

Bei DLA Piper verstehen wir Erfolg als das Ergebnis echter Zusammenarbeit von charismatischen Menschen mit den höchsten Ansprüchen an ihr Arbeitsumfeld und an sich selbst. Sei ein bedeutender Teil unseres starken globalen Netzwerks, das von gegenseitiger Wertschätzung und dem Mut lebt, gemeinsam neue Horizonte zu überschreiten.

Be one of *us*.
Be more of *you*.

Crossing new horizons together.



dlapipercareers.de

Bucerius Law Journal · Februar 2026 · Heft 01/2026 · Seiten 1-44
www.law-journal.de

ISSN 1864-371X

Bucerius Law Journal

Februar 2026
Heft 01/26
Seiten 1-44

Editorial	RA Dr. Hendrik Müller-Lankow LL.M (UCL)	Legality of Short-Selling Bans on EU Trading Venues	1
Öffentliches Recht	Jonas Vaupel	Zoo Animals in International Humanitarian Law	6
	Teresa Wille	Die deliberative Demokratietheorie – Die Theorie des Grundgesetzes?	11
Internationales Privatrecht	Hannah Hawranek	Leihmutterchaft als Umgehungsgeschäft zur Internationalen Adoption	17
	Linus Katzenbach	Vollstreckbarkeit aufgehobener Schiedssprüche – Konvergenz von Fairness und Finalität?	28
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht	Maximilian Heuermann	Einfluss von PE-Investoren auf die Unternehmensverfassung der AG	37



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

Redaktion der Ausgabe 01/2026

Simon Baalmann
 Maximilian Behrens
 Paul Biermaier (Chefredaktion)
 Jonathan Arvid Braun
 Lisa Dumke
 Leonard Kilian Jaritz
 Clemens Alexander Jungfer
 Christian Karschau
 Paul Kuljus Biosca
 Nina Neubauer
 Lukas Richter
 Lukas Rothenfuß (Vors. Chefredakteur)
 Helene Sönnichsen
 Maximilian Tränkner (Servermanagement)
 Anna Sofia Weisenburger (Chefredaktion)
 Victoria Wicker

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

Paul Biermaier, Lukas Rothenfuß, Anna Sofia Weisenburger

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 blj@law-school.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 blj@law-school.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: Simon Baalman, Maximilian Behrens, Paul Biermaier (Chefredaktion), Jonathan Arvid Braun, Lisa Dumke, Leonard Kilian Jaritz, Clemens Alexander Jungfer, Christian Karschau, Paul Kuljus Biosca, Nina Neubauer, Lukas Richter, Lukas Rothenfuß (Vorsitzender Chefredakteur), Helene Sönnichsen, Maximilian Tränkner (Servermanagement), Anna Sofia Weisenburger (Chefredaktion), Victoria Wicker

Heft 01/2026
Seiten 01-44
Februar 2026

RA Dr. Hendrik Müller-Lankow, LL.M. (UCL)*

Legality of Short-Selling Bans on EU Trading Venues

In principle, the permissibility of short sales is governed by the Short Selling Regulation (SSR). In market practice, however, certain trading venues (stock exchanges) have established short-selling prohibitions in their rulebooks that extend beyond the scope of the SSR. This article examines the legal question of whether operators of trading venues are entitled to prohibit their trading participants from engaging in short selling. To this end, the Union law framework for short selling under the SSR is first outlined (A). The reader is then provided with an overview of the short-selling prohibitions imposed by Tradegate Berlin Stock Exchange, the Munich Stock Exchange, and the Frankfurt Stock Exchange (FWB) (B). Subsequently, the legal requirements for exchange-based short-selling prohibitions are analysed (C). The conclusion will be that general exchange-level short-selling prohibitions are, as a rule, inadmissible unless justified by specific requirements of trading or settlement (D).

A. Union law framework for short selling

The statutory framework for short selling is primarily defined by Regulation (EU) No 236/2012 (Short Selling Regulation, SSR). In essence, the Regulation – in addition to the notification requirement regarding significant net short positions in shares and sovereign debt under Articles 5 and 7 SSR and the public disclosure requirement for significant net short positions in shares under Article 6 SSR – establishes a general prohibition on uncovered short sales of shares and sovereign debt under Articles 12 and 13 SSR. It also confers supervisory powers to prohibit or restrict short selling in exceptional circumstances pursuant to Articles 20 and 28 SSR, or to prohibit or restrict short selling in the event of a significant price fall pursuant to Article 23 SSR.

The general prohibition on uncovered short selling, or the obligation to conduct short sales only by using one of the coverage methods set out in Articles 12(1) and 13(1) SSR, aims to reduce the potential risk of settlement failures and

market volatility (Recital 18 SSR). It applies to shares admitted to trading on a trading venue (TOTV) whose principal venue for the trading of the shares is not located in a third country (Article 16(1) SSR), as well as to sovereign debt instruments issued by certain EU/EEA public issuers. Furthermore, Article 14 SSR sets out a prohibition on uncovered positions in credit default swaps (CDS) on sovereign debt instruments, which will not be examined further here.

The obligation to conduct short sales of shares and sovereign debt only by applying one of the coverage methods specified in Articles 12(1) and 13(1) SSR must be understood against the background that such coverage methods – such as securities lending or locate arrangements – are only practically feasible in those markets where market participants are able, to a significant extent, to provide the required coverage.¹ For other financial instruments, such as corporate bonds, there is, for instance, no functioning securities lending market.

The key concept underlying the short-selling prohibition – that of a short sale – is defined in Article 2(1)(b) SSR. A short sale in relation to a share or debt instrument means any sale of the share or debt instrument which the seller does not own at the time of entering into the agreement to sell, excluding repurchase, securities lending, and futures contracts. The central concept of ownership for the purposes of short selling is specified in Article 3(1) sentence 1 of Delegated Regulation (EU) No 918/2012. According to that provision, either legal or beneficial ownership is decisive, depending on the law governing the transfer.² For securities transferred under German law, it is therefore the legal (in-rem) ownership that is relevant.³ Where shares or debt instruments are sold within the delivery period⁴ of previously purchased shares or debt instruments, Article 3(2)(b) of Delegated Regu-

¹ It may, however, become increasingly difficult to obtain coverage for shares that are very illiquid. By contrast, obtaining coverage for liquid shares is generally readily feasible.

² The provision refers to “the law applicable to the relevant short sale [...]”, which may give the impression that the relevant law is that governing the (contractual) obligation. In fact, it refers to the law governing the transfer of the security. The law applicable to the contractual obligation and that applicable to the transfer may differ.

³ For certificated securities, this applies directly; for electronic securities pursuant to § 2(3) of the Electronic Securities Act (eWpG); for federal debt securities pursuant to § 6(2) sentences 1 and 2 of the Federal Debt Securities Act (BSchuWG); and for state debt securities under the respective State Debt Acts.

⁴ For, inter alia, transferable securities traded on trading venues, a statutory settlement period of two business days (T+2) applies pursuant to

* Hendrik Müller-Lankow is a German- and EU-qualified lawyer (attorney at law – Rechtsanwalt) based in Frankfurt am Main, Germany, specialising in banking and financial markets law. This article focuses on the EU law perspective on the legal issue addressed; a German version, which also covers specific aspects of German stock exchange law, was published in BKR 2025, 433.

lation (EU) No 918/2012 stipulates that, despite the absence of ownership at the time of sale, the transaction does not constitute a short sale by definition.

Short sales of shares and sovereign debt instruments are uncovered if none of the coverage methods listed in Articles 12(1) or 13(1) SSR has been applied prior⁵ to the sale. The structure of both provisions is similar. In both cases, a short sale is not considered uncovered, for example, where a lending agreement has been concluded under which the transaction can be settled at maturity.⁶ Another method of coverage that is highly relevant in practice is the locate arrangement, under which a third party confirms that it can deliver the shares or sovereign debt instruments being sold within the required timeframe.⁷ In addition, certain special rules and exemptions apply, which are not discussed further in this article.

B. Exchange-level short-selling prohibitions in practice

In German market practice, general exchange-level prohibitions on short selling have been established in some cases. These prohibitions have been set out either in the exchange rulebooks (Börsenordnungen) or transaction terms (Bedingungen für Geschäfte), and they apply either to all instruments traded on the trading venue or, in one case, solely to structured products.

The following discussion excludes the power of the exchange management, pursuant to section 15(7) of the German Stock Exchange Act (BörsG), to prohibit or restrict short selling of financial instruments in the event of a significant price fall, as provided for in Article 23(1) SSR.

I. Short-selling ban of the Tradegate Berlin Stock Exchange

The Berlin-based Tradegate Berlin Stock Exchange (tradegatebsx) regulates, as far as the electronic trading system TRADEGATE is concerned, inadmissible orders in § 8 of its Transaction Terms⁸. According to the general rule in paragraph 1, the entry of orders that endanger the orderly trading or settlement on the exchange is prohibited. Paragraph 2, sentence 1, then lists examples of such cases. Example no. 4 concerns the proper settlement of transactions. Settlement is deemed to be endangered in the case of sell orders where the seller of the securities is not the owner of all securities sold at the time of execution of the sell order.

Article 5(2), first subparagraph, of Regulation (EU) No 909/2014 (Central Securities Depositories Regulation, CSDR). Under Regulation (EU) 2025/2075 amending the CSDR, the settlement period will be shortened to one business day (T+1) as of 11 October 2027.

⁵ This derives from the definition of a short sale in Article 2(1)(b) SSR (“a sale of shares or debt instruments which the seller does not own at the time of entering into the sales agreement”). See also BaFin, Frequently Asked Questions on the Prohibition of Uncovered Short Sales in Shares and Public Debt Instruments pursuant to Articles 12 et seq. SSR, version of 14 November 2018, Q&A 10; *Mülbart/Sajnovits*, in: Assmann/Schneider/Mülbart (ed.), *Wertpapierhandelsrecht*⁸, 2023, Regulation No 236/2012, Articles 12, 13 para. 30.

⁶ Articles 12(1)(b), first alternative, and 13(1)(b), first alternative, SSR in conjunction with Article 5 of Delegated Regulation (EU) No 827/2012.

⁷ Articles 12(1)(c) and 13(1)(c) SSR in conjunction with Articles 6 to 8 of Delegated Regulation (EU) No 827/2012.

⁸ Bedingungen für Geschäfte im elektronischen Handelssystem TRADEGATE® an der Tradegate Berlin Stock Exchange, version of 1 December 2025 (available at: tinyurl.com/mve4j7wt, last accessed on 29 January 2026).

Paragraph 2, sentence 2, further provides that the seller is deemed to be the owner if, prior to execution of the sell order, they have purchased a corresponding number of securities of the same class on a regulated market or multilateral trading facility but have not yet received them at the time of sale, provided that the securities are delivered in time to ensure due settlement of the sale.

Accordingly, the exchange-level short-selling ban of the Tradegate Berlin Stock Exchange applies to short sales which would generally qualify as such under the Short Selling Regulation (SSR), even where the trading participant has applied one of the coverage methods under the SSR. For example, it would be inadmissible to execute the short sale of a share or public debt instrument merely on the basis of a locate confirmation under Article 12(1)(c) and Article 13(1) of the SSR. To the extent that § 8(2) sentence 2 of the Transaction Terms provides that a seller is deemed to be the owner of securities previously purchased but not yet delivered, this rule essentially corresponds to Article 3(2)(b) of Delegated Regulation (EU) No 918/2012, under which such sales are not regarded as short sales.⁹

The short-selling ban of the Tradegate Berlin Stock Exchange applies to the submission of orders to the trading system TRADEGATE. In principle, it thus affects all trading participants. However, participants acting as Specialists – an exclusive¹⁰ form of Market Maker – are exempt. Under § 29(1) of the Tradegate Berlin Stock Exchange Rulebook¹¹, Specialists support price determination in electronic trading, provide liquidity and perform settlement-supporting services. To support price determination, they submit indicative prices (quotes) or, where they also provide liquidity, firm quotes to the trading system. The exchange-level short-selling ban applies only to orders, not to quotes. Orders and quotes are defined in § 2(1) of the Transaction Terms as two different types of instructions, with § 2(5) sentence 2 specifying that only Specialists may enter quotes.

With respect to the short-selling ban, it remains unclear how agency trading (commission trading) is to be treated. Depending on their business model, trading participants may also transmit orders to the trading system on behalf of clients (so-called client orders).¹² If a trading participant sells securities on the exchange on behalf of a client, the seller is usually not the owner of the securities sold – the client is. Interpreted literally, the Tradegate Berlin Stock Exchange’s short-selling ban would thus prohibit sales executed on a client’s behalf. This ambiguity can be resolved by interpreting the term “seller” in light of the purpose of the rule as referring not to the legal seller (i.e., the trading participant) but to the person who placed the sell order – in the case of agency

⁹ In contrast to the SSR provisions, § 8(2) sentence 2 of the Tradegate Transaction Terms is limited to *prior* purchases on a regulated market or multilateral trading facility. As a result, the Tradegate Berlin Stock Exchange also prohibits sales that do not constitute short sales within the meaning of the SSR.

¹⁰ The exclusive market maker is characterised by a prominent position in exchange trading, under which it is, on the one hand, obliged to provide continuous liquidity and, on the other hand, enjoys certain privileges. For the functional role of specialists within the continuous auction trading model, see *Müller-Lankow*, *Market-Making*, 2018, pp. 104 et seq.

¹¹ Börsenordnung der Tradegate Berlin Stock Exchange, version of 1 December 2025 (available at: tinyurl.com/2xuj7t76, last accessed on 29 January 2026).

¹² Cf. § 19(2) no. 2 of the German Stock Exchange Act (BörsG).

trading, the client.¹³

In the event of a violation of the exchange's short-selling ban, the Exchange Management is entitled under § 8(3) of the Tradegate Transaction Terms to order the deletion of inadmissible orders. It may also annul trades executed on the basis of such inadmissible orders, in whole or in part, or order their full or partial reversal.¹⁴

II. Short-selling ban of the Munich Stock Exchange

The short-selling ban of the Munich Stock Exchange is set out in its Transaction Terms.¹⁵ Under § 4(1) sentence 1, sell orders may only be placed if the order giver (i) is the owner of the securities required to fulfil the potential transaction, (ii) has an unconditional and legally enforceable contractual or proprietary claim to the transfer of a corresponding number of securities of the same class, or (iii) can establish the condition under (i) or (ii) by the end of the day on which the sell order is placed (sufficient coverage).

Like the short-selling ban of the Tradegate Berlin Stock Exchange, the Munich Stock Exchange's short-selling ban initially allows sales where the sold securities are already held in the seller's own inventory (case under item (i)) or have at least been purchased beforehand but not yet delivered (case under item (ii)).¹⁶ In the latter case, the Munich Transaction Terms follow the wording of the coverage method under Article 12(1)(b), second alternative, and Article 13(1) of the SSR, rather than Article 3(2)(b) of Delegated Regulation (EU) No 918/2012 – although this makes no substantive difference, as both provisions describe essentially the same situation.¹⁷

Beyond that, however, the Munich short-selling ban is less strict than that of the Tradegate Berlin Stock Exchange, as it provides for a same-day exemption under which it is sufficient for coverage to be established later during the same trading day (case under item (iii)).¹⁸ Short sales, by contrast, are impermissible if subsequent coverage is not achieved, even where the trading participant has applied one of the coverage methods under the SSR, just like it is the case with the Tradegate Berlin Stock Exchange.

According to § 4(1) sentence 2 of the Munich Transaction Terms, the requirement of sufficient coverage does not apply

to the quoting obligations of lead brokers (Skontroführer) and market makers. Lead brokers and market makers are explicitly exempt from the short-selling ban to the extent that they act within the scope of their quoting obligations. The lead broker fulfils, under the “specialist model” of trading, the function of an exclusive market maker and is comparable to the Specialist at the Tradegate Berlin Stock Exchange.¹⁹ The market maker²⁰ also holds an exclusive position but operates under the “gettex” trading model, a single-market-maker trading system^{21, 22}.

III. Short-selling ban of the Frankfurt Stock Exchange

A short-selling ban also exists at the Frankfurt Stock Exchange (FWB). Unlike the short-selling bans of the Tradegate Berlin Stock Exchange and the Munich Stock Exchange, it is not set out in the FWB Transaction Terms²³, but in § 108 of the FWB Rulebook²⁴.

The short-selling ban at the FWB does not apply to all financial instruments traded on the trading venue but only to structured products. According to the FWB Rulebook²⁵, structured products are defined as non-standardised derivatives currently securitised in the German market and issued in the form of debt instruments within the meaning of the German Civil Code (BGB) by a financial intermediary on a mass and standardised basis – in particular, certificates, warrants (except company-issued warrants), and reverse convertibles. The FWB short-selling ban therefore does not extend to shares or public debt instruments within the meaning of Articles 12(1) and 13(1) SSR.

Under § 108(1) sentence 1 of the FWB Rules, trading participants may sell structured products only if it is ensured that, at the time of settlement, they possess the securities holdings required for settlement in accordance with the FWB Transaction Terms²⁶. According to sentence 2, such holdings must be secured either by purchase transactions already concluded at the time of sale or by an existing holding. Accordingly, the exchange-level short-selling ban, limited to structured products, generally covers short sales that would also be considered such under the SSR, which however are limited to shares or debt instruments.

Unlike the Tradegate Berlin Stock Exchange and the Munich Stock Exchange, § 108(1) sentence 3 of the FWB Rules expressly requires that, in cases where the trading participant

¹³ This is how the Frankfurt Stock Exchange has addressed the issue in § 108(1) sentence 3 of the FWB Rulebook (Börsenordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse, version of 1 December 2025, available at: tinyurl.com/4b68ewfv, last accessed on 29 January 2026).

¹⁴ The legality of § 8(3) of the Tradegate Transaction Terms is questionable. However, this legal issue is not the subject of this paper.

¹⁵ Bedingungen für die Geschäfte an der Börse München, version of 8 December 2022 (available at: tinyurl.com/yk2epkzs, last accessed on 29 January 2026).

¹⁶ However, the rules are not fully identical to those of the Tradegate Exchange. At the Munich Stock Exchange, coverage via a regulated market or a multilateral trading facility is not required.

¹⁷ Article 3(2)(b) of Delegated Regulation (EU) No 918/2012 was introduced to exclude this case from the definition of a short sale altogether; see ESMA, Final Report – ESMA's technical advice on possible Delegated Acts concerning the Regulation on short selling and certain aspects of credit default swaps ((EC) No 236/2012), 19 April 2012, ESMA/2012/263 (available at: tinyurl.com/ysykh574, last accessed on 29 January 2026), para. 6. Consequently, this case is in particular not affected by any short-selling bans that may be imposed by authorities pursuant to Article 23(1), second subparagraph, or Article 28(1), first subparagraph, point (b) SSR.

¹⁸ This rule is similar to the time-limited confirmation arrangement within the meaning of Article 13(1)(c) SSR in conjunction with Article 7(3) of Implementing Regulation (EU) No 827/2012.

¹⁹ In contrast to the Specialist, the lead broker (Skontroführer) also performs the function of price determination within the trading system pursuant to § 27(1) sentence 1 of the German Stock Exchange Act (BörsG); see Müller-Lankow (fn. 10), p. 59.

²⁰ The Munich Stock Exchange refers to this function as a “Market Maker”. In regulatory law, however, the term is broader and covers all entities that meet the definition of market making under § 1(1a) sentence 2 no. 4(a) of the German Banking Act (KWG).

²¹ See on the regulatory admissibility of exchange-based single-market-maker systems Kumpan/Müller-Lankow, WM 2017, 1777; ESMA, Final Report on ESMA's Opinion on the Trading Venue Perimeter, 2 February 2023, ESMA70-156-6360. For a general discussion of market-maker systems, see Müller-Lankow (fn. 10), pp. 109 et seq.

²² §§ 54 to 62 of the Munich Stock Exchange Rulebook, version of 10 April 2025 (accessible at: tinyurl.com/zuz3fh8y, last accessed on 29 January 2026).

²³ Bedingungen für Geschäfte an der Frankfurter Wertpapierbörse, version of 1 December 2025 (available at: tinyurl.com/4xzr38p, last accessed on 29 January 2026).

²⁴ Börsenordnung für die Frankfurter Wertpapierbörse (fn. 13).

²⁵ § 1(1) sentence 1 of the FWB Rulebook in conjunction with Annex I.

²⁶ This refers to § 4 of the FWB Transaction Terms.

acts on behalf (agency) or as representative of a third party, that third party must hold the securities required for settlement.

Finally, § 108(2) of the FWB Rulebook provides that the exchange-level short-selling ban does not apply to Specialists and exchange traders acting on their behalf who continuously submit indicative quotes. Thus, as at the Tradegate Berlin Stock Exchange and the Munich Stock Exchange, the exclusive market maker is exempt from the short-selling ban. Unlike at the Tradegate Berlin Stock Exchange and the Munich Stock Exchange, however, the FWB Rulebook does not confer authority on the Exchange Management to delete orders entered in violation of the short-selling ban or to annul executed trades.

C. Legality of exchange-level short-selling bans at EU level

On the level of EU law,²⁷ the question arises whether, and under what conditions, stock exchanges are authorised to impose a general short-selling ban irrespective of possible measures by the Exchange Management in the event of a significant price decline pursuant to Article 23(1) of the Short Selling Regulation (SSR).

On the legal-consequences side, it must first be acknowledged that stock exchanges enjoy a certain degree of discretion when shaping the trading rules and rulebooks governing their trading systems. That discretion is, however, not unlimited: it is constrained by the legal order within which the exchanges operate, in particular by higher-ranking law and, notably, by Union law. Accordingly, in the context of exchange-level short-selling bans, the existing Union framework governing short sales and settlement discipline is of particular relevance, especially where the Union legislator intended to establish an exhaustive regime.

With the prohibition of uncovered short sales laid down in the SSR, the Union legislator has made a balancing decision between two of its own regulatory objectives. On the one hand, uncovered short sales of shares and public debt instruments are considered to increase the potential risk of settlement failures and market volatility (Recital 18 SSR).²⁸ On the other hand, short sales play an important role in the proper functioning of financial markets, particularly with regard to market liquidity and efficient price formation (Recital 5 SSR).²⁹ The Union legislator resolved this tension by deciding, under Articles 12(1) and 13(1) SSR, not to prohibit short sales of shares and public debt instruments per se, but

to allow them only where one of the prescribed coverage methods is applied. It thus deliberately refrained from a general ban on short sales, recognising that such a ban would negatively affect market liquidity and price efficiency.

Recital 18 SSR further emphasises that the regulation of short selling also serves to prevent settlement failures, i.e. delayed³⁰ settlements. There is therefore an inherent link between the regulation of short sales and the regime on settlement discipline, which is laid down in particular in the Central Securities Depositories Regulation (CSDR). In addition to certain compliance obligations (Article 6 CSDR), such as the handling of settlement instructions, reporting duties (Articles 7(1) and 9 CSDR), and the possibility of suspending a repeatedly failing participant (Article 7(7) CSDR), this regime also includes a mechanism for imposing penalties (so-called “cash penalties”) (Articles 7(2)–(6) CSDR) and the conduct of buy-in procedures for cleared shares (Article 7 CSDR)^{31,32}.

When designing the settlement-discipline regime, the Union legislator again balanced competing interests. On the one hand, it seeks to ensure the safety and reliability of settlement (Recital 6 Regulation (EU) 2023/2845). On the other hand, penalties and mandatory buy-ins increase transaction costs and may reduce the willingness of market participants to engage in short selling, thereby adversely affecting liquidity and price efficiency (Recital 16 CSDR; Recital 6 Delegated Regulation (EU) 2017/389; Recital 3 Delegated Regulation (EU) 2022/1930). The Union legislator resolved this tension through the SSR and CSDR settlement-discipline framework – notably without resorting to a general prohibition of short sales as a means to mitigate the risk of failed settlements.

Accordingly, the Union legislator has made deliberate, well-balanced policy choices in establishing the current framework governing short sales and timely settlement. Because of the adverse implications a general short-selling ban would have for market liquidity and price efficiency, the legislator expressly refrained from introducing such a ban. Ensuring efficient pricing and liquidity on trading venues is a key policy objective, consistently reaffirmed not only in the SSR and CSDR but also across various pieces of EU financial legislation.³³ From this follows the primacy of Union law in this field, which the national legislator or national rule-making bodies are, in principle, not permitted to deviate from.³⁴

An exception to this principle may, however, be justified where special circumstances exist. This is, for example, the case for structured products³⁵ within the meaning of the FWB

²⁷ Similarly, there may be additional requirements under national regimes. In Germany, for example, there are specific formal requirements for exchange rules implemented under the legal framework of the German Stock Exchange Act (BörsG). In this regard, it is highly questionable whether a stock exchange may establish a general short-selling ban in its transaction terms (Bedingungen für Geschäfte); reference is made to Müller-Lankow, BKR 2025, 433.

