



Studentische Zeitschrift
für Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online

AUFSÄTZE

Moritz Barth

Parent in Every Country? – Der Kommissionsvorschlag
einer EU Abstammungs-VO mit Europäischem Elternschaftszertifikat

Carolina Radke

Die Lokalisierung von Vermögensschäden unter der EuGVVO
im Bereich des Kapitalmarktdeliktsrechts

Miriam Wagner

Das Urteil des *U.S. Supreme Court* in Sachen
TransUnion v. Ramirez, 141 S.Ct. 2190 (2021) = 594 U.S. __ (2021)
und mögliche Auswirkungen auf das Private Enforcement

Lisa Maria Klimaschewski

Anmerkung zu dem Urteil des *Gerichtshofs der Europäischen Union*
vom 13.1.2022 in der Rechtssache C-327/20, *New Media* unter
Berücksichtigung methodischer Aspekte sowie der möglichen Konsequenzen
für die Rechtslage in Deutschland

Simon Wannagat

Anwendungsbereich, Quo vadis? – Zum *special features*-Ansatz des *EGMR* hinsichtlich
der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK

Effi Spiegel

Die Schuldenbremse – Verbindliche Verfassungsvorgabe im EU-rechtlichen Rahmen

Trystan Stahl

Kirchenasyl im säkularisierten Verfassungsstaat

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

Redaktion

Chefredaktion: Moritz Barth, Stella Elmentaler, Julia Bierlein
Ressortleitung StudZR-WissOn: Ruben Yves Zimmermann, Elias Sieger

Alice Ballach	Julia Göbes	Viola Sauter
Alina Beckmann	Deren Göral	Monika Schröder
Franziska Burkhard	Johanna Kerscher	Josefine Schütz
Tom Bosse	Henrik-Hugo Kohlhas	Patrick Seyfried
Regine Brünner	Sophia Lehr	Silas Stegert
Bozheng Chen	Sarah Löffler	Adrian Trinter
Andra Cristea	Oskar Luong	Andreas Warchal
Rafaela Da Cunha	Melina Meding	Johanna Wiegand
Maximilian Funk		Anna Zitt

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	Prof. Dr. Mark Lembke, LL.M. (Cornell)
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Jens Bülte	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Dr. h.c. Gerhard Dannecker	Prof. Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Volker Erb	Dr. Christian Marxsen, LL.M. (NYU)
Prof. Dr. Stefan Geibel, Maître en droit	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxford)
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Christian Heinze, LL.M. (Cambridge)	Prof. Dr. Charlotte Schmitt-Leonardy
Prof. Dr. Dres. H.c. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cambridge)
Prof. Dr. Holger P. Hestermeyer	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Sebastian Unger
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)
Prof. Dr. Christian Laue	

Ehemalige Chefredaktionsmitglieder:

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, Johannes Tegel, Lina Rees, Amelie Berz, Leo Krause-Wichmann, Fabienne Schlachter, Patricia Sugg, Huy Lan Tran

Vorstand des StudZR e. V.:

Johannes Tegel, Fabienne Schlachter, Leo Krause-Wichmann

StudZR-WissOn 1/2023

**Studentische Zeitschrift für
Rechtswissenschaft Heidelberg
Wissenschaft Online**

1. Ausgabe des Jahres 2023

Erschienen im Juni 2023

Seiten 1 bis 227

eISSN

2629-7132

DOI

10.11588/srzwo.2023.1

Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar

Friedrich-Ebert-Anlage 6–10

69117 Heidelberg

www.studzr.de

E-Mail: vereinsvorstand@studzr.de

Zitiervorschlag: *Autor*, StudZR-WissOn 2023, S.

Inhaltsverzeichnis

Editorial	1
Aufsätze	
Moritz Barth <i>Parent in Every Country?</i> – Der Kommissionsvorschlag einer EU Abstammungs-VO mit Europäischem Elternschaftszertifikat	3
Carolina Radke Die Lokalisierung von Vermögensschäden unter der EuGVVO im Bereich des Kapitalmarktdeliktsrechts	45
Miriam Wagner Das Urteil des <i>U.S. Supreme Court</i> in Sachen <i>TransUnion v.</i> <i>Ramirez</i> , 141 S.Ct. 2190 (2021) = 594 U.S. ___ (2021) und mögliche Auswirkungen auf das Private Enforcement	79
Lisa Maria Klimaschewski Anmerkung zu dem Urteil des <i>Gerichtshofs der Europäischen Union</i> vom 13.1.2022 in der Rechtssache C-327/20, <i>New Media</i> unter Berücksichtigung methodischer Aspekte sowie der möglichen Konsequenzen für die Rechtslage in Deutschland	106
Simon Wannagat Anwendungsbereich, Quo vadis? – Zum <i>special features</i> -Ansatz des <i>EGMR</i> hinsichtlich der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK	121
Effi Spiegel Die Schuldenbremse – Verbindliche Verfassungsvorgabe im EU-rechtlichen Rahmen	152
Trystan Stahl Kirchenasyl im säkularisierten Verfassungsstaat	178

Editorial

Lustige Ideen aus dem Landesjustizprüfungsamt

Das Ministerium für Justiz und Migration des Landes Baden-Württemberg unterhält eine Behörde, die immer für einen guten Spaß zu haben ist. Bekannt ist die Behörde als Landesjustizprüfungsamt (LJPA). Was zunächst wie eine sterbenslangweilige Verwaltungsstelle aussieht, entpuppt sich bei genauerem Hinsehen geradezu als Meisterin der hinter sinnigen Komik. Zugegeben, meistens gehen die Späße des LJPA auf Kosten der Examenskandidat:innen, aber immerhin: In der Humorkategorie „Erschweren des Staatsexamens mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln“ will man der Präsidentin des LJPA *Sintje Leßner* nur voller Begeisterung und bewundernder Demut vor der in ihrem Hause obwaltenden administrativen Hammertruppe einen goldenen Vollpfosten überreichen.

Rekapitulieren wir: 2021 zwang das LJPA sämtliche Prüflinge Baden-Württembergs zur Wiederholung der Strafrechtsexamensklausur, da aufgrund einer Verwechslung in Konstanz der Sachverhalt der Klausur bereits einige Tage früher für kurze Zeit ausgeteilt worden war. Man würde meinen, in einem solchen Fall würde eine andere Strafrechtsklausur gestellt werden und es gäbe kein Problem. Wer so denkt, lässt aber das feine Gespür für genau die Pointen missen, die das LJPA erst zu dem machen, worauf es heute mit Recht stolz ist. Es wurde nämlich zum Termin der Strafrechtsklausur kein neuer, sondern der bereits versehentlich ausgeteilte Sachverhalt verwendet und bearbeitet. Erst mehrere Tage nach der Bearbeitung verkündete das LJPA dann, dass die Klausur im ganzen Land wiederholt werden muss.

Auch die Wiederholungsklausur trug die lustige Handschrift der Spaßmacher vom LJPA: In Heidelberg wurden Kandidat:innen zu falschen Prüfungsräumen geladen, die Sporthallen, in denen die Klausur geschrieben wurde, verfügten teilweise über keine Fenster, die man öffnen konnte, und über eine nur suboptimal funktionierende Beleuchtung, die durch während der Bearbeitungszeit aufgestellte Baustellenscheinwerfer ersetzt werden musste.

Im Februar 2023 legte das LJPA eine neue Regelung zu den Ruhetagen im Examen vor – auch sie atmet den Geist unbeschwerter Gedankenlosigkeit, für den wir das LJPA schätzen und um den wir es auch ein wenig beneiden. Die

bisher zwischen die Prüfungstage eingeschobenen Ruhetage sollen von bisher zwei sukzessive auf null reduziert werden. Dazu muss man wissen, dass vom vielen Aufsagen des Wortes „Ruhetage“ und des darin enthaltenen Vokals „u“ die Münder der Ministerialbeamten in Stuttgart ganz spitz geworden sind. Da ergibt es nur Sinn, die Pausentage abzuschaffen, um den angespannten Gesichtsmuskeln von Referenten und Referatsleitern ein wenig Entspannung zu gönnen. Die durch fünftägiges Durchschreiben provozierten Sehnenscheidenentzündungen der Prüflinge fallen dabei zwar aus der Betrachtung heraus, aber auch hier gilt – wie überall im Leben und gerade in einer Examensklausur – richtige Schwerpunkte setzen!

Kennen Sie Hockenheim? Nein? Macht nichts. Nach neusten Plänen des LJPA werden schon ab diesem Jahr die etwa 200 Examenskandidat:innen aus Heidelberg, die die Prüfung in jeder Kampagne ablegen, die Chance erhalten, die Kleinstadt südlich von Mannheim etwas besser kennenzulernen. Löblich, denn The Länd hat viel zu bieten! Das LJPA beabsichtigt, die schriftlichen Arbeiten für die Erste Juristische Prüfung für Heidelberg nicht mehr in der Stadt, sondern 25 Kilometer entfernt in dem bisher nur Motorsportbegeisterten bekannten Ort abzuhalten. Die Erreichbarkeit mit dem ÖPNV ist schlecht und dauert etwa eine Stunde, die Hockheimer Stadthalle, in der die Prüfung geschrieben werden soll, ist weit vom Bahnhof entfernt und die Heidelberger Kandidat:innen werden sich wohl entweder in Hotels in Hockenheim einmieten oder zur Sicherheit mehrere Stunden vor Prüfungsbeginn die notorisch unzuverlässige Bahn nehmen müssen.

Das alles ist nicht nur Ausdruck einer teilweise schon wieder erheiternden Inkompetenz, sondern zeigt vor allem eine in jeder Hinsicht verquere Prioritätensetzung, bei der verwaltungsinternen Zweckmäßigkeitserwägungen konsequent Vorrang vor den Belangen der Examenskandidat:innen eingeräumt wird. Unverständlich ist, wie eine Behörde, die wiederholt an der ihr obliegenden Aufgabe, Prüfungen zu organisieren, scheitert, dennoch so voller Energie sein kann, wenn es darum geht, den Examenskandidat:innen Stein um Stein in den Weg zu legen. Auf weitere lustige Ideen des LJPA können Baden-Württemberger Studierende getrost verzichten.

Moritz Barth, Stella Elmentaler, Julia Bierlein
Chefredaktion

Moritz Barth*

***Parent in Every Country?* – Der Kommissionsvorschlag einer EU Abstammungs-VO mit Europäischem Elternschaftszertifikat**

Abstract

Die eigene Abstammung ist von zentraler Bedeutung für die Identität einer Person und entfaltet beispielsweise im Staatsangehörigkeitsrecht, im Namens-, Sorge-, Unterhalts- sowie Erbrecht wesentliche persönliche und wirtschaftliche Bedeutung für das Individuum. Auch für die Eltern eines Kindes ist es etwa während Reisen oder beim Umzug ins Ausland von erheblicher Wichtigkeit, dass die in einem Staat begründete Eltern-Kind-Zuordnung in anderen Staaten anerkannt wird. Insbesondere hinsichtlich postmoderner Formen von Elternschaft (Leihmutterschaft, Co-Elternschaft) ist die grenzüberschreitende Anerkennung von Abstammungsverhältnissen innerhalb der EU derzeit jedoch nicht sichergestellt. Der Beitrag analysiert den auf diese zersplitterte Rechtslage reagierenden Verordnungsentwurf der Kommission COM(2022) 695 final vom 7.12.2022 und problematisiert dabei insbesondere die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit, zum Kollisionsrecht und zur Anerkennung öffentlicher Urkunden. Der Verordnungsentwurf wird kollisionsrechtsdogmatisch eingeordnet; der Beitrag schließt mit Beispielfällen, die die Schwächen des Entwurfs aufzeigen, und macht Vorschläge zur Verbesserung.

* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist dort studentische Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Pfeiffer) sowie Chefredakteur dieser Zeitschrift. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Wintersemester 2022/23 von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller gestellt wurde. *Victor de Lousanoff* sei herzlich für wertvolle Anmerkungen gedankt.

A. Einleitung: Das heutige internationale Abstammungsrecht in der EU

Bei der Ermittlung des *status filiationis* sind die Staaten der Europäischen Union in Vielfalt ungeeint. So stellt die Aussage der Kommissionspräsidentin *von der Leyen* in ihrer Rede zur Lage der Union im September 2020 – „*If you are parent in one country, you are parent in every country*“¹ – auch mehr als zwei Jahre später keine Zustandsbeschreibung, sondern eine Zielvorstellung dar. Denn während verschiedene Aspekte des internationalen Familienrechts auf europäischer Ebene vereinheitlicht wurden, ist ein europäisches internationales Abstammungsrecht zumindest bislang nicht verwirklicht worden. Mit dem Entwurf einer Verordnung über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats (im Folgenden: VO-E)² liegt seit dem 7.12.2022 nun ein Verordnungsvorschlag der Kommission auf dem Gebiet des internationalen Abstammungsrechts vor.

I. Entstehungsgeschichte des Kommissionsvorschlags

Bereits seit 2010 strebt die Kommission die Anerkennung im EU-Ausland begründeter Statusverhältnisse auch in Abstammungsfragen an.³ Die Anerkennung bzw. Annahme mitgliedstaatlicher Personenstandsurkunden, die dies ermöglicht hätte, wurde 2016 zwar noch nicht in der EuApostille-VO⁴ umgesetzt.⁵ Sowohl in der EU-Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-

¹ *v. d. Leyen*, State of the Union Address 2020, abrufbar unter: https://state-of-the-union.ec.europa.eu/system/files/2022-08/soteu_2020_multilingual.pdf (zuletzt abgerufen am 23.2.2023), S. 24.

² COM(2022) 695 final.

³ Grünbuch: Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern, KOM(2010) 747 endg., S. 14 f.

⁴ Verordnung (EU) 2016/1191 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 zur Förderung der Freizügigkeit von Bürgern durch die Vereinfachung der Anforderungen an die Vorlage bestimmter öffentlicher Urkunden innerhalb der Europäischen Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012.

⁵ *Patreider*, Die Europäische Urkundenverordnung. Ausgewählte Fragen und Erfahrungen, StAZ 2022, 327 (328), damit folgte die Kommission der Mahnung beispielsweise des Deutschen Rats für IPR, keine Urkundenanerkennung mit Tatsachenvermutung ohne Vereinheitlichung des Kollisionsrechts vorzunehmen, s. *Mansel/Coester-Waltjen/Henrich/Kobler*, Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission, IPRax 2011, 335 (339 ff.); *Mansel*, Kritisches zur „Urkundsinhaltsanerkennung“, IPRax 2011, 341 (342); *Helms*, Elternteil in einem Staat – Elternteil in jedem Staat (der EU)?, ZEuP 2022, 747 (751 f.).

Personen 2020⁶ als auch in der EU-Kinderrechtsstrategie 2021⁷ kündigte die Kommission jedoch eine Initiative zur gegenseitigen Anerkennung der Elternschaft zwischen den Mitgliedsstaaten für 2022 an, wozu sie auch vom Europäischen Parlament in dessen Entschließung zu Rechten von LGBTIQ-Personen in der EU vom 14.9.2021 aufgefordert wurde.⁸ Nach Vorarbeiten durch eine zwölfköpfige Expertenkommission⁹ unter Begleitung von Interessenverbänden und internationalen Organisationen wie der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht und umfassender Öffentlichkeitsbeteiligung übersandte die Kommission ihren Vorschlag kurz vor Jahreswechsel an den Rat.¹⁰ Er umfasst 72 Artikel, 99 Erwägungsgründe und gliedert sich in neun Kapitel: I. Gegenstand, Anwendungsbereich und Begriffsbestimmungen, II. Gerichtliche Zuständigkeit, III. Anzuwendendes Recht, IV. Anerkennung, V. Öffentliche Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung, VI. Europäisches Elternschaftszertifikat, VII. Digitale Kommunikation, VIII. Delegierte Rechtsakte, IX. Allgemeine Bestimmungen und Schlussbestimmungen.¹¹

Obwohl die rechtswissenschaftliche Diskussion zum VO-E noch kaum angelaufen ist,¹² polarisiert der Vorschlag bereits im politischen Raum¹³ und es

⁶ Eine Union der Gleichheit: Strategie für die Gleichstellung von LGBTIQ-Personen 2020–2025, (COM(2020) 698 final), S. 19 f.; s. dazu *Mansel/Thorn/Wagner*, Europäisches Kollisionsrecht 2020: EU im Krisenmodus!, IPRax 2021, 105 (109).

⁷ COM(2021) 142 final, S. 17.

⁸ P9_TA(2021)0366; vgl. *Kobler/Pintens*, Entwicklungen im europäischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2021-2022, FamRZ 2022, 1405 (1406); *Kobler*, Status und Mobilität in der Europäischen Union, IPRax 2022, 226 (229).

⁹ S. *Europäische Kommission*, Minutes, First Meeting of the Expert Group on the recognition of parenthood between Member States, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/expert-groups/consult?lang=en&groupID=3765> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023), S. 1.

¹⁰ Ausführlich zur Gesetzgebungsgeschichte *Válková*, The Commission Proposal for a Regulation on the Recognition of Parenthood and Other Legislative Trends Affecting Legal Parenthood, Riv. dir. int. priv. proc. 2022, 854 (880 ff.).

¹¹ So auch *Mansel/Thorn/Wagner*, Bewegung im internationalen Familienrecht, IPRax 2023, 109 (121); *Válková* (Fn. 10), S. 886.

¹² S. *Peroz*, Proposition de règlement européen en matière de filiation, Droit de la famille 2023, commentaire 34; *Válková* (Fn. 10), S. 854 ff.; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 109 ff.

¹³ Positiv fallen die Stellungnahmen von LGBTI-Verbänden, negativ die von katholischen Interessenverbänden aus, vgl. *ILGA*, LGBTI organisations welcome EU parental recognition proposal, 7.12.2022, abrufbar unter: <https://www.ilga-europe.org/press-release/lgbti-organisations-welcome-eu-parental-recognition-proposal/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023); *Institut für Ehe und Familie*, Selektive Sicht auf

steht zu erwarten, dass er wegen des bereits angekündigten Widerstands einiger osteuropäischer Staaten¹⁴ nur im Verfahren der verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20 EUV, 326 ff. AEUV umgesetzt werden können.¹⁵ Aufgrund der im Koalitionsvertrag der Ampelregierung vereinbarten Einführung von Co-Mutterschaften¹⁶ und der bereits im Februar 2022 geäußerten Zustimmung des Bundesjustizministers *Buschmann* zu den Plänen der Kommission¹⁷ kann aber davon ausgegangen werden, dass die Bundesrepublik Teil einer solchen verstärkten Zusammenarbeit sein und der VO-E daher Relevanz für Deutschland entfalten wird.

Im Folgenden werden daher nach einem kurzen rechtsvergleichenden Überblick (**A. II.**) die wichtigsten Regelungen des VO-E zu seinem Anwendungsbereich (**B.**), zur Zuständigkeit (**C.**), zum Kollisionsrecht (**D.**), zur Anerkennung und Annahme öffentlicher Urkunden und zum europäischen Elternschaftszertifikat (**E.**) näher beleuchtet, sowie die Gesetzgebungskompetenz der Union kritisch überprüft (**F.**). Die Ergebnisse werden anhand zweier Beispielfälle illustriert (**G.**) und in Thesen zusammengefasst (**H.**).

das Kindeswohl, 19.12.2022, abrufbar unter <https://www.ief.at/eu-familie-selektive-sicht-auf-das-kindeswohl/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023).

¹⁴ S. bereits die Pressemitteilung der französischen Ratspräsidentschaft v. 4.2.2022, Informelles Treffen der europäischen Justizminister, abrufbar unter <https://wayback.archive-it.org/12090/20221120173253/https://presidence-francaise.consilium.europa.eu/de/aktuelles/informelles-treffen-der-europaischen-justizminister/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023); *Ellena*, EU countries split over Commission's plan to give parents cross-border rights, Euractiv v. 7.2.2022. abrufbar unter <https://www.euractiv.com/section/non-discrimination/news/eu-countries-split-over-commissions-plan-to-give-parents-cross-border-rights/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023).

¹⁵ *Peroz* (Fn. 12); *Válková* (Fn. 10), S. 896 f.; *Kobler* (Fn. 8), S. 230; *Helms*, FamRZ-Newsletter 2/2023, 1 (1); *Luku*, European Commission Proposal for a Regulation on Private International Law Rules Relating to Parenthood, Conflict of Laws.net v. 16.12.2022, abrufbar unter: <https://conflictoflaws.net/2022/european-commission-proposal-for-a-regulation-on-private-international-law-rules-relating-to-parenthood/> (zuletzt abgerufen am 14.3.2023).

¹⁶ SPD/Bündnis 90/Die Grünen/FDP, Mehr Fortschritt wagen: Koalitionsvertrag 2021 - 2025, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021.-1990800> (zuletzt abgerufen am 24.2.2023), S. 101, 119 f.; s. dazu *Straub*, „Reden ist Silber, Schweigen ist Gold?“ – Überlegungen zur Reform des Abstammungs-rechts, FamRZ 2023, 12 (13).

¹⁷ FAZ, Buschmann will Stärkung gleichgeschlechtlicher Familien, 4.2.2022, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/in-der-gesamten-eu-in-der-gesamten-eu-17780828.html> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023); *Kobler* (Fn. 8), S. 231.

II. Rechtsvergleichender Überblick über die bisherige Rechtslage

Der Vorschlag reagiert auf die Uneinheitlichkeit der mitgliedstaatlichen Kollisions- und Sachnormen in Bezug auf das Abstammungsrecht. Im Bereich des internationalen Abstammungsrechts knüpfen die meisten europäischen Rechtsordnungen entweder an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes oder dessen Staatsangehörigkeit an, die *common law*-Rechtsordnungen Zypern und Irland wenden ohne Einschaltung von Kollisionsnormen direkt das eigene Sachrecht an.¹⁸ Vor allem ist aber das stark von kulturellen, religiösen und gesellschaftspolitischen Einwirkungen geprägte¹⁹ und von neuen medizinischen Verfahren häufig rechtstatsächlich überholte²⁰ materielle Abstammungsrecht der Mitgliedsstaaten in teils einander ähnliche, teils stark voneinander divergierende Normen zersplittert.²¹

1. Probleme traditioneller Familien im grenzüberschreitenden Sachverhalt

Traditionelle Familien stehen dabei etwa aufgrund der in einigen europäischen Ländern geltenden 300-Tage-Regel, die ein nach geschiedener Ehe geborenes Kind rechtlich dem ehemaligen Ehemann zuordnet, wenn es innerhalb von 300 Tagen nach der Scheidung geboren wird, vor dem Problem, dass einem Kind in

¹⁸ ICF, Study to support the preparation of an impact assessment on a possible Union legislative initiative on the recognition of parenthood between Member States, Final report, 2022, abrufbar unter: <https://commission.europa.eu/system/files/2023-01/ICF%20Final%20Report%20-%20Recognition%20of%20parenthood%20between%20MSs%20-%20FINAL.pdf> (zuletzt abgerufen am 15.3.2023), S. 161.

¹⁹ v. Bar/Mankowski, IPR II: Besonderer Teil, 2. Aufl., München 2019, § 4 Rn. 941 ff.; Leible, Strukturen und Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, in: Leible/Terhechte, Enzyklopädie Europarecht III: Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2021, § 14 Rn. 56; Kotzur/van de Loo, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmaier, 7. Aufl. 2023, Art. 81 AEUV Rn. 15.

²⁰ Zu Reformforderungen im deutschen Recht, insbesondere zur Co-Mutterschaft vgl. Biggel u. a., Elternschaft im Wandel: From status to contract?, AcP 221 (2021), 765 (804 ff.); Reuß, Das Abstammungsrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, FamRZ 2021, 824 (828); Unger, Quo vadis, Abstammungsrecht? – Ein Blick auf den Abschlussbericht des Arbeitskreises für Abstammungsrecht, FamRZ 2018, 663 (663 ff.); Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, 7. Aufl. 2020, § 52 Rn. 2; Wellenhofer, in: MüKo-BGB X, 8. Aufl. 2020, § 1591 Rn. 45 ff.; das BVerfG wird nach den konkreten Normenkontrollanträgen gemäß Art. 100 Abs. 1 GG des OLG Celle (NZFam 2021, 352 ff.) und des KG (NJOZ 2021, 840 ff.) über die Verfassungsmäßigkeit des § 1592 BGB zu entscheiden haben.

²¹ Vgl. ICF (Fn. 18), S. 149 ff.; ILGA, Rainbow Index 2022, <https://www.ilga-europe.org/files/uploads/2022/06/rainbow-index-2022.pdf>; Válková (Fn. 10), S. 855.

transnationalen Sachverhalten mehrere Väter zugeordnet werden können.²² Erkennt zum Beispiel der neue Partner einer frisch geschiedenen Frau ihr Kind noch vor der Geburt nach deutschem Recht wirksam an (§§ 1592 Nr. 2, 1594 Abs. 2, 4, 1595 Abs. 1 BGB), kann das Kind in Spanien gemäß der dort in Art. 116 Codigo Civil statuierten 300-Tage-Regel dennoch dem Ex-Ehemann als Vater zugeordnet sein.²³ Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich bei unterschiedlichen Zustimmungsvoraussetzungen für die Anerkennung der Vaterschaft: So genügt etwa in Frankreich gemäß Art. 316 C. civ. zur Vaterschaftsanerkennung die Erklärung des Vaters, während in Deutschland gemäß §§ 1592 Nr. 2, 1594, 1595 Abs. 1 BGB auch die Zustimmung der Mutter erforderlich ist. Ein von unterschiedlichen Männern jeweils in Frankreich und Deutschland wirksam anerkanntes Kind müsste dann einem der beiden Väter zugeordnet werden.²⁴

2. Probleme postmoderner Familien²⁵ im grenzüberschreitenden Sachverhalt

Die Hauptdifferenz liegt jedoch in der Behandlung postmoderner Elternschaftsformen: Beispielsweise wird die rechtliche Eltern-Kind-Zuordnung eines mittels Leihmutterschaft ausgetragenen Kindes oder die Zulässigkeit einer Co-Mutterschaft, mithin das Auseinanderfallen sozialer und genetischer Elternschaft (nicht nur, aber vor allem) bei gleichgeschlechtlichen Paaren in den EU-Staaten unterschiedlich geregelt. Leihmutterschaften sind beispielsweise in Deutschland gemäß §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2, 6, 7, Abs. 2 ESchG, 13a ff. AdVermiG strafbewehrt verboten, in Griechenland jedoch unter den Bedingungen der Art. 1458, 1464 grZGB legal.²⁶ Co-Mutterschaften sind demgegenüber etwa in

²² Zu einem solchen Fall (in Bezug auf die polnische 300-Tage-Regel) *OLG Brandenburg*, NJW-RR 2022, 586 ff.; s. auch *Helms*, in: MüKo-BGB XII, 8. Aufl. 2020, Art. 19 EGBGB Rn. 20 ff.

²³ Vgl. *Helms* (Fn. 5), S. 748; *Franck*, Vaterschaftsanerkennung versus gesetzliche Vaterschaft im Internationalen Abstammungsrecht, FamRZ 2020, 307 (308 ff.).

²⁴ *Wagner*, Inhaltliche Anerkennung von Personenstandsurkunden – ein Patentrezept?, FamRZ 2011, 609 (612).

²⁵ So der Oberbegriff für Phänomene pluralisierter Elternschaft wie etwa Leihmutter- oder homosexuelle Elternschaft bei *Biggel u. a.* (Fn. 20), S. 786, vgl. bereits *Lüscher*, Familie und Familienpolitik im Übergang zur Postmoderne, in: Lüscher/Schultheis/Wehrspau, Die „postmoderne“ Familie: Familiäre Strategien und Familienpolitik in der Übergangszeit, 1988, S. 15 ff.; *Liegler*, Freie Assoziation von Familien: Geschichte und Zukunft einer „postmodernen“ familialen Lebensform, in: *ebd.*, S. 98 (100).

²⁶ *Koutsouradis*, Die gerichtliche Erlaubnis zur unterstützten Fortpflanzung durch eine Leihmutter in Griechenland, FamRZ 2004, 1426 (1426 ff.); *Helms*, Leihmutterschaft – ein rechtsvergleichender Überblick, StAZ 2013, 114 (117); *Henrich*, Entwicklungen des

Frankreich seit 2021 möglich, wenn die Frau, die das Kind nicht geboren hat, gemäß Art. 342-10, 342-11 Abs. 2 C. civ. der medizinisch assistierten Zeugung zugestimmt und das Kind vor oder nach der Geburt anerkannt hat.²⁷ In Spanien gilt gemäß Art. 7 Abs. 3 Ley 14/2006 v. 26.5.2006 die mit der Geburtsmutter verheiratete Frau als Mutter des Kindes, wenn sie dem zustimmt,²⁸ während in Deutschland gemäß §§ 1591, 1592 BGB eine Co-Mutterschaft ausscheidet.

3. Konsequenz: Europäischer Regelungsbedarf

Die verschiedene Behandlung postmoderner Elternschaftsmodelle birgt Schwierigkeiten in grenzüberschreitenden Fällen. Wenn etwa nach innereuropäischem Umzug eines Paares mit einem durch Leihmutterschaft ausgetragenen Kind das Kollisionsrecht des Zuzugsmitgliedstaats auf ein anderes als das zuvor berufene Sachrecht verweist und dieses die Leihmutterschaft im Unterschied zum bisher anwendbaren Recht nicht kennt, droht in Folge des gespaltenen Abstammungsstatuts die bisherige Elternschaft mindestens eines der Elternteile im Zuzugsstaat nicht anerkannt und das Kind möglicherweise eltern- und staatenlos zu werden.²⁹ Ähnlich stellt sich die Situation für Co-Mütter dar, wenn in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt das Kollisionsrecht des einen Staats auf ein materielles Abstammungsrecht verweist, das nur die Mutterschaft der gebärenden Mutter anerkennt, während das im anderen Staat anwendbare Abstammungsrecht beide Frauen als rechtliche Eltern betrachtet.³⁰ Für die betroffenen Kinder kann dies mit einer

Familienrechts in Ost und West, FamRZ 2010, 333 (337); *Zervogianni*, Surrogacy in Greece, in: Scherpe/Fenton-Glynn/Kaan, Eastern and Western Perspectives on Surrogacy, 2019, S. 149 ff.

²⁷ *Ferrand*, Das neue französische Bioethik-Gesetz Nr. 2021-1017 v. 2.8.2021, FamRZ 2022, 1422 (1424); *Schlürmann*, Ausländische Geburtsurkunden im französischen Abstammungsrecht – Fort- und Rückschritte eines Anerkennungsprinzips im IPR, StAZ 2022, 257 (257).

²⁸ *Ferrer i Riba*, Außergerichtliche Trennung und Scheidung, Abstammungsklagen, Zuordnung der Mutterschaft und offene Adoption im spanischen Familienrecht, FamRZ 2016, 1557 (1559 f.).

²⁹ *Dethloff*, Familienrecht in Europa – Quo vadis?, NJW 2018, 23 (28); *Wagner*, Vermeidung hinkender Rechtsverhältnisse im Abstammungsrecht?, NZFam 2019, 513 (514); *Heiderhoff*, in: BeckOK-BGB, Ed. 64, Stand: 1.11.2022, Art. 19 EGBGB Rn. 34; *Helms*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 19 EGBGB Rn. 67; *Gernhuber/Coester-Waltjen* (Fn. 20), § 53 Rn. 17; grundlegend *BGH*, NJW 2015, 479 (483 Rn. 56).

³⁰ So die Ausgangslage in den Fällen *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 18 ff. und Beschl. v. 24.6.2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, Rn. 15 ff., in denen eine jeweils in Spanien begründete Co-Mutterschaft von der bulgarischen bzw. polnischen Ortsbehörde als *ordre public*-widrig angesehen und das als Ersatzrecht angewandte bulgarische bzw. polnische Abstammungsrecht die Co-Mutterschaft nicht

Beeinträchtigung ihrer Grundrechte auf Identität, Nichtdiskriminierung und Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 2, 8, 9 UN-Kinderrechtskonvention und 7, 21, 24 GrCh einhergehen, deren Schutz die Kommission mit ihrem Vorschlag verbessern will.³¹ Weiterhin soll der VO-E dazu beitragen, Gerichts- und Verwaltungskosten zu senken, die Eltern bei der grenzüberschreitenden Anerkennung ihrer Elternschaft entstehen.³² Er dient damit auch der Erleichterung der Binnenfreizügigkeit und der finanziellen Effizienzsteigerung der Justiz.³³

B. Anwendungsbereich, Art. 3 VO-E

Der Vorschlag gilt gemäß Art. 3 Abs. 1 VO-E sachlich für Zivilsachen der Elternschaft in grenzüberschreitenden Fällen, wovon gemäß Abs. 2 der Norm verschiedene dem Abstammungsrecht benachbarte Gebiete ausdrücklich ausgenommen sind. Hierzu zählen die bereits durch Brüssel IIb-VO, KSÜ, EuUntVO und EuErbVO vereinheitlichten Materien der elterlichen Verantwortung (Art. 3 Abs. 2 lit. b VO-E), Unterhaltspflichten (Art. 3 Abs. 2 lit. f VO-E) und Erbschaften (Art. 3 Abs. 2 lit. g VO-E), ferner die durch das HAdoptÜ geregelten länderübergreifenden Adoptionen (Art. 3 Abs. 2 lit. e VO-E), sowie die in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedsstaaten fallenden Fragen der Rechts- und Handlungsfähigkeit, Volljährigkeit, Staatsangehörigkeit und Personenstandsregister (Art. 3 Abs. 2 lit. c, d, h, i VO-E). Die in lit. a ausgeschlossenen Fragen des Bestands, der Gültigkeit und Anerkennung von Ehen und eingetragenen Partnerschaften fallen ebenfalls in die mitgliedstaatliche Kompetenz, teilweise sind sie in der Brüssel IIb-VO und für teilnehmende Staaten in der Rom III-VO geregelt.

Territorial würde die Verordnung als auf Art. 81 Abs. 1, 3 AEUV gestützte Maßnahme der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der gesamten

anerkannte, vgl. *Grifo*, „Pancharevo“: Nationale Identität (Artikel 4 II EUV) als Kompetenzschutz im Familienrecht, ZEuP 2022, 703 (702 f.); *Flindt*, Anm. zu EuGH, 14.12.2021, FamRZ 2022, 281 (286); *ders.*, Anm. zu EuGH, Beschluss vom 24. Juni 2022 - Rs. C-2/21, StAZ 2022, 340 (341).

³¹ Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 1.

³² *Ebd.*, S. 1, 10 f.

³³ Vgl. zur Effizienzsteigerung durch IPR *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Einl. IPR Rn. 7; *Weller*, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht: Abschied von der „klassischen“ IPR-Dogmatik?, IPRax 2011, 429 (433).

Union mit Ausnahme Dänemarks und in Irland nur vorbehaltlich eines Opt-Ins gelten.³⁴

C. Zuständigkeitsregeln, Art. 6 ff. VO-E

Mit der Vereinheitlichung der gerichtlichen Zuständigkeit in Elternschaftssachen (Kapitel II VO-E) will die Kommission die gegenseitige Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen erleichtern und Parallelverfahren sowie widersprüchliche Entscheidungen verhindern.³⁵ Der Entwurf enthält allgemeine Zuständigkeitsregeln (Art. 6; dazu **I.**), subsidiäre Gerichtsstände (Art. 7-9, dazu **II.**), Vorschriften zur Verfahrenskoordination (Art. 10, 14, dazu **III.**) sowie das Recht des Kindes auf Anhörung (Art. 15, dazu **IV.**).

I. Allgemeine Gerichtsstände, Art. 6 VO-E

Leitmotiv für die Festlegung der internationalen Zuständigkeit soll nach dem Willen der Kommission die aus Art. 3 Abs. 1 UN-Kinderrechtskonvention, Art. 24 Abs. 2 GRCh hergeleitete vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls sein,³⁶ woraus sich als primäres Zuweisungskriterium die räumliche Nähe des Kindes zum Gericht ergibt.³⁷ Dieses Kriterium wird jedoch im Entwurf nicht konsequent umgesetzt. Denn um dem Kind den Zugang zur Justiz zu erleichtern, begründet Art. 6 VO-E die internationale Zuständigkeit nicht nur im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes (lit. a), sondern alternativ auch im Staat, dessen Staatsangehörigkeit das Kind besitzt (lit. b), in dessen Geburtsstaat (lit. f) sowie im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Antragsgegners (lit. c), jedes Elternteils (lit. d) und des Staats, dessen Staatsangehörigkeit jedes Elternteil besitzt (lit. e).

1. Kindesferne und *forum-shopping* als Nachteile der alternativen Anknüpfung

Theoretisch kommen damit bis zu acht alternative Gerichtsstände für eine Abstammungssache in Frage.³⁸ Die angestrebte räumliche Nähe zwischen Kind

³⁴ S. Erwägungsgrund 97 f. VO-E; Protokoll Nr. 21 und 22 zum AEUV; vgl. auch *Leible*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 81 AEUV Rn. 3; *Rossj*, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 81 AEUV Rn. 4.

³⁵ Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 16.

³⁶ *Ebd.*, S. 1.

³⁷ *Ebd.*; Erwägungsgrund 39 VO-E; vergleichbar damit auch die Regelung in Art. 7 Abs. 1 Brüssel IIb-VO und deren Erwägungsgrund 20.

³⁸ Der Vorschlag geht über die von der Expertengruppe vorgeschlagenen drei allgemeinen Gerichtsstände weit hinaus, wonach nur die nun in Art. 6 lit. a, b und c VO-

und Gericht wird damit faktisch zugunsten umfassender Rechtszugangsmöglichkeiten relativiert; die Aufzählung in Art. 6 VO-E erscheint nach zunehmender Kindesferne geordnet³⁹ und insgesamt wenig vorhersehbar. Zwar wird durch die alternative Anknüpfung der Zugang zur Justiz erleichtert. Dies kommt jedoch nicht nur dem Kind, sondern beispielsweise auch einem die Vaterschaft Anfechtenden fernab des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes zugute. Ficht beispielsweise ein finnischer Staatsangehöriger eine Vaterschaft in Finnland auf Grundlage des Art. 6 lit. e VO-E an, kann dies die Verwirklichung des in Art. 15 VO-E statuierten Anhörungsrecht des minderjährigen Kindes stark erschweren, das seit seiner Geburt mit seiner Mutter in Portugal lebt – von der fehlenden räumlichen Nähe des Kindes zum Gericht ganz zu schweigen.

Zudem eröffnen zahlreiche alternative Gerichtsstände die Möglichkeit des *forum shopping*.⁴⁰ Die damit häufig verbundene Benachteiligung des Beklagten ist im sensiblen Bereich der Abstammungsfragen besonders zu vermeiden,⁴¹ zudem wird so das prozessökonomisch unvorteilhafte Auseinanderfallen von *forum* und *ius* begünstigt.

Auf der anderen Seite würde die alleinige Zuständigkeit des Staats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, aber zu Schwierigkeiten führen, etwa wenn sich dieser bei Säuglingen nicht oder nur schwer ermitteln lässt.

E statuierten allgemeinen Gerichtsstände vorgesehen waren, *Europäische Kommission*, Minutes, 6th Meeting of the Expert Group (Fn. 9), S. 2 f.

³⁹ In Anlehnung an *Schack*, Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa, *RebelsZ* 65 (2001), 615 (622) zur Brüssel IIa-VO.

⁴⁰ Diese Gefahr sieht im Ansatz auch *Válková* (Fn. 10), S. 889; vgl. zur Parallelproblematik in Art. 3 Brüssel IIb-VO: *Sonntag*, Zielsetzung und Beurteilung der Effektivität der Brüssel IIa-Verordnung aus Sicht der Wissenschaft, in: Pfeiffer/Wittmann/Escher, *Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis*, 2018, S. 9 (14 ff.); *Antomo*, Die Neufassung der Brüssel IIa-Verordnung – erfolgte Änderungen und verbleibender Reformbedarf, in: Pfeiffer/Lobach/Rapp, *Europäisches Familien- und Erbrecht: Stand und Perspektiven*, 2020, S. 13 (20); *Hau*, in: Staudinger, 2023, Art. 3 Brüssel IIb-VO Rn. 16; *Weller*, Die Reform der EuEheVO, *IPRax* 2017, 222 (229); *Gottwald*, in: *MüKo-FamFG II*, 3. Aufl. 2019, Art. 3 Brüssel IIa-VO.

⁴¹ Vgl. *Deutscher Anwaltverein*, Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht zum Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats, Nr. 7/2023, abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-7-23-europaeische-elternschaft> (zuletzt abgerufen am 10.3.2023) S. 6 f.; allgemein zur Klägerbenachteiligung beim *forum shopping v. Bar/Mankowski*, *IPR I: Allgemeine Lehren*, 2. Aufl. 2003, § 5 Rn. 157 ff.; *Schack*, *IZVR*, 8. Aufl. 2021, § 8 Rn. 272 ff.

Erwägenswert wäre statt der alternativen Anknüpfung daher eine *Kegel'sche Leiter*, die in Übereinstimmung mit dem Leitmotiv des Kindeswohls die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes priorisiert und die übrigen Anknüpfungsmomente subsidiär zulässt.⁴²

2. Der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes

Die allgemeine Zuständigkeit wird nach Art. 6 lit. a VO-E über den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes angeknüpft. Anhand welcher Kriterien dieser zu bestimmen ist und ob er in Zweifelsfällen auch ein subjektives Element enthält, ist umstritten.⁴³ Erwägungsgrund 40 sieht nun erstmals in einem europäischen Rechtsakt eine Konkretisierung der Kriterien zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes vor. Diese Konkretisierung könnte auch über den VO-E hinaus Bedeutung für andere Verordnungen erlangen. Zwar wird der gewöhnliche Aufenthalt in verschiedenen europäischen Rechtsakten im Lichte ihrer jeweiligen Regelungszwecke durch unterschiedliche Kriterien näher bestimmt, weswegen bei einer rechtsaktsübergreifenden Auslegung die unterschiedlichen Zielsetzungen der Verordnungen und die Art der Person, deren gewöhnlicher Aufenthalt ermittelt wird, berücksichtigt werden müssen.⁴⁴ Die Zuständigkeitsregeln des VO-E wie auch der Brüssel IIa/b-VO erfassen jedoch den gewöhnlichen Aufenthalt von Kindern und orientieren sich zum Schutz des Kindeswohls am Kriterium der räumlichen Nähe.⁴⁵ Erwägungsgrund

⁴² Vgl. zur Parallelproblematik in Art. 3 Brüssel IIb-VO: *Sonmentag* (Fn. 40), S. 15 ff.

⁴³ *Gruber*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern, IPRax 2019, 217 ff.; *Hilbig-Lugani*, Divergenz und Transparenz: Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts der privat handelnden natürlichen Person im jüngeren EuIPR und EuZVR, GPR 2014, 8 (10 ff.); für ein willensbezogenes Element *Weller/Schulz*, Unterhaltsklage nach Kindesentführung: Zuständigkeit am „unrechtmäßigen“ gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes?, IPRax 2015, 176 (177); *Rentsch*, Die Zukunft des Personalstatuts im gewöhnlichen Aufenthalt, ZEuP 2015, 288 (308 f.); *Weller*, Der „gewöhnliche Aufenthalt“ – Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff, in: Leible/Unberat, Brauchen wir eine Rom-0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR, 2013, S. 294 (317 ff.); vorsichtiger: *Heiderhoff*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 10.

⁴⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, A, Rn. 36; *Hilbig-Lugani* (Fn. 43), S. 10 ff.; *Dutta/Schulz*, Erste Meilensteine im europäischen Kindschaftsverfahrensrecht: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Brüssel-IIa-Verordnung von C bis Mercredi, ZEuP 2012, 526 (534); *Lamont*, Case C-523/07, A, Judgment of the Court „Third Chamber“ of 2 April 2009, 47 Common Mkt. L. Rev. (2010), 235 (238); *Wurmnest*, in: BeckOGK-EuUntVO, Stand: 1.6.2022, Art. 2 Rn. 29; *Junker*, IPR, 5. Aufl. 2022, § 6 Rn. 39.

⁴⁵ Erwägungsgrund 20 Brüssel IIb-VO (vgl. dazu: *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 46; Urt. v. 17.10.2018, C-393/18 PPU, *UD*, Rn. 48) und Erwägungsgrund 39 VO-E.

40 kann daher auch zur Konkretisierung des ebenfalls mit diesem Anknüpfungspunkt operierenden Art. 7 Abs. 1 Brüssel IIb-VO verwendet werden, der eine nähere Bestimmung noch missen ließ.⁴⁶

Die in Erwägungsgrund 40 aufgeführten Kriterien lassen sich als Übernahme der bisherigen Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO rekonstruieren (a), treffen unbegründeterweise zur Sprache des Kindes jedoch keine Aussage (b).

a) *Übernahme der Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 1 Brüssel IIa-VO*

Nach Erwägungsgrund 40 wird der gewöhnliche Aufenthalt „[i]m Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs“ – also autonom und nicht unter Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Recht⁴⁷ – „anhand aller tatsächlicher Umstände des Einzelfalls ermittelt.“ Danach besteht der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes am Ort seines Lebensmittelpunkts und damit grundsätzlich unabhängig vom gewöhnlichen Aufenthalt seiner Eltern (so in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung⁴⁸ S. 2 Erwägungsgrund 40).

Entscheidend für die Ermittlung des Lebensmittelpunkts ist die soziale Integration des Kindes, die gemäß S. 3 des Erwägungsgrunds mittels der Faktoren Dauer, Regelmäßigkeit, Bedingungen und Gründe des Aufenthalts⁴⁹ im betreffenden Mitgliedsstaat und nach dem Alter des Kindes differenziert beurteilt wird:⁵⁰ während bei Kleinkindern allein das familiäre Umfeld über die soziale Integration entscheidet (und damit erheblich vom gewöhnlichen Aufenthalt der Eltern abhängt⁵¹), sind später auch der Ort des Schulbesuchs und weitere soziale Beziehungen maßgeblich (so in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung⁵² S. 4 Erwägungsgrund 40 VO-E).

⁴⁶ Dies kritisierend: *Weller* (Fn. 40), S. 223.

⁴⁷ Vgl. nur *EuGH*, Urt. v. 27.11.2007, C-435/06, C, Rn. 47; Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, A, Rn. 34; Schlussanträge *GA Kokott* v. 29.1.2009, C-523/07, A, Rn. 17.

⁴⁸ *EuGH*, Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, HR, Rn. 42; Schlussanträge *GA Kokott* v. 29.1.2009, C-523/07, A, Rn. 38; *Pirrung*, in: Staudinger, 2009, Vorbem C zu Art. 19 EGBGB Rn. 54.

⁴⁹ So auch in *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, A, Rn. 39; Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 56; Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, HR, Rn. 43.

⁵⁰ So auch *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 53; Urt. v. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 44; *Hilbig-Lugani* (Fn. 43), S. 11.

⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 55; *Heiderhoff*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 12; *Weller/Schulz* (Fn. 43), S. 178 f.

⁵² *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 52 ff; *Gruber*, in: NK-BGB VI, 3. Aufl. 2019, Art. 8 EheVO Rn. 10.

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* zwingend zur Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts ist die physische Anwesenheit im betreffenden Staat,⁵³ was in S. 2 Erwägungsgrund 40 ebenfalls im Kriterienkatalog aufgenommen ist. Wie S. 5 Erwägungsgrund 40 klarstellt, kann auch der Wille der Eltern, sich in einem anderen Staat niederzulassen, berücksichtigt werden, etwa wenn er sich durch die Anmietung einer Wohnung objektiviert hat.⁵⁴ Der VO-E erkennt damit auch die Berücksichtigung des prospektiven Bleibewillens bei der Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts an.⁵⁵ Zu beachten ist jedoch, dass die Intention der Eltern allein keinen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in einem Staat begründen kann, in dem sich das Kind noch nie aufgehalten hat.⁵⁶ Dies ist insbesondere bei Leihmutterchaftsfällen relevant, wenn das Kind im Ausland geboren wird, aber die Wunscheltern beabsichtigen, mit ihm nach Deutschland zurückzukehren. Die deutsche Rechtsprechung sieht hier den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ab Geburt in Deutschland.⁵⁷ Im Rahmen von Art. 6 lit. a VO-E ließe sich diese Rechtsprechung nicht halten.

b) Sprache des Kindes als Kriterium

Die vom Kind gesprochene Sprache hat keine Erwähnung im Entwurf gefunden, obwohl sie in der Rs. *Wanderleben in Finnland* als Kriterium für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes und in der Rs. *Mercredi* für den der Mutter berücksichtigt wurde.⁵⁸ Dies überrascht, da die Sprachkenntnisse eines Menschen (genauso wie

⁵³ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, *A*, Rn. 38; Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 49; Urt. v. 15.2.2017, C-499/15, *W und V*, Rn. 61; Urt. v. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 50; Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, *HR*, Rn. 41; Urt. v. 17.10.2018, C-393/18 PPU, *UD*, Rn. 62 f.; so auch *KG*, FamRZ 2021, 438 (440); dazu ferner *Gruber*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 8 EheVO Rn. 8; *Heiderhoff*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 28; s. aber auch die hinsichtlich der zwingenden physischen Präsenz flexibleren Schlussanträge des *GA Wahl* v. 16.5.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 81.

⁵⁴ So auch *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 51; *Weller/Schulz* (Fn. 43), S. 178; *Weller* (Fn. 43), S. 310 f.

⁵⁵ Vgl. dazu *Weller/Schulz* (Fn. 43), S. 177; *Rentsch* (Fn. 43), S. 308; *Weller* (Fn. 43), S. 317 ff.

⁵⁶ *EuGH*, Urt. v. 8.6.2017, C-111/17 PPU, *OL*, Rn. 70; Urt. v. 17.10.2018, C-393/18 PPU, *UD*, Rn. 62.

⁵⁷ *BGH*, NJW 2019, 1605 (1606); so auch *OLG Hamm*, Beschl. v. 26.9.2017, BeckRS 2017, 155899, Rn. 33 ff.; *KG*, Beschl. v. 1.8.2013, BeckRS 2013, 14333, Rn. 38; *Heiderhoff*, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, 2673 (2675); *Bischoff*, in: NK-BGB I, 4. Aufl. 2021, Art. 19 EGBGB Rn. 14; a. A. *Andrae*, Int. FamR, 4. Aufl. 2019, § 7 Rn. 14; *Henrich*, Leihmütterkinder: Wessen Kinder?, IPRax 2015, 229 (232).

⁵⁸ *EuGH*, Urt. v. 2.4.2009, C-523/07, *A*, Rn. 39; Urt. v. 22.12.2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, Rn. 55.

seine – in Erwägungsgrund 40 aufgeführte – Staatsangehörigkeit) die soziale Integration an einem Ort erheblich erleichtern und in Zweifelsfällen daher Aufschluss über seinen Lebensmittelpunkt geben können.⁵⁹

Grund für diese Auslassung mag eine möglicherweise missverstandene Entscheidung des *EuGH* zum Kriterium der Sprache sein.⁶⁰ Die Rs. *HR* betraf einen Fall, in dem ein Kind objektiv in Belgien familiär integriert war, jedoch überwiegend Polnisch sprach. Der *EuGH* entschied, dass in einem solchen Fall die Sprache nicht über die Tatsache hinweghelfen kann, dass das Kind seinen objektiven Lebensmittelpunkt an einem bestimmten Ort hat.⁶¹ Damit ist jedoch keine Abkehr von der Sprache als relevantem Kriterium verbunden, wenn ebenjener objektive Lebensmittelpunkt zu ermitteln ist.⁶² Das Kriterium der Sprache nicht in die Liste des Erwägungsgrundes 40 aufzunehmen, ist daher unbegründet; es sollte, wie die Staatsangehörigkeit des Kindes, gemäß S. 3 und 6 des Erwägungsgrundes 40 als ergänzendes, allein jedoch nicht hinreichendes Kriterium für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts berücksichtigt werden können.

II. Subsidiäre Gerichtsstände, Art. 7-9 VO-E

Kann keiner der sechs alternativen Gerichtsstände festgelegt werden, sieht der Verordnungsentwurf eine subsidiäre Zuständigkeit am Aufenthaltsort des Kindes (Art. 7 VO-E) vor. Kann auch danach keine Zuständigkeit begründet werden, kann das Gericht nach dem Recht des eigenen Staats zuständig werden (Art. 8 VO-E). Da § 100 FamFG keine weitergehenden Zuständigkeiten als der VO-E vorsieht, ist diese Bestimmung für Deutschland wenig relevant. Schließlich eröffnet Art. 9 VO-E, der an Art. 7 EuUntVO orientiert ist, ein *forum necessitatis* bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Klage in einem Drittstaat.⁶³

⁵⁹ Vgl. *Rauscher*, in: *Rauscher IV*, 4. Aufl. 2015, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 11e; *v. Bar/Mankowski* (Fn. 19), § 4 Rn. 1076.

⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, *HR*.

⁶¹ *Ebd.*, Rn. 57 ff.; *Gruber*, in: *NK-BGB VI* (Fn. 52), Art. 8 EheVO Rn. 11; *ders.* (Fn. 43), S. 219 f.; *Mansel/Thorn/Wagner*, *Europäisches Kollisionsrecht 2018: Endspurt!*, IPRax 2019, 85 (107).

⁶² *EuGH*, Urt. v. 28.6.2018, C-512/17, *HR*, Rn. 57: „Die Sprachkenntnisse des Kindes und seine Staatsangehörigkeit können auch gegebenenfalls einen Hinweis auf den Ort, an dem es seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, darstellen.“

⁶³ *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 122; *Válková* (Fn. 10), S. 889 f.

III. Verfahrenskoordination, Art. 10, 14 VO-E

Hinsichtlich mehrfacher Rechtshängigkeit vor mitgliedstaatlichen Gerichten (*lis alibi pendens*) entspricht die Vorrangregelung zugunsten des zuerst angerufenen Gerichts in Art. 14 VO-E der des Art. 29 Brüssel Ia-VO. In Drittstaaten anhängige Verfahren werden nicht vom Entwurf erfasst. Die Zuständigkeit würde sich in diesen Fällen nach autonomen IZVR richten, in Deutschland griffe die Rechtshängigkeitssperre analog §§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO bei positiver Anerkennungsprognose des ausländischen Urteils gemäß §§ 108 Abs. 1, 109 Abs. 1, 4 FamFG.⁶⁴

IV. Recht auf Meinungsäußerung, Art. 15 VO-E

Im Kapitel zu Zuständigkeitsfragen eher überraschend angesiedelt ist Art. 15 VO-E, der das Recht auf Meinungsäußerung minderjähriger Kinder und die korrespondierende Pflicht des Gerichts zur Anhörung und Berücksichtigung der Kindesmeinung statuiert. Kindern, die alt genug sind, sich eine Meinung zu bilden, ist eine Möglichkeit zur Meinungsäußerung zu geben (Abs. 1), die entsprechend ihrem Reifegrad zu berücksichtigen ist (Abs. 2). Die Regelung der Anhörungsmodalitäten verbleibt bei den Mitgliedsstaaten, zudem kann das Gericht unter Berücksichtigung des Kindeswohls von der Anhörung absehen.⁶⁵ Wie auch bei den Vorbildnormen Art. 21 Abs. 1, 39 Abs. 2 Brüssel IIb-VO stellt die Nichtbeachtung der Vorschrift i. V. m. Art. 31 Abs. 3 VO-E einen fakultativen Anerkennungsversagungsgrund dar.

Anders als in Sorgerechtsfällen, in denen die Kindesbeteiligung neben der Gewährung rechtlichen Gehörs dem Gericht im Rahmen der Sachaufklärung wichtige Anhaltspunkte für die konkrete Ausgestaltung beispielsweise von Umgangsrechten liefern kann,⁶⁶ erfordern Abstammungsstreitigkeiten jedoch nur in seltenen Fällen eine Anhörung des Kindes. Denn zunächst werden die betroffenen Kinder in aller Regel Säuglinge sein, die nicht angehört werden können. Insofern besteht für die Vorschrift praktisch wenig Bedarf. Aber auch wenn die Abstammung eines anhörungsfähigen Kindes verhandelt wird, erscheint fraglich, inwiefern dessen Meinung zu Umständen, die vor seiner Geburt liegen und häufig seine Zeugung betreffen (Beiwohnung, Mehrverkehr der Mutter), relevant für die Beurteilung seiner Abstammung sein soll. Eine

⁶⁴ Vgl. *BGH*, NJW 2001, 524 (525); *Becker-Eberhard*, in: MüKo-ZPO I, 6. Aufl. 2020, § 261 Rn. 73 f.

⁶⁵ Erwägungsgrund 49 VO-E.

⁶⁶ Vgl. *Schlünder*, in: BeckOK-FamFG, Ed. 45, Stand: 1.1.2023, § 159 Rn. 7; *Hammer*, in: Prütting/Helms, 4. Aufl. 2018, § 159 Rn. 1; *Waruschewski*, in: Weinreich/Klein, 7. Aufl. 2022, § 159 FamFG Rn. 2.

Konfrontation des Kindes mit diesen Fragen ist vielmehr geeignet, das Kindeswohl zu beeinträchtigen.⁶⁷ Andererseits besteht der menschenrechtlich begründete Anspruch des Kindes auf rechtliches Gehör (Art. 12 Abs. 2 UN-Kinderrechtskonvention, Art. 6, 8 EMRK) auch in Verfahren zu Abstammungsfragen,⁶⁸ weswegen die Regelung zur Sicherung der Verfahrensrechte des Kindes im Ausgangspunkt nachvollziehbar ist – ihre praktische Bedeutung wird gleichwohl begrenzt bleiben. Gesetzgeberisch müsste § 175 Abs. 1 FamFG so angepasst werden, dass auch minderjährige (also nicht verfahrensfähige) Beteiligte in Abstammungssachen angehört werden sollen; dies ist momentan gemäß § 175 Abs. 2 FamFG nur in Verfahren zur Geltendmachung eines Klärungsanspruchs nach §§ 1598a Abs. 1 BGB, 169 Nr. 2 FamFG vorgesehen.⁶⁹

D. Kollisionsrecht, insbesondere Art. 17 VO-E

Das 3. Kapitel des Verordnungsvorschlags vereinheitlicht das abstammungsrechtliche Kollisionsrecht (Art. 17 VO-E) im Umfang des Art. 18 VO-E; es gilt als *loi uniforme* und Sachnormverweisung (Art. 16, 21 VO-E).

I. Primärer Anknüpfungspunkt

Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E statuiert als primären Anknüpfungspunkt für das Abstammungsstatut den gewöhnlichen Aufenthalt der gebärenden Person zum Zeitpunkt der Geburt. Kann der gewöhnliche Aufenthalt der Gebärenden nicht festgestellt werden, so wird ersatzweise an das Recht des Staats, in dem das Kind geboren wurde, angeknüpft (Art. 17 Abs. 1 Hs. 2 VO-E). Wie sich aus Art. 19 VO-E und Erwägungsgrund 54 ergibt, ist die Anknüpfung unwandelbar.

Die bisherigen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts von Säuglingen, insbesondere in Leihmutterchaftsfällen,⁷⁰ werden mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Gebärenden überwunden. Sie stellt – gerade im Vergleich mit den gleichrangigen Alternativanknüpfungen des

⁶⁷ Löhnig, in: Bork/Jacoby/Schwab, 3. Aufl. 2018, § 175 Rn. 5; Weber, in: BeckOK-FamFG (Fn. 66), § 175 Rn. 4; Frank, in: Musielak/Borth/Frank, 7. Aufl. 2022, § 175 Rn. 3.

⁶⁸ Vgl. Meyer, in: Karpenstein/Mayer, 3. Aufl. 2022, Art. 6 Rn. 111; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 24 Rn. 72, zur menschenrechtlichen Grundlage der Anhörungspflicht aus Art. 21 Brüssel IIb-VO: Coester-Waltjen, Die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der neuen EU-Verordnung „Brüssel IIa“, FamRZ 2005, 241 (247); Sonntag (Fn. 40), S. 32; Weller (Fn. 40), S. 227.

⁶⁹ Coester-Waltjen/Lugani, in: MüKo-FamFG I, 3. Aufl. 2018, § 175 Rn. 3 ff.; Frank, in: Musielak/Borth/Frank (Fn. 67), § 175 Rn. 2.

⁷⁰ S. dazu C. I. 2. a); vgl. auch Mansel/Thorn/Wagner (Fn. 11), S. 122.

Art. 19 Abs. 1 EGBGB – eine erhebliche Vereinfachung dar, die insbesondere die Normwidersprüche vermeidet, welche im aktuellen deutschen IPR bei kumulativer Anknüpfung an verschiedene Abstammungsrechte entstehen können.⁷¹

II. Betonung des Ordnungsinteresses

Betrachtet man das Anknüpfungssystem des Art. 17 Abs. 1 VO-E vor dem Hintergrund der *Kegel'schen* Interessenlehre (Partei-, Verkehrs- und Ordnungsinteressen als „Vektoren der Rechtsbildung“⁷² im IPR), priorisiert der Wechsel von der wandelbaren Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes hin zur unwandelbaren Anknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt bzw. den Geburtsort des Kindes zunächst die Ordnungsinteressen Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit,⁷³ die sich im Abstammungsrecht in Form von Statusklarheit und Statusbeständigkeit ausdrücken.⁷⁴

Das Parteiinteresse trat wegen der *erga omnes*-Wirkung der Abstammung dagegen auch schon im bisherigen Recht zurück, was sich etwa an mangelnden Rechtswahlmöglichkeiten in Art. 19 Abs. 1 EGBGB zeigt.⁷⁵ Die Berücksichtigung der Parteiinteressen nimmt durch die Unwandelbarkeit der Anknüpfung im Verordnungsentwurf jedoch noch weiter ab. So würde sich das Abstammungsstatut auch Jahrzehnte nach der Geburt nach dem gewöhnlichen

⁷¹ Vgl. die Problemdarstellung zu widersprüchlichen Statuszuweisungen bei *Helms*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 19 EGBGB Rn. 17 ff. und *Henrich*, in: Staudinger, 2022, Art. 19 EGBGB Rn. 36 ff., wenn die alternativen Anknüpfungen an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes gemäß Art. 19 Abs. 1 S. 1 EGBGB, an die Staatsangehörigkeit jedes Elternteils (S. 2) und an das Ehwirkungsstatut (S. 3) auf unvereinbare Sachrechte verweisen und dem Kind mehrere Väter zugewiesen werden (Beispiele s. **A. II. 1.**). Überwiegend wird vertreten, dass sich dann nach dem Günstigkeitsprinzip das Recht durchsetzt, das dem Kind zum frühesten Zeitpunkt einen Vater zuweist (Prioritätsprinzip, s. statt vieler *BGH*, NJW 2017, 3447 (3448 f.); *Bischoff*, in: NK-BGB I (Fn. 57), Art. 19 EGBGB Rn. 24 m. w. N.), andere wollen das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts entscheiden lassen (*Andrae* (Fn. 57), § 7 Rn. 42 ff.; v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, 9. Aufl. 2007, § 8 Rn. 132.). Bei gleichzeitigem Auftreten mehrerer Väter im Fall pränataler Vaterschaftsanerkennung i. V. m. der 300-Tage-Regel wollen viele den wahrscheinlicheren Vater zum Zuge kommen lassen (Prinzip der Abstammungswahrheit, *Henrich*, in: Staudinger, 2022, Art. 19 EGBGB Rn. 40, 49, *Thorn*, in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, Art. 19 EGBGB Rn. 6), andere das Kind wählen lassen (*Stürner*, in: Erman II, 16. Aufl. 2020, Art. 19 EGBGB Rn. 18).

⁷² *Kegel/Schurig*, IPR, 9. Aufl. 2004, S. 133.

⁷³ *Ebd.*, S. 143.

⁷⁴ *Gernbuser/Coester-Waltjen* (Fn. 20), § 52 Rn. 12 ff.

⁷⁵ v. *Bar/Mankowski* (Fn. 19), § 4 Rn. 954.

Aufenthalt der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt richten, selbst wenn Mutter und Kind schon lange einen anderen gewöhnlichen Aufenthalt begründet haben und keine enge Verbindung mehr zum Geburtsstaat besteht. Insbesondere das Interesse des Kindes ist dadurch beeinträchtigt, dass sein gewöhnlicher Aufenthalt, mithin seine soziale Integration in eine Rechtsordnung, auch dann nicht berücksichtigt wird, wenn es erwachsen ist und seinen gewöhnlichen Aufenthalt an einem anderen Ort als dem der Mutter begründet hat. Es überzeugt nicht, dass in diesen Fällen das den Parteien ferne Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der Mutter zum Zeitpunkt der Geburt berufen ist. Insofern wäre es wünschenswert, den Kommissionsvorschlag den Empfehlungen der Expertenkommission anzugleichen und an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anzuknüpfen, wenn die Abstammung zu einem anderen Zeitpunkt als dem der Geburt festgestellt werden muss.⁷⁶ Anders als bei Neugeborenen ist die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts älterer Kinder nämlich weitgehend unproblematisch und beeinträchtigt damit auch Ordnungsinteressen nicht.

III. Subsidiäre Anknüpfungspunkte: Materielle Aufladung des IPR und regulative Tendenz

Ein innovatives Regelungskonzept enthalten die subsidiären Anknüpfungen in Art. 17 Abs. 2 VO-E, die maßgeblich dem Zweck der Verordnung dienen, die grenzüberschreitende Anerkennung postmoderner Elternschaftsmodelle zu fördern.⁷⁷ Führt die Regelanknüpfung nach Abs. 1 der Norm dazu, dass nach dem anwendbaren Recht nur die Elternschaft eines Elternteils begründet ist, wird zur Begründung der Elternschaft des (potentiellen) zweiten Elternteils auf das Recht des Staates verwiesen, dem eines der (potentiellen) Elternteile angehört, oder in dem das Kind geboren wurde.

Die Regelung zielt darauf ab, hinkende Abstammungsverhältnisse zu verhindern, die sich insbesondere im Fall von Co-Mutterschaften ergeben.⁷⁸ Bei diesen wird nach manchen Rechtsordnungen lediglich die Elternschaft der Geburtsmutter begründet, während in anderen Ländern die Partnerin qua Gesetz ebenfalls als rechtliche Mutter gilt.⁷⁹ Indem Art. 17 Abs. 2 VO-E zur Begründung der zweiten – vom primär berufenen Recht nicht anerkannten – Elternschaft auf bis zu drei

⁷⁶ *Europäische Kommission*, Minutes, 7th Meeting of the Expert Group (Fn. 9), S. 2.

⁷⁷ Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 17; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 122.

⁷⁸ Vgl. Erwägungsgrund 52 VO-E; *Peroç* (Fn. 12).

⁷⁹ S. Beispiele in **A. II. 2.**; vgl. Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 17; Erwägungsgrund 52 VO-E.

weitere Rechtsordnungen verweist, überwindet er die ablehnende Haltung der Primärrechtsordnung und steigert die Wahrscheinlichkeit, dass eines der subsidiär anwendbaren Familienrechte die zweite Elternschaft begründet. Die Verhinderung hinkender Abstammungsverhältnisse dient damit vor allem den Parteiinteressen.⁸⁰

Die Verweisung in Art. 17 Abs. 2 VO-E verfolgt also nicht den klassischen kollisionsrechtsdogmatischen Zweck, das Recht zu berufen, zu dem die in Rede stehende internationale Abstammungssache ihre engste räumliche Verbindung hat,⁸¹ sondern soll der grenzüberschreitenden Anerkennung postmoderner Elternschaftsmodelle dienen.⁸² Dies stellt ein Kernanliegen der LGBTIQ-freundlichen Gesellschafts- und Familienpolitik der Kommission dar,⁸³ das sie mithin auch im Kollisionsrecht verfolgt.

IV. Zwischenfazit

Bei Art. 17 Abs. 2 VO-E handelt es sich um die Fortsetzung materieller Familienrechtspolitik mit unionskollisionsrechtlichen Mitteln. Die subsidiäre Verweisung ist mit materiell-familienrechtlichen Interessen aufgeladen und entfaltet eine regulative Tendenz, indem sie Möglichkeiten schafft, leichter auf postmoderne Elternschaftsmodelle akzeptierendes Sachrecht zu verweisen und nicht-akzeptierendes Sachrecht zu überwinden.

V. Versuch einer Begrenzung des *ordre public*

Das Ziel der Kommission, auf diese Weise hinkende Abstammungsverhältnisse in Regenbogenfamilien zu vermeiden, könnte aber durch den in Art. 22 Abs. 1 VO-E enthaltenen *ordre public*-Vorbehalt in denjenigen Mitgliedsstaaten unterlaufen werden, die beispielsweise keine Co-Mutterschaften kennen und sie

⁸⁰ Vgl. v. Hein, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 145.

⁸¹ Vgl. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts VIII, 1849, S. 28, 32; v. Bar/Mankowski (Fn. 41), § 7 Rn. 92; v. Hoffmann/Thorn (Fn. 71), § 2 Rn. 31, 52; Kegel/Schurig (Fn. 72) S. 131; Kropboller, IPR, 6. Aufl. 2006, S. 25; Weller, Anknüpfungsprinzipien im Europäischen Kollisionsrecht – eine neue „kopernikanische Wende“?, in: Arnold, Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts, 2016, S. 133 (140 f).

⁸² Vgl. zur Überlagerung des europäischen Kollisionsrechts mit materiellen Interessen: Weller, Vom Staat zum Menschen: Die Methodentrias des Internationalen Privatrechts unserer Zeit, RabelsZ 81 (2017), 747 (758 ff.); ders. (Fn. 81), S. 142 ff.; ders., La méthode tripartite du droit international privé: désignation, reconnaissance, considération, in: Académie de Droit International de La Haye, Recueil des cours CDXXVII, 2022, S. 109 (162).

⁸³ Vgl. die Gleichstellungs- und Kinderrechtsstrategie der Kommission, Nachweise in Fn. 6 und 7.

für nicht mit ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar halten.⁸⁴ Um dies zu vermeiden, sieht Art. 22 Abs. 2 VO-E vor, dass der *ordre public*-Vorbehalt nur unter Beachtung der Grundrechtecharta, insbesondere des Diskriminierungsverbots aus Art. 21 GrCh angewendet werden darf.⁸⁵ In der Begründung des Verordnungsvorschlags erklärt die Kommission, dass ein Mitgliedsstaat dadurch gehindert sei, die Anwendung einer die gleichgeschlechtliche Elternschaft zulassenden ausländischen Norm auf Grundlage des Art. 22 Abs. 1 VO-E „allein deshalb abzulehnen, weil die Eltern gleichgeschlechtlich sind.“⁸⁶ Offenbar betrachtet die Kommission die *ordre public*-Abwehr einer Co-Mutter- oder Vaterschaft erlaubenden ausländischen Sachnorm als ungerechtfertigte Diskriminierung der Eltern aufgrund ihres Geschlechts und ihrer sexuellen Ausrichtung gemäß Art. 21 Abs. 1 Var. 1 und 17 GrCh.⁸⁷

Auf den ersten Blick überrascht es, dass Art. 7 GrCh (Achtung des Privat- und Familienlebens) im Verordnungsvorschlag nicht als *ordre public*-Schranke genannt wird. Denn der *EGMR*, dessen Rechtsprechung bei der Auslegung der Charta gemäß Art. 52 Abs. 3 GrCh zu berücksichtigen ist,⁸⁸ zieht in Fällen zur gleichgeschlechtlichen Elternschaft insbesondere den Art. 7 GrCh entsprechenden Art. 8 EMRK heran.⁸⁹ Danach ist es mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens *der Eltern* aus Art. 8 EMRK vereinbar, wenn eine gleichgeschlechtliche Elternschaft nicht anerkannt wird, sofern andere Möglichkeiten (Adoption, Pflegeelternschaft) bestehen, um das faktisch bestehende Familienleben rechtlich abzusichern.⁹⁰ Der von der Kommission

⁸⁴ Als solche kommen etwa Bulgarien und Polen in Frage, vgl. *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 18 ff. und Beschl. v. 24.6.2022, C-2/21, *Rzeczniczka Praw Obywatelskich*, Rn. 15 ff.

⁸⁵ Die gleiche Einschränkung findet sich in Art. 31 Abs. 2, 39 Abs. 2 und 45 Abs. 2 VO-E hinsichtlich des verfahrensrechtlichen *ordre public*, die Ausführungen gelten damit auch für die Anerkennung und Annahme ausländischer Urteile und Urkunden.

⁸⁶ Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 17 f.

⁸⁷ *Válková* (Fn. 10), S. 893.

⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 15.10.2019, C-128/18, *Dorobantu*, Rn. 58; Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 60 ff.; *Krämer*, in: Stern/Sachs, 2016, Art. 52 Rn. 72; *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt, 5. Aufl. 2019, Art. 52 Rn. 61; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 34), Art. 52 GrCh Rn. 32.

⁸⁹ *EGMR*, *D. B. u. a. v. Schweiz*, Urt. v. 22.11.2022, Rs. 58252/15, 58817/15, Rn. 91 ff.; *Valdís Fjölnisdóttir v. Island*, Urt. v. 18.5.2021, Rs. 71552/17, Rn. 56; *Válková* (Fn. 10), S. 859 f.; *Lobse*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der EMRK, BayVBl. 2023, 37 (45 ff.).

⁹⁰ Insbesondere in Bezug auf Leihmutterchaftsfälle jüngst: *EGMR*, *K. K. u. a. v. Dänemark*, Urt. v. 6.12.2022, Rs. 25212/21, Rn. 70; *D. B. u. a. v. Schweiz*, Urt. v. 22.11.2022, Rs. 58252/15, 58817/15, Rn. 91 ff.; *Valdís Fjölnisdóttir v. Island*, Urt. v.

behauptete Automatismus, die *ordre public*-Zurückweisung einer gleichgeschlechtliche Elternschaft erlaubenden Norm stelle immer einen Verstoß gegen die Chartagrundrechte der gleichgeschlechtlichen Eltern dar, würde damit nur schwer tragfähig sein.

Homogenität zwischen Charta und Konvention muss gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh jedoch nur für Chartagrundrechte hergestellt werden, die einem Konventionsgrundrecht entsprechen.⁹¹ Für Art. 21 GrCh besteht jedoch ausweislich der Erläuterungen des Präsidiums des Verfassungskonvents keine entsprechende Konventionsnorm,⁹² womit auch keine Konvergenz mit der Rechtsprechung des EGMR zur Nichtdiskriminierung hergestellt werden muss. Möglicherweise wird durch die alleinige Bezugnahme im VO-E auf Art. 21 GrCh unter Auslassung des Art. 7 GrCh versucht, eine Diskussion um die Konvergenz mit der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK zu vermeiden. Ob dies Erfolg haben wird, ist offen.

E. Verfahrensrechtliche Instrumente der Anerkennung

Neben der Kollisionsrechtsvereinheitlichung sieht der VO-E Vorschriften zur Anerkennung von EU-mitgliedsstaatlichen Urteilen und Urkunden mit verbindlicher Rechtswirkung (I.) zur Annahme von Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung (II.) und zur Einführung des Europäischen Elternschaftszertifikats vor (III.). Die Regelungen werfen Fragen in Bezug auf ihr Verhältnis zur aufenthaltsbezogenen Anerkennung aus Art. 21 AEUV, die der *EuGH* im Abstammungsrecht in der Rs. *Pancharevo* entwickelt hat (IV.), auf.

I. Die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und Urkunden mit verbindlicher Rechtswirkung, Art. 24 VO-E

Die Anerkennung EU-ausländischer Entscheidungen in Abstammungssachen folgt grundsätzlich dem zur Förderung von Urteilsfreizügigkeit und prozessualen Entscheidungseinklang⁹³ in vielen europäischen Rechtsakten⁹⁴

18.5.2021, Rs. 71552/17, Rn. 58; *D. v. Frankreich*, Urt. v. 16.7.2020, Rs. 11288/18, Rn. 50 ff.; *Mennesson II*, Gutachten v. 10.4.2019, Rs. P16-2018-001, Rn. 48 ff.; *Lohse* (Fn. 89), S. 46; *Helms* (Fn. 5), S. 749; *Válková* (Fn. 10), S. 859 f.; *Ferrand* (Fn. 27), S. 889.

⁹¹ *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl. 2021, Art. 52 Rn. 56 f.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 34), Art. 52 GrCh Rn. 31; *Lenaerts/Rüth*, Dogmatik des europäischen Grundrechtsschutzes, RdA 2022, 273 (274).

⁹² *Schwerdtfeger*, in: Meyer/Hölscheidt (Fn. 88), Art. 52 Rn. 55; *Streinz/Mickl*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 52 GrCh Rn. 25.

⁹³ Vgl. *Weber*, in: Dutta/Weber, 2. Aufl. 2021, Art. 39 EuErbVO Rn. 1; kritisch: *Hess*, in: Schlosser/Hess, 5. Aufl. 2021, Art. 45 EuGVVO Rn. 1.

⁹⁴ Vgl. Art. 36 ff. Brüssel Ia-VO, Art. 30 ff. Brüssel IIb-VO, Art. 39 EuErbVO.

umgesetzten Vorgehen: Gemäß Art. 24 Abs. 1 VO-E erfolgt die Anerkennung der Gerichtsentscheidung *ipso iure*, d. h. automatisch und ohne besonderes Verfahren unter Vorlage einer auf einem Formblatt vom Ursprungsgericht auszustellende Bescheinigung (Art. 26 Abs. 1, 29 EuElternVO-E).⁹⁵

1. Inzidentanerkennung

Damit verbunden ist das Prinzip der Inzidentanerkennung⁹⁶ (Art. 24 Abs. 3 VO-E), das in Abs. 2 der Norm auf standesamtliche Änderungen von Personenstandsbüchern erstreckt wird. Neben Gerichten sind damit auch Standesbeamte befugt und verpflichtet, eine im EU-Ausland ergangene Entscheidung in Abstammungssachen im Geburtenregister zu dokumentieren, was für Betroffene eine deutliche Verfahrenserleichterung darstellt.⁹⁷ Die abschließend⁹⁸ in Art. 31 Abs. 1 VO-E aufgezählten Anerkennungsversagungsgründe sind an denen des Art. 39 Abs. 1 lit. a – e, Abs. 2 Brüssel IIb-VO zu Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung orientiert.

2. Selbständiges Anerkennungsverfahren

In Art. 25, 32 ff. VO-E⁹⁹ wird ein selbständiges Anerkennungsverfahren¹⁰⁰ vorgesehen, womit für jede interessierte Partei ein unionsrechtlicher, isolierter Anspruch auf Feststellung der Anerkennungsfähigkeit einer Gerichtsentscheidung begründet wird.¹⁰¹ Obwohl die Anerkennung häufig inzident und bei Vorlage der gemäß Art. 26, 29 VO-E erforderlichen Unterlagen unproblematisch erfolgen wird, kann dieses Verfahren sinnvoll sein, wenn diese Unterlagen fehlen und daher ein Bedürfnis nach rechtskräftiger Klärung der Anerkennungsfähigkeit besteht.¹⁰² Unglücklich ist jedoch die Formulierung des

⁹⁵ Vgl. Art. 37, 53 Brüssel Ia-VO, Art. 31, 36 Brüssel IIb-VO, Art. 39, 46 EuErbVO;

⁹⁶ S. *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III, 6. Aufl. 2022, Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 30; zur Anwendung in der Verwaltungspraxis *Grünenwald/Bebrentin*, Inzidente Anerkennung ausländischer Statusentscheidungen, NJW 2018, 2010 (2010 ff.).

⁹⁷ Vgl. zu den Parallelnormen *Rauscher*, in: Rauscher IV (Fn. 59), Art. 21 Brüssel IIa-VO Rn. 25; *Gottwald*, in: MüKo-FamFG II (Fn. 40), Art. 21 Brüssel IIa-VO Rn. 15; *ders.*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 96), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 30.

⁹⁸ Erwägungsgrund 63 VO-E; Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 18.

⁹⁹ Vgl. parallel Art. 30 Abs. 3 Brüssel IIb-VO, Art. 36 II Brüssel Ia-VO.

¹⁰⁰ Vgl. *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 96), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 17; *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EuZVR, 4. Aufl. 2020, Art. 36 EuGVVO Rn. 156.

¹⁰¹ Vgl. *Hausmann*, in: Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl. 2018, Kap. K Rn. 44; *Garber*, in: BeckOK-ZPO, Ed. 47, Stand: 1.12.2022, Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 71.

¹⁰² Vgl. *Andrae*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 21 EheVO Rn. 26.

Art. 25 Abs. 1 VO-E, wonach nur die Feststellung, dass *kein* Anerkennungsversagungsgrund vorliegt (also eine positive Feststellungsklage), begehrt werden kann.¹⁰³ Dabei geht der Kommissionsentwurf ausweichlich S. 1 Erwägungsgrund 61, Art. 28 lit. b Var. 2, 32 Abs. 1, 2 VO-E klar davon aus, dass auch eine negative Feststellungsklage möglich ist.¹⁰⁴ Diese über Umwege analog Art. 25 Abs. 1¹⁰⁵ oder direkt aus Art. 32 Abs. 1¹⁰⁶ VO-E herzuleiten, brächte keinen praktischen Gewinn, weswegen Art. 25 Abs. 1 VO-E aus Gründen der Klarheit explizit auch die ohnehin vorgesehene negative Feststellungsklage nennen sollte.

3. Wirkungserstreckung und Begrenzung auf mitgliedstaatliche Entscheidungen

Die anerkannte EU-ausländische Entscheidung erstreckt – im Anwendungsbereich der Verordnung, also nur auf Abstammungsfragen bezogen – die ihr im Ursprungsstaat zukommende Wirkung im anerkennenden Staat (Wirkungserstreckung).¹⁰⁷ Gemäß Art. 40 f. VO-E darf im Anerkennungsstaat weder die Zuständigkeit des Ursprungsgerichts, noch die Sachentscheidung (*révision au fond*) nachgeprüft werden.

Die Anerkennung drittstaatlicher Entscheidungen wird nicht vom Verordnungsvorschlag geregelt und richtet sich nach nationalem Recht, in Deutschland §§ 108, 109 FamFG.¹⁰⁸ Ob auf Grundlage nationalen Verfahrensrechts ergehende mitgliedstaatliche Anerkennungsentscheidungen

¹⁰³ So auch Art. 36 Abs. 2 Brüssel Ia-VO, Art. 30 Abs. 3 Brüssel IIb-VO, positives und negatives Feststellungsinteresse ermöglichte ausdrücklich noch Art. 21 Abs. 3 Brüssel IIa-VO. Im Kontext der Brüssel Ia-VO lehnen unter Verweis auf den Wortlaut die Möglichkeit einer negativen Feststellungsklage ab *OLG Frankfurt a. M.*, Beschl. v. 30.3.2020, BeckRS 2020, 8908, Rn. 37; *Leible*, in: Rauscher I, 5. Aufl. 2021, Art. 38 Brüssel Ia-VO Rn. 16. Im Kontext von Art. 39 EuErbVO ablehnend auch *Weber*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 39 EuErbVO Rn. 33; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO, Stand: 1.2.2023, Art. 39 Rn. 18.

¹⁰⁴ So auch zur Parallelnorm in der Brüssel Ia-VO *Domej*, Die Neufassung der EuGVVO – Quantensprünge im europäischen Zivilprozessrecht, *RabelsZ* 78 (2014), 508 (513); *Hess*, in: Schlosser/Hess (Fn. 93), Art. 36 EuGVVO Rn. 9; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III (Fn. 96), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 19.

¹⁰⁵ Dahingehend im Kontext der Brüssel Ia-VO: *Hess*, in: Schlosser/Hess (Fn. 93), Art. 36 EuGVVO Rn. 9; *Dörner*, in: Saenger, 9. Aufl. 2021, Art. 36 EuGVVO Rn. 13.

¹⁰⁶ Dafür im Kontext der Brüssel Ia-VO: *Garber*, in: BeckOK-ZPO (Fn. 101), Art. 36 Brüssel Ia-VO Rn. 81.

¹⁰⁷ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 4.2.1988, Rs. 145/86, Slg. 1988, 00645, *Hoffmann*, Rn. 10; Urt. v. 15.11.2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine*, Rn. 34; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 39 Rn. 9 m. w. N.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 3 Abs. 3 VO-E, Erwägungsgrund 32.

zu drittstaatlichen Urteilen ähnlich eines Doppelexequatur *ipso iure* anzuerkennen sind, wird vom Entwurf nicht ausdrücklich geregelt. Dagegen spricht entscheidend, wie auch im Kontext der Brüssel Ia-, Brüssel IIb- und EuErbVO, dass sich die Anerkennungswirkung nach nationalem Recht lediglich auf das Territorium des anerkennenden Staats beschränkt und damit im EU-Ausland keine Wirkungserstreckung beansprucht.¹⁰⁹

4. Öffentliche Urkunden mit verbindlicher Rechtswirkung

Wird in einem Mitgliedsstaat ein Eltern-Kind-Verhältnis durch öffentliche Urkunden (etwa notarielle Adoptionsurkunden, Verwaltungsentscheidungen zur Vaterschaftsanerkennung, s. Erwägungsgrund 59 VO-E) begründet, sehen Art. 35, 36 VO-E die *ipso iure*-Anerkennung dieser Urkunden entsprechend der Vorschriften über die Urteilsanerkennung vor. Daran kann man kritisieren, dass solche ausländischen Urkunden nach ihrer Anerkennung in Deutschland stärkere Rechtswirkung besitzen als inländische Geburtsurkunden, die lediglich formelle Beweiskraft entfalten (§§ 59 Abs. 1 Nr. 4, 55 Abs. 1 Nr. 4, 54 PStG).¹¹⁰ Jedoch hat die ausländische Urkunde mit verbindlicher Rechtswirkung konstitutive Wirkung für die Begründung eines Abstammungsverhältnisses, weswegen der Vergleich mit deutschen Personenstandsurkunden, denen diese Wirkung nicht zukommt, funktionell Verschiedenes gegenüberstellt. Die konstitutive Wirkung der Urkunde mit verbindlicher Rechtswirkung entspricht vielmehr der Wirkung einer gerichtlichen Entscheidung, was ihre Gleichbehandlung bei der Anerkennung rechtfertigt.

II. Annahme öffentlicher Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung, Art. 44 f. VO-E

In den meisten Fällen wird ein Eltern-Kind-Verhältnis jedoch nicht durch eine gerichtliche Entscheidung festgestellt, sondern häufig mittels einer öffentlichen Urkunde nachgewiesen, der zwar keine verbindliche Rechtswirkung zukommt, die aber – wie etwa die deutsche Geburtsurkunde – das in ihr bezeugte Abstammungsverhältnis gemäß § 54 PStG beweist.¹¹¹ Art. 45 Abs. 1 VO-E weitet daher, unter Vorbehalt des *ordre public*, die unionsweite Urkundenfreizügigkeit auf öffentliche Urkunden ohne verbindliche

¹⁰⁹ Vgl. *Mankowski*, Verhältnis zu Drittstaaten, in: Leible/Terhechte (Fn. 19), § 33 Rn. 64; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 103), Art. 2 Brüssel Ia-VO Rn. 17; *Andrae*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 21 EheVO Rn. 3; *Makomsky*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 39 EuErbVO Rn. 3.

¹¹⁰ So *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 123.

¹¹¹ Vgl. *KG*, Beschl. v. 28.2.2023, BeckRS 2023, 3303, Rn. 17; *OLG Celle*, Beschl. v. 22.12.2022 – 21 W 1/21, Rn. 33 (juris).

Rechtswirkung aus. Die formelle Beweiskraft, die sie in ihrem Ursprungsmitgliedstaat genießen, wird auf die übrigen Mitgliedsstaaten erstreckt oder sie erhalten zumindest die am ehesten vergleichbare Wirkung.¹¹² Dazu sieht Art. 45 Abs. 3 VO-E die Verwendung eines Formblatts vor, mit dem die ausstellende Behörde die formelle Beweiskraft der Urkunde im Herkunftsstaat beschreiben kann; die Abs. 5 und 6 statuieren Verfahrensvorschriften bei Einwänden gegen die Richtigkeit der Urkunde. Auch in dieser Hinsicht löst der Entwurf nationalen gesetzgeberischen Umsetzungsbedarf aus, der entsprechend den Verfahrensvorschriften zur Annahme ausländischer Erbnachweise in §§ 45 ff. IntErbRVG geregelt werden könnte. Regelungstechnisch ist die Norm Art. 59 EuErbVO nachgebildet, der erstmalig in einem EU-Rechtsakt Wirkungserstreckung bezüglich der formellen Beweiskraft öffentlicher Urkunden im Erbrecht regelte (1.).¹¹³ Die Kommission setzt damit die von Rat und Parlament in der EuErbVO eingeschlagene Linie fort, keine materielle Rechtslagenanerkennung bei Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung vorzusehen (2.).¹¹⁴

1. Keine inhaltliche Anerkennung ausländischer Abstammungsverhältnisse

Kernelement des Art. 45 VO-E ist die Erstreckung der formellen Beweiskraft mitgliedstaatlicher Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung. Wie auch schon in der Vorbildnorm der EuErbVO unterscheidet sich die deutsche von der englischen und französischen Sprachfassung, wenn sie von der Wirkungserstreckung der *formellen* Beweiskraft spricht,¹¹⁵ was dazu dient, die Anerkennung gemäß Art. 45 VO-E von der im deutschen Rechtsraum

¹¹² Offen ist, ob damit eine volle Wirkungserstreckung, eine Wirkungsgleichstellung oder eine Doppelbegrenzung mit der Ursprungsrechtsordnung als Unter- und der annehmenden Rechtsordnung als Obergrenze gemeint ist, vgl. zum Meinungsstand *Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber* (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 30; *Schmidt*, in: *BeckOGK-EuErbVO* (Fn. 103), Art. 59 Rn. 21 f. Praxistauglich wäre es, in Staaten, die das Institut der öffentlichen Urkunde kennen, einer ausländischen öffentlichen Urkunde die am ehesten vergleichbare inländische Wirkung zuzusprechen, während Verwendungsstaaten, die solche Urkunden nicht kennen (Zypern, Finnland, Schweden) eine volle Wirkungserstreckung vornehmen, vgl. *Hertel*, in: *Staudinger*, 2023, § 129 BeurkG Rn. 796; *ders.*, in: *Rauscher V*, 4. Aufl. 2016, Art. 59 EuErbVO Rn. 20.

