegner bedeuteten.⁹⁵ Der *EGMR* konkretisierte diese Formel in der *Ankerl*-Entscheidung⁹⁶: Ein substantieller Nachteil liege im Ergebnis nicht vor, wenn eine Seite zwar einen Zeugen mit Beweiswert stellen kann und die andere Seite nicht; die zeugenlose Seite aber angehört und das Ergebnis der Anhörung durch das Gericht frei gewürdigt wurde. Denn der *EGMR* beurteilt nur, ob das Ergebnis fair war.⁹⁷

⁸⁷ *Vollkommer*, Der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß – eine neue Prozessmaxime?, in: FS Schwab, 1990, S. 503 (504).

⁸⁸ *Kwaschik*, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozeß, 2004, S. 172 ff.; *Stürmer*, Der zivilprozessuale Grundsatz der Gleichheit der Parteien im Zivilprozess, in: FS Gottwald, 2014, S. 631 (632).

⁸⁹ *BVerfG*, NJW 2018, 3631 (3632 Rn. 17); NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 25).

⁹⁰ *BVerfG*, NJW 2018, 3631 (3632 Rn. 15); NJW 2018, 3634 (3635 Rn. 27); so auch: *Kern*, in: Stein/Jonas II, 23. Aufl. 2016, vor § 128 Rn. 126.

⁹¹ *Kern*, in: Stein/Jonas II (Fn. 90), vor § 128 Rn. 126, mit Verweis auf *BVerfG*, NJW 2008, 2170 (2171 Rn. 15).

⁹² *Scherpe* (Fn. 60), S. 169; *Abrens*, in: Wieczorek/Schütze II/2 (Fn. 74), A vor § 286 Rn. 107.

⁹³ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 10), § 1 Rn. 38.

⁹⁴ *EGMR*, *Dombo Bebeer B.V. v. The Netherlands*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 14448/88, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57850>.

⁹⁵ *Ebd.*, Rn. 33.

⁹⁶ *EGMR*, *Ankerl v. Switzerland*, Urt. v. 23.10.1996, Rs. 17748/91, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58067>.

⁹⁷ *Matscher*, in: Oepen (Fn. 71), S. 353, war an der *Ankerl*-Entscheidung als Richter beteiligt und sah in der durch das Gericht erfolgten und gewürdigten Befragung den entscheidenden Unterschied zur *Dombo Bebeer*-Entscheidung.

b) Entfernung von einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren

Liegt ein Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Beweis und/oder die Waffengleichheit vor, ist zu überprüfen, ob dieser derart wesentlich ist, dass die Entscheidung insgesamt als nicht mehr in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann. Voraussetzung dafür ist, dass ein offensichtlicher Verstoß vorliegt (aa)), dieser entscheidungserheblich gewesen ist (bb)) und der Anerkennungsschuldner nicht präkludiert ist (cc)).

aa) Offensichtlicher Verstoß

Ein offensichtlicher Verstoß liegt vor, wenn nach einem Vergleich zwischen dem Verfahren des Erststaates und den Verfahrensgrundsätzen des deutschen Verfahrensrechts die Unterschiede im Ergebnis untragbar sind. Denn wenn das Ergebnis der Entscheidung zwar gegen einfaches deutsches Recht verstieße, eine solche Regelung in Deutschland aber im Hinblick auf die Verfassung nicht schlechterdings ausgeschlossen wäre, kann kein Verstoß gegen den *ordre public* vorliegen.⁹⁸ So verneinte der BGH den *ordre public*-Verstoß eines italienischen Urteils, das den Vollstreckungsgegner wegen mutwilliger Prozessführung zu einem (Straf-)Schadensersatz verurteilte. Denn auch dem deutschen Recht sei eine Sanktionierung einer missbräuchlichen Prozessführung nicht vollkommen fremd.⁹⁹ Das ausländische Recht muss in System und Struktur betrachtet werden; solange die Rechtsstaatlichkeit gewährt bleibt,¹⁰⁰ sind potenziell denkbare Lösungen hinzunehmen.¹⁰¹

bb) Entscheidungserheblichkeit

Ein Verstoß gegen die Schutzgüter des verfahrensrechtlichen *ordre public* kann erst dann insgesamt zu einem Verstoß führen, wenn die Entscheidung auch auf dem Verstoß beruht. Nur so bleibt der verfahrensrechtliche *ordre public* ein Mittel der Ergebniskorrektur. Der *ordre public* dient nicht dazu, ein fremdes Recht abstrakt am Maßstab des eigenen Rechts zu überprüfen.¹⁰²

⁹⁸ Vgl. *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 265 f.; *Wais*, IPRax 2018, 397 (399 f.).

⁹⁹ BGH, NJOZ 2018, 1239 (1240 Rn. 17).

¹⁰⁰ *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 19), Art. 45 EuGVVO Rn. 16; *Leible*, in: Rauscher, EuZPR/EuIPR I (Fn. 46), Art. 45 Brüssel Ia-VO Rn. 15.

¹⁰¹ Vgl. BGHZ 182, 204 (212 Rn. 27).

¹⁰² *v. Bar/Mankowski* (Fn. 37), § 7 Rn. 265 f.

cc) Rechtsmittelobliegenheit

Zudem obliegt es dem Betroffenen, alle innerstaatlichen Rechtsmittel geltend zu machen, die dem Verstoß hätten Abhilfe verschaffen können.¹⁰³ Dem Vollstreckungsschuldner soll nicht eine Rüge im Zweitstaat zustehen, wenn er die Entscheidung mit einem Rechtsmittel im Erkenntnisverfahren im Erststaat hätte angreifen können.¹⁰⁴ Dies entspricht ebenfalls dem deutschen Verfassungsverständnis, wonach eine unterlassene Rüge im Erkenntnisverfahren, die dem Grundrechtsverstoß hätte abhelfen können (§ 321a ZPO), zu einer Präklusion insgesamt führt.¹⁰⁵

IV. Ergebnis

Ein fremdes Beweisrecht verstößt also dann gegen den *ordre public*, wenn (a) das andersartige Beweisrecht im Erstverfahren gegen das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Beweis oder die Waffengleichheit verstößt. Ferner darf (b) die Entscheidung nicht mehr nach einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen sein. Dies setzt voraus, (aa) dass der Verstoß offensichtlich ist, (bb) die Entscheidung auf diesem Verstoß beruht und, (cc) dass der Titelschuldner alle zumutbaren Rechtsmittel im Erststaat ausgeschöpft hat. Dies wird nur in Ausnahmefällen der Fall sein.

C. Besprechung von *BGH*, Beschl. v. 4.6.2017 – IX ZB 19/16

Die obenstehenden Ausführungen vorausgeschickt soll nun die Entscheidung des *BGH* vom 4.6.2017 besprochen werden. An eine Einführung in die Entscheidung, den Sachverhalt und die fragliche Vorschrift (**I.**) schließt sich eine Würdigung der Entscheidung (**II.**) sowie ein Fazit und Ausblick (**III.**) an.

I. Einführung

Die Entscheidung des *BGH* betrifft die Vollstreckbarerklärung einer Kostenentscheidung aus der Schweiz. Gegenstand des Streits vor dem *BGH* war die Wirkung einer negativen Beweisregel aus der Zürcher ZPO, § 149 Abs. 3 ZPO/ZH. Hiernach konnten Parteiaussagen der aussagenden Partei keinen Beweis für die aussagende Partei erbringen.

Nicht Gegenstand dieser Besprechung sind die von der Antragsgegnerin vor dem *OLG München* erhobenen Einwände bezüglich der hohen Prozesskosten.¹⁰⁶

¹⁰³ *OLG Düsseldorf*, NJW-RR 1997, 572; *Geimer* (Fn. 6), Rn. 2964; *Roth*, in: Stein/Jonas V (Fn. 16), § 328 Rn. 105.

¹⁰⁴ BGHZ 182, 188 (202 Rn. 40).

¹⁰⁵ Siehe z. B.: *BVerfG*, NJW 2005, 3059 f.

¹⁰⁶ *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 10–15.

Damit hatte sich das *OLG München* ausführlich auseinandergesetzt und anscheinend auch die Antragsgegnerin überzeugt: Sie verfolgte diese Einwände nicht mehr weiter vor dem *BGH*.

1. Zum Sachverhalt und zur Prozessgeschichte

Die Klägerin und Antragsgegnerin im Zweitstaat („Antragsgegnerin“) zog sich im Winter 1999/2000 bei einem Skiunfall eine Schulterverletzung zu. Der Schweizer Beklagte und Antragsteller im Zweitstaat („Antragsteller“) operierte die Schulter der Antragsgegnerin dreimal zwischen 2000 und 2001 auf Grundlage eines Behandlungsvertrags nach Art. 394 ff. Obligationenrecht in der Schweiz. Am 3.7.2007 erhob die Antragsgegnerin als Klägerin gegen den Antragsteller Klage vor dem *Bezirksgericht* („*BG*“) *Meilen*, gerichtet auf Schadensersatz und Genugtuung wegen ungenügender Aufklärung. Nachdem das erstinstanzliche Urteil vom 21.10.2008 durch das *Obergericht* („*OG*“) *des Kantons Zürich* wegen fehlerhafter Beweisaufnahme aufgehoben wurde, wies das *BG Meilen* die Klage am 20.11.2013 erneut ab.¹⁰⁷ Die abermals eingelegte Berufung der Antragsgegnerin blieb erfolglos. Am 18.9.2014 bestätigte das *OG des Kantons Zürich* das Urteil des *BG Meilen* und erlegte der Antragsgegnerin die Prozesskosten auf.¹⁰⁸ Die Annahme einer hypothetischen Einwilligung der Antragsgegnerin die ersten beiden Operationen betreffend sei ebenso rechtsfehlerfrei wie die Verneinung der Haftpflicht hinsichtlich der dritten Operation.¹⁰⁹

Der Antragsteller wandte sich zwecks der Vollstreckung der Kostenentscheidung an das *LG München I*. Mit Beschluss vom 25.9.2015 wurden die Ersturteile mit der Vollstreckungsklausel versehen.¹¹⁰ Dagegen erhob die Antragsgegnerin Beschwerde vor dem *OLG München*, das diese bis auf einen Teilbetrag in Höhe von 0,99 CHF zurückwies. Hiergegen erhob die Antragsgegnerin Rechtsbeschwerde zum *BGH*.

2. Zur Entscheidung des *BGH*

Der *BGH* verwarf die Rechtsbeschwerde und bestätigte damit die Entscheidung des *OLG München*. Die Rechtsbeschwerde sei bereits unzulässig, weil die Sache

¹⁰⁷ Die Urteile des *BG Meilen* sind nicht veröffentlicht.

¹⁰⁸ *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, abrufbar unter: https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf.

¹⁰⁹ *Ebd.*, S. 19, 22, 25.

¹¹⁰ *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970.

weder grundsätzliche Bedeutung habe noch eine Entscheidung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich sei.¹¹¹

Zunächst bestätigt der *BGH*, dass keine *révision au fond* stattfinden dürfe. Sodann zitiert der *BGH* die Voraussetzungen des verfahrensrechtlichen *ordre public*. Diesen Maßstab habe das Beschwerdegericht angewandt. Die Antragsgegnerin habe nicht aufzeigen können, dass die Erstgerichte bei der Beweisaufnahme oder der Beweiswürdigung den *ordre public* verletzt hätten und dass das Beschwerdegericht dies verkannt habe. Das *BG Meilen* und das *OG des Kantons Zürich* hätten ihr Urteil nicht ausschließlich auf das Ergebnis der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gestützt. Stattdessen ergebe sich aus den Urteilen, dass die Gerichte das Vorgebrachte frei gewürdigt hätten und die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nur einen Mosaikstein in der Urteilsbegründung darstelle. Das *BG Meilen* habe eine ausführliche Beweisaufnahme durchgeführt und seine Entscheidung auch auf Zeugenaussagen und Gutachter gestützt. Das *OG des Kantons Zürich* habe dies überprüft. Die Antragsgegnerin könne nicht aufzeigen, dass ihr keine Gelegenheit zur Äußerung oder Einflussnahme gewährt wurde. § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gelte für beide Parteien. Soweit der Beweiswert der Parteiaussage geschmälert werde, sei das Urteil dennoch als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen anzusehen.

3. Zum anwendbaren Recht

Das Verfahrensrecht bestimmt sich im hier besprochenen Fall nach dem LugÜ und dem AVAG. Zeitlich war das revidierte LugÜ anwendbar, weil nach Art. 63 Abs. 2 lit. a LugÜ für die Anerkennung und Vollstreckung ausreichend ist, wenn das LugÜ 1988 vor Klageerhebung im Erst- und Zweitstaat in Kraft getreten war. So lag der Fall hier.¹¹² Zum Zwecke des Exequaturs musste der Antragsteller einen Antrag auf Vollstreckbarerklärung nach Art. 38 Abs. 1 LugÜ stellen. Gegen die Erteilung stand der Antragsgegnerin die Beschwerde nach § 11 AVAG zur Verfügung, welche gemäß Art. 43 Abs. 2 i. V. m. Anhang III LugÜ beim OLG, dem *index ad quem*, einzulegen war.¹¹³ Im Zweitstaat kann die Entscheidung erstmals nach Art. 45 Abs. 1 LugÜ nur auf die in Art. 34, 35 LugÜ¹¹⁴ genannten Verstöße kontrolliert werden. Die gegen die Entscheidung des OLG gerichtete Rechtsbeschwerde richtet sich nach §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1

¹¹¹ *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 12).

¹¹² Inkrafttreten des LugÜ 1988 in Deutschland: 1.3.1995, siehe BGBl. 1995 II Nr. 8; in der Schweiz: 1.1.1992, siehe: SR 0.275.11, abrufbar unter: <https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/zivilrecht/rechtsgrundlagen/lugue-1988-sr-0-275-11-d.pdf>.

¹¹³ § 55 Abs. 1 AVAG erklärt § 11 Abs. 1 S. 2 AVAG für nicht anwendbar.

¹¹⁴ Das *OLG München* spricht von Art. 27 LugÜ, der die Versagungsgründe im LugÜ 1988 regelte, *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 12.

AVAG und ist ebenfalls beim *index ad quem*, dem BGH, einzulegen. § 15 Abs. 1 AVAG verweist auf die Revisionsgründe der ZPO in § 574 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO.

4. Zur Vorschrift des § 149 ZPO/ZH und der Zürcher Parteiaussage

Vorweggegriffen seien noch einige Ausführungen zur Rechtsnatur von § 149 ZPO/ZH, deren Anwendung die Antragsgegnerin vor dem BGH mit dem *ordre public*-Einwand rügte. Die Vorschrift lautete:

§ 149 ZPO/ZH

- (1) Die Parteien werden auf Antrag oder von Amtes wegen persönlich befragt.
- (2) Die Partei wird vor der Befragung unter Androhung disziplinarischer Ahndung zur Wahrheit ermahnt und darauf aufmerksam gemacht, dass sie zur Beweisaussage angehalten werden kann.
- (3) Aussagen, welche zu Gunsten der befragten Partei lauten, bilden keinen Beweis.

Die Lektüre der Norm lässt schnell einen Schluss zu: Eine Partei soll ihr streitiges Vorbringen nicht durch eine eigene Aussage beweisen können.¹¹⁵ Damit wird der Konflikt zwischen der Verwertung der Aussagen einer Partei aufgrund ihrer Sachnähe einerseits und der generell besorgten Befangenheit einer Parteiaussage andererseits zugunsten letzterem aufgelöst. Auch das deutsche Recht kennt den Konflikt, dass die Partei als Beweismittel zwar aufgrund ihrer immanenten Befangenheit das „bedenklichste[...] Beweismittel“¹¹⁶ der ZPO, jedoch aber aufgrund ihrer Sachnähe auch eine wertvolle Erkenntnisquelle sei.¹¹⁷ Jedenfalls hat sich die deutsche ZPO zur freien Würdigung einer solchen Aussage nach § 286 Abs. 1 ZPO bekannt.¹¹⁸

Auffallend ist, dass sich weder der BGH noch das OLG München zu dem Einwand des Antragstellers¹¹⁹ verhalten haben, dass § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gar nicht Teil des Beweisverfahrens, sondern Teil der mündlichen Verhandlung sei.¹²⁰ Die Aussage könne daher keinen Beweis erbringen. So argumentierte der

¹¹⁵ Meller-Hannich (Fn. 5), S. 932.

¹¹⁶ So ausdrücklich: Braun, Lehrbuch des Zivilprozessrechts, 2014, S. 810.

¹¹⁷ Müller-Christmann, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), Vor §§ 445 ff. Rn. 1.

¹¹⁸ Abrens (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 21.

¹¹⁹ OLG München, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 4.

¹²⁰ Dies bemerkt auch Abrens (Fn. 5), sub 2.

Antragsgegner noch vor dem *OLG München*. Zumindest trifft sein Argument so nicht zu. Denn die Vorschrift war Teil des Beweisverfahrens,¹²¹ sie ließ nur zugunsten der aussagenden Partei keinen Beweis zu.¹²² Die Anwendung der Norm setzte bereits einen klaren Sachverhalt voraus.¹²³ Zweck der Regelung ist mithin, ein Zugeständnis der aussagenden Partei zu erhalten.¹²⁴

Die Zürcher ZPO kannte in § 150 ZPO/ZH ebenfalls die Beweisaussage, welche volles Beweismittel auch zugunsten der aussagenden Partei war und richterlich frei gewürdigt wurde.¹²⁵ Die Beweisaussage war ein subsidiäres Beweismittel, der die formelle Befragung vorangehen musste.¹²⁶ Den wertungsmäßigen Unterschied betreffend die Beweiswirkung stellte die Strafbewehrung nach § 306 StGB/CH im Fall der Falschaussage dar, die nur § 150 Abs. 2 ZPO/ZH anordnete. Das Zürcher Recht ging mithin davon aus, dass einer Parteiaussage erst dann Beweiswert zukommen darf, wenn die Partei unter dem Druck der Strafe steht.¹²⁷

Neben §§ 149 f. ZPO/ZH regelte die alte Zürcher ZPO auch die formlose Parteibefragung in § 55 ZPO/ZH, die der Klärung des Sachverhalts und der Parteivorbringen diente, aber keinen Beweiswert hatte.¹²⁸ Dass die Grenzen zwischen § 149 und § 55 ZPO/ZH häufig verschwommen, sei aber unerheblich, weil die Rechtsfolgen bei Unwahrheit dieselben seien.¹²⁹

Zumindest ist die streitige Bestimmung aus der ZPO/ZH außer Kraft getreten. Seit dem 1.1.2011 gilt die einheitliche Schweizer ZPO, vgl. Art. 408 Abs. 2 ZPO/CH. Die neue ZPO/CH kennt keine vergleichbare Regelung.¹³⁰ Die

¹²¹ *Frank/Sträuli/Messmer*, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, vor §§ 149 ff. Rn. 1.

¹²² *Ebd.*, § 149 Rn. 3.

¹²³ *Ebd.*, vor §§ 149 ff. Rn. 1.

¹²⁴ *Schmid*, in: Oberhammer/Domej/Haas, Schweizerische Zivilprozessordnung: ZPO, 2. Aufl. 2014, Art. 191–193 Rn. 2; *Sutter-Somm*, Parteienanhörung und Parteivernehmung am Ende des 20. Jahrhunderts aus schweizerischer Sicht, *ZZP* 113 (2000), 327 (335); *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 149 Rn. 3.

¹²⁵ *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, S. 354; *Sutter-Somm* (Fn. 124), S. 336; *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 150 Rn. 1; *Walder-Bohner*, Zivilprozessrecht nach den Gesetzen des Bundes und des Kantons Zürich unter Berücksichtigung anderer Zivilprozessordnungen, 1983, § 29 Rn. 17.

¹²⁶ *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 150 Rn. 2.

¹²⁷ *Guldener* (Fn. 125), S. 353.

¹²⁸ *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), vor §§ 149 ff. Rn. 1; *Walder-Bohner* (Fn. 125), § 29 Rn. 9.

¹²⁹ *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), vor §§ 149 ff. Rn. 1.

¹³⁰ Vgl. *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 933 a. E.

Parteibefragung nach Art. 191 und die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO/CH sind vielmehr vollwertige Beweismittel auch zugunsten der aussagenden Partei.¹³¹

5. Zur Bedeutung des Beschlusses

Trotz der eher knappen Ausführungen des *BGH* fällt positiv auf, dass der *BGH* den verfahrensrechtlichen *ordre public* als Ergebniskontrolle betrachtet. Die Entscheidung lässt sich auch auf die *ordre public*-Vorbehaltsklauseln der anderen europäischen Verordnungen übertragen.¹³² Ob der *BGH* allerdings anders entschieden hätte, wenn die Erstgerichte ihre Entscheidung tatsächlich ausschließlich auf die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH gestützt hätten, bleibt offen.

II. Würdigung

Der Entscheidung des *BGH* vom 4.6.2017 ist mit den Stimmen der Literatur¹³³ im Ergebnis zuzustimmen. Ein *ordre public*-Verstoß liegt nicht vor. Die Begründung des *BGH* überzeugt aber nicht durchweg, denn sie erweckt den Schein, ein *ordre public*-Verstoß läge *offensichtlich* nicht vor. Wie die Besprechung zeigen soll, war ein Verstoß aber nicht derart abwegig, wie die Lektüre der Entscheidung des *BGH* – im Übrigen auch der des *OLG München* – vermuten ließ.

Die Besprechung soll anhand der drei für den verfahrensrechtlichen *ordre public* in diesem Fall relevanten Rechte erfolgen, nämlich anhand des Grundsatzes der Waffengleichheit (1.), des Rechts auf Beweis (2.) und des Rechts auf rechtliches Gehör i. V. m. dem Willkürverbot (3.).

1. Die Waffengleichheit

Der *BGH* liegt im Ergebnis darin richtig, dass er keinen Verstoß gegen die Waffengleichheit annimmt, weil die Erstgerichte der Aussage der Antragsgegnerin trotz behaupteter Beweisnot keinen Beweiswert beimaßen.

Im Obersatz der Begründetheit zitiert der *BGH* pauschal Art. 2, 3, 20, 103 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK als für die Antragsgegnerin in Betracht kommende Rechte. Damit erfasst der *BGH* auch das Recht auf Waffengleichheit. Der *BGH* betont, er sehe nicht, dass der Antragsgegnerin keine Möglichkeit der Äußerung oder Einflussnahme gegeben worden sei.¹³⁴ Hier fängt der *BGH* das Recht auf

¹³¹ *Hafner*, in: Basler Kommentar ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 191 Rn. 4.

¹³² *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 933.

¹³³ Vgl. *Abrens* (Fn. 5); *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 932 f.; *Salger* (Fn. 5), S. 282 f.; *Linke/Hau* (Fn. 5), Rn. 13.38; *Baetge*, in: jurisPK-BGB (Fn. 5), Art. 6 EGBGB Rn. 41.2.

¹³⁴ *BGH*, EuZW 2017, 623 (624 Rn. 12).

Waffengleichheit mit dem Recht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG auf. Zudem schließt der *BGH* das Hilfsargument an, die Entscheidung basiere gar nicht auf der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH. Er äußert sich indes nicht zum Gewährleistungsgehalt von Art. 6 Abs. 1 EMRK oder dem Grundsatz der Waffengleichheit allgemein. Dies überzeugt nicht. Zumindest wegen der von der Antragsgegnerin vorgebrachten Beweisnot hätte sich der *BGH* genauer mit dem Gehalt des Grundsatzes der Waffengleichheit auseinandersetzen müssen.

Zuerst fällt auf, dass sich aus den Beschlüssen des *BGH* und des *OLG München* nicht ergibt, ob zwischen der Antragstellerin und dem Antragsgegner eine Vier-Augen-Situation mit der Folge einer Beweisnot der Antragsgegnerin vorlag. Auch dem Urteil des *OG des Kantons Zürich* lassen sich diesbezüglich keine Feststellungen entnehmen. Aus diesem Urteil ergibt sich aber, dass keiner der Zeugen, Gutachter und Sachverständigen von dem Inhalt des Gesprächs unmittelbar berichtete. Trotz der – bedauerlicherweise – unklaren Feststellungen der Instanzgerichte, von denen der *BGH* ausgehen musste, ist also von einer Vier-Augen-Situation auszugehen.

a) *Waffengleichheit nach der Dombo Bebeer-Entscheidung*

Als Argument für die Antragsgegnerin kann die *Dombo Bebeer*-Entscheidung angeführt werden: Dort entschied der *EGMR*, dass ein Gericht wegen Art. 6 Abs. 1 EMRK jeder Partei eine vernünftige Möglichkeit einräumen muss, ihren Fall – einschließlich ihrer Aussage zu Beweis Zwecken – im Verfahren unter den Bedingungen zu präsentieren, die für diese Partei keinen substantziellen Nachteil im Verhältnis zum Prozessgegner bedeutet.¹³⁵ Um den Inhalt eines Vier-Augen-Gesprächs zu beweisen, muss die Aussage einer Partei zu Beweis Zwecken zugelassen werden, wenn die andere Seite einen Zeugen stellen kann.¹³⁶ Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt der *EGMR*-Entscheidung verhandelte der alleinige Geschäftsführer einer niederländischen GmbH (*B.V.*) mit einem Bankmitarbeiter über die Erhöhung einer Kreditlinie unter vier Augen. Ob sich beide geeinigt hatten, war streitig. Der *EGMR* nahm einen Verstoß gegen die Waffengleichheit an. Denn der Geschäftsführer von *Dombo Bebeer* konnte nach niederländischem Recht nicht als Partei oder Zeuge aussagen, während die verklagte Partei, die Bank, mit ihrem Mitarbeiter als Verhandlungsführer aus dem Vier-Augen-Gespräch einen Zeugen stellen konnte. Aus formellen Gründen war die *Dombo Bebeer* zeugen- und damit beweislos.