²⁸ See, by way of example, *Diamond/Verrecchia*, Journal of Financial Economics 1987, 277; *Della Corte/Kosowski/Papadimitriou/Rapanos*, The Double-Edged Sword of the 2020 European Short-Selling Bans, 2024 (available at: tinyurl.com/4e2scwr3, last accessed on 29 January 2026), passim.

²⁹ See, by way of example, *Mohd/Abdul Halim bin Mohd Nawawi/Siti Aida Sheikh Hussin/Md Nasrul Hadi Mohd Shaari*, Procedia Economics and Finance 2016, 504; *Beber/Pagano*, Journal of Finance 2013, 343; *Bernal/Herinckx/Szafarz*, International Review of Law and Economics 2014, 244; *Della Corte/Kosowski/Papadimitriou/Rapanos* (fn. 28), passim.

³⁰ The CSDR at times employs drastic language for certain situations. For instance, the regulation does not merely refer to a delayed settlement but to a “failed settlement”, and the merely defaulting seller is labelled a “failing participant”, Müller-Lankow, WM 2024, 1641, 1641.

³¹ Article 7a CSDR, which also concerns obligatory buy-in procedures, has not yet entered into force. It is intended to replace Article 15 SSR in the future and to extend buy-in procedures beyond cleared shares.

³² See further on settlement discipline Müller-Lankow, WM 2024, 1641, 1642 et seq.

³³ By way of example, Recital 5 of Directive 2004/39/EC (MiFID I); Recital 10 of Regulation (EU) No 600/2014 (MiFIR).

³⁴ In line with this primacy, in the event of failed settlements at the FWB, the relevant provisions of the CSDR take precedence over the self-execution regime under § 6 of the FWB Transaction Terms pursuant to § 5(4) of the FWB Transaction Terms.

³⁵ See definition in Section B.III. above.

Rulebook, due to their specific characteristics. The peculiarity of structured products lies in the fact that they are issued and redeemed depending on investor demand rather than in a fixed quantity. As a result, the number of outstanding units can fluctuate significantly; moreover, the issuer may suspend issuance, redeem existing units early, or such units may lose their value during their term. Consequently, short sales of structured products can give rise to particular settlement risks, which may justify a general short-selling ban.

D. Conclusion

Both exchange-level short-selling prohibitions and those established under the Short Selling Regulation (SSR) exist in a state of tension. On the one hand, short selling is of particular importance for the proper functioning of securities markets, as it has a positive impact on liquidity and price efficiency. On the other hand, short selling can accelerate a decline in a security's price and increase the risk of failed settlement.

The Union legislator has made value judgements through the Short Selling Regulation (SSR) and the Central Securities Depositories Regulation (CSDR) in order to strike a balance between the risks and benefits of short selling. This legislative assessment provides that short selling is not generally prohibited. Only in respect of those financial instruments for which, in light of market conditions, it is reasonably feasible to apply coverage methods such as securities lending or locate arrangements prior to the short sale does a corresponding obligation exist – namely for shares and public debt instruments. For corporate bonds, by contrast, the Union legislator has refrained not only from imposing a general short-selling ban but also, given the market circumstances (e.g., lack of a functioning securities lending market), from mandating coverage arrangements before short selling.

In the view expressed here, an exchange is in principle bound by this legislative assessment. It may deviate from it only where this is justified by particular requirements of trading or settlement. Such specific requirements may exist, for example, in the case of structured products, which – unlike corporate bonds – are not issued and circulated in a fixed quantity but rather vary depending on market demand or market developments. In other cases, implementing a short-selling ban would contradict the legislative assessment to generally allow short sales (covered or uncovered) due to their importance for the proper functioning of securities markets.

Jonas Vaupel

Zoo Animals in International Humanitarian Law

A. Introduction

The full-on invasion of Ukraine by Russia in February 2022 is not only a catastrophe for the thousands of soldiers and civilians who have died or live in fear for their own and their families' lives. The war has also significantly impacted animal life in Ukraine. Especially zoo animals have been victims of this war. Despite zookeepers putting their own lives at risk, they struggle to feed the animals.¹ One zoo even requested a humanitarian corridor to evacuate the animals.² And this is not a singular phenomenon: even more than pets,³ zoo animals are particularly vulnerable to the horrors of armed conflicts.⁴ For one, in contrast to other animals, they are trapped in their cages and cannot escape from fighting or shelling. If they are not affected by the fighting directly, they nonetheless suffer from its consequences, as zoo animals are completely dependent on human care.⁵ During many armed conflicts they have been mistreated, abandoned or eaten.⁶ In recent decades, the treatment of animals in law has been of growing interest to the public⁷ and legal scholars.⁸ Public international law is no exception. While animals in armed conflict have already been widely addressed in literature,⁹ these general rules cannot be applied unequivocally to zoo animals, because of their unique circumstances. Whether and how public international law protects zoo animals in times of

war is to date largely unexplored.¹⁰ Likewise, while international organizations have made an effort to further the protection of the environment in armed conflict, it does not encompass the preservation of animals themselves.¹¹ This is a significant rift in the protection of biodiversity, as zoo animals are particularly vulnerable to the horrors of war (see above). This article will fill the research gap in three steps. First, it will examine which international rules are applicable to zoo animals during armed conflict (Section B). In the next step insufficiencies of the current legal framework are worked out (Section C). The article briefly provides suggestions of how to protect zoo animals more adequately during times of armed conflict (Section D), before recapping the article's results in a conclusion (Section E).

B. International law applicable to zoo animals in armed conflict

This section adopts a doctrinal approach in finding out which rules of international law protect zoo animals in armed conflict and focuses on the rules of International Humanitarian Law¹² (IHL). In the case of other international law regulations applicable to zoo animals, it is unclear whether these apply in times of war.¹³

The focus of IHL *de lege lata* is to minimize human suffering in the face of war.¹⁴ IHL regimes are anthropocentric because animal welfare was not the contracting parties' concern in the time they were made.¹⁵ Therefore, there are no IHL norms

¹ *Pendlebury/Wiseman*, Horace the elephant is on sedatives, Daily Mail 9.3.2022, 12, para. 2.

² *Sankaran*, Kyiv Zoo Requests 'humanitarian Corridor' to Evacuate Animals amid Ukraine War, Independent (2022), available at www.independent.co.uk/news/world/europe/kyiv-petting-zoo-ukraine-war-b2039501.html.

³ For the international law rules regarding pets in armed conflict, see *Pipia*, 57 Israel Law Review (2024) 265, 284–286.

⁴ Many elephants, zebras and lemurs from the Kyiv Zoo show signs of stress from the sound of explosions and air raid sirens, *O'Grady/Khudov*, A Blast-Stressed Elephant and an Abandoned Lemur: The War within Kyiv's Zoo, The Washington Post (2022), available at www.washingtonpost.com/world/2022/03/06/ukraine-kyiv-russia-zoo/. For the plight of zoo animals during World War II see *Kinder*, in Hediger (ed.), *Animals and War: Studies of Europe and North America*¹, 2013, 45 et sqq. and *Pipia* (n 3), 275.

⁵ *Peters*, *Animals in International Law*¹, 2021, 339; *Andrzejewski*, in Nocella II/Salter/Bentley (eds), *Animals and War: Confronting the Military-Animal Industry Complex*¹, 2013, 93.

⁶ About the mistreatment of Animals in the Kuwait Zoo during the Iraqi conquest: *Spang*, 107 Modern Language Notes (1992) 752, 752; about the fate of animals in the Baghdad Zoo during the 2003 invasion: *Howell/Neal*, 6 Journal of Intervention and Statebuilding (2012) 213, 219. They might even be used for forced war-time labour, as the example of elephant Jenny from a zoo in Hamburg during World War II shows, *Sorenson*, in Nocella II/Salter/Bentley (eds), *Animals and War: Confronting the Military-Animal Industry Complex*¹, 2013, 21.

⁷ In 2023 a Eurobarometer survey revealed that 84 % of Europeans believe that the welfare of farm animals should be better protected and a majority of 74 % shared this opinion for pets, *Eurobarometer*, Attitudes of Europeans towards Animal Welfare, 2023, available at europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/2996. A recent study in France showed that nine out of ten citizens support the direct inclusion of animal welfare in public decision, *Espinosa/Treich*, 23 The Journal of Economic Inequality (2025) 809, 828. For the growing public concern for animal welfare in the EU since the start of the new millennium see *Broom*, *Animal Welfare in the European Union*, 2017, 36–41.

⁸ *Stucki*, *Grundrechte für Tiere*¹, 2016, 25.

⁹ See for example *Peters* (n 5), 333–420, *Roscini*, in *Peters/de Hemptinne* (eds), *Animals in the International Law of Armed Conflict*¹, 2022, and *Pipia*, 28 Animal Law (2022) 175.

¹⁰ Only *Pipia* (n 3), 275–277 touches on the issue briefly.

¹¹ Regarding the protection of the environment: *International Committee of the Red Cross*, Guidelines on the Protection of the Natural Environment in Armed Conflict: Rules and Recommendations Relating to the Protection of the Natural Environment under International Humanitarian Law, with Commentary, 2020 and *ILC*, Draft principles on protection of the environment in relation to armed conflicts, with commentaries, 2022. As shown in the preliminary works, the *ILC* understands environment as including „natural resources, both abiotic and biotic, such as air, water, soil, fauna and flora and the interaction between the same factors, and the characteristic aspects of the landscape.“ (*Jacobsson*, Preliminary Report on the Protection of the Environment in Relation to Armed Conflicts, 2014, 219 para. 79). This definition does not take the individual animal into focus. For the protection of zoo animals as part of the environment see also Section B.III.

¹² International Humanitarian Law is the part of public international law that deals with the *ius in bello*, *Gasser*, *Humanitarian Law*, International, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015 para. 1. For a general overview of the aims of IHL see: *O'Connell*, in Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*³, 2013, 1 et sqq.

¹³ Still, a trend is emerging for a broad applicability of international environmental protection law during armed conflict. In Art. 7 Annex lit. g) the *ILC* comes to the conclusion that „treaties relating to the international protection of the environment“ implicate that they continue in operation, *ILC*, Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, with commentaries, 2011. *United Nations General Assembly*, Rio Declaration on Environment and Development, A/CONF.151/26 (Vol. I), 1992 Principle 24 at 2 states: “States shall [...] respect international law providing protection for the environment in times of armed conflict and cooperate in its further development, as necessary”. In general on the effect of armed conflicts on treaties see: *Vönkey*, *Armed Conflict, Effect on Treaties*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2011.

¹⁴ *Stucki*, *Beyond Animal Warfare Law: Humanizing the 'War on Animals' and the Need for Complementary Animal Rights*, 2021 MPIL Research Paper Series (2021) 53, 17; See also e.g. the preamble of the HC II stating to serve “the interests of humanity and [...] civilization”.

¹⁵ *de Hemptinne*, in *Peters* (ed.), *Studies in Global Animal Law*¹, 2020,

explicitly protecting zoo animals in times of war based on their intrinsic value.¹⁶ To what extent zoo animals are protected by IHL is open to debate. The scope of investigation in this article is IHL norms applicable to interstate conflicts within the meaning of Art. 2 para. 1 of the Geneva Convention.

I. Zoo animals as persons

Subject of IHL norms are persons. Persons in the sense of IHL can either participate in hostilities (combatants, Art. 43 II, Additional Protocol I (AP I)) or not (e.g. civilians, Art. 50 I AP I) and possess corresponding rights and obligations.¹⁷

The question is whether animals can be considered persons in the meaning of IHL *de lege lata*. Some scholars argue that this is the case, as the definition of person in IHL is not necessarily restricted to legal persons and that therefore animals could be considered persons.¹⁸ Still, there are multiple arguments against this proposition. First, if one was to consider animals as persons, they would not only be protected by rights but also face obligations under IHL without being able to understand and apply the law.¹⁹ In its commentary to the AP I the International Committee of the Red Cross (ICRC) explicitly states that animals are not persons of the armed forces.²⁰ Further, the International Court of Justice (ICJ) in its Nuclear Weapons Advisory Opinion seems to treat animals as part of the environment rather than persons in IHL.²¹ Finally, there is no state practice supporting this argument. For these reasons it is broadly accepted that zoo animals *de lege lata* are not persons or subjects of IHL.²²

II. Zoo animals as property or objects

IHL does not only protect persons directly. It also forbids to “destroy or seize the enemy’s property, unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of war” (Art. 23 lit. g of the Hague Convention (HC)). Furthermore, “civilian objects shall not be the object of attack or of reprisals” (Art. 52 I 1 AP I).²³ Zoo animals falling within the definition of property in the sense of Art. 23 lit. g HC is

174 et sqq.; *Pipia* (n 9), 179. The modern animal welfare ethics debates were started by the works of *Singer* and *Regan* in 1975 and 1983, *Stucki* (n 8), 25. The first IHL regimes were established in 1864 and the latest in 1977, *Melzer*, *International Humanitarian Law: A Comprehensive Introduction*¹, 2016, 34–37. For the historical development of animal welfare ethics in general see *Lennkh*, *Die Kodifikation des Tierschutzrechts*¹, 2012, 31 et sqq.

¹⁶ *Roscini*, 47 *Israel Yearbook on Human Rights* (2017) 35, 51.

¹⁷ For example, combatants have the right to participate directly in hostilities (Art. 43 II AP I) and civilians have the right not to be objects of attacks (Art. 51 II, III AP I). Furthermore, there are special rules protecting persons that are especially in need of protection. For example, Art. 77 and 78 AP I stipulate that all parties to the conflict ensure the protection and evacuation of children. Art. 8 et sqq. AP I ensure the special protection of wounded and sick persons, whether military or civilian.

¹⁸ See *Peters* (n 5), 398 et sqq.

¹⁹ *Roscini* (n 9), 77.

²⁰ *Sadow/Swinarski/Zimmermann*, Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977: Commentary of 1987¹, 1987, 512 para. 1627.

²¹ ICJ, *Advisory Opinion, Nuclear Weapons*, Rep. 1996, p. 226, para. 30.

²² *de Hemptinne*, 111 *AJIL Unbound* (2017) 272, 274; *Roscini* (n 16), 40; *Pipia* (n 9), 184 et sqq.; *Nowrot*, 40 *Historical Social Research* (2015) 128, 135.

²³ “Civilian objects” are also named in Art. 57 I and 51 V lit. b) AP I. For more details see *Solis*, *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*³, 2022, 273 et sqq.

relatively uncontested.²⁴ Conversely, subsuming zoo animals under objects within the meaning of AP I on the other hand is more difficult. Some scholars argue that animals in general do not fall into the category of objects in IHL,²⁵ or that only livestock animals are included,²⁶ which would exclude zoo animals as well.

It is true that the *travaux préparatoires* of Art. 52 II AP I suggest that objects were intended to be only inanimate objects and Art. 52 III AP I only lists inanimate objects as examples.²⁷ That said, the meaning of an international law clause can change over time.²⁸ The ICRC commentary to the AP I defines objects as “tangible and visible things”.²⁹ This could include animals, as “in most legal systems, animals have traditionally been considered as being ‘moveable objects’”.³⁰ Today’s ordinary meaning therefore does not necessarily exclude animate beings. In Art. 52 I 2 AP I and state practice, a negative definition of civilian object is employed: civilian objects are objects which are not military objectives.³¹ As zoo animals are not a military objective, they would therefore be considered civilian objects. Furthermore, the ICJ appears to deem animals as objects in regard to IHL.³² All in all, the preferable interpretation *de lege lata* of the relevant IHL norms is to include animals in the meaning of object and property.³³

In conclusion, while a binding definition is missing, it is reasonable to assume that zoo animals are protected as “property” and “civilian objects” by Art. 52 I AP I and Art. 23 lit. g) HC. Therefore, they have better protection than wild animals, because the latter are neither property nor objects of civilians.

²⁴ Of this view *Pipia* (n 3), 276 and *Peters* (n 5), 347. Notably, state practice does not seem to differentiate between private and public property, accordingly, zoo animals are protected no matter who owns them. See for example: *Australian Defence Headquarters*, Law of Armed Conflict, 2006 Ch. 7 p. 10 para. 7.43; *Department of the Army Field Manual, US*, The Law of Land Warfare, 1956, p. 149. For an overview see: *International Committee of the Red Cross*, *Destruction and Seizure of Property of an Adversary*, available at ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule50.

²⁵ E.g. *Roscini* (n 9), 78 notes that animals could alternatively be considered a third category of military objectives.

²⁶ In this direction *Pipia* (n 3), 272, 275. He argues that Art. 54 II AP I lists only livestock as a “potential object necessary for human survival and prohibits attacks, destruction, removal or rendering it useless”.

²⁷ *de Hemptinne* (n 15), 178 mainly relies on this argument.

²⁸ *Villiger*, in *Cannizzaro* (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*¹, 2011, 109 para. 2; *Herdegen*, *Interpretation in International Law*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2020 para. 18. Accordingly, courts do not limit their elaboration on the ordinary meaning to the understanding when the treaty was made, but also take present-day understanding into their consideration, *Fox*, in *Fitzmaurice/Elias/Merkouris* (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years On*¹, 2010, 67. For the difficulties of finding the ordinary meaning in international law in general: *Slocum/Wong*, 46 *Yale Journal of International Law* (2021) 191.

²⁹ *Sadow/Swinarski/Zimmermann* (n 20), 634 para. 2010.

³⁰ *de Hemptinne* (n 15), 178.

³¹ E.g. *Republic of South Africa*, Prohibition or Restriction of Certain Conventional Weapons Act, 31508, 2008 Sec. 1; *Ministry of Defence, UK*, The Joint Service Manual of the Law of Armed Conflict, 2004, p. 695.24.1; *Department of the Air Force, US*, *International Law: The Conduct of Armed Conflict and Air Operations*, 1976 Ch. 5 p. 7. Overview in: *International Committee of the Red Cross*, *Definition of Civilian Objects*, available at ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule9.

³² ICJ, *Advisory Opinion, Nuclear Weapons*, (n 21) para. 30.

³³ Of this view also *Peters* (n 5), 387 and *Roscini* (n 9), 89. For a more historical-textual argumentation see *Roscini* (n 9), 78–79.

III. Zoo animals as part of the environment

Art. 35 III, 55 I AP I as well as customary IHL³⁴ stipulate the protection of the natural environment against widespread, long-term and severe damage. The natural environment is the biological environment in which a population is living and includes the fauna as well.³⁵ It is contested whether the environment is protected only as far as the (human) population depends on it³⁶ or not.³⁷ However, the protection of the environment *de lege lata* is of little use for animals in zoos. First of all, it is unclear if the ordinary meaning of natural environment includes non-wild or captured animals.³⁸ Furthermore, the condition of widespread damage seems to be a threshold rather fitting for large areas such as national parks, but not for a zoo.³⁹ Some authors argue that endangered species themselves could be considered as cultural heritage, but there is not sufficient state practice supporting this argument.⁴⁰ All in all, the regulations protecting the environment in IHL do not grant zoo animals protection exceeding the rules about civilian objects and property.⁴¹

IV. Zoo animals as part of zoo buildings

Art. 53 I AP I protects historic monuments, works of art or places of worship which constitute the cultural or spiritual heritage of peoples from acts of hostility and prohibits the use of such objects in support of the military effort. Zoos are not places of worship and therefore not protected by Art. 53 I AP I.⁴² Principle 4 of the International Law Commission's (ILC) draft principles on protection of the environment in relation to armed conflict regulates that "states should designate [...] areas of environmental importance as protected zones in the event of an armed conflict". Nevertheless, as zoo animals likely are not considered part of the environment in IHL (see above), it is more than doubtful whether a state could designate a zoo as a protected zone. Art. 27 and 56 HC protect educational and scientific property i.a. from destruction, intentional damage, sieges and bombardment. Furthermore, Art. 2 and 3 of the Convention for the Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict of 14 May 1954 (CPCP) stipulate the safeguarding and respect for Cultural Property in times of war. According to Art. 1 lit. a) CPCP it includes scientific collections as well, as long as they are of great importance for the cultural heritage of every people. The definition of Cultural Property in the CPCP is broader than the one for cultural objects and places of worship in Art. 53 I AP I as great cultural importance is a subjective

³⁴ Oeter, in Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*³, 2013, 211 et sqq.; ICJ, *Advisory Opinion, Nuclear Weapons*, (n 21) para. 30. On the protection of the natural environment in armed conflict in general: von der Decken/von Rochow, *Nature, International Protection*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2025 paras. 35-41.

³⁵ Sandow/Swinarski/Zimmermann (n 20), 662 para. 2126.

³⁶ ICJ, *Advisory Opinion, Nuclear Weapons*, (n 21) para. 29; Hulme, 2 *Journal of Armed Conflict* (1997) 45, 59.

³⁷ Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*⁴, 2022, 236. Schmitt, 22 *Yale Journal of International Law* (1997) 1, 70 et sqq. argues that Art. 55 AP I protects only the human population whereas Art. 35 III AP I has a wider application.

³⁸ See already Fn. 9. In general: Peters (n 5), 366.

³⁹ *Ibid.*, 366 et sqq.; Low/Hodgkinson, 35 *Virginia Journal of International Law* (1995) 405, 429 et sqq.

⁴⁰ Krähenmann, in Peters/de Hemptinne (eds), *Animals in the International Law of Armed Conflict*¹, 2022, 97.

⁴¹ Of this view also Pipia (n 9), 276.

⁴² Peters (n 5), 356.

measure.⁴³ It is in the states' discretion to decide what its Cultural Property is. This can include zoos as a whole or only parts of a zoo.⁴⁴

V. Conclusion

The doctrinal approach has shown that the protection of zoo animals in IHL is unique compared to other kinds of animals. As they are not wild animals, they are protected only indirectly as property and civilian objects. Notably, the actual zoo building they are situated in might enjoy the highest protection under IHL, which also indirectly benefits the protection of zoo animals.

C. Zoo animal welfare problems because of the current IHL regulations

The following section discusses the reasons for the current lack of adequate protections of zoo animals in IHL. To measure the sufficiency of IHL regulations, this article builds on the international law concept of "animal welfare" which holds that "humans are entitled to use and kill animals for manifold purposes, but in doing so, they should treat animals humanely and avoid inflicting unnecessary pain or suffering".⁴⁵ International law therefore has to limit and prohibit unnecessary suffering of animals.⁴⁶ As a consequence, IHL provisions are insufficient in protecting zoo animals, if they do not appropriately address and prohibit their suffering.

I. Problems of categorizing zoo animals as mere civilian objects

Zoo animals are not completely unprotected by IHL as they will qualify as civilian objects (see above) in most cases. Yet, this categorization is not enough to prevent them from unnecessary suffering.

Take, for example, how a zoo animal's life is valued in the equation of proportionality of collateral damage. Civilian objects cannot be the direct object of an attack or reprisal. That said, harm to civilian objects can be inflicted if it is a military necessity and proportional to the expected military advantage (Art. 51 V lit. b) AP I and Art. 23 lit. g) HC). The proportionality of an attack requires a balancing of military need and civilian endangerment.⁴⁷ However, an

⁴³ Dinstein (n 37), 207; O'Keefe, in Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*³, 2013, 429 para. 901.

⁴⁴ Peters (n 5), 357. E.g. the Penguin Pool of the London Zoo as a Grade building in England, *Departement for Digital, Culture Media & Sport, UK, 3 Studies in Conservation* (1958) 194, 6; *Historic England, PENGUIN POOL, Non Civil Parish - 1225665, Historic England*, available at <https://historicengland.org.uk/listing/the-list/list-entry/1225665>.

⁴⁵ Stucki (n 14), 7. Animal welfare thinking builds on the thought that "both humans and [animals] deserve protection on sentience grounds", de Vriese/Handtrack, 11 *Journal of Animal Ethics* (2021) 63, 64. Critical on the animal welfare standard *Francione*, 10 *Animal Frontiers* (2020) 29, 29, who argues that animal welfare standards "do little more than ensure that animals are exploited in an economically efficient way."

⁴⁶ Garner, 1 *Journal of Animal Law and Ethics* (2006) 161, 163. How to exactly measure "suffering" of animals is open to debate. An overview over existing frameworks is provided in *Blokhuis/Veissier*, in Knight/Phillips/Sparks (eds), *Routledge Handbook of Animal Welfare*¹, 2023, 22.

⁴⁷ Shaw, *International Law*⁸, 2017, 907; Gasser/Dörmann, in Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*³, 2013, 244 para. 509.3. In general for the application of the principle of proportionality see: Cannizzaro, in Clapham/Gaeta (eds), *The Oxford Handbook of International Law in Armed Conflict*¹, 2014, 336; Judge Higgins, *International Court of Justice, Dissenting Opinion to Advisory Opinion, Nuclear Weapons*, (n 21) para. 20.

attack is only disproportional if it is “excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated” (Art. 51 V lit b) AP I).⁴⁸ In the current conception of the formula, the value of a civilian object is measured in its value for humans.⁴⁹ It underlines that animals in IHL are not considered because they are sentient beings, but for their mainly economic value to their human owners.⁵⁰

This understanding of the value of an animal’s life, derived solely from its importance to humans (and their economic interests), is especially problematic for zoo animals.⁵¹ Zoo animals are not directly necessary for the survival of the human civilians (e.g. as food) and their value in the proportionality equation *de lege lata* has to be regarded as low.⁵² On the contrary, their life detrimentally depends on human care. To ensure that they are not suffering during times of war IHL would have to consider profoundly the value humans have for zoo animals, not the other way around.