¹¹³ Vgl. *Makowsky*, in: *NK-BGB VI* (Fn. 52), Art. 59 EuErbVO Rn. 1; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 59 EuErbVO Rn. 1 f.

¹¹⁴ Vgl. *Makowsky*, in: *NK-BGB VI* (Fn. 52), Art. 59 EuErbVO Rn. 2, 11; *Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber* (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 6; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 59 EuErbVO Rn. 3.

¹¹⁵ Stattdessen werden „evidentiary effects“ bzw. „force probante“ verwendet.

bekanntem materiellen Beweiskraft abzugrenzen.¹¹⁶ Diese ist nicht Gegenstand der Anerkennung nach Art. 45 VO-E, es findet keine inhaltliche Anerkennung eines im Ausland begründeten Abstammungsverhältnisses statt. Dies zeigt sich nicht nur daran, dass Art. 45 VO-E in Abgrenzung zur materiellen Wirkungserstreckung von Entscheidungen nicht von „Anerkennung“, sondern von „Annahme“ öffentlicher Urkunden spricht,¹¹⁷ sondern auch an der unterschiedlichen Behandlung von Einwänden gegen die Richtigkeit einer anzunehmenden Urkunde. Einwände gegen die Authentizität der Urkunde (*instrumentum*¹¹⁸) unterliegen gemäß Art. 45 Abs. 5 1 Hs. 1 VO-E dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats vor dessen Gerichten. Einwände, die aber das der Urkunde zugrundeliegende Rechtsverhältnis (*negotium*¹¹⁹, beispielsweise die Abstammung des Kindes oder eine Vaterschaftsanerkennung¹²⁰) betreffen, unterliegen nicht dem Recht des die Urkunde ausstellenden Staats, sondern dem nach Art. 17 VO-E zu bestimmenden anwendbaren Recht (Art. 45 Abs. 6 S. 1 Hs. 2 VO-E), folgen also dem kollisionsrechtlichen Verweisungsprinzip.¹²¹ Das Abstammungsverhältnis wird folglich anhand des vereinheitlichten Kollisionsrechts beurteilt und nicht schon wegen der Beurkundung im Ursprungsstaat ohne Einschaltung des Kollisionsrechts anerkannt.¹²² Dadurch wird klargestellt, dass es sich bei Art. 45 Abs. 1 VO-E um keine automatische

¹¹⁶ Vgl. *Bauer/Weber*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 23.

¹¹⁷ Vgl. *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 59 EuErbVO Rn. 4; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 59 Rn. 6 ff.; *Fütchen*, Recognition, Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation, 8 J. Priv. Int'l L. (2012) 323 (343 ff.).

¹¹⁸ Zur Unterscheidung von *instrumentum* und *negotium* *Kobler/Buschbaum*, Die „Anerkennung“ öffentlicher Urkunden?, IPRax 2010, 313 (314 f.); *Fütchen* (Fn. 117), S. 327; *Reithmann*, Urkunden ausländischer Notare in inländischen Verfahren, IPRax 2012, 133 (133 f.).

¹¹⁹ *Ebd.*

¹²⁰ Vgl. Erwägungsgrund 71 VO-E.

¹²¹ Vgl. *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 123; zur gleichen Rechtslage beim Europäischen Nachlasszeugnis *Remde*, Die Europäische Erbrechtsverordnung nach dem Vorschlag der Kommission vom 14. Oktober 2009, RNotZ 2012, 65 (84); *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 59 Rn. 57.

¹²² S. zu dieser Konzeption der verfahrensrechtlichen Anerkennung *Muir Watt*, Discours sur les methodes du droit international privé, in: Académie de Droit International de La Haye, Recueil des cours CCCLXXXIX, 2017, S. 9 (296 ff.); *Mansel*, Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums, Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen internationalen Privatrechts?, *RechtsZ* 70 (2006), 651 (715 ff.); *Coester-Waltjen*, Anerkennung im Internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht und das Europäische Kollisionsrecht, IPRax 2006, 392 (393); *Looschelders*, in: Staudinger, 2019, Einl. IPR Rn. 67; *v. Heim*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 92.

verfahrensrechtliche Anerkennung des ausländischen Abstammungsverhältnisses handelt.¹²³

2. Konsequenz: Keine Weiterentwicklung des inhaltlichen Anerkennungsprinzips

Nachdem Art. 34 des Kommissionsvorschlags zur EuErbVO 2009 noch eine materielle Beweiskrafterstreckung und damit einen Vorrang der verfahrensrechtlichen vor der kollisionsrechtlichen Rechtslagenanerkennung vorgesehen, dieser Vorschlag aber zu heftiger Kritik geführt hatte,¹²⁴ ist es verständlich, dass die Kommission im VO-E die in der EuErbVO vorgesehene Systematik hinsichtlich der Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung beibehalten will. Im Rahmen einer inhaltlichen Anerkennung solcher Urkunden würde – kollisionsrechtlich betrachtet – das Abstammungsstatut letztlich dem Recht des Staates unterliegen, in dem sich das die Geburtsurkunde ausstellende Register befindet.¹²⁵ Dies würde regelmäßig zwar zu keinem anderen Ergebnis führen als die kollisionsrechtliche Anknüpfung an den Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Gebärenden, da Säuglinge ganz überwiegend in dem Land registriert werden dürften, in dem sich ihre Mutter gewöhnlich aufhält. Jedoch würden sich Probleme ergeben, wenn mehrere, sich inhaltlich widersprechende Geburtsurkunden ausgestellt werden; im Allgemeinen würde auch *law shopping* erleichtert werden.¹²⁶ Letztlich entscheidet sich der Kommissionsvorschlag daher für ein vorzugswürdiges Vorgehen in wohlbekanntem Bahnen und entwickelt das

¹²³ Vgl. *Makowsky*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 59 EuErbVO Rn. 9; *Bauer/Weber*, in: *Dutta/Weber* (Fn. 93), Art. 59 EuErbVO Rn. 7, 26; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 39 EuErbVO Rn. 10; *Burandt/Schmuck*, in: *Burandt/Rojahn*, 4. Aufl. 2022, Art. 59 EuErbVO Rn. 2.

¹²⁴ *Max Planck Institute*, Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, *RabelsZ* 74 (2010), 522 (669 ff.); *Kobler/Buschbaum* (Fn. 118), S. 313 ff.; *Schmidt*, in: *BeckOGK-EuErbVO* (Fn. 103), Art. 59 Rn. 4 ff.; *Dutta*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 39 EuErbVO Rn. 3.

¹²⁵ Vgl. zur Interpretation der Anerkennungsmethode als versteckte Kollisionsnorm *Romano*, *La bilatéralité éclipsée par l'autorité: développements récents en matière d'état des personnes*, *Rev. crit. dr. int. priv.* 2006, 457 (487 ff., 504 ff.); *v. Hein*, in: *MüKo-BGB XII* (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 142.

¹²⁶ S. zu den Problemen der inhaltlichen Urkundenanerkennung *Lagarde*, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures*, *RabelsZ* 68 (2004), 225 (232 ff.); *Coester-Waltjen* (Fn. 122), S. 393 ff.; *Wagner* (Fn. 24), S. 611 ff.; *Mansel* (Fn. 5) S. 342.

inhaltliche Anerkennungsprinzip hinsichtlich Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung nicht weiter.

3. In einem Mitgliedsstaat nachbeurkundete Geburt in einem Drittstaat

Der VO-E schweigt zu der Frage, ob eine mitgliedstaatliche Geburtsurkunde angenommen werden kann, in der eine Geburt in einem Nicht-EU-Staat nachbeurkundet ist. Dagegen spricht aus Sicht des Staats, in dem eine solche Geburtsurkunde angenommen werden soll, dass die Umstände der Geburt im Drittstaat nur den Behörden im Nachbeurkundungsstaat nach deren Registerrecht glaubhaft gemacht wurden, wobei häufig keine eigene Sachaufklärung vorgenommen wird.¹²⁷ Während es der normative Grundsatz gegenseitigen Vertrauens¹²⁸ rechtfertigt, dies bei Geburten innerhalb der EU ausreichen zu lassen, liegt der Fall bei Drittstaatsgeburten anders, da sich einerseits die dortigen Gegebenheiten teils stark von den innereuropäischen unterscheiden und Drittstaaten andererseits nicht am Grundsatz gegenseitigen Vertrauens teilhaben. Zudem soll nach dem Willen der Kommission die Annahme einer Geburtsurkunde durch den *ordre public*-Vorbehalt gemäß Art. 45 Abs. 1 VO-E verweigert werden können, wenn es beispielsweise bei der Empfängnis oder Geburt zu einer Verletzung von Grundrechten der Mutter gekommen ist.¹²⁹ Ob dies der Fall ist, lässt sich bei Drittstaatsgeburten für eine Behörde aber praktisch nicht nachvollziehen, wenn ihr zur Registereintragung lediglich die Nachbeurkundung der Geburt in einem anderen Mitgliedsstaat nachgewiesen werden muss. Die Annahme von Geburtsurkunden sollte daher auf Geburten innerhalb der EU beschränkt werden.¹³⁰

¹²⁷ Vgl. *Deutscher Anwaltverein* (Fn. 41), S. 10

¹²⁸ Ursprünglich als faktische Grundlage für die Verwirklichung des Binnenmarkts verstanden, begreift der *EuGH* das gegenseitige Vertrauen inzwischen als Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur gegenseitigen Legalitätsvermutung, die sich nicht zuletzt in der Anerkennung bzw. Annahme mitgliedstaatlicher Urteile und Urkunden niederschlägt, vgl. Erwägungsgrund 35 VO-E; *EuGH*, Gutachten v. 30.4.2019, Rs. 1/17, *CETA*, Rn. 128; Gutachten v. 18.12.2014, Rs. 2/13, *EMRK*, Rn. 191; *Lenaerts*, La vie après l'avis: Exploring the principle of mutual (yet not blind) trust, 54 *Common Mkt. L. Rev.* (2017), 805 (812 ff.); v. *Damwitz*, Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten der EU: Eine wertebasierte Garantie der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts, *EuR* 2020, 61 (72 ff.); *Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, 10. Aufl. 2023, *EuVerwR* Rn. 186; *Kaufhold*, Gegenseitiges Vertrauen, *EuR* 2012, 408 (410 ff.), zur Ausprägung des Grundsatzes gegenseitigen Vertrauens im IPR und IZVR vgl. *Weller*, Mutual Trust: In Search of the Future of European Union Private International Law, 11 *J. Priv. Int'l L.* (2015), 64 ff.

¹²⁹ Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 19 f.

¹³⁰ So auch *Deutscher Anwaltverein* (Fn. 41), S. 10 ff.

III. Das Europäische Elternschaftszertifikat (EEZ), Art. 46 ff. VO-E

Die Anleihen aus der EuErbVO sind gleichwohl nicht auf die Annahme öffentlicher Urkunden begrenzt. Regelungstechnisch am Europäischen Nachlasszeugnis (ENZ, vgl. Art. 62 ff. EuErbVO)¹³¹ orientiert, wird im 6. Kapitel des Entwurfs das EEZ eingeführt, das einen einheitlichen, fakultativen Abstammungsnachweis in der EU zur Verwendung in jedem Mitgliedsstaat schafft.¹³²

1. Aufbau der Art. 64 – 57 VO-E

Der Aufbau des Kapitels zum EEZ folgt den prozeduralen Schritten seiner Erteilung: Zu Beginn legt Art. 46 VO-E fest, dass das EEZ nationale Abstammungsnachweise nicht ersetzt, sondern zusätzlich erteilt wird.¹³³ International zuständig für seine Ausstellung ist der Staat, in dem die Elternschaft begründet und der gemäß Art. 6 ff. des Entwurfs zuständig ist (Art. 47 VO-E), sehr ausführlich regelt der Vorschlag dann das Verfahren zur Erteilung des EEZ und seinen Inhalt (Art. 49-52 VO-E).¹³⁴ Eine Schlüsselrolle kommt Art. 53 VO-E bezüglich der Wirkungen des EEZ zu (dazu sogleich 2.). Ferner wird festgelegt, dass die Urschrift des Zertifikats bei der Ausstellungsbehörde verbleibt und nur beglaubigte Abschriften ohne Gültigkeitsdauer erteilt werden (Art. 54 VO-E, Erwägungsgrund 81).¹³⁵ Darauf folgen Vorschriften, die die Zuständigkeit für Berichtigungen, Änderungen und Widerruf des EEZ bei der ausstellenden Behörde oder einem Rechtsbehelfsgericht vorsehen und die Wirkungsaussetzung für die Dauer von Klarstellungsverfahren regeln (Art. 55-57 VO-E).

¹³¹ Eine Vorbildfunktion des Konzepts eines „Europäischen Erbscheins“ für andere Sekundärrechtsakte hatte *Mansel* bereits 2006 vorausgesehen: *Mansel* (Fn. 122), S. 730.

¹³² Art. 47, Erwägungsgrund 76 VO-E.

¹³³ Art. 46 Abs. 2, 49 Abs. 1 VO-E.

¹³⁴ Die Kritik an der übermäßigen Detailverliebtheit der Normen der EuErbVO lässt sich leicht auf das EEZ übertragen, vgl. *Hertel*, in: *Rauscher V* (Fn. 112), Art. 68 EuErbVO Rn. 4. Im Vergleich zum ENZ mit 21 Formularseiten („Nur ein großes Formular ist ein gutes Formular“, *Rauscher*, in: *Rauscher I*, 3. Aufl. 2010, Einf. EG-ErbVO-E Rn. 85) fällt der Vordruck für das EEZ (8 Seiten) jedoch geradezu kurz und bündig aus.

¹³⁵ Funktional handelt es sich dabei nicht um beglaubigte Abschriften nach deutschem Verständnis (§ 42 BeurkG), sondern um Ausfertigungen entsprechend §§ 47, 48 BeurkG, die die Urschrift im Rechtsverkehr vertreten und nur von der ausstellenden Behörde gefertigt werden können, vgl. *Weber*, *Europäisches Nachlasszeugnis als Nachweis im Grundbuchverfahren*, DNotZ 2020, 124 (124); *Hertel*, in: *Rauscher V* (Fn. 112), Art. 70 EuErbVO Rn. 1.

2. Die Wirkung des EEZ

Herzstück des EEZ sind seine Beweis-¹³⁶ und Legitimationsfunktion¹³⁷ (Art. 53 Abs. 2, 3 VO-E), die gemäß Abs. 1 der Norm unmittelbar, also *ipso iure* und ohne einem *ordre public*-Vorbehalt zu unterliegen,¹³⁸ in allen Mitgliedsstaaten einschließlich des Ausstellungsstaats¹³⁹ wirken.¹⁴⁰

a) Beweisfunktion

Das EEZ beweist die Richtigkeit des in ihm bezeugten Abstammungsverhältnisses, enthält also eine Rechtsvermutungswirkung (Art. 53 Abs. 2 VO-E).¹⁴¹ Nach S. 1 der Norm beweist es zudem „Sachverhalte, die nach dem auf die Begründung der Elternschaft anzuwendenden Recht festgestellt wurden.“ Wie auch bei der Vorbildnorm des Art. 69 Abs. 2 S. 1 EuErbVO ist unklar, was damit genau gemeint ist; es spricht jedoch viel dafür, dass eine Richtigkeitsvermutung hinsichtlich der im EEZ bezeugten Tatsachen besteht (beispielsweise für Tatsachen wie den gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter oder den Geburtsort, die die Zuständigkeit der ausstellenden Behörde oder das anwendbare Recht begründen können, vgl. Art. 52 lit. i und j VO-E).¹⁴²

In Übereinstimmung mit der EuErbVO ist davon auszugehen, dass die Richtigkeitsvermutung widerleglich und für die Widerlegung nicht die vorherige Änderung oder ein Widerruf des EEZ gemäß Art. 55 VO-E notwendig ist.¹⁴³

¹³⁶ Vgl. zur gleichen Terminologie im Kontext des ENZ: *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 7; *Grziniotz*, in: MüKo-FamFG II (Fn. 40), Art. 69 EuErbVO Rn. 5; *Dörner*, Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme, ZEV 2010, 221 (227).

¹³⁷ Vgl. zur gleichen Terminologie im Kontext des ENZ: *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 53; *Burandt/Schmuck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 123), Art. 69 EuErbVO Rn. 2; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 29.

¹³⁸ Vgl. zur Rechtslage beim ENZ: *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 69 EuErbVO Rn. 4; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 5.

¹³⁹ Vgl. Art. 46 Abs. 3 S. 2 VO-E.

¹⁴⁰ Im deutschen Recht wären die entsprechenden Vermutungsregeln nach den §§ 54-60 PStG einzuordnen.

¹⁴¹ Vgl. zur Rechtslage beim ENZ: *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 7; *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 16 ff.

¹⁴² Vgl. zur EuErbVO *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 8 ff.; *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 69 EuErbVO Rn. 4; *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 69 EuErbVO Rn. 11 f.

¹⁴³ Vgl. zur EuErbVO *Kobler/Pintens*, Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012, FamRZ 2012, 1425 (1429); *Dörner* (Fn. 136), S. 227; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 8 ff.; *Fornasier*, in: Dutta/Weber

Denn wenn aufgrund einer im Ausstellungsstaat vorrangig anwendbaren staatsvertraglichen Kollisionsnorm (Art. 66 Abs. 1 VO-E) kein internationaler Entscheidungseinklang zwischen den Mitgliedsstaaten besteht,¹⁴⁴ könnte ein EEZ, das aus Sicht des Verwendungsstaats das falsche Recht anwendet, nicht gemäß Art. 55 Abs. 2 VO-E von der Ausstellungsbehörde geändert werden. Aus deren Sicht gibt es das nach der staatsvertraglichen Kollisionsregel anwendbare Recht schließlich korrekt wieder. Bei Vorrang des Verfahrens gemäß Art. 55 VO-E wäre die Verwendungsbehörde folglich gezwungen, eine Rechtslage entgegen des nach Art. 17 VO-E zu bestimmenden Rechts zu vermuten, was ausweislich S. 2 Erwägungsgrund 80 nicht gewollt ist. Folglich muss die Vermutungswirkung unabhängig vom Änderungs- und Widerrufsverfahren gemäß Art. 55 Abs. 2 VO-E auch inzident im Verfahren im Verwendungsstaat widerlegbar sein.¹⁴⁵

b) *Legitimationsfunktion*

Daneben bestimmt Art. 53 Abs. 3 VO-E, dass das EEZ Legitimationswirkung¹⁴⁶ bei der Eintragung in Personenstandsregister besitzt. Die Elternschaft kann damit gegenüber einer europäischen registerführenden Stelle mittels EEZ nachgewiesen werden.

3. Primat des kollisionsrechtlichen Anerkennungsprinzips auch beim EEZ

Gleichwohl ist auch damit keine Hinwendung der Kommission zur materiellrechtlichen Anerkennung von Rechtslagen verbunden. Denn auch das EEZ steht unter dem Primat des kollisionsrechtlichen Verweisungsprinzips. Dies lässt sich daran ablesen, dass die Vermutungswirkung des EEZ widerlegt ist, wenn die ausstellende Behörde aus Sicht des Anerkennungsstaats bei der kollisionsrechtlichen Prüfung auf das falsche Sachrecht verwiesen hat,¹⁴⁷ mithin

(Fn. 93), Art. 69 EuErbVO Rn. 11; *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 69 EuErbVO Rn. 13.

¹⁴⁴ So sieht beispielsweise Art. 8 Deutsch-Iranisches Niederlassungsübereinkommen v. 17.2.1929 (RGBl. 1930 II, S. 1006) vor, dass sich u. a. das Abstammungsstatut iranischer Staatsangehöriger in Deutschland nach iranischem Recht richtet; vgl. *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Vor Art. 62 EuErbVO Rn. 12.

¹⁴⁵ Vgl. *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Art. 69 EuErbVO Rn. 8.

¹⁴⁶ Vgl. zur gleichen Terminologie im Kontext des ENZ *Schmidt*, in: BeckOGK-EuErbVO (Fn. 103), Art. 69 Rn. 53; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 69 EuErbVO Rn. 29; *Burandt/Schmuck*, in: Burandt/Rojahn (Fn. 123), Art. 69 EuErbVO Rn. 2.

¹⁴⁷ Dies ist für die anerkennende Behörde leicht zu ermitteln, da das EEZ gemäß Art. 52 lit. j VO-E die Sachverhalte nennen muss, „auf deren Grundlage das anzuwendende Recht bestimmt wurde.“

wird das im Ausland beurkundete Statusverhältnis nicht vorbehaltlos und ohne Einschaltung des Kollisionsrechts anerkannt.¹⁴⁸

4. Funktionsdefizite

Dies stellt zugleich ein gravierendes Problem für die Funktionsfähigkeit des EEZ dar, welches auf ein einheitliches Kollisionsrecht angewiesen ist, um europaweite Geltung zu beanspruchen.¹⁴⁹ Um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, ihre Abstammung EU-weit einheitlich nachweisen zu können, sollte die Ausstellung eines EEZ im Ursprungsstaat nicht verweigert werden, wenn die anzuwendende Kollisionsnorm aufgrund staatsvertraglicher Verpflichtung von Art. 17 VO-E abweicht (keine Rechtsverweigerung¹⁵⁰). Im Verwendungsstaat kann eine drittstaatliche staatsvertragliche Kollisionsnorm jedoch keine Geltung beanspruchen, genauso wenig kann eine dort geltende vorrangige Kollisionsnorm unbeachtet bleiben.¹⁵¹ Besteht kein internationaler Entscheidungseinklang, muss die Legitimationswirkung des EEZ also suspendiert werden.

5. Zwischenfazit

Zusammenfassend zeigt sich, dass es sich beim EEZ anders als bei der Annahme EU-ausländischer Urkunden nicht um eine Maßnahme zur Erleichterung der Urkundenfreizügigkeit, sondern um ein europarechtliches Instrument *sui generis*¹⁵² zur grenzüberschreitenden Anerkennung von Abstammungsverhältnissen handelt. Dieses setzt einheitliche Zuständigkeits- und Kollisionsnormen voraus und entfaltet über seine Vermutungsregeln registerrechtliche Wirkung.

¹⁴⁸ Vgl. *Mansel* (Fn. 122), S. 715 ff.; *Coester-Waltjen* (Fn. 122), S. 393; *Looschelders*, in: Staudinger, 2019, Einl. IPR Rn. 67; v. *Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 92; zur gleichen Konzeption beim ENZ: *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Vor Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 18.

¹⁴⁹ Vgl. zum gleichen Problem beim ENZ: *Kleinschmidt*, Optionales Erbrecht: Das Europäische Nachlasszeugnis als Herausforderung an das Kollisionsrecht, *RabelsZ* 77 (2013), 723 (751); *ders.*, in: *jurisPK-BGB*, 9. Aufl. 2020, Art. 69 EuErbVO Rn. 4; *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Vor Art. 62 ff. EuErbVO Rn. 20 f., 33; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 75 EuErbVO Rn. 5.

¹⁵⁰ So zur Rechtslage beim ENZ: *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 75 EuErbVO Rn. 5; *Kleinschmidt*, in: *jurisPK-BGB* (Fn. 149), Art. 67 EuErbVO Rn. 18.

¹⁵¹ Vgl. *Fornasier*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Vor zu Art. 62 EuErbVO Rn. 32 ff.; *Kleinschmidt*, in: *jurisPK-BGB* (Fn. 149), Art. 69 EuErbVO Rn. 4.

¹⁵² So zum ENZ auch *Buschbaum/Simon*, *EuErbVO*: Das Europäische Nachlasszeugnis, *ZEV* 2012, 525 (529); *Traut*, Das Wirkungskonzept des Europäischen Nachlasszeugnisses, *ZVglRWiss* 115 (2016), 358 (371); *Schmidt*, in: *BeckOGK-EuErbVO* (Fn. 103), Art. 62 Rn. 11 m. w. N.

IV. Verhältnis zur freizügigkeitsbezogenen Anerkennung aus Art. 21 AEUV

Das freizügigkeitsbezogene Anerkennungsprinzip für Geburtsurkunden aus EU-Staaten entwickelte der *EuGH* in der Rs. *Pancharevo*.¹⁵³ Darin leitete er aus dem Freizügigkeitsrecht gemäß Art. 21 Abs. 1 AEUV i. V. m. der Freizügigkeitsrichtlinie ab, dass mitgliedstaatliche Behörden verpflichtet sind, eine ausländische Geburtsurkunde zumindest soweit anzuerkennen, dass sich Kind und Eltern in der EU frei bewegen können.¹⁵⁴ Der *Gerichtshof* wendete damit das zuerst in den Rs. *Garcia Avello* und *Grunkin-Paul* im internationalen Namensrecht entwickelte¹⁵⁵ und in der Rs. *Coman* auf das internationale Familienrecht übertragene¹⁵⁶ Prinzip der Anerkennung EU-ausländischer Rechtslagen im internationalen Abstammungsrecht an. Es handelt sich dabei um ein Prinzip der inhaltlichen Anerkennung ausländischer Rechtslagen ohne Einschaltung einer kollisionsrechtlichen Prüfung, das neben die verweisungsrechtliche Methode tritt.¹⁵⁷

Gemäß Art. 2 Abs. 1 S. 2 VO-E berührt die Verordnung dieses Anerkennungsverfahrens nicht.¹⁵⁸ Die Vorschriften der Verordnung sollen ausdrücklich keine Konkretisierung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV darstellen, sondern in einem anderen Mitgliedsstaat begründeten Elternverhältnissen gerade dann zur Anerkennung verhelfen, wenn keine aus der Unionsbürgerschaft des Kindes erlangten Rechte, insbesondere die Freizügigkeitsrechte aus Art. 4 ff. Freizügigkeits-RL, betroffen sind.¹⁵⁹ Anders als bei der freizügigkeitsbezogenen Anerkennungspflicht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV beschränkt sich die nach dem VO-E anzuerkennende Elternschaft also nicht auf Bereiche wie z. B. die Ausstellung eines Personalausweises, sondern gilt auch, wenn es um erb- oder sorgerechtliche Fragen nach mitgliedstaatlichem Sachrecht geht. Hinsichtlich des Verhältnisses beider Anerkennungsmethoden steht zu erwarten, dass durch die vereinheitlichten Kollisionsregeln des VO-E die Anzahl hinkender Abstammungsverhältnisse verringert wird. Diesbezügliche Beeinträchtigungen der Personenfreizügigkeit werden damit seltener auftreten,

¹⁵³ *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*.

¹⁵⁴ *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 49 f.

¹⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 2.10.2003, C-148/02, *Garcia Avello*, Rn. 24 f., 36, 45; Urt. v. 14.10.2008, C-353/06, *Grunkin-Paul*, Rn. 22 ff.

¹⁵⁶ *EuGH*, Urt. v. 5.6.2018, C-673/16, *Coman*, Rn. 38 ff., 51.

¹⁵⁷ *Weller*, *RabelsZ* 81 (2017), 747 (770 ff.); *Hübner*, Die Integration der primärrechtlichen Anerkennungsmethode in das IPR, *RabelsZ* 85 (2021), 106 (116 f.); *Grifo* (Fn. 30), S. 715.

¹⁵⁸ Vgl. *Válková* (Fn. 10), S. 886; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 121 f.

¹⁵⁹ Vgl. Erwägungsgründe 4, 13 VO-E und die Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 13.

weswegen davon ausgegangen werden kann, dass dem Anerkennungsprinzip aus Art. 21 Abs. 1 AEUV in Zukunft geringere Bedeutung zukommen wird.¹⁶⁰

F. Die Gesetzgebungskompetenz der Union

Fraglich ist jedoch, ob die regulative Tendenz des Art. 17 Abs. 2 VO-E, die registerrechtliche Vermutungswirkung des EEZ und die Anwendbarkeit des VO-E über freizügigkeitsbezogene Sachverhalte hinaus innerhalb der Gesetzgebungskompetenz der Union liegen.

I. Kompetenzgrundlage des Art. 81 Abs. 3 AEUV

Im Ausgangspunkt unbestritten ist, dass die Regelung des materiellen Familienrechts nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 Abs. 2 EUV in die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten fällt.¹⁶¹ Auf dem Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen kann die Union jedoch gemäß Art. 81 Abs. 3 AEUV Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitendem Bezug treffen, worauf sich der Kommissionsvorschlag insbesondere stützt.¹⁶² Art. 81 Abs. 3 AEUV modifiziert das Gesetzgebungsverfahren für Maßnahmen im internationalen Familienrecht und sieht ein Einstimmigkeitserfordernis im Rat vor;¹⁶³ im Übrigen muss die Maßnahme den allgemeinen Voraussetzungen des Art. 81 AEUV entsprechen, also grenzüberschreitende Sachverhalte regeln und mindestens einem der in Art. 81 Abs. 2 AEUV abschließend aufgezählten Kompetenztitel unterfallen.¹⁶⁴ Die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen kann unproblematisch auf Art. 81 Abs. 2 lit. a, die Kollisionsrechtsvereinheitlichung und Annahme öffentlicher Urkunden (letztere als verfahrensrechtliche Kollisionsnorm) auf lit. c AEUV gestützt werden.¹⁶⁵ Für die Einführung des EEZ kommt Art. 81 Abs. 2

¹⁶⁰ Vgl. *v. Hein*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 3 EGBGB Rn. 145. Dies gilt nicht in Bezug auf osteuropäische Mitgliedsstaaten, die vermutlich an einer verstärkten Zusammenarbeit in Abstammungssachen nicht teilhaben werden.

¹⁶¹ Erwägungsgrund 5 VO-E, Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 6; *EuGH*, Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 52; Schlussanträge *GA Kokott* v. 15.4.2021, in der gleichen Sache, Rn. 58 m. w. N.

¹⁶² Begründung des Vorschlags, COM(2022) 695 final, S. 6, 22.

¹⁶³ Vgl. *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 121; *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 81 AEUV Rn. 39; *Kotzur/van de Loo*, in: *Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmaier* (Fn. 19), Art. 81 Rn. 15; *Hess*, *EuZPR*, 2. Aufl. 2021, § 2 Rn. 2.10; *Lenzinger*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 81 AEUV Rn. 19; *Streinz*, *EuR*, 11. Aufl. 2019, § 13 Rn. 1061.

¹⁶⁴ BVerfGE 123, 267 (416); *Wagner*, EU-Kompetenz in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen – Résumé und Ausblick nach mehr als fünfzehn Jahren, *RabelsZ* 79 (2015), 521 (526).

¹⁶⁵ Hierauf verweist S. 2 Erwägungsgrund 1 VO-E, gleichwohl ohne genau zu zitieren.

lit. f AEUV (Erleichterung des Zivilverfahrens) in Betracht,¹⁶⁶ kompetenzwidrig ist jedoch Art. 46 Abs. 3 S. 2 VO-E, der die Wirkung des EEZ auch auf den Ursprungsstaat erstreckt.¹⁶⁷ Hier mangelt es am grenzüberschreitenden Sachverhalt, den Art. 81 Abs. 1 AEUV zwingend vorschreibt.¹⁶⁸

Die ebenfalls in der Literatur vorgeschlagene Kompetenznorm des Art. 21 Abs. 2 AEUV hätte zwar das Einstimmigkeitserfordernis im Rat vermieden,¹⁶⁹ ist aber fernliegend, da der VO-E die Anerkennung von Abstammungsverhältnissen für andere Zwecke als zur unmittelbaren Ausübung der Freizügigkeit regelt und daher sinnvollerweise nicht auf eine Kompetenz zum Erlass von Freizügigkeitserleichterungsvorschriften gestützt werden kann, die ohnehin gegenüber anderen Kompetenztiteln subsidiär ist.¹⁷⁰

II. Kompetenzausübungsschranke des Art. 4 Abs. 2 EUV

Die Rechtssetzungskompetenz der Union findet jedoch eine Grenze in der Achtungsverpflichtung gegenüber der nationalen Identität der Mitgliedsstaaten aus Art. 4 Abs. 2 EUV. Dieser stellt nicht nur einen Rechtfertigungsgrund bei der Beschränkung von Grundfreiheiten,¹⁷¹ sondern auch eine

¹⁶⁶ Insofern dient das ENZ als Vorbild, dessen Einführung ebenfalls auf Art. 81 Abs. 2 lit. f AEUV gestützt wurde, vgl. *Weber*, in: Dutta/Weber (Fn. 93), Einl Rn. 24; *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Vor Art. 62 EuErbVO Rn. 3; skeptischer, aber nur in Bezug auf die materiellrechtlichen Wirkungen des ENZ, die das EEZ nicht besitzt: *Sißß*, Das Europäische Nachlasszeugnis, ZEuP 2013, 725 (730); *Hertel*, in: Rauscher V (Fn. 112), Art. 62 EuErbVO Rn. 9.

¹⁶⁷ Zwar spricht Art. 46 Abs. 1 VO-E davon, dass das EEZ in einem anderen Mitgliedsstaat verwendet werden soll, allerdings wird diese Vorschrift durch Art. 46 Abs. 3 S. 2 VO-E faktisch aufgehoben, insbesondere, da der Antragsteller nicht nachweisen muss, dass er das EEZ zur Verwendung im Ausland benötigt, vgl. zur ähnlichen Rechtslage beim ENZ: *Schmidt*, Der Erbnachweis in Deutschland ab 2015: Erbschein vs. Europäisches Nachlasszeugnis, ZEV 2014, 389 (390); *Dutta*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 62 EuErbVO Rn. 2 f.

¹⁶⁸ Vgl. *Nordmeier*, in: NK-BGB VI (Fn. 52), Art. 62 EuErbVO Rn. 12; *Leible*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 81 AEUV Rn. 7; *Hess*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 77. EL September 2022, Art. 81 AEUV Rn. 26; *Lenzinger*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 163), Art. 81 AEUV Rn. 4; *Hess* (Fn. 163), § 2 Rn. 2.14.

¹⁶⁹ Nach dem Vorbild der EuApostille-VO schlägt *Croon-Gestefeld*, Der Einfluss der Unionsbürgerschaft auf das Internationale Familienrecht, *RabelsZ* 86 (2022), 32 (55 ff., 64) Art. 21 Abs. 2 AEUV als Kompetenzgrundlage vor, ablehnend: *Kobler/Pintens* (Fn. 8), S. 1407; *Mansel/Thorn/Wagner* (Fn. 11), S. 121.

¹⁷⁰ Vgl. *Kobler/Pintens* (Fn. 8), S. 1407; *Wagner* (Fn. 164), S. 542 f.; *Leible*, in: Streinz (Fn. 34), Art. 81 AEUV Rn. 54.

¹⁷¹ Im Kontext der Prüfung von Grundfreiheitsverletzungen fasst der *EuGH* die Achtungsverpflichtung regelmäßig unter den Rechtfertigungsgrund der öffentlichen

Kompetenzausübungsschranke dar, welche die Union hindert, einen Sekundärrechtsakt zu erlassen, der in seinen grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommenden nationalen Identität eines Mitgliedsstaats zuwiderläuft.¹⁷² Insofern fragt sich, ob die nationale Identität der Mitgliedsstaaten durch die regulatorisch aufgeladene Kollisionsregel des Art. 17 Abs. 2 VO-E, die Beschränkung des *ordre public*-Vorbehalts und die damit vermittelte erleichterte Anerkennung postmoderner Elternschaftsformen verletzt wird. Der unionsrechtliche Rahmenbegriff der nationalen Identität wird vom *EuGH* autonom ausgelegt, gleichwohl unter Beachtung solcher nationaler Identitätsverständnisse ausgefüllt, in denen fundamentale Verfassungsprinzipien und verfassungsrechtlich geschützte Traditionen zum Ausdruck kommen.¹⁷³

In den Schlussanträgen in der Rs. *Pancharevo* stellte *Generalvammwältin Kokott* diesbezüglich fest, dass das Abstammungsrecht „auf jeden Fall“ Ausdruck der von Art. 4 Abs. 2 EUV geschützten nationalen Identität sein kann, da die Festlegung von Eltern-Kind-Beziehungen grundlegende Bedeutung für die Gesellschaftsstruktur und das Funktionieren eines Staates habe.¹⁷⁴ In vergleichbarer Weise stellte das *BVerfG* in seinem *Lissabon-Urteil* das materielle Familienrecht als integrationsfesten Bestandteil der deutschen Verfassungsidentität dar,¹⁷⁵ was *prima facie* nahelegt, dass die durch den VO-E erleichterte Anerkennung postmoderner Elternschaftsmodelle in Mitgliedsstaaten, die diese Modelle nicht kennen, über die Kompetenzausübungsschranke des Art. 4 Abs. 2 EUV hinausgeht.

Ordnung, etwa in *EuGH*, Urt. v. 22.12.2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, Rn. 83 f.; Urt. v. 2.6.2016, C-438/14, *Bogendorff von Wolfersdorff*, Rn. 64 f.; Urt. v. 14.12.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 54 ff.; vgl. v. *Bogdandy/Schill*, Die Achtung der nationalen Identität unter dem reformierten Unionsvertrag: Zur unionsrechtlichen Rolle nationalen Verfassungsrechts und zur Überwindung des absoluten Vorrangs, *ZaöRV* 70 (2010), 701 (707 ff.); *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 49; *Grijo* (Fn. 30), S. 716.

¹⁷² So inzident bereits *EuGH*, Beschl. v. 1.10.2010, C-3/10, *Affatato*, Rn. 41; explizit Schlussanträge *GA Bot* v. 2.10.2012, C-399/11, *Melloni*, Rn. 139 und *GA Kokott* v. 15.4.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 83 ff.; *Pernice*, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, *AöR* 136 (2011), 185 (187 ff.); *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 163), Art. 4 EUV Rn. 36, 52; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 49 f.; *Grijo* (Fn. 30), S. 716.

¹⁷³ Schlussanträge *GA Kokott* v. 15.4.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 70 ff.; *Schill/Krenn*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 168), Art. 4 EUV Rn. 15; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 30 ff.; *Streinz*, in: *Streinz* (Fn. 34), Art. 4 EUV Rn. 14; *Obwexer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 163), Art. 4 EUV Rn. 27.

¹⁷⁴ Schlussanträge *GA Kokott* v. 15.4.2021, C-490/20, *Pancharevo*, Rn. 77 ff.

¹⁷⁵ *BVerfGE* 123, 267 (358, 363).

Allerdings spricht die verfahrensrechtliche Sicherung nationaler Identität in Familiensachen gemäß Art. 81 Abs. 3 AEUV gegen eine Überschreitung der Kompetenzschränke des Art. 4 Abs. 2 EUV. Die regulatorisch in das nationale Familienrecht drängenden Vorschriften des VO-E können die nationale Identität auf kompetenzieller Ebene kaum beeinträchtigen, wenn sie einstimmig angenommen werden. In diesem Fall erscheint durch das nicht ausgeübte Vetorecht jedes Mitgliedsstaats ausreichend sichergestellt, dass die Verordnung im Einklang mit seiner verfassungsmäßigen Identität steht. Das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 81 Abs. 3 AEUV gewährleistet folglich im Kontext des VO-E Identitätsschutz durch Verfahren und sichert damit den Kern des faktisch bestehenden europäischen Wertpluralismus ab. Der Verordnungsvorschlag bewegt sich aus diesem Grund innerhalb der Kompetenz der EU.

G. Beispielfälle

Die bisher gewonnen Erkenntnisse sollen abschließend auf zwei Beispielfälle angewendet werden, die die praktischen Folgen der Subsidiärknüpfung gemäß Art. 17 Abs. 2 VO-E und die Funktionsdefizite des EEZ aufzeigen.

I. Co-Mutterschaft: *law shopping* und internationaler Entscheidungseinklang

Deutsch-Rumänin D und Rumänin R leben in Heidelberg und möchten ein Kind bekommen. Durch heterologe Insemination wird D schwanger.¹⁷⁶ Da ihnen dazu geraten wird, das Kind im Vereinigten Königreich zur Welt zu bringen, reisen D und R zur Entbindung nach London, wo K geboren wird. D erhält eine Geburtsurkunde des General Register Office, die sie und R als Mütter ausweist. Zwei Wochen später reisen D, R und K zu ihrer Familie nach Bukarest. Dort lassen sie die Auslandsgeburt beurkunden und erhalten neben einer rumänischen Geburtsurkunde auch eine beglaubigte Abschrift des dort ausgestellten EEZ. Die in Rumänien ausgestellten Dokumente weisen jedoch nur D als Mutter aus; unter Punkt 8 des Formblatts zum EEZ ist vermerkt, dass der ordre public-Vorbehalt gemäß Art. 22 Abs. 1 VO-E ausgeübt werde. Kurz darauf reisen D, R und K zurück nach Heidelberg und beantragen dort die Beurkundung der Auslandsgeburt beim Standesamt. Sie legen neben der englischen Geburtsurkunde auch die beglaubigte Abschrift des EEZ vor und bitten darum, diese zu korrigieren.

¹⁷⁶ Die Samenspende an gleichgeschlechtliche weibliche Paare ist in Deutschland legal und wird nicht selten praktiziert, Hoffmeister, Reproduktives Reisen und Elternschaft, 2022, S. 47; Schumann, Elternschaft nach Keimzellspende und Embryooption, MedR 2014, 736 (737); Pauli, Der unsichtbare Dritte – Der Platz des Samenspenders bei der heterologen Insemination, NZFam 2016, 57 (57).

1. Nachbeurkundung der Auslandsgeburt

Schwierigkeiten ergeben sich hinsichtlich der Frage, ob R als Mutter ins Geburtenregister einzutragen ist. Dem steht die Rechtsvermutungswirkung des vorgelegten EEZ (Art. 53 Abs. 2 VO-E) entgegen, da R nicht als Mutter vermerkt ist. Die Vermutungswirkung ist jedoch zerstört, wenn das EEZ die Rechtslage nachweislich falsch wiedergibt. Hierzu ist vom Standesamt zu prüfen, ob das Zertifikat gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 VO-E die Eltern des K nach dem gemäß Art. 17 VO-E anwendbaren Recht korrekt nennt.

Die kollisionsrechtliche Prüfung verweist gemäß Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E zunächst auf deutsches Recht. Nach §§ 1591, 1592 BGB ist R folglich nicht Mutter des K.¹⁷⁷ Damit ist K jedoch nur einem Elternteil zugeordnet, weswegen die subsidiäre Anknüpfung nach Art. 17 Abs. 2 VO-E greift. Über die rumänische Staatsangehörigkeit von D und R ist auch rumänisches Recht berufen. Dieses lässt gemäß Art. 441 Abs. 3 rumänisches ZGB jedoch keine Co-Mutterschaft der R zu.¹⁷⁸ Als dritte Variante kann auch auf das Recht des Staates, in dem K geboren wurde, verwiesen werden, hier das Vereinigte Königreich. Nach sec. 42 (1) des Human Fertilisation and Embryology Act 2008 gilt als Mutter, wer zum Zeitpunkt der künstlichen Befruchtung mit der Geburtsmutter verheiratet oder verpartnert und mit der künstlichen Befruchtung einverstanden war.¹⁷⁹ Nach englischem Recht ist R damit Mutter des K. Die Vermutungswirkung des EEZ ist folglich widerlegt.

Zur Begründung der Elternschaft der R kommt dann vorrangig eine verfahrensrechtliche Anerkennung der englischen Geburtsurkunde in Betracht. Da es sich um keine mitgliedstaatliche Urkunde handelt, greift die Annahme gemäß Art. 44 f. VO-E nicht ein. Eine autonome verfahrensrechtliche Anerkennung gemäß §§ 108, 109 FamFG scheitert daran, dass es sich bei der Geburtsurkunde des General Register Office mangels abschließender rechtsverbindlicher Wirkung um keine Entscheidung i. S. d. § 108 FamFG, sondern nur um eine Dokumentation des *ipso iure* eingetretenen Rechtszustands

¹⁷⁷ Eine analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB scheidet aus, s. BGH, NJW 2019, 153 (154 f.) mit Verweis auf EGMR, B. und G.B. v. Deutschland, Urt. v. 7.5.2013, Rs. 8017/11, Rn. 23 ff.; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 3. Aufl. 2019, Rn. IV-222; Wellenbofer, in: MüKo-BGB X (Fn. 20), § 1592 Rn. 14.

¹⁷⁸ S. auch Länderbericht Rumänien, Borman, in: Bergmann/Ferid, Loseblattsammlung, S. 33.

¹⁷⁹ S. auch Länderbericht Vereinigtes Königreich, Henrich, in: Bergmann/Ferid, Loseblattsammlung, S. 48.

handelt.¹⁸⁰ Die bereits im Rahmen der EEZ-Kontrolle vorgenommene kollisionsrechtliche Prüfung ergibt, dass R Mutter des K und als solche ins Geburtenregister einzutragen ist.¹⁸¹ Die Anknüpfung an den Geburtsort in Art. 17 Abs. 2 Var. 3 VO-E kann folglich in Ausübung rechtsgeschäftsähnlicher Parteiautonomie¹⁸² zum *law shopping* eingesetzt werden.

2. Korrektur des EEZ

Das in Rumänien ausgestellte EEZ gibt eine andere Rechtslage wieder, als die kollisionsrechtliche Prüfung ergeben hat, da der internationale Entscheidungseinklang aufgrund unterschiedlicher Verständnisse von öffentlicher Ordnung in Deutschland und Rumänien nicht gegeben ist. Obwohl die Ausübung des *ordre public*-Vorbehalts in diesem Fall möglicherweise gegen Art. 22 Abs. 2 VO-E, Art. 21 GrCh verstößt, ist für die Änderung des EEZ gemäß Art. 55 Abs. 2 VO-E allein die ausstellende Behörde in Rumänien zuständig, Rechtsbehelfe müssen gemäß Art. 56 Abs. 1 3 VO-E vor rumänischen Gerichten eingelegt werden. Das EEZ bleibt vorerst EU-weit wirksam. Es erleichtert die grenzüberschreitende Registereintragung in diesem Fall wegen unterschiedlicher *ordre public*-Grenzen in den Mitgliedsstaaten nicht.

II. Ukrainische Leihmutterchaft: Künstliches Abstammungsrecht

Die deutschen, heterosexuellen Eheleute M und V wollen mittels der unverheirateten ukrainischen Leihmutter L ein Kind bekommen. Dafür wird in einer ukrainischen Reproduktionsklinik eine Eizelle der M mit einer Samenzelle des V in-vitro fertilisiert und die Blastozyste per Embryonentransfer in die Gebärmutter der L eingebracht. Aufgrund des Kriegs in der Ukraine muss L ihren gewöhnlichen Aufenthalt nach dem Embryonentransfer nach Deutschland verlegen, wo K geboren wird.

Die Primäranknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der Geburtsmutter gemäß Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E verweist auf deutsches Recht, wonach L

¹⁸⁰ Vgl. BGH, NJW 2019, 1608 (1609); Sieghörmer, in: BeckOK-FamFG (Fn. 66), § 108 Rn. 30; Rauscher, in: MüKo-FamFG I (Fn. 69), § 108 Rn. 10; Hoffmeister (Fn. 176), S. 113 ff.

¹⁸¹ Dies verstößt auch nicht gegen den deutschen *ordre public*, da das Verfahren der heterologen Insemination in Deutschland erlaubt ist, der Samenspender bei Anwendung deutschen Rechts gemäß § 1600d Abs. 4 BGB ebenfalls nicht rechtlicher Vater wäre und deutsches Recht über die Sukzessivadoption auch gleichgeschlechtliche Elternschaften kennt, BGH, NJW 2016, 2322 (2327); Coester-Waltjen, Die Mitmutterchaft nach südafrikanischem Recht im deutschen Geburtenregister, IPRax 2016, 132 (136 ff.); Heiderhoff, in: BeckOK-BGB (Fn. 29), Art. 19 EGBGB Rn. 46.

¹⁸² Näher Weller/Benz/Thomale, Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie, ZEuP 2017, 250 (253 ff.).

gemäß § 1591 BGB Mutter des Kindes ist. Da K damit aber nur einem Elternteil zugeordnet wird, ist der Anwendungsbereich der Subsidiäranknüpfungen in Art. 17 Abs. 2 VO-E eröffnet. Art. 17 Abs. 2 Var. 1 VO-E knüpft zur Begründung der Elternschaft des zweiten Elternteils an die Staatsangehörigkeit des ersten Elternteils, also L's ukrainische Staatsangehörigkeit, an. Zur Begründung der zweiten Elternschaft kann folglich ukrainisches Recht angewendet werden. Nach Art. 123 Abs. 2 ukrainisches FamGB gelten heterosexuelle, verheiratete Partner, die beide genetisch mit dem von einer Leihmutter ausgetragenen Kind verwandt sind, als Eltern des Kindes. Nach ukrainischem Recht sind damit M und V, aber nicht L, Eltern des K. Die Subsidiäranknüpfung zur Begründung der Elternschaft von M und V gemeinsam zu nutzen, ist gemäß Art. 17 Abs. 2 VO-E allerdings nicht möglich, weil sonst die nach Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E, § 1591 BGB begründete Elternschaft der L ausgeschaltet werden würde. Dies würde dazu führen, dass die Elternschaft der L nach Art. 17 Abs. 1 Hs. 1 VO-E entfiel, die den Bezug zum ukrainischen Recht in Art. 17 Abs. 2 Var. 1 VO-E erst hergestellt hat. Die Subsidiäranknüpfung kann damit nur zur Begründung der Elternschaft von M oder V genutzt werden.¹⁸³ Dies führt zwar zu einer rechtlichen Zuordnung des K zu zwei Eltern, ist im Ergebnis aber nach wie vor unbefriedigend, weil die Zuordnung des K zu L und M oder zu L und V weder eine nach deutschem noch nach ukrainischem Sachrecht vorgesehene Abstammung darstellt. Die Vermeidung hinkender Abstammungsverhältnisse hat in diesem Fall den Effekt, dass Art. 17 Abs. 2 VO-E ein künstliches Abstammungsrecht schafft.

H. Fazit und Zusammenfassung in Thesen

Der VO-E reagiert auf eine unbefriedigende Rechtslage in der EU im internationalen Abstammungsrecht. Die Untersuchung hat einige

¹⁸³ Vgl. *Válková* (Fn. 10), S. 892. Die Zuordnung zur Wunschkinder würde nicht gegen den deutschen *ordre public* verstoßen. Dies nahm noch an *KG*, IPrax 2014, 72 (74 ff.), aufgehoben durch die Leitentscheidung des *BGH*, NJW 2015, 479 (482 ff.) (zu § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG), dem nicht folgend *OLG Braunschweig*, NZFam 2017, 522 ff., jedoch aufgehoben durch *BGH*, ErbR 2018, 698 ff. Aus der Literatur aus generalpräventiven Erwägungen heraus kritisch und eine Adoptionslösung favorisierend: *Engel*, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 2014, 538 (558); *Thomale*, Mietmutterschaft, 2015, S. 30 ff., 93 ff.; *ders.*, Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft, IPrax 2017, 583 (587 ff.); überwiegend hat sich aber durchgesetzt, dass das generalpräventive Verbot der Leihmutterschaft nicht die vorrangig zu berücksichtigenden Interessen des Kindes an der Zuordnung zu zwei Elternteilen überwiegt, *Helms*, in: MüKo-BGB XII (Fn. 22), Art. 19 EGBGB Rn. 66 f.; *Heiderhoff*, in: BeckOK-BGB (Fn. 29), Art. 19 EGBGB Rn. 45; *Hepting/Dutta* (Fn. 177), Rn. IV-164; *Heiderhoff*, Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen, IPrax 2012, 523 (526); *Duden*, Leihmutterschaft im IPR und IVR, 2015, S. 188 f.

Verbesserungsmöglichkeiten in den Bereichen internationale Zuständigkeit, Kollisionsrecht, Anerkennung und EEZ identifiziert und die Überlagerung der vereinheitlichten Kollisionsnormen mit materiell-familienrechtlichen Interessen aufgezeigt. Insgesamt ist die Absicht der Kommission begrüßenswert, hinkende Abstammungsverhältnisse gerade in postmodernen Familien zu verhindern. Würde der VO-E verbessert und angenommen werden, so wäre die Union in Zukunft bei der Bestimmung des *status filiationis* in Vielfalt geeint.

Thesen:

1. Die alternativen Zuständigkeitsregeln des VO-E sind auf umfassende Rechtszugangsmöglichkeiten des Kindes ausgelegt. Um das Leitkriterium der räumlichen Nähe des Kindes zum Gericht besser zu verwirklichen, sollten sie subsidiär geordnet werden.
2. Der gewöhnliche Aufenthalt minderjähriger Kinder wird grundsätzlich anhand geeigneter Kriterien bestimmt. Die Sprache des Kindes sollte als Kriterium aufgenommen werden.
3. Die primäre Kollisionsregel des Art. 17 Abs. 1 VO-E priorisiert Ordnungsvor Parteiinteressen und fördert Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit bei der rechtlichen Zuordnung Neugeborener. Um auch Parteiinteressen zu wahren, sollte die Abstammung älterer Kinder an deren gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen und als wandelbare Anknüpfung ausgestaltet werden.
4. Die Subsidiäranknüpfungen des Art. 17 Abs. 2 VO-E entfalten eine regulative Tendenz im materiellen Familienrecht zugunsten postmoderner Elternschaftsmodelle und verhindern hinkende Statusverhältnisse. In Einzelfällen hat dies den Effekt, dass eine in keinem Sachrecht vorgesehene Eltern-Kind-Zuordnung entsteht. Die Anknüpfung an den Geburtsort nach Art. 17 Abs. 2 Var. 3 VO-E kann als indirekte Rechtswahlmöglichkeit zum *law shopping* verwendet werden.
5. Die Annahme öffentlicher Urkunden ohne verbindliche Rechtswirkung und die Vermutungswirkungen des EEZ folgen dem Primat des kollisionsrechtlichen Verweisungsprinzips. Dies unterscheidet den VO-E vom Anerkennungsprinzip aus Art. 21 Abs. 1 AEUV.
6. Das EEZ ist auf internationalen Entscheidungseinklang angewiesen, den der VO-E nicht durchgängig herstellen kann. Es erleichtert die grenzüberschreitende Registereintragung nicht, wenn die Mitgliedsstaaten unterschiedliche *ordre public*

Grenzen ziehen oder staatsvertragliche Kollisionsnormen vorrangig beachten müssen.

7. Der VO-E hält sich größtenteils innerhalb der Rechtssetzungskompetenz der EU. Das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 81 Abs. 3 AEUV stellt sicher, dass die nationale Identität der Mitgliedsstaaten aus Art. 4 Abs. 2 EUV geachtet wird.

Carolina Radke*

Die Lokalisierung von Vermögensschäden unter der EuGVVO im Bereich des Kapitalmarktdeliktsrechts

Abstract

Nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO kann der Geschädigte einer unerlaubten Handlung den Schädiger am Handlungs- oder Erfolgsort des schädigenden Ereignisses verklagen. In der Rechtsprechung des *EuGH* zum Kapitalmarktdeliktsrecht fehlt jedoch eine klare Leitlinie zur Lokalisierung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden. Die vom *EuGH* verwendeten Anknüpfungspunkte werden den übergeordneten Kriterien der Sach- und Beweisnähe zum Rechtsstreit sowie der Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands nicht gerecht. Im Interesse der Rechtssicherheit ist daher bei der Lokalisierung reiner Vermögensschäden auf die Anknüpfung an den Erfolgsort i. R. d. Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zu verzichten.

Art. 7 No. 2 Brussels I bis Regulation confers jurisdiction in matters of tort on the courts of the *place where the harmful event* giving rise to the damage occurred and on the courts of the *place where the damage occurred*. However, the case law of the *ECJ* concerning pure financial losses does not provide guidance on the localization of the *place where the damage occurred*. The *ECJ*'s decisive connecting factors do not satisfy the requirements of factual and evidentiary proximity as well as foreseeability of jurisdiction. In order to ensure legal certainty, the only convincing option is to waive the place where the damage occurred as a head of jurisdiction in disputes concerning pure financial losses.

* Die Verfasserin studiert im zehnten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Internationales Privat- und Verfahrensrecht und ist als studentische Hilfskraft am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht tätig. Der Beitrag basiert maßgeblich auf einer Studienarbeit, die von Prof. Dr. Marc-Philippe Weller im Wintersemester 2022/23 gestellt wurde. Er ist zugleich eine Besprechung von *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*; Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*; Urt. v. 12.9.2018, C-304/17, *Löber*; Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *Vereniging van Effectenbezitters*.

A. Vermögensschäden durch fehlerhafte Kapitalmarktinformationen

„Wetten auf den Untergang“¹, „Nicht endende Katastrophe“² und „Millionen Liter Gift“³: Die Explosion auf der Ölbohrinsel *Deepwater Horizon* des britischen Unternehmens *British Petroleum* („BP“) im Golf von Mexiko im Jahr 2010 gilt als eine der verheerendsten Umweltkatastrophen der Geschichte. BP wurde in diesem Zusammenhang vorgeworfen, falsche, unvollständige bzw. irreführende Informationen über das Ausmaß des Schadens sowie seine Rolle und Verantwortung veröffentlicht zu haben.⁴ Der Aktienkurs des Unternehmens befand sich infolge der Ölkatastrophe im freien Fall.⁵

Unter solchen Umständen ist für die geschädigten Anleger an Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter bzw. unterlassener Kapitalmarktinformationen (Verletzung der Ad-hoc-Publizitätspflicht) zu denken.⁶ Solche Ansprüche sind richtigerweise – unabhängig vom Sachrecht, dem sie unterfallen – als deliktisch zu qualifizieren.⁷ Sie eröffnen damit den besonderen Gerichtsstand der unerlaubten Handlung des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO⁸, wenn der Schädiger, also der Emittent der Aktien, im europäischen Ausland sitzt. So stellen sich für die Geschädigten unter anderem folgende Fragen: Wo können sie ihre Ansprüche geltend machen? Können sie an ihrem Wohnsitz klagen? Oder müssen sie am Sitz des Emittenten im Ausland klagen?

¹ *Heinzelmann*, Wetten auf den Untergang, *Süddeutsche Zeitung* v. 21.6.2010, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bp-aktien-absturz-nach-oelkatastrophe-wetten-auf-den-untergang-1.956669> (zuletzt abgerufen am 4.6.2023).

² *Pindur*, Nicht endende Katastrophe – Fünf Jahre nach Deepwater-Horizon-Explosion, *Deutschlandfunk Kultur* v. 20.4.2015, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunkkultur.de/fuenf-jahre-nach-deepwater-horizon-explosion-nicht-endende-100.html> (zuletzt abgerufen am 4.6.2023).

³ *Kalvelage*, Ölkatastrophe – Millionen Liter Gift, *Süddeutsche Zeitung* v. 20.7.2020, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/wissen/oelkatastrophe-deepwater-horizon-umweltverschmutzung-1.4969423?reduced=true> (zuletzt abgerufen am 4.6.2023).

⁴ *Lehmann*, Lokalisierung von Vermögensschäden und Verbandsklage im Fall unrichtiger Anlegerinformation: Das Urteil des *EuGH* in der Rs. VEB ./ BP, *IPRax* 2022, 147 (147).

⁵ Nach wenigen Wochen hatte das Unternehmen etwa 44 % seines Börsenwertes verloren. Vgl. *Heinzelmann* (Fn. 1).

⁶ Im deutschen Recht richtet sich die Ad-hoc-Publizitätshaftung nach §§ 97, 98 WpHG.

⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2018, C-304/17, *Lieber*, Rn. 20; *Nagel/Gottwald*, *IZPR*, 8. Aufl. 2020, § 3 Rn. 3.94; *Thole*, in: *Wieczorek/Schütze* XIII, 4. Aufl. 2019, Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, Rn. 102.

⁸ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

Art. 7 Nr. 2 EuGVVO sieht vor, dass der Geschädigte einer unerlaubten Handlung „vor dem Gericht des Ortes, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“, Klage erheben kann. Wie lokalisiert man aber den Erfolgsort eines reinen Vermögensschadens, der in einem bloßen finanziellen Nachteil des Anlegers besteht und sich nicht physisch manifestiert? *Reine* Vermögensschäden sind dabei solche unmittelbaren Vermögensschäden, die nicht erst Folgeschäden anderer Schäden sind.⁹ Für solche Schäden kommen im Kapitalmarktdeliktsrecht regelmäßig mehrere Orte für die Beurteilung des Schadenseintrittsortes in Betracht, wenn etwa – überspitzt dargestellt – ein niederländischer Anleger über eine belgische Bank die in Deutschland notierte Aktie eines französischen Emittenten erwirbt, und wenn darüber hinaus die Fehlinformation, meist auch in englischer Sprache, über das Internet weit verbreitet wird. Dies stellt die geschädigten Anleger vor erhebliche Schwierigkeiten bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche.

Dass sich reine Vermögensschäden nur am Handlungsort des schädigenden Ereignisses und so zugleich am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten lokalisieren lassen und auf eine Lokalisierung ihres Erfolgsortes zu verzichten ist, zeigt die nachfolgende Arbeit auf. Dazu skizziert sie zunächst überblicksartig das System der Zuständigkeiten unter der EuGVVO (**B.**) und lokalisiert den Handlungsort reiner Vermögensschäden (**C.**). Der Fokus der Arbeit liegt dann auf dem Versuch der Bestimmung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden (**D.**) mittels Auswertung der einschlägigen *EuGH*-Rechtsprechung (**E.**) und Literatur (**F.**). Eine Bewertung dieses Ergebnisses wird zeigen, dass auf eine Bestimmung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden zu verzichten ist (**G.**). Zuletzt diskutiert die Arbeit ausgewählte Überlegungen *de lege ferenda* (**H.**).

B. Systematik der Zuständigkeiten unter der EuGVVO

Wie eingangs bereits erwähnt, ist die Zuständigkeitsregel des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO entscheidend für die Lokalisierung des Schadensortes reiner Vermögensschäden. Im Folgenden wird zunächst kurz die Systematik der Zuständigkeiten überblicksartig dargestellt, insbesondere der allgemeine Gerichtsstand am Sitz des Beklagten (**I.**) und der besondere deliktische Gerichtsstand am Handlungs- und Erfolgsort des schädigenden Ereignisses (**II.**).

⁹ *Thomale*, Herstellerhaftungsklagen – Internationaler Deliktsgerichtsstand und anwendbares Recht bei reinen Vermögensschäden wegen versteckter Produktmängel, *ZVglRWiss* 119 (2020), 59 (64). Unter Art. 7 Nr. 2 EuGVVO sind ohnehin nur unmittelbare (Vermögens-)Schäden zuständigkeitsbegründend, vgl. *EuGH* Urt. v. 19.9.1995, C-364/93, *Marinari* ./ *Lloyds Bank plc. u.a.*, Rn. 14.

I. Allgemeiner Gerichtsstand am Sitz des Beklagten

Grundsätzlich hat der Kläger in dem Mitgliedstaat Klage zu erheben, in dem der Beklagte seinen (Wohn-)Sitz hat, Art. 4 Abs. 1 EuGVVO.¹⁰ Dieser Grundsatz (*actor sequitur forum rei*) beruht auf dem prozessrechtlichen Gedanken der Waffengleichheit.¹¹ Kann der Kläger schon „das ‚Ob‘ des Verfahrens“¹² determinieren, muss der Beklagte vorhersehen können, *wo* er verklagt wird.¹³ Im internationalen Zivilverfahrensrecht resultiert die Schutzwürdigkeit des Beklagten aus dem Umstand, dass eine Verteidigung im Ausland wohl zulasten des Beklagten geht.¹⁴ Dies lässt sich auf eine mögliche Anwendung fremden Rechts, eine fremde Sprache und nicht zuletzt die Distanz zum Heimatgerichtsort zurückführen.¹⁵ Insofern ist der allgemeine Gerichtsstand am Sitz des Beklagten Ausdruck eines *favor defensoris*, sodass alternative Gerichtsstände hierzu restriktiv auszulegen sind.¹⁶

II. Besonderer deliktischer Gerichtsstand, Art. 7 Nr. 2 EuGVVO

Artikel 7 Nr. 2 EuGVVO eröffnet dem Geschädigten einer unerlaubten Handlung die Möglichkeit, den Schädiger vor dem Gericht des Ortes zu verklagen, „*an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist*“. Neben der internationalen Zuständigkeit eines Mitgliedstaats regelt Art. 7 Nr. 2 EuGVVO somit zugleich auch die örtliche Zuständigkeit.¹⁷ Da der Deliktgerichtsstand der unerlaubten Handlung die Zuständigkeit der Gerichte am Ort des schädigenden Ereignisses begründet, bildet er die Ausnahme zum Grundsatz des allgemeinen Gerichtsstands am Sitz des Beklagten.¹⁸ Die Bestimmung des Schadensortes

¹⁰ *EuGH*, Urt. v. 16.7.2009, C-189/08, *Zuid Chemie ./. Philippo's Mineralenfabriek*, Rn. 20 f.; *Leible*, in: Rauscher I, 5. Aufl. 2021, Art. 4 EuGVVO Rn. 1; *Vlas*, in: *ECPII* I, 2. Aufl. 2023, Art. 4 EuGVVO Rn. 3.

¹¹ *Mankowski*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 4 EuGVVO Rn. 2; *Schröder*, Internationale Zuständigkeit, 1971, S. 229 ff.

¹² *Pfeiffer*, Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit, 1995, S. 169.

¹³ *Ebd.*; vgl. auch *Mankowski*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 4 EuGVVO Rn. 2.

¹⁴ *Jenard*, Bericht zu dem Übereinkommen vom 27.9.1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (OJC, C/59, 5.3.1979), S. 18.

¹⁵ *Buchner*, Kläger- und Beklagenschutz im Recht der internationalen Zuständigkeit, 1998, S. 16 ff.

¹⁶ *Buchner* (Fn. 15), S. 17; *Geimer*, IZPR, 7. Aufl. 2015, Rn. 1127; vgl. auch *EuGH*, Urt. v. 11.1.1990, C-220/88, *Dumex France SA u.a. ./. Helaba*, Rn. 19.

¹⁷ *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 Rn. 3.

¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 11.1.1990, C-220/88, *Dumex France SA u.a. ./. Helaba*, Rn. 19 f.; *Oberhammer*, Deliktgerichtsstand am Erfolgsort reiner Vermögensschäden, JBl 2018, 750 (751); v. *Hein*, Anmerkung zu *EuGH*, 28.1.2015, Rs. C-375/13, *Kolassa Bank plc.*, JZ 2015, 946 (948).

richtet sich dabei nach dem Telos des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO (1.) und kann sowohl zum Handlungs- als auch zum Erfolgsort des schädigenden Ereignisses führen (2.).

1. Telos: Sach- und Beweismnähe am Ort des Schadenseintritts

Hinter dem besonderen deliktischen Gerichtsstand steht die Überlegung, dass ein alternativer Gerichtsstand zum Beklagtengerichtsstand geboten sein kann, wenn ein Gericht eine besondere Sach- und Beweismnähe zum Rechtsstreit aufweist und dies das Verfahren vereinfacht.¹⁹ Dies lässt sich dem Erwägungsgrund 16 der EuGVVO entnehmen: Ein alternativer Gerichtsstand zum Beklagtenwohnsitz könne aufgrund einer „enge[n] Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit“ geboten sein. Bei grenzüberschreitenden Sachverhalten erweist sich die Beweisaufnahme im Ausland nämlich oft als schwierig, sodass Gerichte mit einer besonderen räumlichen Nähe zu den Tatsachen des Sachverhalts besonders gut dazu geeignet sind, eine Beweisaufnahme durchzuführen.²⁰ Im Hinblick auf die Prozesseffizienz ist es daher angemessen, das Gericht mit einer besonderen räumlichen Nähe zu den typischerweise relevanten Tatsachen für zuständig zu erklären.²¹

Die Bestimmung der Zuständigkeit richtet sich dabei stets auch nach deren Vorhersehbarkeit.²² Erwägungsgrund 15 der EuGVVO setzt sogar voraus, dass die Zuständigkeiten „in hohem Maße“ vorhersehbar sein müssen. Weder Kläger noch Beklagter können den Schadensort im Nachhinein verändern oder gar manipulieren.²³ Dies vermeidet nicht nur *forum shopping*, sondern gewährleistet sowohl für den Schädiger als auch für den Geschädigten eine rechtssichere und vorhersehbare Bestimmung des Gerichtsstands.²⁴ Denn genau wie der Schädiger ein Interesse daran hat zu wissen, wo er verklagt werden kann, hat der Geschädigte ein Interesse daran zu wissen, wo er im Schadensfall seine

¹⁹ EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-189/08, *Zuid Chemie ./ Philippo's Mineralenfabriek*, Rn. 23 f.; *Junker*, IZPR, 5. Aufl. 2020, S. 105 f.; *Kiethe*, Internationale Tatortzuständigkeit bei unerlaubter Handlung – die Problematik des Vermögensschadens, NJW 1994, 222 (224); *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

²⁰ EuGH, Urt. v. 1.10.2002, C-167/00, *Henkel*, Rn. 46; *Compes*, Die Emittentenhaftung in der Brüssel Ia-VO, 2021, S. 98; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

²¹ *Compes* (Fn. 20), S. 98; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

²² EuGH, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 20; *Junker* (Fn. 19), S. 105 f.

²³ *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

²⁴ *Geimer*, in: Geimer/Schütze, EuZivilVerfR, 4. Aufl. 2020, Art. 7 EuGVVO Rn. 12; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

Ansprüche geltend machen kann.²⁵ Das Kriterium der Vorhersehbarkeit gewährt so Rechtssicherheit für beide Parteien bei der Bestimmung der Zuständigkeit.²⁶

Der Zweck der Sach- und Beweisnähe und der Maßstab der Vorhersehbarkeit verdeutlichen, dass Art. 7 Nr. 2 EuGVVO nicht das Ziel verfolgt, ein *forum actoris* zu begründen.²⁷ Ein pauschaler Klägergerichtsstand widerspräche dem Grundsatz des allgemeinen Gerichtsstands des Beklagten.²⁸ Zuständigkeitsrechtlich soll der mutmaßlich Geschädigte einer unerlaubten Handlung nicht schon aufgrund der Schädigung privilegiert werden.²⁹ Ein allgemeiner „Schutzgerichtsstand“ zugunsten des Geschädigten entspricht daher nicht dem Zweck der Norm.³⁰

Die Systematik der EuGVVO erfordert folglich bei der Auslegung des besonderen Deliktsgerichtsstands des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO – und so auch bei der Lokalisierung des Schadensortes reiner Vermögensschäden – eine Orientierung an den folgenden zwei Prinzipien:

(1) *Sach- und Beweisnähe des Gerichts zum Streitgegenstand; sowie*

(2) *Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands.*³¹

2. Ubiquitätsprinzip: Handlungs- und Erfolgsort

Artikel 7 Nr. 2 EuGVVO ist ferner so auszulegen, dass der Schadenseintrittsort sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort liegen kann.³² Nicht selten sitzen und agieren Schädiger und Geschädigter in verschiedenen Mitgliedstaaten, sodass auch die relevanten Tatbestandsmerkmale in verschiedenen Mitgliedstaaten erfüllt werden.³³ So können der Ort der schädigenden Handlung und der Ort des Eintritts des deliktischen Erfolgs in verschiedenen

²⁵ Geimer, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 12.

²⁶ Geimer, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 12; Leible, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

²⁷ Leible, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103; vgl. *EuGH*, Urt. v. 25.10.2012, C-133/11, *Folien Fischer AG ./.* *Ritrama*, Rn. 46.

²⁸ Geimer, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 7 ff.

²⁹ Leible, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103

³⁰ Leible, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103; vgl. auch Kindler, *Der europäische Deliktsgerichtsstand und die gewerblichen Schutzrechte – Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO im Lichter der aktuellen Rechtsprechung*, GRUR 2018, 1107 (1108).

³¹ Auf diese Kriterien stellen im Ergebnis auch ab *Compes* (Fn. 20), S. 97 ff.; *Kontogeorgou*, *Das IPR der Kapitalmarktdelikte*, 2018, S. 120 ff.

³² *Junker* (Fn. 19), S. 110; *Schröder* (Fn. 11), S. 264; *Geimer*, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 258, 269.

³³ Vgl. *Compes* (Fn. 20), S. 99; *Junker* (Fn. 19), S. 110.

Mitgliedstaaten liegen. Bei diesen sogenannten Distanzdelikten³⁴ hilft der Wortlaut des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO mit der Wendung „Ort [...], an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist“ alleine nicht weiter.

In der Rs. *Mines de Potasse d'Alsace* konkretisierte der *EuGH* diesen Ort (noch zu Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ³⁵) dahingehend, dass er neben dem Ort des schadensursächlichen Geschehens (Handlungsort) auch den Ort des Schadenseintritts (Erfolgort) erfasse (sog. Ubiquitätsprinzip).³⁶ Die erforderliche Sach- und Beweisnähe könne sowohl am Ort des Schadenseintritts als auch am Ort des ursächlichen Geschehens gegeben sein; für Distanzdelikte könne sich nicht von vornherein auf einen Ort festgelegt werden.³⁷

C. Handlungsort reiner Vermögensschäden

Handlungsort im Rahmen des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO meint den Ort des „ursächlichen Geschehens“ und ist bei Distanzdelikten der Ort, von dem aus das Geschehen „seinen Ausgang nahm“.³⁸

Für die kapitalmarktrechtlichen Haftungsfälle bedeutet dies Folgendes: Für die Haftung aus Publizitätspflichtverletzung bzw. die Prospekthaftung kommt nicht jeder Ort, an dem die Information verbreitet wurde, auch als Handlungsort in Betracht.³⁹ Dies stünde im Widerspruch zu einer rechtssicheren und vorhersehbaren Bestimmung des Handlungsortes. Es kommt auf den Ort an, an dem die wesentlichen Entscheidungen für das deliktische Verhalten getroffen wurden bzw. im Fall des Unterlassens hätten getroffen werden müssen.⁴⁰ Dieser Ort ist bei Unternehmen üblicherweise der Verwaltungssitz als „Mitteilungsentscheidungsort“ bzw. „Prospektentscheidungsort“, also dort, wo die Entscheidungen auch tatsächlich getroffen werden.⁴¹ Hier werden sich die

³⁴ Zur Definition siehe *Junker* (Fn. 19), S. 109; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 119.

³⁵ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Das EuGVÜ ist zum 1.3.2002 durch die EuGVVO ersetzt worden.

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 30.11.1976, C-21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, Rn. 24/25.

³⁷ *EuGH*, Urt. v. 30.11.1976, C-21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, Rn. 15/19.

³⁸ *Thomale*, Gerichtsstand und Rechtswahl im Kapitalmarktdeliktensrecht, *RabelsZ* 84 (2020), 841 (846).

³⁹ *Thomale*, Internationale Kapitalmarktdeliktshaftung, *ZGR* 2020, 332 (338).

⁴⁰ *Dörner*, in: Saenger, 9. Aufl. 2021, Art. 7 EuGVVO Rn. 32.1; *Paulus*, in: Geimer/Schütze, Internationaler Zivilverkehr in Zivil- und Handelssachen I, 66. EL Januar 2023, Art. 7 EuGVVO Rn. 191; *Thomale* (Fn. 39), S. 338.

⁴¹ *Paulus*, in: Geimer/Schütze I (Fn. 40), Art. 7 EuGVVO Rn. 191; *Thomale* (Fn. 39), S. 338.

relevanten Dokumente und Zeugen für den Beweis der Fehlerhaftigkeit einer Kapitalmarktinformation finden lassen. Daher ist der Verwaltungssitz der Unternehmen typischerweise auch der Handlungsort.⁴² Der Handlungsort wird regelmäßig mit dem allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten zusammenfallen.⁴³

D. Schwierigkeiten bei der Lokalisierung des Erfolgsortes

Da sich reine Vermögensschäden nicht physisch manifestieren, bereitet die Lokalisierung ihres Erfolgsortes erhebliche Schwierigkeiten – sie gilt daher auch als ein „Evergreen“ des internationalen Zuständigkeitsrechts.⁴⁴ Dies lässt sich mit der Entstehungsgeschichte der EuGVVO erklären: Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien zu den Vorläufern der EuGVVO sprach insbesondere die Häufigkeit von Verkehrsunfällen für die Schaffung eines besonderen Deliktsgerichtsstands.⁴⁵ Mithin hatte man bei der Bestimmung des Erfolgsortes des schädigenden Ereignisses als zuständigkeitsbegründende Anknüpfungspunkte vor allem Rechtsgüter wie Leib oder Eigentum vor Augen.⁴⁶ Der Wortlaut des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO ist nicht auf reine Vermögensschäden ausgerichtet. Dementsprechend muss eine Lokalisierung vom Sinn und Zweck des besonderen Deliktsgerichtsstands ausgehen und sich nach der Sach- und Beweisnähe einerseits und der Vorhersehbarkeit andererseits richten.⁴⁷

In der Literatur hat sich eine Reihe verschiedener Auslegungsansätze entwickelt, um den Erfolgsort reiner Vermögensschäden systemgerecht zu lokalisieren. Sieht man den Schaden schon in einer Beeinträchtigung der Willens- bzw. Handlungsfreiheit des Anlegers, kommen der Ort der Vermögensverfügung⁴⁸ des Anlegers oder der Ort, an dem die Anlageentscheidung getroffen wurde,⁴⁹ in Betracht. Stellt man auf den Schaden am Vermögen selbst ab, ist zunächst an den

⁴² *Thomale* (Fn. 39), S. 338.

⁴³ *Thomale* (Fn. 38), S. 846; *Gottwald*, in: MüKo-ZPO III, 6. Aufl. 2022, Art. 7 EuGVVO Rn. 57.

⁴⁴ So auch u.a. *Voß*, Das forum delicti commissi bei reinen Vermögensschäden – ein internationalzivilprozessuales Cum-Ex-Nachspiel, IPRax 2022, 461 (461).

⁴⁵ *Jenard* (Fn. 14), S. 26.

⁴⁶ *Fontana*, Finanzmarktdelikte im internationalen Verfahrensrecht – ist der Handlungsort der bessere Erfolgsort?, RIW 2021, 285 (286).

⁴⁷ *Oberhammer* (Fn. 18), S. 751; *Stadler*, Vertraglicher und deliktischer Gerichtsstand im europäischen Zivilprozessrecht, in: FS Musielak, 2004, S. 569 (576).

⁴⁸ *Huber/Geimer-Thieme*, Der Deliktsgerichtsstand im europäischen Zuständigkeitsrecht bei sogenannten „unmittelbaren Vermögensschäden“, IPRax 2018, 155 (157).

⁴⁹ *v. Heim*, Deliktischer Kapitalanlegerschutz im europäischen Zuständigkeitsrecht, IPRax 2005, 17 (21); *ders.* (Fn. 18), S. 949; wohl auch *Magnus*, Deliktgerichtstand am Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden, LMK 2016, 381538.

Ort des Hauptvermögens des Anlegers als „Vermögenszentrale“⁵⁰ zu denken,⁵¹ welcher regelmäßig mit dessen Wohnsitz zusammenfallen dürfte.⁵² Alternativ ist aber auch der Ort des konkret betroffenen Vermögensbestandteils – und so in der Regel das Konto des Anlegers – eine Option.⁵³ Letztlich kann der Schaden auch in einer Beeinflussung des Marktpreises selbst gesehen werden, sodass auch der Markttort einen möglichen Anknüpfungspunkt darstellt.⁵⁴ Es wird schließlich erwogen, für reine Vermögensschäden vollständig auf einen Erfolgsort zu verzichten.⁵⁵

In dieser Gemengelage in der Literatur stellt die Rechtsprechung des *EuGH* den maßgeblichen rechtlichen Rahmen dar.

E. Konkretisierung des Erfolgsortes durch den *EuGH*

Die Rechtsprechung des *EuGH* zur Lokalisierung reiner Vermögensschäden ist geprägt von vier kapitalmarktrechtlichen Entscheidungen. Diese werden im Folgenden in chronologischer Reihenfolge skizziert und analysiert (**I.-IV.**). Diese

⁵⁰ Begriff so bei *Oberhammer* (Fn. 18), S. 754; *Thiede/Lorscheider*, Die internationale Zuständigkeit für Ansprüche von Anlegern aus Prospekthaftung – Zugleich Besprechung von *EuGH*, Urte. v. 12.9.2018 – Löber/Barclays (C-304/17), *EuZW* 2019, 274 (274).

⁵¹ *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 126; *Thole*, Deliktssklagen gegen ausländische Broker und Finanzdienstleister vor deutschen Gerichten, *ZBB* 2011, 399 (403); *Weller*, Zur Handlungsortsbestimmung im internationalen Kapitalanlegerprozess bei arbeitsteiliger Deliktsverwirklichung, *IPRax* 2000, 202 (203, Fn. 4).

⁵² *Compes* (Fn. 20), S. 168; vgl. *Thomale* (Fn. 9), S. 69.

⁵³ *Compes* (Fn. 20), S. 164, 168; *Geimer*, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 310; *Mankowski*, in: *ECPII* I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 330; *Paulus*, in: Geimer/Schütze I (Fn. 40), Art. 7 EuGVVO Rn. 203.

⁵⁴ *Bachmann*, Die internationale Zuständigkeit für Klagen wegen fehlerhafter Kapitalmarktinformationen, *IPRax* 2007, 77 (79); *Lebmann/Eichmüller*, Internationale Zuständigkeit bei kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten, *BKR* 2023, 1 (9 ff.); *Rieländer*, Financial torts and EU private international law: will the search for the place of “financial damage” ever come to an end?, 18 *J. Priv. Int’l L.* (2022), 28 (54); *Thomale* (Fn. 39), S. 340 ff.; v. *Hein* (Fn. 18), S. 948 f. Wohl auch *Freitag*, Internationale Prospekthaftung revisited - Zur Auslegung des europäischen Kollisionsrechts vor dem Hintergrund der „Kolassa“-Entscheidung des *EuGH*, *WM* 2015, 1165 (1168), indem er auf den „Transaktionsort“ abstellt.

⁵⁵ *Oberhammer* (Fn. 18), S. 751 f.; *Schack*, *IZVR*, 8. Aufl. 2021, Rn. 345; *Schwarz*, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach deutschem und europäischem Zivilprozessrecht, 1991, S. 157 ff.; *Stadler*, Der deliktische Erfolgsort als internationaler Gerichtsstand bei reinen Vermögensdelikten, in: *FS Geimer*, 2017, S. 715 (725 f.); *Wendelstein*, Der Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia-VO bei „reinen“ Vermögensschäden, *GPR* 2018, 272 (277).

Darstellung wird zeigen, dass der *EuGH* keine klare Leitlinie für die rechtssichere Lokalisierung reiner Vermögensschäden gefunden hat (V.).

I. „Vermögenszentrale“ als Anknüpfungspunkt? Das Urteil des *EuGH* vom 10.6.2004 (Rs. C-168/02, *Kronhofer*)

Den Maßstab für die Lokalisierung reiner Vermögensschäden setzte der *EuGH* in seiner Entscheidung in der Rs. *Kronhofer*⁵⁶. Seitdem steht fest, dass auch dem Geschädigten eines reinen Vermögensschadens neben dem Handlungsort der Erfolgsort zuständigkeitsbegründend zur Verfügung stehen soll.⁵⁷ Ferner geht aus der Entscheidung hervor, dass der Erfolgsort reiner Vermögensschäden in den kapitalmarktrechtlichen Haftungsfällen nicht pauschal am Wohnsitz des Anlegers zu verorten ist und Vermögensschäden so nicht grundsätzlich ein *forum actoris* begründen.⁵⁸

Der in Österreich wohnhafte Kläger überwies einen Geldbetrag auf ein Anlegerkonto bei einer in Deutschland niedergelassenen Vermögensverwaltung. Dieser Geldbetrag wurde von der Vermögensverwaltung an der Londoner Börse investiert, was zu einem Teilverlust des Geldbetrags führte. Der Kläger machte daraufhin gegenüber den ebenfalls in Deutschland ansässigen Anlageberatern bzw. Geschäftsführern der insolventen Vermögensverwaltung Schadensersatz am Gerichtsstand seines Heimatortes in Österreich geltend. Er trug vor, dass man ihn nicht hinreichend über die Risiken solcher Geschäfte aufgeklärt habe.

Der *EuGH* lehnte eine Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Geschädigten im Sinne einer „Vermögenszentrale“ ab, sofern der Schaden tatsächlich an einem Vermögensteil, der in einem anderen Mitgliedstaat liegt, eingetreten sei.⁵⁹ Die Gerichte hätten dort, wo weder das ursächliche Geschehen noch der Schaden eingetreten sei, keine besondere Sach- und Beweisnähe und seien insofern nicht zur Beweiserhebung und Prozessgestaltung geeignet.⁶⁰ Da die „Vermögenszentrale“ für den Beklagten nicht vorhersehbar sei, stünde dies im Widerspruch zu einer rechtssicheren Bestimmung der Zuständigkeit.⁶¹

Aus der Begründung des *EuGH* lässt sich zwar ableiten, dass auch in den kapitalmarktrechtlichen Haftungsfällen reine Vermögensschäden nicht pauschal

⁵⁶ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*.

⁵⁷ v. *Hein* (Fn. 49), S. 21.

⁵⁸ Statt aller *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 125.

⁵⁹ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 20 f.

⁶⁰ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 18.

⁶¹ *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 20.

einen Klägergerichtsstand begründen.⁶² Der *EuGH* stellt aber nur negativ fest, dass die „Vermögenszentrale“ alleine für die Zuständigkeitsbegründung nicht ausreicht. Denn die Vermögenszentrale laufe dem Ziel der Vorhersehbarkeit zuwider.⁶³ Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass der Erfolgsort dennoch an der Vermögenszentrale liegen kann, sofern der Schaden dort tatsächlich an einem konkret betroffenen Vermögensbestandteil eintritt.⁶⁴ Ein Ansatzpunkt für die Lokalisierung dieses Vermögensbestandteils ergibt sich aus der Begründung aber nicht. Dass der *EuGH* keine klare Leitlinie für die Lokalisierung des konkret betroffenen Vermögensbestandteils vorgibt, ist unter dem Aspekt der vorherrschenden Rechtsunsicherheit bei der Lokalisierung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden zu kritisieren.⁶⁵ Im Schrifttum wurde die Entscheidung so gedeutet, dass der konkret betroffene Vermögensbestandteil regelmäßig das Konto des Anlegers ist.⁶⁶

II. Ein Konto als Anknüpfungspunkt – Das Urteil des *EuGH* vom 28.1.2015 (Rs. C-375/13, *Kolassa*)

In der Rs. *Kolassa*⁶⁷ bestätigte der *EuGH* die Deutung, dass ein Konto der Anknüpfungspunkt für die Lokalisierung eines Vermögensschadens sein kann. Der in Wien ansässige Kläger investierte über eine österreichische Bank am außerbörslichen Sekundärmarkt in Schuldverschreibungen, die vom beklagten Emittenten mit Sitz in Großbritannien ausgegeben wurden. Der für die Schuldverschreibungen veröffentlichte Prospekt wurde in Österreich notifiziert und verbreitet. Der Kläger machte die Prospekthaftungsansprüche gegen den Beklagten an seinem Wohnsitz in Wien geltend.

Der *EuGH* bejahte einen Erfolgsort am Wohnsitz des Klägers. Zunächst verwies er auf seine Entscheidung in der Rs. *Kronhofer*, nach der der Wohnsitz nicht alleine der Erfolgsort sein könne, sofern der Schaden tatsächlich an einem anderen Vermögensbestandteil in einem anderen Mitgliedstaat eingetreten sei.⁶⁸ Dies

⁶² Statt aller *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 125.

⁶³ Siehe Fn. 61.

⁶⁴ v. *Hein* (Fn. 49), S 21. Diese Schlussfolgerung bestätigt der *EuGH* selbst in *EuGH*, Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 50.

⁶⁵ v. *Hein* (Fn. 49), S 21.

⁶⁶ *Lehmann*, Vorschlag für eine Reform der Rom II-Verordnung im Bereich der Finanzmarktdelikte, IPRax 2012, 399 (400); *Müller*, EuGVVO: Gerichtsstand für Schadensersatzklage eines Verbrauchers wegen Wertverlust einer Finanzinvestition, EuZW 2015, 218 (224); *Steinrötter*, Der notorische Problemfall der grenzüberschreitenden Prospekthaftung, RIW 2015, 407 (411).

⁶⁷ Vgl. *EuGH* Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*.