¹³⁵ *EGMR, Dombo Bebeer B.V. v. The Netherlands*, Urt. v. 27.10.1993, Rs. 14448/88, Rn. 33, abrufbar unter: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57850>.

¹³⁶ *Ebd.*

b) Einschlägigkeit der Dombo Bebeer-Entscheidung

Die *Dombo Bebeer*-Entscheidung scheint auf den hier besprochenen Fall übertragbar zu sein: Der *EGMR* bejahte einen Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit, weil die verklagte Bank mit ihrem Mitarbeiter einen Zeugen stellen konnte, während der Geschäftsführer der *Dombo Bebeer* als Partei galt und nicht als Zeuge aussagen konnte. Im hier besprochenen Fall konnte die Antragsgegnerin zwar aussagen; dieser Aussage kam aber wegen § 149 Abs. 3 ZPO/ZH keinerlei Beweiswert zu – und dies, obwohl sie sonst ebenfalls keine Möglichkeit hatte, den Inhalt des Vier-Augen-Gesprächs zu beweisen.

Jedoch unterscheidet sich der *Dombo Bebeer*-Fall von dem hier besprochenen Fall in einem wesentlichen Punkt. Ausgehend von einer Vier-Augen-Situation hatten weder der verklagte Arzt noch die Patientin einen Zeugen: Keine der Parteien hatte eine Waffe.

c) Ausdehnung der Rechtsprechung auf die Beweisnot

Allerdings entschied der *dritte Senat* des *BAG*, dass das verfassungsrechtlich verbürgte Recht auf Waffengleichheit auch auf Fälle allgemeiner Beweisnot auszudehnen ist: Die Waffengleichheit sei bereits verletzt, wenn das Gericht in einer ausschließlich zwischen den Parteien stattgefundenen Unterredung der Partei verwehrte, den Beweis durch Aussage zu führen, selbst wenn der Gegner keinen Zeugen habe.¹³⁷

Damit reicht der Grundsatz der Waffengleichheit nach dem *BAG* weiter als nach der *Dombo Bebeer*-Entscheidung des *EGMR*. Für die vom *dritten Senat* des *BAG* vorgenommene Ausdehnung sprechen auch gewichtige Gründe. Denn die Situation einer beweisbelasteten Partei ohne Zeugen ist vergleichbar mit der Situation, in der die nichtbeweisbelastete Gegenseite einen Zeugen stellen kann: Sobald die beweisbelastete Partei den Hauptbeweis¹³⁸ schon nicht erbringen kann, wirkt sich der gegenseitige Zeuge nicht aus.¹³⁹ Denn bleibt die beweisbelastete Partei beweisfällig, darf das Gericht keinen Gegenteilsbeweis¹⁴⁰

¹³⁷ *BAG*, NJW 2007, 2427 (2428 Rn. 17); a. A.: *Abrens* (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 59.

¹³⁸ Der Hauptbeweis ist der Beweis der objektiv beweisbelasteten Partei für das Vorliegen ihr günstiger Tatbestandsmerkmale, *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 284 Rn. 13. Der Hauptbeweis ist geführt, wenn das Gericht von dem Vorliegen der Tatsachen überzeugt ist, *Bacher*, in BeckOK-ZPO (Fn. 11), § 284 Rn. 66.

¹³⁹ *Kwaschik* (Fn. 88), S. 253 f., die noch differenziert, ob eine verschuldete Beweisnot vorliegt.

¹⁴⁰ Der Gegenteilsbeweis ist der Beweis der nicht beweisbelasteten Partei und dient dazu, den Hauptbeweis zu erschüttern, sodass das Gericht wieder Zweifel hegt, *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 284 Rn. 14. Es genügt für den Gegenteilsbeweis, ein *non liquet* herbeizuführen, *Bacher*, in BeckOK-ZPO (Fn. 11), § 284 Rn. 66.

erheben¹⁴¹ – anders gewendet: das Gericht dürfte die Zeugenbefragung nicht anordnen. Darum spricht einiges dafür, die Situationen, in der die nichtbeweisbelastete Partei einen Zeugen hat, mit der Situation, in der beide Parteien keinen Zeugen stellen können, gleich zu behandeln.¹⁴² Die Beweisnot beider Parteien gebietet es aber dann, dass die andere Seite ohne Zeugen ebenfalls angehört werden.¹⁴³

aa) Maßgeblichkeit der Beweislast für die Ausdehnung

Ein Verstoß gegen die Waffengleichheit im Hinblick auf die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH liegt also nahe. Wesentlich für diese Argumentation ist aber die Annahme, dass die Antragsgegnerin tatsächlich beweisbelastet war. Wie sich aus dem Urteil des *OG des Kantons Zürich* ergibt, stritten die Parteien allerdings über das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung¹⁴⁴ – und dafür trug die Antragsgegnerin nicht die Beweislast. Die Frage der Beweislast richtet sich nach der *lex causae*, welche hier das Schweizer Recht war.¹⁴⁵ Dieses nimmt bei fehlender Einwilligung eine Widerrechtlichkeit des Eingriffs an, es sei denn der Arzt kann das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung beweisen.¹⁴⁶ Beweisbelastet ist also der Arzt. Dem Patienten obliegt es, glaubhaft zu machen oder wenigstens die persönlichen Gründe anzuführen, warum er sich der Operation widersetzt hätte.¹⁴⁷ Wird nach Schweizer Recht, welches die Fragen des Beweismaßes als *lex fori* regelt, ein Glaubhaftmachen verlangt, genügt bereits eine Parteibehauptung ohne Beweisführung, wenn die Partei glaubwürdig und ihre Darstellung plausibel ist.¹⁴⁸ Diese Überprüfung lässt sich auch in einer

¹⁴¹ *OLG Düsseldorf*, MDR 1995, 959.

¹⁴² So auch *Kwaschik* (Fn. 88), S. 253; a. A.: *Abrens* (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 59.

¹⁴³ *Greger*, Die Partei als Erkenntnis- und Beweismittel im Zivilprozess, MDR 2014, 312 (315).

¹⁴⁴ *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, S. 11, abrufbar unter: https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf.

¹⁴⁵ *Walter/Domej* (Fn. 10), § 6 III 2 b) bb).

¹⁴⁶ Siehe auch: *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, S. 11, abrufbar unter: https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf.

¹⁴⁷ Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (BGE) 117 Ib 197, E.5.c), abrufbar unter http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F117-IB-197%3Ade&lang=de&type=show_document; BGE 133 III 121, 4.1.3, abrufbar unter: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F133-III-121%3Ade&lang=de&type=show_document.

¹⁴⁸ *Guldener* (Fn. 125), S. 323 Fn. 28.

persönlichen Befragung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH vornehmen.¹⁴⁹ Eine persönliche Befragung der Antragsgegnerin ist unstreitig erfolgt.

Meller-Hannich liegt in ihrer Anmerkung richtig, wenn sie bemerkt, die abstrakte Angemessenheit der Regelung von § 149 Abs. 3 ZPO/Zürich bei Beweisnot sei nicht im Rahmen des *ordre public* zu überprüfen.¹⁵⁰ Überprüft werden muss aber, ob die Anwendung der Regelung im Einzelfall den Maßstäben des *ordre public* genügt. Dies war hier nur der Fall, weil für das Glaubhaftmachen eine Aussage nach § 149 ZPO/ZH ausgereicht hätte.

bb) Kein Anspruch auf tatsächlich richtige Würdigung

Ein Anspruch, dass der erkennende Erstrichter den richtigen Schluss aus einer erfolgten Aussage zieht, folgt aus der Waffengleichheit nicht. Auch wenn die Antragsgegnerin gerügt hätte, das Erstgericht habe nach ihrer Aussage einen falschen Schluss gezogen und eine Glaubhaftmachung annehmen müssen, wäre sie damit nicht durchgedrungen: Das Zweitgericht prüft nicht, ob der Erstrichter tatsächlich korrekt entschieden hat,¹⁵¹ eine *révision au fond* findet nicht statt, Art. 45 Abs. 2 LugÜ.

2. Das Recht auf Beweis

Ebenfalls ergebnisorientiert verneint der *BGH* einen *ordre public*-Verstoß wegen der aus § 149 Abs. 3 ZPO/ZH folgenden Beweiswertschmälerung. Wünschenswert wäre eine Stellungnahme des *BGH* zum Recht auf Beweis gewesen. Der *BGH* verweist nur darauf, dass § 149 Abs. 3 ZPO/ZH für beide Parteien gleichermaßen galt. Ferner führe die Schmälerung des Beweiswerts nicht dazu, dass nach der deutschen Rechtsordnung die Urteile nicht mehr als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden könnten.

Hier ist zu betonen, dass das Ergebnis durchaus Zustimmung verdient. Im Detail hätte aber eine ausführlichere Auseinandersetzung erfolgen müssen.

a) § 149 Abs. 3 ZPO/ZH als Verstoß gegen das Recht auf Beweis

Nach deutschen Maßstäben darf ein Gericht nicht einen erheblichen Beweisanspruch übergehen. Es liegt ein Verstoß gegen das Recht auf Beweis vor, wenn die Zurückweisung eines erheblichen Beweisanspruchs im Prozessrecht keine

¹⁴⁹ Dieser Schluss liegt nahe, wenn *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 149 Rn. 3a, schreiben, dass die Erklärung nach Verhandlungs- und Offizialmaxime auszulegen und zu überprüfen ist.

¹⁵⁰ *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 932.

¹⁵¹ *Linke/Hau* (Fn. 5), Rn. 13.29.

Stütze mehr findet.¹⁵² Problematisch scheint, dass das Zürcher Recht ganz grundsätzlich einer Parteiaussage keinen Beweiswert zumaß, wenn die Partei nicht vereidigt wurde.¹⁵³ Anders gewendet, die Zürcher ZPO hielt die förmliche Aussage von Gesetzes wegen für ein ungeeignetes Beweismittel.

Ausgehend von dem Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung hätte ein deutsches Gericht die Aussage der Antragsgegnerin frei würdigen müssen. Der Richter darf nicht einem geeigneten Beweismittel *a priori* einen festen Beweiswert beimessen. Genau das stellt § 149 Abs. 3 ZPO/ZH aber klar; im Ergebnis handelt es sich um eine gesetzliche Beweisregel.¹⁵⁴ Die Ergebnisse der förmlichen Befragung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH sind von der freien Würdigung nach § 148 ZPO/ZH ausgenommen.¹⁵⁵ Eine solches Vorgehen wäre mit dem deutschen Recht auf Beweis unvereinbar.¹⁵⁶

b) Entfernung von einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren

Sodann fragt sich, ob sich das Ergebnis der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH derart von den Grundprinzipien des deutschen Verfahrensrechts entfernt, dass die Entscheidung insgesamt nicht mehr als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann. Der *BGH* verneint diese Frage – zu Recht.

Denn es liegt kein offensichtlicher Verstoß vor (aa)) und die Entscheidung fußt entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht ausschließlich auf der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH (bb)).

aa) Offensichtlicher Verstoß

Der Verstoß ist nicht offensichtlich. Zwar ist entgegen *Abrens* der Unterschied zwischen dem deutschen und dem Zürcher Verfahren nicht derart minimal, dass *a priori* kein Verstoß in Betracht kommt ((1)). Vielmehr liegt kein Verstoß vor, weil auch das deutsche Recht – in begrenztem Maße – gesetzliche Beweisregeln kennt ((2)).

¹⁵² Siehe oben **B. III. 3. a) bb) (3)**.

¹⁵³ Siehe oben **C. I. 4.**

¹⁵⁴ *Guldener* (Fn. 125), S. 324, 354.

¹⁵⁵ Vgl. *Frank/Sträuli/Messmer* (Fn. 121), § 148 Rn. 9, § 149 Rn. 3; *Guldener* (Fn. 125), S. 324, 354.

¹⁵⁶ Ähnlich zu derartigen Schweizer Regelungen allgemein: *Walter* (Fn. 84), S. 567; offen gelassen von *OLG Saarbrücken*, NJOZ 2011, 1243 (1248 f.).

(1) Minimale Abweichung zur deutschen Rechtslage?

Abrens argumentiert, dass die Schweizer Regelung sich nur minimal von der unklaren deutschen Rechtsprechungspraxis unterscheidet und so einen *ordre public*-Verstoß nicht zu rechtfertigen vermöge.¹⁵⁷

Richtig ist, dass das deutsche Recht ebenfalls zwischen einer Parteivernehmung zu Beweis Zwecken und einer Anhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO unterscheidet. Erstere entspricht von der Beweiswirkung der Beweisaussage nach § 150 Abs. 1 ZPO/ZH. Letztere entspricht vom Zweck der richterlichen Befragung nach § 55 ZPO/ZH. Lediglich eine mit § 149 Abs. 3 ZPO/ZH vergleichbare Regelung kennt das deutsche Recht nicht.

Ebenfalls zutreffend ist, dass die Voraussetzungen nach deutschem Recht für eine Parteivernehmung zu Beweis Zwecken sehr hoch sind, und das, obwohl Zeugen ähnlich befangen sein können wie eine Partei.¹⁵⁸ Nach § 445 Abs. 1 ZPO ist nur die Vernehmung der nicht beweisbelasteten Gegenseite möglich. Nach § 447 Abs. 1 ZPO kann zwar eine Parteivernehmung der eigenen Seite erfolgen, jedoch nur mit Zustimmung der Gegenseite. Nach § 448 Abs. 1 ZPO kann eine Parteivernehmung von Amts wegen erfolgen; diese ist aber als subsidiäres Beweismittel ausgestaltet. Außerdem muss ein „Anbeweis“ erbracht sein, d. h. eine Anfangswahrscheinlichkeit muss für die Position des Vernommenen sprechen.¹⁵⁹

Wird die fragliche Regelung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH und die Beweisaussage nach § 150 ZPO/ZH mit der deutschen Parteibefragung nach § 141 Abs. 1 ZPO und der Parteivernehmung nach §§ 445–448 ZPO verglichen, sind die Unterschiede zunächst nicht bemerkenswert. Das Zürcher Recht schließt in der förmlichen Befragung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH den Beweiswert aus und stellt strenge Anforderungen an die Beweisaussage nach § 150 ZPO/ZH. Das deutsche Recht stellt ebenfalls sehr strenge Anforderungen an die Zulassung einer Aussage zu Beweis Zwecken. Soweit auch das deutsche Recht zwischen einer Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO und der Parteivernehmung nach §§ 445–448 ZPO zu Beweis Zwecken trennt, liegt der entscheidende Unterschied aber in § 286 Abs. 1 ZPO. Zwar ist nur die Parteivernehmung ein eigenständiges – subsidiäres – Beweismittel.¹⁶⁰ Die Parteibefragung nach § 141 Abs. 1 ZPO kann keinesfalls Beweismittel sein, denn sie ist Teil der mündlichen

¹⁵⁷ *Abrens* (Fn. 5), sub 2.

¹⁵⁸ *Müller-Christmann*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), Vor §§ 445 ff. Rn. 1.

¹⁵⁹ BGH, NJW 2010, 3292 (3293 Rn. 15).

¹⁶⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 10), § 124 Rn. 3.

Verhandlung – nicht der Beweisaufnahme.¹⁶¹ Die Gerichte müssen aber auch die Ergebnisse einer Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO gemäß § 286 Abs. 1 ZPO frei würdigen und können so alleine aufgrund einer Parteianhörung eine Tatsache für wahr oder unwahr halten.¹⁶² Das *BVerfG* bestätigte die Praxis, wobei es sogar genüge, dass die Partei persönlich anwesend war und die Möglichkeit hatte, Wortmeldungen vorzunehmen.¹⁶³ Diese Umstände führen dazu, dass die strengen Voraussetzungen der Parteivernehmung nach §§ 445–448 ZPO des deutschen Rechts nicht mit dem Grundsatz der Waffengleichheit und dem Recht auf Beweis kollidieren.¹⁶⁴ Wenn *Abrens* auf die unklare deutsche Rechtsprechungspraxis verweist,¹⁶⁵ hat er Recht, dass gerade die Instanzgerichte von der Rechtsprechung des *BGH* abweichen.¹⁶⁶ Unklar ist die Rechtslage aber nicht. Der Wortlaut von § 286 Abs. 1 ZPO macht deutlich, dass die Aussage einer Partei frei gewürdigt werden muss; das gibt auch das *BVerfG* vor.¹⁶⁷

Mithin unterscheidet sich das deutsche Recht bezüglich des Beweiswerts doch erheblich vom Zürcher Recht.

(2) Gesetzliche Beweisregeln in der ZPO

Die Anwendung des § 149 Abs. 1 ZPO/ZH verstößt aber deswegen nicht offensichtlich gegen das Recht auf Beweis, weil auch dem deutschen Recht gesetzliche Beweisregeln nicht fremd sind: § 286 Abs. 2 ZPO lässt diese ausdrücklich zu, wenn sie gesetzlich angeordnet sind. Anordnungen finden sich etwa in den §§ 165, 183 Abs. 5, 314, 415–418, 438 Abs. 2, 175 S. 2 ZPO und auch in § 80 ZVG.¹⁶⁸ § 286 Abs. 2 ZPO durchbricht damit den Grundsatz der freien Beweiswürdigung.¹⁶⁹ Wenn ein Staat gesetzlich anordnet, dass einer Parteiaussage nur unter besonderen Voraussetzungen Beweiswert zukommt, verstößt dies also nicht generell gegen die Grundprinzipien des deutschen

¹⁶¹ *Stadler*, in: Musielak/Voit, 16. Aufl. 2019, § 141 Rn. 2.

¹⁶² *BGH*, NJW-RR 2018, 249 (250 Rn. 12); *Greger*, in: Zöller (Fn. 44), § 286 Rn. 14; *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 286 Rn. 2; *Abrens* (Fn. 3), Kap. 40 Rn. 46.

¹⁶³ *BVerfG*, NJW 2008, 2170 (2171 Rn. 16).

¹⁶⁴ *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 141 Rn. 3 a. E.

¹⁶⁵ *Abrens* (Fn. 5), sub 2.

¹⁶⁶ Siehe nur *KG Berlin*, Urt. v. 11.7.2017, BeckRS 2017, 117958, Rn. 12. Die Anforderung, dass die beweisbelastete Partei in einer Vier-Augen-Situation dennoch erst die Vernehmung der Gegenseite nach § 447 Abs. 1 ZPO beantragen muss und dann erst nach § 141 Abs. 1 ZPO angehört oder nach § 448 Abs. 1 ZPO vernommen werden kann, ergibt sich nicht aus der Rechtsprechung des *BGH*, vgl.: *BGH*, NJW 2010, 3292 (3293 Rn.16). Vielmehr kann direkt angehört oder vernommen werden. Die Revision ließ das *KG Berlin* dennoch nicht zu, *ebd.*, Rn. 32.

¹⁶⁷ *BVerfG*, NJW 2001, 2531 (2532).

¹⁶⁸ Vgl. *Bacher*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 11), § 286 Rn. 16.

¹⁶⁹ *Nagel/Gottwald* (Fn. 3), § 10 Rn. 59.

Rechts. Denn über § 149 Abs. 3 ZPO/ZH hinaus ordnete § 148 ZPO/ZH die freie Würdigung an.

(a) Parallele zur mutwilligen Prozessführung

Fruchtbar machen lässt sich im hier besprochenen Fall auch die Argumentation desselben *BGH-Senats* zur italienischen Regelung über den Schadensersatz wegen mutwilliger Prozessführung: Hier verneinte der *BGH* einen *ordre public*-Verstoß wegen der Verurteilung zu (Straf-)Schadensersatz, weil auch das deutsche Recht in begrenztem Maße in § 192 SGG und § 34 BVerfGG Kostenregelungen wegen missbräuchlicher Klagen kenne.¹⁷⁰ Zwar ist *Wais* zuzustimmen, dass die vom *BGH* gezogenen Parallelen zu § 192 SGG und § 34 BVerfGG nicht ganz stimmig sind, da die deutschen Vorschriften ein grundsätzlich kostenloses Verfahren betreffen, die italienische Vorschrift hingegen nicht.¹⁷¹ Doch zeigen die deutschen Vorschriften, worauf auch *Wais* hinweist, dass eine Regelung wie die italienische in Deutschland nicht schlechterdings ausgeschlossen wäre.

An dieser Stelle sei auch daran erinnert, dass das ausländische Recht immer in System und Struktur gesehen werden muss; denkbare Lösungen sind hinzunehmen.¹⁷² In Zürich war die freie Beweiswürdigung nicht ausnahmslos ausgeschlossen, sie galt gemäß § 148 ZPO/ZH für alle anderen Beweismittel.

(b) Parallelproblem in der EuErbVO?

Interessant ist in diesem Zusammenhang überdies eine ähnliche Problematik in der EuErbVO: Dort ordnet Art. 59 UAbs. 1 EuErbVO an, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat errichtete öffentliche Urkunde die gleiche formelle Beweiskraft hat wie im Erststaat, es sei denn, dies verstößt gegen den *ordre public*. Verfahrensrechtlich wird damit die Beweiskraft der Urkunde eines ausländischen Rechts angeordnet.¹⁷³ *Dutta* argumentiert, dass ein *ordre public*-Verstoß denkbar sei, wenn nach dem Recht des Erststaats die Urkunde unwiderleglich sei; also der Zweitrichter die Urkunde nicht frei würdigen könne.¹⁷⁴ Denn ein Richter könne nicht gezwungen werden, eine Entscheidung sehenden Auges auf falscher

¹⁷⁰ Siehe oben **B. III. 3. b) aa)**; *BGH*, NJOZ, 2018, 1239 (1240 Rn. 17); siehe auch die Argumentation der Vorinstanz: *OLG Hamburg*, Beschl. v. 23.6.2016, BeckRS 2016, 12149, Rn. 21.

¹⁷¹ *Wais* (Fn. 98), S. 399.

¹⁷² *BGHZ* 182, 204 (212 Rn. 27).

¹⁷³ *Dutta*, Das neue internationale Erbrecht der Europäischen Union – Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung, *FamRZ* 2013, 4 (13).

¹⁷⁴ *Ebd.*; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XI* (Fn. 45), Art. 59 EuErbVO Rn. 14.

Tatsachenbasis zu treffen. *Dutta* weist jedoch zugleich auf die Ausnahmen nach deutschem Recht hin und nennt § 165 ZPO und § 80 ZVG.¹⁷⁵

Daher liegt der Schluss näher, einen Verstoß wegen des Ausschlusses der freien Beweiswürdigung vom Einzelfall abhängig zu machen. Diese These vertritt auch *Bauer*, der deshalb *Dutta* nur insoweit zustimmt, als im Einzelfall ein *ordre public*-Verstoß vorliegen könne.¹⁷⁶ Darüber hinaus stand im hier besprochenen Fall ein Verstoß gegen den anerkennungsrechtlichen *ordre public* im Raum. Art. 59 UAbs. 1 EuErbVO ist aber dem kollisionsrechtlichen *ordre public* zuzuordnen: Denn die Regelung führt dazu, dass der Richter im Zweitstaat ausländisches Recht anwendet, wenn er der Urkunde die gleiche Beweiskraft wie im Erststaat beimisst.¹⁷⁷ Im hier besprochenen Fall muss der Zweitrichter aber § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nicht anwenden. Der Maßstab des anerkennungsrechtlichen *ordre public* ist aber ein anderer als der des kollisionsrechtlichen.¹⁷⁸

(c) Zwischenergebnis

Angesichts dessen verstößt der teilweise und sehr punktuelle Ausschluss der freien Beweiswürdigung nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nicht offensichtlich gegen den *ordre public*.

bb) Entscheidungserheblichkeit

Schließlich verdienen die Ausführungen des *BGH* Zustimmung, dass sich die Entscheidung nur in begrenztem Maße auf die Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH stützt. Wie sich aus dem Urteil des *OG des Kantons Zürich* ergibt, haben die Erstgerichte tatsächlich eine Vielzahl von Beweismitteln frei gewürdigt.¹⁷⁹ Die Aussage des *BGH*, die Parteiaussage sei nur ein „Mosaikstein“ gewesen, ist richtig. Das Ergebnis einer Entscheidung kann nicht gegen den *ordre public* verstoßen, wenn die Entscheidung nicht tragend auf der Anwendung der fraglichen Regelung basierte.

3. Die Geständniswirkung

Schließlich bleibt noch die Frage, ob ein Verstoß gegen das Willkürverbot als Teil des rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG vorgelegen hat. Darauf hatte sich die Antragsgegnerin berufen. § 149 Abs. 3

¹⁷⁵ *Dutta* (Fn. 173), S. 14; *ders.*, in: MüKo-BGB XI (Fn. 45), Art. 59 EuErbVO Rn. 14.