II. Prohibition of unnecessary suffering in IHL

In IHL there is an explicit provision relating to the prevention of suffering. Art. 35 II AP I prohibits “to employ weapons, projectiles and material and methods of warfare of a nature to cause superfluous injury or unnecessary suffering”. In a broad understanding, this could also include the prevention of animal suffering. The wording does not explicitly limit the scope to human suffering. Some even argue that this broad interpretation is founded in the historical origins of the provision.⁵³ On the other hand, in state practice the wording is sometimes concretised to “human suffering” or the “human body”.⁵⁴

At the same time, even if zoo animals would be included in the scope of Art. 35 II AP I, it is doubtful whether this is sufficient. As has been shown above, zoo animals are particularly vulnerable during armed conflicts. They are heavily dependent on human care and cannot escape the artificial environment, they are put in. It is doubtful whether the vague clause of Art. 35 II AP I could create standards concrete enough to ensure their welfare. IHL has rules to protect humans or objects that are particularly vulnerable to the horrors of war, like defenceless persons and cultural and spiritual sites.⁵⁵ The

radical vulnerability of these protected groups is comparable to those of zoo animals.⁵⁶ Still, there are no positive rules in IHL ensuring for example that zoo animals are evacuated from war zones like children or get the special care and help they need like wounded or sick persons.

III. Conclusion

In conclusion, in contrast to the rules for the protection of people particularly at risk of suffering in times of war, corresponding provisions are missing for the protection of zoo animals. Because the general rule for the prevention of suffering in Art. 35 II AP I is vague and perhaps does not apply to animals in general, it cannot fill the regulatory gap. Furthermore, there are no clear rules on how to measure the welfare of zoo animals in the equations of proportionality and necessity. This makes it more than likely that the welfare of zoo animals will not play a sufficient part in military considerations.

D. Suggestions for a more adequate protection of zoo animals during armed conflicts

One suggestion is to reinterpret the current IHL law rules and consider zoo animals as persons, protected persons⁵⁷ or at least sentient beings. These options would allow for animal welfare considerations to be part of the proportionality and necessity calculations.⁵⁸ In this regard, international law could learn from existing animal welfare studies that already developed tools to measure animal wellbeing against the needs of humans.⁵⁹ That said, this reinterpretation could be difficult to achieve in the current state as there is no international consensus to classify animals as sentient beings and individuals (yet).⁶⁰

Therefore, others suggest a better protection of animals under the current system by improving the consideration of international animal protection treaties during armed conflicts.⁶¹ The IHL treaties themselves allow for the further protection of civilians and combatants by international treaties in cases not covered by them (e.g. Art. 1 II AP I). Furthermore, not all international treaties between conflicting parties are paused during armed conflicts.⁶² However, there is currently no consensus in public international law which treaty obligations persist to what extent during armed conflicts, so that a better protection of zoo animals is also difficult to achieve this way.⁶³

All in all, the only adequate solution seems to be to change the existing IHL rules or make additional treaties to either ensure their special protection or regard zoo animals as protected persons in the sense of IHL.⁶⁴

⁴⁸ There is no exact definition for “excessive” in the context of Art. 51 AP I and the wording has been criticized as unclear, *Sandow/Swinarski/Zimmermann* (n 20), 625 para. 1977. Many authors note that the disproportionality has to be clear and not in doubt: *Dinstein* (n 37), 155 para. 417, *Solis* (n 23), 274.

⁴⁹ *Roscini* (n 16), 51.

⁵⁰ *Peters* (n 5), 348 et sqq.

⁵¹ On the general moral problems of instrumentalizing animals see for example: *Sebo*, Saving Animals, Saving Ourselves: Why Animals Matter for Pandemics, Climate Change, and Other Catastrophes¹, 2022, 107–108.

⁵² *de Hemptinne* (n 22), 275; *Peters* (n 5), 368 et sqq.

⁵³ *Peters* (n 5), 372 argues that a similar provision in a 1742 treaty between France and the Holy Roman Empire included the suffering of animals as well. On the other hand, *Melzer* (n 15), 109–110 argues that the provision was inspired by the 1868 St Petersburg Declaration that only focused on limiting the suffering of (human) combatants.

⁵⁴ See for example *International and Operational Law Departement*, Operational Law Handbook, 2001, p. 8; *Sandow/Swinarski/Zimmermann* (n 20), Art. 35 AP I para. 1415 and 1419 Nr. 2; *Office of the Judge Advocate General, Canada*, Code of Conduct for Canadian Forces Personnel, 2024, pp. 1–1 para. 6. For an overview see: *International Committee of the Red Cross*, Weapons of a Nature to Cause Superfluous Injury or Unnecessary Suffering, available at <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v2/rule70>.

⁵⁵ Special protection is granted to defenceless persons (e.g. Art. 23 lit. g) HC, Art. 8 et sqq., 77, 78 AP I), important cultural and

spiritual sites (e.g. Art. 27, 56 HC, Art. 53 I AP I) and the environment (Art. 35 III, 55 I AP I).

⁵⁶ *Peters* (n 5), 404.

⁵⁷ Suggested by *Ibid.*, 398 et sqq. and 402 et sqq.

⁵⁸ *Roscini* (n 9), 80.

⁵⁹ See for example the CBA or QALY tests proposed by *Sebo* (n 51), 142–145.

⁶⁰ *de Hemptinne* (n 22), 275.

⁶¹ *Peters* (n 5), 405 et sqq. *Pipia* (n 9), 199 et sqq.

⁶² See *United Nations/ILC*, Yearbook of the International Law Commission 2011, Vol. II, Part 2¹, 2018.

⁶³ *Pipia* (n 9), 205.

⁶⁴ *Roscini* (n 9), 90; *Pipia* (n 9), 205 et sqq.

E. Conclusion

The article has shown that the circumstances of zoo animals in IHL are unique to humans and other animals suffering from the consequences of war. While they are one of the most vulnerable groups in times of war, IHL is still lagging behind other fields of international law in considering animal welfare. Zoo animals are only protected as objects and valued by their worth to the humans possessing them, not for their intrinsic value. This does not allow for adequate animal welfare considerations implemented in the standards of military necessity and proportionality. Therefore, IHL is in urgent need of reform. Possible solutions would be to give animals in general the status of a subject in IHL or create concrete rules for implementing zoo animal welfare in the IHL principles of military necessity, proportionality and the prevention of suffering.

Teresa Wille*

Die deliberative Demokratietheorie – Die Theorie des Grundgesetzes?

A. Einführung

In der amerikanischen Kolonialgeschichte des 17. Jahrhunderts prägten *Town Hall Meetings* den politischen Alltag in Neuengland. In den selbstverwalteten Gemeinden berieten Bürger regelmäßig öffentlich über Angelegenheiten des Gemeinwohls – von Land- und Ressourcenverteilung bis zu der Organisation des Schulwesens. Die *Meetings* zeichneten sich durch eine hohe Beteiligung, Transparenz und das Prinzip der Rechenschaftspflicht aus. Sie verkörpern somit zentrale Elemente deliberativer Praxis.¹

Seit den 1970er Jahren entwickelten sich insbesondere in Deutschland und den USA Theorien deliberativer Demokratie, in denen der Prozess und die Qualität von politischen Diskussionen in das Zentrum der Betrachtung rücken.² Während die *Town Hall Meetings* nur freien, weißen Männern mit Gutsbesitz und kirchlicher Zugehörigkeit zugänglich waren,³ bildet in modernen deliberativen Ansätzen der argumentative Austausch aller freien, gleichen, vernunftorientierten Bürger*innen den Kern von Meinungs- und Willensbildung sowie demokratischer Legitimation.

Dieser Beitrag ordnet zunächst die deliberative Demokratietheorie knapp theoretisch ein (B). Darauf aufbauend werden die Anforderungen deliberativer Entscheidungsprozesse herausgearbeitet (C), um sodann die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in drei deliberativen Arenen zu untersuchen (D): der politischen Öffentlichkeit, dem Bundestag und dem Bundesverfassungsgericht.

B. Demokratietheoretische Einordnung

Die deliberative Demokratietheorie gliedert sich inhaltlich und historisch in die Gruppe der beteiligungszentrierten Demokratietheorien ein.⁴ Innerhalb der vielfältigen Strömungen moderner Demokratiekonzeptionen, die die Veränderung der westlich-demokratischen Landschaft ab Ende des 19. Jahrhunderts reflektieren, stellen die beteiligungszentrierten Modelle einen Sondertypus dar.⁵ Während Demokratie bisher primär als politische Methode verstanden wurde, Ziele wie die politische Führer*innenauswahl⁶, die (soziale) Absicherung⁷, den Interessenausgleich zwischen unterschiedlichen (elitären wie nicht-elitären) Gruppen⁸

oder ein marktmechanisches Konkurrenzfeld divergierender Präferenzen⁹ zu erreichen und zu sichern, rücken die beteiligungszentrierten Ansätze den Demokratisierungsprozess als solchen ins Zentrum der Betrachtung. Sie verstehen diesen als „politische Methode und ethisches Ziel“¹⁰. Ihr Blick richtet sich weniger auf politische Ergebnisse als „Output“¹¹, sondern stattdessen auf den „Input“¹² demokratischer Prozesse. Die aktive Gestaltungs- und Mitwirkungsrolle der Bürger*innen soll nicht nur als Quelle prozeduralen Nutzens, sondern als Wert an sich Ausgangspunkt auf Demokratie gerichteter Bemühungen darstellen.¹³ Als Unterströmungen der beteiligungszentrierten Demokratietheorien lassen sich die partizipatorische und die deliberative Theorie unterscheiden. Im Gegensatz zur ersteren, die sich primär durch eine hohe und möglichst weiter zunehmende Zahl von den am demokratischen Prozess Beteiligten und den vom demokratischen Prozess durchdrungenen Materien auszeichnet, verlangt zweitens zusätzlich qualitativ anspruchsvolle Prozeduren der Beratung und Beschlussfassung. Der Vorstellung einer Demokratie als Elitenwettbewerb, Marktmechanismus oder Institutionensicherung wird somit ein Verständnis entgegengesetzt, in dem Demokratie eine lebendige Praxis kollektiver Selbstregierung, öffentlicher Diskussion und politischer Bildung ist.

C. Der deliberative Entscheidungsprozess

I. Zielsetzung

Die Demokratie als Herrschaftsform verfolgt nicht nur den institutionellen Zweck, Machtmissbrauch in einem gesellschaftlichen System zu verhindern,¹⁴ sondern hat außerdem ein Interesse an „bestmöglichen“ politischen Entscheidungen im Sinne ihrer Qualität und Legitimität.¹⁵ Im Modus des deliberativen Entscheidungsprozesses ist diejenige Entscheidung qualitativ hochwertig, die sich bei einer Beratschlagung mit idealen Deliberationsvoraussetzungen argumentativ durchsetzt und auf die sich das Kollektiv der Beteiligten am Ende am besten einigen kann. Dem argumentativen Diskurs wird ein „transformativer Effekt“¹⁶ zugesprochen, der sich dadurch auszeichnet, dass die Beteiligten durch Prüfung, Argumentation und Kritik zur Perspektiv- und Meinungsänderung angeregt werden. Der Diskurs verdichtet sich damit durch rationalen Austausch hin zum hochwertigsten Ergebnis („zwangloser Zwang des

* Teresa Wille ist Studentin der Bucerius Law School. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Christian Bumke und Prof. Dr. Felix Hanschmann.

¹ Vgl. Hall, *Journal of Public Deliberation (JPD)* 2019, 1, 6-11.

² Chamber, *Contemporary Democratic Theory*, 2024, S. 178.

³ Hall, *JPD* 2019, 1, 10.

⁴ Schmidt, *Demokratietheorien*, 2010, S. 236.

⁵ Vgl. Schmidt (Fn. 4), S. 161.

⁶ Beispielhaft Webers Modell der plebiszitären Führerdemokratie in: Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1976, S. 157.

⁷ Beispielhaft die Ausführungen in: Bernstein, *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, 1899, S. 83-168; Marshall, *Bürgerrechte und soziale Klassen*, 1992, S. 33-95.

⁸ Beispielhaft in: Dahl, *Polyarchy*, 1971, S. 1-14; Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien*, 1991, S. 261-277.

⁹ Beispielhaft in: Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, 2005, S. 103-252; Downs, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, 1968, S. 93-161; siehe auch: Young, *Inclusion and Democracy*, 2002, S. 16-31.

¹⁰ Bachrach, *Die Theorie demokratischer Elitenherrschaft*, 1970, S. 118.

¹¹ Schmidt (Fn. 4), S. 236.

¹² Schmidt (Fn. 4), S. 236.

¹³ Stutzer/Frey, *European Journal of Political Research* 2006, 391, 392.

¹⁴ Zum instrumentellen Zweck der Demokratie als Herrschaftsform siehe auch: Young (Fn. 9), S. 16.

¹⁵ Schmalz-Bruns, *Reflexive Demokratie*, 1995, S. 57.

¹⁶ Young (Fn. 9), S. 22.

besseren Arguments“¹⁷). Dieser Prozess bewirkt idealtypisch zweierlei: Einerseits wird durch die Beteiligung aller auf eine gemeinwohlorientierte Entscheidung hingearbeitet, zum anderen wird durch die rationale Prüfung der Argumente dasjenige herausgefiltert, welches auf einer sachlichen Ebene am besten haltbar ist. Der ideelle Fluchtpunkt deliberativer Entscheidungsfindung ist somit der Konsens.¹⁸ Aus diesem Grundkonzept erwächst zudem die Legitimitätsvoraussetzung demokratischer Entscheidungen.¹⁹ Diese speist sich aus ihrem Zustandekommen in einem deliberativen Prozess und somit der Vermutung, dass der Standpunkt jedes betroffenen Mitglieds der Volksgemeinschaft berücksichtigt und geprüft wurde.²⁰

II. Voraussetzungen

Young entwickelt vier Idealvoraussetzungen des Deliberationsprozesses: „*inclusion*“²¹, „*political equality*“²², „*publicity*“²³ und „*reasonableness*“²⁴.

Hierbei bilden Inklusion (Teilhabe), Gleichheit und Freiheit strukturelle Rahmenbedingungen. Zunächst sollen alle, die von einer Entscheidung betroffen sind, auch Teil des Deliberationsprozesses sein (*inclusion*). „Betroffen“ ist dabei jede Person, deren Handlungsoptionen durch die Entscheidung bestimmt werden.²⁵ Überdies sollen gleiche Bedingungen mit möglichst viel Freiheit²⁶ gewährleistet werden: Die Beteiligten sollen beispielhaft die gleichen Chancen haben, frei zu sprechen und ihre Argumente vorzubringen (*political equality*).

Auch die Beteiligten selbst müssen hinsichtlich ihrer Eigenschaften und Verhaltensweisen zu einem idealen Deliberationsprozess beitragen. Sie sollen bereit sein, ihre Position nachvollziehbar und überprüfbar öffentlich zu begründen und auch öffentlich zur Verantwortung gezogen werden können (*publicity*)²⁷. Sie werden somit angehalten, auf ein Klima hinzuwirken, in dem andere das Gesagte verstehen, einordnen und kritisieren können. In Bezug auf die innere Haltung (*reasonableness*)²⁸ wird Verständigkeit und Rationalität gefordert. Bürger*innen müssen ihre eigenen Überzeugungen kritisch reflektieren, bevor sie diese in die Debatte ein-

bringen, um sicherzustellen, dass ihre Argumente auch aus der Perspektive des Gemeinwohls tragfähig sind.²⁹ Zudem sollen Gesprächspartner*innen als gleichberechtigte Diskurs Teilnehmer*innen anerkannt werden, solange diese sich ebenfalls an die Deliberationsregeln halten. Dazu gehören vorurteilsfreies Zuhören, ein respektvoller Umgang und ein ernsthaftes Interesse daran, durch gemeinschaftlichen Austausch zu einer kollektiven Lösung zu finden.³⁰ Erforderlich ist außerdem die Bereitschaft, die eigene Meinung bei Vorliegen besserer Gründe zu revidieren und somit dem Prozess rationaler Überzeugung Raum zu geben.³¹

III. Praktische Grenzen

Die Kernherausforderung dieses theoretischen Modells liegt zum einen in der Unvereinbarkeit gleichzeitig zu erfüllender Voraussetzungen in komplexen Gesellschaften. Bei höchstmöglicher Inklusion sind die tatsächlichen Möglichkeiten allen Diskursbeteiligten gleichermaßen zuzuhören und ihre Argumente zu prüfen beschränkt. Außerdem sind die Beteiligten unabhängig von der Qualität des diskursiven Settings von vornherein mit ungleichen Voraussetzungen ausgestattet. Sie verfügen über unterschiedliche kommunikative Fähigkeiten, Bildungsniveaus und Ressourcen. Gerade sozial schwächere Gruppen laufen Gefahr, trotz formal gleicher Rechte faktisch marginalisiert zu bleiben. Auch sozialer Zwang und strukturelle hierarchische Abhängigkeiten können hierbei eine Rolle spielen. Ferner stoßen die Anforderungen auf psychologische und soziale Grenzen: Menschen neigen häufig dazu, an Überzeugungen festzuhalten, die tief mit ihrer Identität oder ihren Wertvorstellungen verknüpft sind. Bei hochkontroversen Themen laufen Deliberationsprozesse Gefahr, Polarisierungseffekte zu verstärken.³² Auch ist es gerade für Beteiligte, deren politische Überzeugungen stark kulturell oder religiös fundiert sind, oftmals schwer, Argumente vollständig in eine neutrale Sprache zu übersetzen. Die deliberative Demokratietheorie formuliert in ihrer normativen Strenge somit ein Ideal, dessen Umsetzung selbst in kontrollierten Settings³³ an Grenzen stößt.

D. Politische Einhegung

Für eine Ausdehnung des Konzepts der deliberativen Entscheidungsfindung auf eine demokratische Gesellschaft stellt sich die Frage nach seiner Einhegung in ein gesamtgesellschaftliches Gebilde politischer Gemeinschaften und Institutionen. Im Folgenden sollen deliberativ-demokratische Prozesse vor dem Hintergrund des Rechtssystems des deutschen Grundgesetzes betrachtet werden.

¹⁷ Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 1981, S. 385.

¹⁸ Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, S. 187; vgl. Breitenband, Konsens – der Grund der Legitimität, 2019, S. 12.

¹⁹ Innerhalb der deliberativen Demokratietheorien finden sich hierzu zwei unterschiedliche Positionen: Ein eher rationalistisch geprägter Ansatz, der Mehrheitsentscheidungen auch ohne Kompromiss für legitim hält, solange eine deliberative Auseinandersetzung vorausging, und eine stark konsensorientierte Position, die Deliberation auf das Ziel eines gemeinsamen Einvernehmens hin ausrichtet. Diese beiden Positionen werden anschaulich in der Rolle der „accommodators“ und „listeners“ illustriert in: Weithman, The Journal of Political Philosophy (JPP) 2005, 263, 279.

²⁰ Habermas (Fn. 18), S. 141; Suntrup, Der Staat 2010, 605, 621.

²¹ Young (Fn. 9), S. 23.

²² Young (Fn. 9), S. 23.

²³ Young (Fn. 9), S. 25.

²⁴ Young (Fn. 9), S. 24.

²⁵ Young (Fn. 9), S. 23.

²⁶ Obwohl die Voraussetzung der „Freiheit“ zumindest nicht von Young gesondert genannt wird, findet sie sich in der Literatur zur Theorie der Deliberation als unverzichtbare strukturelle Grundvoraussetzung, siehe beispielhaft: Weithman, JPP 2005, 263, 265; Cohen/Rogers, Staat und Verbände, 1994, 136, 137.

²⁷ Weithman, JPP 2005, 263; Diese Art sich vor anderen für seine Position in der Debatte verantwortlich zu zeigen / zur Verantwortung gezogen werden zu können („to hold one another accountable“) ist auch die Kernidee des Deliberationsprozesses bei Gutmann und Thompson, siehe dazu: Gutmann/Thompson, Democracy and disagreement, 2009, S. 95-165.

²⁸ Young (Fn. 9), S. 24.

²⁹ Floridia, From Participation to Deliberation, 2017, S. 69; Weithman, JPP 2005, 263, 278.

³⁰ Weithman, JPP 2005, 263, 278.

³¹ Weithman, JPP 2005, 263, 275.

³² Dieses Phänomen ist psychologisch als *Group Polarization* bekannt und wurde erstmalig nachgewiesen in: Moscovici/Zavalloni, Journal of Personality and Social Psychology, 1969, 125, 125-135.

³³ Beispielhaft die *Deliberative Opinion Polls* in: Fishkin, Democracy and Deliberation, 1991, S. 81-104; vgl. als derartiges Experiment in der Bundesrepublik auch: Mehr Demokratie e.V. – Bürgergutachten Demokratie, 2019, abrufbar unter: www.buergerrat.de/fileadmin/downloads/buergergutachten.pdf (01.02.2026).

I. Verfassungsrechtliche Grundkonzeptionen

1. Verfassungsrechtliche „Vorgaben“ der deliberativen Demokratietheorie

Die deliberative Demokratietheorie fußt auf einem Prozess des rationalen Diskurses.³⁴ Vor diesem Hintergrund lassen sich nicht beliebige Rechtssysteme rechtfertigen. Die deliberative Demokratietheorie verlangt damit von einer rechtlichen Ordnung, wenn diese sich in Einklang mit ihrem Grundkonzept bewegen soll, dass diese jedenfalls die „elementaren Anforderungen der praktischen Vernunft“³⁵ in sich verkörpert. Zurecht wird deshalb, unter anderem von *Alexy* vertreten, dass zur Erfüllung dieser Anforderungen die Institutionalisierung demokratischer und rechtsstaatlicher Prozesse sowie die Garantie fundamentaler Menschenrechte gehören.³⁶ Die Theorie der Entscheidungsfindung nach verständiger Deliberation kann somit – auf eine gesamtgesellschaftliche Herrschaftsform übertragen – als Theorie eines demokratischen Verfassungsstaats aufgefasst werden.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes

Als von Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Kernprinzipien des Grundgesetzes konstituieren Art. 20 Abs. 1, 2 S. 1 GG und Art. 20 Abs. 3 GG die Bundesrepublik Deutschland als einen demokratischen Rechtsstaat. Die Verfassung bestimmt damit, dass alle Staatsgewalt vom Volk ausgeht und die staatlichen Gewalten an Gesetz und Recht gebunden sind. Das Grundgesetz regelt zudem die wesentlichen politischen Institutionen, darunter den Bundestag (Art. 38-49 GG), den Bundesrat (Art. 50-53 GG), den Bundespräsidenten (Art. 54-61 GG), die Bundesregierung (Art. 62-69 GG) sowie das Bundesverfassungsgericht (Art. 92-94 GG). Schließlich bieten die in Art. 1 bis 19 GG normierten Grundrechte die Rahmenbedingungen für Freiheit, Gleichheit und Teilhabe der Bürger*innen.

3. Vergleichende Einordnung

Dem theoretischen Ansatz deliberativer Prozesse knüpft sich auf gesellschaftlicher Ebene die Struktur eines verfassungsrechtlichen Systems an, das in seinen demokratischen und rechtsstaatlichen Garantien Kernvoraussetzungen vernünftiger Deliberationsprozesse normiert. Wie aufgezeigt laufen die Grundkonzeptionen des deliberativen Gedankens auf gesellschaftlicher Ebene und die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes in ihrem Kern parallel. Das Grundgesetz kann folglich Raum bieten, deliberative Prozesse in die politische Praxis zu integrieren und Rahmenbedingungen vernünftiger Deliberation zu fördern. Die konkreten verfassungsrechtlichen Normierungen, die potenzielle Integrationsmechanismen deliberativer Elemente darstellen, sollen nun im Folgenden näher erläutert werden.

II. Verfassungsrechtlich verankerte deliberative Elemente

Wenn auch im Grundgesetz nicht ausdrücklich als solche benannt, spiegeln sich deliberative Ideen unter anderem in den Rahmenbedingungen der durch die Grundrechte garantierten Freiheits- und Gleichheitsrechte in der öffentlichen

Sphäre der Bürger*innen (1.) sowie in der Ausgestaltung der Institutionen deliberierender staatlicher Entscheidungsorgane (2.) wider.