⁶⁸ *EuGH* Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 48.

schließe nicht aus, dass der Schaden tatsächlich am Wohnsitz des Klägers eintrete.⁶⁹ Den Erfolgsort lokalisierte der *EuGH* dann auf dem Konto des Klägers, auf dem der Schaden tatsächlich eingetreten sei.⁷⁰ So sei es für Anleger leicht zu wissen, welches Gericht zuständig sei.⁷¹ Zuletzt sei der Erfolgsort auch für den Emittenten vorhersehbar, da er in diesem Mitgliedstaat einen Prospekt notifizieren ließ.⁷²

Es ist zwar zu begrüßen, dass der *EuGH* – nachdem er dies in *Kronhofer* offengelassen hatte – bestätigt, dass das konkret betroffene Konto als Erfolgsort in Betracht kommt und dies auch eine Zuständigkeit am Wohnsitz des Klägers nicht ausschließt.⁷³ Wie das Konto, auf dem sich der Schaden zeigt, und etwa die kontoführende Bank zu lokalisieren sind, geht aus der Entscheidung aber nicht hervor. Zudem bleibt offen, wie einerseits mit Sachverhalten umzugehen ist, in denen Wohnsitz und Belegenheitsort des Kontos auseinanderfallen, und ob andererseits die Veröffentlichung des Prospekts ein die Erfolgsortzuständigkeit begründendes Kriterium ist.⁷⁴ Der *EuGH* schafft es somit nicht, im Hinblick auf die gebotene Rechtssicherheit, eindeutig festzulegen, welche Kriterien für die Lokalisierung des Erfolgsortes relevant sind, in welchem Verhältnis diese zueinander stehen, und ob das Konto zumindest das entscheidende Kriterium darstellt.⁷⁵

III. Lokalisierung durch eine Gesamtbetrachtung? Das Urteil des *EuGH* vom 12.9.2018 (Rs. C-304/17, *Löber*)

Dass ein Konto allein für die Begründung der Zuständigkeit nicht ausreicht, entschied der *EuGH* in der Rs. *Löber*⁷⁶: Die in Wien wohnhafte Klägerin machte Prospekthaftungsansprüche vor dem Handelsgericht Wien geltend. Sie hatte über Konten bei zwei österreichischen Banken mit Sitz in Graz und Salzburg Inhaberschuldverschreibungen erworben, die von der deutschen Zweigniederlassung einer britischen Bank ausgegeben wurden. Der in Deutschland veröffentlichte Prospekt wurde auch in Österreich notifiziert.

⁶⁹ *EuGH* Ur. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 50.

⁷⁰ *EuGH* Ur. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 55, 57.

⁷¹ *EuGH* Ur. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 56.

⁷² *EuGH* Ur. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 56.

⁷³ *Müller* (Fn. 65), S. 226; *Paulus*, in: Geimer/Schütze I (Fn. 40), Art. 7 EuGVVO Rn. 203.

⁷⁴ *Compes* (Fn. 20), S. 144.

⁷⁵ *Mankowski*, in: ECPIL I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 339a.

⁷⁶ Vgl. *EuGH*, Ur. v. 12.9.2018, C-304/17, *Löber*.

Der *EuGH* wies den österreichischen Gerichten die internationale Zuständigkeit unter Berücksichtigung aller spezifischen Gegebenheiten des Einzelfalles zu: Die Klägerin habe ihre Anlageentscheidung in Österreich getroffen, die Zahlungen seien von österreichischen Konten abgeflossen, der Prospekt sei in Österreich notifiziert gewesen und die Zertifikate seien am österreichischen Sekundärmarkt erworben worden.⁷⁷ Aufgrund der Notifizierung des Prospekts in Österreich sei ein Gerichtsstand in Österreich für den Emittenten vorhersehbar.⁷⁸ Der *EuGH* betonte, dass weder der Mittelpunkt der Vermögensinteressen noch die Belegenheit des Kontos am Wohnsitz des Geschädigten allein zu einem Erfolgsort am Wohnsitz des Geschädigten führen können.⁷⁹

Bedauerlich ist, dass aus der einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung und mithin der Berücksichtigung aller spezifischen Gegebenheiten des Einzelfalles nicht hervorgeht, auf welches Kriterium für die Lokalisierung eines Vermögensschadens *entscheidend* abzustellen ist.⁸⁰ Das Verhältnis der Kriterien zueinander bleibt somit unklar. Dies steht im Widerspruch zum Ziel der EuGVVO, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit bei der Zuständigkeitsbestimmung zu gewährleisten.⁸¹ Zudem ist auch das Verhältnis zur vorherigen Rechtsprechung unklar: Hatte sich in der Rs. *Kolassa* der „*bank account approach*“ als Leitkriterium herauskristallisiert, schien das Bankkonto nun doch nicht der Schwerpunkt der Erfolgsortbestimmung zu sein.⁸²

IV. Marktort + x = Erfolgsort? Das Urteil des *EuGH* vom 12.5.2021 (Rs. C-709/19, *Vereniging van Effectenbezitters*)⁸³

Jüngst entschied der *EuGH* in der Rs. *VEB*⁸⁴, dass neben dem Wohnsitz und dem Bankkonto des Klägers auch Offenlegungspflichten für die Börsennotierung ein Kriterium bei der Erfolgsortlokalisierung sind.⁸⁵

⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2018, C-304/17, *Löber*, Rn. 31 ff.

⁷⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2018, C-304/17, *Löber*, Rn. 35.

⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.9.2018, C-304/17, *Löber*, Rn. 23 f., 30.

⁸⁰ *Lutz*, Ein wenig Wind um nichts: Das Bankkonto als Schadensort?, IPRax 2019, 290 (292); *Mankowski*, Zuständigkeit für Produkthaftungsklagen, LMK 2019, 413748.

⁸¹ *Lutz* (Fn. 80), S. 292; *Mankowski* (Fn. 80).

⁸² *Mankowski*, in: *ECPII I* (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 339a.

⁸³ Im Folgenden: „*VEB*“.

⁸⁴ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*.

⁸⁵ Auf den Charakter der Verbandsklage des Verfahrens wird in diesem Beitrag nicht näher eingegangen. Siehe hierzu *Lehmann* (Fn. 4), S. 156 f.; sowie ausführlich zu Verbandsklagen unter der EuGVVO *Rentsch*, Kollektiver Rechtsschutz unter der EU-Verbandsklagerichtlinie, *EuZW* 2021, 524 ff.

Im Jahr 2010 ereignete sich ein Unfall auf einer durch die Beklagte betriebenen Ölbohrinsel. Der Kläger, ein niederländischer Aktionärsverein, machte in der Folge vor den niederländischen Gerichten Ansprüche in Form einer Sammelklage im Namen aller Aktionäre geltend, die in einem bestimmten Zeitraum Stammaktien der Beklagten erworben hatten. Der Kläger begründete dies damit, dass die Beklagte unrichtige, unvollständige und irreführende Informationen bezüglich des Unfalls an ihre Aktionäre übermittelt habe. Die Beklagte hatte ihren Sitz in London und die Stammaktien waren an den Börsen in London und Frankfurt am Main notiert.

1. Zu den Entscheidungsgründen des *EuGH*

Der *EuGH* lehnte eine Zuständigkeit der niederländischen Gerichte ab. Es komme darauf an, wo sich der Schaden konkret zeige.⁸⁶ Es sei nicht ausgeschlossen, dass dieser Ort mit dem Klägerwohnsitz zusammenfalle, wenn sich der Schaden auf einem Konto an diesem Ort verwirkliche.⁸⁷ Die Vorhersehbarkeit dieses Ortes sei aber abzulehnen, wenn in dem Mitgliedstaat des Anlagekontos, über welches Aktien erworben wurden, für den Emittenten dieser Aktie keine gesetzlichen Offenlegungspflichten bestünden.⁸⁸ Solche bestanden in den Niederlanden nicht. Folglich könne der Erfolgsort nur die Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten begründen, in denen für den Emittenten gesetzliche Offenlegungspflichten für die Börsennotierung bestünden.⁸⁹ Nur in diesen Mitgliedstaaten könne ein Emittent vernünftigerweise damit rechnen, dass es einen Anlagemarkt gibt und möglicherweise eine Haftung ausgelöst wird.⁹⁰

2. Fortführung der bisherigen Rechtsprechung: Gesamtbetrachtung

Mit dem Kriterium der Offenlegungspflichten für die Börsennotierung (im Folgenden auch: „Marktortprinzip“) erweitert der *EuGH* den Kriterienkatalog für die Erfolgsortbestimmung bei reinen Vermögensschäden.⁹¹ Dies ist zwar unter dem Aspekt zu begrüßen, dass die Offenlegungspflichten als zusätzliches Kriterium eine für den Emittenten vorhersehbare Erfolgsortbestimmung

⁸⁶ *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 27 ff.

⁸⁷ *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 32.

⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 34.

⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 35.

⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 35.

⁹¹ *Gehann*, Internationale Zuständigkeit am deliktischen Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden – ein erster Schritt zum Marktortprinzip?, *NZG* 2021, 823 ff.; *Rieländer* (Fn. 54), S. 33.

zulassen.⁹² Das Urteil lässt jedoch viele Fragen offen und verhilft so nicht zu einer rechtssicheren und vorhersehbaren Erfolgsortbestimmung. Die Offenlegungspflichten werden dabei als notwendiges und nicht als hinreichendes Kriterium bei der Erfolgsortbestimmung zu lesen sein (*a.*). Dieses Kriterium soll die Vorhersehbarkeit einer internationalen Gerichtspflichtigkeit für den Emittenten gewährleisten (*b.*). Die Offenlegungspflichten hätten auch einen Handlungsort begründen können (*c.*).

a) Marktort als notwendiges, nicht aber als hinreichendes Kriterium

Das Kriterium der Offenlegungspflichten wird als notwendige, nicht aber als hinreichende Bedingung für die Lokalisierung des Erfolgsortes zu lesen sein, sodass der *EuGH* seinen Ansatz der Gesamtbetrachtung aller spezifischen Umstände fortführt. Freilich wird das Urteil an dieser Stelle auf zwei verschiedene Weisen ausgelegt: *Lehmann* deutet das Urteil so, dass das Marktortprinzip alleiniger Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Zuständigkeit sei. Hierfür spreche, dass der *EuGH* an der entscheidenden Stelle des Urteils in Randnummer 35 schlussfolgert, der Erfolgsort könne „folglich“ nur dort liegen, wo auch gesetzliche Offenlegungspflichten für den Emittenten bestünden.⁹³ Wären weitere Kriterien relevant, hätte der *EuGH* sie auch in ebendiese Schlussfolgerung aufgenommen.⁹⁴

Näher liegt es, die Offenlegungspflichten als Teil einer Gesamtbetrachtung mehrerer Umstände zu verstehen und das Urteil so im Lichte der bisherigen Rechtsprechung auszulegen.⁹⁵ Hiernach verortet der *EuGH* den primären Schaden auf dem Anlagekonto.⁹⁶ Es ist daher unwahrscheinlich, dass der *EuGH* das Anlagekonto vollständig unberücksichtigt lässt, insbesondere da der *EuGH* in diesem Urteil nicht nur seine bisherige Rechtsprechung bestätigt,⁹⁷ sondern auch im Tenor das Anlagekonto wiederaufgreift. Daher kann nicht nur ein

⁹² *Gebann* (Fn. 91), S. 823 ff.; *Lehmann* (Fn. 4) S. 147 ff.

⁹³ *Lehmann* (Fn. 4), S. 153.

⁹⁴ *Lehmann* (Fn. 4), S. 153.

⁹⁵ *Gebann* (Fn. 91), S. 826; *van Bochove/Haentjens*, Effectenbezitters: New Efforts to Localise the Place of Damage, in: The European Association of Private International Law, Online Blog v. 23.6.2021, abrufbar unter: www.eapil.org/2021/06/23/effectenbezitters-answers-but-also-more-questions/ (zuletzt abgerufen am 4.6.2023).

⁹⁶ Etwa *EuGH* Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*.

⁹⁷ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 27 ff., 29 ff.

Absatz aus dem Urteil isoliert betrachtet und als neue Leitlinie qualifiziert werden.⁹⁸

b) Relevanz des Marktortes nur für die internationale Zuständigkeit

Das zusätzliche Kriterium der Offenlegungspflichten soll für den beklagten Emittenten ausschließlich die Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands in einem ausländischen Mitgliedstaat gewährleisten.⁹⁹ Somit ist dieses Kriterium auch nur für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit relevant, nicht aber für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit.

Gebann schlägt zwar vor, die örtliche Zuständigkeit nach dem Sitz der Börse als Marktort zu bestimmen.¹⁰⁰ So dürfte auch *Lehmann* das Urteil deuten: Sein Einwand gegen die Auslegung als Gesamtbetrachtung ist, dass der *EuGH* nicht gewollt haben könne, dass nur die im Gerichtsbezirk der Börse ansässigen Anleger klagen können.¹⁰¹ Für beide ist der Marktort also ein Kriterium sowohl für die örtliche als auch für die internationale Zuständigkeit.

Es scheint aber vorzugswürdig, das Urteil so zu deuten, dass das Kriterium der Offenlegungspflichten nur dem Ziel der Vorhersehbarkeit einer Gerichtspflichtigkeit im Ausland dienen soll und die Offenlegungspflichten somit auch nur für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit relevant sind.¹⁰² Die örtliche Zuständigkeit richtet sich dann nach den in der Rechtsprechung etablierten Kriterien.¹⁰³ Für diese Auslegung des Urteils spricht der Wortlaut der Begründung des Urteils selbst: „[...] nur in diesen Mitgliedstaaten [d.h. in den Staaten, in denen Offenlegungspflichten bestanden,] kann ein solches Unternehmen vernünftigerweise damit rechnen, dass es einen Anlagemarkt gibt und möglicherweise seine Haftung ausgelöst wird.“¹⁰⁴ Zwar

⁹⁸ *van Bochove/Haentjens* (Fn. 95); vgl. hierzu auch die französische Sprachversion des Urteils, die Rn. 35 mit „Il s’ensuit que“ einleitet, was sich auch mit „daraus folgt“ bzw. „daraus ergibt sich“ übersetzen lässt. Dies spricht auch für eine inhaltliche Verbindung der einzelnen Absätze zueinander, vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 35.

⁹⁹ *Gebann* (Fn. 91), S. 827; *van Bochove/Haentjens* (Fn. 95).

¹⁰⁰ *Gebann* (Fn. 91), S. 826.

¹⁰¹ *Lehmann* (Fn. 4), S. 153.

¹⁰² Vgl. hierzu *Meyle*, Reine Vermögensschäden im Europäischen Internationalen Deliktsrecht – Zuständigkeit und anwendbares Recht, 2021, S. 181, der den Markt auch so versteht, als erfasse er einen ganzen Mitgliedstaat und nicht einen konkreten Ort.

¹⁰³ Auch wenn offen bleibt, welches Kriterium für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit ausschlaggebend ist. Dies war auch eine der Vorlagefragen in diesem Verfahren, die der *EuGH* jedoch als hypothetisch einstufte und daher unbeantwortet ließ. Vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 39.

¹⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 12.5.2021, C-709/19, *VEB*, Rn. 35.

birgt dies für den Emittenten das Risiko einer zerstreuten Gerichtspflichtigkeit in einem Mitgliedstaat. Hiermit muss ein Emittent richtigerweise aber rechnen: Auch in der Rs. *Kolassa* hatte der *EuGH* darauf abgestellt, Emittenten müssten durch die Notifizierung eines Prospekts in einem Mitgliedstaat damit rechnen, dass nicht hinreichend informierte und *in diesem Mitgliedstaat* ansässige Wirtschaftsteilnehmer auf die Informationen vertrauen und infolge einer Pflichtverletzung einen Schaden erleiden können.¹⁰⁵

Im Ergebnis wird *Lehmanns*¹⁰⁶ Einwand so allerdings tatsächlich durchgreifen: Ein in Mitgliedstaat A ansässiger Anleger kann infolge eines ebenfalls in Mitgliedstaat A erlittenen reinen Vermögensschadens auch in diesem Staat A klagen (auch wenn unklar bleibt, wonach sich die örtliche Zuständigkeit dann richtet¹⁰⁷). Hingegen kann ein in Mitgliedstaat B ansässiger Anleger infolge eines in Mitgliedstaat A erlittenen reinen Vermögensschadens nur am Handlungsort und mithin am Gerichtsstand des Beklagten seine Ansprüche geltend machen. Eine solche Ungleichbehandlung von Anlegern ist zu bedauern. Nicht zuletzt bleibt die Frage offen, wie mit Finanzinstrumenten umzugehen ist, die entweder an mehreren Börsen innerhalb der EU zugelassen sind oder an alternativen Handelsplätzen außerbörslich gehandelt werden.¹⁰⁸

c) Marktort als Anknüpfungspunkt für den Handlungsort?

Zu bedauern ist auch, dass der *EuGH* die Offenlegungspflichten nicht als Ansatzpunkt für die Lokalisierung des Handlungsortes reiner Vermögensschäden eingeordnet hat.¹⁰⁹ Dass eine Handlungspflicht Kriterium für die Lokalisierung des Handlungsortes sein kann, zeigt der Fall, in dem ein pflichtwidriges Unterlassen einen Schaden verursacht: Der Schaden tritt dort ein, wo zu handeln gewesen wäre.¹¹⁰ Hat ein Emittent seine Offenlegungspflichten an der Börse nicht erfüllt, tritt auch dort der Schaden ein. Der Vorteil des Handlungsortes liegt darin, dass der Geschädigte dort seinen weltweit erlittenen Schaden geltend machen kann – am Erfolgsort kann der Geschädigte nämlich nur den in diesem Mitgliedstaat eingetretenen Schaden geltend machen wegen

¹⁰⁵ *EuGH*, Urt. v. 28.1.2015, C-375/13 - *Kolassa*, Rn. 56.

¹⁰⁶ *Lehmann* (Fn. 4), S. 153.

¹⁰⁷ Siehe Fn. 103.

¹⁰⁸ *Gebann* (Fn. 91), S. 826; *Lehmann* (Fn. 4), S. 154. Diese Fragestellung wird behandelt in Teil **F. VI. 1**.

¹⁰⁹ Den Handlungsort in den Fokus zu rücken fordern *Mankowski*, Erfolgort bei reinen Vermögensschäden infolge von Anlageentscheidungen, LMK 2021, 808834; *ders.*, Zuständigkeit für Produkthaftungsklagen, LMK 2019, 367447; *Thole*, in: *Wieczorek/Schütze XIII* (Fn. 7), Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, Rn. 103.

¹¹⁰ *Geimer*, in: *Geimer/Schütze* (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 265.

der begrenzten Kognitionsbefugnis der Gerichte am Erfolgsort (sog. Mosaiktheorie¹¹¹).¹¹² Zudem würde eine Marktortanknüpfung für die Bestimmung des Handlungsortes zu einer Gleichbehandlung aller Anleger führen unabhängig vom Mitgliedstaat, in dem sie ansässig sind, und vom Belegenheitsort ihres Kontos. Alle Anleger könnten ihren Schaden dann vor den Gerichten am Marktort geltend machen. Dies hätte auch den Vorteil, dass es Verfahren konzentriert.

V. Gesamtwürdigung: Keine stimmige Leitlinie durch den *EuGH*

Im Ergebnis fehlt es bisher an einer klaren Leitlinie in der Rechtsprechung des *EuGH* hinsichtlich der Lokalisierung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden.¹¹³ Dem Ziel einer rechtssicheren und vorhersehbaren Bestimmung der Zuständigkeit wird die Rechtsprechung des *EuGH* für die reinen Vermögensschäden im Bereich des Kapitalmarktdeliktsrechts daher nicht gerecht.¹¹⁴

Zwar wurde für die Fälle, in denen alle Anknüpfungspunkte an einem Ort liegen, eine den Maßstäben der Sach- und Beweisnähe sowie der Vorhersehbarkeit gerecht werdende Lösung gefunden.¹¹⁵ Hatte der *EuGH* in der Rs. *Kronhofer* nur festgestellt, dass die Vermögenszentrale allein für die Bestimmung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden nicht ausreicht, konkretisierte er in den folgenden Entscheidungen zumindest wie der Erfolgsort reiner Vermögensschäden positiv festzustellen ist.¹¹⁶ Dies führt zu einem vielfältigen Kriterienkatalog: In der Rs. *Kolassa* kam die Belegenheit des Anlagekontos, in der Rs. *Löber* der Wohnsitz sowie weitere spezifische Gegebenheiten des konkreten Sachverhalts und in der Rs. *VEB* die Offenlegungspflichten für die Börsennotierung als Anknüpfungspunkte hinzu. Dieser Ansatz kann sich im Einzelfall eignen und die *engste* Verbindung eines Gerichts zum Streitgegenstand begründen.

Die Lokalisierung des Erfolgsortes stößt aber dann an ihre Grenzen, wenn sich die maßgeblichen Kriterien nicht an einem, sondern an verschiedenen Orten

¹¹¹ Zur Definition der Mosaiktheorie bei Streuschäden siehe *Junker* (Fn. 19), S. 116.

¹¹² *Mankowski* (Fn. 109, LMK 2019), Rn. 2dd) mit Verweis auf Shevill.

¹¹³ Statt aller *Mankowski*, in: ECPIL I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 339a, 339e ff.

¹¹⁴ Statt aller *Mankowski*, in: ECPIL I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 339h.

¹¹⁵ *Labonté*, Das auf die deliktische Haftung deutscher Hersteller von Dieselfahrzeugen bei Auslandssachverhalten anwendbare Recht, RIW 2020, 726 (729); *Oberhammer* (Fn. 18), S. 76).

¹¹⁶ *Fontana* (Fn. 46), S. 287.

befinden.¹¹⁷ Für solche Fälle lässt der *EuGH* offen, in welchem Verhältnis die einzelnen Anknüpfungskriterien zueinander stehen und welches Kriterium den *Schwerpunkt* der Zuständigkeitsbestimmung bildet.¹¹⁸

F. Lösungsansätze aus der Literatur

Da der *EuGH* mit Einzeljudikation arbeitet, anhand derer sich keine stimmige Entscheidungslinie ableiten lässt, müssen alternative Lösungsansätze gesucht werden. Um dem Zweck der rechtssicheren Zuständigkeitsbestimmung gerecht zu werden, sind die eingangs genannten und auch durch den *EuGH* in den Vordergrund gestellten Prinzipien, namentlich die Sach- und Beweismähe und die Vorhersehbarkeit maßgeblich. Diese werden ausgehend von der Rechtsprechung des *EuGH* zunächst konkretisiert (**I.**). Anhand dieser Maßstäbe werden dann die in der Literatur erarbeiteten Lösungsansätze untersucht und bewertet (**II.-VI.**). Dies wird bestätigen, dass eine Lokalisierung reiner Vermögensschäden am Erfolgsort *de lege lata* abzulehnen ist (**VII.**).

I. Maßstab: Vorhersehbarkeit und Sach- und Beweismähe

1. Vorhersehbarkeit dient den Interessen beider Parteien

Mit dem Prinzip der Vorhersehbarkeit werden sowohl die Interessen der Emittenten (*a.*) als auch die der Anleger (*b.*) berücksichtigt, sodass der Vorhersehbarkeit der Bestimmung des Gerichtsstands ein erhebliches Gewicht zukommt.¹¹⁹

a) Vorhersehbarkeit liegt im Interesse der Emittenten

Wie im Rahmen der Besprechung des Urteils in der Rs. *VEB* gezeigt,¹²⁰ wird dem Kriterium der Vorhersehbarkeit aus Sicht der Emittenten hinreichend Rechnung getragen, wenn die Emittenten eine Gerichtspflichtigkeit in dem Mitgliedstaat vorhersehen können, in dem sie ihre Finanzprodukte anbieten. Dahinter steht nicht nur das Interesse daran, sich angemessen auf eine potentielle Verteidigung vorbereiten zu können.¹²¹ Die Emittenten haben auch ein Interesse

¹¹⁷ *Mankowski*, ECPIL I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 339e ff.; *Meyle* (Fn. 102), S. 62; *Stadler* (Fn. 55), S. 716.

¹¹⁸ *Compes* (Fn. 20), S. 148; *Roth*, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO und die Bedeutung des Erfolgsorts für den Ersatz reiner Vermögensschäden, in: FS Kronke, 2020, S. 471 (479).

¹¹⁹ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 20; *Leible*, in: Rauscher I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 103.

¹²⁰ Siehe hierzu Abschnitt **E. IV. 2. b).**

¹²¹ *Compes* (Fn. 20), S. 97, 159, 168.

daran, ihre Gerichtspflichtigkeit in vorhersehbarer Weise zu konzentrieren.¹²² Denn sie bieten ihre Finanzprodukte am Kapitalmarkt einem ihnen unbekanntem und möglicherweise unionsweit gestreuten Anlegerpublikum an, sodass bei der Verletzung einer Informationspflicht eine Vielzahl an Klagen privater und institutioneller Anleger droht.¹²³

Gerade deshalb drängt sich aber die Frage auf, ob dies nicht ein Risiko ist, das Emittenten bewusst eingehen und umgekehrt ein zuständiger Anlegerschutz geboten ist. Freilich entscheiden sich die Emittenten bewusst für eine Finanzierung am Kapitalmarkt durch ein ihnen unbekanntes Anlegerpublikum und profitieren auch wirtschaftlich in erheblichem Maße hiervon.¹²⁴ Würde man den Emittenten dementsprechend ein erhöhtes Zuständigkeitsrisiko zumuten, indem man das Kriterium der Vorhersehbarkeit herabsetzte, ließe sich umgekehrt gerade für viele private Anleger aus rechtspolitischer Sicht ein Schutz in Form eines *forum actoris* begründen.¹²⁵ Ein solcher Anlegerschutz hat sich auf zuständiger Ebene bisher nämlich nicht etabliert.¹²⁶

Unvorhersehbare Gerichtsstände sind mit dem Telos der EuGVVO aber nicht vereinbar.¹²⁷ Die klare systematische Ausrichtung am Grundsatz *actor sequitur forum rei* belegt, dass auf zuständiger Ebene das grundsätzliche Interesse des Schädigers an der Vermeidung einer unvorhersehbaren und unionsweit gestreuten Gerichtspflichtigkeit von erheblicher Relevanz ist.¹²⁸ Ferner fallen deliktische kapitalmarktrechtliche Schadensersatzansprüche privater Anleger auch nicht unter den Verbrauchergerichtsstand des Art. 18 EuGVVO, sodass ihnen *de lege lata* keine mit einem Verbraucher vergleichbare und somit schützenswerte Position im Zuständigkeitsrecht zukommt.¹²⁹ Insbesondere würde der Verzicht auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit

¹²² *Compes* (Fn. 20), S. 97, 159, 168; vgl. auch allgemeiner *Geimer* (Fn. 16), Rn. 1126.

¹²³ *Compes* (Fn. 20), S. 97, 159, 168.

¹²⁴ *Compes* (Fn. 20), S. 159, 168; v. *Hein* (Fn. 19), S. 21.

¹²⁵ *Fontana* (Fn. 46), S. 290.

¹²⁶ Ein Anlegerschutz auf zuständiger Ebene wird aber schon lange gefordert. Vgl. *Compes* (Fn. 20), S. 159, 168; v. *Hein* (Fn. 19), S. 21; *Wagner/Gess*, Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach der EuGVVO bei Kapitalanlagendelikten, NJW 2009, 3481 (3483).

¹²⁷ Erwägungsgrund 15 der EuGVVO.

¹²⁸ *Geimer*, Forum actoris für Kapitalanlegerklagen, in: FS Martiny, 711 (712); *Roth* (Fn. 118), S. 480.

¹²⁹ Dies wird aber kritisiert. Vgl. *Compes* (Fn. 20), S. 96; *Geimer* (Fn. 128), S. 712; v. *Hein*, Verstärkung des Kapitalanlegerschutzes: Das Europäische Zivilprozessrecht auf dem Prüfstand, EuZW 2011, 369 (372).

praktisch für jeden Anleger und somit auch den institutionellen Anleger ein *forum actoris* eröffnen. Dass ein allgemeiner Klägergerichtsstand nicht das Ziel des Deliktsgerichtsstands ist, steht seit der Entscheidung des *EuGH* in der Rs. *Kronhofer* fest.¹³⁰ Daher ist das Kriterium der Vorhersehbarkeit für die Emittenten, *de lege lata*, nicht herabzusetzen. Emittenten müssen vorhersehen können, in welchen Mitgliedstaaten sie gerichtspflichtig sein könnten.

b) Vorhersehbarkeit liegt im Interesse der Anleger

Die Anleger haben auch ein schützenswertes Interesse daran vorherzusehen, wo sie im Schadensfall ihre Ansprüche geltend machen können, um hohe Kosten und lange Verfahren zu vermeiden.¹³¹ In der Rs. *Kronhofer* hat der *EuGH* das Kriterium der Vorhersehbarkeit nämlich dahingehend konkretisiert, dass ein Kläger ohne Schwierigkeiten vorhersehen können muss, wo er konkret klagen kann.¹³² Somit kommt es für den Kläger nicht nur auf die Vorhersehbarkeit im Hinblick auf das international zuständige, sondern auch das konkret örtlich zuständige Gericht an.

2. Sach- und Beweisnähe zu reinen Vermögensschäden?

In der Rs. *Kolassa* hat der *EuGH* den Maßstab für die Sach- und Beweisnähe präzisiert: Ziel sei die Begründung der Zuständigkeit des Gerichts, „das *objektiv am besten beurteilen* kann, ob die *Voraussetzungen für die Haftung* des Beklagten vorliegen“.¹³³ Die materiellrechtliche Haftung kann folglich nicht außer Acht bleiben, denn an ihr orientiert sich, welche Tatbestandsmerkmale beweisbedürftig sind und welches Gericht hierzu räumlich am nächsten ist.¹³⁴ Dies steht auch in keinem Widerspruch zum Grundsatz der autonomen Auslegung der EuGVVO.¹³⁵ Es lässt sich vielmehr autonom bestimmen, welche Tatsachen typischerweise für ein Delikt objektiv relevant sind.¹³⁶ Ganz in diesem Sinne wird – sowohl durch den *EuGH* als auch in der Literatur – für eine möglichst genaue Lokalisierung von Vermögensschäden nach Fallgruppen differenziert, da je nach Delikt typischerweise andere Ansatzpunkte geeignet

¹³⁰ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 20.

¹³¹ *Geimer*, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 12.

¹³² *EuGH*, Urt. v. 10.6.2004, C-168/02, *Kronhofer*, Rn. 20.

¹³³ *EuGH*, Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 47 (Hervorhebung durch Verfasser).

¹³⁴ *Heinze*, Der Deliktsgerichtsstand als Klägergerichtsstand? – Zum Einfluss materiellrechtlicher Wertungen auf die Auslegung des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO, in: FS Ahrens, 2018, S. 521 (532); *Schlösser*, in: Schlösser/Hess, 5. Aufl. 2021, Art. 7 EuGVVO Rn. 16b; *Stadler* (Fn. 55), S. 724.

¹³⁵ *v. Hein* (Fn. 49), S. 23.

¹³⁶ *Geimer*, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 15; *v. Hein* (Fn. 49), S. 23.

sind.¹³⁷ Nimmt man den Verkehrsunfall als Ausgangspunkt, begründet sich eine besondere Sach- und Beweismnähe darin, dass insbesondere der physische Deliktort problemlos erreichbar ist und dies für ein Gericht an diesem Ort keinen großen Aufwand erfordert.¹³⁸ Dieses ist mithin am besten geeignet, die Voraussetzungen der Haftung zu beurteilen.

An einem vergleichbaren typischen Deliktort fehlt es jedoch bei reinen Vermögensschäden im Bereich der kapitalmarktrechtlichen Deliktshaftung.¹³⁹ Denn reine Vermögensschäden zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie keinen physischen Schaden verursachen. Für den Beweis der fehlerhaften Kapitalmarktinformation, des Schadens sowie der Kausalität zwischen falscher Information und Schaden kommt es insofern vielmehr auf Dokumente, Verträge, Kontoauszüge, Prospekte, Vertragsverhandlungen und Zeugen an. Diese sind jedoch nicht an einen festen Ort gebunden. So lassen sich Zeugen durch digitale Kommunikationsmittel zu einem Verfahren zuschalten und Dokumente können per Post an einen anderen Ort verschafft werden.¹⁴⁰ Zeugen können auch überall auf der Welt verstreut sein, sodass nur eine Nähe zu einem Zeugen kaum eine sachgerechte Beweismnähe begründen kann. Eine Sach- und Beweismnähe wie bei einem Verkehrsunfall wird sich folglich bei den reinen Vermögensschäden nicht realisieren lassen.¹⁴¹ Somit ist das Kriterium der Sach- und Beweismnähe in den Fällen reiner Vermögensschäden bei der nun folgenden Bewertung der einzelnen Anknüpfungspunkte weniger stark zu gewichten als die Vorhersehbarkeit.

II. Ort des Vertragsschlusses als Anknüpfungspunkt

Ob eine Anknüpfung an den Ort des Vertragsschlusses den Kriterien entsprechen kann, ist zweifelhaft. Unter diesem Ort wird der Ort verstanden, an dem der Anleger basierend auf einer falschen Kapitalmarktinformation eine Verpflichtung zum An- oder Verkauf eines Finanzinstruments einget bzw. eine bindende Investitionsentscheidung trifft, also im Regelfall einen Vertrag abschließt.¹⁴² Dies sei als Anknüpfungspunkt geeignet, da das Vermögen des Anlegers schon mit der Verpflichtung in bindender Weise belastet und so

¹³⁷ *Meyle* (Fn. 102), S. 67; *Stadler* (Fn. 55), S. 721 ff.

¹³⁸ *Schwarz* (Fn. 55), S. 160.

¹³⁹ *Fontana* (Fn. 46), S. 291.

¹⁴⁰ *Fontana* (Fn. 46), S. 291; vgl. wohl auch *Stadler* (Fn. 55), S. 724 f.

¹⁴¹ *Fontana* (Fn. 46), S. 291; *Stadler* (Fn. 55), S. 724 f.; vgl. auch *Stadler* (Fn. 47), S. 577.

¹⁴² *Rieländer* (Fn. 54), S. 47.

„geschädigt“ würde.¹⁴³ Das Gericht am Ort der Verpflichtung sei so besonders gut dazu geeignet, Beweis zu erheben und etwa Zeugen anzuhören, die Umstände der irreführenden Handlung zu beurteilen und den Schaden zu bewerten.¹⁴⁴

Das ausschlaggebende Argument gegen den Ort der Verpflichtung als Erfolgsort ist jedoch, dass dieser für den Emittenten nicht vorhersehbar ist: Anleger und Emittenten treten auf dem Sekundärmarkt nicht miteinander in Kontakt; viele Anleger erwerben die Finanzinstrumente über einen Intermediär wie eine Bank.¹⁴⁵ Emittenten können somit nicht wissen, wer und aus welchem Mitgliedstaat über Intermediäre wie Banken Verpflichtungen eingeht, um in ihre Finanzinstrumente zu investieren.¹⁴⁶ Ferner ist schon die Bestimmung des Ortes der Verpflichtung selbst schwierig, da Verpflichtungen auch online oder per Telefon eingegangen werden können.¹⁴⁷ Zudem ist ein zufälliges Ergebnis denkbar, wenn die Verpflichtung an einem neutralen Verhandlungsort eingegangen wurde, zu dem sonst keinerlei Verbindung bestand. Daher ist für den Erfolgsort nicht an den Ort des Vertragsschlusses anzuknüpfen.

III. Ort der individuellen Anlageentscheidung

Mangels Vorhersehbarkeit für den Emittenten ist auch der Ort ungeeignet als Ansatzpunkt für die Erfolgsortbestimmung, an dem der Anleger seine individuelle Anlageentscheidung¹⁴⁸ getroffen hat. Der Ort der Anlageentscheidung kann vielmehr auch zu einem für den Anleger zufälligen Ergebnis führen, der keine Sach- und Beweisnähe aufweist.¹⁴⁹ Durch das Online-Banking ist es beispielsweise möglich, dass ein in Amsterdam ansässiger Anleger im Urlaub auf Mallorca oder während einer Geschäftsreise in Paris eine Entscheidung zum Erwerb von Finanzinstrumenten trifft. Dies würde einen rein zufälligen Gerichtsstand begründen.

IV. Belegenheitsort der Wertpapiere

Als Erfolgsort eignet sich auch nicht der Belegenheitsort der Aktien, mithin der Lagerort der Globalurkunde.¹⁵⁰ Mindere sich der Wert einer Aktie infolge einer

¹⁴³ *Bach*, Deliktsgerichtsstand am Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden, NZG 2016, 792 (795); *Rieländer* (Fn. 44), S. 47.

¹⁴⁴ *Bach* (Fn. 143), 792 (795); *Rieländer* (Fn. 54), S. 47.

¹⁴⁵ *Compes* (Fn. 20), S. 158.

¹⁴⁶ *Compes* (Fn. 20), S. 158.

¹⁴⁷ *Compes* (Fn. 20), S. 158.

¹⁴⁸ *v. Hein*, (Fn. 49), S. 21; *ders.* (Fn. 18), S. 949; wohl auch *Magnus* (Fn. 49).

¹⁴⁹ Vgl. *Compes* (Fn. 20), S. 157 f.

¹⁵⁰ Öst. OGH, IPRax 2018, 96 (102); *Mankowski*, in: *ECPII I* (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 337.

Kapitalmarktinformationspflichtverletzung, manifestiere sich der Schaden unmittelbar an den verbrieften Wertpapieren.¹⁵¹ Gegen diese Anknüpfung spricht jedoch, dass der Emittent den Lagerort der Globalurkunde frei wählen kann und dies für den Anleger zu einem willkürlichen Ergebnis führt.¹⁵² Eine Vorhersehbarkeit aus Sicht des Anlegers ist somit abzulehnen. Auch eine besondere Sach- und Beweishnähe zu den haftungsrelevanten Tatsachen überzeugt nicht, da sich am Lagerort nur die verbiefte Globalurkunde selbst befindet. Ihre Existenz allein wird für die Haftung aber noch keine relevante Tatsache sein.

V. Belegenheitsort des konkret betroffenen Kontos

Weit verbreitet ist der Ansatz, der den Schadenseintritt am Belegenheitsort des konkret betroffenen Klägervermögens in Form des belasteten Kontos lokalisiert.¹⁵³ Hierbei sind an das durch die Investition konkret betroffene Konto („Anlagekonto“)¹⁵⁴ oder auch das Aktiendepot¹⁵⁵ bei der Bank zu denken. Auf dem Konto, das durch die Transaktion konkret belastet wurde, manifestiere sich der Vermögensschaden dadurch, dass ein Finanzinstrument zu einem erhöhten Preis erworben bzw. zu einem zu niedrigen Preis verkauft wurde.¹⁵⁶ Dieser Ansatz kann jedoch mangels Vorhersehbarkeit (1.) und Sach- und Beweishnähe (2.) nicht überzeugen.

1. Vorhersehbarkeit des Belegenheitsortes des Kontos

Zweifel ergeben sich insbesondere im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit des Belegenheitsortes eines Kontos. Es wird zwar argumentiert, ein Konto sei durch den Ländercode der IBAN gewissermaßen die „Repräsentation“ des Anlegers und so ein allgemein vorhersehbarer Anknüpfungspunkt.¹⁵⁷ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das für die jeweilige Anlage eingesetzte Konto für den

¹⁵¹ Zum Kollisionsrecht *Lehmann*, Where does economic loss occur?, 7 J. Priv. Int'l L. (2011), 527 (533).

¹⁵² *Heindler*, Internationale Zuständigkeit für Individualklagen von Aktionären nach dem Dieselgate IPRax 2018, 103 (106).

¹⁵³ *Compes* (Fn. 20), S. 164, 168; *Geimer*, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 310; *Mankowski*, in: ECPII I (10), Art. 7 EuGVVO Rn. 330; *Paulus*, in: Internationaler Rechtsverkehr (Fn. 40), Art. 7 EuGVVO Rn. 203.

¹⁵⁴ *Compes* (Fn. 20), S. 164, 168; *Geimer*, in: Geimer/Schütze (Fn. 24), Art. 7 EuGVVO Rn. 310; *Mankowski*, in: ECPII I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 330; *Paulus*, in: Internationaler Rechtsverkehr (Fn. 40), Art. 7 EuGVVO Rn. 203.

¹⁵⁵ *Reuschle*, Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsverfolgung, WM 2004, 966 (975).

¹⁵⁶ *Compes* (Fn. 20), S. 160; *Mankowski*, in: ECPII I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 330.

¹⁵⁷ Zum Kollisionsrecht *Thomale* (Fn. 9), S. 81 f.

Emittenten *ex ante* gerade nicht vorhersehbar ist.¹⁵⁸ Denn Emittent und Anleger treten auf dem Sekundärmarkt nicht miteinander in Kontakt.¹⁵⁹ Folglich können Emittenten nicht vorhersehen, wer, von welchem Konto aus und in welchem Mitgliedstaat ihre Aktien auf dem Sekundärmarkt erwirbt. Eine Anknüpfung an das Anlagekonto würde dementsprechend dazu führen, dass der Emittent unionsweit verklagt werden könnte, ohne dies vorherzusehen.¹⁶⁰ Vielmehr birgt eine Anknüpfung an das Anlagekonto aber auch das Risiko des *forum shopping*: Anleger könnten unter vielen unionsweit gelegenen Anlagekonten das wählen, das ihnen zur Rechtsdurchsetzung am günstigsten erscheint.¹⁶¹ Dies gilt es unter der EuGVVO zu vermeiden.¹⁶²

2. Sach- und Beweishnähe am Belegenheitsort des Kontos

Es stellt sich schon grundsätzlich die Frage, wo ein Konto belegen ist. Denn ebenso wie das Vermögen selbst ist ein Konto nicht ohne weiteres an einem konkreten Ort festzumachen. Dementsprechend lässt sich auch keine besondere Sach- und Beweishnähe darstellen. Es wird zwar erwogen, das Konto anhand der IBAN konkret zu verorten.¹⁶³ Hierfür wird ein Vergleich zu Art. 2 Nr. 9 iii) EuInsVO¹⁶⁴ und Art. 4 Abs. 4 Nr. 4 lit. b) EuKtPVO¹⁶⁵ gezogen, die Kontoguthaben nicht nur anhand des Ländercodes der IBAN im ausgewiesenen Mitgliedstaat verorten, sondern dieses konkret am Ort der kontoführenden Bankniederlassung lokalisieren.¹⁶⁶ Im Sinne einer systemkonformen Auslegung sei dieses Verständnis daher auch der Lokalisierung des Kontos unter der EuGVVO zugrunde zu legen.¹⁶⁷

¹⁵⁸ *Compes* (Fn. 20), S. 162.

¹⁵⁹ *Compes* (Fn. 20), S. 162.

¹⁶⁰ *Müller* (Fn. 66), S. 224; *Ringe/Hellgardt*, The International Dimension of Issuer Liability – Liability and Choice of Law from a Transatlantic Perspective, 31 Oxford J. Legal Stud. (2011), 23 (52); *v. Hein* (Fn. 49), S. 21; anerkennend auch *Compes* (Fn. 20), S. 162; wohl auch anerkennend *Mankowski*, in: ECPII I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 330.

¹⁶¹ *Fontana* (Fn. 46), S. 288.

¹⁶² Siehe Teil B. II. 1.

¹⁶³ *Compes* (Fn. 20), S. 162.

¹⁶⁴ Verordnung (EU) Nr. 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 über Insolvenzverfahren.

¹⁶⁵ Verordnung (EU) Nr. 655/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014 zur Einführung eines Verfahrens für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung im Hinblick auf die Erleichterung der grenzüberschreitenden Eintreibung von Forderungen in Zivil- und Handelssachen.

¹⁶⁶ *Compes* (Fn. 20), S. 162; *Mankowski*, in: ECPII I (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 331. Zur EuKtPVO *Hess*, in: Schlosser/Hess (Fn. 134), Art. 4 EuKtPVO Rn. 2.

¹⁶⁷ *Compes* (Fn. 20), S. 162; *Thomale* (Fn. 39), S. 339 f.

Allerdings muss für diesen Ansatz das Konto einer konkreten Bankfiliale zugerechnet werden. In Zeiten des Online-Bankings dürften die meisten Anleger keinen physischen Kontakt zu Bankberatern und einer Filiale haben, sodass eine besondere Sachnähe zu einer Filiale regelmäßig nicht bestehen wird. Zudem ist der Eintritt des Schadens selbst selten streitig.¹⁶⁸ Vielmehr muss sich eine *Beweisnähe* darin begründen, dass zu den sonstigen Tatsachen der Haftung, also zur Fehlerhaftigkeit der Kapitalmarktinformation oder den die Entscheidung des Anlegers begründenden Umständen, eine enge Verbindung besteht.¹⁶⁹ Nicht zuletzt besteht – aufgrund der begrenzten Kognitionsbefugnis der Gerichte am Erfolgsort des Deliktsgerichtsstands – die Gefahr einer europaweiten Zersplitterung des Erfolgsortes, wenn das investierte Geld von mehreren, verteilten Konten stammt (sog. Mosaiktheorie).¹⁷⁰

VI. „Marktortprinzip“

Weit verbreitet ist auch der Ansatz, auf den Marktort als Erfolgsort abzustellen.¹⁷¹ Der Marktort ist dabei als der Ort zu verstehen, an dem die Finanzinstrumente gehandelt werden, sodass die Börse als Handelsplatz regelmäßig als „Markt“ anzusehen ist.¹⁷² Der Marktort stellt eine rechtssichere Lokalisierung jedoch vor verschiedene Probleme in Bezug auf das Kriterium der Vorhersehbarkeit (1.) und kann auch keine besondere Sach- und Beweisnähe zu den haftungsrelevanten Tatsachen aufweisen (2.), sodass sich der Ansatzpunkt nicht für die Lokalisierung des Erfolgsortes eignet.

¹⁶⁸ Stadler (Fn. 55), S. 724; wohl auch Freitag (Fn. 54), S. 1168.

¹⁶⁹ Vgl. Stadler (Fn. 55), S. 724. Grundsätzlich richtet sich die Prüfungsdichte bei der Zuständigkeitsüberprüfung durch die nationalen Gerichte nach dem Verfahrensrecht der *lex fori*. Es stellt sich aber dennoch auch im Rahmen der Zuständigkeitsbestimmung unter der EuGVVO die Frage, ob jede Tatsache der Haftung schon eine *besondere* Sach- und *Beweisnähe* begründet. Nimmt dies nur für *streitige* Tatsachen an Stadler (Fn. 55), S. 724; wohl auch Freitag (Fn. 54), S. 1168. A.A. wohl *EuGH*, Urt. v. 28.1.2015, C-375/13, *Kolassa*, Rn. 61 ff.

¹⁷⁰ v. Hein (Fn. 49), S. 21.

¹⁷¹ Bachmann (Fn. 54), S. 79; Einsele, Internationales Prospekthaftungsrecht – Kollisionsrechtlicher Anlegerschutz nach der Rom II-Verordnung, ZEuP 2012, 23 (38 ff.); Lehmann/Eichmüller (Fn. 54), S. 9 ff.; Lehmann (Fn. 4), S. 147 ff.; Thomale (Fn. 39), S. 340 ff.; v. Hein (Fn. 18), S. 949. Wohl auch Freitag (Fn. 54), S. 1168, indem er auf den „Transaktionsort“ abstellt.

¹⁷² Bachmann (Fn. 54), S. 82; Keller/Kölling, Das Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren – ein Überblick, BKR 2005, 399 (403); Thomale (Fn. 39), S. 340 ff.

1. Vorhersehbarkeit einer Anknüpfung an den Markttort

Zwar berufen sich die Vertreter des Markttortprinzips vor allem darauf, dass eine Anknüpfung an den Markttort für Anleger und Emittenten vorhersehbar sei. Denn Anleger hätten sich beim Erwerb eines Finanzinstruments auf diesen Markttort eingelassen und Emittenten wüssten, dass ihre Finanzprodukte zu diesem Markt zugelassen seien.¹⁷³ Freilich werden in der Praxis die Emittenten und auch ein Großteil der Anleger tatsächlich wissen, an welcher Börse ihre Finanzinstrumente zum Handel zugelassen sind bzw. an welcher Börse sie die Finanzinstrumente gehandelt haben.¹⁷⁴ Jedoch kann sich der Handelsplatz in den Fällen der Mehrfachnotierung von Aktien (sog. *dual listings* bzw. *cross listings*) auch zufällig ergeben: Hat der Anleger seinen Auftrag hinsichtlich der Börse nicht konkretisiert, ist der den Auftrag ausführende Dienstleister dazu verpflichtet, den Auftrag nach der *best execution*-Regel (Art. 27 Abs. 1 S. 2 MiFID II) dort auszuführen, wo das Finanzinstrument in dem Moment zum besten Preis zu erwerben ist.¹⁷⁵ In diesen Fällen wird der Geschädigte praktisch nicht wissen, wo er investiert hat, sodass ein Abstellen auf den Markttort dann zu einem für ihn zufälligen Ergebnis führt.

Insbesondere aber ist schon die Definition des Markttortes selbst nicht eindeutig. Während man dafür konkret auf den Ort des Handelsplatzes wie etwa die Börse¹⁷⁶ abstellen kann, kann der Markttort aber auch allgemeiner als „Anlagemarkt“ in einem ganzen Mitgliedstaat¹⁷⁷ verstanden werden. So ist, wie gezeigt, auch das Urteil des *EuGH* in der Rs. *VEB* zu verstehen.¹⁷⁸ Schon die fehlende Konkretisierung des Begriffs des „Markttortes“ schließt eine Vorhersehbarkeit der Anknüpfung an den Markttort aus. Insbesondere für außerbörsliche (a) sowie Online-Transaktionen (b) eignet sich eine Markttortanknüpfung auch nicht.

¹⁷³ *Bachmann* (Fn. 54), S. 82; *Mankowski*, Örtliche Zuständigkeit für Klage wegen fehlerhafter Ad-hoc-Meldung am Sitz der Börse, an der die streitgegenständlichen Wertpapiere zugelassen sind, EWiR 2010, 725 (726); *OLG Frankfurt a. M.*, EuZW 2010, 918 (919); *Gebann* (Fn. 91), S. 827.

¹⁷⁴ *Ringe/Hellgardt* (Fn. 160), S. 53.

¹⁷⁵ *Fontana* (Fn. 46), S. 290; *Ringe/Hellgardt* (Fn. 160), S. 53; zum Kollisionsrecht *Engel*, Internationales Kapitalmarktdeliktsrecht, 2019, S. 199 f.

¹⁷⁶ *Lehmann/Eichmüller* (Fn. 54), S. 9 ff.; *Lehmann* (Fn. 4), S. 147 ff.; *Thomale* (Fn. 39), S. 340 ff.; *v. Hein* (Fn. 18), S. 949.

¹⁷⁷ *Meyle* (Fn. 102), S. 181.

¹⁷⁸ Siehe Abschnitt **E.IV.2.b**).

a) Der Markttort eignet sich nicht für außerbörsliche Transaktionen

Eine Anknüpfung an den Markttort stellt auch die Lokalisierung von reinen Vermögensschäden infolge außerbörslicher Transaktionen vor Schwierigkeiten. Denn offen ist, an welchem Markt solche Schäden zu verorten sind, die Anleger aufgrund von Investitionen erlitten haben, die außerhalb eines Handelsplatzes (sog. „*over the counter*“-Transaktionen) erfolgt sind.¹⁷⁹ Ein Großteil der Anleihen wird beispielsweise außerbörslich gehandelt; auch eine bankinterne Zusammenführung von Kauf- und Verkaufsaufträgen zweier Kunden findet nicht an einem Handelsplatz statt.¹⁸⁰ *Thomale* schlägt zwar vor, solche Transaktionen dennoch einem Markt örtlich zuzurechnen. Der Markt habe ohnehin eine grundsätzliche Referenz- und Bewertungsfunktion, sodass auch die Preisbildung außerhalb des Handelsplatzes maßgeblich hiervon abhängt.¹⁸¹ Auch das Interesse an einer Konzentration von Verfahren würde eine örtliche Zurechnung solcher Transaktionen zu einem Markttort nahelegen.¹⁸² Das ausschlaggebende Argument gegen eine solche Zurechnung ist aber, dass es für die Emittenten nicht vorhersehbar ist, wo und wie die Finanzinstrumente außerhalb des von ihnen gewählten Handelsplatzes gehandelt werden.¹⁸³ In solchen Fällen kann auch der Schaden selbst nicht in einem verfälschten Preis am Handelsplatz liegen.¹⁸⁴ Nicht zuletzt steht die pauschale Zurechnung zum Markttort, *de lege lata*, im Widerspruch zum Grundsatz des *actor sequitur forum rei*.¹⁸⁵

b) Keine Online-Transaktionen an einem physischen Markttort

Auch bei Transaktionen an einen virtuellen Markt hilft der Ansatz einer Zurechnung zum Markttort nicht weiter. *Thomale* lokalisiert den geregelten virtuellen Markt mangels geeigneter Alternativen zwar am Betreibersitz.¹⁸⁶ Erwirbt aber beispielsweise ein in Österreich ansässiger Anleger die Aktien eines französischen Emittenten online und der Betreiber des Online-Marktes hat seinen Satzungs- und Verwaltungssitz in Hamburg, würde es zu einem zufälligen und für den Anleger kaum vorhersehbaren Ergebnis führen, wenn der Erfolgsort auch in Hamburg läge. Noch schwieriger gestaltet es sich bei Online-Transaktionen an unregulierten Märkten.¹⁸⁷ Denn hier hat der Emittent seine

¹⁷⁹ *Lehmann* (Fn. 4), S. 155.

¹⁸⁰ *Ebd.*; *Thomale* (Fn. 39), S. 343.

¹⁸¹ *Thomale* (Fn. 39), S. 343.

¹⁸² *Ebd.*

¹⁸³ Vgl. zum IPR so wohl auch *Engel* (Fn. 175), S. 199 f.

¹⁸⁴ *Compes* (Fn. 20), S. 165; *van Bochove/Haentjens* (Fn. 95).

¹⁸⁵ *Rieländer* (Fn. 54), S. 49.

¹⁸⁶ *Thomale* (Fn. 39), S. 342.

¹⁸⁷ *Lehmann* (Fn. 4), S. 154.

Finanzinstrumente nicht zugelassen, sodass für beide Parteien bei einer ähnlichen Lokalisierung des Erfolgsortes am Betreibersitz nicht vorhersehbar wäre, wo letztendlich Erfolgsort und Gerichtsstand lägen.

2. Sach- und Beweisnähe am Marktort

Zu den haftungsrelevanten Tatsachen besteht am Marktort auch keine besondere Sach- und Beweisnähe. Freilich wirkt sich eine fehlerhafte Kapitalmarktinformation nachteilig auf die Preisbildung und den Kurs eines Finanzinstruments aus.¹⁸⁸ Dies basiere auf der *fraud on the market doctrine* aus dem amerikanischen Recht, nach der allein die Tatsache, dass zu einem verfälschten Preis gekauft oder verkauft wurde, als Nachweis eines Vermögensschadens ausreicht.¹⁸⁹ In diesem Zusammenhang wird der institutionelle Schutz der Integrität und Funktionalität des Marktes hervorgehoben.¹⁹⁰ Eine Lokalisierung des Schadens am Marktort hätte so den Vorteil, einen Gleichlauf von Zuständigkeit und geltenden aufsichtsrechtlichen Pflichten zu schaffen, da letztere gerade vom Ort der Zulassung zum Markt abhängen.¹⁹¹

Jedoch geht es in den Fällen der kapitalmarktrechtlichen Haftung um den individuellen Schaden des Anlegers.¹⁹² Zwar sollen Informationspflichten am Kapitalmarkt in besonderem Maße die Funktionalität des Marktes und so auch den Preisbildungsmechanismus schützen.¹⁹³ Gleichzeitig ist das Ziel dieser Informationspflichten aber auch, den Anleger davor zu schützen, basierend auf falschen oder fehlenden Informationen nachteilige Anlageentscheidungen verbindlich zu treffen.¹⁹⁴ So setzt die Haftung infolge einer Ad-hoc-Publizitätspflichtverletzung eine konkrete Transaktionsentscheidung des Anlegers voraus und soll in der Folge nur den vom Anleger individuell erlittenen Schaden ersetzen,¹⁹⁵ sodass dieser im Haftungsfall nicht außer Acht gelassen

¹⁸⁸ Bachmann (Fn. 54), S. 82; Keller/Kolling (Fn. 172), S. 403; Lehmann (Fn. 4), S. 150; Rieländer (Fn. 54), S. 48; Thomale (Fn. 39), S. 341.

¹⁸⁹ Lehmann (Fn. 4), S. 150. Ablehnend für das deutsche Recht BGH, NJW-RR 2007, 1532 (1534).

¹⁹⁰ Mankowski (Fn. 173), S. 726; wohl auch OLG Frankfurt a. M., EuZW 2010, 918 (919).

¹⁹¹ Lehmann (Fn. 4), S. 151; Wagner, in: Stein/Jonas XII, 23. Aufl. 2022, Art. 7 EuGVVO, Rn. 159.

¹⁹² Compes (Fn. 20), S. 165; v. Hein, Finanzkrise und Internationales Privatrecht, in: Paradigmen im internationalen Recht – Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht, 2012, 369 (400 f.); ders. (Fn. 129), S. 371 f.

¹⁹³ Rieländer (Fn. 54), S. 46; Weller, Fehlerhafte Kapitalmarktinformation zwischen Freiheit und Haftung, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1341 (1341).

¹⁹⁴ Rieländer (Fn. 54), S. 46; Weller (Fn. 193), S. 1341; Heinzge (Fn. 134), S. 531.

¹⁹⁵ Compes (Fn. 20), S. 165; v. Hein (Fn. 192), S. 400 f.; ders. (Fn. 129), S. 371 f.

werden kann. Eine enge Verbindung zu den diese Haftung begründenden Tatsachen kann aber nicht überzeugen.

VII. Ergebnis: Ablehnung des Erfolgsortes

Letztlich kann nur überzeugen, auf den Erfolgsort in den Fällen reiner Vermögensschäden – zumindest bei einer Lokalisierung in den kapitalmarktrechtlichen Haftungsfällen – zu verzichten.¹⁹⁶ Diesem Ansatz folgt etwa auch das deutsche Zivilprozessrecht mit § 32b ZPO, nach dem bei falschen, irreführenden oder unterlassenen öffentlichen Kapitalmarktinformationen der ausschließliche Gerichtsstand am Sitz des Emittenten liegt.¹⁹⁷

G. Bewertung der Rechtslage *de lege lata*

Für eine rechtssichere und vorhersehbare Lokalisierung reiner Vermögensschäden in den kapitalmarktrechtlichen Haftungsfällen kann es *de lege lata* unter der EuGVVO nur auf den Handlungsort ankommen.¹⁹⁸

Wie dargelegt, führt die Rechtsprechung des *EuGH* zum Erfolgsort zwar im Einzelfall zu einem sachgerechten Ergebnis und kann immerhin in Ansätzen Sach- und Beweisnähe gewährleisten. Die Gesamtabwägung der einzelnen Umstände gleicht indessen einer *forum conveniens*¹⁹⁹ Doktrin.²⁰⁰ Eine solche kennt die EuGVVO jedoch nicht, denn die Bestimmung der Zuständigkeit soll sich nach objektiven Maßstäben richten und so eine in hohem Maße vorhersehbare Zuständigkeitsbestimmung gewährleisten (Erwägungsgrund 15).²⁰¹ Diesem zweiten Kriterium der Vorhersehbarkeit wird die *EuGH*-Rechtsprechung nicht gerecht.

Auch die in der Literatur erarbeiteten Ansätze werden dem Zweck der Sach- und Beweisnähe einerseits und dem Gebot der Vorhersehbarkeit andererseits nicht gerecht. Folglich ist der Schwerpunkt darauf zu legen, dass die Bestimmung des Schadensortes im Ergebnis rechtssicher und vorhersehbar gelingt. Insofern ist eine enge Auslegung des Wortlauts des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO geboten und nur

¹⁹⁶ Oberhammer (Fn. 18), S. 751 f.; Schack (Fn. 55), Rn. 345; Schwarx (Fn. 55), S. 157 ff.; Stadler (Fn. 55), S. 725 f.; Wendelstein (Fn. 55), S. 277.

¹⁹⁷ Fontana (Fn. 46), S. 289; vgl. Lutzj/Wilke, Brüssel Ia extendenda est? Zur Zukunft der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte in Zivil- und Handelssachen nach Ausweitung der EuGVVO, *RabelsZ* 86 (2022), 841 (851).

¹⁹⁸ So auch Oberhammer (Fn. 18), S. 751 f.; Schack (Fn. 55), Rn. 345; Schwarx (Fn. 55), S. 157 ff.; Stadler (Fn. 55), S. 725 f.; Wendelstein (Fn. 55), S. 277.

¹⁹⁹ Zur *forum conveniens* Doktrin aus dem englischen Recht Schröder (Fn. 11), S. 256 ff.

²⁰⁰ Vgl. Mankowski, in: *ECPII I* (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 339h.

²⁰¹ Statt aller Mankowski, in: *ECPII I* (Fn. 10), Art. 7 EuGVVO Rn. 22.

der Handlungsort als Schadensort reiner Vermögensschäden zu verstehen.²⁰² Der Wortlaut selbst zwingt ebenfalls nicht zu einer Auslegung, die den Schaden am Handlungs- und am Erfolgsort verortet.²⁰³ Wie gezeigt, lässt sich der Zweck der Vorschrift, Sach- und Beweisnähe zu gewährleisten, bei reinen Vermögensschäden am Erfolgsort oftmals nicht realisieren.²⁰⁴ Daher ist es folgerichtig, bei reinen Vermögensschäden auf den Erfolgsort zu verzichten.

Auf den Erfolgsort für reine Vermögensschäden zu verzichten, hat auch keine Auswirkungen auf Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO. Nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO kommt es für die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf den Erfolgsort an.²⁰⁵ Zwar sind die Rom II-VO und die EuGVVO parallel auszulegen, um einen Gleichlauf von *forum* und *ius* zu ermöglichen.²⁰⁶ Eine abweichende Auslegung der kollisionsrechtlichen und prozessrechtlichen Verordnungen kann aber gerechtfertigt sein, sofern dies sachlich erforderlich ist.²⁰⁷ Dies überzeugt, weil schon die hinter den beiden Verordnungen stehenden Interessen voneinander abweichen: Unter der EuGVVO kommt dem Schutz des Beklagten eine hohe Bedeutung zu (*actor sequitur forum rei*), hingegen soll im Kollisionsrecht das sachnächste Recht mit der *engsten* Verbindung Anwendung finden.²⁰⁸ Ferner kommen im Rahmen des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO regelmäßig mehrere Gerichtsstände in Betracht (etwa bei Verkehrsunfällen), während Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO immer nur das sachnächste Recht bestimmt.²⁰⁹

H. Überlegungen *de lege ferenda*

Dem Vernehmen nach wird an einer Reform der EuGVVO gearbeitet,²¹⁰ was im Hinblick auf die vorherrschende Rechtsunsicherheit bei der Lokalisierung von

²⁰² Fontana (Fn. 46), S. 291; Stadler (Fn. 55), S. 726; so wohl auch Hess, EuZPR, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 6.75.

²⁰³ Vgl. Stadler (Fn. 55), S. 726.

²⁰⁴ Siehe hierzu Teil **F. I. 2.**

²⁰⁵ Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO: „das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eintritt“ (Hervorhebung durch Verfasser); vgl. Magnus, in: ECPIII, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Rom II-VO Rn. 67.

²⁰⁶ Erwägungsgrund 7 der Rom II-VO; Junker, IPR, 4. Aufl. 2021, S. 30.

²⁰⁷ Würdinger, Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen und Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, RabelsZ 75 (2011), 102 (106).

²⁰⁸ Ebd.; vgl. auch Mankowski, Der Deliktsgerichtsstand am Handlungsort – die unterschätzte Option, in: FS Geimer, 2017, S. 429 (441).

²⁰⁹ Würdinger (Fn. 207), S. 108.

²¹⁰ Lehmann/Eichmüller (Fn. 54), S. 12; siehe auch Hess/Althoff/Bens/Elsner/Järvekülg, The Reform of the Brussels Ibis Regulation (2022), Research Paper Series 2022 (6), 15.11.2022, abrufbar unter: www.mpi.lu.

reinen Vermögensschäden unter Art. 7 Nr. 2 EuGVVO zu begrüßen ist. Es bieten sich folgende Überlegungen an:

Meyle schlägt vor, Art. 7 Nr. 2 EuGVVO dahingehend zu reformieren, reine Vermögensschäden von der Anwendbarkeit des besonderen Deliktsgerichtsstands auszuschließen, außer der Schaden trete „innerhalb eines betroffenen Marktes“ ein.²¹¹ Dann könne der geschädigte Anleger an seinem (Wohn-) Sitz klagen.²¹² Dies würde jedoch die Anleger aus kleineren Mitgliedstaaten gegenüber denen aus größeren Mitgliedstaaten benachteiligen, denn oftmals besteht in den kleineren Mitgliedstaaten gar kein Anlagemarkt.²¹³ Die geschädigten Anleger aus kleineren Mitgliedstaaten müssten folglich am allgemeinen Gerichtsstand des Beklagten klagen. Eine solche Ungleichbehandlung gilt es gerade in Anbetracht des Grundsatzes der Freizügigkeit in der EU (Art. 21 AEUV) zu vermeiden.²¹⁴

Es liegt näher, reine Vermögensschäden in den kapitalmarktrechtlichen Haftungsfällen von der Anwendbarkeit des besonderen Deliktsgerichtsstands auszuschließen und zugleich den Verbrauchergerichtsstand des Art. 18 EuGVVO auf deliktsrechtliche Haftungsfälle auszuweiten, sodass private Anleger auch auf zuständigkeitsrechtlicher Ebene geschützt werden. Wie gezeigt,²¹⁵ hat sich *de lege lata* kein Anlegerschutz unter der EuGVVO etabliert. Der Schutz der Emittenten hingegen ist, in Anbetracht der Tatsache, dass sich die Emittenten aus rein wirtschaftlichem Nutzen *bewusst* einem unbekanntem Anlegerpublikum zuwenden, nicht sachgerecht.²¹⁶ Es ist daher an einen Verbraucherdeliktsgerichtsstand zu denken.²¹⁷ Dann wären reine Vermögensschäden am jeweiligen Wohnsitz des privaten Anlegers zu lokalisieren.

I. Zusammenfassung in Thesen

1. Reine Vermögensschäden lassen sich nicht ohne weiteres an einem konkreten Schadensort festmachen, was zu Rechtsunsicherheiten bei der Zuständigkeitsbestimmung führt. Daher muss sich die Lokalisierung des Schadensortes reiner Vermögensschäden nach dem Sinn und Zweck des

²¹¹ *Meyle* (Fn. 102), S. 332 f.

²¹² *Meyle* (Fn. 102), S. 332 f.

²¹³ Vgl. *Rieländer* (Fn. 54), S. 43.

²¹⁴ *Ebd.*

²¹⁵ Siehe **F.I.1.a).**

²¹⁶ Vgl. *d'Avout*, Centralisation du contentieux indemnitaire contre les sociétés cotées en Europe (le reflux du forum actoris), *Rev. crit. dr. int. priv.* 2021, 672 (691).

²¹⁷ *Ebd.*

besonderen Deliktsgerichtsstands (Art. 7 Nr. 2 EuGVVO) richten, namentlich der Vorhersehbarkeit des Gerichtsstands sowie der Sach- und Beweisnähe der Gerichte zum Streitgegenstand.

2. Der Schadensort kann grundsätzlich am Handlungs- sowie am Erfolgsort liegen (sog. Ubiquitätsprinzip). Der Handlungsort reiner Vermögensschäden ist am Ort des ursächlichen Geschehens und so regelmäßig am Sitz des Schädigers zu verorten. Die Lokalisierung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden hingegen bereitet erhebliche Schwierigkeiten, da es an einem physischen Ort des deliktischen Erfolgs fehlt.

3. Aus der Rechtsprechung des *EuGH* zu den kapitalmarktrechtlichen Haftungsfällen geht keine stimmige Leitlinie zur Lokalisierung des Erfolgsortes reiner Vermögensschäden hervor. In der Rs. *Kronhofer* lehnte der *EuGH* den Ort der Vermögenszentrale ab. In der Rs. *Kolassa* bejahte der *EuGH* eine Zuständigkeit am Belegenheitsort des konkret betroffenen Vermögensbestandteils. Auf eine Gesamtbetrachtung aller spezifischen Gegebenheiten des Einzelfalls kam es in der Rs. *Löber* an. In der Rs. *VEB* kamen zu dieser Gesamtbetrachtung die Offenlegungspflichten am Ort der Börsennotierung hinzu.

Zwar kann die Gesamtabwägung der spezifischen Umstände im Einzelfall zu einem sachgerechten Ergebnis führen, insbesondere ist eine Sach- und Beweisnähe so nicht ausgeschlossen. Dies wird dem Kriterium einer im Ergebnis vorhersehbaren Zuständigkeitsbestimmung aber nicht gerecht.

4. Weder zu einer vorhersehbaren noch zu einer sachgerechten Lokalisierung führen auch die in der Literatur erarbeiteten Ansätze, die für den Erfolgsort abstellen auf (a) den Ort des Vertragsschlusses, (b) den Ort der Anlageentscheidung, (c) den Belegenheitsort der Wertpapiere, (d) den Belegenheitsort des Kontos oder (e) den Marktort.

Eine Sach- und Beweisnähe zum Erfolgsort reiner Vermögensschäden lässt sich regelmäßig nicht realisieren. Daher ist es folgerichtig, auf den Erfolgsort zu verzichten.

5. *De lege lata* kann es bei der Lokalisierung des Schadensortes reiner Vermögensschäden im Kapitalmarktdeliktsrecht folglich nur auf den Handlungsort ankommen, um dem Ziel einer rechtssicheren, vorhersehbaren und sachgerechten Bestimmung der Zuständigkeiten nach Art. 7 Nr. 2 EuGVVO gerecht zu werden.

De lege ferenda sollten reine Vermögensschäden im Kapitalmarktdeliktsrecht daher von der Anwendbarkeit des Art. 7 Nr. 2 EuGVVO ausgeschlossen werden. Zur Realisierung eines Anlegerschutzes auch auf zuständigkeitsrechtlicher Ebene ist für private Anleger aber an eine Ausdehnung des Verbraucherrichtsstands auf deliktische Ansprüche zu denken.

Miriam Wagner*

Das Urteil des *U.S. Supreme Court* in Sachen *TransUnion v. Ramirez*, 141 S.Ct. 2190 (2021) = 594 U.S. __ (2021) und mögliche Auswirkungen auf das Private Enforcement

Abstract

In *TransUnion v. Ramirez* entwickelte der *U.S. Supreme Court* seine Rechtsprechung über das Erfordernis des *standing* weiter. Abgeleitet aus Art. III U.S. Constitution ist *standing* eine Voraussetzung für den Zugang zur U.S.-amerikanischen Bundesgerichtsbarkeit. *Standing* dient dazu, die persönliche Betroffenheit des Klägers im Rechtsstreit sicherzustellen. In *TransUnion v. Ramirez* legte der *U.S. Supreme Court* die *standing*-Doktrin restriktiv aus und stellte so hohe Hürden vor die private Durchsetzung von Rechtsregeln, die dem Allgemeininteresse dienen. *TransUnion v. Ramirez* birgt damit das Potential, das *private enforcement* insgesamt erheblich einzuschränken.

In *TransUnion v. Ramirez* the *U.S. Supreme Court* developed its interpretation of the rules governing the plaintiff's standing in U.S. federal courts. Standing is required by Article III of the U.S. Constitution as a necessary prerequisite for the plaintiff to access the federal judicial system. Standing serves to ensure that the plaintiff is personally affected by the dispute. In *TransUnion v. Ramirez* the *U.S. Supreme Court* advanced a restrictive approach of the standing doctrine that puts high obstacles in the way of private plaintiffs seeking to enforce rules serving the general interest. Thus, *TransUnion v. Ramirez* has the potential to limit private enforcement as a whole significantly.

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und studiert in ihrem achten Studiensemester im Rahmen eines Auslandsstudienjahres an der Universität Cambridge. Der vorliegende Beitrag ist als Seminararbeit für das von Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard) und Prof. Dr. Christian Koller im Sommersemester 2022 angebotene Seminar „Private and Public Enforcement – Vom Kartellrecht über das Verbraucherrecht zu Klimaklagen“ entstanden.

A. Einleitung

Der Zugang zu den Bundesgerichten der USA setzt *standing* des Klägers voraus.¹ In der Rechtssache *TransUnion v. Ramirez*² entschied der *U.S. Supreme Court*³ in einer *class action* wegen Verstößen gegen den *Fair Credit Reporting Act*⁴ (FCRA), dass ein Großteil der Gruppenmitglieder (*class members*) mangels eigener Rechtsverletzung (*injury in fact*) kein *standing* hat.⁵ Dabei stellte er fest: „Private plaintiffs [...] are not charged with pursuing the public interest in enforcing a defendant’s general compliance with regulatory law.“⁶ Der Fall *TransUnion v. Ramirez* betrifft die Rechtsdurchsetzung durch Private insbesondere im Hinblick auf die Effektivität von gesetzlichem Schadensersatz (*statutory damages*) und *class actions* durch eine restriktive Handhabung des *standing*. Um die Bedeutung des Urteils zu erfassen, sollen im ersten Teil des Beitrags die rechtlichen Neuerungen in der Entscheidung herausgearbeitet und diskutiert werden. Im zweiten Teil werden die möglichen Auswirkungen dieser Neuerungen auf das *private enforcement* untersucht.

B. Rechtliche Neuerungen in *TransUnion v. Ramirez*

I. Sachverhalt und Entscheidung

Als *Ramirez* im Jahr 2011 ein Auto kaufen wollte, wurde dem Händler bei der Bonitätsprüfung für einen Kredit der Hinweis angezeigt, *Ramirez* stehe auf einer Liste von Schwerverbrechern des *Office of Foreign Assets Control* (OFAC).⁷ Der Vertragsschluss mit Personen auf dieser Liste ist rechtswidrig, sodass *Ramirez*’ Frau in ihrem Namen das Auto kaufen musste.⁸

Die Kreditauskunftei *TransUnion* bietet den sogenannten OFAC Name Screen Alert an.⁹ Dabei werden der Vor- und Nachname des Verbrauchers mit der OFAC-Liste verglichen und eine Übereinstimmung in der Kreditauskunft als „potential match“ vermerkt.¹⁰ Nach dem Autokauf erhielt *Ramirez* von *TransUnion* auf Anfrage seine Kreditauskunft, gemeinsam mit der nach 15 United States Code (U.S.C.) § 1681g(c)(2) erforderlichen

¹ *U. S. Supreme Court, Allen v. Wright*, 3.7.1984, 468 U.S. 737 (1984), 750.

² *U. S. Supreme Court*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2190 ff. (2021).

³ Im Folgenden nur *Supreme Court*.

⁴ 15 U.S.C. §§ 1681–1681x.

⁵ *U. S. Supreme Court, TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2214 (2021).

⁶ *Ebd.*, S. 2207.

⁷ *Ebd.*, S. 2201.

⁸ *Ebd.*

⁹ *Ebd.*

¹⁰ *Ebd.*

Rechtsbehelfsbelehrung, aber ohne Nennung des OFAC-Alarms.¹¹ Erst am folgenden Tag wurde Ramirez über den OFAC-Alarm schriftlich informiert, dabei fehlte aber die Rechtsbehelfsbelehrung.¹²

Ramirez verklagte als *class representative* im Rahmen einer *class action* TransUnion auf Schadensersatz wegen drei Verletzungen des FCRA: Erstens komme TransUnion beim Abgleich der Namen nicht der Pflicht aus 15 U.S.C. § 1681e(b) nach, durch angemessene Methoden („reasonable procedures“) die größtmögliche Richtigkeit der Informationen in den Kreditauskünften zu gewährleisten.¹³ Zweitens verletze der fehlende Hinweis auf den OFAC-Alarm im ersten Schreiben 15 U.S.C. § 1681g(a)(1), wonach dem Verbraucher auf Nachfrage alle Informationen in seiner Kreditauskunft zur Verfügung zu stellen sind.¹⁴ Drittens werde durch die fehlende Rechtsbehelfsbelehrung im zweiten Schreiben 15 U.S.C. § 1681g(c)(2) verletzt, wonach der Verbraucher mit jeder schriftlichen Auskunft eine Rechtsbehelfsbelehrung erhalten muss (beides: „Formatfehler“¹⁵).¹⁶

In der ersten Instanz wurde eine *class* mit allen Personen in den USA zugelassen, die von TransUnion in einem bestimmten Zeitraum Schreiben erhielten, die dem zweiten von Ramirez erhaltenen Schreiben entsprachen.¹⁷ Es wurde festgestellt, dass nur die Kreditauskünfte von 1853 Klägern während dieses Zeitraums Dritten offenbart wurden.¹⁸ Trotzdem wurde erkannt, dass alle 8185 Kläger *standing* haben.¹⁹ Der *Court of Appeals for the Ninth Circuit* als Rechtsmittelgericht bestätigte dies.²⁰

Der *Supreme Court* bejahte *standing* bezüglich des *reasonable procedures*-Anspruchs nur für die Kläger, deren Daten an Dritte weitergegeben wurden.²¹ Bezüglich der Formatfehler habe nur Ramirez *standing*.²²

¹¹ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2201 (2021).

¹² *Ebd.*, S. 2201 f.

¹³ *Ebd.*, S. 2202.

¹⁴ *Ebd.*

¹⁵ *Ebd.*, S. 2200.

¹⁶ *Ebd.*

¹⁷ U. S. District Court, N. D. California, *Ramirez v. TransUnion*, 24.7.2014, 301 F.R.D. 408, 426 (2014).

¹⁸ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2202 (2021).

¹⁹ U. S. District Court, N. D. California, *Ramirez v. TransUnion*, 17.10.2016, 2016 WL 6070490, 5 (2016).

²⁰ U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit, *Ramirez v. TransUnion*, 27.2.2020, 951 F.3d 1008, 1038 (2020).

²¹ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2214 (2021).

II. Standing

Nach dem *Supreme Court* ist die Kernfrage des Falls, ob die Kläger eine *concrete injury in fact* erlitten und damit *standing* haben.²³

Standing dient dem Ausschluss von abstrakten und hypothetischen Streitigkeiten vor den Bundesgerichten.²⁴ Es leitet sich als Ausfluss der Gewaltenteilung aus Art. III U.S. Constitution ab, der die Kompetenz der Bundesgerichtsbarkeit auf die Lösung von *cases* oder *controversies* beschränkt.²⁵ *Standing* hat drei Voraussetzungen: Der Kläger muss erstens die Verletzung eines eigenen rechtlich geschützten Interesses oder deren unmittelbares Bestehen nachweisen (*injury in fact*), die real und individuell ist (*concrete* und *particularized*).²⁶ Diese muss zweitens auf das beanstandete Verhalten des Beklagten zurückzuführen sein (*traceability*) und drittens durch den angestrebten Rechtsschutz beseitigt werden können (*redressability*).²⁷

Concrete ist nach dem *Supreme Court* i. S. v. tatsächlich oder real als Gegenbegriff zu abstrakt zu verstehen, aber nicht mit *tangible*, also „greifbar“ oder „körperlich“ gleichzusetzen.²⁸ Ausschlaggebend soll aufbauend auf *Spokeo, Inc. v. Robins*²⁹ sein, ob die Verletzung eng genug mit einer Rechtsverletzung verwandt ist, die von den Gerichten historisch oder im *common law* als ausreichende Rechtsverletzung anerkannt wurde.³⁰ Gefordert ist aber keine Identität, Ähnlichkeit soll ausreichen.³¹

²² U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2214 (2021).

²³ *Ebd.*, S. 2203 f.

²⁴ *Ebd.*, S. 2203; Hay, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 114.

²⁵ U. S. Supreme Court, *Allen v. Wright*, 3.7.1984, 468 U.S. 737 (1984), 750.

²⁶ Siehe nur U. S. Supreme Court, *Whitmore v. Arkansas*, 24.4.1990, 495 U.S. 149 (1990), 155; *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 12.6.1992, 504 U.S. 555 (1992), 560.

²⁷ Siehe nur U. S. Supreme Court, *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 1.6.1976, 426 U.S. 26 (1976), 41 f.; *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 12.6.1992, 504 U.S. 555 (1992), 560 f.

²⁸ U. S. Supreme Court, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 340; *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2204 (2021).

²⁹ U. S. Supreme Court, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 330 ff.

³⁰ *Ebd.*, S. 341 f.; U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2204 (2021).

³¹ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2204 (2021).

III. Neuerungen

Liest man das Urteil *TransUnion v. Ramirez*, scheinen die gefundenen Ergebnisse aus der reinen Anwendung bestehenden Rechts zu folgen.³² Doch näheres Hinschauen zeigt, dass signifikante Neuerungen enthalten sind.

1. Zusätzliche *injury in fact* bei Gesetzesverletzung

Trotz der Annahme, dass *TransUnion* gegen Pflichten aus dem FCRA verstieß,³³ verneint der *Supreme Court* das *standing* des Großteils der Kläger, da diese Verstöße bei ihnen keine zusätzliche *concrete injury in fact*³⁴ hervorriefen. Der zusätzliche Nachweis einer *injury in fact* wird gefordert, obwohl der FCRA ausdrücklich eine Ermächtigung zur gerichtlichen Durchsetzung seiner Bestimmungen und *statutory damages* vorsieht.³⁵

a) Selbstverständlichkeit oder Neuerung?

Dies wird als bedeutende Neuerung gesehen.³⁶ Der *Supreme Court* stützt sich insbesondere auf seine Rechtsprechung in *Spokeo, Inc. v. Robins*.³⁷ Doch gerade darin wurde auch erklärt, dass die Verletzung eines gesetzlich festgelegten Verfahrensrechts allein eine ausreichende *injury in fact* sein kann.³⁸ Auch diene das *injury in fact*-Erfordernis ursprünglich der Erweiterung des Zugangs zu Bundesgerichten bei der Verletzung von *public rights*,³⁹ also öffentlichen Interessen⁴⁰. In *TransUnion v. Ramirez* handelt es sich aber um *private rights*,⁴¹ also Rechte des Einzelnen⁴²: Die *reasonable procedures*-Pflicht besteht jedem einzelnen

³² Ebenso *Solove/Citron*, *Standing and Privacy Harms: A Critique of TransUnion v. Ramirez*, 101 B. U. L. Rev. Online 62, 65 (2021).

³³ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2208 (2021).

³⁴ *Ebd.*, S. 2214.

³⁵ 15 U.S.C. § 1681 n(a).

³⁶ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2221 (2021) (*Thomas* dissenting); *Solove/Citron* (Fn. 32), S. 65.

³⁷ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2204 f. (2021).

³⁸ U. S. *Supreme Court*, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 342.

³⁹ U. S. *Supreme Court*, *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 1.6.1976, 426 U.S. 26 (1976), 39; *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2219 (2021) (*Thomas* dissenting); *Hessick*, *Standing, Injury in Fact, and Private Rights*, 93 Cornell L. Rev. 275, 295 (2008).

⁴⁰ *Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England, 1765-1769*, Book the Fourth: Of Public Wrongs, S. 5, abrufbar unter: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp (zuletzt abgerufen am 25.5.2023); *Nelson*, *Adjudication in the Political Branches*, 107 Colum. L. Rev. 559, 566 (2007).

⁴¹ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2218 (2021) (*Thomas* dissenting).

⁴² *Hessick* (Fn. 39), S. 280.

Verbraucher gegenüber und jeder Einzelne hat das Recht, vollständige Informationen mit einer Rechtsbehelfsbelehrung zu erhalten.⁴³ In den vom *Supreme Court* zur Unterstützung seiner Position angeführten Urteilen *U.S. v. Eichmann*,⁴⁴ *Raines v. Byrd*⁴⁵ und *Muskrat v. U.S.*⁴⁶ geht es aber um die Rechtmäßigkeit von Gesetzen, also um öffentliche Interessen. Außerdem stellte der *Supreme Court* in dem ebenfalls zitierten Urteil *Lujan v. Defenders of Wildlife*⁴⁷ klar, dass trotz seiner Entscheidung die Verletzung eines gesetzlichen Rechts *standing* begründen kann.⁴⁸ Zwar scheint der Fall *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*⁴⁹ in einer Fußnote klarzustellen, dass die Verletzung eines gesetzlichen Rechts alleine nicht ausreicht.⁵⁰ Darin stützt sich der *Supreme Court* aber auf das Urteil *Warth v. Seldin*⁵¹, in dem auch anerkannt wird, dass allein das Bestehen eines Gesetzes zu *standing* führen kann.⁵² Und gerade im zitierten Fall *Marbury v. Madison*⁵³ wird gesagt, dass es für jede Verletzung eines Rechts auch einen Rechtsbehelf gibt.⁵⁴ Der Versuch des *Supreme Court*, die Forderung des zusätzlichen Nachweises einer *injury in fact* aus der bisherigen Rechtsprechung abzuleiten, überzeugt daher wenig. Dem Schrifttum⁵⁵ ist zuzustimmen, dass diese Forderung in ihrer Absolutheit neu ist.

b) *Untervandern der Gewaltenteilung*

Der *Supreme Court* argumentiert, der zusätzliche Nachweis einer *injury in fact* sei zur Wahrung der Gewaltenteilung zwingend.⁵⁶ Er befürchtet Übergriffe in den Bereich der Exekutive, denn es bestünde die Gefahr, dass jeder gesetzlich ermächtigt werden könnte, gegen jeden, der gegen ein Bundesgesetz verstößt, auf Schadensersatz zu klagen, wodurch Private entgegen ihrer Rolle das öffentliche Interesse der Gesetzestreue verfolgen würden.⁵⁷ Dies sei aber

⁴³ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2218 (2021) (Thomas dissenting).

⁴⁴ U. S. *Supreme Court*, 11.6.1990, 496 U.S. 310 (1990), 310 ff.

⁴⁵ U. S. *Supreme Court*, 26.6.1997, 521 U.S. 811 (1997), 811 ff.

⁴⁶ U. S. *Supreme Court*, 23.1.1911, 219 U.S. 346 (1911), 346 ff.

⁴⁷ U. S. *Supreme Court*, 12.6.1992, 504 U.S. 555 (1992), 555 ff.

⁴⁸ *Ebd.*, S. 578.

⁴⁹ U. S. *Supreme Court*, 1.6.1976, 426 U.S. 26 (1976), 26 ff.

⁵⁰ *Ebd.*, S. 41, Fn. 22.

⁵¹ U. S. *Supreme Court*, 25.6.1975, 422 U.S. 490 (1975), 490 ff.

⁵² *Ebd.*, S. 514.

⁵³ U. S. *Supreme Court*, 1.2.1803, 1 Cranch 137 (1803), 137 ff.

⁵⁴ *Ebd.*, S. 163.

⁵⁵ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2221 (2021) (Thomas dissenting); *Solove/Citron* (Fn. 32), S. 65.

⁵⁶ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2207 (2021).

⁵⁷ *Ebd.*, S. 2206 f.

Aufgabe der Exekutive, die auch darüber entscheidet, welche Rechtsverstöße wie intensiv verfolgt werden.⁵⁸

Doch lässt sich schon bezweifeln, ob Gewaltenteilungserwägungen bei der Durchsetzung privater Rechte überhaupt relevant sind. Denn *standing* soll gerade sicherstellen, dass nur private Interessen durchgesetzt werden.⁵⁹ Daher wird die Forderung einer zusätzlichen *injury in fact* bei Verstößen gegen private Rechte für überflüssig gehalten.⁶⁰ Auch sei es die Aufgabe der Judikative, Einzelne gegen Übergriffe anderer zu schützen, sodass derjenige, dem ein Recht zugedacht ist, immer *standing* aufweise.⁶¹ Das überzeugt, da die Verletzung eines *private rights* „automatisch“ private Interessen betrifft.

Auch ist zu beachten, dass die Exekutive nach der Rechtsprechung nur öffentliche Interessen durchsetzt.⁶² Sie ist gerade nicht dazu ermächtigt, private Rechte einzelner Privater durchzusetzen.⁶³ Da im Fall der Verletzung von Gesetzen nur die Durchsetzung von Rechten, die die Legislative schon geschaffen hat, im Raum steht, ist auch kein Übergriff der Judikative in den Bereich der Legislative zu befürchten.⁶⁴ In der Forderung des Nachweises einer zusätzlichen *injury in fact* wird vielmehr die Unterwanderung des Gewaltenteilungsprinzips gesehen.⁶⁵ Dem ist zuzustimmen. Denn tatsächlich versetzt sich der *Supreme Court* unter dem Deckmantel der Gewaltenteilung in die Rolle, bestimmen zu können, welche privaten Interessen so schützenswert sind, dass sie gerichtlich verfolgt werden können,⁶⁶ und macht so die Gesetzgebung gegenstandslos. Es ist aber die Funktion der Legislative, durch Gesetze politische Entscheidungen umzusetzen,⁶⁷ wozu auch die Entscheidung gehört, wer rechtlich besonders geschützt wird. Die Judikative kann zwar

⁵⁸ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2207 (2021).

⁵⁹ Siehe oben **B. II.**

⁶⁰ *Hessick* (Fn. 39), S. 277.

⁶¹ *Scalia*, *The Doctrine of Standing as an Essential Element of the Separation of Powers*, 17 *Suffolk U. L. Rev.* 881, 894 (1983).

⁶² U. S. *Supreme Court*, *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 12.6.1992, 504 U.S. 555 (1992), 576.

⁶³ *Hessick*, *The Separation-of-Powers Theory of Standing*, 95 *N. C. L. Rev.* 673, 704 (2017).

⁶⁴ *Ebd.*

⁶⁵ *Ebd.*, S. 318; *Solove/Citron* (Fn. 32), S. 70; *o. V.*, *Article III Standing – Separation of Powers – Class Actions – TransUnion LLC v. Ramirez*, 135 *Harv. L. Rev.* 333, 342 (2021); *Chemerinsky*, *What’s Standing after TransUnion LLC v. Ramirez*, 96 *N.Y.U. L. Rev. Online* 269, 290 (2021).

⁶⁶ Vgl. *Chemerinsky* (Fn. 65), S. 289.