¹⁷⁶ *Bauer*, in: *Dutta/Weber*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 59 EuErbVO Rn. 80.

¹⁷⁷ *Ebd.*, Art. 59 Rn. 42.

¹⁷⁸ *Ordre public international atténué*: siehe oben **B. III. 1. a)**.

¹⁷⁹ *OG des Kantons Zürich*, Urt. v. 18.9.2014 – LB140004-O/U, abrufbar unter: https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/LB140004-O3.pdf.

ZPO/ZH verzerre ihre Aussage, da nur Zugeständnisse beachtet werden könnten.

Der *BGH* entschied, dass § 149 Abs. 3 ZPO/ZH nicht dazu führe, dass sich die Antragstellerin im Verfahren nicht äußern konnte und die Regel für beide galt. Dieses Argument trägt dann, wenn die Beweisnot aus der Vier-Augen-Situation verneint wurde. Denn sonst führte die Anwendung der Regel schon dazu, dass die beweisbelastete Partei keine Möglichkeit zum Beweis hätte. Das war aber – wie hier festgestellt wurde – nicht der Fall.

Überdies trifft auch die Argumentation des *OLG München* zu. So habe erst eine Rechtsprechungsänderung des *BGH* im Jahr 1995 dazu geführt, dass Parteierklärungen in einer Parteivernehmung kein Geständnis enthalten können, sondern durch den Richter frei zu würdigen sind.¹⁸⁰ Dies belege die Vertretbarkeit der entgegenstehenden Auffassung. Richtig ist, dass der *BGH* keine Geständnisse mehr in der Parteivernehmung zulässt.¹⁸¹ Denn eine Parteivernehmung ist Teil der Beweisaufnahme und diese wird nach §§ 453 Abs. 1, 286 Abs. 1 ZPO frei gewürdigt. Darüber hinaus ließ der *BGH* in der Entscheidung von 1995 zunächst offen, ob in einer Parteianhörung nach § 141 Abs. 1 ZPO ein Geständnis möglich ist.¹⁸² Später verneinte der *BGH* dies,¹⁸³ die Literatur folgte dem teilweise.¹⁸⁴ Zwingend sind die Argumente jedoch nicht. *Althammer* hält das Geständnis in der Parteibefragung für möglich, wenn die Behauptung des Gegners bestätigt wird.¹⁸⁵ Zudem werde eine Aussage durch die Annahme eines teilweisen Geständnisses nicht denklogisch verzerrt, wenn sie mehrere Tatsachen enthielte.¹⁸⁶

¹⁸⁰ *OLG München*, Beschl. v. 15.2.2016, BeckRS 2016, 118970, Rn. 17.

¹⁸¹ BGHZ 129, 108 (111), unter Aufgabe von BGHZ 8, 235.

¹⁸² BGHZ 129, 108 (112).

¹⁸³ *BGH*, NJW-RR 2009, 1272 (1273 Rn. 8).

¹⁸⁴ Dem *BGH* folgend: *Fritsche*, in: MüKo-ZPO I (Fn. 7), § 141 Rn. 4, u. a. mit Verweis auf BGHZ 129, 108, diese Entscheidung ließ aber ausdrücklich offen, ob in der Parteibefragung ein Geständnis möglich ist: BGHZ 129, 108 (112); *Laumen*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 288 Rn. 6; *Huber*, in: Musielak/Voit (Fn. 161), § 288 Rn. 7; *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fn. 10), § 113 Rn. 9 (zumindest im Anwaltsprozess); dem *BGH* nicht folgend: *Althammer*, in: Stein/Jonas II (Fn. 90), § 141 Rn. 3, 36; *Prütting*, in: Prütting/Gehrlein (Fn. 67), § 141 Rn. 2.

¹⁸⁵ *Althammer*, in: Stein/Jonas II (Fn. 90), § 141 Rn. 3, 36.

¹⁸⁶ *Preuss*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 14.3.1995 – VI ZR 122/94 (BGHZ 129, 108), JR 1996, 67 (68).

In Ansehung dieser auch im deutschen Recht noch umstrittenen Lage trifft es nicht zu, dass es verfassungsmäßig geboten wäre, ein Geständnis nicht in einer Parteiaussage annehmen zu können. Der *ordre public* wird deswegen nicht verletzt.

III. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung des *BGH* verdient im Wesentlichen Zustimmung. Wünschenswert wäre aber eine ausführlichere Begründung zur Ablehnung der einzelnen Argumente der Antragsgegnerin gewesen. So bleibt die Argumentation des *BGH* blass. Angesichts dessen ist *Abrens* Fazit, man rätsle, was den *BGH* bewogen habe, sich zu einer unzulässigen Rechtsbeschwerde inhaltlich zu äußern,¹⁸⁷ durchaus nachvollziehbar. Gleichwohl zeigt der *BGH*, wie *Meller-Hannich* bemerkt, dass das erkennende Zweitgericht genau auf den Ablauf des Erstverfahrens blicken muss.¹⁸⁸ Dies trifft zu. Denn derart abwegig, wie *Abrens* durchaus mit Unterton seine Anmerkung schließt,¹⁸⁹ war der *ordre public*-Einwand nicht. Ein Verstoß hätte durchaus nahegelegen, wenn die Entscheidung ausschließlich auf der Anwendung von § 149 Abs. 3 ZPO/ZH beruht hätte. Das deutsche Recht schließt Beweisregeln wie § 149 Abs. 3 ZPO/ZH und auch die Zwei-Zeugen-Regel von *Mephistopheles* grundsätzlich aus.

Zu pauschal mutet jedoch der Schluss von *Salger* an, der am Ende seiner Anmerkung appelliert, die Latte der Prüfung sonstiger Verfahren, etwa in Asyl- und Flüchtlingsverfahren, solle auch nicht zu hoch angelegt werden, wenn der Staat als vergleichbar rechtsstaatlich gilt.¹⁹⁰ Denn eine *ordre public*-Prüfung hat immer im Einzelfall zu erfolgen. Dass ein Staat als vergleichbar rechtsstaatlich gilt, kann bei der Überprüfung des *ordre public* und anderer Verfahren allenfalls ein Indiz sein. Entgegen *Salger* beantwortet dieses Indiz allein aber nicht, ob im konkreten Fall doch ein *ordre public*- bzw. Menschenrechtsverstoß vorliegt.

Jedenfalls gilt der hier noch angewandte § 149 Abs. 3 ZPO/ZH in der Schweiz nicht mehr. Nach der neuen ZPO sind auch Aussagen zugunsten der befragten Partei der freien richterlichen Beweiswürdigung zugänglich.¹⁹¹ Die Partiebefragung und auch die Beweisaussage sind vollwertige, nicht subsidiäre

¹⁸⁷ *Abrens* (Fn. 5).

¹⁸⁸ *Meller-Hannich* (Fn. 5), S. 932.

¹⁸⁹ *Abrens* (Fn. 5), sub 3.

¹⁹⁰ *Salger* (Fn. 5), S. 282 f.

¹⁹¹ Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide (LGVE) 2011 I Nr. 31, abrufbar über folgende Datenbank: https://gerichte.lu.ch/recht_sprechung/lgve; *Hafner*, in: Basler Kommentar ZPO (Fn. 131), Art. 191 Rn. 8; dafür plädierte bereits: *Sutter-Somm* (Fn. 124). *Sutter-Somm* leitete die Kommission, die den Gesetzesentwurf für die ZPO/CH erarbeitete: *ebd.*, S. 330.

Beweismittel.¹⁹² Zweifel an der Verlässlichkeit einer Parteiaussage verbleiben aber.¹⁹³ Diese bestehen allerdings auch in Deutschland und sind einer Parteiaussage wohl tatsächlich ein Stück weit immanent – die freie Würdigung wird diesen Zweifeln jedoch eher gerecht.

D. Thesen

- I. Ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* setzt erstens voraus, dass ein Eingriff in ein Schutzgut des *ordre public* vorliegt. Der verfahrensrechtliche *ordre public* umfasst das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf Beweis und den Grundsatz der Waffengleichheit. Zweitens muss der Eingriff derart wesentlich sein, dass das Verfahren insgesamt nicht als in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen angesehen werden kann. Das ist anzunehmen, wenn der Verstoß offensichtlich ist, die Entscheidung auf dem Verstoß basiert und der Betroffene alle Rechtsmittel genutzt hat, um dem Verstoß abzuweichen. Nur so wird der *ordre public* seiner Funktion als Ergebniskontrolle gerecht.
- II. Das Recht auf Waffengleichheit gebietet es, in einer Vier-Augen-Situation ohne Zeugen die beweisbelastete Partei zu Beweis Zwecken aussagen zu lassen, sei es im Wege einer Parteivernehmung oder einer Befragung, wenn letztere frei gewürdigt werden kann. Dies geht über die Grundsätze der *Dombo Bebeer*-Entscheidung hinaus.
- III. Eine Regelung wie § 149 Abs. 3 ZPO/ZH verstößt nach deutschen Maßstäben gegen das Recht auf Beweis, weil sie als starre Beweiswürdigungsregel keine freie Würdigung zulässt. Gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* verstößt sie dennoch nur im Einzelfall, da auch das deutsche Recht in begrenztem Umfang gesetzliche Beweisregeln kennt. Ein Einzelfall kann vorliegen, wenn sich die

¹⁹² *Weibel/Walz*, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 191–192 Rn. 5.

¹⁹³ *Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 10. Aufl. 2018, § 47 Rn. 256; vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung v. 28.6.2006, S. 7326; dagegen betont BGE 143 III, 297 (334), abrufbar unter: http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F143-III-297%3Ade&lang=de&type=show_document, zu Recht, dass der Richter den Beweis dennoch erst abnehmen müsse, denn „[a]uch zur Schlussfolgerung, dass der Beweiswert ‚zu eigenen Gunsten‘ für sich allein genommen im konkreten Fall als gering einzustufen ist, kann der Richter erst kommen, wenn er diesen Beweis abgenommen hat“. Ebenfalls auf den vollen Wert der Parteiaussage hinweisend: *Hafner*, in: Basler Kommentar ZPO (Fn. 131), Art. 191 Rn. 8.

Entscheidung ausschließlich auf eine solche Regel stützt oder eine Beweisnot die Aussage einer Partei zu Beweis Zwecken gebietet.

- IV. Eine Entscheidung, die nur zu einem Teil auf einer Regelung wie § 149 Abs. 3 ZPO/ZH und sonst auf unbedenklichen Regelungen basiert, kann nicht gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* verstoßen. Die Entscheidung ist dann noch in einem geordneten, rechtsstaatlichen Verfahren ergangen.
- V. Die freie richterliche Würdigung einer Parteiaussage ist nicht von Verfassungen wegen geboten und die Annahme eines Geständnisses in ihr vermag daher einen *ordre public*-Verstoß nicht zu rechtfertigen.

Mirko Benz*

Die Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz

Abstract

Zur erfolgreichen Durchführung des Insolvenzverfahrens ist der Insolvenzverwalter darauf angewiesen, Konten zur Verwaltung der Gelder einzurichten. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, inwieweit die Bank aufgrund eines Fehlverhaltens des Verwalters haftet: Gelten hier gegenüber den im allgemeinen Zahlungsverkehr anerkannten Grundsätzen abweichende Regeln? Dabei werden verschiedene Aspekte zu unterscheiden sein: Können die Gläubiger der Bank durch Beschluss besondere insolvenzspezifische Prüfungs- und Überwachungspflichten auferlegen? Und wie sind die Pflichten der Bank im vertraglichen und deliktsrechtlichen Bereich ausgestaltet? Um diese Fragen klären zu können, wird auch die Pflichtgemäßheit der Kontenführung durch den Verwalter einer genaueren Analyse unterzogen.

* Der Verfasser studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag beruht auf einer Studienarbeit im Schwerpunktbereich Zivilverfahrensrecht, die im Sommersemester 2019 von Herrn Prof. Dr. *Andreas Piekenbrock* gestellt wurde. Ihm gilt Dank für seine hilfreichen Anmerkungen. Der Beitrag ist zugleich Besprechung von *BGH*, Urt. v. 7.2.2019 – IX ZR 47/18, *NJW* 2019, 1442.

Inhaltsübersicht

A. Einführung.....	351
B. Haftung als Hinterlegungsstelle, § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 149 Abs. 1 InsO	353
I. Anwendungsbereich des § 149 InsO.....	354
II. Hinterlegungsstelle als Beteiligte des Insolvenzverfahrens i. S. d. §§ 60, 71 InsO	356
III. Insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle ..	357
IV. Ergebnis.....	368
C. Haftung wegen Nebenpflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	369
I. Vertragsverhältnis.....	370
II. Pflichten der Bank	384
D. Deliktsrechtliche Haftung	386
I. Ander- und offene Vollrechtstreuhandkonten	386
II. Insolvenzsonderkonten.....	390
E. Haftung nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB.....	390
F. Schlussbemerkungen.....	390

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg –Wissenschaft Online

Jahrgang 2019
Heft 2

eISSN:
2629-7132

Website:
WissOn.studzr.de

Zitiervorschlag: *Benz*, StudZR-WissOn 2019, S. 349-392

DOI: 10.11588/srzwo.2019.2.69284

A. Einführung

Der *BGH* hat im Urteil vom 7.2.2019¹ Gelegenheit gehabt, zu diversen, bisher im Schrifttum und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ungeklärten Fragen hinsichtlich der Haftung der kontoführenden Bank bei Untreue des Insolvenzverwalters Stellung zu nehmen. In dem zugrunde liegenden Fall war ein Rechtsanwalt zum Insolvenzverwalter über das Vermögen einer KG bestellt worden. Dieser eröffnete ein Rechtsanwalts-Anderkonto bei einer Bank², welches auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.5.2007³ zur Sammlung von Massezuflüssen diente. Im Berichts- und Prüfungstermin am 9.7.2007 hieß es im Abschnitt Beschlussfassungen: „Feststellung der Hinterlegungsstelle. Es wurde festgestellt, dass die Hinterlegungsstelle eingerichtet wurde.“ Die zur Hinterlegungsstelle bestimmte Bank erfuhr davon nichts. Am 15.1.2014 und am 20.8.2014 veranlasste der Verwalter Zahlungen von dem Anderkonto auf sein Kanzleikonto i. H. v. insgesamt 590.000 € unter dem Betreff „Neuanlage“ und „Übertrag Neuanlage“, wobei er am 17.3.2014 2.000 € auf das Anderkonto zurücküberwies. Er veruntreute die 588.000 € und wurde aus dem Amt als Insolvenzverwalter entlassen. Der neue Verwalter nahm die zur Hinterlegungsstelle bestimmte Bank auf Zahlung von 588.000 € in Anspruch.

Der *BGH* untersuchte drei mögliche Anspruchsgrundlagen gegen die Bank: Hinsichtlich einer Haftung als Hinterlegungsstelle judizierte der *BGH*, dass in diesem Fall keine hinreichende Bestimmung zur Hinterlegungsstelle mangels

¹ *BGH*, NJW 2019, 1442 ff.

² Der Begriff „Bank“ bezeichnet hier und im Folgenden alle Kreditinstitute i. S. v. § 1 KWG.

³ Es sei darauf hingewiesen, dass in *BGH*, BeckRS 2019, 4498 (Rn. 1); BB 2019, 1483 (Rn. 1); NJW 2019, 1442 (Rn. 1); NZI 2019, 414 (Rn. 1); NZG 2019, 750 (Rn. 1); WM 2019, 629 (Rn. 1); WuB 2019, 263 (Rn. 1); ZIP 2019, 718 (Rn. 1) und auf der Website des *BGH* (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=IX%20ZR%2047/18&nr=94053>, zuletzt abgerufen am 21.12.19) der 1.5.2007 als Tag der Eröffnung des Verfahrens angegeben wird. In *BGH*, BKR 2019, 457 (Rn. 1) wird hingegen der 1.9.2007 genannt. Dies erscheint irritierend, da jeweils der 9.7.2007 als Berichts- und Prüfungstermin angegeben ist, der jedoch nach der Eröffnung des Verfahrens stattfindet (§§ 29, 156 ff., 176 ff. InsO). Aus den Urteilen der Vorinstanzen (*OLG Stuttgart*, BeckRS 2018, 40766 und *LG Stuttgart*, BeckRS 2017, 155814) ist der Eröffnungstag nicht ersichtlich. Der 1.5.2007 erscheint als Tag der Eröffnung fragwürdig, da nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGInsO auf Verfahren, die vor dem 1.7.2007 eröffnet wurden, das bis dahin geltende Recht (also auch § 149 Abs. 2 InsO i. d. F. des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, S. 2886) Anwendung findet. Der *BGH* (und auch das *LG* und das *OLG*) wenden allerdings § 149 InsO in seiner aktuellen Fassung an (vgl. nur *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 12)). Trotzdem muss von der Richtigkeit der Darstellungen ausgegangen werden, sodass hier der 1.5.2007 als Tag der Eröffnung des Verfahrens angenommen wird.

förmlichen Beschlusses vorliege.⁴ Überdies resultiere aus der Eigenschaft als Hinterlegungsstelle keine besondere Pflichtenstellung der Bank, deren Verletzung eine Haftung begründen kann.⁵ Dies begründet der *BGH* primär damit, dass keine zu §§ 60, 61, 71 InsO vergleichbare Norm existiere, die eine Haftung der Bank konstituieren kann.⁶

Für die Haftung wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (§§ 280 Abs. 1 S. 1, 241 Abs. 2 BGB) mangle es an der erforderlichen vertraglichen Beziehung zur Insolvenzmasse, da im Falle eines Anderkontos allein der Treuhänder (hier der Verwalter) berechtigt und verpflichtet werden solle und damit Kontoinhaber sei.⁷ Eine Warnpflicht bestehe nur im Falle eines besonderen Ermächtigungstreuhandkontos (Sonderkonto).⁸ Im Rahmen dieser vertraglichen Beziehung könne sich eine Warnpflicht ergeben, wenn der Zahlungsauftrag des Verwalters objektiv evident insolvenzzweckwidrig ist und sich der Bank im Einzelfall Zweifel an der Zweckkonformität aufdrängen mussten.⁹ Im Anschluss daran stellte der *BGH* fest, dass die Einrichtung von Anderkonten durch den Insolvenzverwalter pflichtwidrig und unzulässig sei.¹⁰ Hieraus resultierten allerdings keine allgemeinen Pflichten der Bank.¹¹

Abschließend stellt der *BGH* die Möglichkeit einer Haftung nach § 826 BGB in den Raum; eine solche sei bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen gegeben, wenn die Bank sich einer objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Schädigung leichtfertig verschlossen hat.¹² Mangels entsprechender Feststellungen des Berufungsgerichts führte die Revision zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache.

Das Urteil des *BGH* wurde im Schrifttum gemischt aufgenommen.¹³ Dies überrascht nicht, da das *Gericht* mit der Haftung der Hinterlegungsstelle und der

⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 12).

⁵ *Ebd.*, Rn. 14 ff.

⁶ *Ebd.*, Rn. 17 ff.

⁷ *Ebd.*, Rn. 22 ff., insbesondere Rn. 29.

⁸ *Ebd.*, Rn. 27.

⁹ *Ebd.*, Rn. 25.

¹⁰ *Ebd.*, Rn. 31 f.

¹¹ *Ebd.*, Rn. 33.

¹² *Ebd.*, Rn. 36.

¹³ Zustimmung *Cranshaw*, Anderkonto, Insolvenz-Sonderkonto und Zahlungsdienstleister, NZI 2019, 609 ff.; *Fubst*, Keine Haftung der Hinterlegungsstelle im Insolvenzverfahren, jurisPR-InsR 8/2019, Anm. 1; *Lojowsky*, Anmerkung zu BGH: Unzulässigkeit eines einfachen Anderkontos als Massekonto und Haftung der Bank für insolvenzzweckwidrige Verfügungen des Insolvenzverwalters vom Massekonto, FD-InsR 2019, 416926; *Vortmann*, Zur Frage bestehender Haftungsrisiken von Banken aufgrund Untreuehandlungen des Insolvenzverwalters bei der Führung von

Zulässigkeit von Anderkonten zwei Themengebiete behandelt hat, hinsichtlich derer im Schrifttum erhebliche Uneinigkeit besteht. Der *BGH* überträgt hier letztlich die im allgemeinen Bankverkehr entwickelten Regeln¹⁴ und vermeidet so eine weitergehende Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz. Die Frage, ob dieser Lösung zuzustimmen ist, bildet den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Dabei wird zunächst die Haftung der Bank als Hinterlegungsstelle einer genaueren Analyse unterzogen (**B.**). Daran anknüpfend wird dann zur Haftung der Bank wegen vertraglicher Nebenpflichtverletzung Stellung genommen (**C.**); vor diesem Hintergrund wird zu begutachten sein, ob die Struktur des Kontos entsprechende Pflichten ausschließen kann. Darauf aufbauend wird auf die Problematik der Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich des Zahlungsdiensterahmenvertrags eingegangen. Dabei wird aufgezeigt, inwieweit sich Drittschutz aus einer etwaigen Pflichtwidrigkeit der Kontoeröffnung ableiten lässt. Im Anschluss an diese Überlegungen wird die genaue Ausgestaltung der Pflichten der Bank untersucht. Ferner wird die Konkurrenz zur Haftung der Bank nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB behandelt (**D.**). Schließlich wird zu der Frage einer deliktsrechtlichen Haftung der Bank unter Differenzierung zwischen Insolvenzsonderkonten und offenen Vollrechtstreuhandkonten Stellung genommen (**E.**). Nach Klärung dieser Fragen werden aus der hier entwickelten Systematik Schlussfolgerungen für das Urteil des *BGH* gezogen (**F.**)

B. Haftung als Hinterlegungsstelle, § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. § 149 Abs. 1 InsO

In Betracht kommt zunächst eine Haftung auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung. Voraussetzung hierfür ist nach § 280 Abs. 1 BGB ein Schuldverhältnis, aus dem entsprechende Pflichten resultieren können. Folglich ist zunächst zu untersuchen, ob sich aus der Einordnung der Bank als Hinterlegungsstelle i. S. v. § 149 InsO entsprechende Pflichten ergeben können.

Insolvenzkonten, WuB 2019, 265 (266); kritisch *Kamm*, Zur Kontoführung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter – Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. 7.2.2019 - IX ZR 47/18, ZInsO 2019, 1085 (1089 ff.); *Podewils*, Keine Haftung der Bank für ungetreue Insolvenzverwalter bei Führung eines Rechtsanwalts-Anderkontos, jurisPR-BKR 8/2019, Anm. 2; *Reck*, Sonderkonten und Warnhinweise als Mittel gegen Untreue durch Insolvenzverwalter?, ZVI 2019, 210 ff.; *Undritz*, Nach dem Urteil des BGH (7.2.2019 – IX ZR 47/18): Die Insolvenzpraxis auf der Suche nach BGH-konformen Verfahrenskonten, BB 2019, 1487 (1488); *Zuleger*, Rückzahlung von Überweisungsbeträgen bei Veruntreuung des Insolvenzverwalters – Feststellung einer Hinterlegungsstelle, NZI 2019, 417 (418 f.).

¹⁴ BGHZ 176, 281 (Rn. 14 ff.); 186, 58 (Rn. 14 ff.).

I. Anwendungsbereich des § 149 InsO

Der Begriff der Hinterlegung i. S. d. § 149 InsO bedeutet die Begründung eines Verwahrungsverhältnisses zur Sicherung, die zugleich nutzbringend sein kann.¹⁵ Nach überwiegender Auffassung erfasst § 149 InsO dabei auch den Umgang des Insolvenzverwalters mit der Insolvenzmasse¹⁶ zugehörigem Buchgeld.¹⁷ Dem tritt *Kießling* mit der Argumentation entgegen, dass § 149 InsO ausschließlich die Verwaltung massezugehörigen Bargelds regelt.¹⁸ *E contrario* liege der Umgang des Verwalters mit Konten des Schuldners nicht im Anwendungsbereich des § 149 InsO.¹⁹ *Kießling* begründet diese Auffassung vor allem mit dem Zweck, den der Gesetzgeber mit der Regelung des § 137 KO verfolgt habe; aus den Motiven lasse sich ableiten, dass die Regelung nicht die Masse gegen den Verwalter schützen,²⁰ sondern eine teilweise Selbstverwaltung durch die Gläubiger ermöglicht werden solle.²¹ Nur hierdurch lasse sich die Einschränkung der Rechte des Verwalters erklären, sodass § 149 InsO restriktiv auszulegen sei.²²

Allerdings muss dem eine Analyse der historischen Wurzeln des § 149 InsO entgegengehalten werden: Bereits in den Partikularrechtsordnungen des deutschen Raumes zeigte sich ein homogenes Bild: Nach dem Konkursrecht der Reichsstadt Augsburg oblag die Verwahrung des Schuldnervermögens dem Stadtvogt und auch die Versteigerung erfolgte durch einen hierfür zuständigen

¹⁵ *Jaffé*, in: MüKo-InsO II, 4. Aufl. 2019, § 149 Rn. 4.

¹⁶ Hier und im Folgenden unter Hinweis auf die Rechtsträgerschaft des Schuldners.