1. Die deliberative Arena der politischen Öffentlichkeit

Entscheidungsbefugte politische Organe, in denen (deliberative) Beratungen stattfinden, konstituieren sich ausschließlich aus einem kleinen Teil der Bürger*innen: Der Prozess unmittelbarer politischer Meinungs- und Willensbildung vollzieht sich bei den meisten Betroffenen somit in der (grundsätzlich für jeden zugänglichen) politischen Öffentlichkeit.

a) Deliberativ-theoretisches Verständnis politischer Öffentlichkeit

Habermas begreift die politische Öffentlichkeit als eine vermittelnde, kommunikative Sphäre zwischen Zivilgesellschaft und formellen staatlichen Institutionen, die Forderungen in Form von „kommunikativer Macht“ an das politische System heranträgt.³⁷ Der Diskurs in der politischen Öffentlichkeit wird von der Zivilgesellschaft angestoßen und durch öffentlichen Austausch, Begründungs- und Argumentationsanforderungen nach oben hin gefiltert, bis er sich zu belastbaren Standpunkten verdichtet hat: In der öffentlichen Sphäre, die von gleicher Teilhabe und einem vernünftigen Diskurs geprägt sein soll, formt sich somit über die politische Kommunikation die öffentliche Meinung.³⁸ Politische Entscheidungen werden so an die deliberative politische Öffentlichkeit rückgekoppelt und legitimiert. Auch *Cohen* versteht Öffentlichkeit als Ort deliberativer Diskussion, in dem die besseren Argumente die Richtung politischer Entscheidungen weisen sollen.³⁹ Sie bildet in der normativen deliberativen Demokratietheorie somit eine zentrale (und legitimationsstiftende) Arena politischer Deliberation.

b) Grundrechte als theoretisch-funktionale Rahmenbedingungen

Qualitative Rahmenbedingungen bilden die Grundrechte. Auf Ebene der Freiheitssicherung muss zunächst die Meinungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG als das „Kernstück politischer und geistiger Freiheit“⁴⁰ besonders herausgehoben werden. Sie schützt als Kommunikationsgrundrecht⁴¹ die Meinungsäußerung und -verbreitung sowie das Sich-Informieren aus allgemein zugänglichen Quellen.⁴² Sie sichert somit die Grundvoraussetzung der Entstehungsmöglichkeit deliberativer Prozesse. Hinzu treten die Versammlungsfreiheit nach Art. 8 Abs. 1 GG sowie die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG, die den organisatorischen Rahmen für kollektive Diskussions- und Partizipationsprozesse schaffen.⁴³ Sie fördern die Sichtbarkeit von Positionen auf einem großen, komplexen Diskursfeld. Sie werden von der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG flankiert. Daneben stellt Art. 3 Abs. 1 GG die Gleichheit

³⁷ *Suntrup*, Der Staat 2010, 605, 621.

³⁸ *Chamber* (Fn. 2), S. 178.

³⁹ *Cohen*, The Good Polity, 1989, S. 17-34.

⁴⁰ *Bethge*, in: Sachs/Coelln/Mann (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2024, Art. 5 Rn. 22.

⁴¹ *Bethge*, in: Sachs/Coelln/Mann (Fn. 40), Art. 5 Rn. 24.

⁴² *Bethge*, in: Sachs/Coelln/Mann (Fn. 40), Art. 5 Rn. 34.

⁴³ Vgl. *Höfling/Ogorek*, in: Sachs/Coelln/Mann (Fn. 40), Art. 8 Rn. 8; *Höfling/Burkiczak*, in: Sachs/Coelln/Mann (Fn. 40), Art. 9 Rn. 8.

³⁴ Siehe beispielhaft: *Florida* (Fn. 29), S. 69.

³⁵ *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2003, S. 119.

³⁶ *Alexy* (Fn. 35), S. 119.

aller Bürger*innen vor Gesetz und Staat sicher. Zudem soll Art. 3 Abs. 3 GG staatliche Diskriminierung und Benachteiligung verhindern. Das Bundesverfassungsgericht gestaltet durch letztverbindliche Auslegung die Bestimmungen des Grundgesetzes und somit auch das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 1, 2 S. 1 GG als Legitimationsgrundsatz aus. Das Gericht betont die demokratische Funktion der öffentlichen Meinung sowie die Wichtigkeit deren Einflussnahme auf die Staatsorgane.⁴⁴ Hierbei wird insbesondere die Stellung politischer Parteien in ihrem Streben nach argumentativer Überzeugung herausgestellt.⁴⁵

c) Kritische Einordnung

Trotz ihrer grundgesetzlich gesicherten Voraussetzungen sind dieser deliberativen Arena in der Praxis Grenzen gesetzt. *Gerhards* und *Neidhardt* ergänzen die Beschreibung der politischen Öffentlichkeit durch eine empirisch-soziologische Perspektive. Auch sie begreifen Öffentlichkeit als ein intermediäres System zwischen den Teilsystemen einer Zivilgesellschaft und dem politischen System. In ihm werden Informationen gesammelt, verarbeitet und in kollektive Orientierungen transformiert, die auf die politische, staatliche Sphäre einwirken können.⁴⁶ Der Öffentlichkeitsprozess folge in der Realität jedoch keinem Prinzip der Wahrheitsfindung oder reinen Vernunftorientierung sondern einer Marktlogik, in der unterschiedliche Akteur*innen um Aufmerksamkeit und Unterstützung konkurrieren.⁴⁷ Diese neigen dazu, komplexe Sachverhalte zu vereinfachen, sie zu personalisieren und sich auf wertgeladene Themen zu fokussieren.⁴⁸ Prinzipiell sei Öffentlichkeit offen für jeden, faktisch werde sie jedoch durch soziale Strukturen, Machtasymmetrien und Ressourcenungleichheiten eingeschränkt, sodass bestimmte Themen oder Gruppen ausgeschlossen bleiben. Deliberative Prozesse werden außerdem zu großen Teilen durch eine Kommunikationskultur gehemmt, die teils nicht zur Transformation der eigenen Meinung bereit ist und generell nicht zu einer rationalen, verständigen Lösungsfindung neigt. Besonders hebt der politische Philosoph *Walzer* diese Divergenzen von realer Kommunikation⁴⁹ und normativem Ideal hervor: Er beschreibt Öffentlichkeit als eine Vielzahl von Teilöffentlichkeiten, die alle über eigene moralische Sprachen und Rechtfertigungsnarrative verfügen. Öffentliche Kommunikation sei somit immer im Lichte der sozialen Gemeinschaften zu verstehen und somit partikular und kulturell kontextabhängig.⁵⁰ Auch *Mouffe* hält Annahmen der deliberativen Demokratietheorien für ungeeignet, um einen angemessenen Umgang mit dem Pluralismus politischer Öffentlichkeit anzuleiten. Indem sie von dem Ideal ausgehen, in welchem argumentative Prozesse Macht und Konflikte zugunsten eines rationalen Konsenses überwinden können, verfehlten sie eine Anerkennung des antagonistischen Charakters sozialer Beziehungen.⁵¹

⁴⁴ BVerfGE 123, 267, 358; BVerfGE 20, 56, 98.

⁴⁵ BVerfGE 47, 130, 140.

⁴⁶ *Gerhards/Neidhardt*, Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit, 1990, S. 12.

⁴⁷ *Gerhards/Neidhardt* (Fn. 46), S. 11.

⁴⁸ *Gerhards/Neidhardt* (Fn. 46), S. 18.

⁴⁹ *Schmalz-Bruns* (Fn. 15), S. 88: „real talk“.

⁵⁰ Vgl. *Walzer*, *Deliberative Politics*, 1999, 58, 58-69.

⁵¹ Vgl. *Mouffe*, *Social Research*, 1999, 745, 752-758; *Mouffe*, *The Democratic Paradox*, S. 90-108.

2. Deliberative Arenen der verfassungsrechtlichen Staatsorganisation

Die obersten Staatsorgane der Bundesrepublik Deutschland finden ihre rechtlichen Grundlagen im Grundgesetz. Im Folgenden sollen anhand des Bundestags (Art. 38-48 GG) und des Bundesverfassungsgerichts (Art. 93, 94, 99, 100 GG) die grundgesetzlichen Rahmenbedingungen deliberativer Prozesse innerhalb staatlicher Entscheidungsorgane beleuchtet werden.

a) Parlament und Ausschüsse

Im Plenum des Bundestages finden öffentliche, argumentative Debatten über politische Entscheidungen statt. Im Folgenden wird untersucht, inwieweit die verfassungsrechtlichen Vorgaben dieser Entscheidungsprozesse deliberative Elemente enthalten.

aa) Inklusion

Die deliberative Demokratietheorie fordert die Inklusion aller von politischen Entscheidungen Betroffenen. Das parlamentarische System der Bundesrepublik Deutschland basiert auf dem Prinzip der Repräsentation (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG), das somit zunächst als ein Defizit gegenüber diesem Ideal verstanden werden kann. Jedoch könnte sich das Inklusionserfordernis Demokratietheoretisch hin zu einem System der Repräsentation ausweiten lassen, wenn man fordert, dass nicht alle betroffenen Personen, sondern all jene politischen Meinungen und Interessen im deliberativen Prozess vertreten sind, die vertreten wären, wären alle Betroffenen anwesend. Diese personelle Repräsentation mit Beibehaltung der deliberativen Positionen soll strukturell durch die Wahl der Abgeordneten nach Art. 38 Abs. 1 GG gewährleistet werden. Sie sollen die Meinungen der Bevölkerung in die demokratischen Entscheidungsstrukturen des Staates einbringen, an der inhaltlichen Ausgestaltung der Politik mitwirken und staatliches Handeln damit legitimieren.⁵² Eine inhaltliche Bündelung der zu vertretenden Interessenpositionen erfolgt in der öffentlichen Sphäre maßgeblich durch die politischen Parteien, deren Einfluss im Parlament über die Fraktionen ausgeübt wird.

Des Weiteren übernimmt das in Art. 45c GG verankerte Petitionswesen eine zentrale Brückenfunktion in der kommunikativen Rückkopplung an die akuten Anliegen der politischen Öffentlichkeit. Mit der Einführung der elektronischen Petitionsplattform hat dies außerdem eine diskursive Dimension erhalten.

bb) Freiheit und Gleichheit

Gleiche und freie Mitwirkungsbefugnisse der Abgeordneten finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG. Zu ihnen zählen insbesondere das Stimmrecht, das Antrags- bzw. Initiativrecht und das Rede- und Fragerecht, die gleiche und freie Teilhabe an Diskursen und Entscheidungen gewährleisten.⁵³ Das freie Mandat sichert überdies Unabhängigkeit von sonstigen zwingenden Einflüssen, die die Entscheidungsfindung ausschließlich im Sinne der zu Vertretenen hindern könnten. Kompromiss- und Konsensfindung sowie die Adaption an

⁵² *Morlok*, in: Dreier (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 2015, Art. 38 Rn. 135.

⁵³ *Magiera*, in: *Sachs/Coelln/Mann* (Fn. 40), Art. 38 Rn. 60.

Impulse der politischen Öffentlichkeit wäre bei gebundenen Vertreter*innen nicht möglich.

Dieser Freiheitsstatus aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG wird zusätzlich um separat normierte Rechte ergänzt, die an der Person des Abgeordneten ansetzen und die ungestörte Amtsausübung schützen sollen: Das Indemnitätsrecht nach Art. 46 Abs. 1 GG und die Immunitätsrechte aus Art. 46 Abs. 2, 3, 4 GG sowie das Zeugnisverweigerungsrecht und das Beschlagnahmeverbot aus Art. 47 GG. Diese bauen persönliche Hemmnisse bei Äußerungen in Debatten ab. Die tatsächliche Unabhängigkeit durch Absicherung des Berufs, Urlaubs, Beförderung oder des Lebensunterhalts wird durch die Rechte in Art. 48 GG gewährleistet.

Das Parlament besitzt außerdem Freiheit im Sinne autonomer Gestaltung des deliberativen Entscheidungsprozesses, indem es sich im Rahmen der Parlamentsautonomie durch die Bestimmung des Beginns und Schlusses der Sitzungen nach Art. 39 Abs. 3 GG selbst einberuft, gemäß Art. 40 Abs. 1 GG seinen Wort- und Schriftführer selbst wählt und sich gemäß Art. 40 Abs. 1 S. 2 GG selbst eine Geschäftsordnung gibt. Diese Gestaltungsbefugnis dient dem Schutz vor Einmischung anderer Verfassungsorgane, garantiert Funktionalität und begründet eine hohe Anpassungsfähigkeit gegenüber sich wandelnden politisch-gesellschaftlichen Kontexten. Der Geschäftsordnungsautonomie sind jedoch durch den Abgeordnetenstatus (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) Grenzen gezogen.⁵⁴ Der Entstehung eines inneren Missverhältnisses der Chancengleichheit im deliberativen Prozess durch die Geschäftsordnung – etwa durch darin geregelte ungleiche Redezeiten oder Antragsbefugnisse – wird so entgegengewirkt.

cc) Öffentlichkeit und Verständigkeit

Abgeordnete sollten im deliberativen Prozess bereit sein, öffentlich ihre Positionen zu begründen und für ihre Äußerungen zur Verantwortung gezogen zu werden. Der Bundestag verhandelt gemäß Art. 42 Abs. 1 S. 1 GG öffentlich. „Verhandeln“ umfasst den gesamten Prozess der Entscheidungsfindung im Plenum.⁵⁵ „Öffentlich“ meint einerseits die ungehinderte, unqualifizierte physische Zugangsmöglichkeit zu den Verhandlungen für jedermann sowie die Verschaffung des Zugangs für Massenmedien, die mittlerweile die primäre Möglichkeit der Kenntnisnahme von Verhandlungen für die breite Öffentlichkeit bieten.⁵⁶ Durch das Fragerecht der anderen Abgeordneten (entspringend aus Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) können Äußerungen der Abgeordneten vor dem Plenum sowie der Öffentlichkeit kritisch geprüft werden.⁵⁷

Die Öffentlichkeit soll außerdem als Ausgleichsmechanismus für die fehlende Möglichkeit umfassender Inklusion und der Legitimation der Repräsentation dienen. Die Parlamentsöffentlichkeit ist notwendige Voraussetzung der Kontrollrechte des Volkes als Vertretene. Sie ermöglicht die in einer pluralistischen Gesellschaft und in einem beeinflussbaren Staat unverzichtbare Herausarbeitung und Artikulation

von Interessen und Überzeugungen.⁵⁸ Die Motivation der Abgeordneten, ihre Positionen in den öffentlichen Plenarsitzungen verständlich, nachvollziehbar und überprüfbar darzulegen, speist sich wesentlich daraus, dass Rechenschaft gegenüber den Vertretenen ein Kernelement guter Repräsentation ist und die Aussicht auf Wiederwahl maßgeblich davon abhängt, inwiefern sie dieser Verantwortung gerecht werden. Die Ausrichtung der parlamentarischen Rahmenbedingungen auf eine rationale, verständige, lösungsorientierte Deliberation zeigen sich vereinzelt durch Begrenzungen des Schutzes freier Äußerungen der Abgeordneten. Art. 46 Abs. 1 S. 2 GG garantiert Indemnitätsrechte nicht für verleumderische Beleidigungen. Wenn Redezeit für sachfremde Ziele oder übermäßig polemisierende oder beleidigende Inhalte in Anspruch genommen wird, kann dies als Missbrauch des Rederechts gewertet und mit Wortentziehungen geahndet werden. So soll eine vernünftige, rationale Debatte garantiert werden.⁵⁹

dd) Evaluation

Die Vorschriften des diskursiven Verfahrens im Parlament garantieren ein hohes Maß an Freiheit, Gleichheit und Öffentlichkeit im Sinne deliberativer Entscheidungsfindungsvoraussetzungen und bilden daher einen Regelungsrahmen, der deliberative Prozesse fördert.

Die Vielfalt an Ideen und Interessen fließt jedoch statt durch vollständige Inklusion durch Repräsentation in politische Entscheidungen ein. Zu kritisieren ist hierbei, dass der transformative Effekt von deliberativen Prozessen einen eigenen, inneren Prozess darstellt, der nicht repräsentativ vollzogen werden kann. Jedoch können die Betroffenen durch Wahlen eine Person als Redeführer*in bestimmen, die ihre Meinung rhetorisch und argumentativ überzeugend vertritt und lediglich unter rationalen Erwägungen zu Ergebnissen gelangt. Durch das Öffentlichkeiterfordernis kann so ein gleichlaufender „passiver“ transformierender Effekt eintreten, der zur Akzeptanz parlamentarischer Entscheidungen führt. In einer komplexen, pluralen Gesellschaft können Positionen jedoch immer nur als gebündelte Interessensströme repräsentiert werden, was die deliberative Entscheidungsfindung verzerrt. Durch die in § 6 Abs. 3 S. 1 BWahlG geregelte „Fünf-Prozent-Hürde“ sind einige Betroffenenvertreter überhaupt nicht Teil des parlamentarischen Prozesses. Dies führt zu einem Defizit in der Inklusion und der Gleichheit, steigert allerdings die Möglichkeit der Konsensfindung der übrigen Beteiligten.

Hinzu tritt die Tatsache, dass inhaltliche Lösungen oft nicht im Plenum, sondern gemäß § 62 Abs. 1 S. 2 GOBT vorbereitend in den Ausschüssen (Art. 44, 45, 45a, 45c GG) erarbeitet werden.⁶⁰ Ihre Tätigkeit ist nach bisheriger Praxis und überwiegender Auffassung nicht vom Öffentlichkeitsverlangen des Art. 42 Abs. 1 GG erfasst. Dies soll ein freieres Redeverhalten und das Erkunden von Kompromisspotentialen ermöglichen und der Verlagerung von Diskussionen in informale Kreise entgegenwirken.⁶¹ Entscheidungsprozesse finden in den Plenarsitzungen nur ihre finale Spitze; es stehen häufig nur die Darstellung und die Information der Öffentlichkeit im Vordergrund. Dies schmälert die Möglichkeit der

⁵⁴ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 40 Rn. 7.

⁵⁵ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 38 Rn. 22.

⁵⁶ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 42 Rn. 26.

⁵⁷ Das Element des „Zur-Rechenschaft-Ziehens“ (siehe dazu: *Gutmann/Thompson* (Fn. 27), S. 95-165) wird durch das Öffentlichkeiterfordernis nicht nur in Bezug auf die Abgeordneten verwirklicht, sondern kann insbesondere durch das Zitierrecht aus Art. 43 Abs. 1 GG auch die Mitglieder der Regierung treffen, die nach Herbeirufung durch den Bundestag vor ihm (und der Öffentlichkeit) Rede und Antwort stehen müssen.

⁵⁸ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 42 Rn. 20.

⁵⁹ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 43 Rn. 24.

⁶⁰ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 40 Rn. 29.

⁶¹ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 42 Rn. 24.

passiven Transformation und stellt somit ein Inklusions- und Gleichheitsdefizit dar.

Auch muss die Deliberationsfreiheit mit Hinblick auf die Funktionsfähigkeit des Parlaments als Gegengesichtspunkt von Verfassungsrang eingeschränkt werden.⁶² Eine Deliberation bis hin zur optimalen Konsensfindung ist zeitlich nicht möglich, weshalb oft Mehrheiten die Entscheidung diktieren. Durch das Proportionalitätsprinzip werden Verteilungen gemäß der Mitgliedstärke der Fraktionen getroffen.⁶³ Gerade Abgeordnete oppositioneller Parteien wollen sich außerdem häufig strategisch oder symbolisch klar zu den Regierungsparteien abgrenzen und sind wenig an konsensorientierten Lösungen interessiert.

b) Bundesverfassungsgericht

Auch das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Rolle als deliberative Arena beleuchtet werden. Die Entscheidungsfindung der Richter*innen soll sich in einem rationalen, verständigen und lösungsorientierten Diskurs vollziehen. Während in den Kammern nur einstimmig entschieden werden kann (vgl. §§ 81a S. 1, 93d Abs. 3 S. 1 BVerfGG) und somit bei Meinungsverschiedenheiten durch juristische Argumentation auf eine verständige und stimmige Konsens- oder Kompromissfindung hingearbeitet werden muss, wird auch bei Entscheidungen im Senat die Einstimmigkeit immer wieder hervorgehoben.⁶⁴ § 30 Abs. 1 S. 1 BVerfGG garantiert dem Bundesverfassungsgericht seine Freiheit und Unabhängigkeit bei der Entscheidungsfindung. Sollte keine Einstimmigkeit im Senat erreicht werden, zählen die Stimmen der Richter*innen gleich viel – auch die Stimme des Senatsvorsitzenden genießt nicht einmal bei Stimmengleichheit Vorrang. Das Gericht verfügt außerdem über die Geschäftsordnungsautonomie sowie die Organisations- und Budgethoheit.⁶⁵ Gemäß § 30 Abs. 1 S. 2 BVerfGG sind die Entscheidungen schriftlich zu begründen, zu unterzeichnen und gemäß § 30 Abs. 1 S. 3 BVerfGG öffentlich zu verkünden. Die Verhandlungen des Bundesverfassungsgerichts sind zwar öffentlich (§ 17a Abs. 1 S. 1 BVerfGG), der letzte Entscheidungsprozess ist jedoch ausschließlich Bundesverfassungsrichter*innen zugänglich: Die Beratungen sind gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 BVerfGG geheim. Die Richter*innen sollen dadurch zur Förderung ihrer richterlichen Unabhängigkeit und möglichst unbeeinflusster Meinungs- und Willensbildung von äußeren Einwirkungen abgeschirmt werden. Während Freiheit, Gleichheit und verständige, rationale Lösungssuche hier deliberative Prozesse fördern, werden der Inklusion und Repräsentation der von den Auslegungsentscheidungen des Grundgesetzes zumindest im Kollektiv berührten Bürger*innen nicht auf dieselbe Weise Raum gegeben. Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch einerseits als „Dokumentations- und Protokollinstanz gesellschaftlicher Konflikte“⁶⁶ als strukturell lebensweltlich verknüpft angesehen werden. Andererseits geben sie durch ihre Urteile der Öffentlichkeit ein Deutungsangebot an die Hand, welches in einen größeren Begründungsrahmen einge-

bettet ist, der im Idealfall „den grundlegenden Ordnungsvorstellungen des Gemeinwesens Ausdruck verleiht“.⁶⁷

E. Schluss

Umso mehr sich gegenwärtige Gesellschaftssysteme von den überschaubaren Settings der *Town Hall Meetings* entfernen, desto schwieriger wird es, strukturelle Voraussetzungen für deliberative Prozesse zu schaffen und ihnen in der Praxis gerecht zu werden. Das Grundgesetz bietet hierfür jedoch in vielerlei Hinsicht Raum. Die Kritik, die Grundkonzeptionen der deliberativen Demokratietheorie mögen in Hinblick auf den „geradezu trotzigen Optimismus“⁶⁸ in das persönliche Vermögen von Bürger*innen und der Annahme grundsätzlicher Konsensmöglichkeiten die Wirklichkeit verkennen, ist kaum von der Hand zu weisen. Dennoch bietet die deliberative Theorie eine Idee politischer Kommunikation an, die insbesondere in aktuellen, von Polarisierung geprägten Zeiten stärker in den Blick genommen werden sollte.

⁶² Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 40 Rn. 7.

⁶³ Morlok, in: Dreier (Fn. 52), Art. 38 Rn. 187.

⁶⁴ Siehe beispielhaft: BVerfGE 144, 20, 369; BVerfGE 140, 65, 99.

⁶⁵ Walter, Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 09/2022, Art. 94 Rn. 39, 53.

⁶⁶ Gerstenberg, Bürgerrechte und deliberative Demokratie, 1997, S. 109.

⁶⁷ Vorländer, Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, 2006, S. 15.

⁶⁸ Suntrup, Der Staat 2010, 605, 621.

Hannah Hawranek

Leihmutterschaft als Umwegungsgeschäft zur Internationalen Adoption

A. Einleitung

Die Geburt eines Kindes, das Eintreten in die rechtliche Elternstellung und die Wahrnehmung der elterlichen Sorge – was früher als Zufall, Laune der Natur oder Geschenk Gottes galt, ist heute nicht nur planbar, sondern auch gestaltbar. 1985 trat das Phänomen der Leihmutterschaft¹ erstmals an die Öffentlichkeit,² bei dem eine Frau sich bereiterklärt, ein Kind für Dritte auszutragen.³ Seitdem hat sich ein umfassender globaler Markt entwickelt, der internationale Adoptionen zunehmend verdrängt.⁴ Ein Vorteil der Leihmutterschaft liegt darin, den Wunsch nach einem genetisch verwandten Kind zu erfüllen, ohne es selbst austragen zu müssen. Wer über die nötigen Mittel verfügt,⁵ bevorzugt dies womöglich gegenüber der Adoption eines älteren, unter Umständen emotional belasteten Kindes.⁶

Deutsche Gerichte sehen sich zunehmend mit der Herausforderung konfrontiert, über die Anerkennung ausländischer Abstammungsentscheidungen im Kontext von Leihmutterschaftsfällen zu entscheiden. Wird eine solche Entscheidung anerkannt, erweist sich die Leihmutterschaft als attraktive Alternative zur Erfüllung des Kinderwunsches. Dabei offenbaren sich erhebliche Probleme hinsichtlich des Schutzes der beteiligten Personen. Während seit 1993 mit dem HAdoptÜ ein etabliertes und robustes Regelwerk existiert, das darauf abzielt, internationale Adoptionen im Einklang mit dem Kindeswohl zu gestalten und kommerzialisierten Kinderhandel zu verhindern, fehlt ein vergleichbares Übereinkommen für Fälle der Leihmutterschaft. Bestehen dennoch vergleichbare Regeln, die den Schutz der Beteiligten gewährleisten? Falls nicht – aus gutem Grund? Oder bietet die Leihmutterschaft eine Lücke, durch welche die Adoptionsvorschriften rechtsmissbräuchlich umgangen werden können?