⁶⁷ Vgl. Art. I U.S. Constitution.

verfassungswidrige Gesetze unangewendet lassen,⁶⁸ muss aber ansonsten bestehendes Recht anwenden⁶⁹. Der *Supreme Court* beschränkt die Macht der Legislative, gerichtlich durchsetzbare Rechte zu schaffen,⁷⁰ und dehnt – trotz der Betonung, *standing* begrenze die Judikative⁷¹ – seine Befugnisse aus. Auch die Gewaltenteilungsargumentation überzeugt nicht.

2. Risiko als *concrete injury in fact*

Die Kläger führen unter Berufung auf das Urteil *Spokeo, Inc. v. Robins*⁷² an, dass das materielle Risiko einer Rechtsverletzung für *standing* ausreiche.⁷³ Sie seien dem Risiko der aus der Weitergabe der Kreditauskünfte mit den OFAC-Alarmierungen an Dritte resultierenden Verletzung ausgesetzt.⁷⁴ Der *Supreme Court* hingegen erkannte, dass bei auf Schadensersatz gerichteten Klagen generell ein Risiko, das nicht selbst schon eine andere Verletzung darstellt, nicht als *injury in fact* ausreicht.⁷⁵ Auch sei die bloße Existenz falscher Informationen in einer Kreditauskunft noch keine *injury in fact*.⁷⁶ Zudem sei das Risiko einer Weitergabe der Kreditauskünfte an Dritte nicht konkret genug gewesen.⁷⁷ Auch wenn sich diese letzten beiden Aussagen überzeugend kritisieren lassen,⁷⁸ sollen die folgenden Ausführungen nur auf die über den konkreten Fall hinausgehende Feststellung eingehen, ein Risiko sei bei Schadensersatzklagen keine ausreichende *injury in fact*.

a) Begründung des Supreme Court

Der *Supreme Court* betont zunächst, dass es im Fall *Clapper v. Amnesty International USA*,⁷⁹ auf den sich das Urteil *Spokeo, Inc. v. Robins* an der entsprechenden Stelle stützt,⁸⁰ um eine Unterlassungsklage (*injunctive relief*) ging, die – anders als eine retrospektive Schadensersatzklage – prospektiv mögliches zukünftiges

⁶⁸ U. S. *Supreme Court*, *Marbury v. Madison*, 1.2.1803, 1 Cranch 171 (1803), 177 f.

⁶⁹ *Citron/Solove*, *Privacy Harms*, 102 B. U. L. Rev. 793, 813 (2022).

⁷⁰ *Chemerinsky* (Fn. 65), S. 290; U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2221 (2021) (*Thomas* dissenting); vgl. *Hessick* (Fn. 39), S. 320.

⁷¹ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2203 (2021).

⁷² U. S. *Supreme Court*, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 341.

⁷³ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2210 (2021).

⁷⁴ *Ebd.*

⁷⁵ *Ebd.*, S. 2210 f., S. 2213.

⁷⁶ *Ebd.*, S. 2210.

⁷⁷ *Ebd.*, S. 2212.

⁷⁸ *Ebd.*, S. 2225 f. (*Kagan* dissenting).

⁷⁹ U. S. *Supreme Court*, 26.2.2013, 568 U.S. 398 (2013), 398 ff.

⁸⁰ U. S. *Supreme Court*, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 341.

Verhalten des Beklagten betrifft.⁸¹ Der *Supreme Court* betont, dass sich die Erfordernisse für *standing* je nach Klageziel unterscheiden, weshalb diese Rechtsprechung nicht auf die vorliegende auf Schadensersatz gerichtete Klage übertragbar sei.⁸² Es werde sich durch Zeitablauf zeigen, ob sich das Risiko verwirkliche.⁸³ Erst dann sei die so entstandene Verletzung Grundlage des *standing*.⁸⁴

b) Kritik und Stellungnahme

Justice Thomas sieht in seinem Sondervotum (*dissenting opinion*) in der Argumentation des *Supreme Court* eine Fehlinterpretation des Urteils *Spokeo, Inc. v. Robins*.⁸⁵ Dort sei nicht nur eindeutig entschieden, dass das Risiko einer Verletzung auch weiter als *injury in fact* ausreichen kann.⁸⁶ Auch habe der *Supreme Court* den Fall an den *Ninth Circuit* zurückverwiesen, damit dieser entscheide, ob das Risiko hoch genug sei, um eine *concrete injury in fact* zu bilden.⁸⁷ Hinzu komme, dass im Fall *Spokeo, Inc. v. Robins* kein *injunctive relief* angestrebt worden sei.⁸⁸ Gleichwohl habe sich der *Supreme Court* auf *Clapper v. Amnesty Int'l USA* bezogen.⁸⁹ Damit sei die Argumentation des *Supreme Court* inkonsistent, wenn er jetzt unter Berufung auf dasselbe Urteil meine, dass ein Risiko bei Schadensersatzklagen nicht als *injury in fact* ausreiche.

Andere kritisieren, dass potentielle Kläger nun gezwungen sind, Schäden eintreten zu lassen, wodurch unnötige Schädigungen und Leid provoziert würden.⁹⁰ Solche Schäden können irreversibel sein, sodass ihr Herbeiführen unzumutbar erscheine. Die Forderung nach dem Abwarten der Verwirklichung des Risikos erschwere auch bei Eintritt der Rechtsverletzung den Beweis von *standing*, da bei zunehmendem Zeitablauf – gerade in Datenschutzfällen – der

⁸¹ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2210 (2021).

⁸² *Ebd.*

⁸³ *Ebd.*, S. 2211.

⁸⁴ *Ebd.*

⁸⁵ *Ebd.*, S. 2222 (*Thomas* dissenting).

⁸⁶ *Ebd.*; U. S. *Supreme Court*, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 341.

⁸⁷ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2222 (2021) (*Thomas* dissenting).

⁸⁸ Vgl. U. S. *Court of Appeals, Ninth Circuit*, *Robins v. Spokeo, Inc.*, 4.2.2014, 742 F.3d 409, 414 (2014).

⁸⁹ U. S. *Supreme Court*, *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 341.

⁹⁰ *Citron/Solove* (Fn. 69), S. 840.

Beweis der *traceability* immer schwieriger werde.⁹¹ Das Ergebnis des *Supreme Court* überzeugt daher nicht.

3. *Standing* eines jeden *class member*

Der *Supreme Court* erklärte auch, dass jeder *class member standing* haben muss, um persönlich Schadensersatz zu erhalten, und dies in jedem Verfahrensstadium beweisen muss.⁹²

a) Class action

Zur besseren Einordnung der Aussage sollen kurz die Grundzüge der *class action* dargestellt werden. Die *class action* ist eine Ausnahme von dem U.S.-amerikanischen Rechtsgrundsatz, dass man nur durch ein Verfahren, in dem man selbst Partei war, gebunden wird⁹³. So kann ein Vertreter (*class representative*) für andere Personen in der gleichen Situation⁹⁴ ein Gerichtsverfahren durchführen, dessen Entscheidung auch für diese Bindungswirkung entfaltet.⁹⁵ Anders als die Vertreter bleiben diese anderen, die *absent class members*, passiv.⁹⁶ Rule 23 Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) erfordert die Zulassung (*certification*) einer *class*.⁹⁷ Rule 23(a) FRCP setzt voraus, dass die Zahl der *class members* so hoch ist, dass die Klagehäufung (*joinder*) impraktikabel wäre (*numerosity*), es alle gleichermaßen betreffende Rechts- oder Tatsachenfragen gibt (*commonality*), die Ansprüche des Vertreters typisch für die *class* sind (*typicality*) und er die Interessen der *class* angemessen vertritt (*adequacy of representation*).⁹⁸

⁹¹ U. S. District Court, N. D. California, *In re Adobe Systems, Inc. Privacy Litig.*, 4.9.2014, 66 F.Supp.3d 1197, 1215, Fn. 5 (2014).

⁹² U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2208 (2021).

⁹³ U. S. Supreme Court, *Hansberry v. Lee*, 12.11.1940, 311 U.S. 32 (1940), 40; *Martin v. Wilks*, 12.6.1989, 490 U.S. 755 (1989), 761.

⁹⁴ *Clark*, in: *Clark/Ansary, Introduction to the Law of the United States*, 2. Aufl. 2002, S. 400.

⁹⁵ *Yeazell*, *Civil Procedure*, 8. Aufl. 2012, S. 861; *Silberman/Stein/Wolff*, *Civil Procedure Theory and Practice*, 4. Aufl. 2013, S. 1005.

⁹⁶ U. S. Supreme Court, *Phillips Petroleum Co. v. Shutts*, 26.6.1985, 472 U.S. 797 (1985), 810.

⁹⁷ *D'Andrea*, *Does Article III Require Putative Unnamed Class Members to Demonstrate Standing?*, 5 L.M.U. L. Rev. 79, 82 f. (2017); *Guttmann*, *Absent Class Members: Are They Really Absent – The Relationship between Absent Class Members and Class Counsel with Regards to the Attorney-Client and Work Product Privileges*, 7 *Cardozo Pub. L. Pol'y & Ethics J.* 493, 496 (2009).

⁹⁸ Vgl. *Silberman/Stein/Wolff* (Fn. 95), S. 1014 ff.; *Clark* (Fn. 94), S. 401.

In der in *TransUnion v. Ramirez* einschlägigen⁹⁹ und in der Praxis wichtigsten¹⁰⁰ Fallgruppe nach Rule 23(b)(3) FRCP ist zusätzlich erforderlich, dass die gemeinsamen Fragen gegenüber individuellen Fragen vorherrschen (*predominance*) und die *class action* anderen Möglichkeiten zur fairen und effizienten gerichtlichen Entscheidung des Streits überlegen ist (*superiority*).

b) Standing und class certification

Unter den Rechtsmittelgerichten auf Bundesebene herrscht Uneinigkeit, ob vor der Zulassung einer *class* nur *standing* des *class representative*¹⁰¹ oder aller *class members*¹⁰² gezeigt werden muss. Dazu wollte sich der *Supreme Court* in *TransUnion v. Ramirez* zwar ausdrücklich nicht positionieren.¹⁰³ Doch verwies er den Fall mit der Anweisung zurück, dass zunächst die Zulassung der *class* im Lichte der Erwägungen zum *standing* überdacht werden solle.¹⁰⁴ Auch hielt er eine Stellungnahme zur *typicality* für entbehrlich.¹⁰⁵ Der *Supreme Court* bemerkte zusätzlich, dass die Kläger in allen Verfahrensstadien – also auch bei der Zulassung – *standing* haben müssen.¹⁰⁶ Das könnte darauf hindeuten, dass er für die Zulassung *standing* aller *class members* voraussetzt.¹⁰⁷

Die Entscheidung könnte auch indirekt die *class certification* betreffen. So könnte bei fehlendem *standing* einiger *class members* die *typicality* fehlen.¹⁰⁸ Wenn sich die den Anspruch begründenden Umstände zu sehr unterscheiden, lässt sich aber auch an der *commonality* und der *adequacy of representation* zweifeln. Beide sind mit

⁹⁹ U. S. District Court, N. D. California, *Ramirez v. TransUnion*, 24.7.2014, 301 F.R.D. 408, 420 f. (2014).

¹⁰⁰ Poelzig, Normdurchsetzung durch Privatrecht, 2012, S. 68.

¹⁰¹ U. S. Court of Appeals, Seventh Circuit, *Koben v. Pacific Inv. Mangement Co.*, 7.7.2009, 571 F.3d 672, 676 (2009); U. S. Court of Appeals, Third Circuit, *Neale v. Volvo Cars of North America*, 22.7.2015, 794 F.3d 353, 362 (2015).

¹⁰² U. S. Court of Appeals, Second Circuit, *Denney v. Deutsche Bank AG*, 31.3.2006, 443 F.3d 253, 264 (2006); U. S. Court of Appeals, Eighth Circuit, *Halvorson v. Auto-Owners Ins. Co.*, 3.7.2013, 718 F.3d 773, 779 (2013).

¹⁰³ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2208, Fn. 4 (2021).

¹⁰⁴ *Ebd.*, S. 2214.

¹⁰⁵ *Ebd.*

¹⁰⁶ *Ebd.*, S. 2208.

¹⁰⁷ Ebenso *Song/Winner*, A Closer Look: Standing at Class Certification After *TransUnion v. Ramirez*, Covington Inside Class Actions v. 1.2.2022, abrufbar unter: <https://www.insideclassactions.com/2022/02/01/standing-at-class-certification-after-transunion-v-ramirez/> (zuletzt abgerufen am: 25.5.2023).

¹⁰⁸ Vgl. U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit, *Ramirez v. TransUnion*, 27.2.2020, 951 F.3d 1008, 1033 (2020).

der *typicality* eng verbunden.¹⁰⁹ Bei diesen Erwägungen muss aber die Unterscheidung von *standing* und *class certification* bedacht werden: *Standing* betrifft mit der Zuständigkeit des Gerichts die Zulässigkeit der Klage insgesamt, Rule 23 FRCP hingegen die *class certification*, mithin die Verfahrensart.¹¹⁰ Zwar kann mit fehlendem *standing* einiger *class members* auch fehlende *typicality* einhergehen. Doch ergibt sich das nicht zwingend. So könnte man in *TransUnion v. Ramirez* *typicality* mit der Erwägung bejahen, dass alle Ansprüche sich auf Verletzungen des FCRA stützen, *standing* aber mangels zusätzlicher *injury in fact* verneinen.

Dennoch könnte das *predominance*-Erfordernis betroffen sein. Es soll sicherstellen, dass es überhaupt möglich ist, *class*-weit zur Lösung des Streits führende Antworten auf die Rechtsfragen zu finden.¹¹¹ Steht das *standing* einzelner *class members* in Frage, muss es nach *TransUnion v. Ramirez* im Zweifel individuell überprüft werden.¹¹² So kann das Vorherrschen gemeinsamer Fragen nach Rule 23(b)(3) FRCP in Zweifel stehen.

c) Standing in späteren Verfahrensstadien

Wegen der ausdrücklichen Distanzierung des *Supreme Court* von Fragen der Zulassung,¹¹³ soll nun das Erfordernis des Nachweises von *standing* für *absent class members* in späteren Verfahrensstadien¹¹⁴ betrachtet werden.

aa) Kontroverse in der Literatur

Während teilweise der Nachweis von *standing* für alle *class members* auch nach der Zulassung gefordert wird,¹¹⁵ halten andere das für unnötig und dem Zweck der *class action* zuwiderlaufend.¹¹⁶

¹⁰⁹ U. S. Supreme Court, *General Telephone Company of the Southwest v. Falcon*, 14.6.1982, 457 U.S. 147 (1982), 157, Fn. 13.

¹¹⁰ Eichholtz, Die US-amerikanische Class Action und ihre deutschen Funktionsäquivalente, 2002, S. 80.

¹¹¹ Nagareda, Class Certification in the Age of Aggregate Proof, 84 N.Y.U. L. Rev. 97, 132 (2009); U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit, *Hanlon v. Chrysler Corp.*, 9.6.1998, 150 F.3d 1011, 1022 (1998).

¹¹² Vgl. U. S. District Court, D. Kansas, *In re EpiPen (Epinephrine Injection, USP) Mktg., Sales Pracs. & Antitrust Litig.*, 15.12.2021, 2021 WL 5918912, 5 (2021).

¹¹³ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2208, Fn. 4 (2021).

¹¹⁴ *Ebd.*, S. 2208.

¹¹⁵ *Ebd.*; U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit, *Ramirez v. TransUnion*, 27.2.2020, 951 F.3d 1008, 1023 f. (2020); Evangelis/Hamburger, Article III Standing and Absent Class Members, 64 Emory L. J. 383, 394 f. (2014).

Vertreter der ersten Ansicht argumentieren, dass die *absent class members* auch als Einzelkläger *standing* nachweisen müssten und dieses Erfordernis nicht wegfallen könne, nur, weil sie Teil einer zugelassenen *class* sind.¹¹⁷ Außerdem erfordere Art. III U.S. Constitution, dass alle Parteien *standing* haben.¹¹⁸ Da *absent class members* zumindest in gewissen Bereichen als Parteien zu sehen sind,¹¹⁹ müssten sie folglich auch *standing* nachweisen.¹²⁰ Zudem erfordere *due process* die Möglichkeit der Beklagten, jede mögliche Verteidigung vorzunehmen.¹²¹ Die Möglichkeit, das *standing* der Kläger in Frage zu stellen, könne ihnen aber nicht einfach nach Zulassung der *class* genommen werden.¹²² Der Rules Enabling Act (REA)¹²³ verbietet es, Rule 23 FRCP so zu interpretieren, dass materielle Rechte (*substantive rights*) verkürzt, ausgedehnt oder verändert werden.¹²⁴ Müsste für *absent class members* kein *standing* gezeigt werden, wäre ihnen die Rechtsverfolgung vor Bundesgerichten ohne *standing* möglich, was zu einer Ausdehnung ebendieses Rechts führe.¹²⁵

Andere sehen im Zugang zur Bundesgerichtsbarkeit kein materielles Recht i. S. d. REA.¹²⁶ Die Durchsetzung eines Rechts vor Bundesgerichten sei nur ein anderer prozessualer Weg der Rechtsdurchsetzung.¹²⁷ Sie berufen sich auch auf die Funktion der *class action* als prozessuales Mittel, um durch wenige Repräsentanten die Klagen vieler gerichtlich zu entscheiden.¹²⁸ Würde man den Nachweis des *standing* der *absent class members* fordern, würden aber wieder Einzelklagen entstehen.¹²⁹

¹¹⁶ *O. V.*, Class Action Law – Article III Standing – Ninth Circuit Holds that Absent Class Members Must Satisfy Article III Standing at the Damages Phase of a Class Action., 134 Harv. L. Rev. 1286, 1286 (2021); vgl. *Davis/Cramer/May*, The Puzzle of Class Actions with Uninjured Members, 82 Geo. Wash. L. Rev. 858, 862 f. (2014).

¹¹⁷ *Evangelis/Hamburger* (Fn. 115), S. 392.

¹¹⁸ *Ebd.*, S. 393 f.

¹¹⁹ U. S. Supreme Court, *Denlin v. Scardelletti*, 10.6.2002, 536 U.S. 1 (2002), 10.

¹²⁰ *Evangelis/Hamburger* (Fn. 115), S. 393.

¹²¹ U. S. Supreme Court, *American Surety Co. v. Baldwin*, 14.11.1932, 287 U.S. 156 (1932), 168; *Lindsey v. Normet*, 32.2.1972, 405 U.S. 56 (1972), 66.

¹²² *Evangelis/Hamburger* (Fn. 115), S. 393.

¹²³ 28 U.S.C. §§ 2072-2077.

¹²⁴ U.S. Supreme Court, *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, 20.6.2011, 564 U.S. 338 (2011), 367.

¹²⁵ *Evangelis/Hamburger* (Fn. 115), S. 393; U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit, *Ramirez v. TransUnion*, 27.2.2020, 951 F.3d 1008, 1023 (2020).

¹²⁶ *O. V.* (Fn. 116), S. 1293; *Davis/Cramer/May* (Fn. 116), S. 885.

¹²⁷ *O. V.* (Fn. 116), S. 1293.

¹²⁸ *Ebd.*

¹²⁹ *Ebd.*; *D'Andrea* (Fn. 97), S. 108 f.

bb) Stellungnahme

Der zweiten Ansicht ist darin zuzustimmen, dass der REA den Nachweis von *standing* nicht erfordert. Eine Regelung ist prozessual, wenn sie nur die Art der Durchsetzung des anerkannten materiellen Rechts regelt.¹³⁰ Da Art. III U.S. Constitution nicht für die Staatengerichte gilt,¹³¹ beeinflusst das *standing* nur das Forum. Bei Ansprüchen aus Bundesrecht ändert sich das materielle Recht nicht. Dafür spricht auch ein Vergleich mit Schiedsklauseln. Nach dem *Supreme Court* beeinflussen diese das Forum und die Art der Prozessführung, nicht aber das materielle Recht.¹³²

Die befürchtete Individualisierung des Prozesses¹³³ ist zwar nicht zwingend, weil die Erfordernisse der *commonality* und *typicality* bei der Zulassung der *class* schon eine gewisse Filterfunktion haben. Jedoch sind nicht unbedingt alle *absent class members* namentlich bekannt und erreichbar. Dem Repräsentanten kann so die Möglichkeit fehlen, ihr *standing* nachzuweisen. Dann muss der *absent class member* entgegen seiner Rolle selbst aktiv werden, um die Durchsetzung seines Rechts zu sichern. Das stellt in der Tat den Zweck und unter Umständen auch nach Rule 23(b)(3) FRCP die Möglichkeit einer *class action* in Frage.

Ihre passive Rolle kann aber gewahrt werden, wenn man an den Nachweis des *standing* der *absent class members* geringere Anforderungen stellt als an den des Vertreters und allgemeinere Ausführungen zulässt.¹³⁴ Außerdem bindet das Endurteil auch die *absent class members*.¹³⁵ Es wäre tatsächlich absurd, wenn sie das erzielte Ergebnis als Einzelkläger nicht erreichen können, als passive *absent class members* aber schon. Die erste Ansicht scheint nach der Rechtsprechung des *Supreme Court*¹³⁶ folgerichtig.

4. Zwischenfazit

Der Fall *TransUnion v. Ramirez* birgt drei teils fragwürdige rechtliche Neuerungen: Die Verletzung eines gesetzlichen Rechts allein reicht nicht aus, um *standing* zu begründen. Das Risiko einer Rechtsverletzung ist bei

¹³⁰ U. S. Supreme Court, *Guaranty Trust Co. v. York*, 18.6.1945, 326 U.S. 99 (1945), 109.

¹³¹ U. S. Supreme Court, *ASARCO, Inc. v. Kadish*, 30.5.1989, 490 U.S. 605 (1989), 617.

¹³² U. S. Supreme Court, *Viking River Cruises, Inc. v. Moriana*, 15.6.2022, 142 S.Ct. 1906, 1919 (2022).

¹³³ O. V. (Fn. 116), S. 1286.

¹³⁴ Vgl. *Davis/Cramer/May* (Fn. 116), S. 862 f.

¹³⁵ Siehe nur U. S. Supreme Court, *Hansberry v. Lee*, 12.11.1940, 311 U.S. 32 (1940), 41.

¹³⁶ U. S. Supreme Court, *Allen v. Wright*, 3.7.1984, 468 U.S. 737 (1984), 750; *Spokeo, Inc. v. Robins*, 16.5.2016, 578 U.S. 330 (2016), 338.

Schadensersatzklagen keine *injury in fact*. Alle, auch *absent class members* müssen *standing* nachweisen.

C. Auswirkungen auf das *private enforcement*

Um die möglichen Auswirkungen dieser rechtlichen Neuerungen auf das *private enforcement* zu erfassen, sind kurz dessen Grundzüge zu betrachten.

I. *Private enforcement*

Das Konzept des *private enforcement* basiert darauf, zur Durchsetzung von Regeln nicht nur staatliche Behörden, sondern auch Private als „private attorney general“¹³⁷ einzusetzen.¹³⁸ Das *private enforcement* dient dabei nicht nur der Durchsetzung der einzelnen privatrechtlichen Regel, sondern bezweckt die Durchsetzung der dahinterstehenden übergeordnete Allgemeininteressen schützenden Normen.¹³⁹ In den USA mag unter anderem eine in der U.S.-amerikanischen Mentalität verankerte Skepsis gegenüber staatlichen Stellen zur starken Ausprägung des *private enforcement* beigetragen haben.¹⁴⁰ Das *private enforcement* kann aber auch der Unterstützung überforderter staatlicher Stellen dienen.¹⁴¹ Durch das höhere Informationsniveau der direkt Betroffenen kann das *private enforcement* außerdem die Verfolgung von Rechtsverstößen vereinfachen.¹⁴² Effektives *private enforcement* erfordert eine Kombination von materiell-rechtlichen und prozessrechtlichen Bestimmungen,¹⁴³ die Anreize für die Privaten setzen, ihre Rechte zu verfolgen,¹⁴⁴ aber auch zur Abschreckung

¹³⁷ U. S. Court of Appeals, Second Circuit, *Associated Industries of New York State v. Ickes*, 8.2.1943, 134 F.2d 694, 704 (1943).

¹³⁸ Kern, Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement, ZZPInt 12 (2007), 351 (356); ders., Restrukturierung als „private enforcement“, in: FS Ebke, 2021, S. 509 (510); Stürner, Die verweigerte Zustellungshilfe für U.S.-Klagen oder der „Schuss übers Grab“, JZ 2006, 60 (67); Coffee, Rescuing the Private Attorney General: Why the Model of the Lawyer as Bounty Hunter Is Not Working, 42 Md. L. Rev. 215, 216 (1983).

¹³⁹ Kern, Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement, ZZPInt 12 (2007), 351 (357); ders., Restrukturierung als „private enforcement“, in: FS Ebke, 2021, S. 509 (511); Buxbaum, The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Antitrust Litigation, 26 Yale J. Int'l L. 219, 222 (2001); vgl. Poelzig (Fn. 100), S. 26.

¹⁴⁰ Kern, Private Law Enforcement versus Public Law Enforcement, ZZPInt 12 (2007), 351 (372); Burbank/Farhang/Kritzer, Private Enforcement, 17 Lewis & Clark L. Rev. 637, 645 (2013).

¹⁴¹ Kern (Fn. 140), S. 360; Solove/Citron (Fn. 32), S. 70.

¹⁴² Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352 (446).

¹⁴³ Poelzig (Fn. 100), S. 53.

¹⁴⁴ Burbank/Farhang/Kritzer (Fn. 140), S. 675.

oder sogar Bestrafung¹⁴⁵ des rechtswidrig Handelnden beitragen. Das Privatrecht wird so verhaltenssteuernd instrumentalisiert.¹⁴⁶ Als Beispiele aus dem amerikanischen Recht seien hier nur die „American Rule“, *punitive* und *treble damages* oder die *pre-trial discovery* genannt.¹⁴⁷

II. *Private enforcement* nach *TransUnion v. Ramirez*

Der *Supreme Court* erklärt in *TransUnion v. Ramirez*, dass es nicht Aufgabe privater Kläger sei, das öffentliche Interesse an der Regeltreue der Beklagten zu verfolgen.¹⁴⁸ Das widerspricht der langen Geschichte der Rechtsdurchsetzung durch Private in den USA¹⁴⁹ und entzieht ihr die Grundlage. Denn jede Durchsetzung eines privaten Rechts betrifft auch die Normbefolgung durch den Beklagten.

1. Wirksamkeitsverlust von *statutory damages*

Der FCRA ordnet für jede Person, die vorsätzlich eine seiner Bestimmungen verletzt, die Haftung für die von jedem Verbraucher erlittenen tatsächlichen Schäden oder alternativ *statutory damages* zwischen \$ 100 und \$ 1000 an.¹⁵⁰ Das zeigt, dass die Durchsetzung des FCRA zur Förderung des Verbraucherschutzes sehr wohl Aufgabe von Privaten ist.

a) *Statutory damages als Instrument des private enforcement*

Statutory damages sind gesetzlich angeordneter und in der Höhe festgelegter Schadensersatz.¹⁵¹ Häufig hat der Berechtigte darauf einen Anspruch, ohne einen tatsächlich erlittenen Schaden oder dessen Höhe nachweisen zu müssen.¹⁵² Damit werden verschiedene Zwecke verfolgt.

¹⁴⁵ So für *punitive damages*: U. S. *Supreme Court*, *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 14.5.2001, 532 U.S. 424 (2001), 432; für *statutory damages*: *Buhai*, *Statutory Damages: Drafting and Interpreting*, 66 U. Kan. L. Rev. 523 (2018), 547.

¹⁴⁶ Vgl. *Wagner* (Fn. 142), S. 447.

¹⁴⁷ Vgl. die Darstellungen bei *Poelzig* (Fn. 100), S. 53 ff.; *Kern* (Fn. 140), S. 372 f.; *Burbank/Farhang/Kritzler* (Fn. 140), S. 648 ff.

¹⁴⁸ U. S. *Supreme Court*, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190 (2021), 2207.

¹⁴⁹ *Kern* (Fn. 140), S. 372; *Poelzig* (Fn. 100), S. 52; *Burbank/Farhang/Kritzler* (Fn. 140), S. 638; *Ormerod*, *Making Privacy Injuries Concrete*, 79 Wash. & Lee L. Rev. 101, 135 (2022).

¹⁵⁰ 15 U.S.C. § 1681n(a)(1).

¹⁵¹ *Burbank/Farhang/Kritzler* (Fn. 140), S. 677.

¹⁵² *Buhai* (Fn. 145), S. 523.

Zunächst soll Schadensersatz erlittene Einbußen kompensieren.¹⁵³ *Statutory damages* sollen Ersatz in einer Höhe, die dem erlittenen Schaden annähernd entspricht, festlegen.¹⁵⁴ Sie lassen sich gerade in Situationen einsetzen, in denen der tatsächliche Schaden schwer zu beweisen oder zu beziffern ist.¹⁵⁵ Sie werden aber auch genutzt, wenn ein Schaden nur gering oder gar nicht vorhanden ist.¹⁵⁶ Die vorgesehene Geldsumme fungiert als Belohnung für die Privaten, die wegen des Gesetzesverstoßes klagen.¹⁵⁷ Die Beweiserleichterungen verringern die Kosten¹⁵⁸ und vereinfachen die Durchsetzung des Rechts. *Statutory damages* schaffen also in von der Legislative bestimmten Bereichen für Private einen Anreiz, zu klagen und dienen so der Durchsetzung öffentlicher Interessen.¹⁵⁹ Auch bieten die zu erwartenden Summen Anreize für die Anwälte, Private zu vertreten.¹⁶⁰

Statutory damages dienen auch der Bestrafung für rechtswidriges Verhalten¹⁶¹ und der Abschreckung¹⁶² soweit ihre Höhe über den tatsächlichen Schaden hinausgeht.¹⁶³ Da *statutory damages* im Gesetz öffentlich festgeschrieben sind, schrecken sie auch durch die Ankündigung der potentiellen Strafe ab.¹⁶⁴ So wirken sie präventiv. Auch die durch die Anreize vermehrte

¹⁵³ *Bubai* (Fn. 145), S. 543; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, S. 424; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, Teilbd. 2: Durchführungshindernisse und Vertragshaftung, Schadensausgleich und Mehrheitigkeit beim Schuldverhältnis, 7. Aufl. 1993, S. 161; *Wagner* (Fn. 142), S. 451; *Citron/Solove* (Fn. 69), S. 819.

¹⁵⁴ *Bubai* (Fn. 145), S. 542.

¹⁵⁵ *Ebd.*

¹⁵⁶ *Scheuerman*, Due Process Forgotten: The Problem of Statutory Damages and Class Actions, 74 Mo. L. Rev. 103, 108 (2009).

¹⁵⁷ U. S. Court of Appeals, Seventh Circuit, *Crabill v. Trans Union*, 30.7.2001, 259 F.3d 662, 665 (2001).

¹⁵⁸ *Bubai* (Fn. 145), S. 543.

¹⁵⁹ *Ebd.*

¹⁶⁰ *Schwartz/Silverman*, Common-Sense Construction of Consumer Protection Acts, 54 U. Kan. L. Rev. 1, 61 (2005).

¹⁶¹ U. S. Supreme Court, *St. Louis, Iron Mountain & Southern Railway Co. v. Williams*, 8.12.1919, 251 U.S. 63 (1919), 66; *Bubai* (Fn. 145), S. 546 f.

¹⁶² *Bubai* (Fn. 145), S. 546 f.; *Scheuerman* (Fn. 156), S. 111.

¹⁶³ *Bubai* (Fn. 145), S. 546 f.; U. S. Supreme Court, *Woolworth Co. v. Contemporary Arts, Inc.*, 22.12.1952, 344 U.S. 228 (1952), 233; U. S. Court of Appeals, Fifth Circuit, *Energy Intelligence Group, Inc. v. Kayne Anderson Capital Advisors, L.P.*, 15.1.2020, 948 F.3d 261, 272 (2020).

¹⁶⁴ *Cross*, David v. Goliath: How the Record Industry is Winning Substantial Judgments against Individuals for Illegally Downloading Music, 42 Tex. Tech L. Rev. 1031, 1055 (2010).

Rechtsdurchsetzung selbst wirkt abschreckend.¹⁶⁵ *Statutory damages* sind also ein wichtiges Mittel des *private enforcement*.

b) *Einfluss von TransUnion v. Ramirez*

Die allgemeine Forderung einer zusätzlichen *injury in fact* läuft daher der Funktionsweise von *statutory damages* zuwider. So macht der *Supreme Court* faktisch Regelungen, die *statutory damages* vorsehen, gegenstandslos.¹⁶⁶ Die Legislative entscheidet aber bewusst, welche Durchsetzungsmechanismen sie vorsieht, und versucht, effiziente Regelungen zu schaffen – auch durch das Zusammenspiel verschiedener Mechanismen.¹⁶⁷ *Statutory damages* werden häufig im Verbraucherschutzrecht, im Recht des geistigen Eigentums,¹⁶⁸ in Regelungen über den Schutz und die Verbreitung von Informationen oder bei Bürgerrechten¹⁶⁹ eingesetzt. Durch die Rechtsprechung in *TransUnion v. Ramirez* hat der *Supreme Court* die Möglichkeit, *statutory damages* zu erhalten, zumindest vor Bundesgerichten deutlich beschränkt. Ihre Anreizfunktion geht verloren. Gerade in diesen Bereichen wird es daher zu weniger privater Rechtsdurchsetzung kommen. So sinkt auch die Abschreckungswirkung der *statutory damages* und vermehrter Klagen. Der *Supreme Court* verhindert entgegen der gesetzgeberischen Intention bei *statutory damages* das *private enforcement* und entzieht ihnen so die Wirksamkeit.

2. Beschränkung des Zugangs zu Bundesgerichten

Die Forderung einer zusätzlichen *injury in fact* bei Gesetzesverletzungen und die Ablehnung eines Risikos als ausreichende *injury in fact* führen dazu, dass weniger potentielle Kläger *standing* haben.

a) *Zusammenhang von standing und private enforcement*

Eine restriktive Interpretation des *standing* erschwert und verhindert den Zugang Privater zur Bundesgerichtsbarkeit.¹⁷⁰ Werden gewisse Rechtsverletzungen nicht mehr als *injury in fact* anerkannt, haben die Betroffenen keine Möglichkeit mehr, vor Bundesgerichten zu klagen.¹⁷¹ Wenn es noch andere Personen gibt, die trotzdem *standing* haben und klagen können,

¹⁶⁵ *Citron/Solove* (Fn. 69), S. 821.

¹⁶⁶ *Ebd.*, S. 824.

¹⁶⁷ *Ebd.*, S. 825.

¹⁶⁸ *Burbank/Farhang/Kritzer* (Fn. 140), S. 678.

¹⁶⁹ *Bubai* (Fn. 145), S. 528.

¹⁷⁰ Vgl. *Wu*, *How Privacy Distorted Standing Law*, 66 *DePaul L. Rev.* 439, 439 (2017).

¹⁷¹ *Ebd.*, S. 460.

wird zwar das *private enforcement* nicht verhindert.¹⁷² Allerdings kann eine strenge Rechtsprechung bewirken, dass bei bestimmten Rechtsverletzungen niemand *standing* hat.¹⁷³ So kann eine Regelung ihre gerichtliche Durchsetzbarkeit vor Bundesgerichten gänzlich verlieren.¹⁷⁴ Aber auch wenn die Personen, die das größte Interesse an der Durchsetzung der rechtlichen Regelung haben, ihr *standing* verlieren, wird die *private* Rechtsdurchsetzung erschwert, weil diejenigen, die *standing* haben, seltener klagen werden und schwerer auffindbar sind.¹⁷⁵ Einschränkungen des *standing* beeinflussen also direkt die Möglichkeit des *private enforcement* in der Bundesgerichtsbarkeit.¹⁷⁶

b) *Direkte Auswirkungen von TransUnion v. Ramirez*

Die herausgestellten rechtlichen Neuerungen aus der Entscheidung *TransUnion v. Ramirez* lassen sich wegen ihrer Allgemeinheit auch auf Fälle außerhalb des FCRA übertragen. In Konstellationen, wie der der in *TransUnion v. Ramirez* geltend gemachten „Formatfehler“, dürfte dies dazu führen, dass fast keine Person mehr *standing* hat. Die wenigen Personen, die *standing* haben, müssen sich erst einmal entschließen zu klagen. Wenn sie klagen, wird mit ihren seltenen Klagen keine starke Abschreckung verbunden sein. Auch führt die Verletzung der entsprechenden Gesetze gerade im Bereich des Datenschutzrechts häufig nur zu dem Risiko einer weiteren Verletzung.¹⁷⁷ Dieses Rechtsgebiet ist daher besonders von der Rechtsprechung aus *TransUnion v. Ramirez* betroffen. Gepaart mit der Forderung einer zusätzlichen *injury in fact* bei reinen Gesetzesverletzungen ist das *private enforcement* in der Bundesgerichtsbarkeit so besonders in diesem Bereich erheblich gehemmt.

c) *Verlagerung in die Staatengerichte*

Während manche darin zumindest für den FCRA schon das Ende des *private enforcement* sehen,¹⁷⁸ prophezeien andere eine Verschiebung solcher und

¹⁷² *Salib/Suska*, The Federal-State Standing Gap: How to Enforce Federal Law in Federal Court without Article III Standing, 26 Wm. & Mary Bill Rts. J. 1155, 1165 (2018).

¹⁷³ Vgl. U. S. Supreme Court, *Clapper v. Amnesty Int'l USA*, 26.2.2013, 568 U.S. 398 (2013), 420 f.

¹⁷⁴ *Salib/Suska* (Fn. 172), S. 1165; vgl. *Bickers*, Standing on Holy Ground: How Rethinking Justiciability Might Bring Peace to the Establishment Clause, 60 Clev. St. L. Rev. 415, 448 (2012).

¹⁷⁵ *Salib/Suska* (Fn. 172), S. 1168.

¹⁷⁶ *Wu* (Fn. 170), S. 460; vgl. *Citron/Solove* (Fn. 69), S. 826.

¹⁷⁷ *Solove/Citron* (Fn. 32), S. 750.

¹⁷⁸ *Citron/Solove* (Fn. 69), S. 825.

ähnlicher Fälle in die Staatengerichte¹⁷⁹. Die Auswirkungen auf das *private enforcement* könnten sich also in einem Forumswechsel erschöpfen.

aa) Einzelstaatliche Gerichtsbarkeit

Die Gerichte der Einzelstaaten unterliegen nicht der *standing*-Doktrin des Art. III U.S. Constitution, und zwar auch dann nicht, wenn sie über Bundesrecht entscheiden.¹⁸⁰ Sie haben daher eigene Regeln über den Zugang zu Gericht, die häufig deutlich lockerer sind als die *standing*-Doktrin der Bundesgerichte.¹⁸¹ Nach der *Supremacy Clause*¹⁸² ist das Bundesrecht als übergeordnetes Recht auch das Recht jedes Einzelstaates, sodass die Staatengerichte Bundesrecht anwenden können und müssen.¹⁸³ Ausgenommen von ihrer Gerichtsbarkeit sind nur Fälle ausschließlicher Zuständigkeit der Bundesgerichte.¹⁸⁴ Eine Verlagerung von Klagen auf *statutory damages* aus Bundesrecht und Fällen, in denen nur das Risiko einer Rechtsverletzung besteht, in die Staatengerichte ist daher durchaus naheliegend. Teilweise sind die Urteile eines obersten Staatengerichts sogar einer gerichtlichen Nachprüfung (*review*) durch den *Supreme Court* zugänglich, auch wenn die Kläger kein Art. III-*standing* hatten.¹⁸⁵ So könnte man annehmen, dass die Möglichkeit eines Vorgehens vor Staatengerichten die von *TransUnion v. Ramirez* bewirkten Einschränkungen des *private enforcement* vor Bundesgerichten kompensiert.

bb) Folgen für das *private enforcement* von Bundesrecht

Zweifel daran drängen sich aber schon angesichts der so entstehenden paradoxen Situation auf, dass nun Staatengerichte die ausschließliche Gerichtsbarkeit über Teile des Bundesrechts haben¹⁸⁶. Art. III U.S.

¹⁷⁹ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190, 2224, Fn. 9 (2021) (*Thomas* dissenting); *o. V.* (Fn. 65), S. 341; *Ormerod* (Fn. 149), S. 135; *Clopton/Labav*, *Fraudulent Removal*, 135 Harv. L. Rev. F. 87, 87 (2021); vgl. *Bennett*, *The Paradox of Exclusive State-Court Jurisdiction over Federal Claims*, 105 Minn. L. Rev. 1211, 1214 (2021).

¹⁸⁰ U. S. Supreme Court, *ASARCO, Inc. v. Kadish*, 30.5.1989, 490 U.S. 605 (1989), 617.

¹⁸¹ *Bennett* (Fn. 179), S. 1212 f.; *Salib/Suska* (Fn. 172), S. 1163; siehe die Analyse bei *Sassman*, *A Survey of Constitutional Standing in State Courts*, 8 Ky. J. Equine Agric. & Nat. Resources L. 349, 349 ff. (2015).

¹⁸² Art. VI cl. 2 U.S. Constitution.

¹⁸³ *Bennett* (Fn. 179), S. 1229; vgl. U. S. Supreme Court, *Felder v. Casey*, 22.6.1988, 487 U.S. 131 (1988), 151.

¹⁸⁴ *Chemerinski*, *Federal Jurisdiction*, 1989, S. 220.

¹⁸⁵ U. S. Supreme Court, *ASARCO, Inc. v. Kadish*, 30.5.1989, 490 U.S. 605 (1989), 623 f.

¹⁸⁶ Vgl. *Bennett* (Fn. 179), S. 1212.

Constitution limitiert zwar die Zuständigkeit der Bundesgerichte, sieht diese aber gerade bei Streitigkeiten über Bundesrecht vor.¹⁸⁷

Auch haben nicht alle Staatengerichte sehr lockere *standing*-Erfordernisse, denn viele übernehmen die Voraussetzungen der Bundesgerichte oder orientieren sich daran.¹⁸⁸ Den Klägern steht also nur eine eingeschränkte Zahl der Staatengerichte überhaupt zur Verfügung. Diese Zahl verringert sich weiter durch die Regeln der *personal jurisdiction*. *Personal jurisdiction* beschreibt das Recht, einer Gerichtsbarkeit – hier der eines bestimmten Staates – nicht unterworfen zu sein.¹⁸⁹ Selbst wenn der Kläger *standing* hat, kann seine Klage also mangels *personal jurisdiction* über den Beklagten scheitern.¹⁹⁰ Damit stellen sich potentiellen Klägern zwei Hürden, die es gleichzeitig zu überwinden gilt. Je nach Fallgestaltung haben sie gar kein Forum.¹⁹¹ Der Erfolg der Klage erfordert also Kenntnisse des Rechts aller Staaten und für Private eine umfangreiche und komplexe Rechtsberatung, deren Kosten ein zusätzliches Hindernis sind.¹⁹²

Außerdem können die Gerichte in jedem Staat das Bundesrecht anders interpretieren¹⁹³ – schlimmstenfalls widersprüchlich. Das gefährdet die Einheitlichkeit des Bundesrechts.¹⁹⁴ Der Verfahrensausgang wird immer unvorhersehbarer,¹⁹⁵ die zu bedenkenden rechtlichen Parameter immer komplexer und die Kosten für anwaltliche Beratung steigen.¹⁹⁶ Dem Verlust der Einheitlichkeit des Bundesrechts und seinen Folgen könnte aber ein mögliches *review* durch den *Supreme Court* abhelfen. Doch ein *Supreme Court review* dürfte äußerst selten sein. Der Kläger muss dafür in der höchsten Instanz des Einzelstaats gewinnen,¹⁹⁷ dann muss der Beklagte den *Supreme Court* um *review* ersuchen¹⁹⁸ und schließlich muss der *Supreme Court* trotz seiner begrenzten

¹⁸⁷ Art. III § 2 U.S.C.; *Chemerinski* (Fn. 184), S. 221 f.

¹⁸⁸ Vgl. *Sassman* (Fn. 181), S. 354 ff.; vgl. *Solove/Citron* (Fn. 32), S. 62.

¹⁸⁹ Vgl. U. S. *Supreme Court*, *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, 27.6.2011, 564 U.S. 873 (2011), 879 f.; *Dodson*, Plaintiff Personal Jurisdiction and Venue Transfer, 117 Mich. L. Rev. 1463, 1465 (2019).

¹⁹⁰ Vgl. das Verfahren in: *Superior Court of New Jersey, Appellate Division, Baskin v. P.C. Richard & Son*, 5.5.2021, 246 N.J. 157, 157 ff. (2021).

¹⁹¹ Vgl. *Bennett* (Fn. 179), S. 1216.

¹⁹² *Ebd.*, S. 1240.

¹⁹³ *Ebd.*, S. 1246.

¹⁹⁴ *Ebd.*; *Redish/Muench*, Adjudication of Federal Causes of Action in State Court, 76 Mich. L. Rev. 311, 312 (1976).

¹⁹⁵ *Bennett* (Fn. 179), S. 1247; *Redish/Muench* (Fn. 194), S. 312.

¹⁹⁶ *Bennett* (Fn. 179), S. 1247.

¹⁹⁷ Vgl. 28 U.S.C. § 1257(a).

¹⁹⁸ U. S. *Supreme Court*, *ASARCO, Inc. v. Kadish*, 30.5.1989, 490 U.S. 605 (1989), 618 f.

Kapazitäten¹⁹⁹ und seines Ermessens nach U.S.Sup.Ct. Rule 10, 28 U.S.C.A.²⁰⁰ das Ersuchen annehmen. Eine breite, Einheitlichkeit sicherstellende Überprüfung der Rechtsprechung ist ausgeschlossen.

Schließlich legt die enge Auslegung der Voraussetzungen des *standing* den Beklagten auch ein „fraudulent removal“ nahe.²⁰¹ Nach § 28 U.S.C. § 1441(a) können die Beklagten die Verweisung eines Falls von einem Staatengericht an ein Bundesgericht beantragen (*removal*). Sie könnten solche Anträge stellen, obwohl sie wissen, dass die Bundesgerichte mangels *standing* nicht zuständig sind.²⁰² Diese werden den Fall zwar an das Staatengericht zurückverweisen.²⁰³ Dieses Vorgehen generiert aber durch eine Verlängerung des Prozesses zusätzliche Kosten, die der Kläger möglicherweise nicht aufbringen kann.²⁰⁴ Es lohnt sich für die Beklagten auch, weil sich das Staatengericht bei der Beurteilung des *standing* an dem Urteil des Bundesgerichts orientieren könnte.²⁰⁵ Beides kann für private Kläger ein zusätzliches Hindernis bei der Durchsetzung ihrer Rechte darstellen. Die Verlagerung in die Staatengerichte stellt also keineswegs das *private enforcement* sicher. Sie erschwert die Möglichkeit der Rechtsdurchsetzung.

3. *Standing*-Nachweis für jeden *class member*

Durch die insgesamt restriktive Handhabung der *injury in fact* und besonders durch das Erfordernis des Nachweises von *standing* für jeden *class member* ist auch das *private enforcement* durch *class actions* betroffen. Die Auswirkungen auf diesen speziellen Durchsetzungsmechanismus sollen nun gesondert behandelt werden. Dafür ist zunächst seine Funktion für das *private enforcement* zu betrachten.

a) *Class actions als Instrument des private enforcement*

Durch die mögliche Bündelung von Klagen vieler Einzelner in einem Prozess verringern *class actions* Kosten und Aufwand und steigern die Effizienz des Verfahrens.²⁰⁶ Dies bedeutet für den einzelnen Kläger zunächst, dass bei einer

¹⁹⁹ Bennett (Fn. 179), S. 1248.

²⁰⁰ Siehe Rule 10, Rules of the Supreme Court of the United States, wiedergegeben in United States Code Annotated, Title 28.

²⁰¹ Clopton/Labaw (Fn. 179), S. 87.

²⁰² Ebd., S. 92.

²⁰³ Ebd.

²⁰⁴ Ebd., S. 97.

²⁰⁵ Ebd., S. 93, Fn. 34.

²⁰⁶ Poelzig (Fn. 100), S. 69; Faisman, The Goals of Class Actions, 121 Colum. L. Rev. 2157, 2174 (2021); Hay (Fn. 24), Rn. 183.

Netto-Betrachtung der monetäre Prozesserfolg erhöht ist.²⁰⁷ Daneben führt die Bündelung vieler Kläger zu einer höheren Gesamtsumme der erstrittenen Beträge, was den Beklagten abschreckt, weitere Rechtsverstöße zu begehen.²⁰⁸ Besondere Bedeutung kommt *class actions* als Anreiz für private Rechtsdurchsetzung zu, wenn die einzelnen Ansprüche so gering sind, dass sich in Anbetracht der Prozesskosten Einzelklagen nicht lohnen.²⁰⁹ Die *class action* erweitert also den Zugang zu Gericht.²¹⁰ Es werden Rechtsverstöße bestraft, die sonst folgenlos blieben.²¹¹ Die Beklagten werden so auch durch den aus der bloßen Klage resultierenden sozialen Makel²¹² abgeschreckt, sich rechtswidrig zu verhalten. Das führt zu einer Konturierung der betroffenen Rechtsnormen²¹³ und so zu deren größerer Befolgung. Wenn sich auch Individualprozesse lohnen würden, liegt der Vorteil einer *class action* neben erhöhter Effizienz in der einheitlichen Entscheidung gleich gelagerter Fälle.²¹⁴ Die *class action* regt also Private zur Rechtsdurchsetzung an, schreckt Rechtsbrecher ab und kann so zur erhöhten Normbefolgung beitragen.

b) *Class actions vor Staatengerichten*

Nicht zuletzt durch das Erfordernis des Nachweises von *standing* für jeden *class member* werden sich nach *TransUnion v. Ramirez* wahrscheinlich besonders *class actions* in die Staatengerichte verlagern.²¹⁵ Gerade bei *class actions* strebten Kläger in der Vergangenheit häufig ein Verfahren vor Staatengerichten an.²¹⁶ Unter anderem durch eine lockerere Zulassungspraxis²¹⁷ und eine vermutete Voreingenommenheit der Richter gegen Beklagte aus fremden Staaten²¹⁸

²⁰⁷ *Faisman* (Fn. 206), S. 2174.

²⁰⁸ *Ebd.*, S. 2170.

²⁰⁹ Siehe nur U. S. *Court of Appeals, Seventh Circuit, Mace v. Van Ru Credit Corp.*, 17.3.1997, 109 F.3d 338, 344 (1997); U.S. *Supreme Court, Amchem Products, Inc. v. Windsor*, 25.6.1997, 521 U.S. 591 (1997), 617; *Cramton*, Individualized Justice Mass Torts and “Settlement Class Actions”: An Introduction, 80 *Cornell L. Rev.* 811, 824 (1995); *Poelzig* (Fn. 100), S. 69.

²¹⁰ *Faisman* (Fn. 206), S. 2175.

²¹¹ *Poelzig* (Fn. 100), S. 69.

²¹² *Cox*, The Social Meaning of Shareholder Suits, 65 *Brook. L. Rev.* 3, 5 (1999).

²¹³ *Faisman* (Fn. 206), S. 2170.

²¹⁴ *Burbank/Farhang/Kritzer* (Fn. 140), S. 655; *Poelzig* (Fn. 100), S. 70.

²¹⁵ *O. V.* (Fn. 65), S. 340.

²¹⁶ Vgl. *Behrens/Crouse*, The Evolving Civil Justice Reform Movement: Procedural Reforms Have Gained Steam, but Critics Still Focus on Arguments of the Past, 31 *U. Dayton L. Rev.* 173, 174 (2006).

²¹⁷ *Kanner*, Interpreting the Class Action Fairness Act in a Truly Fair Manner, 80 *Tul. L. Rev.* 1645, 1654 (2006); S. Rep. No. 109-14, 14 (2005).

²¹⁸ Class Action Fairness Act of 2005, Pub. L. No. 109-2, § 2(a)(4)(B), 119 Stat. 4 (2005) “(...) State and local courts are (B) sometimes acting in ways that demonstrate bias

versprochen sie sich dort höhere Erfolgchancen. Auch haben manche Gerichte den Ruf, schnell hohen Schadensersatz zu gewähren.²¹⁹ Nach *TransUnion v. Ramirez* werden *removals* bei *class actions* seltener erfolgreich sein.²²⁰ So könnte das Urteil also trotz der oben angesprochenen Schwierigkeiten gerade bei *class actions* mit Beklagten aus mehreren Staaten die private Rechtsdurchsetzung stärken.

Anfang der 2000er-Jahre erregte die hohe Zahl von *class actions* in Staatengerichten aber Besorgnis.²²¹ Gründe dafür waren unter anderem, dass diese bei *class actions* mit vielen Klägern aus unterschiedlichen Staaten Fälle von nationaler Tragweite entscheiden,²²² Sorgen eines „false federalism“, wenn dabei einzelstaatliches Recht angewandt und so die Autonomie anderer Staaten untergraben wurde,²²³ *forum-shopping* der klägerischen Anwälte,²²⁴ die Praxis, dieselbe Klage vor verschiedenen Gerichten zu erheben, um schnell eine Zulassung zu erreichen („copy cat“ *class actions*),²²⁵ sowie die begrenzten Ressourcen der Staatengerichte und die daraus resultierende mangelnde Begleitung von Vergleichen²²⁶. Daher wurde der Class Action Fairness Act (CAFA)²²⁷ erlassen. Im Wesentlichen führt der CAFA durch Änderungen bei der *diversity jurisdiction* und dem *removal*²²⁸ zu einer ausgedehnteren Zuständigkeit der Bundesgerichte für *class actions*, auch wenn einzelstaatliches Recht betroffen ist.²²⁹ Der Fall *TransUnion v. Ramirez* hat zwar Bundesrecht zum Gegenstand.

against out-of-State defendants”; S. Rep. No. 109-14, 6, 21 f. (2005); vgl. *Ellis*, *The Class Action Fairness Act of 2005: The Story behind the Statute*, 35 J. Legis. 76, 108 (2009).

²¹⁹ *Ellis* (Fn. 218), S. 99 f.; Georgia gilt nach dem „Judicial Hellholes“ Bericht 2022/23 der American Tort Reform Foundation (ATRF) als eine der klägerfreundlichsten Jurisdiktionen, insbesondere weil hier Klägern enorme Schadensersatzsummen gewährt werden. *ATRF*, *Judicial Hellholes 2022/23*, 2023, S. 5, abrufbar unter: https://www.judicialhellholes.org/wp-content/uploads/2022/12/ATRA_JH22_FINAL-2.pdf (zuletzt abgerufen am 25.5.2023).

²²⁰ Vgl. 28 U.S.C. § 1446(a).

²²¹ S. Rep. No. 109-14, 4 ff. (2005).

²²² *Purcell*, *The Class Action Fairness Act in Perspective: The Old and the New in Federal Jurisdictional Reform*, 156 U. Pa. L. Rev. 1823, 1854 (2008).

²²³ S. Rep. No. 109-14, 24 f. (2005); *Purcell* (Fn. 222), S. 1854, Fn. 111 (2008).

²²⁴ H. R. Rep. No. 107-370, 10 (2002); vgl. *Ellis* (Fn. 218), S. 99 (2009).

²²⁵ S. Rep. No. 109-14, 23 (2005); H. R. Rep. No. 107-370, 10 (2002).

²²⁶ S. Rep. No. 109-14, 14 (2005).

²²⁷ Pub. L. No. 109-2, 119 Stat. 4 (2005) (kodifiziert verteilt über 28 U.S.C.).

²²⁸ *Ellis* (Fn. 218), S. 99 (2009).

²²⁹ Siehe nur *Harris/Busby*, *Highlights of the Class Action Fairness Act of 2005*, 72 Def. Counsel J. 228, 228 (2005); *Sherman*, *Class Actions After the Class Action Fairness Act of 2005*, 80 Tul. L. Rev. 1593, 1595 ff. (2006).

Doch stellen sich gerade dabei unter anderem Probleme wie die Entscheidung von Rechtsfragen mit nationaler Bedeutung oder *forum-shopping* für möglichst günstige *standing*- oder Zulassungserfordernisse. Die Entscheidung *TransUnion v. Ramirez* läuft also den Bemühungen des CAFA zuwider. Sie markiert so einen Rückschritt in der Rechtsentwicklung der *class actions*. Dies könnte die Legislative veranlassen, *class actions* auf andere Weise aus den Staatengerichten heraus zu halten. Ein extremer, aber dies förrender Schritt wäre die Einschränkung der Möglichkeiten der Staatengerichte, Bundesrecht anzuwenden.²³⁰ So würde das *private enforcement* weiter erschwert.

c) Effizienzverlust

Die Voraussetzung, dass jeder *class member standing* nachweisen muss,²³¹ verringert auch die Skaleneffekte von *class actions*,²³² also ihre Effizienz. So geht von *class actions* ein geringerer Anreiz für *private enforcement* aus. Auch werden die *classes* möglicherweise kleiner. Das wirkt sich zunächst auf den Abschreckungseffekt von *class actions* aus, da die Gesamtsummen sinken. Möglicherweise lohnen sich *class actions* bei Einzelansprüchen von kleinem Wert dann aber auch für Anwälte nicht mehr. Diese erhalten nämlich häufig Erfolgshonorare (*contingency fees*), also einen Prozentsatz des erstrittenen Betrags²³³. Potentielle Kläger, die ohne Anwälte keine *class action* durchführen können und denen bei geringen Einzelschäden die Motivation für eine Individualklage fehlt, werden so von der Rechtsdurchsetzung abgehalten. Die Funktion der *class action* für das *private enforcement* wäre bedroht. Freilich ist diese Darstellung ein auf Annahmen beruhendes „worst-case“-Szenario. Im Rahmen der „möglichen“ Auswirkungen von *TransUnion v. Ramirez* ist aber darauf hinzuweisen.

d) Class certification

Schließlich sind noch die oben dargestellten möglichen Konsequenzen für die *class certification* zu betrachten. Es wurde unter Berufung auf *TransUnion v. Ramirez* bereits versucht, die Zulassung einer *class* mangels *standing* einiger *absent class members* aufzuheben.²³⁴ Eine aus *TransUnion v. Ramirez* folgende Relevanz

²³⁰ Ormerod (Fn. 149), S. 135.

²³¹ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190 (2021), 2208.

²³² O. V. (Fn. 65), S. 342.

²³³ Poelzig (Fn. 100), S. 66.

²³⁴ U. S. District Court, D. Kansas, *In re EpiPen (Epinephrine Injection, USP) Mktg., Sales Pract. & Antitrust Litig.*, 15.12.2021, 2021 WL 5918912, 1 (2021); U. S. Court of Appeals, Ninth Circuit, *Olean Wholesale Grocery Cooperative, Inc. v. Bumble Bee Foods*, 8.4.2022, 31 F.4th 651, 682 (2022).

des *standing* für die Zulassung wurde aber verneint.²³⁵ Gerade wegen des ausdrücklichen Offenlassens dieser Frage in *TransUnion v. Ramirez*²³⁶ dürften die Gerichte hier ihre vorherige Rechtsprechung beibehalten. Ein Rückgang der Zulassungen oder deren vermehrte Aufhebung scheint daher unwahrscheinlich. Zwar besteht nun in Bezug auf das *standing* die Möglichkeit, dass eine Zulassung mangels *predominance* nach Rule 23(b)(3) FRCP scheitert. Dies hängt aber auch wieder mit der Gruppengröße zusammen, dürfte also zunächst dazu führen, dass die Zulassung kleinerer *classes* beantragt wird. Auch dürfte, wie oben beschrieben, *predominance* bei Vorliegen der Voraussetzungen der Rule 23(a) FRCP selten fehlen. Auswirkungen auf die Zahl der Zulassungen von *class actions* und ein Rückgang des *private enforcement* aus diesem Grund sind zwar nicht ausgeschlossen, dürften aber gering sein.

4. Zwischenfazit

Die Entscheidung *TransUnion v. Ramirez* untergräbt die Wirksamkeit der *statutory damages* und damit deren Anreizwirkung für das *private enforcement* sowie ihre Abschreckungswirkung. Die restriktive Handhabung des *injury in fact*-Erfordernisses wird mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Verlagerung von Streitigkeiten über Bundesrecht und besonders von *class actions* in die Staatengerichte führen. Die strengen *standing*-Erfordernisse verringern auch die Anreiz- und Abschreckungsfunktion von *class actions*. Insgesamt erschwert die Entscheidung in *TransUnion v. Ramirez* das *private enforcement* und mindert so dessen Wirksamkeit.

D. Fazit

Mit dem Urteil im Fall *TransUnion v. Ramirez* beschränkt der *Supreme Court* die Fälle, in denen die für das *standing* nach Art. III U.S. Constitution erforderliche *injury in fact* vorliegt, signifikant. Durch die Forderung des Nachweises einer zusätzlichen *injury in fact* bei Klagen auf *statutory damages* wird die Gewaltenteilung unterwandert. Zusammen mit der Klarstellung, dass ein Risiko bei Schadensersatzklagen nicht als *injury in fact* ausreicht und auch *absent class members standing* nachweisen müssen, beschränkt der *Supreme Court* den Zugang zur Bundesgerichtsbarkeit stark. *Statutory damages* als Mittel des *private enforcement* wird so ihre Wirksamkeit in Bezug auf die Bundesgerichtsbarkeit weitgehend entzogen. Betroffene zukünftige Klagen werden sich in die Staatengerichte

²³⁵ U. S. District Court, D. Kansas, *In re EpiPen (Epinephrine Injection, USP) Mktg., Sales Pract. & Antitrust Litig.*, 15.12.2021, 2021 WL 5918912, 9 (2021).

²³⁶ U. S. Supreme Court, *TransUnion v. Ramirez*, 25.6.2021, 141 S.Ct. 2190 (2021), 2208, Fn. 4.

verlagern. Das erschwert die Rechtsdurchsetzung für private Kläger insbesondere durch den Verlust einer einheitlichen Rechtslage. Auch wird das *private enforcement* durch *class actions* durch Effizienzverluste gehemmt. *TransUnion v. Ramirez* ist damit ein Hindernis für das *private enforcement* von Bundesrecht. Die Entscheidung birgt das Potential, das *private enforcement* und seine Wirksamkeit erheblich einzudämmen.

Lisa Maria Klimaschewski*

Anmerkung zu dem Urteil des *Gerichtshofs der Europäischen Union* vom 13.1.2022 in der Rechtssache C-327/20, *New Media* unter Berücksichtigung methodischer Aspekte sowie der möglichen Konsequenzen für die Rechtslage in Deutschland

Abstract

Im Kontext eines grenzüberschreitenden europäischen Zahlungsverkehrs zwischen 27 Privatrechtssystemen können sich kleine Abweichungen schnell auf den Binnenmarkt auswirken, daher ist die einheitliche Geltung des Unionsrechts besonders wichtig. Der folgende Beitrag widmet sich der Frage, wie die richtlinienkonforme Auslegung anhand der Vorlagefrage des Urteils C-327/20, *New Media* auszusehen hat und, abstrakter, der Analyse der europäischen Methodenlehre, um so generelle Tendenzen des *Gerichtshofs* zu erkennen. Entscheidend geht es darum, ob eine öffentliche Stelle als Gläubigerin eines Unternehmens unter den Begriff des Geschäftsverkehrs i.S.d. Art. 2 Nr. 1 der RL 2011/7 (EU-Zahlungsverzugsrichtlinie) fällt. In Deutschland wirkt sich dies darauf aus, ob einer öffentlichen Stelle als Gläubigerin eines Unternehmens der besondere Schutz der §§ 286 Abs. 5, 271a, 288 Abs. 6 BGB zusteht.

* Die Verfasserin studiert im 10. Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Wirtschafts- und Europarecht. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit bei Prof. Dr. Christian Baldus, die im Wintersemester 2021/22 verfasst wurde. Prof. Dr. Baldus sei an dieser Stelle für die freundliche Empfehlung zur Veröffentlichung und seine Unterstützung gedankt.

A. Einleitung

I. Sachverhalt

Der Kläger des Ausgangsverfahrens,¹ *Skarb Państwa – Starosta Nyski, Landrat des Landkreises Nysa, Polen* (im Folgenden: *Fiskus*), hatte mit der *New Media Development & Hotel Services sp. z o.o.* (im Folgenden: *New Media*) einen Vertrag abgeschlossen. Durch den Vertrag hat *New Media* den Erbnießbrauch an einem Grundstück von Seiten der Person zu deren Gunsten der *Fiskus* diesen Nießbrauch ursprünglich bestellt hatte erlangt. Die *New Media* als Erbnießbraucherin kam ihrer Verpflichtung, der Entrichtung des jährlichen Entgelts an den *Fiskus*, nicht nach. Daher erhob der *Fiskus* Klage beim *Rayongericht Nysa, Polen*, und beantrage die Verurteilung der *New Media* zur Zahlung dieses Entgelts zuzüglich gesetzlicher Verzugszinsen gemäß des polnischen Umsetzungsgesetzes der RL 2011/7.

Das *Rayongericht* war der Auffassung, die Zahlung des jährlichen Entgelts falle nicht unter den Begriff des „Geschäftsvorgangs“ und mithin nicht in den Anwendungsbereich des polnischen Umsetzungsgesetzes. Der *Fiskus* könne lediglich Zinsen aufgrund sonstigen autonomen polnischen Rechts verlangen. Gegen diese Nichtanwendung des Umsetzungsgesetzes legte der *Fiskus* beim vorliegenden *Regionalgericht Opole* Berufung ein.

Das *Regionalgericht Opole* setzte daraufhin das Verfahren aus und legte dem *Gerichtshof* drei Fragen vor. Der *Gerichtshof* fasst diese Fragen in ihrem praktischen Kern dahingehend zusammen, ob der Fall, dass eine öffentliche Stelle als Gläubigerin von einem Unternehmen Entgelt für den Erbnießbrauch an einem Grundstück erhebt unter den Begriff des „Geschäftsverkehrs“ i. S. d. Art. 2 Nr. 1 der RL 2011/7 und damit in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle. Nach Auffassung des *Gerichtshofs* ist die zweite Frage zum persönlichen Anwendungsbereich der RL 2011/7 dergestalt ausreichend beantwortet, dass keine Ausführungen zur ersten Frage bezüglich des sachlichen Anwendungsbereichs und zur dritten Frage bezüglich des temporalen Anwendungsbereichs erforderlich sind. Im Ergebnis lehnt der *Gerichtshof* die Anwendung der RL 2011/7 ab, sofern eine öffentliche Stelle als Gläubigerin eines Unternehmens handelt.

¹ EuGH, Urt. v. 13.1.2022, C-327/20, *Skarb Państwa – Starosta Nyski ./. New Media Development & Hotel Services sp. z o.o.*, Besetzung: Jürimäe, Rodin und Piçarra (Berichterstatter). Generalanwalt Richard de la Tour angehört, hatte keine Schlussanträge vorgelegt.

II. Problemstellung

Allein anhand des Wortlauts des Art. 2 Abs. 1 RL 2011/7 lässt sich nicht bestimmen, wie das Verhältnis aus Gläubiger und Schuldner bei disparaten Parteien gelagert sein muss (vgl. Urteil Rn. 37.) Mithin ist die *Kammer* methodisch mit der Frage konfrontiert, ob es der Anwendung der RL 2011/7 entgegensteht, wenn eine öffentliche Stelle als Gläubigerin eines Unternehmens handelt. Zur Beantwortung bedarf es der autonomen Auslegung² des nicht hinreichend konkretisierten Rechtsbegriffs des „Geschäftsverkehrs“. Da es jedoch keine ausdrückliche Auslegungsnorm im Unionsrecht gibt,³ arbeitet der *Gerichtshof* regelmäßig mit einer Formel entlang des Sinns, des gewöhnlichen Sprachgebrauchs, des Zusammenhangs und der verfolgten Ziele.⁴ Im Zuge der Entwicklung einer europäischen Methodenlehre gilt es daher zu beobachten, wie der *Gerichtshof* methodisch zu seinen Ergebnissen gelangt und welche Rückschlüsse aus dem Methodenkanon resultieren.

Sodann stellt sich die Frage nach den Konsequenzen für die Rechtslage in Deutschland. Um die einheitliche Geltung des Unionsrechts in den einzelnen Mitgliedstaaten zu gewährleisten, gilt es durch richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Richters das Ergebnis, i. S. e. interpretatorischen Vorrangregel,⁵ zu wählen, welches das Vorliegen des Geschäftsverkehrs bei einer öffentlichen Stelle als Gläubigerin ablehnt.⁶ Nur so kann eine Rechtszersplitterung dahingehend verhindert werden, dass in einem Mitgliedstaat abweichend öffentliche Stellen Zinsen aufgrund die RL 2011/7 umsetzenden Rechts erhalten.⁷

Vor allem im Bereich des grenzüberschreitenden Zahlungsverkehrs ist der reibungslose Ablauf, verstärkt durch die unterschiedlichen Privatrechtssysteme,

² Regelmäßig erfolgt eine autonome und einheitliche Auslegung, beide Begriffe meinen jedoch nicht dasselbe: *Baldus/Raff*, Richterliche Interpretation des Unionsrecht, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht VI: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2022, § 3 Rn. 51 ff.; hier relevant: autonome Auslegung, *EuGH*, Urt. v. 6.10.1982, C-283/81, *C.I.L.F.I.T. ./ Ministero Della Sanità*.

³ *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, 2009, S. 264.

⁴ Statt vieler: *EuGH*, Urt. v. 19.10.1995, C-128/94, *Hans Höjig ./ Stadt Stockach*, Rn. 9.

⁵ *Canaris*, Gemeinsamkeiten zwischen verfassungs- und richtlinienkonformer Rechtsfindung, in: FS Schmidt, 2006, S. 41 (49).

⁶ Vgl. *Roth/Jopen*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 22.

⁷ Vgl. *Grob*, Die Auslegungsbefugnis des EuGH im Vorabentscheidungsverfahren – Plädoyer für eine zielorientierte Konzeption, 2005, S. 41.

bedeutend, da sich kleine Abweichungen auf den Binnenmarkt schnell auswirken.

B. Auslegung des Begriffs des „Geschäftsverkehrs“

I. Wortlaut als Ausgangspunkt

Die Argumentation des Urteils stützt sich auf vier Grundpfeiler, (1) die Einordnung des *Fiskus* als öffentliche Stelle (Rn. 33-35), (2) das Ausschlussverhältnis (Rn. 36), (3) die Gesamtbetrachtung aus Art. 2 Nr. 2 und 3, Art 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 (Rn. 37-40) und (4) den eindeutigen Wortlaut in Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 („öffentliche Stelle als Schuldner“, Rn. 43).

Im Ausgangspunkt betrachtet die *Kammer* den Wortlaut. Gemäß Art. 1 Abs. 2 RL 2011/7 ist die RL 2011/7 auf alle Zahlungen, die als Entgelt im „Geschäftsverkehr“ zu leisten sind, anzuwenden (Rn. 31). Hieraus ergibt sich die Voraussetzung des Vorliegens eines Geschäftsverkehrs, der in Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 als „Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen“ definiert wird.

Folglich lässt sich feststellen, dass die Richtlinie 2011/7 zwei persönliche Anwendungsbereiche unterscheidet: 1) zwei Unternehmen als gleiche Parteien stehen sich gegenüber oder 2) ein Unternehmen und eine öffentliche Stelle als disparate Parteien stehen sich gegenüber. Im ersten Fall ist zwingend immer ein Unternehmen Gläubiger. Im zweiten Fall könnten sowohl die öffentliche Stelle als auch das Unternehmen Gläubiger oder Schuldner sein. Wie bereits gezeigt lässt sich allein anhand des Wortlauts nicht bestimmen, wie das Verhältnis aus Gläubiger und Schuldner gelagert sein muss.

1. Der Begriff „Entgelt“

Zur weiteren Konkretisierung des in Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 verwendeten Begriffs „Entgelt“ betrachtet die *Kammer* die Erwägungsgründe 8 und 9 der RL 2011/7 (Rn. 31). Regelmäßig werden die Erwägungsgründe, welche allen Rechtsakten der Union gemäß Art. 296 Abs. 2 AEUV als Begründung vorangehen, in zwei Konstellationen der Auslegung durch den *Gerichtshof* herangezogen. Erstens können diese den Inhalt allgemein gefasster Bestimmungen des verfügenden Teils konkretisieren und zweitens helfen diese

bei der Bestimmung der Ziele und der Gründe.⁸ Beide Arten der Heranziehung finden in diesem Urteil Anwendung (Rn. 31, 41 ff.).

An dieser Stelle verwendet die *Kammer* die Erwägungsgründe, um mit der Spezifizierung des Begriffs „Entgelt“ im Begriff des Geschäftsverkehrs zu beginnen. Hieraus ergibt sich, dass die RL 2011/7 als Entgelt für Handelsgeschäfte geleistete Zahlungen, einschließlich derer zwischen privaten Unternehmen, aber mit Ausnahme von Geschäften mit Verbrauchern und bestimmten anderen Arten von Zahlungen, erfasst. Unproblematisch ist hier die umstrittene Rechtsnatur der Erwägungsgründe, da sich die *Kammer* methodisch auf das anerkannte Minimum dieser als Richtschnur des Auslegungskanons beschränkt.⁹

Dies wird auf vorhergehende Rechtsprechung in Bezug auf die durch die RL 2011/7 aufgehobene RL 2000/35, deren Erwägungsgründe 13 und 22 nahezu den gleichen Wortlaut haben und hier als Referenz dienen können (C-722/18 Rn. 31), sowie die Rechtsprechung zur aktuellen RL 2011/7 (C-199/19 Rn. 22) gestützt (Rn. 31).

Sodann stellt die *Kammer* scheinbar losgelöst, unter Verweis auf die frühere Rechtsprechung, fest, dass gemäß Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 zwei Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Geschäftsvorgang unter den Begriff „Geschäftsverkehr“ fällt: 1) der Geschäftsvorgang muss entweder zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen erfolgen (persönlicher Geltungsbereich) und 2) dieser muss zu einer Lieferung von Waren oder der Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen (sachlicher Geltungsbereich) (Rn. 32).

2. Der Begriff „Öffentliche Stelle“

Im Folgenden widmet sich die *Kammer* dem Vorliegen des persönlichen Geltungsbereichs der RL 2011/7. Hierbei beginnt sie mit der für die Argumentation essenziellen Einordnung des *Fiskus* unter den Begriff der öffentlichen Stelle, genauer unter den Begriff des Staates (Rn. 33-35).

Hierzu erfolgt zuerst ein kurzer Verweis auf den aus dem Erwägungsgrund 14 RL 2011/7 hervorgehenden Einheitlichkeitsgedanken der Rechtsvorschriften der Union, indem Art. 2 Nr. 2 RL 2011/7 denselben Begriff für öffentlichen Auftraggeber wie in Art. 2 Abs. 1 RL 2004/17 und Art. 1 Abs. 9 RL 2004/18

⁸ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 1. Aufl. 2013, S. 179.

⁹ Vgl. *Baldus/Raff* (Fn. 2), § 3 Rn. 158.

(wenn auch hier die Rede von öffentlichem Auftraggeber statt der öffentlichen Stelle ist) verwendet. Innerhalb der dort genutzten Definition zieht die *Kammer* die Einordnung des *Fiskus* unter den Begriff des Staates in Betracht. Hierzu erfolgt methodisch der Verweis auf eine gefestigte und weit zurückreichende Rechtsprechungslinie, welche den Begriff des Staates (wie auch den Begriff des öffentlichen Auftraggebers) funktionell und weit auslegt. Hiermit endet die Ausführung der *Kammer* abrupt, ohne eindeutig zu einem Ergebnis zu kommen, ob der *Fiskus* nun unter den Begriff des Staates fällt. Dieses Ergebnis wird später nachgereicht (Rn. 46).

3. Annahme des Ausschlussverhältnisses

Die erste Argumentationslinie anhand des Wortlauts (Rn. 31-37) beendet die *Kammer* bereits mit der Vorbereitung des systematischen Arguments, indem sie ein Ausschlussverhältnis zwischen der Einordnung als Unternehmen und öffentlichen Stelle postuliert. Begründet wird dies mit dem Wortlaut der Definition des Unternehmensbegriffs in Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 („ausgenommen öffentliche Stellen“). Hieraus folgt ein Exklusivitätsverhältnis zwischen Art. 2 Nr. 2 und Nr. 3 RL 2011/7. Freilich lässt sich bereits hier erkennen, dass die *Kammer* auf einen Ausschluss der Anwendungsbereiche der Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 (Rn. 40) hinauswill. Die dem Urteil zugrundeliegende Argumentationsstruktur führt den Leser bereits hier zum Gedanken der strikten Unterteilung der Richtlinie in die zwei persönlichen Anwendungsbereiche zwischen zwei Unternehmen und einem Unternehmen und einer öffentlichen Stelle. Letztlich folgt daraus die Ablehnung der Anwendbarkeit, sofern kein dem Wortlaut entsprechender Fall des Art. 3 Abs. 1 oder Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 vorliegt.

4. Bewertung

Abschließend stellt die *Kammer* zu Recht fest, dass allein der knappe Wortlaut des Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 bei der Auslegung des „Geschäftsverkehrs“ für die Frage, ob eine öffentliche Stelle, die als Gläubigerin eines Unternehmens handelt unter die RL 2011/7 fällt, wenig hilfreich ist. Die detaillierten Ausführungen der *Kammer* zur Herleitung der Voraussetzungen des Geschäftsverkehrs gemäß Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7, welche sich einerseits prinzipiell aus dem Wortlaut der Norm ergeben und überdies bereits durch Rechtsprechung etabliert sind, erscheinen jedoch redundant und fragwürdig. Dasselbe gilt für die ausführliche Feststellung, dass der Begriff der öffentlichen Stelle funktionell und weit auszulegen ist. Dieses Verständnis ist gefestigte Rechtsprechung und eine Abweichung nicht notwendig.

Andererseits ist hierdurch das Urteil kleinschrittig und nachvollziehbar, was in diesem Maße nicht selbstverständlich für den *Gerichtshof* ist. Jedoch hätte dies auch durch einfachen Verweis erreicht werden können. Die Ausführungen führen zu keinem erkennbaren Mehrwert, die *Kammer* nimmt zu keinem späteren Punkt Bezug oder leitet hiermit ein Argument ein.

Aus der bereits oben dargestellten Argumentationsstruktur in vier Schritten lässt sich bereits der zentrale Charakter der Einordnung des *Fiskus* als öffentliche Stelle ableiten, sodass es wünschenswert gewesen wäre, das Vorliegen einer öffentlichen Stelle eindeutig zu bestätigen und nicht erst an späterer Stelle nachzureichen.

II. Systematik

Nachdem der Wortlaut zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, nimmt die *Kammer* die weitere Auslegung anhand der Systematik und des Zwecks, unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung zur RL 2011/7, vor (Rn. 37).

1. Gesamtbetrachtung von Art. 2 Nr. 2, 3, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7

Zunächst greift die *Kammer* den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 auf, welcher eindeutig eine Anwendung nur für „öffentliche Stellen als Schuldner der Gläubiger“ postuliert. Sie verlässt aber das bloße grammatikalische Fundament, indem sie das (bereits in Rn. 36 herausgearbeitete) Ausschlussverhältnis zwischen dem Unternehmensbegriff und dem Begriff der öffentlichen Stelle in den übergeordneten Kontext der Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 einordnet (Rn. 39).

Das Argument basiert auf der strengen systematischen Trennung der Anwendungsbereiche. Nachdem somit der *Fiskus* öffentliche Stelle ist, scheidet die Anwendung der RL 2011/7 nach Art. 3 Abs. 1 RL 2011/7 aus. In Betracht kommt nur noch eine Anwendung gemäß Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7. Hier steht jedoch der Wortlaut entgegen, sodass im Ergebnis der Sachverhalt kein Anwendungsfall der RL 2011/7 ist. Daher kommt die *Kammer* nach einer Gesamtbetrachtung von Art. 2 Nr. 2, 3, Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 zu dem Ergebnis, dass ein Geschäftsverkehr nicht vorliegen kann, wenn der Gläubiger eine öffentliche Stelle ist.

2. Bewertung

Die systematische Auslegung verfolgt das Ziel, aus einer Gesamtbetrachtung des Gesetzestextes den jeweiligen Normzweck zu ermitteln.¹⁰ Die *Kammer* möchte zeigen, dass den Artikeln bei einer Gesamtbetrachtung ein einheitliches Konzept zugrunde liegt. Innerhalb der RL 2011/7 werden die Tatbestandsmerkmale zweier benachbarter Normen (Art. 3 und Art. 4 RL 2011/7) verglichen und hiermit der Begriff des Geschäftsverkehrs ausgelegt. Unausgesprochen bleibt, über das Ausschlussverhältnis hinaus, die gesetzgeberische Wertung der Trennung in Art. 3 und Art. 4 RL 2011/7. Durch die systematische Interpretation muss der Widerspruch der Anwendungsbereiche ausgeräumt werden.¹¹ Vorgelagert ist bereits eine Interpretation von Art. 4 RL 2011/7 zu verhindern, welche auch nur teilweise mit dem Sachverhalt von Art. 3 RL 2011/7 übereinstimmt, ansonsten würden sich die zwei Anwendungsbereiche überlagern und zu einem Widerspruch führen.¹² Aus dem Inhalt des Art. 3 RL 2011/7 kann somit negativ geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die zwei Konstellationen bewusst getrennt geregelt und es für angebracht gehalten hat, Bestimmungen vorzusehen, die ausschließlich zum Vorteil von Unternehmen als Gläubiger gelten. In dieser Hinsicht fügen sich Überlegungen der Regelungssystematik in die Zweckargumente ein. Abschließend ist der *Kammer* daher zuzustimmen, da nur durch die systematische Gesamtschau die Trennung der Anwendungsbereiche vermieden wird.

Allerdings beschränkt sich die *Kammer* methodisch, indem sie von einem vergleichenden Rückgriff auf die Vorgänger-RL 2000/35 absieht. Im Rahmen einer vollumfänglichen Auslegung versäumt die *Kammer* die Chance, das von ihr etablierte Ausschlussverhältnis zu stärken.¹³ Die Vorgänger-RL kennt die besondere systematische Unterteilung zwischen den Anwendungsbereichen des Art. 3 und Art. 4 RL 2011/7 nicht, sodass aus der Neugestaltung der RL 2011/7 geschlossen werden kann, dass durch diese die Sonderstellung der Unternehmen als Schuldner gestärkt werden sollte.

Ferner hätte es sich angeboten, den grammatikalischen Boden des systematischen Arguments mit einem Sprachvergleich zu stärken. Der entscheidende Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 („öffentliche Stelle als Schuldner“) ist in der französischen („*le débiteur est un pouvoir public*“), englischen („*the debtor is a public authority*“), italienischen („*il debitore è la pubblica*

¹⁰ Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts, 2004, S. 149.

¹¹ Vgl. Müller/Christensen, Juristische Methodik II: Europarecht, 3. Aufl. 2012, Rn. 61.

¹² Vgl. *ibd.*, Rn. 62.

¹³ Vgl. Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992, 593 (600).

*amministrazione*¹⁴) und der spanischen („*el deudor sea un poder público*“) Version gleich gefasst. Der Vergleich bestärkt ein klares Verständnis des Wortlauts und dessen unmissverständliche Bedeutung als Ausgangspunkt des Arguments.

Zudem können Erwägungsgründe als Teil des Gesamtkontexts einer Norm und nicht nur als Mittel der Auslegung und zur Bestimmung des Zwecks zur systematischen Argumentationsfindung methodisch genutzt werden.¹⁴ Im vorliegenden Urteil macht die *Kammer* hiervon keinen Gebrauch. Jedoch hätten die Erwägungsgründe zur Ergänzung der Argumentation herangezogen werden können, um das spezielle Schuldner-Gläubiger-Verhältnis im Rahmen des Geschäftsverkehrs zu etablieren. Dagegen schlussfolgert die *Kammer* lediglich aus dem Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 die Einschränkung des Anwendungsbereichs auf Unternehmen als Gläubiger.

Bereits zuvor hätte nämlich an ein den Erwägungsgründen immanentes systematisches Verständnis des Gläubigerbegriffs angeknüpft werden können, welches die gesamte RL 2011/7 derart beschränkt, dass die Vorteile nur auf Unternehmen als Gläubiger Anwendung finden. Ein derartiges Verständnis könnte auf die Erwägungsgründe 6 und 29 RL 2011/7 gestützt werden.

Erwägungsgrund 6 RL 2011/7 nennt innerhalb eines Satzes aufeinanderfolgend erst das Ziel der Entlastung der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) und darauf den Begriff des Geschäftsverkehrs. Dem Erwägungsgrund ist damit bereits eine verengte Sicht des Geschäftsverkehrs immanent, die sich auf den Schutz von Unternehmen in ihrer Gläubigerstellung beschränkt. Indirekt zeigt sich damit eine Benachteiligung der öffentlichen Stellen, „welchen eine besondere Verantwortung zufällt“, sodass die Vorteile der RL 2011/7 für diese generell versperrt sein könnten. Zudem führt der Erwägungsgrund 29 RL 2011/7 das Ziel der Vermeidung des Missbrauchs der Vertragsfreiheit zum Nachteil der Gläubiger an und nennt anschließend nur „Organisationen, die offiziell als Vertreter von Unternehmen anerkannt sind, und Organisationen, die ein berechtigtes Interesse daran haben, Unternehmen zu vertreten“. Hierin ist bereits eine Eingrenzung des Gläubigerbegriffs auf Unternehmen zu sehen.

Dieses Argument kann allerdings nur zusätzlich zur Gesamtbetrachtung der Normen und zum Wortlaut des Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 angeführt werden. Aufgrund der besonderen Stellung der Erwägungsgründe zu Beginn des Rechtsakts und der fehlenden Rechtsprechungstradition darf das Argument nicht

¹⁴ *Baldus/Raff* (Fn. 2), § 3 Rn. 164, 173.

die Grenze zu einer systematischen Überlegung im engeren Sinne überschreiten.¹⁵

III. Zweck

Nach der Systematik widmet sich die *Kammer* dem Zweck (Rn. 41), wobei sich auch hier zeigt, dass Kontexterwägungen selten ohne Verbindung zum Zweck erfolgen und die *Kammer* anscheinend den Zweck als Stütze des bereits feststehenden Ergebnisses heranzieht.¹⁶

Die teleologische Auslegung folgt einem Zweischnitt: Anfänglich ist der Zweck der Vorschrift zu ermitteln und zu begründen, hiernach ist dessen Bedeutung für die Auslegung festzustellen.¹⁷

1. Feststellung des Zwecks

Der von der *Kammer* gewählte Einstieg über Art. 1 Abs. 1 RL 2011/7 ist ein simpler und vorteilhafter Einstieg, welcher sich anbietet, sofern die Richtlinie, wie vorliegend, Hinweise zum Zweck enthält. Dies hilft, um verallgemeinernde Zweckerwägungen zu vermeiden. Gemäß Art. 1 Abs. 1 RL 2011/7 ist Ziel der Richtlinie die „Bekämpfung des Zahlungsverzugs im Geschäftsverkehr“, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit von Unternehmen, insbesondere KMU, zu fördern (Rn. 41). Hiermit verfolgt die Richtlinie zwei typische Regelungszwecke,¹⁸ welche näher anhand dreier Erwägungsgründe verdeutlicht werden.

Der Erwägungsgrund 3 RL 2011/7 soll den Konnex zwischen Zahlungsverzug und negativen Auswirkungen auf die Liquidität, die Wettbewerbsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit von Unternehmen aufzeigen. Sodann werden aus dem Erwägungsgrund 23 RL 2011/7 die Vorteile, welche sich öffentlichen Unternehmen bieten, nämlich „sichere, berechenbare und beständige Einkünfte“, „Finanzmittel zu günstigeren Bedingungen“ und „weniger Abhängigkeit von stabilen Geschäftsbedingungen“, in Abgrenzung zu Unternehmen, welche von diesen Bedingungen abhängig sind, genannt (Rn. 42). Letztlich wird in der Schlussfolgerung noch knapp Erwägungsgrund 9

¹⁵ *Baldus/Raff* (Fn. 2), § 3 Rn. 176.

¹⁶ Vgl. *Baldus/Raff*, Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts, in: Gebauer/Teichmann, Enzyklopädie Europarecht VI: Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, 1. Aufl. 2016, § 3 Rn. 113.

¹⁷ *Müller/Christensen* (Fn. 11), Rn. 103.

¹⁸ Vgl. *Baldus/Raff* (Fn. 2), § 3 Rn. 151 ff.

RL 2011/7 eingeschoben, welcher den deutlich höheren Zahlungsumfang von Unternehmen an öffentliche Stellen hervorhebt.

2. Bedeutung für die Auslegung

Aus diesem kaskadenartigen Zweckreport zieht der *Gerichtshof* die Folgerung: „[D]er Unionsgesetzgeber hat es für angebracht gehalten, in Art. 4 der Richtlinie 2011/7 Bestimmungen vorzusehen, die ausschließlich für Unternehmen gelten, die Zahlungsansprüche gegen öffentliche Stellen haben, an die sie Waren geliefert oder Dienstleistungen erbracht haben. Diese Bestimmungen erfassen keine öffentlichen Stellen als Gläubigerinnen von Unternehmen“ (Rn. 43).¹⁹

3. Bewertung

Nimmt man das genannte Ziel als gegeben an, scheint die Schlussfolgerung der *Kammer* stringent, wonach die Richtlinie keine Anwendung auf öffentliche Stellen als Gläubiger von Unternehmen findet. Wünschenswert wäre über die Reihung der Erwägungsgründe hinaus eine wertende Zusammenfassung von deren Bedeutung für die Erwägungen des *Gerichtshofs* gewesen. Auch scheint die *Kammer* hierdurch das bereits durch die systematischen Argumente erlangte Ergebnis nur teleologisch abzustützen, statt dieser Methode eine losgelöste Bedeutung durch saubere methodische Arbeit zukommen zu lassen.