¹⁷ *Depré*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2018, § 149 Rn. 2; *Hintzen/Förster*, Die Pfändung in Massekonten, RPfleger 2001, 399 (399); *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 5; *Jarchow*, in: Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2019, § 149 Rn. 5; *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2017, § 149 Rn. 2; *Sinz*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung I, 15. Aufl. 2019, § 149 Rn. 8.

¹⁸ *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung, 69. EL 2019, § 149 Rn. 5 ff.; *ders.*, Die Kontenführung im Insolvenzverfahren, vor allem durch Rechtsanwälte, NZI 2006, 440 (446).

¹⁹ *Kießling*, Die Kontenführung im Insolvenzverfahren, vor allem durch Rechtsanwälte, NZI 2006, 440 (446).

²⁰ So allerdings die wohl überwiegende Auffassung: *Andres*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 39. EL 2019, § 149 Rn. 2; *Depré*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 1; *Jarchow*, in: Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 1; *Kalkmann*, in: Graf-Schlicker, Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2014, § 149 Rn. 1; *Kuder*, Kontoführung im Insolvenzverfahren, ZInsO 2009, 584 (589).

²¹ *Kießling* (Fn. 19), S. 446. Teilweise wird der Zweck ebenfalls in der Ermöglichung einer partiellen Selbstverwaltung gesehen (allerdings nicht mit derselben Schlussfolgerung wie *Kießling*): *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 1; *Jungmann*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, § 149 Rn. 1. *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1, 2016, § 149 Rn. 2, sieht eine Kombination der Ermöglichung der partiellen Selbstverwaltung und dem Schutz vor dem Verwalter als Zweck an.

²² *Kießling* (Fn. 19), S. 446.

Beamten.²³ Auch das Nürnberger Stadtrecht von 1564 sah vor, dass die in der Kanzlei des Bürgermeisters abgelieferten Vermögenswerte des Schuldners nach ihrer Inventarisierung unter Kontrolle des Stadtrichters verwaltet werden sollten; allerdings war eine Verwaltung des Vermögens durch die Gläubiger gegen Hinterlegung einer entsprechenden Sicherheit beim Stadtrichter möglich.²⁴ Im württembergischen Raum sollte – anknüpfend an das Landrecht von 1567, wonach die Hoheit über das Vermögen dem Gericht zustand²⁵ – eine Handlung des Güterpflegers mit Wirkung für das Schuldnervermögen ausschließlich auf richterliche Weisung erfolgen.²⁶ Auch die preußische Konkursordnung vom 8.5.1855²⁷ sah in §§ 161, 221 PreußKO vor, dass der Konkursverwalter die Bestände an Geldern wöchentlich zum gerichtlichen Depositorium bringen musste und nur einen angemessenen Betrag zur Bestreitung der Auslagen und Kosten der Masse behalten durfte (§ 161 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 PreußKO).²⁸ Dabei war sogar eine weniger restriktive Regelung erfolgt als im Entwurf von 1854 vorgesehen: Die Zahlung *ad depositarium* war hier als Regelfall angesehen worden, der Verwalter sollte nur die absolut notwendigen Gelder erhalten. Von diesem Entwurf war man aber abgekommen, da die praktische Umsetzung zweifelhaft erschien.²⁹

Diese Regelung war bei der Schaffung einer Konkursordnung für das Deutsche Reich³⁰ nicht mehr mit den Belangen des wirtschaftlichen Verkehrs vereinbar; in

²³ *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 58 ff.; dieser Grundsatz fand sich schon im Gerichtsbuch von 1480, vgl. *Hellmann*, Konkursrecht der Reichsstadt Augsburg, 1905, S. 40 Fn. 2.

²⁴ *Hellmann*, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1907, S. 62 f.

²⁵ Württembergisches Landrecht 1567, abgedruckt in: *Riecke/ Kappler*, Sammlung der württembergischen Gerichts-Gesetze. Enthaltend die erste Reihe der Gerichts-Gesetze vom Jahre 1298 bis zum Jahre 1608, 1831, S. 176 (286 f.): „So dann das alles beschehen soll er [der Gemeinschuldner, Anm. des Verfassers] all solcher sein Haab vn Gueter sampt deren Beschreibung den Gleubigern abtretten vnnd das Gericht die in verwarung nemen.“

²⁶ *Fecht*, Concurs-Verfahren Württemberg, 1860, S. 64: Der Güterpfleger solle insbesondere „wegen Verwendung der eingehenden Gelder von dem Gantgericht Weisung einholen“ und „ohne Weisung des Gantgerichts keine Zahlung [...] leisten“, Klammerzusatz durch den Verfasser.

²⁷ Konkurs-Ordnung vom 8.5.1855, Gesetzessammlung für die Königlich-Preußischen Staaten, S. 329; im Folgenden als „PreußKO“ bezeichnet.

²⁸ *Goltdammer*, Kommentar zur Konkursordnung 1855, 2. Aufl. 1858, S. 335 ff.; *Simon*, Preußisches Concurs-Rechte, 1856, S. 64.

²⁹ Vgl. dazu *Goltdammer* (Fn. 28), S. 336 f.

³⁰ Konkursordnung v. 10.2.1877, RGBl. S. 351 ff.

Abgrenzung zur preußischen Konkursordnung³¹ sollte eine Hinterlegung bei einer anderen Stelle ermöglicht werden; dabei sollte die Kontrolle der Gläubiger über den Verwalter durch die gesetzlich angeordnete Mitzeichnungspflicht gewahrt bleiben³². Der Entwurf einer Insolvenzordnung sah in § 169 RegEInsO gegenüber § 137 KO inhaltlich keine Änderungen vor.³³ Diese Fassung wurde dann als § 149 InsO Gesetz.³⁴ Die historische Betrachtung zeigt also, dass die Regelung des § 149 InsO in dem Gedanken wurzelt, die Masse vor zweckwidrigem oder missbräuchlichem Verhalten des Insolvenzverwalters zu schützen;³⁵ dabei erfolgte eine schrittweise Lockerung der Sicherheitsstandards, die den geänderten Anforderungen des wirtschaftlichen Verkehrs geschuldet war. Die Ermöglichung einer partiellen Selbstverwaltung ist also bloßer Reflex der Etablierung masseschützender Kompetenzen der Gläubiger. Vor diesem Hintergrund erscheint es überzeugender, auch die Verwaltung von Buchgeld dem Anwendungsbereich des § 149 InsO zu unterstellen.

II. Hinterlegungsstelle als Beteiligte des Insolvenzverfahrens i. S. d. §§ 60, 71 InsO

Wegener verweist darauf, dass die Hinterlegungsstelle Beteiligte des Insolvenzverfahrens sei und dass hieraus eine besondere Pflichtenstellung resultiere.³⁶ Grundlage des Beteiligtenbegriffs im Insolvenzverfahren bildet die Zuordnung insolvenzspezifischer Rechte und Pflichten (materiell-rechtlicher Beteiligtenbegriff).³⁷ Schon aus diesem Grund erscheint es zweifelhaft, aus einer Beteiligtenstellung Pflichten ableiten zu wollen; die Beteiligtenstellung ist Folge und nicht Grundlage einer insolvenzspezifischen Pflichtenlage (*circulus vitiosus*).

³¹ Motive zur Konkursordnung, S. 352 = *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band IV: Materialien zur Konkursordnung, Neudruck 1983, S. 317 f.

³² Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdan* (Fn. 31), S. 318 f.: „Sich der Befolgung der Beschlüsse [hinsichtlich der Hinterlegung, Anm. durch den Verfasser] durch den Verwalter zu vergewissern, gehört zur Kontrolle desselben. Die Handhaben, welche der Entwurf gewährt, sind dafür ausreichend.“; verzichten die Gläubiger auf die Bestellung eines Gläubigerausschusses und damit auf die Mitzeichnungspflicht, „so verzichten sie zugleich auf diese Garantie“.

³³ BT-Drucks. 12/2443, S. 171.

³⁴ Mit Inkrafttreten des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, S. 2886, am 1.1.1999.

³⁵ Dies bestätigt sich auch mit Blick auf BR-Drucks. 549/06, S. 38: „Im Übrigen dürfte die Haftung des Insolvenzverwalters ausreichend sein, ihn zu einem ordnungsgemäßen Vorgehen bei hinterlegten Wertsachen anzuhalten“; dies legt nahe, dass auch hier die Regelung des § 149 InsO als Schutz der Masse vor Handlungen des Insolvenzverwalters angesehen wurde; ausdrücklich auch RGZ 80, 37 (38).

³⁶ *Wegener*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2018, § 149 Rn. 8; wohl auch *Andres*, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2018, § 149 Rn. 4.

³⁷ *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 21.

Zudem muss berücksichtigt werden, dass die Auffassung, die die Hinterlegungsstelle als Verfahrensbeteiligte qualifizierte, dieser eigentlich zunächst zu einem Schadensersatzanspruch auf Grundlage des § 82 KO gegen den Insolvenzverwalter bzw. nach § 89 KO gegen die Mitglieder des Gläubigerausschusses verhelfen sollte, sofern eine Auszahlung der Hinterlegungsstelle an den Verwalter keine befreiende Wirkung hatte (§ 137 KO) und die sonstigen Voraussetzungen erfüllt waren.³⁸ Unabhängig davon, ob eine solche Einordnung zulässig ist, ist es nicht überzeugend, aus dieser – ursprünglich der Hinterlegungsstelle zu einem Vorteil verhelfenden – Konstruktion nun unmittelbar zu deren Lasten eine insolvenzspezifische Pflichtenstellung ableiten zu wollen.³⁹ Deshalb ist der Verweis auf eine Beteiligtenstellung der Hinterlegungsstelle keine valide Grundlage für die Begründung insolvenzspezifischer Pflichten derselben.

III. Insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle

Demzufolge stellt sich die Frage, ob eine insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle anderweitig hergeleitet werden kann. Diesbezüglich bietet es sich an, zwischen der Anordnung einer Mitzeichnungspflicht und dem Fehlen einer solchen zu differenzieren.

1. Mitzeichnungspflicht

Ursprünglich stellte die Mitzeichnungspflicht des Gläubigerausschusses den gesetzlichen Regelfall dar (§ 149 Abs. 2 InsO a. F.⁴⁰). Nach § 149 Abs. 2 S. 1 InsO a. F. war die Empfangszuständigkeit⁴¹ des Insolvenzverwalters beschränkt; dieser war nur dann zum Empfang berechtigt, wenn ein Mitglied des Gläubigerausschusses die Empfangsbestätigung (§ 368 BGB) mitunterzeichnete.⁴² Die Hinterlegungsstelle wurde also im Umkehrschluss nicht durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) frei.⁴³ Zudem waren nach § 149 Abs. 2 S. 2 InsO a. F. Anweisungen an die Hinterlegungsstelle unwirksam, sofern keine Mitunterzeichnung durch ein Mitglied des Gläubigerausschusses vorlag.⁴⁴ Es bestand jedoch kein praktisches Bedürfnis für das Bestehen der Mitzeichnungspflicht,⁴⁵ sodass § 149 Abs. 2 InsO a. F. aus der Insolvenzordnung

³⁸ Vgl. RGZ 149, 182 (185 f.); so auch BGH, WM 1962, 349 (349).

³⁹ So auch Eckardt, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 30.

⁴⁰ Hier und im Folgenden i. d. F. des Gesetzes vom 5.10.1994, BGBl. I 1994, S. 2886.

⁴¹ Vgl. grundlegend dazu Larenz, Schuldrecht AT, 14. Aufl. 1987, § 18 I 5, S. 240.

⁴² Fuchs/Weishäupl, in: MüKo-InsO II, 1. Aufl. 2002, § 149 Rn. 15.

⁴³ Ausführlich zu den Folgen: *ebd.*, § 149 Rn. 16 ff.

⁴⁴ Ausführlich zu den Folgen: *ebd.*, § 149 Rn. 21 ff.

⁴⁵ BR-Drucks. 549/06, S. 38; so auch Jungmann, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung (Fn. 21), § 149 Rn. 5; Pannen/Riedemann, Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des

entfernt wurde.⁴⁶ Allerdings kann eine Mitzeichnungspflicht nach allgemeinen Regeln (§ 76 InsO) weiterhin durch die Gläubigerversammlung beschlossen werden. Es stellt sich demzufolge die Frage, wie sich nach der aktuellen Gesetzeslage der Beschluss der Mitzeichnungspflicht auf die Haftung der kontoführenden Bank auswirkt. Dem Wortlaut nach zielt die Regelung auf das Innenverhältnis zwischen dem Verwalter und den Gläubigern ab. Es erscheint also nicht unbedingt naheliegend, dass der Beschluss der Mitzeichnungspflicht Pflichten der Hinterlegungsstelle begründen soll.

a) *Unwirksamkeit entsprechend § 149 Abs. 2 InsO a. F*

aa) Grundsatz

Trotzdem wird teilweise angenommen, der Gläubigerversammlung stehe es offen, den Verwalter im Außenverhältnis durch Beschluss entsprechend § 149 Abs. 2 InsO a. F. wirksam einzuschränken.⁴⁷ Demzufolge würde die Primärleistungspflicht der Bank bei Verstoß gegen die Mitzeichnungspflicht nicht nach § 362 Abs. 1 BGB durch Erfüllung erlöschen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Beschlüsse der Gläubigerversammlung entfalten ausschließlich Wirkung im Innenverhältnis zum Insolvenzverwalter; entsteht durch eine Abweichung von einem wirksamen Beschluss der Gläubigerversammlung ein Schaden, so kommt eine Haftung des Verwalters nach § 60 InsO in Betracht.⁴⁸ Würde man annehmen, im Falle der Mitzeichnungspflicht bestünde eine Sonderregelung, so müsste sich diese Abweichung vom Regelfall auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen lassen. Der Gesetzgeber hat sich aber dafür entschieden, § 149 Abs. 2 InsO a. F. komplett zu entfernen. Auf die Einführung der Möglichkeit des Beschlusses einer entsprechenden Regelung wurde verzichtet. Dabei wurde ausdrücklich darauf verwiesen, dass die Haftung des Insolvenzverwalters im Innenverhältnis als ausreichend erachtet werde.⁴⁹ Folglich rechtfertigt auch nicht der Zweck der Norm – der Schutz vor

Insolvenzverfahrens vom 8.2.2006 – Ein weiterer Mosaikstein für eine Reform der InsO, NZI 2006, 193 (198); *Sternal*, Neuregelungen zum Unternehmensinsolvenzrecht – Die geplanten Neuerungen im Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 8.2.2006, NZI 2006, 185 (192).

⁴⁶ Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.4.2007, BGBl. I 2007, S. 509, am 1.7.2007.

⁴⁷ *Förster*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2012, § 149 Rn. 17 *Kuder* (Fn. 20), S. 589; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl. 2016, Rn. 2.237; *Vortmann* (Fn. 13), S. 266.

⁴⁸ *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II, 2007, § 76 Rn. 6; *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 76 Rn. 8.

⁴⁹ BR-Drucks. 549/06, S. 38; so auch *Depré*, in: Krefl, Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2011, § 149 Rn. 8; *Jungmann*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung (Fn. 21), § 149 Rn. 5.

schädigendem Verhalten des Verwalters – eine Abweichung von der Grundregel des § 76 InsO.

In Betracht kommt nur ein Beschluss der Gläubigerversammlung dahingehend, den Insolvenzverwalter zur vertraglichen Vereinbarung einer der Mitzeichnungspflicht des § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechenden Regelung mit der Hinterlegungsstelle zu verpflichten.⁵⁰ Allerdings erscheint es aufgrund der nicht unerheblichen Risiken fernliegend, dass sich eine Bank hierauf privatautonom einlassen würde.⁵¹

bb) Insolvenzzweckwidrigkeit eines Verstoßes gegen die Mitzeichnungspflicht

Jedoch ist in Betracht zu ziehen, ob der Beschluss der Mitzeichnungspflicht im Innenverhältnis dann mittelbar Außenwirkung entfalten kann, wenn bei Verstoß gegen die Mitzeichnungspflicht eine evident insolvenzzweckwidrige und damit nichtige Handlung vorliegen würde. Nach der von der überwiegenden Auffassung vertretenen Amtstheorie ist der Insolvenzverwalter Rechtspflegeorgan, das in eigenem Namen und mit Wirkung für die Masse und den Schuldner auftritt.⁵² Der Insolvenzverwalter ist also nicht Stellvertreter der Masse, sondern agiert kraft staatlicher Ermächtigung wie der Inhaber des Vermögens selbst. Handlungen des Insolvenzverwalters sind daher im Grundsatz nach außen hin wirksam, können aber im Innenverhältnis Schadensersatzansprüche nach §§ 60, 61 InsO begründen.

Allerdings ist die Befugnis des Insolvenzverwalters im Außenverhältnis zweifach begrenzt: Zum einen ist eine gegenständliche Einschränkung auf die Insolvenzmasse gegeben, zum anderen findet eine inhaltliche Beschränkung durch den Insolvenzzweck statt. Demzufolge stellt sich die Frage, ob ein Verstoß des Insolvenzverwalters gegen den Beschluss der Mitzeichnungspflicht insolvenzzweckwidrig sein kann, sodass mittelbar eine Außenwirkung begründet werden kann.

Eine Maßnahme des Insolvenzverwalters ist insolvenzzweckwidrig, wenn sie offensichtlich dem Insolvenzzweck zuwiderläuft. Maßgeblich ist dabei unter Anwendung der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht, ob objektive Evidenz vorlag und sich dem Geschäftspartner aufgrund der

⁵⁰ Jaffé, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 1.

⁵¹ *Ebd.*; aus diesem Grund wird auf eine weitere Untersuchung dieser Konstellation hier verzichtet.

⁵² RGZ 29, 29 (36); BGHZ 88, 331 (334); *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 9. Aufl. 2019, Rn. 78; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 15.06; ausführlich dazu: *Pohlmann*, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998, Rn. 546 ff.

einzelfallbezogenen Umstände Zweifel an der Zweckkonformität aufdrängen mussten.⁵³ Insolvenzzweckwidrigkeit ist insbesondere gegeben, wenn der Schutz der Masse durch die §§ 58, 60, 61 InsO sowie die Mitwirkungsbefugnisse der Gläubiger nicht ausreichend sichergestellt ist.⁵⁴

Gegen die Annahme der Insolvenzzweckwidrigkeit bei Verstoß gegen die Mitzeichnungspflicht spricht jedoch, dass das Gesetz bei besonders bedeutsamen Rechtshandlungen eine Zustimmungspflicht des Gläubigerausschusses anordnet (§ 160 InsO). Eine dem widersprechende Vornahme besonders bedeutsamer Rechtshandlungen i. S. d. § 160 InsO ist jedoch als weniger einschneidend anzusehen als eine insolvenzzweckwidrige Handlung. Dies ergibt sich aus § 164 InsO, der bei Verstoß gegen § 160 InsO Wirkungen für das Außenverhältnis ausdrücklich ausschließt. Der Gesetzgeber erachtete jedoch eine Mitzeichnungspflicht gegenüber besonders bedeutsamen Rechtshandlungen als nachrangig, da eine solche Mitzeichnungspflicht nicht gesetzlich geregelt wurde. Angesichts dieser Dreistufigkeit kann es nicht überzeugen, quasi über die Hintertür entgegen den allgemeinen Wirkungen eines Beschlusses der Gläubigerversammlung eine Außenwirkung der Mitzeichnungspflicht zu konstruieren.

Diese Überlegung wird dadurch bestätigt, dass der Bundesrat die Haftung des Insolvenzverwalters nach §§ 60, 61 InsO ausdrücklich für ausreichend erachtete.⁵⁵ Das Kriterium der Insolvenzzweckwidrigkeit kann jedoch nur eingreifen, wenn eine Haftung nach diesen Regelungen keinen ausreichenden Schutz mehr garantiert.

b) Insolvenzspezifische Pflichtverletzung bei Missachtung der Mitzeichnungspflicht

Unabhängig davon, dass die Anordnung der Mitzeichnungspflicht keine § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechende Außenwirkung zeitigt, stellt sich die Frage, ob daraus eine Haftung der Bank als Hinterlegungsstelle folgen kann, wenn die Ausführung von unter Missachtung der Mitzeichnungspflicht vorgenommenen Anweisungen des Insolvenzverwalters nicht abgelehnt wird.

⁵³ BGHZ 150, 353 (360 f.); *Bork*, Kann der (vorläufige) Insolvenzverwalter auf das Anfechtungsrecht verzichten?, ZIP 2006, 589 (591 f.); *Pape*, Die Insolvenzzweckwidrigkeit von Rechtshandlungen des vorläufigen und des endgültigen Insolvenzverwalters/Sachwalters, ZInsO 2016, 2149 (2150 f.); *Sternal*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung (Fn. 21), § 80 Rn. 34; ausführlich dazu *Klinck*, Insolvenzzweckwidrigkeit, KTS 2019, 1 ff.; noch ohne ausdrückliches Abstellen auf den Empfängerhorizont: RGZ 57, 195 (199 f.); *BGH*, WM 1955, 312 (312).

⁵⁴ *Pape* (Fn. 53), S. 2152.

⁵⁵ BR-Drucks. 549/06, S. 38.

aa) Die Grundlagen der im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung

Im Schrifttum herrscht die Auffassung vor, die Hinterlegungsstelle träfen (unabhängig vom Freiwerden von der Leistungspflicht durch Erfüllung) insolvenzspezifische Schutzpflichten, deren Verletzung gegebenenfalls zu einem Schadensersatzanspruch der Masse gegen die Hinterlegungsstelle führen könne; dabei wird jedoch auf eine Begründung dieser weitreichenden Haftung verzichtet.⁵⁶ Diesbezüglich fällt auf, dass als Beleg regelmäßig die Rechtsprechung des *RG* herangezogen wird⁵⁷, vereinzelt wird sogar auf die Rechtsprechung des *BGH* verwiesen⁵⁸.

⁵⁶ *Andres*, in: *Andres/Leithaus*, Insolvenzordnung (Fn. 36), § 149 Rn. 4: da Beteiligte; *ders.*, in: *Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 22: keine Begründung, Verweis auf RGZ 143, 263 (267); *Förster*, in: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Insolvenzordnung (Fn. 47), § 149 Rn. 16: keine Begründung, Verweis auf RGZ 143, 263 ff.; *Hess*, Insolvenzordnung Großkommentar II, 2. Aufl. 2012, § 149 Rn. 19: keine Begründung, Verweis auf RGZ 80, 37 (39 ff.); 143, 263 (267); *ders.*, in: *Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung III*, 2017, § 149 Rn. 24 f.: keine Begründung, Verweis auf RGZ 80, 37 (39 ff.); 143, 263 (267); *Holzer*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, Insolvenzordnung, 80. EL 2019, § 149 Rn. 19: keine Begründung, Verweis auf RGZ 149, 182 (186); *Jaffé*, in: *MüKo-InsO II* (Fn. 15), § 149 Rn. 26: keine Begründung; *Jarchow*, in: *Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung* (Fn. 17), § 149 Rn. 24: keine Begründung; *Kuder* (Fn. 20), S. 589: keine Begründung; *Kalkmann*, in: *Graf-Schlicker*, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 10 f.: keine Begründung; *Lind*, in: *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier*, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 7: keine Begründung; *Obermüller* (Fn. 47), Rn. 2.237: keine Begründung, allerdings einschränkend Rn. 2.240: „regelmäßig keine Überwachungspflicht“; *Paulus*, Überlegungen zur Kontoführung eines Insolvenzverwalters, WM 2008, 473 (473): keine Begründung, da dies „seit langem schon so anerkannter Standard“ sei; *Sinz*, in: *Uhlenbruck*, Insolvenzordnung I (Fn. 17), § 149 Rn. 20: Pflichten resultieren aus Beteiligtenstellung, Verweis auf RGZ 149, 182 (185); *Wegener*, in: *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung* (Fn. 36), § 149 Rn. 8: da Beteiligte; *Zimmer*, in: *Bork/Hölzle*, Handbuch Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2019, Kap. 6 Rn. 176: da Beteiligte. Der bloße Verweis auf die Beteiligtenstellung vermag eine dogmatische Begründung, wie oben dargestellt, nicht zu ersetzen.

⁵⁷ Siehe die Nachweise in Fn. 56.

⁵⁸ *Obermüller* (Fn. 47), Rn. 2.235 ff. Fn. 2 und 9 mit Verweis auf *BGH*, ZinsO 2013, 986 f.

bb) Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung

(1) Die Urteile des RG vom 5.7.1912 – III 517/11⁵⁹, vom 11.11.1914⁶⁰, vom 30.1.1934 – VII 294/33⁶¹ und vom 7.11.1935 – VI 188/35⁶²

Das Urteil des RG vom 5.7.1912⁶³ behandelt die Auszahlungen einer als Hinterlegungsstelle bestimmten Bank an den Konkursverwalter unter Missachtung der Mitzeichnungspflicht (§ 137 KO). Schon aus der Darstellung des Sachverhalts lässt sich folgern, dass hier keine Schadensersatzverpflichtung der Bank in Rede steht, sondern über das Fortbestehen der Primärleistungspflicht geurteilt werden sollte.⁶⁴ Irritierend erscheint vor diesem Hintergrund zwar, dass von einer „durch § 137 vorgeschriebene[n] besondere[n] Sorgfaltspflicht“⁶⁵ gesprochen wird. Aus dem Kontext ergibt sich allerdings, dass hier wohl eher eine Obliegenheit der Hinterlegungsstelle, das Vorliegen der Voraussetzungen der Mitzeichnungspflicht zu überprüfen, um durch Erfüllung von der Leistungsverpflichtung frei zu werden, gemeint ist.⁶⁶ Auch die Entscheidungsgründe greifen eine gesonderte Verpflichtung der Hinterlegungsstelle nicht auf.⁶⁷ Ein ähnliches Bild ergibt sich hinsichtlich des Urteils vom 11.11.1914⁶⁸: Das RG entschied, dass die Hinterlegungsstelle die „hinterlegten Gelder nicht mit befreiender Wirkung zurückzahlen konnte“⁶⁹. Auch hier wird keine neben den Wirkungen des § 137 KO bestehende Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle angenommen.

