

Share our Vision
Shape your Future

Let's reach new heights and achieve more together.

Bewerben Sie sich bei DLA Piper für eine Wissenschaftliche Mitarbeit,
das Referendariat oder als Associate (m/w/d)!

Frankfurt · Hamburg · Köln · München
250+ Anwältinnen und Anwälte in Deutschland
dlapipercareers.de



dlapiper.com

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct entities. Further details of these entities can be found at dlapiper.com. Lawyer Advertising. Copyright © 2021 DLA Piper. All rights reserved.

ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Journal Bucerius Law Journal
Law Journal Bucerius Law
Journal Bucerius Law Journal
Bucerius Law Journal
Juni 2024 Bucerius Law Journal
Heft 01/24 Bucerius Law Journal
Seiten 1-41 Bucerius Law

Editorial Alexander Vadokas

Lawyers as Leaders? The Leadership Requirement of the Crime of Aggression 1

Gesellschaftsrecht Christoph Ruholl

One Share One Vote? - Ökonomische Analyse von Mehrstimmrechtsaktien und Bewertung des EU Listing Acts und Zukunftsfinanzierungsgesetzes 8

Arbeitsrecht Alexander Willers

Formzwang im Individualarbeitsrecht - de lege lata und de lege ferenda 17

Int. Privatrecht Alexandra-Theresa Hufnagel

Grenzenlos grenzüberschreitende Geburten - Der gewöhnliche Aufenthalt von Kleinstkindern im IPR 24

Edgar Groß-Weege

Legitimer Schiedszwang im Profisport? 30

Strafrecht Pauline Mühleck

Wie willensfrei ist der Mensch? 36

in cooperation with



Bucerius Law Journal · Juni 2024 · Heft 01/2024 · Seiten 1-41
www.law-journal.de

Bucerius Law Journal Buce
Law Journal Bucerius Law
Journal Bucerius Law Jour
Bucerius Law Journal Buce
Law Journal Bucerius Law

Redaktion der Ausgabe 01/2024

Mesut Akbaba
 Alicia Albrecht
 Simon Baalman
 Benedikt Bartylla
 Johanna Becker (Vorstandsmitglied)
 Paul Kuljus Biosca
 Emanuel Buhl (Vorsitzender)
 Annika Diemke (Ressortleiterin)
 Edgar Groß-Weege
 Fabian Hagemeister
 Marvin Kalmbach
 Linus Katzenbach
 Philipp Kehl
 Kim Ottilige
 Julian Petrat
 Christoph Rathert (Ressortleiter)
 Maximilian Roth (Vorstandsmitglied)
 Christoph Ruholl (Stellv. Vorsitzender)
 Svenja Schwartz (Ressortleiterin)
 Isabelle Stein
 Maximilian Tränkner (Servermanagement)
 Viktoria Wicker
 Niklas Wilde

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V., Hamburg

Bucerius Law Journal
 c/o Bucerius Law School
 Jungiusstraße 6
 20355 Hamburg

www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

Erscheinungsweise

Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint zweimal jährlich in einer Auflage von jeweils 500 Exemplaren.

Umschlaggestaltung

Emanuel Buhl und Christoph Ruholl

Urheberrechte

Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

Manuskripte

Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Call for Papers

EINSENDEN VON BEITRÄGEN

Wir nehmen laufend Beitragsvorschläge für die kommenden Ausgaben entgegen. Das Bucerius Law Journal ist offen für Einsendungen von Wissenschaftlern und Praktikern, möchte aber vor allem auch Studierenden deutschlandweit eine Plattform zur Veröffentlichung wissenschaftlicher Beiträge bieten. In jeder Ausgabe werden daher vorwiegend studentische Aufsätze veröffentlicht.

Bitte senden Sie Beiträge als Word-Datei an **info@law-journal.de**. Ein Beitrag sollte 35.000 Zeichen (inklusive Fußnoten und Leerzeichen) nicht übersteigen. Die Zitierweise von Fundstellen sollte ferner den Vorgaben unseres Zitierleitfadens entsprechen.

Die Zweitveröffentlichung eines schon an anderer Stelle veröffentlichten Beitrages im Bucerius Law Journal kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht. Bitte weisen Sie bei Einsendung eines Beitrages darauf hin, ob Ihr Beitrag schon einmal veröffentlicht wurde bzw. ob Sie den Beitrag zur Zeit auch einer anderen juristischen Zeitschrift zur Veröffentlichung angeboten haben.

Nach Einsendung Ihres Beitrages wird dieser durch zwei Redakteure gelesen. Diese entscheiden, ob der Beitrag für eine Veröffentlichung im Bucerius Law Journal in Betracht kommt. Ist dies der Fall, bieten wir Ihnen die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben zu den in unserem Autorenvertrag niedergelegten Bedingungen an.

Bitte beachten Sie: Da wir uns am Konzept US-amerikanischer Law Journals orientieren, in denen die Redaktion eine aktive Rolle bei der Auswahl passender Beiträge übernimmt, unterziehen wir die eingesandten Beiträge auch einer kritischen inhaltlichen Prüfung. Sollten wir Ihnen eine Veröffentlichung anbieten, werden wir Ihnen daher ggf. auch Kürzungs- und Verbesserungsvorschläge unterbreiten. Änderungen werden aber – selbstverständlich – nur in Absprache mit Ihnen bzw. von Ihnen selbst vorgenommen.

VERÖFFENTLICHEN STUDENTISCHER SEMINARARBEITEN

Im Bucerius Law Journal veröffentlichen Studierende regelmäßig auch wissenschaftliche Beiträge, die aus besonders gelungenen Seminararbeiten hervorgegangen sind und vorher in eine veröffentlichungsfähige Version umgearbeitet wurden.

Wenn Du selbst eine besonders gelungene Seminararbeit geschrieben hast und diese veröffentlichen möchtest, dann schicke sie bitte an **info@law-journal.de**.

Zwei Redakteure werden Deine Arbeit lesen und prüfen, ob man diese in einen Aufsatz umarbeiten kann. Ist dies der Fall, machen wir Dir einen entsprechenden Umarbeitungsvorschlag und bieten Dir die Veröffentlichung in einer der nächsten Ausgaben an. Bei der Umarbeitung wirst Du von uns mit Rat und Tat unterstützt.

Bitte beachte: Wir bewerten die Veröffentlichungsfähigkeit einer Seminararbeit nicht vorrangig nach deren Benotung. Eine mit 16 Punkten benotete Seminararbeit kann also zum Beispiel zwar handwerklich perfekt, thematisch aber uninteressant sein, während eine „nur“ mit 10 Punkten benotete Arbeit trotz handwerklicher Fehler dennoch sehr innovative und daher veröffentlichungswürdige Gedanken enthalten kann. Im Zweifel solltest Du uns Deine Arbeit einfach einschicken – wir klären dann gemeinsam, ob sie veröffentlichungsfähige Elemente enthält.

Bucerius Law Journal

Redaktion dieser Ausgabe: Mesut Akbaba, Alicia Albrecht, Simon Baalman, Benedikt Bartylla, Johanna Becker (Vorstandsmitglied), Paul Kuljus Biosca, Emanuel Buhl (Vorsitzender), Annika Diemke (Ressortleiterin Öffentliches Recht), Edgar Groß-Weege, Fabian Hagemeister, Marvin Kalmbach, Linus Katzenbach, Philipp Kehl, Kim Otilige, Julian Petrat, Christoph Rathert (Ressortleiter Zivilrecht), Maximilian Roth (Vorstandsmitglied), Christoph Ruholl (Stellvertretender Vorsitzender), Svenja Schwartz (Ressortleiterin Strafrecht), Isabelle Stein, Maximilian Tränkner (Servermanagement), Viktoria Wicker, Niklas Wilde

Heft 01/2024
Seiten 01-41
Juni 2024

Alexander Vadokas*

Lawyers as Leaders? The Leadership Requirement of the Crime of Aggression

Abstract

This article analyses the leadership clause of Article 8bis of the Rome Statute in light of a possible case against a legal counsel who advises a government on its course of action. After examining the origins of the crime of aggression in the jurisprudence of the post-World War Two tribunals, a comparison between the historic “shape or influence” standard and the contemporary “control or direct” requirement is made to find out whether the Rome Statute follows its historic precedents or goes beyond them by establishing its own stricter requirements.

A. Introduction

In June 2010, the Assembly of State Parties adopted the Kampala amendments on the crime of aggression which¹ entered into force in July 2018. They were described as a landmark in evolving international criminal law.² Nevertheless, not a single case has been brought to the International Criminal Court (the Court), nor a preliminary examination has been conducted yet. The question arises whether there will ever be one.³ Doubts do not just emerge from the political nature of the use of force and the powers given to the UN Security

Council under Article 16 of the Rome Statute⁴, but also from the definition contained in Article 8bis of the Rome Statute and a changing world since the Nuremberg and Tokyo trials.⁵ Sceptics of this definition point out that it will be difficult to identify defendants whom to charge with the crime of aggression.⁶ This is so because of the threshold clause contained in Article 8bis of the Rome Statute limiting the circle of possible perpetrator or accomplices to leaders on the higher levels of the decision-making ladder. The Office of the Prosecutor (OTP) itself stated that in order to improve its success rate in court it “consider[s] bringing cases against notorious or mid-level perpetrators”.⁷ How does this respond to the leadership character even critics of the Statute’s definition agree on? On the other hand, does this leadership character stand in the way of charging “those persons who appear to be the most responsible for the identified crimes” as laid down in another paper by the OTP?⁸ Can such a mid-level perpetrator be “a person in a position effectively exercise control over or to direct the political or military action of a state” as required by Articles 8bis and 25(3bis) of the Rome Statute?

B. The Role of the Government Counsel

Firstly however, the job of the government counsel relevant to the present issue should be investigated a bit more precisely. The prohibition of the use of force as a fundamental

* At the time of writing, the author was a student assistant in the Independent Research Group “Criminal Law Theory” of the Max-Planck-Institute for the Study of Crime, Security and Law Freiburg headed by Dr. iur. Dr. phil. Philipp-Alexander Hirsch. The author would like to express his gratitude to all members of the research group for their valuable input.

¹ Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the Crime of Aggression (adopted 11.06.2010) 2922 UNTS 199.

² Kai Ambos, ‘The Crime of Aggression after Kampala’ (2010) 53 German Yearbook of International Law 463, 463; 508; Claus Kreß and Leonie von Holtendorff, ‘The Kampala Compromise on the Crime of Aggression’ (2010) 8 Journal of International Criminal Justice 1179, 1216; Astrid Resinger Coracini, ‘The International Criminal Court’s Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression – At Last ... In Reach ... Over Some’ (2010) 2 Göttingen Journal of International Law 745, 748; 787.

³ For a detailed discussion see Andreas Zimmermann and Elisa Freiburg-Braun, *Aggression under the Rome Statute: An Introduction* (2019) paras 421–438; Stefanie Bock, ‘Individuelle Verantwortlichkeit Für Staatliche Angriffshandlungen. Überlegungen Zum Verbrechen Der Aggression’ in Jan Christoph Bublitz and others (eds), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag* 1451.

⁴ Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17.07.1998, entered into force 01.07.2002) 2187 UNTS 90.

⁵ Andreas Paulus, ‘Second Thoughts on the Crime of Aggression’ (2009) 20 European Journal of International Law 1117, 1117, 1124; Noah Weisbord, ‘Conceptualizing Aggression’ (2009) 20 Duke Journal of Comparative & International Law 1, 47; M Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law* (2nd rev., Nijhoff 2013) 668 et seq; Alex Whiting, ‘Could the Crime of Aggression Undermine Deterrence?’ (2021) 19 Journal of International Criminal Justice 1017, 1018.

⁶ Mikaela Ediger, ‘Prosecuting the Crime of Aggression at the International Criminal Court: Lessons from the Tokyo Tribunal Notes’ (2018) 51 New York University Journal of International Law and Politics 179, 192–199.

⁷ Office of the Prosecutor, ‘Strategic Plan 2019–2021’ para 24 <https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20190726-strategic-plan-eng.pdf> accessed 30 May 2024.

⁸ Office of the Prosecutor, ‘Policy Paper on Case Selection and Prioritisation’ paras 42–43 https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf accessed 21 January 2022; Carrie McDougall, *The Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court* (Second edition, 2021) 215–216.

principle of today's world order cannot be circumvented by covering illegal military actions with legal arguments of sometimes questionable nature. When Article 8bis of the Rome Statute demands an "act of aggression which by its character, gravity and scale constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations" it opens up space for legal debate. Therefore, governments are well advised to take legal aspects into account before taking military action. However, a talented lawyer can find a legal basis for any action – might it be as questionable as possible.⁹ In legal systems where parliament has to approve of military operations, any legal argument will be welcomed in the political debate. To shield political and military leaders from false legality in sheep's clothing, jurists cannot *per se* be excluded from possible criminal liability. Nevertheless, caution must be shown when it comes to highly debated exceptions to Article 2(4) of the UN Charter. Preventive self-defence, humanitarian intervention and intervention upon invitation all constitute cases of the use of force which – if accepted – do not fulfil the requirement of violation of the UN Charter and if not might not be a *manifest* violation.¹⁰ "Character, gravity and scale" as in Art. 8bis of the Rome Statute are legal terms which need to be interpreted. "Gravity" describes the seriousness or significance of the use of force whereas "scale" level or magnitude of an act.¹¹ If a government official – for example the president of a country as commander in chief – presents his military and legal staff the idea to conduct a military operation in a neighbouring state, his military advisors might offer him a variety of options. Somewhere between the narrowly tailored elimination of the target by remotely controlled high precision weapons with relatively low impact and casualties over the employment of a group of special forces and a full-on invasion lies the line crossing the gravity and scale requirements. The legal advisor has to filter which of these options are still in line with international law and which ones constitute a manifest violation of the UN Charter. By defining this line between legality and criminality, the legal counsel clearly is in a position to exert influence at the very least.

Between political will and military possibility lies the safeguard of legality. This tension is well displayed in the movie "Eye in the Sky" where a decision must be made during a military operation with changing circumstances. It demonstrates how military possibilities are restricted by legal safeguards such as the principle of proportionality. In a – perhaps idealistic – world in which the rule of law is never broken, if a commander turns to his legal advisor to determine the legality of a military move, he would like to execute, the legal counsel effectively holds the reins in their hands.

Legal counsels have various options to use their position to transform political ideas into legal reality. Every government has its in-house legal advisers. They draft bills and administrative guidelines or prepare statements on the legality of a certain issue. Those opinions play a pivotal role in the decision-making process. Since the establishment of the UN, the legality of war has been questioned more than ever. In order to overcome the prohibition of the use of force contained in Article 2(4) of the UN Charter, careful legal considerations must be made. Politicians in the legislative and administrative branch of a state ground their decisions on expert reports. Their political value regularly depends on the person drafting it. Nonetheless, some hold the opinion that the legal advisor's sole task – regardless of whether in house or not – is to support the client's political goal and finding a (pseudo-)legal basis for it.¹² If proven, this would strongly suggest criminal liability as either co-perpetrator or aider and abettor. In such setting, it cannot be denied that a legal counsel *shapes* (by drafting own provisions) or *influences* (by providing the legal justification in the decision-making process) the political or military action of a state. Answering that question requires to contemplating the details of the specific constitutional and factual environment.¹³

The case of the Reich Minister of Foreign Affairs *Joachim von Ribbentrop* before the International Military Tribunal (IMT) can serve as a historic example of criminal responsibility of jurists. In its judgement, the IMT describes in detail how *von Ribbentrop* attended various meetings, discusses war strategies, pressured foreign governments to accept the Nazis' occupation or their entering into the war.¹⁴ Compared to that, one of the Minister's acts is missed easily. "Von Ribbentrop was advised in advance of the attack on Norway and Denmark and of the attack on the Low Countries, and prepared the official Foreign Office memoranda attempting to justify these aggressive actions."¹⁵ The judges did not further elaborate on this point than those few lines. However, this is a task similar to the job of a government legal counsel. Due to *von Ribbentrop's* different positions in the Third Reich's hierarchy, the question whether those memoranda alone would suffice for a conviction under count one was left unanswered. Nonetheless, the judgement offers a glimpse on the involvement of legal memoranda in crimes against peace. Justifying acts of aggression meant taking part in the aggression itself.

The so called "torture memos" by *John Yoo* and *Jay Bybee*, two White House counsels during the Bush administration, pose a more recent example of how legal advisors can influence state actions. Although in the context of crimes against humanity, whose definition does not contain a leadership requirement, some authors argued *Yoo* and *Bybee* might have exposed themselves to criminal liability.¹⁶ The torture

⁹ Paulus (n 5) 1123.

¹⁰ Zimmermann and Freiburg-Braun (n 3) paras 181–200; Revaz Tkemaladze, 'Unilateral Humanitarian Intervention: A Crime of Aggression under the Rome Statute of the International Criminal Court?' (2020) 1 Levan Alexidze Journal of International Law (LAJIL) 133–135; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law The Crimes and Sentencing*, vol 2 (Second edition, Oxford University Press 2022) 234; Bock (n 3) 1440.

¹¹ Andreas Zimmermann and Elisa Freiburg-Braun, 'Article 8bis' in Kai Ambos (ed), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (4th edn, Beck Hart Publ Nomos 2022) paras 62–63.

¹² Hans Corell, 'The Role of the Legal Adviser of the Department of State' (1991) 85 The American Journal of International Law 358, 359, 361.

¹³ Carl Schmitt, *Das Internationalrechtliche Verbrechen Des Angriffskrieges Und Der Grundsatz 'Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege'* (Helmut Quaritsch ed, Duncker & Humblot 1994) 64.

¹⁴ 1 *USA et al v Goering et al* (IMT) 285–286.

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ Milan Markovic, 'Can Lawyers Be War Criminals' (2007) 20 Georgetown Journal of Legal Ethics 347; Joseph Lavitt, 'The Crime of Conviction of John Choon Yoo: The Actual Criminality in the OLC during the

memos provided the guidelines for the official handbook on interrogations of al-Qaeda detainees. *Yoo's* and *Bybee's* interpretation of the US Constitution and other relevant law ruled out some interrogation techniques while permitting others to be used. Their reasoning directly influenced the actions of interrogators in Guantanamo Bay and Iraq;¹⁷ even though *Yoo* and *Bybee* themselves did not interrogate a single suspect. Applied to the legal setting of the crime of aggression, it becomes visible how a juridical opinion presented to high-level decision makers can determine the behaviour of those acting on the other end of the hierarchical ladder. The question stands: does this suffice to satisfy the leadership requirement of Article 8bis of the Rome Statute? Some authors do take this view,¹⁸ but usually do so without a detailed reasoning. A closer look at the scope of the leadership requirement therefore seems warranted.

C. Historic Development of the Crime of Aggression

Before the establishment of the Court similar considerations had to be made after the Second World War. Therefore, the legal history of the crime of aggression can provide guidance in answering the question of criminal liability for a state's aggressive acts.

The idea of punishing one individual “for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties”¹⁹ dates back to 1919, when the Principal Allied and Associated Powers called for a trial against the former German Emperor William II.²⁰ However, this trial never took place. Thus, the evolution of the crime rather began when the world sought an answer to the mass atrocities committed by the Nazi regime.

I. The International Military Tribunals

During the Second World War, the Allies declared to jointly commit the “major criminals” to stand trial in the 1943 Moscow Declaration. They eventually signed the London Agreement in order to create an international tribunal for those “major war criminals”.²¹ The legal origin of crimes against peace was harshly debated during the trials and in the aftermath.²² In view of the IMT, the London Agreement “was the exercise of sovereign legislative power by countries to which the German Reich unconditionally surrendered”.²³ Other war criminal tribunals confirmed this

Bush Administration’ (2010) 62 *Maine Law Review* 155, 174–180; Jens David Ohlin, ‘The Torture Lawyers’ (2010) 51 *Harvard International Law Journal* 193.

¹⁷ Milan Markovic, ‘Advising Clients after Critical Legal Studies and the Torture Memos’ (2011) 114 *West Virginia Law Review* 109, 125–128; Lavitt (n 16) 156–167.

¹⁸ Yudan Tan, ‘The Crime of Aggression: Articles 8bis and 25(3bis) of the Rome Statute and Custom’, *The Rome Statute as Evidence of Customary International Law* (Brill Nijhoff 2021) 199; Asif Khan, Nazar Hussain and Sahib Oad, ‘The Rome Statute: A Critical Review of the Role of the SWGCA in Defining the Crime of Aggression’ (2023) 6 *Pakistan Journal of International Affairs* 22.

¹⁹ Article 227 of the Treaty of Versailles 1919.

²⁰ For a detailed discussion of Article 227 of the Treaty of Versailles see Gerd Hankel, ‘The Versailles Treaty and the Idea of Prosecuting Wars of Aggression’ in Stefanie Bock and Eckart Conze (eds), *Rethinking the Crime of Aggression* (Springer 2022).

²¹ Article 1 of the IMT Charter 1945.

²² Bassiouni (n 5) 554–555; Paulus (n 5) 1120.

²³ *Goering et al.* (n 14) 461; cited as in Carrie McDougall, ‘The Crimes against Peace Precedent’ in Claus Kreß and Stefan Barriga (eds), *Crime of Aggression Library* (Cambridge University Press 2016) 51.

jurisprudence, whereas scholarly debate criticised it.²⁴ However, due to the confirmation of the IMT jurisprudence by the Tokyo and subsequent Nuremberg Trials, crimes against peace have fully developed as customary international law.²⁵

The first crime the IMT had to deal with was nothing less than the “supreme international crime”.²⁶ This crime constituted count one and two of the indictment, being enshrined in Article 6(a) of the IMT Charter: crimes against peace. “[N]amely planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression”. This language mostly prevailed during the negotiations for the Rome Statute. As the IMT judged upon the major criminals only, there was no need to explicitly add a leadership clause.²⁷ The IMT nonetheless acquitted *Hjalmar Schacht* of charges for crimes against peace because he was not a part “of the inner circle around Hitler”.²⁸ This serves as an early example that the circle of possible perpetrators of crimes against peace was meant to be strictly limited.

Similar to the IMT in Europe, the International Military Tribunal for the Far East sitting in Tokyo (IMTFE) prosecuted “major war criminals in the Far East”²⁹. In its judgement, the IMTFE held that a position of influence is a necessary prerequisite of a conviction for crimes against peace.³⁰ Defendant *Heitaro Kimura* was explicitly convicted for “giving advice”.³¹

The IMT went even further when it concluded that businessmen were part of the conspiracy to wage an aggressive war,³² thereby setting the scope wider than sworn in members of government.

II. The Subsequent Nuremberg Trials

After the joint trial by the four Allies, they passed Control Council Law No. 10 (CCL 10) in order to enable trials against other war criminals. The text copied the definition of crimes against peace but added in Article II paragraph 2(f) of CCL 10 that a person may only be charged with crimes against peace “if he held a high political, civil or military (including General Staff) position in Germany or in one of its Allies, co-belligerents or satellites or held high position in the financial, industrial

²⁴ 14 *US v von Weizsäcker et al* [1949] NMT Case No. 11 318–322; *Trial of Gauleiter Artur Greiser* [1946] *Law Reports of Trials of War Criminals* 70, 75, Vol. XIII; LRTWC, Vol. XIV *Trial of Takashi Sakai* [1946] *Law Reports of Trials of War Criminals* 3–4, Vol. XIV; McDougall (n 23) 50–52 with further notes.

²⁵ McDougall (n 23) 103.

²⁶ 1 *Goering et al.* (n 14) 186.

²⁷ 8 *US v Krauch et al* [1947] NMT Case No. 57 1124; Kevin Jon Heller, ‘Retreat from Nuremberg: The Leadership Requirement in the Crime of Aggression’ (2007) 18 *European Journal of International Law* 477, 480; William Schabas, *The International Criminal Court a Commentary on the Rome Statute* (2nd edn, Oxford University Press 2016) 309.

²⁸ 22 *Goering et al.* (n 14) 555; Schabas (n 27) 309.

²⁹ Article 1 of the IMTFE Charter 1946; Nicolaos Strapatsas, ‘Is Article 25(3) of the ICC Statute Compatible with the Crime of Aggression’ (2007) 19 *Florida Journal of International Law* 155, 178.

³⁰ Strapatsas (n 29) 178; Nikola R Hajdin, ‘Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression: Tracking Down the Leaders of a State’ 44 <http://lup.lub.lu.se/student-papers/record/7855313> accessed 23 September 2023.

³¹ *Judgment of 4 November 1948* (IMTFE) 49,807.

³² 22 *Goering et al.* (n 14) 468 et seq; Zimmermann and Freiburg-Braun (n 11) para 39.

or economic life of any such country.” A line had to be drawn somewhere between the common soldier or ordinary citizen on the one hand and the top-level decision-maker on the other hand. This requirement was already deemed necessary in an expert opinion on the crime against peace written by German jurist *Carl Schmitt* in 1945 even before start of the IMT trial. Holding a whole people accountable for a state act as a form of collective culpability, would be incompatible with the modern understanding of guilt as an individual attribution of responsibility. Hence, a restriction to the actual policy maker had to be sought.³³

Nevertheless, this first restriction on the circle of possible perpetrators and accomplices had to be filled with bigger precision. In the *Roechling* case, the appeals division of the French Military Tribunal overturned the conviction of *Hermann Roechling* for crimes against peace, as he “did not play a part which might be evaluated as a *leading part* within the meaning of the established legal interpretation of the provisions of (Control Council) Law No. 10”.³⁴

The US Military Tribunal at Nuremberg (NMT) held in the *Farben* case that Article II (1)(a) of CCL 10 was not “intended to apply to any and all persons who aided, supported, or contributed to the carrying out of an aggressive war”, but those “who were responsible for the formulation and execution of policies may be held liable for waging wars of aggression”.³⁵ This distinction was important in order to prevent the punishment of “the private soldier on the battlefield, the farmer who increased his production of foodstuffs to sustain the armed forces, or the housewife who conserved fats for the making of munitions.”³⁶ In the view of the NMT mass punishments were “unthinkable”.³⁷

The required position was finally formulated in the High Command case in which the NMT held “it is not a person’s rank or status, but his power to *shape or influence* the policy of his state, which is the relevant issue for determining his criminality under the charge of crimes against peace”.³⁸

By this, the NMT established a standard which unambiguously extends to individuals outside formal government circles as long as any form of influence is maintained. One can easily imagine that setting the course of action of a government by defining legal guidelines or offering different possibilities to implement a certain policy can be interpreted as constituting influence.

The only cases brought before the NMT against public jurists was the Justice case. Defendants were public prosecutors, judges and state secretaries of the Reich Ministry of Justice, none of which were accused of crimes against peace, but the abuse of their judicial power in the persecution and

oppression of civilians.³⁹ The classification as war crimes and crimes against humanity precluded the NMT from making any contributions to the jurisprudence regarding the leadership requirement. Regardless of their high positions in the judicial system, they were not able to influence the Nazis’ policies of destruction but rather were part of their execution.

III. Post War International Criminal Law

The crime of aggression played a minor role in the early days of modern international criminal law. On 14th December 1974, the UN General Assembly Adopted Resolution 3314 (XXIX) defining an act of aggression. The definition of the crime of aggression in Article 8bis(2) of the Rome Statute refers to this resolution when defining the state conduct of the act of aggression. However, neither of the *Ad Hoc* Tribunals contained the charge of crime of aggression in its statute. Thus, their case law could not influence on this issue the work of the International Law Commission (ILC) on the Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind of 1996 (1996 Draft Code)⁴⁰. This proposed attempt to codify international criminal law contained its own definition of the crime of aggression in its Article 16 which read “[a]n individual who, *as leader or organizer*, actively participates in or orders the planning, preparation, initiation or waging of aggression committed by a State shall be responsible for a crime of aggression.”⁴¹ According to the ILC, this provision closely resembled the language used by the Nuremberg precedents.⁴² It was of the opinion that an alleged perpetrator of a crime of aggression needs to possess the “necessary authority or power to be in a position potentially to play a decisive role” and therefore, the terms leader or organizer “must be understood in a broad sense.”⁴³

D. The Crime of Aggression as in Article 8bis of the Rome Statute

The drafters of the Kampala amendments on the crime of aggression agreed on their own definition in the early stages of the negotiations and did not significantly change it through the process.⁴⁴ That definition differs to those of the other three core crimes insofar neither of those know any limitation to the circle of possible perpetrators.⁴⁵

I. The Structure of the Modern Crime of Aggression

As Article 8bis(1) of the Rome Statute stipulates, the perpetration of a *crime* of aggression (committed by a person) requires beforehand the occurrence of an *act* of aggression

³³ Schmitt (n 13) 63. For a detailed analysis of Schmitt’s opinion see Valentin Jeutner, ‘Pirates in Suits: Carl Schmitt, “Ordinary Businessmen” and Crimes of Aggression’ (2019) 88 *Nordic Journal of International Law* 459.

³⁴ 14 *France v Roehling et al* 1109 Emphasis added.

³⁵ 8 *Farben Case* (n 27) 1124.

³⁶ 8 *ibid* 1125.

³⁷ 8 *ibid* 1126; Kevin Jon Heller, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law* (1st edn, Oxford University Press 2012) 184–185.

³⁸ 11 *US v von Leeb et al* [1947] NMT Case No. 72 489 Emphasis added.

³⁹ 3 *US v Altstoetter et al* [1947] NMT Case No. 8 3; Kai Ambos, *Der Allgemeine Teil Des Völkerstrafrechts: Ansätze Einer Dogmatisierung* (Duncker & Humblot 2002) 93–94.

⁴⁰ International Law Commission, ‘Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind’ [1996] *Yearbook of the International Law Commission* 15.

⁴¹ Emphasis added.

⁴² International Law Commission (n 40) 43.

⁴³ *ibid*.

⁴⁴ Special Working Group on the Crime of Aggression, ‘Discussion Paper Proposed by the Coordinator’, *ASP Official Records, ICC-ASP/2/10* (1999) 234; Astrid Reisinger Coracini and Pål Wrangé, ‘The Specificity of the Crime of Aggression’ in Claus Kress and Stefan Barriga (eds), *The Crime of Aggression: A Commentary* (Cambridge University Press 2016) 309.

⁴⁵ Robert Heinsch, ‘The Crime of Aggression after Kampala: Success or Burden for the Future Gojil Focus: ICC Review Conference’ (2010) 2 *Goettingen Journal of International Law* 713, 722.

(committed by a state) which is then defined in detail in paragraph 2.⁴⁶ The definition of the state element is just a *verbatim* reproduction of UNGA Resolution 3314 because it already shared consensus between the state community.⁴⁷ Therefore the commission of an act of aggression is limited to states only.⁴⁸

In order to prevent the prosecution of every soldier who was sent to war by their state, Article 8*bis*(1) of the Rome Statute introduces the leadership clause.⁴⁹ This ensures the sufficient link between the state conduct as a prerequisite of the crime of aggression and the perpetrator's individual conduct.

II. Contemporary Discussion of the Leadership Requirement

Reading the Rome Statute, the words “shape or influence” do not appear. This by no means suggests the abandonment of the leadership character of the crime of aggression. It continues to be a leadership crime.⁵⁰ Besides the definition of the crime according to Article 8*bis* of the Rome Statute, Article 25(3*bis*) of the Rome Statute as well as Element 2 of the Elements of Crimes to the crime of aggression contain a word-by-word repetition of the leadership requirement. It limits the circle of possible perpetrators to “a person in a position effectively to exercise control over or to direct the political or military action of the State”. The term “control or direct” has replaced the formula of “shape or influence”.⁵¹ Careful consideration should be given to the interpretation of this leadership requirement. Article 25(3*bis*) of the Rome Statute stipulates its application to the differentiated model of participation. Thus, a definition must fit to possible perpetrators as well as accomplices.⁵²

The use of the word “effectively” indicates that a *de facto* position is sufficient and does not limit prosecution to people in a *de jure* position of power.⁵³ It thereby extends the scope

beyond the group of formal government officials and covers industrial or religious leaders.⁵⁴ The question arises whether a government counsel is able to maintain enough influence to be seen equally as a leader.

1. “Shape or Influence” Equals “Control or Direct”

This question is to be answered in the affirmative if Nuremberg's “shape or influence” equals Kampala's “control or direct”. Being a treaty, the Rome Statute has to be interpreted in accordance with Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).⁵⁵ The first step therefore is to determine the ordinary meaning of the terms used. According to the Oxford dictionary, the word “control” means “[t]he power to influence or direct people's behaviour or the course of events”,⁵⁶ whereas “to direct” means to “[c]ontrol the operations of” something.⁵⁷ One term defining the other might lead to the conclusion that they describe virtually the same action. However, it has been suggested that the “to control” limb is to be understood as a slightly more passive role by supervising in the background while the “to direct” limb requires a more active role.⁵⁸ Since the terms are used alternatively, it is sufficient to fulfil one option or the other. If *directing* something means to exercise *control* and therefore to have the power to *influence* an action, then a sufficient link between the “shape or influence” and the “control or direct” standard seems to have been established. Some delegations have in fact taken this view during the drafting process.⁵⁹ Thus, the preparatory work seems to confirm this finding as intended by Article 32 of the VCLT.

The object and purpose of the Rome Statute is evidenced by its preamble. One goal of the Court is to “put an end to impunity”⁶⁰. This might favour a wide interpretation enabling the Court to prosecute as many as possible of those responsible in order to reach that goal. This does not necessarily contradict the leadership character of the crime of aggression, because it nonetheless limits the scope of the prosecutions. As evidenced by the NMT's judgements, the ordinary soldier does not have the “power to shape or influence” an aggressive policy. Neither does it extend the Court's powers beyond reasonableness.

It has been suggested that the term “control” does not cover mere influence on a state's policy whereas the term “direct” does.⁶¹ This is so because the control limb was modelled closer to the Nuremberg precedent which focused on a strictly bureaucratic system of leadership envisaged by the

⁴⁶ *ibid* 720; Zimmermann and Freiburg-Braun (n 3) para 201; Yoram Dinstein, ‘Aggression’ in Rüdiger Wolfrum (ed), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL] 2015) para 43.

⁴⁷ McDougall (n 8) 85–86.

⁴⁸ Astrid Reisinger Coracini and Pål Wrangé (n 44) 312.

⁴⁹ ‘Informal Inter-Sessional Meeting of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Held at the Liechtenstein Institute on Self-Determination, Woodrow Wilson School, Princeton University, New Jersey, United States, from 13 to 15 June 2005 (ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1)’ para 19; Astrid Reisinger Coracini and Pål Wrangé (n 44) 311; Volker Nerlich, ‘The Crime of Aggression and Modes of Liability – Is There Room Only for Principals?’ 58 *Harvard International Law Journal* (Online) 44.

⁵⁰ Special Working Group on the Crime of Aggression, ‘June 2006 Report (ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1)’ (2006) ICC-ASP/5/SWGCA/INF.1 para 88; Claus Kress, ‘The Crime of Aggression before the First Review of the ICC Statute’ (2007) 20 *Leiden Journal of International Law* 851, 851; Ambos, ‘The Crime of Aggression after Kampala’ (n 2) 489.

⁵¹ Nikola R Hajdin, ‘Responsibility of Private Individuals for Complicity in a War of Aggression’ (2022) 116 *American Journal of International Law* 788, 792.

⁵² Nikola R Hajdin, ‘Aggression and Criminal Responsibility (for Whom?)’ [2018] *Opinio Juris* <http://opiniojuris.org/2018/04/09/33521/> accessed 30 May 2024.

⁵³ Zimmermann and Freiburg-Braun (n 11) para 36; Hannah Lea Pfeiffer, *The Crime of Aggression and the Participation Model of the Rome Statute of the International Criminal Court* (2017) 166; Roger S Clark, ‘Rethinking Aggression as a Crime and Formulating Its Elements: The Final Work-Product of the Preparatory Commission for the International Criminal Court’ (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 859, 873.

⁵⁴ Special Working Group on the Crime of Aggression, ‘February 2009 Report (ICC-ASP/7/20/Add.1)’ (2009) ICC-ASP/7/20/Add.1 para 25; Ambos, ‘The Crime of Aggression after Kampala’ (n 2) 490; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law: Volume I: Foundations and General Part*, vol 1 (2nd edn, OUP Oxford 2021) 246.

⁵⁵ *Situation in the Democratic Republic of the Congo Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of the Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal* [2006] ICC ICC-01/04-168 [40]; Schabas (n 27) 520.

⁵⁶ Catherine Soanes (ed), *Oxford English Dictionary* (5th edn, Oxford University Press 2002) 178.

⁵⁷ *ibid* 232.

⁵⁸ Zimmermann and Freiburg-Braun (n 11) para 38.

⁵⁹ Special Working Group on the Crime of Aggression, ‘December 2007 Report (ICC-ASP/6/SWGCA/1)’ (2007) para 9.

⁶⁰ Paragraph 5 of the Statute's preamble.

⁶¹ Weisbord (n 5) 48–49.

German sociologist Max Weber in the early 20th century.⁶² Proposed changes to the leadership clauses' formulation – for example, adding an alternative focusing on influence –⁶³ did not find their way into the Statute. Therefore, according to one author, judges needed to read the term “influence” into the direct limb to capture post-bureaucratic leaders who do not hold formal positions.⁶⁴ When government counsels provide a legal opinion which has a causal link to their government's action, they influence the outcome of this decision-making process and thereby take a directing role.