IV. Erste und dritte Vorlagefrage

Angesichts der Antwort auf die zweite Frage sieht die *Kammer* von einer Beantwortung der ersten und dritten Frage ab (Rn. 48). Die *Kammer* wählt dieses Vorgehen, da die zweite Frage logisch den anderen beiden vorausgeht und stellt treffend fest, dass, sofern diese negativ zu beantworten ist, wie vorliegend, sich die anderen beiden erübrigen (Rn. 30, 48). Auffallend und unverständlich ist, dass die *Kammer*, anders als angekündigt (Rn. 1), nicht Art. 12 Abs. 4 RL 2011/7 auslegt. Dies korreliert mit der Frage des temporalen Anwendungsbereichs der RL 2011/7 und legt zu Beginn des Urteils irreführend eine Erörterung der dritten Frage nahe.

¹⁹ Vgl. *Hommelhoff*, Die Auslegung angeglichenen Gesellschaftsrechts – eine Analyse der EuGH-Rechtsprechung, in: Schulze, Auslegung europäischen Privatrechts und angeglichenen Rechts, 1999, S. 29 (37).

C. Konsequenzen für die Rechtslage in Deutschland

Der nationale Richter ist sowohl unionsrechtlich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV²⁰ als auch verfassungsrechtlich aus Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG²¹ verpflichtet, das nationale Recht sowie insbesondere die RL 2011/7 umsetzende nationale Rechtsakte richtlinienkonform auszulegen.²² Wie oben gezeigt, wird durch das Urteil die Auslegung des Begriffs des „Geschäftsverkehrs“ i. S. d. Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 konkretisiert, sodass der nationale Richter bei der Auslegung der einschlägigen Vorschriften „so weit wie möglich“²³ das Urteil des *Gerichtshofs* innerhalb der richtlinienkonformen Auslegung als interpretatorische Vorrangregel, die ihre Grenze grundsätzlich am Verbot des *contra-legem* Judizierens findet, zu beachten hat.²⁴

Der Leitsatz des Urteils hat nicht nur Auswirkungen auf die direkten Änderungen, welche mit der Umsetzung der RL 2011/7 ins nationale Recht eingeführt wurden. Vielmehr ist das gesamte nationale Verzugsrecht zu betrachten und betroffen. Die RL 2011/7 fasst die Zahlungsverzugsrichtlinie 2000/35 neu, welche der deutsche Gesetzgeber bereits im Rahmen der Schuldrechtsreform ins Gesamtsystem des nationalen Verzugsrechts umgesetzt hatte.²⁵ Bei der Umsetzung der RL 2011/7 konnte dieser sich diesmal zwar auf die neu geschaffenen Bestimmungen wie etwa §§ 271a, 286 Abs. 5, 288 Abs. 5 und Abs. 6 BGB beschränken,²⁶ jedoch bleibt die Grundgestaltung des Zahlungsverzugssystems gleich und ist mithin insgesamt beeinflusst vom tenorierten Ergebnis.

I. Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 271a Abs. 2, 286 Abs. 5, 288 Abs. 6 BGB

Charakteristikum der neuen RL 2011/7 ist der vorgelagerte Ansatzpunkt bereits vor Entstehen des Zahlungsverzugs, indem vertragliche Vereinbarungen von Zahlungs- und Abnahmefristen nur noch innerhalb bestimmter Höchstgrenzen

²⁰ *Canaris*, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in: FS Bydliński, 2002, S. 47 (49 ff.); anders: *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, S. 292.

²¹ *Roth/Jopen* (Fn. 6), § 13 Rn. 43.

²² *Reimer* (Fn. 20), S. 292.

²³ *EuGH*, Urt. v. 19.4.2016, C-441/14, *Dansk Industri (DI) ./. Nachlass des Karsten Eigil Rasmussen*, Rn. 35.

²⁴ *Reimer* (Fn. 20), S. 294.

²⁵ *Faust*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, DNotZ 2015, 644 (645).

²⁶ Im Detail: BT-Drucks. 18/1309, S. 5 ff.

zulässig sind.²⁷ Ausdruck dessen ist vor allem die Einführung der §§ 286 Abs. 5, 271a, 288 Abs. 6 BGB. Hier stellt sich die Frage, ob öffentlichen Stellen dieser besondere Schutz zusteht.

In Bezug auf § 286 Abs. 5 BGB gilt, dass dieser nur auf den Geschäftsverkehr anwendbar ist.²⁸ Rein nach dem Wortlaut könnte der Fall öffentlicher Stellen als Gläubiger hierunter subsumiert werden (neutraler Kandidat).²⁹ Nach dem Leitsatz des besprochenen Urteils umfasst der Geschäftsverkehr jedoch keine öffentlichen Stellen als Gläubiger, sodass der nationale Richter nach richtlinienkonformer Auslegung § 286 Abs. 5 BGB restriktiv auszulegen hat. Der Anwendungsbereich ist innerhalb der Wortlautgrenze zu reduzieren,³⁰ im Ergebnis ist § 286 Abs. 5 BGB nicht auf den Fall einer öffentlichen Stelle, die als Gläubigerin eines Unternehmens handelt, anwendbar.

In entsprechender Weise ist § 288 Abs. 6 BGB als Ausdruck der Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 RL 2011/7,³¹ ebenfalls restriktiv auszulegen, sodass dieser innerhalb der Wortlautgrenze nicht mehr auf öffentliche Stellen als Gläubiger anwendbar ist.

Ferner finden die Vorteile für den Gläubiger des § 271a BGB, welcher in Abs. 1 Art. 3 Abs. 5 RL 2011/7 und in Abs. 2 Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 RL 2011/7 umgesetzt,³² ebenso keine Anwendung auf den Fall der öffentlichen Stelle als Gläubigerin des Unternehmens. Der Anwendungsbereich der Umsetzung von Art. 3 RL 2011/7 kann nur zwischen zwei Unternehmen gelten und Art. 4 RL 2011/7 ist nur anwendbar auf „öffentliche Stellen als Schuldner“. Der vorliegende Fall kann daher per se nicht in den Anwendungsbereich fallen.

II. Teleologische Reduktion § 288 Abs. 2, 5 BGB

Da keine Verbraucher beteiligt sind, würde nach dem Wortlaut des § 288 Abs. 2 BGB der Fall einer öffentlichen Stelle als Gläubigerin eines Unternehmens in den

²⁷ *Verse*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ZIP 2014, 1809 (1809).

²⁸ *Stadler*, in: Jauernig, 18. Aufl. 2021, § 286 Rn. 43.

²⁹ *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl. 2019, S. 252.

³⁰ *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, S. 456 ff.

³¹ *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 28), § 288 Rn. 12.

³² *Stadler*, in: Jauernig (Fn. 28), § 271a Rn. 3, 9.

„Begriffshof“ der Norm fallen (positiver Kandidat),³³ sodass der erhöhte Zins von neun Prozentpunkten über Basiszinssatz gelten würde.³⁴

Zweckmäßig ist eine Anwendung von § 288 Abs. 2 BGB im Rahmen der richtlinienkonformen Auslegung und dem Willen des nationalen Gesetzgebers nicht. Eine teleologische Reduktion³⁵ des § 288 Abs. 2 BGB ist angemessen, folglich wäre stattdessen § 288 Abs. 1 BGB anzuwenden. Die höhere Verzinsung nach § 288 Abs. 2 BGB beruht auf dem Gedanken, dass Unternehmen als Gläubiger einen höheren Zinsschaden erleiden und Schuldner gehindert werden sollen, sich durch die Verschleppung der Zahlungen einen günstigeren Gläubigerkredit als bei der Bank zu nehmen.³⁶ Mit Rücksicht auf die *ratio* ist § 288 Abs. 2 BGB dahin auszulegen, dass dieser nur Anwendung auf den Verkehr zwischen zwei Unternehmen findet, welche die in Erwägungsgründe 4 und 19 RL 2011/7 referenzierten Verwaltungs- und Finanzlasten tragen, wohingegen öffentliche Stellen dieses besonderen Schutzes nicht bedürfen (so auch die Wertung in Rn. 41 ff.).³⁷

Zudem wollte der Gesetzgeber den hohen Zinssatz von neun Prozentpunkten explizit nur für den Anwendungsbereich von Entgeltzahlungen im Anwendungsbereich der RL 2011/7 vorsehen.³⁸ Der vorliegende Fall fällt nach dem tenorierten Ergebnis des Urteils nicht in den Anwendungsbereich der RL 2011/7. Es ist naheliegend, dass die Einschränkung somit auch in den gesetzgeberischen Willen integriert ist, welcher eine Anwendung nur im Geltungsbereich der RL 2011/7 wollte. Abhilfe gegen den unionsrechtswidrigen Zustand kann *de lege lata* nur geschaffen werden, indem man § 288 Abs. 2 BGB richtlinienkonform teleologisch reduziert, sodass § 288 Abs. 1 BGB gilt, sofern öffentliche Stellen als Gläubiger handeln.

Dieser Gedanke der teleologischen Reduktion ist gleichfalls auf § 288 Abs. 5 BGB übertragbar, welcher ebenfalls nach seinem Wortlaut aufgrund mangelnder Verbraucherbeteiligung Anwendung fände. Auch hier ist eine Anwendung auf

³³ Kramer (Fn. 29), S. 252.

³⁴ Vgl. Freitag, Unternehmenskredit und Zahlungsverzug: Zur Anwendung der § 288 Abs. 2, 5 BGB im Darlehensrecht vor dem Hintergrund von Zinseszinsverbot und EU-Verzugsrichtlinie, ZIP 2015, 1805 (1805).

³⁵ Savigny, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, S. 230 f.

³⁶ Ernst, in: MüKo-BGB II, 9. Aufl. 2022, § 288 Rn. 25.

³⁷ Grüneberg, in: Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 288 Rn. 3.

³⁸ BGH, NJW 2010, 3226, Rn. 11 mit Verweis auf BT-Drucks. 14/6857, S. 14.

öffentliche Stellen nicht zweckmäßig, sodass § 288 Abs. 5 BGB im Ergebnis ebenfalls nicht anwendbar ist.

D. Abschließende Bewertung

Die *Kammer* entscheidet i. S. d. Rechtseinheit als deutliche Ansage an den richtlinienkonform auslegenden nationalen Richter, dass der Begriff des Geschäftsverkehrs i. S. v. Art. 2 Nr. 1 RL 2011/7 im Lichte seines Regelungskontextes und der mit der RL 2011/7 verfolgten Ziele, dahin auszulegen ist, dass er nicht den Fall einer öffentlichen Stelle als Gläubiger des Unternehmens erfasst.

Methodisch betrachtet die *Kammer* hierzu den Wortlaut, immerhin als Ausgangspunkt (Rn. 31), und geht von dort zur systematischen Argumentation über (Rn. 38), welcher eine höhere Gewichtung als den anderen Auslegungsmethoden zukommt. Dies kann man daran erkennen, dass aus ihr bereits das tenorierte Ergebnis folgt (Rn. 40). Nachrangig zieht die *Kammer* nun eine „Teloskaskade“ heran, um das bereits gefundene Ergebnis zu unterstützen (Rn. 41 ff.). Sodann subsumiert sie den konkreten Fall (Rn. 46 f.). Der *Fiskus* als öffentliche Stelle hat keinen Anspruch auf Zahlung des gesetzlichen Zinses gemäß Art. 4 Abs. 1 RL 2011/7 (Rn. 46).

Im Ergebnis vermag das Urteil überzeugen, es ist jedoch in methodischer Hinsicht kritisch zu betrachten. In allen drei Argumentationslinien hätte die Methodik, wie oben gezeigt, umfassender genutzt werden können. Der Umstand, dass das Ergebnis dennoch plausibel erscheint, beruht auf einem nachvollziehbaren, wenn auch einfachen und grundlegenden, Auslegungsprogramm. Die vorliegend erkennbare Tendenz der Rechtsprechung, Zwecküberlegungen lediglich als Stütze des bereits feststehenden Ergebnisses verkümmern zu lassen, ist in Zukunft weiterhin kritisch zu beobachten.

Die richtlinienkonforme Auslegung, unter Berücksichtigung des durch das Urteil konkretisierten Begriffs des „Geschäftsverkehrs“, hat für die Rechtslage in Deutschland eine restriktive Auslegung der §§ 286 Abs. 5, 288 Abs. 6 BGB, einen Ausschluss der Anwendung des § 271a BGB und die teleologische Reduktion von § 288 Abs. 2, 5 BGB zur Folge. Zusammengefasst: Selbst ein kurz und unauffällig scheinendes Urteil kann von weitreichender Tragweite für das nationale Recht – hier das deutsche Verzugsrecht – der Mitgliedstaaten sein.

Simon Wannagat, LL.M. (Dunelm)*

Anwendungsbereich, Quo vadis? – Zum *special features*-Ansatz des *EGMR* hinsichtlich der extraterritorialen Anwendbarkeit der EMRK

Abstract

Unter welchen Voraussetzungen ist die EMRK außerhalb des Gebiets der Vertragsstaaten, also extraterritorial, anwendbar? Wie wirkt sich dies auf den Inhalt der Rechte aus? Diese Fragen stellte sich der *EGMR* im Fall *Hanan v. Deutschland* für das Handeln deutscher Soldaten in Afghanistan und entwickelte einen neuen Ansatz für die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK – die abstrakt nicht festzulegenden, im Einzelfall zu bestimmenden *special features*. Dieser weite Ansatz dehnt den Anwendungsbereich der EMRK auf Situationen jenseits der Kontrolle der Vertragsstaaten aus und kehrt das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Extraterritorialität um. Der Versuch einer dogmatischen und rechtspolitischen Einordnung der *special features*.

What are the criteria for the ECHR's extraterritorial applicability? What's the extraterritoriality's effect on the standard of rights? The *ECtHR* was to answer these questions in the case of *Hanan v. Germany* concerning the actions of German soldiers in Afghanistan. To this end, it developed a new approach to establish extraterritorial applicability – the *special features*, which cannot be defined *in abstracto*, but must be determined for each case individually. This extensive approach stretches the convention's applicability beyond the contracting parties' area of control and makes the exception the rule. An attempt to dogmatically and legal-politically classify the *special features*.

* Der Verfasser ist Doktorand und akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Borowski an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert maßgeblich auf einer vom Verfasser bearbeiteten Studienarbeit, gestellt im Wintersemester 2021/2022 von Prof. Dr. Martin Borowski. Er ist zugleich eine Besprechung von *EGMR*, *Hanan v. Deutschland*, Urt. v. 16.2.2021 (*Große Kammer*), Rs. 4871/16.

A. Einführung

„I know it when I see it“ – so begründete *United States Supreme Court Justice Potter Stewart* 1964 in *Jacobellis v. Ohio*¹ sein Urteil, wann ein verfahrensgegenständliches Bildmaterial „obszön“ sei. Dieser Ausspruch verhalf ihm zu größerer internationaler Bekanntheit als seine bis dato geleisteten Beiträge zur US-amerikanischen Jurisprudenz. Weniger lapidar, aber mit ähnlichem Inhalt formuliert der EGMR in der Rechtssache *Hanan v. Deutschland*² die Kriterien zur Bestimmung der Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK (*jurisdiction*)³ und damit der Anwendbarkeit der Konvention: Sie seien *in abstracto* nicht zu bestimmende *special features*⁴ und hingen gänzlich vom Einzelfall ab.

Die Anwendbarkeit der EMRK ist ausschlaggebend für die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland dem Beschwerdeführer *Abdul Hanan* gegenüber eine prozessuale Ermittlungspflicht⁵ aus Art. 2 EMRK trifft. Die Vorschrift regelt zwar ausdrücklich nur eine materielle Schutzpflicht des Staates für das Leben (*positive obligation*). Nach dem Leitartikel *McCann v. Vereinigtes Königreich* muss mit dem Verbot willkürlicher Tötung („*arbitrary killing*“) aber eine Pflicht einhergehen, die Rechtmäßigkeit der Tötungshandlung zu überprüfen.⁶ Das heißt, der Staat muss nicht nur das Recht auf Leben schützen, sondern ist auch verpflichtet, die Einhaltung der Schutzpflicht zu überprüfen („*to determine whether the State complied with its obligation [...] to protect life*“).⁷ Denn nur, wenn der materiellen eine prozessuale Pflicht gegenübersteht, kann Art. 2 EMRK seine volle Schutzfunktion entfalten. Nach *McCann* leitet der EGMR die prozessuale

¹ U.S. Supreme Court, *Jacobellis v. Ohio*, 22.6.1964, 378 U.S. 184 (1964), 197.

² EGMR, *Hanan v. Deutschland*, Urt. v. 16.2.2021, Rs. 4871/16.

³ Der in Art. 1 und 32 der englischen Fassung verwendete Begriff *jurisdiction* ist nicht deckungsgleich, wie aus der einzig ebenfalls authentischen französischen Fassung (*jurisdiction* und *compétence*) hervorgeht; die deutsche Fassung kann mangels Authentizität lediglich als Leitlinie verstanden werden. Dennoch soll im Folgenden auf die vom EGMR bereitgestellte inoffizielle Übersetzung zurückgegriffen werden, siehe *Europarat*, Die Europäische Menschenrechtskonvention [1953] ETS 5.

⁴ Deutsch „besondere Umstände“, Übersetzung aus *Wittling-Vogel*, EGMR: Zuständigkeit des Gerichtshofs und Untersuchungspflichten – Luftschlag Kunduz, NJW 2021, 1291 ff. Dies ist nicht zu verwechseln mit *exceptional circumstances* (*infra* **B. III. 1. b**)), wessen Übersetzung ähnlich ist. Deshalb wird hier weiter der englische Begriff verwendet.

⁵ Weder im Englischen noch im Deutschen besteht hier eine einheitliche Bezeichnung; auf Englisch siehe nur EGMR, *Jaloud v. Niederlande*, Urt. v. 20.11.2014, Rs. 47708/08 „*procedural aspect*“ in Rn. 105, „*procedural obligation*“ in Rn. 185 und „*procedural head*“ in Rn. 161. Mangels offizieller deutscher Übersetzung wird hier vorrangig von „prozessualer Verpflichtung“ gesprochen, etwaige Abweichungen dienen nur der verbesserten Lesbarkeit.

⁶ EGMR, *McCann v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 27.9.1995, Rs. 18984/91, Rn. 161.

⁷ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 205; *Krajewski*, Völkerrecht, 2. Aufl. 2020, S. 306.

aus der materiellen Pflicht ab, sie hat also rein unterstützende Funktion.⁸ Deshalb hängt nach diesem Verständnis auch die Hoheitsgewalt über die prozessuale Ermittlungspflicht davon ab, ob im konkreten Fall Hoheitsgewalt über den materiellen Ausgangsumstand besteht – im Fall *Hanan* ein Luftschlag auf Tanklaster im Kunduz. Letzteres ist nach dem Grundsatzurteil⁹ *Al-Skeini* anzunehmen, wenn ein Staat effektive Kontrolle über das Gebiet des Ausgangsumstands oder über die Person durch staatliche Organe¹⁰ innehat.

In *Hanan* weicht der *EGMR* hiervon jedoch ab. Er fragt nicht mehr nach der Hoheitsgewalt über den Ausgangsumstand. Stattdessen begründet er die Hoheitsgewalt über die prozessuale Ermittlungspflicht unabhängig von der materiellen Schutzpflicht und spaltet die beiden Pflichten damit auf. Hierfür nutzt er mit den *special features* als abstrakt nicht bestimmbar Kriterien einen anderen Ansatz und wendet diese erstmals außerhalb des *espace juridique*¹¹ (*Convention legal space*; Menschenrechtsraum¹²), also dem Territorium der EMRK, an. So erweitert der *EGMR* ihren Anwendungsbereich. Dies wirkt sich auch auf die erforderliche Tiefe der Ermittlungspflicht aus, weshalb die geltend gemachten Ermittlungsfehler dem *EGMR* zufolge den Beschwerdeführer nicht in Art. 2 EMRK verletzen.

I. Sachverhalt und Untersuchungsgegenstand des EGMR

Anlass für die Individualbeschwerde des *Abdul Hanan* gegen die Bundesrepublik Deutschland gab der vom deutschen Oberst *Klein* als Kommandeur des *Provincial Reconstruction Teams* (PRT) *Kunduz* angeordnete Luftschlag auf zwei von Taliban entführte Tanklaster am 4.9.2009 um 01:49 Uhr. Trotz mehrfacher

⁸ *Milanovic*, Extraterritorial Investigations in *Hanan v. Germany*; Extraterritorial Assassinations in New Interstate Claim Filed by Ukraine Against Russia, EJIL: Talk! v. 26.2.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilhanan (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 2.

⁹ „Leading authority“ / „landmark case“ im Englischen, Bezeichnung aus *Milanovic*, *Al-Skeini* and *Al-Jedda* in Strasbourg, EJIL 2012, 121; *Hajjer/Ryngaert*, Reflections on *Jaloud v the Netherlands*, J. Int'l Peacekeeping 2015, 174 (187).

¹⁰ Englisch „effective control“, siehe *EGMR*, *Al-Skeini u.a. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 7.7.2011, Rs. 55721/07, Rn. 130-142; *EGMR*, *Ilaşcu u.a. v. Moldavien und Russland*, Urt. v. 8.7.2004, Rs. 48787/99, Rn. 311-314; *Viljoen*, Ch. 11 International Protection of Human Rights, in: Strydom, International Law, 2016, S. 329; Übersetzung aus *Jankowska-Gilberg*, Das *Al-Skeini*-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - Eine Abkehr von *Banković?*, AVR 2012, 61 (63).

¹¹ So auch in *EGMR*, *Banković u.a. v. Belgien u.a.*, Urt. v. 12.12.2001, Rs. 52207/99, Rn. 80; *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 142.

¹² Übersetzung aus *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 17 Rn. 17.

Rückversicherung, dass keine Zivilisten vor Ort seien,¹³ starben neben den anvisierten ranghohen Taliban auch eine nicht geklärte Anzahl an Zivilisten,¹⁴ unter anderem zwei Söhne des Beschwerdeführers. Nach Luftaufklärung durch F-15-Jäger direkt nach Bombenabwurf und einem unbemannten Überflug um 08:00 Uhr, fand ein erstes Untersuchungsteam des PRT *Kunduz* um 12:34 Uhr den Abwurfort – unter erheblichem Beschuss – nur noch stark verändert vor. Im weiteren Nachgang stießen Mitglieder der aus dem 170 Kilometer entfernten Mazār-i Šarīf entsendeten Feldjäger zum Untersuchungsteam. Zudem untersuchten zahlreiche internationale Organisationen den Vorfall.¹⁵

In Deutschland hat am 7.9.2009 die Staatsanwaltschaft Potsdam, in deren Bezirk das Einsatzführungskommando der Bundeswehr liegt, vorläufige Ermittlungen aufgenommen. Diese wurden schließlich aufgrund der völkerrechtlichen Implikationen an den Generalbundesanwalt übergeben, der seit dem 8.9.2009 schon selbst vorläufig ermittelt hatte.¹⁶ Nach weiteren vorläufigen Ermittlungen wurde am 12.3.2010 ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eröffnet, aber nach Vernehmung der Beschuldigten Oberst *Klein* und Feldwebel *Wilhelm* ohne Anhörung des Beschwerdeführers am 16.4.2010 eingestellt.¹⁷ Sein daraufhin eingeleitetes Klageerzwingungsverfahren,¹⁸ die folgende Anhörungsrüge,¹⁹ die gegen die Verwerfung erhobene Verfassungsbeschwerde²⁰ und ein parallel angestrebtes Amtshaftungsverfahren²¹ blieben ohne Erfolg.

Vor dem *EGMR* macht der Beschwerdeführer geltend, das Ermittlungsverfahren sei aufgrund ineffektiver Ermittlungsmaßnahmen eingestellt worden und gegen diese Entscheidung hätte ihm kein effektiver Rechtsschutz²² zugestanden. Folglich verletze ihn die Einstellungsentscheidung des Generalbundesanwalts und die umfängliche Zurückweisung des Klageerzwingungsverfahrens im Recht

¹³ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 46.

¹⁴ Die Zahl der Todesopfer insgesamt ist nicht abschließend geklärt, Berichte gehen von 14-142 Opfern aus; siehe *Hanan* (Fn. 2) Rn. 69.

¹⁵ Vgl. die Aufzählung *ebd.*, Rn. 35; allerdings sind diese nicht frei verfügbar.

¹⁶ *Ebd.*, Rn. 228.

¹⁷ GBA 16.4.2010 – 3 BJs 6/10.

¹⁸ OLG *Düsseldorf*, Beschl. v. 16.2.2011 – 5 StS 6/10, Rn. 6 (juris).

¹⁹ OLG *Düsseldorf*, Beschl. v. 31.3.2011 – 5 StS 6/10, Rn. 3 (juris).

²⁰ BVerfG, Beschl. v. 19.5.2015 - 2 BvR 987/11, Rn. 16 (juris).

²¹ BGHZ 212, 173; BVerfG, NVwZ 2021, 398. Trotz Bestätigung wirft die Entscheidung des BVerfG Fragen zur Begrenzung der Grundrechtsbindung nach Art. 1 Abs. 3 GG und darauf beruhender Amtshaftungsansprüche auf, die jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags sind.

²² *EGMR*, Application Document Nr. 4871/16, Communicated on 2.9.2016, abrufbar unter: rebrand.ly/apphanan (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

auf effektive Ermittlung aus Art. 2 EMRK und dem Recht auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 13 i. V. m. Art. 2 EMRK. Etwaige Beschwerden gegen den Luftschlag als Verletzung der Primärpflicht aus Art. 2 EMRK oder des nicht gewährten Amtshaftungsanspruchs werden nicht erhoben. Die Beschwerde hinsichtlich des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 13 EMRK geht im Maßstab des Art. 2 EMRK auf. Kern derselben ist die unterbliebene strafrechtliche Verfolgung der Tötung der Söhne. Diese beruhe auf der ineffektiven Ermittlung, sei also Ausfluss des Art. 2 EMRK.²³ Dies wirft für das Gericht auf Ebene der Zulässigkeit (*admissibility*) und Begründetheit (*merits*) je eine Frage auf:

Ist der *EGMR* zuständig, sodass die Ermittlungsmaßnahmen überhaupt an der EMRK überprüft werden können? Dafür müsste der *EGMR* gemäß Art. 32 EMRK Gerichtshoheit haben; dies wiederum setzt die Anwendbarkeit der EMRK voraus, also die Hoheitsgewalt Deutschlands gemäß Art. 1 EMRK.²⁴

Hat Deutschland bei der Aufklärung des Luftschlags seine Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK nicht erfüllt und so das korrespondierende Recht des Beschwerdeführers verletzt?

II. Gang der Untersuchung

Das Verhältnis der EMRK zum humanitären Völkerrecht, das auf bewaffnete Konflikte wie in Afghanistan zugeschnittenen ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Gleiches gilt für die Kriterien zur Bestimmung der Hoheitsgewalt. Vorliegend wird im Anschluss an *Hassan v. Vereinigtes Königreich*²⁵ die grundsätzliche Anwendbarkeit der EMRK auch im Falle bewaffneter Konflikte angenommen. Die rechtspolitische Bedeutung des Urteils liegt in der Frage der erweiterten Anwendbarkeit der Konvention nach Art. 1 EMRK durch den in *Hanan* gewählten Ansatz (*special features*),²⁶ die Hoheitsgewalt über die prozessuale unabhängig von der materiellen Pflicht zu begründen. Die erfolgte Anpassung der Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK ist notwendige Folge davon. Deshalb

²³ Dies ist gängige Praxis des *EGMR*, siehe auch *EGMR, Armani da Silva v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 30.3.2016, Rs. 5878/08, Rn. 291 f.; *Hentschel und Stark v. Deutschland*, Urt. v. 9.11.2017, Rs. 47274/15, Rn. 44 f.

²⁴ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 102; v. *Arnaud*, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2023, Rn. 746, 646.

²⁵ *EGMR, Hassan v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 16.9.2014, Rs. 29750/09, Rn. 104.

²⁶ Zur Fülle an Alternativvorschlägen siehe nur Sondervotum *Bonello, Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 4, 22; *Besson*, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts To*, *Leiden J. Int'l L.* 2012, 857; *Demetriades*, *Reconceptualising Extraterritoriality Under the ECHR as Concurrent Responsibility: The Case for a Principled and Tailored Approach*, *EJLS* 2020, 157.

erschöpft sich die Bedeutung dieser Anpassung innerhalb des erweiterten Anwendungsbereiches und sie wird nicht eigenständig, sondern im Kontext mit diesem erörtert.

Für eine fundierte Analyse der Entscheidung muss zunächst die Entwicklung des *special features*-Ansatzes bis dato dogmatisch kontextualisiert werden (**B.**).²⁷ Da der EGMR mit seiner *Großen Kammer* entschieden hat, ist von einer entscheidenden Weichenstellung für künftige Urteile auszugehen. Deshalb muss, um mit der Analyse nicht nur einen verzerrten Ausschnitt des Bildes zu zeigen, die Reichweite des Urteils im größeren Zusammenhang bestimmt werden (**C.**). Anschließend wird die Entwicklung in *Hanan* hauptsächlich anhand der Dogmatik des Art. 2 EMRK, dem Regel-Ausnahme-Verhältnis der Extraterritorialität und der Rechtssicherheit bewertet (**D.**). Demzufolge wird resümiert, dass der *special features*-Ansatz selbst zwar eine willkommene Entwicklung im internationalen Vergleich ist, die Verwendung außerhalb des *espace juridique* wie in *Hanan* aber beschränkt werden muss, um Autorität und normative Kraft des EGMR zu erhalten. Insoweit kann dem Urteil also nicht gefolgt werden und einer inflationären Anwendbarkeitserweiterung ist entgegenzutreten.

B. Kontextualisierung des Urteils anhand der bisherigen Rechtsprechungslinie

Als Ausgangspunkt für die Kontextualisierung und die anschließende Bewertung ist relevant, ob die Ermittlungspflicht in *Hanan* als extraterritorial begriffen wird (**I.**) und welche *special features* die Hoheitsgewalt begründen (**II.**). Anschließend wird anhand bisheriger einschlägiger EGMR-Judikate überprüft, ob und wenn ja, warum von der alten Rechtsprechung abgewichen wird (**III.**).

I. Intra- und Extraterritorialität: Regel- und Ausnahme, aber auch in *Hanan*?

Die Hoheitsgewalt eines Konventionsstaates ist gemäß Art. 1 EMRK Ausgangspunkt und notwendige Bedingung, um Verantwortlichkeit für eine Verletzung der Konventionsrechte begründen zu können.²⁸ In der Regel bindet

²⁷ So auch der ehemalige EGMR-Präsident *Spanó*, The Inaugural Bonavero Institute Annual Human Rights Lecture; The Democratic Virtues of Human Rights Law – A Response to Lord Sumption’s Reith Lectures, 20.2.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/spanosumption (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), Rn. 23: „*when analysing methodological approaches applied by [...] international courts [...] it is important to be mindful of their historical trajectories*“.

²⁸ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 130.

die EMRK als multilaterales Abkommen nur die Staaten, die es ratifiziert haben. Die Hoheitsgewalt wird also in erster Linie durch die territorialen Grenzen definiert, weshalb die EMRK zuvörderst innerhalb der Vertragsstaaten wirkt.²⁹ Ausnahmsweise kann im Lichte eines effektiven Menschenrechtsschutzes ein berechtigtes Interesse daran bestehen, die Mitgliedstaaten auch beim Handeln im Ausland an die Konvention zu binden, um eine Umgehung zu vermeiden und so ihre Anwendbarkeit auf das Staatsgebiet von Staaten auszudehnen, die nicht Teil der EMRK sind. Deshalb ist die Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK, ausgelegt nach seiner gewöhnlichen Bedeutung gemäß Art. 31 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention,³⁰ nicht abschließend durch die Staatsgrenzen determiniert (extraterritoriale Anwendbarkeit)³¹, solange dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umgekehrt wird.³²

Das Urteil in *Hanan* bewegt sich nur in diesem Regel-Ausnahme-Prinzip, wenn der EGMR von einer extraterritorialen Anwendung ausgeht. Die Hoheitsgewalt und Extraterritorialität bestimmen sich maßgeblich nach der Belegenheit des konkreten Sachverhalts und dem geltend gemachten EMRK-Recht.³³ Das Recht auf effektive Ermittlung aus Art. 2 EMRK bezieht sich auf sämtliche investigative Handlungen der zuständigen Behörden.³⁴ Dies sind einerseits die Ermittlungen der deutschen Staatsanwaltschaft, andererseits die der deutschen Soldaten in Afghanistan. Es könnte also ein intraterritorialer Sachverhalt mit Auslandsberührung oder ein Fall der Extraterritorialität i. S. d. Art. 1 EMRK sein.³⁵ Der EGMR hat nicht ausdrücklich Stellung bezogen. Für Ersteres spräche die Einordnung durch die EGMR-Kanzlei im *Guide on Article 1*³⁶ innerhalb des Territorialitätsprinzips und dass die Ermittlungspflicht nur die deutschen Vollzugsorgane betrifft.³⁷ Dem entspräche auch die in neuerer Rechtsprechung seit *Šilih* wiederholte Betonung dessen, dass die Ermittlungspflicht unabhängig

²⁹ *Banković* (Fn. 11), Rn. 59.

³⁰ *Vereinte Nationen*, Vienna Convention on the Law of Treaties [1969] 1155 UNTS 331.

³¹ *Europarat*, Guide on Article 1 of the European Convention on Human Rights – Obligation to Respect Human Rights – Concepts of “Jurisdiction” and Imputability, 31.8.2022, abrufbar unter: rebrand.ly/guideart1 (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), Rn. 13.

³² *Peters*, Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz, AVR 2010, 1 (1 f.).

³³ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 136; siehe auch EGMR, *M.N. u. a. v. Belgien*, Urte. v. 5.5.2020, Rs. 3599/18, Rn. 109, 122; *Marković u.a. v. Italien*, Urte. v. 14.12.2006, Rs. 1398/03, Rn. 52, 54.

³⁴ EGMR, *Menson v. Vereinigtes Königreich*, Urte. v. 6.5.2003, Rs. 47916/99, Rn. 1, 35.

³⁵ Für die Unterscheidung *M.N.* (Fn. 33), Rn. 109.

³⁶ *Europarat* (Fn. 31), Rn. 30 ff.

³⁷ Ein solches Verständnis suggeriert auch das Sondervotum („*separate opinion*“) *Grožek, Ranžoni* und *Eücke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 17.

davon besteht, ob der Ausgangsumstand außerhalb des Konventionsgebietes liegt.³⁸ Der EGMR hat jedoch nicht schlicht auf das Territorialitätsprinzip zurückgegriffen und die Ermittlungseinleitung ausreichen lassen. Er hat vielmehr zusätzliche Kriterien gefordert und damit implizit festgestellt, dass er die Ermittlungspflicht hier als extraterritorial begreift und nicht als intraterritorialen Sachverhalt mit internationalem Element. Deshalb soll die Anwendung der EMRK auch in *Hanan* eine Ausnahme sein.

II. Die *special features* in *Hanan*

Die Kammermehrheit greift in *Hanan* zur Begründung der prozessualen Hoheitsgewalt und damit zur Herstellung eines *jurisdictional link* (hoheitliche Verbindung)³⁹ auf den in *Güzeşyurtlu* hilfswise herangezogenen *special features*-Ansatz zurück: Ein solcher *link* stellt, auch wenn keine Kontrolle über das gesamte Gebiet besteht, die Kontrolle über einzelne Individuen durch eine besondere (Nähe-)Beziehung zu den dem Staat zurechenbaren Personen her.

In *Hanan* sollen folgende drei *special features* in ihrer Kombination den *jurisdictional link* begründen: Zum Ersten bestehe bereits nach humanitärem Völkergewohnheitsrecht für mögliche Kriegsverbrechen, wie den Luftschlag, eine Ermittlungspflicht. Zweitens stehe Oberst *Klein* aufgrund Abschnitt I Unterabschnitt 3 Annex A zum ISAF⁴⁰-Truppenstatut (*Status of Forces Agreement*) unter ausschließlicher Strafgewalt des deutschen Staates, wie dies bei UN-mandatierten Einsätzen üblich ist. Deshalb dürfe Afghanistan nicht selbst ermitteln. Dies könne zu einer ungewollten Straffreiheit führen, wenn der entsendende Staat keine Ermittlungen einleitet. Drittens bestehe nach § 1 Völkerstrafgesetzbuch (VStGB), das nach Ratifikation des Römischen Statuts eingeführt wurde,⁴¹ eine nationale Ermittlungspflicht. In der Konsequenz begründete der Gerichtshof die deutsche Hoheitsgewalt mit dem Ausschluss einer afghanischen Ermittlungsmöglichkeit und dem Bestehen einer internationalen und nationalen Ermittlungspflicht Deutschlands.

³⁸ EGMR, *Šilih v. Slowenien*, Urt. v. 9.4.2009, Rs. 71463/01, Rn. 159; *Güzeşyurtlu u.a. v. Zypern und die Türkei*, Urt. v. 29.1.2019, Rs. 36925/07, Rn. 189.

³⁹ Übersetzung aus *Wittling-Vogel* (Fn. 4).

⁴⁰ *International Security Assistance Force*.

⁴¹ *Vereinte Nationen*, Rome Statute of the International Criminal Court [2002] 2187 UNTS A-38544; BT-Drucks. 14/8524, S. 1.

III. Die bisherigen Entscheidungen – geht *Hanan* abseits bekannter Pfade?

Durch die inhaltliche Gegenüberstellung mit vergleichbaren Urteilen wird herausgearbeitet, dass der EGMR in *Hanan* trotz ähnlichem Sachverhalt eine andere Entscheidung trifft (1.). Anschließend wird nach Erklärungsansätzen für diese andere Entscheidung gesucht (2.).

Als Vergleichsgruppe können nur Urteile dienen, in denen die Frage der Extraterritorialität ähnlich zu behandeln ist, denn ihre Implikationen variieren je nach in Rede stehendem Konventionsrecht.⁴² Die Extraterritorialität wird etwa für das Folterverbot (Art. 3 EMRK) anders als für die Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK) begründet. Deshalb können als direkte Vergleichsgruppe nur andere extraterritoriale Fälle der Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK dienen, keine Fälle extraterritorialer Anwendung materieller Konventionsrechte. Diese sind nur mittelbar zur Bestimmung der effektiven Kontrolle relevant,⁴³ allerdings kann für allgemeine Grundsätze auf sie rekuriert werden. Weiterhin kann aufgrund der natürlichen Parallelität mit anderen Verfahrensrechten als Hilfsrechte zur materiellen Verpflichtung auch Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK und der inhaltlich identischen Ermittlungspflicht aus Art. 3 EMRK herangezogen werden.⁴⁴

1. Eine Abkehr vom alten und Begründung eines neuen Prinzips?

In *Hanan* hat der EGMR die Hoheitsgewalt über die Ermittlungspflicht mittels der *special features* bestimmt. Damit kehrt er sich vom Prinzip der effektiven Kontrolle ab, nach dem in den bisherigen Leiturteilen *Al-Skeini* und *Jaloud* die prozessuale Hoheitsgewalt bestimmt wurde. Zudem hat er mit Anwendung der *special features* auf den konkreten Fall Neuland betreten, weil er in *Hanan* trotz Vergleichbarkeit mit den einschlägigen Judikaten⁴⁵ abweichend entschieden und damit die geltende Präzedenz gebrochen hat.

⁴² *Hanan* (Fn. 2), Rn. 136; siehe auch *M.N.* (Fn. 33), Rn. 109, 122; *Markovic* (Fn. 33), Rn. 52, 54.

⁴³ Wie auch im Sondervotum *Grozew, Ranzoni* und *Eicke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 8 dargelegt.

⁴⁴ Diese genetische Ähnlichkeit begründet sich vor allem in der Natur als Hilfsrechte zur Erhaltung der materiellen Garantien; siehe hierfür EGMR, *Razvozhayev v. Russland und die Ukraine und Udaltsov v. Russland*, UrT. v. 19.9.2019, Rs. 75734/12 2695/15 55325/15, Rn. 157.

⁴⁵ Hierbei findet eine Beschränkung auf die die bisherige Judikatur prägenden Urteile zur Frage der Hoheitsgewalt in Art. 2 EMRK und weitere in *Güzelyurtlu* (Fn. 38) zitierte Entscheidungen statt.

a) Abkehr von der effektiven Kontrolle

Der Sachverhalt von *Hanan* ist mit *Al-Skeini* und *Jaloud* vergleichbar. Zwar war die Ausgangshandlung in den beiden letzteren Boden-Boden- und in *Hanan* Luft-Boden-Interaktion. Gemeinsamkeit bestand aber hinsichtlich erheblicher militärischer Präsenz aufgrund eines UN-Mandats außerhalb des *espace juridique*. Die Vertragsstaaten sollten dort jeweils Stabilität und Sicherheit gewährleisten und die Aufgabenbereiche waren ähnlich: Patrouillen, Antiterror-Operationen, Schutz und Aufbau staatlicher Infrastruktur.⁴⁶ In *Jaloud* wurde die Ausgangshandlung nicht durch einen Soldaten der Niederlande, sondern durch irakische Hilfs-Sicherheitskräfte ausgeführt; genau wie der Bombenabwurf in *Hanan* durch US-amerikanische Piloten nach deutschem Befehl. Trotz dieser Ähnlichkeit greift der EGMR in *Hanan* auf den Ansatz aus *Güzelyurtlu* und ursprünglich *Rantsev* zurück. Beide behandeln zwar auch die prozessuale Ermittlungspflicht aus Art. 2 EMRK, spielen allerdings innerhalb des *espace juridique*. Zudem sind dort jeweils beide involvierten Staaten Beschwerdegegner. Es ging also vielmehr um eine Zuweisung der prozessualen Ermittlungspflicht zwischen zwei Konventionsstaaten und darum, durch deren Kooperationspflicht⁴⁷ kein rechtliches Vakuum innerhalb des *espace juridique* entstehen zu lassen.⁴⁸ Diese stärkere Ähnlichkeit von *Hanan* zu *Al-Skeini* und *Jaloud* hätte eine Fortentwicklung der dortigen Prinzipien nahegelegt, gerade mit Blick auf die neuere Entscheidung in *M. N. u.a. v. Belgien*, die trotz ähnlichem Sachverhalt zur alten Rechtsprechung aus *Banković* zurückkehrt, also ein zwischenzeitlicher Stopp der dynamischen Entwicklung ist.⁴⁹ Das ist gerade aufgrund der hohen Überschneidung in der Kammerbesetzung überraschend: Fünf der Richter, darunter der Kammerpräsident, waren schon an der Entscheidung in *Hanan* beteiligt. Die *special features* unterscheiden sich auch faktisch vom alten Ansatz. Keines der in *Güzelyurtlu* oder *Hanan* herangezogenen *features* würde eine effektive Kontrolle begründen. Deshalb weicht der EGMR in *Hanan* tatsächlich von den alten Entscheidungsgrundsätzen ab.

b) Erweiterung der special features über deren bisherige Verwendung

Mangels Vergleichbarkeit des Sachverhalts in *Hanan* und in *Güzelyurtlu* dehnt der EGMR den Anwendungsbereich der *special features* über ihre ursprüngliche

⁴⁶ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 21, 107; *Hanan* (Fn. 2), Rn. 13.

⁴⁷ *Grabenwarter/Pabel* (Fn. 12), § 20 Rn. 31.

⁴⁸ *Güzelyurtlu* (Fn. 38), Rn. 195.

⁴⁹ *Carlier et al.*, Humanitarian Visa: Does the Suspended Step of the Stork Become a Hunting Permit?, Cahiers de PEDEM, 6.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/uclouvainEDEM (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 3.

Rechtswirkung aus und gibt ihnen so eine gänzlich neue Funktion. Die Wortkombination „*special features*“ taucht jedoch vielfach in der Rechtsprechung des EGMR auf. Sie könnte *prima facie* also eine Schlüsselformel ähnlich den *exceptional circumstances*⁵⁰ für die effektive Kontrolle darstellen und damit ein eigenständiger, gleichwertiger, allgemeiner Ansatz zur Bestimmung der Hoheitsgewalt sein.

Der EGMR verwendet sie, um auf Eigen- und Besonderheiten des nationalen Rechtsschutzes bei Art. 6 EMRK oder allgemein des Einzelfalles hinzuweisen.⁵¹ Dem entspricht auch der parallele Aufbau in *Rantsev*, dem zeitlich davor liegenden *Labita v. Italien*⁵² und *Çakıcı v. Türkei*⁵³: Es wird auf das Vorbringen des Beschwerdeführers eingegangen, dieses jedoch abgelehnt und unter Rückbezug auf die vorgebrachten Tatsachen das Bestehen weiterer *special features*, die eine andere Entscheidung notwendig machen würden, verneint.⁵⁴ Es besteht kein Unterschied in der Verwendung zeitlich vor oder nach *Rantsev*, welcher einen Umschwung in der inhaltlichen Bedeutung der Worte indizieren könnte. Hieraus lässt sich schließen, dass *special features* eine allgemeine Formulierung ist, um für zukünftige Fälle eine Ausnahme vom Grundsatz zu ermöglichen, ohne der vorherigen Entscheidung zu widersprechen. Denn wäre in *Rantsev* mit den *special features* tatsächlich ein eigenständiger Test etabliert worden, so wäre dies in *Al-Skeini* zumindest oberflächlich aufgegriffen worden; so wie umgekehrt *Al-Skeini* neben *Rantsev* in *Georgien v. Russland (II)* aufgegriffen wurde,⁵⁵ da die Mehrheit der Richter aus *Rantsev* auch in der *Großen Kammer* bei *Al-Skeini* saß. Auch in der Literatur wird *Rantsev* nicht als Grundstein für einen neuen Ansatz extraterritorialer Anwendung rezipiert, eine Erwähnung der *special features* fehlt

⁵⁰ Schlüsselbegriff in Sondervotum *Bratza et al., Ilaşcu* (Fn. 10), Rn. 3; *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 131 f.; Sondervotum *Grozev, Ranzoni* und *Eicke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 26; *Demetriades* (Fn. 26), S. 166.

⁵¹ Für Art. 6 EMRK: *EGMR, Meftah u.a. v. Frankreich*, Urt. v. 26.7.2002, Rs. 32911/96, 35237/97, 34595/97, Rn. 41-44 m. w. N.; *Ilseher v. Deutschland*, Urt. v. 4.12.2018, Rs. 10211/12, 27505/14, Rn. 270, 275. Allgemein: *EGMR, Sindicatul „Păstorul cel Bun“ v. Rumänien*, Urt. v. 9.7.2013, Rs. 2330/09, Rn. 141, 145; *Mutu und Pechstein v. Schweiz*, Urt. v. 2.10.2018, Rs. 40575/10, 67474/10, Rn. 176.

⁵² *EGMR, Labita v. Italien*, Urt. v. 6.4.2000, Rs. 26772/95, Rn. 152.

⁵³ *EGMR, Çakıcı v. Türkei*, Urt. v. 8.7.1999, Rs. 23657/94, Rn. 99.

⁵⁴ *EGMR, Rantsev v. Zypern und Russland*, Urt. v. 7.1.2010, Rs. 25965/04, Rn. 244: „There are no other special features which would support the imposition of a duty on Russia to conduct its own investigation.“; *Çakıcı* (Fn. 53), Rn. 99: „Consequently, the Court perceives no special features existing in this case which would justify finding [a] violation of Article 3 of the Convention [...]“.

⁵⁵ *EGMR, Georgien v. Russland (II)*, Urt. v. 21.1.2021, Rs. 38263/08, Rn. 326 f.

meist.⁵⁶ Zuzugeben ist indes, dass *Rantsev* die allgemeine Möglichkeit einer Ausnahme schuf. Der EGMR hat die *special features* in *Hanan* aber nicht als Ausnahme, sondern als Standardtest zur Begründung der Hoheitsgewalt herangezogen. Somit weicht er von der ursprünglichen Bedeutung der *special features* ab und erweitert sie erheblich.

Seit *Güçelertli* ist eine große Anzahl an Entscheidungen zu dem neuen Ansatz ergangen. Auch diese zeichnen die Entwicklung in *Hanan* jedoch nicht vor. *Romeo Castaño*⁵⁷ und *Makuchyan*⁵⁸ behandeln Pflichten innerhalb des *espace juridique*, genau wie *Georgien v. Russland (II)* und *Razvozhayev*. Eine Ausdehnung außerhalb des *espace juridique* war also nicht angelegt. Zudem wird sowohl in *Güçelertli* als auch in *Georgien v. Russland (II)* zuerst das Prinzip der effektiven Kontrolle dargelegt,⁵⁹ nur im zweiten Schritt werden die Ermittlungen und die *special features* angesprochen. Sowohl in *Razvozhayev* als auch in *Ukraine v. Russland (re Krim)* und *Ukraine und Niederlande v. Russland*⁶⁰ wird trotz Geltendmachung des prozessualen Elements nicht mehr auf die *special features* zurückgegriffen, weil schon effektive Kontrolle hinsichtlich des Ausgangsumstands besteht.⁶¹ Auch in *Georgien v. Russland (II)* wird der neue Ansatz prozessual nur geprüft, weil materiell keine Hoheitsgewalt besteht.

Somit stellt auch die Anwendung der *special features* außerhalb des *espace juridique* eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechungslinie des EGMR dar.

2. Wie ist diese Entwicklung zu erklären?

Der EGMR weicht mit der Verwendung der *special features* also doppelt von der bisherigen Rechtsprechung ab, jedoch ohne explizite Begründung. Um die Abweichung einzuordnen, vollzieht der Beitrag mögliche Erklärungsansätze für die Neuausrichtung nach. In Betracht kommt dafür die Abspaltung der

⁵⁶ Siehe beispielsweise *Farrior*, *Rantsev v. Cyprus & Russia* (Eur. Ct. H.R.), Introductory Note, ILM 2010, 415 (417); *Pati*, States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in *Rantsev v. Cyprus and Russia*, Boston U Int'l L J., 2011, 79; *Shaver/Zwaak*, *Rantsev v. Cyprus and Russia: Procedural Obligations of Third Party Countries in Human Trafficking under Article 4 ECHR*, Inter-Am. & Eur. Hum. Rts J. 2011, 118.

⁵⁷ EGMR, *Romeo Castaño v. Belgien*, Urt. v. 9.7.2019, Rs. 8351/17, Rn. 36-43.

⁵⁸ EGMR, *Makuchyan und Minasyan v. Aserbaidschan und Ungarn*, Urt. v. 26.5.2020, Rs. 17247/13.

⁵⁹ *Güçelertli* (Fn. 38), Rn. 179; *Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 326-328.

⁶⁰ EGMR, *Ukraine und Niederlande v. Russland*, Urt. v. 23.1.2023, Rs. 8019/16, 43800/14, 28525/20, Rn. 575.

⁶¹ *Razvozhayev* (Fn. 44), Rn. 157; EGMR, *Ukraine v. Russland (re Krim)*, Urt. v. 14.1.2021, Rs. 20958/14, 38334/18.

prozessualen Verpflichtung aus Art. 2 EMRK (a)) oder rechtspolitischer Pragmatismus (b)).

a) *Durch die Unabhängigkeit der prozessualen Seite aus Art. 2 EMRK?*

Die Unabhängigkeit der Hoheitsgewalt könnte sich als Spiegelbild aus einer zunehmenden Unabhängigkeit der prozessualen von der materiellen Verpflichtung⁶² ergeben. In der neueren Rechtsprechung seit *Şilih* und *Varnava*⁶³ betont die Mehrheit des EGMR⁶⁴, dass die prozessuale Verpflichtung „abgetrennt und autonom“ sei, sich also gänzlich von der materiellen Seite lösen ließe.⁶⁵ Damit weicht der EGMR von der älteren Rechtsprechung ab. Dort wird zwar auch zwischen prozessualer und materieller Verpflichtung unterschieden und die prozessuale Pflicht teilweise allein geprüft, aber ohne explizit betonte Autonomie.⁶⁶ Allerdings hat die allgemeine Tendenz zur Erweiterung des Inhalts nicht die spiegelbildliche Erweiterung der Anwendbarkeit als logische Konsequenz. Zudem geschah diese Entwicklung im Kontext der *ratione temporis*, nicht wie in *Rantsev*, *Güzeleyurtlu* und *Hanan* um die *ratione loci* oder *personae*. *Şilih* und *Varnava* liegen zeitlich vor *Al-Skeini* oder *Jaloud*, werden dort jedoch noch nicht herangezogen; sondern erst in *Güzeleyurtlu* und *Hanan*. Dass der EGMR erst hier explizit auf die Frage der Zurechenbarkeit der Ausgangshandlung verzichtet, verdeutlicht die Situation – bestünde noch ein Zusammenhang, würde die Ermittlungspflicht die Verantwortlichkeit des Staates für die Ausgangshandlung nach der EMRK voraussetzen. Somit besteht zwar eine solche Entwicklung, die prozessuale Verpflichtung wird in *Hanan* aber das erste Mal komplett von der materiellen Verpflichtung gelöst. Zudem wird, obwohl die Pflicht sich auf Handlungen im In- und Ausland bezieht,⁶⁷ die Unterscheidung zwischen Intra- und Extraterritorialität nicht aufgegeben, was eine komplett neue Bestimmungsmöglichkeit hätte erklären können. Die Entwicklung kann also nicht ausschließlich hierauf zurückgeführt werden.

⁶² *Shaw*, International Law, 7. Aufl. 2014, S. 259 m. w. N.

⁶³ EGMR, *Varnava u. a. v. Türkei*, Urt. v. 18.9.2009, Rs. 16064/90 u. a.

⁶⁴ Jedoch nicht unumstritten, siehe etwa Sondervotum *Wojtyczek*, EGMR, *Mocanu u. a. v. Rumänien*, Urt. v. 17.9.2014, Rs. 10865/09, 45886/07, 32431/08, Rn. 9.

⁶⁵ *Armani da Silva* (Fn. 23), Rn. 231; EGMR, *Janowiec u. a. v. Russland*, Urt. v. 21.3.2013, Rs. 55508/07 29520/09, Rn. 132; *Varnava* (Fn. 63), Rn. 138.

⁶⁶ Siehe insbesondere die von *Şilih* (Fn. 38) in Rn. 156-158 zitierten Entscheidungen, die die Entwicklung zur Unabhängigkeit vorzeichnen; EGMR, *McKerr v. Vereinigtes Königreich (merits and just satisfaction)*, Urt. v. 4.5.2001, Rs. 28883/95, Rn. 121; *Slimani v. Frankreich*, Urt. v. 27.7.2004, Rs. 57671/00, Rn. 42 f.

⁶⁷ Siehe dazu oben **B. I.**

b) Durch politischen Pragmatismus?

Die Begründung könnte in einem Zusammenspiel verschiedener Elemente liegen. Dies wären einerseits die häufigere Anwendung der *special features* seit *Güzelyurtlu*, andererseits die gerade beschriebene fortschreitende Abspaltung der prozessualen Verpflichtung und der dadurch verschobene Fokus auf die inländischen Geschehnisse. Damit könnte der EGMR sich einem allgemeinen Perspektivwechsel innerhalb der völkerrechtlichen Jurisprudenz zur extraterritorialen Anwendbarkeit anpassen wollen.⁶⁸ Ein solcher ist bei anderen multilateralen Institutionen zum Schutz von Menschenrechten zu erkennen. Diese lassen sich aufgrund des ähnlichen Vertragstextes (Art. 2 Abs. 1 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte [UN-Zivilpakt]⁶⁹ „*all individuals subject to its jurisdiction*“; Art. 1 Amerikanische Menschenrechtskonvention [AMRK]⁷⁰ „*subject to their jurisdiction*“) mit der EMRK vergleichen. In seinen *General Comments* vertritt der UN-Menschenrechtsausschuss als Wächter des UN-Zivilpakts ein Verständnis ohne Bezug zur Hoheitsgewalt,⁷¹ welches sich auch in seinen Entscheidungen widerspiegelt.⁷² Auch der *Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte (IAGMR)* hat 2017 in seiner *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*⁷³ neben der effektiven Kontrolle eine klare Erweiterung zugelassen – es genüge eine kausale Verbindung, wenn Kontrolle über die handelnde Person besteht, nicht über den Betroffenen. Dies ist signifikant offener als das Verständnis des EGMR, an dessen Rechtsprechung der IAGMR sich wesentlich orientiert hat.⁷⁴ Einer ähnlichen Version dieses

⁶⁸ Wie aus Kommentaren zum Urteil wie „[...] immense positive Signalwirkung“ (*Bos*, Alles richtig gemacht?: Das EGMR-Urteil zum Luftangriff im Kundus, Völkerrechtsblog v. 10.3.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/vblogkunduz [zuletzt abgerufen am 24.5.2023]) oder „[...] *exactly what the position should be* [...]“ (*Milanovic* [Fn. 8]) hervorgeht. Allerdings ist dies allgemein zu beobachten, siehe *Altwickler*, Transnationalizing Rights: International Human Rights Law in Cross-Border Contexts, EJIL 2018, 581; *Callies*, Transnationales Recht: Stand und Perspektiven, 2014.

⁶⁹ *Vereinte Nationen*, International Covenant on Civil and Political Rights [1966] 999 UNTS 171.

⁷⁰ *Organisation Amerikanischer Staaten*, American Convention on Human Rights [1978] (B-32).

⁷¹ UNHRC, General Comment No. 36 on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life CCPR/C/GC/36, 30.10.2018, Rn. 66.

⁷² UNHRC, *Communication Nr 3043/2017, A.S. u. a. v. Malta* [2021] CCPR/C/128/D/3043/2017; *Communication Nr 3042/2017, A.S. u. a. v. Italien* [2021] CCPR/C/130/D/3042/2017.

⁷³ IAGMR, *Advisory Opinion Requested by the Republic of Colombia* [2017] IAGMR OC-23/17, Rn. 104h.

⁷⁴ *Ebd.*, Rn. 79-81 in den Fußnoten.

„funktionellen Ansatzes“ (*functional approach*)⁷⁵ folgt auch die *Afrikanische Kommission der Menschenrechte und der Rechte der Völker (ACHPR)*.⁷⁶ Die Entwicklungen stehen im Einklang mit den seit langem geäußerten Empfehlungen des *UN-Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR)*⁷⁷ und des *UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes (CRC)*.⁷⁸ Auf nationaler Ebene sind etwa die britischen Gerichte gespaltenen Meinung. 2016 hat das letztinstanzlich für geheimdienstliche Fragen zuständige *Investigatory Powers Tribunal* streng an der Territorialität festgehalten.⁷⁹ Andererseits hat sich 2015 der *England and Wales High Court* in *Al-Saadoon*⁸⁰ ebenfalls einem kausal-funktionalen Ansatz genähert; dies wurde zwar grundsätzlich vom *Court of Appeal* bestätigt, aber mangels in diese Richtung weisender *EGMR*-Rechtsprechung nicht für tragfähig gehalten.⁸¹ In Deutschland zeigt das *Bundesverfassungsgericht* im BND-Urteil⁸² schon im ersten Leitsatz unter Bezug auf jüngere Rechtsprechung des *EGMR*, dass das Grundgesetz nicht territorial limitiert ist.⁸³

Eine Erweiterungstendenz ist auch außerhalb der Rechtsprechung zu erkennen. In den 2013 vorgestellten *Maastricht Principles* setzt sich das Konsortium aus Wissenschaftlern und (ehemaligen) Mitgliedern von UN-Menschenrechtsorganisationen für eine umfassende extraterritoriale Verpflichtung unabhängig von Hoheitsgewalt ein; diese solle aus den

⁷⁵ Sondervotum *Bonello, Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 11-17; *Janig*, Extraterritorial Application of Human Rights, 17.8.2021, in: Binder u. a., *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, 2022, Rn. 36 ff; *Moreno-Lax*, The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control—On Public Powers, *SS and Others v Italy*, and the „Operational Model“, *German L J*. 2020, 385 (401).

⁷⁶ *ACHPR*, General Comment No. 3 on the African Charter on Human and Peoples' Rights: The Right to Life (Article 4), 2015, Rn. 18.

⁷⁷ Zuletzt *CESCR*, General Comment No. 24 (2017) on State Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights in the Context of Business Activities E/C.12/GC/24, 10.8.2017, Rn. 28 mit Bezug auf die vorherigen General Comments.

⁷⁸ Zuletzt *CRC*, General Comment No. 16 (2013) on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights CRC/C/GC/16, 17.4.2013, bei V.C.

⁷⁹ *Human Rights Watch and Others vs. The Secretary of State for the Foreign & Commonwealth Office and Others* [2016] UKIPTrib 15_165-CH, Rn. 55, 61.

⁸⁰ *Al-Saadoon and Others vs. Secretary of State for Defence* [2015] EWHC 715 [95].

⁸¹ *Al-Saadoon and Others vs. Secretary of State for Defence* [2016] EWCA Civ 811 [72].

⁸² BVerfGE 154, 152 (Rn. 97-99).

⁸³ *Müller*, The German Constitutional Court Nixes Foreign Surveillance, *Lawfare v. 27.5.2020*, abrufbar unter: rebrand.ly/bndlaware (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); *Çali*, Has „Control over Rights Doctrine“ for Extra-Territorial Jurisdiction Come of Age? Karlsruhe, Too, Has Spoken, Now It's Strasbourg's Turn, *EJIL: Talk!* v. 21.7.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilcontrolrights (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

einschlägigen UN-Abkommen erwachsen.⁸⁴ Die Prinzipien sind nicht bindend, können aber nach dem Rechtsgedanken des Art. 38 Abs. 1 lit. d des IGH-Statuts⁸⁵ als Ansichten der fähigsten Rechtsgelehrten hilfsweise zur Rechtsfindung herangezogen werden.⁸⁶ Damit in Einklang stehen auch vielstimmige (nicht unumstrittene⁸⁷) Forderungen aus der Wissenschaft.⁸⁸

Die Entscheidungen des EGMR sind häufig von politischen Tendenzen beeinflusst. Wäre dies nicht der Fall, hätte er in *M. N. u.a. v. Belgien* aufgrund der Überschneidung der Richterbesetzung in den *Kammern* den deutlich weiteren Ansatz der *special features* zumindest erwähnt. Stattdessen hat er alternativlos nach effektiver Kontrolle gefragt, um eine Hoheitsgewalt in Migrationsfragen gering zu halten.⁸⁹ Auch der Erweiterungstendenz gegenüber ist der EGMR nicht blind, sondern darauf bedacht, international abgestimmt zu sein.⁹⁰ Zwar ist sich die Jurisprudenz hinsichtlich dieser Entwicklung nicht einig, es zeichnet sich indes eine Neigung ab. Damit lässt sich dieser neue Ansatz mangels dogmatisch überzeugender Begründung am besten aus international-rechtspolitischer Perspektive erklären.

⁸⁴ *ETO Consortium*, Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, 2013, S. 4, 6, 9.

⁸⁵ *Vereinte Nationen*, Charter of the United Nations, ICJ Statute [1945] 1 UNTS 21.

⁸⁶ *Bleier*, Die extraterritoriale Anwendbarkeit der EMRK; Zugleich ein Beitrag zur menschenrechtlichen Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für das transnationale Verhalten im Inland belegener Unternehmen, 2019, S. 67.

⁸⁷ Siehe etwa *Evans*, Keeping It in Bounds: Why the U.K. Court of Appeal Was Correct in Its Cabining of the Exceptional Nature of Extraterritorial Jurisdiction in Al-Saadoon, Harvard Int'l L J. Online 2017, 38; in diese Richtung auch *Ryngaert*, Clarifying the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Right Merkourios Utrecht J. Int'l Eur. L 2012, 57. Insbesondere ist dies auch virulent im Hinblick auf eine universelle Anwendung der Menschenrechte (*infra* C. III. 1).

⁸⁸ *Kanalan*, Extraterritorial State Obligations beyond the Concept of Jurisdiction, German L J. 2018, 43 (53); *Milanovic*, Jurisdiction and Responsibility: Trends in the Jurisprudence of the Strasbourg Court, in: van Aaken/Motoc, The European Convention on Human Rights and General International Law, 2018, S. 97, 111; *Karska/Karski*, Extraterritorial Scope of Human Rights, Int'l Comm. L Rev. 2015, 395 (396); *Hathaway et al.*, Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?, Arizona St. L J. 2011, 389 (420).

⁸⁹ *Stoyanova*, M.N. and Others v Belgium: No ECHR Protection from Refoulement by Issuing Visas, EJIL: Talk! v. 12.5.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/MNejil (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

⁹⁰ *Šilih* (Fn. 38), Rn. 160; In den Worten des Richters *Pinto de Albuquerque* in seinem Sondervotum in *Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 2 „pushing the Court to an extremely isolated position worldwide and thus discrediting its role as a human rights guarantor in Europe“.

C. Reichweite des Urteils

Auf dieser Basis untersucht der Beitrag, welche unmittelbaren Implikationen die Erweiterung der *special features* in der EGMR-Entscheidung in *Hanan* mit sich bringt.

Einerseits könnte der Anwendungsbereich der *special features* auf andere EMRK-Rechte ausgedehnt werden (I.). Andererseits könnten sie der Bestimmung eines einheitlichen Ermittlungsstandards innerhalb des *espace juridique* Vorschub leisten (II.). Zuletzt kommt in Betracht, dass sie mit dem Inhalt der Ermittlungspflicht wechselwirken und diesen so hinsichtlich jedes Einzelfalls flexibilisieren (III.).

I. Zukünftige Ausdehnung auf materielle Schutzpflichten oder andere Rechte?

Eine Ausdehnung des *special features*-Ansatzes könnte in zwei Richtungen erfolgen: Einerseits auf die materiellen Pflichten aus Art. 2 EMRK und anderer EMRK-Rechte, andererseits auf die prozessualen Pflichten aus der EMRK abseits von Art. 2 EMRK.

Indes soll der neue Ansatz keine allgemeingültige Formel zur Bestimmung der extraterritorialen Anwendbarkeit sein, sondern lediglich für die Hoheitsgewalt über die Ermittlungspflicht gelten und sie von der Bestimmung der Hoheitsgewalt hinsichtlich des Ausgangsumstandes abkoppeln. Zwar hat der Gerichtshof in *Hanan* nicht beantwortet, wie Hoheitsgewalt über den Ausgangsumstand begründet werden kann, insoweit also die Tür für eine zukünftige Ausdehnung offengelassen – allerdings hat er in den jüngsten Entscheidungen hinsichtlich der materiellen Pflichten am Prinzip der effektiven Kontrolle festgehalten; in *Ukraine und Niederlande v. Russland* hat er in Rn. 573 die Anwendbarkeit der *special features* nur hinsichtlich der prozessualen Seite erneut bekräftigt. Somit ist eine explizite Ausdehnung auf die materielle Seite des Art. 2 EMRK unwahrscheinlich. Dies gilt auch für andere materielle EMRK-Rechte; diese Lesart wird durch *Ukraine und Niederlande v. Russland* unterstützt.⁹¹ Zwar lassen sich alle EMRK-Rechte dem jeweiligen Einzelfall entsprechend aufteilen und anpassen (*divided and tailored*),⁹² wodurch eine Aufspaltung in extraterritorial durch *special features* einerseits und nur bei effektiver Kontrolle andererseits

⁹¹ *Ukraine und Niederlande v. Russland* (Fn. 60), Rn. 547 ff.

⁹² Anders noch *Banković* (Fn. 11), Rn. 75, dies jedoch explizit verwerfend *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 137.

geschützte Bereiche möglich wäre.⁹³ Wenn dies jedoch schon bei Art. 2 EMRK nicht zu erwarten ist, dann erst recht bei anderen Rechten.

Darüber hinaus führt das weite Verständnis der prozessualen Hoheitsgewalt auch nicht mittelbar, also implizit, zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf die materielle Pflicht aus Art. 2 EMRK durch eine inzidente Überprüfung des Ausgangsumstandes – und damit einer verdeckten Umgehung des Prinzips der effektiven Kontrolle. Dass nur die Ermittlungen über den Ausgangsumstand und nicht der Ausgangsumstand selbst anhand der EMRK überprüft werden, macht einen deutlichen Unterschied in der Kontrolldichte des EGMR: Durch das 15. Zusatzprotokoll⁹⁴ wurde der *margin of appreciation* explizit in der Präambel der EMRK verankert, also der bestehende Beurteilungsspielraum der nationalen Behörden betont – dadurch bleibt den mitgliedstaatlichen Behörden erheblicher Raum für Wertungen, die vor dem EGMR nicht überprüfbar sind. Zudem garantiert die Ermittlungspflicht kein spezifisches Ergebnis.⁹⁵

Angesichts der natürlichen Verwandtschaft prozessualer EMRK-Rechte überträgt der EGMR häufig wechselseitig neue Entwicklungen innerhalb dieser.⁹⁶ Deshalb ist in dieser Hinsicht eine Ausweitung nicht ausgeschlossen, beispielsweise auf die prozessuale Seite von Art. 3 EMRK.

II. (Nur) der Weg zu einem einheitlichen Ermittlungsstandard?

In allen bisherigen Urteilen wurde auf Grundlage der *special features* nur Hoheitsgewalt begründet, wenn unabhängig von der EMRK schon entweder nach nationalem oder nach humanitärem Völkerrecht eine Ermittlungs- oder Kooperationspflicht bestand.⁹⁷ Dies könnte neben dem politischen Anpassungswillen Ausdruck davon sein, dass der EGMR *de facto* keine neuen Pflichten begründen, sondern nur einen einheitlichen Mindeststandard innerhalb aller Vertragsstaaten konsolidieren möchte.⁹⁸ Dies bedeutete eine Harmonisierung und Überprüfbarkeit aller Ermittlungen innerhalb des Konventionsgebietes. Dadurch wären einheitliche Strafverfolgungsmaßnahmen

⁹³ *Mallory*, A Second Coming of Extraterritorial Jurisdiction at the European Court of Human Rights?, *Questions Int'l L.* 2021, 45 f.

⁹⁴ *Europarat*, Protocol No. 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [2013] CETS 213.

⁹⁵ EGMR, *Mustafa Tunç und Fecire Tunç v. Türkei*, Urt. v. 14.4.2015, Rs. 24014/05, Rn. 173 und auch in *Hanan* (Fn. 2), Rn. 202, 210 erneut betont.

⁹⁶ *Razvozhayev* (Fn. 44), Rn. 157.

⁹⁷ Siehe dazu oben **B. II.**

⁹⁸ *Davis/Klinkner*, Investigating across Borders: The Right to the Truth in an European Context, *Int'l J. Hum. R.* 2022, 683 (692).

gewährleistet, was die Zusammenarbeit innerhalb des Europarates verbessern und das Vertrauen in die zuständigen Behörden der anderen Vertragsstaaten erhöhen könnte. Für ein solches Verständnis spräche auch, dass der Erlass der EMRK in der Mitte des 20. Jahrhunderts als Schritt zur Harmonisierung und Homogenisierung des nationalen Menschenrechtsschutzes gesehen wird,⁹⁹ zur international überwachten Gewährleistung des *right to have rights*.¹⁰⁰ Schon die Präambel der Konvention betont mit der „kollektive[n] Garantie bestimmter [...] Rechte“ aufgrund eines „gemeinsame[n] Verständnis[ses] und eine[r] gemeinsame[n] Achtung der [...] Menschenrechte“ eine solche Lesart als multilateraler Mindeststandard. Allerdings kann aufgrund der wenigen zwischenzeitlich entschiedenen Fälle noch keine sichere Aussage getroffen werden.

III. Die Flexibilisierung der Ermittlungspflicht und die Beurteilung in *Hanan*

Auch bei einem harmonisierten Mindeststandard dürfen die Staaten jedoch nur in den Grenzen des Leistbaren verpflichtet sein.¹⁰¹ Deshalb hat die Erweiterung des Anwendungsbereiches je nach konkreter Situation Einfluss auf die Tiefe der geforderten Ermittlungen.¹⁰² Dies bekräftigt der EGMR in Rn. 200 in *Hanan* mit Referenz zu *Al-Skeini* und *Jaloud* („Reiterating that the procedural duty must be applied realistically“). Besteht in der konkreten Situation weniger Kontrolle, so ist es insbesondere im Fall bewaffneter Konflikte schwierig bis unmöglich, hohen Standards zu entsprechen.¹⁰³ Die Anpassung des Standards an die spezifische Situation muss Staaten also bei der Anwendbarkeit in Gebieten, wo ihre praktischen Möglichkeiten eingeschränkt sind, erheblichen Freiraum einräumen. Je weniger effektive Kontrolle der Staat im relevanten Gebiet hat, desto niedriger muss der geforderte Standard sein.

Dies spiegelt sich in *Hanan* wider, wo der Ermittlungsstandard im Verhältnis zu früheren Urteilen stark gesenkt wurde. Die angegriffene Verfahrenseinstellung

⁹⁹ Friedrich, Die extraterritoriale Geltung von Grund- und Menschenrechten; Ein Rechtsprechungsvergleich, 2020, S. 36 f.; Besson, Human Rights and Democracy in a Global Context: Decoupling and Recoupling, Ethics & Global Politics 2011, 19 (29 f.).

¹⁰⁰ Arendt, The Origins of Totalitarianism (New Edition With Added Prefaces), 1973, S. 298 f.; so auch Besson (Fn. 25), S. 863 f.

¹⁰¹ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 164 m. w. N.

¹⁰² Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2020, Rn. 309; Meyer-Ladewig/Huber, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 22.

¹⁰³ *Jaloud* (Fn. 5), Rn. 226. Wallace, The Application of the European Convention on Human Rights to Military Operations, 2019, S. 13.

durch den Generalbundesanwalt basiert auf dem fehlenden subjektiven Element des Täters (Vorsatz/Fahrlässigkeit), welches für eine Strafbarkeit erforderlich ist. Dafür ist der Kenntnisstand des Oberst *Klein* im Zeitpunkt des Befehls zum Bombenabwurf maßgeblich. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Einstellung sei Folge eines fehlerhaften Verfahrens. Hierbei wären die Anforderungen des Art. 2 EMRK nicht beachtet worden, denn die Ermittlungspersonen müssten unabhängig sein.¹⁰⁴ Wie in *Al-Skeini* bestand eine hierarchische Beziehung der erstermittelnden deutschen Soldaten zu Oberst *Klein*, zudem war dieser in die Ermittlungen eingebunden. Dies hatte in *Al-Skeini* noch zu einer Verletzung geführt. Zudem muss eine Ermittlung unverzüglich und umfänglich geschehen.¹⁰⁵ In *Hanan* wurde die Abwurfstelle erst elf Stunden nach dem Luftschlag durch von Oberst *Klein* abhängige Soldaten untersucht. Die hierarchisch unabhängigen Feldjäger aus Mazār-i Šarīf trafen sogar erst danach ein ohne die Abwurfstelle selbst begangen zu haben. Die Staatsanwaltschaft hat ein offizielles Verfahren erst sechs Monate nach dem Luftschlag eingeleitet und weder Augenzeugen noch die Piloten vernommen. In *Al-Skeini* und *Jaloud* wurde die Komplexität des Falles abstrakt anerkannt, die dortigen, vergleichbaren Fehler aber als vermeidbar angesehen („cannot be found [to be] inevitable“)¹⁰⁶. Trotz vergleichbaren Sachverhalts kann sich dem EGMR zufolge in *Hanan* weder die fehlende Unabhängigkeit der erstermittelnden Soldaten noch die fehlende Vernehmung von Zeugen oder verspätete Verfahrenseinleitung der Staatsanwaltschaft auf die Beweismittel, die *Kleins* Kenntnisstand und subjektives Element betreffen, auswirken. Diese Fehler seien zwar „bedauerlich“ („regrettable“, Rn. 229), sollen aber keine Verletzung herbeigeführt haben. Damit räumt der EGMR Deutschland einen erheblichen Freiraum ein und flexibilisiert den Mindeststandard.

IV. Zwischenfazit

Der EGMR normalisiert in *Hanan* durch die Verwendung der *special features* die Anwendbarkeit der Konvention auf die Ermittlungspflicht außerhalb des *espace juridique*. Die weitere Entwicklung ist jedoch noch nicht abschließend abzusehen. Das Urteil könnte einerseits zu einer Ausweitung der *special features* auf andere Rechte führen; allerdings nur auf deren prozessuale Seite. Andererseits könnte es ein großer Schritt in Richtung eines europaweiten Mindeststandards ohnehin bestehender Ermittlungspflichten sein. Hinsichtlich des Inhalts der

¹⁰⁴ *Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 171, 173.

¹⁰⁵ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 198-210.

¹⁰⁶ *Jaloud* (Fn. 5), Rn. 227.

Ermittlungspflicht folgt aus der Erweiterung klar eine Flexibilisierung des Ermittlungsstandards, welche in *Hanan* konsequent umgesetzt wird.

D. Bewertung des Urteils – Dogmatik versus politische Pragmatik

Im Lichte der herausgearbeiteten Erklärung und Reichweite des Urteils ist zuerst die Entscheidung über die Begründetheit der Beschwerde zu bewerten (I.). Hinsichtlich der *special features* ist positiv, dass zu *Güzelyurtlu* differenziert wird (II.). Die Aufspaltung des Art. 2 EMRK könnte zu einer Ausuferung der Anwendbarkeit führen, die gegen das Regel-Ausnahme-Prinzip verstößt, was die *special features* mangels hinreichender Bestimmtheit und ausreichender Bindung an die Hoheitsgewalt über das materielle Element nicht auffangen können (III.). Daneben könnte diese Ausuferung als Erweiterung der prozessualen Pflicht als Rechtsfortbildung außerhalb der Kompetenzgrenzen des EGMR liegen (IV.).

I. Der Ermittlungsstandard in *Hanan* – im Niveau (zu) flexibel?

Dem EGMR zufolge war die Beschwerde unbegründet. Angesichts der vielen Fehler im Verfahren könnte er den Standard damit in *Hanan* zu weit flexibilisiert haben. Indes hat der Gerichtshof das Vorbringen der Parteien in umfassender Tiefe gewürdigt und ist auf dieser Grundlage zum korrekten Ergebnis gekommen. Die relevanten Vorbringungen des Beschwerdeführers konzentrieren sich vor allem auf Ermittlungsfehler in Afghanistan selbst und hätten in *Al-Skeini* und *Jaloud* aufgrund des dort höheren Standards noch eine Verletzung begründet. Allerdings hatte Deutschland aufgrund fehlender Hoheit über das Gebiet des Abwurfortes, anders als die Staaten in *Al-Skeini* und *Jaloud*, keine effektive Kontrolle über den Ausgangsumstand – wie auch an dem unmittelbaren Beschluss bei Begehung des Abwurfortes zu erkennen ist. Deshalb muss der Standard entsprechend niedrig sein und die Abweisung der Beschwerde ist konsequente Folge der realistischen Anwendung der Ermittlungspflicht. Dies ist innerhalb international koordinierter Militäreinsätze wichtig, um andere Vertragsstaaten nicht von solchen Einsätzen abzuschrecken und die internationale Kooperation nicht zu beeinträchtigen. Der EGMR hat den Standard im konkreten Fall also nicht zu weit flexibilisiert, sondern sich konsequent an das von ihm gesetzte Prinzip gehalten.

II. Das Abstellen auf *Güzelyurtlu* – von vornherein verfehlt?

Der EGMR beruft sich auf den bereits in *Güzelyurtlu* gewählten Ansatz, lässt aber anders als dort die Einleitung von Ermittlungen nicht ausreichen; wie schon in einem anderen Fall eines bewaffneten Konflikts, *Georgien v. Russland (II)*. *Güzelyurtlu* verweist diesbezüglich auf *Markovic*, wo die Verfahrenseinleitung für

die Anwendung des Art. 6 EMRK ausreicht, dem Recht auf ein faires Verfahren.¹⁰⁷ Grund hierfür sei, dass Art. 6 und Art. 2 EMRK beide auf die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit abzielen.¹⁰⁸ Die Rechte aus Art. 6 EMRK stehen jedoch in konkretem Zusammenhang mit einem (nachträglich)¹⁰⁹ anhängigen Gerichtsverfahren. Dagegen geht es bei Art. 2 EMRK um eine allgemeinere, vorgelagerte Pflicht – allein die Ermittlung muss nicht zum Gerichtsverfahren führen: 28,5 % aller deutschen Ermittlungsverfahren werden mangels Tatverdachts eingestellt.¹¹⁰ Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ist deshalb nicht mit der Einleitung eines Gerichtsverfahrens vergleichbar. Dieser Unterschied ist innerhalb des *espace juridique* zur Vermeidung eines Rechtsvakuum – wie in *Güzelyurtlu* – noch vernachlässigbar. In *Hanan*, außerhalb des *espace juridique* in einem UN-mandatierten Militäreinsatz ist dies jedoch nicht mehr der Fall, da die Anwendbarkeit der Konvention durch Ermittlungseinleitung weitreichende Folgen für die Kooperation zwischen teilnehmenden Staaten und der UN hat. Dies könnte die Vertragsstaaten davon abhalten, Ermittlungen einzuleiten.¹¹¹ Der Gerichtshof hat deshalb folgerichtig zu *Güzelyurtlu* differenziert bei der Anwendung der *special features*.

Die Heranziehung der *special features* außerhalb des *espace juridique* könnte aber aufgrund der fehlenden Vergleichbarkeit der Sachverhalte per se unvertretbar sein – auch weil sie bisher nur innerhalb des *espace juridique* zur Vermeidung eines Rechtsvakuum angewendet wurden.¹¹² Im Lichte der politischen Entwicklung¹¹³

¹⁰⁷ *Güzelyurtlu* (Fn. 38), Rn. 187, 188.

¹⁰⁸ Siehe für Art. 6 EMRK *Marković* (Fn. 33), Rn. 92; EGMR, *Golder v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 21.2.1975, Rs. 4451/70, Rn. 34; für Art. 2 EMRK *McCaughy u. a. v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 16.7.2013, Rs. 43098/09, Rn. 130.

¹⁰⁹ EGMR, *Heaney und McGuinness v. Irland*, Urt. v. 21.12.2000, Rs. 34720/97, Rn. 42.

¹¹⁰ Stand 2019, *Statistisches Bundesamt*, Pressemitteilung Nr. 321; 4,9 Millionen Staatsanwaltliche Ermittlungen 2019, 21.8.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/statissta (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹¹¹ *Hanan* (Fn. 2), Rn. 135, sog. „*chilling effect*“.

¹¹² Im Allgemeinen auch als „überraschend“ rezipiert, *van Baelen*, What Is Fair in Law & War? Discussing States' Conduct and Compliance with Human Rights Standards During Military Operations Abroad in *Hanan v. Germany*, Strasbourg Observers v. 9.4.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/sohanan (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 4; auch nicht unterstützt von *Steiger*, (Not) Investigating Kunduz and (Not) Judging in Strasbourg? Extraterritoriality, Attribution and the Duty to Investigate, EJIL: Talk! v. 25.2.2020, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilnotinvest (zuletzt abgerufen am 24.5.2023), S. 2, der selbst am HCCHR für den Beschwerdeführer tätig war; *Doğanç*, Investigative Duties in an Extraterritorial Airstrike, EHRLR 2021, 321 (323).

¹¹³ Siehe dazu oben **B. III. 2. b).**

und der zur Einordnung neuartiger Fälle notwendigen Flexibilität ist die Übertragung des *special features*-Ansatzes jedoch nicht schlechthin abzulehnen.

III. Die Spaltung des Art. 2 EMRK – *stretched beyond breaking point*?

Wie die Richter *Grozev, Ranžoni* und *Eicke* in Rn. 12 ihres Sondervotums erinnern, birgt die vom Mehrheitsvotum implizierte Abspaltung der Ermittlungspflicht von der Hoheitsgewalt hinsichtlich der Ausgangshandlung erhebliche Probleme. Wie dargestellt, ist die prozessuale Pflicht inzwischen von der materiellen Pflicht weitgehend unabhängig, was in der komplett getrennten Bestimmung der Hoheitsgewalt in *Hanan* kulminierte – diese komplette Trennung ist jedoch dogmatisch nicht vertretbar.

1. Trennbarkeit der materiellen von der prozessualen Hoheitsgewalt

Den Staat trifft hinsichtlich der Ausgangshandlung nur eine materielle Schutzpflicht für das Leben, wenn er Hoheitsgewalt hat, also die Rechte und Freiheiten der EMRK faktisch durchsetzen kann.¹¹⁴ Wenn ihm dies im Ausgangspunkt gegenüber den Betroffenen mangels effektiver Kontrolle nicht möglich ist, dann ist er in der Hinsicht auch nicht an die EMRK gebunden. Deshalb erschließt sich *prima facie* nicht, warum eine Ermittlungspflicht zur Feststellung der Rechtmäßigkeit von Handlungen bestehen soll, deren Rechtmäßigkeit sich mangels Hoheitsgewalt nicht nach der EMRK richtet.¹¹⁵ Dies spricht gegen eine solche absolute Spaltung der prozessualen und materiellen Pflicht. Davon abweichend kann jedoch eine Ermittlung zur Wahrung der Rechtsstaatlichkeit notwendig sein, wenn diese durch keinen anderen Staat durchgeführt werden kann, wie in *Hanan* aufgrund der Immunitätsregelung im ISAF-Truppenstatut. Dann wäre die Entbindung von der Pflicht zur Aufarbeitung willkürlich. Deshalb ist es richtig, eine Abspaltung und unabhängige Anwendbarkeit durch *special features* im Einzelfall zu ermöglichen.

Eine generelle, nicht für den Einzelfall begründungspflichtige Abspaltung könnte allerdings als praktische Konsequenz zu unbegrenzten Ermittlungspflichten führen. Würden solche Verpflichtungen gegenüber einem Staat begründet, der in keinerlei Kontrollverhältnis oder sonstigem Bezug zum Ausgangsumstand steht, dürften mangels Erfüllbarkeit faktisch keine Anforderungen an diesen gestellt

¹¹⁴ EGMR, *Loizidou v. Türkei (preliminary objections)*, Urt. v. 23.3.1995, Rs. 40/1993/435/514, Rn. 62.

¹¹⁵ Sondervotum *Grozev, Ranžoni* und *Eicke, Hanan* (Fn. 2), Rn. 15; siehe dazu oben **A**.

werden.¹¹⁶ Dies degradiert die Ermittlungspflicht zur leeren Hülle und verwässert den Ermittlungsstandard. Das scharfe Schwert des Art. 2 EMRK würde zusehends abstumpfen und der EGMR erheblich an Autorität einbüßen. Gerade während interner Loyalitätsprobleme und Spaltungen innerhalb des Europarates,¹¹⁷ die die Befolgung der Urteile als nicht sicher erscheinen lassen,¹¹⁸ wäre eine so unberechenbare Anwendbarkeit deshalb genau das falsche Signal und könnte zur nachhaltigen Störung der Integrität des Gerichtshofes führen. Deshalb muss für die realistische Anwendung der Ermittlungspflicht ein gewisser Bezug zum materiellen Ausgangsumstand gewahrt werden, der sich schon auf die Anwendbarkeit der Konvention auswirken sollte – diese Risiken hat der EGMR allerdings auch in der aktuellen Entscheidung *Ukraine und Niederlande v. Russland* nicht gesehen, sondern die Spaltung eindeutig bekräftigt: „[T]he procedural obligation [...] under Article 2 has evolved into a separate and autonomous obligation that [is] detachable.“¹¹⁹

2. Inwieweit können die *special features* diese Spaltung tragen?

Die erforderliche Begründung für eine ausnahmsweise extraterritoriale Anwendung und den Bezug zum materiellen Ausgangsumstand könnten die *special features* aber aufgrund ihrer offenen Formulierung liefern. Die jeweils erforderliche Bezugsstärke der beiden Elemente hängt vom Einzelfall ab; hierbei können Parallelen zur extratemporalen Anwendung gezogen werden. Dabei geht es genau wie bei der extraterritorialen Anwendung um das Verhältnis eines entfernteren Ausgangsumstandes zur Ermittlungspflicht. Dort wird ein Bezug durch eine *genuine connection* (echte Verbindung) zwischen der auslösenden

¹¹⁶ Dies schon befürchtend Sondervotum *Bonello, Al-Skeini* (Fn. 10), Rn. 5; siehe dazu oben **C. III**.

¹¹⁷ Vor allem in Bezug auf Armenien, Ukraine und das inzwischen ausgetretene Russland. Siehe *Moniquet/Etienne/Racimora*, The Armenian Connection: How a Secret Caucus of MPs and NGOs, since 2012, Created a Network within the Parliamentary Assembly of the Council of Europe to Hide Violations of International Law, European Strategic Intelligence and Security Center v. 6.3.2017, abrufbar unter: rebrand.ly/esispace (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); *Abramovich*, Макрон, Сенцов і Демарш Києва: Як Проїшла Сесія ПАРЕ Без Участі України (Macron, Sentsov and Kyiv Demarche: How the PACE Session Was Held Without Ukraine's Participation), Європейську правду (European Truth) v. 4.10.2019, abrufbar unter: rebrand.ly/european-truth (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); *Glas*, They Did It Again: Russia's Continued Presence in the PACE, Strasbourg Observers v. 23.2.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/russiapace (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹¹⁸ *Milanovic*, European Court Finds Russia Assassinated Alexander Litvinenko, EJIL: Talk! v. 23.9.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilcarter (zuletzt abgerufen am 24.5.2023): „compliance with the judgment is hardly a given“.

¹¹⁹ *Ukraine und Niederlande v. Russland* (Fn. 60), Rn. 573.