Im Urteil vom 30.1.1934⁷⁰ ist in der Darstellung des Tatbestandes zu lesen, der neu bestellte Konkursverwalter habe die Beklagte „auf Schadensersatz in Anspruch genommen“⁷¹. Man könnte folglich daran denken, dass Gegenstand der Entscheidung eine neben den Wirkungen des § 137 KO bestehende

⁵⁹ RGZ 80, 37 ff.

⁶⁰ RG, JW 1914, 157 Nr. 22.

⁶¹ RGZ 143, 263 ff.

⁶² RGZ 149, 182 ff.

⁶³ RGZ 80, 37 ff.

⁶⁴ *Ebd.*, S. 37: Der Kläger beansprucht, dass er „Zahlungen der Beklagten an den früheren Konkursverwalter [...] nicht gegen sich gelten zu lassen brauche, weil die Quittungen [...] nur von dem Konkursverwalter, nicht auch von einem Mitgliede des Gläubigerausschusses unterzeichnet seien.“; Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁶⁵ *Ebd.*; Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁶⁶ Im Ergebnis auch *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 30.

⁶⁷ Das Urteil befasst sich hauptsächlich mit der Frage, inwieweit eine Kenntnis der Hinterlegungsstelle von ihrer Eigenschaft als solcher und von dem Bestehen der Mitzeichnungspflicht notwendig ist.

⁶⁸ RG, JW 1914, 157 Nr. 22.

⁶⁹ *Ebd.* mit Verweis auf RGZ 80, 37 ff.

⁷⁰ RGZ 143, 263 ff.

⁷¹ *Ebd.*, S. 264.

Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle sei, die einen solchen Schadensersatzanspruch rechtfertigen könnte. Allerdings revidiert sich dieser Eindruck bereits unmittelbar zu Anfang der Entscheidungsgründe: Gegenstand der Klage sei, dass die Klägerin die Zahlungen der Hinterlegungsstelle „als Erfüllung nicht gelten lassen [wolle], weil die Quittungen nicht von einem Mitglied des Gläubigerausschusses mitunterzeichnet worden seien, wie es § 137 KO erforder[e].“⁷² Irritierend erscheint vor diesem Hintergrund zwar, dass das Gericht danach von einer „Haftung der Beklagten“, die aus „Verletzung ihrer Erkundigungspflicht“ folge, spricht.⁷³ Auf diese Passage wird in der Kommentarliteratur auch teilweise verwiesen.⁷⁴ Mit Blick auf den unmittelbar folgenden Abschnitt vermag sich der Eindruck der Annahme einer besonderen Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle durch das RG aber zu korrigieren: Dort wird als Schlussfolgerung aus dem Zitierten festgestellt, dass die Bank den Betrag aus diesem Grund nicht „mit befreiender Wirkung zurückzahlen durfte“⁷⁵. In diesem Kontext erschließt sich nun, dass die „Erkundigungspflicht“ eher als Erkundigungsobliegenheit gemeint war; dass hier eine terminologische Ungenauigkeit und keine Etablierung eines neuen Haftungsgrundes vorliegt, bestätigt sich auch dadurch, dass unmittelbar vor dieser Passage auf das Urteil vom 5.7.1912⁷⁶ verwiesen wird. Wie bereits festgestellt, behandelt auch dieses eine bloße Obliegenheit der Hinterlegungsstelle. Zudem war Gegenstand der Entscheidung kein Schadensersatzverlangen, sondern der Anspruch der Masse auf Erfüllung der Primärleistungspflicht.

Demgegenüber erscheint die Terminologie des Urteils vom 7.11.1935⁷⁷ eindeutig: Ausdrücklich stellt das RG fest, dass „der Erfüllungsanspruch der Masse gegen die Stadtbank nach § 137 KO fortbestand“⁷⁸. Zudem wird zwischen dem Anspruch gegen die „erfüllungspflichtige Stadtbank“ und gegen die „schadenersatzpflichtigen Mitglieder des Gläubigerausschusses“ unter Hinweis auf die „Verschiedenheit des Rechtsgrundes“ unterschieden.⁷⁹

In den im Schrifttum regelmäßig zitierten Urteilen des RG findet sich folglich kein Beleg für die Auffassung, die neben den Wirkungen des § 149 Abs. 2 InsO a. F. eine besondere Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle annimmt.

⁷² RGZ 143, 263 (265); Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁷³ *Ebd.*, S. 267.

⁷⁴ Siehe die Nachweise in Fn. 56.

⁷⁵ RGZ 143, 263 (267) mit Verweis auf RG, JW 1914, 157 Nr. 22.

⁷⁶ RGZ 80, 37 ff.

⁷⁷ RGZ 149, 182 ff.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 186.

⁷⁹ RGZ 149, 182 (186).

(2) Die Entscheidungen des *BGH* vom 21.3.2013 – IX ZR 109/10⁸⁰, vom 9.10.2014 – IX ZR 140/11⁸¹ und vom 25.6.2015 – IX ZR 142/13⁸²

Vereinzelt wird im Schrifttum auch auf eine angebliche Rechtsprechung des *BGH* verwiesen, die im Sinne der Auffassung, die eine insolvenzspezifische Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle annimmt, zu deuten sei.⁸³ Der *BGH* judiziert im Urteil vom 7.2.2019, dass aus der bisherigen Rechtsprechung des *Gerichts* keine solchen Schlussfolgerungen gezogen werden könnten.⁸⁴

Der *BGH* stellt im Beschluss vom 21.3.2013 nur fest, dass eine Bank als Hinterlegungsstelle „wegen Missachtung des Mitzeichnungsvorbehalts gemäß § 149 Abs. 2 InsO a. F. [...] nicht befreiend geleistet“⁸⁵ habe. Schon daraus ergibt sich, dass das der Entscheidung zugrunde liegende Geschehen unter Geltung des § 149 Abs. 2 InsO a. F.⁸⁶ stattfand; diese Analyse bestätigt sich mit Blick auf das Urteil des Berufungsgerichts vom 3.6.2010⁸⁷: Insofern können hieraus keine Rückschlüsse auf die aktuelle Gesetzeslage gezogen werden, da der *BGH* auch hier nur die Frage des Erlöschens der Primärleistungspflicht durch Erfüllung behandelte. Auch das Urteil des *BGH* vom 9.10.2014 hat einen Sachverhalt, der der Geltung des § 149 Abs. 2 InsO a. F. unterliegt, zum Gegenstand.⁸⁸ Insofern war die Schlussfolgerung des *BGH*, der Masse könnten „aufgrund oder trotz der von dem untreuen Verwalter begangenen Veruntreuungen“ gegebenenfalls „Ansprüche gegen die beteiligten Banken“⁸⁹ zustehen, nur konsequente Anwendung des § 149 Abs. 2 InsO a. F. Eine insolvenzspezifische gesonderte Pflichtenstellung lässt sich daraus nicht ableiten.⁹⁰ Selbiges gilt für das Urteil des *BGH* vom 26.5.2015⁹¹: Auch dort lag der Entscheidung ein Sachverhalt

⁸⁰ *BGH*, ZIP 2013, 1235.

⁸¹ *BGHZ* 202, 324 ff.

⁸² *BGH*, ZInsO 2015, 1563 ff.

⁸³ *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Fn. 68; *Obermüller* (Fn. 47), Rn. 2.235 ff. Fn. 2 und 9 mit Verweis auf *BGH*, ZInsO 2013, 986 f.

⁸⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 20) mit Verweis auf *BGHZ* 202, 324 ff. und *BGH*, ZIP 2013, 1235 sowie *BGH*, ZInsO 2015, 1563 ff.

⁸⁵ *BGH*, ZIP 2013, 1235 (Rn. 5); Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁸⁶ Auf Verfahren, die vor dem 1.7. 2007 eröffnet wurden, ist die bis 30.6.2007 geltende Fassung des § 149 InsO anzuwenden, Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO.

⁸⁷ *OLG Celle*, ZIP 2010, 1862 (1862): Das Verfahren wurde am 9.11.2002 eröffnet; zudem S. 1865: „Jede Anweisung zur Verfügung über Guthaben dieses Kontos [hätte der] Mitunterzeichnung nach § 149 Abs. 2 InsO a. F. bedurft“; Klammerzusatz durch den Verfasser.

⁸⁸ Das Verfahren wurde am 13.9.1999 eröffnet, *BGHZ* 202, 324 (Rn. 1).

⁸⁹ *BGHZ* 202, 324 (Rn. 51).

⁹⁰ Demzufolge ist auch nicht, davon auszugehen, der *BGH* habe dies „andeutungsweise“ (vgl. *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Fn. 68) vertreten.

⁹¹ *BGH*, ZInsO 2015, 1563 ff.

zugrunde, für den § 149 Abs. 2 InsO a. F. Geltung beanspruchte.⁹² Die als Beleg herangezogene Passage behandelt ebenfalls nur die Wirkungen des § 149 Abs. 2 InsO a. F.⁹³

Demzufolge ist dem *BGH* darin beizupflichten, dass aus der bisherigen Rechtsprechung des *Gerichts* keine Aussage hinsichtlich einer insolvenzspezifischen Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle abgeleitet werden kann.⁹⁴

(3) Schlussfolgerungen

Die vorangegangene Analyse hat ergeben, dass die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung bis zum Urteil vom 7.2.2019⁹⁵ keine Stellungnahme hinsichtlich einer insolvenzspezifischen Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle, deren Verletzung eine Schadensersatzverpflichtung begründen könnte, enthält. Angesichts dessen, dass das Schrifttum entweder auf die Begründung einer solchen Pflichtenstellung gänzlich verzichtet oder diese mit einem bloßen Verweis auf eine angebliche höchstrichterliche Rechtsprechung zu belegen versucht, stellt sich die Frage, ob sich eine solche dogmatisch begründen lässt.

cc) Historie

In den Motiven findet sich kein Hinweis darauf, dass mit der Regelung des § 137 KO eine Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle begründet werden sollte; es wird ausschließlich hingewiesen, dass die Hinterlegungsstelle die Obliegenheit habe, sich des Vorliegens der Voraussetzungen der Mitzeichnungspflicht zu versichern.⁹⁶ Allerdings könnte sich eine andere Wertung daraus ergeben, dass eine Mitzeichnungspflicht mit Außenwirkung nicht mehr besteht oder beschlossen werden kann.

dd) Systematik

§ 69 InsO normiert ausdrücklich die insolvenzspezifischen Pflichten des Gläubigerausschusses, bei deren Verletzung dieser nach § 71 InsO haftet. Entsprechendes gilt in Bezug auf die Haftung des Insolvenzverwalters: Diese wird durch §§ 60, 61 InsO ausdrücklich geregelt. Zudem findet eine Einschränkung auf insolvenzspezifische Pflichten statt.⁹⁷ Daraus lässt sich

⁹² Das Verfahren wurde am 30.8.2002 eröffnet, *BGH*, ZInsO 2015, 1563 (Rn. 1).

⁹³ *BGH*, ZInsO 2015, 1563 (Rn. 26) mit Verweis auf *BGHZ* 202, 324 (Rn. 51).

⁹⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 20).

⁹⁵ *Ebd.*, S. 1442 ff.

⁹⁶ Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdán* (Fn. 31), S. 319.

⁹⁷ *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 60 Rn. 9; *Hess*, in: Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung II, 2017, § 60 Rn. 1.

folgen, dass eine Haftung erstens nur erfolgen soll, wenn Pflichten ausdrücklich normiert und konkretisiert sind und zweitens eine Regelung besteht, die die Haftung begründet (§§ 60, 61, 71 InsO).⁹⁸ Beide Voraussetzungen sind im Falle der Hinterlegungsstelle nicht erfüllt: Weder statuiert die Insolvenzordnung (noch die Konkursordnung) besondere Pflichten derselben, noch besteht eine Regelung, die ihre Haftung anordnet. Es erscheint also begründungsbedürftig, wieso ausgerechnet in diesem Fall von der Systematik der Insolvenzordnung abgewichen werden sollte, zumal sich die Haftung des Insolvenzverwalters regelmäßig im Falle der Missachtung der Mitzeichnungspflicht mit der der Hinterlegungsstelle überschneiden würde. Die Haftung des Insolvenzverwalters wurde aber ausdrücklich als ausreichend erachtet.⁹⁹ Dies erscheint umso fragwürdiger angesichts dessen, dass der Insolvenzverwalter eine besonders herausgehobene Position mit vielfältigen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Masse innehat. Wenn selbst für diesen festgelegt wird, dass die Pflichten klar definiert und eingegrenzt werden müssen, um die Haftung klar zu strukturieren, so erscheint es fragwürdig, daneben die Hinterlegungsstelle ohne jede ausdrückliche Regelung haften lassen zu wollen. Darüber hinaus ist keine Zustimmung der Hinterlegungsstelle notwendig, um als solche bestimmt zu werden.¹⁰⁰ Würde man dann aber eine Haftung derselben annehmen, so würde dies eine Abweichung vom Grundsatz der Privatautonomie bedeuten: Grundsätzlich haftet die Bank nur ihrem Vertragspartner, den sie sich selbst aussuchen konnte; dabei ist ihre Haftung als Zahlstelle sogar regelmäßig gegenüber dem sonstigen Rechtsverkehr eingeschränkt.¹⁰¹ Dann erscheint es aber nicht konsequent, ohne jede gesetzliche Grundlage sowohl entgegen der Systematik der Insolvenzordnung als auch den Grundstrukturen des Vertrags- und Bankrechts eine besondere Pflichtenstellung der Hinterlegungsstelle begründen zu wollen. Dies bestätigt sich dadurch, dass der Gesetzgeber den Schutz des § 149 Abs. 2 InsO a. F. als nicht notwendig erachtete; wenn der Gesetzgeber angenommen hätte, dass ein weitergehender Schutz der Masse erforderlich gewesen wäre, hätte die Möglichkeit bestanden, eine Regelung in die Insolvenzordnung aufzunehmen, die sowohl Pflichten der Hinterlegungsstelle

⁹⁸ Ansonsten wurde die Gefahr einer ausufernden Haftung gesehen, BT-Drucks. 12/2443, S. 129; so bereits: Zweiter Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 78 ff.

⁹⁹ BR-Drucks. 549/06, S. 38.

¹⁰⁰ So stellvertretend für die überwiegende Auffassung: *Haffa/Leichtle*, in: Braun, Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2017, § 149 Rn. 7; *Hess*, in: Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung III (Fn. 56), § 149 Rn. 24; *Sinz*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung I (Fn. 17), § 149 Rn. 8; *Wegener*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 36), § 149 Rn. 3.

¹⁰¹ BGHZ 176, 281 (Rn. 14).

als auch deren Haftung begründet. Stattdessen wurde, wie oben dargestellt, auf die Haftung des Insolvenzverwalters verwiesen.

ee) Schlussfolgerungen

Folglich fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage, um eine insolvenzspezifische Haftung der Hinterlegungsstelle bei Verstoß gegen eine im Innenverhältnis wirksam beschlossene Mitzeichnungspflicht zu begründen.¹⁰²

2. Keine Mitzeichnungspflicht

Nach diesen Ausführungen lässt sich die vom *BGH* behandelte Frage, ob eine Haftung einer Bank allein aus deren Stellung als Hinterlegungsstelle ohne Beschluss einer Mitzeichnungspflicht im Innenverhältnis hergeleitet werden könnte, mit den dargestellten Erwägungen verneinen. Dies gilt selbst für die Auffassung, die eine besondere Pflichtenstellung im Falle des Beschlusses der Mitzeichnungspflicht annimmt, da hier weitere Gründe gegen eine Pflichtenstellung allein aufgrund der Einordnung als Hinterlegungsstelle sprechen würden: So steht es den Gläubigern nach dem oben Dargestellten frei, im Innenverhältnis eine Mitzeichnungspflicht anzuordnen; würde man annehmen, dass aus der Verletzung derselben eine Haftung der Hinterlegungsstelle resultieren könnte, so stünde es den Gläubigern offen, sich durch den Beschluss einer solchen Pflicht abzusichern. Beschließen sie eine solche nicht, so verzichten sie jedoch auf diesen Schutz; diese Wertung findet sich bereits zu der im Außenverhältnis wirksamen Mitzeichnungspflicht nach § 137 KO in den Motiven: „Enthalten sich die Gläubiger der Bestellung eines Gläubigerausschusses, so verzichten sie zugleich auf diese Garantie.“¹⁰³ Unter Berücksichtigung dieser Überlegungen erscheint es dann aber angesichts dessen, dass jedwede normative Grundlage einer Haftung der Hinterlegungsstelle fehlt, selbst wenn man eine irgendwie geartete Pflicht der Bank als Hinterlegungsstelle zur Überwachung der im Innenverhältnis beschlossenen Mitzeichnungspflicht annehmen würde, fernliegend, eine solche allein aus der Einordnung als Hinterlegungsstelle herleiten zu wollen.

3. Haftung bei Anwendbarkeit des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO

Die gerade dargestellten Überlegungen hinsichtlich der Haftung der Hinterlegungsstelle lassen sich aufgrund derselben fehlenden normativen Grundlage auch auf den Fall übertragen, in dem das Verfahren vor dem 1.7.2007 eröffnet wurde, sodass nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO die Regelung des

¹⁰² Im Ergebnis auch *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 18).

¹⁰³ Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdan* (Fn. 31), S. 319.

§ 149 Abs. 2 InsO a. F. Anwendung findet. Allerdings stellt sich die Frage, wie sich die Mitzeichnungspflicht nach § 149 Abs. 2 InsO a. F. – sofern keine Ausnahme durch Beschluss erfolgt ist – hinsichtlich der Primärleistungspflicht auswirkt. Für die Wirkung gelten die oben dargestellten Grundsätze; maßgeblich ist jedoch, ob die Kenntnis der Bank von ihrer Eigenschaft als Hinterlegungsstelle erforderlich ist. Der Wortlaut des § 149 Abs. 2 InsO a. F. setzt keine Kenntnis voraus. Die Motive bieten keine Anhaltspunkte.¹⁰⁴

Ausgangspunkt muss also sein, dass hier ein sehr weitreichender Eingriff stattfindet, der nicht unerhebliche Risiken für die Bank birgt. Gleichzeitig fungiert die Bank als bloße Zahlstelle und kontrolliert Zahlungsaufträge nur eingeschränkt (§ 675r BGB). Die Mitzeichnungspflicht besteht allein im Interesse der Gläubiger, die Zustimmung der Bank ist nicht erforderlich. Zudem sind die Gläubiger diejenigen, die die jeweilige Bank als Hinterlegungsstelle auswählen; angesichts dessen erscheint es überzeugender, § 149 Abs. 2 InsO a. F. nur anzuwenden, wenn die Bank Kenntnis von ihrer Bestimmung zur Hinterlegungsstelle hat, da es den Gläubigern zumutbar ist, diese nach dem Beschluss zu informieren.¹⁰⁵ Hat die Bank diese Kenntnis, so muss sie vom Bestehen der Mitzeichnungspflicht ausgehen, da diese den gesetzlichen Regelfall darstellt.

IV. Ergebnis

Folglich treffen die Bank als Hinterlegungsstelle keine Pflichten gegenüber der Insolvenzmasse. Insbesondere tritt keine § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechende Wirkung hinsichtlich der Wirksamkeit von Anweisungen und der Empfangszuständigkeit des Insolvenzverwalters ein. Eine Begründung der Haftung der Bank aufgrund der Eigenschaft als Hinterlegungsstelle ist somit ausgeschlossen. Im Falle der Anwendbarkeit des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 EGIInsO ergibt sich für die Pflichtenlage nichts anderes. Überdies treten die Wirkungen des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nur ein, wenn die Bank Kenntnis von ihrer Eigenschaft als Hinterlegungsstelle hat.

¹⁰⁴ Motive zur Konkursordnung, S. 353 = *Hahn/Mugdan* (Fn. 31), S. 319.

¹⁰⁵ Vgl. allgemein zu diesen Erwägungen: *Eckardt*, in: Jaeger, *Insolvenzordnung* V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 30 ff.; diese Argumentation wird auch nicht dadurch entkräftet, dass man der Bank ein Recht auf Einsicht in die Insolvenzakten zugesteht (vgl. *OLG Naumburg*, ZIP 2010, 1765 ff.), da es den Gläubigern, wie dargestellt, auch dann zumutbar wäre, die Bank über den Beschluss zu informieren und die Informationsbeschaffung nicht der Bank aufzubürden.

C. Haftung wegen Nebenpflichtverletzung, §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

Regelmäßig besteht zwischen dem Schuldner und der Bank ein Giroverhältnis. Bestandteil dieses Giroverhältnisses ist ein Zahlungsdiensterahmenvertrag (§ 675f Abs. 2 BGB).¹⁰⁶ Zudem wird das Girokonto regelmäßig als Kontokorrentkonto geführt, sodass als weiterer Bestandteil eine Kontokorrentabrede hinzutritt.¹⁰⁷

Allerdings erlischt der Zahlungsdiensterahmenvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. v. § 675 Abs. 1 BGB gemäß §§ 116 S. 1, 115 Abs. 1 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.¹⁰⁸ Das Kreditinstitut ist zwar weiterhin berechtigt, eingehende Zahlungen für den Schuldner entgegenzunehmen und einem internen Konto gutzuschreiben, allerdings besteht hierzu keine Verpflichtung.¹⁰⁹ Zudem ist das Kreditinstitut zur Wahrnehmung der schuldnerischen Interessen nicht mehr berechtigt und kann daher keine Forderungen gegen die Insolvenzmasse mehr erlangen.¹¹⁰ Auch die Kontokorrentabrede erlischt spätestens¹¹¹ mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens.¹¹² Für den Insolvenzverwalter besteht aber die Notwendigkeit, über ein Konto zu verfügen, über das eine Verwaltung der Massegelder erfolgen kann; er muss also ein neues Vertragsverhältnis mit einer Bank eingehen. Demzufolge stellt sich die Frage, inwieweit hier noch eine vertragliche Beziehung der Bank zur Insolvenzmasse besteht, aus der die Insolvenzmasse bei schädigendem Verhalten des Insolvenzverwalters die Bank in Anspruch nehmen kann. Die Haftung der Bank ist hier regelmäßig von

¹⁰⁶ *Einsle*, Bank- und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 8; *Schwintowski*, Bankrecht, 5. Aufl. 2018, Kap. 9 Rn. 6.

¹⁰⁷ *Hoffmann*, in: Runkel/Schmidt, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 120; *Schwintowski* (Fn. 106), Kap. 9 Rn. 82.

¹⁰⁸ *Foerste*, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, § 19 Rn. 269; *Höpfner/v. Buchwald*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht (Fn. 56), Kap. 8 Rn. 110; *Vortmann*, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl. 2015, Kap. 27 Rn. 2; ablehnend *Kießling* (Fn. 19), S. 441; soweit man einen allgemeinen Bankvertrag anerkennt, ergeben sich keine Besonderheiten, vgl. *Hoffmann*, in: Runkel/Schmidt, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht (Fn. 107), § 9 Rn. 117.

¹⁰⁹ BGHZ 170, 121 (Rn. 12); BGH, WM 1995, 745 (745); *Zuleger*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 26 Rn. 47.

¹¹⁰ Allerdings bestehen Ausnahmen nach § 115 Abs. 3 InsO und § 116 S. 2 InsO.

¹¹¹ Vgl. *Höpfner/v. Buchwald*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht (Fn. 56), Kap. 8 Rn. 111.

¹¹² BGHZ 58, 108 (111); 70, 86 (93); *Nobbe*, Zahlungsverkehr und Insolvenz, KTS 2007, 397 (399); *Hoffmann*, in: Runkel/Schmidt, Anwaltshandbuch Insolvenzrecht (Fn. 107), § 9 Rn. 125; *Steinboff*, Die insolvenzrechtlichen Probleme im Überweisungsverkehr, ZIP 2000, 1141 (1142).

besonderem Interesse, wenn der Insolvenzverwalter nicht zur Rückzahlung imstande ist.