Another argument speaking in favour of a wide scope of leadership is the lack of legal control of government attorneys and their greater responsibility towards not only the government as their client, but the whole people of their country.⁶⁵ If their legal advice is directed to an act of aggression and transformed thereto, criminal proceedings can serve as a control instrument where disciplinary measures do not suffice. At the same time, the prospect of such proceeding might have a deterrent effect as seen by preventive theories on the justification of punishment.⁶⁶ Additionally, such proceedings on the international level could facilitate clearing up the crimes on the national level.⁶⁷

2. “Control or Direct” Is More Restrictive than “Shape or Influence”

There are strong voices in the scholarly debate stating that the “control or direct” standard rather is “a retreat from Nuremberg” and therefore a stricter standard than the one of “control or direct”.⁶⁸

There is another legal instrument which uses the standard of “control and direct”. Article 17 of the Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts (ARSIWA) deals with the attribution of one state's internationally wrongful act to another. According to Article 17 ARSIWA, the latter state is responsible under international law for the first state's act (for example, an act of aggression) if it “controls or directs another state in the commission of an internationally wrongful act”. The ILC's commentary to the ARSIWA elaborates on this standard stating:

“the term ‘controls’ refers to cases of domination over the commission of wrongful conduct and not simply the exercise of oversight, *still less mere influence* or concern. Similarly, the word ‘directs’ does not encompass mere incitement or suggestion but rather connotes actual direction of an operative kind.”⁶⁹

The ILC's clarification is evidence that “control or direct” is meant to be quite a strict standard.⁷⁰ This interpretation also finds support in the *travaux préparatoires*. The delegates discussed whether “control or direct” really covered all the Nuremberg precedents and its “shape or influence” standard or whether a “widening” of the proposed clause was necessary.⁷¹ According to the Special Working Group on the Crime of Aggression, only a person in a position of “decisive influence” can be considered a leader.⁷²

Another argument lies within the *actus reus* of the crime of aggression as in Article 8bis(1) of the Rome Statute, according to which the “planning, preparation, initiation or execution [...] of an act of aggression” renders a person liable. This formulation closely corresponds to Article 6a of the IMT Charter. The phrasing “waging” a war of aggression was changed to “execute” an act of aggression, without changing the substance of the provision.⁷³ From that substance, the crime's nature as a state crime, follows the justification for its leadership character. The conduct verbs used in Article 8bis(1) of the Rome Statute describe the conduct of a leader with a certain position of authority.⁷⁴ The leader is elected to make decisions and create policies. Especially the first alternative (“planning”) raises interests regarding the issue at hand. If “control or direct” equalled “shape or influence”, the leadership requirement would be obsolete in regard to this variation of the crime, because everyone who participates in the planning of an aggressive policy, shapes and influences that same aggressive policy.

During the past 75 years the world has changed. Classic Weberian theories do not reflect modern day democracies as well as they did with governments of the early 20th century. Many more people influence the states policy in a democratic society than in the totalitarian Nazi regime. Hence, the wide

⁶² *ibid* 44–45.

⁶³ *ibid* 48.

⁶⁴ *ibid* 48–49.

⁶⁵ Richard B Bilder and Detlev F Vagts, ‘Speaking Law to Power: Lawyers and Torture’ (2004) 98 *American Journal of International Law* 689, 693.

⁶⁶ Claus Roxin and Luis Greco, *Strafrecht – Allgemeiner Teil Grundlagen – Der Aufbau Der Verbrechenlehre* (5th edn, CH Beck 2020) 134–135. Concurring Jennifer Trahan, ‘Historic Activation of the International Criminal Court's Crime of Aggression: The Assembly of State Parties Decide to Activate the ICC's 4th Crime’ *International Judicial Monitor*. Critical Whiting (n 5).

⁶⁷ Mark Drumbl, ‘The Push to Criminalize Aggression: Something Lost Amid the Gains’ (2009) 41 *Case Western Reserve Journal of International Law* 291, 317.

⁶⁸ Heller (n 27) 479–480; Robert Cryer and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (3rd edn, Cambridge Univ Press 2014) 314; Drumbl (n 67) 316; Stefan Barriga, ‘Against the Odds: The Results of the Special Working Group on the Crime of Aggression’ in Stefan (editor) Barriga, Wolfgang (editor) Danspeckgruber and Christian (editor) Wenaweser, *The Princeton Process on the Crime of Aggression* (1st edn, Lynne Rienner Publishers 2009) 8; McDougall (n 8) 231; Ambos, *Treatise on International Criminal Law The Crimes and Sentencing* (n 10) 241.

⁶⁹ International Law Commission, ‘Commentary to the Articles on State Responsibility of Internationally Wrongful Acts’ Article 17(7). Emphasis added.

⁷⁰ Heller (n 27) 491.

⁷¹ Special Working Group on the Crime of Aggression, ‘June 2007 Report (ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1)’ (2007) ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1 para 12.

⁷² ‘Informal Inter-Sessional Meeting of the Special Working Group on the Crime of Aggression, Held at the Liechtenstein Institute on Self-Determination, Woodrow Wilson School, Princeton University, New Jersey, United States, from 21 to 23 June 2004 (ICC-ASP/3/SWGCA/INF.1)’ para 49 <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/7855313> accessed 23 September 2023; Hajdin, ‘Responsibility of Private Individuals for Complicity in a War of Aggression’ (n 51) 793.

⁷³ Zimmermann and Freiburg-Braun (n 11) para 21; Weisbord (n 5) 49; Schabas (n 27) 308.

⁷⁴ Irina Kaye Muller-Schieke, ‘Defining the Crime of Aggression Under the Statute of the International Criminal Court’ (2001) 14 *Leiden Journal of International Law* 409, 419; Astrid Reisinger Coracini and Pål Wrange (n 44) 310–311 who state that the planning and preparation of other core crimes such as genocide require such a position as well, but fail to recognise that planning and preparation are not part of the other crimes' definitions.

“shape or influence” standard seems too broad today, as it would capture an excessively high number of individuals.⁷⁵ However, evidence that even the NMT was aware that influencing goes beyond controlling can be found in its judgements. In the Ministries case, the Tribunal convicted the defendant *Ernst von Weizsäcker* who held the position of the secretary of state and later of an ambassador. Applying the standard of “shape or influence” for his involvement in aggressive actions against Czechoslovakia, they held him accountable even though ‘his part was not a controlling one’⁷⁶. The defendants in the High Command case were high ranked military officials who certainly influenced the regime’s aggressive war when they drew up war strategies. The aggressive plans however did not originate from them, as they rather implemented them.⁷⁷ They were all acquitted, because the mere implementation of an aggressive policy did not suffice to attract criminal liability.⁷⁸ If a government asks a legal counsel to find arguments for its use of force, which it plans on using no matter what, the lawyer might find himself in a similar position.

A legal counsel writing an opinion that a specific course of action might be illegal influences the policy even if the decision makers listen to him and adopt their plans to a slightly different (for instance, smaller scaled) yet still potentially aggressive act. If the adviser backs the undertaking with valid legal arguments in a legal grey area (for example, humanitarian intervention), but later judges find that the counterarguments outweigh them, he still influenced the decision. The question to determine criminal responsibility under Art. 8bis of the Rome Statute is whether the influence was decisive.⁷⁹ This cannot be determined on an abstract level but only by a case-by-case assessment. If the legal memorandum is part of a debate in parliament and a MPs freely vote in favour of the aggressive plans, the decision did not lie with the legal advisor. In this case he did not exercise decisive control over the process. In a case where the legal advice is given during an ongoing military operation as its potential illegality is the only obstacle to the execution of a military move, giving the legal green light can be seen as a necessary prerequisite of the execution. The adviser is the person who *effectively* makes the decision of continuing or not. In this case the legal counsel would be more likely held criminally liable as a secondary participant only. A stricter interpretation of Art. 8bis of the Rome Statute could otherwise lead to the complete lack of criminal liability of a civil servant.⁸⁰

An expert opinion, which is later developed into the policy itself (similar to the case of Yoo and Bybee), would not just satisfy the “shape or influence” standard but the ILC’s definition of “control” as well.⁸¹

E. Conclusion

No one knows how much time will pass until the first trial for a crime of aggression takes place. This article has shown that since the first court appearance of crimes against peace, the drafters of the Kampala amendments have raised the bar. They replaced the NMT’s broad “shape or influence” standard by the stricter “control or direct” standard. When it comes to the role of government counsels, a case-by-case assessment will be warranted. The characteristics of the constitutional environment of the aggressor state must be considered. What position did the counsel fill? Was there any legal debate in a committee or even parliament or lies the military discretion (*de facto* or *de jure*) at one person? Prosecutors should also focus on the question whether the counsel created the aggressive policy or merely executed it. Further, if the decision to launch a military operation is largely based on his legal opinion on the lawfulness of such action and would not have been taken the same way without it, the Court might find that he exercised sufficient control over the decision-making process to render him criminally responsible. Hence, the OTP will have to carefully chose the defendants if it wants to prevent the leadership clause from risking its success rate.

⁷⁵ Barriga (n 68) 22; Zimmermann and Freiburg-Braun (n 11) para 40; Michael J Glennon, ‘The Blank-Prose Crime of Aggression’ (2010) 35 Yale Journal of International Law 71, 99–100; Ambos, *Treatise on International Criminal Law The Crimes and Sentencing* (n 10) 241.

⁷⁶ 14 *Ministries Case* (n 24) 354.

⁷⁷ Cryer and others (n 68) 313.

⁷⁸ 12 *Ministries Case* (n 38) 486.

⁷⁹ Hajdin, ‘Responsibility of Private Individuals for Complicity in a War of Aggression’ (n 51) 795; Hajdin, ‘Individual Criminal Responsibility for the Crime of Aggression’ (n 30) 51.

⁸⁰ Bock (n 3) 1449–1450.

⁸¹ Glennon (n 75) 99–100.

Christoph Ruholl*

One Share One Vote?

Ökonomische Analyse von Mehrstimmrechtsaktien und Bewertung des EU Listing Acts und Zukunftsfinanzierungsgesetzes

A. Einführung

Das Stimmrecht ist das zentrale Mittel des Aktionärs zur Einflussnahme innerhalb einer jeden Aktiengesellschaft.¹ Die Frühformen von Kapital- und Aktiengesellschaften sahen häufig eine demokratische Aktionärsbeteiligung vor. Jedes Mitglied sollte eine bzw. allenfalls eine begrenzte Anzahl von Stimmen haben, ohne Rücksicht auf die geleisteten Vermögensbeiträge (*One Shareholder One Vote*).² Ende des 19. Jahrhunderts wandelte sich der Ansatz zu einer Plutokratie, in welcher der Kapitaleinsatz proportional den Einfluss bestimmte (*One Share One Vote*).³ Daneben bildete sich Anfang des 20. Jahrhunderts ein drittes Modell heraus, welches einem Mitglied überproportional hohen Einfluss einräumte.⁴ Hierbei handelt es sich um das Mehrstimmrecht. Es gewährt dem Inhaber mehr Stimmrechte, als seinem Kapitaleinsatz entspricht.⁵ Ein solches Auseinanderfallen von Stimmkraft und Vermögenseinlage lässt das heutige Aktienrecht erst neuerdings wieder zu.⁶

Zwischen den beiden letzteren Ansätzen herrscht seit den Kodifikationen des modernen Aktienrechts ein global geführter wissenschaftlicher „Glaubenskrieg“⁷. Die einen sehen *One Share One Vote* als die „heilige Kuh“⁸ des Gesellschaftsrechts an. Die anderen bezweifeln, dass dieses Konzept gottgegeben ist, und erachten auch Mehrstimmrechte für sinnvoll. Das Gefecht wird auf dem Feld der Rechtsökonomik geführt. Lange Zeit stand es dabei nicht gut um das Mehrstimmrecht,⁹ doch neuerdings bildet sich wieder ein positiver Trend heraus¹⁰. Insbesondere der Börsengang von *Google* im Jahr 2004 hat eine internationale Welle der Rückbesinnung auf Mehrstimmrechte angestoßen.¹¹ Auch entschied sich der E-Commerce-Riese *Alibaba* 2014 für die NYSE anstelle der Hongkonger Börse, um dort Gebrauch von Mehrstimmrechts-

aktien machen zu können.¹² Im selben Jahr verlegte zudem *Fiat* aus dem gleichen Motiv seinen Sitz in die Niederlande.¹³ Ein Blick auf die Datenlage offenbart, dass im Jahr 2022 bei 21 % der US-Börsengänge Mehrstimmrechtsaktien ausgegeben wurden, bezogen auf die Börsengänge von Technologieunternehmen waren es sogar 50 %.¹⁴ Die Marktkapitalisierung von Mehrstimmrechtsgesellschaften betrug in den Vereinigten Staaten bereits im Jahr 2016 deutlich über drei Billionen Dollar; Tendenz steigend.¹⁵ Mit anderen Worten: Mehrstimmrechte sind *en vogue*.

Dies haben auch die europäischen und deutschen Regierungsvertreter nicht übersehen. Am 7. Dezember 2022 legte die Europäische Kommission im Rahmen des sog. EU Listing Acts unter anderem den Vorschlag einer Richtlinie zur Zulassung von Mehrstimmrechtsaktien vor.¹⁶ Derzeit steht lediglich noch dessen Billigung durch den Europäischen Rat aus. Parallel dazu werden in Deutschland durch das am 14. Dezember 2023 verkündete Zukunftsfinanzierungsgesetz (ZuFinG) Mehrstimmrechtsaktien wieder ermöglicht.¹⁷

Nach einer kurzen Heranführung an die Wirkweise (B.) greift dieser Beitrag die bislang überwiegend außer Landes geführte Debatte um das ökonomische Für und Wider von Mehrstimmrechten auf (C.). Es wird untersucht, ob Mehrstimmrechte sich im wohlfahrtsökonomischen Sinne effizient auf das Verhalten von Personen auswirken, also der Gewinn einer Person die Benachteiligungen anderer kompensiert.¹⁸ Hierzu werden verschiedene Modellvorstellungen beleuchtet, deren Zuverlässigkeit möglichst anhand bestehender empirischer Untersuchungen ermittelt wird. Aufbauend auf den hieraus gewonnen Erkenntnissen werden sodann die beiden Regelungsvorstöße auf europäischer und nationaler Ebene bewertet (D.). Der Beitrag schließt mit einem Fazit (E.).

B. Wirkweise des Mehrstimmrechts

Einen Zuwachs an positiver Entscheidungsmacht können Mehrstimmrechtsaktien im deutschen Aktienrecht nur bei Hauptversammlungsbeschlüssen bewirken, die eine Stimmenmehrheit voraussetzen.¹⁹ Dies betrifft den Regelfall und gerade solche Beschlüsse, die für die operative Leitung und strategische Ausrichtung der Gesellschaft relevant sind, namentlich die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, die Gewinnverwendung sowie die Entlastung und Vergütung von Vorstand und Aufsichtsrat.²⁰ Grundlagenbeschlüsse setzen hin-

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag stellt eine aktualisierte und gekürzte Fassung seiner Schwerpunktsseminararbeit bei Prof. Dr. Christoph Kumpan dar.

¹ Vgl. *Kraakman et al.*, Anatomy of CL, S. 57 f., 172 ff.

² *Harris*, in: *Wells*, History, S. 88 (98); *Sandrelli/Ventoruzzo*, in: *Wells*, History, S. 269 (271, 294); *Hansmann/Pargendler*, 123 Yale L.J. 948, 951 ff. (2014).

³ *Sandrelli/Ventoruzzo*, in: *Wells*, History, S. 269 (272 f., 294); *Dunlavy*, 63 Wash. Lee Law Rev. 1347, 1354 ff. (2006); *Hansmann/Pargendler*, 123 Yale L.J. 948, 951 ff., 1007 ff. (2014).

⁴ *Dunlavy*, 63 Wash. Lee Law Rev. 1347, 1387 (2006).

⁵ MüKo-AktG/*Heider*, § 12 Rn. 38;

Schmidt/Lutter/*Ziemons*, AktG, § 12 Rn. 19.

⁶ §§ 12, 135a AktG.

⁷ *Hopt*, in: *Geens/Hopt*, Eur. Comp. Law, S. 9 (15): “battle of creeds”.

⁸ *Houben/Meeusen*, ZEuP 2020, 11 (17): „sacred cow”.

⁹ Vgl. *Anderson*, Stimmrechtsproportionalität, S. 95; *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 249 ff., 296 f.; *Vogl-Mühlhaus*, Mehrstimmrecht, S. 344.

¹⁰ Vgl. *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 362; *Bueren/Crowder*, in: *Fleischer/Mock*, Gr. GV, S. 911 (977 ff.); *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 296 ff.; *Choi*, 8 HBLR 53, 79 f. (2018); *Ferrarini*, ECFR 2006, 147 (176); *Gurrea-Martinez*, 22 EBOR 475, 503 ff. (2021); *Roe/Venezze*, 76 Bus. Law. 467, 504 f. (2021).

¹¹ *Bueren/Crowder*, in: *Fleischer/Mock*, Gr. GV, S. 911 (970 ff., 978); *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 594 f. (2017); *Moore*, 12 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 93, 134 ff. (2020).

¹² *Berger et al.*, 72 Bus. Law. 295, 303 (2017);

Howell, 44 J. Corp. Fin. 440, 441 (2017).

¹³ Umfassend *Cronheim*, FS Wegen, S. 197 (199 ff.).

¹⁴ *Ritter*, Dual Class IPOs 2022.

¹⁵ *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 594 (2017).

¹⁶ MehrstimmR-RL-E, COM(2022) 761 final.

¹⁷ BGBl. I Nr. 354; zurückgehend auf den RefE ZuFinG v. 12.4.2023 und den Koalitionsvertrag v. 7.12.2021, S. 134.

¹⁸ *Eidenmüller*, Effizienz, S. 51 ff.; grundlegend *Kaldor*, 49 Econ. Journal 549 (1939); *Hicks*, 49 Econ. Journal 696 (1939).

¹⁹ *Anderson*, Stimmrechtsproportionalität, S. 59 f.;

Beckmann, Mehrstimmrecht, S. 7.

²⁰ § 133 I AktG iVm §§ 101 I 1, 103 I 1 u. 2, 113 I, 120 I 1, § 120a I 1, 174 I 1 AktG; *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (489 f.).

gegen Kapitalmehrheiten voraus, auf welche Mehrstimmrechte sich wesensgemäß nicht auswirken können.²¹ Gleichwohl fordert das Gesetz grundsätzlich auch dort flankierend die einfache Stimmenmehrheit, sodass der überproportionale Einfluss des dominanten Mehrstimmrechtsaktionärs²² in Form einer möglichen Sperrmacht erhalten bleibt.²³

C. Mehrstimmrechte aus ökonomischem Blickwinkel

Zu Beantwortung der Frage, welcher Ansatz zur Behandlung von Mehrstimmrechten vorzugswürdig ist, liefert vornehmlich die ökonomische Rechtsanalyse einen fundierten Bewertungsmaßstab.²⁴

I. Kapitalmarktbezogene Erwägungen

1. Finanzmarkttheorie und der Markt für Unternehmenskontrolle

Nach der Effizienzmarkthypothese spiegelt der Kurs im Falle einer Börsennotierung den derzeitigen Unternehmenswert und damit auch die Leistung des Vorstands akkurat wider.²⁵ Eine schlechte Unternehmensführung hat demnach zur Folge, dass der Börsenkurs unter das tatsächliche Wertpotenzial der Gesellschaft fällt.²⁶ Dies macht eine feindliche Übernahme attraktiv, bei welcher die Vorstände durch fähigere ersetzt werden, um so das bislang ungenutzte Potenzial zu realisieren. Dieser Markt für Unternehmenskontrolle unterwirft die Vorstände *ex ante* einem permanenten Disziplinierungsdruck zu einer wertsteigernden Unternehmensführung und beugt wohlfahrtsschädlichem Opportunismus vor.²⁷ Ein Kontrollaktionär kann dagegen „seine“ Gesellschaft und „seine“ Vorstände von der Kontrollübernahme durch einen feindlichen Übernehmer abschirmen²⁸ und die übrigen Aktionäre damit dem Vorteil der externen Kontrolle und wertsteigernder Übernahmen berauben²⁹.

Jedoch muss der Theorie des Marktes für Unternehmenskontrolle mittlerweile entgegengehalten werden, dass bereits erhebliche Zweifel an ihrer Grundannahme bestehen, wonach Kapitalmärkte effizient sind.³⁰ Die Erkenntnisse der verhaltensorientierten Finanztheorie zeigen, dass Anleger auch irrational handeln und fehlerhafte Entscheidungen treffen.³¹ Der Börsenkurs ist demnach kein präziser Monitor für Unternehmerleistung. Und selbst wenn er dies wäre, wird aus ihm nicht ersichtlich, ob seine aktuelle Entwicklung kausal auf

den Vorstandsleistungen oder auf anderen Gründen beruht.³² Darüber hinaus ist die Zahl der Übernahmen in Deutschland überschaubar³³ und häufig sind gut geführte Unternehmen betroffen³⁴. Dieser rechtstatsächliche Befund zeigt, dass lediglich eine geringe Übernahmegefahr besteht und das Übernahmemotiv nicht immer mindere Vorstandsleistungen sind. Weiters belegen Beobachtungen, dass Vorstände im Falle fehlerhafter Unternehmensleitung meist intern durch den Aufsichtsrat ersetzt werden und nicht extern durch einen feindlichen Übernehmer.³⁵ Gleichwohl ist noch denkbar, dass zumindest die abstrakte Drohung einer Übernahme Fehlverhalten vorbeugt.³⁶ Doch auch dies lässt sich bezweifeln. Vorstände können eine mangelnde Befähigung nicht ohne Weiteres beheben und werden sich im Bewusstsein der geringen Übernahmegefahr kaum von ihr einschüchtern lassen.³⁷ Die Kapitalmarktkontrolle als externer Corporate-Governance-Mechanismus begegnet damit gewichtigen Einwänden und stellt allenfalls ein Instrument der Grobsteuerung dar.³⁸ Als Einwand gegen das Mehrstimmrecht ist der Markt für Unternehmenskontrolle in der Folge nur bedingt tragfähig.

2. Auswirkungen auf den Unternehmenswert

Es bestehen empirische Beweise dafür, dass Mehrstimmrechte sich negativ auf den Börsenwert von Aktiengesellschaften auswirken,³⁹ weil der Kapitalmarkt erwartete Gefahren⁴⁰ vorab einpreist. Andererseits attestieren einige Studien Mehrstimmrechten neutrale Bewertungsfolgen oder gar Wertsteigerungen.⁴¹ Wiederum andere Studien kommen zu dem Ergebnis, dass Mehrstimmrechtsgesellschaften anfangs höher bewertet werden und nach einigen Jahren jedoch niedriger.⁴² Das Bild ist gespalten. Zahlenmäßig überwiegen die negativen Studien leicht.⁴³ Es kommt letztlich entscheidend darauf an, ob es der Aktiengesellschaft im Einzelfall gelingt, dem Kapitalmarkt die Vorteile der Bündelung der Stimmkraft in den Händen weniger (visionärer) Personen glaubhaft zu machen.⁴⁴

Bedeutsam ist, zu wessen Nachteil eine geminderte Unternehmensbewertung reichen würde. Sie könnte den Minderheitsaktionären schaden, denn ihre Anteile hätten einen niedrigeren Wert, ohne dass ihnen unmittelbare Kontrollvorteile erwachsen.⁴⁵ Diese Benachteiligung besteht allerdings nicht

²¹ Anderson, Stimmrechtsproportionalität, S. 58 f., 60; Beckmann, Mehrstimmrecht, S. 8.

²² Dieser wird nachfolgend als Kontrollaktionär bezeichnet.

²³ § 133 I AktG; Hölter/Weber/Solveen, AktG, § 12 Rn. 12; MüKo-AktG/Arnold, § 133 Rn. 53.

²⁴ Binder, Regulierungsstrategien, S. 20 ff.; Eidenmüller, Effizienz, S. 4 ff.; vgl. auch Fleischer, ZGR 2001, 1 (2, 32).

²⁵ Fama, 25 J. Finance 383, 383 ff. (1970); vgl. Easterbrook/Fischel, Econ. Corporate Law, S. 96 f.

²⁶ Manne, 73 J. Polit. Econ. 110, 112 (1965).

²⁷ Manne, 73 J. Polit. Econ. 110, 113 (1965).

²⁸ Burkart/Lee, 12 Rev. Fin. 1, 25 (2008); Grossman/Hart, 20 J. Fin. Econ. 175, 199 (1988); Holderness/Sheehan, 20 J. Fin. Econ. 317, 318 (1988).

²⁹ Vgl. Reddy, Dual-Class Stock, S. 206; Schäfer/Ott, Ök. Analyse, S. 796 f.; Easterbrook/Fischel, Econ. Corporate Law, S. 171 ff.; Grossman/Hart, 20 J. Fin. Econ. 175, 178 ff. (1988).

³⁰ Gordon, 69 U. Chi. L. Rev. 1233, 1235 ff. (2002);

Grossman/Stieglitz, 70 Amer. Econ. Rev. 393, 393 (1980).

³¹ Vgl. Kahneman/Tversky, Choices, S. 17 ff.; Ruffner, Ök. Grdl., S. 373 ff.; De Bondt/Thaler, 42 J. Finance 557 (1987).

³² Anderson, Stimmrechtsproportionalität, S. 234 f.; vgl. auch Beckmann, Mehrstimmrecht, S. 282.

³³ Vgl. Lohrer, Unternehmenskontrolle, S. 88 f.; Hasselbach/Rauch, BB 2019, 194, 194 f.

³⁴ Eisenberg, 89 Colum. L. Rev. 1461, 1499 (1989).

³⁵ Baums, Managementkontrolle, S. 6 f.; Morck et al., 79 Amer. Econ. Rev. 842, 843 ff. (1989).

³⁶ Beckmann, Mehrstimmrecht, S. 279 f.; Lohrer, Unternehmenskontrolle, S. 76.; Zöllner/Noack, AG 1991, 117 (126).

³⁷ Anderson, Stimmrechtsproportionalität, S. 238.

³⁸ Ebd.; Beckmann, Mehrstimmrecht, 290 f.; Klormann, Ext. Corp. Gov., S. 286 f.; Lohrer, Unternehmenskontrolle, S. 85 f.

³⁹ Claessens et al., 57 J. Finance 2741, 2769 f. (2002); Cronqvist/Nilsson, 38 JFQA 695, 714 f. (2003); Gregg/Poulsen, 20 J. Fin. Econ. 129, 149 (1988); Smart/Zutter, 69 J. Fin. Econ. 85, 105 (2003).

⁴⁰ Zu diesen sogleich unter B.II.2.b).

⁴¹ Adams/Ferreira, 12 Rev. Fin. 51, 77 ff., 84 (2008);

Jordan et al., 41 J. Corp. Fin. 304, 324 ff. (2016).

⁴² Cremers et al., ECGI, S. 19, 31 f.; Jackson, SEC 2018;

Kim/Michaely, ECGI, S. 32.

⁴³ Siehe Reddy, Dual-Class Stock, S. 265 ff.

⁴⁴ Vgl. Reddy, Dual-Class Stock, S. 216 ff.; Gurrea-Martinez, 22 EBOR 475, 481 (2021); Smart/Zutter, 69 J. Fin. Econ. 85, 105-107 (2003).

⁴⁵ Vgl. Schäfer/Ott, Ök. Analyse, S. 784 f.

für den Fall, dass Mehrstimmrechte von Anfang an bestanden. Dann nämlich sind die Minderheitsaktionäre in der Lage, die aus der disproportionalen Stimmrechtsstruktur denkbar erwachsenden Kosten zu antizipieren und einzupreisen, sofern die Struktur transparent gemacht wird.⁴⁶ Diese höheren Kapitalkosten trägt dann der Kontrollaktionär, welches ihm wiederum den Anreiz setzt, Überwachungsmechanismen vorzusehen, um diese Kosten zu reduzieren.⁴⁷

3. Attraktivität von Börsengängen

Dass gerade Familien- und junge Wachstumsunternehmen vor der Publikumsöffnung aus Angst vor dem Kontrollverlust zurückschrecken, ist eine wohl belegte Beobachtung.⁴⁸ Sie sind oft nicht bereit, auf ihre Kontrollvorteile zu verzichten. Diesem Belang können aber Mehrstimmrechtsaktien nachkommen, indem am Kapitalmarkt nur einfach und nicht stimmberechtigte Aktien ausgegeben werden, während die Mehrstimmrechtsaktien bei den ursprünglichen Eignern verbleiben. Eine Stimmrechtsverwässerung kann somit vermieden werden und die Gefahr einer feindlichen Kontrollübernahme besteht wie gesehen ebenfalls nicht. Dies macht Börsengänge und auch Unternehmensgründungen für solche Gruppen attraktiver,⁴⁹ wie auch die Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten zeigen.⁵⁰

Die Möglichkeit, das Eigenkapital ohne Einbußen an Kontrolle zu erhöhen, verschafft diesen Gesellschaften mehr Flexibilität in der Gestaltung ihrer Kapitalstruktur.⁵¹ Die Kontrollaktionäre halten die Gesellschaft nicht mehr von der Kapitalaufnahme zu den günstigsten Bedingungen ab, nur um ihren Einfluss zu wahren.⁵² Nunmehr kann über die Börse ein hoher Kapitalbedarf gedeckt werden, ohne dabei den Fremdkapitalanteil ausbauen zu müssen. Hierdurch können diese Gesellschaften ihr Illiquiditätsrisiko für Krisenzeiten senken und attraktiven Investitionsprojekten mitunter eher nachgehen.⁵³ Die Kapitalmarktfinanzierung fördert in der Folge – jedenfalls statistisch gesehen – das Unternehmenswachstum.⁵⁴ Dazu erhalten die Anleger durch vermehrte Kapitalmarktöffnungen die Gelegenheit, an aussichtsreichen Geschäftsmodellen zu partizipieren, welches auch die Attraktivität der Finanzmärkte steigern kann.⁵⁵

II. Erwägungen der Neuen Institutionenökonomik

Die Neue Institutionenökonomik untersucht schwerpunktmäßig, wie sich die Gestaltung von institutionellen Ordnungen

realistischerweise auf das menschliche Handeln auswirkt.⁵⁶ Sie bildet kein homogenes Theoriegebäude, sondern versammelt verschiedenartige Ansätze unter ihrem Dach.⁵⁷

1. Vertragsfreiheit in einem *Nexus of Contracts*

Nach einem Ansatz sind Gesellschaften als ein Geflecht von Vertragsbeziehungen anzusehen.⁵⁸ Diese vertragstheoretische Betrachtung impliziert, dass Vertragsfreiheit den Regelfall und zwingendes Recht den rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall darstellen muss.⁵⁹ Aus ökonomischer Warte begründet nur Marktversagen eine solche Ausnahme.⁶⁰ Der Marktmechanismus ist insbesondere dann beeinträchtigt, wenn erhebliche Informationsasymmetrien bestehen.⁶¹ Ohne das Wissen darum, ob in einer Aktiengesellschaft Mehrstimmrechte existieren und wer die Person des Kontrollaktionärs ist, besteht eine Informationsasymmetrie zu Lasten des Kapitalmarkts. Er kann die konkret bestehenden Gefahren dann nicht einpreisen. Die ökonomische Folge wäre ein „Zitronenmarkt“. In diesem bewertet der Kapitalmarkt sämtliche Aktiengesellschaften mit einem Abschlag, weil er sich nicht sicher sein kann, welche eine „Zitrone“ ist, also von einem opportunistischen oder ungeschickten Kontrollaktionär gelenkt wird.⁶² Einem solchen Marktversagen lässt sich aber durch Transparenz begegnen.⁶³

2. Corporate Governance und Agency-Kosten

a) Herrschaft und Residualrisikoträgerschaft

Die sog. Theorie der *Property Rights*⁶⁴ fragt danach, wem das Verfügungsrecht innerhalb der Gesellschaft zweckmäßig zugeordnet sein sollte, um optimale Anreize zu setzen.⁶⁵ Sie kommt zu dem Schluss, dass es den Aktionären zustehen sollte, weil diese das residuale Risiko tragen.⁶⁶ Ihnen steht lediglich das nach Befriedigung aller anderen Vertragspartner verbleibende Residuum zu.⁶⁷ Sie haben damit den stärksten Anreiz, das Unternehmen gewinnmaximierend zu führen, denn jede Verschwendung von Vermögenswerten schmälert ihr Residualeinkommen. Optimale Anreize werden demnach durch die Kopplung von Kontrolle und Residualrisikoträgerschaft gesetzt.⁶⁸ Mehrstimmrechtsaktien trennen dahingegen beides voneinander und setzen in der Folge Fehlanreize.⁶⁹

⁴⁶ Ebd.; Hart, Firms, S. 208; Ruffner, Ök. Grdl., S. 558; Grossman/Hart, 20 J. Fin. Econ. 175, 200 f. (1988).

⁴⁷ Hart, Firms, S. 208; Ruffner, Ök. Grdl., S. 558; Cronqvist/Nilsson, 38 JFQA 695, 715 (2003).

⁴⁸ Oxera, Report, S. 118 f.; Brau/Fawcett, 18 JACF 107, 115 (2006); Burkart/Lee, 12 Rev. Fin. 1, 40 f. (2008).

⁴⁹ Reddy, Dual-Class Stock, S. 213; Adams/Ferreira, 12 Rev. Fin. 51, 60 (2008); Roel/Venezze, 76 Bus. Law 467, 504 f. (2021).

⁵⁰ Bueren/Crowder, in: Fleischer/Mock, Gr. GV, S. 911 (969 ff.); Howell, 44 J. Corp. Fin. 440, 448 f. (2017).

⁵¹ Vgl. Reddy, Dual-Class Stock, S. 224 ff.; Ruffner, Ök. Grdl., S. 540 f.; Kalss, ZHR 187 (2023), 438 (464).

⁵² Burkart/Lee, 12 Rev. Fin. 1, 41 (2008); Herzog/Gebhard, ZIP 2022, 1893 (1895).

⁵³ Ruffner, Ök. Grdl., S. 540 f.; Brau/Fawcett, 18 JACF 107, 108 f., 115 f. (2006); Harris/Raviv, 20 J. Fin. Econ. 55, 58 (1988).

⁵⁴ Burkart/Lee, 12 Rev. Fin. 1, 41 (2008); Ferrarini, ECFR 2006, 147 (161); Gompers et al., NBER, S. 20.

⁵⁵ CFA Institute, Dual Class Shares, S. 1; Gurrea-Martinez, 22 EBOR 475, 480 (2021).

⁵⁶ Vgl. Richter/Furubotn, Neue IÖ, S. 1 ff., 39 ff.; Sauerbruch, Ök. Unters., S. 84 ff.; Fleischer, ZGR 2001, 1 (3 f.).

⁵⁷ Sauerbruch, Ök. Unters., S. 104 ff.

⁵⁸ Zurückgehend auf Alchian/Demsetz, 62 Am. Econ. Rev. 777 (1972); Jensen/Meckling, 3 J. Fin. Econ. 305, 310 f. (1976); Easterbrook/Fischel, 89 Colum. L. Rev. 1416 (1989).

⁵⁹ Ruffner, Ök. Grdl., S. 293 ff.; vgl. Easterbrook/Fischel, 89 Colum. L. Rev. 1416, 1444 ff. (1989).

⁶⁰ Vgl. Cooter/Ulen, Law & Econ., S. 43 ff.; Schäfer/Ott, Ök. Analyse, S. 46, 85, 100 und passim.

⁶¹ Cooter/Ulen, Law & Econ., S. 46 f.; Schäfer/Ott, Ök. Analyse, S. 540.

⁶² Vgl. Reddy, Dual-Class Stock, S. 302; Kraakman, in: Ferrarini et al., Ref. Comp. Law, S. 95 (99 f.); Akerlof, 84 Q. J. Econ. 488, 489 ff. (1970).

⁶³ Anderson, Stimmrechtsproportionalität, S. 275; Denninger, DB 2022, 2329 (2334).

⁶⁴ U.a. zurückgehend auf Demsetz, 57 Am. Econ. Rev. 347 (1967).

⁶⁵ Hart, 89 Colum. L. Rev. 1757, 1765 f. (1989); vgl. auch Demsetz, 57 Am. Econ. Rev. 347, 348 (1967).

⁶⁶ Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 469 ff.; Hart, Firms, S. 30; Easterbrook/Fischel, 26 J. Law Econ. 395, 403 (1983).

⁶⁷ Vgl. §§ 58 IV 1, 60 AktG; § 199 InsO.

⁶⁸ Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 469 f.; Hart, Firms, S. 29 ff.; Ruffner, Ök. Grdl., S. 135 f.; Schäfer/Ott, Ök. Analyse, S. 782; Easterbrook/Fischel, 26 J. Law Econ. 395, 403 ff. (1983).

⁶⁹ Vgl. Ruffner, Ök. Grdl., S. 136.; Sauerbruch, Ök. Unters., S. 114 ff.; Burkart/Lee, 12 Rev. Fin. 1, 40 (2008); Easterbrook/Fischel, 26 J. Law

b) Moralische Risiken

Die Konzentration der Kontrolle bei einem dominanten Mehrstimmrechtsaktionär schafft mithin einen horizontalen Prinzipal-Agenten-Konflikt⁷⁰ zu Lasten der übrigen Aktionäre.⁷¹ Die finanziellen Folgen seiner Entscheidungen treffen primär die Minderheitsaktionäre, seine Prinzipale, während er aufgrund seiner geringeren Residualbeteiligung weit aus weniger betroffen ist.⁷² Der Kontrollaktionär als Agent nimmt gewissermaßen stellvertretend auch die Interessen der anderen Aktionäre wahr. Dabei entsteht ein moralisches Risiko (*Moral Hazard*), weil dem Kontrollaktionär ein Spielraum erwächst, den er zur Verfolgung eigennütziger Ziele gebrauchen könnte.⁷³ Einfluss nehmen kann er mittelbar über die bereits aufgeführten Hauptversammlungsentscheidungen, insbesondere durch die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder, die wiederum den Vorstand wählen.⁷⁴ So kann der Kontrollaktionär sich mitunter sogar selbst in den Vorstand bringen. Die Verluste, die der Gesellschaft bzw. den übrigen Aktionären durch die Vorteilsnahme des Kontrollaktionärs entstehen, sind sog. Agency-Kosten.⁷⁵ Solche Kosten sind in verschiedenen Konstellationen denkbar.