Handlung und der Begründung der temporalen Hoheitsgewalt hergestellt.¹²⁰ Um eine Ausuferung zu vermeiden, wurden abstrakte zeitliche Richtwerte gegeben, aber eine Ausnahme beim Verstoß gegen *convention values*, also einer schwerwiegenden Verletzung der EMRK-Grundsätze, zugelassen.¹²¹ Angelehnt daran könnten also die *special features* einen vergleichbaren Bezug zwischen materieller und prozessualer Pflicht herstellen, um in Ausnahmefällen eine rein prozessuale Hoheitsgewalt zu etablieren. Schwerwiegende, evident die *convention values* verletzende Ausgangsumstände sind leichter zu ermitteln und erfordern deshalb nur einen entfernteren Bezug des Staates zum Ausgangsumstand als kleinere, schwieriger erforschbare Sachverhalte. Die *special features* müssen im konkreten Fall die Anwendbarkeit sicher vorhersagen können (Vorhersehbarkeit) (a). Zudem müssen sie dem Regel-Ausnahme-Verhältnis Rechnung tragen, welches durch einen hinreichenden Bezug zwischen prozessualer Ermittlungspflicht und Ausgangsumstand geschaffen wird (b).

a) „I know it when I see it“ – sind die *special features* rechtsicher und verlässlich?

Als Grundprinzip der Rechtsstaatlichkeit muss sich die Verpflichtung *ex ante* aus dem geltenden Recht bestimmen lassen (Rechtssicherheit). Dafür muss das Recht vorhersehbar und unbestimmte Rechtsbegriffe müssen auslegbar sein.

Die Dogmatik des *EGMR* ist durch die fortschreitende Ausdifferenzierung abstrakter, unbestimmter Rechtsbegriffe gekennzeichnet, um Rechtssicherheit herzustellen. Die *special features* wurden anders als die *genuine connection*¹²² und die effektive Kontrolle¹²³ nicht abstrakt ausdifferenziert, bieten also keine durch Auslegung bestimmbareren Rechtsbegriffe. Das ursprüngliche Risiko, mangels dogmatischer Schranken zu einem unvorhersehbaren Flickenteppich an Einzelfallentscheidungen zu werden,¹²⁴ hat sich jedoch durch Zeitablauf erledigt. Die *special features* sind inzwischen durch die bisherigen Urteile hinreichend ausgeformt und in wiederkehrende Kriterien gegossen.¹²⁵ Diese bestehen in allen Fällen, wenn der Verdächtige unter der Hoheitsgewalt des verpflichteten Staates steht: In *Güzelyurtlu* befanden die Verdächtigen sich in türkischer Gebietskontrolle innerhalb der Türkischen Republik Nordzypren, in *Georgien v.*

¹²⁰ *Šilih* (Fn. 38), Rn. 161: „the Court’s temporal jurisdiction [...] is not open-ended“.

¹²¹ *Janowiec* (Fn. 65), Rn. 140-151.

¹²² Ursprünglich aus *EGMR, Blečić v. Kroatien*, Urt. v. 8.3.2006, Rs. 59532/00.

¹²³ Ursprünglich aus *Loizidou* (Fn. 114), Rn. 62.

¹²⁴ In diese Richtung auch *Mallory* (Fn. 88), S. 46 und *Demetriades* (Fn. 26), S. 161 f.

¹²⁵ In diese Richtung *Eatwell*, Adjudicating Armed Conflicts: Georgia v Russia (II), Jurisdiction and the Right to Life in „contexts of Chaos“, EHRLR 2021, 294 (307). Ähnlich im deutschen Staats- und Verwaltungsrecht das Prinzip der „öffentlichen Ordnung“; siehe BVerfGE 69, 315 (352) (Brokdorf-Beschluss).

Russland (II) erlangte Russland anschließend an die Ereignisse Gebietskontrolle, in *Romeo Castaño, Carter* und *Makuchyan* befand sich der Gesuchte bzw. Verurteilte jeweils im verpflichteten Staat, in *Hanan* war Oberst *Klein* als Soldat deutsches staatliches Organ. Zusätzlich musste bereits eine Pflicht zum Tätigwerden bestehen, entweder zur Kooperation unter EUHb¹²⁶, ÜberstÜbk¹²⁷ oder durch Ermittlungspflichten wie in *Hanan*. Zuletzt darf der Staat, in dem der Ausgangsumstand geschah, nicht mehr auf den Verdächtigen einwirken können; sei es mangels Gebietskontrolle (wie in *Güzelyurtlu* und *Georgien v. Russland [II]*), verfassungsmäßigem Schutz (wie in *Carter*), der Pflicht, die Entscheidung des anderen Staates innerhalb des multilateralen Vertrags zu akzeptieren (wie durch den EUHb in *Romeo Castaño*, und das ÜberstÜbk in *Makuchyan*) oder der Immunitätsregeln im Truppenstatut (*Hanan*). In *Hanan* wurden diese Kriterien zugrunde gelegt und folgerichtig vorhersehbar entschieden. Deshalb war der *special features*-Ansatz rechtssicher genug, um eine prozessuale Hoheitsgewalt zu bestimmen, die sich nicht ausschließlich nach der effektiven Kontrolle richtet.

b) *Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses* – general features?

Die *special features* müssten das in extraterritorialen Fällen bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis beachten, um es nicht in das Gegenteil zu verkehren und eine universelle Anwendung¹²⁸ ohne Mindeststandard herbeizuführen. Sie müssen also einen hinreichenden Bezug zwischen Ermittlungspflicht und Ausgangsumstand schaffen können. Innerhalb des *espace juridique* muss das Bindeglied weniger stark sein als außerhalb, weil es hier nur um die Vermeidung eines Vakuums und die Konsolidierung und Homogenisierung innerhalb des *espace juridique* geht; einer der beteiligten Vertragsstaaten muss ohnehin ermitteln. Allerdings bestanden auch in *Hanan* bereits Ermittlungspflichten. Deshalb könnte das Regel-Ausnahme-Verhältnis hier nicht greifen, da die Pflichtenstellung Deutschlands *de facto* nicht ausgeweitet wurde.¹²⁹ Diese Pflichten gründen sich jedoch auf das humanitäre Völkerrecht und das zur Anpassung an das Römische Statut eingeführte VStGB, haben also eine andere Zielrichtung als die EMRK und komplett verschiedene Maßstäbe – sie sind

¹²⁶ Europäische Union, Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten [2002] OJ L190/1.

¹²⁷ *Europarat*, Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen [1983] ETS 112.

¹²⁸ Siehe als Ausgangspunkt *Renteln*, International Human Rights: Universalism Versus Relativism, 1990, S. 12, 23, 62, 138.

¹²⁹ So *Meloni*, Kunduz Airstrike Before European Court of Human Rights: Future of Jurisdiction and Duty to Investigate, Just Security v. 26.2.2021, abrufbar unter: rebrand.ly/jskunduz (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

explizit auf bewaffnete Konfliktsituationen zugeschnitten und damit nicht umsonst *leges speciales*.¹³⁰ Daher haben sie keinen Einfluss auf das Regel-Ausnahme-Verhältnis und sind hier nicht zu berücksichtigen.

Die bisher – inklusive in *Hanan* – verwendeten *special features* sind allerdings so generell, dass sie keinen besonderen Unterscheidungswert haben. Humanitäres Völkergewohnheitsrecht als erstes *feature* ist universell gültig.¹³¹ Das zweite *feature*, die die afghanischen Ermittlungen verhindernde Truppenimmunität, ist „*common practice*“ innerhalb von UN-Einsätzen; wie der *EGMR* selbst in Rn. 138 feststellt.¹³² Zudem haben 40 der 47 Europaratmitglieder das Römische Statut ratifiziert, für diese gilt das dritte *feature* also auch. Deshalb wird durch sie kein hinreichender Bezug zum Ausgangsumstand begründet, um eine ausnahmsweise Erweiterung außerhalb des *espace juridique* zu begründen und sie können in *Hanan* nicht zur Erhaltung eines Mindeststandards der Ermittlungspflicht führen. Dies kann auch mangels Vergleichbarkeit nicht durch den Willen politischer Annäherung an andere Menschenrechtspakte kompensiert werden: Den nur in Fakultativprotokollen festgelegten Individualbeschwerden bei den UN-Ausschüssen fehlt es an rechtlicher Bindungswirkung.¹³³ Zum *Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte* (IAGMR) ist zwar eine Individualbeschwerde statthaft, allerdings hat er deutlich weniger Autorität. Dies wirkt sich auf die Befolgung seiner Urteile aus: Sie liegt im Schnitt bei weniger als einem Drittel.¹³⁴ Deshalb ist aktuell der *EGMR* das einzige Gericht mit einer wirksamen Individualbeschwerde und die Praxis anderer internationaler Spruchkörper kann keine Abweichung rechtfertigen.

¹³⁰ *IGH*, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion v. 9.7.2004, ICJ-Reports 2004, 136 (106).

¹³¹ *V. Arnault* (Fn. 24), Rn. 254; grundlegend *Henckaerts*, Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict, Int'l Rev. Red Cross 2005, 175.

¹³² Siehe nur Art. 53 aus *Vereinte Nationen*, Agreement between the United Nations and the Republic of South Africa Concerning the Status of the United Nations Transition Assistance Group in Namibia (South West Africa) [1989] 1526 UNTS 3; *Boom*, Impunity of Military Peacekeepers: Will the UN Start Naming and Shaming Troop Contributing Countries?, ASIL Insights 2015, 25.

¹³³ *Vereinte Nationen*, 5. Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights [1966] 999 UNTS 171.

¹³⁴ *Cruz Marin*, Compliance of Judgments of the Inter-American Court of Human Rights, 9.7.2020, S. 36; im Jahr 2012 noch unter 10 % Einhaltung: *González-Salzburg*, Do States Comply with the Compulsory Judgments of the Inter-American Court of Human Rights? An Empirical Study of the Compliance with 330 Measures of Reparation, Revista Instituto Brasileiro Direitos Humanos 2013, 93.

3. Zwischenfazit

Die Abkehr von der strikten Orientierung am materiellen Element ist ein Schritt zur einzelfallgerechten Anwendung der EMRK, der in seiner Radikalität jedoch schwerlich zur Stärkung des Gerichtshofes und des Rechts aus Art. 2 EMRK beiträgt. Um einen gewissen Mindeststandard wahren zu können, muss eine begrenzte Orientierung an der materiellen Schutzpflicht eingehalten werden. Die damit einhergehende Bestimmung der Hoheitsgewalt durch *special features* kann zwar das notwendige Bindeglied herstellen, in *Hanan* entfernen sie sich jedoch zu weit vom materiellen Element. Die endgültige Abspaltung der prozessualen Pflicht außerhalb des *espace juridique* ist deshalb abzulehnen.

IV. Umgehung der Kompetenz-Kompetenz oder: „Die ich rief, die Geister / werd ich nun nicht los“

Die Kompetenzen des EGMR beruhen auf der von den Vertragsstaaten beschlossenen EMRK, der Gerichtshof selbst hat keine eigene Kompetenz-Kompetenz.¹³⁵ Die endgültige Spaltung des Art. 2 EMRK könnte als fundamentaler Neuansatz über die reine Interpretation und Anwendung des Rechts hinausgehen und die eigenen Kompetenzen erheblich erweitern, sog. *mission creep*.¹³⁶ Dadurch könnten die Vertragsstaaten an vom Gerichtshof erfundene, über die in der Konvention festgelegten Pflichten gebunden werden.¹³⁷ Die Staaten sahen eine Abweichung von der Konvention gemäß Art. 15 EMRK außerhalb des *espace juridique* nicht für erforderlich an, da eine Anwendung außerhalb desselben nicht dem ursprünglichen Willen entsprach.¹³⁸ Die Interpretation der EMRK geschieht jedoch nicht im luftleeren Raum – sie ist nicht ohne Grund abstrakt formuliert und muss deshalb als lebendiges Werkzeug (*living instrument*) flexibel verstanden werden.¹³⁹ Diese Auslegung und

¹³⁵ Für den Begriff siehe *Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, Erstveröffentlichung 1928, S. 386f.

¹³⁶ Gerade ein in Großbritannien hochstrittiges Thema; siehe dafür einerseits *Spielmann*, A View from Strasbourg, Counsel Magazine v. 31.3.2014, abrufbar unter: counsellmagazine.co.uk/articles/view-strasbourg (zuletzt abgerufen am 24.5.2023); andererseits *Lord Judge*, A View from London, Counsel Magazine v. 29.9.2014, abrufbar unter: counsellmagazine.co.uk/articles/view-london (zuletzt abgerufen am 24.5.2023) und *Spanó*, Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity, EHRLR 2014, 487.

¹³⁷ *Lord Sumption*, The Reith Lectures: Law and the Decline of Politics on BBC Radio 4, BBC Radio 4 v. 4.6.2019, abrufbar unter: rebrand.ly/bbcsumption (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹³⁸ *Banković* (Fn. 11), Rn. 37, 62.

¹³⁹ EGMR, *Tyrer v. Vereinigtes Königreich*, Urt. v. 25.4.1978, Rs. 5856/72, Rn. 31; *Letsas*,

Fortschreibung des Rechts ist gängig im Verfassungsrecht,¹⁴⁰ also kein Werk des EGMR. Danach ist die EMRK im Lichte des aktuellen Verfassungsverständnisses auszulegen, insbesondere da die EMRK ein System zur Wahrung des europäischen *ordre public* darstellt.¹⁴¹ Hinge der Inhalt hauptsächlich vom Staatenwillen ab, könnten die Staaten durch Änderung leicht ihren Pflichtenkatalog anpassen, um Menschenrechte zu umgehen.¹⁴² Ferner findet sich etwa die *effective control* oder die *genuine connection* ebenso wenig im Wortlaut. Deshalb kann nicht von einer Kompetenzerweiterung über die Grenzen der Konvention gesprochen werden.

E. Zusammenfassung der zentralen Beobachtungen und Ausblick

Indem der EGMR Art. 2 EMRK nicht als verletzt ansieht, hat er die von ihm vollzogene absolute Trennung der prozessualen Hoheitsgewalt und deren notwendige Auswirkungen auf die Ermittlungspflicht in *Hanan* konsequent angewendet. Damit erweitert der Gerichtshof jedoch die prozessuale Hoheitsgewalt unbegrenzt und kehrt so das Regel-Ausnahme-Verhältnis der extraterritorialen Anwendbarkeit um. Mangels jeglicher Verbindung zur Ausgangshandlung muss er deshalb den Standard der Ermittlungspflicht unvertretbar absenken, um diese Überdehnung der räumlichen Grenzen der EMRK wieder auszugleichen. Dies ist auch durch die Anpassung an die allgemeine internationale Erweiterungstendenz nicht zu begründen.

Das hintergründige Ziel, die EMRK einzelfallgerechter anwenden zu können, ist erstrebenswert. Die *special features* sind inzwischen rechtssicher durch die Rechtsprechung ausgeformt, wenn sie an der bisherigen Linie festhält. Innerhalb des *espace juridique* sendet das Urteil deshalb ein positives Signal für eine harmonisierte Zusammenarbeit nach einem einheitlichen Mindeststandard der Ermittlungspflicht zwischen den Vertragsstaaten. Wenn der Gerichtshof außerhalb des *espace juridique* in teilweiser Abkehr von *Hanan* wieder einen stärkeren Bezug zum materiellen Element herstellt, dann würde das das Equilibrium zwischen der Ausweitung des Anwendungsbereiches und der

The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy, in: Føllesdal/Peters/Ulfstein, *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, 2013, S. 109.

¹⁴⁰ Ursprünglich als „*living tree doctrine*“, *Privy Council, Edwards vs. Attorney General of Canada* [1930] AC 124; IGH, *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Urte. v. 13.7.2009, ICJ-Reports 2009, 213 (63-70); *Lady Hale*, *Law and Politics: A Reply to Reith*; Dame Frances Patterson Memorial Lecture, 8.10.2019, abrufbar unter: supremecourt.uk/docs/speech-191008.pdf (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹⁴¹ EGMR, *Zypern v. Türkei (IV)*, Urte. v. 25.5.2001, Rs. 25781/94, Rn. 78.

¹⁴² *Friedrich* (Fn. 93), S. 139 f.

Wahrung der Konventionsprinzipien erreichen und so auch dort diesen Mindeststandard garantieren. In diesem Fall wäre auch eine Anwendung auf Auslandseinsätze denkbar.

Angesichts der nicht endenden tragischen Todesfälle durch Migration im Mittelmeerraum ist es nur eine Frage der Zeit, bis sich die Beschwerden nicht mehr nur bei den Organen universeller Menschenrechtspakte,¹⁴³ sondern auch beim *EGMR* häufen.¹⁴⁴ Hier könnte die Erweiterung in Zukunft auch zur Annahme von Hoheitsgewalt in Fällen führen, die der *EGMR* bisher eng gehalten¹⁴⁵ oder vermieden¹⁴⁶ hat. Zudem erreichen auch Beschwerden betreffend die Konflikte türkischer Truppen mit der PKK auf syrischem Boden und der russisch-ukrainischen Verwicklungen den *EGMR*.¹⁴⁷ Die zuletzt wieder steigende Anzahl der nicht bearbeiteten Fälle¹⁴⁸ könnte sich dadurch in den kommenden Jahren verstetigen und so die Effektivität des Gerichtshofes einschränken.

Die Bestimmung der prozessualen unabhängig von der materiellen Hoheitsgewalt könnte noch weitreichende Folgen haben, selbst wenn beide Elemente parallel geltend gemacht werden: Es erscheint willkommen, sich nicht mit den komplexen, konflikträchtigen materiellen Fragen auseinandersetzen zu müssen und stattdessen auf die prozessuale Seite zu rekurrieren, die als ein weniger intensiver Mittelweg und Kompromiss erscheinen soll. Diesen Weg geht die Mehrheit in *Georgien v. Russland (II)*, wenn sie die Überprüfung aufgrund der großen Zahl möglicher Opfer und Verletzungen, der Fülle an Beweismaterial und der schwierigen Sachverhaltsermittlung ablehnt.¹⁴⁹ Dies hindert den *EGMR*

¹⁴³ Siehe nur die bisher entschiedenen *Communication Nr 3043/2017, A.S. u.a. v. Malta* (Fn. 72); *Communication Nr 3042/2017, A.S. u.a. v. Italien* (Fn. 72).

¹⁴⁴ Erste Beschwerden eingereicht, *European Council on Refugees and Exiles, Case against Italy before the European Court of Human Rights Will Raise Issue of Cooperation with Libyan Coast Guard*, 18.5.2018, abrufbar unter: rebrand.ly/ecreECHR (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹⁴⁵ *EGMR, Hirsi Jamaa u.a. v. Italien*, Urte. v. 23.2.2012, Rs. 27765/09; hier bestand nur Hoheitsgewalt, weil die Betroffenen kurz an Bord des Schiffes genommen wurden.

¹⁴⁶ *M.N.* (Fn. 33).

¹⁴⁷ *Demetriades* (Fn. 26) 194; mit allein 7000 Individualbeschwerden hinsichtlich der Krim-Krise, *EGMR*, Press Release: New Inter-State Application Brought by the Netherlands against Russia Concerning Downing of Malaysia Airlines Flight MH17, 15.7.2020.

¹⁴⁸ *EGMR*, Statistik des EGMR 2020, abrufbar unter: rebrand.ly/echrstats2020; Statistik des EGMR 2021, abrufbar unter: rebrand.ly/echrstats2021; auch 2022 wieder ansteigend, siehe Statistik des EGMR 2022, abrufbar unter: rebrand.ly/echrstats2022 (alle zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

¹⁴⁹ *Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 141; Dies wird zurecht scharf kritisiert von

daran, die Menschenrechte der Konvention dort zu verteidigen, wo sie am dringendsten gebraucht werden – nämlich in der materiellen Situation selbst.¹⁵⁰ Ein emphatisches Gegensignal dazu sendet jedoch das kürzlich ergangene Urteil über die Zulässigkeit im Fall *Ukraine und Niederlande v. Russland*,¹⁵¹ dem angesichts des anhaltenden militärischen Konfliktes zwischen der Ukraine und Russland eine besondere politische Relevanz innewohnt: Anders als in *Georgien v. Russland (II)* wählt der Gerichtshof keine Vermeidungslösung über die *special features*. Stattdessen setzt er sich inhaltlich intensiv mit dem Beweismaterial auseinander und eröffnet durch die Annahme einer umfänglichen Hoheitsgewalt nach Art. 1 EMRK den Weg zur Überprüfung der komplexen materiellen Fragestellungen. Mit diesen konfligierenden Urteilen steht der *EGMR* nun am Scheideweg – es bleibt zu hoffen, dass seine zukünftige Jurisprudenz sich nicht erneut auf die *special features* zurückzieht, sondern den beschwerlichen, aber konsequenten Weg aus *Ukraine und Niederlande v. Russland* geht.¹⁵²

Sondervotum *Yudkivska, Wojtyczek und Chanturia, Georgien v. Russland (II)* (Fn. 55), Rn. 9: „we are simply astonished [...], the role of the Court consists precisely in dealing [...] with difficult cases“.

¹⁵⁰ *Džehtsiarou, Georgia v Russia (II)*, AJIL 2021, 288 (292).

¹⁵¹ *Ukraine und Niederlande v. Russland* (Fn. 60), ab Rn. 576, insbesondere Rn. 690-706, 718-721.

¹⁵² So auch *Milanovic, The European Court's Admissibility Decision in Ukraine and the Netherlands v Russia: The Good, the Bad, and the Ugly – Part I*, EJIL: Talk! v. 26.1.2023, abrufbar unter: rebrand.ly/ejilnetherlandsrussia (zuletzt abgerufen am 24.5.2023).

Effi Spiegel*

Die Schuldenbremse – Verbindliche Verfassungsvorgabe im EU-rechtlichen Rahmen

Abstract

Der Beitrag untersucht den Inhalt der grundgesetzlichen und europarechtlichen Vorgaben zur Schuldenbremse und setzt sich diesbezüglich mit dem aktuellen Reformvorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Fassung des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspakts auseinander. Zuerst werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 109 Abs. 3 und 115 Abs. 2 GG dargelegt, ehe auf unionaler Ebene die primärrechtliche Vorgabe des Art. 126 AEUV präsentiert wird. Sodann wird im europäischen Sekundärrecht der Europäische Stabilitäts- und Wachstumspakt dargestellt und mit der verfassungsrechtlichen Schuldenbremse verglichen. In diesem Zusammenhang werden auch die aktuellen Reformpläne der Europäischen Kommission diskutiert. Der Beitrag endet mit der Untersuchung und Einordnung des völkerrechtlichen Instruments des Fiskalvertrages von 2012.

The article examines the legal provisions concerning public debt constraint (“debt brake”) in the German constitution as well as in European Union Law. It also assesses the current reform plans of the European Commission for a new version of the European economic governance framework. To this effect, it first presents the requirements in Articles 109 (3) and 115 (2) of the German constitution, before highlighting the role of Article 126 TFEU in European primary law. It then analyses the European Stability and Growth Pact in comparison with the German constitution. In this context, the plans of the European Commission are critically assessed. The article ends with an assessment of the fiscal compact of 2012 as an international law instrument.

* Die Verfasserin studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und arbeitet als studentische Hilfskraft am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in *Dr. Carolyn Mosers* Forschungsgruppe *Ensure* sowie an der Universität Heidelberg am Lehrstuhl von Prof. *Dr. Marc-Philippe Weller*. Der Beitrag beruht auf einer im Wintersemester 2022/2023 bei Prof. *Dr. Hanno Kube* verfassten Seminararbeit.

A. Einleitung

Die unionsrechtlichen Regelungen zur Haushaltsdisziplin werden wegen ihrer Komplexität sogar von der Europäischen Kommission selbst mit der Architektur der Sagrada Familia in Barcelona verglichen.¹ Dennoch war die Schuldenbremse „*nie wichtiger*“ als heute, wie es Bundesfinanzminister *Christian Lindner* im Jahre 2022 betont hat.² Die COVID-19-Pandemie und die Energiekrise haben sowohl auf unionsrechtlicher als auch auf nationaler Ebene Reaktionsbedarf ausgelöst. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, wie der europarechtliche Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgabe der Schuldenbremse ausgestaltet ist und ob es auf dieser Ebene Reformpotenzial gibt. Entsprechend wird im Folgenden zunächst ein Überblick über die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Schuldenbremse gegeben (**B.**). Daran schließt sich die Frage nach dem Einfluss der Maastrichtkriterien und des auf ihnen basierenden sekundärrechtlichen Instruments des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes, sowie eventuellem Reformpotenzial auf dieser Ebene, an (**C.**). In diesem Zusammenhang soll auch der Einfluss des völkerrechtlichen Instruments des Fiskalvertrags beurteilt werden (**D.**).

B. Die Schuldenbremse im Grundgesetz

Seit 2009 gibt das Grundgesetz in seinem Art. 109 Abs. 3 den Grundsatz des ausgeglichenen Haushalts ohne Kreditaufnahme für Bund und Länder vor. Art. 115 Abs. 2 GG wiederholt diesen Grundsatz für die Kreditbeschaffung des Bundes.

I. Entstehungsgeschichte und Telos

Hintergrund dieses Grundsatzes ist die Überlegung, dass eine übermäßige Staatsverschuldung die aktuelle und zukünftige Leistungsfähigkeit des Staates bremst und sich daher gegen die Gebote des Art. 20 Abs. 1 GG richtet.³ Im Jahre 1969 führte der Gesetzgeber für den Bund daher den damaligen Art. 115 Abs. 1 S. 2 GG ein, welcher besagte, dass die Nettokreditaufnahme die Summe

¹ *v. d. Leyen*, Ansprache zur Lage der Union 2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_22_5493 (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

² *Lindner*, „Nie war die Schuldenbremse wichtiger: Kommentar von Christian Lindner in ‚Der Steuerzahler‘“, abrufbar unter: <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Presse/Namensartikel/2022/022-07-19-lindner-zur-schuldenbremse..html> (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

³ *Lenz/Burghaber*, Die neue Schuldenbremse im Grundgesetz, NJW 2009, 2561 (2561); vgl. auch BVerfGE 119, 96 (173).

der veranschlagten Investitionsausgaben nicht überschreiten darf.⁴ Diese Regelung erwies sich in der Praxis als untauglich: Der Schuldenstand des Bundes wuchs zwischen 1970 und 2009 im Verhältnis zum Bruttoinlandsprodukt (BIP) von 20 % auf etwa 70 % an.⁵ Aus diesem Grund wurde im Wege einer Verfassungsänderung im Jahre 2009 der neue Art. 109 Abs. 3 GG und eine neue Fassung des Art. 115 Abs. 2 GG eingeführt. In dieser neuen Schuldenbremse sollte die Staatsverschuldung – im Gegensatz zur älteren Regel – die Ausnahme sein.⁶ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach ihrer konkreten Gestaltung.

II. Regelungsgehalt der Schuldenbremse im Grundgesetz

Aus der Gestaltung der Schuldenbremse in den Art. 109 Abs. 2 und 115 Abs. 3 GG lassen sich ein grundsätzliches Gebot sowie drei Relativierungen desselben entnehmen.⁷

1. Grundsatz: Haushaltsausgleich ohne Krediteinnahmen

Der Kern der Schuldenbremse ist in Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG normiert, wonach die Haushalte von Bund und Ländern „grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen sind“. Die Adressaten dieses Gebotes sind demnach sowohl der Bund als auch die Länder in der Verwaltung ihrer Haushalte. Ihnen wird die Aufnahme neuer Kredite grundsätzlich untersagt. Dem Wortlaut und dem Telos nach wird die gesamte Haushaltsführung des Bundes und der Länder erfasst und damit insbesondere auch ihre Sondervermögen.⁸ Demgegenüber werden die Kredite anderer Rechtsträger des öffentlichen und privaten Rechts nicht erfasst.⁹ Insbesondere betrifft dies die Gemeinden und die Sozialversicherungsträger.¹⁰

a) Sachliche Definition der Kreditaufnahme

Gemäß Art. 109 Abs. 3 GG betrifft das Verbot die „Einnahmen aus Krediten“. Es stellt sich damit zunächst die Frage, was unter solchen Einnahmen zu

⁴ Vgl. BGBl. I, 37/1996, S. 357.

⁵ Christ, Neue Schuldenregel für den Gesamtstaat: Instrument zur mittelfristigen Konsolidierung der Staatsfinanzen, NVwZ 2009, 1333 (1333).

⁶ Vgl. BGBl. I, 48/2009, S. 2248.

⁷ Lenz/Burgbacher (Fn. 3), S. 2562; Kramer/Hinrichsen/Lauterbach, Die Schuldenbremse des Grundgesetzes, JuS 2012, 896 (898).

⁸ Heun, in: Dreier, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 23; Meyer, Das „Sondervermögen Bundeswehr“ – Verfassungsdurchbrechung im Rahmen der Legalität, NJW 2022, 2242 (2244).

⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, Art. 109 Rn. 12; Heintzen, in: v. Münch/Kunig II, 7. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 30.

¹⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Fn. 9), Art. 109 Rn. 12.

verstehen ist. Einer stabilen Haushaltsführung ist in dieser Hinsicht nicht etwa jegliche Kreditaufnahme schädlich. Kreditaufnahmen zur Umschuldung wirken sich beispielsweise nicht auf die Schuldenstandsquote aus.¹¹ Unter „Einnahmen aus Krediten“ wird aus diesem Grund nur die Nettoneuverschuldung gefasst.¹² Diese ergibt sich aus der Differenz zwischen der Kreditaufnahme und den Tilgungen für Altkredite.¹³

b) Die Schuldenbremse als bindendes Gebot

Die Schuldenbremse stellt keine bloße Sollvorschrift dar, sondern ist durch die Formulierung („sind“ auszugleichen und „grundsätzlich“) als verbindliches Gebot konzipiert, das Relativierungen zulässt.¹⁴ Insbesondere die dem Art. 109 Abs. 3 S. 1 GG nachfolgenden Regelungen in den Art. 109 Abs. 3 S. 2 bis 5 GG lassen die Aufnahme neuer Schulden in gewissen Fällen zu.

2. Relativierung im Rahmen der Strukturkomponente

Eine erste Relativierung des Grundsatzes des Haushaltsausgleiches ohne Kreditaufnahmen findet sich in Art. 109 Abs. 3 S. 4 GG. Demnach kann der Bund nach freiem Ermessen bis zur Höhe von 0,35 % des BIP neue Kredite aufnehmen. Für diese Kredite besteht verfassungsrechtlich keine Tilgungspflicht.¹⁵ Hiermit wird dem Bundeshaushalt eine gewisse Flexibilität ermöglicht, gleichzeitig aber – im Gegensatz zur bereits dargelegten a. F. des Art. 115 GG – die Kreditaufnahme in ihrem Umfang deutlich eingeschränkt. Die in 2009 gewählte Kennzahl i. H. v. 0,35 % des BIP dürfte dabei wohl tatsächlich auch das vermutete Mindestniveau beständig getätigter Investitionen repräsentieren.¹⁶ Indessen wird der Bund an keiner Stelle von der Vorschrift dazu verpflichtet, die 0,35 % des BIP auch tatsächlich für Investitionszwecke zu

¹¹ *Henn*, in: Dreier (Fn. 8), Art. 115 Rn. 25.

¹² *Henn*, in: Dreier (Fn. 8), Art. 115 Rn. 25; *Siekmann*, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 109 Rn. 65.

¹³ *Bundesministerium der Finanzen*, Kompendium zur Schuldenregel des Bundes (Schuldenbremse) v. 25.2.2022, S. 24, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Standardartikel/Themen/Oeffentliche_Finzen/Schuldenbremse/kompendium-zur-schuldenbremse-des-bundes.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

¹⁴ *Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 589; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 99. EL 2022, Art. 109 Rn. 125.

¹⁵ *Christ* (Fn. 5), S. 1333.

¹⁶ *Seiler*, Konsolidierung der Staatsfinanzen mithilfe der neuen Schuldenregel, JZ 2009, 721 (723).

nutzen. Dem Wortlaut der Vorschrift nach gilt diese Relativierung zudem ausschließlich für den Bundeshaushalt.

3. Relativierung im Rahmen der Konjunkturkomponente

Eine weitere Ausnahme liegt in der in Art. 109 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 GG normierten Konjunkturkomponente. Diese soll anhand der Berücksichtigung des unmittelbaren Konjunkturverlaufes auf die Möglichkeit konjunkturgerechter Finanzpolitik eröffnen.¹⁷ Somit soll die Möglichkeit geschaffen werden, die Neuverschuldung in konjunkturell schlechten Zeiten zu erhöhen und in konjunkturell guten Zeiten zu reduzieren.¹⁸ Die Regelung ist als Option ausgestaltet und gilt gemäß Art. 109 Abs. 3 S. 2 Hs. 1 GG für Bund und Länder gleichermaßen.

4. Relativierung im Rahmen der Ausnahmeklausel

Gemäß Art. 109 Abs. 3 S. 2 GG besteht für Bund und Länder außerdem die Option, für Naturkatastrophen oder außergewöhnliche Notsituationen eine Ausnahmeregel vorzusehen.

a) Die Option des Art. 109 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 GG

Die Tatbestandsvoraussetzungen der „Naturkatastrophe“ und der „außergewöhnlichen Notsituationen“ sind vom Gesetzgeber bewusst offengelassen worden, um der Fülle denkbarer dringlicher Fälle gerecht zu werden.¹⁹ Unter „Naturkatastrophen“ werden von der Literatur unmittelbar drohende Gefahrenzustände oder Schädigungen von erheblichem Ausmaß verstanden, die durch Naturereignisse ausgelöst werden, wie etwa Erdbeben, Hochwasser, Unwetter oder Dürre.²⁰ Als „außergewöhnliche Notsituationen“, deren Eintritt sich der Kontrolle des Staates entzieht, werden etwa Schadensereignisse von großem Ausmaß und Bedeutung für die Öffentlichkeit, die durch Unfälle, technisches oder menschliches Versagen ausgelöst oder von Dritten herbeigeführt werden, verstanden.²¹ Gemäß Art. 109 Abs. 3 S. 3 GG muss jedoch für die Ausnahmeregelung ein Tilgungsplan vorgesehen werden, damit die

¹⁷ Bundesministerium der Finanzen (Fn. 13), S. 7.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Vgl. BGBl. I, 48/2009, S. 2248.

²⁰ Heun, in: Dreier (Fn. 8), Art. 115 Rn. 39; Christ (Fn. 5), S. 1336; Lenz/Burghaber (Fn. 3), S. 2564.

²¹ Christ (Fn. 5), S. 1336; vgl. auch Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109 Rn. 206.

ausnahmsweise aufgenommenen Kredite auch innerhalb eines angemessenen Zeitraumes zurückgeführt werden.

b) Aktivierung während der COVID-19-Pandemie

Als ein praktisches Beispiel für den Ausnahmetatbestand des Art. 109 Abs. 3 S. 2 Hs. 2 GG kann die COVID-19-Pandemie gesehen werden. So verabschiedete der Bundestag 2020 zwei Nachtragshaushalte zur Bewältigung der COVID-19-Pandemie und machte hierbei von der vorgesehenen Ausnahmeregelung für „außergewöhnliche Notsituationen“ Gebrauch.²² Auf diese Weise war im Jahr 2020 eine tatsächliche Überschreitung der Regelgrenze i. H. v. 41,9 Mrd. € möglich.²³ Auch in den Jahren 2021 und 2022 nutzte der Bundestag die Ausnahmeregelung. Die für die Coronahilfen beschlossenen Tilgungspläne schreiben vor, dass sich der Tilgungszeitraum für die Kredite in Anlehnung an die Tilgung der EU-Coronahilfen aus dem Programm *Next Generation EU* von 2028 bis 2058 erstrecken soll.²⁴

III. Vollzug der grundgesetzlichen Schuldenbremse

Nachdem der Gehalt der verfassungsrechtlichen Vorgabe dargelegt wurde, wird nun dargestellt, wie die für den Gesetzgeber und die Exekutive gleichermaßen bindende²⁵ Schuldenbremse vollzogen wird.

1. Fehlerfolgen eines Verstoßes gegen die Schuldenbremse

Sollte eine gesetzliche Ermächtigung zur Kreditaufnahme bereits bei ihrem Erlass die Grenzen des Art. 109 Abs. 3 GG oder des Art. 115 Abs. 2 GG überschreiten, ist sie verfassungswidrig und somit nichtig.²⁶ Allerdings wirkt sich die Verfassungswidrigkeit nicht auf das Außenverhältnis zu den Kreditgebern aus, sodass entsprechende bürgerlich-rechtliche Verträge nicht berührt werden.²⁷

²² Heintzen, Die Schuldenbremse (Art. 109 III und 115 II GG) in der Abfolge der außergewöhnlichen Notsituationen der Jahre 2020 bis 2022, NVwZ 2022, 1505 (1506); Neumann, Die Schuldenbremse auf dem Prüfstand, ZRP 2022, 249 (250).

²³ Bundesministerium der Finanzen, Monatsbericht September 2021, „Abrechnung der grundgesetzlichen Regel zur Begrenzung der Neuverschuldung 2020“, S. 40, abrufbar unter: https://www.bundesfinanzministerium.de/Monatsberichte/2021/09/Inhalte/Kapitel-3-Analysen/3-3-schuldenbremse-2020-pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

²⁴ Ebd.

²⁵ Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109 Rn. 190.

²⁶ Kirchhof, in: v. Mangoldt/Klein/Starck III, 7. Aufl. 2018, Art. 109 Rn. 108; Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109 Rn. 228.

²⁷ Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109 Rn. 232.

2. Kontrollkonto und Rückführungsverpflichtung

Auf Bundesebene wurde gemäß Art. 115 Abs. 2 S. 4 GG zur Sicherstellung der Einhaltung der Schuldenbremse im Haushaltsvollzug ein Kontrollkonto eingeführt, welches mit einer Ausgleichspflicht ausgestattet ist. Auf diesem werden die nicht-konjunkturbedingten positiven und negativen Abweichungen von der Obergrenze der strukturellen Neukreditaufnahme erfasst, die sich in den einzelnen Haushaltsjahren im Vollzug ergeben.²⁸ Sollte die tatsächliche Nettokreditaufnahme über der Obergrenze der Nettokreditaufnahme liegen, wird das Kontrollkonto belastet.²⁹ Liegt der Wert darunter, erfolgt eine Gutschrift i. H. d. Differenz. Sollten nach dieser Saldierung noch Belastungen im Wert von mehr als 1,5 % des nominalen BIP verbleiben, müssen diese gemäß Art. 115 Abs. 2 S. 4 GG konjunkturgerecht zurückgeführt werden. Auf Landesebene gilt gemäß Art. 109 Abs. 3 S. 5 GG die Pflicht, funktional vergleichbare Regelungen zu treffen.

3. Der Stabilitätsrat als Wächter der Schuldenbremse

Daneben wird gemäß Art. 109a Abs. 2 GG der Stabilitätsrat eingeführt. Seine Aufgabe liegt darin, die Einhaltung der Vorgaben des Art. 109 Abs. 3 GG bei Bund und Ländern zu überwachen. Es handelt sich hierbei um ein Gremium mit beratender und hinweisender Funktion. Zusammengesetzt ist es aus den Finanzministern von Bund und Ländern sowie dem Bundeswirtschaftsminister (§ 1 Gesetz zur Einrichtung eines Stabilitätsrates und zur Vermeidung von Haushaltsnotlagen (StabiRatG)³⁰). Bei Feststellung einer Haushaltsnotlage kann das Gremium Sanierungsprogramme vereinbaren (§ 55 StabiRatG). Gemäß Art. 109a Abs. 2 S. 2 GG orientiert sich der Stabilitätsrat hierbei an den Vorgaben und Verfahren aus Rechtsakten aufgrund des AEUV. Auf das Verhältnis zwischen den verfassungsrechtlichen und den unionsrechtlichen Vorgaben im Rahmen des Stabilitätsrates wird im Rahmen der folgenden Erläuterung jener unionsrechtlichen Vorgaben noch einzugehen sein.

²⁸ *Bundesministerium der Finanzen* (Fn. 13), S. 8.

²⁹ *Kramer/Hinrichsen/Lauterbach* (Fn. 7), S. 89; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 9), Art. 115 Rn. 12.

³⁰ BGBl. I, 53/2009, S. 2702.

C. Einfluss des Vertrages von Maastricht und des Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes

Neben den dargestellten inländischen Mechanismen zur Schuldenbremse hat Deutschland seit dem Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 auch unionsrechtliche Regelungen aus dem Primärrecht zu beachten.

I. Verpflichtungen aus dem Primärrecht

Mit dem Vertrag von Maastricht wurde 1999 eine einheitliche Währung in der Union eingeführt (vgl. Art. 2 des Vertrages von Maastricht). Es bestand insbesondere in Deutschland bereits während der Unterzeichnung des Vertrages von Maastricht Einigkeit darüber, dass gesunde öffentliche Finanzen für das Gelingen der Wirtschafts- und Währungsunion unabdingbar sind.³¹ Mithin wurde im heutigen Art. 126 AEUV der Grundsatz der Haushaltsdisziplin festgelegt.

1. Die Vermeidung übermäßiger öffentlicher Defizite

Gemäß Art. 126 Abs. 1 AEUV sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, übermäßige öffentliche Defizite zu vermeiden.

a) Festgelegte Referenzwerte

Als Ausgangspunkt für die Feststellung eines übermäßigen Defizites werden nach Art. 126 Abs. 2 AEUV – im Gegensatz zur verfassungsrechtlichen Schuldenbremse – zwei Parameter festgelegt. Es handelt sich hierbei zunächst um das Verhältnis des geplanten oder tatsächlichen öffentlichen Defizites zum BIP (sog. gesamtstaatliches Finanzierungsdefizit) sowie um das Verhältnis des öffentlichen Schuldenstandes zum BIP (sog. gesamtstaatlicher Schuldenstand). In beiden Fällen darf jeweils ein bestimmter, durch das Protokoll Nr. 12 über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (DefizitVfPro) festgelegter Referenzwert grundsätzlich nicht überschritten werden. *In concreto* soll das gesamtstaatliche Finanzierungsdefizit im Verhältnis zum BIP 3 % nicht überschreiten und der gesamtstaatliche Schuldenstand darf im Verhältnis zum BIP 60 % nicht übersteigen (Art. 1 DefizitVfPro). Diese Referenzwerte lassen jedoch Ausnahmen zu. So sieht Art. 126 Abs. 2 lit. a AEUV Abweichungen vom 3 %-Referenzwert vor, wenn entweder das Verhältnis erheblich und laufend zurückgegangen ist und einen Wert in der Nähe des Referenzwertes erreicht hat

³¹ BVerfGE 97, 350 (370); vgl. auch VO 1466/97/EG, Erwägungsgrund 1; Häde, in: Calliess/Ruffert, 6. Aufl. 2022, Art. 126 AEUV Rn. 2; Khan/Richter, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, 7. Aufl. 2023, Art. 126 AEUV Rn. 1.

oder der Referenzwert nur ausnahmsweise und vorübergehend überschritten wird und das Verhältnis in der Nähe des Referenzwertes bleibt.

b) Verfahren beim Überschreiten der Referenzwerte

Die Überwachung der Einhaltung der Referenzwerte ist gemäß Art. 126 Abs. 1 AEUV laufende Aufgabe der Europäischen Kommission. Die Mitgliedstaaten sind jedoch gemäß Art. 3 DefizitVfPro zur Mitwirkung verpflichtet. Sie müssen nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 479/2009 über die Anwendung des dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit der Kommission jeweils alle sechs Monate ihre geplanten und tatsächlichen Schuldenstände mitteilen.

Sollte ein Mitgliedstaat die Referenzwerte überschreiten, erstellt die Europäische Kommission gemäß Art. 126 Abs. 3 S. 1 AEUV einen Bericht. Bei der Berichterstellung berücksichtigt sie nach Art. 126 Abs. 3 AEUV neben der Überschreitung der Referenzwerte etwa, ob das öffentliche Defizit die öffentlichen Ausgaben für Investitionen übertrifft. Ferner lässt Art. 126 Abs. 3 AEUV auch die Berücksichtigung „*aller einschlägigen Faktoren*“ zu, sodass der Kommission insofern ein einzelfallbezogener Spielraum zukommt.³²

Ist die Kommission demnach der Auffassung, dass ein übermäßiges Defizit besteht oder sich ein solches ergeben könnte, legt sie gemäß Art. 126 Abs. 5 AEUV dem betroffenen Mitgliedstaat eine Stellungnahme vor und informiert den Rat. Dieser beschließt dann unter Berücksichtigung eventueller Bemerkungen des betroffenen Mitgliedstaats nach Art. 126 Abs. 6 AEUV, ob tatsächlich ein übermäßiges Defizit anzunehmen ist. Bejaht der Rat diese Frage, soll er gemäß Art. 126 Abs. 7 AEUV auf Empfehlung der Kommission Handlungsvorschläge an den betroffenen Mitgliedstaat richten. Er setzt außerdem eine Frist, in welcher die Empfehlungen umgesetzt werden müssen. Sollte ein Mitgliedstaat diesen Empfehlungen dauerhaft nicht nachkommen, können nach Art. 126 Abs. 11 AEUV eine Reihe von Sanktionen aktiviert werden. Diese erstrecken sich von näheren Berichtspflichten bei der Emission von Schuldverschreibungen bis hin zu Geldbußen.

³² *Khan/Richter*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Fn. 31), Art. 126 AEUV Rn. 12.

2. Ergänzungsbedarf des Art. 126 AEUV

Das durch den Art. 126 AEUV festgelegte Verfahren wurde bereits einige Jahre nach seiner Einführung als ergänzungsbedürftig angesehen.³³ Es wurde kritisiert, dass die Regelungen des Art. 126 AEUV zu ungenau seien.³⁴ Insofern ergaben sich viele interpretatorische Spielräume, die der Stabilität der Währung schaden könnten.³⁵ Auch wurde das abgestufte Verfahren bei Feststellung eines übermäßigen Defizites als zu langwierig beschrieben.³⁶ Es zeichnete sich ab, dass die Regelungen der Konkretisierung bedurften.³⁷ Der politische Prozess mündete 1997 im Abschluss des sog. Europäischen Stabilitäts- und Wachstumspaktes (ESWP).

II. Konkretisierungen im Sekundärrecht: der Stabilitäts- und Wachstumspakt

Der ESWP wurde 1997 vom Rat auf Grundlage des Art. 121 Abs. 6 AEUV angenommen, wonach durch Verordnungen die Einzelheiten der Überwachung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten geregelt werden können. Er setzt sich im Jahre 1997 aus einer EntschlieÙung und zwei Verordnungen zusammen.³⁸ Zentral sind hierbei die Verordnung 1466/97 über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitik³⁹ (Überwachungsverordnung) sowie die Verordnung 1467/97 über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei übermäßigem Defizit⁴⁰ (Defizitverfahrensverordnung). Die Überwachungsverordnung stellt den sog. präventiven Arm des ESWP dar, während die Defizitverfahrensverordnung den sog. korrektiven Arm des ESWP bildet.⁴¹

1. Inhalt des ESWP von 1997

Der präventive Arm des ESWP soll gemäß Art. 1 der Überwachungsverordnung „(...) das Entstehen übermäßiger öffentlicher Defizite bereits in einem frühen

³³ *Kuschnick*, Die Währungsunion und der Stabilitätspakt von Amsterdam, DZWir 1997, 315 (318).

³⁴ *Callies*, Der Stabilitäts- und Wachstumspakt – ein Pakt für mehr Glaubwürdigkeit?, Wirtschaftsdienst 1997, 153 (154); *Kuschnick* (Fn. 33), S. 318.

³⁵ *Ebd.*

³⁶ *Callies* (Fn. 34), S. 154.

³⁷ Vgl. VO 1466/97/EG, Erwägungsgrund 2.

³⁸ Vgl. VO 1466/97/EG, Erwägungsgrund 2.

³⁹ VO 1466/97/EG, S. 1.

⁴⁰ VO 1467/97/EG, S. 6.

⁴¹ Vgl. etwa *Siekmann*, in: Sachs (Fn. 12), Art. 109 Rn. 32; *Cremer*, Auf dem Weg zu einer Europäischen Wirtschaftsregierung?, EuR 2016, 256 (267).

Stadium verhindern und die Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitik fördern“. Zu diesem Zweck schreibt sie in ihrem Art. 3 zunächst vor, dass jeder Euro-Mitgliedstaat dem Rat und der Kommission auf Jahresbasis ein Stabilitätsprogramm vorlegt. In diesem Programm soll der Mitgliedstaat gemäß Art. 3 Abs. 2 der Überwachungsverordnung ein mittelfristiges Ziel für einen nahezu ausgeglichenen Haushalt sowie einen Anpassungspfad in Richtung dieses Ziels formulieren. Auch soll er u. a. die wirtschaftspolitischen Maßnahmen, die zur Erreichung dieses mittelfristigen Ziels unternommen werden, mitteilen (Art. 3 Abs. 2 lit. c VO 1466/97). Der Stabilitätsplan muss sich gemäß Art. 3 Abs. 3 der Überwachungsverordnung mindestens auf die drei folgenden Jahre beziehen. Die Kommission, der Wirtschafts- und Finanzausschuss, sowie der Rat überwachen die Programme (Art. 5 VO 1466/97). Bei sich abzeichnenden Überschreitungen durch einen Mitgliedstaat sollen rechtzeitige Empfehlungen des Rates ein Frühwarnsystem ermöglichen (Art. 6 VO 1466/97). Nicht-Euro-Staaten erstellen gemäß Art. 7 VO 1466/97 anstelle der Stabilitätsprogramme Konvergenzprogramme. Das beschriebene Verfahren ist jedoch dasselbe.⁴²

Der korrektive Arm des ESWP (Defizitverfahrensordnung) beschreibt demgegenüber das Verfahren nach der Feststellung eines übermäßigen Defizits. Es zielt darauf ab, „(...) übermäßige öffentliche Defizite möglichst zu vermeiden und gegebenenfalls auftretende Defizite unverzüglich zu korrigieren“ (Art. 1 VO 1467/97). Hierbei werden insbesondere einzelne Umstände konkretisiert, in denen vom 3 %-Referenzwert abgewichen werden kann (Art. 2 VO 1467/97). So gilt der Referenzwert grundsätzlich als ausnahmsweise und vorübergehend überschritten, wenn die Überschreitung entweder auf ein außergewöhnliches Ereignis, das sich der Kontrolle des betroffenen Mitgliedstaates entzieht und die staatliche Finanzlage erheblich beeinträchtigt, oder auf einen schwerwiegenden Wirtschaftsabschwung zurückzuführen ist. Das in Art. 126 AEUV dargelegte Verfahren bei Feststellung eines übermäßigen Defizites wird zudem anhand konkreter Fristsetzungen beschleunigt. So muss der Rat, wenn die Kommission eine Empfehlung vorgelegt hat, innerhalb von drei Monaten entscheiden, ob ein übermäßiges Defizit besteht (Art. 3 Abs. 3 VO 1467/97). Zehn Monate nach Notifizierung eines übermäßigen Defizites kann der Rat dann Sanktionen verhängen, wenn der Mitgliedstaat keine Maßnahmen getroffen hat (Art. 7 VO 1467/97).

⁴² Vgl. VO 1466/07/EG, Art. 7-10.

2. Gemischte Erfahrungen mit dem ESWP und seine Reform im Jahre 2005

Der ESWP konnte die Ungenauigkeiten des Art. 126 AEUV ergänzen und erwies sich daher zunächst bei der Verankerung der Haushaltsdisziplin als nützlich.⁴³ Dennoch war die Anwendung des ESWP inkohärent.⁴⁴ Der Kern der Problematik bei der Anwendung des Stabilitäts- und Wachstumspakts entstand, als der Rat im Jahre 2003 beschloss, den Empfehlungen der Kommission zur Einleitung der nächsten Schritte eines Defizitverfahrens gegen Frankreich und Deutschland nicht zu folgen.⁴⁵ Stattdessen erließ er eigene Schlussfolgerungen, nach denen die betroffenen Länder Selbstverpflichtungen auf sich nahmen und der Rat die Verfahren daher aussetzte.⁴⁶ Der Rat brach das im ESWP vorgesehene Verfahren. Der diesbezüglich eingeschaltete *Europäische Gerichtshof* erklärte daher die Schlussfolgerungen wegen der erheblichen Abweichungen gegenüber der ursprünglichen Empfehlung der Kommission für nichtig.⁴⁷ Allerdings bestätigte er das Recht des Rates auf eine Ermessensausübung bei der Umsetzung des Defizitverfahrens.⁴⁸

Im Jahre 2005 wurde daraufhin eine neue Fassung des ESWP angenommen. Die Änderungen im präventiven Teil erfolgten durch die Verordnung 1055/2005⁴⁹ und betrafen insbesondere die Gestaltung des mittelfristigen Haushaltsziels. Gemäß Art. 2a der Überwachungsverordnung sollte somit für jeden Mitgliedstaat länderspezifisch ein Haushaltssaldo definiert werden, das die allgemeine Verpflichtung zu ausgeglichenen oder überschüssigen Haushalten ersetzt. Das Ziel soll so formuliert werden, dass ein übermäßiges Defizit vermieden wird (Art. 2a VO 1466/97). Die Mitgliedstaaten sollen außerdem jeweils einen Anpassungspfad für das zu erreichende Haushaltssaldo vorlegen (Art. 3 Abs. 2a VO 1466/97). Bei der Beurteilung des Anpassungspfades durch

⁴³ Vgl. VO 1055/2005/EG zur Änderung der VO 1466/97/EG, Erwägungsgrund 1.

⁴⁴ *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 77. EL 2022, Art. 126 AEUV Rn. 5; *Hattenberger*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, 4. Aufl. 2019, Art. 121 AEUV Rn. 22.

⁴⁵ *Streinz/Ohler/Herrmann*, Totgesagte leben länger – oder doch nicht? – Der Stabilitäts- und Wachstumspakt nach dem Beschluss des Rates v. 25.11.2003 über das Ruhen der Defizitverfahren gegen Frankreich und Deutschland, NJW 2004, 1553 (1555); *Kempfen*, in: Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 126 AEUV Rn. 12.

⁴⁶ *Kempfen*, in: Streinz (Fn. 45), Art. 126 AEUV Rn. 12.

⁴⁷ *EuGH*, Urt. v. 13.7.2004, C-27/04, *Kommission der Europäischen Gemeinschaften ./. Rat der Europäischen Union*, Rn. 54.

⁴⁸ *Ebd.*, Rn. 80.

⁴⁹ VO 1055/2005/EG zur Änderung der VO 1466/97/EG über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung.

den Rat trägt dieser allerdings der Durchführung größerer Strukturreformen – u.a. den Rentenreformen – Rechnung (Art. 5 Abs. 1 VO 1466/97).

Der korrektive Arm des Stabilitäts- und Wachstumspaktes wurde durch die Verordnung 1056/2005⁵⁰ erneuert. Hierbei wurden die Ermessensspielräume der Kommission und des Rates erweitert.⁵¹ Insbesondere werden in Art. 2 der Defizitverfahrensverordnung die „sonstigen einschlägigen Faktoren“, die der Rat und die Kommission gemäß Art. 126 Abs. 3 AEUV zu berücksichtigen haben, erweitert. So berücksichtigt etwa die Kommission gemäß Art. 2 Abs. 3 der Defizitverfahrensverordnung auch „*alle sonstigen Faktoren, die aus Sicht des betreffenden Mitgliedstaats von Bedeutung sind, um die Überschreitung des Referenzwerts qualitativ in umfassender Weise zu beurteilen (...)*“.

Die Reform von 2005 wurde als Aufweichung des ESWP und des Defizitverfahrens kritisiert.⁵² Das Verfahren verlor an Effektivität.⁵³ Ein markantes Problem wurde darin gesehen, dass im Rat potenzielle Verstoßende über aktuell Verstoßende entscheiden und aus diesem Grund wohl vor Sanktionen zurückschrecken.⁵⁴ Diese Mängel wurden 2008/2009 nicht zuletzt durch die Staatsschuldenkrise sichtbar.⁵⁵

3. Die Finanzkrise und der neue ESWP von 2011

Nach Angaben von Eurostat belief sich etwa im Krisenjahr 2011 das Finanzierungsdefizit der gesamten Euro-Zone auf 4,1 % des BIP, während der Gesamtschuldenstand der Euro-Zone 87,3 % des BIP ausmachte.⁵⁶ Die Ziele des ESWP waren auf unionsweiter Ebene eindeutig verfehlt worden. Aus diesem Grund wurde eine erneute Reform des ESWP durchgeführt, um eine effizientere

⁵⁰ VO 1056/2005/EG zur Änderung der VO 1467/97/EG.

⁵¹ Hamer, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje/Schoo, 7. Aufl. 2015, Art. 126 AEUV Rn. 23.

⁵² Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Januar 2005, S. 47, abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/692308/bffa3b33477bbb147a84de3a7d240a78/mL/2005-01-monatsbericht-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.6.2023); Koch, in: Lenz/Borchardt, 6. Aufl. 2012, Art. 126 AEUV Rn. 18; Hamer, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje/Schoo (Fn. 51), Art. 126 AEUV Rn. 23.

⁵³ Ebd.

⁵⁴ Hamer, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje/Schoo (Fn. 51), Art. 126 AEUV Rn. 23.

⁵⁵ Antpöhler, Emergenz der europäischen Wirtschaftsregierung Das Six Pack als Zeichen supranationaler Leistungsfähigkeit, ZaöRV 2012, 353 (359).

⁵⁶ Eurostat, news release euroindicators, 149/2012 – 22 October 2012, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/5154238/2-22102012-AP-EN.PDF/9ed717fc-5cb6-4c45-9a8b-b71cdca8371d?version=1.0> (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

wirtschaftspolitische Steuerung zu ermöglichen.⁵⁷ Aus dieser Reform resultierte im Jahr 2011 das sog. „*Six-Pack*“, gefolgt vom sog. „*Two-Pack*“ im Jahr 2013.

a) *Regelungen des „Six-Pack“ von 2011*

Das „*Six-Pack*“ enthielt zunächst eine erneute Änderung der Überwachungsverordnung. Nach Art. 2a der Verordnung 1175/2011⁵⁸ müssen die Mitgliedstaaten bei der Festlegung ihres mittelfristigen Haushaltsziels gewährleisten, dass dieses tragfähige öffentliche Finanzen, oder zumindest einen „*raschen Fortschritt auf eine solche Tragfähigkeit*“ erbringt. Gleichzeitig sollen die Haushaltsziele jedoch auch einen haushaltspolitischen Spielraum eröffnen (Art. 2a VO 1175/2011). Neu eingeführt wurde zudem ein Mechanismus für den Fall, dass der Rat der Empfehlung der Kommission nicht folgt. Sollte der Mitgliedstaat es in einem solchen Fall weiterhin unterlassen, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, legt die Kommission gemäß Art. 6 Abs. 2 der Defizitverfahrensverordnung eine neue Empfehlung vor. Wird daraufhin vom Rat der Beschluss nicht innerhalb von zehn Tagen nach der Annahme durch die Kommission mit einfacher Mehrheit abgelehnt, gilt er als angenommen. Insofern wird i. S. d. Beschleunigung des Verfahrens das System der umgekehrten Mehrheit eingeführt. Außerdem führt die Verordnung 1175/2011 (Abschnitt 1-A) das sog. Europäische Semester ein, wonach der Rat auf Grundlage von Empfehlungen der Kommission jährlich Leitlinien zur Haushaltsdisziplin aufstellt, die die Kommission gebührend zu berücksichtigen hat.

Eine weitere Verordnung 1173/2011⁵⁹ verstärkt zudem das Sanktionssystem, indem Sanktionen nicht nur für die Nichtvornahme der erforderlichen Anpassungsmaßnahmen vorgesehen werden, sondern auch dann, wenn Statistiken, die für die Haushaltsüberwachung notwendig sind, manipuliert werden (Art. 8 VO 1173/2011). Im korrektiven Teil (VO 1177/2011 des Rates vom 8.11.2011 zur Änderung der Defizitverfahrensverordnung des Rates) wird das Defizitverfahren im Verhältnis zur Reform von 2005 wieder beschleunigt.⁶⁰ Außerdem müssen Mitgliedstaaten, deren Schuldenstände 60 % übersteigen, diese jährlich um durchschnittlich ein Zwanzigstel vermindern (Art. 2 Abs. 1aI VO 1177/2011). Weiterhin enthält das „*Six-Pack*“ zwei Verordnungen, die das makroökonomische Ungleichgewicht zwischen Mitgliedstaaten

⁵⁷ *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 44), Art. 126 AEUV Rn. 21.

⁵⁸ VO 1175/2011/EU zur Änderung der VO 1466/97/EG.

⁵⁹ VO 1173/2011/EU über die wirksame Durchsetzung der haushaltspolitischen Überwachung im Euro-Währungsgebiet.

⁶⁰ *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 44), Art. 126 AEUV Rn. 30.

adressieren.⁶¹ Zuletzt gehört ihm auch die Richtlinie 2011/85/EU des Rates vom 8.11.2011 an, die i. S. d. Transparenz von Finanzdaten einheitliche Mindeststandards für die haushaltspolitischen Vorschriften der Mitgliedstaaten festlegt.

b) Regelungen des „Two-Pack“ von 2013

Um den haushaltspolitischen Rahmen der Mitgliedstaaten noch weiter zu vereinheitlichen, wurde 2013 zudem das sog. „Two-Pack“ angenommen.⁶² Dieses besteht aus zwei, nur für Euro-Mitgliedstaaten geltenden Verordnungen, der VO 472/2013 und der VO 473/2013.⁶³ Beide Instrumente sehen eine verstärkte Haushaltsüberwachung vor, wenn die finanzielle Stabilität eines Euro-Staates bedroht ist oder dies zur Korrektur übermäßiger Defizite notwendig ist.⁶⁴ Die Einleitung der verstärkten Überwachung liegt grundsätzlich im Ermessen der Europäischen Kommission (vgl. Art. 2 Abs. 1 VO 472/2013). Auch müssen die Euro-Mitgliedstaaten der Kommission ihre nationalen Haushaltspläne mitteilen, sodass diese prüfen kann, ob sie mit den wirtschaftspolitischen Leitlinien des ESWP vereinbar sind (Art. 1 Abs. 1 VO 473/2013). Bei Feststellung eines ernsthaften Verstoßes gegen die Kriterien des Stabilitäts- und Wachstumspaktes hat der betroffene Mitgliedstaat einen überarbeiteten Haushaltsentwurf vorzulegen (Art. 7 Abs. 2 VO 473/2013). Für Euro-Staaten, in denen ein Defizitverfahren durchgeführt wird, bestehen intensivere Informationspflichten (vgl. Art. 11 VO 473/2013).

Diese weitgreifenden Maßnahmen stoßen auch nach Auffassung der Kommission an die Grenzen ihrer vertraglichen Kompetenzen.⁶⁵ Eine solche Überwachung greift in der Tat in die Haushaltshoheit der nationalen Parlamente ein.⁶⁶ Sie soll zwar berechtigterweise sicherstellen, dass Defizitverfahren vermieden werden und die gemeinsame Währung stabil bleibt. Ihre legislative

⁶¹ VO 1176/2011/EU über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, und die VO 1174/2011/EU über Durchsetzungsmaßnahmen zur Korrektur übermäßiger makroökonomischer Ungleichgewichte im Euro-Währungsgebiet.

⁶² *Hamer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje/Schoo (Fn. 51), Art. 126 AEUV Rn. 44.

⁶³ *Bandilla*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 44), Art. 126 AEUV Rn. 31.

⁶⁴ *Ioannidis*, EU Financial Assistance Conditionality after ‘Two Pack’, *ZaöRV* 2014, 61 (86).

⁶⁵ So die *Europäische Kommission*, „Ein Konzept für eine vertiefte und echte Wirtschafts- und Währungsunion: Auftakt für eine europäische Diskussion“, KOM (2012) 777 endg./2 v. 30.11.2012, S. 31.

⁶⁶ *Hamer*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje/Schoo (Fn. 51), Art. 126 AEUV Rn. 49.

Kompetenz hat die Kommission in diesem Bereich jedoch vollständig ausgeschöpft.⁶⁷

4. Verhältnis zur grundgesetzlichen Schuldenbremse

Nachdem die Grundlinien des ESWP konturiert wurden, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die grundgesetzliche Schuldenbremse zu dieser unionsrechtlichen Regelung steht.

a) Gleiche Grundzielsetzung

Sowohl das Maastrichter Kriterium der Vermeidung eines übermäßigen öffentlichen Defizites als auch die verfassungsrechtliche Schuldenbremse zielen darauf ab, eine übermäßige Kreditaufnahme wirksam zu verhindern. Somit wird der Einfluss des ESWP (1997) und der Maastrichter Kriterien (1992) auf die Föderalismuskommission von 2009 sichtbar. Die Schuldenbremse des GG erhielt ihre Fassung in der Tat nicht zuletzt auch, weil der Gesetzgeber sich am Grundprinzip des ESWP orientieren wollte.⁶⁸ Eine weitere Gemeinsamkeit besteht darin, dass beide Instrumente Flexibilität in der Handhabung des Referenzwertes zulassen, etwa aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse oder schweren Konjunkturschwankungen.⁶⁹ Auch wird die Erfüllung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Haushaltsdisziplin für Bund und Länder in Art. 109 Abs. 2 GG explizit festgehalten.

b) Unterschiedliche Ansätze und Durchsetzungsverfahren

Trotz der gleichen Grundzielsetzung sind die beiden Instrumente jedoch von erheblichen Unterschieden geprägt. Eine Differenz besteht in den unterschiedlichen Werten des ESWP, namentlich 6 % für das Finanzierungsdefizit und 60 % für den Schuldenstand. Die deutsche Schuldenbremse betrifft indessen nur das Verhältnis der Kreditaufnahme zum BIP. Sie setzt diesen Referenzwert – weitaus strenger als der ESWP – auf 0,35 % des BIP. Insofern kommt dem Schuldenstandkriterium des ESWP eine eigenständige Bedeutung zu. Eine weitere Differenz besteht darin, dass die Schuldenbremse jeweils auf die Haushalte des Bundes und der Länder abzielt, während die Regelungen des ESWP am gesamtstaatlichen Defizit ansetzen. Der ESWP schließt damit im Gegensatz zur grundgesetzlichen Schuldenbremse insbesondere auch die Kommunen mit ein.⁷⁰ Auch in der Durchsetzung ist der

⁶⁷ Hamer, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje/Schoo (Fn. 51), Art. 126 AEUV Rn. 49.

⁶⁸ Vgl. Bundesministerium der Finanzen (Fn. 13), S. 4.

⁶⁹ Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 115 Rn. 22.

⁷⁰ Ebd.

ESWP von einem anderen Ansatz geprägt: Das vorgesehene Defizitverfahren mit seinen verschiedenen Stufen und Sanktionen unterscheidet sich vom deutschen Ansatz des Kontrollkontos mit eventuellen Rückführungspflichten. Auch gibt es Unterschiede in den Fehlerfolgen. Ein Verstoß gegen die Vorschriften des ESWP führt im Gegensatz zur deutschen Schuldenbremse nicht zur Nichtigkeit des ermächtigenden Gesetzes, sondern zur Aktivierung der unionsrechtlichen Sanktionen.⁷¹ Insofern hat die verfassungsrechtliche Vorgabe eine eigenständige Bedeutung.⁷²

Obwohl die Regelungen des ESWP nach den Grundsätzen des Unionsrechts im Verhältnis zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben vorrangig anzuwenden sind,⁷³ führen sie aufgrund ihrer gesamtstaatlichen Orientierung und ihrer längerfristigen Perspektive in der Praxis nicht zu einer Konkretisierung der grundgesetzlichen Obergrenze für die Kreditaufnahme des Bundes.⁷⁴ Stattdessen ist der ESWP ein nahezu autonomes Regelwerk, das zur grundgesetzlichen Schuldenbremse nicht in einem Konkretisierungs-, sondern in einem Ergänzungsverhältnis steht.⁷⁵ Der unionsrechtliche Rahmen hat damit eine eigenständige Bedeutung.

c) Auswirkung auf die Rolle des Stabilitätsrates

Angesichts dieser Unterschiede stellt sich nun die bereits skizzierte Problematik der Berücksichtigung der Vorgaben des AEUV im Arbeitsbereich des Stabilitätsrates im Rahmen des Art. 109a Abs. 2 S. 2 GG.⁷⁶ In der Sache bezieht sich dieser Verweis auf den präventiven Arm des ESWP.⁷⁷ Grundsätzlich ist die hiermit erzielte Koordinierung von Bund und Ländern wünschenswert.⁷⁸ Es erscheint vor dem Hintergrund der dargelegten Differenzen problematisch, dass der Stabilitätsrat sich bei der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Schuldenbremse an diesen Vorgaben orientiert. Insofern kann die Wirkung des Art. 109a Abs. 2 S. 2 GG nur so weit reichen, wie es die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 109 Abs. 3 GG zur Schuldenbremse zulassen.⁷⁹ Für die

⁷¹ Reimer, in: BeckOK-GG, Ed. 43, Stand: 15.8.2022, Art. 115 Rn. 8.

⁷² Ebd.

⁷³ EuGH, Urt. v. 9.3.1978, C-106/77, *Simmenthal*, S. 640 ff.; BVerfGE 123, 267 (396).

⁷⁴ *Gaitanides*, Der Nationale Stabilitätspakt nach der Föderalismusreform – eine Fiktion?, NJW 2007, 3112 (3114 f.); *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 115 Rn. 22.

⁷⁵ Vgl. Reimer, in: BeckOK-GG (Fn. 71), Art. 109 Rn. 29; *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109a Rn. 13.

⁷⁶ Siehe oben **B. III. 3.**

⁷⁷ *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109a Rn. 86.

⁷⁸ *Heun/Thiele*, in: Dreier (Fn. 8), Art. 109a Rn. 4.

⁷⁹ *Kirchhof*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck III (Fn. 26), Art. 109a Rn. 1616.

Einhaltung des ESWP sollte dieses Vorgehen weitgehend unproblematisch sein, weil die beschriebenen europäischen Rechtsakte wie bereits dargelegt ohnehin eigene Überprüfungsmaßnahmen enthalten, welche den Stabilitätsrat nicht zwingend einbinden. Eine echte innerstaatliche Umsetzung der Kriterien des ESWP ist indessen aufgegeben worden.⁸⁰

d) Aufteilung der Sanktionen zwischen Bund und Ländern

Sollte es auf Grundlage des ESWP zu Sanktionen gegen die Bundesrepublik kommen, tragen der Bund und die Länder gemäß Art. 109 Abs. 5 S. 1 GG die Kosten im Verhältnis 65 zu 35. Die Aufteilung zwischen den Ländern wird von Art. 109 Abs. 5 S. 2 GG geregelt: 35 % dieses Anteils wird nach Einwohnerzahl zwischen den Ländern verteilt, und die restlichen 65 % entsprechend ihrem Verursachungsbeitrag.

5. Der ESWP während der COVID-19-Pandemie

Im Jahre 2020 stand der ESWP vor derselben Herausforderung wie die grundgesetzliche Schuldenbremse: Die COVID-19-Pandemie breitete sich in Europa aus. Es zeichnete sich ab, dass die Mitgliedstaaten erhöhte finanzielle Ressourcen benötigen würden.⁸¹ Aus diesem Grund aktivierte die Kommission gemeinsam mit dem Rat in den Jahren 2020 bis 2022 die bereits skizzierten Ausnahmetatbestände aus den Verordnungen 1466/97 und 1467/97, die Abweichungen im Falle eines schweren Konjunkturabschwungs oder einer Ausnahmesituation zulassen (sog. allgemeine Ausweichklausel).⁸² Aufgrund der Energiekrise beschloss der Rat 2022, den ESWP für ein weiteres Jahr auszusetzen.⁸³ Die allgemeine Ausweichklausel sorgt hierbei zwar für die aktuell benötigte Flexibilität.⁸⁴ Allerdings sieht der ESWP im Gegensatz zur Schuldenbremse keine Tilgungsverpflichtung für den Zeitraum nach der Aussetzung vor. Es bleibt daher abzuwarten, welche Auswirkungen diese Aussetzung auf die Stabilität des Euro haben wird. Allerdings ist zu

⁸⁰ *Littwin*, Umsetzung der Konvergenzkriterien nach Art. 104c I EGV im Bund-Länder-Verhältnis unter besonderer Berücksichtigung des Art. 109 GG, ZRP 1997, 325 (327).

⁸¹ *Fabbrini*, EU Fiscal Capacity: legal integration after Covid-19 and the war in the Ukraine, 2022, S. 41.

⁸² Mitteilung der Kommission an den Rat über die Aktivierung der allgemeinen Ausweichklausel des Stabilitäts- und Wachstumspakts, COM (2020) 123 final v. 20.3.2020; vgl. *Europäisches Parlament*, Implementation of the Stability and Growth Pact under pandemic times, Briefing v. 22.3.2021 – PE 659618, S.1.

⁸³ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v. 23.5.2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_3182 (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

⁸⁴ *Fabbrini* (Fn 81), S. 41.

berücksichtigen, dass die neuen Kreditaufnahmen durch „NextGenEU“, welche von der Union selbst aufgenommen werden, nicht den im ESWP genannten Defizitquoten der Mitgliedstaaten zugerechnet werden.⁸⁵ Die Aussetzung des ESWP wird indessen auch als Gelegenheit gesehen, den ESWP erneut zu reformieren, um seine Regeln flexibler zu gestalten.⁸⁶ Diese erneuten Flexibilisierungsbedürfnisse im Zuge der COVID-19-Pandemie und der Energiekrise zeigen, dass der ESWP ein politisches Instrument ist, welches sich konstant an Krisen anpasst.⁸⁷

6. Neuer Reformvorschlag der Europäischen Kommission

Am 9.11.2022 hat die Kommission ihre Absicht erklärt, den ESWP erneut zu reformieren.⁸⁸ Die Reform zielt darauf ab, „(...) die Schulden­tragfähigkeit zu stärken und durch Investitionen und Reformen ein nachhaltiges und integratives Wachstum zu fördern“.⁸⁹

So soll ein transparenter, risikobasierter Überwachungsrahmen geschaffen werden.⁹⁰ Dieser soll länderspezifisch je nach den bestehenden Hürden der Staatsverschuldung differenzieren.⁹¹ Grundlage dieses von der Kommission vorgeschlagenen Rahmens sollen die mittelfristigen Haushaltspläne der Mitgliedstaaten sein, in denen sie insbesondere Haushalts-, Reform- und Investitionsziele in einem einzigen Gesamtplan darstellen.⁹² Auf Basis dieses EU-Rahmens würde die Kommission dann einen Referenzpfad für die haushaltspolitische Anpassung angeben, der sich auf die nächsten vier Jahre erstrecken soll.⁹³ Im Anschluss daran würden die Mitgliedstaaten Pläne erstellen,

⁸⁵ *Kube/Schorckopf*, Strukturveränderung der Wirtschafts- und Währungsunion, NJW 2021, 1650 (1651).

⁸⁶ *Europäisches Parlament*, Implementation of the Stability and Growth Pact under pandemic times, Briefing v. 22.3.2021 – PE 659618.

⁸⁷ Vgl. *Kube/Schorckopf* (Fn. 85), S. 1652).

⁸⁸ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v. 9.11.2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6562 (zuletzt abgerufen am 10.6.2023); *Europäische Kommission*, Mitteilung über Leitlinien für eine Reform des EU-Rahmens für die wirtschaftspolitische Steuerung, 9.11.2022, COM(2022)583 final.

⁸⁹ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung v. 9.11.2022, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_22_6562 (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

⁹⁰ *Europäische Kommission*, Mitteilung über Leitlinien für eine Reform des EU-Rahmens für die wirtschaftspolitische Steuerung, 9.11.2022, COM(2022)583 final, S. 9.

⁹¹ *Ebd.*

⁹² *Ebd.*

⁹³ *Ebd.*, S. 15.

in denen sie etwa ihre Verpflichtungen zu vorrangigen Reformen sowie öffentliche Investitionen darlegen.⁹⁴ Hierbei könnten sie den Anpassungszeitraum auf bis zu drei Jahre verlängern. Die Kommission würde diese dann darauf bewerten, ob sie bei erheblichen oder mittelmäßigen öffentlichen Defiziten den Schuldenstand effektiv auf das Abwärtsniveau bringen oder sonst unter dem Referenzwert von 3 % halten.⁹⁵ Die Umsetzung würde anhand jährlicher Berichterstattung durch die Mitgliedstaaten von der Kommission überwacht werden, wobei die Intensität der Überwachung je nach dem erreichten Fortschritt zu- oder abnehmen soll.⁹⁶ Im Defizitverfahren sollen finanzielle Sanktionen demgegenüber geringer ausfallen.⁹⁷ Den offiziellen Gesetzesvorschlag für diese Änderungen hat die Europäische Kommission im April 2023 vorgelegt.⁹⁸

7. Andere Reformvorschläge

Neben der Europäischen Kommission haben jedoch auch andere Stimmen im Zuge der COVID-19-Pandemie verschiedene Reformmodelle vorgeschlagen. Alternativ zur von der Kommission vorgeschlagenen allein sekundärrechtlichen Reform des ESWP kann auch eine Reform des Protokolls 12 zum AEUV zur Erhöhung der Referenzwerte für die Schuldenquote angedacht werden.⁹⁹ Hiermit solle insbesondere dem aktuellen, krisenbelasteten makroökonomischen Hintergrund Rechnung getragen und die Tragfähigkeit der öffentlichen Finanzen gewährleistet werden.¹⁰⁰ Das Protokoll 12 könnte auch dahingehend reformiert werden, dass neue Schuldentragfähigkeitsindikatoren vorgesehen werden.¹⁰¹ Hintergrund dieses Reformvorschlages ist, dass die Schuldentragfähigkeit ein komplexes Phänomen sei, das mit den Indikatoren der Staatsschuldenquote und

⁹⁴ *Europäische Kommission*, Mitteilung über Leitlinien für eine Reform des EU-Rahmens für die wirtschaftspolitische Steuerung, 9.11.2022, COM(2022)583 final, S. 10.

⁹⁵ *Ebd.*, S. 15.

⁹⁶ *Ebd.*, S. 12.

⁹⁷ *Ebd.*, S. 22.

⁹⁸ *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken und zur Aufhebung der Verordnung des Rates 1466/97, 26.4.2023, COM(2023) 240 final.

⁹⁹ *Europäischer Wirtschafts- und Fiskalausschuss*, Annual Report of the European Fiscal Board 2020, Brüssel, 20.10.2020, Punkt 3.3.5, abrufbar unter: https://commission.europa.eu/system/files/2020-12/efb_annual_report_2020_en_1.pdf (zuletzt abgerufen am 12.5.2023).

¹⁰⁰ *Ebd.*

¹⁰¹ *Blanchard/Leandro/Zettelmeyer*, Redesigning EU Fiscal Rules: From Rules to Standards, PIIE Working Paper 21-1, S. 29 f.

des Haushaltsdefizits nur unzureichend erfasst werden könne.¹⁰² Als Alternative wird daher insbesondere von *Blanchard et. al.* vorgeschlagen, auf europäischer Ebene lediglich sog. *fiscal standards* vorzuschreiben, welche dann durch konkretisierende Vorgaben auf nationaler Ebene ergänzt werden, um so eine flexiblere Anwendung zu ermöglichen.¹⁰³ Als Beispiel für einen *fiscal standard* wird etwa der in Art. 126 I AEUV verankerte Grundsatz der Vermeidung übermäßiger Defizite zitiert.¹⁰⁴ Neben diesen primärrechtlichen Vorschlägen können auch andere Überlegungen im sekundärrechtlichen Bereich angestellt werden. Es wurde vom Europäischen Wirtschafts- und Fiskalausschuss geltend gemacht, den ESWP insofern anzupassen, als dass öffentliche Nettoinvestitionen bei der Feststellung struktureller Haushaltssalden ausgeklammert würden.¹⁰⁵ Dies soll gerade im Hinblick auf den aktuellen Digitalisierungsbedarf und den ökologischen Wandel von Belang sein.¹⁰⁶ Das Bruegel-Institut schlägt insofern eine sog. „Grüne goldene Regel“ vor, wonach öffentliche Investitionen etwa für das Erreichen des „Fit-for-55“-Zieles oder allgemein für den ökologischen Wandel von der Schuldenbremse ausgenommen würden.¹⁰⁷

8. Stellungnahme

Diejenigen Reformen, die auf eine Veränderung des Primärrechts hinwirken, haben den Vorzug, dass sich die mit ihnen verbundene Vertragsänderung wohl positiv auf die demokratische Legitimation und Akzeptanz der EU auswirken könnte. Gerade nach der Fülle von angenommenen Reformen im sekundärrechtlichen Bereich würde eine grundlegende Reform des Primärrechts für mehr Klarheit und Transparenz sorgen. Indessen erscheint der Vorschlag über die Anhebung der Referenzwerte im Lichte der Missbrauchsgefahr problematisch. Nach der aktuellen Fassung des ESWP sollen übermäßige öffentliche Defizite grundsätzlich vermieden werden.¹⁰⁸ Abweichungen von den Referenzwerten sind in der Konzeption des ESWP nur in begründeten Fällen möglich. Würde man die Referenzwerte anheben, so hätten die Mitgliedstaaten jedoch eine noch größere Marge, um schädliche Maßnahmen zu ergreifen, ohne diese rechtfertigen zu müssen. Die Missbrauchsgefahr wäre damit höher und es

¹⁰² *Helmdag*, Ist das starre Festhalten an den Maastricht-Kriterien sinnvoll?, Wirtschaftsdienst 2004, 601 (604).

¹⁰³ *Blanchard/Leandro/Zettelmeyer* (Fn. 101), S. 20 f.

¹⁰⁴ *Ebd.*

¹⁰⁵ *Europäischer Wirtschafts- und Fiskalausschuss* (Fn. 99), S. 6.

¹⁰⁶ *Ebd.*

¹⁰⁷ *Darvas/Wolff*, A Green Fiscal Pact: Climate Investment in Times of Budget Consolidation, Bruegel Policy Contribution 18/21, S. 5 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 126 Abs. 1 AEUV.

würde sich unter Umständen die Gefahr eines Wertungswiderspruches zum grundsätzlichen Ziel der Vermeidung übermäßiger Defizite ergeben.

Was den Vorschlag betrifft, die Schuldentragfähigkeitsindikatoren auf europäischer Ebene mit sog. *fiscal standards* zu ersetzen, so würde dieses System zwar mehr Flexibilität ermöglichen. Allerdings müsste auf unionsrechtlicher Ebene bezüglich der *fiscal standards* eine hinreichende *ex post*-Kontrolle gewährleistet sein.¹⁰⁹ Dies erscheint jedoch im Grundsatz fragwürdig. Den verwendeten Referenzwerten mag es zwar an Flexibilität mangeln. Indessen stellen sie eine klar verständliche und überprüfbare Leitlinie dar, die zumindest in Bezug auf die gewährleistete Kontrolle nicht durch einen bloßen Grundsatz ersetzt zu werden vermag.

Der Reformvorschlag für eine Investitionsausnahme erscheint auf den ersten Blick nicht zuletzt in Hinblick auf die „Fit for 55“-Ziele der Europäischen Union plausibel. Zudem hat die EU auch in anderen Rechtsbereichen, wie etwa dem Europäischen Beihilfenrecht, spezifische Ausnahmen zur Förderung des ökologischen Wandels beschlossen,¹¹⁰ sodass insbesondere der Vorschlag des Bruegel-Instituts im Rahmen des Haushaltsrechts zu einem mit den restlichen Politiken der Union stimmigen Ergebnis führen würde. Indessen ist eine derart allgemeine Ausnahme für Investitionen ebenfalls im Hinblick auf Missbrauchsgefahr problematisch. Sie erinnert an die grundgesetzliche Schuldenbremse von 1969, in welcher die Nettoneuverschuldung die Summe der veranschlagten Investitionen nicht überschreiten durfte (vgl. Art. 115 GG a. F.). Dies wurde in der Haushaltspraxis weit verstanden¹¹¹ und hat letzten Endes zu einer erheblichen Erhöhung der Schuldenstandquote geführt.¹¹² Die unbefriedigende Durchsetzbarkeit bereits auf nationaler Ebene spricht dafür, dass eine solche generelle Investitionsausnahme wohl auch auf unionsrechtlicher Ebene problematisch wäre.

Die von der Kommission veröffentlichten Orientierungen hingegen würden durch den EU-Rahmen und den darauf basierenden Referenzpfad den

¹⁰⁹ Vgl. *Klamet*, Reform der Schuldenbremse?, in: Kube/Reimer, Geprägte Freiheit 2021/22, 2021, S. 13 (24).

¹¹⁰ Vgl. etwa die Mitteilung der Kommission „Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022“ (2022/C 80/01).

¹¹¹ *Deutsche Bundesbank*, Monatsbericht Oktober 2011, S.15 ff., abrufbar unter: <https://www.bundesbank.de/resource/blob/693032/74fa1711b17bd7975f187f9aa7e57609/mL/2011-10-monatsbericht-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

¹¹² *Zeising*, Grundlagen des Finanzverfassungsrechts und neue Schuldenbremse, NJ 2016, 189 (194).

Mitgliedstaaten im Verhältnis zum aktuellen Regelwerk des ESWP wertvolle Orientierungen geben, um ihre Anpassungsprogramme festzulegen. Dass sie dann in der konkreten Ausgestaltung weitere Gestaltungsspielräume – insbesondere auch zu Investitionszwecken – haben, kommt dem Grundsatz der Haushaltshoheit der Mitgliedstaaten zugute. Gleichzeitig muss allerdings auch in diesem System eine hinreichende Kontrolle gewährleistet sein, um Missbrauchsgefahren zu vermeiden. Gerade die genauen Konturen der Überprüfung und Kontrolle der Haushaltspläne der Mitgliedstaaten lassen sich der Pressemitteilung der Kommission allerdings nicht entnehmen. Die Kommission hat in ihrer Mitteilung von November 2022 insbesondere den Begriff des Investitionszwecks noch nicht definiert. Auch der im April 2023 vorgelegte Gesetzesvorschlag entbehrt eine konkrete Definition dieses Begriffes.¹¹³ Die deutschen Erfahrungen mit der Schuldenregel von 1969 haben indessen gezeigt, dass eine konkrete Konturierung des Begriffs „*Investitionszweck*“ für eine effektive Durchsetzung notwendig wäre.¹¹⁴ Insgesamt ist der Vorschlag der Kommission mithin zu begrüßen, sofern eine hinreichende Kontrolle gesichert ist. Das Europäische Parlament und der Rat haben insofern noch die Möglichkeit, diese Lücken im nun anstehenden Gesetzgebungsverfahren zu schließen. Es liegt nun an diesen beiden Akteuren, den Vorschlag ferner auszugestalten und somit bestenfalls ein finanzpolitisches Equilibrium zwischen Verantwortung und Flexibilität zu erreichen.

D. Einfluss des Fiskalvertrags

Neben dem ESWP existiert noch ein völkerrechtliches Instrument, das für die Schuldenbremse von Belang ist. Im Zuge der Finanzkrisenbewältigung hat Deutschland 2012 gemeinsam mit 24 anderen Mitgliedstaaten den sog. Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (sog. „*Fiskalvertrag*“) abgeschlossen.¹¹⁵

I. Vorgaben des Fiskalvertrags

Den Kern des Fiskalvertrages bildet Art. 3 Abs. 2.¹¹⁶ Durch ihn verpflichten sich die Vertragsstaaten, die Forderung des ESWP nach einem ausgeglichenen Haushalt binnen eines Jahres in ihrem innerstaatlichen Recht „in Form von

¹¹³ Vgl. *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken und zur Aufhebung der Verordnung des Rates 1466/97, 26.4.2023, COM(2023) 240 final.

¹¹⁴ *Zeising* (Fn. 112), S. 194.

¹¹⁵ Siehe BGBl. II, 28/2012, S. 1006.

¹¹⁶ *Ebd.*

Bestimmungen, die verbindlicher und dauerhafter Art sind, vorzugsweise mit Verfassungsrang“ umzusetzen (Art. 3 Abs. 2 Fiskalvertrag). Der Fiskalvertrag präzisiert, dass das mittelfristige Haushaltsziel der Vertragsparteien ein gesamtstaatliches strukturelles Defizit von 0,5 % des BIP nicht übersteigen soll (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b Fiskalvertrag), solange die Schuldenquote nicht deutlich unter 60 % liegt (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d Fiskalvertrag). Er geht insoweit über die Ziele des ESWP hinaus. Einige ESWP-Regelungen werden demgegenüber vom Fiskalvertrag übernommen, wie etwa Art. 4 Fiskalvertrag, wonach Mitgliedstaaten, deren Schuldenstände 60 % übersteigen, diese jährlich um durchschnittlich ein Zwanzigstel vermindern müssen.¹¹⁷

Im Sinne einer verbesserten wirtschaftspolitischen Koordinierung sollen nach Art. 12 Fiskalvertrag auch zweimal jährlich Tagungen des sog. Eurogipfels stattfinden. Dieser besteht aus den Regierungschefs der Euro-Mitgliedstaaten und der Präsidentin der Europäischen Kommission (Art. 12 Fiskalvertrag). Er gibt strategische Leitlinien zur wirtschaftspolitischen Steuerung vor (Art. 12 Fiskalvertrag).