I. Vertragsverhältnis

1. Voraussetzungen einer vertraglichen Beziehung zur Insolvenzmasse

Voraussetzung vertraglicher Nebenpflichten ist das Bestehen einer vertraglichen Beziehung. Insofern bietet es sich an, zur Analyse zwischen den verschiedenen denkbaren Ausgestaltungsmöglichkeiten der Kontobeziehung zu differenzieren.

a) Grundlegende vertragliche Ausgestaltung

aa) Anderkonten

Anderkonten sind offene Vollrechtstreuhandkonten, die nur bestimmten Personengruppen, deren Standesrecht Gewähr für die sichere Verwahrung fremder Gelder bietet, zugänglich sind.¹¹³ Der Insolvenzverwalter als solcher kann kein Anderkonto einrichten.¹¹⁴ Im Gegensatz zu normalen offenen Vollrechtstreuhandkonten sind Anderkonten durch die Anderkonto-Bedingungen¹¹⁵ besonders ausgestaltet. Kontoinhaber und damit allein gegenüber der Bank berechtigt und verpflichtet ist beim Anderkonto der Treuhänder;¹¹⁶ der Treugeber ist nur wirtschaftlich Berechtigter und hat einen Anspruch gegen den Treuhänder aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB.¹¹⁷

Daraus ergibt sich, dass in Ermangelung einer vertraglichen Beziehung grundsätzlich keine Pflichten der Bank gegenüber der Masse bestehen.

¹¹³ Dazu ausführlich: *Kamm*, Kontoführung in der Insolvenz: Schuldner- und Treuhandkonto im Vergleich, 2017, S. 31 ff.

¹¹⁴ *Gößmann*, Die neuen Anderkonto-Bedingungen 2000, WM 2000, 857 (858); *Kuder* (Fn. 20), S. 585; *Schulte-Kaubrügger*, Kontoeinrichtung durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter – Sonderkonto oder Anderkonto?, ZIP 2011, 1400 (1401). Das Verbot des Insichgeschäfts (§ 181 BGB) steht der Einrichtung eines Anderkontos durch den Verwalter nicht entgegen, vgl. *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 15.

¹¹⁵ Es wird davon ausgegangen, dass der Insolvenzverwalter, der ein Anderkonto eröffnet, regelmäßig Rechtsanwalt sein wird; deshalb werden die Anderkonto-Bedingungen für Rechtsanwälte (abgedruckt in *Bunte/Zahrte*, AGB-Banken, 5. Aufl. 2019, S. 961 ff.) hier zugrunde gelegt. Im Folgenden als „AKB“ bezeichnet.

¹¹⁶ BGHZ 11, 37 (43); *Canaris*, Bankvertragsrecht I, 3. Aufl. 1988, Rn. 293.

¹¹⁷ BGH, NJW 1954, 190 (192); *Kamm* (Fn. 13), S. 1086; *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1402.

bb) Vollrechtstreuhandkonten

Auch die Führung von offenen Vollrechtstreuhandkonten¹¹⁸ begründet keine rechtliche Beziehung des Dritten zum Treugeber; berechtigt und verpflichtet ist wiederum unmittelbar nur der Insolvenzverwalter als Treuhänder. Besondere Pflichten der Bank gegenüber der Insolvenzmasse sind auch hier grundsätzlich abzulehnen.

cc) Insolvenzsonderkonten

Ein Insolvenzsonderkonto¹¹⁹ ist ein Eigenkonto des Schuldners, über das der Insolvenzverwalter als Amtswalter verfügen darf; er ist hier nicht selbst Rechtsinhaber, sondern hat die Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen (Ermächtigungstreuhand)¹²⁰. Demzufolge ist hier die Masse Konto- und Forderungsinhaber. Aus diesem Grund besteht eine vertragliche Bindung zur Masse, die Pflichten begründen kann.

b) Einbeziehung der Insolvenzmasse in den Schutzbereich bei Vollrechtstreuhand

Hinsichtlich der Vollrechtstreuhandkonten könnte sich etwas anderes ergeben, wenn die Insolvenzmasse in den Schutzbereich des Vertrags zwischen der Bank und dem Insolvenzverwalter einbezogen wird. Voraussetzungen hierfür sind die Leistungsnähe des Dritten, ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einbeziehung des Dritten, die Zumutbarkeit der Einbeziehung für den Schuldner und die Schutzbedürftigkeit des Dritten (Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter).¹²¹

Zweifelhaft erscheint dabei bereits die Schutzbedürftigkeit der Insolvenzmasse. Die Schutzbedürftigkeit des Dritten ist gegeben, wenn der Dritte keine eigenen vertraglichen Ansprüche hat, die inhaltlich dem Einbezug in das Haftungskonzept des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte entsprechen.¹²² Dieser Grundsatz ergibt sich daraus, dass der Drittschutz zwischen dem

¹¹⁸ Der Unterschied zum Anderkonto besteht darin, dass bei diesem bei Abschluss des Zahlungsdiensterahmenvertrags (§ 675f Abs. 2 BGB) die AKB mit vereinbart werden.

¹¹⁹ Vgl. zur begrifflichen Entwicklung *Kamm* (Fn. 13), S. 1086.

¹²⁰ Vgl. zur Ermächtigungstreuhand: *Kamm* (Fn. 113), S. 24 f.; Im Gegensatz zum „regulären“ Ermächtigungstreuhandkonto sollte das Insolvenzsonderkonto aber ausdrücklich als solches bezeichnet werden, um klarzustellen, dass der Schuldner keine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hat, da diese bei der „regulären“ Ermächtigungstreuhand regelmäßig neben der Verfügungsbefugnis des Treuhänders fortbesteht, vgl. *Kießling* (Fn. 19), S. 442.

¹²¹ *Hadding*, in: *Soergel V/3: Schuldrecht 3/3*, 13. Aufl. 2010, Anh. § 328 Rn. 14 ff.; *Stürner*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, 14. Aufl. 2019, Vor § 328 Rn. 5 ff.

¹²² BGHZ 70, 327 (330); 133, 168 (173); *Stürner*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich* (Fn. 121), Vor § 328 Rn. 10.

vertraglichen und deliktsrechtlichen Haftungsbereich angesiedelt ist; eine Abweichung von der deliktsrechtlichen Haftung erfordert also eine besondere Begründung und ist restriktiv zu handhaben.¹²³ Ein gleichwertiger Anspruch des Dritten wird angenommen, wenn Voraussetzungen, Zwecksetzung und Umfang der Ansprüche einander entsprechen.¹²⁴

Der Insolvenzverwalter haftet nach § 60 InsO allen Beteiligten für die schuldhaft Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten auf Schadensersatz. Die Norm soll das Vermögen von Personen schützen, die mit dem Insolvenzverfahren in Berührung kommen und zudem die Haftungsrisiken für den Verwalter voraussehbar machen.¹²⁵ Voraussetzung ist dabei die schuldhaft Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten durch den Verwalter.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund den Anspruch der Masse, der durch einen Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zu Lasten der Bank konstruiert werden soll, fällt Folgendes auf: Auch ein solcher Anspruch zielt mittelbar auf den Ausgleich eines Vermögensschadens der Gläubiger, die an der Verteilung der Masse teilnehmen, da der Anspruch der Masse zustünde und nach Durchsetzung bei Verteilung der Masse somit mittelbar den Gläubigern in gleichem Umfang zugutekommen würde. Beide Ansprüche haben also die gleiche Zielrichtung und den gleichen Umfang. Auch der hypothetische Anspruch kann nur bei einer Pflichtverletzung des Verwalters entstehen: Erst hierdurch könnte eine Warnpflicht der Bank entstehen oder eine bestehende Prüfungspflicht verletzt werden.

Im Kern soll also zum Schutz vor dem Insolvenzrisiko des Verwalters eine zusätzliche Haftungsmöglichkeit eröffnet werden. Der Ausgleich des Insolvenzrisikos ist jedoch gerade kein Grund, ein Bedürfnis für den Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte anzunehmen,¹²⁶ da sich hier keine spezifische Schwäche der Ausgestaltung von Delikts- und Vertragsrecht niederschlägt, sondern einfach das allgemeine Risiko der Insolvenz des Schuldners verringert werden soll.

Demzufolge liegt ein gleichwertiger Anspruch in Form der Haftung des Insolvenzverwalters nach § 60 InsO vor. Mithin besteht keine Schutzwirkung des Vertrages zugunsten der Insolvenzmasse.

¹²³ BGH, NJW 1969, 41 (41); Klumpp, in: Staudinger, 2015, § 328 Rn. 109.

¹²⁴ BGH, NJW 2004, 3420 (3421); Klumpp, in: Staudinger (Fn. 123), § 328 Rn. 124a.

¹²⁵ Rein, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 60 Rn. 1; Schoppmeyer, in: MüKo-InsO I, 4. Aufl. 2019, § 60 Rn. 1.

¹²⁶ OLG Koblenz, NJW 2014, 1246 (1247); Klumpp, in: Staudinger (Fn. 123), § 328 Rn. 125.

2. Abgrenzung zwischen den Kontoformen

Zudem stellt sich die Frage, wie Sonderkonto und Ander- oder Vollrechtstreuhandkonto abgegrenzt werden können. Der *BGH* hat dazu anhand allgemeiner zivil- und bankrechtlicher Grundsätze die Regel aufgestellt, dass Kontoinhaber derjenige sei, der nach dem erkennbaren Willen desjenigen, der die Kontoeröffnung beantragte, Gläubiger und Schuldner der Bank werden sollte.¹²⁷ Davon scheint der *BGH* aber mit Urteil vom 18.12.2008 abgekommen zu sein.¹²⁸

Allerdings dürfte hierfür regelmäßig die Frage, ob die Einrichtung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten pflicht- oder sogar insolvenzzweckwidrig ist, entscheidend für die Auslegung der Erklärung des Verwalters und damit maßgeblich für die Abgrenzung zwischen den Kontoformen sein.

a) Pflichtwidrigkeit der Eröffnung und Führung eines Anderkontos oder offenen Vollrechtstreuhandkontos als Insolvenzverwalter für die Masse

Wie bereits dargestellt, wird bei einem Ander- und Vollrechtstreuhandkonto der Treuhänder Vollrechtsinhaber und die Forderungen gegen die Bank sind Bestandteil seines Vermögens. Der Treugeber ist bloßer wirtschaftlich Berechtigter und hat einen Anspruch gegen den Treuhänder aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB. Deshalb sind ursprüngliche Gelder der Insolvenzmasse, die nun Buchgeld auf einem Ander- oder offenen Vollrechtstreuhandkonto des Verwalters sind, kein Bestandteil der Masse. Es stellt sich demzufolge die Frage nach der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens.

aa) Die Rechtsprechung des BGH

Mit Urteil vom 19.5.1988¹²⁹ entschied der *BGH*, dass sich Gelder, die Konkursverwaltern anvertraut sind, nicht zur Anlage auf Anderkonten eignen; vielmehr sei die Einrichtung eines Sonderkontos angebracht und üblich.¹³⁰ Aus dem Kontext wird deutlich, dass der *BGH* den Begriff des Sonderkontos im Sinne der oben beschriebenen Ermächtigungstreuhand versteht.¹³¹ Allerdings

¹²⁷ BGHZ 21, 149 (150); *BGH*, WM 1975, 1200 (1200); ZIP 1988, 1136 (1137).

¹²⁸ *BGH*, ZIP 2009, 531 (Rn. 7).

¹²⁹ *BGH*, ZIP 1988, 1136 ff.

¹³⁰ *Ebd.*, S. 1137.

¹³¹ Vgl. *BGH*, ZIP 1988, 1136 (1137): Zur Begründung, warum ein Sonderkonto vorgelegen habe, wird herangezogen, dass die Klägerin über den Debetsaldo einen Titel zur Vollstreckung in die Konkursmasse erwirkt habe; dies sei nur im Falle eines Sonderkontos möglich. Zudem sei eine gesonderte Absprache im Falle eines Sonderkontos vonnöten, um eine persönliche Verpflichtung des Konkursverwalters zu begründen. Der *BGH* geht also hier davon aus, dass im Falle des Sonderkontos eine Ermächtigungstreuhand bestehe, bei der die Masse Vollrechts- und Kontoinhaber sei.

blieb unklar,¹³² ob der *BGH* die Einrichtung von Anderkonten durch den Verwalter damit als unzulässig erachtete. In den folgenden Jahren vermochte sich die Unklarheit über die Auffassung des *BGH* nicht aufzulösen: Er war in einer Vielzahl von Judikaten davon ausgegangen, dass Gelder auf Anderkonten nicht zum Vermögen der Masse gehörten.¹³³ Ausführungen dahingehend, dass die Führung solcher Anderkonten in irgendeiner Weise pflichtwidrig sei, erfolgten nicht. Diese Unklarheit wurde dann durch das Urteil des *BGH* vom 7.2.2019 beseitigt, in dem er Anderkonten des Insolvenzverwalters als pflichtwidrig und unzulässig erachtet.¹³⁴

bb) Die im Schrifttum vertretenen Auffassungen

Im Schrifttum wird überwiegend vertreten, sowohl Ander-, als auch Vollrechtstreuhand- und Sonderkonten seien zulässig.¹³⁵ Teilweise werden diese jedoch als ungeeignet¹³⁶ erachtet, wobei die sich daraus ergebenden Auswirkungen unklar bleiben. Nur vereinzelt wird sich dahingehend positioniert, dass Ander- und offene Vollrechtstreuhandkonten nicht nur ungeeignet, sondern auch unzulässig und pflichtwidrig seien.¹³⁷

¹³² Dazu *Büttner*, Von der schwierigen Suche nach dem richtigen Konto oder die babylonische Sprachverwirrung beim Verwalterkonto, ZInsO 2012, 2309 (2316); *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1400.

¹³³ *BGH*, NJW 1995, 1484 (1485 f.); ZIP 2007, 2279 (Rn. 10); ZIP 2009, 531 (Rn. 7); ZIP 2011, 1220 (Rn. 9); ZIP 2012, 333 (Rn. 16); ZIP 2015, 1179 (Rn. 9).

¹³⁴ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 31 f.) mit Verweis auf *BGH*, ZIP 1988, 1136 (1137).

¹³⁵ *Andres*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 14 f.; *Förster*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster, Insolvenzordnung (Fn. 47), § 149 Rn. 14; *Haffa/Leichtle*, in: Braun, Insolvenzordnung (Fn. 100), § 149 Rn. 9; *Hess*, Insolvenzordnung Großkommentar II, 2. Aufl. 2012, § 149 Rn. 11; *Hess*, in: Kölner Kommentar zur Insolvenzordnung III (Fn. 56), § 149 Rn. 11; *Paulus* (Fn. 56), S. 474; *Uhlenbruck*, Die Verwahrung von Geldern, Wertpapieren und Kostbarkeiten im Konkurs, KTS 1970, 187 (188 f.): Sofern keine Mitzeichnungspflicht nach § 137 KO besteht, zulässig; indifferent *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 14.

¹³⁶ Nur Anderkonten ungeeignet: *Büttner* (Fn. 132), S. 2317: „unbrauchbar“; *Kamm* (Fn. 13), S. 1089 ff.; *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 29, 39 ff.; *Kießling* (Fn. 19), S. 444 ff.; *Kuder* (Fn. 20), S. 586; *Zuleger* (Fn. 13), S. 418; sowohl Ander- als auch offene Vollrechtstreuhandkonten ungeeignet: *Brubn*, Bankenkomm. Insolvenzrecht II, 3. Aufl. 2016, § 149 Rn. 10: „Sollte“ als Sonderkonto eingerichtet werden; *Kalkmann*, in: Graf-Schlicker, Insolvenzordnung (Fn. 20), § 149 Rn. 6: „sollte“ als Sonderkonto eingerichtet werden; *Sinz*, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 149 Rn. 13c: Sonderkonto entspricht Wille des Verwalters; wohl auch *Jarchow*, in: Hamburger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 10; *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1405.

¹³⁷ *v. Bodungen*, in: BeckOK-InsO, Ed. 16, Stand: 15.10.2019, § 149 Rn. 9; *Cranshaw* (Fn. 13), S. 611; *Depré*, in: Kayser/Thole, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 6; *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 56; *Ferslev*, Zur

cc) Stellungnahme

(1) Systematik des Gesetzes – § 80 InsO

Nach § 80 InsO geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners mit dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung auf den Insolvenzverwalter über. Der Schuldner bleibt allerdings Rechtsträger des Vermögens; die Insolvenzmasse ist dem Schuldner also weiterhin dinglich zugeordnet.¹³⁸ Wenn der Insolvenzverwalter nun ein Vollrechtstreuhandkonto einrichtet, durchbricht er diese Ordnung, indem er Massewerte in sein eigenes Vermögen überführt; die Masse hat aber einen Anspruch nach § 667, 675 Abs. 1 BGB (bzw. §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1 BGB) gegen den Insolvenzverwalter. Auf dieser Basis wird angeführt, dass die Masse keinen Vermögensverlust zu verzeichnen habe, da der Anspruch aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB gegen den Verwalter gleichwertig mit dem Anspruch gegen die Bank sei.¹³⁹ Diesen Überlegungen muss jedoch entgegengehalten werden, dass die Forderung aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB mit dem Risiko der Insolvenz des Verwalters behaftet ist. Die Masse hat in dieser Konstellation keine Ansprüche gegen Dritte (wie etwa bei Einrichtung eines Insolvenzsonderkontos) und muss sich fortan (abgesehen von deliktsrechtlichen Ansprüchen) wie dargestellt an den Insolvenzverwalter halten; dieser haftet allerdings ohnehin bereits umfassend nach § 60 InsO, sodass dies faktisch keinen Ausgleich darstellen dürfte. Stattdessen wird der Masse ein potenzieller Anspruchsgegner – die Bank – entzogen. Der Verwalter ist zur Durchbrechung des Grundsatzes des § 80 InsO nur berechtigt, wenn besondere Gründe dafür gegeben sind. Dabei ist er insbesondere zu allen Maßnahmen berechtigt, die die Masse betreffen und den Interessen der Beteiligten dienen.¹⁴⁰ Daher stellt sich die Frage, ob die Einrichtung von Ander- oder Vollrechtstreuhandkonten diesen Anforderungen entspricht.

(2) Analyse der AKB

Man könnte überlegen, ob Rechtsanwälte, die als Insolvenzverwalter tätig werden, nach § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO, § 4 BORA dazu verpflichtet sind,

Behandlung von Zahlungseingängen auf einem Rechtsanwaltsanderkonto im Insolvenzfall, EWiR 2009, 343 (344); *Vortmann* (Fn. 13), S. 266; *Wegener*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 36), § 149 Rn. 7; wohl auch *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 4; *Stablschmidt*, Die Schwierigkeiten eines (Ander-)kontos, NZI 2011, 272 (274).

¹³⁸ *Piekenbrock*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 80 Rn. 10.

¹³⁹ *Kamm* (Fn. 13), S. 1091; in diese Richtung auch *Büttner* (Fn. 132), S. 2313; *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1402.

¹⁴⁰ *Piekenbrock*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 80 Rn. 10.

Anderkonten für die Insolvenzmasse einzurichten. Zur Begründung ließe sich anführen, dass die allgemeinen und besonderen Berufspflichten nach überwiegender Auffassung auch für Rechtsanwälte gelten sollen, die als Insolvenzverwalter tätig sind¹⁴¹.

Zweifelhaft erscheint aber bereits die Möglichkeit, ein Sammelanderkonto zu führen (Nr. 1 Abs. 2 AKB), da den Mitgliedern des Verbands Insolvenzverwalter Deutschland e. V. die Führung von Sammelanderkonten nach Kap. III Nr. 7 GOI¹⁴² ausdrücklich untersagt ist. Ungeeignet erscheint auch die Regelung in Nr. 13 AKB: Bei Versterben des Insolvenzverwalters oder dem Verlust der Anwaltszulassung wird die zuständige Rechtsanwaltskammer oder eine von ihr bestimmte Person Kontoinhaber; § 55 Abs. 1, Abs. 5 BRAO sieht für diesen Fall aber vor, dass es der Rechtsanwaltskammer offensteht, einen Abwickler zu bestimmen, der unter anderem mit dem Anderkonto befasst wäre. Damit fände aber ein ungerechtfertigter Eingriff in die Aufsicht des Insolvenzgerichts (§ 58 InsO) sowie die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des neuen Insolvenzverwalters (§ 80 InsO) statt, sodass eine entsprechende Anordnung als nichtig anzusehen wäre (§ 44 VwVfG).¹⁴³ Zudem widerspricht Nr. 7 der AKB den Ansprüchen der Praxis: Demnach dürften nur Rechtsanwälten eine Kontovollmacht erteilt werden, was angesichts der arbeitsteiligen Büroorganisation nicht sachgerecht erscheint.¹⁴⁴ Darüber hinaus verbietet Nr. 6 S. 1 AKB die Umwandlung eines Anderkontos in ein Insolvenzsonderkonto und verkompliziert damit die Geschäftsführung durch den Verwalter.¹⁴⁵ Ferner würden die dargestellten Probleme nur Verwalter treffen, die zugleich als Rechtsanwälte tätig sind, und diese damit ohne Rechtfertigung schlechter

¹⁴¹ *Briggemann*, in: Feuerich/Weyland, BRAO, 9. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 18; *Scharmer*, in: Hartung, BRAO, 6. Aufl. 2016, § 43a Rn. 89; dagegen: *Kleine-Cosack*, BRAO, 7. Aufl. 2015, Einleitung Rn. 79.

¹⁴² Grundsätze ordnungsgemäßer Insolvenzverwaltung vom 4.6.2011, zuletzt geändert durch Beschluss vom 22.4.2016.

¹⁴³ *Cranshaw* (Fn. 13), S. 610; auch *Kamm* (Fn. 13), S. 1087 und *Kießling* (Fn. 19), S. 444 sehen dies als Problem; so auch schon der Bundesverband des privaten Bankgewerbes in einem Rundschreiben vom 7.12.1962, abgedruckt in: WM 1962, 1334 (1335).

¹⁴⁴ *Kamm* (Fn. 13), S. 1087; *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 40; *Kießling* (Fn. 19), S. 444; *Ringstmeier*, Anderkonto oder Sonderkonto – wohin mit den Geldmitteln der Insolvenzmasse?, in: FS Runkel, 2009, S. 187 (201); allerdings entfaltet das teilweise vorgebrachte Argument, bei Anordnung einer Mitzeichnungspflicht entstünden Probleme, wenn das mitzeichnende Mitglied des Gläubigerausschusses selbst kein Rechtsanwalt ist (vgl. *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 52; *Kuder* (Fn. 20), S. 586; *Ringstmeier* (a. a. O.), S. 201), nach der hier vertretenen Konzeption keine Wirkung, da die Mitzeichnungspflicht ohnehin nur im Innenverhältnis relevant wird.

¹⁴⁵ *Kießling* (Fn. 19), S. 444.

stellen.¹⁴⁶ Es erscheint also überzeugender, keine Verpflichtung zur Führung eines Anderkontos nach § 43a Abs. 5 S. 2 BRAO, § 4 BORA anzunehmen.

Zudem sprechen die hier dargestellten Erwägungen gegen die Pflichtgemäßheit der Führung eines Anderkontos durch den Insolvenzverwalter. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, der es für die Gläubiger zumutbar macht, die entsprechenden Einschränkungen hinzunehmen, wenn auch die Vereinbarung eines normalen offenen Vollrechtstreuhandkontos ohne diese Problematik möglich ist. Man könnte dagegen zwar einwenden, dass mit § 149a GAVI-InsO eine Regelung diskutiert wurde, die die Einrichtung von Anderkonten durch Insolvenzverwalter als verpflichtend vorsah.¹⁴⁷ Allerdings diene die Gesetzesvorlage primär dazu, das Insolvenzverfahren transparenter zu gestalten;¹⁴⁸ in diesem Kontext ging es wohl hauptsächlich darum, eine ausdrücklich normierte Trennung von Konten des Verwalters und der Masse in das Gesetz aufzunehmen und dem Verwalter detaillierte Verzeichnisvorgaben an die Hand zu geben.¹⁴⁹ Daraus lässt sich demnach nicht ableiten, ob mit einem Anderkonto hier ein Vollrechtstreuhandkonto oder ein Ermächtigungstreuhandkonto in Form des Insolvenzsonderkontos gemeint war. Demzufolge kommt § 149a GAVI-InsO kein Erkenntniswert zu. An dieser Stelle kann also festgestellt werden, dass die Einrichtung eines Anderkontos durch den Insolvenzverwalter pflichtwidrig ist.¹⁵⁰

(3) Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis

Der Schuldner ist im Falle des Sonderkontos als Rechtsträger der Masse Kontoinhaber. Aus diesem Grund könnte die Bank gegenüber den Ansprüchen aus dem Sonderkonto etwaige Einwendungen oder Einreden aus einem früheren Kontoverhältnis geltend machen.¹⁵¹ Dies stellt aber kein reales Problem bei der Einrichtung von Sonderkonten dar, da es dem Insolvenzverwalter offensteht, mit einer anderen Bank zu kontrahieren oder die Problematik durch Individualabrede zu regeln.¹⁵²

¹⁴⁶ *Kießling*, in: Berliner Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 18), § 149 Rn. 41.

¹⁴⁷ BT-Drucks. 16/7251, S. 7 und S. 14.

¹⁴⁸ BT-Drucks. 16/7251, S. 1.

¹⁴⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/7251, S. 14.

¹⁵⁰ Überdies sprechen die im Nachfolgenden dargestellten Erwägungen auch gegen die Zulässigkeit von Anderkonten, da diese als offene Vollrechtstreuhandkonten die gleichen Probleme aufweisen.