Zunächst werden Agency-Kosten dadurch verursacht, dass der Kontrollaktionär private Kontrollvorteile aus der Gesellschaft an sich zieht (sog. *Tunneling*).⁷⁶ Dies geschieht meist auf subtilere Weise als durch die offensichtliche Veruntreuung von Gesellschaftsvermögen. So können für die Gesellschaft ungünstige Verträge mit nahestehenden natürlichen oder juristischen Personen des Kontrollaktionärs geschlossen werden oder dieser kann der Gesellschaft Geschäftschancen entziehen.⁷⁷ Gehört der Kontrollaktionär auch dem Vorstand an, kann er sich über seinen Einfluss auf Hauptversammlung und Aufsichtsrat eine überhöhte Vergütung gewähren.⁷⁸ Einige empirische Untersuchungen kommen zu dem Schluss, dass gerade Letzteres bei Mehrstimmrechtsgesellschaften häufiger vorkommt.⁷⁹

Wenngleich im wissenschaftlichen Diskurs häufig ausgeblendet, sind darüber hinaus Kontrollvorteile nicht finanzieller Art in ihrer praktischen Bedeutung nicht zu unterschätzen.⁸⁰ Hierzu zählen insbesondere das gesellschaftliche Ansehen und die Selbsterfüllung, die mit der Beherrschung eines Unternehmens einhergehen, sowie je nach Größe und Bedeu-

tung der Gesellschaft auch der politische Einfluss.⁸¹ Decken sich diese nicht finanziellen Interessen und das Gesellschaftswohl einmal nicht, besteht die Gefahr, dass der Kontrollaktionär Letzteres aufopfert. Denkbar sind gerade Fälle von *Empire-Building* oder Liebhaberei.⁸²

Des Weiteren können Agency-Kosten durch die Abschottung des Vorstands entstehen. Auf dessen Zusammensetzung kann – über die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder – einzig der Kontrollaktionär Einfluss nehmen. Solange der Vorstand in dessen Interesse handelt, braucht er sich um seine Position kaum zu sorgen. Das kann zu geringerer Leistungsbereitschaft führen (sog. *Shirking*).⁸³ Zudem kann der Vorstand dazu verleitet sein, für die Gesellschaft ineffiziente Entscheidungen zu treffen, wenn damit höhere Kontrollvorteile für den Kontrollaktionär einhergehen.⁸⁴

Diese Abschottung kann, gerade wenn der Kontrollaktionär selbst ein Vorstandsamt bekleidet, auch eine zeitliche Dimension entfalten. Der Kontrollaktionär kann trotz schwindender Eignung bis in das hohe Alter an seiner Machtstellung festhalten.⁸⁵ Dazu wird die Vorstandschaft womöglich an Angehörige weitergereicht anstatt an die bestgeeigneten Personen.⁸⁶ Studien indizieren diesbezüglich, dass die Leitung durch Nachkommen regelmäßig mit Leistungseinbußen einhergeht.⁸⁷

c) Chancen der Agency-Beziehung

Der Blickwinkel der Prinzipal-Agenten-Theorie birgt jedoch die Gefahr, dass ein zu einseitig negatives Bild gezeichnet wird.⁸⁸ Für eine ganzheitliche Betrachtung müssen auch die möglichen Vorteile der Agency-Beziehung einbezogen werden.⁸⁹ Anzustreben ist nämlich nicht ein Minimum, sondern ein Optimum an Agency-Kosten im Verhältnis zu den Nutzen.⁹⁰ In ähnlichem Sinne betont der *Stewardship*-Ansatz, dass Agenten häufig von sich aus im Prinzipalinteresse handeln.⁹¹

Die aus Mehrstimmrechtsaktien erwachsenden Kontrollvorteile bedrohen die Gesellschaft nämlich nicht nur. Sie ermöglichen ihr auch, visionäre Gründungspersönlichkeiten an die Gesellschaft zu binden.⁹² Solche Gründer können für den Gesellschaftserfolg entscheidend sein, wie ein Seitenblick

Econ. 395, 403 ff., 409 (1983).

⁷⁰ Zurückgehend auf Ross, 63 Am. Econ. Rev. 134 (1973); Jensen/Meckling, 3 J. Fin. Econ. 305 (1976); Grossman/Hart, 51 Econometrica 7 (1983).

⁷¹ Sauerbruch, Ök. Unters., S. 108; grundlegend Kraakman et al., Anatomy of CL, S. 29 f.

⁷² Vgl. Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 36 f.; Easterbrook/Fischel, 26 J. Law Econ. 395, 409 (1983); Jensen/Meckling, 3 J. Fin. Econ. 305, 308 (1976).

⁷³ Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 36 ff.; Richter/Furubotn, Neue IÖ, S. 163, 225 ff.; Schäfer/Ott, Ök. Analyse, S. 784; Eisenberg, 89 Colum. L. Rev. 1461, 1471 ff. (1989).

⁷⁴ § 84 I 1, IV AktG; vgl. bereits B.

⁷⁵ Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 35 f.; Ruffner, Ök. Grdl., S. 131; Jensen/Meckling, 3 J. Fin. Econ. 305, 308 (1976).

⁷⁶ Gilson/Gordon, 152 U. Pa. L. Rev. 785, 787 ff. (2003); Johnson et al., 90/2 Am. Econ. Rev. 22, 22 (2000).

⁷⁷ Baums, Managementkontrolle, S. 5 f.; Eisenberg, 89 Colum. L. Rev. 1461, 1473 (1989).

⁷⁸ Vgl. §§ 87 I 1, 119 I Nr. 3, 120a I 1 AktG; Reddy, Dual-Class Stock, S. 193 f.; Casper, ZHR 187 (2023), 5 (27).

⁷⁹ Masulis et al., 64 J. Finance 1697, 1705 ff. (2009); Smart/Zutter, 69 J. Fin. Econ. 85, 104 (2003); Tinaikar, 18 J. Manag. Gov. 373, 394 ff. (2014).

⁸⁰ Reddy, Dual-Class Stock, S. 201; Gilson, 119 Harv. Law. Rev. 1641, 1664, 1667 ff. (2006).

⁸¹ Demsetz/Lehn, 93 J. Political Econ. 1155, 1161 f. (1985); Dyck/Zingales, 59 J. Finance 537, 540 (2004); Gilson, 119 Harv. Law. Rev. 1641, 1664, 1667 ff. (2006).

⁸² Reddy, Dual-Class Stock, 202; Sauerbruch, Ök. Unters., S. 107; Gompers et al., 23 Rev. Financ. Stud. 1051, 1085 (2010).

⁸³ Baums, Managementkontrolle, S. 5; Sauerbruch, Ök. Unters., S. 105; Eisenberg, 89 Colum. L. Rev. 1461, 1471 ff. (1989); Casper, ZHR 187 (2023), 5 (26).

⁸⁴ Bebchuk et al., NBER, S. 10 ff.; vgl. auch Easterbrook/Fischel, 26 J. Law Econ. 395, 409 (1983).

⁸⁵ Bebchuk/Kastiel, 103 Va. Law Rev. 585, 587 f. (2017); Cronqvist/Nilsson, 38 JFQA 695, 715 (2003).

⁸⁶ Bebchuk/Kastiel, 103 Va. Law Rev. 585, 605 (2017); Gilson, 119 Harv. Law. Rev. 1641, 1667 ff. (2006).

⁸⁷ Morck et al., in: Morck, Corp. Ownership, S. 319 (338); Anderson/Reeb, 58 J. Finance 1301, 1321 (2003); Bennedsen et al., 122 Q. J. Econ. 647, 669 (2007); Villalonga/Amit, 80 J. Fin. Econ. 385, 402 ff. (2006).

⁸⁸ Vgl. Sauerbruch, Ök. Unters., S. 108; Goshen/Squire, 117 Colum. L. Rev. 767, 769 ff. (2017); Hart, 89 Colum. L. Rev. 1757, 1759 f. (1989).

⁸⁹ Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 37 f.; Davis et al., 22 Acad. Manage. Rev. 20, 20 f. (1997).

⁹⁰ Bainbridge, Corp. L. & Econ., S. 37 f.; Ruffner, Ök. Grdl., S. 132.

⁹¹ Zurückgehend auf Donaldson, 15 Acad. Manage. Rev. 369 (1990); Donaldson/Davis, 16 Aust. J. Manag. 49 (1991); Davis et al., 22 Acad. Manage. Rev. 20 (1997).

⁹² Goshen/Hamdani, 125 Yale. L. J. 560, 577 ff. (2016); Sharfman, 63 Vill. L. Rev. 1, 28 f. (2018); vgl. Fischel, 54 U. Chi. L. Rev. 119, 137 (1987).

auf prominente US-amerikanische Unternehmen offenbart.⁹³ Von diesem Bund profitieren die übrigen Aktionäre. Ohne das Zugeständnis der Kontrolle bei geringerem Kapitaleinsatz würden solche Gründer die Gesellschaft womöglich verlassen oder erst gar nicht dem Kapitalmarktpublikum öffnen.⁹⁴

Auch die Abschottung des Vorstands von der externen Kapitalmarktkontrolle kann wünschenswerte Folgen haben. Vorstände sind hierdurch weniger geneigt, mitunter suboptimale unternehmerische Entscheidungen zu treffen, um den Kapitalmarktanlegern zu gefallen.⁹⁵ Die Außenwirkung spielt eine geringere Rolle. Die Abschottung kann mithin dazu beitragen, dass der Vorstand der nachhaltigen Unternehmensentwicklung dient (*Long-Termism*), anstatt auf ein wirtschaftliches Strohfeuer zur Zufriedenstellung eines fluktuierenden Anlegerkreises bedacht zu sein (*Short-Termism*).⁹⁶ Unter den zahlreichen Studien zu dieser Thematik herrscht jedoch keine Einigkeit.⁹⁷ Auffällig ist zumindest, dass in Mehrstimmrechtsgesellschaften die Forschungsausgaben oftmals höher ausfallen.⁹⁸

Außerdem kann dem verhaltensökonomischen Problem, dass Menschen sich regelmäßig risikoavers verhalten,⁹⁹ besser begegnet werden. Ein Kontrollaktionär hat die Möglichkeit, sein Vermögen zu diversifizieren, weil er es nicht komplett in der Gesellschaft halten muss. Sein mit der Gesellschaft verbundenes Residualrisiko ist demnach geschmälert. Seine Risikoaversion sinkt in der Folge und er wird den Vorstand eher dazu anhalten, ökonomisch sinnvolle Wagnisse einzugehen.¹⁰⁰ Ein Mehrheitsaktionär in einem *One Share One Vote*-System dahingegen neigt empirisch eher zu einer übermäßigen vorsichtigen Unternehmensführung, weil große Teile seines Vermögens in der Gesellschaft gebunden sind.¹⁰¹

Schließlich ist anzumerken, dass ein eindeutiger empirischer Beweis, wonach die Agency-Kosten die dargestellten Potenziale überwiegen, bislang nicht gelungen ist.¹⁰² Die Mehrzahl der Studien attestiert Mehrstimmrechtsgesellschaften höhere Langzeitrenditen und teilweise auch höhere Leistungen.¹⁰³ Die Erfahrung in den Vereinigten Staaten enthüllt zudem, dass kaum je Fälle extremer Kontrollvorteilsnahme von Kon-

trollaktionären bekannt geworden sind.¹⁰⁴ Zuweilen wurden geschäftsleitenden Kontrollaktionären sogar besonders geringe Vergütungen gezahlt, wie als prominentes Beispiel bei *Google*.¹⁰⁵

d) Probleme des Kollektivs

Im Übrigen steht dem dargestellten *Property Rights*-Ansatz die faktische Schwierigkeit entgegen, dass die Interessen der Aktionäre nicht immer homogen sind.¹⁰⁶ Ferner ist eine Mitwirkung in der Gesellschaft für Kleinaktionäre meist nicht sinnvoll, weshalb sie rational apathisch bleiben.¹⁰⁷ Wie die Erkenntnisse der Neuen Politischen Ökonomik nahelegen, kann ein proportional verteiltes Stimmrecht als Mechanismus der kollektiven Entscheidung in dieser Konstellation versagen.¹⁰⁸ Einen Ausweg kann die Konzentration der Stimmkraft durch Mehrstimmrechte bieten. Hierdurch kann auch der Prinzipal-Agenten-Konflikt im Verhältnis zum Vorstand gesenkt werden, weil ein gut informierter Kontrollaktionär höhere Anreize hat und eher in der Lage ist, das Handeln des Vorstands zu überwachen.¹⁰⁹

III. Zwischenergebnis

Mehrstimmrechte trennen die Herrschaft von der Residualrisikoträgerschaft. Dies kann schädlich, aber auch nutzbringend sein. Auf der einen Seite wird der Anreiz erhöht, zu Lasten der übrigen Aktionäre übermäßige Kontrollvorteile zu entnehmen, ineffiziente Entscheidungen zu treffen, zu lange an der Kontrollposition festzuhalten oder diese an ungeeignete Nachkommen weiterzureichen. Ferner besteht die Gefahr der Abschottung von dem Markt für Unternehmenskontrolle. Zudem werden Mehrstimmrechtsgesellschaften am Kapitalmarkt oft niedriger bewertet, was deren Finanzierungskosten erhöht.¹¹⁰

Auf der anderen Seite lassen Mehrstimmrechte eine Vermögensdiversifikation ihres Inhabers zu und machen ihn weniger anfällig für kurzfristig negative Kursausschläge. Hierdurch kann der Vorstand ermutigt sein, sich stärker auf das nachhaltige Gesellschaftswohl zu fokussieren und ökonomisch sinnvollen Risiken nicht aus dem Weg zu gehen. Womöglich wird auch den Problemen des Aktionärskollektivs begegnet. In Übereinstimmung hiermit wurden Mehrstimmrechtsgesellschaften meist höhere Langzeitrenditen und teilweise höhere Leistungen attestiert.¹¹¹ Gerade Familien- und junge Wachstumsunternehmen werden weiters dazu veranlasst, sich dem Kapitalmarktpublikum überhaupt zu öffnen. Schließlich kann ein erhöhtes Stimmrecht erforderlich sein, um fähigen Gründern in einem komplexen Wirtschaftsumfeld den nötigen Handlungsspielraum zu gewähren.

⁹³ Dazu *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 180 f.

⁹⁴ *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 217; *Choi*, 8 HBLR 53, 59 (2018).

⁹⁵ *DeAngelo/DeAngelo*, 14 J. Fin. Econ. 33, 35 (1985); *Fischel*, 54 U. Chi. L. Rev. 119, 138 (1987); *Lehn et al.*, 27 J. Fin. Econ. 557, 564 (1990).

⁹⁶ *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 169 ff.; *Burckhardt*, Loyalitätsaktien, S. 79 ff.; *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 226 ff.; *Belot et al.*, Research Paper, S. 34; *Choi*, 8 HBLR 53, 59 und passim (2018); *Cipollone*, 21 Dal. J. Leg. Stud. 62, 70 (2012); *Jordan et al.*, 41 J. Corp. Fin. 304, 324 ff. (2016); *Mio et al.*, 29 Bus. Strat. Env. 1785, 1794 (2020); a.A. *Roe/Venezze*, 76 Bus. Law. 467, 505 ff. (2021).

⁹⁷ Negative Studien: *Arugaslan et al.*, 16 J. Corp. Fin. 170, 171, 174 (2010); *Cremers et al.*, ECGI, S. 39; *Mikkelsen/Partch*, 1 J. Corp. Fin. 175, 197 (1994).

⁹⁸ *Baran et al.*, 46 J. Financ. Res. 169, 197 (2023); *Jordan et al.*, 41 J. Corp. Fin. 304, 308 ff. (2016).

⁹⁹ Vgl. etwa *Kahneman*, Thinking, S. 334 ff.

¹⁰⁰ Vgl. *Gilson/Black*, Law & Fin., S. 784; *Bauguess et al.*, 36 J. Bank Fin. 1244, 1252 (2012); *Fischel*, 54 U. Chi. L. Rev. 119, 139 f. (1987).

¹⁰¹ *Faccio et al.*, 24 Rev. Financ. Stud. 3601, 3621 (2011); *Himmelberg et al.*, 53 J. Fin. Econ. 353, 367 f. (1999).

¹⁰² *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 301 ff.; vgl. daneben *Anderson*, Stimmrechtsproportionalität, S. 262 ff.; *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 358 ff.; *Ruffner*, Ök. Grdl., S. 561 ff.

¹⁰³ *Ahn et al.*, Colum. Bus. L. Rev. 476, 519 (2021); *Anderson et al.*, Fox Res. Paper, S. 23, 29 f.; *Bauguess et al.*, 36 J. Bank Fin. 1244, 1251 (2012); *Chemmanur et al.*, 54 J. Law Econ. 651, 681 (2011); *Dimitrovi/Jain*, 12 J. Corp. Fin. 342, 347, 358 f. (2006).

¹⁰⁴ Vgl. *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 189, 191;

Flocos, 138 U. Pa. L. Rev. 1761, 1778 (1990).

¹⁰⁵ *Google Inc.*, Proxy Statement Schedule 14(A) v. April 2022.

¹⁰⁶ *Ringe*, in: Bernitz/Ringe, Comp. Law, S. 209 (220);

Osterloh-Konrad, ZGR 2012, 35 (54).

¹⁰⁷ *Sauerbruch*, Ök. Unters., S. 116, 134 ff.; *Easterbrook/Fischel*, 26 J. Law Econ. 395, 396 (1983).

¹⁰⁸ *Ruffner*, Ök. Grdl., S. 183 f.; *Easterbrook/Fischel*, 26 J. Law Econ. 395, 405 (1983).

¹⁰⁹ Vgl. *Kraakman et al.*, Anatomy of CL, S. 79, 81.; *Ringe*, in: Bernitz/Ringe, Comp. Law, S. 209 (221); *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (26).

¹¹⁰ Siehe Fn. 46.

¹¹¹ Siehe Fn. 121.

D. Implikationen für die Regulierung und Bewertung der Neuregelungen

Welche Schlüsse diese ökonomischen Erkenntnisse für den rechtlichen Umgang mit Mehrstimmrechten im Allgemeinen und die Beurteilung der Rechtsänderungen auf europäischer und nationaler Ebene im Besonderen zulassen, soll im Folgenden untersucht werden.

I. Ermöglichung von Mehrstimmrechten

Frustriert bemängelte *Harry S. Truman* einst, dass seine Ökonomen ihm keine klaren Antworten liefern würden.¹¹² Vergleichbar besteht hier in der Gesamtwertung eine gewisse Pattsituation, auch wenn die Tendenz in der Rechtsökonomik neuerdings zugunsten von Mehrstimmrechten ausschlägt.¹¹³ In einigen Fällen sind Mehrstimmrechte förderlich, in anderen schädlich. Welche Erwägungen überwiegen, hängt von der Persönlichkeit des Kontrollaktionärs ab. Ein Ergebnis für den Durchschnitt der Fälle lässt sich nur schwer bilden.¹¹⁴ Doch hieraus den Schluss zu ziehen, Mehrstimmrechtsaktien müssten durchweg verboten werden, wäre fehlerhaft. Auch in *One Share One Vote*-Strukturen überwiegen mitunter die Nachteile.¹¹⁵ Die Reaktion des Gesetzgebers hierauf ist aber kein Verbot, sondern die Einführung von Mechanismen, welche die Risiken abfedern. Ein vergleichbarer Ansatz ist für Mehrstimmrechtsaktien angezeigt und drängt sich im Hinblick des international entbrannten Wettbewerbs der Regelungsgeber um die Gunst großer und aufstrebender Unternehmen auch geradezu auf.¹¹⁶ Nur so sind Aktiengesellschaften in der Lage, diejenige Stimmrechtsstruktur zu wählen, welche für sie die effizienteste ist.¹¹⁷

Dies muss für jede Aktiengesellschaft gelten, unabhängig davon, ob sie börsennotiert ist oder nicht.¹¹⁸ Zwar greifen die dargestellten kapitalmarktbezogenen Nachteile nur im Fall der Börsennotierung.¹¹⁹ Jedoch begegnet der diesbezüglich vorwiegend geäußerte Einwand, durch Mehrstimmrechte würde die Wächterfunktion des Übernahmemarktes unterbunden,¹²⁰ erheblichen Bedenken. Vielmehr gelten wesentliche Vorzüge des Mehrstimmrechts gerade im Fall der Kapitalmarktorientierung, namentlich die gesteigerte Attraktivität der Publikumsfinanzierung einhergehend mit der Möglichkeit der Abkopplung von kurzfristigen Anlegertendenzen. Das ZuFinG und der Richtlinienentwurf des EU Listing Acts vollziehen einen historischen Kurswechsel, indem sie

Mehrstimmrechtsaktien (wieder) zulassen. Dies jedoch unter Einschränkungen,¹²¹ auf die sogleich näher einzugehen sein wird. Das Vorgehen deckt sich im Grundsatz mit den hier gewonnenen Erkenntnissen. Zu kurz greift aber der EU Listing Act, wenn er die Mitgliedstaaten nur dazu verpflichtet, Mehrstimmrechte lediglich im Vorfeld der Erstzulassung an einem KMU-Wachstumsmarkt zu erlauben.¹²² Die größere Freiheit bei der Wahl der passenden Stimmrechtsstruktur überzeugt aus ökonomischer Warte für jede Aktiengesellschaft und nicht allein – wenngleich dort in besonderem Maße – für KMU-Wachstumsunternehmen.¹²³ Immerhin handelt es sich bei dem Richtlinienentwurf nur um eine Mindestharmonisierung, die weitergehende Gestattungen zulässt.¹²⁴ Von dieser Möglichkeit macht das ZuFinG Gebrauch und erlaubt Mehrstimmrechte einheitlich.¹²⁵

II. Begrenzung von Mehrstimmrechten

Mehrstimmrechte bedürfen einer sorgsam ausbalancierten Eindämmung. Dabei ist allerdings Vorsicht vor einer Überregulierung geboten. Andernfalls drohen wesentliche Vorteile, namentlich die Steigerung der Attraktivität von Börsengängen und die Bindung zukunftsweisender Gründer, zu zerfließen und Deutschland könnte im internationalen Regelungs-wettbewerb das Nachsehen haben. Deshalb können etwa moderate Kontrollvorteile wohlfahrtsökonomisch durchaus in Kauf zu nehmen sein.¹²⁶ Im Folgenden werden die vier wesentlichsten Begrenzungen beleuchtet.

1. Höhe der Stimmrechtsmultiplikation

Die Verringerung der Kapitalbeteiligung hat zwar das Potenzial, die Unternehmensführung am langfristigen Gesellschaftswohl auszurichten und Risikoaversionen zu beseitigen, ein minimaler Kapitaleinsatz birgt jedoch die Gefahr, dass den Kontrollaktionär dann jedwede, auch begründete Kursbewegungen unbeeindruckt lassen.¹²⁷ Das ist problematisch, weil der Börsenwert auch fruchtbare Signale sendet und der Kontrollaktionär eher geneigt sein kann, übermäßige, rein spekulative Risiken einzugehen.¹²⁸ Daher sollte eine Regulierung durch eine höhenmäßige Deckelung des Stimmrechtsfaktors sicherstellen, dass ein Mehrstimmrechtsinhaber noch spürbar am Residualrisiko der Gesellschaft beteiligt ist.¹²⁹ Die Grenze muss nur richtig gesetzt werden. Sie darf nicht so niedrig liegen, dass die genannten Vorzüge der Kapitalmarkt-Abkopplung entfallen, und nicht so hoch, dass der Kontrollaktionär kein *Skin in the Game* mehr hat.¹³⁰ Bei entsprechender Justierung hätte ein Kurseinbruch zumindest

¹¹² Berühmt ist das Zitat: „Give me a one-handed economist. All my economists say ‘one the one hand...’, then ‘but on the other...’.”

¹¹³ Siehe Fn. 11.

¹¹⁴ Vgl. aber die (wohl einzige) umfassende Untersuchung der Datenlage bei *Reddy*, *Dual-Class Stock*, S. 249-307, mit keinem eindeutigen Ergebnis.

¹¹⁵ Deren Nachteile sind weitgehend spiegelbildlich die hier dargestellten Vorteile von Mehrstimmrechtsstrukturen, vgl. *Anderson*, *Stimmrechtsproportionalität*, S. 217 ff.

¹¹⁶ Vgl. *Reddy*, *Dual-Class Stock*, S. 247; *Casper*, *ZHR* 187 (2023), 5 (29), *Chemmanur/Jiao*, 36 *J. Bank. Financ.* 305, 316 (2012); *Huang et al.*, 20 *J. Corp. Law Stud.* 121, 121 f. (2020); *Ventoruzzo*, *ZVglRWiss* 114 (2015), 192 (196, 209 ff.).

¹¹⁷ Vgl. *Reddy*, *Dual-Class Stock*, S. 247; *Grossman/Hart*, 20 *J. Fin. Econ.* 175, 200 f. (1988); *Sharfman*, 93 *South. Calif. Law Rev.* 1, 10 (2019); Umfrage bei COM(2022) 761 final, S. 11 f.

¹¹⁸ Vgl. *Anderson*, *Stimmrechtsproportionalität*, S. 366 f.; *Beckmann*, *Mehrstimmrecht*, S. 293 ff.; *Kalss*, *ZHR* 187 (2023), 438 (486).

¹¹⁹ *Bayer*, in: *Vhdl.* 67. DJT, S. E 1 (E 109); *Herzog/Gebhard*, *ZIP* 2022, 1893 (1898 f.).

¹²⁰ Vgl. etwa *Casper*, *ZHR* 187 (2023), 5 (24 f.); *Denninger*, *DB* 2022, 2329 (2331 f.); *Herzog/Gebhard*, *ZIP* 2021, 1893 (1899).

¹²¹ Vgl. Artt. 4-6 MehrstimmR-RL-E; §§ 12 S. 2, 135a AktG.

¹²² *ErwG* 1 und 7, Artt. 1, 2 e), 4 I, II MehrstimmR-RL-E i.V.m. Art. 4 I Nr. 12 MiFID II.

¹²³ *DAV*, *NZG* 2023, 464 (466); *Gumpp*, *BKR* 2023, 82 (89); *Kalss*, *ZHR* 187 (2023), 438 (486).

¹²⁴ Art. 3 MehrstimmR-RL-E.

¹²⁵ §§ 12 S. 2, 135a I 1 AktG; *RefE ZuFinG*, S. 93 f.; kritisch etwa *Harnos*, *AG* 2023, 348 (350).

¹²⁶ *Reddy*, *Dual-Class Stock*, S. 247 f.; *Ferrarini*, *ECFR* 2006, 147 (162, 174); *Gurrea-Martinez*, 22 *EBOR* 475, 488 (2021).

¹²⁷ Vgl. *Bebchuk et al.*, *NBER*, S. 11; *Bebchuk/Kastiel*, 107 *Geo. L. J.* 1453, 1473 f. (2019); *Ferrarini*, *ECFR* 2006, 147 (160); *Manso*, 66 *J. Finance* 1823, 1845 ff.

¹²⁸ *Reddy*, *Dual-Class Stock*, *DD* S. 233, 237; *Gurrea-Martinez*, 22 *EBOR* 475, 483 (2021).

¹²⁹ *Bebchuk/Kastiel*, 107 *Geo. L. J.* 1453, 1473 f., 1505 f. (2019); *Kalss*, *ZHR* 187 (2023), 438 (489); *Reddy*, 80 *C.L.J.* 515, 538 (2021).

¹³⁰ Vgl. *Bebchuk/Kastiel*, 107 *Geo. L. J.* 1453, 1473 f. (2019); *Reddy*, 80 *C.L.J.* 515, 538 ff. (2021).

merkliche Auswirkungen auf das Vermögen des Kontrollaktionärs. Der Kapitalmarkt könnte hierdurch noch einen gewissen Schutz vor wohlfahrtsschädlichem Verhalten bieten.

a) Umsetzung im EU Listing Act

Der Richtlinienentwurf eröffnet den Mitgliedstaaten zwei Möglichkeiten, von denen nur eine umgesetzt werden muss: Entweder sind der Stimmrechtsfaktor sowie der Anteil des Grundkapitals, der mit Mehrstimmrechten ausgestattet werden darf, zu begrenzen oder das Mehrstimmrecht ist bei Beschlüssen, die einer qualifizierten Mehrheit bedürfen, zu beschränken.¹³¹ Diese Alternativlösung ist kritikwürdig. Eine hinreichende Residualrisikoträgerschaft des Kontrollaktionärs sicherzustellen, ist ökonomisch in jedem Fall angezeigt. Darüber hinaus den Anteil von Mehrstimmrechtsaktien am Grundkapital – etwa auf 50 oder 25 % – zu limitieren, schafft keinen Mehrwert.¹³² Es ist gerade der Zweck eines Mehrstimmrechts, keinen hohen Kapitalanteil halten zu müssen. Überdies ist die alternative Beschränkung des Beschlussgegenstands etwa in Deutschland weitgehend überflüssig, weil besonders grundlegende Beschlüsse ohnehin zusätzlich Kapitalmehrheiten erfordern.¹³³

b) Umsetzung im Zukunftsfinanzierungsgesetz

Nach dem ZuFinG darf eine Aktie höchstens das zehnfache Stimmrecht gewähren.¹³⁴ Folglich muss ein Kontrollaktionär theoretisch zumindest mit 5 % am Grundkapital beteiligt sein, um die einfache Stimmenmehrheit sicher zu halten. Regelmäßig dürfte der Kontrollaktionär hierbei noch einen spürbaren Teil des Residualrisikos tragen, wobei dies wesentlich von der konkreten Höhe des Grundkapitals abhängt. Anzumerken ist jedoch, dass die hiesige Deckelung im internationalen Vergleich an die untere Grenze stößt. Zwar lassen einige europäische Staaten ebenfalls zehnfache Stimmrechte zu,¹³⁵ weshalb diese Höhe sinnvoll erscheint, um wettbewerbsfähig zu bleiben. Allerdings wird gerade im angloamerikanischen Raum häufig ein höchstens fünffaches Stimmrecht bzw. eine Kapitalbeteiligung von wenigstens 10 % für geeignet erachtet.¹³⁶

2. Transparenz

Wenn der Kapitalmarkt nicht weiß, ob in einer Aktiengesellschaft Mehrstimmrechte bestehen und wer die Person des Kontrollaktionärs ist, besteht eine Informationsasymmetrie zu seinen Lasten. Wie bereits ausgeführt, hätte dies ein Marktversagen in Form eines „Zitronenmarktes“ zur Folge, welches der privatautonomen Vereinbarung von Mehrstimmrechten entgegenstehen würde.¹³⁷ Dem kann aber durch hohe Transparenz begegnet werden.¹³⁸ Der Kapitalmarkt ist in der Lage, Stimmrechtsstrukturen und -inhaber zu unterscheiden. Eine Regulierung sollte deshalb Publizität hinsichtlich des

Vorliegens einer Mehrstimmrechtsstruktur, des Stimmrechtsfaktors, der Identität des Mehrstimmrechtsinhabers und seiner Kapitalbeteiligung gewährleisten.¹³⁹ So kann der Kapitalmarkt die konkreten Mehrstimmrechtsinhaber und die von ihnen tatsächlich ausgehenden Risiken beurteilen und einpreisen, wodurch negative externe Effekte zu Lasten aller anderen Aktiengesellschaften vermieden werden.¹⁴⁰

a) Umsetzung im EU Listing Act

Der europäische Entwurf bleibt auf halber Strecke stehen, indem er zwar die detaillierte Offenlegung der Stimmrechtsstruktur, der Stimmrechtsmultiplikation sowie der Identität der Mehrstimmrechtsinhaber verlangt,¹⁴¹ nicht aber der Höhe der in einer Person vereinten Stimmkraft. Dies ist bedenklich, weil für den Kapitalmarkt deshalb nicht in jedem Fall ersichtlich ist, ob ein Kontrollaktionär vorhanden ist bzw. wer es ist.¹⁴² Diesen weiteren Schritt hätte der Entwurf gehen können, wenn er schon die Identität der Mehrstimmrechtsinhaber preisgibt.

b) Umsetzung im Zukunftsfinanzierungsgesetz

Das ZuFinG ist sich der Bedeutung von Transparenz bewusst und verweist dazu auf die nach deutschem Recht bestehenden Publizitätspflichten.¹⁴³ Der Satzung sowie der Bilanz und dem Lagebericht lassen sich die Stimmrechtsstruktur und die Stimmrechtsmultiplikation entnehmen.¹⁴⁴ Im Falle der Börsennotierung sind das Erreichen bestimmter Stimmrechtsanteile und die Identität dieses Stimmrechtsinhabers offenzulegen.¹⁴⁵ Eine kleine Schutzlücke besteht gleichwohl auch hier bei der nicht börsennotierten Aktiengesellschaft.¹⁴⁶

3. Zeitpunkt der Einführung

Bei transparenten Strukturen ist ein effizienter Kapitalmarkt in der Lage, die Risiken zu antizipieren, wenn die Mehrstimmrechte zum Zeitpunkt der Publikumsöffnung bereits bestehen.¹⁴⁷ Die Anleger können sich dann auf die Person des Kontrollaktionärs einstellen. Vor einem Börsengang würde eine Mehrstimmrechtsstruktur demzufolge nur gewählt werden, wenn die Kapitalgeber ihr Vertrauen und ausreichend Eigenkapital bereitstellen würden.¹⁴⁸ Andernfalls würde sie sich in einem Marktmechanismus nicht durchsetzen. Anders verhält es sich bei der nachträglichen Einführung von Mehrstimmrechten. Die Anleger können das Risiko dann schwerer vorhersehen. Um in diesem Fall ihre Übervorteilung und ein

¹³⁹In diese Richtung *Anderson*, Stimmrechtsproportionalität, S. 275 ff.; *Ferrari*, ECFR 2006, 147 (176); *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (490); vgl. auch die Befragung bei COM(2022) 761 final, S. 12.

¹⁴⁰*Anderson*, Stimmrechtsproportionalität, S. 275 ff.; *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 302; vgl. *Ruffner*, Ök. Grdl., S. 294 f.

¹⁴¹Art. 6 MehrstimmR-RL-E.

¹⁴²In diese Richtung auch *DAV*, NZG 2023, 464 (470); *Gumpp*, BKR 2023, 82 (89); *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (490); *Mock/Mohamed*, NZG 2022, 1275 (1277).

¹⁴³RefE ZuFinG, S. 100.

¹⁴⁴Vgl. § 152 I 4 AktG; §§ 289a I Nr. 1, 315a I Nr. 1 HGB.

¹⁴⁵§§ 33 ff. WpHG; vgl. insgesamt *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (495 f.); RefE ZuFinG, S. 100; zweifelnd *Mock/Mohamed*, NZG 2022, 1275 (1277).

¹⁴⁶Die Mitteilungspflicht gem. § 20 AktG greift zu kurz, weil sie nicht für die Beteiligung von Privataktionären gilt, vgl. MüKo-AktG/*Bayer*, § 20 Rn. 6.

¹⁴⁷*Ruffner*, Ök. Grdl., S. 558; *Gilson*, 73 Va. L. Rev. 807, 809 (1987); *Grossman/Hart*, 20 J. Fin. Econ. 175, 200 f. (1988); *Roel/Venezze*, 76 Bus. Law. 467, 474 (2021).

¹⁴⁸*Gurrea-Martinez*, 22 EBOR 475, 481 (2021); *Lin*, Colum. Bus. L. Rev. 453, 482 (2017); *Venezze*, 15 EBOR 499, 539 (2014).

¹³¹Art. 5 I b) MehrstimmR-RL-E.

¹³²*Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (489); a.A. *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (31); *DAV*, NZG 2023, 464 (468).

¹³³Dazu bereits B.; *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (34); *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (489 f.); vgl. auch *DAV*, NZG 2023, 464 (469).

¹³⁴§ 135a I 2 AktG.

¹³⁵Näher dazu *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 343; *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (32); *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (489).

¹³⁶*Reddy*, Dual-Class Stock, S. 377 ff.; *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 620 (2017); *Bebchuk/Kastiel*, 107 Geo. L. J. 1453, 1505 (2019); *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1087 (2019); *Windén*, Colum. Bus. L. Rev. 852, 872 f. (2018).

¹³⁷Siehe Fn. 76.

¹³⁸*Anderson*, Stimmrechtsproportionalität, S. 275 ff.; vgl. *Akerlof*, 84 Q. J. Econ. 488, 490 ff., 495 f., 500 (1970).

weiteres „Zitronenmarkt“-Phänomen im Sinne von Risikoabschlägen *ex ante* zu Lasten aller Aktiengesellschaften zu vermeiden, bedarf es besonderer Schutzmechanismen, welche die nachträgliche Einführung einer Mehrstimmrechtsstruktur begrenzen.¹⁴⁹ Vor diesem Hintergrund sollte sie von der Zustimmung einer angemessen großen Mehrheit der übrigen Aktionäre abhängig gemacht werden.¹⁵⁰

a) Umsetzung im EU Listing Act

Die Mitgliedstaaten werden dazu verpflichtet, die Einführung von Mehrstimmrechtsaktien lediglich vor einem Börsengang zu gestatten.¹⁵¹ Die nachträgliche Einführung stellt der EU Listing Act in das Ermessen der Mitgliedstaaten, fordert für deren Beschluss jedoch eine qualifizierte Mehrheit.¹⁵² Dieses Vorgehen ist grundsätzlich zu begrüßen,¹⁵³ obgleich eine verpflichtende Gestattung auch der nachträglichen Einführung bei entsprechenden Mehrheiten vorzugswürdig wäre.

b) Umsetzung im Zukunftsfinanzierungsgesetz

Von Rechts wegen soll die Einführung von Mehrstimmrechten in Deutschland jederzeit möglich sein. Doch fordert das ZuFinG die Zustimmung jedes (noch so gering) betroffenen Aktionärs.¹⁵⁴ Faktisch wird die Einführung von Mehrstimmrechten nach der Gründung bzw. Publikumsöffnung damit ausgeschlossen.¹⁵⁵ Dies kommt den strengen Vorgaben der Listing Rules der NYSE und NASDAQ gleich, die nur bereits bestehende Mehrstimmrechtsstrukturen zulassen.¹⁵⁶ Doch sind durchaus ökonomische Gründe für nachträgliche Stimmrechtserhöhungen denkbar. Fehlt dem Kontrollaktionär etwa zu Beginn die Reputation, kann er mit einem moderaten Stimmrechtsprivileg starten, um das Vertrauen des Kapitalmarkts zu gewinnen, und seine Stimmkraft bei erfolgreicher Leitung nachträglich auf ein effizientes Maß erhöhen.¹⁵⁷ Deshalb geht das ZuFinG an dieser Stelle zu weit.¹⁵⁸ Einstimmigkeit kann einzelnen Kleinaktionären sogar eine Erpressungsmacht eröffnen.¹⁵⁹ Die nachträgliche Einführung unter den Vorbehalt eines hohen Kapitalmehrheitsbeschlusses zu stellen, würde die übrigen Aktionärsgruppen hinreichend schützen.