Sollte sich ein Mitgliedstaat nicht an die Vorgaben des Fiskalvertrages halten, wird ein Korrekturmechanismus ausgelöst. Eine Sanktion ist auf dieser Ebene allerdings nicht vorgesehen. Der *Europäische Gerichtshof* wird bei der Überwachung des Fiskalvertrages eingebunden (vgl. Art. 8 Fiskalvertrag). Er kann jedoch gemäß Art. 8 nur die Nichtumsetzung des Paktes in nationales Recht, nicht aber die Einhaltung des Referenzwertes, sanktionieren. Das Klagerecht steht hierbei zudem nur den Vertragsparteien selbst zu (Art. 8 Fiskalvertrag). Im Wesentlichen wäre das Verfahren vor dem *Europäischen Gerichtshof* dem Vertragsverletzungsverfahren nachgebildet.¹¹⁸ In einem ersten Urteil würde er über die Verletzung der Umsetzungspflicht nach Art. 3 Abs. 2 Fiskalvertrag entscheiden (vgl. Art. 8 Abs. 2 Fiskalvertrag). In einem zweiten Urteil könnte der *Gerichtshof*, sollte der Mitgliedstaat seiner Verpflichtung nicht nachgekommen sein, finanzielle Sanktionen verhängen, die der Mitgliedstaat in der Regel direkt an den Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM) zu entrichten hätte (Art. 8 Abs. 2 Fiskalvertrag). Diese schwachen Sanktionierungsmöglichkeiten mögen der Grund sein, weshalb der Fiskalvertrag – im Gegensatz zum ESWP – während der Pandemie kaum diskutiert wurde.

¹¹⁷ *Ohler*, in: Stern/Sodan/Möstl, 2. Aufl. 2020, § 57 Rn. 73.

¹¹⁸ *Ebd.*

II. Verfassungs- und Unionsrechtmäßigkeit

In Deutschland sind jedoch Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit und der unionsrechtlichen Konformität des Fiskalvertrages aufgekommen.¹¹⁹ Unionsrechtlich bestanden Zweifel an der Zulässigkeit der völkerrechtlichen Aufgabenzuweisung an Organe der EU ohne vorherige Beteiligung des Europäischen Parlaments.¹²⁰ Der Fiskalvertrag wurde insofern ohne unionsrechtliches Zustimmungsverfahren abgeschlossen. Dieses ist jedoch nach dem *Europäischen Gerichtshof* bei völkerrechtlichen Verträgen nur dann entbehrlich, wenn durch die völkervertragliche Natur des Vertrages keine Verfälschung der Befugnisse der EU entsteht und wenn den Organen der EU durch den Völkerrechtsvertrag „keine Entscheidungsbefugnisse im eigentlichen Sinn“ eingeräumt werden.¹²¹ Insbesondere beim *EuGH* gehen allerdings die ihm durch Art. 8 Fiskalvertrag eingeräumten Befugnisse über seine üblichen Kompetenzen hinaus, indem sie dem *Gerichtshof* eine Fristsetzung ermöglichen.¹²² Was die Kommission betrifft, so entsprechen die ihr eingeräumten Befugnisse zwar denjenigen sekundärrechtlichen Befugnissen, die sich aus dem ESWP ergeben, nicht aber den Kompetenzen, die sich aus der primärrechtlichen Vorschrift des Art. 126 AEUV ergeben würden.¹²³ In verfassungsrechtlicher Hinsicht bestanden zudem Zweifel daran, ob der Fiskalvertrag dem Gesetzgeber die haushaltspolitische Verantwortung entziehen würde.¹²⁴ Dennoch hat das *Bundesverfassungsgericht* mit seinem Urteil zum Europäischen Stabilitätsmechanismus vom 12.9.2012 den Fiskalvertrag für unionsrechts- und verfassungskonform erklärt, indem es die haushaltspolitische Gesamtverantwortung weiterhin beim Bundesgesetzgeber sah und insbesondere eine unzulässige Kompetenzerweiterung der Kommission vor diesem Hintergrund verneinte.¹²⁵

III. Verhältnis zur grundgesetzlichen Schuldenbremse

Aufgrund seiner Umsetzungspflicht ist der Fiskalvertrag ein konkretisierungsbedürftiges Instrument, das daher nach den Regeln der innerstaatlichen Anwendbarkeit des Völkerrechts nicht unmittelbar anwendbares Recht in Deutschland ist.¹²⁶ Insofern besteht ein Unterschied zum ESWP.

¹¹⁹ Vgl. *Lepsius*, ESM-Vertrag, Fiskalpakt und das BVerfG, *EuZW* 2012, 761 (761).

¹²⁰ *Fischer-Lescano/Oberndorfer*, Fiskalvertrag und Unionsrecht, *NJW* 2013, 9 (10).

¹²¹ *EuGH*, Urt. v. 27.11.2012, C-370/12, *Pringle*, Rn. 185.

¹²² *Fischer-Lescano/Oberndorfer* (Fn. 119), S. 11.

¹²³ *Ebd.*

¹²⁴ *Ebd.*

¹²⁵ BVerfGE 135, 317 (432).

¹²⁶ Vgl. *Puttler*, in: *Stern/Sodan/Möstl* (Fn. 117), § 19 Rn. 86.

Allerdings ist Deutschland seiner Umsetzungsverpflichtung 2013 mit dem Gesetz zur innerstaatlichen Umsetzung des Fiskalvertrages nachgekommen. Demnach kommt dem Stabilitätsrat die Aufgabe zu, die Befolgung des Fiskalvertrages in Deutschland zu überwachen. Die konkrete Aufgabenzuweisung an den Stabilitätsrat war beim Fiskalvertrag vonnöten, weil sich der Verweis aus Art. 109 Abs. 2 S. 2 GG nur auf Rechtsakte auf Grundlage des AEUV bezieht. Der Fiskalvertrag ist im Gegensatz zum ESWP allerdings nicht auf Grundlage des AEUV entstanden.¹²⁷ Daneben wurde durch das Gesetz die 0,5 %-Grenze des Fiskalvertrages im Haushaltsgrundsätzegesetz verankert. Der Fiskalvertrag ergänzt somit die ESWP-Vorgaben und die verfassungsrechtliche Schuldenbremse.¹²⁸ Die im Fiskalvertrag vorgesehene Defizitobergrenze von 0,5 % nähert sich außerdem in nicht unerheblicher Weise der verfassungsrechtlichen Obergrenze von 0,35 % für den Bund an. Tatsächlich wird davon ausgegangen, dass die deutsche Schuldenbremse mit ihrer Zielsetzung und ihrer Ausgestaltung dem Fiskalvertrag insoweit als Vorlage diene.¹²⁹ Im Gegensatz zu den anderen beiden Vorschriften handelt es sich wegen der kaum vorgesehenen Sanktionen jedoch um ein relativ schwaches Instrument.

E. Fazit und Ausblick

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben der Schuldenbremse stehen mit den Maßgaben des ESWP und des Fiskalvertrages in einem Verhältnis gegenseitiger Inspiration und Ergänzung. Zwischen den grundgesetzlichen und den europarechtlichen Regelungen bestehen Unterschiede in den Ansatzpunkten und der Durchsetzung, welche insbesondere den ESWP zu einem Instrument mit eigenständiger Bedeutung machen. Indessen stellen die untersuchten Regelwerke kein starres, ständig gleichbleibendes Gitter dar. Besonders die Vorgaben des Grundgesetzes und des ESWP sind atmende Regelungen, die in politischer Weise auf den aktuellen Kontext reagieren. In diesem Sinne lenken sich alle Blicke auf das bevorstehende Gesetzgebungsverfahren nach dem Vorschlag der Europäischen Kommission zur erneuten Reformierung des ESWP. Wird das Ergebnis ähnliche Enttäuschungen wie die Reform von 2005 mit sich tragen, oder gelingt der Europäischen Union endlich der finanzpolitische Spagat zwischen Verantwortung und Flexibilität?

¹²⁷ Heun/Thiele, in: Dreier (Fn. 8), Art. 109a Rn. 40.

¹²⁸ Vgl. Kube, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 14), Art. 109a Rn. 13.

¹²⁹ Klepzig, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, S. 183.

Trystan Stahl*

Kirchenasyl im säkularisierten Verfassungsstaat

Abstract

Der Beitrag verteidigt das ursprünglich vorstaatliche Institut des Kirchenasyls in einer verfassungsrechtlichen Untersuchung vor Angriffen aus Literatur und Rechtsprechung. Kirchenasyl in seiner heutigen Erscheinungsform stützt sich nicht auf einen vom staatlichen Recht exemten heiligen Ort (*reverentia loci*), sondern findet im deutschen Verfassungsrecht seine Rechtfertigung im Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften nach Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und in der korporativen Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG. Der Beitrag beteiligt sich an einer rechtspolitischen Debatte, die bei mehreren hundert Fällen von Kirchenasyl pro Jahr in Deutschland kontrovers geführt wird.

* Der Verfasser ist Mitarbeiter des Kultusministeriums Mecklenburg-Vorpommern (WKM) im Referat „Kirchen- und Religionsangelegenheiten“ und beim Beauftragten für das jüdische Leben und gegen Antisemitismus. Im juristischen Schwerpunktbereich „Kirchenrecht“ (Universität Potsdam) hat er Studienreisen in Flüchtlingsgebiete, zuletzt in den Irak und Kosovo, absolviert. Er gehört der Jesuitengemeinde St. Canisius/Berlin an und ist bei Fragen und Anmerkungen unter trystan.stahl@wkm.mv-regierung.de zu erreichen. Der Beitrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Autors wieder.

A. Problemaufriss

Am Kirchenasyl ist alles strittig.¹ Das Spektrum an Meinungen zum Kirchenasyl reicht anerkennend von legitimer christlicher Beistandspflicht² bis hin zum Vorwurf der Erosion des Rechtsstaates.³ Dabei beschäftigt die Suche nach einem rechtlichen Standort des Kirchenasyls die deutsche Literatur und Rechtsprechung seit mehr als dreißig Jahren⁴ – ohne dass eine Klärung absehbar wäre, die mehr sein kann als ein sich gegenseitig tolerierendes *Gentlemen's Agreement* von Staat und Kirche auf Zeit.⁵ Darf sich in einem demokratischen Gemeinwesen eine Institution wie die Kirche herausnehmen, besser zu wissen, was richtig ist und sich Vorgaben widersetzen, die in einer Legitimationskette vom Bürger über das Parlament zur Regierung und Verwaltung unter Ausschöpfung rechtlichen Gehörs zustande gekommen sind?⁶ Am Kirchenasyl verdichten sich die Fragen an das Verhältnis von Staat und Kirche – und an die Grenzen des Gehorsams gegenüber dem positiven Recht zwischen Staat und Bürger.⁷ Gilt mit *Apg* 5,29 „Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen“⁸ für Christen, die auch Staatsbürger sind, ein „anderes“ Recht?⁹ Oder liegt der christliche Fokus auf der kommenden Welt und für das Diesseits gilt mit *Röm* 13,1 ein Jeder ordne sich den Trägern der obrigkeitlichen Gewalt unter?

¹ Vgl. *Mager*, in: v. Münch/Kunig I, 7. Aufl. 2021, Art. 4 GG Rn. 82 (Stichwort „Kirchenasyl“) m. w. N.; *Siegmund*, Verfassungsrechtliche Aspekte des Kirchenasyls. Ziviler Ungehorsam, Art. 4 GG und die Ombudsfunktion der Kirche, 1997, S. 43.

² *Evangelische Kirche in Deutschland*, „Beistand ist nötig, nicht Widerstand“: zehn Thesen zum Kirchenasyl. Ökumenische Rundschau 1994, 469 (469).

³ v. Münch, „Kirchenasyl“ – ehrenwert, aber kein Recht, NJW 1995, 565 (566).

⁴ *Quandt*, Die Anfänge der Kirchenasylbewegung in Berlin, in: Quandt/Becker, „Unter dem Schatten deiner Flügel...“. 25 Jahre Kirchenasyl in Berlin, 2008, S. 11; siehe auch *Deutsche Bischofskonferenz*, Handreichung zu aktuellen Fragen des Kirchenasyls. Migrationskommission Nr. 42, 2. Aufl. 2019, S. 12; *Muckel/Gölzner*, Kirchenasyl: aktuelle Probleme im Spannungsfeld von Asylverfahrens-, Aufenthalts-, Straf- und Verfassungsrecht, NWVBl. 2022, 401 (401).

⁵ Zur Vereinbarung v. 24.2.2015 siehe *Bohm*, Kirchenasyl unter der BAMF-Kirchenvereinbarung, 2021, S. 26 ff., 42.

⁶ *Just*, Jeder Mensch ist ein Heiligtum. Kirchenasyl und ziviler Ungehorsam aus theologischer und philosophischer Sicht, in: ders., Asyl von unten: Kirchenasyl und ziviler Ungehorsam, 1993, S. 72 (73).

⁷ Vgl. *Robbers*, Kirchliches Asylrecht?, AöR 1988, 30 (32); *Winter*, „Kirchenasyl“ als Herausforderung für Staat und Kirche, KuR 1995, 37 (37).

⁸ Einheitsübersetzung der Heiligen Schrift, 2016. Biblische Eigennamen sind zitiert nach Loccum Richtlinien (ÖVBE).

⁹ *Just* (Fn. 6), S. 73.

B. Anliegen und Eingrenzung

Kirchenasyl wird im vorliegenden Beitrag nicht als eine sozialwissenschaftliche Form zivilen Ungehorsams¹⁰ oder durch Bibelexegese als religiöser Widerstand¹¹ erklärt. Es soll auch nicht um bloß individuelle Entscheidungen zur Aufnahme Schutzsuchender gehen, aus religiösen Motiven, säkularen Gewissensgründen (Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG) oder wegen politischer Anliegen¹² („Bürgerasyl“). Der Beitrag betrachtet die Gewährung von Kirchenasyl als korporative Handlungsform in der Katholischen Kirche und den deutschen Evangelischen Landeskirchen. Ohne weitere Berücksichtigung bleiben auch internationale („*church sanctuary*“¹³) und interreligiöse („Synagogenasyl“¹⁴) Vergleiche. Der Beitrag greift allerdings an verschiedenen Stellen Bezüge zu theologischen und politischen Fragestellungen auf (Kirchenasyl im religiösen Selbstverständnis, Grenzen des Schutzbereichs der Religionsfreiheit in Abgrenzung zu politischen Grundrechten). Kirchenasyl soll hier auch nicht auf seine partikularrechtlichen Probleme hin untersucht werden – etwa im Strafrecht wegen des Vorwurfs der Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 27 Abs. 1 StGB¹⁵ oder im Verwaltungsrecht

¹⁰ Dazu *Just* (Fn. 6), S. 72 ff.; *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 10 f.; *Bohm* (Fn. 5), S. 132.

¹¹ *Traulsen* unterstellt, Kirchenasyl setze sogar voraus, dass die staatliche Ordnung sich den Geboten der Religion „unterwerfe“, siehe *Traulsen*, Kirchenasyl – Staatlich, in: Hallermann et. al., Lexikon für Kirchen- und Religionsrecht II (F-K), 2019, S. 806 (806).

¹² *Bederke/v. Riegen*, Rechtliche Gratwanderung: „Bürger-Asyl“ als Protest gegen Abschiebung, ZAR 2019, 207 (207); *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 407; *Hillgruber*, Kirchenasyl – die Perspektive des staatlichen Rechts, in: Becker/Kronenberg/Pompe, Fluchtpunkt Integration. Panorama eines Problemfeldes, 2018, S. 283 (294 ff.).

¹³ Siehe etwa *Rehaag*, Bordering on Legality. Canadian Church Sanctuary and the Rule of Law, Can. J. Refugees 2009 (26/1), 43 ff.; *Stukenborg*, Kirchenasyl in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1998, S. 23 ff.

¹⁴ *Landesverband der jüdischen Gemeinden von Schleswig-Holstein*, Drohende Abschiebung nach Afghanistan – Rettung ins Synagogen-Asyl, abrufbar unter: www.lvjgsh.de/gemeinden/pinneberg/synagogenasyl (zuletzt abgerufen am 10.6.2023), m. w. N.

¹⁵ *Maafsen*, Der Schutz politisch Verfolgter durch den demokratischen Rechtsstaat und die Gewährung von „Kirchenasyl“, in: Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, Asylpraxis III, 3. Aufl. 2001, S. 13 (49 ff.); *ders.*, Kirchenasyl und Rechtsstaat, KuR 1997, 37 (44); mit Schuldspruch (Verwarnung mit Strafvorbehalt) siehe *AG Würzburg*, Urt. v. 2.6.2021 – 7 Cs 892 Js 4950/20 (unveröffentlicht); mit Freispruch, unter Heranziehung der Glaubens- und Bekenntnisfreiheit als Entschuldigungsgrund, siehe *AG Kitzingen*, BeckRS 2021, 8708; bestätigt (mit abweichender Begründung) durch *BayObLG*, BeckRS 2022, 3262. Zur aktuellen strafrechtlichen Rechtsprechung siehe auch *Muckel*, Glaubens- und Gewissensfreiheit im Kirchenasyl, JA 2021, 784 (784) und *Enkert*, Gewährung von Kirchenasyl – (K)Eine Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt, ZAR 2021, 373 ff.; *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 403 ff.

wegen Aussetzens der Überstellungsfrist nach § 80 Abs. 4 VwGO wegen sog. „Untertauchens“ im Kirchenasyl nach Art. 29 Abs. 2 S. 2 Alt. 2 Dublin-III-VO.¹⁶

Der Beitrag geht allein der verfassungsrechtlichen Frage nach, ob die Gewährung von Kirchenasyl durch eine Kirchengemeinde oder ein Ordensinstitut unter dem Rechtsregime des Grundgesetzes eine im Einzelfall erforderliche, im Übrigen verfassungskonforme, insbesondere verhältnismäßige Ausübung von Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG ist.¹⁷ Weitere mögliche verfassungsrechtliche Positionen der Kirchen wie Art. 13 GG, Art. 17 GG¹⁸ oder Art. 20 Abs. 4 GG¹⁹ werden nicht behandelt.

Zum Gang der Erörterung wird zunächst der Untersuchungsgegenstand in seinen geschichtlichen Grundlagen (**C.**) umrissen und in seiner heutigen Erscheinungsform (**D.**) dargestellt. Anschließend ist zu klären, ob das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften in Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV (**E. I.**) einen „freien Rechtsraum“²⁰ für die Gewährung von Kirchenasyl eröffnet.²¹ Es müsste sich dafür um Ordnen und Verwalten innerer Angelegenheiten (**E. I. 1.**) innerhalb der Schranke des für alle geltenden Gesetzes (**E. I. 2.**) handeln. Ferner ist zu prüfen, ob die Gewährung von Kirchenasyl in den Schutzbereich der korporativen Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG fällt (**E. II. 1.**), unter welchen Bedingungen ein Eingriff vorliegt (**E. II. 2.**), welchen Schranken ein solcher Eingriff unterliegt – hinsichtlich einer Schrankenleihe (**E. II. 3. a**) aa)), des Art. 140 GG/Art. 136 Abs. 1 WRV (**E. II. 3. a**) bb)) und des einfachen Asyl- und Ausländerrechts (**E. II. 3. a**) cc)) – und ob die Gewährung von Kirchenasyl streitenden Gütern von Verfassungsrang standhält – dem Asylgrundrecht des Art. 16a Abs. 1 GG (**E. II. 3. b**) aa)), dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (**E. II. 3. b**) bb)) und dem Rechtsstaatsprinzip (**E. II. 3. b**) cc)).

¹⁶ *BVerfGE*, Urt. v. 21.6.2021 – 22 K 8760/18.A (juris); *Bohm* (Fn. 5), S. 103-106, 112 ff.

¹⁷ Zu diesem Ansatz siehe auch *Botta*, Das Kirchenasyl als rechtlfreier Raum? Zum Rechtsschutzbedürfnis von Kirchenasylflüchtlingen, *ZAR* 2017, 434 (434); *Larsen*, Kirchenasyl und Verfassungsstaat, *ZAR* 2017, 121 (122); *Grote/Kraus*, Der praktische Fall – Kirchenasyl, *JuS* 1997, 345 (345 ff).

¹⁸ Dazu *Bohm* (Fn. 5), S. 143-145.

¹⁹ Dazu *Grefen*, Kirchenasyl im Rechtsstaat: Christliche Beistandspflicht und staatliche Flüchtlingspolitik, 2001, S. 271 ff.

²⁰ *BVerfGE* 32, 98 (106); in Abgrenzung zum unterstellten „rechtsfreien Raum“ bei *Maaßen/2001* (Fn. 15), S. 23; in diesem Duktus auch *Stiebig*, Ein „altes“ Thema neu belebt – Kirchenasyl, *ZAR* 2004, 101 (103 f.) und *v. Münch* (Fn. 3), S. 566.

²¹ Vgl. *Rothkegel* (Fn. 39), S. 122.

C. Geschichtliche Grundlagen

In der alttestamentarischen²² und europäischen Antike gab es der profanen Welt entzogene,²³ heilige Kultstätten und Tempel.²⁴ Wer sich hierher begab und um Schutz flehte,²⁵ war dem weltlichen Recht entzogen.²⁶ Dieses Prinzip ging in der Spätantike, mit der Erhebung des Christentums zur Staatsreligion²⁷ unter Kaiser *Theodosius I.*,²⁸ auf Kirchen und andere heilige Orte über (*reverentia loci*).²⁹ Davon (zeitweilig³⁰) umfasst waren örtlich nicht nur Kirchengebäude, sondern „auch Friedhöfe, selbst Klöster, Spitäler, Wohnungen von Bischöfen und Pfarrern“³¹. Persönlich wurden nicht nur Christen, sondern auch Ungläubige und Häretiker geschützt.³² Wer das Kirchenasyl verletzte und den Schutzsuchenden gewaltsam herausholte, zog den Kirchenbann, *Anathema*,³³ bzw. die Exkommunikation auf sich,³⁴ was – ab dem Mittelalter auch formell als Reichsacht – den vollständigen Ausstoß aus der weltlichen Gesellschaft bedeutete.³⁵ Erst am Ende des 15. Jahrhunderts machte der Ausbau staatlicher Strukturen die Durchsetzbarkeit obrigkeitlicher Normen von Amts wegen (*ex officio*) möglich.³⁶ Auf dem Reichstag zu Worms im Jahr 1495 wurde mit dem Ewigen Landfrieden das Fehdewesen eingedämmt³⁷ und das Reichskammergericht als oberstes Gericht eingesetzt.³⁸

²² Ex 21, 12-14; Dtn 4, 41-43; 10, 18-19; 19, 1-13; Jos 20, 1-9; vgl. *Kimminich*, in: Fahlbusch et. al., Evangelisches Kirchenlexikon I (A-F), 3. Aufl. 1986, S. 300; *Traulsen*, Kirchenasyl in Geschichte und Gegenwart, KuR 2017, 128 (128).

²³ Vgl. *Kimminich* (Fn. 22), S. 300.

²⁴ Vgl. *Traulsen* (Fn. 22), S. 128; *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 9 f.

²⁵ *Deichgräber*, in: Galling, Die Religion in Geschichte und Gegenwart. Handwörterbuch für Theologie und Religionswissenschaft I (A-C), 1957, S. 666 f.

²⁶ *Traulsen* (Fn. 22), S. 128 f.

²⁷ *Robbers* (Fn. 7), S. 33; vgl. *Traulsen* (Fn. 22), S. 130 f.

²⁸ Siehe auch *Kimminich* (Fn. 22), S. 300.

²⁹ *Pulte*, Flucht – Migration – Kirchenasyl: (K)ein Ausweg mit den Kirchen, in: v. d. Decken/Günzel, Staat – Religion – Recht. FS Robbers, 2020, S. 677 (681 f.).

³⁰ Vgl. *Ebd.*, S. 683.

³¹ *Buchberger*, Kirchliches Handlexikon. Ein Nachschlagebuch über das Gesamtgebiet der Theologie und Hilfswissenschaften I, 1907, S. 381 f.; siehe auch *Robbers* (Fn. 7), S. 34 f.

³² *Robbers* (Fn. 7), S. 34.

³³ *Apostolicae sedis moderationi* II, 5; vgl. *Buchberger* (Fn. 31), S. 382; *Barion*, in: Galling (Fn. 25), Band 2 (D-G), S. 828 f.

³⁴ *Schmidt-Rost*, Flüchtlingskrise und Kirchenasyl – die christlich-theologische Perspektive, in: Becker/Kronenberg/Pompe, Fluchtpunkt Integration. Panorama eines Problemfeldes, 2018, S. 269 (270).

³⁵ *Traulsen* (Fn. 22), S. 131; *Pulte* (Fn. 29), S. 681.

³⁶ Vgl. *Willoweit/Schlinker*, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 8. Aufl. 2019, S. 113 ff.

³⁷ Vgl. *Traulsen* (Fn. 22), S. 132.

³⁸ *Willoweit/Schlinker* (Fn. 36), S. 117 f.

Die staatliche Anerkennung kirchlichen Asyls zur Begrenzung privater Rache und unverhältnismäßiger Strafe trat vor diesem Hintergrund zunehmend zurück.³⁹ Dieser Anspruch des Gewaltmonopols des Staates auf Durchgriff auch in die kirchlichen Räume⁴⁰ findet sich erstmals umfassend⁴¹ in § 175 II 11 des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794;⁴² die Kirchen „sollen zu keinen Freystätten für Verbrecher dienen; sondern die Weltliche Obrigkeit ist berechtigt, diejenigen, welche sich dahin geflüchtet haben, heraus holen, und ins Gefängniß bringen zu lassen“.⁴³

In neuerer Zeit fand der spätere Bundeskanzler und Zentrums-Politiker *Konrad Adenauer* im Jahr 1933, nach seiner Amtsenthebung als Oberbürgermeister von Köln und Mordaufrufen durch die Nationalsozialisten, für ein Jahr Zuflucht im Kirchenasyl in der Benediktinerabtei Maria Laach in der Eifel.⁴⁴ Im Jahr 1990 erhielt der ehemalige Staats- und Parteichef der DDR, *Erich Honecker*, für mehrere Monate Aufnahme in den evangelischen Hoffnungstaler Anstalten Lobetal.⁴⁵

Diese historischen Beispiele aus dem 20. Jahrhundert sind aber nur sehr bedingt auf das Kirchenasyl in seiner heutigen Erscheinungsform übertragbar. Bei *Adenauer* lag der Zweck des Kirchenasyls im Schutz vor gewaltsamen Übergriffen des nationalsozialistischen Staates; bei *Honecker* ging es um den Schutz vor einer aufgebracht Bevölkerung und möglicher Lynchjustiz. In diesen Fällen wurden Inländer vor zugleich inländischen Gefahren geschützt.⁴⁶ Beim Kirchenasyl stehen heute indes Ausländer im Mittelpunkt, denen die Ausweisung in das Herkunfts- oder ein Drittland droht.⁴⁷

³⁹ Vgl. *Robbers* (Fn. 7), S. 32, 34 f.; siehe auch *Rothkegel*, Kirchenasyl – Wesen und rechtlicher Standort, ZAR 1997, 121 (122) und *Pulte* (Fn. 29), S. 685.

⁴⁰ Vgl. *Grefen* (Fn. 18), S. 49.

⁴¹ Zu Vorläufern und weiteren Beispielen siehe *Kimminich* (Fn. 22), S. 301.

⁴² *Wittreck*, in: Dreier I, 3. Aufl. 2013, Art. 16a GG Rn. 10; *Herler*, Kirchliches Asylrecht und Kirchenasyl im demokratischen Rechtsstaat, 2004, S. 216. Es folgen mit äquivalenten Regelungen 1804 Württemberg, 1818 Bayern, 1823 Sachsen-Weimar und 1827 das Königreich Sachsen, siehe *ebd.*; vgl. *Müller*, Die Anordnung von Abschiebungshaft bei Kirchenasyl, ZAR 1996, 170 (170); *Robbers* (Fn. 7), S. 37; *Traulsen* (Fn. 22), S. 132; *Grefen* (Fn. 18), S. 49.

⁴³ Zitiert nach *Hattenbauer*, Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, 3. Aufl. 1996, S. 554.

⁴⁴ *Robbers* (Fn. 7), S. 32 m. w. N.

⁴⁵ *Kunze*, Staatschef a. D., Die letzten Jahre des Erich Honecker. Kirchenasyl für einen Kommunisten, 2001, S. 90 ff.

⁴⁶ Vgl. *Grefen* (Fn. 18), S. 53.

⁴⁷ *Ebd.*, S. 54-56; *Muckel/Gölzner* (Fn. 4), S. 401.

D. Untersuchungsgegenstand

Kirchenasyl ist die „Aufnahme von Schutzsuchenden“⁴⁸ als „ein letzter Versuch“⁴⁹ (*ultima ratio*), durch ein Dazwischentreten der Kirchen (*intercessio*),⁵⁰ zwischen den Schutzsuchenden und staatliche Stellen, einen „zeitlich befristeten Schutz vor unmittelbar drohender Abschiebung“,⁵¹ Zurückschiebung (§§ 57, 58 AufenthG) oder Überstellung,⁵² zur Abwehr von „Gefahren für Leib und Leben“⁵³ im Herkunfts- oder Drittland, zu erreichen. Durch ein Vorbringen der Umstände des Einzelfalls⁵⁴ soll „eine erneute Überprüfung des Schutzbegehrens (Asyl- oder Zuständigkeitsverfahrens) durch staatliche Stellen“ ermöglicht werden.⁵⁵ Zur begrifflichen Klarstellung wird im Weiteren vom *Schutzsuchenden* gesprochen, soweit es sich um den Hilfesuchenden aus kirchlicher Perspektive handelt und vom *Asylsuchenden* dann, wenn der Antragsteller um staatliches Asyl gemeint ist.

Als Träger des Kirchenasyls sind kirchliche Gemeinden der Regelfall. In der Katholischen Kirche treten Institute geweihten Lebens (Orden, siehe c. 573 ff. CIC/1983) hinzu.⁵⁶ Über die Trägerschaft besteht indes kirchenrechtlich keine Normsetzung; es handelt sich um traditionelle Regelfälle.

In der Bundesrepublik Deutschland kam es zu Kirchenasyl in dieser heutigen Form erstmals im Jahr 1983 in West-Berlin in der evangelischen Heilig-Kreuz-Gemeinde⁵⁷ nach dem Selbstmord des türkischen Regimekritikers *Cemal Kemal Altun* im Gebäude des Verwaltungsgerichts Berlin.⁵⁸ In der zweiten Hälfte der 1990er Jahre bildete der Flüchtlingsstrom aus den türkischen Kurdengebieten eine erste Hochphase der Kirchenasylfälle und damit einhergehender Rechtsprechung.⁵⁹

⁴⁸ *Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz*, Kirchenasyl, 2017, S. 8.

⁴⁹ *Just*, Kirchenasyl – eine Anfrage an den Rechtsstaat, ZAR 1999, 74 (76).

⁵⁰ *Ebd.*; siehe auch *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 10 und *Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz* (Fn. 48), S. 7.

⁵¹ *Evangelische Kirche Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz* (Fn. 48), S. 7.

⁵² *Hillgruber* (Fn. 12), S. 283.

⁵³ *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 10; siehe auch *Schmidt-Rost* (Fn. 34), S. 270 f.

⁵⁴ Zum „verdeckten“ Kirchenasyl in Unterscheidung zum „stillen“ und „öffentlichen“ Kirchenasyl siehe unter vielen *Pulte* (Fn. 29), S. 692 f.

⁵⁵ *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 10; *Just* (Fn. 49), S. 76; *Kimminich* (Fn. 22), S. 300 f.

⁵⁶ *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 9.

⁵⁷ *Quandt* (Fn. 4), S. 11; *Grefen* (Fn. 18), S. 50; *Schmidt-Rost* (Fn. 34), S. 274; *Bobm* (Fn. 5), S. 5.

⁵⁸ *Bezirksamt Charlottenburg-Wilmersdorf*, Gedenkstein für *Cemal Kemal Altun*, abrufbar unter: www.berlin.de/ba-charlottenburg-wilmersdorf/uber-den-bezirk/geschichte/gedenktafeln/artikel.125468.php (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

⁵⁹ Siehe etwa *BayObLG*, Beschl. v. 19.3.1997 – 3Z BR 73/97, Rn. 4 f. (juris); *Hanseatisches OLG Bremen*, Urt. v. 18.3.1998 – 2 BA 30/96, Rn. 1491 (juris); *Hanseatisches OLG Hamburg*, Urt. v. 1.9.1999 – 5 Bf 2/92, Rn. 206 (juris).

Der stark umstrittene „Asylkompromiss“⁶⁰ im Jahr 1993, mit deutlich gestiegenen Ablehnungsquoten, trotz Verfolgung und Folter insbesondere in der Türkei, war hierfür eine wesentliche Ursache.⁶¹ Zwischen den Jahren 2000 und 2013 gingen die Fallzahlen auf nicht mehr als wenige Dutzend Kirchenasyle im Jahr bundesweit zurück⁶² und stiegen ab 2014 durch die Kriege im Nahen und Mittleren Osten wieder deutlich an.⁶³ Mit Stand vom 14.4.2023 gibt es nach der Ökumenischen Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche e.V. bundesweit 511 Fälle von Kirchenasyl mit insgesamt 786 Personen.⁶⁴

E. Ein rechtsfreier Raum? Kirchenasyl im deutschen Verfassungsrecht

I. Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV

Beim Kirchenasyl könnte es sich um eine innere Angelegenheit der Kirchen handeln, die in Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ihre verfassungsrechtliche Grundlage findet.

1. Die Kirchen ordnen und verwalten ihre Angelegenheiten selbst

Ordnen ist die rechtsetzende Gestaltung und *Verwalten* die rechtsgeschäftliche Verwirklichung innerer Angelegenheiten.⁶⁵ Die Entscheidung zur Aufnahme eines Schutzsuchenden in das Kirchenasyl ist nicht bloß faktische (neutrale) Handlung, sondern rechtswirksame innere Strukturierung als Ordnen; die Durchführung durch Bereitstellung von Unterkunft, Verpflegung u. a. ist auch Verwalten.⁶⁶

⁶⁰ Zur Reform des Asylrechts im Einzelnen siehe *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz, 95. EL 2021, Art. 16a GG Rn. 34-36.

⁶¹ *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 12.

⁶² *Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche e.V.*, Aktuelle Zahlen: Kirchenasyle bundesweit, abrufbar unter: www.kirchenasyl.de/aktuelles (zuletzt abgerufen am 10.6.2023), Fallzahlen seit 2004.

⁶³ *Ebd.*

⁶⁴ *Ebd.*

⁶⁵ Vgl. *Ehlers*, in: Sachs, 9. Aufl. 2021, Art. 140 GG/Art. 137 WRV Rn. 6; *Hesse*, in: Listl/Pirson, Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStKR), 2. Aufl. 1994, § 17, S. 535, 539; *Anschiütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 1933, Nachdruck der 14. Aufl. 1987, S. 635.

⁶⁶ *Grefen* (Fn. 18), S. 213 und *Botta* (Fn. 17), S. 436 f.

a) Zur Deutungshoheit über den Selbstbestimmungsbegriff

Kirchenasyl müsste zum inneren Selbstverständnis der Kirchen gehören. Fraglich ist zunächst, wer überhaupt festlegen darf, was i. S. d. Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zum Selbstverständnis einer Religionsgemeinschaft gehört.⁶⁷

In Betracht kommen der Gesetzgeber gemäß Art. 137 Abs. 8 WRV, staatliche Gerichte durch Auslegung, und ein Definitionsprimat der Religionsgemeinschaften selbst. Das Recht der Inhaltsbestimmung des Selbstverständnisses nach Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV hat sich indes rechtsgeschichtlich mehrfach verschoben. Das Preußische OVG vertrat noch 1929 die Auffassung, was „ihre“ Angelegenheit sei, obliege nicht der Religionsgesellschaft, sondern allein dem Staat durch eine nähere Bestimmung des Landesgesetzgebers gemäß Art. 137 Abs. 8 WRV.⁶⁸ Diese Auslegung war schon in Weimar umstritten. Mit der Deutung von „ihre“, als „eigene“ Angelegenheit⁶⁹ ging *Anschütz* davon aus, der Inhalt der Selbstbestimmung sei in der Norm selbst festgelegt, insofern nicht erst durch Art. 137 Abs. 8 WRV zu bestimmen,⁷⁰ sondern durch richterliche Auslegung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zu ermitteln.⁷¹ Das Selbstbestimmungsrecht in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ist allerdings eine Konkretisierung der Abschaffung der Staatskirche nach Art. 137 Abs. 1 WRV.⁷² Damit stand die *anschützische* Auffassung schon im Kontext der Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919 im Widerspruch zur Loslösung der Evangelischen Landeskirchen aus dem Staatskörper als eine Folge des Endes der Monarchie in Deutschland.⁷³ Haben geistliche und weltliche Sphäre eine grundsätzliche Trennung erfahren, dann kann nicht mehr der Staat darüber befinden, was zum religiösen Auftrag gehört.⁷⁴ Was in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nicht geregelt ist, und wegen Art. 137 Abs. 1 WRV nicht geregelt werden darf, kann weder durch richterliche Auslegung ermittelt noch durch ein Gesetz verkündet werden.⁷⁵ Art. 137 Abs. 8 WRV war schon in Weimar wegen Art. 137 Abs. 1 WRV verfassungswidriges Verfassungsrecht⁷⁶ und ist es wegen Art. 140 GG noch heute. Eine weitere Ansicht findet sich bei *Ebers*. „Ihre“ Angelegenheit könne nur sein, was „Natur der Sache“, d. h. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV prädiktiv vorausgesetzt,

⁶⁷ Vgl. *Grefen* (Fn. 18), S. 214-224.

⁶⁸ PreußBOVG 82, 196 (204 f.); *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 538.

⁶⁹ Vgl. *Anschütz*, (Fn. 65), S. 635.

⁷⁰ *Ebd.*; siehe auch *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 538; *Korloth*, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa (HGR) IV, 2011, § 97 Rn. 27.

⁷¹ *Anschütz* (Fn. 65), S. 635; *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 538.

⁷² *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 538.

⁷³ *Ebd.*, S. 540.

⁷⁴ *Ebd.*

⁷⁵ *Ebd.*, S. 541.

⁷⁶ Als „mit Art. 137 Abs. 3 WRV unvereinbar“ *ebd.*, S. 542.

Angelegenheit der Kirchen ist.⁷⁷ Demnach sind „ihre“ Angelegenheiten aus der Zweckbeziehung von Staat und Kirche objektiv zu ermitteln.⁷⁸

Dieses Verständnis hat auch das *BVerfG* in seiner früheren Rechtsprechung aufgegriffen.⁷⁹ Allerdings bedarf eine „Natur der Sache“ im Streitfall der näheren Bestimmung.⁸⁰ Insoweit dem Staat ebendiese Bestimmung durch gesetzgeberische Festlegung oder durch richterliche Auslegung abgeschnitten ist, verbleibt als Maßstab „für die Qualifizierung einer Angelegenheit als „ihre“ i. S. d. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV“⁸¹ einzig das Verständnis der Religionsgemeinschaften selbst.⁸² Die vom *BVerfG* aus Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG hergeleitete religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates ist mit einer staatlichen Inhaltsbestimmung kirchlichen Selbstverständnisses unvereinbar.⁸³ Der freiheitliche Verfassungsstaat weiß nichts über den Inhalt des Glaubens, aber er achtet die Religion als eine „fundamentale Erscheinungsform des Menschseins“⁸⁴ – und daher als ein Grundrecht. Daher gelingt es auch nur diesem Ergebnis widerspruchsfrei vor dem im Grundgesetz neu geschaffenen Verhältnis des Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zu Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG zu bestehen.⁸⁵

Die Inhaltsbestimmung „ihrer“ Angelegenheiten in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV obliegt i. E. allein den Religionsgemeinschaften selbst, ist durch deren religiösen Auftrag umschrieben und nur „ihrer“ Deutung unterworfen.⁸⁶ Berufen sich die Kirchen auf das Kirchenasyl, obliegt zwar, wegen § 24 Abs. 1 VwVfG, § 86 Abs. 1 VwGO,⁸⁷ im Streitfall die Feststellung staatlichen Organen,⁸⁸ „die allerdings darauf beschränkt sind, das tatsächliche Vorhandensein des Selbstverständnisses

⁷⁷ Ebers, Staat und Kirche im neuen Deutschland, 1930, S. 258 f.; bei *Anschtütz* ohne weitere Begründung als zu weitgehend abgelehnt (Fn. 65), S. 636.

⁷⁸ Ebers (Fn. 77), S. 259.

⁷⁹ BVerfGE 18, 385 (387); Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 539.

⁸⁰ Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 541.

⁸¹ Ebd., S. 542.

⁸² BVerfGE 70, 138 (165); Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 541 f.

⁸³ BVerfGE 12, 1 (4); 33, 23 (30); Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 542.

⁸⁴ Leisner-Egensperger, Was ist Wahrheit? – Eine Verfassungsfrage, KuR 2018, 219 (222).

⁸⁵ Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 542.

⁸⁶ Ebd., S. 539; *Koriotb* (Fn. 70), § 97 Rn. 27; als weite Auslegung unter „Berücksichtigung“ des Selbstverständnisses siehe *Unruh*, Religionsverfassungsrecht, 3. Aufl. 2015, S. 106 f.; als eine dem Staat verwehrt „nähere“ Bestimmung wohl auch *Kaltenborn*, Kirchenasyl. Verfassungsrechtliche Aspekte der Renaissance eines Rechtsinstituts, DVBl 1993, 25 (27); siehe auch *Botta* (Fn. 17), S. 436 f.; *Rothkegel* (Fn. 39), S. 125.

⁸⁷ *Muckel*, in: Friauf/Höfling, 65. EL 2021, Art. 4 GG Rn. 59.

⁸⁸ Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 543.

festzustellen; eine inhaltliche Prüfung ist ihnen versagt⁸⁹ (Plausibilitätskontrolle).⁹⁰ Gerade weil unter dem Rechtsregime des Grundgesetzes Staat und Kirche eine grundsätzliche Trennung erfahren haben, kann und darf der staatliche Richter nicht mehr darüber befinden, was zum christlichen Glauben gehört.⁹¹

b) Kirchenasyl im christlichen Glaubensverständnis

Ob Kirchenasyl nun tatsächlich zum Selbstverständnis der Katholischen Kirche und der deutschen Evangelischen Landeskirchen gehört, ist strittig. Dabei geht es aber nicht, wie u. a. von *Maaßen* intendiert,⁹² um die Frage, ob die Kirchen ihr eigenes Recht über oder außerhalb staatlichen Rechts stellen.⁹³ Obliegt es, wie hier vertreten,⁹⁴ allein den Religionsgemeinschaften selbst, zu bestimmen, was zu „ihren“ Angelegenheiten gehört, dann ist die Frage, ob Kirchenasyl ein Teil des christlichen Glaubensverständnisses ist – innerhalb der juristischen Prüfung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV – theologisch und kirchenrechtlich zu beantworten.

aa) Kanonisches Recht

(1) Codex Iuris Canonici

Es wird überwiegend vertreten, die Katholische Kirche habe mit der Neufassung ihres materiellen Verfassungsrechts im Codex Iuris Canonici (CIC) von 1983, durch ersatzlose Streichung des c. 1179 CIC von 1917, ihren Anspruch auf die Gewährung von Kirchenasyl aufgegeben.⁹⁵ Dem ist zu widersprechen.⁹⁶ Gemäß c. 6 § 2 CIC/1983 sind Canones, soweit sie altes Recht wiedergeben, auch unter Berücksichtigung der kanonischen Tradition, auch des CIC/1917 (siehe c. 6 § 1 Nummer 1 CIC/1983),⁹⁷ zu würdigen. Ein solcher Canon ist c. 1213 CIC/1983:⁹⁸ „An heiligen Orten übt die kirchliche Autorität ihre Vollmachten frei aus.“ Damit

⁸⁹ *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 543.

⁹⁰ *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 406.

⁹¹ Vgl. *Pulte* (Fn. 29), S. 690.

⁹² *Maaßen/2001* (Fn. 15), S. 23.

⁹³ Vgl. *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 402.

⁹⁴ Siehe dazu oben **E. I. 1. a).**

⁹⁵ *Müchel*, in: BK-GG, 210. EL 2021, Art. 4 GG Rn. 152; *Müller*, Rechtsprobleme beim „Kirchenasyl“, 1999, S. 214 f. und *ders.* (Fn. 42), S. 170; *Rothkegel* (Fn. 39), S. 124; *Classen*, Religionsrecht, 3. Aufl. 2021, Rn. 410.

⁹⁶ Vgl. *Göbel*, Das Verhältnis von Kirche und Staat nach dem Codex Iuris Canonici des Jahres 1983, 1993, S. 123 ff.; *Hierold*, in: v. Campenhausen et. al., Lexikon für Kirchen- und Staatskirchenrecht I (A-F), 2000, S. 176; *Traulsen* (Fn. 22), S. 132.

⁹⁷ *Aymans/Mörsdorf*, Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici I, 1991, S. 116, 120-123.

⁹⁸ Vgl. *Riedel-Spangenberg*, Grundbegriffe des Kirchenrechts, 1992, S. 41; *Görisch*, Kirchenasyl und staatliches Recht, 2000, S. 159 f.

wird altes Recht aus c. 1160 CIC/1917 wiedergegeben:⁹⁹ „Heilige Orte sind der weltlichen Autorität entzogen.“ C. 1160 CIC/1917 stand in engem Zusammenhang mit dem Asylrecht des c. 1179 CIC/1917:¹⁰⁰ „Die Kirche erfreut sich des Asylrechts in der Weise, dass wer zu ihr seine Zuflucht nimmt, nicht herauszuführen sei (...)“ Die Heiligkeit des Ortes in c. 1160 CIC/1917 war Voraussetzung der Kirche als Zufluchtsort in c. 1179 CIC/1917; insofern war c. 1179 CIC/1917 Rechtsfolge am Heiligen Ort in c. 1160 CIC/1917. Dafür spricht auch die systematische Nähe beider Canones. Die kanonische Tradition des c. 1160 CIC/1917 kann teleologisch nicht ohne seine Konkretisierung in c. 1179 CIC/1917 ausgelegt werden. *Platen* möchte den Zweck des c. 1179 CIC/1917 dementsgegen weniger im Beistand für Schutzsuchende erkennen als mehr im Schutz des sakralen Charakters des Ortes und der kirchlichen Hoheit.¹⁰¹ Dieser Einwand mag aufgrund der katholischen „Unterscheidung von Profanität und Sakralität“ historisch bis in die Neuzeit zur „Aufrechterhaltung der kultischen Reinheit des Heiligen Ortes“¹⁰² gut begründet sein, kann aber wegen der im modernen kanonischen Recht eigenständigen Schutznormen in c. 1179 CIC/1917 und c. 1160 CIC/1917 nicht mehr überzeugen. C. 1179 CIC/1917 richtet sich heute jedenfalls auch an die schutzwürdige Person. Konnten folglich im Codex von 1917 das Kirchenasyl und der Heilige Ort nur zusammen interpretiert werden und wurde die Regelung über die freie kirchliche Autorität an Heiligen Orten mit c. 1213 CIC/1983 übernommen, dann muss wegen c. 6 § 2 CIC/1983 das kirchliche Asylrecht aus c. 1179 CIC/1917 bei der Interpretation des c. 1213 CIC/1983 gewürdigt werden.¹⁰³ C. 1213 CIC/1983 beschreibt i. V. m. c. 6 § 2 CIC/1983 die Auffüllung einer durch die Streichung des c. 1179 CIC/1917 entstandenen Regelungslücke im kanonischen Recht durch die kanonische Tradition i. S. d. c. 19 CIC/1983.¹⁰⁴

Aus alledem folgt noch kein fortbestehendes Verständnis des Kirchenasyls als vom Staat exemtes Recht; dann hätte es der Streichung des c. 1179 CIC/1917 nicht bedurft. Aber zum heiligen Ort Kirche in c. 1213 CIC/1983 gehört die Tradition als Zufluchtsort.¹⁰⁵ Mit der Streichung des c. 1179 CIC/1917 sanktioniert

⁹⁹ Vgl. *Robbers* (Fn. 7), S. 39; *Rothkegel* (Fn. 39), S. 125.

¹⁰⁰ *Göbel* (Fn. 96), S. 124.

¹⁰¹ *Platen*, Kirchenasyl – Katholisch, in: Hallermann et. al., Lexikon für Kirchen- und Religionsrecht II (F-K), 2019, S. 808 (808).

¹⁰² *Pulte* (Fn. 29), S. 685, 684.

¹⁰³ Obgleich ohne Betrachtung des c. 6 § 2 CIC/1983 so auch *Schwendenwein*, Das neue Kirchenrecht. Gesamtdarstellung, 2. Aufl. 1983, S. 420; *Grefen* macht seine ablehnende Haltung zumindest auch davon abhängig, dass c. 1213 CIC/1983 kein altes Recht wiedergebe, sondern die Materie im Wesentlichen neu regele (Fn. 18), S. 133.

¹⁰⁴ Vgl. *Hierold* (Fn. 96), S. 176.

¹⁰⁵ Vgl. *Baldus*, Kirchenasyl und Vertragskirchenrecht, NVwZ 1999, 716 (717).

die Kirche eine Verletzung dieser Tradition nicht mehr. Dem Wegfall der Sanktionierung folgt aber nicht unmittelbar der Wegfall der Tradition,¹⁰⁶ welche mit c. 1213 CIC/1983, c. 6 § 2 CIC/1983 i. V. m. c. 1179/1917 auch weiterhin zu würdigen ist.¹⁰⁷

(2) Katechismus der Katholischen Kirche

Der 1997 von *Johannes Paul* PP. II. promulierte Katechismus der Katholischen Kirche (KKK) beschreibt „im Licht des Zweiten Vatikanischen Konzils und der Gesamttradition der Kirche eine organische Synthese der wesentlichen und grundlegenden Inhalte der katholischen Glaubens- und Sittenlehre“.¹⁰⁸ Der KKK gibt damit wichtige Auskunft über das katholische Selbstverständnis des christlichen Glaubens. Ein konkreter Auftrag an die weltliche Herrschaft ist im Abschnitt zu den „Autoritäten in der Gesellschaft“ über das vierte Gebot formuliert: „Die wohlhabenderen Nationen sind verpflichtet, soweit es ihnen irgend möglich ist, Ausländer aufzunehmen, die auf der Suche nach Sicherheit (*securitatem*) und Lebensmöglichkeiten (*opes necessarias pro vita*) sind, die sie in ihrem Herkunftsland nicht finden können.“¹⁰⁹ Hier werden zwei Rechtsbereiche angesprochen: das Asylrecht (Sicherheit) und das Einwanderungsrecht (Lebensmöglichkeiten). *Johannes Paul* PP. II. schreibt: „Heute tritt der ungesetzliche Migrant als jener »Fremde« vor uns, in dem Jesus wiedererkannt werden will.¹¹⁰ Ihn aufzunehmen (...) ist Pflicht (...) und Treue zu unserer Identität als Christen.“ *Johannes Paul* PP. II. erteilt mit diesen Worten „allen auf dem Gebiet der Migration Tätigen den Apostolischen Segen als Unterpfand reichen Lohnes des Himmels“.¹¹¹

Dieser Anspruch ist allerdings nicht schrankenlos. „Die politischen Autoritäten dürfen im Hinblick auf das Gemeinwohl, für das sie verantwortlich sind, die Ausübung des (...) *iuris emigrationis*¹¹² (...) verschiedenen gesetzlichen Bedingungen unterstellen (...).“¹¹³ Es stellt sich sodann die Frage, ob dieser Vorbehalt, unter dem in Deutschland vornehmlich das Asyl- und Ausländerrecht zu verstehen ist,

¹⁰⁶ Platen (Fn. 101), S. 808.

¹⁰⁷ Kritisch siehe Göbel (Fn. 96), S. 125 f.; Robbers (Fn. 7), S. 40; Kaltenborn (Fn. 86), S. 26.

¹⁰⁸ Katechismus der Katholischen Kirche (KKK), München et. al. 2007, abrufbar unter: www.vatican.va/archive/DEU0035/_INDEX.HTM (zuletzt abgerufen am 10.6.2023), hier: KKK 11.

¹⁰⁹ KKK (Fn. 108), 2241; wegen des unklaren rechtlichen Stellenwerts des Katechismus skeptisch siehe Görisch (Fn. 98), S. 160; vgl. Traulsen (Fn. 22), S. 132.

¹¹⁰ Vgl. Mt 25,35.

¹¹¹ *Johannes Paul* II., Migranten ohne Aufenthaltsstatus. OVB Speyer 13/1995, S. 541.

¹¹² In der authentischen, lateinischen Urschrift wird *iuris emigrationis* als Oberbegriff für *securitatem* (Asylrecht) und *opes necessarias pro vita* (Einwanderungsrecht) verwendet.

¹¹³ KKK (Fn. 108), 2241.

selbst einer Schranken-Schranke unterliegt. Dazu heißt es: „Die politischen Autoritäten sind verpflichtet, die Grundrechte der menschlichen Person zu achten.“¹¹⁴ „Der Bürger hat die Gewissenspflicht, die Vorschriften der staatlichen Autoritäten nicht zu befolgen, wenn diese Anordnungen (...) den Grundrechten des Menschen oder den Weisungen des Evangeliums widersprechen.“¹¹⁵

Zu den Grundrechten des Menschen gehören aus kirchlicher Sicht unzweifelhaft der Schutz des Lebens als Schöpfung und dessen Würde.¹¹⁶ Kommen die kirchlich Verantwortlichen, nach gründlicher und redlicher Gewissensprüfung, zu der Überzeugung, durch die staatliche Abschiebung drohe dem Schutzsuchenden eine Gefahr für Leben oder Würde, sei es durch Folter, Willkür, Obdachlosigkeit, mangelnde Versorgung oder fehlende medizinische Betreuung, dann legitimiert der Katechismus der Katholischen Kirche die Gläubigen, mit ausdrücklichem Verweis auf *Apg* 5,29¹¹⁷, staatliche Asylverfahrensregeln nicht zu befolgen.

bb) Evangelisches Kirchenrecht

(1) Luthers Traktat über das kirchliche Asylrecht

Zu den frühesten Werken *Luthers*¹¹⁸ gehört eine Abhandlung von 1517 „Über diejenigen, die in die Kirchen fliehen, sehr nützlich für weltliche Richter, kirchliche Führer und Prälaten der Klöster“.¹¹⁹ Es erscheint daher zunächst naheliegend, zur Bestimmung des heutigen evangelischen Selbstverständnisses zum Kirchenasyl ein von *Luther* selbst vorgelegtes Traktat zum kirchlichen Asylrecht als Primärquelle heranzuziehen. Bei näherer Betrachtung des Textes ist der Nutzen für den hier vorliegenden Beitrag aber begrenzt.

In dem aus drei Teilen bestehenden Traktat recurriert *Luther* im ersten Teil auf die schon zu seinen Lebzeiten geschichtlichen, alttestamentarischen Ursprünge einer religiös begründeten Aufnahme „Zufluchtsuchender“.¹²⁰ Diese Grundlagen werden im zweiten Teil im Kirchenrecht des 16. Jahrhunderts kontextualisiert.¹²¹ Im Fokus des dritten Teils stehen die Vorschriften des kanonischen Strafrechts bei Verletzung des kirchlichen Asylrechts.¹²² Während die rechtsgeschichtlichen

¹¹⁴ KKK (Fn. 108), 2237.

¹¹⁵ KKK (Fn. 108), 2242.

¹¹⁶ Vgl. KKK (Fn. 108), 1700, 2259 ff.

¹¹⁷ KKK (Fn. 108), 2242; siehe zu *Apg* 5,29 auch oben **A**.

¹¹⁸ Zur umstrittenen Autorenschaft siehe *Emme*, Martin Luther. Traktat über das kirchliche Asylrecht. Aus dem Lateinischen ins Deutsche übersetzt, 1985, S. 8.

¹¹⁹ *Ebd.*, S. 27 ff.

¹²⁰ *Ebd.*

¹²¹ *Ebd.*, S. 29 ff.

¹²² *Ebd.*, S. 32 ff.; zum Wegfall der Sanktionierung siehe oben **E. I. 1. b) aa) (1)**.

Grundlagen nur eingangs¹²³ und die kirchlichen Strafvorschriften gänzlich außerhalb des vorliegenden Beitrages stehen, verspricht der zweite Teil zunächst von Interesse auch für die heutige evangelische Sicht auf das Kirchenasyl zu sein. Allerdings begründet *Luther* das kirchliche Asylrecht für seine Zeit noch mit einer Immunität des geweihten Ortes – und erklärt eine Verletzung dieser Immunität zu einem „Verbrechen gegen die Gottesmajestät“.¹²⁴ Diese Vorstellung einer Heiligkeit des Ortes ist dem reformatorischen Kirchenverständnis¹²⁵ in seiner Entwicklung seit *Luther* indes fremd geworden.¹²⁶ Kirchenasyl aus evangelischer Perspektive ist „auf die schutzwürdige Person“¹²⁷ ausgerichtet und kann heute nicht mehr aufgrund einer *reverentia loci* erklärt werden.¹²⁸

Daneben ist, als eine Folge der Reformation, das Fehlen der apostolischen Sukzession maßgeblich für die im Episkopalprinzip aufgegangene geistige und zugleich weltliche Herrschaft.¹²⁹ In den Landeshoheiten, in denen die evangelischen Kirchen zu einem Teil des Staates wurden, wurde der Konflikt um das Kirchenasyl letztlich zu einem innerstaatlichen Konflikt,¹³⁰ der vielseitig ausgetragen wurde.¹³¹ Erst seit der Loslösung der Evangelischen Landeskirchen aus den monarchistischen Staatskörpern im Jahr 1918 stellt sich beim Kirchenasyl wieder die eigenständige Frage nach dem Verhältnis evangelischer Glaubensregeln zum staatlichen Recht.

(2) Die evangelische Zwei-Reiche-Lehre

Eine zentrale Schrift *Luthers* über ebendieses Verhältnis von säkularer Herrschaft zum göttlichem Gebot ist sein 1523 erschienenes Werk „Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei“.¹³² Es geht *Luther* in dieser Schrift aber nicht – wie manch einer in heutiger Zeit beim Kirchenasyl befürchten mag – um eine weltliche Herrschaft der Kirche.¹³³ Das „weltliche Recht und Schwert“ ist selbst

¹²³ Siehe dazu oben C.

¹²⁴ *Emme* (Fn. 118), S. 29-31.

¹²⁵ *Grefen* (Fn. 18), S. 141-144.

¹²⁶ *Robbers* (Fn. 7), S. 36; *Morgenstern*, Kirchenasyl in der Bundesrepublik Deutschland. Historische Entwicklung, Aktuelle Situation, Internationaler Vergleich, 2003, S. 80.

¹²⁷ *Pulte* (Fn. 29), S. 685.

¹²⁸ Vgl. *Traulsen*, Kirchenasyl – Evangelisch, in: Hallermann et. al., Lexikon für Kirchen- und Religionsrecht II (F-K), 2019, S. 809 (809); vgl. dazu auch oben E. I. 1. b) aa) (1).

¹²⁹ *de Wall/Muckel*, Kirchenrecht, 5. Aufl. 2017, S. 35 f.

¹³⁰ *Morgenstern* (Fn. 126), S. 81.

¹³¹ Vgl. *Robbers* (Fn. 7), S. 36.

¹³² *Luther*, Von weltlicher Obrigkeit, wie weit man ihr Gehorsam schuldig sei (1523), in: WA 11 (229), 246 ff.; vgl. *Unruh*, Reformation – Staat – Religion. Zur Grundlegung und Aktualität der reformatorischen Unterscheidung von Geistlichem und Weltlichem, 2017, S. 24.

¹³³ Vgl. *Luther* (Fn. 132), WA 11, S. 251.

von göttlichem Willen und in der Heiligen Schrift bezeugt.¹³⁴ Der reformatorische Leitsatz *sola scriptura* darf nicht als möglicher Kontrapunkt weltlicher Herrschaft missverstanden werden.¹³⁵ Jeder ordne sich den Trägern der staatlichen Gewalt unter. Denn es gibt keine obrigkeitliche Gewalt außer von Gott.¹³⁶ Es sind beide, das geistliche und das weltliche Schwert, von Gott gegeben.¹³⁷

Luther unterteilt die Menschen auf Erden daher in jene, die zum Reich Gottes gehören und die anderen im Reich der Welt.¹³⁸ „Die zum Reich Gottes gehören, das sind alle Rechtgläubigen in Christus.“¹³⁹ Diese Rechtgläubigen bedürften eigentlich keines weltlichen Rechts: „Wenn alle Welt rechte Christen (...) wären, so wäre kein (...) Recht notwendig oder von Nutzen“,¹⁴⁰ denn „wo nichts als Recht ist, da ist kein Gericht, Richter, Strafe noch Schwert“.¹⁴¹ Da Menschen aber nicht von Natur aus Christen und fromm sind, „wehret ihnen Gott durch das Gesetz, dass sie ihre Bosheit nicht zu üben wagen“.¹⁴² „Deshalb hat Gott (...) zwei Regimenter verordnet: das geistliche, welches durch den heiligen Geist Christen und fromme Leute macht (...), und das weltliche, welches (...) den Bösen wehrt, dass sie (die Menschen) gegen ihren Willen (...) Friede halten (...).“¹⁴³

Die Gesetze des weltlichen Regiments können sich nun aber in dieser doppelten Beziehung „nicht weiter erstrecken als über Leib und Gut“.¹⁴⁴ Über die Seele kann niemand regieren als Gott selbst.¹⁴⁵ Christenmenschen sind Bürger beider Reiche: im Geiste frei und dem Reich Gottes zugehörig, aber mit ihrem Leib stets auch Sünder und als solche im Reich der Welt dem weltlichen Regiment mit seinen Gesetzen unterworfen.¹⁴⁶ Da die Seele aber ganz frei ist, soll sich der Einzelne mit seinem Leib bereitwillig zum Untertanen machen: in Christus durch den Glauben, im Nächsten durch die Liebe.¹⁴⁷

¹³⁴ *Luther* (Fn. 132), WA 11, S. 247; vgl. *Unrub* (Fn. 132), S. 30.

¹³⁵ Vgl. *Hillgruber*, Die lutherische Reformation und der Staat. Schönburger Gespräche zu Staat und Recht, 2017, S. 11, 13, 58.

¹³⁶ *Röm* 13,1.

¹³⁷ Vgl. *Unrub* (Fn. 132), S. 29 f.

¹³⁸ *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 249.

¹³⁹ *Ebd.*; siehe auch *Unrub* (Fn. 132), S. 28.

¹⁴⁰ *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 250.

¹⁴¹ *Ebd.*; vgl. *Unrub* (Fn. 132), S. 32.

¹⁴² *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 250; *Unrub* (Fn. 132), S. 32; *Hillgruber* (Fn. 135), S. 16.

¹⁴³ *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 251; vgl. *Robbers* (Fn. 7), S. 36.

¹⁴⁴ *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 262; vgl. *Unrub* (Fn. 132), S. 44.

¹⁴⁵ Vgl. *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 262.

¹⁴⁶ Vgl. *Hillgruber* (Fn. 135), S. 17 f.

¹⁴⁷ *Hillgruber* (Fn. 135), S. 49-52.

Aus der Perspektive der Obrigkeit, im modernen Sinne des Staates, hat das den äußeren Leib bindende weltliche Recht, so gut und billig es sein mag, doch stets den Makel, dass es nicht alle Not beseitigen kann.¹⁴⁸ Deshalb soll der Herrscher das Recht so fest in die Hand nehmen wie das Schwert „und mit eigener Vernunft ermessen, wann und wo das Recht der Strenge nach zu brauchen und wo es zu lindern sei, so dass die Vernunft allezeit über das Recht regiere“, damit niemand „meine, es sei genug (...), wenn man dem geschriebenen Recht oder den Juristen“ folge; zum guten Regieren „gehört mehr dazu“.¹⁴⁹ Ein guter Jurist erkennt die Grenzen des geschriebenen Rechts genauso wie jeder gute Christenmensch seine eigene Unzulänglichkeit anerkennt. Daher gilt, wo der Herrscher „Unrecht nicht ohne größeres Unrecht strafen kann, da lasse er sein Recht fahren“.¹⁵⁰

Für das Kirchenasyl kann es demnach heißen: wo die Durchsetzung von Asylregeln beim Asylsuchenden Schaden verursacht, der größer ist als der durch den unerlaubten Aufenthalt verursachte Schaden, dort soll das Interesse des Staates an einer Abschiebung zurückzutreten, sei sein Verfahrensrecht so billig wie es wolle. Man soll das „geschriebene Recht niedriger als die Vernunft achten“.¹⁵¹

cc) Zwischenergebnis

Mit Rekurs auf kirchenrechtliche und theologische Primärquellen¹⁵² lässt sich die These vom Kirchenasyl als ein Teil des Selbstverständnisses der Katholischen Kirche¹⁵³ und der deutschen Evangelischen Landeskirchen gut hören.¹⁵⁴

2. Innerhalb der Schranke des für alle geltenden Gesetzes

a) Vom „allgemeinen Staatsgesetz“ über Anschütz zur Heckelschen Formel

Auch soweit Kirchenasyl zum christlichen Selbstverständnis gehört, ordnen und verwalten die Religionsgemeinschaften ihre Angelegenheiten gemäß Art. 140 GG/ Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nur innerhalb der Schranke des für alle geltenden Gesetzes. Der Verweis, die Asyl- und Ausländergesetze seien „für alle geltende

¹⁴⁸ *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), S. 272.

¹⁴⁹ *Ebd.*; vgl. *Unrub* (Fn. 132), S. 34 f.

¹⁵⁰ *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 276.

¹⁵¹ *Ebd.*, S. 279 f.

¹⁵² Zur Arbeit nahe an den Primärquellen siehe etwa *Unrub*, Rezension zu: Hillgruber, Die lutherische Reformation und der Staat (Fn. 135), ZevKR 2018, 444 (447).

¹⁵³ Die Handreichung der Migrationskommission der Deutschen Bischöfe zum Kirchenasyl könnte insoweit mutiger ausfallen, vgl. *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 9-11.

¹⁵⁴ *Marx*, Aufenthalts-, Asyl- und Flüchtlingsrecht. 7. Aufl. 2020, § 5 Humanitäre Migration und Flüchtlingsrecht, Rn. 192. Als „zumindest offen“ siehe *Görtsch* (Fn. 98), S. 165.

Gesetze“, genügt für eine Kritik am Kirchenasyl indes nicht.¹⁵⁵ Es bedarf der näheren Bestimmung, was unter den für alle geltenden Gesetzen zu verstehen ist. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV wurde zunächst im Wortlautsinn interpretiert¹⁵⁶, wonach „alle“ substantivisch „Jedermann“ bedeute.¹⁵⁷ Dieser Ansatz wurde als einfacher Gesetzesvorbehalt ausgelegt, wonach jedes „allgemeine Staatsgesetz“ zulässige Schranke des Selbstbestimmungsrechts ist, solange es sich nicht um eine abstrakt-individuelle Regelung gerade zulasten der Kirchen handelt.¹⁵⁸ Zu dieser Interpretation haben sich bereits in Weimar Teile der Literatur kritisch verhalten.

Zum einen hält *Anschiütz* dem Verbot nur von speziell für Religionsgesellschaften bestimmten Gesetzen die „Korrelativität von Recht und Pflicht“¹⁵⁹ entgegen. Der „Machtstellung“ der Religionsgesellschaften als Körperschaften öffentlichen Rechts seien besondere Pflichten entgegenzustellen.¹⁶⁰ Demnach seien auch Spezialgesetze zulasten der Kirchen zulässig. Zum anderen ergibt sich nach *Heckel* die Bestimmung des für alle geltenden Gesetzes nicht aus einer bürgerlichen Gleichstellung mit „Jedermann“, sondern aus der Abgrenzung gleichgeordneter staatlicher Gewalt und kirchlicher Hoheit.¹⁶¹ Die Kirchen seien ihrem Wesen nach unabhängig und leiteten ihre Hoheit nicht vom Staat her.¹⁶² Die Grenze sei, nach dem Wortlaut „alle“, im Interesse der Allgemeinheit zu bestimmen. Das für alle geltende Gesetz sei das „für die Gesamtnation unentbehrliche Gesetz“.¹⁶³ Nicht „jede staatliche Vorschrift (...) mit dem Anspruch auf Allgemeinverbindlichkeit“¹⁶⁴, sondern nur das für ein friedliches Verhältnis von Staat und Kirche zwingend erforderliche Gesetz vermöge das Selbstbestimmungsrecht einzuengen.¹⁶⁵ Damit wird im Verhältnis zum „allgemeinen Staatsgesetz“ bei *Heckel* der Raum zur Selbstbestimmung für die Kirchen weiter, während bei *Anschiütz* die Grenze durch Spezialgesetze enger gezogen wird.

Der Einwand bei *Anschiütz* mag im Kontext der Weimarer Reichsverfassung konsequent erscheinen. Durch den einfachen Gesetzesvorbehalt der individuellen Religionsfreiheit in Art. 135 S. 3 WRV könnten stärkere Eingriffe auch auf

¹⁵⁵ So aber *Schwemer*, Staatlich anerkanntes Kirchenasyl, ZRP 2017, 125 (125).

¹⁵⁶ *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 544.

¹⁵⁷ *Anschiütz* (Fn. 65), S. 636.

¹⁵⁸ Vgl. *ebd.*

¹⁵⁹ *Ebd.*, S. 637.

¹⁶⁰ *Ebd.*, S. 636 f.

¹⁶¹ *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 545.

¹⁶² *Ebd.*, S. 546 unter Verweis auf BVerfGE 18, 385 (386).

¹⁶³ *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 544; siehe auch *Eblers*, in: Sachs (Fn. 65), Rn. 11; *Görisch* (Fn. 98), S. 183 f.; *Unruh* (Fn. 86), S. 112 f.

¹⁶⁴ BGHZ 22, 383 (387 f.); *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 546.

¹⁶⁵ BGHZ 34, 372 (374); *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 546.

institutioneller Seite plausibel sein. Es ist aber heute im Gefüge des Grundgesetzes dogmatisch widersprüchlich, die individuelle und kollektive Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG vorbehaltlos zu stellen und die institutionelle Ausprägung der Religionsfreiheit als Selbstbestimmungsrecht in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nicht nur durch einfaches Gesetz, sondern sogar durch Spezialgesetze zulasten der Kirchen beschränken zu wollen.¹⁶⁶

Beim Einwand von *Heckel* hingegen bedürfte es der Konkretisierung, welche Gesetze für die Gesamtnation und ihr Verhältnis zu den Kirchen „unentbehrlich“ sind, wodurch nicht unwesentliche Abgrenzungsprobleme entstehen.¹⁶⁷ Beide Einwände können daher letztlich nicht überzeugen.

b) Bereichs- und Abwägungslehre

Den Abgrenzungsproblemen der *Heckelschen Formel* hat das *BVerfG* zunächst mit der Bereichslehre zu begegnen versucht.¹⁶⁸ Hiernach soll ein Innenbereich, zu dem insbesondere der geistig-religiöse Auftrag gehöre,¹⁶⁹ der Schranke des für alle geltenden Gesetzes entzogen sein.¹⁷⁰ Ein Außenbereich, in welchem die Kirche durch ein Gesetz wie „Jedermann“ getroffen werde, unterstehe indes mit der Schranke des für alle geltenden Gesetzes einem einfachen Gesetzesvorbehalt.¹⁷¹

Damit greift das *BVerfG* die Debatte aus der Weimarer Republik wieder auf und entwickelt sie fort.¹⁷² Wenn das für „alle“ geltende Gesetz das für „Jedermann“ geltende Gesetz sei, dann müsse das für alle geltende Gesetz für die Kirchen (in ihrem Außenbereich) dieselbe Bedeutung haben, wie für „Jedermann“.¹⁷³ Mit der Bereichslehre entstehen aber letztlich die gleichen Abgrenzungsprobleme wie bei der *Heckelschen Formel*: innen und außen werden sich in der Praxis vielfältig ergänzen und überlagern.¹⁷⁴ Im Übrigen lässt der Wortlaut des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV für unterschiedliche Innen- und Außenbereiche wenig Raum.¹⁷⁵ Das *BVerfG* stellt daher heute auf das Verhältnis von Selbstbestimmungsrecht und Schranken zweck ab.¹⁷⁶ Das Selbstverständnis der Kirchen ist an der besonderen

¹⁶⁶ *Unruh* (Fn. 86), S. 112.

¹⁶⁷ Vgl. *ebd.*, S. 113; siehe auch *Görisch* (Fn. 98), S. 184.

¹⁶⁸ BVerfGE 18, 385 (387); 42, 312 (334).

¹⁶⁹ BVerfGE 42, 312 (334); *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 547.

¹⁷⁰ *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 546 f.; *Unruh* (Fn. 86), S. 113.

¹⁷¹ *Unruh* (Fn. 86), S. 113 f.

¹⁷² Vgl. *Anschtz* (Fn. 65), S. 636.

¹⁷³ BVerfGE 42, 312 (334 f.); vgl. *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 544.

¹⁷⁴ *Unruh* (Fn. 86), S. 114.

¹⁷⁵ *Ebd.*

¹⁷⁶ BVerfGE 70, 138 (167); *Kaltenborn* (Fn. 86), S. 27.

Bedeutung der Verfassungsgarantie weit auszulegen,¹⁷⁷ und an der Schranke des für alle geltenden Gesetzes in ihrer im Einzelfall begrenzenden Wirkung wieder einzuschränken.¹⁷⁸ „Dieser Wechselwirkung (...) ist durch (...) Güterabwägung Rechnung zu tragen.“¹⁷⁹ Das Selbstbestimmungsrecht in Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 1 S. 1 WRV muss sich folglich an den Rechtsgütern von Verfassungsrang messen, die hinter dem allgemeinen Gesetz stehen.¹⁸⁰

Soll die Gewährung von Kirchenasyl, als Teil christlichen Selbstverständnisses,¹⁸¹ durch die „für alle geltenden“ Ausländer- und Asylgesetze beschränkt werden, dann stehen hinter dieser Gesetzgebung, als Rechtsgüter von Verfassungsrang, das Asylmonopol des Staates aus Art. 16a Abs. 1 GG, der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG (als das Recht aller Asylbewerber, dass Schutzsuchende im Kirchenasyl nicht anders behandelt werden als Asylbewerber außerhalb des Kirchenasyls), sowie die berechtigten Interessen des Staates an einer geordneten Rechtspflege¹⁸² bei der Durchsetzung von Asylentscheidungen als Teil des Rechtsstaatsprinzips.¹⁸³ Für eine Untersuchung dieser Wechselwirkung ist zunächst das Verhältnis des institutionellen Selbstbestimmungsrechts zur korporativen Religionsfreiheit näher zu bestimmen.

c) *Das Verhältnis von Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zu Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG*

Nach einer Ansicht wird das institutionelle Selbstbestimmungsrecht in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV durch die korporative Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG miterfasst.¹⁸⁴ Am stärksten formuliert dies *Listl.* Im Verhältnis zur korporativen Religionsfreiheit komme Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV lediglich eine „deklaratorische“ Verdeutlichung zu.¹⁸⁵ Ähnlich äußert sich *Hollerbach*; korporativ-institutionelle Religionsfreiheit und kirchliches Selbstbestimmungsrecht seien

¹⁷⁷ BVerfGE 70, 138 (165 ff.); *Marx* (Fn. 154), Rn. 192.

¹⁷⁸ *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck I, 7. Aufl. 2018, Art. 4 GG Rn. 145; *Görtsch* (Fn. 98), S. 185 ff.; *Larsen* (Fn. 17), S. 122; *Rothkegel* (Fn. 39), S. 125; kritisch siehe *Kästner*, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit? Über das Verhältnis der Religions- und Weltanschauungsfreiheit zum Geltungsbereich des allgemeinen Rechts, JZ 1998, 974 (980).

¹⁷⁹ BVerfGE 70, 138 (167); *Robbers* (Fn. 7), S. 45.

¹⁸⁰ *Unruh* (Fn. 86), S. 114.

¹⁸¹ Siehe dazu oben **E. I. 1. b).**

¹⁸² *Hillgruber* (Fn. 12), S. 290.

¹⁸³ Siehe dazu unten **E. II. 3. b) cc).**

¹⁸⁴ *Botta* (Fn. 17), S. 437; *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 350; *Herler* (Fn. 42), S. 124.

¹⁸⁵ *Listl.*, Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland, 1971, S. 369, 371, 378; siehe auch *Morlok*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 4 GG Rn. 109.

nur zwei Seiten derselben Sache.¹⁸⁶ Demnach müssten sich staatliche Eingriffe sowohl an Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV als auch an Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG messen lassen.¹⁸⁷

Diese „Schutzbereichsüberdeckung“¹⁸⁸ wirkt nach einer einschränkenden These bei *Morlok* nur auf den Schutzbereich, nicht aber die Schranken. Hinsichtlich des institutionellen Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV müsse mit einer „Schrankenspezialität“ die „organisatorische Betätigung der Religionsfreiheit“ mit dem für alle geltenden Gesetz „stärkere Einschränkungen hinnehmen“.¹⁸⁹ Dieser Ansatz ist schon mit dem Wortlaut des Normtextes problematisch. Eine Schutzbereichsüberdeckung ist überhaupt nur hinsichtlich der korporativen Seite des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG und des Selbstbestimmungsrechts diskutabel. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV selbst enthält aber umgekehrt keine individuelle Komponente, sondern beschreibt ausschließlich Rechte der Religionsgemeinschaften. Auch der Wortlaut des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG lässt für eine Differenzierung der Schranken bei individueller und korporativer Religionsfreiheit keinen Raum. Auch das Argument bei *Stein*¹⁹⁰, neben dem Individualgrundrecht, in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG eine korporative Kultusfreiheit zu sehen, nicht aber ein Recht auf Ordnen und Verwalten i. S. d. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV, kann nicht überzeugen. Zutreffend weist *Listl* darauf hin, dass mit der „Einheit der Verfassung“¹⁹¹ der überkommene Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV im Licht des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG interpretiert werden muss.¹⁹² Das Grundrecht auf „extensive“¹⁹³ Religionsfreiheit ist nur dann vollständig verwirklicht, wenn neben der individuellen Glaubensfreiheit und der korporativen Kultusfreiheit auch das Recht umfasst ist, eigene kirchliche Angelegenheiten selbst zu ordnen und zu verwalten.¹⁹⁴

Als vollgültiges Verfassungsrecht¹⁹⁵ handelt es sich bei dem Verhältnis des Selbstbestimmungsrechts zur Religionsfreiheit um eine Frage der sachlichen

¹⁸⁶ *Hollerbach*, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer XXVI, 1968, S. 57 (60 f.); *Listl* (Fn. 185), S. 373.

¹⁸⁷ So auch *Dibelius*, Überstaatliche Verbindungen der Kirchen und Religionsfreiheit, 1967, S. 154 f., 87 ff.; *Listl* (Fn. 185), S. 373.

¹⁸⁸ *Morlok*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 4 GG Rn. 109.

¹⁸⁹ *Ebd.*, Rn. 110.

¹⁹⁰ *Stein*, Zur staatskirchenrechtlichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Juristen-Jahrbuch VIII, 1967/1968, S. 120 (132); *Listl* (Fn. 185), S. 374.

¹⁹¹ BVerfGE 19, 206 (219 f.); *Listl* (Fn. 185), S. 375 f.

¹⁹² *Listl* (Fn. 185), S. 376.

¹⁹³ BVerfGE 24, 236 (246); *Listl* (Fn. 185), S. 375.

¹⁹⁴ *Listl* (Fn. 185), S. 375 f.

¹⁹⁵ BVerfGE 19, 206 (219); *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 522.

Reichweite des Schutzbereichs und einer Schrankendivergenz.¹⁹⁶ Eine für die volle Entfaltung individueller Religionsfreiheit notwendige korporative Komponente zur „Bestimmung über Organisation, Normsetzung und Verwaltung“¹⁹⁷ ist „in ihrem Kern“¹⁹⁸ schon in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG enthalten, war als Recht auf Selbstbestimmung bereits in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV geschützt, wurde gleichsam in das Grundgesetz inkorporiert und ergänzt heute die korporative Religionsfreiheit als zusätzliche Gewährleistung.¹⁹⁹ Die in „Art. 137 Abs. 3 WRV (...) garantierten religiösen Freiheitsrechte besitzen (...) Grundrechtsqualität aus Art. 4 Abs. 1 und 2 GG“²⁰⁰ Der Kern des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ist über Art. 140 GG bereits in Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG enthalten, daher sind auch die Schranken der Religionsfreiheit unter Berücksichtigung des Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV zu bestimmen.²⁰¹ Wenn und soweit bei der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV dessen korporativer Kern und damit Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG mitangesprochen ist, finden staatliche Eingriffe ihre Rechtfertigung nur noch in verfassungsimmanenten Schranken und nicht mehr im für alle geltenden Gesetz aus Art. 140 GG/ Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV.²⁰² Nur dann, wenn bei der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts noch nicht dessen Kern tangiert ist, finden die kirchlichen Angelegenheiten ihre Grenze im für alle geltenden Gesetz.²⁰³ Daher ist für das Kirchenasyl zu bestimmen, wie nahe es sich am korporativen Kern des Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV befindet.

Kirchenasyl ist Ausfluss christlichen Liebesdienstes.²⁰⁴ „Der Liebesdienst ist für die Kirche nicht eine Art Wohlfahrtaktivität, die man auch anderen überlassen könnte, sondern er gehört zu ihrem Wesen.“²⁰⁵ „Die Kirche kann den Liebesdienst

¹⁹⁶ Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 522, 525; Grefen (Fn. 18), S. 257.

¹⁹⁷ BVerfGE 72, 278 (289); Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 525 f.

¹⁹⁸ Scheuner, Die Religionsfreiheit im Grundgesetz, DÖV 1967, 585 (590 f.); siehe auch Listl (Fn. 185), S. 372.

¹⁹⁹ Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 525; Listl (Fn. 185), S. 368.

²⁰⁰ Listl (Fn. 185), S. 378.

²⁰¹ Vgl. *ebd.*, S. 377; kritisch in der Annahme, aus dem unterschiedlichen Wortlaut ergebe sich eine „Schrankenspezialität“ siehe Unruh (Fn. 86), S. 115.

²⁰² Vgl. Listl (Fn. 185), S. 378.

²⁰³ Hesse, in: HStKR (Fn. 65), S. 525 f.; Mückel (Fn. 86), Rn. 177.

²⁰⁴ Siehe dazu oben **E. I. 1. b)** cc).

²⁰⁵ *Benedikt XVI.*, Enzyklika *Deus Caritas Est* an die Bischöfe, an die Priester und Diakone, an die gottgeweihten Personen und an alle Christgläubigen über die christliche Liebe, AAS 98 (2006/3), S. 217-252; aus dem Lateinischen übersetzt in: Deutsche Bischofskonferenz, Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 171, 6. korr. Aufl. 2008, Rn. 25a.

so wenig ausfallen lassen wie Sakrament und Wort.²⁰⁶ Durch die Bindung der Nächstenliebe an den Kern ihrer selbst, ist Kirchenasyl für die Kirchen nicht nur i. S. v. Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV „ihre“, d. h. „eigene“²⁰⁷, sondern im christlichen Selbstverständnis auch zwingende, „innere“ Angelegenheit. Die Gewährung von Kirchenasyl erstreckt sich somit auch auf den korporativen Kern des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG, ist nicht schrankenlos, aber vorbehaltlos garantiert und unterliegt insbesondere nicht der Schranke des für alle geltenden Gesetzes. Folglich stellt *Siegmund* fest, dass „die für alle geltenden Gesetze das Kirchenasyl nicht weiter begrenzen, als Güter von Verfassungsrang die Glaubensfreiheit (...) beschränken können“.²⁰⁸ Am Maßstab der Wechselwirkungslehre des *BVerfG*²⁰⁹ kann die Abwägung zwischen Selbstbestimmungsrecht und Schrankenzweck in Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV nicht anders ausfallen als zwischen der Religionsfreiheit und eben diesem Schrankenzweck.²¹⁰ Die Verfassungskonformität einer Gewährung von Kirchenasyl ist daher im Weiteren an Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG zu prüfen.

II. Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG

1. Schutzbereich

Persönlich ist die Glaubens- und Bekenntnisfreiheit sowohl Individualgrundrecht als auch kollektives Recht der Religionsgemeinschaften²¹¹ und schützt sachlich als einheitliches Grundrecht der Religionsfreiheit²¹² die Freiheit einen Glauben zu bilden (*forum internum*), nach außen zu bekennen (*forum externum*) und auszuüben.²¹³ Kirchenasyl entspringt der religiös begründeten, inneren Überzeugung, dem Schutzsuchenden beizustehen (*forum internum*), wird gegenüber den staatlichen Behörden nach außen vertreten (*forum externum*) und verkörpert sich in der tatsächlichen Aufnahme (Religionsausübung).²¹⁴ Die Gewährung von Kirchenasyl fällt grundsätzlich unter den Schutzbereich des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG.²¹⁵

²⁰⁶ *Ebd.*, Rn. 22.

²⁰⁷ *Anschütz* (Fn. 65), S. 635.

²⁰⁸ *Siegmund* (Fn. 1), S. 70.

²⁰⁹ Siehe dazu oben **E. I. 2. b).**

²¹⁰ *Siegmund* (Fn. 1), S. 70; siehe auch *Botta* (Fn. 17), S. 437; *Görisch* (Fn. 98), S. 232.

²¹¹ Siehe dazu oben **E. I. 2. c).**

²¹² *Kokott*, in: Sachs (Fn. 65), Art. 4 GG Rn. 16; als Komplex mehrerer Grundrechte bei *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck I (Fn. 178), Art. 4 GG Rn. 10; *Muckel*, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 4 GG Rn. 5 ff.; *Kästner* (Fn. 178), S. 974, 979 f., 982 m. w. N.

²¹³ *Mückel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 114, 137 f., 146; *Morlok*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 4 GG Rn. 66, 76.

²¹⁴ *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347.

²¹⁵ *Morlok*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 4 GG Rn. 134; kritisch siehe *Classen* (Fn. 95), Rn. 222 f.

Es gibt dabei allerdings „kaum eine Angelegenheit, die die Kirchen nach ihrem Selbstverständnis eigenständig zu ordnen berufen sind, die nicht auch einen gesellschaftspolitischen Aspekt hätte und (...) "hinübergreift" in einen Bereich (...), innerhalb dessen der Staat“²¹⁶ durch Gesetze u. a. ordnet. Der sachliche Schutzbereich der Religionsfreiheit könnte durch die Einbeziehung von Kirchenasyl als Teil einer politischen Auseinandersetzung über das Asyl- und Ausländerrecht überdehnt werden.²¹⁷ Dafür kommt es darauf an, ob systemkritisch die staatliche Asylpraxis korrigiert werden soll,²¹⁸ oder ob das Schicksal des einzelnen Schutzsuchenden hinreichend plausibel eine christliche Beistandspflicht auslöst.²¹⁹ Die karitative und diakonische Arbeit der Kirchen findet im weltlichen Umfeld statt und impliziert daher eine Beteiligung an politischen Debatten.²²⁰ „Zur Sendung der Kirche gehört es, auch politische Angelegenheiten einer sittlichen Beurteilung zu unterstellen, wenn die Grundrechte der menschlichen Person oder das Heil der Seelen es verlangen.“²²¹ „Die gerechte Ordnung der Gesellschaft“ ist aber „zentraler Auftrag der Politik“.²²² Die Kirche „kann und darf sich nicht an die Stelle des Staates setzen“, sondern will durch ihr Wächteramt²²³ „der Gewissensbildung in der Politik dienen“.²²⁴ „Beteiligung“ meint hier also einen kirchlichen Maßstab an die Bewertung des politischen Handelns weltlicher Verantwortungsträger und keinen Anspruch auf ein eigenes politisches Handeln der Kirche.²²⁵ Kirchenasyl eignet sich nicht als ein politisches Kampfmittel.²²⁶ Wer das Werk der Nächstenliebe in der Kirche leistet, darf „sich nicht nach den Ideologien der Weltverbesserung richten“, sondern muss sich „von dem Glauben führen lassen, der in der Liebe wirksam wird“.²²⁷ „Das christliche Liebeshandeln muss unabhängig sein von Parteien und Ideologien“²²⁸ und ist

²¹⁶ BVerfGE 42, 312 (334).

²¹⁷ Grote/Kraus (Fn. 17), S. 347.

²¹⁸ Ebd.; siehe auch Rothkegel (Fn. 39), S. 122; Marx (Fn. 154), Rn. 193.

²¹⁹ Vgl. Muckel, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 4 GG Rn. 32.

²²⁰ Görisch (Fn. 98), S. 178 f.; vgl. Grefen (Fn. 18), S. 168 f.

²²¹ KKK (Fn. 108), 2246; vgl. II. Vaticanum, Pastorale Konstitution *Gaudium et Spes* 76,5, AAS 58 (1966), S. 1099 f., zitiert nach: Becker, Die Beschlüsse des Konzils. Der vollständige Text der vom II. Vatikanischen Konzil beschlossenen Dokumente in deutscher Übersetzung, 1966, S. 212 f.

²²² Benedikt XVI. (Fn. 205), Rn. 28a.

²²³ Vgl. Grefen (Fn. 18), S. 197 f.

²²⁴ Benedikt XVI. (Fn. 205), Rn. 28a.

²²⁵ Siehe dazu auch cann. 285 § 3, 287 § 2 CIC/1983.

²²⁶ Abmeier, Kirchenasyl. Rechtsbruch oder Akt der Barmherzigkeit?, 2015, S. 6.

²²⁷ Benedikt XVI. (Fn. 205), Rn. 31a.