Zur Beantwortung dieser Fragen beginnt die Arbeit mit einem Überblick über die Institute der internationalen Adoption und der Leihmutterschaft sowie deren jeweilige Regelungssysteme (B.). Daran anknüpfend vergleicht der Beitrag, wie diese den Schutz der Rechte und Interessen der Beteiligten gewährleisten und ob dabei ein Gleichlauf besteht (C.). Da sich hierbei wesentliche Unterschiede ergeben, werden mögliche Rechtfertigungsgründe für diese Divergenz untersucht (D.) und abschließend Reformoptionen angedacht (E.).

B. Die Institute der internationalen Adoption und der Leihmutterschaft

I. Anerkennung einer ausländischen Adoptionsentscheidung

1. Grundlagen der internationalen Adoption

Der neu gefasste § 2a Abs. 1 S. 1 AdVermiG definiert erstmals das internationale Adoptionsverfahren als ein Verfahren, bei dem ein Kind mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland (Heimatstaat) durch Adoptionsbewerber mit gewöhnlichem Aufenthalt im Inland ins Inland (Aufnahmestaat) gebracht wird. Adoptionen lassen sich nach ihrer Ausgestaltung (gerichtliche oder vertragliche Adoption),⁷ nach ihren Wirkungen (starke oder schwache Adoption),⁸ sowie danach unterscheiden, ob sie durch eine Adoptionsvermittlungsstelle begleitet wurden.⁹

Der Ausspruch der Adoption kann sowohl im Heimatstaat des Kindes als auch im Aufnahmestaat erfolgen.¹⁰ Wird die Adoption im Ausland ausgesprochen, stellt sich die Frage, ob diese Entscheidung im Inland anzuerkennen ist und dort Rechtswirkungen entfaltet.¹¹

2. Anerkennung nach dem HAdoptÜ

Das HAdoptÜ ist das wichtigste Kooperationsübereinkommen¹² für internationale Adoptionen zwischen Vertragsstaaten. Es gilt für Minderjährigenadoptionen,¹³ die einen grenzüberschreitenden Aufenthaltswechsel des Kindes voraussetzen,¹⁴ und auf die Begründung einer dauerhaften Eltern-Kind-Beziehung gerichtet sind.

Liegt eine Konformitätsbescheinigung nach Art. 23 Abs. 1 HAdoptÜ vor, die den ordnungsgemäßen Ablauf des Adoptionsverfahrens bestätigt, ist die ausländische Adoptionsentscheidung in den Vertragsstaaten *ex lege* anzuerkennen. Jedoch trifft die Bescheinigung keine Aussagen hinsichtlich der Vereinbarkeit der ausländischen Adoptionsentscheidung mit dem *ordre public* oder dem Kindeswohl.¹⁵ Die Prüfung, ob die Anerkennung an dem *Ordre-public-Vorbehalt* des Art. 24 HAdoptÜ scheitern könnte, obliegt daher den Behörden des Aufnahmestaates.¹⁶ Die Anerkennung unterliegt den Maßstäben der §§ 108 ff. FamFG¹⁷ und kann nur verweigert werden, wenn die Adoption offensichtlich der öffentlichen Ordnung widerspricht, wobei stets das Kindeswohl zu berücksichtigen ist.

¹ Verwendet werden auch andere Bezeichnungen wie Ersatz-, Surrogat- und Mietmutterschaft.

² Brahams, Hastings Center Report 1987, 16, 16.

³ Coester, in: FS Jayme, 2004, S. 1243, 1243.

⁴ Vgl. Alvarez, in: Der Tagesspiegel, 20.02.2018, <https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/weniger-adoptionen-in-deutschland-aber-mehr-kinder-von-leihmuettern-3926524.html>, zuletzt abgerufen 31.01.2026.

⁵ Die Kosten betragen 25.000 bis 150.000 USD, vgl. BT-WD, Leihmutterschaft im europäischen und internationalen Vergleich (WD 9 – 3000 – 039/18), 2018, S. 53, 63.

⁶ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2673.

⁷ MüKoBGB-Helms, EGBGB Art. 22 Rn. 21.

⁸ Heiderhoff, in: BeckOK-BGB, EGBGB Art. 22 Rn. 12.

⁹ Braun, StAZ 2021, 97, 99.

¹⁰ Reinhardt, JAmt 2021, 129, 131.

¹¹ Rieks, Anerkennung im internationalen Privatrecht, 2012, S. 23.

¹² Zimmermann, NZFam 2016, 150, 152.

¹³ Markwardt, in: BeckOGK, HAdoptÜ Art. 23 Rn. 6.

¹⁴ Hausmann, IntEuFamR, P. Rn. 23.

¹⁵ Markwardt, in: BeckOGK, HAdoptÜ Art. 24 Rn. 3.

¹⁶ Vgl. Parra-Aranguren-Report, Nr. 408, assets.hcch.net/docs/78e18c87-fdc7-4d86-b58c-c8fdd5795c1a.pdf, zuletzt abgerufen 31.01.2026; Maurer, FamRZ 2003, 1137, 1139.

¹⁷ MüKoBGB-Helms, AdÜbAG Art. 24 Rn. 2.

3. Gerichtliche Anerkennungsfeststellung nach § 2 AdWirkG

Findet das HAdoptÜ keine Anwendung oder fehlt die Konformitätsbescheinigung, richtet sich die Anerkennung nach autonomem Recht, konkret nach § 2 AdWirkG.

Für internationale Adoptionen ist eine gerichtliche Anerkennungsfeststellung zwingend vorgesehen, die ein erneutes Adoptionsverfahren im Inland entbehrlich macht.¹⁸ Ziel der reformierten gesetzlichen Regelungen ist die Eindämmung unbegleiteter Adoptionen durch die Vermittlungspflicht nach § 2a Abs. 2 AdWirkG.¹⁹ Erfolgt eine Adoption dennoch ohne Beteiligung einer deutschen Vermittlungsstelle, erkennt das Gericht sie gem. § 4 AdWirkG nur an, wenn dies zum Kindeswohl erforderlich ist und die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu erwarten ist.

Darüber hinaus unterliegt die Anerkennung den Versagungsgründen des § 109 FamFG, insbesondere dem abgeschwächten (*effet atténué*)²⁰ anerkennungsrechtlichen *ordre public* gem. § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG. Die Anerkennung ist ausgeschlossen, wenn sie zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts, insbesondere mit den Grundrechten offensichtlich unvereinbar ist (*ordre public*).²¹ Eine inhaltliche Überprüfung der Entscheidung ist dabei ausgeschlossen (Verbot der *révision au fond*),²² ebenso eine Bewertung der ausländischen Rechtsordnung. Entscheidend ist allein, ob das Ergebnis der Anerkennung nach inländischen Maßstäben als untragbar empfunden wird.²³

II. Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung im Fall von Leihmutterschaft

1. Rechtsvergleichender Überblick

Die Leihmutterschaft ist in Deutschland indirekt verboten. Dies ergibt sich aus den Sanktionen gem. § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG und §§ 13a–13d AdVerMiG sowie aus § 1591 BGB, wonach die Frau, die das Kind geboren hat, stets als rechtliche Mutter gilt.²⁴ Eine Durchführung der Leihmutterschaft im Ausland kann jedoch nicht verhindert werden,²⁵ sodass es regelmäßig zu Anerkennungsfragen kommt. International bestehen unterschiedliche Regelungsmodelle, die von der Zulassung ausschließlich altruistischer Leihmutterschaften²⁶ (z.B. Portugal und Kanada) bis hin zur Erlaubnis kommerzieller Modelle reichen (z.B. Ukraine und Kalifornien).²⁷

2. Anerkennung nach § 108 ff. FamFG

Mangels spezieller internationaler Übereinkommen für grenzüberschreitende Leihmutterschaftsfälle richtet sich die

Anerkennung ausländischer Abstammungsentscheidungen nach §§ 108 ff. FamFG.²⁸

Voraussetzung ist das Vorliegen einer anerkennungs-fähigen Entscheidung, also eine solche, die in einem rechtlich geordneten Verfahren eine Rechtsfrage endgültig entscheidet.²⁹ Problematisch sind Konstellationen, in denen ausländische Stellen lediglich registrierend tätig werden, etwa durch die Ausstellung einer Geburtsurkunde oder die Eintragung in ein Personenstandsregister.³⁰ In derartigen Fällen fehlt es meist an einer konstitutiven Entscheidung, sodass eine Anerkennung ausscheidet.³¹ Sodann richtet sich die Abstammung kollisionsrechtlich nach Art. 19 EGBGB, was häufig zur Anwendung deutschen Rechts führt und die Leihmutter als rechtliche Mutter einordnet.

Die Anerkennung ausländischer Abstammungsentscheidungen unterliegt den Versagungsgründen des § 109 FamFG, relevant ist vor allem ein möglicher Verstoß gegen § 109 I Nr. 4 FamFG. Nachdem Leihmutterschaftsfälle lange hinsichtlich der Reichweite des *Ordre-public*-Vorbehalts zu unterschiedlichen Ergebnissen in der Rechtsprechung führten,³² erging 2014 eine wegweisende Entscheidung des BGH: In dem klassischen Fall einer im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft, bei der ein Wunschelternteil – im Gegensatz zur Leihmutter (1) – mit dem Kind genetisch verwandt ist (2) und die Leihmutter sich freiwillig dazu entschieden hat, das Kind herauszugeben (3), ist die ausländische Abstammungsentscheidung anzuerkennen.³³ Ob eine Anerkennung auch bei fehlender genetischer Verbindung möglich ist, ließ der BGH offen.³⁴

C. Vergleichende Analyse des Schutzes der Beteiligten

Die Adoption sowie die Leihmutterschaft betreffen eine Vielzahl familienrechtlicher Belange und berühren die Beteiligten – das Kind, die leiblichen Eltern bzw. die Leihmutter und die Adoptiv- bzw. die Wunscheltern – in ihren Rechten und Interessen. Vorrangig sollen diese durch spezifische materielle und formelle Verfahrensvorschriften geschützt werden. Zur Gewährleistung eines umfassenden Schutzes ist zusätzlich im Rahmen der Anerkennung eine eingehende Ergebniskontrolle unumgänglich, wobei die Vereinbarkeit mit dem *ordre public* zu prüfen ist. Im Folgenden wird anhand einer Gegenüberstellung der Verfahrensvorschriften und Maßstäbe der Rechtsprechung untersucht, wie umfangreich der Schutz realisiert wird und wie wirksam er in Bezug auf das Kindeswohl ist.

I. Schutzvorschriften im Verfahren

1. Schutzregime bei internationalen Adoptionen

Zur Gewährleistung einer kontrollierten Adoptionsvermittlung des anzunehmenden Kindes und der Adoptionsbewerber sehen das AdÜbAG und das AdVerMiG detaillierte Verfahrensvorschriften vor.

¹⁸ BT-Drucks. 14/6011, S. 28 f.; Zimmermann, NZFam 2016, 249, 249.

¹⁹ BT-Drucks. 19/16718, S. 27.

²⁰ BGH, NJW 2020, 3026, 3031; Kropholler, IPR, § 60 S. 667.

²¹ Kropholler, IPR, § 60 S. 667.

²² OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 22.12.2011, Rn. 12; Wagner, FamRZ 2006, 744, 752.

²³ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.10.2003 (openjur), Rn. 24.

²⁴ Duden, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2015, S. 17.

²⁵ Heiderhoff, NJW 2014, 2673, 2673.

²⁶ Dethloff, in: Ditzgen/Weller (Hrsg.), Regulierung der Leihmutterschaft, 2018, S. 55, 58.

²⁷ Vgl. BT-WD, WD 9 – 3000 – 039/18.

²⁸ Hösel, Grenzüberschreitende Leihmutterschaft als Herausforderung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, 2020, S. 87 f.

²⁹ MüKoFamFG-Rauscher, § 108 Rn. 15.

³⁰ Duden, S. 115 f.

³¹ OLG Celle, Beschl. v. 23.1.2023, NZFam 2023, 784, 786.

³² Vgl. VG Berlin, Beschl. v. 26.11.2009 (openjur); KG Berlin, Beschl. v. 1.8.2013 (openjur); AG Neuss, Beschl. v. 13.5.2013 (openjur).

³³ BGHZ 203, 350, 359, 365 f.

³⁴ BGHZ 203, 350, 367.

a) Schutz des Kindes

Diese Vorschriften gewährleisten primär die rechtliche Adoptierbarkeit des Kindes und verhindern die Vermittlung an Personen, die zur Übernahme der elterlichen Sorge ungeeignet sind. Damit soll ein kommerzieller Kinderhandel unterbunden werden.³⁵

aa) Obligatorischer Verfahrensgang nach den Vorgaben des AdÜbAG

Das AdÜbAG konkretisiert für Deutschland die sachlichen Mindestvoraussetzungen der Vermittlung aus Art. 4 f. HAdoptÜ. Es findet ausschließlich Anwendung auf internationale Adoptionsverfahren mit Vertragsstaaten des HAdoptÜ (§ 10 AdÜbAG) und genießt gem. Art. 25 S. 2 GG Vorrang vor den allgemeinen Regelungen des AdVermiG.³⁶

Adoptionsbewerber müssen sich bei Interesse an einer Auslandsadoption gem. § 4 Abs. 1 AdÜbAG an die Vermittlungsstelle ihres gewöhnlichen Aufenthalts wenden; ein direkter Kontakt zur Behörde des Heimatstaates ist nicht zulässig.³⁷ Die Adoption ist ausschließlich über die nach Art. 6, 7 HAdoptÜ zu benennenden Behörden abzuwickeln.³⁸ Nach einer umfassenden Vorbereitung der Bewerber gem. § 9 Abs. 1 AdVermiG erfolgt im Rahmen eines zweistufigen Verfahrens nach § 2c Abs. 1 AdVermiG eine umfassende Eignungsprüfung nach § 7b Abs. 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 AdVermiG. Die prognostische Prüfung erfasst alle relevanten Lebensumstände³⁹ und orientiert sich an den Erfordernissen des Einzelfalls,⁴⁰ um die Ermittlung der bestmöglichen Bewerber sicherzustellen.⁴¹ Der Eignungsbericht wird gem. Art. 15 HAdoptÜ, § 4 Abs. 5 AdÜbAG an die Behörde des Heimatstaates übermittelt. Diese prüft gem. Art. 4 lit. a–c HAdoptÜ die Adoptionsbedürftigkeit des von ihr angedachten Kindes und sichert alle erforderlichen Zustimmungen. Zudem gewährleistet sie gem. Art. 4 lit. d HAdoptÜ die Unterrichtung und Beratung des Kindes sowie die Berücksichtigung seiner Wünsche und, falls nach dem angewandten Adoptionsrecht erforderlich, dessen eigene Zustimmung. Ist die Behörde von der Adoptierbarkeit des Kindes überzeugt, übermittelt sie gem. Art. 16 Abs. 1 lit. a HAdoptÜ ihren Bericht mitsamt einem Vermittlungsvorschlag an die hiesige Vermittlungsstelle. Nach positiver Bewertung des Vorschlags nach § 5 Abs. 1 AdÜbAG und Entscheidung der Bewerber zur Annahme des Kindes gem. § 7 AdÜbAG erteilt die Vermittlungsstelle gem. § 5 Abs. 3 S. 2 AdÜbAG ihre Zustimmung zur Fortführung des Verfahrens nach Art. 17 lit. c HAdoptÜ. Danach kann das gerichtliche Adoptionsverfahren eingeleitet werden.⁴² Der nachhaltige Erfolg der Adoption wird durch die Nachbegleitung gem. § 9 Abs. 2 AdVermiG gesichert.

³⁵ HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdÜbAG Einleitung Rn. 1.

³⁶ HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdVermiG § 2a Rn. 9.

³⁷ HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdÜbAG § 4 Rn. 1.

³⁸ Oder über andere autorisierte Fachstellen i. S. v. Art. 22 Abs. 1 HAdoptÜ.

³⁹ BT-Drucks. 14/6011, S. 29.

⁴⁰ HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdVermiG § 7 Rn. 3.

⁴¹ Darauf weist der EGMR hin, vgl. EGMR, *Fréte c. France*, Nr. 36515/97, Rn. 42.

⁴² HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdÜbAG Rn. 15.

bb) Verfahrensvorschriften des AdVermiG

Die Vermittlung aus Nichtvertragsstaaten des HAdoptÜ richtet sich ausschließlich nach dem AdVermiG; eine analoge Anwendung des AdÜbAG ist ausgeschlossen.⁴³ Gleichwohl sind die Schutzstandards des HAdoptÜ gem. § 2c AdVermiG als übergeordnete Maßstäbe zu beachten.⁴⁴ So ist auch die Kooperation mit ausländischen Fachstellen erforderlich.⁴⁵ Die Vermittlungsstelle prüft den Vermittlungsvorschlag des Heimatstaates anhand der Schutzstandards des § 2c Abs. 3 AdVermiG. Nach einer daran anschließenden positiven Entscheidung der Bewerber erklärt die Auslandsvermittlungsstelle gem. § 2c Abs. 5 S. 2 und Abs. 6 AdVermiG die Fortsetzung des Verfahrens.

b) Schutz der leiblichen Eltern

Die im AdÜbAG und im AdVermiG verankerten Vorschriften dienen auch dem Schutz der leiblichen Eltern des Kindes, indem sie vorschnelle Adoptionsfreigaben vorbeugen. Nach Art. 4 lit. c Nr. 1–3 HAdoptÜ ist es Aufgabe der Behörde des Heimatstaates sicherzustellen, dass die Zustimmung zur Adoption ordnungsgemäß erteilt wurde. Das Erfordernis wurde auch in § 2c Abs. 3 Nr. 3 AdWirkG aufgenommen. Notwendig ist, dass die Zustimmung nach umfassender Beratung, formgemäß und ohne Einflussnahme durch Zahlung oder sonstige Gegenleistung erteilt wurde. Zum Schutz der leiblichen Mutter kann ihre Zustimmung gem. Art. 4 lit. d HAdoptÜ erst nach der Geburt erteilt werden, sodass eine mögliche Gesinnungsänderung berücksichtigt wird und vorausgehende Absprachen ausscheiden.

c) Schutz der Adoptionsbewerber

Das AdÜbAG und AdVermiG enthalten außer den verpflichtenden Beratungen keine spezifischen Schutzregelungen für die Bewerber, zumal die durch die Beratung gewährleistete wohlinformierte Zustimmung zur Auslandsadoption⁴⁶ primär dem Kindeswohl dient. Diesem ist das Interesse der Adoptionsbewerber am Gelingen des Adoptionsverfahrens untergeordnet.

2. Vorschriften des Durchführungslandes der Leihmutterschaft

Da für Fälle der Leihmutterschaft kein international bedeutsames Übereinkommen existiert, unterliegen die Verfahrensregeln ausschließlich den Bestimmungen des jeweiligen Durchführungslandes. Im Folgenden werden die Rechtsordnungen der Ukraine und Kanadas im Überblick beleuchtet, um zwei kontrastierende Schutzregime aufzuzeigen: eines mit einem minimalistischen Schutzniveau und eines, das durch ein detailliertes System den Schutz der Beteiligten gewährleistet.

⁴³ BVerwGE 138, 77, 79 f.

⁴⁴ BT-Drucks. 19/16718, S. 41; HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdÜbAG Rn. 12.

⁴⁵ HK-AdoptionsR-Reinhardt, AdVermiG § 2c Rn. 3.

⁴⁶ Steiger, Das neue Recht der internationalen Adoption und Adoptionsvermittlung, 2002, S. 25.

a) Ukraine

Die ukrainische Gesetzgebung zur Leihmutterschaft gilt als liberal, aber lückenhaft.⁴⁷ Bei medizinischer Indikation⁴⁸ und genetischer Verbindung⁴⁹ zu mindestens einem der Wunschelternteile ist eine Leihmutterschaft zulässig. Eine Vergütung der Leihmutter ist dabei nicht ausgeschlossen.⁵⁰ Da das ukrainische Recht eine Leihmutterschaftsvereinbarung nicht ausdrücklich vorsieht,⁵¹ bestehen nur sehr allgemeine Anforderungen an die Vertragsgestaltung. Es obliegt den Parteien, zahlreiche Einzelheiten der Leihmutterschaftsvereinbarung selbst zu bestimmen, einschließlich höchstpersönlicher Aspekte wie den Umfang der medizinischen Versorgung und der Lebensweise während der Schwangerschaft.⁵²

Das Familiengesetzbuch erkennt gem. Art. 123 Abs. 2 ukrFamGB die Wunscheltern als gesetzliche Eltern an, ohne dabei eine Prüfung des Wohls des Kindes vorzunehmen. Zudem fehlen Schutzvorschriften zugunsten der Leihmutter: Da die Wunscheltern kraft Gesetzes als rechtliche Eltern gelten, wird der Leihmutter jegliche Möglichkeit verwehrt, die Mutterschaft der Wunschmutter anzugreifen und selbst als rechtliche Mutter des Kindes anerkannt zu werden.⁵³ Darüber hinaus besteht keine Option, sich von der Vereinbarung zu lösen,⁵⁴ sodass die Leihmutter zur Herausgabe des Kindes gezwungen werden kann.⁵⁵

b) Kanada

Im Gegensatz dazu zeichnet sich Kanada durch ein streng reguliertes System aus, das sowohl auf den Schutz des Kindes als auch auf den der Leihmutter besonderen Wert legt.⁵⁶ Auf Bundesebene regelt der AHR Act die grundlegenden Aspekte von Leihmutterschaften, wie das Verbot der kommerziellen Leihmutterschaft in Sec 12 AHR Act.⁵⁷ Ergänzt wird der AHR Act durch die Bestimmungen der kanadischen Provinzen, welche die abstammungsrechtliche Zuordnung und die Details der Leihmutterschaftsvereinbarungen regeln.

Besonders hervorzuheben ist das Schutzregime der Provinz Ontario. Der Children's Law Reform Act (CLRA) stellt in Sec 10 Abs. 1 und 2 Ziffer 1 und 4 CLRA detaillierte Anforderungen an die Leihmutterschaftsvereinbarungen. Vor Abschluss dieser Vereinbarung müssen die Leihmutter und die Wunscheltern rechtliche Beratung in Anspruch nehmen, um sicherzustellen, dass sie sich der rechtlichen und emotionalen Implikationen bewusst sind (Sec 10 Abs. 2 Ziffer 2 CLRA). Darüber hinaus erlangt zunächst die Leihmutter den rechtlichen Status der Mutter. Die Wunscheltern werden gem. Sec 10 Abs. 3 und 4 CLRA erst dann als rechtliche Eltern anerkannt, wenn die Vereinbarung nicht vor der Geburt widerrufen wurde und die Leihmutter frühestens sieben Tage nach der Geburt erneut ihr

Einverständnis schriftlich erklärt. Zwar können die Wunscheltern bei Weigerung der Leihmutter, die Verzichtserklärung abzugeben, gem. Sec 10 Abs. 6 CLRA eine gerichtliche Feststellung der Abstammung beantragen, das Gericht trifft dann aber in seinem Ermessen die für das Kindeswohl beste Abstammungsentscheidung.

3. Zwischenergebnis

Für internationale Adoptionen existiert ein elaboriertes System, das durch enge Kooperation und strikte Vorschriften den umfassenden Schutz der involvierten Parteien gewährleistet. Dieses System wurde sogar jüngst durch die Einführung des Vermittlungsgebots verstärkt. Dazu bildet die Leihmutterschaft einen starken Kontrast: Es fehlt nicht nur an einem vergleichbaren regulatorischen Rahmen, sondern es bestehen erhebliche Divergenzen im Schutzniveau, abhängig vom Durchführungsland. Je nach Wahl des Landes haben die Wunscheltern die Möglichkeit, Leihmutterschaftsvereinbarungen ohne Vermittlungsinstanzen und prozessuale Verfahrensschritte einzugehen, was die Gefahr der Ausbeutung von Leihmüttern erhöht.