¹⁵¹ Dazu *BGH*, NJW 1995, 1484 (1484).

¹⁵² *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1402.

(4) Verstrickungsproblematik

Die Unzulässigkeit einer Pfändung in das Insolvenzsonderkonto nach Eröffnung des Verfahrens gemäß § 89 Abs. 1 InsO führt lediglich dazu, dass kein Pfändungspfandrecht entsteht.¹⁵³ Demgegenüber tritt trotzdem die öffentlich-rechtliche Verstrickung und damit neben der Beschlagnahme (*inhibitorium*) das an die Bank gerichtete Verbot, als Drittschuldner zu leisten (*arrestatorium*), ein.¹⁵⁴ Diese erfasst das am Tag der Pfändung vorhandene Guthaben sowie das Tagesguthaben der auf die Pfändung folgenden Tage, § 833a ZPO. Die Bank ist also dazu gezwungen, das Konto zu sperren (§ 829 Abs. 1 S. 1 ZPO).¹⁵⁵ Der Insolvenzverwalter muss dagegen mit der Erinnerung (§ 766 ZPO) vorgehen oder die Rücknahme der Pfändung durch den Pfändungsgläubiger (§ 843 ZPO) erreichen.¹⁵⁶ Aus diesem Grund wird darauf hingewiesen, die Einrichtung eines Vollrechtstreuhandkontos sei notwendig, um einer solchen Immobilisierung zu entgehen und beispielsweise den schuldnerischen Betrieb weiterführen zu können.¹⁵⁷ Dies wird damit begründet, dass bei der Ausgestaltung als Vollrechtstreuhandkonto die Forderung gegen die Bank nicht pfändbar sei, da diese dem Insolvenzschuldner als Pfändungsschuldner nur wirtschaftlich zustehe, vermögensrechtlich jedoch dem Insolvenzverwalter zugeordnet sei. Folglich sei nur der Anspruch aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB gegen den Insolvenzverwalter pfändbar, sodass das Konto nicht immobilisiert werde.¹⁵⁸

Zutreffend daran ist, dass die Pfändung der Forderung des Verwalters gegen die Bank im Falle des Vollrechtstreuhandkontos gegenstandslos ist,¹⁵⁹ sondern nur der Anspruch aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB gegen den Verwalter gepfändet

¹⁵³ *Kamm*, in: *Bankenkommentar Insolvenzrecht I*, 3. Aufl. 2016, Vor § 80 Rn. 10; *Lüke*, in: *Kübler/Prütting/Bork, Insolvenzordnung* (Fn. 56), § 89 Rn. 21; *Piekenbrock*, in: *Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung* (Fn. 17), § 89 Rn. 36.

¹⁵⁴ *BGH*, ZIP 2017, 2016 (Rn. 10 ff.); dazu *Engels*, *Zum Fortbestehen der Verstrickung der Vermögenswerte im Insolvenzverfahren*, NZI 2017, 894 (894 f.); *Lüke*, *Zu den Wirkungen der öffentlich-rechtlichen Verstrickung eines Vermögensgegenstandes in der Insolvenz*, EWiR 2017, 723 (723 f.); vgl. zur öffentlich-rechtlichen Verstrickung *Brax/Walker*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 11. Aufl. 2018, Rn. 361 ff.

¹⁵⁵ Vgl. nur *BGH*, ZIP 2017, 2016 (Rn. 10); dazu auch *Hintzen/Förster* (Fn. 17), S. 399.

¹⁵⁶ *Kamm* (Fn. 13), S. 1087.

¹⁵⁷ Vgl. nur *Zuleger* (Fn. 13), S. 418: „Erhebliches praktisches, auch rechtliches Bedürfnis“; die Einrichtung eines Pfändungsschutzkontos (§ 850k ZPO) scheidet aus, *Kamm* (Fn. 113), S. 89 f.

¹⁵⁸ Zu dieser Problematik vgl. *Hintzen/Förster* (Fn. 17), S. 399 f.

¹⁵⁹ Vgl. *BGHZ* 11, 37 (37 ff.); *Capeller*, *Die Pfändung von Fremdkonten*, MDR 1954, 708 (709); *Göttlich*, *Pfändung von Forderungen auf dem Notar-Anderkonto*, *JurBüro* 1960, 463 (465); *Hadatsch/Wagner*, *Pfändungsbeschluss und Drittschuldnererklärung*, 10. Aufl. 2012, S. 91; *Hintzen*, *Forderungspfändung*, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 54; *Sudergat*, *Kontopfändung*, 3. Aufl. 2013, Rn. 431.

werden kann.¹⁶⁰ Nicht zutreffend ist jedoch die daraus gezogene Schlussfolgerung, das Konto bleibe mobil: Nach § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO ist dem Drittschuldner (hier dem Insolvenzverwalter) nach Eintritt der Beschlagnahme die Zahlung an den Pfändungsschuldner (den Schuldner als Rechtsträger der Masse) untersagt (relative Unwirksamkeit im Verhältnis zum Pfändungsgläubiger, §§ 135, 136 BGB)¹⁶¹. Davon ist die Leistung zur Erfüllung an den Pfändungsschuldner erfasst.¹⁶² Der Anspruch aus § 667 Var. 1, 675 Abs. 1 BGB erlischt jedoch durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB), wenn die überlassenen Mittel durch bestimmungsgemäße Ausführung verwendet werden und eine Herausgabe aus diesem Grund ausgeschlossen ist.¹⁶³ Angesichts dessen ist es dem Insolvenzverwalter dann aber nicht möglich, seine Forderung gegen die Bank zu verwirklichen (soweit davon ursprüngliches Vermögen der Masse betroffen wäre), da hierdurch die Mittel entsprechend des Innenverhältnisses zwischen dem Verwalter und der Masse bestimmungsgemäß für diese verwendet würden. Diese Schlussfolgerung entspricht auch der Ausgestaltung des Auftragsrechts: Im Grundsatz sollen alle Erträge dem Auftraggeber zugutekommen und kein Vorteil auf Seiten des Auftragnehmers verbleiben.¹⁶⁴ Dies wird unter anderem durch § 667 BGB sichergestellt.¹⁶⁵ Würde man zulassen, dass der Verwalter trotz der Verstrickung der Forderung aus §§ 667, 675 Abs. 1 BGB die überlassenen Mittel für die Masse verwenden kann, würde der Wert der beschlagnahmten Forderung verringert und der Pfändungsschuldner hätte einen entsprechenden Vorteil zu verbuchen. Damit wäre aber eine Umgehung der Wirkung des § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO gegeben.

Demzufolge ist auch bei Führung eines Vollrechtstreuhandkontos eine mittelbare Immobilisierung des Kontos möglich, sodass diesbezüglich kein

¹⁶⁰ BGHZ 124, 298 (300 f.); *Neth-Unger*, in: MAH Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2018, § 3 Rn. 343; *Stöber*, Forderungspfändung: Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte, 16. Aufl. 2013, Rn. 403; *Sudergat* (Fn. 159), Rn. 432.

¹⁶¹ *Abrens*, in: Prütting/Gehrlein, Zivilprozessordnung, 11. Aufl. 2019, § 829 Rn. 90; *Kemper*, in: Saenger, Zivilprozessordnung, 8. Aufl. 2019, § 829 Rn. 32; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 40. Aufl. 2019, § 829 Rn. 37.

¹⁶² *Hergel*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 829 Rn. 19; *Smid*, in: MüKo-ZPO II, 5. Aufl. 2016, § 829 Rn. 49 ff; *Würdinger*, in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung VIII, 23. Aufl. 2017, § 829 Rn. 101 ff.

¹⁶³ BGH, ZIP 1991, 582 (583); *Schäfer*, in: MüKo-BGB V/2, 8. Aufl. 2019, § 667 Rn. 26; *Schwab*, in: NK-BGB II/2, 3. Aufl. 2016, § 667 Rn. 18; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger, 2017, § 667 Rn. 5.

¹⁶⁴ RGZ 99, 31 (32); *Fischer*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck II, 4. Aufl. 2019, § 667 Rn. 1; *Riesenhuber*, in: BeckOGK-BGB, Stand: 1.8.2019, § 667 Rn. 2.

¹⁶⁵ *Benthien*, in: Soergel X: Schuldrecht 8, 13. Aufl. 2012, § 667 Rn. 1; *Martinek/Omlor*, in: Staudinger (Fn. 163), § 667 Rn. 1.

Vorteil gegenüber dem Insolvenzsonderkonto besteht.¹⁶⁶ Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgt, kann die Einrichtung eines Vollrechtstreuhandkontos weitere Nachteile verursachen: Die Forderungen gegen die Bank gehören im Falle des Vollrechtstreuhandkontos zum Vermögen des Insolvenzverwalters; aus diesem Grund können die Gläubiger des Verwalters diese pfänden, sodass ebenfalls öffentlich-rechtliche Verstrickung eintritt, mit der Folge, dass der Bank wiederum die Leistung an den Verwalter untersagt ist. Zwar kann der Treugeber hiergegen mit der Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) vorgehen;¹⁶⁷ trotzdem wird das Konto immobilisiert.¹⁶⁸

(5) Bankgeheimnis

Problematisch erscheint überdies, dass die Bank im Falle eines Vollrechtstreuhandkontos das Bankgeheimnis¹⁶⁹ gegenüber dem Verwalter als Kontoinhaber zu wahren hat. Unabhängig von der Frage, ob die Bestimmung als Hinterlegungsstelle i. S. d. § 149 InsO diese Verpflichtung zu durchbrechen vermag,¹⁷⁰ bleibt die Problematik, jedenfalls wenn die Bank nicht als solche bestimmt wurde, bestehen: An sich ist die Bank berechtigt und verpflichtet, Auskünfte gegenüber Dritten zu verweigern. Die vom Bankgeheimnis umfassten Informationen ergeben sich allerdings aus dem wirklichen Willen des Kunden,¹⁷¹ soweit sich dieser nicht ermitteln lässt, aus seinem mutmaßlichen Willen¹⁷² und sofern dieses nicht erkennbar ist, nach dem objektiven Interesse.¹⁷³ Der mutmaßliche Wille sowie das objektive Interesse des Insolvenzverwalters gehen dahin, dass die Wahrnehmung der Kontrollaufgaben nach der Insolvenzordnung möglich bleibt; insofern wird man davon ausgehen können, dass hiervon auch die Zulässigkeit der Auskunft gegenüber den Gläubigern und dem Insolvenzgericht erfasst ist.¹⁷⁴ Demnach kann nur ein ausdrücklich geäußertes, wirklicher Wille des Verwalters die Geheimhaltungspflicht gegenüber dem Insolvenzgericht und den Gläubigern begründen. Dabei ist es allerdings

¹⁶⁶ Im Ergebnis so auch: *Cranshaw* (Fn. 13), S. 612.

¹⁶⁷ *BGH*, NJW 1993, 2622 (2622); *Canaris*, Inhaberschaft und Verfügungsbefugnis bei Bankkonten, NJW 1973, 825 (831 f.); *Lange*, Treuhandkonten in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, NJW 2007, 2513 (2515); *Sudergat* (Fn. 159), Rn. 430; *Herget*, in: Zöllner, Zivilprozessordnung (Fn. 162), § 771 Rn. 14.

¹⁶⁸ *Lind*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Insolvenzordnung (Fn. 17), § 149 Rn. 4; *Eckardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung V/1 (Fn. 21), § 149 Rn. 54.

¹⁶⁹ Zu Historie, Inhalt und Grenzen ausführlich: *Wech*, Das Bankgeheimnis, 2009, S. 44 ff.

¹⁷⁰ Vgl. dazu *Sinzig*, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 149 Rn. 25 ff.

¹⁷¹ BGHZ 27, 241 (246).

¹⁷² BGHZ 95, 362 (365).

¹⁷³ *Canaris* (Fn. 116), Rn. 49.

¹⁷⁴ So auch *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 29

unzutreffend, Insolvenzzweckwidrigkeit im Verhältnis zu den Gläubiger anzunehmen (mit der Folge, dass diesen gegenüber weiterhin keine Geheimhaltungspflicht bestünde),¹⁷⁵ da der Insolvenzverwalter in diesem Fall für sich selbst handeln würde.¹⁷⁶ Folglich hätte der Insolvenzverwalter es in der Hand, die Auskunftsmöglichkeit gegenüber dem Insolvenzgericht und den Gläubigern durch entsprechende Erklärung auszuschließen; dem Gericht blieben dann nur Maßnahmen nach § 58 Abs. 2 InsO. Hinzu kommt, dass selbst bei Zulässigkeit der Auskunft keine Verpflichtung der Bank gegenüber dem Insolvenzgericht oder den Gläubigern besteht, da es sich hierbei um einen Grundrechtseingriff handelt, der einer Ermächtigungsgrundlage bedarf.¹⁷⁷ Demzufolge wären das Insolvenzgericht und die Gläubiger auch in dieser Konstellation auf die Kooperationsbereitschaft des Verwalters oder Aufsichtsmaßnahmen nach § 58 Abs. 2 InsO angewiesen. Dagegen besteht diese Problematik im Falle des Insolvenzsonderkontos nicht, da die Masse Kontoinhaber ist.¹⁷⁸

(6) §§ 11, 12 GwG und § 154 Abs. 2 AO

Zudem wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass bei der Einrichtung und Führung eines Insolvenzsonderkontos praktische Probleme aufgrund geldwäsche- und abgabenrechtlicher Vorschriften auftreten könnten.¹⁷⁹ Daraus könnte man schließen, dass die Einrichtung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten notwendig und damit gerechtfertigt ist.

Nach § 11 Abs. 1 S. 1 GwG hat die Bank (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG, § 1 Abs. 1 KWG) die Verpflichtung, Vertragspartner, gegebenenfalls für diese auftretende Personen sowie wirtschaftlich Berechtigte zu identifizieren. Gemäß § 1 Abs. 3 GwG besteht die Identifizierung aus der Feststellung und der Überprüfung der Identität. Handelt es sich um ein Insolvenzsonderkonto und ist der Insolvenzschuldner eine natürliche Person, hat das Kreditinstitut die in § 11 Abs. 4 Nr. 1 GwG genannten Angaben zu erheben; im Falle eines Vollrechtstreuhandkontos mit dem Schuldner als wirtschaftlich Berechtigtem (§ 3 Abs. 4 S. 2 GwG) ergeben sich dabei nach § 11 Abs. 5 S. 1 GwG keine relevanten Unterschiede. Dies gilt auch für die Identitätsüberprüfung nach § 12 GwG.

¹⁷⁵ So aber *Jaffé*, in: MüKo-InsO II (Fn. 15), § 149 Rn. 30.

¹⁷⁶ Vgl. *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 34).

¹⁷⁷ Vgl. *Canaris* (Fn. 116), Rn. 38.

¹⁷⁸ *Schulte-Kaubrügger* (Fn. 114), S. 1403.

¹⁷⁹ *Zuleger* (Fn. 13), S. 418.

Anders stellt sich die Lage jedoch dar, wenn der Insolvenzschuldner eine juristische Person oder Personengesellschaft ist: Im Falle eines Insolvenzsonderkontos muss die Bank nach § 11 Abs. 4 Nr. 2 GwG Firma, Name oder Bezeichnung, die Rechtsform, gegebenenfalls die Registernummer, die Anschrift sowie die Namen der Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Namen der gesetzlichen Vertreter ermitteln. Demgegenüber ist bei einem Vollrechtstreuhandkonto nach § 11 Abs. 5 S. 1 GwG grundsätzlich ausreichend, den Namen des Insolvenzschuldners festzustellen.¹⁸⁰ Die Identifizierung hat nach § 11 Abs. 1 S. 1 GwG vor Begründung der Geschäftsbeziehung oder Durchführung der Transaktion zu erfolgen.¹⁸¹

Demzufolge ist es nicht ausgeschlossen, dass sich die Einrichtung als Insolvenzsonderkonto hier in Kombination mit der Überprüfung nach § 12 GwG verzögernd auswirken kann, wenn die entsprechenden Personen nicht mehr mitwirken, nicht auffindbar sind oder ein unübersichtliches Netzwerk an Gesellschaftern besteht. Für die Überprüfung nach § 154 Abs. 2 AO gilt diese Problematik jedoch nicht: Die Bank ist nach § 154 Abs. 2 AO verpflichtet, sich vor¹⁸² Eröffnung des Kontos über die Person¹⁸³ und die Anschrift sowie die Daten nach § 154 Abs. 2a AO eines jeden Verfügungsberechtigten und wirtschaftlich Berechtigten zu informieren und diese Angaben in geeigneter Form festzuhalten (§ 154 Abs. 2 S. 3 AO). Verfügungsberechtigter ist der Kontoinhaber sowie alle, die zur Verfügung über das Konto bevollmächtigt sind (Nr. 4 S. 1 AEAO zu § 154 AO).¹⁸⁴ Allerdings reicht bei juristischen Personen und Personengesellschaften die Bezugnahme auf eine amtliche Veröffentlichung

¹⁸⁰ Bei juristischen Personen und Personenhandelsgesellschaften sind neben den Verfügungsberechtigten auch die wesentlichen Anteilseigner zu identifizieren, vgl. *Sonnenberg*, in: Zentes/Glaab, Geldwäschegesetz, 2018, § 11 Rn. 25. Allerdings hindert dies nicht die Eröffnung eines Kontos (bzw. die Durchführung der Transaktion), da der wirtschaftlich Berechtigte nach § 3 Abs. 2 S. 5 GwG bei erfolgloser Prüfung fingiert wird.

¹⁸¹ Zwar kann die Bank nach § 25j KWG die Identifizierung auch nach der Begründung der Geschäftsbeziehung abschließen, allerdings dürften dann vor Abschluss der Identitätsüberprüfung keine Gelder von dem Konto abverfügt werden, sodass dies das Problem für den Verwalter nicht zu beheben vermag. Auch die Möglichkeit der Bank, die Identifizierung nach § 11 Abs. 1 S. 2 GwG während der Begründung der Geschäftsbeziehung abzuschließen, entschärft die Lage nicht, da Voraussetzung hierfür ein geringes Risiko für Geldwäsche ist, dessen restriktiv vorzunehmende Beurteilung in den Risikobereich der Bank fällt, vgl. *Diergarten/Fraulob*, Geldwäsche, 2019, S. 275.

¹⁸² Vgl. *Brandis*, in: Tipke/Kruse, Abgabenordnung, 156. EL 2019, § 154 Rn. 11.

¹⁸³ Vgl. *Djfsars*, in: Schwarz/Pahlke, Abgabenordnung, 191. EL 2019, § 154 Rn. 20a; *Rätke*, in: Klein, Abgabenordnung, 14. Aufl. 2018, § 154 Rn. 12.

¹⁸⁴ Die Legitimationsprüfung des Insolvenzverwalters als Verfügungsberechtigtem ist regelmäßig nach § 154 Abs. 2d AO entbehrlich, vgl. Nr. 11.1 c) AEAO zu § 154 AO.

oder auf ein amtliches Register aus (Nr. 7.1.2 AEAO zu § 154 AO), sodass keine § 11 Abs. 4 Nr. 2 GwG entsprechende Datenerhebung erfolgen muss.¹⁸⁵

dd) Schlussfolgerung

Dass diese Argumentation eine Abweichung von dem durch § 80 InsO normierten Grundsatz rechtfertigen soll, erscheint allerdings nicht überzeugend: Sollte hierdurch wirklich ein praktisches Problemfeld entstehen, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, diese Problematik einer Lösung zuzuführen. Es ist jedoch unzutreffend, aus als defizitär empfundenen Regelungen, die Einzelfälle betreffen, eine Durchbrechung des durch § 80 InsO konstituierten Grundsatzes, dass der Schuldner Rechtsträger des Vermögens ist, ableiten zu wollen. Hinzu kommt – wie dargestellt –, dass sowohl im Bereich des Bankgeheimnisses als auch durch das Risiko der öffentlich-rechtlichen Verstrickung bei Pfändungsversuchen gegen den Verwalter im Falle des Vollrechtstreuhandkontos nicht zumutbare Risiken für die Masse und mittelbar für die Gläubiger entstehen. Außerdem entstünden hinsichtlich der Überführung des Kontos bei Abwahl des Verwalters Probleme, da dieser Kontoinhaber bliebe.¹⁸⁶ Ferner hat die Masse keine Auskunftsansprüche gegen die Bank.¹⁸⁷ Aus diesen Gründen ist es überzeugend, die Einrichtung und Führung von Vollrechtstreuhand- und Anderkonten als pflichtwidrig einzuordnen. Angesichts dessen, dass diese Nachteile nicht offenkundig in grundlegender Weise gegen den Zweck des Insolvenzverfahrens verstoßen, ist allerdings keine Insolvenzzweckwidrigkeit der bloßen Eröffnung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten anzunehmen; vielmehr stellt diese einen Verstoß im Innenverhältnis dar.

b) Schlussfolgerungen für die Abgrenzung zwischen den Kontoformen

Vor dem Hintergrund der dargestellten Pflichtwidrigkeit offener Vollrechtstreuhandkonten wird man davon ausgehen müssen, dass der Verwalter allein die Masse berechtigen und verpflichten und gerade pflichtgemäß handeln will; aus diesem Grund wird die Auslegung regelmäßig eine Einrichtung als Ermächtigungstreuhand in Form des Sonderkontos ergeben.¹⁸⁸ Sollte trotz dieser Auslegung ein Vollrechtstreuhandkonto eingerichtet werden, so kann die Bestimmung der Bank als Hinterlegungsstelle i. S. d. § 149 InsO daran nichts ändern, da der Vertrag zwischen dem Verwalter als Kontoinhaber und der Bank

¹⁸⁵ Rätke, in: Klein, Abgabenordnung (Fn. 183), § 154 Rn. 12.

¹⁸⁶ Holzner, in: Kübler/Prütting/Bork, Insolvenzordnung (Fn. 56), § 149 Rn. 8a; Schulte-Kaubrügger (Fn. 114), S. 1403.

¹⁸⁷ Cranshaw (Fn. 13), S. 610.

¹⁸⁸ Vgl. Sinz, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 149 Rn. 13c; Im Ergebnis auch Stahlschmidt (Fn. 137), S. 274 f., der allerdings von einer Abbedingung der AGB hinsichtlich der Einrichtung von Anderkonten ausgeht.

inter partes stattfindet und die Bestimmung zur Hinterlegungsstelle wie oben dargestellt keine Außenwirkung entfalten kann, sondern reines Verfahrensinternum bleibt.¹⁸⁹

3. Zwischenergebnis

Demzufolge bestehen Pflichten der Bank gegenüber der Insolvenzmasse nur im Falle eines Insolvenzsonderkontos. Vertragliche Warn- und Prüfpflichten bei offenen Vollrechtstreuhand- und Anderkonten scheiden somit aus.

II. Pflichten der Bank

Vertragsparteien haben bei Abwicklung des Schuldverhältnisses Rücksicht auf die Rechtsgüter (auch das Vermögen) des anderen Teils zu nehmen.¹⁹⁰ Allerdings fungiert die Bank als bloße Zahlstelle: Sie wird nur zum Zweck der technischen Abwicklung tätig und muss sich angesichts dieses begrenzten Zweckes und der gleichzeitigen Massenhaftigkeit der abzuwickelnden Geschäfte grundsätzlich nicht um die Interessen der Beteiligten kümmern.¹⁹¹ Seine Grenze findet dieser Grundsatz jedoch dann, wenn es der Bank nach Treu und Glauben zumutbar ist, entsprechende Handlungen vorzunehmen.¹⁹² Übertragen auf den Fall schädigender Handlungen des Verwalters hinsichtlich eines Insolvenzsonderkontos könnte man darüber nachdenken, die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze hinsichtlich des Missbrauchs der Vertretungsmacht im bargeldlosen Zahlungsverkehr zu übertragen: Demnach treffen die Bank dann Warnpflichten, wenn sich der massive Verdacht des Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den Vertreter offenkundig aufdrängen muss.¹⁹³ Nach der herrschenden Amtstheorie, die hier zugrunde gelegt wird, agiert der Verwalter zwar nicht als Stellvertreter des Schuldners, sondern als Rechtspflegeorgan, das in eigenem Namen und mit Wirkung für die Masse und den Schuldner auftritt, allerdings ähneln sich die Konstellationen hier insofern, als die Handlungen des Verwalters als grundsätzlich nur im Innenverhältnis gebundenem Dritten, die Masse treffen sollen. Es erscheint auch hier der Bank nach Treu und Glauben zumutbar, gegebenenfalls bei entsprechenden Handlungen des Verwalters eine Warnung gegenüber ihrem Vertragspartner auszusprechen und die Ausführung so lange zu verweigern. Im Rahmen des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind jedoch massive Verdachtsmomente

¹⁸⁹ So im Ergebnis auch *BGH*, ZIP 2007, 2279 (Rn. 10); NJW 2019, 1442 (Rn. 32).

¹⁹⁰ *BGHZ* 157, 256 (266); 176, 281 (Rn. 14); zur Schutzpflicht beim Girovertrag *BGH*, WM 1976, 474 (474).

¹⁹¹ *BGHZ* 176, 281 (Rn. 14).

¹⁹² *BGH*, WM 1957, 28 (30); WM 1976, 474 (474).