4. Verfall des Mehrstimmrechts

Die Gründungsaktionäre mögen in Anfangszeiten für die Unternehmensführung prädestiniert sein. Doch kann sich dies

mit voranschreitendem Alter ändern.¹⁶⁰ Empirisch wird dies durch die bereits erwähnte Beobachtung gestützt, dass regelmäßig der Wert und zuweilen die Produktivität von Mehrstimmrechtsgesellschaften nach einigen Jahren sinken.¹⁶¹ Vor diesem Hintergrund erscheint es zum Schutz der Minderheitsaktionäre angebracht, die Stimmrechtserhöhung zu entziehen, sobald sie ineffizient wird. An welche Bedingungen ein solcher Verfall des Mehrstimmrechts geknüpft werden sollte, ist eine international viel diskutierte Frage.

Denkbar ist zunächst, das Mehrstimmrecht nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums auf ein einfaches Stimmrecht zu reduzieren (*Time-Based Sunset*).¹⁶² Dagegen spricht, dass eine schädliche Wirkung nicht unbedingt mit dem Ablauf einer starren Frist einsetzt. Beweise, ab wann sich ein Mehrstimmrecht nachteilig auswirkt, lassen sich nicht finden und wohl auch gar nicht allgemein erbringen. Deshalb kann eine Befristung kaum zuverlässig und ohne negative Auswirkungen im Einzelfall erfolgen.¹⁶³ Überdies könnte eine feste Zeitgrenze übermäßig abschreckend wirken. Teilweise begegnen ließe sich diesen Schwächen nur damit, den übrigen Aktionären die Möglichkeit einer Fristverlängerung einzuräumen.¹⁶⁴ Flexibler ist es, den Verfall an bestimmte Ereignisse zu koppeln (*Event-Based Sunset*), etwa das Erreichen einer Altersgrenze sowie den Eintritt einer Erkrankung oder gar das Versterben des Mehrstimmrechtinhabers.¹⁶⁵ Dies entspricht in den Vereinigten Staaten der gängigen Praxis.¹⁶⁶ Auch ist es denkbar, das Mehrstimmrecht nur so lange aufrechtzuerhalten, wie eine zuvor festgelegte Unternehmensleistung gehalten wird oder der Kontrollaktionär keine Treuepflichten verletzt.¹⁶⁷ Derartige Regelungen sind wohlfahrtsökonomisch sinnvoll, weil sie am ehesten sicherstellen können, dass Mehrstimmrechte nur bestehen, solange sie effizient sind.¹⁶⁸ Schließlich legen die ökonomischen Erkenntnisse dar, dass die Person des Kontrollaktionärs entscheidend ist und Nachfolger die Gesellschaft häufig schlechter führen.¹⁶⁹ Da die Minderheitsaktionäre sich aber nur auf die ursprüngliche Person einstellen konnten, bedürfen sie auch im Fall der Übertragung des Mehrstimmrechts, gleichgültig welcher Art, eines Schutzes (*Transfer-Based Sunset*).¹⁷⁰ Hierfür bietet sich eine Art der Vinkulierung an, welche die Übertragung von

¹⁴⁹ Vgl. Hart, Firms, S. 208 f.; Ruffner, Ök. Grdl., S. 559; Gilson, 73 Va. L. Rev. 807, 841, 844 (1987); Grossman/Hart, 20 J. Fin. Econ. 175, 201 (1988); Roel/Venezze, 76 Bus. Law. 467, 474 (2021).

¹⁵⁰ In diese Richtung auch DAV, NZG 2023, 738 (743); Kalss, ZHR 187 (2023), 438 (487).

¹⁵¹ Art. 4 I, II MehrstimmR-RL-E.

¹⁵² Art. 3, 5 I a) MehrstimmR-RL-E.

¹⁵³ Vgl. DAV, NZG 2023, 464 (467); Ferrarini, ECFR 2006, 147 (158); Kalss, ZHR 187 (2023), 438 (487).

¹⁵⁴ § 135a I 3 AktG.

¹⁵⁵ Ausdrücklich RefE ZuFinG, S. 98; BT-Drucks. 20/9363, S. 118; vgl. Casper, ZHR 187 (2023), 5 (29); Harnos, AG 2023, 348 (351).

¹⁵⁶ NYSE, Listed Company Manual, § 313.00 (2023); NASDAQ, Listing Rules, § 5640 (2023).

¹⁵⁷ Ruffner, Ök. Grdl., S. 559, 570.

¹⁵⁸ So auch BT-Drucks. 20/9363, S. 118, 121; Kalss, ZHR 187 (2023), 438 (487); differenzierend DAV, NZG 2023, 464 (467); DAV, NZG 2023, 738 (743).

¹⁵⁹ Anderson, Stimmrechtsproportionalität, S. 345; Ruffner, Ök. Grdl., S. 569.

¹⁶⁰ *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 587 ff., 590, 604 f. (2017); *Cronqvist/Nilsson*, 38 JFQA 695, 715 (2003); *Gurrea-Martinez*, 22 EBOR 475, 483 f. (2021).

¹⁶¹ *Cremers et al.*, ECGI, S. 19, 31 f.; *Jackson*, SEC 2018; *Kim/Michaely*, ECGI, S. 32.

¹⁶² *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 587 ff. (2017); *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1079 ff. (2019); *Moore*, 12 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 93, 134 ff. (2020).

¹⁶³ *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1080 ff., 1092 (2019); *Reddy*, 80 C.L.J. 515, 533 f. (2021); *Windén*, Colum. Bus. L. Rev. 852, 917 (2018).

¹⁶⁴ *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 618 (2017); *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1084 ff. (2019); *Moore*, 12 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 93, 134 (2020).

¹⁶⁵ *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 619 f. (2017); *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1089 ff. (2019); *Windén*, Colum. Bus. L. Rev. 852, 875 ff. (2018).

¹⁶⁶ *Windén*, Colum. Bus. L. Rev. 852, 875 f. (2018).

¹⁶⁷ *Chemmanur/Jiao*, 36 J. Bank. Financ. 305, 316 (2012); *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1091 (2019); *Moore*, 12 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 93, 139 f. (2020); *Windén*, Colum. Bus. L. Rev. 852, 928 ff. (2018).

¹⁶⁸ Vgl. *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1091 ff. (2019); *Windén*, Colum. Bus. L. Rev. 852, 924 ff. (2018).

¹⁶⁹ *Morck et al.*, in: *Morck, Corp. Ownership*, S. 319 (338); *Anderson/Reeb*, 58 J. Finance 1301, 1321 (2003); *Bennedsen et al.*, 122 Q. J. Econ. 647, 669 (2007).

¹⁷⁰ *Reddy*, Dual-Class Stock, S. 368 ff.;

der mehrheitlichen Zustimmung der übrigen Aktionäre abhängig macht.¹⁷¹ Denn die Übertragung kann für sie vorteilhaft sein, sodass ihnen die Entscheidungskompetenz zugebilligt werden sollte.¹⁷²

a) Umsetzung im EU Listing Act

Der Richtlinienentwurf beschränkt sich darauf, die drei dargestellten Arten eines Mehrstimmrechtsverfalls als mögliche, fakultative Schutzmaßnahmen aufzuzeigen.¹⁷³ Greifbare Empfehlungen gibt er diesbezüglich nicht. Dieses Vorgehen ist angesichts der verschiedenen bereits bestehenden nationalen Regelungsregime zur Steigerung der Richtlinienakzeptanz legitim.¹⁷⁴ Damit wird die Aufgabe, eine ökonomisch zweckmäßige Begrenzung zu erarbeiten, an die nationale Ebene weitergereicht. Es findet sich lediglich der konkrete Vorschlag, sicherzustellen, dass Mehrstimmrechte nicht zur Blockierung von sog. ESG-Beschlüssen genutzt werden können.¹⁷⁵ Diese Hervorhebung ist politisch nachvollziehbar, rechtsökonomisch jedoch entbehrlich. Dass Mehrstimmrechte ein höheres ESG-Risiko bergen, ist nicht belegt.¹⁷⁶

b) Umsetzung im Zukunftsfinanzierungsgesetz

Das ZuFinG gewährt Mehrstimmrechte nur auf Namensaktien. Dies ist angebracht, um deren Einfluss zu personalisieren.¹⁷⁷ Im Übrigen differenziert es zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften. Für börsennotierte nutzt es zwei der drei denkbaren Arten eines Verfalls. Es beschränkt den Einflussvorrang auf zehn Jahre nach der Börsennotierung und lässt das Mehrstimmrecht daneben im Falle einer vorherigen Übertragung entfallen.¹⁷⁸ Diese Lösung ist nach den hier gewonnenen Erkenntnissen suboptimal. Flexibler wäre, wie dargestellt, ein ereignisbasierter Verfall anstelle eines zeitbasierten.¹⁷⁹ Zudem wäre eine Art der Vinkulierung einem völligen Verfall bei Übertragung vorzuziehen.¹⁸⁰ Zu begrüßen ist zumindest, dass durch Beschluss einer Dreiviertel-Kapitalmehrheit eine einmalige Fristverlängerung auf weitere zehn Jahre zulässig ist.¹⁸¹ Wieso diese Möglichkeit nur einmal gewährt wird, erschließt sich jedoch nicht.¹⁸² Im Einzelfall können die übrigen Aktionäre durchaus von weiteren Verlängerungen profitieren.¹⁸³ Was schließlich die Länge des Befristungszeitraums anbelangt, ordnet sich das Gesetz in die vielerorts für angemessen befundene Größenordnung ein. So werden Befristungen von zehn bis

fünfzehn¹⁸⁴, sieben¹⁸⁵ oder auch drei bis fünf¹⁸⁶ Jahren befürwortet.

Demgegenüber ist für die nicht börsennotierte Aktiengesellschaft keinerlei Verfall des Mehrstimmrechts vorgesehen. Die starke Kapitalmarktfixierung des ZuFinG gibt den Schutz der Minderheitsaktionäre an dieser Stelle ein Stück weit preis. Doch ist dem Gesetz diesbezüglich zuzugestehen, dass geschlossenen Kapitalgesellschaften aufgrund ihres üblicherweise kleineren und professionelleren Gesellschafterkreises grundsätzlich mehr Gestaltungsfreiheit zugebilligt werden kann¹⁸⁷ und das deutsche Gesellschaftsrecht bereits belastbare Schutzinstrumente für Minderheitsaktionäre kennt¹⁸⁸.

E. Fazit

In der ökonomischen Debatte um Mehrstimmrechte vermag sich keine Seite klar durchzusetzen. Es besteht ein Patt. Ob Mehrstimmrechte wohlfahrtsförderlich sind, steht und fällt mit der konkreten Person des Kontrollaktionärs. Diese Erkenntnis legt einen differenzierenden Rechtsrahmen nahe, der durchlässig genug ist, um einer Aktiengesellschaft die Wahl der für sie effizientesten Stimmrechtsstruktur zu ermöglichen, die damit hierorts verbundenen Risiken jedoch angemessen begrenzt.

Dies gelingt den Vorstößen auf nationaler und europäischer Ebene in Teilen. Der EU Listing Act versäumt es, den Stimmrechtsfaktor unausweichlich zu deckeln, Transparenz hinsichtlich der individuellen Stimmmacht herzustellen und die Möglichkeit der nachträglichen Einführung vorzuschreiben. Letzteres Versäumnis macht sich auch das ZuFinG zu eigen. Dessen größter Makel ist es aber, dass es für die börsennotierte Aktiengesellschaft anstelle eines ereignisbasierten einen zeitbasierten, nur einmalig verlängerbaren Verfall und anstelle einer Vinkulierung einen übertragungsbasierten Verfall vorsieht. Abseits dessen sind die Reformen in ihrer Stoßrichtung zu begrüßen, setzen sie doch einen bedeutenden Schritt hin zu einem ausgewogen agilen und konkurrenzfähigen Aktienrecht.

Fisch/Solomon, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1088 f. (2019);

Moore, 12 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 93, 141 ff. (2020).

¹⁷¹ Derart *Casper*, ZHR 187 (2023), 5 (33, 47); *DAV*, NZG 2023, 738 (744); *IDW*, Stellungnahme ZuFinG, S. 3; *Nicolussi*, AG 2022, 753 (763).

¹⁷² Noch weitergehend *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 347.

¹⁷³ Art. 5 II a) - c) MehrstimmR-RL-E.

¹⁷⁴ Vgl. bereits A.III.; *Beckmann*, Mehrstimmrecht, S. 102 ff.;

Ventoruzzo, ZVglRWiss 114 (2015), 192 (198 ff.).

¹⁷⁵ Art. 5 II d) MehrstimmR-RL-E.

¹⁷⁶ *DAV*, NZG 2023, 464 (469); *Hansen*, Oxf. Bus. L. Blog v. 30.1.2023; *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (489 f.).

¹⁷⁷ § 135a I 1 AktG; *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (492); rechtsvergleichend *Jung*, ZVglRWiss 120 (2021), 104 (107 ff.).

¹⁷⁸ § 135a II 1, 2 AktG.

¹⁷⁹ *DAV*, NZG 2023, 464 (469); *Kalss*, ZHR 187 (2023), 438 (487 f.);

vgl. *Nicolussi*, AG 2022, 753 (762).

¹⁸⁰ *DAV*, NZG 2023, 464 (469); *DAV*, NZG 2023, 738 (744);

vgl. auch RefE ZuFinG, S. 97.

¹⁸¹ § 135a II 3, 4 AktG.

¹⁸² Dies offenlassend RefE ZuFinG, S. 99.

¹⁸³ Vgl. Fn. 189.

¹⁸⁴ *Bebchuk/Kastiel*, 103 Va. Law Rev. 585, 590 (2017);

Winden, Colum. Bus. L. Rev. 852, 870 f. (2018).

¹⁸⁵ *Cremers et al.*, ECGI, S. 32; vgl. *Fisch/Solomon*, 99 B. U. L. Rev. 1057, 1080 (2019).

¹⁸⁶ Vgl. *Bueren/Crowder*, in: *Fleischer/Mock*, Gr. GV, S. 911 (977);

Sharfman, 63 Vill. L. Rev. 1, 3 (2018).

¹⁸⁷ Vgl. *Bayer*, in: *Vhdl. 67. DJT*, S. E 1 (E 81 ff.);

Fleischer, ZHR 179 (2015), 404 (408 ff., 416 ff.).

¹⁸⁸ Grundlegend *Hofmann*, Minderheitenschutz, S. 693 ff. und passim.

Alexander Willers*

Formzwang im Individualarbeitsrecht – de lege lata und de lege ferenda

A. Einleitung

Der Bundesverband mittelständische Wirtschaft sprach von einem „Schlag ins Gesicht“¹, der Präsident des Bundesverbands der Arbeitsrechtler in Unternehmen von „Pest und Cholera zusammen“² und eine Kanzlei bezeichnete das zum 1.8.2022 geänderte Nachweisgesetz (NachwG) als „Bürokratie-Lawine“³. Die scharfe Kritik veranlasste das Bundeskabinett Anfang 2024 zu einer Gesetzesinitiative eines neuen Bürokratieentlastungsgesetzes, das einige Form-erfordernisse anpassen soll.⁴

Im Zuge der Digitalisierung rücken arbeitsrechtliche Formzwänge in den Mittelpunkt rechtspolitischer Debatten. Auf der einen Seite wird auf die bedeutende Rolle elektronischer Kommunikationsmittel im Rechtsverkehr verwiesen.⁵ Auf der anderen Seite wird der Schutz der Erklärungsempfänger⁶ durch Formvorschriften betont.⁷ Vor dem Hintergrund dieses Konflikts stellt sich die Frage, inwiefern die einzelnen Form-erfordernisse des Arbeitsrechts noch ihren Zweck erfüllen und Reformbedarf besteht.

B. Formzwang de lege lata

I. Gesetzliche Formen

Das Gesetz regelt mit Schriftform (§ 126), elektronischer Form (§ 126a), Textform (§ 126b), öffentlicher Beglaubigung (§ 129) und notarieller Beurkundung (§ 128) die dem BGB bekannten Formen abschließend.

1. Schriftform

Gem. § 126 I BGB muss der Aussteller zur Wahrung der Schriftform die Urkunde eigenhändig durch Unterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnen. Die Voraussetzungen gelten, wenn das Gesetz die „Schriftform“ oder die „schriftliche Form“ erfordert.⁸ Fordert das Gesetz eine „schriftliche“ Mitteilung, ist eine eigenhändige Unterschrift nur erforderlich, wenn die Form-funktionen dies verlangen.⁹

Die Schriftform erleichtert die Beweisführung und schützt den Erklärenden vor übereilten Entscheidungen.¹⁰ Abschluss und Inhalt des Rechtsgeschäfts sollen erkennbar sein.¹¹

2. Elektronische Form

Zur Wahrung der elektronischen Form muss der Aussteller gem. § 126a I BGB der Erklärung seinen Namen hinzufügen und das elektronische Dokument mit seiner qualifizierten Signatur versehen.

Dem Dokument muss lediglich der Familienname hinzugefügt sein.¹² Die elektronische Form ersetzt gegenüber der Schriftform nur die Unterschrift.¹³ Über den Wortlaut hinaus ist das Einverständnis des Erklärungsempfängers erforderlich, um die Wiedergabemöglichkeit sicherzustellen.¹⁴ Die für die qualifizierte elektronische Signatur maßgebliche Begriffsbestimmung findet man in der sog. eIDAS-VO (VO (EU) Nr. 910/2014).

Die elektronische Form ersetzt die Schriftform gem. §§ 126 III, 126a BGB, wenn sich aus dem Gesetz nicht etwas anderes ergibt. Grundsätzlich sind – unter Berücksichtigung der Intention des Gesetzgebers¹⁵ – elektronische Form und Schriftform gleichwertig.¹⁶ Einschränkungen erfährt die elektronische Form als gleichwertiges „Äquivalent“ durch gesetzliche Ausschlüsse (z.B. § 623 Hs. 2 BGB).¹⁷

3. Textform

Gem. § 126b S. 1 BGB fordert die Textform die Abgabe einer lesbaren Erklärung auf einem dauerhaften Datenträger, in der die Person des Erklärenden genannt ist.

Die Übermittlung muss so erfolgen, dass die Erklärung dem Empfänger für den erforderlichen Zeitraum unverändert zur Verfügung steht.¹⁸ Zulässig ist die Übermittlung mittels E-Mail, SMS oder WhatsApp, und Verkörperungen auf DVD und CD-ROM.¹⁹

§ 126b BGB ist die geringste Form, die das BGB kennt.²⁰ Der Gesetzgeber erachtet sie als notwendig für dokumentationsbedürftige Erklärungen.²¹

II. Arbeitsrechtliche Formvorschriften

Form-erfordernisse sind insbesondere bei der Entstehung und der Beendigung von Arbeitsverhältnissen zu beachten.

1. Arbeitsvertrag

Der Abschluss des Arbeitsvertrags (§ 611a I BGB) in seiner Gesamtheit unterliegt grundsätzlich keiner Formvorschrift und kann mündlich oder durch stillschweigende Vereinbarung erfolgen.²² Etwas anderes kann durch Formvorschriften in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung gelten.²³ Gesetzliche Ausnahmen, die fast ausschließ-

* Der Autor ist Student der Bucerus Law School. Der Beitrag ist eine gekürzte Fassung seiner Examensseminararbeit bei Prof. Dr. Matthias Jacobs.

¹ *BVMW e.V.*, Pressemitteilung v. 12.7.2022, Bürokratielawine: Mittelstand kritisiert Novelle zum NachwG.

² *Zunkeller*, Kol. V. 27.4.2022, Das neue NachwG: Zu viel des Schlechten.

³ *Breitenbach*, Blog v. 14.6.2022, Novelle des NachwG: Vom zahnlosen Tiger zur Bürokratie-Lawine.

⁴ BT-Drs. 20/11306.

⁵ AS-Drs. 20(11)161, S. 9.

⁶ Es wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet.

⁷ Vgl. BeckOGK-BGB/*Hecht*, § 126 Rn. 4.

⁸ Vgl. BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 126 Rn. 2.

⁹ *Lützen*, NJW 2012, 1627, 1628.

¹⁰ ErfK-BGB/*Preis*, §§ 125-127 Rn. 3.

¹¹ NK ArbR-BGB/*Mestwerdt/Helm*, §§ 125-127 Rn. 4.

¹² BeckOGK-BGB/*Primaczenko/Frohn*, § 126a Rn. 24.

¹³ *Jauernig/Mansel*, § 126a Rn. 4.

¹⁴ *Grüneberg/Ellenberger*, § 126a Rn. 6.

¹⁵ BT-Drs. 14/4987, S. 15 ff.

¹⁶ *Funke/Quarch*, NJW 2022, 569 Rn. 5.

¹⁷ *Noack*, DStR 2001, 1893, 1895.

¹⁸ Vgl. ErfK-BGB/*Preis*, §§ 125-127 Rn. 30a.

¹⁹ NK ArbR-BGB/*Mestwerdt/Helm*, §§ 125-127 Rn. 35.

²⁰ *Leue*, Formvorschriften, S. 97.

²¹ ErfK-BGB/*Preis*, §§ 125-127 Rn. 30.

²² *Schaub/Koch* ArbR A-Z, Arbeitsvertrag.

²³ *Schaub/Koch* ArbR A-Z, Arbeitsvertrag.

lich die Schriftform voraussetzen,²⁴ gelten etwa für das Nachweisrecht (§ 2 I NachwG) und Befristungsabreden (§ 14 IV TzBfG).

a) Nachweisrecht

Nach dem NachwG von 1995 muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer schriftlich über bestimmte Bedingungen informieren. Das Nachweisrecht wurde auf Grundlage der Richtlinie (EU) 2019/1152 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der EU (AB-RL) zum 1.8.2022 geändert. Insbesondere wurde der Anwendungsbereich auf alle Arbeitsverhältnisse erweitert und weitere Pflichtangaben eingeführt.²⁵

aa) Schriftformerfordernis

Gem. § 2 I 1 NachwG hat der Arbeitgeber die wesentlichen Vertragsbedingungen des Arbeitsverhältnisses innerhalb gestaffelter Fristen schriftlich niederzulegen, zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Erforderlich ist die Schriftform des § 126 I BGB.²⁶ Die Verschriftlichung dient der Information des Arbeitnehmers, der Sicherheit über den Inhalt seines Arbeitsvertrags haben soll.²⁷ Die elektronische Form ist gem. § 2 I 3 NachwG ausgeschlossen.

bb) Ersetzung durch schriftlichen Arbeitsvertrag

Nach § 2 V NachwG entfällt die Nachweispflicht, wenn dem Arbeitnehmer ein schriftlicher Arbeitsvertrag ausgehändigt wurde, der die geforderten Angaben enthält.

Grundsätzlich müssen beide Parteien eines Vertrags auf derselben Urkunde unterzeichnen (§ 126 II 1 BGB). Fraglich ist, ob für die Wahrung der Schriftform nach § 2 V NachwG beide Parteien auf derselben Urkunde unterschreiben müssen oder ob der Zugang des vom Arbeitgeber unterzeichneten Vertrags beim Arbeitnehmer genügt. Nach der Rechtsprechung des BGH zum Schriftformerfordernis für langfristige Mietverträge in § 550 BGB reicht es aus, wenn dem Vertragspartner die vom Antragenden unterzeichnete Urkunde zugeht und er seinerseits auf den Zugang einer formwirksamen Annahmeerklärung gem. § 151 S. 1 BGB verzichtet.²⁸ Das BAG lehnt diese Rechtsprechung für die Wahrung der Schriftform im Befristungsrecht nach § 14 IV TzBfG ab.²⁹ Das Gericht verweist auf die Beweisfunktion, die nur durch den Austausch der gegenseitigen Erklärungen gewährleistet wird. Das NachwG dagegen dient lediglich der Information des Arbeitnehmers. Er erhält auch durch den Nachweis nach § 2 I 1 NachwG nicht mehr als den lediglich vom Arbeitgeber unterzeichneten Nachweis.³⁰ Es ist daher für die Schriftform nach § 2 V NachwG ausreichend, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen von ihm unterzeichneten Arbeitsvertrag mit Bitte um Unterzeichnung zuschickt.³¹

²⁴ MHdB ArbR/Benecke, § 36 Rn. 29.

²⁵ Vogel/Sorber, NJW 2022, 3339 Rn. 4.

²⁶ NK ArbR-NachwG/Beckmann, § 2 Rn. 15.

²⁷ ErfK-NachwG/Preis, § 2 Rn. 1.

²⁸ BGH 24.2.2010 – XII ZR 120/06 (juris), Rn. 24 ff.

²⁹ BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15 (juris), Rn. 54 ff.

³⁰ Bayreuther, NZA 2023, 593, 594.

³¹ So auch Bayreuther, NZA 2023, 593, 595.

cc) Ersetzung durch Arbeitsvertrag in elektronischer Form

Unklar ist, ob auch ein Arbeitsvertrag in elektronischer Form die Nachweispflicht gem. § 2 V NachwG ersetzt. Praktische Relevanz erlangt die Frage für den Leiharbeitsvertrag bei der Arbeitnehmerüberlassung: Der Verleiher muss gem. § 11 I 1 und 2 AÜG das NachwG einhalten und darüberhin- ausgehende Angaben in den Nachweis aufnehmen. Ein Verstoß gegen § 11 I AÜG ist gem. § 16 I Nr. 8 AÜG bußgeld- bewehrt und kann zum Widerruf der Überlassungserlaubnis (§§ 3 I Nr. 1, 4, 5 AÜG) führen.³²

§ 2 V NachwG enthält – anders als § 2 I 3 NachwG – keinen Ausschluss der elektronischen Form, die mithin nach § 126 III BGB die Schriftform ersetzen könnte. Dadurch könnte jedoch der Wille des Gesetzgebers umgangen werden, mit dem NachwG mehr Transparenz und Rechtssicherheit für den Arbeitnehmer zu schaffen.³³ Der Gesetzgeber hat sich nicht zu den Gründen für den fehlenden Ausschluss der elektronischen Form in § 2 V NachwG verhalten und sich gegen eine ausdrückliche Regelung entschieden.³⁴ Somit fehlt schon die für eine analoge Anwendung des § 2 I 3 NachwG erforderliche planwidrige Regelungslücke. Zudem liegt keine vergleichbare Interessenlage vor, weil der einseitige Nachweis durch den Arbeitgeber einem beiderseitigen Vertragsschluss nicht gleichsteht.³⁵ Zudem würde eine analoge Anwendung den Anwendungsbereich des § 126 III BGB entgegen dem generellen Willen des Gesetzgebers, die elektronische Form – sofern nicht ausdrücklich normiert – gleichwertig zur Schriftform zu gestalten, aushöhlen.³⁶ Auch entsteht kein Nachteil für Arbeitnehmer, da die Verwendung der elektronischen Form ohnehin ihrer Zustimmung bedarf.³⁷ Europarechtlich spricht Art. 3 AB-RL mit der ausdrücklichen Erlaubnis der elektronischen Form gegen eine Erstreckung des Ausschlusses auf § 2 V NachwG.³⁸ Daher kann der Nachweis nach hier vertretener Auffassung durch einen Arbeitsvertrag in elektronischer Form ersetzt werden.

b) Befristungsabreden

Das Schriftformerfordernis für die Befristung eines Arbeitsvertrags aus § 14 IV TzBfG ist die bedeutendste Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit des Arbeitsvertrags.³⁹ Es bezieht sich allein auf die Befristungsabrede.⁴⁰ Da die Befristung ohne weitere Willenserklärungen zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führt, kommt der Rechtssicherheit eine hohe Bedeutung zu.⁴¹ Dem Arbeitnehmer soll deutlich werden, dass das befristete Arbeitsverhältnis keine dauerhafte Existenzgrundlage bietet.⁴²

aa) Elektronische Form

Die elektronische Form ist nicht ausgeschlossen, sodass die Befristungsabrede auch nach § 126a BGB getroffen werden kann.⁴³ Durch die Einführung des § 14 IV TzBfG zum

³² Norda/Stoeker/Wilde, NZA 2022, 8, 9.

³³ ErfK-NachwG/Preis, § 2 Rn. 2 f.

³⁴ Dazu Falter/Bissels/Meißner, DB 2022, 2217, 2220.

³⁵ Bayreuther, NZA 2023, 593, 594.

³⁶ Funke/Quarch, NJW 2022, 569 Rn. 8.

³⁷ Falter/Bissels/Meißner, DB 2022, 2217, 2220.

³⁸ Norda/Stoeker/Wilde, NZA 2022, 8, 11.

³⁹ SWK-ArbR/Altenburg, Arbeitsvertrag Rn. 14.

⁴⁰ BeckOK ArbR-TzBfG/Bayreuther, § 14 Rn. 135.

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 14/626, S. 11.

⁴² APS-TzBfG/Backhaus, § 14 Rn. 663.

⁴³ ErfK-TzBfG/Müller-Glöße, § 14 Rn. 121c.

1.1.2001 ist § 2 I 2 Nr. 3 NachwG praktisch bedeutungslos geworden.⁴⁴ Gem. § 2 I 2 Nr. 3 NachwG ist bei befristeten Arbeitsverhältnissen das Enddatum oder die vorhersehbare Dauer des Arbeitsverhältnisses eine Mindestanforderung des Nachweises. Weil der Nachweis nicht in elektronischer Form erfolgen darf, muss bei einer in elektronischer Form gefassten Befristungsabrede trotzdem der Nachweis nach § 2 I 2 Nr. 3 NachwG in Schriftform erfolgen.

bb) Altersgrenzenregelungen

Die Befristung eines Arbeitsverhältnisses auf das Erreichen der Regelaltersgrenze ist nach dem BAG zulässig.⁴⁵ Es ist dagegen umstritten, ob die Schriftform des § 14 IV TzBfG auch für Altersbefristungen gilt. *Lingemann* ist der Ansicht, die Norm sei für Altersgrenzenregelungen teleologisch zu reduzieren, um ein Formerfordernis für fast alle Arbeitsverträge „durch die Hintertür“ zu verhindern.⁴⁶

Das BAG lehnt die Reduktion mit einem knappen Verweis auf die besondere Bedeutung der Beweisfunktion bei Altersgrenzenregelungen ab.⁴⁷ Das Gericht argumentiert überzeugend, dass Streitigkeiten über entsprechende Abreden erst Jahre nach Vertragsschluss aufkommen. Die Qualifizierung einer Altersgrenze als Befristung führt zwar zu einer Mehrzahl formbedürftiger Abreden. Die Beweisfunktion wird aber nicht dadurch bedeutungslos, dass sie viele Arbeitsverhältnisse betrifft. Zudem reicht für die sachliche Befristung die Anbindung an die rentenrechtliche Versorgung aus. Die tatsächliche wirtschaftliche Absicherung durch die Rente ist dagegen unbedeutend.⁴⁸ Unter Berücksichtigung des weiter sinkenden Rentenniveaus kann dem Schriftformerfordernis im Einzelfall deshalb trotzdem eine Warnfunktion zukommen.⁴⁹ Mithin ist das Schriftformerfordernis auch für Altersgrenzenregelungen einzuhalten.

2. Kündigung und Auflösungsvertrag

Gem. § 623 Hs. 1 BGB bedarf die Beendigung von Arbeitsverhältnissen durch Kündigung oder Auflösungsvertrag der Schriftform.

Die Kündigung als einseitige Willenserklärung muss in der Form des § 126 I BGB erfolgen.⁵⁰ Für Auflösungsverträge sind die Anforderungen des § 126 II BGB zu wahren.⁵¹ § 623 Hs. 2 BGB schließt die Ersetzung durch die elektronische Form aus. Dass Schriftsätze seit dem 1.1.2022 gem. §§ 130d S. 1 ZPO, 46g S. 1 ArbGG dem Gericht nur noch als elektronische Dokumente zu übermitteln sind, schließt Schriftsatzkündigungen aus.⁵²

Vorrangiges Ziel des Gesetzgebers mit der Einführung des § 623 BGB zum 1.5.2000 war die Stärkung der Rechtssicherheit der zuvor formlos möglichen Kündigung.⁵³ Das Formerfordernis dient insbesondere dem Schutz des Kündigungs-

empfängers.⁵⁴ Bei Auflösungsverträgen dient es der Inhaltsklarheit.⁵⁵

3. Sonstige Formvorschriften

a) Schriftformerfordernisse

Ein weiteres Schriftformerfordernis gilt für das Arbeitszeugnis unter Ausschluss der elektronischen Form (§§ 630 I 1 und 3 BGB, 109 I und III GewO). Für das schriftliche Elternzeitverlangen (§ 16 I 1 BEEG) und das Verlangen nach Pflegezeit- oder Familienpflegezeit (§§ 3 III 1 PflegeZG, 2a I 1 FPfZG) lässt das Gesetz mangels Ausschlusses die elektronische Form zu.

b) Textformerfordernisse

Wenn es nur um die bloße Information des Erklärungsempfängers – also um eine reine Wissensmitteilung – geht, lässt das Gesetz die Textform genügen.⁵⁶ Beispiele sind die Information über einen Betriebsübergang (§ 613a V BGB) und die Entgeltabrechnung (§ 108 I 1 GewO).

Von Interesse sind die Vorschriften, bei denen die Rechtsprechung anstatt der vorgeschriebenen „schriftlichen“ Erklärung die Textform genügen lässt. Nach dem BAG gilt § 126 BGB unmittelbar nur für Rechtsgeschäfte und einzelne Willenserklärungen.⁵⁷ Für rechtsgeschäftsähnliche Erklärungen ist die Vorschrift analog anzuwenden, sofern Normzweck und Interessenlage es erfordern.⁵⁸ Die Textform reicht nach dem BAG bspw. für die Unterrichtung des zweckbefristeten Beschäftigten über den Zeitpunkt der Zweckerreichung (§ 15 II TzBfG) und die Geltendmachung eines Anspruchs nach dem AGG (§ 15 IV 1 AGG) aus. Für die Ausnahme im AGG verweist das Gericht überzeugend darauf, dass die Geltendmachung ihren Zweck der Schaffung von Rechtsfrieden und -sicherheit auch ohne eigenhändige Unterschrift erfüllt.⁵⁹

Für das Interesse des Arbeitnehmers, rechtzeitig über das Ende seines zweckbefristeten Arbeitsvertrags informiert zu werden, sei die Beweis- und Warnfunktion von geringerer Bedeutung und die Textform ausreichend.⁶⁰ Dem ist entgegenzuhalten, dass die schriftliche Unterrichtung nach seiner Entstehungsgeschichte den Schutz der Schriftform für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen⁶¹ auf das Ende des zweckbefristeten Arbeitsvertrags übertragen soll.⁶² Insofern ist die Beweis- und Warnfunktion nicht von geringer Bedeutung und die Schriftform zweckmäßig.

III. Rechtsfolgen von Verstößen

Der Formzwang einer Vorschrift hängt von den Folgen eines Verstoßes ab: Je schärfer die Rechtsfolge, desto intensiver der Zwang zur Form.

⁴⁴ BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15 (juris), Rn. 28.

⁴⁵ BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15 (juris), Rn. 38 ff.

⁴⁶ *Lingemann*, NZA 2018, 889, 891 f.

⁴⁷ BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15 (juris), Rn. 58.

⁴⁸ BAG 25.10.2017 – 7 AZR 632/15 (juris), Rn. 39.

⁴⁹ MAH ArbR/*Melms/Felisiak*, § 10 Rn. 16.

⁵⁰ APS-BGB/*Greiner*, § 623 Rn. 12.

⁵¹ BeckOK ArbR-BGB/*Gotthardt*, § 623 Rn. 58.

⁵² *Poguntke/von Villiez*, NZA 2019, 1097, 1099;

a.A. *Heukenkamp*, ZfDR 2022, 53, 56 ff.

⁵³ ErfK-BGB/*Müller-Glöge*, § 623 Rn. 1.

⁵⁴ NK ArbR-BGB/*Boecken*, § 623 Rn. 2.

⁵⁵ BeckOK ArbR-BGB/*Gotthardt*, § 623 Rn. 53.

⁵⁶ *Bayreuther*, NZA 2023, 593, 596.

⁵⁷ BAG 10.5.2016 – 9 AZR 145/15 (juris), Rn. 17.

⁵⁸ BAG 15.12.2011 – 7 ABR 40/10 (juris), Rn. 33;

a.A. MüKo-BGB/*Einsele*, § 126 Rn. 4.

⁵⁹ BAG 16.2.2012 – 8 AZR 697/10 (juris), Rn. 27.

⁶⁰ BAG 20.6.2018 – 7 AZR 689/16 (juris) Rn. 61 ff.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 14/4374, S. 20.

⁶² APS-TzBfG/*Backhaus*, § 15 Rn. 8.

1. Konstitutive Vorschriften

Gesetzliche Formerfordernisse sind unabdingbar.⁶³ Verstöße führen gem. § 125 S. 1 BGB zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Ein Verstoß gegen tarifvertraglich vereinbarte Formvorschriften führt nur zur Nichtigkeit gem. § 125 S. 1 BGB, wenn die Parteien eine konstitutive Wirkung wollten.⁶⁴ Bei formwidriger Befristungsabrede entsteht gem. § 16 S. 1 TzBfG ein unbefristetes Arbeitsverhältnis.⁶⁵ Eine formwidrige Kündigung löst nicht die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage nach § 4 S. 1 KSchG aus.⁶⁶

2. Deklaratorische Vorschriften

In Ausnahmefällen sind Formerfordernisse keine Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern haben lediglich Ordnungsfunktion.⁶⁷ Beispiele sind Verstöße gegen die Bestimmungen zur Niederlegung der wesentlichen Vertragsinhalte nach dem NachwG und dem AÜG.