II. Ordre-public-Vorbehalt als Ergebniskontrolle

1. Ordre-public-Vorbehalt bei ausländischen Adoptionsentscheidungen

Sowohl bei ausländischen Adoptionsentscheidungen nach dem AdÜbAG als auch nach dem AdWirkG ist der Vorbehalt des *ordre public* nach § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG im Verfahren nach § 2 ff. AdWirkG zu prüfen. Zwar enthält der *ordre public* des Art. 24 HAdoptÜ den Zusatz des Kindeswohls, da dieses aber das primäre Grundprinzip des HAdoptÜ ist,⁵⁸ wirkt es nur verstärkend auf den *ordre public* ein.⁵⁹ Zum Schutz des Kindes kann es erforderlich sein, die Anerkennung zu versagen.

a) Grundsätze

Grundsätzlich kann sich ein Ordre-public-Verstoß in einer fehlenden Anhörung des Kindes⁶⁰ und in dem Mitwirken des Annehmenden bei einer rechtswidrigen Verbringung zum Zweck der Adoption manifestieren.⁶¹ Ein Verstoß gegen den *ordre public* liegt dagegen nicht vor, wenn nicht das nach Art. 22 EGBGB berufene Adoptionsstatut angewandt wurde.⁶² Auch der Ausspruch einer schwachen Adoption in der ausländischen Entscheidung anstatt einer nach deutscher Sicht starken Adoption bedeutet keinen Verstoß, zumal nach § 2 Abs. 3 AdWirkG ein Umwandlungsverfahren ausdrücklich möglich ist.⁶³ Da das Kindeswohl der entscheidende Maßstab einer Adoption darstellt, ist die Frage, wann die Anerkennung aufgrund einer ungenügenden Berücksichtigung des Kindeswohls zu versagen ist, von besonderer Bedeutung.

⁴⁷ Sarnacka/Demchenko, RECoL 2024, 223, 232.

⁴⁸ AusIFamR-Debrycky, Ukraine Rn. 29.

⁴⁹ Gryshchenko/Pravdyuk, in: Sills (Hrsg.), Handbook of Gestational Surrogacy, 2016, S. 250, 252.

⁵⁰ Miler, Transformacje Prawa Prywatnego (TPP) 2023, 121, 127.

⁵¹ Shvets, StAZ 2021, 133, 136.

⁵² Sarnacka/Demchenko, RECoL 2024, 223, 233.

⁵³ Miler, TPP 2023, 121, 129.

⁵⁴ Shvets, StAZ 2021, 133, 137.

⁵⁵ Miler, TPP 2023, 121, 128; a.A. Shvets, StAZ 2021, 133, 137.

⁵⁶ BT-WD, WD 9-3000-039/18, S. 64.

⁵⁷ Nelson, in: Sills (Hrsg.), Handbook of Gestational Surrogacy, 2016, S. 123, 124 f.

⁵⁸ Hausmann, IntEuFamR, P. Rn. 14.

⁵⁹ Parra-Aranguren-Report, Nr. 426;

MüKoFamFG-Botthof, HAdoptÜ Art. 24 Rn. 3.

⁶⁰ OLG Frankfurt, Beschl. v. 22.12.2011, Rn. 15.

⁶¹ Markwardt, in: BeckOGK, EGBGB Art. 22 Rn. 185.

⁶² BayObLGZ 1968, 331, 341.

⁶³ Markwardt, in: BeckOGK, EGBGB Art. 22 Rn. 194.

b) Unzureichende Prüfung des Kindeswohls

Das Kindeswohl ist verfassungsrechtlich gem. Art. 6 Abs. 2 GG und einfachgesetzlich in §§ 1666, 1697a BGB geschützt und stellt den zentralen Maßstab für in Kindschaftssachen zu treffenden Entscheidungen der Instanzgerichte dar.⁶⁴ Darüber hinaus findet es international Ausdruck in Art. 24 GRC und Art. 3 KRK.⁶⁵ Zu den wesentlichen Voraussetzungen des deutschen Rechts zählt die Ausrichtung der Adoption am Kindeswohl (vgl. § 1741 Abs. 1 BGB).⁶⁶ Nach allgemeiner Ansicht ist die Anerkennung der ausländischen Adoptionsentscheidung ausgeschlossen, wenn keine oder nur eine unzureichende Kindeswohlprüfung stattgefunden hat.⁶⁷ Um eine hinsichtlich des Kindeswohls bestmögliche Entscheidung zu treffen, müssen stets die Anerkennungsfolgen betrachtet werden.⁶⁸ Dabei setzt sich die Kindeswohlprüfung aus drei Elementen zusammen: dem Adoptionsbedürfnis des Kindes, der Eignung der Adoptionsbewerber und dem konkreten „Matching“ der beiden Parteien.⁶⁹

aa) Prüfung der Adoptionsbedürftigkeit

Angesichts des Interesses des Kindes an der Wahrung seiner kulturellen Identität⁷⁰ sowie seines Rechts auf seine eigenen Eltern⁷¹ prüft die Behörde nicht nur ein einfaches Adoptionsbedürfnis, sondern auch die Notwendigkeit der Grenzüberschreitung durch die internationale Adoption.⁷² Nach dem Subsidiaritätsprinzip der internationalen Adoption⁷³ darf ein Kind erst zur internationalen Adoption freigegeben werden, wenn eine adäquate Betreuung weder durch Angehörige noch durch eine Adoptiv- oder Pflegefamilie im Heimatstaat gewährleistet werden kann.⁷⁴

Die Rechtsprechung hat sich von dem Standpunkt entfernt, dass es für die Kindeswohlprüfung ausreichend sei, wenn das Gericht des Heimatstaates nach Anhörung der Bewerber zu der Auffassung gelangt, die Adoption liege im besten Interesse und Wohl des Kindes.⁷⁵ Die Anerkennung ist zu versagen, wenn die Prüfung der Adoptionsbedürftigkeit fehlerhaft war, insbesondere bei Missachtung der Subsidiarität der Auslandsadoption oder infolge unzureichender Sachverhaltsaufklärung.⁷⁶ Die Schwelle zum *ordre-public*-Verstoß ist auch dann überschritten, wenn die Adoption ausschließlich darauf abzielt, die deutsche Staatsbürgerschaft zu erlangen⁷⁷ oder primär mit materiellen Vorteilen für das Kind begründet wird.⁷⁸

⁶⁴ BVerfGK 6, 316, 320.

⁶⁵ Engel, ZEuP 2014, 538, 552.

⁶⁶ BT-Drucks. 14/6011, S. 29.

⁶⁷ OLG Hamm, Beschl. v. 12.8.2010, Rn. 16;

MüKoFamFG-Rauscher, § 109 Rn. 44c.

⁶⁸ Markwardt, in: BeckOGK, HAdoptÜ Art. 24 Rn. 8.

⁶⁹ BT-Drs. 14/6011, S. 26, 28 f.;

Benicke, in: FS Hoffmann, 2011, S. 545, 546.

⁷⁰ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2011, Rn. 31.

⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2011, Rn. 28.

⁷² Benicke, S. 545, 546.

⁷³ Vgl. Präambel des HAdoptÜ; so auch schon Art. 21 lit. b KRK.

⁷⁴ Hausmann, IntEuFamR, P. Rn. 14.

⁷⁵ BayObLGZ 2000, 180, 185.

⁷⁶ OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.12.2014, FamRZ 2015, 1640, 1641.

⁷⁷ OLG Celle, Beschl. v. 5.12.2007, Rn. 2.

⁷⁸ OLG Celle, Beschl. v. 11.4.2008 (juris), Rn. 7 f.; Benicke, S. 545, 554.

bb) Prüfung der Eignung der Adoptionsbewerber

Lange war umstritten, ob die Eignungsprüfung der Bewerber zwingend im ausländischen Adoptionsverfahren erfolgen muss oder im Anerkennungsverfahren nachgeholt werden kann.⁷⁹ Mit § 4 Abs. 1 S. 1 AdWirkG ist nun klargestellt, dass unbegleitete Adoptionen nicht anerkennungsfähig sind, was bedeutet, dass eine von den Behörden des Aufnahmeestaates vorgenommene Eignungsprüfung der Bewerber zwingend erforderlich ist. Bei fehlender Eignungsprüfung kann die Entscheidung nur nach den Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 S. 2 AdWirkG anerkannt werden.

cc) Matching

Letzter Schritt der Kindeswohlprüfung ist das Matching in der konkreten Fallkonstellation. Dies bezeichnet die Auswahl geeigneter Adoptionsbewerber für das adoptionsbedürftige Kind.⁸⁰ Es kann Fälle geben, in denen eine Adoption nicht den Mindestanforderungen des deutschen Rechts entspricht. Nach diesem darf eine Adoption erst nach der Probezeit gem. § 1744 BGB ausgesprochen werden. Vor allem bei Kindern über sechs Jahren ist dies für die Prognose, ob eine Eltern-Kind-Beziehung zustande kommen wird, unerlässlich.⁸¹ Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die Adoptionsentscheidung trotz eines derartigen Mangels anerkannt werden kann, wenn sie zum Zeitpunkt der Anerkennungsentscheidung dem Kindeswohl entspricht.⁸² Befürwortet wird dies vor allem im Hinblick auf die Vermeidung hinkender Adoptionsverhältnisse. Denn bei einer Anerkennungsverweigerung würde das Kind aus dem Blick des Heimatstaates als angenommen gelten, aus deutscher Sicht hingegen nicht. Da dies Auswirkungen auf das Sorge- und Erbrecht sowie auf die Staatsangehörigkeit des Kindes hat, soll der rechtlich ungesicherte Status mit dem Kindeswohl kaum vereinbar sein.⁸³ Dies kann allerdings nicht überzeugen.

Selbst wenn man unterstellt, dass die Eignungsprüfung vor der Änderung des AdWirkG im Anerkennungsverfahren nachgeholt werden konnte, umfasst die Gesetzesbegründung nicht die gesamte Kindeswohlprüfung.⁸⁴ Es kann nicht von einer Nachholbarkeit der Eignungsprüfung auf die Nachholbarkeit der gesamten Kindeswohlprüfung geschlossen werden.⁸⁵ Zudem basiert diese Argumentation auf der Annahme, dass zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt – dem Zeitpunkt der Anerkennungsentscheidung – alle Umstände zu berücksichtigen sind.⁸⁶ Zwar ist es Zustimmungswürdig, dass der Zeitpunkt der Anerkennung für die Bestimmung eines möglichen Verstoßes gegen den *ordre public* entscheidend ist,⁸⁷ es können aber nicht sämtliche tatsächlichen Veränderungen berücksichtigt werden, die seit dem Erlass der Adoptionsentscheidung eingetreten sind.⁸⁸ Anderenfalls würde das Anerkennungsverfahren zu einem neuen Verfahren mit einer

⁷⁹ Für eine Nachholung AG Hamm, Beschl. v. 17.4.2006, Rn. 36;

Majer, NZFam 2015, 1138, 1150.

⁸⁰ Steiger, S. 64.

⁸¹ AG Hamm, Beschl. v. 13.1.2006 (juris), Rn. 26.

⁸² AG Hamm, Beschl. v. 13.1.2006, Rn. 26.

⁸³ Staudinger, FamRBint 2007, 42, 46.

⁸⁴ Weitzel, IPRax 2007, 308, 310.

⁸⁵ So aber Beyer, JAmt 2006, 329, 331.

⁸⁶ Beyer, JAmt 2006, 329, 331 f.; Staudinger, FamRBint 2007, 42, 47.

⁸⁷ BGH, NJW 1989, 2197, 2199; MüKoFamFG-Rauscher, § 109 Rn. 44d;

a.A. AG Frankfurt, Beschl. v. 2.11.2018, FamRZ 2018, 365, 367.

⁸⁸ LG Dresden, Beschl. v. 26.1.2006 (juris), Rn. 9.

eigenen Adoptionsentscheidung ausgeweitet werden, was mit dem gesetzlichen Rahmen nicht vereinbar ist.⁸⁹

Auch das Argument der Vermeidung von hinkenden Adoptionsverhältnissen überzeugt nicht. Denn die Anerkennungsverzögerung ist kein endgültiges Ergebnis und die Bewerber können im Rahmen eines eigenständigen Annahmeverfahrens auch aus deutscher Sicht die rechtliche Elternstellung erlangen.⁹⁰ Dabei muss eine umfassende Kindeswohlprüfung vorgenommen werden, die durchaus zu dem Ergebnis führen kann, dass eine Trennung dem Kindeswohl zuwiderlaufen würde.⁹¹ Um das Kindeswohl vollumfänglich zu wahren, können Fehler der Vermittlung nur durch eine Nachoption beglichen werden. Sonst würde je nach Zeitpunkt des Anerkennungsverfahrens die Frage der Anerkennungsfähigkeit einer Dynamik unterliegen, die zu zufälligen Ergebnissen führt⁹² und die Rechtssicherheit⁹³ sowie das Niveau des grenzüberschreitenden Kinderschutzes deutlich absenkt.⁹⁴

c) Fehlende Zustimmung der leiblichen Eltern

Fehlt die Zustimmung der leiblichen Eltern, widerspricht die ausländische Entscheidung dem deutschen Grundsatz, dass für die Adoption eines Minderjährigen gemäß § 1747 BGB die Einwilligung der Beteiligten zwingend erforderlich ist. Ein Verstoß gegen den *ordre public* wäre daher grundsätzlich anzunehmen.⁹⁵ Eine Ausnahme kann jedoch dann vorliegen, wenn schwerwiegende Gründe das Fehlen der Einwilligung rechtfertigen,⁹⁶ etwa wenn ein nichtehelicher Vater kein Interesse an dem Kind gezeigt hat.⁹⁷ Auch kann die Einwilligung der leiblichen Mutter durch die gerichtliche Feststellung ihrer Gleichgültigkeit ersetzt werden.⁹⁸

2. Ordre-public-Vorbehalt bei ausländischen Abstammungsentscheidungen

Die aufgezeigten Anerkennungsgrundsätze des BGH sichern den Schutz der beteiligten Parteien, indem sie gewährleisten, dass ausschließlich jene Entscheidungen anerkannt werden, die im Einklang mit dem *ordre public* stehen.

a) Schutz des Kindes

Zum Schutz der Rechte des Kindes ist zu prüfen, ob eine Verletzung seiner Grundrechte vorliegt und ob die Anerkennung das Kindeswohl gefährdet.

aa) Verletzung der Menschenwürde

Primär wird diskutiert, ob das Kind durch die Leihmutterschaft in seiner Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG beeinträchtigt wird. Dass das Kind durch die Leihmutterschaft per se zu einem Objekt kommerziellen Handels gemacht wird, wird mehrheitlich abgelehnt.⁹⁹ Zudem ist es widersprüchlich, durch die Geburt durch die Leihmutter die Entstehung der Rechtsträgerschaft der Menschenwürde und zugleich eine

Verletzung dieser anzunehmen.¹⁰⁰ Eine Verletzung kommt nur in Einzelfällen in Betracht, etwa wenn die Zahlung bei einer kommerziellen Leihmutterschaft nicht als Entlohnung für die Schwangerschaft, sondern als Anreiz zur Herausgabe des Kindes erfolgt.¹⁰¹

bb) Kindeswohlprüfung

Das Kindeswohl muss den zentralen Aspekt der Prüfung des *ordre public* darstellen.¹⁰² Dass die Leihmutterschaft von sich aus eine Gefahr für das Kindeswohl darstellt, ist nicht ersichtlich.¹⁰³ Der BGH argumentiert sogar, dass es im Interesse des Kindeswohls unerlässlich sei, die rechtliche Elternstellung den Wunscheltern zuzusprechen.¹⁰⁴ Dem Kind steht ein spiegelbildliches Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 2 GG und Art. 8 Abs. 1 EMRK zu, welches die rechtliche Feststellung der Abstammung umfasst.¹⁰⁵ Zudem folgt aus der Menschenwürde des Kindes sowie seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) das Recht, durch seine Abstammung auch eine Staatsangehörigkeit zu erwerben. Verwehrt der Staat den Wunscheltern die Elternschaft, verwehrt er auch dem Kind eine rechtlich gesicherte elterliche Pflege und Erziehung¹⁰⁶ und begründet die Gefahr der Staatenlosigkeit.¹⁰⁷ Zudem darf im Rahmen einer umfassenden Betrachtung nicht außer Acht gelassen werden, dass die Wunscheltern die Elternstellung einnehmen wollen und dieses Zusammenleben für das Kindeswohl förderlicher ist, als wenn es den Wunscheltern abgenommen wird und die Leihmutter es im Anschluss nur widerwillig aufnimmt.¹⁰⁸

b) Schutz der Leihmutter

Die Leihmutterschaft berührt die Schutzbereiche der Menschenwürde der Leihmutter (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie ihres Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Alt. 2 GG). Ihre Rechte sollen durch die von dem BGH aufgestellten Regeln gewahrt werden.

aa) Keine genetische Verwandtschaft zu dem Kind

Um eine stärkere emotionale Bindung zwischen der Leihmutter und dem Kind zu verhindern, darf diese keine genetische Verbindung zu dem Kind aufweisen.¹⁰⁹ Die Leihmutterschaft wird also nur unter der Bedingung der Eizellenspende anerkannt.

bb) Freiwillige Herausgabe des Kindes

Grundlegender Aspekt der Menschenwürde ist der Schutz der individuellen Selbstbestimmung,¹¹⁰ einschließlich der Freiheit, den eigenen Körper zur Austragung des Kindes für Dritte bereitzustellen.¹¹¹ Entscheidet sich die Leihmutter freiwillig zur Leihmutterschaft, handelt sie als eigenständiges

⁸⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22.6.2010, Rn 26; Weitzel, IPRax 2007, 308, 311.

⁹⁰ Benicke, S. 545, 558; krit. Staudinger, FamRBint 2007, 42, 46.

⁹¹ Reinhardt, JAmt 2006, 325, 328 f.

⁹² Weitzel, IPRax 2007, 308, 311.

⁹³ Beyer, JAmt 2006, 329, 332.

⁹⁴ Weitzel, JAmt 2006, 333, 336.

⁹⁵ OLG München, Beschl. v. 2.8.2013 (juris), Rn. 9;

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.1.2011, Rn. 34 f.

⁹⁶ Fuchs, IPRax 2001, 116, 118; Steiger, DNotZ 2002, 184, 198.

⁹⁷ Markwardt, in: BeckOGK, EGBGB Art. 22 Rn. 200.

⁹⁸ AG Stuttgart, Beschl. v. 27.2.2015 (juris), Rn. 9.

⁹⁹ Duden, S. 183; Hoven/Rostalski, JZ 2022, 482, 483 f.;

a.A. Voss, Leihmutterschaft in Deutschland, 2015, S. 216 ff.

¹⁰⁰ Hösel, S. 125.

¹⁰¹ Hösel, S. 125; Mayer, IPRax 2014, 57, 62.

¹⁰² Behrentin/Grünenwald, NJW 2019, 2057, 2059.

¹⁰³ Duden, S. 185.

¹⁰⁴ BGHZ 203, 350, 368 f.; zustimmend Mayer, IPRax 2014, 57, 60.

¹⁰⁵ V. Scheliha, Familiäre Autonomie und autonome Familie, 2019, S. 221.

¹⁰⁶ Benicke, StAZ 2013, 101, 110; Britz, JZ 2022, 1069, 1070.

¹⁰⁷ Hösel, S. 142 f.; AG Friedberg, Beschl. v. 1.3.2013 (juris), Rn. 25.

¹⁰⁸ Behrentin/Grünenwald, NJW 2019, 2057, 2059; Duden, S. 185.

¹⁰⁹ BGHZ 203, 350, 359; auch Frank, FamRZ 2014, 1525, 1527;

a.A. Hösel, S. 179.

¹¹⁰ Dürig/Herzog/Scholz-Herdeggen, Art. 1 Abs. 1 Rn. 84.

¹¹¹ Humbert, ZRP 2023, 70, 71.

Subjekt und ist nicht in ihrer Menschenwürde verletzt.¹¹² In Fällen, in welchen die Leihmutter beispielsweise ihre Freiwilligkeit nach Geburt notariell beurkunden lässt,¹¹³ ist von dieser auszugehen.¹¹⁴ Die Freiwilligkeit nach Geburt wird jedoch regelmäßig nicht durch das Recht des Durchführungsstaates gesichert. So ermöglicht etwa das kalifornische Recht die gerichtliche Feststellung der Elternschaft der Wunscheltern bereits vor der Geburt.¹¹⁵ Folglich findet die Freiwilligkeit der Leihmutter nur anfänglich Berücksichtigung und wird bei Herausgabe des Kindes nicht geprüft.¹¹⁶ Ihre Freiwilligkeit muss allerdings die gesamte Leihmutterschaft fortbestehen,¹¹⁷ was auch einen Zeitraum nach der Geburt umfasst, in welchem die Leihmutter ihre Entscheidung überdenken kann.¹¹⁸ Indem der BGH die Freiwilligkeit der Herausgabe mangels entgegenstehender Anhaltspunkte vermutet,¹¹⁹ findet dies nicht gebührend Beachtung.

Indem der BGH nur darauf abstellt, ob die Leihmutter das Kind freiwillig herausgegeben hat, ignoriert er zudem die Umstände, die sie zu dieser Entscheidung bewogen haben. Eine ökonomische Motivation bedeutet nicht notwendigerweise, dass dies das einzige Motiv ist oder dass eine finanzielle Ausbeutung der Frau erfolgt.¹²⁰ Allerdings handelt es sich bei einigen Durchführungs- oder Schwellenländern, die sowohl unter unzureichender staatlicher Unterstützung als auch unter stark ausgeprägten patriarchalen Strukturen leiden. Obwohl empirische Belege fehlen,¹²¹ besteht die Gefahr, dass Frauen aufgrund finanzieller Not oder des Drucks durch ihre Ehemänner zur Leihmutterschaft gedrängt werden.¹²² Diese Bedenken wurden zwar im Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Abstammungsrecht aufgegriffen, jedoch finden sie weder in den dort aufgestellten Regelungsempfehlungen¹²³ noch in der Prüfung des *ordre public* Berücksichtigung.

c) Grundrechte der Wunscheltern

Auch die Folgen für die Wunscheltern haben in die Prüfung des *ordre public* einzufließen. So könnte die Anerkennungsverzögerung und die Trennung des Kindes von den Wunscheltern ihr Recht auf Achtung des Familienlebens verletzen. Jedoch garantiert Art. 8 EMRK nicht das Recht, eine Familie zu gründen, sondern setzt eine Familie oder wenigstens eine potenzielle Beziehung voraus.¹²⁴ Für diese Beziehung ist ein Zeitraum von sechs Monaten des Zusammenlebens nicht ausreichend, insbesondere wenn zusätzliche Umstände hinzukommen, wie die rechtswidrigen Bedingungen ihrer Entstehung.¹²⁵ Eine Verletzung ist auch dann abzulehnen, wenn sich durch die Nichtanerkennung keine wesentliche

Beeinträchtigung des faktischen Familienlebens ergibt, da die Familie mit dem Kind weiterhin zusammenleben kann.¹²⁶

3. Zwischenergebnis

Die deutsche Rechtsprechung verfolgt in Bezug auf die Freiwilligkeit der Leihmutter einen Ansatz, der einen hinreichenden Schutz untergräbt. Zudem steht er in einem Missverhältnis zu dem schwerwiegenden *Ordre-public*-Verstoß, der bei einer fehlenden Zustimmung der leiblichen Eltern im Kontext einer internationalen Adoption angenommen wird. Auch die Anerkennung ungeachtet der Bezahlung der Leihmutter steht in einem Missverhältnis zu dem Verbot der Gegenleistung bei einer Adoption. Darüber hinaus überraschen die Ausführungen des BGH zum Kindeswohl: So fällt die Kindeswohlprüfung wesentlich kürzer aus als diejenige, die bei einer ausländischen Adoption durchgeführt wird und thematisiert die Eignung der Wunscheltern überhaupt nicht. Zwar sind die Auswirkungen einer Nichtanerkennung zweifelsohne zu berücksichtigen, doch erscheint die pauschale Annahme, dass Wunscheltern allein aufgrund ihres Wunsches stets geeignet sind und die Anerkennung aufgrund dessen dem Kindeswohl dient, höchst fragwürdig. Dies erinnert an die großzügige Rechtsprechung vor 2002, bei der internationale Adoptionen nahezu immer im Sinne des Kindeswohls anerkannt wurden – eine Linie, von der sich die Gerichte mittlerweile deutlich distanziert haben.