¹⁹³ *BGH*, WM 1957, 28 (30); WM 1976, 474 (474); ZIP 1999, 1303 (1304); ZIP 2004, 1742 (1743).

notwendig.¹⁹⁴ Davon wird angesichts der nach § 80 InsO grundsätzlich unbeschränkten Befugnis des Verwalters regelmäßig nur dann auszugehen sein, wenn sein Handeln objektiv insolvenzzweckwidrig ist, da der Bank sowohl seine Eigenschaft als Verwalter bekannt sein dürfte als auch die Führung als Insolvenzsonderkonto für die Masse.

Der *BGH* hat auf Basis dieses Ergebnisses allerdings vertreten, dass der Bank bekannt sein müsse, dass diese als Hinterlegungsstelle i. S. d. § 149 InsO bestimmt oder das Konto in der Art einer Hinterlegungsstelle geführt wurde.¹⁹⁵ Dieses Kriterium erlangt insofern keine eigenständige Bedeutung, als sich schon allein aufgrund der Einrichtung als Insolvenzsonderkonto für die Bank regelmäßig ergeben dürfte, dass ein Handeln des Verwalters seine Grenze im Insolvenzzweck findet, ein evident insolvenzzweckwidriges Verhalten also eine Warnpflicht gegenüber dem Kontoinhaber begründet.

Allerdings stellt sich die Frage, gegenüber wem die Bank diese Pflicht zu erfüllen hat. Der Schuldner ist kein geeigneter Ansprechpartner, da ihm die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis entzogen ist (§ 80 InsO).¹⁹⁶ Das Insolvenzgericht führt nach § 58 Abs. 1 S. 1 InsO die Aufsicht über den Verwalter im Interesse der Gläubiger, des Schuldners und betroffener Dritter.¹⁹⁷ Dabei hat es mittelbar die Interessen der Masse zu vertreten und ist damit geeigneter Ansprechpartner der Bank zur Erfüllung der ihr obliegenden Warnpflichten.¹⁹⁸ Der Gläubigerausschuss hat den Verwalter bei der Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen (§ 69 S. 1 InsO); dabei handelt er im Interesse aller Beteiligten und des Schuldners.¹⁹⁹ Aus diesem Grund ist jedes Mitglied zu einer unabhängigen Amtsführung verpflichtet, die sich allein an den Zielen des Verfahrens orientiert.²⁰⁰ Demzufolge ist auch der Gläubigerausschuss geeigneter Ansprechpartner für die Bank, wenn der Verwalter im Verdacht steht, diesen Verfahrenszielen hinsichtlich des Insolvenzsonderkontos zuwiderzuhandeln.

¹⁹⁴ *BGH*, WM 1992, 1362 (1363); ZIP 1999, 1303 (1304).

¹⁹⁵ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 25).

¹⁹⁶ *Ebd.*, Rn. 28.

¹⁹⁷ *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 48), § 58 Rn. 5; *Vallender/Zipperer*, in: Uhlenbruck I (Fn. 17), § 58 Rn. 1.

¹⁹⁸ *BGH*, NJW 2019, 1142 (Rn. 28); *Vortmann*, Schadensersatzpflicht der kontoführenden Bank wegen pflichtwidriger Verwendung von Fremdgeldkonten, BKR 2007, 449 (452).

¹⁹⁹ RGZ 31, 119 (122); *Frege*, Die Rechtsstellung des Gläubigerausschusses nach der Insolvenzordnung, NZG 1999, 478 (479); *Schmidt-Burke*, in: MüKo-InsO I (Fn. 125), § 69 Rn. 2.

²⁰⁰ *BGH*, ZIP 2008, 652 (Rn. 15); *Bruckhoff*, Entlassung eines Rechtsanwalts als Gläubigerausschussmitglied, NZI 2008, 229 (230); *Schmitt*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 36), § 69 Rn. 2; ausführlich zur Stellung des Gläubigerausschusses: *Frege* (Fn. 199), S. 478 ff.

Der Gläubigerversammlung obliegt dagegen allein die Wahrung der Interessen der Insolvenzgläubiger und der absonderungsberechtigten Gläubiger.²⁰¹ Zudem muss sie durch das Insolvenzgericht einberufen werden.²⁰² Dies könnte Unsicherheiten begründen und es entspricht wie dargestellt nicht den Aufgaben der Versammlung, die Einhaltung der Verfahrensziele zu überwachen, was sich auch in ihrer nicht vorhandenen Haftung zeigt. Angesichts dessen erscheint es überzeugender, nur das Insolvenzgericht und den Gläubigerausschuss (dessen Bestehen und die Kenntnis der Bank von diesem vorausgesetzt) als Ansprechpartner zur Erfüllung der Warnpflicht anzusehen.

Für die Bank stellt sich nach erfolgtem Warnhinweis die Frage, von dem eine entsprechende Freigabe erteilt werden kann. Eine konkurrierende Zuständigkeit von Insolvenzgericht und Gläubigerausschuss ist der Insolvenzordnung fremd.²⁰³ Allerdings erscheint es überzeugend, aus § 149 Abs. 1 S. 2 InsO eine Wertung der Insolvenzordnung dahingehend abzuleiten, dass der Gläubigerausschuss hinsichtlich der Anlegung und Hinterlegung von Geldern eine vorrangige Zuständigkeit besitzt.²⁰⁴

D. Deliktsrechtliche Haftung

I. Ander- und offene Vollrechtstreuhandkonten

1. § 826 BGB

In Betracht kommt eine Haftung der Bank nach § 826 BGB. Den Eintritt eines Schadens vorausgesetzt,²⁰⁵ wäre ein dafür kausales sittenwidriges vorsätzliches Verhalten der Bank erforderlich.²⁰⁶ Eine Handlung ist sittenwidrig, wenn sie dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht.²⁰⁷ Im Kern geht es dabei um die berechtigten Verhaltenserwartungen im rechtlichen Verkehr.²⁰⁸

²⁰¹ *Buck*, in: Huntemann/Brockdorff, Der Gläubiger im Insolvenzverfahren, 1999, Kap. 10 Rn. 1; *Ebricke/Abrens*, in: MüKo-InsO I (Fn. 125), § 74 Rn. 2.

²⁰² Vgl. *Kamm*, in: Rattunde/Smid/Zeuner, Insolvenzordnung II, 4. Aufl. 2019, § 74 Rn. 3.

²⁰³ *Reck* (Fn. 13), S. 212.

²⁰⁴ *Undritz* (Fn. 13), S. 1487; so auch *Reck* (Fn. 13), S. 212, der allerdings das Erfordernis einzelfallbezogener Absprachen sieht, die angesichts des Haftungsrisikos problematisch seien.

²⁰⁵ Vgl. dazu: *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 37).

²⁰⁶ Dabei müssten allerdings die Voraussetzungen der Zurechnung nach § 31 BGB oder der Haftung nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB erfüllt sein, vgl. dazu *Wagner*, in: MüKo-BGB VI, 7. Aufl. 2017, § 826 Rn. 37 ff.

²⁰⁷ *Mugdán*, Motive II, S. 406; RGZ 48, 114 (124); *Förster*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck III, 4. Aufl. 2019, § 826 Rn. 10; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 121), § 826 Rn. 5.

²⁰⁸ Dazu ausführlich *Oechsler*, in: Staudinger, 2018, § 826 Rn. 24 ff., insbes. Rn. 31.

Bei Vollrechtstreuhand- und Anderkonten besteht ein Treuhandverhältnis zwischen dem Verwalter als Treuhänder und der Masse. Verträge wirken nur *inter partes*, sodass die bloße Ausnutzung eines Vertragsbruchs durch Dritte kein sittenwidriges Verhalten begründet.²⁰⁹ Erforderlich ist also ein qualifizierendes Merkmal in Form einer besonderen Rücksichtslosigkeit des Dritten. Ein solches lässt sich unter anderem aus der Verletzung besonderer Treuepflichten ableiten: Wie sich aus § 266 StGB ergibt, kommt diesen gegenüber anderen vertraglichen Pflichten eine herausgehobene Bedeutung zu.²¹⁰ Nach allgemeinen Grundsätzen ist Sittenwidrigkeit dann im Falle des kollusiven Zusammenwirkens gegeben.²¹¹

Allerdings vertritt der *BGH* im Urteil vom 7.2.2019 die Auffassung, dass auch Leichtfertigkeit ausreichend sei; diese sei gegeben, wenn sich eine objektiv evident insolvenzzweckwidrige Schädigung durch den Verwalter aufdrängen musste.²¹² Damit überträgt der *BGH* die bisher auf den Bereich des Missbrauchs der Vertretungsmacht beschränkten Grundsätze²¹³ auf fiduziarische Treuhandverhältnisse. Zuvor wurde sittenwidriges Verhalten des Dritten bei Verletzung der Treuhandabrede nur bei Kollusion angenommen.²¹⁴ Der Verwalter verfügt in diesem Fall im eigenen Namen über eigene Rechte. Nach § 137 S. 1 BGB entfaltet die treuhänderische Bindung keine Außenwirkung, sodass auch objektiv evident insolvenzzweckwidrige Handlungen hinsichtlich des Kontos danach nicht unwirksam sind. Konstruiert man nun eine Haftung des Dritten (der Bank) für den Fall, dass sich diesem der Verstoß gegen die Treuhandabrede aufdrängen musste, mit dem Ergebnis, dass dieser faktisch zur Herausgabe verpflichtet ist, so wird das Äquivalent einer dinglichen Wirkung der Treuhandabrede geschaffen.

Allerdings muss diesen Überlegungen entgegengehalten werden, dass ein Zahlungsauftrag des Verwalters auch nach § 134 BGB, § 266 StGB nichtig sein kann:²¹⁵ Bei dem Zahlungsauftrag handelt es sich um eine einseitige

²⁰⁹ Vgl. dazu: *Hager*, in: Staudinger, *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 6. Aufl. 2018, S. 1261 Rn. 903; *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 208), § 826 Rn. 224 f.; *Schaub*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, *Bürgerliches Gesetzbuch* (Fn. 121), § 826 Rn. 19.

²¹⁰ BGHZ 12, 308 (319 f.).

²¹¹ Vgl. nur BGHZ 14, 313 (317); *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 208), § 826 Rn. 237.

²¹² *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 36); ähnlich BGHZ 186, 58 (Rn. 18).

²¹³ Vgl. dazu *Oechsler*, in: Staudinger (Fn. 208), § 826 Rn. 241; allgemein zum Missbrauch der Vertretungsmacht: RGZ 75, 299 (299); BGHZ 50, 112 (114); *BGH*, WM 1964, 50 (506); WM 1966, 491 (492)

²¹⁴ Vgl. BGHZ 12, 308 (320); *BGH*, NJW 2014, 1380 (Rn. 9); der Verweis in *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 36) auf BGHZ 176, 281 (Rn. 47) ist irreführend, da dort keine Treuhand gegeben war.

²¹⁵ Vgl. zur Nichtigkeit nach § 134 BGB, § 266 StGB: *Kamm* (Fn. 113), S. 64 f.

empfangsbedürftige Willenserklärung.²¹⁶ Die Nichtigkeit nach § 134 BGB, § 266 StGB setzt also voraus, dass der Verwalter den Straftatbestand des § 266 StGB objektiv und subjektiv²¹⁷ verwirklicht hat. Hier kommt nur § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht, da der Verwalter nicht über fremde Rechte verfügt. Dabei ist neben den anderen Merkmalen eine gravierende Pflichtverletzung erforderlich; eine solche wird insbesondere im Falle sachwidriger Motive angenommen, also wenn der Verwalter den Interessen seines Treugebers zuwiderhandelt.²¹⁸ Davon sind nur erhebliche und evidente Verletzungen erfasst.²¹⁹ Insofern wird man wohl annehmen müssen, dass dieses Kriterium auf Basis einer restriktiven Auslegung nur von objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Maßnahmen des Verwalters erfüllt wird. Daraus ergibt sich, dass objektiv evident insolvenzzweckwidrige Zahlungsaufträge des Verwalters regelmäßig nach § 134 BGB, § 266 StGB auch bei Vollrechtstreuhandkonten nichtig sind; die Abrede im Innenverhältnis zeitigt also hier nach der gesetzlichen Systematik Außenwirkung. Demzufolge droht keine Umgehung des § 137 S. 1 BGB, sodass die dargestellten Grundsätze der Leichtfertigkeit im Falle objektiv evident insolvenzzweckwidriger Handlungen anwendbar sind.

Mithin liegt Sittenwidrigkeit außer bei Kollusion also jedenfalls dann vor, wenn die Bank (1) Kenntnis von dem betreffenden Treuhandverhältnis hatte²²⁰ (2) eine Treupflichtverletzung in Form einer objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Zahlungsauftrags des Verwalters vorlag und (3) der Bank Umstände positiv bekannt waren, aufgrund derer sich diese Treupflichtverletzung aufdrängen musste, die Bank also leichtfertig gehandelt hat. Allerdings ist hinsichtlich der Leichtfertigkeit zu beachten, dass die berechtigten Verkehrserwartungen im Rahmen des § 826 BGB nur einen absoluten Mindeststandard setzen sollen und die Anforderungen an die Bank als Zahlstelle restriktiv zu handhaben sind. Bei Vorliegen der Sittenwidrigkeit ist der Vorsatz indiziert.²²¹ Sofern diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Haftung der kontoführenden Bank nach § 826 BGB gegeben.

²¹⁶ Foerster, in: BeckOGK-BGB (Fn. 164), § 675f Rn. 85.

²¹⁷ Vgl. BGHZ 132, 313 (318); Vossler, in: BeckOGK-BGB (Fn. 164), § 134 Rn. 69.

²¹⁸ Dierlamm, in: MüKo-StGB V, 3. Aufl. 2019, § 266 Rn. 179.

²¹⁹ Ebd., § 266 Rn. 183.

²²⁰ Vgl. BGH, NJW 2014, 1380 (Rn. 9); Wagner, in: MüKo-BGB VI (Fn. 206), § 826 Rn. 72.

²²¹ Zum Verhältnis von Vorsatz und Sittenwidrigkeit vgl. Wagner, in: MüKo-BGB VI (Fn. 206), § 826 Rn. 31 f.

2. § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB und § 823 Abs. 2 BGB, § 261 Abs. 2 StGB

Eine Haftung der Bank wegen Beteiligung an unerlaubten Handlungen des Insolvenzverwalters käme nach § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB in Betracht, wenn dieser nach § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB haften würde und eine Beteiligung i. S. d. § 830 Abs. 2 BGB (regelmäßig Beihilfe, § 27 StGB)²²² vorläge. Bei der Umsetzung pflichtwidriger Anweisungen des Verwalters sind die Mitarbeiter der Bank jedoch im Rahmen ihres beruflichen Tätigkeitsbereichs involviert. Derartige Fälle werden unter dem Stichwort der neutralen Beihilfe²²³ diskutiert. Hinsichtlich des Gehilfenvorsatzes ergibt sich aus der Rechtsprechung des *BGH*, dass allein das Für-möglich-Halten der Nutzung des Beitrags des Gehilfen nicht ausreicht, um den Vorsatz zu begründen; stattdessen soll positives Wissen vorausgesetzt werden.²²⁴ Allerdings wird dieser Grundsatz für den Fall durchbrochen, dass der Gehilfe die Augen vor offenkundigen Risiken verschließt und Kontrollmaßnahmen unterlässt; dann soll bedingter Gehilfenvorsatz vorliegen.²²⁵ Überträgt man diese Grundsätze, so wird regelmäßig bereits eine Haftung nach § 826 BGB gegeben sein, sodass die Haftung nach § 830 Abs. 1

²²² Diesbezüglich finden die strafrechtlichen Grundsätze Anwendung, vgl. BGHZ 8, 288 (292); *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar BGB, 16. Aufl. 2018, § 830 Rn. 2; *Katzenmeier*, in: NK-BGB II/2 (Fn. 163), § 830 Rn. 7; *Spindler*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck III (Fn. 207), § 830 Rn. 10.

²²³ Auch hier sind die strafrechtlichen Kriterien anzuwenden, vgl. *Eberl-Borges*, in: Staudinger, 2017, § 830 Rn. 48; *Fleischer*, Zur zivilrechtlichen Teilnehmerhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation nach deutschem und US-amerikanischem Recht, AG 2008, 265 (270); *Spindler*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck III (Fn. 207), § 830 Rn. 13.

²²⁴ BGHZ 176, 281 (Rn. 46); 184, 365 (Rn. 39). So auch die Auffassung des *BGH* zur Beihilfe durch Bankangestellte im Strafrecht: BGHSt 46, 107 (110 ff.).

²²⁵ BGHZ 184, 365 (Rn. 43); *BGH*, ZIP 2011, 1998 (Rn. 53).

S. 1, Abs. 2 BGB i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB, § 266 Abs. 1 StGB²²⁶ hier keine Bedeutung erlangen dürfte.²²⁷

II. Insolvenzsonderkonten

Beim Insolvenzsonderkonto verfügt der Treuhänder kraft Ermächtigung im eigenen Namen (§ 185 Abs. 1 BGB bzw. § 80 InsO) über fremdes Vermögen. Die Bindung ergibt sich wiederum aus der Treuhandabrede und entfaltet hier nach allgemeinen Grundsätzen bei Insolvenzzweckwidrigkeit Außenwirkung. Insofern besteht Vergleichbarkeit zu den oben dargestellten Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht. Folglich gelten die obigen Ausführungen hinsichtlich der Haftung nach § 826 BGB, nach § 830 Abs. 1 S. 1 BGB und nach § 823 Abs. 2 BGB, § 261 Abs. 2 StGB entsprechend.

E. Haftung nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB

Allerdings ist ein Schaden nach den dargestellten Grundsätzen nur ersatzfähig, wenn kein von § 675u BGB erfasster Posten betroffen ist, da die §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB abschließend sind (§ 675z S. 1 BGB).²²⁸ Wenn der Insolvenzverwalter der kontoführenden Bank einen Zahlungsauftrag evident insolvenzzweckwidrig erteilt, ist dieser im Falle eines Insolvenzsonderkontos unwirksam; bei einem Vollrechtstreuhand- oder Anderkonto ergibt sich die Unwirksamkeit wie dargestellt regelmäßig aus § 134 BGB, § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB. Dann liegt keine Autorisierung i. S. v. § 675j Abs. 1 S. 1 BGB vor, sodass die Bank nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB haftet.

F. Schlussbemerkungen

Aus den dargestellten Überlegungen ergibt sich also Folgendes:

²²⁶ Eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB, § 261 Abs. 2 StGB hinsichtlich der Konteneröffnung scheidet aus, da die Eröffnung nicht insolvenzzweckwidrig ist, also kein gravierender Verstoß i. S. v. § 266 Abs. 2 Var. 2 StGB vorliegt, sodass § 261 Abs. 2, Abs. 2 S. 2 Nr. 4 lit. a StGB mangels rechtswidriger Vortat nicht verwirklicht ist. Demzufolge kommt eine Strafbarkeit nur in Betracht, wenn der Verwalter Gelder vom Treuhandkonto auf ein Privatkonto, welches bei dem gleichen Kreditinstitut geführt wird, evident insolvenzzweckwidrig überweist, da hier eine Strafbarkeit des Verwalters nach § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB im Raum steht. Angesichts dessen, dass diese Konstellation nur selten Praxisrelevanz entfalten dürfte und ohnehin regelmäßig die Voraussetzungen des § 826 BGB erfüllt sind, wird auf eine weitere Untersuchung an dieser Stelle verzichtet.

²²⁷ *Eberl-Borges*, in: Staudinger (Fn. 223), § 830 Rn. 48; *Fleischer* (Fn. 223), S. 270; *Mensching*, Die zivilrechtliche Haftung für „neutrale“ berufstypische Beihilfehandlungen nach § 830 Abs. 2, Abs. 1 S. 1 BGB – alter Wein in neuen Schläuchen?, *VersR* 2012, 411 (414).

²²⁸ *Omlor*, in: Staudinger, 2012, § 675z Rn. 5; *Schwintowski*, Bankrecht (Fn. 106), Kap. 9 Rn. 290 ff.

1) Die Eröffnung von Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten ist pflichtwidrig; pflichtgemäß sind ausschließlich Insolvenzsonderkonten. Insofern ist dem *BGH* hier zuzustimmen, da die Begründung des Gerichts wohl auch offene Vollrechtstreuhandkonten erfasst.²²⁹ Allerdings wird die Vereinbarung regelmäßig als Eröffnung eines Sonderkontos auszulegen sein.

2) Aus der Einordnung als Hinterlegungsstelle ergeben sich weder bei Geltung des § 149 InsO a. F. noch in der aktuellen Fassung Pflichten der Bank, eine Haftung als Hinterlegungsstelle scheidet also aus. Zudem kann keine § 149 Abs. 2 InsO a. F. entsprechende Wirkung durch Beschluss der Gläubigerversammlung hergestellt werden. Bei Anwendbarkeit des § 149 Abs. 2 InsO a. F. nach Art. 103c Abs. 1 S. 1 InsO ist die Kenntnis der Bank von ihrer Eigenschaft als Hinterlegungsstelle notwendig. Für das Urteil des *BGH* bedeutet dies, dass ihm für den konkreten Fall im Ergebnis zuzustimmen ist: Die Einordnung als Hinterlegungsstelle entfaltet hier keine Auswirkungen für die Bank. Dies resultiert aber aus der fehlenden diesbezüglichen Kenntnis der Bank²³⁰ und nicht (nur) aus den Erwägungen des *BGH*, da das Verfahren am 1.5.2007 eröffnet wurde und somit § 149 Abs. 2 InsO a. F. Anwendung fand. Den abstrakten Erwägungen ist jedoch für die aktuelle Fassung im Ergebnis zuzustimmen.

3) Liegt ein objektiv evident insolvenzzweckwidriger Zahlungsauftrag vor, so haftet die Bank wie dargestellt sowohl bei Sonder- als auch Ander- und Vollrechtstreuhandkonten nach §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB.²³¹ Darüber hinaus kommt eine Haftung nur bei davon nicht erfassten Schadensposten in Betracht (§ 675z S. 1 BGB):

4) Im Bereich der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten kann eine Haftung gegenüber der Masse nur beim Sonderkonto bestehen, da nur dann ein Vertragsverhältnis vorliegt. Insbesondere lässt sich der Vereinbarung keine

²²⁹ *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 31 f.).

²³⁰ *Ebd.*, Rn. 2.

²³¹ Im zugrunde liegenden Sachverhalt war der Zahlungsdiensterahmenvertrag zwischen dem Verwalter und der Bank zwar vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 20.7.2009, BGBl. I 2009, S. 2355, am 11.6.2010 geschlossen worden, allerdings sind die §§ 675u, 675j Abs. 1, 675f Abs. 2 BGB gemäß Art. 229 § 22 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich hinsichtlich der am 14.3.2014 und am 20.8.2014 vorgenommenen Zahlungsaufträge anwendbar. Eine Sperrwirkung nach § 675z S. 1 BGB würde im Ausgangsfall allerdings trotzdem ausscheiden, da nur der Verwalter Kontoinhaber ist.

Drittschutzwirkung entnehmen. Dies gilt auch bei einer pflichtwidrigen Kontoeröffnung. Dem entspricht wohl auch die Auffassung des *BGH*.²³²

5) Eine deliktsrechtliche Haftung der Bank kommt sowohl bei Sonder- als auch Ander- und offenen Vollrechtstreuhandkonten nach § 826 BGB in Betracht, wenn (neben den sonstigen Voraussetzungen) entweder ein kollusives Zusammenwirken gegeben war oder sich die Bank einer objektiv evident insolvenzzweckwidrigen Schädigung, die sich auf Basis der Kenntnis von dem Treuhandverhältnis und massiver Verdachtsmomente offenkundig aufdrängen musste, verschlossen hat. Hierbei sind allerdings restriktive Maßstäbe anzulegen. Dem *BGH* ist hier also im Ergebnis zuzustimmen; wünschenswert wäre jedoch eine genauere Auseinandersetzung mit der Übertragung der bisher nur im Bereich des Missbrauchs der Vertretungsmacht anerkannten Maßstäbe gewesen; wie dargestellt vermag der Verweis auf das Urteil vom 6.5.2008²³³ eine Begründung nicht zu ersetzen.

Insgesamt ist das Urteil des *BGH* also zu begrüßen; nach dem hier vertretenen Ansatz ergibt sich für die Haftung der kontoführenden Bank in der Insolvenz eine in sich geschlossene Systematik, die einen Gleichlauf mit der Haftung der Bank im allgemeinen Zahlungsverkehr herstellt. Dieses Konzept trägt dem Umstand Rechnung, dass die Anforderungen an die Bank als Zahlstelle nicht überspannt werden sollten. Für das Insolvenzverfahren bedeutet dies, dass hier letztlich der bereits von *Ernst Jaeger* formulierte Grundsatz Geltung beansprucht:

„Die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses.“²³⁴

²³² *BGH*, NJW 2019, 1442 (Rn. 21 ff.).

²³³ *BGHZ* 176, 281 (Rn. 47).

²³⁴ *Jaeger*, Kommentar zur Konkursordnung II, 6. und 7. Aufl. 1936, § 78 Anm. 7, S. 282.