C. Formzwang de lege ferenda

Für Überlegungen de lege ferenda sind die Besonderheiten des Arbeitsrechts zu beachten. Der Arbeitnehmer ist dem Arbeitgeber nach dem BVerfG beim Vertragsabschluss „strukturell“ unterlegen.⁶⁸ Sein Schutz fordert daher Formzwang.⁶⁹ Es wäre dennoch verfehlt, Formerfordernisse allein mit der allgemeinen Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern zu rechtfertigen, weil ansonsten der Grundsatz der Formfreiheit im Arbeitsrecht ausgehebelt würde.⁷⁰

I. Reformbedarf

1. Arbeitsrecht im Allgemeinen

a) Erforderlichkeit der Schriftform

Ob ein Schriftformerfordernis notwendig ist, richtet sich nach einer umfassenden Abwägung zwischen Verkehrerschwerung und Formzwecken. Dabei kommt es auf Wertungskriterien wie den Schutz vor Erheblichkeit der Rechtswirkung einer Erklärung, die Rechtsverbindlichkeit, die potenzielle Gefährdung der Rechtssicherheit und die Sicherstellung einer ausreichenden Dokumentation an.⁷¹

Die Schriftformerfordernisse im Arbeitsrecht erfüllen ihren Zweck. Gemeinsame Vereinbarungen wie die Befristungsabrede bedürfen der Schriftform, um ihre Beweis- und Klarstellungsfunktion zu erfüllen. Solche Vereinbarungen haben regelmäßig existenzielle wirtschaftliche Konsequenzen für die Parteien. Würde man die Textform ausreichen lassen, könnten wichtige Vereinbarungen auf beliebigen Datenträgern geschlossen werden. Die Textform würde zwar eine flexiblere Rechtsgestaltung ermöglichen, zugleich aber die Rechtssicherheit gefährden.

Für Schriftformerfordernisse einseitiger Erklärungen (§§ 623, 630 BGB) ist zu differenzieren. Gegen § 623 BGB wurde anfänglich vereinzelt angeführt, das Schriftformerfordernis erleichtere die Arbeit der Gerichte nicht, weil es in den meisten Streitfällen um die sachliche Berechtigung und

nicht um den Nachweis der Kündigungserklärung an sich gehe.⁷² Zudem führe die Schriftform zu Schwierigkeiten in Kleinstbetrieben ohne professionell organisierte Personalwesen.⁷³ Dagegen ist einzuwenden, dass die Schriftform tatsächlich zu mehr Klarheit in Gerichtsprozessen führt und die Beweisführung erleichtert.⁷⁴ Es wäre unbillig, die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund weniger professionell organisierter Arbeitgeber zulasten der Arbeitnehmer rechtsunsicherer zu gestalten. Schließlich gilt die Schriftform auch bei arbeitnehmerseitigen Kündigungen. Genauso wäre es vor dem Hintergrund gleicher Rechte der Vertragsparteien unbillig, nur die arbeitgeberseitige Kündigung in Textform zuzulassen.⁷⁵ Auch insofern überwiegen Übereilungsschutz sowie Beweisfunktion, die bspw. eine Kündigung über Messenger-Dienste kaum gewährleisten könnte.

Um die Echtheit des Arbeitszeugnisses zu verifizieren, sind die Funktionen der Schriftform erforderlich.⁷⁶ Ein Textformerfordernis würde die Bedeutung von Zeugnissen im Rechtsverkehr dagegen erheblich einschränken. Im Sinne der Rechtssicherheit ist die Schriftform daher beizubehalten.

b) Gleichstellung der elektronischen Form

Die elektronische Form soll der Schriftform gleichstehen. Schon früh wurde angenommen, die elektronische Form werde die Schriftform in weiten Bereichen ablösen.⁷⁷ Dennoch ist sie in der Praxis bis heute wenig verbreitet.⁷⁸

aa) Kein beschränkter Anwenderkreis

Die Verwendung der elektronischen Form bedurfte lange eines erheblichen technischen und teils intellektuellen Aufwands, was den Anwenderkreis faktisch beschränkte.⁷⁹ Das Problem hat sich durch Inkrafttreten der eIDAS-VO gelöst. Nutzern ist es nun möglich, die Signatur ohne eigene Infrastruktur über einen zertifizierten Vertrauensdienstleister zu verwenden.⁸⁰ Eine elektronische Signatur ist im Alltag ohne Schwierigkeiten möglich.⁸¹

bb) Zweckmäßigkeit der Ausschlüsse

(1) Erwägungen des Gesetzgebers

Für den Ausschluss in § 623 Hs. 2 BGB führt die Gesetzesbegründung an, dass die damals erst kürzlich eingeführte Schriftform für die Beendigung von Arbeitsverhältnissen zumindest im subjektiven Bewusstsein der Benutzer noch gewisse Vorteile in der Warnfunktion habe. Weil zudem die Vorlage entsprechender Dokumente bei Behörden (bspw. der Agentur für Arbeit) erforderlich sei, hätte das elektronische Dokument keinen praktischen Nutzen. Schließlich solle sich der Schutz der traditionellen Schriftform erst etablieren, was eine spätere Zulassung der elektronischen Form jedoch nicht ausschließe.⁸²

⁶³ Staudinger/Hertel, § 125 Rn. 99.

⁶⁴ BAG 7.7.1955 – 2 AZR 27/53 (juris), Rn. 14.

⁶⁵ Vgl. ErfK-TzBfG/Müller-Glöge, § 14 Rn. 123.

⁶⁶ BAG 6.9.2012 – 2 AZR 858/11 (juris), Rn. 11.

⁶⁷ BAG 11.7.1991 – 2 AZR 107/91 (juris), Rn. 38.

⁶⁸ BVerfG 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 (juris), Rn. 48.

⁶⁹ Vgl. Richardi, NZA 2001, 57, 58.

⁷⁰ Binding, Elektronische Form, S. 53.

⁷¹ Gotthardt/Beck, NZA 2002, 876, 879.

⁷² BT-Drs. 14/626, S. 14.

⁷³ Böhm, NZA 2000, 561 f.

⁷⁴ Vgl. Binding, Elektronische Form, S. 51 f.

⁷⁵ So aber Vielmeier, DB 2018, 3051, 3052 ff.

⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 14/4987, S. 22.

⁷⁷ Bieser, DStR 2001, 27, 35; Binding, Elektronische Form, S. 118.

⁷⁸ Vogel/Sorber, NJW 2022, 3339 Rn. 10.

⁷⁹ Jauernig/Mansel, § 126a Rn. 1 f.

⁸⁰ Voigt/Herrmann/Danz, NJW 2020, 2991 Rn. 12.

⁸¹ BeckOGK-BGB/Primaczenko/Frohn, § 126a Rn. 14.

⁸² BT-Drs. 14/4987, S. 22.

Den Ausschluss der elektronischen Form in § 630 S. 3 BGB begründet der Gesetzgeber mit der hohen praktischen Bedeutung des Arbeitszeugnisses. Die Vorlage von Zeugnissen in elektronischer Form sei in kleineren Betrieben noch nicht üblich. Weil das Erscheinungsbild des Zeugnisses ebenso eine Rolle spiele, sei der Ausschluss notwendig, bis sich die elektronische Form in gleicher Weise wie das herkömmliche Zeugnis im Rechtsverkehr etabliert habe und sich elektronische Bewerbungen verbreiteten.⁸³

(2) Zweckverfehlung

Die Digitalisierung spielt im Arbeitsrecht eine erhebliche Rolle.⁸⁴ Zwar sind viele relevante Unterlagen noch immer in Papierform vorhanden.⁸⁵ Mit einer digitalen Personalaktenführung sind jedoch maßgebliche Vorteile wie die effizientere Bearbeitung von Vorgängen und dezentrale Zugriffsmöglichkeiten verbunden.⁸⁶ Moderne Unternehmen führen keine Personalakten in Papierform mehr und auch die große Mehrheit der Arbeitnehmer ist mit Möglichkeiten der E-Mail- und Internetnutzung vertraut.⁸⁷ Zudem gelangt die wohl überwiegende Anzahl von Bewerbungen (inkl. angehängter Arbeitszeugnisse) auf elektronischem Wege zum Arbeitgeber.⁸⁸ Der Ausschluss der elektronischen Form für das Arbeitszeugnis erschwert dem Arbeitnehmer insofern sein berufliches Fortkommen.⁸⁹ Auch weniger technisch veranlagte Arbeitgeber und Arbeitnehmer wären nicht benachteiligt. Die elektronische Form wird dem Erklärungsempfänger nicht aufgedrängt, weil immer noch das Einverständnis des anderen Teils erforderlich ist. Es sei zudem erwähnt, dass sich die elektronische Form – anders als vom Gesetzgeber gewollt – nicht umfassend verbreiten kann, solange sie teilweise ausgeschlossen ist. Im Rahmen der Corona-Pandemie wurden weitere praktische Schwierigkeiten der Schriftform deutlich.⁹⁰ Wenn die kündigungsberechtigte Person im Home-Office oder gar in Quarantäne war und die eigenhändige Unterschrift nicht vor Ort leistete, konnte die Kündigung nur umständlich ausgefertigt werden.

Die vom Gesetzgeber ursprünglich intendierten Zwecke der Ausschlüsse greifen nicht mehr. Aus heutiger Sicht hat die elektronische Form einen praktischen Nutzen.

c) Bedenken zur Textform

Schon bei Einführung der Textform wurde kritisiert, sie sei „überflüssig“ und eine vollständige Aufhebung der Formerfordernisse hätte die gleiche Wirkung.⁹¹ Der Bundesrat bezeichnete sie als „qualifizierte Formlosigkeit“, durch die das Recht künstlich kompliziert werde.⁹² Dem ist entgegenzuhalten, dass die Textform einen sinnvollen Anwendungsbereich hat: Erklärungen, bei denen die Dokumentationsfunktion zwar ausreichend, aber geboten ist.⁹³

Bayreuther ist der Auffassung, die Textform sei für das Arbeitsrecht „überschätzt“ und eine eigenständige arbeitsrecht-

liche Formdefinition „unterhalb“ der Schriftform notwendig.⁹⁴ Er verweist auf die Vielzahl elektronischer Datenträger, die zur Wahrung der Textform ausreichen. Viele davon seien für den Arbeitsrechtsverkehr ungeeignet. Auch wenn die Vielzahl an Übermittlungsmedien kein Hindernis ist, sind manche Medien tatsächlich geeigneter als andere. Informiert der Arbeitgeber über einen Betriebsübergang gem. § 613a V BGB mittels einer DVD, werden nicht alle Empfänger über ein entsprechendes Laufwerk verfügen. Dabei handelt es sich aber um ein theoretisches Szenario. In der Praxis werden vor allem E-Mails oder Ausdrucke genutzt. Solange das gewählte Medium sicherstellt, dass der Empfänger die Information zur dauerhaften Verfügung erhält, erfüllt es seinen Zweck. Für reine Informations- und Dokumentationsvorschriften ist die Textform entsprechend ihrer Funktion ausreichend. Einer neuen Form für das Arbeitsrecht bedarf es deshalb nicht.

d) Gesetzliche Unklarheiten

Für einzelne Vorschriften lässt das BAG mit guten Gründen die Textform ausreichen, obwohl das Gesetz eine „schriftliche“ Erklärung voraussetzt.⁹⁵ Mangels klarer gesetzlicher Regelung ist jedoch die Rechtsicherheit gefährdet.

2. Nachweisrecht

a) Ungeeignetheit der Schriftform

Kritiker des § 2 I 3 NachwG führen an, die Vorschrift führe zu einer „faktische[n] Schriftformpflicht“ für Arbeitsverträge.⁹⁶ Der Zwang ergebe sich daraus, dass die Trennung von Arbeitsvertrag und Nachweis keine Vereinfachung sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Verstoß lediglich zu einem Bußgeld führt.⁹⁷

Die Kritik an dem hohen Aufwand, den die Einhaltung des NachwG bringt, ist dennoch berechtigt. Die Rechtswirkung ist gering, weil der Vertrag regelmäßig vorher geschlossen wurde und der Nachweis rein deklaratorisch ist. Die Warnfunktion ist begrenzt, weil sie primär für den Erklärenden und nicht für den Erklärungsempfänger (den Arbeitnehmer) gilt.⁹⁸ Die Schriftform hat zudem eine geringere Beweiskraft, weil der Arbeitgeber beliebige Personen ohne Personalgestaltungs-kompetenz mit der Unterzeichnung des Nachweises beauftragen kann.⁹⁹ Für Dokumentation und Information ist die Textform auch an anderen Stellen des Arbeitsrechts ausreichend. Nach dem Erwägungsgrund 24 AB-RL können Informationen, die nach der AB-RL schriftlich zur Verfügung zu stellen sind, auf elektronischem Wege übermittelt werden. Das erklärte Ziel der AB-RL einer Modernisierung bleibt im NachwG unberücksichtigt.¹⁰⁰ Im Ergebnis ist das Schriftformerfordernis im NachwG nicht zweckgemäß und es besteht Reformbedarf.

b) Gleichstellung der elektronischen Form

Für den Ausschluss der elektronischen Form im NachwG (§ 2 I 3 NachwG) verweist die Gesetzesbegründung auf die Einhaltung der damals geltenden Richtlinie 91/533/EWG.¹⁰¹

⁸³ BT-Drs. 14/4987, S. 22.

⁸⁴ Müller, NZA 2019, 11.

⁸⁵ Vgl. Mengel, Compliance, § 4 Rn. 10.

⁸⁶ Herfs-Röttgen, NZA 2013, 478, 481.

⁸⁷ Horcher, AS-Drs. 20(11)142, S. 4.

⁸⁸ König, Beschäftigtendatenschutz, § 4 Rn. 16.

⁸⁹ Hartmann, Kommunikationsmittel, S. 152 f.

⁹⁰ Vgl. Hohenstatt/Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, XII. 1. a) aa).

⁹¹ Hähnchen, NJW 2001, 2831, 2833.

⁹² BT-Drs. 14/4987, S. 33.

⁹³ MüKo-BGB/Einsele, § 126b Rn. 9.

⁹⁴ Bayreuther, NZA 2023, 593, 597 f.

⁹⁵ Siehe B.II.3.b).

⁹⁶ Möller, ArbRAktuell 2022, 299, 301.

⁹⁷ Kolbe, EuZA 2023, 3, 16.

⁹⁸ Bayreuther, NZA 2023, 593, 597.

⁹⁹ Bayreuther, NZA 2023, 593, 597.

¹⁰⁰ Gaul/Pitzer/Pionteck, DB 2022, 1833, 1834.

¹⁰¹ BT-Drs. 14/4987, S. 31 f.

Die Richtlinie wurde gem. Art. 24 AB-RL aufgehoben und durch die AB-RL ersetzt. Art. 3 AB-RL lässt elektronische Formen ausdrücklich zu. Die Gesetzesbegründung zum Änderungsgesetz des NachwG enthält keinen Grund für die Beibehaltung der schriftlichen Form.¹⁰² Mit dem Ende der Wirksamkeit der ursprünglichen Richtlinie hat § 2 I 3 NachwG somit seinen Zweck verloren.

Ausschlüsse der elektronischen Form sind aufgrund der Digitalisierung nicht mehr zeitgemäß.¹⁰³ Für § 2 V NachwG ist darüber hinaus ungeklärt, ob die Ersetzung des Nachweises auch durch einen Arbeitsvertrag in elektronischer Form erfolgen kann.¹⁰⁴ Es besteht Reformbedarf.

c) Schwächen der Textform

In der Literatur wird argumentiert, die Textform sei keine geeignete Alternative zur Schriftform im Nachweisrecht.¹⁰⁵ Die Erwägung überzeugt zumindest grundsätzlich. Zum einen kontrollieren die Aufsichtsbehörden die Einhaltung des NachwG. Eine effiziente Verfolgung der Verstöße wäre durch die beliebige Wahl des Übertragungsmittels erschwert, zumal auch vermeintlich überprüfbare Übertragungsmittel wie E-Mails gelöscht werden können. Bedenken bestehen darüber hinaus für die Erteilung des Nachweises auf mobile Endgeräte des Arbeitnehmers (bspw. über Messenger-Dienste), der die Nachrichten selten aufmerksam durchlesen oder überhaupt zur Kenntnis nehmen wird.¹⁰⁶ Insofern wäre der Zweck des Nachweises in Gefahr, den Arbeitnehmer effektiv zu informieren. Die Textform ist im Nachweisrecht deshalb ohne Modifikationen keine Alternative zur Schriftform.

II. Reformvorschläge

1. Arbeitsrecht im Allgemeinen

a) Abschaffung der Ausschlüsse der elektronischen Form

Die Ausschlüsse der elektronischen Form verfehlen ihren Zweck und verhindern die weitere Digitalisierung. Ausgehend von der Funktionsäquivalenz ist eine umfassende Gleichstellung der elektronischen Form mit der Schriftform wünschenswert.¹⁰⁷ Die Gleichstellung sollte durch eine Streichung des Wortlauts „die elektronische Form ist ausgeschlossen“ in § 623 BGB und von § 630 S. 3 BGB erfolgen.¹⁰⁸

b) Klarstellungen des Gesetzgebers

Für eine höhere Rechtssicherheit sollte der Gesetzgeber klarstellen, wenn er im Einklang mit der Rechtsprechung entgegen dem Wortlaut die Verwendung der Textform billigt,¹⁰⁹ so etwa in §§ 15 II TzBfG, 15 IV 1 AGG und 17 II 1 KSchG. Der Wortlaut „schriftlich“ sollte zu „in Textform“ umformuliert werden.

¹⁰² Vgl. BT-Drs. 20/1636, S. 25 ff.

¹⁰³ Siehe C.I.1.b)bb)(2).

¹⁰⁴ Vgl. B.II.1.a)cc).

¹⁰⁵ Bayreuther, NZA 2023, 593, 597.

¹⁰⁶ Bayreuther, NZA 2023, 593, 597.

¹⁰⁷ So auch Funke/Quarch, NJW 2022, 569 Rn. 6.

¹⁰⁸ Für § 630 S. 3 BGB von der BReg vorgeschlagen, BT-Drs. 20/11306, S. 16.

¹⁰⁹ So auch Poguntke/von Villiez, NZA 2019, 1097, 1104.

2. Nachweisrecht

Für Reformen im Nachweisrecht ist die AB-RL zu berücksichtigen. Art. 3 S. 2 AB-RL sieht vor, dass die Informationen in Papierform oder – wenn die Informationen für den Arbeitnehmer zugänglich sind, gespeichert und ausgedruckt werden können und der Arbeitgeber einen Übermittlungsnachweis erhält – in elektronischer Form zur Verfügung gestellt werden müssen.

a) Streichung von § 2 I 3 NachwG

Die Vorteile einer Gleichstellung der elektronischen Form gelten auch im Nachweisrecht. Schon im Gesetzgebungsverfahren sprach sich der Bund der Richterinnen und Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit für eine Zulassung der elektronischen Form aus.¹¹⁰ Mittlerweile hat die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf vorgelegt, der zumindest die wünschenswerte Ersetzung des Nachweises durch einen Arbeitsvertrag in elektronischer Form zulässt.¹¹¹ Darüber hinaus sollte der Gesetzgeber auch den Ausschluss der elektronischen Form in § 2 I 3 NachwG streichen.

b) Streichung des Schriftformerfordernisses

Weil das Schriftformerfordernis im Nachweisrecht seinen Zweck verfehlt, wäre die Streichung des Wortlauts „schriftlich“ in § 2 I 1 NachwG zu begrüßen. In seiner Stellungnahme zum geplanten Bürokratieentlastungsgesetz schlägt der Bundesrat vor, den Nachweis zumindest auch in Textform in Verbindung mit einem Übermittlungsnachweis zuzulassen.¹¹² Vereinzelt wird dagegen eine eigene Form für das Nachweisrecht gefordert, die eine Eingrenzung der Übermittlungsmedien – bspw. auf Papier und E-Mail – vornimmt.¹¹³ Die Textform an sich ist für das Nachweisrecht wegen der Überprüfung durch die Aufsichtsbehörden und der Bedeutung des Erklärungsinhalts keine geeignete Form. Wird die Textform für das Nachweisrecht dagegen um ein Übermittlungsnachweiserfordernis ergänzt, können die Bedenken ausgeräumt werden. Zum einen könnten die Behörden den Übermittlungsnachweis als Beweis für die Einhaltung der Pflichten verwenden. Zum anderen würde ein solches Erfordernis dem Unionsrecht genügen und dem Dokumentationszweck gerecht werden. Jeder der Textform genügende elektronische Datenträger – auch ein Messenger-Dienst – lässt das Ausdrucken der Information zu.¹¹⁴ Zudem ist wie bei der elektronischen Form das Einverständnis des Empfängers zur Verwendung eines elektronischen Mediums notwendig.¹¹⁵ Eine Eingrenzung der Übermittlungsmedien ist folglich nicht erforderlich, die Textform mit Übermittlungsnachweiserfordernis dagegen wünschenswert.

D. Fazit

Es lässt sich festhalten, dass ein dringender Reformbedarf der arbeitsrechtlichen Formvorschriften besteht und folgende Maßnahmen angebracht sind:

¹¹⁰ Horcher, AS-Drs. 20(11)142, S. 4.

¹¹¹ BT-Drs. 20/11306, S. 27.

¹¹² BT-Drs. 20/11306, S. 156.

¹¹³ Bayreuther, NZA 2023, 593, 599.

¹¹⁴ Vgl. Grüneberg/Ellenberger, § 126b Rn. 3.

¹¹⁵ Jauernig/Mansel, § 126b Rn. 3.

1. Das Gesetz lässt nur ausnahmsweise die elektronische Form zu. Die Digitalisierung schreitet jedoch weiter voran. Wünschenswert wäre es, alle Ausschlüsse der elektronischen Form für eine Gleichstellung mit der Schriftform abzuschaffen.
2. Liegt der Zweck der Vorschrift in der reinen Information oder Dokumentation, lassen Gesetz und Rechtsprechung die Textform ausreichen. Genügt die Textform trotz des Wortlauts „schriftlich“, sollte der Gesetzgeber es klarstellen.
3. Weil das Schriftformerfordernis im Nachweisrecht praktisch aufwendig und rechtsdogmatisch zweckverfehlt ist, ist eine Streichung zu begrüßen. Als unionsrechtskonforme Lösung genügt die Textform modifiziert durch das Erfordernis eines Übermittlungsnachweises.

Die geplanten Änderungen durch das Bürokratieentlastungsgesetz sind erfreulich. Es bleibt abzuwarten, ob das Gesetz mit den Vorschlägen des Bundesrats zustande kommt.

Alexandra-Theresa Hufnagel*

Grenzenlos grenzüberschreitende Geburten – Der gewöhnliche Aufenthalt von Kleinstkindern im IPR

A. Einführung

Unter den Stichworten „Geburtstourismus“¹ und Leihmutterschaft² werden unkonventionelle Umstände der Geburt immer häufiger zum Gegenstand gesellschaftlicher Debatten. Wurden im Jahre 1999 noch 727 künstliche Befruchtungen von Leihmüttern in den USA verzeichnet, so stieg die Zahl bis 2013 bereits auf 3.432 an. Dabei stammen 16 % der Wunscheltern aus dem Ausland.³

In beiden exemplarischen Konstellationen stellen sich unweigerlich die Fragen nach der Abstammung sowie dem rechtlichen Schutz der im Ausland geborenen Kinder. Gem. Art. 19 I 1 EGBGB unterliegt die Abstammung eines Kindes im deutschen autonomen Kollisionsrecht dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Gerade in den dargestellten Situationen bereitet die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts indes Probleme, die jüngst ebenfalls Niederschlag im Vorschlag zu einer Europäischen Abstammungsverordnung vom 7.12.2022 gefunden haben. Wie aber kann das IPR auch diese Konstellationen bewältigen und dabei zu sachgerechten Lösungen verhelfen? Nach welchen Kriterien sollte sich die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kleinstkindern richten und stellt der gewöhnliche Aufenthalt vor diesem Hintergrund überhaupt ein taugliches Anknüpfungsmoment dar?

B. Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts

I. Begriffsentwicklung

Traditionell wurde zur Bestimmung des Heimatrechts einer Person (sog. Personalstatut) im kontinentaleuropäischen Rechtskreis an die Staatsangehörigkeit⁴ und im anglo-amerikanischen Rechtskreis an das *domicile* bzw. den Wohnsitz angeknüpft.⁵ Der gewöhnliche Aufenthalt hat sich dagegen erst später als Anknüpfungsmoment durchgesetzt.

Neben der vereinzelt Verwendung des Begriffs vor allem in bilateralen Abkommen des Deutschen Reichs, die die Zulassung der beiderseitigen Staatsangehörigen zum Armenrecht regelten,⁶ fand der gewöhnliche Aufenthalt Einzug in das Vormundschaftsabkommen von 1902⁷ sowie das Entmündigungsabkommen aus dem Jahre 1905.⁸ In beiden Konventionen wurde der Aufenthaltsbegriff neben der Bestimmung

der internationalen Zuständigkeit erstmalig auch zur Ermittlung des anwendbaren materiellen Rechts herangezogen. Diese markieren somit die „eigentliche Geburtsstunde“⁹ des gewöhnlichen Aufenthalts als Anknüpfungsmoment im IPR. Als Reaktion auf den Anstieg der Zahl der Staatenlosen sowie der Personen mit mehrfacher Staatsangehörigkeit im Zeitraum zwischen den Weltkriegen rückte der gewöhnliche Aufenthalt als Anknüpfungsmoment in den ergänzenden Regelungen für Staatenlose und Mehrstaater im Rahmen der Haager Konferenz 1928 erstmalig in das Zentrum einer Kollisionsnorm.¹⁰ Infolge der immensen Bevölkerungsverschiebungen im Zuge des Zweiten Weltkriegs hat sich der gewöhnliche Aufenthalt schließlich als Anknüpfungsmoment neben oder an Stelle der Anknüpfung an den Wohnsitz und die Staatsangehörigkeit etabliert.¹¹ Spätestens mit Inkrafttreten des IPR-Neuregelungsgesetzes von 1986 entwickelte sich der gewöhnliche Aufenthalt neben der Staatsangehörigkeit zur „zweiten tragenden Säule des deutschen IPR“¹² und avanciert heutzutage zum zentralen Anknüpfungsmoment in Bezug auf die Ermittlung des Personalstatuts.¹³

II. Auslegung

Auf dieser Grundlage lässt sich ein inhaltliches Begriffsverständnis des gewöhnlichen Aufenthalts anhand der etablierten Auslegungscanones unter Berücksichtigung der autonomen kollisionsrechtlichen Maßstäbe entwickeln.¹⁴

1. Wortlaut

Der Wortlaut des gewöhnlichen Aufenthalts ist wenig ergiebig. Während unter dem Begriff des Aufenthalts eine gewisse physische Präsenz zu verstehen ist, bleibt uneindeutig, ab wann ein Aufenthalt als „gewöhnlich“ gilt. So könnte die „Gewöhnlichkeit“ einerseits eine gewisse Stabilität und Dauer des Aufenthalts voraussetzen, andererseits aber gerade auch einen relativ vorübergehenden Aufenthalt akzeptieren. Ob zur Beurteilung subjektive oder objektive Kriterien heranzuziehen sind, lässt der Ausdruck ebenfalls offen.¹⁵

2. Systematik

Systematisch befindet sich der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Internationalen Familienrecht in den Art. 14 I, II, 19 I EGBGB, Art. 1, 2 MSA, Art. 3 I lit. a, 4 HKÜ sowie den Art. 15 III, 16, 17 KSÜ. All diese Vorschriften beinhalten jedoch keine Anhaltspunkte, wie der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts zu verstehen ist.¹⁶

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School Hamburg. Der Beitrag stellt eine gekürzte Fassung ihrer Examenarbeit bei Prof. Dr. Karsten Thorn, LL.M. dar.

¹ Hahn, 2023.

² Zum Ablauf der Leihmutterschaft Schramm/Wermke, Leihmutter-schaft, 3 ff.

³ Horban/Väth, 2020.

⁴ Kropholler, IPR, § 37 I.

⁵ Zur Entwicklung des Domizilprinzips de Winter, RdC 128 (1969-III), 361 ff.

⁶ Vgl. RGBl. 1879, 316; RGBl. 1881, 81; RGBl. 1887, 120.

⁷ RGBl. 1904, 240.

⁸ RGBl. 1912, 463.

⁹ Baetge, Gewöhnlicher Aufenthalt, 6.

¹⁰ Dutta, IPRax 2017, 140.

¹¹ Cavers, Habitual Residence, Am. U. L. Rev. 21 (1972), 475 ff.

¹² Kropholler, IPR, § 39 III.

¹³ Dutta, IPRax 2017, 139.

¹⁴ Spitzlei, JuS 2022, 316 f.

¹⁵ Lurger, Verortung, 220.

¹⁶ Hösel, Leihmutter-schaft, 54 f.

3. Historie

Historisch diente der Begriff vorrangig zur Sicherung einer einheitlichen Auslegung. In Abgrenzung zum Wohnsitzbegriff sollte es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt überdies um ein faktisches Kriterium handeln, das die Tatsachen im Einzelfall angemessen berücksichtigt. Ferner deutet dessen hauptsächliche Verwendung im Bereich des Armenrechts sowie in Vormundschafts- und Entmündigungssachen auf einen vordergründigen Nutzen des Begriffs in Zusammenhängen, die von einem erhöhten Schutz- und Fürsorgebedürfnis geprägt sind, hin (s. B. I.).¹⁷

4. Telos

a) Prinzip der räumlich engsten Verbindung

In teleologischer Hinsicht fungiert der gewöhnliche Aufenthalt als Instrument zur Verwirklichung der Gesamtziele des Kollisionsrechts. Das Primärziel des IPR besteht in der Ermittlung derjenigen Rechtsordnung, zu der der Sachverhalt den engsten Bezug aufweist.¹⁸ Die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist wiederum als besondere Ausprägung dieses Grundsatzes zu verstehen.¹⁹

b) Kindeswohlbindung

Sowohl im abstammungsrechtlichen Kontext als auch angesichts des Minderjährigenschutzes liegt dem gewöhnlichen Aufenthalt darüber hinaus das Kindeswohlprinzip zugrunde.²⁰ Auch für den Kindeswohlbegriff existiert indes keine rechtliche Präzisierung. ErwGr. 20 zur Brüssel-IIb-VO²¹ konstatiert lediglich, dass das Kindeswohl und der gewöhnliche Aufenthalt im Unionsrecht in einem Wechselwirkungsverhältnis stehen. Rechtsvergleichend zeichnet sich insgesamt ab, dass der gewöhnliche Aufenthalt vielmehr als Mittel zur Wahrung des Kindeswohls zu verstehen ist, als dass dem Kindeswohl eine konkretisierende Wirkung für den gewöhnlichen Aufenthalt zukommt.²²

III. Inhaltliche Grundzüge

Als Ergebnis der Auslegung ergibt sich schließlich Folgendes für das inhaltliche Begriffsverständnis:

Für die Festlegung des gewöhnlichen Aufenthalts ist der Ort maßgeblich, an dem der Schwerpunkt der familiären, beruflichen und/oder gesellschaftlichen Bindungen der Person, ihr sog. Daseinsmittelpunkt, liegt.²³ Dabei ist primär auf die soziale Integration abzustellen, für die wiederum eine gewisse Aufenthaltsdauer erforderlich ist.²⁴ Nach europäischem Begriffsverständnis wird hingegen befürwortet, primär auf den subjektiven Bleibewillen (sog. *animus manendi*) abzustellen und objektive Umstände wie die Aufenthaltsdauer nur als Indizien für diesen anzusehen.²⁵

Somit fußt der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts auf zwei Säulen: der tatsächlichen körperlichen Anwesenheit sowie der sozialen Integration.

C. Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts

Nachdem die inhaltlichen Grundzüge des Begriffs erarbeitet wurden, ist nunmehr zu klären, wonach sich die Bestimmung, ob diese Begriffsmerkmale im konkreten Fall erfüllt sind, richtet (s. C. I.), bevor auf die Besonderheiten bei der Aufenthaltsbestimmung von Kleinstkindern einzugehen ist (s. C. II.).

I. Konkretisierung der Begriffsmerkmale

1. Tatsächliche Anwesenheit

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts setzt eine gewisse physische Präsenz zwingend voraus; die bloße Absicht einer Person, sich an einem Ort niederzulassen, genügt nicht.²⁶ Ein tatsächlicher Aufenthalt von gewisser Dauer kann i. V. m. den dadurch faktisch entstandenen Bindungen den gewöhnlichen Aufenthalt begründen.²⁷ Eine feste Frist dafür existiert zwar nicht, jedoch wird in der deutschen Rechtsprechung und Literatur meist als Faustformel ein Zeitraum von sechs Monaten angeführt.²⁸

2. Soziale Integration

Das Kriterium der sozialen Integration als Ausdruck der „Gewöhnlichkeit“ des Aufenthalts ist, im Gegensatz zu dem der körperlichen Anwesenheit, stark normativ geprägt, weshalb dessen Bestimmung im Einzelfall Schwierigkeiten bereitet.²⁹ Rechtsvergleichend lassen sich dennoch Grundsätze herausarbeiten, über die Konsens herrscht. Demzufolge sollen für die Beurteilung der sozialen Integration primär äußerlich erkennbare Kriterien maßgeblich sein.³⁰ Außerdem ist der familiären Bindung einer Person der Vorrang gegenüber ihren sozialen und beruflichen Kontakten einzuräumen.³¹ Sprachkenntnisse, die Schul- und Berufsausbildung im In- oder Ausland und die Anmietung bzw. der Kauf einer Wohnung sollen ebenfalls eine unterstützende Indizwirkung zugunsten der sozialen Integration entfalten.

Deuten einzelne dieser Indizien auf unterschiedliche Rechtsordnungen hin, so bedarf es weiterer Faktoren, die ein *non liquet* im Hinblick auf äußere Aspekte der sozialen Integration aufzulösen vermögen. In diesem Zusammenhang empfiehlt sich insbesondere die Berücksichtigung des Aufenthaltswillens (*animus manendi*). Dieser kann Mängel sonstiger objektiver Faktoren nach einhelliger Meinung der Literatur und Rechtsprechung überwinden.³²

II. Besonderheiten der Aufenthaltsbestimmung bei Kleinstkindern

Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kleinstkindern bereitet allerdings auch unter Zuhilfenahme der dargestellten Indizien und Zweifelsregeln erhebliche Schwierigkeiten: Welche zeitlichen Kriterien können für Kleinstkinder gelten? Welche Indizien können zur Bestimmung der sozialen Integration eines Kleinstkindes herangezogen werden

¹⁷ Baetge, *Gewöhnlicher Aufenthalt*, 7.

¹⁸ Vgl. schon Savigny, *Römisches Recht*, 108.

¹⁹ Kropholler, IPR, § 4 II; *Schwind*, *RabelsZ* 54 (1990), 265 f.

²⁰ *Muschter*, *Statutenwechsel*, 190 f.

²¹ Vormals ErwGr. 12 EuEhVO.

²² *Rentsch*, *Gewöhnlicher Aufenthalt*, 185.

²³ BGH 5.2.1975, NJW 1975, 1068; BGHZ 221, 300; OLG Hamm 17.3.1992, NJW 1992, 636; *Grüneberg/Thorn*, Art. 5 EGBGB Rn. 10.

²⁴ EuGH 28.6.2018, Rs. C-512/17; OLG Karlsruhe *FamRZ* 2008, 2223; *MüKo/v. Hein*, Art. 5 EGBGB Rn. 159 ff.

²⁵ EuGH 22.12.2010, Rs. C-497/10 Rn. 51; *Weller*, *IPRax* 2014, 227.

²⁶ EuGH 2.4.2009, Rs. C-523/07 Rn. 38; EuGH 22.12.2010, Rs. C-497/10 PPU Rn. 49; EuGH 9.10.2014, Rs. C-376/14 PPU Rn. 51; *Kropholler*, IPR, § 39 II 3 a.

²⁷ v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 76.

²⁸ BGHZ 78, 293; BGH 18.6.1997, *FamRZ* 1997, 1070; *Winkler v. Mohrenfels*, *FPR* 2001, 191.

²⁹ EuGH 28.6.2018, Rs. C-512/17 Rn. 41.

³⁰ *Kränzle*, *Heimat*, 263 ff.

³¹ Ebd., 125; s. auch ErwGr. 24 EuEhVO.

³² BGHZ 78, 293; *SoergelBGB/Keigel*, Art. 5 EGBGB Rn. 53 f.

und welche Bedeutung kommt dem Aufenthaltswillen zu, solange Kleinstkinder keine natürliche Einsichtsfähigkeit, geschweige denn Geschäftsfähigkeit, besitzen?

Als Kleinstkinder werden Kinder bezeichnet, die das zweite Lebensjahr nicht überschritten haben. Als Synonyme werden häufig die Bezeichnungen als Säuglinge oder Neugeborene verwendet.³³ Bei Kleinstkindern handelt es sich demnach um besonders junge Kinder in ihrem ersten Lebensabschnitt unmittelbar nach der Geburt. Daher können die besonderen Kriterien, die zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kindern im Allgemeinen entwickelt wurden, nicht ohne Weiteres auf Kleinstkinder übertragen werden.³⁴

Bereits die Anwendung des zeitlichen Elements der Aufenthaltsdauer ist umso weniger hilfreich, je jünger das Kind ist. Daher kann der gewöhnliche Aufenthalt insbesondere auch bei Kleinstkindern schon vor Ablauf eines Zeitraums von ca. sechs Monaten (s. C. I. 1.) begründet werden, „wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Aufenthalt auf eine längere Zeitdauer angelegt ist“³⁵ und der Aufenthaltsort den künftigen Daseinsmittelpunkt bilden soll. Fraglich ist jedoch, wie der Daseinsmittelpunkt eines Kleinstkindes zu bestimmen ist.