D. Rechtfertigende Gründe für die unterschiedliche rechtliche Behandlung

Es stellt sich die Frage, warum Adoption und Leihmutterschaft anhand dieser stark divergierenden Maßstäbe beurteilt werden. Zwar kann aufgrund der Natur der Leihmutterschaft keine vorgelagerte Prüfung der Annahmebedürftigkeit des Kindes erfolgen, doch rechtfertigt dies nicht die erheblichen Unterschiede hinsichtlich der Einwilligung der Leihmutter und der Kindeswohlprüfung. In Betracht kommt allerdings, dass im Fall einer Leihmutterschaft die Anerkennung der ausländischen Abstammungsentscheidung und damit eine abweichende Handhabung von den Adoptionsvorschriften erforderlich sein könnte, um den Vorgaben höherrangigen Rechts gerecht zu werden:

I. Grundrechtliche Ergebnisvorgaben

Zunächst könnte das Recht auf Familiengründung einen solchen Grund darstellen. Die selbstbestimmte Entscheidung zur Familiengründung wird als vorgelagerter Akt von dem grundrechtlichen Schutz der Familie des Art. 6 Abs. 1 GG umfasst.¹²⁷ Die Reichweite der Familiengründungsfreiheit garantiert jedoch nicht den Zugang zu allen reproduktionsmedizinischen Verfahren.¹²⁸ Die Familiengründung ist als Ausdruck selbstbestimmten Handelns vor staatlichen Eingriffen geschützt, was im Umkehrschluss dazu führt, dass der Gesetzgeber nicht verpflichtet ist, unterstützend einzugreifen.¹²⁹

¹¹² Hösel, S. 118 f.

¹¹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.4.2017, FamRZ 2015, 1638, 1640.

¹¹⁴ So etwa Dethloff, JZ 2016, 207, 208.

¹¹⁵ Dethloff, JZ 2016, 207, 208.

¹¹⁶ Hösel, S. 120.

¹¹⁷ Küppers, Die zivilrechtlichen Folgen der entgeltlichen Tragemutterschaft, 1989, S. 177 f.

¹¹⁸ Duden, S. 203.

¹¹⁹ BGHZ 203, 350, 364–366.

¹²⁰ Aigen, Motivations of Surrogate Mothers, 2006, S. 4.

¹²¹ Teman, Social Science & Medicine 2008, 1104, 1107.

¹²² Engel, ZEuP 2014, 538, 545; Kreß, FPR 2013, 240, 243.

¹²³ Vgl. BMJV, AK Abstammungsrecht Abschlussbericht, 2017, S. 39., https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Fachpublikationen/07042017_AK_Abstimmung_Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

¹²⁴ EGMR (GK), *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Nr. 25358/12, Rn. 141.

¹²⁵ EGMR (GK), *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Rn. 142 ff.

¹²⁶ EGMR, *Mennesson c. France*, Nr. 65192/11;

EGMR, *Labassee c. France*, Nr. 65941/11.

¹²⁷ Dürig/Herzog/Scholz-Herdegen, Art. 1 Abs. 1 GG Rn. 100; Hillgruber, JZ 2020, 12, 14.

¹²⁸ Hillgruber, in: FS Link, 2003, S. 637, 641;

a.A. Coester-Waltjen, RM 2002, 183, 188.

¹²⁹ Lindner, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 1966, S. 223.

II. Supranationale Ergebnisvorgaben

1. Europarecht

Für Leihmutterschaftsfälle, die im EU-Ausland durchgeführt wurden, könnten sich aus den europäischen Grundfreiheiten Vorgaben ergeben. Konkret könnte die Freizügigkeit die Anerkennung einer abstammungsrechtlichen Entscheidung eines anderen Mitgliedstaats voraussetzen. Die Rechtsprechung des EuGH zur Anerkennungspflicht im Namensrecht¹³⁰ und bei gleichgeschlechtlichen Ehen¹³¹ könnte auf weitere Statusverhältnisse im Abstammungsrecht übertragen werden, wodurch sich eine unionale Anerkennungspflicht für entsprechende Rechtslagen herausbilden würde.¹³²

a) Eingriff in die Freizügigkeit, Art. 21 AEUV

Die Freizügigkeit garantiert jedem Unionsbürger als unmittelbares subjektives Recht Bewegungs- und Aufenthaltsfreiheit im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten.¹³³ Dies umfasst auch das Recht, in allen Mitgliedstaaten ein Familienleben zu führen.¹³⁴ Eine Verweigerung der Anerkennung der Abstammungsentscheidung könnte dieses Recht des Kindes erheblich beeinträchtigen,¹³⁵ vorausgesetzt es besitzt die Unionsbürgerschaft.¹³⁶

b) Rechtfertigung, Art. 4 Abs. 2 EUV

Die Beeinträchtigung der Freizügigkeit könnte mit Art. 4 Abs. 2 EUV gerechtfertigt werden, der die Union verpflichtet, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten. Dabei ist der Begriff der nationalen Identität ein europarechtlich vorgeprägter Begriff, der durch die grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten ausgeformt wird.¹³⁷ Zu der nationalen Identität gehören zahlreiche Regelungen des Familienrechts, wie auch die abstammungsrechtliche Zuordnung von Kindern.¹³⁸ Zudem kommt Art. 4 Abs. 2 EUV eine entscheidende Kompetenzverteilungsfunktion zwischen der Union und den Mitgliedstaaten zu.¹³⁹

Der EuGH entschied jedoch, dass die nationale Identität nicht gegen die Anerkennungspflicht zum Zwecke der Freizügigkeit vorgebracht werden kann.¹⁴⁰ Denn die Anerkennungspflicht zwingt den Mitgliedstaat nicht dazu, das Verwandtschaftsverhältnis in seinem sonstigen innerstaatlichen Recht anzuerkennen, sondern bestehe nur, soweit das Kind primär- und sekundärrechtliche Rechte ausübe.¹⁴¹ In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen der Generalanwältin erkannte der EuGH an, dass das Personenstandsrecht nach der derzeitigen Rechtslage in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.¹⁴² Daher besteht eine Anerkennungspflicht nur hinsichtlich der Ausübung von Unionsrechten.

Zur Gewährleistung dieser hat ein Mitgliedstaat unabhängig von der Staatsangehörigkeit und dem familienrechtlichen Status nach inländischem Recht die Einreise und den langfristigen Aufenthalt des durch die Leihmutter geborenen Kindes bei den Wunscheltern zu gestatten. Dies verpflichtet auch zur Ausstellung entsprechender Dokumente zur Ausübung der Freizügigkeit.¹⁴³ Anders verhält es sich aber hinsichtlich der statusrechtlichen Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung für familienrechtliche Zwecke. Denn die rechtliche Definition dessen, was eine Familie oder ein Familienangehöriger ist, betrifft die grundlegenden Strukturen einer Gesellschaft und gehört zur nationalen Identität eines Mitgliedstaats.¹⁴⁴ Daher muss die Entscheidung für familienrechtliche Zwecke nicht anerkannt werden.

c) Zwischenergebnis

Obwohl die Anerkennungspflicht auf die Ausübung im Unionsrecht begründeter Rechte beschränkt ist und damit keine andere Handhabung der Leihmutterschaftsfälle rechtfertigt, könnte die Anerkennungspflicht weitreichende Auswirkungen haben. So könnte bereits die Aussicht auf ein hinkendes Statusverhältnis die Inanspruchnahme der Freizügigkeit erheblich erschweren.¹⁴⁵ Insoweit ließ der EuGH offen, wie weit die Anerkennungspflicht reicht und die Weiterentwicklung eines unionalen Anerkennungsprinzips¹⁴⁶ bleibt angesichts der Kompetenzverteilung und der Sensibilität des Familienrechts spannend.

2. Völkerrechtliche Ergebnisvorgaben

Zudem könnten die betroffenen Menschenrechte zu einer Rechtfertigung führen. Von besonderer Relevanz ist Art. 8 Abs. 1 EMRK und das darin verbürgte Recht auf Achtung des Privatlebens.¹⁴⁷

a) Recht auf Achtung des Privatlebens bei genetischer Verbindung

Wie bereits festgestellt ist das Recht der Wunscheltern nicht verletzt, jedoch könnte eine Rechtfertigung aus dem zu vermeidenden Verstoß gegen das Recht des Kindes auf Schutz seines Privatlebens resultieren. Zu diesem gehört die Begründung einer rechtlichen Abstammung, sodass eine Anerkennungsversagung zur Verletzung dieses Rechts führt. Dabei hebt der EGMR die genetische Verwandtschaft des Wunschelternteils zum Kind hervor, weshalb die Abstammung zu diesem zur Wahrung des Art. 8 Abs. 1 EMRK begründet werden muss.¹⁴⁸

Die genetische Verbindung dient als Abgrenzungskriterium zwischen Leihmutterschaft und Adoption. Dies betonte auch der BGH, der im Falle einer Leihmutterschaft mit genetischer Verbindung auf die konsentiertere homologe Insemination (§ 1600 Abs. 4 BGB) erinnerte, bei der die abstammungsrechtliche Zuordnung des Kindes zum nicht genetisch

¹³⁰ EuGH, Rs. C-438/14 – *Bogendorff von Wolffersdorff*;

EuGH, Rs. C-541/15 – *Freitag*.

¹³¹ EuGH, Rs. C-673/16 – *Coman*.

¹³² *Croon-Gestefeld*, *RabelsZ* 86 (2022), 32, 49.

¹³³ EuGH, Rs. C-413/99 – *Baumbast*, Rn. 80.

¹³⁴ EuGH, *Coman*, Rn. 32.

¹³⁵ *Dethloff*, *AcP* 204 (2004), 544, 558 f.

¹³⁶ Dazu *Duden*, S. 254 ff.

¹³⁷ *Kokott*, Schlussanträge, Rs. C-490/20 v. 15.4.2021, Rn. 70.

¹³⁸ *Kokott*, Rn. 79; EuGH, *Coman*, Rn. 42.

¹³⁹ *Kokott*, Rn. 82 f.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-490/20 – *V.M.A.*, Rn. 56.

¹⁴¹ EuGH, *V.M.A.*, Rn. 57.

¹⁴² EuGH, *V.M.A.*, Rn. 52.

¹⁴³ EuGH, *V.M.A.*, Rn. 50.

¹⁴⁴ *Kokott*, Schlussanträge 15.4.2021, Rn. 95.

¹⁴⁵ *Michel*, in: *Verfassungsblog*, 17.12.2021, <https://verfassungsblog.de/verwandtschaft-zum-zwecke-der-freizugigkeit/>, zuletzt abgerufen am 31.01.2026.

¹⁴⁶ Vgl. KOM, *Recognition of parenthood between Member States*, 2022, <https://tinyurl.com/recognition-parenthood>; *krit. Heiderhoff*, *NJW* 2014, 2673, 2674.

¹⁴⁷ *Hoffmeister*, *Reproduktives Reisen und Elternschaft*, 2021, S. 132.

¹⁴⁸ *Duden*, S. 290.

verwandten Vater auf eine die Existenz des Kindes begründende Vereinbarung zurückzuführen ist.¹⁴⁹

b) Fälle fehlender genetischer Verbindung

Teils wird gefordert, dass auch Fälle ohne genetische Verwandtschaft in gleicher Weise handzuhaben sind. Dabei wird argumentiert, dass die Wunscheltern durch die bewusste Wahl der Leihmutterschaft die Entstehung des Kindes initiiert haben, sodass es in ihrer Absicht liegt, für dieses Kind Sorge zu tragen,¹⁵⁰ und die genetische Verbindung gleichwertig ersetzen könne.¹⁵¹ Dies wird auf das Verantwortungsprinzip des deutschen Abstammungsrechts gestützt, das in der vaterschaftlichen Anerkennung gemäß § 1592 Nr. 2 BGB Ausdruck findet. Diese ist unabhängig von der genetischen Verwandtschaft und basiert allein auf dem voluntativen Element zur Übernahme der Elternverantwortung.¹⁵² Der Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht von 2015 zeigt, dass voluntative Elemente im Statusrecht zunehmend an Bedeutung gewinnen.¹⁵³

Dabei wird jedoch verkannt, dass die Vaterschaftsanerkennung die Mutterstellung der gebärenden Frau unberührt lässt und keine privatautonome Bestimmung beider Elternteile ermöglicht. Hingegen bewirkt eine Leihmutterschaft ohne genetische Verbindung einen vollständigen Austausch der Elternteile und kommt in ihrer Funktion der Adoption gleich.¹⁵⁴ So entschied auch der EGMR in *Paradiso et Campanelli*, dass der Eingriff in das Recht auf Privatleben nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei, da es sich im Fall einer fehlenden genetischen Verbindung um eine grenzüberschreitende Adoption handle.¹⁵⁵ Daher sollte ein solcher Fall durch eine Adoption gelöst werden und eine abweichende Handhabung ist nicht gerechtfertigt.

III. Zwischenergebnis

Das Recht des Kindes gem. Art. 8 Abs. 1 EMRK auf Schutz des Privatlebens erfordert die Anerkennung der Abstammung zum genetischen Elternteil. Dies rechtfertigt jedoch nur eine von den Adoptionsvorschriften abweichende Handhabung in Fällen der genetischen Verwandtschaft.

E. Lösungsansätze

Die aktuelle Situation ist unbefriedigend, die Gefahr der Ausbeutung von Leihmüttern hoch und die Möglichkeit von Geschäften zur Umgehung der Adoptionsvorschriften gegeben. *De lege ferenda* stellt sich die Frage, wie die internationale Leihmutterschaft sachgerecht zu regeln ist. Als Regelungsebenen kommen sowohl ein völkerrechtlicher Vertrag als auch das nationale Recht in Betracht. Zwar wird eine leihmutterschaftsfördernde Öffnung des internationalen Abstammungsrechts vom Deutschen Rat für internationales Privatrecht vorgeschlagen,¹⁵⁶ in erster Linie gehört die Diskussion jedoch nicht in das Internationale Privatrecht. Denn die Regelungstechnik und politischen Gestaltungsabsicht des *ordre public* betreffen keine genuin kollisionsrechtliche, sondern

eine sachrechtliche Fragestellung,¹⁵⁷ weshalb hier vorrangig sachrechtliche Reformen angedacht werden.

I. Ausgangspunkt: Ordre public nur als Übergangslösung

Die bloße Versagung der Anerkennung entsprechender Entscheidungen reicht nicht aus, um der Gefahr von Umgehungsgeschäften durch Leihmutterschaften ohne genetische Verbindung wirksam entgegenzutreten.¹⁵⁸ Der *ordre public* stellt eine unilaterale Bewältigungsmethode internationaler Konflikte dar und fördert die globale Rechtszersplitterung.¹⁵⁹ Daher kann die Anerkennungsverweigerung kein Dauerzustand sein, sondern sollte als Übergangsphase auf dem Weg zu einer völkerrechtlichen Konvention verstanden werden.¹⁶⁰ Der *ordre public* kann sich hierbei als förderlich erweisen, da er nicht nur politische Anreize für eine zwischenstaatliche Konsensbildung setzt, sondern zugleich den zeitlichen Spielraum für die Vorbereitung einer internationalen Lösung gewährt.¹⁶¹

II. Haager Leihmutterschaftsübereinkommen

Ein solches Vorhaben steht bereits seit geraumer Zeit zur Diskussion. Die Haager Konferenz arbeitet an der Entwicklung eines internationalen Instruments, das darauf abzielt, globale Regelungsdifferenzen im Bereich der Leihmutterschaft zu vermitteln.¹⁶² Auf diese Weise könnten Voraussetzungen festgelegt werden, die bestimmen, wann eine internationale Leihmutterschaft zulässig ist und im Inland anerkannt wird.¹⁶³ In Anlehnung an das HAdoptÜ könnte eine Kooperation zwischen Geburts- und Aufnahmestaat vorgeschrieben werden, um die Grundprinzipien des Kindeswohls und der biologischen Verbindung zu wahren.¹⁶⁴ So könnte eine Anerkennung nur erfolgen, wenn die Begründung des Abstammungsverhältnisses im Einklang mit dem Kindeswohl steht, was eine Prüfung der Eignung der Wunscheltern voraussetzt.¹⁶⁵ Die Wahrscheinlichkeit eines zeitnahen Zustandekommens eines solchen Übereinkommens ist jedoch gering. Denn die gesellschaftliche Akzeptanz von Leihmutterschaften variiert zwischen Kulturen und Rechtsordnungen, sodass die Fragmentierung der rechtlichen Landschaft die Einführung harmonisierter Regelungen schwer zu realisieren macht.¹⁶⁶

III. Reform des nationalen Rechts

1. Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Tätigwerdens

Das langfristige Ziel eines internationalen Übereinkommens entbindet den nationalen Gesetzgeber nicht von einem Tätigwerden. Die Leitlinien des BGH zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen im Fall von Leihmutterschaft stehen

¹⁵⁷ Thomale, Mietmutterschaft, S. 92.

¹⁵⁸ So allerdings Hösel, S. 251.

¹⁵⁹ Thomale, ZEuP 2015, 517, 533 f.

¹⁶⁰ Thomale, S. 81.

¹⁶¹ Thomale, S. 81.

¹⁶² Vgl. HCCH, Parentage/Surrogacy Project, <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, zuletzt abgerufen 09.08.2024.

¹⁶³ Thomale, S. 82 f.

¹⁶⁴ Wagner, StAZ 2012, 294, 300.

¹⁶⁵ Vgl. *Beaumont/Trimmings*, in: Dies. (Hrsg.), *International surrogacy Arrangements*, 2013, S. 439, 540; *krit.* zur Förderung des Kindeswohls *Engel*, ZEuP 2014, 538, 560.

¹⁶⁶ *Tertsch*, Reformbedarf im internationalen Abstammungsrecht, 2023, S. 233.

¹⁴⁹ BGHZ 203, 350, 367.

¹⁵⁰ Hösel, S. 174; ähnlich v. *Scheliha*, S. 230 f.

¹⁵¹ Hösel, S. 174.

¹⁵² Hösel, S. 174.

¹⁵³ AK Abstammungsrecht, Abschlussbericht, S. 27.

¹⁵⁴ *Thorn*, in: Budzikiewicz u.a. (Hrsg.), *Familienkollisionsrecht*, 2021, S. 51, 62; wohl auch *Helms*, FamRZ 2015, 245, 246.

¹⁵⁵ EGMR (GK), *Paradiso et Campanelli c. Italie*, Rn. 207.

¹⁵⁶ Vgl. *Mansel*, IPRax 2015, 185, 185.

im Widerspruch zu dem bisherigen Willen des Gesetzgebers, weshalb dieser in Erwägung ziehen könnte, die Gesetzeslage zu reformieren und an die aktuellen Probleme im internationalen Rechtsverkehr anzupassen.¹⁶⁷ Jedenfalls hat er das Rechtsschutzsystem zu korrigieren, das bislang keinen hinreichenden Schutz des Kindeswohls bietet.¹⁶⁸

2. Sachrechtsreform

Obwohl es zunächst widersprüchlich erscheinen mag, durch die Legalisierung der Leihmutterchaft eine Umgehung der Adoptionsvorschriften zu verhindern, könnte ein solcher Schritt den Schutz der Beteiligten gewährleisten und dem Abwandern zu weniger regulierten Angeboten in Drittländern entgegenwirken.¹⁶⁹ Die Verfassungsmäßigkeit der bestehenden Regelungen ist umstritten und Legalisierungsforderungen gewinnen zunehmend an Bedeutung.¹⁷⁰ Sollten diese verfassungsrechtlich geboten sein, ist die genaue Ausgestaltung von Bedeutung: Es gilt zu klären, ob die Leihmutterchaft auf altruistische Modelle¹⁷¹ beschränkt oder auch kommerzielle Formen¹⁷² zulässig sein sollen. Zudem sind Verfahrensvorgaben erforderlich, um das Kindeswohl und die Freiwilligkeit der Leihmutter durch ein angemessenes Widerrufsrecht zu sichern.¹⁷³

3. Antizipiertes Adoptionsverfahren für Leihmutterchaften

Im Ausland begründete Abstammungsfälle könnten zukünftig im Inland nicht anerkannt werden, sofern nicht ein antizipiertes Adoptionsverfahren durchgeführt wurde.¹⁷⁴

a) Französische Adoptionslösung

Diese Lösung entspricht im Wesentlichen der französischen Rechtsprechung zu grenzüberschreitenden Leihmutterchaften. Gem. Art. 16-7 und 16-9 CC sowie den entsprechenden strafrechtlichen Normen ist die Leihmutterchaft auch in Frankreich verboten.¹⁷⁵ Die Rechtsprechung verweigerte lange Zeit, gestützt auf den Verstoß gegen Art. 16-7 und 16-9 CC, die Eintragung der Elternschaft in das Personenstandsregister und betrachtete eine Adoption als unzulässige Umgehung des Verbots.¹⁷⁶ Im Jahr 2017 änderte der Kassationshof im Lichte der EGMR-Entscheidungen *Menesson* und *Labassee* seine Position und erkannte bei Beachtung des Art. 47 CC die Entscheidung an, was zumindest ein Abstammungsverhältnis zu dem leiblichen Wunschvater ermöglichte. Zudem gestattete er die Adoption durch das zweite Wunschelternteil, vorausgesetzt das Kindeswohl wird gewahrt und sämtliche Adoptionsvoraussetzungen sind erfüllt.¹⁷⁷

¹⁶⁷ Mayer, *RabelsZ* 78 (2014), 551, 589.

¹⁶⁸ Thomale, S. 84 f.; a.A. Engel, *ZEuP* 2014, 538, 560.

¹⁶⁹ Paetow, *KriPoZ* 2022, 346, 354; *krit. v. Falkenhayn/Weinberg*, *HerKorr* 2017, 44, 46.

¹⁷⁰ Vgl. Esser, *Ist das Verbot der Leihmutterchaft in Deutschland noch haltbar?*, 2021, S. 777; Hoven/Rostalski, *JZ* 2022, 482, 483 ff.

¹⁷¹ Vgl. Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 92, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf.

¹⁷² Dafür Hoven/Rostalski, *JZ* 2022, 482, 487.

¹⁷³ Gössl/Sanders, *JZ* 2022, 492, 500 f.

¹⁷⁴ Ditzen/Weller, in: Dies. (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterchaft*, S. VII, XI.

¹⁷⁵ Gummersbach, in: Ditzen/Weller (Hrsg.), *Regulierung der Leihmutterchaft*, 2018, S. 101, 101 ff.

¹⁷⁶ Cass., ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105.

¹⁷⁷ Cass., civ. I, 5 juill. 2017, n° 15-28.597.

b) Rechtsunsicherheiten der Adoptionslösung

Ein ernstzunehmendes Risiko besteht darin, dass das Kind potenziellen Gesinnungsänderungen der Wunscheltern ausgesetzt sein könnte.¹⁷⁸ Der BGH bezeichnete ein mögliches Adoptionsverfahren als unzureichende Alternative, da die Gefahr bestehe, dass die Wunscheltern angesichts ihrer Trennung oder einer Behinderung des Kindes von diesem Abstand nehmen.¹⁷⁹ Als Folge bliebe die Leihmutter rechtlich als Elternteil anerkannt, welche allerdings oft weder den Wunsch noch die finanziellen Mittel hat, die Sorge für das Kind zu übernehmen.

c) Geeignetheit des Adoptionsverfahrens

Trotz der teils berechtigten Kritik ist allein das Adoptionsverfahren vollständig auf die Wahrung des Kindeswohls ausgerichtet.¹⁸⁰ Es genügt keinesfalls, die Kindeswohlprüfung damit abzutun, dass es besser sei, ungeeignete Eltern zu haben als keine. Warum sollten die Wunscheltern ohne jegliche Prüfung als die bestmöglichen Eltern angesehen werden? Ein solcher Ansatz würde, stringent zu Ende gedacht, stets eine Eignungsprüfung erfordern, unabhängig von der Art der Zeugung.¹⁸¹ Dies stünde allerdings im Widerspruch zum schrankenlosen elterlichen Recht auf Pflege und Erziehung des Kindes. Daher ist jedenfalls bei der Leihmutterchaft eine Differenzierung geboten, um die Wunscheltern nicht aufgrund ihres Wunsches als rechtliche Eltern des Kindes zu benennen, sondern weil es wünschenswert für das Kind ist.¹⁸² Geeigneter Differenzierungsgrund stellt – im Hinblick auf das Recht des Kindes auf seine eigenen Eltern – das Vorliegen der genetischen Verbindung dar. Der EuGH ließ in den Entscheidungen *Labassee* und *Menesson* offen, ob es mit der EMRK vereinbar sei, bei bestehender Möglichkeit auf die Adoption zu verweisen, um die Abstammung des Kindes zu begründen,¹⁸³ sodass selbst bei genetischer Verbindung das Erfordernis der Adoption in Betracht kommt. Dies ist allerdings nicht zwingend; eine sachgerechte Lösung sollte sich vorerst auf Fälle ohne genetische Verbindung beschränken.

d) Reformierte Adoptionslösung

Das Adoptionsverfahren ist grundsätzlich auch auf Leihmutterchaftsfälle anwendbar.¹⁸⁴ Dabei sind diese an § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB zu messen.¹⁸⁵ Die Voraussetzungen der gesetz- oder sittenwidrigen Vermittlung oder Verbringung eines Kindes zum Zwecke der Annahme sind nicht erfüllt, da es sich allenfalls um die Vermittlung einer Leihmutter oder Eizelle handelt. Zudem würde die Verbringung des Kindes ins Inland nicht gegen § 1741 Abs. 1 S. 2 BGB verstoßen, denn nicht diese steht im Widerspruch zum inländischen Sachrecht, sondern die Eizellenspende und die Leihmutterchaft selbst.¹⁸⁶ Damit ist die Adoption nicht nur dann zulässig, wenn sie zum Wohl

¹⁷⁸ Gössl/Sanders, *JZ* 2022, 492, 498.