²²⁸ Ebd., Rn. 31b.

kein Ausdruck einer politischen Programmatik.²²⁹ Dieses Wirken der Kirchen entspricht auch der höchstrichterlichen Anerkennung als „ihrem Wesen nach unabhängig vom Staat“ und „ihre Gewalt nicht von diesem“ herleitend.²³⁰ Den christlichen Dienst mit politischen Kategorien zu bewerten, missachtet die Eigenständigkeit religiöser – als von Staat und Politik unabhängiger – Motive.²³¹ Politisches Engagement ist ehrenwert, betrifft aber andere Grundrechte und unterliegt anderen verfassungsrechtlichen Schranken als die Religionsfreiheit.²³² Mit einer vorrangig politischen Begründung ihres Handelns wären die Kirchen nur noch eine gesellschaftliche Interessensgruppe unter vielen²³³ und würden den Schutzbereich der Religionsfreiheit verlassen.²³⁴ Die religiöse Freiheit ist nicht bloße Spielart der politischen Meinungsfreiheit.²³⁵ Nur wenn und soweit religiöse Motive nicht bloßes Vehikel asylpolitischer Ziele sind,²³⁶ vermag eine durch die staatliche Asylpraxis ausgelöste Handlung den Schutzbereich der Religionsfreiheit nicht zu verschließen.²³⁷ Hinsichtlich einer Verbindung von Kirchenasyl mit politischen Forderungen und Systemkritik an der Asyl- und Ausländerpolitik ist äußerste Zurückhaltung geboten.²³⁸ Daraus folgt nun allerdings nicht, dass sich gläubige Christen nicht durchaus auch kritisch in der Asylpolitik engagieren können, aber das Institut Kirchenasyl ist kein geeignetes Instrument dieser Kritik. Die Entscheidung für die Gewährung von Kirchenasyl ist auch für die auf dem Gebiet der Migration tätigen Laien begründet im *sensus fidei fidelium* – und nicht in einer politischen Meinung.²³⁹ Kirchenasyl aus bloß oder vornehmlich politischen

²²⁹ Zum Verhältnis der christlichen Liebe zur säkularen Menschenwürdegarantie siehe etwa *Rehfeld*, Gottesbildlichkeit und Menschenwürde. Neutestamentliche Kontrapunkte zu einer „klassischen Begründungsfigur“ theologischer Anthropologie, *ZThK* 2021, 295 (319 f.).

²³⁰ BVerfGE 18, 385 (386).

²³¹ Siehe auch *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 531 f.; *Listl* (Fn. 185), S. 372.

²³² Zu denken ist etwa an Art. 4 Abs. 1 Var. 2, Art. 2 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1 GG.

²³³ So aber die Annahme bei *Stiebig* (Fn. 20), S. 104 und im Ergebnis wohl auch bei *Große Kracht*, Kirche und Grundgesetz, *Stimmen der Zeit* 2019, 371 (371, 377 f.).

²³⁴ Vgl. *Marx* (Fn. 154), Rn. 193.

²³⁵ *Leisner-Egensperger* (Fn. 84), S. 222.

²³⁶ *Traulsen* (Fn. 11), S. 809; siehe auch *Muckel*, in: HGR IV (Fn. 70), § 96 Rn. 60.

²³⁷ *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347; *Just* (Fn. 49), S. 76; *Starck*, in: v. Mangoldt/ Klein/Starck I (Fn. 178), Art. 4 GG Rn. 53. Für die strafrechtliche Rechtfertigung von Kirchenasyl auch *Rönnau*, Grundwissen – Strafrecht: Klimaaktivismus und ziviler Ungehorsam, *JuS* 2023, 112 (114).

²³⁸ Als „diplomatische Zurückhaltung“ bei *Traulsen* (Fn. 22), S. 138.

²³⁹ Vgl. *Internationale Theologische Kommission*, Sensus Fidei und Sensus Fidelium im Leben der Kirche, in: Deutsche Bischofskonferenz, Verlautbarungen des Apostolischen Stuhls 199, 2015, S. 42, 80.

Motiven zu verteidigen, ist genauso abzulehnen, wie eine Kritik am Kirchenasyl wegen einer persönlichen, politischen Haltung zu Asyl und Kirche.

Dabei kommt es auf evangelischer Seite signifikant häufiger zu Kirchenasylen als in katholischen Gemeinden.²⁴⁰ Die Konfliktlinie im Umgang mit dem Kirchenasyl verläuft aus evangelischer Sicht womöglich stärker zwischen Politik und Recht, denn auf katholischer Seite zwischen Staat und Kirche. Es könnte für einen evangelischen Christen, dessen Kirche über Jahrhunderte ein Teil des weltlichen Staates war,²⁴¹ selbstverständlicher sein, sich innerhalb staatlicher Strukturen aus christlichen Motiven politisch zu engagieren – als für einen katholischen Christen, dessen Kirche seit jeher mit dem weltlichen Staat um ihre Rechte ringt. Diese katholische Sicht auf die Trennung der weltlichen von der geistlichen Sphäre findet ihren Ausdruck im politischen Betätigungsverbot für Kleriker in can. 285 § 3, 287 § 2 CIC/1983.

2. Eingriff in den Schutzbereich

Soweit der Asylsuchende vollziehbar ausreisepflichtig ist, muss jederzeit mit aufenthaltsbeendenden Maßnahmen durch die Ausländerbehörde gerechnet werden.²⁴² Eine Abschiebung des Asylsuchenden macht die weitere Gewährung von Kirchenasyl unmöglich und schränkt das religiöse Handeln insoweit ein.²⁴³ Die Inanspruchnahme und Gewährung von Kirchenasyl sind daher zwingend verbunden.²⁴⁴ Hinzu tritt die Androhung der Strafverfolgung wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, § 27 Abs. 1 StGB.²⁴⁵

3. Rechtfertigung des Eingriffs

a) Schranken

Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG enthält dem Wortlaut nach keine Schrankenbestimmung.

²⁴⁰ Vgl. *Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche e.V.* (Fn. 62). Die Zahlen sind von 2004 bis 2019 auch nach Religionsgemeinschaft aufgeschlüsselt.

²⁴¹ Siehe dazu oben **E. I. 1. b) bb) (2)**.

²⁴² *Botta* (Fn. 17), S. 438.

²⁴³ *Ebd.*; *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347; kritisch siehe *Kästner* (Fn. 178), S. 976.

²⁴⁴ Zum Vorliegen eines Eingriffs kritisch siehe *Hillgruber* (Fn. 12), S. 292 f.

²⁴⁵ *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 407; *Botta* (Fn. 17), S. 438. Zu noch sehr viel weitergehenden strafrechtlichen Vorwürfen (Bildung einer kriminellen Vereinigung u. a.) siehe *Maaßen* (Fn. 15), S. 49-53.

aa) Art. 5 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 GG – Schrankenleihe

Für die Religionsfreiheit wird eine Übertragung der Schranken aus Art. 5 Abs. 2, Art. 2 Abs. 1 GG²⁴⁶ nicht mehr²⁴⁷ vertreten. Die Schrankenleihe markiert jedoch einen ersten wesentlichen, später fortgeführten Versuch,²⁴⁸ die Religionsfreiheit stärkeren Restriktionen zu unterwerfen als es der vorbehaltlose Wortlaut des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG intendiert – und soll daher hier (nur kurz) umrissen werden.

Prominenter Vertreter war der Präsident des *BVerfG*, CDU-Politiker und spätere Bundespräsident *Herzog* (1934-2017). Nach *Herzog* enthält „Art. 4 Abs. 2 GG ebenso wie Art. 2 Abs. 1 GG eine Handlungsfreiheit“ und für solche sei Art. 2 Abs. 1 GG „von vornherein als Schrankenbestimmung konzipiert“. Damit seien die „Voraussetzungen einer Analogie“ gegeben.²⁴⁹ Diese These ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG spezifiziert die Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 Var. 2 GG als Bitten eines Glaubens nach innen (*forum internum*), die Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG als Bekennen eines Glaubens nach außen (*forum externum*) und die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG als Religionsausübung – und stellt damit Gewissen, Meinung und Handlung in einem religiösen Kontext unter gesonderten Schutz. Mit diesem speziellen Schutzzweck gehen auch höhere Anforderungen an einen Eingriff einher.²⁵⁰ Dies erkennt wohl auch *Herzog*, wenn er für eine Analogie, wegen des „hohen Ranges des Art. 4 Abs. 2 GG (...) gewisse Modifikationen“²⁵¹ für erforderlich hält, freilich ohne Anhaltspunkte dafür zu geben, worin diese Modifikationen bestehen sollten. Im Übrigen nehmen alle speziellen Freiheitsrechte an Art. 2 Abs. 1 GG teil. Die Argumentation *Herzogs* ist daher beliebig auf alle Freiheitsrechte übertragbar. Die Trennung des Grundgesetzgebers in beschränkte und vorbehaltlose Grundrechte wäre aufgehoben und jeder Eingriff durch oder aufgrund eines Gesetzes würde zur Begrenzung sowohl der Religionsfreiheit als auch jedes anderen speziellen Freiheitsrechts. Die Schrankenleihe hatte mit *Herzog* einen bedeutenden Fürsprecher, wird aber aus vorgenannten Gründen heute nicht

²⁴⁶ *Herzog*, in: Maunz/Dürig, 86. EL 2019, Art. 4 GG Rn. 114.

²⁴⁷ *Herzog* deutet an, eine Analogie der Schranken aus Art. 2 Abs. 1 GG zu Art. 4 Abs. 2 GG sei „in den ersten Jahren nach 1949“ von einem „Großteil der Lehre“ vertreten worden, siehe *ebd.*

²⁴⁸ Siehe dazu unten **E. II. 3. a) bb) und cc).**

²⁴⁹ *Herzog* (Fn. 246), Art. 4 GG Rn. 114.

²⁵⁰ Vgl. *Stark*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck I (Fn. 178), Art. 4 GG Rn. 86; *Mager*, in: v. Münch/Kunig I (Fn. 1), Rn. 62.

²⁵¹ *Herzog* (Fn. 247), Rn. 114.

mehr vertreten und ist zuletzt auch in der Neukommentierung zu Art. 4 GG durch *Di Fabio* nicht mehr aufgegriffen worden.²⁵²

bb) Art. 136 Abs. 1 WRV – Staatsbürgerliche Pflichten

Die bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden aber gemäß Art. 140 GG/Art. 136 Abs. 1 WRV durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt. Die staatsbürgerlichen Pflichten sind mögliche verfassungsunmittelbare Schranke der Religionsfreiheit – auch in Bezug auf das Kirchenasyl.²⁵³ Der Verfassungsgeber könnte den Wortlaut des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG gerade mit Bezug auf die Inkorporation des Art. 136 Abs. 1 WRV vorbehaltlos gestellt haben.²⁵⁴ Dagegen spricht zunächst die grundsätzliche Verortung verfassungsunmittelbarer Schranken systematisch „bei den Grundrechten“.²⁵⁵ Allerdings sind die mit Art. 140 GG in das Grundgesetz inkorporierten Staat-Kirche-Artikel der Weimarer Reichsverfassung „vollgültiges Verfassungsrecht“.²⁵⁶ Auf die bloße Verortung in den Übergangs- und Schlussbestimmungen kommt es nicht an.²⁵⁷

Das Äquivalent zu Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG in der Verfassung vom 11.8.1919 war Art. 135 S. 1 und 2 WRV.²⁵⁸ Wortlautschränke waren die allgemeinen Staatsgesetze gemäß Art. 135 S. 3 WRV – und nicht Art. 136 Abs. 1 WRV.²⁵⁹ Anders als Art. 136 Abs. 1 WRV wurde Art. 135 S. 3 WRV gerade nicht in das Grundgesetz inkorporiert.²⁶⁰ Art. 136 Abs. 1 WRV war im Gefüge der Weimarer Reichsverfassung nicht als Schranke der Religionsfreiheit angelegt²⁶¹ und kann heute nicht zur Schranke des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG umfunktioniert werden.²⁶²

²⁵² *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 4 GG Rn. 83, vgl. Fn. 246.

²⁵³ Vgl. *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347.

²⁵⁴ So *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck I (Fn. 178), Art. 4 GG Rn. 88.

²⁵⁵ *Unruh* (Fn. 86), S. 88.

²⁵⁶ *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 522, 530; BVerfGE 19, 206 (219).

²⁵⁷ *Müickel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 208; *Muckel*, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 4 GG Rn. 52.

²⁵⁸ Vgl. *Anschütz* (Fn. 65), S. 618 ff.; siehe auch *Görisch* (Fn. 98), S. 237.

²⁵⁹ Unter Verweis auf eine Identität der Schranken von Art. 135 S. 3 WRV und Art. 136 Abs. 1 WRV siehe *Mager*, in: v. Münch/Kunig I (Fn. 1), Rn. 65; vgl. *Anschütz* (Fn. 65), S. 623.

²⁶⁰ *Morlok*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 4 GG Rn. 124; kritisch siehe *Görisch* (Fn. 98), S. 238.

²⁶¹ *Müickel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 89 f., 210; kritisch siehe *Muckel*, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 4 GG Rn. 52; *Held*, Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 Abs. 1 WRV als Gesetzesvorbehalt der Religionsfreiheit, 2017, S. 202.

²⁶² *Müickel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 89 f., 210; wohl einschränkend bei *Görisch* (Fn. 98), S. 238 f., weil dieser aus Art. 136 Abs. 1 WRV auf ein Abwägungsgebot schließt,

Trotz aller Debatten um die Schranken der Religionsfreiheit im Parlamentarischen Rat²⁶³ hat sich dessen Grundsatzausschuss entschieden, den im Redaktionsausschuss noch vorgesehenen Vorbehalt der „allgemeinen Gesetze“²⁶⁴ mit „überwältigender Mehrheit“²⁶⁵ aus dem Verfassungsentwurf zu streichen und die Religionsfreiheit vorbehaltlos zu stellen.²⁶⁶ Die Einbeziehung des Art. 136 Abs. 1 WRV „in letzter Minute“ bleibt ein „Redaktionsversehen“.²⁶⁷ Im Übrigen spricht schon der Wortlaut des Art. 136 Abs. 1 WRV nur von der „Ausübung der Religionsfreiheit“. Dass aber die Religionsausübung, nicht aber Bilden und Bekennen eines Glaubens beschränkt sein sollen, widerspricht dogmatisch Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG als einem einheitlichen Grundrecht der Glaubensfreiheit.²⁶⁸ Kästner hält Art. 136 Abs. 1 WRV daher wohl nur deswegen für einen ausdrücklichen Vorbehalt, weil er in Art. 4 GG schon mehrere, eigenständige Grundrechte zu erkennen glaubt.²⁶⁹

Wenn Kästner bedauert, Art. 4 GG enthalte *leider* keine ausdrückliche Schranke mehr und gebe damit keine Antwort auf die Reichweite der Religionsfreiheit,²⁷⁰ wird verkannt, dass der Wegfall der Schranke aus Art. 135 S. 3 WRV selbst eine klare Antwort des Grundsatzausschusses auf den geschichtlichen Missbrauch der einfachgesetzlichen Beschränkung der Religionsfreiheit ist. Das Argument Kästners, es seien „in Einzelfällen Grundrechtsbeschränkungen geboten, obwohl ein diesbezüglicher normativer Ansatz nicht explizit in der Verfassung enthalten ist“,²⁷¹ überzeugt nicht.²⁷² Mit der dogmatischen Unterscheidung des Grundgesetzgebers in geschriebene Schranken einerseits und nur verfassungsimmanent zu rechtfertigender Eingriffe andererseits, bleibt für eine Anwendung des Art. 136 Abs. 1 WRV kein Raum.²⁷³ Daher lehnt auch das BVerfG einen Schrankencharakter des Art. 136 Abs. 1 WRV ab.²⁷⁴ Mit der

dass der Wechselwirkung zwischen Religionsfreiheit und allgemeinen Gesetzen Rechnung tragen solle.

²⁶³ *Deutscher Bundestag und Bundesarchiv*, Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle V/II, 1993, S. 629 ff.; vgl. Mückel, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 89 f.

²⁶⁴ *Deutscher Bundestag und Bundesarchiv* (Fn. 263), S. 580 unter Verweis auf Band V/I, S. 367; siehe auch Band V/II, S. 629; Mückel, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 89.

²⁶⁵ Mückel, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 89; *Deutscher Bundestag und Bundesarchiv* (Fn. 263), S. 632.

²⁶⁶ *Deutscher Bundestag und Bundesarchiv* (Fn. 263), S. 630, 632; Mückel, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 89 f., 211.

²⁶⁷ Mückel, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 90, 210.

²⁶⁸ *Ebd.*; vgl. Unruh (Fn. 86), S. 87.

²⁶⁹ Kästner (Fn. 178), S. 974, 979 f., 982 m. w. N.

²⁷⁰ *Ebd.*, S. 981.

²⁷¹ *Ebd.*, S. 982.

²⁷² Vgl. Mückel, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 214.

²⁷³ Siehe dazu auch die Argumentation Herzogs zur Schrankenleihe oben **E. II. 3. a) aa**).

²⁷⁴ BVerfGE 33, 23 (30).

Stärkung der Religionsfreiheit als vorbehaltloses Grundrecht an der Spitze der Freiheitsrechte²⁷⁵ werde im Vergleich zu Art. 135 S. 1 und 2 WRV die historische Bedeutung von Art. 136 Abs. 1 WRV „überlagert“.²⁷⁶

cc) Asyl- und Ausländergesetze als Schranke der Religionsfreiheit

Stiebig erklärt, in Anlehnung an *Renck*²⁷⁷, eine „Korrektur des gesetzgeberischen Willens“ durch das Kirchenasyl für unzulässig.²⁷⁸ *Grote/Kraus* stellen hingegen fest, dass ein Bruch des Kirchenasyls durch staatliche Organe nicht schon deshalb verfassungsgemäß sei, weil die Behörden in Ausführung der Asyl- und Ausländergesetze handeln.²⁷⁹ Ob und wie das einfache Asyl- und Ausländerrecht taugliche Schranke der Religionsfreiheit sein kann, ist strittig.²⁸⁰ Verschiedene Autoren haben Modelle angeboten, um die Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG, trotz vorbehaltlosem Wortlaut und unabhängig von Art. 136 Abs. 1 WRV oder einer Schrankenleihe, durch das einfache Parlamentsgesetz, etwa durch Asyl- und Ausländergesetze, beschränken zu können.

Zum einen möchte *Di Fabio* in der Vorbehaltlosigkeit der Religionsfreiheit die Gefahr einer „absoluten“²⁸¹ Größe erkennen, der das demokratisch beschlossene Gesetz nicht weichen dürfe.²⁸² Wenn „das Recht zurückweiche, um (...) einem absoluten Glaubensgebot zu entsprechen“, dann werde ein Kernbereich der rechtsstaatlichen Demokratie verletzt.²⁸³ Dem hält *Ogorek* entgegen, dass sowohl das demokratisch beschlossene Gesetz als auch die Religionsfreiheit sich eine Prüfung an den Maßstäben des Grundgesetzes gleichermaßen, nämlich ausweislich an den grundrechtlichen Schutzbereichen und Schrankenbestimmungen, gefallen lassen müssen.²⁸⁴ Der von *Di Fabio* angedeutete Konflikt wird dogmatisch durch das Grundgesetz bereits aufgegriffen. Und dabei entspricht es dem kanonischen Verständnis, in der staatlichen Religionsfreiheit gerade *keine* absolute Größe zu sehen. Genauso, wie andere Rechtsgüter von Verfassungsrang einer Abwägung

²⁷⁵ Vgl. *Görisch* (Fn. 98), S. 237 und *Kaltenborn* (Fn. 86), S. 27.

²⁷⁶ BVerfGE 102, 270 (387); *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347; *Kaltenborn* (Fn. 86), S. 28; kritisch siehe *Muckel* (Fn. 236), Rn. 94 ff. und *v. Campenhausen*, Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland VI, § 136, 2. Aufl., 2001, Rn. 82.

²⁷⁷ *Renck*, Bekenntnisfreiheit und Kirchenasyl, NJW 1997, 2089 (2089).

²⁷⁸ *Stiebig* (Fn. 20), S. 103.

²⁷⁹ *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 348; vgl. *Kaltenborn* (Fn. 86), S. 27.

²⁸⁰ Zum Schranken zweck siehe oben **E. I. 2. b).**

²⁸¹ *Di Fabio*, Begegnung mit dem Absoluten, F.A.Z. v. 22.12.2016, S. 6.

²⁸² *Ogorek*, Religionsfreiheit eine absolute Größe?, KuR 2017, 117 (118, 120, 125 f.).

²⁸³ *Ebd.*, S. 118.

²⁸⁴ *Ebd.*, S. 121, 127.

zugänglich sind, steht die Religionsfreiheit nicht *per se* über den berechtigten staatlichen Interessen an der Rechtspflege. „Da die bürgerliche Gesellschaft (...) das Recht hat, sich gegen Missbräuche, die unter dem Vorwand der Religionsfreiheit vorkommen können, zu schützen, so steht es (...) der Staatsgewalt zu, (...) die Religionsfreiheit nach rechtlichen Normen (...), wie sie für den wirksamen Rechtsschutz im Interesse aller Bürger (...) erforderlich sind, zu gewähren.“²⁸⁵

Einen anderen Ansatz verfolgt *Gärditz* mit dem Verweis auf einen auf das Rechtsstaatsprinzip gestützten *Vollzug* der Asyl- und Ausländergesetze.²⁸⁶ Damit würde aber jedem einfachen Gesetz eine quasi-verfassungsrechtliche Bedeutung zugeschrieben. Es könnte damit zur Rechtfertigung von Eingriffen in ein vorbehaltlos ausgestattetes Grundrecht beliebig darauf verwiesen werden, hinter dem ordnungsgemäßen Vollzug der Gesetze stünde das Rechtsstaatsprinzip. Jedes Gesetz muss zu seiner Anwendung „vollzogen“ werden. Abzulehnen sind daher „Konstruktionen, aus verfassungsrechtlichen Aufgabenbeschreibungen Eingriffsermächtigungen herleiten zu wollen.“²⁸⁷ Gerade das versucht aber auch *Hillgruber*, wenn er wegen „des weiten fremdenrechtlichen Gestaltungsspielraums, der dem Gesetzgeber und der vollziehenden Gewalt von verfassungswegen zukommt“ meint, die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Religionsfreiheit müsse im Aufenthaltsrecht „keinen Verfassungsrang genießen“.²⁸⁸

Mit Einwänden wie bei *Herzog*, *Di Fabio*, *Gärditz* und *Hillgruber* wird der Eindruck erweckt, dass hinter dem Streit über das Kirchenasyl eigentlich ein Konflikt über die Schranken der Religionsfreiheit steht: die Befürchtung einer „Hypertrophie der Grundrechte“,²⁸⁹ welche am Kirchenasyl besonders ausgetragen wird.²⁹⁰ Dabei gilt zwar auch für die vorbehaltlose Religionsfreiheit der Vorbehalt des Gesetzes gemäß Art. 20 Abs. 3 GG, d. h. es kann überhaupt nur durch oder aufgrund eines Gesetzes in die Religionsfreiheit eingegriffen werden. Ein solches Gesetz ist nur Eingriffstitel und noch nicht rechtfertigender Eingriffsgrund.²⁹¹ Die Asyl- und Ausländergesetze sind nur soweit als Schranke der Religionsfreiheit tauglich als sie sich als eine nähere Bestimmung einer bereits im Grundgesetz selbst angelegten

²⁸⁵ Deklaration *Dignitatis Humanae* 7,2, AAS 58 (1966), S. 934 f., zitiert nach: *Becker* (Fn. 221), S. 455; zur insoweit unberechtigten Kritik bei *Kästner* (Fn. 178), S. 979.

²⁸⁶ *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 16a GG Rn. 180.

²⁸⁷ *Mückel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 212 m. w. N.

²⁸⁸ *Hillgruber* (Fn. 12), S. 293.

²⁸⁹ Zur insoweit schon älteren Debatte vgl. *Diederichsen*, Innere Grenzen des Rechtsstaats, *Der Staat* 1995, 33 (53) m. w. N.

²⁹⁰ Vgl. *Mückel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 214 und *Pulte* (Fn. 29), S. 679.

²⁹¹ *Mückel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 212.

Beschränkung erweisen (kollidierendes Verfassungsrecht).²⁹² Das Vorhandensein der einfachen Asyl- und Ausländergesetze ist notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung einer Beschränkung der Religionsfreiheit.²⁹³ Die Rechtmäßigkeit²⁹⁴ einer Gewährung von Kirchenasyl entscheidet sich an der Kollision mit streitenden Rechtsgütern von Verfassungsrang.²⁹⁵

b) Kollidierendes Verfassungsrecht

aa) Art. 16a GG – Asylrecht

Als ein solches Rechtsgut von Verfassungsrang kommt zunächst das Asylgrundrecht aus Art. 16a GG in Betracht. Kirchenasyl könnte das staatliche Monopol auf die Gewährung von Asyl unterlaufen.²⁹⁶ Der Staat hat seinen Asylauftrag nicht an die Kirchen delegiert.²⁹⁷ Jedoch nehmen die Kirchen für sich nicht in Anspruch, Asylsuchenden selbst einen Aufenthaltstitel zu verschaffen.²⁹⁸ Es ist insoweit höchst missverständlich, wenn *Pulte* ausführt, in der Debatte um das Kirchenasyl ginge es um die Frage, „ob Art. 4 GG aufenthaltsrechtliche Schutzwirkungen“ entfalte.²⁹⁹ Dabei handelt es sich um einen idiomatischen Irrtum.³⁰⁰ „Kirchenasyl“ ist bloß begriffsgeschichtlich³⁰¹ ein Rekurs auf das Institut einer *reverentia loci* und beschreibt in seiner heutigen Funktion³⁰² kein vom Staat exemtes Recht.³⁰³ Der englische Terminus *sanctury* i. S. v. „Zufluchtsort“ kommt der inhaltlichen Bedeutung des

²⁹² *Müchel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 211 f.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck I (Fn. 178), Art. 4 GG Rn. 84; *Morlok*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 4 GG Rn. 127; siehe auch *Muckel*, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 4 GG Rn. 58 und v. *Campenhausen* (Fn. 276), Rn. 81.

²⁹³ So aber v. *Münch* (Fn. 3), S. 566; *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 16a GG Rn. 180.

²⁹⁴ *Pulte* möchte, unter Verweis auf *Hillgruber* (Fn. 12), S. 296 f., hier „nicht so sehr eine Rechtsfrage“, sondern eine „Werteentscheidung der Staatsorgane“ erkennen (Fn. 29), S. 686, 694.

²⁹⁵ Vgl. **E. I. 2. b).**

²⁹⁶ *Herler* (Fn. 42), S. 133; *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347; *Maaßen/1997* (Fn. 15), S. 39.

²⁹⁷ v. *Münch*, „Kirchenasyl“ – Wer soll das bezahlen?, NJW 1995, 2271 (2272); *ders.* (Fn. 3), S. 565; *Stiebig* (Fn. 20), S. 104; *Winter* (Fn. 7), S. 38; *Görisch* (Fn. 98), S. 120, 192 f.

²⁹⁸ *Evangelische Kirche in Deutschland* (Fn. 2), S. 470. These 3: „Nicht die Kirche, nur der Staat kann Asyl gewähren“; *Geis*, Kirchenasyl im demokratischen Verfassungsstaat, in: Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge, Asylpraxis III, 3. Aufl. 2001, S. 69 (78); *Rothkegel* (Fn. 39), S. 122.

²⁹⁹ *Pulte* (Fn. 29), S. 690.

³⁰⁰ Siehe dazu insbesondere *Morgenstern* (Fn. 126), S. 24 f., 42, 72, 76, 92.

³⁰¹ *Wittreck*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 16a GG Rn. 4; *Traulsen* (Fn. 22), S. 135.

³⁰² *Witt*, in: Sachs (Fn. 65), Art. 16a GG Rn. 1e; *Wittreck*, in: Dreier I (Fn. 42), Art. 16a GG Rn. 91; siehe auch *Müller* (Fn. 95), S. 170; *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347; *Just* (Fn. 49), S. 75.

³⁰³ So aber v. *Münch* (Fn. 3), S. 566; vgl. *Winter* (Fn. 7), S. 38.

Kirchenasyls näher, als das auf das antike Vorbild rekurrierende Wort „Asyl“, das im Deutschen eben auch ein Rechtsbegriff ist.

Es wäre aber denkbar, den Kirchen ein eigenes Asylkontingent einzuräumen.³⁰⁴ Im Jahr 1995 durch den bayrischen Innenminister *Beckstein* und aufgegriffen 2001 durch den Bundesminister des Innern *Schily*, sahen Entwürfe zur Novellierung des Aufenthaltsgesetzes, bei Übernahme der Kosten durch die Kirchen und nur wenn und soweit von dem Asylsuchenden kein Sicherheitsrisiko ausgeht, ein Kontingent von Aufenthaltserlaubnissen für ausreisepflichtige Ausländer vor, über welches die Kirchen hätten frei verfügen können.³⁰⁵ Diese Entwürfe scheiterten nicht zuletzt am Widerspruch der Kirchen selbst.³⁰⁶ Zum einen lässt sich Nächstenliebe nicht kontingentieren.³⁰⁷ Die Kirchen werden keinen Schutzsuchenden abweisen, nachdem ein Kontingent ausgeschöpft ist, aber weitere individuelle Härten erkannt werden. Ein besonders hohes Kontingent an Aufenthaltstiteln würde die Kirchen hingegen finanziell und administrativ überfordern.³⁰⁸ Kirchenasyl kann nie mehr sein als ein Auffangen besonderer Härten des Einzelfalls. Daneben erscheint ein durch die Übernahme der Kosten mittelbares „kaufen“ des Aufenthaltsrechts ethisch besonders fragwürdig.

Schutz-Süchtling hält dem entgegen, der Verzicht auf Rechtspositionen des Staates durch finanziellen Ausgleich des Betroffenen werde auch in anderen Bereichen, im Bau-, Gewerbe- und Umweltrecht, praktiziert.³⁰⁹ Damit missachtet *Schutz-Süchtling*, dass das Asylrecht kein Verwaltungsrecht *inter pares* ist, sondern unmittelbarer Ausfluss der Grundrechtsverpflichtung des Staates aus Art. 16a GG – und kein an die Kirchen delegierbares Verwaltungsverfahren. So wenig, wie die Kirchen eigenes Asyl gewähren können,³¹⁰ so wenig kann sich auch der Staat aus seiner Grundrechtsverpflichtung aus Art. 16a GG befreien. Asylkontingente für Kirchen sind daher abzulehnen. Mit dem Bundesprogramm „Neustart im Team“ (NesT) wurde dieser Ansatz im Jahr 2019 indes wieder aufgegriffen.³¹¹

³⁰⁴ *Babo*, Ein eigenes Asylkontingent für Kirchen und humanitäre Organisationen?, ZAR 2001, 269 (270); siehe auch *Stiebig* (Fn. 20), S. 106; *Schutz-Süchtling*, Kirchenasyl, 1999, S. 147 ff.; *Morgenstern* (Fn. 126), S. 200 ff.

³⁰⁵ *Babo* (Fn. 304), S. 269; *Müller* (Fn. 95), S. 170.

³⁰⁶ *Babo* (Fn. 304), S. 271. Eine Abwägung auch möglicher Alternativen *ebd.*, S. 270 ff.

³⁰⁷ Vgl. *Schutz-Süchtling* (Fn. 304), S. 149.

³⁰⁸ *Babo*, (Fn. 304), S. 270 ff.; vgl. *Robbers* (Fn. 7), S. 34; kritisch siehe *Schutz-Süchtling* (Fn. 304), S. 148.

³⁰⁹ *Schutz-Süchtling* (Fn. 304), S. 149.

³¹⁰ Siehe dazu oben **E. II. 3. b) aa**.

³¹¹ *Kober*, Neue Wege im Flüchtlingsschutz, Stimmen der Zeit 2020, 548 (548 ff.).

bb) Art. 3 Abs. 1 GG – Gleichheitsgrundsatz

Nach *v. Münch* macht Kirchenasyl das Asylverfahren zur „Lotterie“, je nachdem, ob ein Pfarrer oder eine Gemeinde bereit sei, sich des Schutzsuchenden anzunehmen oder nicht.³¹² Einer Gewährung von Kirchenasyl nur für durch die Kirchen ausgewählte Schutzsuchende stünde der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG entgegen.³¹³ Mit diesem Vorwurf verkennt *v. Münch* bereits, wer durch den Gleichheitssatz verpflichtet wird: der Staat, nicht die Religionsgemeinschaften.³¹⁴ Der Vorwurf einer Verletzung des Grundsatzes, gleiches wesentlich gleich und ungleiches wesentlich ungleich zu behandeln³¹⁵, kann nur die Pflicht *des Staates* meinen, alle vollziehbar Ausreisepflichtigen insoweit gleich zu behandeln, als Schutzsuchende im Kirchenasyl bei der Durchsetzung der Aufenthaltsbeendigung nicht anders behandelt werden dürfen als Asylsuchende außerhalb des Kirchenasyls. Die Kirchen werden von dieser Pflicht aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht angesprochen: „Nicht ohne Weiteres vermögen die Grundrechte das Selbstbestimmungsrecht (...) der Religionsgemeinschaften (...) zu begrenzen.“³¹⁶ Die Kirchen sind nur dann Adressaten der Grundrechte, wenn sie als Körperschaften öffentlichen Rechts entweder nach innen öffentliche Gewalt ausüben oder nach außen hoheitliche Aufgaben wahrnehmen.³¹⁷ Die Kirchen ordnen aber mit dem Kirchenasyl weder nach innen einen Teil der *ordre public* noch üben sie nach außen ein Asylrecht aus.

Die Kirchen handeln bei der Gewährung von Kirchenasyl nicht „willkürlich“.³¹⁸ Die Hilfe für eine bestimmte Person in einer konkreten Notsituation kann nicht schon dadurch „als Willkür abgestempelt werden, weil auch andere Hilfsbedürftige existieren“.³¹⁹ Die Aufnahme in das Kirchenasyl bedeutet eine Belastung für die

³¹² *v. Münch* (Fn. 3), S. 566; so auch *Stiebig* (Fn. 20), S. 105; siehe auch *v. Campenhausen* (Fn. 276), Rn. 81.

³¹³ Als ein „Interesse der Rechtsgleichheit“ wohl auch *Witt*, in: *Sachs* (Fn. 65), Rn. 1e.

³¹⁴ *Müller* (Fn. 95), S. 105; so auch *Botta* (Fn. 17), S. 438 und *Görisch* (Fn. 98), S. 197.

³¹⁵ BVerfGE 4, 144 (155); *Huster*, in: *Friauf/Höfling* (Fn. 87), Art. 3 GG Rn. 135.

³¹⁶ *Hesse*, in: *HStKR* (Fn. 65), S. 558.

³¹⁷ *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 60), Art. 4 GG Rn. 242-244; *Görisch* (Fn. 98), S. 115 ff., 197 f.; *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 345 f.; siehe auch *Starck*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck I* (Fn. 178), Art. 4 GG Rn. 129; trotz einer indizierten Mitverantwortung der Kirchen im Ergebnis ebenso *Larsen* (Fn. 17), S. 124. In den Kirchen Grundrechtsadressaten auch in inneren Angelegenheiten zu erkennen meinen *Schnapp/Kaltenborn*, Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Institutionen, *JuS* 2000, 937 (943).

³¹⁸ Als „gewillkürtes Kirchenasyl“ in: *VG Frankfurt/O.*, Ur. v. 17.6.2021 – 10 K 97/21.A, Rn. 16 (juris); so auch *v. Münch* (Fn. 3), S. 566.

³¹⁹ *Geis*, Kirchenasyl im demokratischen Rechtsstaat, *JZ* 1997, 60 (65); siehe auch *Siegmund* (Fn. 1), S. 74; *Babo* (Fn. 304), S. 271; *Robbers* (Fn. 7), S. 49.

Gemeinden bei der Unterbringung und Versorgung des Schutzsuchenden.³²⁰ Unterkunft, Hygiene, Verpflegung und Bekleidung müssen bereitgestellt werden. Es bedarf regelmäßiger Gesellschaft, seelsorgerischer Begleitung und rechtlicher Beratung. Für den Schutzsuchenden selbst kann die Enge des Kirchengeländes für oftmals mehrere Monate zu einer Härte werden.³²¹ Bei Aufnahme in das Kirchenasyl wird sehr sorgfältig geprüft, was mit dem Kirchenasyl im Einzelfall erreicht werden kann und auch, was einem Kirchenasyl entgegensteht. Über die Aufnahme in das Kirchenasyl wird an der individuellen Not im Einzelfall entschieden. Dies ist keine leichtfertige oder gar willkürliche Entscheidung.³²² Der Verweis auf Art. 3 Abs. 1 GG kann eine Kritik am Kirchenasyl nicht tragen.

cc) Rechtsstaatsprinzip

Der Vorwurf *v. Münchs*, Kirchenasyl führe zu einer „Erosion des Rechtsstaates“,³²³ wiegt schwerer und könnte der Religionsfreiheit Grenzen setzen. Im Kontext der Entstehung des Grundgesetzes ist das Rechtsstaatsprinzip *conditio sine qua non* für die Existenz der Bundesrepublik Deutschland.³²⁴ Umgekehrt ist aber auch das Rechtsstaatsprinzip keine universelle Rechtfertigung für Grundrechtseingriffe.³²⁵ Der Rechtsstaat muss sich Übergriffen anderer Verfassungsgüter, insbesondere der Grundrechte, stellen.³²⁶ Die Religionsfreiheit ist selbst konstitutives Element des freiheitlichen Verfassungsstaates.³²⁷

(1) Zu den Voraussetzungen einer Abwägbarkeit

Ein Rechtsstaat (im formalen Sinn) ist ein Staat, der die Staatsgewalt durch Recht beschränkt.³²⁸ Zum Rechtsstaatsprinzip gehört der aus Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Vorrang des Gesetzes,³²⁹ wonach das Verhalten der staatlichen Gewalt gesetzmäßig sein muss, d. h. den Parlamentsgesetzen nicht zuwiderlaufen darf.³³⁰ Indem eine Ausländerbehörde es unterlässt, aufgrund der Asyl- und Ausländergesetze die Abschiebung vollziehbar ausreisepflichtiger Asylsuchender

³²⁰ Zum Modell des „Wanderkirchenasyls“ siehe *Herler* (Fn. 42), S. 29 f.

³²¹ *Deutsche Bischofskonferenz* (Fn. 4), S. 22 f.

³²² Kritisch siehe *Stiebig* (Fn. 20), S. 106; *Bell/Skibitzki*, „Kirchenasyl“ – Affront gegen den Rechtsstaat?, 1998, S. 50.

³²³ *v. Münch* (Fn. 3), S. 566; in diesem Sinne auch *Kästner* (Fn. 178), S. 975.

³²⁴ Vgl. *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347.

³²⁵ *Brand/Winter*, Grundrechte als strafrechtliche Rechtfertigungsgründe, JuS 2021, 113 (117).

³²⁶ Vgl. *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008, S. 116; *Görisch* (Fn. 98), S. 194; *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347; *Rothkegel* (Fn. 39), S. 129.

³²⁷ *Herzog* (Fn. 247), Rn. 11 f.; *Kästner* (Fn. 178), S. 975 m. w. N.; *Görisch* (Fn. 98), S. 194 f.

³²⁸ Unter vielen nur *Kersten*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 60), Art. 102 GG Rn. 28.

³²⁹ *Grzeszick*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 60), Art. 20 GG Rn. 73.

³³⁰ *Ebd.*, Rn. 72 f.

aus dem Kirchenasyl durchzusetzen, könnte dieses Prinzip verletzt sein. Zum Rechtsstaatsprinzip gehört aber auch der Vorrang der Verfassung, ebenfalls aus Art. 20 Abs. 3 GG,³³¹ konkretisiert in der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG.³³² Die Ausländerbehörde muss bei der Durchsetzung einer einfachgesetzlichen, zwangsweisen Aufenthaltsbeendigung die durch die Gewährung von Kirchenasyl ausgeübte, grundrechtlich geschützte Religionsfreiheit achten.³³³ Diesen Konflikt gilt es auszuleuchten.

Dabei kann die herausragende Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips dazu verleiten eine unzulässige Beeinträchtigung durch das Kirchenasyl ohne hinreichende Begründung anzunehmen.³³⁴ So belässt es etwa *v. Münch*, trotz der Schärfe seiner Kritik, bei einem einzigen Satz: „Im Rechtsstaat ist das sog. Kirchenasyl heute wegen der darin liegenden bewußten [sic] und gewollten, jedenfalls billigend in Kauf genommenen Gesetzesverletzung, insbesondere aber auch wegen der darin liegenden Willkürlichkeit, ein anti-rechtsstaatliches Handeln.“³³⁵ Auch *Gärditz* spricht nur davon, die Religionsfreiheit habe kein hinreichendes Gewicht, die „öffentlichen Interessen an einem geordneten Vollzug des Aufenthaltsrechts, an der notwendigen Rechtssicherheit und an einem institutionellen Funktionieren von Asylverfahren“³³⁶ zu überwinden. Beide Autoren stellen damit Ergebnisse ohne hinreichend begründete Argumente in den Raum. Selbst der Präsident des Landeskirchenamtes der evangelischen Nordkirche *Unruh* beschränkt sich auf die „verfassungsimmanenten Schranken der Funktionsfähigkeit der Rechtsordnung in Gestalt der Durchsetzbarkeit staatlichen Rechts“³³⁷ und verweist dafür auf die obigen Ausführungen bei *v. Münch*,³³⁸ gleichwohl *v. Münch* vornehmlich auf eine „Gesetzesverletzung“³³⁹ abstellt.

Diese unzureichende Begründungstiefe zieht sich auch in der Rechtsprechung fort.³⁴⁰ Nach einer Entscheidung des *VG Ansbach* findet Kirchenasyl „keinerlei

³³¹ *Gärditz*, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 20 GG (6. Teil), Rn. 43.

³³² *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 1; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Art. 20 GG Rn. 18.

³³³ Siehe dazu oben **E. II. 1.** und **2.**

³³⁴ Als sog. „Angriff auf den Rechtsstaat“ bei *Müchel*, in: BK-GG (Fn. 95), Art. 4 GG Rn. 152 und als „rechtsexemte Zonen“ bei *Witt*, in: Sachs (Fn. 65), Rn. 1e unter Verweis auf *Robbers* (Fn. 7). Zur differenzierteren Betrachtung siehe *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 407.

³³⁵ *v. Münch* (Fn. 3), S. 566; umfassender, aber im Ergebnis ebenso *Botta* (Fn. 17), S. 439.

³³⁶ *Gärditz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 16a GG Rn. 180.

³³⁷ *Unruh* (Fn. 86), S. 111.

³³⁸ Siehe dazu oben im selben Abschnitt.

³³⁹ *v. Münch* (Fn. 3), S. 566. Zum einfachen Asyl- und Ausländerrecht als möglicher Schranke der Religionsfreiheit siehe oben **E. II. 3. a)** cc).

³⁴⁰ Vgl. *Muckel/Gölzer* (Fn. 4), S. 407 mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

Grundlage in der geltenden staatlichen Rechtsordnung, auch nicht etwa in Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 bis 139 und 141 der Weimarer Reichsverfassung, sondern steht mit ihr in diametralem Konflikt³⁴¹. Worin dieser Konflikt besteht und welche Aspekte von Verfassungsrang zu berücksichtigen sind, bleibt offen. Das Gericht nennt keine Argumente, arbeitet nicht mit den Normtexten, verweist nicht auf Literatur oder Rechtsprechung, noch gibt es sonst einen Hinweis auf die Quelle oder Herleitung seines Ergebnisses.³⁴²

Der Staat kann zwar durchaus von seinen Bürgern verlangen, „dass sie den demokratisch zustande gekommenen Gesetzen Folge leisten“.³⁴³ Diese Pflicht zur Gesetzesbefolgung kann auch „so weit gehen, dass im Einzelfall die grundrechtlich geschützte Rechtsposition hinter das staatliche Interesse, das dem jeweiligen Gesetz zugrunde liegt, zurücktreten muss“.³⁴⁴ Eine solche Pflicht kann sich aber „nur auf (...) das die grundrechtlich geschützte Freiheit rechtmäßig“ (insbesondere verhältnismäßig „beschränkende Gesetz beziehen“.³⁴⁵

Beim Kirchenasyl stehen den von den Kirchen aufgezeigten besonderen Härten des Einzelfalls regelmäßig prozessual bestandskräftige Entscheidungen der Verwaltung unter rechtskräftiger Ausschöpfung des Gerichtsweges entgegen, in die eine mögliche materiell-rechtliche Gefahr für den Schutzsuchenden bereits eingeflossen ist.³⁴⁶ An der Beständigkeit und Verlässlichkeit dieser Entscheidung hat der Rechtsstaat ein berechtigtes Interesse.³⁴⁷

Hinter dem von Gärditz³⁴⁸ aufgezeigten „rechtsstaatlichen Vollzug des Asyl- und Ausländerrechts“ stehen, als Rechtsgüter von Verfassungsrang, die Beständigkeit des Rechts und die Verlässlichkeit der Rechtsanwendung als Ausprägungen der Rechtssicherheit³⁴⁹ und diese wiederum als ein Teil des Rechtsstaatsprinzips.³⁵⁰ Die Rechtmäßigkeit der Gewährung von Kirchenasyl entscheidet sich unter dem Grundgesetz an einer Abwägung zwischen ebendieser Rechtssicherheit auf der einen und der Religionsausübungsfreiheit auf der anderen Seite.

³⁴¹ VG Ansbach, Urt. v. 14.4.2016 – AN 6 K 15.31132, Rn. 17 (juris).

³⁴² Ebenso pauschal und ungenügend begründet, und daher gleichermaßen abzulehnen, sind die Ausführungen bei Traulsen (Fn. 11), S. 806, sowie Maaßen, in: BeckOK-GG, 53. Ed., Stand: 15.11.2022, Art. 16a Rn. 5.2.

³⁴³ Ogorek (Fn. 282), S. 122.

³⁴⁴ Ebd.

³⁴⁵ Grefen (Fn. 18), S. 236.

³⁴⁶ Botta (Fn. 17), S. 438; Marx (Fn. 154), Rn. 193.

³⁴⁷ Voßkuhle/Kaufbold, Grundwissen – Öffentliches Recht: Vertrauensschutz, JuS 2011, 794 (796).

³⁴⁸ Gärditz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 16a GG Rn. 180.

³⁴⁹ Sachs, in: Sachs (Fn. 65), Art. 20 GG Rn. 122; Botta (Fn. 17), S. 439.

³⁵⁰ Voßkuhle/Kaufbold (Fn. 347), S. 796; Botta (Fn. 17), S. 439.

Die tragende Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips für das Verfassungsgefüge ist in diese Abwägung einzustellen und mit der gleichsam verfassungsrechtlich geschützten Religionsfreiheit, mit ihrer Nähe zur Menschenwürde³⁵¹, in Ausgleich zu bringen.³⁵² Dabei dürfen sich beide Verfassungsgüter gegenseitig nur so weit zurückdrängen, wie dies gerade zwingend ist, um beiden noch die größtmögliche Entfaltung zu ermöglichen (praktische Konkordanz).³⁵³ Diese Grenze ist anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen.³⁵⁴

(2) Härtefallkommissionen sind kein milderes Mittel

Um verhältnismäßig zu sein,³⁵⁵ müsste zunächst für die Kirchen die Gewährung von Kirchenasyl zur Abwendung von Gefahren für Leib, Leben und Würde des Schutzsuchenden unvermeidbar sein. Ein zumindest gleichwertiges, alternatives Mittel könnten die Härtefallkommissionen sein. Gemäß § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG darf die oberste Landesbehörde bei der zuständigen Ausländerbehörde, abweichend von den sonstigen Regelungen des Aufenthaltsgesetzes, die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis anordnen, wenn eine von der Landesregierung nach § 23a Abs. 2 S. 1 AufenthG durch Rechtsverordnung eingerichtete Härtefallkommission darum ersucht.³⁵⁶ Auf dieser Grundlage wurden in allen 16 Bundesländern Härtefallkommissionen eingerichtet.³⁵⁷

Die Härtefallkommissionen bestehen aus Repräsentanten der Zivilgesellschaft (Flüchtlings- und Wohlfahrtsverbände, Kirchen) und Vertretern staatlicher Stellen (Landesministerien, Kommunen).³⁵⁸ Die Mitglieder arbeiten ehrenamtlich und sind keinen Weisungen unterworfen. Berufungsverfahren und Amtsdauer sind in den Bundesländern unterschiedlich geregelt.³⁵⁹

³⁵¹ *Kaltenborn* (Fn. 86), S. 28.

³⁵² *Marx* (Fn. 154), Rn. 192.

³⁵³ BVerfGE 28, 243 (260 f.); 77, 240 (253); *Hesse*, in: HStKR (Fn. 65), S. 557; siehe auch *Muckel/Gölzner* (Fn. 4), S. 407; *Robbers* (Fn. 7), S. 46, *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 347.

³⁵⁴ Vgl. *Ogorek* (Fn. 282), S. 122 f.

³⁵⁵ Zu den Voraussetzungen einer Abwägbarkeit siehe oben **E. II. 3. b) cc) (1)**.

³⁵⁶ *Keßler*, in: Hofmann, *Ausländerrecht*, 2. Aufl. 2016, § 23a AufenthG Rn. 3; *Röcker*, in: Bergmann/Dienelt, *Ausländerrecht*, Kommentar, 13. Aufl. 2020, § 23a AufenthG Rn. 7; *Göbel-Zimmermann/Hupke*, in: Huber/Mantel, *Aufenthaltsgesetz/Asylgesetz*, Kommentar, 3. Aufl. 2021, § 23a AufenthG Rn. 13.

³⁵⁷ *Keßler* (Fn. 356), Rn. 3; *Göbel-Zimmermann/Hupke* (Fn. 356), Rn. 14.

³⁵⁸ *Keßler* (Fn. 356), Rn. 4; siehe auch *Röcker* (Fn. 356), Rn. 9.

³⁵⁹ *Keßler* (Fn. 356), Rn. 4.

An der These, Kirchenasyl sei nicht erforderlich, weil seit Einrichtung der Härtefallkommissionen ein milderes Mittel zur Verfügung stünde,³⁶⁰ bestehen indes erhebliche Zweifel aus zumindest fünf Gründen.

Erstens ist die Zuständigkeit der Härtefallkommissionen für Dublin-Fälle strittig.³⁶¹ Etwa nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 HFKV Berlin sind Anträge unzulässig, für die die Ausländerbehörde nicht zuständig ist. Für Dublin-Fälle ist zunächst das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zuständig, auch hinsichtlich der Feststellung von Abschiebeverboten.³⁶² Damit ist ein Härtefallantrag in Dublin-Fällen unzulässig – mit erheblichen Konsequenzen für das Kirchenasyl.³⁶³ Mit Stand vom 14.4.2023 haben von 511 bundesweiten Kirchenasylfällen 487 einen Dublin-Bezug.³⁶⁴ Dieses Verhältnis ist kontinuierlich über die letzten Jahre zu beobachten.³⁶⁵ Sind die Härtefallkommissionen für Dublin-Fälle nicht zuständig, dann scheitern über 95 Prozent der Kirchenasylfälle bereits an der Zulässigkeit des Antrages.³⁶⁶

Hat das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge einen Asylantrag wegen der Zuständigkeit eines anderen Dublin-Staates als unzulässig abgelehnt, dann lässt sich dem entgegenhalten, dass der Asylsuchende „vollziehbar ausreisepflichtig“ nach dem Wortlaut des § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG ist,³⁶⁷ was eine Zuständigkeit der Ausländerbehörde begründet. Eine Zuständigkeit der Härtefallkommissionen für Dublin-Fälle ist zwar *expressis verbis* von § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG nicht gedeckt, steht dem Aufenthaltsgesetz aber *praeter legem* nicht entgegen. Mit dieser Lösung bliebe aber die Zuständigkeit für das Asylverfahren weiter unklar.

Der Asylantrag wird bei Dublin-Fällen vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge als unzulässig abgelehnt, folglich materiell-rechtlich nicht geprüft; die Zuständigkeit eines anderen Dublin-Staates steht weiter im Raum. Dem kann man dadurch gerecht werden, dass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis nach § 23a AufenthG die Rücknahme des Asylantrages voraussetzt. Die betreffende

³⁶⁰ Traulsen (Fn. 11), S. 807; als „deutlicher Fortschritt“ in: Deutsche Bischofskonferenz (Fn. 4), S. 12.

³⁶¹ Vgl. *Deutscher Bundestag*, Härtefallverfahren in sog. Dublin-Fällen. WD 3-3000-188/17 v. 12.10.2017, S. 3 ff.

³⁶² *BVerfG*, Beschl. v. 17.9.2014 – 2 BvR 732/14, Rn. 11 f. (juris).

³⁶³ Zur Bedeutung der Dublin-III-VO für das Kirchenasyl siehe insbesondere *Muckel/Gölzner* (Fn. 4), S. 402 f.

³⁶⁴ *Bundesarbeitsgemeinschaft Asyl in der Kirche e.V.* (Fn. 62).

³⁶⁵ *Ebd.*

³⁶⁶ Vgl. *Witt*, in: Sachs (Fn. 65), Rn. 1e.

³⁶⁷ Vgl. *Deutscher Bundestag* (Fn. 361), S. 4.

Person verzichtet auf den Flüchtlingsschutz und gibt sich mit dem Härtefallsschutz zufrieden: Lieber Härtefall in Deutschland als anerkannter Flüchtling in Ungarn.

Diesem Ergebnis steht häufig die Rechtspraxis entgegen:

Wegen der unklaren Rechtslage wurde in Bremen die Zuständigkeit auch für Dublin-Fälle im Koalitionsvertrag festgelegt;³⁶⁸ im Saarland besteht zu dieser Frage seit Jahren offener Streit zwischen CDU und SPD.³⁶⁹ In Hessen, Hamburg, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Rheinland-Pfalz, Thüringen, Sachsen, Berlin und Brandenburg erkennt man bei fehlender Zuständigkeit der Ausländerbehörde einen zwingenden Nichtannahmegrund.³⁷⁰

In Bayern ist mit § 5 S. 1 HFKomV ein allgemeiner Auffangtatbestand für alle Ausschlussgründe bei „besonderen Umständen“ installiert. Ähnlich verhält es sich mit dem Ausschluss von Sachverhalten, die nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 HFKomVO Baden-Württemberg und § 7 Abs. 2 Nr. 4 HFKLVO Mecklenburg-Vorpommern lediglich „in der Regel“ vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge zu prüfen sind.³⁷¹ Lediglich § 6 HKV-VO Sachsen-Anhalt knüpft die Zulässigkeit eines Antrages nicht explizit an eine Zuständigkeit der Ausländerbehörden.

Kirchenasyle können daher in der Regel jedenfalls rechtstatsächlich nicht vor eine Härtefallkommission gebracht werden. Die Zuständigkeit für Dublin-Fälle wird in den Bundesländern unterschiedlich gehandhabt – und kann selbst bei einer Anerkennung der Zuständigkeit nach einem Wechsel der Landesregierung oder nur eines zuständigen Ministers wieder zur Disposition stehen.

Zweitens fehlt es den Härtefallkommissionen an einem Rechtsschutzcharakter.³⁷² Dritte – auch Betroffene selbst – können gemäß § 23a Abs. 2 S. 3 AufenthG nicht verlangen, dass sich eine Härtefallkommission mit einem bestimmten

³⁶⁸ SPD/Bündnis90 Die Grünen/DIE LINKE, Vereinbarung zur Zusammenarbeit in einer Regierungskoalition für die 20. Wahlperiode der Bremischen Bürgerschaft 2019-2023, S. 124.

³⁶⁹ Landtag des Saarlandes, Plenarprotokoll zur Sitzung v. 17.1.2018, S. 515.

³⁷⁰ Zur Übersicht siehe Synopse bei *Flüchtlingsrat Brandenburg*, Die Härtefallkommissionen in den Bundesländern, 2015, abrufbar unter: www.fluechtlingsrat-brandenburg.de/wp-content/uploads/2016/02/HFK-Gesamtuebersicht-aktuell-2015-12-31.pdf (zuletzt abgerufen am 10.6.2023).

³⁷¹ Siehe auch *Ministerium für Inneres, Bau und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern*, 17. Bericht der Härtefallkommission, abrufbar unter: www.regierung-mv.de/Landesregierung/im/Asyl-und-Fluechtlings/Haertefallkommission (zuletzt abgerufen am 10.6.2023), S. 7 f.

³⁷² Zu den bei Einrichtung der Härtefallkommissionen noch diskutierten verbindlichen Entscheidungen siehe *Babo* (Fn. 304), S. 272 m. w. N.

Einzelfall befasst.³⁷³ Der Einzelfall muss von einem Mitglied der Kommission eingebracht werden (vgl. § 2 HFKV Berlin), worauf der Schutzsuchende aber keinen Anspruch hat. Der Vorwurf *v. Münchs*, Kirchenasyl sei eine „Lotterie“, je nachdem, ob sich ein Pfarrer oder eine Gemeinde findet, die bereit ist, sich des Schutzsuchenden anzunehmen,³⁷⁴ muss dann auch für die Härtefallkommission gelten, je nachdem, ob sich ein Mitglied findet, das den Fall einbringt oder nicht.

Drittens prüft die Härtefallkommission keine materiellen Asylgründe, wie etwa mögliche Gefahren für Leib, Leben und Würde im Herkunftsland, welche entweder bereits im Asylverfahren geprüft wurden bzw. in Dublin-Fällen gar nicht geprüft werden (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 7 HFKV Berlin).³⁷⁵ Die Härtefallkommissionen sind beschränkt auf politische Aufenthaltserwägungen.³⁷⁶ Kriterien für ein positives Votum ergeben sich aus der Integrationsfähigkeit und Integrationswilligkeit des Aufenthaltsbegehrenden wie Sprachkenntnisse, Sicherung des Lebensunterhalts,³⁷⁷ Familienbindung in Deutschland, Bildungsstand u. a.³⁷⁸

Viertens treffen Härtefallkommissionen und Innenminister eine Entscheidung ohne gerichtlich überprüfbares Ermessen.³⁷⁹ Auch ein von der Kommission anerkannter Härtefall führt nicht unmittelbar zu einem Aufenthaltsstatus. Der zuständige Innenminister entscheidet gemäß § 23a Abs. 1 S. 1 AufenthG, ob er das Ersuchen der Kommission auf Anerkennung als Härtefall aufgreift oder nicht.³⁸⁰ Die Entscheidung der Härtefallkommission ist lediglich eine „Empfehlung wertender Art“.³⁸¹ Die in der Formulierung „darf (...) anordnen“ intendierte, gerichtlich überprüfbare Ermessensentscheidung wird durch Satz 4 beschränkt. Demnach steht die Befugnis zur Aufenthaltsgewährung ausschließlich im öffentlichen Interesse und begründet keine eigenen Rechte des Ausländers.³⁸² Die Begründung hierfür liegt in der fehlenden Prüfung materieller Asylgründe; eine bloß politische Entscheidung der Härtefallkommission und des Innenministers, ohne subjektive Rechte des Betroffenen, begründet keinen Rechtsweg.³⁸³

³⁷³ Göbel-Zimmermann/Hupke (Fn. 356), Rn. 15; Röcker (Fn. 356), Rn. 9.

³⁷⁴ *v. Münch* (Fn. 3), S. 566; siehe dazu oben **E. II. 3. b**) bb); so auch *Stiebig* (Fn. 20), S. 105; siehe auch *v. Campenhausen* (Fn. 276), Rn. 81.

³⁷⁵ *Pfuff*, Härtefall – was ist das?, Stimmen der Zeit 2021, 721 (722).

³⁷⁶ Vgl. *Ministerium für Inneres, Bau und Digitalisierung Mecklenburg-Vorpommern* (Fn. 371), S. 9.

³⁷⁷ Siehe dazu § 23a Abs. 1 S. 2 AufenthG.

³⁷⁸ Vgl. *Göbel-Zimmermann/Hupke* (Fn. 356), Rn. 20.

³⁷⁹ Als nicht näher definiertes „politisch-humanitäres Ermessen“ *ebd.*, Rn. 22.

³⁸⁰ *Göbel-Zimmermann/Hupke* (Fn. 356), Rn. 21.

³⁸¹ Nr. 23a.1.1.2 AVV AufenthG v. 26.10.2009.

³⁸² Vgl. *Pfuff* (Fn. 375), S. 722.

³⁸³ Vgl. *Röcker* (Fn. 356), Rn. 14.

Fünftens sind vom Kirchenasyl auf der einen Seite und Anträgen vor einer Härtefallkommission auf der anderen Seite unterschiedliche Personengruppen innerhalb von Migranten angesprochen. Personen im Kirchenasyl stehen entweder als Dublin-Fälle noch vor einem materiellen Asylverfahren oder es droht ihnen nach einem Ablehnungsbescheid des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge die Abschiebung. Dem entgegen können die *politischen* Integrationskriterien³⁸⁴ für ein positives Votum der Härtefallkommission nur von Migranten erfüllt werden, die bereits über längere Zeit in Deutschland leben, Sprachkenntnisse erworben haben, einen Ausbildungsplatz oder eine Anstellung mit eigenem Einkommen nachweisen können, sowie soziale Bindungen aufbauen und gesellschaftliches Engagement zeigen konnten.³⁸⁵ Anträge vor einer Härtefallkommission betreffen daher vornehmlich Personen, die bereits über einen Aufenthaltstitel verfügen, dessen Befristung oder sonstige Geltung aber endgültig zu enden droht,³⁸⁶ während es im Kirchenasyl darum geht, wegen akuter Gefahren im Herkunfts- oder Drittland, einen Aufenthaltsstatus erstmals zu erlangen.³⁸⁷

Härtefallkommissionen sind nach alledem im Verhältnis zum Kirchenasyl kein gleichwertiges, alternatives Mittel, um akute Gefahren für Leib, Leben und Würde des Schutzsuchenden abzuwenden.³⁸⁸

(3) Kirchenasyl als Handlungsform *ultima ratio*

Ogleich Härtefallkommissionen keine Alternative zum Kirchenasyl sind, bleibt die Gewährung von Kirchenasyl im demokratischen Verfassungsstaat dennoch eine Handlungsform *ultima ratio*, d. h. alle ordentlichen Rechtsmittel gegen die ablehnende Asylentscheidung müssen ausgeschöpft sein (u. a. § 71 Abs. 1 AsylG i. V. m. § 51 Abs. 1-3 VwVfG, § 80 Abs. 7, § 152a VwGO) und nicht jede Härte für den Schutzsuchenden erfordert die Gewährung von Kirchenasyl, sondern erst eine Gefahr für Leib, Leben und Würde löst die kirchliche *intercessio* aus.³⁸⁹ Dabei kann aber der bloße Verweis auf den ordentlichen Rechtsweg eine Kritik am Kirchenasyl nicht tragen.³⁹⁰ Das Asylgesetz als besonderes Verwaltungsrecht schränkt den Rechtsweg in Asylsachen ein (u. a. §§ 74 Abs. 1, 75, 76 Abs. 1, 78

³⁸⁴ Siehe dazu oben in diesem Abschnitt unter *Drittens*.

³⁸⁵ Pfüff (Fn. 375), S. 721 f.

³⁸⁶ *Ebd.*, S. 721.

³⁸⁷ Bohm (Fn. 5), S. 143.

³⁸⁸ Neundorff, „Kirchenasyl“ – Verfassungsrechtliche Aspekte und ausgewählte administrative Handlungsmöglichkeiten – Teil 2, ZAR 2011, 389 (392 f.).

³⁸⁹ Marx (Fn. 154), Rn. 192.

³⁹⁰ So aber Schwemer (Fn. 155), S. 125 und Hillgruber (Fn. 12), S. 284.

Abs. 1, Abs. 2 AsylG) und bietet daher zum ordentlichen Verwaltungsrechtsweg keinen gleichwertigen Schutz.

(4) Die Gewährung von Kirchenasyl ist verhältnismäßig i. e. S.

Nach *Renck* gebe es im „demokratischen Rechtsstaat keine (...) Möglichkeit“ zur Korrektur der staatlichen Entscheidung durch Kirchenasyl, soweit „einmal (...) bestandskräftig (...) oder rechtskräftig entschieden“ ist, „mag sie inhaltlich noch so falsch sein“.³⁹¹ Diese These, die staatliche Entscheidung könne aufgrund der durch das Kirchenasyl aufgezeigten Mängel in der Asylentscheidung durch den Staat nicht mehr korrigiert werden, ist hinsichtlich der Bestandskraft mit § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG unvereinbar. Aufgrund der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) ist der bestandskräftige, rechtswidrig belastende VA gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG rücknehmbar,³⁹² auch wenn aufgrund formeller Bestandskraft keine ordentlichen Rechtsbehelfe mehr bestehen.³⁹³ Die aus dem Prinzip der Rechtssicherheit als materielle Bestandskraft³⁹⁴ gebotene Bindungswirkung in die behördliche Entscheidung greift nur als Abwehrrecht gegen den Staat.³⁹⁵ Ein umgekehrt schützenswertes Vertrauen des Staates in seine eigene, rechtswidrige Asylentscheidung gibt es nicht.

Im Duktus *Rencks* schreibt auch *Stiebig*, es sei nur in einem geringen Teil der Fälle die Abschiebeanordnung ergangen, obwohl Gefahren für Leib, Leben und Würde des Flüchtlings drohten.³⁹⁶ Dieses „beklagenswerte Resultat“ sei der Preis, der für die Vorzüge von Demokratie und Rechtsstaat bezahlt werden müsse.³⁹⁷ Was *Stiebig* hier trocken formuliert, erschüttert (nicht nur) Christen in ihren Grundfesten. Der Tod von Menschen sei eine beklagenswerte Notwendigkeit der Demokratie und des Rechtsstaates. Diese These ist grotesk – und ein Paradoxon: der Tod von Schutzsuchenden sei hinzunehmen zum Schutz des Rechtsstaates, der das Recht auf Leben selbst enthält. Der Rechtsstaat kann nicht widerspruchsfrei das Recht auf Leben im Einzelfall in Gefahr bringen, um das Recht auf Leben als ein abstraktes Rechtsgut zu schützen. Die Achtung des Lebens und der Menschenwürde sind die (materiellen) Voraussetzungen jenes (formellen) Rechtsstaates, den die Kritiker des Kirchenasyls zu verteidigen behaupten.³⁹⁸ Dem Einwand bei *Renck*, jedenfalls

³⁹¹ *Renck* (Fn. 277), S. 2090.

³⁹² Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, 9. Aufl. 2018, § 48 Rn. 28.

³⁹³ *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2021, § 43 Rn. 23.

³⁹⁴ *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 392), § 48 Rn. 42; *Schwarz*, in: Fehling/Kastner/Störmer (Fn. 393), § 43 Rn. 24.

³⁹⁵ Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Fn. 392), § 48 Rn. 42.

³⁹⁶ *Stiebig* (Fn. 20), S. 104.

³⁹⁷ *Ebd.*, S. 106.

³⁹⁸ Vgl. *Rothkegel* (Fn. 39), S. 128.

die rechtskräftige Entscheidung sei unantastbar, ist daher mit Art. 1 Abs. 1 GG entgegenzutreten. Die Würde des Menschen ist der einzige absolute³⁹⁹ Wert der Verfassung.⁴⁰⁰ Ein Eingriff, auch durch oder aufgrund anderer Verfassungsgüter, kann nicht gerechtfertigt werden und ist stets verfassungswidrig.⁴⁰¹ Die Versuche, ausgehend von *Herdegen*,⁴⁰² Art. 1 Abs. 1 GG im Schutzbereich seinen überpositiven Gehalt zu entziehen⁴⁰³, in Ablehnung der „Objektformel“ *Dürig*,⁴⁰⁴ sind in Literatur und Rechtsprechung zutreffend auf Ablehnung gestoßen.⁴⁰⁵ Nach *Böckenförde*'s Kritik an *Herdegen* bestimmt die Menschenwürde den Staatszweck und beschränkt damit die „Legitimität von Staat und Recht“ selbst.⁴⁰⁶ Mit ihrer nicht objektiv aus dem positiven Wortlaut zu entnehmenden⁴⁰⁷ „ethischen Unruhe“⁴⁰⁸ zwingt die Menschenwürde jedes staatliche Handeln immer wieder neu auf den Menschen hin zu reflektieren.⁴⁰⁹

Es mag bei alledem zwar dem von der Kirche grundsätzlich losgelösten deutschen Staat nicht zuzumuten sein, ein christliches Naturrecht oder sogar eine *imago dei*⁴¹⁰ anzuerkennen. Es ist aber der Staat selbst, der aus eigener Verantwortung,⁴¹¹ nach der Präambel seines Grundgesetzes „vor Gott *und* den Menschen“,⁴¹² als das sittliche und kulturelle Fundament des modernen Gemeinwesens,⁴¹³ auch in Bezug auf Asyl und Abschiebung,⁴¹⁴ die Würde des Menschen nicht als einen bloßen Bestandteil, sondern als den „letzten Grund der Verfassung“, als das *eine* Höchste über *alle*

³⁹⁹ *Isensee*, in: HGR IV (Fn. 70), § 87 Rn. 95; *Ogorek* (Fn. 282), S. 118, 120, 125 f.

⁴⁰⁰ Zur Diskussion um die Abwägungsfähigkeit von Art. 1 Abs. 1 GG im religiösen Kontext siehe *Rehfeld* (Fn. 229), S. 297 ff.

⁴⁰¹ *Isensee*, in: HGR IV (Fn. 70), § 87 Rn. 106.

⁴⁰² *Rehfeld* (Fn. 229), S. 297.

⁴⁰³ *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 19 f., 73.

⁴⁰⁴ *Dürig*, Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz, Sonderdruck 2003, Rn. 28; *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 36.

⁴⁰⁵ BVerfGE 115, 118 (121, 134); *Böckenförde*, Die Würde des Menschen war unantastbar, FAZ v. 3.9.2003, S. 33-35; siehe auch *Isensee* (Fn. 399), Rn. 19.

⁴⁰⁶ *Böckenförde* (Fn. 405), S. 33.

⁴⁰⁷ So aber *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Fn. 60), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 19 f., 36.

⁴⁰⁸ *Dürig* (Fn. 404), Rn. 16; vgl. *Böckenförde* (Fn. 405), S. 33.

⁴⁰⁹ *Dürig*, Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I [sic] in Verbindung mit Art. 19 Abs. II [sic] des Grundgesetzes, AöR 1956, 117 (125); *Dürig* (Fn. 404), Rn. 17; vgl. *Böckenförde* (Fn. 405), S. 33.

⁴¹⁰ Vgl. *Pulte* (Fn. 29), S. 680 unter Verweis u. a. auf *Gen* 1,26 f., *Kor* 11,17, *Jak* 3,9; kritisch siehe *Rehfeld* (Fn. 229), S. 301 f., 311, 314-316, 318.

⁴¹¹ Vgl. *Rehfeld* (Fn. 229), S. 320.

⁴¹² Als „Verantwortung vor Gott“ verkürzt zitiert und kontextualisiert *Pulte* (Fn. 29), S. 687.

⁴¹³ Vgl. *Di Fabio*, Grundgesetz und nominatio dei, KuR 2015, 157 (162); *Leisner-Egensperger* (Fn. 84), S. 222.

⁴¹⁴ BVerfGE 76, 143 (157 f.); *Dreier*, in: *Dreier* I (Fn. 42), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 155.

Rechte und Pflichten gestellt hat.⁴¹⁵ Anders als von *Renck* und *Stiebig* intendiert, steht kein staatliches Verfahren, und sei es bestands- oder rechtskräftig, über dem Recht auf Leben und der Würde des Menschen. In einem Rechtsstaat müssen sich die Menschen darauf verlassen können, dass der Staat *nichts* unternimmt und *alles* korrigiert, was diesem Prinzip zuwiderläuft.

Herdegen müsste wohl jedenfalls zustimmen, dass das Rechtsstaatsprinzip einer Abwägung zugänglich ist. Wenn ein Eingriff in den „Begriffshof“⁴¹⁶, also nichts anderes als einen Randbereich⁴¹⁷, schon der Menschenwürde zulässig sein soll, dann erst recht in alle anderen Güter der Verfassung, mithin auch in das Rechtsstaatsprinzip.⁴¹⁸ Es wäre andernfalls eine steile These, Eingriffe in die Menschenwürde legitimieren zu wollen und das Rechtsstaatsprinzip für „absolut“, d. h. für unverletzlich zu erklären.

Wer Gesetze zuerst um der Ordnung willen durchsetzt und dabei nicht den Menschen an die vorderste Stelle setzt, der schützt den Rechtsstaat nicht, sondern greift ihn an. Wenn durch ein Gesetz der Tod von Schutzsuchenden zu einer beklagenswerten Notwendigkeit wird,⁴¹⁹ dann wird die Würde des Menschen bewusst verleugnet.⁴²⁰ Ein solches Recht ist so unerträglich ungerecht,⁴²¹ dass der Staat hierdurch keinen Gehorsam abverlangen kann. „Recht“ als eine bloß mechanische Subsumtion macht kalt und blind für den Wert des Lebens. Was bei den Kritikern des Kirchenasyls mit Phrasen wie „rechtsfreier Raum“⁴²² und „zerfallender Staat“⁴²³ anklingt, ist die Rückkehr einer reinen Rechtslehre, eines absoluten Positivismus – „das Gesetz ist das Gesetz“.⁴²⁴ Was aber *Dürig* für den Staat als „ethische Unruhe“ beschrieben hat, ist für Kirche und Gesellschaft auch ein „demokratischer Horizont“⁴²⁵ – eine nicht *a priori* definierbare Grenze der Rechtsbefolgung,⁴²⁶ weil kein Staat allein durch seine positive Definition des

⁴¹⁵ *Isensee* (Fn. 399), Rn. 86 ff., 93 f. m. w. N.; siehe auch *Enders*, in: Friauf/Höfling (Fn. 87), Art. 1 GG Rn. 49; *Winter* (Fn. 7), S. 37 f.

⁴¹⁶ *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz* (Fn. 60), Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 49.

⁴¹⁷ Vgl. *ebd.*, Rn. 26, 47.

⁴¹⁸ Im Kontext der Religionsfreiheit siehe hierzu auch *Ogorek* (Fn. 282), S. 124.

⁴¹⁹ *Stiebig* (Fn. 20), S. 106.

⁴²⁰ Vgl. *Ogorek* (Fn. 282), S. 123 ff.

⁴²¹ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 (107).

⁴²² *v. Münch* (Fn. 3), S. 566.

⁴²³ *VG Ansbach*, Urt. v. 14.4.2016 – AN 6 K 15 31132, Rn. 17 (juris).

⁴²⁴ *Balibar*, Widerstand Aufstand Ungehorsam, in: ders.: Gleichfreiheit. Politische Essays, 2012, S. 242.

⁴²⁵ *Ebd.*, S. 238.

⁴²⁶ *Ebd.*, S. 242, 244.

Gesetzes demokratisch ist.⁴²⁷ Genauso wie die „ethische Unruhe“ alle staatliche Gewalt immer wieder zwingt, ihr Handeln auf die Würde des Menschen hin zu reflektieren, so nötigt der „demokratische Horizont“ Kirche und Gesellschaft jedes staatliche Handeln immer wieder auf seine Legitimität hin zu prüfen.⁴²⁸ Dieser Horizont ist ein Wagnis, das der säkularisierte Verfassungsstaat um der Freiheit willen eingegangen ist.⁴²⁹ Der Rechtsstaat trifft Entscheidungen nur nach einer prozessualen Wahrheit in dem einen Moment des Urteils, Beschlusses oder Bescheids.⁴³⁰ Dessen Bestands- oder Rechtskraft wiederum soll eine weitere Debatte über die strittige prozessuale Wahrheit beenden.⁴³¹ Wenn die Kirche in den Vollzug dieser Wahrheit, d. h. der staatlichen Asylentscheidung, durch die Gewährung von Kirchenasyl eingreift, dann vertritt sie damit nicht ein „transzendentes Letzterkenntnisrecht“,⁴³² kein „höheres Wissen“, sondern sie fragt den Staat im Angesicht dessen eigener Maßstäbe an die Würde des Menschen,⁴³³ „ob sein Handeln von ihm als (...) legitim (...) verantwortet werden könne“.⁴³⁴ Die Kirche „greift damit nicht in die Verantwortlichkeit staatlichen Handelns ein, sondern schiebt dem Staat im Gegenteil die ganze Schwere der Verantwortung für das ihm eigentümliche Handeln zu“.⁴³⁵

Die Gläubigen in der Kirche sind, nicht anders als die Bürger in der Gesellschaft, ewig Erkenntnissuchende. Ihr Fragen nach einer letztlich nie ganz erreichbaren materiellen Wahrheit, welche am Kirchenasyl nichts anderes ist als ihr Fragen nach der Gerechtigkeit des institutionellen Rechtsstaates,⁴³⁶ ist tiefster Ausdruck ihres Menschseins. Jeder Versuch des Staates, ob seiner Ordnungsprinzipien wegen, dieses Streben unverhältnismäßig einzuengen wäre ein Angriff auf den „Menschenwürdekern aller Verfassungsfreiheiten“⁴³⁷.

⁴²⁷ Saar, Friedrich Nietzsche, in: Comtesse/Flügel-Martinsen/Martinsen/Nonhoff, Radikale Demokratiedemokratie. Ein Handbuch, 2019, S. 124.

⁴²⁸ Balibar (Fn. 424), S. 242.

⁴²⁹ Vgl. Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: Säkularisation und Utopie. Ebracher Studien, Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag, S. 75 (93); siehe auch Rehfeld (Fn. 229), S. 299.

⁴³⁰ Vgl. Leisner-Egensperger (Fn. 84), S. 223.

⁴³¹ Ebd., S. 224.

⁴³² Witt, in: Sachs (Fn. 65), Rn. 1e.

⁴³³ Siehe dazu oben in diesem Abschnitt.

⁴³⁴ Nach Dietrich Bonhoeffer zitiert bei Winter (Fn. 7), S. 38.

⁴³⁵ Ebd.

⁴³⁶ Vgl. Mieth, Die neuen Tugenden. Ein ethischer Entwurf, 1984, S. 165.

⁴³⁷ Leisner-Egensperger (Fn. 84), S. 226.

Damit wird nun aber keineswegs die schiere Existenz einer durch die staatlichen Ordnungsprinzipien konstituierten Grenze der Rechtsbefolgung bestritten.⁴³⁸ Die aus der prozessualen Wahrheit erwachsende Rechtssicherheit ist für das Funktionieren und den Zusammenhalt eines modernen Gemeinwesens grundlegend.⁴³⁹ Aber diese Grenze konkurriert mit dem Rechtsstaatsprinzip im materiellen Sinne.⁴⁴⁰ Diese Grenze *starr* zu verstehen, würde bedeuten im Rechtsstaat nur seine formale Ordnungsfunktion zu sehen und seine materielle Beziehung zur rechtspositiven Menschenwürde jedes Einzelnen zu leugnen.

Diese reziproke Beziehung von Recht und Gerechtigkeit ist christlich begründet in der Bergpredigt nach *Mt* 5,20: „Wenn eure Gerechtigkeit nicht... größer ist als die der Schriftgelehrten...“, dann „werdet ihr nicht in das Himmelreich kommen.“⁴⁴¹ Im Sinne dieser Beziehung sind auch im säkularisierten Diskurs die „ethische Unruhe“ und der „demokratische Horizont“ zu interpretieren, und der Ausspruch bei *Luther*, niemand solle glauben, „es sei genug (...) dem geschriebenen Recht oder den Juristen“ zu folgen.⁴⁴² Mit der Säkularisierung hat der moderne Staat diese Verantwortung von der Kirche übernommen; und in diesem Bewusstsein mahnt auch *Bonhoeffer*, dass die Kirche durch ihr Dazwischentreten gerade *nicht* „in die Verantwortung staatlichen Handelns“ eingreift, sondern im Gegenteil den Staat an diese ihm im modernen Gemeinwesen zugewiesene „ganze Schwere der Verantwortung“ erinnert.⁴⁴³

Die Rechtspflege lebt durch Menschen und menschliche Erkenntnis ist – frei von jedem Vorwurf – begrenzt und mit Mängeln behaftet.⁴⁴⁴ Eine besondere Stärke des Rechtsstaates zeigt sich in der Fähigkeit, eigene Fehlbarkeit,⁴⁴⁵ d. h. die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit,⁴⁴⁶ eingestehen zu können,⁴⁴⁷ gerade das unterscheidet ihn von Regimen mit einem „absoluten“ Wahrheitsanspruch.⁴⁴⁸ „Es gibt kein Gesetz, das alle relevanten Lebensumstände erfassen könnte.“⁴⁴⁹

⁴³⁸ Diese Fälle meint wohl *Hillgruber* (Fn. 12), S. 284.

⁴³⁹ Vgl. *Diederichsen* (Fn. 289), S. 51.

⁴⁴⁰ *Ebd.*, S. 34 f., 52 unter Verweis auf verschiedene Entscheidungen des *BVerfG*.

⁴⁴¹ *Schmidt-Rost* (Fn. 34), S. 272.

⁴⁴² *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), S. 272; siehe dazu oben **E. I. 1. b) bb) (2)**.

⁴⁴³ Siehe dazu oben im selben Abschnitt (Fn. 435).

⁴⁴⁴ Vgl. *Rothkegel* (Fn. 39), S. 129; *Just* (Fn. 49), S. 75; *Traulsen* (Fn. 11), S. 809.

⁴⁴⁵ Vgl. *Luther* (Fn. 132), WA 11 (229), 272; siehe auch *Marx* (Fn. 154), Rn. 193.

⁴⁴⁶ *Diederichsen* (Fn. 289), S. 54.

⁴⁴⁷ *Just* (Fn. 49), S. 75.

⁴⁴⁸ Diese Grenze der Leistungsfähigkeit erkennt wohl auch *Stiebig* an, insoweit er von „wenigen Fällen“ spricht, nur dass *Stiebig* das damit verbundene menschliche Leid als ein „beklagenswertes Resultat“ hinnehmen möchte (Fn. 20, S. 106).

⁴⁴⁹ *Pfuff* (Fn. 375), S. 722; siehe auch *Pulte* (Fn. 29), S. 687.

Diese Erkenntnis wirkt erleichternd, weil sie das positive Gesetz „von der Last unerfüllbarer Erwartungen befreit“.⁴⁵⁰ Der Rechtsstaat erkennt an, dass das positive Gesetz nicht „absolut“ sein kann, akzeptiert und fördert die Kritik seiner Bürger an Verstößen gegen die Einzelfallgerechtigkeit. Es verhält sich mit dem Vorwurf *Di Fabios*,⁴⁵¹ in der Vorbehaltlosigkeit der Religionsfreiheit stecke die Gefahr einer „absoluten“ Größe, der das Recht nicht weichen dürfe,⁴⁵² daher auch umgekehrt.⁴⁵³ Wenn der Staat seine Ordnungsprinzipien absolut setzt, dann tritt das Gesetz an die Stelle der Religion; die objektive Ordnung wird sakralisiert.⁴⁵⁴ Was ist ein Jurist und Positivist, der annimmt, die Grenze des geschriebenen Rechts sei „absolut“, anderes als ein Schriftgelehrter, der seinen Gesetzestext zur Heiligen Schrift erhoben hat?

Der freiheitliche Verfassungsstaat kann die durch das Kirchenasyl ausgelöste, rechtssicherheitsgefährdende, erneute Debatte um seine prozessuale Wahrheit aushalten.⁴⁵⁵ Die Kirchen schützen durch die Gewährung von Kirchenasyl nicht nur den Schutzsuchenden vor Gefahren für Leib, Leben und Würde, sondern auch den institutionellen Rechtsstaat⁴⁵⁶ vor den Übergriffen einer blinden Subsumtion mit „beklagenswerten Resultaten“. In ihrem *ceterum censemus*, Kirche dürfe kein „rechtsfreier Raum“ sein, haben in der Literatur *Renck, v. Münch, Stiebig* und *Maafßen* und in der Rechtsprechung das *VG Ansbach* ein quasi-religiöses Narrativ über die Ordnungsfunktion des Staates entwickelt, dass sich zuspitzen lässt in dem Satz: „Es gibt keinen Gott außer dem Verwaltungsakt“.

Die prozessuale Wahrheit des Asylverfahrens kann die vernünftige Einsicht eines „atmenden Rechts“⁴⁵⁷ und eines „hörenden Herzens“⁴⁵⁸ in eine Gefahr für den Schutzsuchenden nicht aufwiegen.⁴⁵⁹ Die Gewährung von Kirchenasyl ist i. E. eine im Einzelfall aus Glaubensgründen erforderliche, im Übrigen grundsätzlich

⁴⁵⁰ *Boehme-Nefler*, Reziprozität und Recht, *Rechtstheorie* 2008, 521 (555).

⁴⁵¹ Siehe dazu oben **E. II. 3. a)** cc).

⁴⁵² *Di Fabio* (Fn. 281), S. 6.

⁴⁵³ Vgl. *KKK* (Fn. 108), 2242; Deklaration *Dignitatis Humanae* 7,2, in: *AAS* 58 (1966), S. 934 f., zitiert nach: *Becker* (Fn. 221), S. 455.

⁴⁵⁴ *Heinemann*, Wagnis der Freiheit oder Tyrannei der Werte. Was uns Ernst-Wolfgang Böckenförde mit Carl Schmitt zu sagen hatte, *Stimmen der Zeit* 2019, 451 (456).

⁴⁵⁵ Vgl. *Leisner-Egensperger* (Fn. 84), S. 224.

⁴⁵⁶ *Schmidt-Rost* (Fn. 34), S. 276 f. unter Verweis auf die Bischöfe *Dröge* und *Huber*.

⁴⁵⁷ Vgl. dazu oben **E. I. 1. b)** bb) (2), insbesondere *Luther* (Fn. 132), *WA* 11 (229), 272.

⁴⁵⁸ 1 *Kön* 3,9-12.

⁴⁵⁹ So auch *Grote/Kraus* (Fn. 17), S. 348.

verfassungskonforme, insbesondere verhältnismäßige Ausübung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG.⁴⁶⁰

F. Ergebnisse in Thesen

1. Der Terminus „Kirchenasyl“ ist vieldeutig. Für seine Verwendung bedarf es einer sorgfältigen Abgrenzung von historischen Erscheinungsformen (*reverentia loci*), vom hoheitlichen Asylmonopol des Staates (Art. 16a GG) und von bloß weltlich-politischen Anliegen („Bürgerasyl“ u. a.).⁴⁶¹

2. Das heutige Kirchenasyl zieht seine Legitimität nicht mehr aus dem Institut einer vorstaatlichen *reverentia loci* und auch nicht aus dem sozialwissenschaftlichen Konzept zivilen Ungehorsams. Ein Recht der Kirchen auf die Gewährung von Kirchenasyl ist aus dem Grundgesetz selbst – dem Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften des Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV und der Religionsfreiheit des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG – ableitbar.⁴⁶²

3. Insbesondere entspricht Kirchenasyl dem christlichen Glaubensverständnis und ist „ordnen und verwalten“ desselben – und damit als „ihre“ Angelegenheit durch Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV geschützt.⁴⁶³ Es ist daher auch abzulehnen, eine christlich-theologische Perspektive von der Perspektive des staatlichen Rechts trennen zu wollen. Die theologische Sicht auf das Kirchenasyl ist über das Selbstbestimmungsrecht des Art. 140 GG/Art. 137 Abs. 3 S. 1 WRV ein Bestandteil der Prüfung staatlichen Verfassungsrechts.⁴⁶⁴

4. Die staatsbürgerlichen Pflichten des 140 GG/Art. 136 Abs. 1 WRV und das einfache Asyl- und Ausländerrecht vermögen der Gewährung von Kirchenasyl keine Schranken zu setzen.⁴⁶⁵ Die Gewährung von Kirchenasyl ist im Einzelfall aus Glaubensgründen erforderliche, im Übrigen grundsätzlich verfassungskonforme, insbesondere verhältnismäßige Ausübung des Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG.⁴⁶⁶

5. Kirchenasyl ist *nicht politisch* und darf weder von kirchlichen Stellen noch vom Staat oder politischen Verantwortungsträgern derart missverstanden werden.⁴⁶⁷

⁴⁶⁰ Kritisch siehe etwa *Hillgruber* (Fn. 12), S. 294, 296.

⁴⁶¹ Siehe dazu oben **C.** und **E. II. 1.** und **E. II. 3. b) aa).**

⁴⁶² Siehe dazu oben **E. I.** und **E. II.**

⁴⁶³ Siehe dazu oben **E. I. 1.**

⁴⁶⁴ Siehe dazu oben **E. I. 1. a)** und **b).**

⁴⁶⁵ Siehe dazu oben **E. II. 3. a).**

⁴⁶⁶ Siehe dazu oben **E. II. 3. b).**

⁴⁶⁷ Siehe dazu oben **E. II. 1.**

Kirchenasyl ist Ausdruck einer reziproken Beziehung von Recht und Gerechtigkeit, wie sie christlich auf die Bergpredigt in *Mt 5,20* zurückgeht.⁴⁶⁸

6. Die zweifelhafte Rhetorik und verkürzte Argumentation – in der Literatur bei *Renck, v. Münch, Stiebig* und *Maaßen* und in der Rechtsprechung beim *VG Ansbach*, mit der wohl jedenfalls auch eine persönliche, politische Haltung der Autoren zu Asyl und Kirche zum Ausdruck kommt,⁴⁶⁹ sind destruktiv. Auf diese verbalen Angriffe sollten die Kirchen in der Weise reagieren, dass stets die Religionsausübung im Vordergrund stehen muss. Kirchenasyl ist kein Vehikel asylpolitischer Ziele, sondern allein christlicher Beistand.

⁴⁶⁸ Siehe dazu oben **E. II. 3. b) cc) (4)**.

⁴⁶⁹ Siehe dazu oben **E. II. 3.**