1. Gewöhnlicher Aufenthalt der faktischen Betreuungsperson

Aufgrund der starken Abhängigkeit der Kleinstkinder von ihren Bezugs- und Obhutspersonen, wird erwogen, ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts ihrer faktischen Betreuungspersonen zu lokalisieren.³⁶ Allein auf den gewöhnlichen Aufenthalt der faktischen Betreuungsperson abzustellen, würde letztendlich jedoch eine abgeleitete Aufenthaltsbestimmung des Säuglings bedeuten und somit dem faktischen Charakter dieses Anknüpfungskriteriums widersprechen.³⁷

2. Prognose-Formel

Im Rahmen einer selbständigen Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kleinstkindern ist deren eigener Daseinsmittelpunkt als Ausdruck ihrer sozialen Integration entscheidend. Bei einem Kleinstkind ist dies der Ort, an dem es sich dauerhaft tatsächlich aufhält und versorgt wird. Dieser ist mithilfe einer Prognose zu bestimmen.³⁸ Demnach befindet sich deren gewöhnlicher Aufenthalt dort, wo die faktische Betreuungsperson ihren Daseinsmittelpunkt hat.³⁹

Da Kleinstkinder zudem nicht dazu in der Lage sind, überhaupt einen positiven Bleibewillen auszubilden, kann auch dieser nicht in die Gesamtbetrachtung miteinbezogen werden.⁴⁰ Stattdessen ist die soziale und familiäre Integration ihrer faktischen Betreuungspersonen zu analysieren.⁴¹ Dabei wird der gewöhnliche Aufenthalt eines Kleinstkindes zwar nicht von dem der Betreuungsperson abgeleitet, jedoch wird der tatsächlichen Abhängigkeit des Kindes von dieser bei der

Verortung seines gewöhnlichen Aufenthalts durchaus Rechnung getragen.

Im Falle der Geburt während eines kurzfristigen Auslandsaufenthalts der Gebärenden sowie in Konstellationen der Leihmutterschaft sind über die allgemeinen Grundsätze hinaus jedoch zusätzliche Erwägungen anzustellen, die den besonderen Umständen Rechnung tragen.

3. Kurzfristiger Auslandsaufenthalt der Gebärenden

a) Gewöhnlicher Aufenthalt im Geburtsstaat

Ob ein Säugling einen gewöhnlichen Aufenthalt im Geburtsstaat hat, beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Mit der körperlichen Anwesenheit ist ein wichtiges Kriterium bereits erfüllt.⁴² Zusätzlich bedarf es allerdings weiterer Faktoren, die die Integration des Säuglings in ein familiäres Umfeld nicht nur vorübergehend in diesem Staat als wahrscheinlich erscheinen lassen. Daran dürfte es bei kurzfristigen Auslandsgeburten indes fehlen.

b) Gewöhnlicher Aufenthalt im (potentiell) künftigen Aufenthaltsstaat

Stattdessen ist die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Aufenthaltsstaat der faktischen Betreuungspersonen des Kleinstkindes zu erwägen, in welchem sich das Kind ebenfalls künftig aufhalten soll. Voraussetzung dafür ist jedoch weiterhin eine gewisse physische Präsenz, sodass ein während eines kurzfristigen Aufenthalts geborener Säugling seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Heimatstaat seiner faktischen Betreuungspersonen erst nach seiner dortigen Ankunft begründen kann.⁴³ Folglich fehlt Kleinstkindern in solchen Konstellationen im Zeitraum zwischen Geburt im Ausland und Ankunft im Heimatstaat der Betreuungspersonen grundsätzlich ein gewöhnlicher Aufenthalt.⁴⁴

4. Grenzüberschreitende Leihmutterschaft

Auch in Fällen der grenzüberschreitenden Leihmutterschaft soll der gewöhnliche Aufenthalt des Neugeborenen dort sein, wo die faktischen Betreuungspersonen ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.⁴⁵ Häufig sind dies die Wunscheltern, deren gewöhnlicher Aufenthalt auch bei vorübergehender Reise ins Ausland weiterhin in deren Heimatstaat bleibt.⁴⁶ Zum Umgang mit solchen Fällen nimmt der BGH den allgemeinen Grundsätzen entsprechend eine faktische Prognose vor:⁴⁷ Planen die Wunscheltern eines von einer Leihmutter im Ausland geborenen Kindes von vornherein, mit dem Kind das Geburtsland schnellstmöglich zu verlassen, und wird dieser Plan auch zeitnah umgesetzt, so begründet das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt allein im Aufenthaltsstaat der faktischen Betreuungspersonen, ohne dass mit der Geburt ein solcher zunächst im Ausland begründet worden wäre.⁴⁸ Demgegenüber soll dann, wenn dieser Plan, etwa aufgrund eines

³³ DWDS, Kleinstkind.

³⁴ BeckOGK/Yassari, Stand: 1.12.2022, Art. 3 HUP Rn. 20 ff.

³⁵ BGHZ 78, 293, 295.

³⁶ MüKo/Helms, Art. 19 EGBGB Rn. 8; Siehr, StAZ 2015, 258.

³⁷ MüKo/v. Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 167;

v. Hoffmann/Thorn, IPR, § 5 Rn. 81.

³⁸ Dethloff, JZ 2014, 929; Sitter, Leihmutterschaft, 246 f.

³⁹ S. dazu auch Diel, Leihmutterschaft, 189 f; Henrich, FS Schwab, 1147.

⁴⁰ Ebd., 85 f.

⁴¹ BGHZ 221, 300; OLG Schleswig 26.7.2000, FamRZ 2000, 1426; OLG Köln 12.3.2012, FamRZ 2012, 1406; OLG Bremen 22.12.2015, NJW 2016, 655.

⁴² EuGH 15.2.2017, Rs. C-499/15; EuGH 17.10.2018, Rs. C-393/18 PPU.

⁴³ Rauscher, Entwicklung des IPR, 3569 Rn. 25; s. zu vereinzelt Ausnahmen vom Erfordernis der physischen Präsenz auch EuGH 16.5.2017, Rs. C-111/17 PPU (Schlussantrag); EuGH 8.6.2017, Rs. C-111/17 PPU Rn. 32; MüKo/v. Hein, Art. 5 EGBGB Rn. 168.

⁴⁴ BeckOGK/Yassari, Stand: 1.12.2022, Art. 3 HUP Rn. 28 f.

⁴⁵ OLG Nürnberg 4.8.2021, NJW-RR 2021, 1232.

⁴⁶ KG Berlin 19.2.2014, FamRZ 2014, 1790;

Thomas/Putzo-ZPO/Hüfstege, §122 FamFG Rn. 4.

⁴⁷ Kvit/Spickhoff, FamRZ 2023, 658.

⁴⁸ BGHZ 221, 300.

Einreiseverbots, nicht alsbald umgesetzt wird und sich das Kind nach seiner Geburt längere Zeit im Ausland aufhält, von der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland auszugehen sein.⁴⁹

D. Eignung als Anknüpfungsmoment

Trotz der Konkretisierungsbemühungen in Rechtsprechung und Lehre⁵⁰ bleiben bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kleinstkindern weiterhin Unsicherheiten bestehen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der gewöhnliche Aufenthalt von Kleinstkindern überhaupt als geeignetes Anknüpfungsmoment taugt oder ob dieser *de lege ferenda* durch zweckdienlichere Alternativen zu ersetzen ist.

I. Darstellung der Anknüpfungsalternativen

1. Anknüpfung an die *lex fori*

Eine alternative Lösung bestünde darin, entsprechend der Grundsätze der Nichtermittelbarkeit des anwendbaren Rechts auf die *lex fori* zurückzugreifen.⁵¹ Somit würde sich in Konstellationen der Leihmutterchaft die Abstammung meist nach dem Aufenthaltsrecht der Wunscheltern bestimmen, da anzunehmen ist, dass sie die Gerichte in ihrem Aufenthaltsstaat anrufen werden. Eine solche Anknüpfung hätte den praktischen Vorteil, dass die Gerichte infolge des strikten Gleichlaufs von *forum* und *ius* stets ihr eigenes materielles Recht anwenden könnten.⁵²

Dieses Argument überzeugt jedoch nicht, da das IPR gerade die Anwendung der sachnächsten Rechtsordnung, unabhängig der Nationalität des angerufenen Gerichts, sicherstellen möchte.⁵³ Zudem würde bei einem hilfswisen Rückgriff auf die *lex fori* gem. Art. 19 I 1, 2 EGBGB die Zahl der zur Verfügung stehenden Rechtsordnungen faktisch verringert, da die betroffenen Personen in den allermeisten Fällen die Gerichte ihres Heimatstaats anrufen werden. Dies ist wiederum nicht mit dem Günstigkeitsprinzip als Ausdruck des Kindeswohls vereinbar.⁵⁴

2. Einführung der Rechtswahlfreiheit

Erwägenswert erscheint es außerdem, stattdessen das Konzept einer rechtsgeschäftsähnlichen Parteiautonomie einzuführen.⁵⁵ Demnach wäre ein nach außen hin manifestierter Bleibewille für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts konstitutiv. Dadurch würde sichergestellt, dass ein Neugeborenes seinen gewöhnlichen Aufenthalt im künftigen Aufenthaltsstaat bereits zum Zeitpunkt der Geburt begründen kann, sodass das vorübergehende Fehlen eines gewöhnlichen Aufenthalts vermieden werden könnte. Allerdings ist kritisch hervorzuheben, dass Kleinstkinder keine bewussten Entscheidungen über ihren Lebensmittelpunkt treffen und keine rechtsgeschäftsähnlichen Äußerungen tätigen können.⁵⁶

Stattdessen käme dem Bleibewillen der faktischen Betreuungsperson Indizwirkung zu.⁵⁷ Diese Anknüpfungsalternative käme damit praktisch erneut einem abgeleiteten Aufenthaltsbegriff gleich.

3. Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der gebärenden Person

a) Vorschlag zu einer Europäischen Abstammungsverordnung vom 7.12.2022

Die aufgezeigten Probleme bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts in diesen Konstellationen haben auch Niederschlag im Vorschlag zu einer Europäischen Abstammungsverordnung vom 7.12.2022 gefunden. Anstelle des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes ist gem. Art. 17 I VO-E nunmehr der gewöhnliche Aufenthalt der gebärenden Person zum Zeitpunkt der Niederkunft für die Beurteilung des auf die Begründung der Elternschaft anzuwendenden Rechts maßgeblich.

Zur Begründung der Wahl dieses Anknüpfungsmoments wird in ErwGr. 51 der vorgeschlagenen Verordnung angeführt, dass dadurch die Bestimmbarkeit des anzuwendenden Rechts sichergestellt werden soll. Das hiernach zur Anwendung gebrachte Recht solle dann explizit auch in den Fällen gelten, in welchen die entbindende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen als dem Staat ihrer Niederkunft hat. Dadurch soll dem starken Bedürfnis nach Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Transparenz in Abstammungsfragen Rechnung getragen werden. Dies dient erneut dem Kindeswohl.

b) Kritik

Durch die in Art. 17 I VO-E vorgenommene Hauptanknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der gebärenden Person werden schwierige Abgrenzungsprobleme bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Säuglings im Zeitpunkt der Geburt vermieden. Nichtsdestotrotz weist die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt der gebärenden Person deutliche Parallelen zu einer abgeleiteten Aufenthaltsbestimmung auf, die die eigenen Interessen der Kinder nicht adäquat berücksichtigt.⁵⁸

Auch der in Art. 17 I VO-E vorgesehene Anknüpfungzeitpunkt ist kritisch zu bewerten. Die Anknüpfung unwandelbar auf die Gegebenheiten im Zeitpunkt der Geburt zu fixieren, erweist sich in Fällen, in denen sich der gewöhnliche Aufenthalt von Mutter und Kind ändert oder sich ihr gewöhnlicher Aufenthalt in unterschiedliche Staaten verlagert, nicht als sachgerecht. Treten nämlich nach der Geburt weitere abstammungsrechtlich relevante Ereignisse ein, etwa eine spätere Vaterschaftsanerkennung, sollte vielmehr die Rechtsordnung des Staates zur Anwendung gelangen, in dem das Kind zu diesem späteren Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁵⁹

4. Anknüpfung an den Geburtsort

In Betracht kommt zudem eine Anknüpfung an den Geburtsort des Säuglings, der als subsidiäres Anknüpfungsmoment bereits in Art. 17 I VO-E aufgenommen wurde. Dieser ist leicht zu bestimmen und fördert damit die Rechtssicherheit.

⁴⁹ MüKo/Helms, Art. 19 Rn. 8; a. A. VG Berlin 5.9.2012, StAZ 2012, 382, das auch bei einem sechsmonatigen Aufenthalt im Ausland einen gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes verneinte.

⁵⁰ EuGH 28.6.2018, Rs. C-512/17.

⁵¹ Insbesondere Ehrenzweig, Okla. L. Rev. 18 (1965), 340.

⁵² Dutta, IPRax 2017, 143.

⁵³ Grundlegend v. Bar/Mankowski, IPR I, § 6 Rn. 470.

⁵⁴ Baetge, Gewöhnlicher Aufenthalt, 101.

⁵⁵ Dutta, IPRax 2017, 146.

⁵⁶ Thomale, GPR 2019, 175; dies konzidierend, obwohl i. Ü. für ein wilensbezogenes Aufenthaltskonzept plädierend Weller, Willenszentrierter Aufenthaltsbegriff, 321.

⁵⁷ Ebd., 295 ff.

⁵⁸ BeckOK/Lorenz, Stand: 1.8.2018, Art. 5 EGBGB Rn. 15 f; Grüneberg/Thorn, Art. 5 EGBGB Rn. 10.

⁵⁹ Antomo et al., StAZ 2023, 142; Marbourg Group Comments, 4.

Zumindest in Konstellationen der Leihmutterschaft ist der Geburtsort auch sehr bewusst ausgewählt. Dadurch käme außerdem regelmäßig das ausländische, leihmutterschaftsfreundliche Recht zur Anwendung, sodass eine *hinkende Abstammung*⁶⁰ des Kindes vermieden werden könnte.⁶¹

Jedoch ist der Geburtsort insbesondere in Fällen von Geburten während kurzfristiger Auslandsaufenthalte weiterhin rein zufällig und demnach gerade nicht vorhersehbar.⁶² In solchen Fällen wird diese Anknüpfungsalternative den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht und läuft dem Prinzip der räumlich engsten Verbindung im IPR zuwider.⁶³

5. Anknüpfung an den schlichten Kindesaufenthalt

Ferner wird auch eine alternative Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt des Kindes vorgeschlagen.⁶⁴ Diese lässt sich auf den etwa in Art. 5 II sowie Art. 24 I 2 EGBGB zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken stützen, wonach auf den schlichten Aufenthalt zurückzugreifen ist, sofern ein gewöhnlicher nicht bestimmt werden kann. Während dieses Anknüpfungsmoment zwar die Anwendbarkeit des ausländischen, leihmutterschaftsfreundlichen Rechts sichern würde, steht dem jedoch erneut der Einwand der Zufälligkeit gegenüber.

Die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt ist jedoch wandelbar. Entscheidend ist der gewöhnliche Aufenthalt zum Zeitpunkt, zu dem die Abstammung festgestellt werden soll.⁶⁵ Zieht das Kind nach der Geburt in ein anderes Land, so ändert es seinen schlichten Aufenthalt, womit ein Statutenwechsel einhergeht, der nicht mehr zufällig erscheint.

Überdies verhindert die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt einen vorübergehenden Zustand, in dem der Kindesaufenthalt nicht festgestellt werden kann.⁶⁶ Die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt bewirkt mithin allenfalls eine Erweiterung der zur Verfügung stehenden Rechtsordnungen. Dies trägt dem Günstigkeitsprinzip Rechnung und fördert damit das Kindeswohl.⁶⁷

Auch rechtspositivistische Erwägungen legen die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt nahe, denn durch die Bindung an die tatsächliche physische Präsenz des Kindes beachtet dieses Anknüpfungsmoment, im Gegensatz zu anderen Alternativen, i. S. v. rechtstaatlicher Gesetzesbindung und Rechtssicherheit eine gewisse *minima semantica* zum Funktionsäquivalent des gewöhnlichen Aufenthalts.⁶⁸

II. Beurteilung

1. Grenzen der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei Kleinstkindern

a) Keine abgeleitete Aufenthaltsbestimmung

Die zur Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts herangezogenen Kriterien tragen dem frühen Entwicklungsstadium von

Kleinstkindern gerade nicht adäquat Rechnung. Die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der Kleinstkinder mutet praktisch zumeist wie eine abgeleitete Aufenthaltsbestimmung an, die mit dem Prinzip einer kindzentrierten Anknüpfung gerade nicht im Einklang steht und den Charakter des gewöhnlichen Aufenthalts als faktisches Kriterium, dem eine gewisse partei-autonome Essenz immanent ist, nicht angemessen berücksichtigt.⁶⁹ Wesentliches Motiv für die Ersetzung des Wohnsitzes durch das Anknüpfungsmoment des gewöhnlichen Aufenthalts im Kollisionsrecht war jedoch gerade der Verzicht auf formale Ableitungen und Legaldefinitionen, was nicht unterlaufen werden darf.⁷⁰

b) Rechtspolitische Erwägungen

Unabhängig davon, ob der Rekurs auf die soziale Integration der faktischen Betreuungspersonen auf eine abgeleitete Aufenthaltsbestimmung hindeutet, wird dadurch in Konstellationen der Leihmutterschaft der gewöhnliche Aufenthalt des Säuglings zumeist im Aufenthaltsstaat der faktischen Betreuungspersonen verortet. Im Falle deutscher Wunscheltern käme über Art. 19 I 1 EGBGB folglich deutsches Abstammungsrecht zur Anwendung. Danach stammt das Kind von der ausländischen Leihmutter, nicht aber von der deutschen Wunschmutter ab. Infolgedessen dürfte das Kind nicht nach Deutschland einreisen.⁷¹ Dieses Ergebnis könnte eine abschreckende Wirkung für künftige Wunscheltern entfalten und damit *ex ante* eine generalpräventive Steuerungsfunktion erfüllen, die mit dem gesetzgeberischen Ziel, die Leihmutterschaft zu unterbinden, im Einklang steht.⁷² Dies führt in der Praxis allerdings zu nur schwer hinnehmbaren Nachteilen für das Wunschkind, dem die Einreise in den Aufenthaltsstaat der Wunscheltern verwehrt wird. Das Kindeswohl *ex post* hilft in solchen Konstellationen somit häufig doch über die eigentlich bestehende Gesetzeslage hinweg.⁷³ Auch die rechtspolitische Perspektive spricht demnach gegen die Tauglichkeit dieses Anknüpfungskriteriums.

c) Erstmalige Aufenthaltsbegründung

Darüber hinaus ist die praktische Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts von Kleinstkindern, vornehmlich im Kontext der Leihmutterschaft, häufig unsicher:⁷⁴ Bis wann gilt die Reise in den Aufenthaltsstaat der faktischen Betreuungspersonen noch als unmittelbar nach der Geburt erfolgt? Ab wann ist hingegen ein gewöhnlicher Aufenthalt des Kindes im Geburtsstaat anzunehmen? Bei Kleinstkindern geht es allerdings nicht um die Änderung eines bereits etablierten Aufenthalts, sondern um die Begründung ihres ersten gewöhnlichen Aufenthalts. Diesen von einer unsicheren Prognose abhängig zu machen, würde sowohl den Zweck des Art. 19 I EGBGB als auch die Eigenschaft des gewöhnlichen Aufenthalts als faktisches Merkmal konterkarieren.⁷⁵

d) Argumentum ad absurdum in Leihmutterschaftsfällen

Daneben sind auch die paradoxen Ergebnisse, welche in Konstellationen der Leihmutterschaft durch die Anknüpfung

⁶⁰ D. h. unterschiedliche Ergebnisse hinsichtlich der Abstammung in verschiedenen Staaten; erläuternd dazu *Wagner*, NZFam 2019, 514.

⁶¹ *Sitter*, Leihmutterschaft, 248.

⁶² *Andrae*, IFR, § 7 Rn. 13.

⁶³ Vgl. schon *Savigny*, Römisches Recht, 108.

⁶⁴ S. zur Auffassung, die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt könne auch *de lege lata* durch die Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts bewirkt werden, *Duden*, Leihmutterschaft, 101.

⁶⁵ *Staudinger/Henrich*, Art. 19 EGBGB Rn. 14.

⁶⁶ *Baetge*, Gewöhnlicher Aufenthalt, 142 ff.

⁶⁷ *Sitter*, Leihmutterschaft, 248 f.

⁶⁸ Vgl. *Thomale*, GPR 2019, 174.

⁶⁹ v. *Hoffmann/Thorn*, IPR, § 5 Rn. 81.

⁷⁰ *MüKo/v. Hein*, Art. 5 EGBGB Rn. 167.

⁷¹ *Lagarde*, ZEuP 2015, 238.

⁷² Vgl. *Thomale*, GPR 2019, 175.

⁷³ Vgl. BGHZ 203, 350; BGH 5.9.2018 NJW-RR 2018, 1473.

⁷⁴ *Sitter*, Leihmutterschaft, 247.

⁷⁵ Ebd.

an den gewöhnlichen Aufenthalt erzielt werden, gegen dessen Eignung als Anknüpfungsmoment vorzubringen. Befindet sich der gewöhnliche Aufenthalt aufgrund der Prognose, das Kind werde unmittelbar nach der Geburt mit den Wunscheltern nach Deutschland einreisen, in Deutschland, kommt deutsches Abstammungsrecht zur Anwendung. Danach stammt das Kind von der ausländischen Leihmutter ab, kann infolgedessen nicht nach Deutschland einreisen und konsequenterweise einen gewöhnlichen Aufenthalt dort nie begründen.⁷⁶ Liegt der gewöhnliche Aufenthalt aufgrund einer negativen Einreiseprognose hingegen im Ausland, würde das Kind (vorbehaltlich einer *ordre public*-Kontrolle) von deutschen Eltern abstammen.⁷⁷ In diesem Fall könnte das Kind sofort nach Deutschland einreisen;⁷⁸ sein gewöhnlicher Aufenthalt im Ausland würde dann entfallen.⁷⁹

2. Vorteile der schlichten Aufenthaltsanknüpfung

Eine Anknüpfung an den schlichten Kindesaufenthalt hingegen könnte ebendiese Defizite überwinden und birgt zugleich weitere Vorzüge.

a) Prinzip der räumlich engsten Verbindung

Durch die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt kommt das Recht des Ortes zum Tragen, zu dem das Kind ungeachtet seiner bislang, absolut gesehen, kurzen Lebenszeit immerhin die längste und damit engste Verbindung seit seiner Geburt hat.⁸⁰ Infolgedessen erübrigen sich auch rechtliche Unsicherheiten in den Fällen, in denen die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts anhand anderer Umstände scheidet, etwa weil das Kind noch keine deutsche Staatsangehörigkeit besitzt.⁸¹ Eine solche Anknüpfung entspricht somit dem im Kollisionsrecht maßgeblichen Prinzip der räumlich engsten Verbindung und trägt gleichsam zur Rechtssicherheit bei.⁸²

b) Ordnungs- und Verkehrsinteresse

Hinzukommend wird eine solche Anknüpfung auch den allgemeinen Ordnungsinteressen gerecht.⁸³ Dem Verkehrsinteresse wird zunächst damit Rechnung getragen, dass das Abstellen auf den schlichten Aufenthaltsort des Kindes die Vorhersehbarkeit für alle Betroffenen gewährleistet und damit in besonderem Maße die Rechtssicherheit fördert, an der es bei der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt von Kleinstkindern bislang fehlt.

Daneben wird auch dem Ordnungsinteresse, das den äußeren und inneren Entscheidungseinklang fördern will, durch die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt in erheblichem Maße gedient. Diese Anknüpfung stellt nämlich einen Gleichlauf inländischer und ausländischer Entscheidungen dergestalt her, dass das ausländische Abstammungsrecht im Inland für die Bestimmung der Abstammung maßgeblich wäre, sodass die Elternschaft der Wunscheltern auch im Inland

begründet würde. Infolgedessen könnten *hinkende Rechtsverhältnisse*, die dem Kindeswohl zuwiderlaufen, vermieden werden.⁸⁴

c) Teleologischer Kontext

Ebenso spricht der Gleichlauf mit weiteren das Kindeswohl schützenden Konventionen für die Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt. So sehen Art. 6 I, II KSÜ für Flüchtlingskinder, vertriebene Kinder und Kinder ohne gewöhnlichen Aufenthalt die Zuständigkeit der Behörden an deren schlichten Aufenthaltsort vor. Nach Art. 7 I Brüssel-IIb-VO i. V. m. Art. 15 I KSÜ soll für Kinderschutzmaßnahmen der gewöhnliche Aufenthalt ebenfalls im Ausland liegen, was eine Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt unterstützt.⁸⁵

3. Ergebnis

Die vorstehenden Erwägungen verdeutlichen, dass der gewöhnliche Aufenthalt von Kleinstkindern als Anknüpfungsmoment, insbesondere in Fällen von Geburten während kurzfristiger Auslandsaufenthalte sowie in Konstellationen der Leihmutterchaft, erhebliche Schwächen aufweist.⁸⁶ Eine Anknüpfung an den schlichten Kindesaufenthalt kann diese erheblich abmildern. Nach hier vertretener Auffassung ist die schlichte Aufenthaltsanknüpfung dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts allerdings auch durch Auslegung nicht zu entnehmen. Vielmehr gilt es, das Anknüpfungsmoment bei Kleinstkindern *de lege ferenda* durch den schlichten Aufenthalt zu ersetzen. Insofern Kindeswohlerwägungen der Anknüpfung an den schlichten Aufenthalt im Einzelfall zuwiderlaufen, können diese im Rahmen des *ordre public* weiterhin zu einer nachträglichen Ergebniskorrektur beitragen.

E. Resümee

Der gewöhnliche Aufenthalt fungiert mittlerweile als zentrales Anknüpfungsmoment im IPR, wenn es darum geht, die Rechtsordnung zu identifizieren, mit der eine natürliche Person die engste Beziehung unterhält.

Zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts wird grundsätzlich auf die tatsächliche körperliche Anwesenheit von gewisser Dauer sowie auf die soziale Integration einer Person in einem Staat abgestellt. Aufgrund des geringen Alters sowie der fehlenden sozialen bzw. kulturellen Bindungen eines Kleinstkindes bereitet die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts anhand der allgemeinen Kriterien erhebliche Probleme.

Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen und dabei insbesondere das frühe Entwicklungsstadium der Kleinstkinder adäquat zu berücksichtigen, bietet sich die Verwendung anderer Anknüpfungsmomente an. Dabei erscheint eine Anknüpfung an den schlichten Kindesaufenthalt am geeignetsten. Die Gegenüberstellung der beiden Anknüpfungsmomente zeigt schließlich, dass anstelle des gewöhnlichen Aufenthalts *de lege ferenda* an den schlichten Kindesaufenthalt anzuknüpfen ist.

⁷⁶ Vgl. Oldenburger, NZFam 2020, 460.

⁷⁷ S. ausführlich zur griechischen Rechtslage Koutsouradis, FS Coester-Waltjen, 139 ff.

⁷⁸ Vgl. Witzleb, FS Martiny, 217.

⁷⁹ Heiderhoff, IPRax 2012, 525.

⁸⁰ Siehr, IPRax 2015, 145; vgl. auch Fiorini, ICLQ 61 (2012), 538.

⁸¹ Hösel, Leihmutterchaft, 65.

⁸² Rentsch, ZEuP 2015, 306

⁸³ Kegel/Schurig, IPR, § 2 II.

⁸⁴ Henrich, FS Schwab, 1148 f.

⁸⁵ MüKo/Helms, Art. 19 EGBGB Rn. 8.

⁸⁶ Vgl. auch Heiderhoff, NJW 2014, 2676.

Edgar Groß-Weege*

Legitimer Schiedszwang im Profisport?

A. Problemaufriss Sportschiedsgerichtsbarkeit

Die Durchführung sportlicher Wettkämpfe bedarf einheitlicher Regeln. Zur Schaffung einheitlicher Regeln organisieren sich nationale und internationale Sportverbände.¹ Diese veranstalten bis heute die Wettkämpfe ihrer jeweiligen Sportart und legen die Regeln für sie fest. Damit diese Regeln auch einheitlich durchgesetzt werden, entwickelten sich Sportschiedsgerichte.² Sie verhindern, dass beispielsweise russische Athleten gegen Dopingsperren vor russischen Gerichten vorgehen können.³ In Deutschland entstand das Deutsche Sportschiedsgericht, im internationalen Bereich entstand der „Court of Arbitration for Sports“ (CAS).⁴

Das Problem, das sich nun in der Sportschiedsgerichtsbarkeit stellt, ist Folgendes: Profisportler sind für die Ausübung ihres Berufs auf die Zulassung zu Wettkämpfen angewiesen. Sportliche Wettkämpfe werden fast ausschließlich von Sportverbänden veranstaltet. Ein Sportler ist also darauf angewiesen, dass ihn der jeweilige Verband zu einem Wettkampf zulässt. Aufgrund der Gefahr für die einheitliche Durchsetzung der Regeln fordern zahlreiche Verbände⁵ für die Zulassung zu Wettkämpfen die Unterzeichnung einer Schiedsvereinbarung.⁶

Leistungssportler haben also faktisch keine andere Wahl, als einer Schiedsvereinbarung zuzustimmen, wenn sie ihren Sport beruflich ausüben wollen. Aus diesem faktischen Schiedszwang ergeben sich zwei zu untersuchende Leitfragen.

Erstens: Gilt eine solche Schiedsvereinbarung als freiwillig geschlossen und bedarf es Freiwilligkeit überhaupt für eine wirksame Schiedsvereinbarung? Zweitens: Wieso könnte es in Fällen der Unfreiwilligkeit gerechtfertigt sein, dass eine Schiedsvereinbarung trotzdem wirksam ist?

B. Herleitung der Notwendigkeit von Freiwilligkeit

Bevor untersucht wird, ob es sich bei diesen Schiedsvereinbarungen um freiwillig abgeschlossene Vereinbarungen handelt, muss zunächst geklärt werden, ob es Freiwilligkeit überhaupt bedarf. Denn wenn es ihrer nicht bedarf, dann stellt sich auch nicht die Frage, ob sie vorliegt.

Durch die Vereinbarung eines Schiedsverfahrens verzichten die Parteien auf den Zugang zu staatlichen Gerichten (vgl. § 1032 Abs. 1 ZPO). Der Zugang zu staatlichen Gerichten wird garantiert durch den allgemeinen Justizgewährungs-

anspruch.⁷ Es handelt sich bei Letzterem um ein Grundrecht, welches sowohl den Zugang zu staatlichen Gerichten als auch die Effektivität des staatlichen Rechtsschutzes garantiert.⁸ Der Bürger kann auf den Justizgewährungsanspruch verzichten. Die Möglichkeit, auf dieses Grundrecht zu verzichten, wird aus der Verfassung abgeleitet, genauer gesagt aus der Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 GG).⁹ Bei einer Schiedsvereinbarung handelt es sich also um einen Grundrechtsverzicht, der durch Ausübung der Privatautonomie erfolgt.¹⁰ Wenn über die Notwendigkeit von Freiwilligkeit gesprochen wird, ist damit also die Ausübung von Privatautonomie gemeint. Privatautonomie und Freiwilligkeit sind dasselbe.¹¹

Der gemeinhin anerkannte Grundsatz ist also: Auf den Justizgewährungsanspruch kann aufgrund der verfassungsrechtlich gewährten Privatautonomie¹² verzichtet werden.¹³ Anders formuliert: Eine Schiedsvereinbarung muss freiwillig vereinbart werden.

C. Inhalt und Einschränkung des Freiwilligkeitsgrundsatzes

Die Frage, ob es sich um einen freiwilligen Verzicht der Athleten handelt, wurde von den Gerichten im Fall *Pechstein* ausführlich diskutiert.

Die Eisschnellläuferin Claudia Pechstein wollte an der Eisschnelllauf-Weltmeisterschaft teilnehmen, die von der Internationalen Skating Union (ISU) organisiert wird.¹⁴ Um teilnehmen zu können, musste sie eine Wettkampfmeldung unterzeichnen. Diese Wettkampfmeldung enthielt eine Schiedsklausel mit dem CAS als Rechtsmittelinstanz.¹⁵

I. *Pechstein III*: Die Ansicht des BGH

Der BGH legte zunächst eine eigene Definition des Freiwilligkeitsbegriffs vor:

„Ein unfreiwilliger Verzicht auf die Grundrechtsausübung liegt dann vor, wenn physische oder psychische Gewalt, z.B. durch Drohung mit einem empfindlichen Übel, ausgeübt wird, wenn der Verzichtende getäuscht wird, wenn er sich der Tragweite und Bedeutung seiner Erklärung nicht bewusst ist oder wenn es gar an der (bewussten) Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung fehlt.“¹⁶

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School.

¹ *Monheim*, Sportlerrechte, S. 6. Es handelt sich freilich um eine vereinfachte Darstellung einer komplexen Entstehungsgeschichte.

² *Berninger/Theißen*, SpuRt 2008, 185 (185). *Holla*, Schiedsgerichte, S. 125.

³ *Kröll*, npoR 2016, 268 (276).

⁴ *F/P/S/Pfister/Summerer*, Sportrecht, S. 324 f. Rn. 511 f.

⁵ Das bedeutendste Beispiel in diesem Zusammenhang ist das Internationale Olympische Komitee (IOC).

⁶ *Monheim*, Sportlerrechte, S. 193.

⁷ Er ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, *Sachs/Rixen*, Art. 2 Rn. 117.

⁸ BVerfGE 88, 118 (123 f.); *Sachs/Rixen*, Art. 2 Rn. 117.

⁹ *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen, S. 79; *Massuras*, Mehrparteien-schiedsgerichtsbarkeit, S. 88 f.; *Pipoh*, Wirksamkeitskontrolle, S. 51 f.

¹⁰ *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen, S. 113;

Kahlert, SchiedsVZ 2023, 2 (6); *Widdascheck*, Dopingsünder, S. 141.

¹¹ *Holla*, Schiedsgerichte, S. 113. Problematisch am Begriff der Freiwilligkeit ist, dass der BGH ihn im Widerspruch zum Begriff der Privatautonomie verwendet. Näheres dazu im weiteren Verlauf.

¹² Auch bei einem Schiedsverfahren mit Schiedsort im Ausland kann deutsches Verfassungsrecht z.B. aufgrund des ordre public-Vorbehalts relevant werden.

¹³ BGHZ 210, 292 (312) Rn. 52; *ZöllerZPO/Geimer*, vor. § 1025 Rn. 3 f.; *Lachmann*, Schiedsgerichtspraxis, S.68 Rn. 240.

¹⁴ *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen, S. 122.

¹⁵ *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen, S. 122.

¹⁶ BGHZ 210, 292 (312) Rn. 54.

Freiwilligkeit habe bei Frau *Pechstein* vorgelegen. Sie habe keiner Drohung, Täuschung oder physischem Zwang unterlegen. Vertragliche Vereinbarungen setzten voraus, dass Vertragspartner ggf. eigene Positionen aufgaben und Vertragsbedingungen akzeptierten, die nicht ihrem Willen entsprachen.¹⁷

Im Anschluss an diese Feststellung fuhr der BGH damit fort, die Rechtsprechung des BVerfG zu Verhandlungsungleichgewichten zu zitieren: „Hat (...) einer der Vertragspartner ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wenn bei einer solchen Sachlage über grundrechtlich verbürgte Positionen verfügt wird, müssen staatliche Regelungen ausgleichend eingreifen, um den Grundrechtsschutz zu sichern.“¹⁸

Der BGH stellte sodann fest, dass Frau *Pechstein* bei Abschluss der Vereinbarung fremdbestimmt war.¹⁹ Er kommt also zu dem Schluss, dass Freiwilligkeit vorlag, Frau *Pechstein* jedoch fremdbestimmt war.

Mit diesem „bemerkenswerten semantischen Spagat“, wie *Heermann* sagt²⁰, wäre nach dem BGH der Grundsatz der Freiwilligkeit gewahrt.

II. Stellungnahme

1. Inhalt und Einschränkung

Um die richtige Ansicht zum Inhalt der Freiwilligkeit herauszuarbeiten, ist es sinnvoll, sich die Rechtsprechung des BVerfG zum Wesen der Privatautonomie anzuschauen.

Hervorzuheben sind folgende Aussagen aus der Handelsvertreterentscheidung: „Privatautonomie [beruht] auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, [setzt] also voraus, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind. Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, daß er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung.“²¹

Aus diesen beiden Aussagen lässt sich ableiten, dass das Wesen der Privatautonomie die tatsächliche Selbstbestimmung ist. Ihr Gegenstück ist die Fremdbestimmung.

Wenn Fremdbestimmung das Gegenstück zur Privatautonomie ist, dann ergibt es keinen Sinn, wenn der BGH Freiwilligkeit und Fremdbestimmung gleichzeitig annimmt.²² Vielmehr ist zu betonen, dass nach dem BVerfG die Bedingungen freier Selbstbestimmung *tatsächlich* gegeben sein müssen. Das spricht stark dafür den Inhalt des Freiwilligkeitsgrundsatzes so zu verstehen, wie es das LG München I getan hat. Die Bedingungen freier Selbstbestimmung liegen nämlich nicht vor, wenn der Profisportler vor eine unzumutbare Wahl gestellt wird. Das erkennt der BGH selbst an.²³ Nach überzeugender Ansicht bedeutet Freiwilligkeit also echte Wahlfreiheit.

Auf den Grundsatz der Freiwilligkeit würde demnach verzichtet werden, wenn die Schiedsvereinbarung trotz Schiedszwangs wirksam ist.

2. Erforderlichkeit einer einheitlichen Sportschiedsgerichtsbarkeit

Der BGH hat allerdings nachvollziehbare Motive für seine dogmatisch widersprüchliche Lösung. Wie festgestellt ist eine einheitliche Gerichtsbarkeit im Profisport erforderlich. Ohne eine einheitliche Schiedsgerichtsbarkeit bestünde die Gefahr eines „schwer handhabbaren Regelungsdualismus“, der auftreten würde, wenn die Athleten anstelle der Schiedsgerichtsbarkeit auch staatliche Gerichte anrufen könnten.²⁴ Die Notwendigkeit einer einheitlichen Sportschiedsgerichtsbarkeit äußert sogar der deutsche Gesetzgeber. Er erkennt in der Gesetzesbegründung zu § 11 AntiDopG ausdrücklich die Erforderlichkeit einer einheitlichen Sportschiedsgerichtsbarkeit an.²⁵

Der BGH versucht mit seiner Lösung also nur den Weg für eine erforderliche Sportschiedsgerichtsbarkeit offen zu halten und gleichzeitig dem Willen des Gesetzgebers gerecht zu werden.²⁶

3. Fazit

Um sich nicht in dogmatische Widersprüche zu verstricken, sollte man allerdings akzeptieren, dass es sich nicht um freiwillig eingegangene Vereinbarungen handelt. Man sollte also anerkennen, dass in der Sportschiedsgerichtsbarkeit auf das Erfordernis der Freiwilligkeit zugunsten eines einheitlichen Gerichtssystems verzichtet werden muss.²⁷ Dieser Verzicht muss allerdings gerechtfertigt werden. Es stellt sich also die Frage wie ein Verzicht auf die Freiwilligkeit legitimiert bzw. gerechtfertigt werden kann.

D. Legitimation des Verzichts

Zunächst ist das Urteil des BVerfG zum Fall *Pechstein* zu betrachten.

I. Das Urteil des BVerfG

In seinem Urteil zum Fall *Pechstein* stellte das BVerfG fest, dass Schiedsvereinbarungen zwischen Athleten und Sportverbänden möglich und zur Gewährleistung einer einheitlichen Sportgerichtsbarkeit auch erforderlich seien.²⁸ Allerdings liege ein Verhandlungsungleichgewicht zwischen den Athleten und den Sportverbänden vor. Aufgrund des Übergewichts der Verbände müsse der Staat die Grundrechte der Athleten schützen. Der Justizgewährungsanspruch, auf den die Athleten verzichten, hätte ihnen ein rechtsstaatliches Verfahren vor staatlichen Gerichten garantiert. Damit eine aufgezwungene Schiedsvereinbarung wirksam sein könne, müssten daher die Garantien des Justizgewährungsanspruchs geschützt werden.²⁹ Das bedeutet, dass ihre Wirksamkeit insbesondere davon abhängt, ob rechtsstaatliche Verfahrensvorgaben eingehalten werden.³⁰

Das BVerfG liefert also keine dogmatische Begründung, *wieso* auf die verfassungsrechtlich vorgeschriebene Freiwilligkeit in der Sportschiedsgerichtsbarkeit verzichtet werden

¹⁷ BGHZ 210, 292 (313) Rn. 55.

¹⁸ BGHZ 210, 292 (313) Rn. 55.

¹⁹ BGHZ 210, 292 (314) Rn. 56.

²⁰ *Heermann*, NJW 2016, 2224 (2225).

²¹ BVerfGE 81, 242 (255) Rn. 47.

²² *Wolff/Eslami*, Sportschiedsgerichtsbarkeit, in: FS Geimer, S. 816.

²³ BGHZ 210, 292 (314) Rn. 56.

²⁴ *Heermann*, SchiedsVZ 2014, 66 (75).

²⁵ BT-Drucks. 18/4898, S. 38.

²⁶ BGHZ 210, 292 (317) Rn. 63.

²⁷ *Thorn>Lasthaus*, IPRax 2016, 426 (429).

²⁸ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2679) Rn. 40.

²⁹ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2679) Rn. 40.

³⁰ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2679) Rn. 40; *Kindt*, IPRax 2023, 243 (247).

kann.³¹ Es sagt aber aus, *wann* auf sie verzichtet werden kann. Nämlich dann, wenn die Grundrechte des Athleten hinreichend geschützt sind; insbesondere dann, wenn die Garantien des Justizgewährungsanspruchs geschützt sind.

II. Mögliche verfassungsrechtliche Begründung des Verzichts

Versuchte man jedoch einen Begründungsansatz herauszuarbeiten, so müsste man sich auf die Verfassung selbst besinnen. Denn wenn aus der Verfassung das Erfordernis der Freiwilligkeit abgeleitet wird, dann muss aus der Verfassung auch abgeleitet werden, wann auf die Freiwilligkeit verzichtet werden kann.³²

Es spräche das Prinzip der praktischen Konkordanz dafür, dass auf die Freiwilligkeit verzichtet werden kann.³³ Es entspräche nämlich dem Verfassungsgedanken³⁴, die Vertrags- und Verbandsfreiheit³⁵ der Sportverbände durch die Wirksamkeit der Vereinbarung ebenfalls zur Geltung zu bringen. Damit läge auch eine dogmatische Brücke zur Rechtsprechung des BVerfG vor, wonach bei Verhandlungsungleichgewicht eine Interessenabwägung stattfindet.³⁶ Steht nach der Abwägung fest, dass beide Grundrechtspositionen trotz Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung hinreichend geschützt sind, dann ist der Verzicht auf die Freiwilligkeit legitim.

Die Legitimation ergibt sich also daraus, dass die Grundrechtspositionen beider Parteien hinreichend geschützt werden. Konkret ergibt sie sich daraus, dass rechtsstaatliche Verfahrensstandards im Schiedsverfahren eingehalten werden. Denn ansonsten wäre der Justizgewährungsanspruch der Athleten nicht hinreichend geschützt. Zwingender Faktor in der Interessenabwägung³⁷ ist also der Schutz der Garantien des Justizgewährungsanspruchs.

III. Verfahrensgrundsätze als zwingender Abwägungsfaktor

Zentral für die Frage, wann die Garantien des Justizgewährungsanspruchs hinreichend geschützt sind, ist folgender Satz des BVerfG:

„Die gebotenen Mindestanforderungen an die Ausgestaltung des von der Schiedsabrede erfassten schiedsrichterlichen Verfahrens können nicht ohne Ansehung der tatsächlichen Wahlfreiheit des der Schiedsabrede Unterworfenen beurteilt werden.“³⁸

Aus diesem kurzen Satz ergeben sich mehrere zu untersuchende Aspekte. Zum einen, was ist mit verfahrensrechtlichen Mindestanforderungen überhaupt genau gemeint? Zum anderen gelten diese Verfahrensanforderung ohnehin alle für

Schiedsverfahren? Wenn ja, wie sollten sie sich bei fehlender Wahlfreiheit verändern? Und wenn nein, wie genau verändern sich die Verfahrensanforderungen für unfreiwillige Schiedsverfahren³⁹?

Zur Beantwortung dieser Fragen ist es zunächst notwendig, die Garantien des Justizgewährungsanspruchs zu untersuchen.

1. Rechtsstaatliche Anforderungen an staatliche Gerichtsverfahren

a) Justizgewährungsanspruch

Der Anspruch auf Zugang zu den Gerichten über Art. 19 Abs. 4 GG hinaus stellt den Kern des Justizgewährungsanspruchs dar.⁴⁰ Ein bloßer Anspruch auf Zugang zu den Gerichten wäre allerdings wertlos, ohne die Existenz einer funktionierenden und effektiven Gerichtsbarkeit.⁴¹ Er beinhaltet daher auch die Garantie effektiven Rechtsschutzes.⁴² Effektiver Rechtsschutz ist maßgeblich abhängig von der Verfahrensgestaltung. Seine Gewährleistungen erstrecken sich deshalb auch auf die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens.⁴³ Zum Teil werden die verfassungsrechtlich normierten Verfahrensgarantien als Bestandteil des Justizgewährungsanspruchs angesehen⁴⁴, zum Teil werden sie als *lex specialis* zum Justizgewährungsanspruch betrachtet.⁴⁵ Unabhängig davon steht aber fest, dass mit einem Verzicht auf den Justizgewährungsanspruch zugleich auf die verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien in einem staatlichen Gerichtsverfahren verzichtet wird. Die grundgesetzlichen Verfahrensanforderungen sind also der Ausgangspunkt für die Verfahrensanforderungen an Schiedsverfahren.

b) Grundgesetzliche Verfahrensgrundsätze

Vorab sei klargestellt, dass es um Verfahrensanforderungen an zivilrechtliche Verfahren geht.

aa) Recht auf den gesetzlichen Richter

Neben der verfahrensmäßigen Garantie des Rechts auf den *gesetzlich bestimmten* Richter, enthält Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auch das materielle Recht auf den *Gesetz gemäßen* Richter.⁴⁶ Die grundgesetzlichen Anforderungen an den gesetzlichen Richter ergeben sich aus Art. 97 GG. Nach diesem müssen Richter unabhängig und unparteiisch sein und Gewähr für Neutralität und Objektivität bieten.⁴⁷ Ein wesentlicher rechtsstaatlicher

³¹ Das kann daran liegen, dass das BVerfG den Begriff der Freiwilligkeit noch nie selbst verwendet hat, *Hülskötter*, Schiedsvereinbarungen, S. 149.

³² Vgl. Schmidt-Bleibtreu/*Schmahl*, Art. 103 Rn. 38.

³³ Ähnlich *Kahlert*, SchiedsVZ 2023, 2 (7).

³⁴ Dass die Verfassungswerte also so weit wie möglich zu verwirklichen sind.

³⁵ Der BGH führte an, dass Art. 9 GG die verfahrensrechtliche Absicherung der Verbandsfreiheit umfasse, BGHZ 210, 292 (315) Rn. 59.

³⁶ **Das BVerfG zieht das Prinzip der praktischen Konkordanz zwar inhaltlich heran, nutzt es aber nicht als Begründungsfigur**, BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2679) Rn. 41.

³⁷ Es fließen auch weitere, weniger gewichtige Faktoren mit in die Interessenabwägung ein, z.B., dass Deutschland völkerrechtlich an den World Anti Doping Code gebunden ist, in welchem der CAS als Rechtsmittellinstanz vorgesehen ist.

³⁸ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2679) Rn. 41.

³⁹ Bei dem Begriff des unfreiwilligen Schiedsverfahrens stößt man streng genommen auf ein Problem. Denn Freiwilligkeit ist nach der BGH-Rechtsprechung eigentlich Teil des *ordre public*. Schiedssprüche, die aufgrund unfreiwilliger Schiedsverfahren ergehen, würden also eigentlich nicht akzeptiert werden, BGHZ 71, 131 (135). Da das BVerfG nichts dazu anmerkt, ist aber insofern wohl über die BGH-Rechtsprechung hinwegzusehen.

⁴⁰ BVerfGE 88, 118 (123 f.) Rn. 21; HdSR/*Degenhart*, § 115 Rn. 17.

⁴¹ *Bethge*, NJW 1991, 2391 (2393).

⁴² BVerfGE 88, 118 (123 f.) Rn. 21.

⁴³ HdSR/*Degenhart*, § 115 Rn. 17.

⁴⁴ HdSR/*Schmidt-Aßmann*, § 26 Rn. 71, der die Verfahrensgrundrechte als Bestandteil des Justizgewährungsanspruchs ansieht. Genauso *Bethge*, NJW 1991, 2391 (2393).

⁴⁵ *Dreier/Schulze-Fielitz*, Art. 103 Abs. 1 Rn. 84.

⁴⁶ *Sachs/Degenhart*, Art. 101 Rn. 2. Dennoch handelt es sich um ein Verfahrensgrundrecht, *Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel*, Art. 101 Rn. 15.

⁴⁷ Schmidt-Bleibtreu/*Müller-Terpitz*, Art. 101 Rn. 5.

Verfahrensgrundsatz ist also die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des gesetzlichen Richters.

bb) Recht auf Gehör

Ein weiteres rechtsstaatliches Verfahrensprinzip, welches sich unmittelbar aus der Verfassung ergibt, ist das Recht auf Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG.⁴⁸

Das Recht auf Gehör umfasst erstens das Recht auf Information, zweitens das Recht auf Äußerung⁴⁹ und drittens das Recht auf Begründung.⁵⁰

cc) Weitere Verfahrensgrundsätze

Über die vom Grundgesetz konkret genannten Verfahrensgrundsätze hinaus bestehen weitere Verfahrensanforderungen, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden. Bei der Aufzählung der weiteren Verfahrensgrundsätze werden die Grundsätze exkludiert, die offensichtlich nicht von Schiedsgerichten beachtet werden können, wie etwa das Gebot der Rechtswegklarheit.⁵¹

(1) Prozessuale Gleichheit und faires Verfahren

Zu den entwickelten Verfahrensgrundsätzen gehören insbesondere das „allgemeine Prozessgrundrecht“⁵² des fairen Verfahrens und das Gebot prozessualer Waffengleichheit.⁵³

(2) Kein Richter in eigener Sache

Ein weiterer rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsatz ist, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf.⁵⁴ Es ist das Wesen jeder richterlichen Tätigkeit, dass sie von einem nichtbeteiligten Dritten in sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit ausgeübt wird.⁵⁵

(3) Dauer des Verfahrens

Nach dem BVerfG gebietet der Anspruch des Bürgers auf effektiven Rechtsschutz, dass strittige Rechtsverhältnisse in angemessener Zeit geklärt werden.⁵⁶

(4) Öffentlichkeitsgrundsatz

Der Öffentlichkeitsgrundsatz garantiert, dass grundsätzlich jedermann die Möglichkeit hat, einer mündlichen Verhandlung beizuwohnen.⁵⁷

2. Rechtsstaatliche Anforderungen an freiwillige Schiedsverfahren

Wenn das BVerfG davon spricht, dass die gebotenen Verfahrensanforderungen abhängig von der tatsächlichen Wahlfreiheit sind, dann stellt sich die Frage: Gelten alle grundgesetzlichen Verfahrensanforderungen ohnehin für freiwillige Schiedsverfahren? Dann wäre die Aussage des BVerfG bedeutungslos.⁵⁸ Sollten allerdings nicht alle Anforderungen für freiwillige Schiedsverfahren gelten, dann kann man aus

der Aussage des BVerfG ableiten, dass sich die Anforderungen für unfreiwillige Schiedsverfahren erhöhen.

Für die Beantwortung der Frage nach den Verfahrensanforderungen für freiwillige Schiedsverfahren, muss differenziert werden zwischen Schiedsverfahren mit Schiedsort im Inland und Schiedsort im Ausland.

a) Schiedsort im Inland

Der BGH geht davon aus, dass für inländische Schiedsverfahren grundsätzlich die verfassungsrechtlichen Anforderungen in gleichem Ausmaß wie für staatliche Gerichte gelten.⁵⁹ Völlige Identität der verfassungsrechtlichen Verfahrensanforderungen zwischen staatlichen Gerichtsverfahren und Schiedsverfahren gibt es aber nicht: Bezüglich Art. 103 Abs. 1 GG sagt der BGH zwar: „An das Verfahren vor den Schiedsgerichten sind nach Ansicht des Senats keine wesentlich geringeren Anforderungen zu stellen.“⁶⁰ Zu berücksichtigen ist aber, dass gemäß § 1054 Abs. 2 ZPO auf eine Begründung des Schiedsspruchs verzichtet werden kann, wenn die Parteien sich darauf einigen. Die Urteilsbegründung ist, wie oben festgestellt, Teil der verfassungsrechtlichen Garantien des Rechts auf Gehör.⁶¹ In einem Schiedsverfahren kann also auf diese Verfahrensgarantie verzichtet werden. In einem staatlichen Gerichtsverfahren kann dagegen nicht auf Verfahrensgarantien verzichtet werden.⁶²

Neben der Verfahrensgarantie der Urteilsbegründung kann – nach dem BVerfG – auch auf den Öffentlichkeitsgrundsatz verzichtet werden.⁶³

Bezüglich der Verfahrensdauer sprechen sich manche Autoren ebenfalls für eine Möglichkeit des Verzichts aus.⁶⁴ Anders als für den Verzicht auf eine Begründung gibt es hierfür allerdings keine normative Grundlage. Und anders als beim Verzicht auf den Öffentlichkeitsgrundsatz, kommt ein Verzicht auf eine angemessene Verfahrensdauer der Schiedsgerichtsbarkeit auch nicht zugute. Ohne einen Grund für die Möglichkeit des Verzichts wird man also davon ausgehen müssen, dass der Grundsatz der angemessenen Verfahrensdauer auch für Schiedsverfahren gilt.⁶⁵

Im Hinblick auf die restlichen Verfahrensgarantien ist ein Verzicht ausgeschlossen.⁶⁶

Für inländische Schiedsverfahren gelten im Grundsatz also die verfassungsrechtlichen Verfahrensanforderungen in gleichem Ausmaß wie für staatliche Gerichte. Abweichungen ergeben sich lediglich hinsichtlich der Verzichtsmöglichkeit auf Verfahrensgarantien.

⁵⁹ BGHZ 65, 59 (62).

⁶⁰ BGH 08.10.1959, NJW 1959, 2213 (2214).

⁶¹ Lachmann, Schiedsgerichtspraxis, S. 434.

⁶² Ahammer, Grundrechtsverzicht, S. 154; Bleckmann, JZ 1988, 57 (60).

⁶³ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2679) Rn. 42; EGMR SpuRt 2018, 253 (259).

⁶⁴ MüKo-ZPO/Münch, vor § 1025 ZPO Rn. 10, der von „Zugeständnissen bei der Verfahrensdauer“ spricht, allerdings auch sagt, dass dies sich durch das Pechstein-Urteil des BGH wohl verändert hat. Jung, ZEuS, 2014, 173 (200).

⁶⁵ Jung, ZEuS, 2014, 173 (200).

⁶⁶ Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter: BGHZ 54, 392 (395). BGHZ 98, 70 (72).

Prozessuale Gleichheit und faires Verfahren: BGH 23.07.20, Schieds-VZ 2021, 46 Rn. 19-21. OLG München 23.01.20, SchiedsVZ 2012, 107 (110); Niedermaier, Ungleichgewichtslagen, S. 50 f.

Kein Richter in eigener Sache: BGHZ 51, 255 (258).

⁴⁸ BVerfGE 107, 395 (408).

⁴⁹ Art. 103 Abs. 1 GG gewährt **grundsätzlich keinen Anspruch auf eine mündliche Verhandlung**. Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 51.

⁵⁰ Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 103 Abs. 1 Rn. 20.

⁵¹ Nach diesem muss die Klarheit und Bestimmtheit von Rechtswegvorschriften gewährleistet sein, BVerfGE 57, 9 (22) Rn. 40.

⁵² BVerfGE 78, 123 (126) Rn. 8.

⁵³ HdSR/Degenhart, § 115 Rn. 16; HdSR/Sachs, § 183 Rn. 111.

⁵⁴ BGH 16.05.2012, NJW 2012, 1811 (1811) Rn. 11.

⁵⁵ BVerfGE 3, 377 (381).

⁵⁶ BVerfG 25.11.2003, NJW 2004, 835 (836).

⁵⁷ MüKo-ZPO/Pabst, § 169 GVG Rn. 3.

⁵⁸ Siehe dazu auch D.III.3.a)bb).

b) Schiedsort im Ausland

Für ausländische Schiedsverfahren gilt, dass grundsätzlich ebenfalls die oben genannten rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze eingehalten werden müssen.⁶⁷ Nach ausländischem Verfahrensrecht sind teilweise jedoch Verfahrensgestaltungen möglich, die bei uns privatautonom nicht hergestellt werden könnten.⁶⁸ Sie würden gegen Verfahrensgrundsätze verstoßen. Um ausländischem Recht aber liberal gegenüberzustehen, nimmt der BGH einen Verstoß gegen Verfahrensgrundsätze bei ausländischen Schiedsverfahren zurückhaltender an.⁶⁹ Für ausländische Schiedssprüche verwendet der BGH den sog. „ordre public international“. Der BGH führt dazu aus:

„[Es] bedarf eines Verstoßes gegen den ordre public international. Das unterwirft die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche regelmäßig einem weniger strengen Regime als die inländischer Schiedsgerichtsentscheidungen. Ihre Vollstreckbarkeit scheidet nur aus, wenn das schiedsgerichtliche Verfahren an einem schwerwiegenden Mangel leidet, der die Grundlage staatlichen und wirtschaftlichen Lebens berührt.“⁷⁰ Ebenfalls sagt der BGH, dass ein ausländischer Schiedsspruch nicht zwingend deshalb aufzuheben sei, weil ein deutscher Schiedsspruch in der gleichen Konstellation aufgrund eines Verstoßes gegen den ordre public aufzuheben wäre.⁷¹

Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH formal⁷², so gelten also eindeutig unterschiedliche Anforderungen für ausländische Schiedsverfahren.

3. Rechtsstaatliche Anforderungen an unfreiwillige Schiedsverfahren

Es stellen sich in Anbetracht der zuvor erarbeiteten Ergebnisse zwei Fragen: Erstens, wie verändern sich die Anforderungen an inländische Schiedsverfahren, wenn ohnehin die verfassungsrechtlichen Verfahrensanforderungen im Wesentlichen für sie gelten? Und zweitens, erhöhen sich die Verfahrensanforderungen an ausländische Schiedsverfahren trotz der Rechtsprechung des ordre public international?

a) Schiedsort im Inland

Der einzige Unterschied zu staatlichen Gerichtsverfahren der festgestellt werden konnte, war, dass auf einige Verfahrensgarantien verzichtet werden kann. Wenn sich die Anforderungen an Schiedsverfahren bei Unfreiwilligkeit erhöhen sollen, dann kann sich erstmal nur hier etwas verändern. Es stellt sich somit die Frage, ob auch in aufgezwungenen Schiedsvereinbarungen auf Verfahrensgarantien verzichtet werden kann.

aa) Verzicht auf Verfahrensgarantien

Der EGMR beantwortet diese Frage eindeutig mit Nein. Unfreiwillige Schiedsverfahren müssen nach dem EGMR alle (Verfahrens-)Garantien des Art. 6 EMRK einhalten.⁷³ Das

⁶⁷ BVerfGE 63, 343 (378); Stein/Jonas/Schlosser, § 1042 ZPO Rn. 34, 38; Musielak/Voit/Voit, § 1059 ZPO Rn. 26.

⁶⁸ Schlosser, IPRax 1991, 218 (218).

⁶⁹ BGHZ 110, 104 (106 f.).

⁷⁰ BGHZ 110, 104 (106 f.).

⁷¹ BGHZ 98, 70 (73).

⁷² Schlosser argumentiert, dass der BGH den ordre public international nur dazu verwendete, um die veralteten nationalen Anforderungen an die Bildung eines Schiedsgerichts zu liberalisieren, Schlosser, IPRax 1991, 218 (220).

⁷³ EGMR SpuRt 2018, 253 (255) Rn. 114 f.

BVerfG schließt sich dem EGMR in seinem *Pechstein*-Urteil an. Es entschied daher, dass die geschlossene Schiedsvereinbarung unwirksam war, da im konkreten Fall der Öffentlichkeitsgrundsatz abbedungen wurde.⁷⁴ Es führte ferner aus, dass es nicht darauf ankomme, ob im konkreten Verfahren eine öffentliche Verhandlung geboten war oder nicht.⁷⁵ Es stellt sich somit die Frage, ob ein freiwilliger Verzicht selbst dann nicht mehr möglich ist, wenn die schwächere Partei der Abbedingung *tatsächlich* freiwillig zustimmt. Eine freiwillige Zustimmung wäre möglich, wenn die Zustimmung nicht an eine Zulassung zum Wettkampf geknüpft ist.

Zum Teil wird geäußert, dass sich das Urteil so verstehen lässt, als dass ein Verzicht auf Verfahrensgarantien gar nicht mehr möglich ist.⁷⁶ Dagegen sprechen allerdings folgende Argumente. Erstens: Im Fall vor dem EGMR wollten die Athleten nicht auf Verfahrensgrundsätze verzichten. Der EGMR hat sich also nicht damit auseinandergesetzt, was gelten soll, wenn die Athleten tatsächlich einen Verzicht gewollt hätten. Zweitens: Verzichten die Athleten freiwillig auf den Öffentlichkeitsgrundsatz oder auf eine Begründung, dann wäre der Rechtsfrieden nicht gefährdet, wenn ein aufgrund eines solchen Verfahrens ergangener Schiedsspruch für vollstreckbar erklärt würde. Der Rechtsfrieden wäre nur dann gefährdet, wenn sie zum Verzicht gezwungen würden und staatliche Gerichte trotzdem bei der Durchsetzung des Schiedsspruchs helfen würden. Drittens: Würde den Athleten die Möglichkeit des Verzichts genommen, dann wären sie in einem aufgezwungenen Schiedsverfahren schlechter gestellt als in einem freiwilligen Schiedsverfahren. Wenn die schwächere Partei also der Abbedingung tatsächlich zustimmt, dann sollte ein freiwilliger Verzicht weiterhin möglich sein. Die Schiedsvereinbarung darf lediglich keinen Verzicht vorschreiben, sondern muss die Möglichkeit des Verzichts den Athleten offenhalten.

bb) Weitergehende Erhöhung der Anforderungen

Man könnte die Aussage des BVerfG allerdings auch so interpretieren, dass sich die Verfahrensanforderungen an unfreiwillige Schiedsverfahren über die verfassungsrechtlichen Vorgaben hinaus erhöhen sollen und damit denen der ZPO vergleichbar wären. So äußert *Wannagat*, dass die Statuten des CAS keine mündliche Verhandlung vorgesehen hätten und dass dies aufgrund der Unfreiwilligkeit zur Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung hätte führen müssen.⁷⁷ Wie festgestellt schreibt die Verfassung allerdings keine mündliche Verhandlung vor. Er bezieht sich also auf die ZPO, nach welcher der Grundsatz der Mündlichkeit gilt.⁷⁸ Gegen diese Ansicht lässt sich allerdings anführen, dass das BVerfG von gebotenen „Mindestanforderungen“ spricht. Es spricht zudem die Frage an, ob gegen die Gewährleistungen des Justizgewährungsanspruchs verstoßen wurde.⁷⁹ Beides sind klare Indizien dafür, dass das BVerfG *verfassungsrechtliche* Maßstäbe für die Verfahrensanforderungen anlegt.

Weiterhin könnte man die Aussage des BVerfG auch so interpretieren, dass die geltenden rechtsstaatlichen Verfahrens-

⁷⁴ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2680) Rn. 47-49.

⁷⁵ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2680) Rn. 49.

⁷⁶ *Kindt*, IPRax, 2023, 243 (249).

⁷⁷ *Wannagat*, BB 2022, 2697 (2699).

⁷⁸ Musielak/Voit/Stadler, § 128 ZPO Rn. 1.

⁷⁹ BVerfG 03.06.22, NJW 2022, 2677 (2680) Rn. 53.

anforderungen strenger kontrolliert werden sollen.⁸⁰ Dann würde z.B. bei Zweifels- oder Verdachtsfällen eher ein Verstoß gegen Verfahrensanforderungen angenommen werden. Anhaltspunkte für eine solche Interpretation lassen sich dem Urteil nicht entnehmen. Dennoch wäre ein solches Vorgehen sinnvoll. Denn die schwächere Partei ist bei Schiedszwang auf den staatlichen Schutz ihrer Verfahrensrechte angewiesen. Zudem ist eine durch die Schiedsvereinbarung vorgesehene zweifelhafte Verfahrensgestaltung kein Ausdruck des gemeinsamen Parteiwillens, der ggf. gegen eine strenge Kontrolle sprechen könnte. Durch eine strengere Kontrolle würde insgesamt ein Anreiz gesetzt, in aufgezwungenen Schiedsverfahren von vornherein auf zweifelhafte Verfahrensgestaltungen zu verzichten.

b) Schiedsort im Ausland

Das BVerfG unterscheidet in seinem Urteil nicht zwischen inländischen und ausländischen Schiedsverfahren. Es ist vielmehr zu einem ausländischen Schiedsverfahren ergangen. Das heißt, dass für ausländische Schiedsverfahren grundsätzlich auch keine aufgezwungene Abbedingung von Verfahrensgarantien möglich ist. Fraglich ist allerdings, wie das Verhältnis zur Rechtsprechung des *ordre public international* ist. Wie festgestellt wird ein Verstoß gegen rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze bei ausländischen Schiedsverfahren zurückhaltender angenommen, da ausländisches Verfahrensrecht vorsehen kann, dass auf Verfahrensgarantien in einem größeren Umfang verzichtet werden kann. Es besteht also ein Spannungsverhältnis zwischen der Liberalität gegenüber ausländischem Recht und dem Urteil des BVerfG bzw. des EGMR.

Es finden sich gewichtige Argumente dafür, dass sich der zurückhaltende Maßstab des *ordre public international* verschärft und sich dem des *ordre public intern* angleicht.

Das wesentliche Argument besteht aus folgender Überlegung: Der Grund dafür, Verfahrensverstöße bei ausländischen Schiedsverfahren zurückhaltender anzunehmen, liegt insbesondere darin, dass man die vom ausländischen Recht in größerem Umfang gewährte Vertragsfreiheit tolerieren möchte.⁸¹ Ist ein Schiedsverfahren aufgezwungen, so stellt sich die Verfahrensgestaltung aber nicht mehr als Ausdruck der Privatautonomie dar.⁸² Vielmehr würden unter dem Deckmantel der Toleranz Athleten zum Verzicht auf Verfahrensgarantien gezwungen.

Darüber hinaus führt der BGH in seinem *Pechstein*-Urteil einen weiteren Grund für die Zurückhaltung an. Die Einhaltung rechtsstaatlicher Grundsätze diene im Schiedsverfahren mehr dem Schutz der Parteien und liege dafür weniger im öffentlichen Interesse.⁸³ Das rechtfertige ebenfalls die Zurückhaltung gegenüber ausländischer Vertragsfreiheit. Mag dieser Gedanke auch für freiwillige Schiedsverfahren herangezogen werden, kann er für unfreiwillige Schiedsverfahren hingegen nicht geltend gemacht werden. Denn an der Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen liegt bei aufgezwungenen Schiedsverfahren ein höheres öffentliches Interesse. Sind Verstöße gegen Verfahrensgrundsätze aufgezwungen, so wäre der Rechtsfrieden gefährdet, wenn der

Staat bei der Vollstreckung der nach diesen Verfahren ergangenen Schiedssprüche Hilfe leisten würde. Insgesamt sprechen die genannten Gründe daher dafür, den *ordre public international* zu verschärfen.

4. Ergebnis zu Verfahrensanforderungen

Inländische und ausländische Schiedsverfahren müssen rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze einhalten. Die Verfahrensanforderungen erhöhen sich, wenn das Schiedsverfahren unfreiwillig ist. Bei inländischen und ausländischen Schiedsverfahren kann dann nicht mehr auf rechtsstaatliche Verfahrensgarantien verzichtet werden, auf die bisher verzichtet werden konnte; außer die gezwungene Partei möchte tatsächlich auf sie verzichten. Der Verzicht auf Verfahrensgarantien kann nicht durch die Schiedsvereinbarung vorgeschrieben werden. Es erscheint zudem eine strengere Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensgrundsätze geboten.

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Freiwilligkeit setzt echte Wahlfreiheit voraus. In der Sportschiedsgerichtsbarkeit wird auf den Grundsatz der Freiwilligkeit verzichtet. Der Verzicht ist dadurch legitimiert, dass die Grundrechte beider Vertragsparteien hinreichend geschützt werden. Damit der Justizgewährungsanspruch der Athleten trotz Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung hinreichend geschützt ist, müssen rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze eingehalten werden. Es müssen auch die Verfahrensgrundsätze eingehalten werden, die normalerweise abbedungen werden können. Das gilt aber sinnvollerweise nur, wenn der Athlet tatsächlich keine Abbedingung möchte. Er soll zur Abbedingung nur nicht faktisch gezwungen werden können. Er kann nur zum Verzicht auf den Zugang zu staatlichen Gerichten faktisch gezwungen werden. Das ist einerseits möglich, weil der Athlet keine Verfahrensnachteile durch das Schiedsverfahren erfährt. Andererseits ist deshalb möglich, weil eine einheitliche Schiedsgerichtsbarkeit im Profisport erforderlich ist. Ihr Bestand liegt auch im Interesse der Athleten.

⁸⁰ Michaelis, SchiedsVZ 2019, 331 (340); Summerer, SpuRt 2018, 197 (200).

⁸¹ BGHZ 98, 70 (74); Schlosser, IPRax, 1991, 218 (218).

⁸² Vgl. auch Podszun, JZ 2017, 208 (209).

⁸³ BGHZ 98, 70 (72, 74)

Pauline Mühleck*

Wie willensfrei ist der Mensch?

A. Einleitung

Selten ist eine im Kern außerstrafrechtliche und interdisziplinär diskutierte Fragestellung so grundsätzlich relevant für das Strafrecht wie die Frage nach der Willensfreiheit.

Obwohl sich die Philosophie schon seit ihren Anfängen¹ mit dieser Kernfrage des Menschseins beschäftigt, wird sie aufgrund neurowissenschaftlicher Erkenntnisse heutzutage besonders intensiv diskutiert.

Da die Willensfreiheit oft als Bedingung von Verantwortung im ethischen Sinne angesehen wird,² ist es nicht verwunderlich, dass sich auch das *Schuld*strafrecht dieser Diskussion nicht enthalten kann. Während der BGH in seinem zentralen Urteil 1952 noch festhielt, der „innere Grund des Schuldvorwurfes [ä]ge] darin, dass der Mensch auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt und deshalb befähigt [sei], sich für das Recht und gegen das Unrecht zu entscheiden“³, wird heute kontrovers diskutiert, ob und wie sich das Strafrecht im Streit um die Willensfreiheit positionieren muss.

Inwiefern das Strafrecht zu diesem außerstrafrechtlichen Streit Stellung beziehen sollte, wird daher im Folgenden erörtert. Dabei soll auch auf den philosophischen Diskurs um die Willensfreiheit sowie auf die Forderung nach der Abschaffung des *Schuld*strafrechts eingegangen werden.

B. Grundsätzliches und philosophische Grundbegriffe

Die Verknüpfung zwischen dem Strafrecht und der Frage nach der Willensfreiheit ergibt sich aus dem Schuldprinzip. Im heutigen Strafrecht stellt Strafe einen „sozialethischen Tadel“⁴ dar, der an der individuellen Verantwortlichkeit des Täters orientiert ist. Im Rahmen der Schuld soll festgestellt werden, inwiefern dem Täter das verwirklichte Unrecht vorwerfbar ist und ihm zugeschrieben werden kann.⁵ Dies erfordert jedoch, dass der ihr zugrunde liegende Grundsatz der Verantwortlichkeit normativ angemessen ist – nur wenn der Mensch nach seinen Dispositionen „schuldig“ sein kann, ist die Strafsanktion des *Schuld*strafrechts gerechtfertigt.⁶

Im philosophischen Diskurs haben sich differenzierte Positionen zur Frage nach der Willensfreiheit des Menschen herausgebildet. Besonders fällt auf, dass verschiedene Strömungen jeweils unterschiedlich starke Definitionen der Willensfreiheit zugrunde legen. Es stellt sich für das Strafrecht also nicht die Frage, „ob“ der Mensch willensfrei ist, sondern „wie“ willensfrei er ist.

Materiell wird die Willensfreiheit, die mit der „Entscheidungsfreiheit“ gleichzusetzen ist,⁷ überwiegend über den Begriff des „Andershandelnkönnens“ definiert. Das „Prinzip der alternativen Möglichkeiten“ (im Folgenden als PAM abgekürzt)⁸ wird als Bedingung für Willensfreiheit angesehen: Eine Handlung ist Ausdruck einer willensfreien Entscheidung, sofern der Handelnde auch hätte anders handeln können. Zudem werden oft für Verantwortlichkeit die „Urheberschaft“ und „Kontrolle“ (bzw. Intelligibilität) über eine Entscheidung als notwendig angesehen.⁹

Traditionell wurde die philosophische Debatte zwischen dem Libertarismus und universalen Determinismus geführt, denen die Annahme zugrunde lag, mit einer deterministischen Welt seien Willensfreiheit und Verantwortlichkeit nicht vereinbar. Heutzutage ist unter den die Willensfreiheit verneinenden Strömungen vor allem der neurophysiologische Determinismus prominent, der aussagt, menschliche Entscheidungen seien an neurophysiologische Prozesse gebunden.¹⁰ Der Kompatibilismus, der die Frage nach dem Determinismus offenlässt und aussagt, unabhängig davon sei der Mensch für seine Taten verantwortlich,¹¹ hat zusätzlich den Fokus der Debatte verändert: Im heutigen Diskurs liegt der größte Streitpunkt in der Frage, ob und wie Willensfreiheit, Verantwortung und Determinismus vereinbar sind.

C. Begründung des *Schuld*strafrechts über eine Stellungnahme zum philosophischen Diskurs

Es stellt sich die Frage, inwiefern der Schuldgrundsatz angesichts dieses Diskurses aufrechterhalten werden kann.¹² Dies könnte zunächst durch eine Positionierung im philosophischen Diskurs gelingen.

I. Libertarischer Ansatz der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung schließt sich bei der Frage nach der Willensfreiheit dem Libertarismus an: Wie bereits der BGH 1952¹³ hält das BVerfG zum Beispiel im Lissabon-Urteil¹⁴ am traditionellen Verständnis der Schuld im Sinne eines „Andershandelnkönnens“ fest, das dem Menschen aufgrund seiner Eigenverantwortung gegeben sei.¹⁵

1. Libertarismus als philosophische Strömung

Dieses Menschenbild entspricht dem des Libertarismus, welcher ausgehend vom Indeterminismus die Willensfreiheit des Menschen annimmt.

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ So hat z. B. bereits *Aristoteles* einen erheblichen Beitrag zur Auseinandersetzung mit dem Determinismus geliefert; vgl. *Keil*, Willensfreiheit³, 2017, S. 22.

² Vgl. *Burghardt*, Zufall und Kontrolle, 2018, S. 2.

³ BGHSt 2, 194 (200).

⁴ *Eisele*, in: Eser (Hrsg.), StGB Kommentar³⁰, 2019, Vor § 13 Rn. 103/104.

⁵ BGHSt 2, 194 (200); *Frank*, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, 1907, S.14.

⁶ Ob das Problem im Rahmen einer „Schuldidee“ (*Eisele*, in: Sch/Sch (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 108) oder der Strafbegründungsschuld (*Radtke*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 2⁴, 2020, Vor § 38 Rn. 15) aufkommt, kann offenbleiben.

⁷ *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld², 2014, S. 16.

⁸ So auch in der philosophischen Literatur herrschend; *Merkel* (Fn. 7), S. 17.

⁹ *Kane*, The Significance of Free Will, 1998, S. 4ff.

¹⁰ So z. B. *Duttge*, in: ders. (Hrsg.), Das Ich und sein Gehirn, 2009, S. 13, 23.

¹¹ So z. B. *Strawson*, in: ders. (Hrsg.), Freedom and Resentment and Other Essays, 2008, S. 1, 9ff.

¹² Auch die Möglichkeit der Ersetzung des *Schuld*strafrechts durch ein Maßregelrecht wird dabei evaluiert; s. D.II.4.b).

¹³ BGHSt 2, 194 (200).

¹⁴ BVerfGE 123, 267.

¹⁵ BVerfGE 123, 267 (413).

Diesem wird der Zufallseinwand entgegengesetzt: Wenn sich ein Mensch unter gleichen Umständen, also auch gleichen Motiven, anders hätte entscheiden können, würde seine Entscheidung rein zufällig fallen, weshalb er nicht dafür verantwortlich wäre.¹⁶ Es stellt sich also die „Intelligibilitätsfrage“, inwiefern indeterminiert willensgemäße Entscheidungen getroffen werden können.

Zur Lösung dieser Frage kann ein cartesianischer Dualismus von Leib und Seele angenommen werden: Entscheidungen werden vom Geist, einer nicht-materiellen Instanz, getroffen. Das dadurch aufgeworfene Leib-Seele-Problem ist jedoch philosophisch ebenso umstritten wie die Frage nach der Willensfreiheit, außerdem metaphysisch und nicht beweisbar.¹⁷ Auch naturalistische Lösungen wie die kantische Akteurskausalität¹⁸ führen zum Leib-Seele-Problem zurück.¹⁹ Moderne Ansätze wie der „fähigkeitsbasierte Libertarismus“ *Keils*²⁰ vermögen die Intelligibilitätsfrage auch nicht zu lösen.²¹ Der Libertarismus stützt sich also auf metaphysische Erwägungen und ist philosophisch nicht „beweisbar“.

2. Strafrechtliche Begründung des Schuldprinzips

So verweist die Rechtsprechung zur Begründung des Schuldstrafrechts nicht auf philosophische „Beweise“, sondern konstatiert, es handele sich bei der Willensfreiheit um eine normative Frage, die vom Menschenbild einer Rechtsordnung abhängig sei.²² Das BVerfG begründet die Willensfreiheit vielmehr aus Art. 1 I GG, der auf einem von Autonomie geprägten Menschenbild beruhe.²³

Grundsätzlich lässt sich aus der Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes, u.a. nach der kantischen Freiheitskonzeption, die Willensfreiheit des Menschen herleiten.²⁴ Die Anwendung verfassungsrechtlicher Vorgaben liegt auch nahe, da der Schuldgrundsatz nach dem BVerfG auf dem Grundgesetz beruht.²⁵

Die Begründung des Schuldstrafrechts durch bloße rechtliche Prämissen lässt vermuten, dass die Rechtsprechung doch eine agnostische Position einnimmt. Zwar zeigt diese Schuldkonzeption Ähnlichkeiten zur später darzulegenden „normativen Setzung“ der Willensfreiheit, dennoch bekennen sich BGH und BVerfG zum Indeterminismus,²⁶ legen zumindest nicht offen, dass es sich lediglich um ein Postulat innerhalb des Schuldgrundsatzes handele.

Zweifelhaft ist dann, ob durch einen bloßen rechtspositivistischen Verweis auf das Menschenbild des Grundgesetzes die Willensfreiheit innerhalb der gesamten Rechtsordnung angenommen werden darf. Hauptsächlich ist aber gegen den Ansatz der Rechtsprechung einzuwenden, dass selbst unter Annahme der Willensfreiheit ein vom Schuldbegriff gefordertes

„Andershandelnkönnen“ des individuellen Täters zum Tatzeitpunkt empirisch nicht feststellbar ist. Zwar ist der Grundsatz „in dubio pro reo“ hinsichtlich menschlicher Erkenntnisgrenzen nicht anwendbar,²⁷ problematisch ist aber nicht die Willensfreiheit an sich: Da das *empirische* Merkmal des *individuellen* „Anderskönnen“ des Täters nicht feststellbar ist, müsste der Grundsatz „in dubio pro reo“ zum Freispruch aller Täter führen.²⁸ Auch über einen sozialen Schuldbegriff bei Maßgabe eines „Normalbürgers“ ist das Problem nicht lösbar, da man das nach der personalen Straftatlehre *individuelle* „Andershandelnkönnen“ nicht über Dispositionen anderer Menschen begründen kann.²⁹ Somit ist die Auffassung der Rechtsprechung aufgrund der Konzeption des „Andershandelnkönnens“ angreifbar.

II. Deterministische Ansätze

Teilweise wird hingegen angenommen, ein Schuldstrafrecht sei bei Annahme des Determinismus und eines Fehlens von Willensfreiheit möglich. Dies betont die Lehre von der Characterschuld, „wiederbelebt“³⁰ durch *Herzberg*.

1. Determinismus als philosophische Strömung

Der (harte) Determinismus lässt sich auf verschiedene Weisen begründen. Gemeinsam haben die Ansätze, dass aus der Determiniertheit des Menschen seine Willensunfreiheit folgt – das PAM könne schließlich nicht erfüllt werden.

a) universaler Determinismus

Der universale Laplace-Determinismus geht davon aus, dass die Zukunft nach den Kausal- und Naturgesetzen zwingend durch die Vergangenheit festgelegt sei.³¹ Der Mensch könne nie anders handeln als determiniert, was Willensfreiheit ausschließe.³²

Der Vorstellung liegt die klassische Physik zugrunde. Durch die Heisenberg'sche Unschärferelation zeigt sich aber, dass schon physikalisch nicht von einer durchgängigen Geltung des Kausalprinzips ausgegangen werden darf.³³

Insbesondere ist im Sinne *Kants* zu bemerken, dass eine durchgängige Geltung des Kausalgesetzes zu einem unendlichen Regress führen müsste, wolle man die *hinreichende* Ursache einer Entscheidung bestimmen.³⁴ Ähnlich fragen andere Philosophen nach einer Modalitätsquelle des Determinismus: „Naturgesetze“ haben keinen präskriptiven Charakter, sondern *beschreiben* nur Vorgänge. Um einen universalen Determinismus annehmen zu können, müsste man also eine allumfassende Existenz voraussetzen, die begründet, wieso die Zukunft *notwendigerweise* kausal festgelegt ist.³⁵

Dies entlarvt den universalen Determinismus als metaphysische „theory of everything“.³⁶

¹⁶ *Burghardt* (Fn. 2), S. 346; zur Kritik dazu *Bröckers*, Strafrechtliche Verantwortung ohne Willensfreiheit, 2015, S. 157ff.

¹⁷ *Burghardt* (Fn. 2), S. 344.

¹⁸ *Kant*, KrV B 563 / A 535.

¹⁹ *Merkel* (Fn. 7), S. 51ff.

²⁰ *Keil* (Fn. 1), S. 146ff.

²¹ *Burghardt* (Fn. 2), S. 245ff.

²² *Eisele*, in: Sch/Sch (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 110.

²³ BVerfGE 123, 267 (413).

²⁴ *Möllers*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 250, 260f.

²⁵ BVerfGE 130, 1 (26).

²⁶ Z. B. BVerfGE 123, 267 (413);

vgl. auch *Radtke*, in: MüKo (Fn. 6), Vor § 38 Rn. 21.

²⁷ *Verrel/Linke/Koranyi*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Bd. 2¹³, 2021, § 20 Rn. 17.

²⁸ *Roxin*, ZStW 96 (1984), 641, 643; vgl. auch *Burghardt*, der dieses Problem als „Existenzfrage“ des philosophischen relativen Kontrollbegriffs bezeichnet, *Burghardt* (Fn. 2), S. 247ff.

²⁹ *Bröckers* (Fn. 16), S. 57ff.

³⁰ *Hörnle*, Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, 2013, S. 46.

³¹ *Laplace*, Philosophischer Versuch über die Wahrscheinlichkeiten, übers. v. *Schwaiger*, 1886, S. 1f.

³² Vgl. das Konsequenzargument *van Inwagens*; *Van Inwagen*, An Essay on Free Will, 1983, S. 16.

³³ So resümiert *Heisenberg* gar, der Mensch könne nie die Natur losgelöst von seinem Erkenntnishorizont betrachten; *Bröckers* (Fn. 16), S. 27.

³⁴ *Kant*, KrV B 474 / A 446.

³⁵ Sie wäre „Letztursache“ im kantischen Sinn.

³⁶ *Keil* (Fn. 1), S. 39.

b) neurophysiologischer Determinismus

Heutzutage wird ein Fehlen der Willensfreiheit daher auf bereicherspezifische Determinismen gestützt. Der neurophysiologische Determinismus postuliert, das menschliche Entscheiden sei durch unkontrollierbare und oft unbewusste Prozesse des Gehirns determiniert.³⁷

Bereits das grundlegende Libet-Experiment, in dem bei Probanden vor einer Entscheidung schon ein „Bereitschaftspotential“ gemessen wurde, lässt sich hinterfragen. Mit *Libet* selbst ließe sich eine „Veto-Fähigkeit“ des Bewusstseins im Menschen annehmen.³⁸ Vor allem aber handelt es sich im Experiment um simple Bewegungen in einem unnatürlichen Kontext: Der Handlungsentschluss könnte bereits über die Anweisung zu Beginn des Experiments geschaffen worden sein.³⁹

Der neurophysiologische Determinismus lässt sich auch allgemein anzweifeln: Fraglich ist, ob die empirische Forschung überhaupt normative Aussagen treffen kann. Zweifelhafte ist außerdem, ob ein Bereichsdeterminismus an sich existieren kann: Wieso ausgerechnet sollte der Wille des Menschen determiniert sein, wenn es die Welt als Ganzes nicht ist?⁴⁰ Vor allem kann Neurowissenschaftlern eine philosophische Einseitigkeit vorgeworfen werden. Sie setzen sich nicht mit der Frage auseinander, ob Determinismus und Willensfreiheit vereinbar sind. Die Möglichkeit des Kompatibilismus wird also nicht in Betracht gezogen, obwohl sie in der philosophischen wie juristischen Literatur sehr verbreitet ist.⁴¹

2. Strafrechtliche Begründung des Schuldprinzips

Nach der Lehre von der Charakterschuld wird auf deterministischem Fundament behauptet, der Schuldvorwurf knüpfe am Charakter als Ursprung der Tat und „nur durchgangsweise“ an der Tat an.⁴²

Dies widerspricht allerdings dem sich aus dem *Tatstrafrecht* ergebenden Einzeltatschuldprinzip: Strafe kann schon rein prozessual niemals ein Urteil über die „Täterpersönlichkeit“⁴³ sein – die gesamte „Täterpersönlichkeit“ lässt sich nicht vor Gericht erfassen. Vor allem aber darf das Strafrecht den Täter nur in den Grenzen seiner Tat verantwortlich machen, der Schuldvorwurf darf nicht an sein „So-Sein“ anknüpfen.⁴⁴

Überdies ist fraglich, wie Täter im Determinismus überhaupt für ihren Charakter verantwortlich sein können. Zwar geht *Herzberg* davon aus, die Freiheit des Menschen liege in der Bestimmung zu sich selbst.⁴⁵ Dadurch wird das Problem der Willensfreiheit jedoch nur von der Tathandlung zur Konstitution des Charakters verschoben.⁴⁶

³⁷ *Duttge* (Fn. 10), S. 13, 23.

³⁸ *Libet*, übers. v. *Schröder*, in: Hillenkamp (Hrsg.), *Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?*, 2006, S. 111, 111ff., 118ff.

³⁹ *Hörnle* (Fn. 30), S. 19; *Rösler*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 140, 156ff.

⁴⁰ *Bröckers* (Fn. 16), S. 28.

⁴¹ *Bröckers* (Fn. 16), S. 35ff.

⁴² *Herzberg*, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010, S. 99.

⁴³ *Kaufmann*, *Das Schuldprinzip*², 1976, S. 187.

⁴⁴ *Eisele*, in: Sch/Sch (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 105/106.

⁴⁵ *Herzberg* (Fn. 43), S. 27; Streng genommen ist er also nicht harter, sondern weicher Determinist, dazu s. D.I.

⁴⁶ *Roxin/Greco*, *Strafrecht AT I*⁵, 2020, § 19 Rn. 29.

III. Zwischenergebnis

Bereits strafrechtsdogmatisch enthalten die Lehre von der Charakterschuld und die Ansicht der Rechtsprechung Unschlüssigkeiten.

Vor allem gibt es aktuell keine überzeugende philosophische Antwort auf die Frage nach der Willensfreiheit.⁴⁷ Da Determinismus und Libertarismus sich nicht von metaphysischen Grundfragen lösen lassen, könnte man sogar behaupten, die Willensfreiheit sei nicht beweisbar und es handele sich um ein „Ewigkeitsproblem“ außerhalb der Erkenntnisgrenzen des Menschen.⁴⁸

Da jedenfalls heutzutage auf die Frage nach der Willensfreiheit keine überzeugende Antwort vorliegt, kann das Strafrecht nicht zu ihr Stellung nehmen.

D. Begründung des Schuldstrafrechts über eine „Fiktion“ im Sinne einer „normativen Setzung“

Zur Begründung des Schuldstrafrechts bleibt also noch, im Rahmen der Schuld im Sinne einer „Fiktion“⁴⁹ von der Willensfreiheit auszugehen. Dies wird überwiegend über eine „normative Setzung“ nach dem *Roxin*'schen Schuldbegriff durchgeführt.

I. Grundzüge und philosophischer Hintergrund

Roxin begreift Schuld als „unrechtes Handeln trotz normativer Ansprechbarkeit“⁵⁰. Nach seiner Schuldkonzeption handelt ein Täter normativ ansprechbar und folglich schuldhaft, wenn er zum Tatzeitpunkt „seiner geistigen und seelischen Verfassung nach für den Anruf der Norm disponiert war“⁵¹. Dabei macht *Roxin* die Schuld nicht von einem individuellen „Andershandelnkönnen“ des Täters in der konkreten Tat-situation abhängig, sondern behandelt ihn nur so, sofern dessen normative Ansprechbarkeit im Sinne einer empirisch feststellbaren Steuerungsfähigkeit festgestellt wurde. Diese sei anzunehmen, sofern keine Schuldausschlussgründe einschlägig seien.⁵²

Sobald der Täter jedoch normativ ansprechbar ist, wird ein „Andershandelnkönnen“ des Täters angenommen, ohne dies der Willensfreiheit entsprechend zu beweisen.⁵³ Damit legt *Roxin* die Normativität seines Schuldbegriffs⁵⁴ offen und zeigt, dass es sich bei der individuellen Möglichkeit, anders handeln zu können, und der Willensfreiheit um bloße Postulate innerhalb der Schuld handelt.

Die *Roxin*'sche Ansicht wird oft als „agnostischer Kompatibilismus“ bezeichnet, weist jedoch starke Unterschiede zum agnostischen Kompatibilismus in der Philosophie auf.

⁴⁷ Auch der Kompatibilismus überzeugt nicht; s. D.I.

⁴⁸ Vgl. *Radtke*, in: MüKo (Fn. 6), Vor § 38 Rn. 20 m.w.N.

⁴⁹ Der Begriff ist irreführend; vgl. *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 49. Er suggeriert aber eine Stellungnahme im philosophischen Diskurs zugunsten des Fehlens von Willensfreiheit – nur dann wäre eine „Fiktion“ notwendig. Der Theorie der „normativen Setzung“ liegt jedoch der Agnostizismus zugrunde. Da der Begriff „Fiktion“ aber in der Literatur verbreitet ist, soll er trotzdem verwendet werden.

⁵⁰ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 36.

⁵¹ Ebd.

⁵² Ebd.

⁵³ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 37.

⁵⁴ Aufgrund der empirisch festzustellenden „normativen Ansprechbarkeit“ ist der *Roxin*'sche Schuldbegriff streng genommen gemischt empirisch-normativ; *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 46.

Kompatibilistische Meinungen in der Philosophie positionieren sich insbesondere zur Vereinbarkeitsthese: Während sich weiche Deterministen zum Determinismus bekennen und ihn für vereinbar mit der Willensfreiheit halten,⁵⁵ lassen agnostische Kompatibilisten die Frage nach dem Determinismus offen. Sie postulieren, Determinismus und Indeterminismus seien mit der Willensfreiheit oder zumindest der Zuschreibung von Verantwortung vereinbar.⁵⁶

Problematisch ist jedoch, dass Kompatibilisten die Vereinbarkeitsthese meist bejahen, indem sie den Begriff der Willensfreiheit abschwächen. Viele sehen das PAM nicht als notwendige Bedingung der Willensfreiheit an, verwechseln jedoch die negative und positive Willensfreiheit,⁵⁷ bedienen sich widersprüchlicher Gedankenexperimente⁵⁸ oder fehleranfälliger Modelle.⁵⁹ Insofern bietet der Kompatibilismus auch keine zufriedenstellende Lösung für das Problem der Willensfreiheit.

Diese Einwände muss *Roxin* jedoch nicht gegen sich gelten lassen: Er ist nur insofern „agnostischer Kompatibilist“, als er die Verantwortungszuschreibung der Schuld unabhängig von einer Positionierung im Streit um Determinismus und Willensfreiheit annimmt. Kompatibilist im Streit um Willensfreiheit ist er nicht, denn dann könnte *Roxin* von vornherein von der Willensfreiheit ausgehen und müsste keine Fiktion vornehmen.

II. Legitimation

Scheinbar bietet die „normative Setzung“ eine einfache Lösung für das Problem der Willensfreiheit im Strafrecht – da Willensfreiheit philosophisch weder beweisbar noch widerlegbar ist, könne man sie als Agnostiker, so *Merkel* pointiert, „mit der Geste des Achselzuckens“⁶⁰ vornehmen.

Problematisch ist aber, dass auch bei einer „normativen Setzung“ die Frage nach der Willensfreiheit des Täters und auch der Möglichkeit, sich in der konkreten Situation für das Recht zu entscheiden, auf tatsächlicher Ebene offenbleibt.⁶¹ Da man genauso eine „Willensunfreiheit“ fingieren könnte, ist eine Legitimation der „normativen Setzung“ erforderlich. Sonst würde dadurch die fehlende Feststellbarkeit der individuellen Entscheidungsfreiheit nur umgangen.

1. Subjektives Freiheitsempfinden

Zunächst erscheint plausibel, die Fiktion der Willensfreiheit anhand des subjektiven Freiheits- und Verantwortlichkeitsempfindens zu rechtfertigen. *Burkhardt* führt aus, bei der Fiktion einer Willensfreiheit ginge es nicht um normative Annahmen, sondern ob die Rechtsordnung „den Standpunkt des handelnden Subjekts einnehmen“⁶² könne. Vergleichbar

zum kantischen subjektiv-epistemischen Indeterminismus⁶³ legt *Burkhardt* dar, die rechtliche Zuschreibung von Willensfreiheit und Verantwortung begründe sich dadurch, dass ein Straftäter seine Handlungen notwendigerweise subjektiv als frei empfinde.⁶⁴

Dass sich alle Menschen, auch Deterministen, *subjektiv in ihren Entscheidungen* frei fühlen müssen, lässt sich durch das MacKay'sche „philosophische Relativitätsprinzip“ begründen: Auch im Determinismus könnten Menschen ihre Entscheidung nicht vollständig sicher prognostizieren, da sie diese „Prognose“ dann als Grundlage für ihre – möglicherweise daraufhin andere – Entscheidungsfindung hätten.⁶⁵

Durch das Kriterium des Freiheitsbewusstseins ist jedoch keine Abgrenzung bezüglich der Schuldfähigkeit und der Möglichkeit des „Andershandelns“ möglich: Auch ein Geisteskranker und nach § 20 StGB Schuldunfähiger kann sich in seinen Entscheidungen frei fühlen.⁶⁶

Überhaupt einen objektiven Schluss für eine Zuschreibung von Verantwortung aus dem subjektiven Empfinden von Individuen zu ziehen, würde das Strafrecht vor erhebliche Probleme stellen. Schließlich muss sich die strafrechtliche Verantwortungszurechnung, da sie die für den Bürger nachteilige Strafsanktion rechtfertigt, objektiv begründen lassen können.⁶⁷

Die „normative Setzung“ kann also nicht durch das subjektive Freiheitsbewusstsein legitimiert werden.

2. Soziale Rechtfertigung und Menschenbild des Grundgesetzes

Roxin selbst sieht die „normative Setzung“ der Willensfreiheit darin begründet, dass die Zuschreibung von Verantwortung eine Prämisse des gesellschaftlich-sozialen Zusammenlebens und auch für das Recht eine zentrale Grundlage sei.⁶⁸ Insofern lässt sich die „normative Setzung“ der Willensfreiheit auch aus dem Menschenbild des Grundgesetzes, besonders über Art. 1 I GG, rechtfertigen.⁶⁹ Genau wie Art. 1 I GG also fordert, den Bürger als willensfrei zu behandeln, kann die Willensfreiheit auch im Strafrecht als „rechtliches Regelungsprinzip“ vorausgesetzt werden.⁷⁰

Die starke gesellschaftliche wie rechtliche Verankerung der Willensfreiheit zeigt auch die „reductio ad absurdum“, die einem deterministischen Maßregelrecht entgegeng gehalten wird: Bei Annahme einer Willensunfreiheit müsste nicht nur das Schuldstrafrecht, sondern auch das Zivilrecht, die Demokratie und das Recht an sich aufgegeben werden.⁷¹ Somit sind Willensfreiheit und Verantwortung grundlegende Voraussetzungen der gesellschaftlich-sozialen Ordnung. Dadurch lässt sich auch der Einwand *Duttges* entkräften, bei einer Fiktion der Willensfreiheit im Strafrecht müsse das Recht jegliche

⁵⁵ So z. B. *Hobbes*, *Hume* und *Locke*; übersichtsartig *Keil* (Fn. 1), S. 59.

⁵⁶ Der modernste Ansatz ist dabei wohl *Strawsons* „reactive-attitudes-theory“; vgl. *Strawson* (Fn. 11), S. 1, 9ff.

⁵⁷ Dies ist an *Moore's* konditionaler Analyse des „Könnens“ zu kritisieren; vgl. *Burkhardt* (Fn. 2), S. 268; *Bröckers* (Fn. 16), S. 221; zur Unterscheidung s. *Merkel* (Fn. 7), S. 13f.

⁵⁸ Die Grundlagen von *Frankfurts* Gedankenexperiment über den kontrafaktischen Manipulator sind so hinterfragbar; *Bröckers* (Fn. 16), S. 237ff.

⁵⁹ An *Strawsons* „reactive-attitudes-theory“ lässt sich neben seiner fehlenden Präzision kritisieren, dass von „Gefühlen“ auf Verantwortung geschlossen wird; *Burkhardt* (Fn. 2), S. 165ff.

⁶⁰ *Merkel* (Fn. 7), S. 134.

⁶¹ Vgl. *Isfen*, Das Schuldprinzip im Strafrecht, 2008, S. 118f.

⁶² *Burkhardt*, in: FS Lenckner, 1998, S. 1, 22.

⁶³ Nach *Kant* ist u.a. aufgrund einer subjektiven „Idee der Freiheit“ auch die objektive Freiheit „in praktischer Rücksicht“ anzunehmen; *Kant*, GMS, AA IV, S. 449.

⁶⁴ *Burkhardt* (Fn. 63), S. 1, 3ff.

⁶⁵ Vgl. *MacKay*, On the Logical Indeterminacy of a Free Choice, in: *Mind* 69 (1960), S. 31, 31ff.

⁶⁶ *Merkel* (Fn. 7), S. 120f.; vgl. auch BGHSt 40, 341, in dem ein Epileptiker mangels Schuldfähigkeit für eine in Freiheitsbewusstsein begangene Straftat nicht verurteilt wurde.

⁶⁷ *Burkhardt* (Fn. 2), S. 371.

⁶⁸ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 38a.

⁶⁹ Näher zur Rechtfertigung aus dem Menschenbild des Grundgesetzes *Joite*, BLJ 2013, 86, 89ff.

⁷⁰ *Roxin*, ZStW 96 (1984), 641, 650.

⁷¹ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 52o.

Vorurteile der Gesellschaft in sich aufnehmen.⁷² Schließlich gibt es einen erheblichen Unterschied zwischen gesellschaftlichen Vorurteilen und der Willensfreiheit als gesellschaftlich zentrale Annahme außerhalb der Erkenntnisgrenzen des Menschen. Dies zeigt auch *Duttge*'s Argumentation, der die „normative Setzung“ letztlich durch „Strukturbedingungen einer rechtlichen Ordnung“⁷³ begründet.

Somit ließe sich eine „normative Setzung“ der Willensfreiheit aufgrund sozialer und grundgesetzlicher Prämissen rechtfertigen. Aus dem Menschenbild der heutigen Gesellschaft und des Grundgesetzes kann aber nur auf die normative Notwendigkeit der Willensfreiheit, nicht direkt auf die Notwendigkeit des klassischen Schuldstrafrechts, geschlossen werden.⁷⁴ Daher müssen nun funktionelle Rechtfertigungen einer „normativen Setzung“ und des Schuldstrafrechts untersucht werden.

3. Bedürfnis nach Normstabilisierung

Ein Ansatz, der die „normative Setzung“ über den Zweck des Schuldbegriffs und der Strafe rechtfertigt, ist der *Jakobs*' . Nach seinem funktionalen Schuldbegriff lässt sich das Schuldstrafrecht allein aus funktionalen Erwägungen, unabhängig von der Willensfreiheit, rechtfertigen. Begründung, Inhalt und Grenze der Schuld werden nach diesem Schuldverständnis allein durch den Strafzweck konstituiert, nämlich der „Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsvertrauens“⁷⁵. Durch die Verhängung von Strafe werde somit die durch die Straftat enttäuschte Erwartung der Gesellschaft in die Rechtsordnung kompensiert, indem die Straftat als Fehler dargestellt werde.⁷⁶

Mit diesem Ansatz allein am Zweck der Generalprävention geht eine Preisgabe der strafbarkeitseinschränkende Funktion des Schuldprinzips einher.⁷⁷ Durch generalpräventive Erwägungen lässt sich nicht begründen, wieso schuldunfähigen Tätern keine Schuld zugesprochen werden sollte, sofern für ihre Krankheit kein Heilmittel gefunden wurde.⁷⁸ Auch Rückfalltäter könnten nicht entlastet werden.⁷⁹ *Jakobs*' funktionaler Schuldbegriff steht zweifach mit dem Grundgesetz im Konflikt: Einerseits macht er den Täter zum Objekt gesellschaftlicher Zwecke, was der Menschenwürde widerspricht. Andererseits bleibt unbestimmt, was genau zur Stabilisierung des Normvertrauens notwendig ist, was zu Willkür führen kann.⁸⁰ Der funktionale Schuldbegriff *Jakobs*' überzeugt daher nicht zu einer funktionalen Rechtfertigung des Schuldstrafrechts.

4. Rechtsstaatlich-täterfreundliche Funktion der Schuld

Roxin selbst rechtfertigt seine „normative Setzung“ in Kombination mit dem sozialen Schuldbegriff anhand des Zwecks der Schuld: Es müsse von der Willensfreiheit des Täters ausgegangen werden, um Täter vor stärkeren Eingriffen zu be-

wahren, die durch ein reines Präventionsrecht möglich wären.⁸¹

a) Grundsätzliche Argumentation *Roxins*

Dabei argumentiert er, die Schuld habe eine genuin täterfreundliche Funktion.

Zunächst sei das heutige Strafrecht kein Vergeltungsrecht mehr. Dem muss zugestimmt werden, da, wie *Roxin* selbst anmerkt,⁸² sich die „absoluten“ Strafzwecktheorien nur durch metaphysische Erwägungen begründen lassen. Für einen Deterministen muss die Abschaffung eines Vergeltungsstrafrechts ohnehin logische Konsequenz der fehlenden Willensfreiheit sein; ein zu sühnender Vorwurf könne dem Täter nicht gemacht werden. Auch für einen Indeterministen kann Strafe nicht zweckgelöst nur der Sühne dienen.⁸³

Aus der Rechtfertigung von Strafe durch präventive Gesichtspunkte folgert *Roxin*, die Schuld sei keine hinreichende, sondern nur notwendige Bedingung der Strafbarkeit, und müsse durch ein Kriterium der präventiven Notwendigkeit ergänzt werden.⁸⁴ Dann sei sie dogmatisch rein strafbegrenzend.

Der Schritt ist zur Rechtfertigung des Schuldstrafrechts jedoch gar nicht nötig: Neben der straflimitierenden⁸⁵ besitzt die Schuld auch eine strafbegründende Funktion, jedoch lassen sich diese Funktionen ohnehin nicht strikt trennen.⁸⁶ Da die Schuld in der Strafrechtsgeschichte viele täterfreundliche Fortschritte bewirkt hat, so zum Beispiel die Einführung des unvermeidbaren Verbotsirrtums oder die Abschaffung der Erfolgshaftung, ist der Schuldgrundsatz vielmehr als genuin straflimitierend zu verstehen.⁸⁷

Weshalb die Schuld im Vergleich zu einem rein an (positiv) generalpräventiven Bedürfnissen ausgerichtetem Strafrecht strafbegrenzend wirkt, wurde bereits in Auseinandersetzung mit *Jakobs* gezeigt.⁸⁸ Wieso das Schuldstrafrecht auch verglichen mit einem reinen Maßregelrecht aufrechterhalten werden muss, soll nun gezeigt werden.

b) Vergleich zu reinem Maßregelrecht

Besonders Neurowissenschaftler wie *Singer*⁸⁹ fordern aufgrund des neurophysiologischen Determinismus ein Maßregelrecht als „humaneren“ Umgang mit Straftätern. Insofern umfasse das Maßregelrecht lediglich die „Wegsperrung“ von Straftätern sowie „Erziehungsprogramme“, die Sanktionen enthielten.⁹⁰ Kritik wurde bereits an den Vorstellungen der Neurowissenschaftler von Willensfreiheit geübt.⁹¹ Dabei soll erneut betont werden, dass die normative Zuschreibung von Verantwortung nur bedingt durch empirische Beweisführung tangiert wird.⁹²

⁷² *Duttge* (Fn. 10), S. 13, 40.

⁷³ *Duttge* (Fn. 10), S. 13, 41.

⁷⁴ Vgl. *Hörnle* (Fn. 30), S. 27.

⁷⁵ *Jakobs*, Schuld und Prävention, 1976, S. 31.

⁷⁶ *Jakobs* (Fn. 76), S. 9.

⁷⁷ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 34.

⁷⁸ *Jakobs* (Fn. 76), S. 17f.

⁷⁹ *Jakobs* (Fn. 76), S. 26.

⁸⁰ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 35.

⁸¹ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 46.

⁸² *Roxin*, ZStW 96 (1984), 641, 644f.

⁸³ *Roxin*, MSchKrim 1973, 316, 323.

⁸⁴ *Roxin*, ZStW 96 (1984), 653ff.;

zur Kritik dazu *Radtke*, in: MüKo (Fn. 6), Vor § 38 Rn. 24f.

⁸⁵ Vgl. § 46 StGB.

⁸⁶ *Freund*, in: Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 1⁴, 2020, Vor § 13 Rn. 240.

⁸⁷ *Roxin*, ZStW 96 (1984), 641, 641f.

⁸⁸ S. D.II.3.

⁸⁹ Im Gegensatz zu bspw. *Roth* und *Prinz*, für die das Schuldstrafrecht funktional im Sinne *Jakobs*' legitimiert ist; überblicksartig *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 52i.

⁹⁰ *Singer*, Ein neues Menschenbild?, 2003, S. 34.

⁹¹ S. C.II.1.b).

⁹² *Eisele*, in: Sch/Sch (Fn. 4), Vor § 13 Rn. 110a.

Aber die Forderung, das Schuldstrafrecht abzuschaffen, wird auch unabhängig von der Debatte um die Neurowissenschaften, bspw. durch die Lehre von der „*défense sociale*“, vertreten. Entscheidend für die Höhe der Sanktion ist für sie die prognostizierte Gefährlichkeit des Täters für die Gesellschaft und die Rechtsgüter anderer.⁹³

Dieses „Besserungs- und Sicherungsrecht“ umgeht das Problem der Willensfreiheit, da staatliche Sanktion nicht von der Verantwortlichkeit des Täters abhängt.⁹⁴ Zwar kennt das heutige zweispurige Sanktionensystem auch Maßregeln,⁹⁵ dennoch wäre ein reines Maßregelrecht unhaltbar im heutigen Rechtsstaat.

Maßregeln, die stigmatisierend wirken können,⁹⁶ sind nicht zwingend täterfreundlicher als Strafe. Problematisch ist vor allem, dass das Maßregelrecht zukunftsorientiert nach Präventionsbedürfnis sanktioniert, was zu keiner für das Tatstrafrecht notwendigen Verbindung zwischen Ausmaß der Straftat und Maßregelvollzug führt.⁹⁷ Straftaten könnten nicht mehr der Schwere des Unrechts nach sanktioniert werden, was auch nicht durch die Einführung eines Verhältnismäßigkeitsprinzips bewirkt werden könnte.⁹⁸ Bei einem reinen Maßregelrecht könnte der Staat also auf Basis eines unbestimmten „Schutzinteresse der Allgemeinheit“⁹⁹ willkürlich sanktionieren, was Täter zu einem Objekt staatlichen Handelns machen würde.

Das Schuldprinzip begrenzt somit Strafe in „für die Legitimität modernen Rechts wesentlichen Hinsichten“¹⁰⁰, ein reines Maßregelrecht könnte gar gegen das Rechtsstaatsprinzip und die Menschenwürde verstoßen.¹⁰¹

c) Ergebnis

Wie *Roxin* richtig konstatiert, dient das Schuldprinzip der rechtsstaatlichen Begrenzung der Strafgewalt.¹⁰² Es wirkt täterfreundlich und entspricht dem gesellschaftlich verankerten Menschenbild. Die „normative Setzung“ der Willensfreiheit stellt folglich eine „freiheitsverbürgende Annahme“¹⁰³ dar. Sie betrifft nicht nur die Täter individuell, sondern dient der Aufrechterhaltung des Rechtsstaats an sich.¹⁰⁴

III. Zwischenergebnis

Eine Fiktion der Willensfreiheit lässt sich somit durch verschiedene Ansätze rechtfertigen, die alle kritisierbar sind. Am vielversprechendsten ist wohl die *Roxin*'sche Rechtfertigung über die sozial-gesellschaftliche Verankerung der Willensfreiheit kombiniert mit der strafbegrenzenden Funktion der Schuld. Er vereint dabei soziale und funktionale Aspekte. Indem *Roxin* aber die „normative Setzung“ primär auf deren gesellschaftliche Notwendigkeit stützt und in diesem Kontext

erst funktionale Erwägungen einbezieht, bleibt Schuld ein normatives Kriterium der individuellen Verantwortlichkeit und ist nicht nur auf präventive Zwecke gerichtet. Die Bindung dieses Schuldbegriffs an Verantwortlichkeit und Empirie heißt auch *Schünemann* gut, der zwischen einem „zweckrationalen Normativismus“ nach *Roxin* und einem „empiriefreien Normativismus“ nach *Jakobs* unterscheidet.¹⁰⁵

Gegenüber dem libertarischen Ansatz der Rechtsprechung ergeben sich keine signifikanten Unterschiede, dennoch geht *Roxin* transparenter vor: Er legt eindeutig zugrunde, dass es sich bei der Annahme der Willensfreiheit um ein bloßes normatives Postulat des Strafrechts handelt.

E. Fazit

Aufgrund des Problems um Willensfreiheit kann der Strafzweck insgesamt nicht Vergeltung sein, aber auch ein rein an Prävention ausgerichtetes Maßregelrecht ist rechtsstaatswidrig – ein auf Verantwortung gründendes Schuldprinzip muss somit zusammen mit dem Strafzweck der Prävention aufrechterhalten werden.

Willensfreiheit und Verantwortung bleiben jedoch Grundprinzipien des gesamten (Straf-)Rechts, von denen sich das Recht als gesellschaftliches Konstrukt nicht losgelöst verstehen darf.

⁹³ Vgl. *Melzer*, JZ 1970, 764, 766.

⁹⁴ Dies zeigt Ähnlichkeiten zum funktionalen Schuldbegriff *Jakobs*'s. Im Unterschied dazu kann ein Maßregelrecht aber nicht dem Zweck der Normbestätigung dienen, da es von vornherein nur auf Besserung und Sicherung zielt; *Verrel/Linke/Koranyi*, in: LK (Fn. 27), § 20 Rn. 27.

⁹⁵ Vgl. §§ 61 ff. StGB.

⁹⁶ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1975, 1571, 1572.

⁹⁷ *Radtke*, in: MüKo (Fn. 6), Vor § 38 Rn. 26.

⁹⁸ *Radtke*, in: MüKo (Fn. 6), Vor § 38 Rn. 27.

⁹⁹ *Lindemann*, FoStra 2/2019, 99, 99.

¹⁰⁰ *Mohr*, in: Lampe/Pauen/Roth (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 72, 77.

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 130, 1 (26).

¹⁰² *Roxin*, ZStW 96 (1984), 641, 645.

¹⁰³ *Roxin/Greco* (Fn. 47), § 19 Rn. 49.

¹⁰⁴ *Merkel* (Fn. 7), S. 124.

¹⁰⁵ *Schünemann*, in: FS Roxin I, 2001, S. 1, 14.