¹⁷⁹ BGHZ 203, 350, 369.

¹⁸⁰ Thomale, S. 98; Engel, *ZEuP*, 538, 559.

¹⁸¹ Vgl. zu einem „Elternführerschein“ Friedmann/Bohmeyer/Spieß, in: *Forum Gemeindepsychologie*, 2014, www.gemeindepsychologie.de/index.php?id=127&type=123, zuletzt abgerufen 31.01.2026.

¹⁸² Thomale, *IPRax* 2016, 177, 180; Engel, *ZEuP*, 538, 559.

¹⁸³ Vgl. Frank, *FamRZ* 2014, 1527, 1527, der keinen Verstoß annimmt.

¹⁸⁴ OLG Frankfurt a. M., *Beschl. v. 12.12.2023*, *NJW* 2024, 1196.

¹⁸⁵ A.A. AG Hamm, *Beschl. v. 22.2.2011*, Rn. 35;

Benicke, *StAZ* 2013, 101, 112.

¹⁸⁶ *Behrentin/Grünenwald*, *NJW* 2019, 2057, 2061.

des Kindes erforderlich ist. Um die Adoptionslösung auszugestalten, bedarf es der Internationalisierung des Leihmutterschaftsverbots und einer Reform des Adoptionsverfahrens.¹⁸⁷

Internationalisierung des Leihmutterschaftsverbots

Zur vollständigen Internationalisierung des Verbots müssten die bestehenden Lücken geschlossen werden: die Zuordnung des Kindes zu den Wunscheltern aufgrund seines gewöhnlichen Aufenthalts im Ausland bedingt durch Rückbringungskomplikationen oder Aufenthaltsverlängerungen sowie durch die Erlangung einer ausländischen Abstammungsentscheidung.¹⁸⁸ Dies könnte durch eine Neuregelung des Art. 19 EGBGB erreicht werden, der bei der Begründung eines Abstammungsverhältnisses durch eine Leihmutterschaft stets die Anwendung deutschen Rechts anordnet.¹⁸⁹

Das Verbot sollte jedoch auf Fälle ohne genetische Verbindung beschränkt werden, sodass Art. 19 EGBGB nur in diesen Fällen die Anwendung deutschen Rechts anzuordnen hat. Fälle der Anerkennung einer ausländischen Entscheidung werden allerdings dadurch nicht geregelt, sodass hier weiterhin auf die Rechtsprechung zurückgegriffen werden muss.¹⁹⁰

Verfahrensreformen

Im Zuge der Reformüberlegungen gilt es, nach Möglichkeiten zu suchen, das Adoptionsverfahren zu beschleunigen und zu entbürokratisieren.¹⁹¹ Durch eine optimierte behördliche Kooperation könnte gewährleistet werden, dass eine Adoption weder an einer Einreiseverweigerung noch an Hürden im Geburtsstaat scheitert, in welchem die Wunscheltern als rechtliche Eltern gelten, und eine Adoption ausscheidet. Über diese Nachteile und die Gefahr der Gesinnungsänderung bei der Zuweisung der Elternschaft *ex post* könnte eine vertragliche Begründung, welche bereits vor Geburt des Kindes eine Klärung der Statusverhältnisse erlaubt, hinweghelfen. Mit Blick auf die Vorgaben der §§ 1741 ff. BGB könnten die zu erfüllenden Anforderungen in einer behördlichen Entscheidung überprüft werden, welche als aufschiebende Bedingung der Wirksamkeit einer Leihmutterschaftsvereinbarung dient.¹⁹² Ein antizipiertes Adoptionsverfahren könnte zunächst Statusfragen im Kontext der Leihmutterschaft ohne genetische Verbindung regeln.

F. Ergebnis und Ausblick

Das Entgegennehmen eines Kindes, das von einer anderen Frau geboren wurde, verbindet Adoption und Leihmutterschaft. Dennoch klaffen die rechtlichen Rahmenbedingungen und der Schutz der Beteiligten weit auseinander. Ein Pendant zu den Vorschriften der ausländischen Adoption existiert bei der Leihmutterschaft nicht. Ganz im Gegenteil: Der deutsche Gesetzgeber überlässt es der Rechtsprechung, Kriterien für die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Fällen von Leihmutterschaft zu entwickeln.

Der pauschale Vorwurf, die Leihmutterschaft sei eine Umgehung der internationalen Adoption kann nicht überzeugen, denn eine genetische Verbindung rechtfertigt eine abweichende Behandlung. Fälle ohne genetische Verbindung entsprechen jedoch einer internationalen Adoption und stellen

eine Umgehung der Vorschriften dar, die eigens zum Schutz des Kindes geschaffen wurden. Vorerst hat der BGH klarzustellen, dass solche Fälle aufgrund des nicht zu tolerierenden Umgehungscharakters nicht anerkannt werden. Langfristig steht die internationale Gemeinschaft in der Verantwortung, ein, dem HAdoptÜ vergleichbares Übereinkommen zu schaffen, das schützende Verfahrensanforderungen festlegt. Die Entstehungsgeschichte des HAdoptÜ zeigt, dass lückenhafte Regelungen unweigerlich zu Missständen führen. Umso verwunderlicher ist es, dass der Gesetzgeber solche problematischen Zustände nicht frühzeitig zu unterbinden versucht. Ein konsequentes Handeln ist unerlässlich, um dem Schutz des Kindeswohls hinreichend gerecht zu werden.

¹⁸⁷ Thomale, S. 93.

¹⁸⁸ Thomale, S. 93.

¹⁸⁹ Vgl. den Vorschlag in Thomale, S. 95.

¹⁹⁰ Thomale, S. 95.

¹⁹¹ Thomale, S. 98.

¹⁹² Vgl. den Vorschlag in Biggel u.a., AcP 221 (2021), 765, 803.

Linus Katzenbach*

Vollstreckbarkeit aufgehobener Schiedssprüche – Konvergenz von Fairness und Finalität?

A. Einleitung

„*Ex nihilo nihil fit*“¹ – aus Nichts entsteht nichts. Wenn in juristischen Texten lateinische Phrasen bemüht werden, verbirgt sich dahinter meist eine große Weisheit antiker Philosophie oder eine mühsam erkämpfte Errungenschaft des modernen Rechtsstaats. Diese intellektuelle Bedeutung kann man dem vorgenannten Satz auf den ersten Blick nicht beimessen. Dennoch sah sich sogar der *High Court of Justice* dazu genötigt, ausführlich zur Frage seiner Geltung im englischen Schiedsrecht Stellung zu beziehen.² Denn der offensichtlichen Richtigkeit der Aussage steht eine ungleich komplexere Folgefrage gegenüber: Wann ist etwas *Nichts*?

Einigkeit besteht noch darin, dass das vom Berufungsgericht aufgehobene Urteil des Instanzgerichts ein solches *Nichts* ist. Es ist rechtlich nicht mehr existent und kann daher keine rechtlichen Konsequenzen mehr herbeiführen. Doch gilt dies auch für den im Sitzstaat aufgehobenen Schiedsspruch? Würde der Schiedsspruch durch die Aufhebung zu einem *Nichts*, wäre jeder Vollstreckung die Grundlage entzogen. Oder existiert ein aufgehobener Schiedsspruch weiter? Nach welchen Kriterien entscheiden ausländische Gerichte dann über dessen Vollstreckung?

Diese Konstellation ist keineswegs eine hypothetische, sondern stellt gerade den Regelfall dar, wenn der Schiedsspruch nicht freiwillig erfüllt wird. Denn weil die Parteien typischerweise einen neutralen Schiedsort wählen, wird der Schwerpunkt des Schuldnervermögens meist vom Sitzstaat aus gesehen im Ausland liegen.³ Möchte der Gläubiger darauf zugreifen, ist die Vollstreckbarkeit eines aufgehobenen Schiedsspruchs für das Vollstreckungsgericht die entscheidungserhebliche Rechtsfrage.

Der Beitrag stellt zunächst dar, welchem Rechtsrahmen diese „Gretchenfrage der Schiedsgerichtsbarkeit“⁴ unterliegt und welche Positionen diesen ausfüllen (B.). Anschließend wird ein Ansatz zur Konvergenz des dabei festzustellenden Spannungsfeldes entwickelt, der auf einem als Ausfluss der Parteiinteressen verstandenen Konzept von Fairness aufbaut (C.). Die Funktionsfähigkeit dieses Ansatzes wird dann vor dem Hintergrund typischer Aufhebungsgründe analysiert und bewertet (D.).

B. Positionierungen zur Aufhebungsproblematik

Zunächst ist der rechtliche Rahmen internationaler Übereinkommen festzustecken, innerhalb dessen eine Rechtsordnung die Vollstreckung aufgehobener Schiedssprüche zu beurteilen hat (I.). Anschließend können die national unterschiedlichen Positionen beleuchtet werden (II.)

* Linus Katzenbach ist Student der Bucerus Law School. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Karsten Thorn.

¹ *van den Berg*, ICC Bulletin Vol. 9 No. 2 (1998), 15, 16.

² *Yukos v OJSC Rosneft* [2014] EWHC 2188.

³ Vgl. *Ojedokun/Akabuiro*, 88 Int'l J. Arb. Med. & Disp. Mgt (2022), 654, 661; *Lew*, 22 Arb. Int'l (2006), 179, 180.

⁴ *Sandrock*, in: FS Stoll, 2001, S. 661, 663; *Nienaber*, Die Anerkennung und Vollstreckung im Sitzstaat aufgehobener Schiedssprüche, 2002, S. 5.

I. Rechtlicher Rahmen

Das UNÜ, mit seinen 172 Vertragsparteien,⁵ stellt die wichtigste völkerrechtliche Rechtsquelle auf dem Gebiet der Schiedsgerichtsbarkeit dar.⁶ Die wesentliche Vorschrift des Übereinkommens ist Art. III, der zur Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs verpflichtet.⁷ Dies gilt jedoch vorbehaltlich der in Art. V UNÜ genannten Vollstreckungsversagungsgründe.⁸ Für diese Untersuchung ist einzig Art. V(1)(e) UNÜ relevant, nach dem die Vollstreckung verweigert werden „kann“, wenn der Schiedsspruch im Sitzstaat aufgehoben wurde.⁹

1. Vollstreckungsermessen

Diskutiert wird, ob dem nationalen Gericht durch Art. V(1)(e) UNÜ ein Ermessen eingeräumt wird, den Schiedsspruch trotz im Sitzstaat erfolgter Aufhebung zu vollstrecken.¹⁰ Die Unsicherheit stammt im Wesentlichen aus den unterschiedlichen Sprachvarianten:¹¹ Während der Wortlaut im Englischen, Spanischen, Russischen und Chinesischen auf ein Ermessen hindeutet,¹² wären Gerichte nach der ebenso verbindlichen französischen Version¹³ verpflichtet, einem aufgehobenen Schiedsspruch die Vollstreckung zu versagen.¹⁴ International vorherrschend ist die Ansicht, dass die französische Fassung nicht dem Willen der Staatengemeinschaft entsprach und zur Vermeidung von Widersprüchen ein Ermessen hineingelesen werden muss.¹⁵

2. Meistbegünstigungsklausel

In der Praxis ist diese Frage aber nur selten entscheidungserheblich.¹⁶ Grund dafür ist die sog. Meistbegünstigungsklausel des Art. VII UNÜ. Danach bleibt das Recht des Vollstreckungsstaates dann anwendbar, wenn es für den Schiedsgläubiger vorteilhafter ist, also eher zur Vollstreckung führt.¹⁷ Neben den nationalen Prozessrechten ist dabei auf völkervertraglicher Ebene insbesondere der später näher zu beleuchtende Art. IX EuÜ relevant, der einen abschließenden Katalog von anzuerkennenden Aufhebungsgründen enthält. Wurde ein Schiedsspruch aus einem darin

⁵ Eine aktuelle und vollständige Liste ist abrufbar unter www.newyorkconvention.org/contracting-states.

⁶ *van den Berg*, The New York Arbitration Convention of 1958, 1981, S. 1; *Wetter*, 1 Am. Rev. Int'l Arb. (1990), 91, 93.

⁷ *Scherer*, in: Wolff (Hrsg.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958², 2019, Art. III Rn. 2.

⁸ *Solomon*, Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2007, S. 89.

⁹ *van den Berg* (Fn. 6), S. 349.

¹⁰ *Borris/Hennecke*, in: Wolff (Fn. 7), Art. V Rn. 74.

¹¹ *Borris/Hennecke*, in: Wolff (Fn. 7), Art. V Rn. 74.

¹² „*May be refused*“, „*se podrá denegar*“, „*mozhet byt'*“, „*ke yi*“.

¹³ „*Ne seront refusées ... que*“.

¹⁴ Ausführliche sprachliche Analyse bei *Boor*, Der aufgehobene ausländische Schiedsspruch als „rechtliches nullum“?, 2016, S. 100–125.

¹⁵ *Boor* (Fn. 14), S. 124; *Borris/Hennecke*, in: Wolff (Fn. 7), Art. V Rn. 75.

¹⁶ Insbesondere für französische Gerichte: *Borris/Hennecke*, in: Wolff (Fn. 7), Art. V Rn. 78.

¹⁷ *van den Berg* (Fn. 6), S. 83.

nicht enthaltenen Grund aufgehoben, muss er von den Vertragsstaaten folglich dennoch vollstreckt werden.¹⁸ Dem Übereinkommen ist die überwiegende Mehrheit der europäischen Staaten beigetreten.¹⁹

3. Zwischenergebnis

Es ist festzuhalten, dass Art. V(1)(e) UNÜ den Vertragsstaaten nach international vorherrschendem Verständnis keine Vorgabe macht, wie sie mit einem im Sitzstaat aufgehobenen Schiedsspruch umzugehen haben. Dieser weite Rahmen zur Regelungsausfüllung wird für Vertragsstaaten des EuÜ lediglich durch dessen Art. IX in einigen Konstellationen eingeschränkt.

II. Spannbreite der Ausfüllung

Nachfolgend wird dargestellt, welche Positionen zur Ausfüllung dieses Rahmens denkbar sind. Ausgeführt werden jeweils die rechtstheoretische Untermauerung sowie die rechtspraktische Umsetzung in einer ausgewählten Rechtsordnung.

1. Vorrang der Aufhebungsentscheidung

Zunächst lässt sich vertreten, das durch Art. V(1)(e) UNÜ eingeräumte völkervertragliche Ermessen sei durch nationales Recht derart auszufüllen, dass die Aufhebung des Schiedsspruchs im Sitzstaat stets ein Vollstreckungshindernis darstellt.

a) Rechtstheoretische Untermauerung: Territoriale Ansicht

Nach der überkommenen territorialen Ansicht ist die einzige Quelle der Legitimität eines Schiedsverfahrens das Recht des Ortes, an dem dieses stattfindet.²⁰ Erlässt ein Schiedsgericht mit Sitz in Land A einen Schiedsspruch, wird dieser als solcher des Landes A angesehen, auch wenn sich in dem Verfahren zwei Unternehmen aus Land B und C gegenüberstanden und das Recht des Landes D gewählt wurde.²¹

Traditionell wurde dies *objektiv* erklärt: Der Schiedsrichter sei vergleichbar einem staatlichen Richter der staatlichen Souveränität unterworfen und das Schiedsgericht gleichsam Teil der staatlichen Gerichtsbarkeit.²² Mittlerweile wird aber vermehrt *subjektiv* argumentiert: Die Schiedsklausel, mit der die Parteien ein Schiedsgericht mit Sitz in Land A für zuständig erklären, würde fehlinterpretiert werden, wenn man darin lediglich einen Ort sehen würde, den die Parteien für bequem hielten.²³ Vielmehr sei darin auch die Intention der Parteien zu erkennen, sich einer bestimmten Rechtsordnung zu unterwerfen, in die das Schiedsverfahren eingebettet sein soll.²⁴

Nach dieser Ansicht ist für sämtliche Fragen, die das Schicksal des Schiedsspruchs betreffen, allein das Recht des Sitzstaates maßgebend.²⁵ Hebt ein Gericht den Schiedsspruch auf, ist diesem folglich jede legitimatorische Grundlage entzogen. Er stellt fortan ein „rechtliches nullum“ dar und kann auch im Ausland nicht mehr vollstreckt werden.²⁶

b) Rechtspraktische Umsetzung: Deutschland

Der territorialen Ansicht folgt weitestgehend die deutsche Rechtsprechung.

aa) Nationales Recht

In Deutschland richtet sich die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach § 1061 I ZPO, der auf das UNÜ verweist. Die Frage der Vollstreckung eines aufgehobenen Schiedsspruchs ist damit nicht explizit geregelt. Neben Art. V(1)(e) UNÜ ist auch Art. IX EuÜ zu beachten.

bb) Rechtsprechung

Bisher hatten vier Oberlandesgerichte über die Vollstreckung eines im Sitzstaat aufgehobenen Schiedsspruchs zu entscheiden.²⁷ Auch wenn es mangels höchstrichterlicher Entscheidung keine klare Rechtsprechungslinie gibt, weisen die vier Urteile in eine ungefähre Richtung: Ein aufgehobener Schiedsspruch wird in Deutschland grundsätzlich nicht vollstreckt.²⁸ Das OLG Rostock stellte sogar explizit fest, dass es für die Aufhebung allein auf das ausländische Recht ankomme und das Aufhebungsurteil nicht überprüft werde.²⁹ Weniger entschieden ging das KG vor, das die Vollstreckung erst nach knapper Anerkennung des chinesischen Aufhebungsurteils gem. § 328 I ZPO³⁰ versagte.³¹ Lediglich das OLG München ließ einen in Slowenien aufgehobenen Schiedsspruch vollstrecken, da der Aufhebungsgrund des *ordre public* nicht in Art. IX(2) EuÜ genannt ist.³² Die Grenzen dieser Rechtsprechung illustriert der Fall, den das OLG Dresden zu entscheiden hatte:³³ Eine US-amerikanische Handelsfirma erwirkte einen Schiedsspruch gegen ein belarussisches Staatsunternehmen in Höhe von ca. 2,1 Mio. US-Dollar. Dieser wurde von einem weißrussischen Gericht aufgehoben, ohne dass die Schiedsgläubigerin dabei angehört wurde. Trotz offensichtlicher rechtsstaatlicher Bedenken wollte das OLG Dresden an der bisherigen Rechtsprechungstendenz festhalten, das Aufhebungsurteil nicht inhaltlich zu überprüfen.³⁴ Einen Ausweg fand es darin, über einen Freundschaftsvertrag mit einem Diskriminierungsverbot die Anwendbarkeit des EuÜ auch im Verhältnis zu den USA herzuleiten, sodass es nach dessen Standards selbstständig über die Vollstreckung entscheiden konnte.³⁵ Im Ergebnis hielt das Gericht das Fehlen der Unterschrift

¹⁸ Umgekehrt sagt Art. IX EuÜ jedoch nichts über die Folgen der Aufhebung wegen eines in der Vorschrift genannten Grundes aus, *Nienaber* (Fn. 4), S. 33.

¹⁹ Liste der Vertragsstaaten abrufbar unter: <https://tinyurl.com/commercial-arbitration>.

²⁰ *Gaillard*, Legal Theory of International Arbitration, 2010, S. 15; *Boor* (Fn. 14), S. 43 f.

²¹ *Gaillard*, in: van den Berg (Hrsg.), Arbitration – The Next Fifty Years, 2012, S. 66, 68.

²² *Mann*, in: FS Domke, 1967, S. 157, 162; *Haas*, Die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer und internationaler Schiedssprüche, 1991, S. 66.

²³ *Goode*, 17 Arb. Int'l (2001), 19, 32.

²⁴ *Alfons*, Recognition and Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards, 2010, S. 138; *Goode*, 17 Arb. Int'l (2001), 19, 31.

²⁵ *Boor* (Fn. 14), S. 43.

²⁶ Schon *Bülow*, NJW 1971, 486, 489; *Gaillard* (Fn. 20), S. 135.

²⁷ OLG München, BeckRS 1995, 12658; OLG Rostock, IPRspr 1999, Nr. 183; KG, SchiedsVZ 2007, 100; OLG Dresden, SchiedsVZ 2007, 327.

²⁸ *Boor* (Fn. 14), S. 36.

²⁹ OLG Rostock, IPRspr 1999, Nr. 183, juris Rn. 39.

³⁰ Kritisch zur Verbürgung der Gegenseitigkeit *Neelmeier*, SchiedsVZ 2007, 102, 103.

³¹ KG, SchiedsVZ 2007, 100, juris Rn. 17.

³² OLG München, BeckRS 1995, 12658, juris Rn. 17.

³³ OLG Dresden, SchiedsVZ 2007, 327.

³⁴ „Auch in Diktaturen können Gerichtsbeschlüsse richtig sein.“, OLG Dresden, SchiedsVZ 2007, 327, juris Rn. 18.

³⁵ Ausführlich *Boor* (Fn. 14), S. 42.

von einem der drei Schiedsrichter für einen zulässigen Vollstreckungsversagungsgrund, sodass die Frage des rechtlichen Gehörs im weißrussischen Aufhebungsverfahren schließlich offengelassen werden konnte.

2. Vorrang der Finalität des Schiedsspruchs

Ebenso vereinbar mit Art. V(1)(e) i. V.m. Art. VII UNÜ ist die entgegengesetzte Position, die der Aufhebungsentscheidung des Sitzstaates gar keine Beachtung beimisst.

a) Rechtstheoretische Untermauerung: Vertragliche Ansicht

Die sog. vertragliche Ansicht erblickt die Legitimität des Schiedsverfahrens in der autonomen Vereinbarung der Parteien³⁶ und der Anerkennung derselben durch die internationale Staatengemeinschaft, wie sie in völkerrechtlichen Verträgen und Modellgesetzen zum Ausdruck kommt.³⁷ Der Schiedsrichter ist danach nicht anstelle eines nationalen Richters tätig, sondern zugunsten transnationaler Streitschlichtung und Gerechtigkeit im Auftrag der Parteien.³⁸

Damit haben die Parteien den Schiedsspruch in der kollektiven Staatengemeinschaft verankert, für deren Gesamtheit die Aufhebungsentscheidung des Gerichts im Sitzstaat keine Geltung beanspruchen kann.³⁹ Das Gericht des Landes des Vollstreckungsbegehrens entscheidet daher nach gänzlich eigenen Maßstäben ohne jede Rücksicht auf das Aufhebungsurteil.⁴⁰

b) Rechtspraktische Umsetzung: Frankreich

Der vertraglichen Ansicht folgt die französische Rechtsordnung.

aa) Nationales Recht

In Frankreich wird die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nur bei Vorliegen einer der in Art. 1520 CPC genannten Gründe versagt, wobei diese Aufzählung gem. Art. 1525 CPC abschließend ist.⁴¹ Die Aufhebung des Schiedsspruchs im Sitzstaat ist gerade kein genannter Vollstreckungsversagungsgrund.

bb) Rechtsprechung

Die französischen Gerichte wenden in ständiger Rechtsprechung Art. VII UNÜ an, um den Schiedsspruch trotz Aufhebung nach den für den Gläubiger günstigeren Art. 1520, 1525 CPC vollstrecken zu können.⁴² Die *Cour de cassation* hat in den Grundsatzentscheidungen *Hilmarton*⁴³ und *Putrabali*⁴⁴ ausgeführt, dass ein Schiedsspruch nicht in der Rechtsordnung des Sitzstaates, sondern international verankert ist. Die Frage der Vollstreckbarkeit könne jedes Land daher nur mit Geltung für das eigene Staatsgebiet entscheiden.⁴⁵

Zu Problemen kam es in beiden Fällen dadurch, dass in Folge der Aufhebung jeweils ein zweiter Schiedsspruch mit umgekehrtem Tenor erlassen wurde, was international zu sich

widersprechenden Vollstreckungen führte (näher dazu unten C.IV.1.). Gleichwohl hält die *Cour de cassation* an der Rechtsprechung fest und hat sie sogar auf einen aufgehobenen ägyptischen Schiedsspruch angewendet, der hinsichtlich des Sachverhalts, der Parteien sowie des anwendbaren Rechts allein Bezüge zu Ägypten aufwies.⁴⁶

3. Gleichrangigkeit der Interessen

Vermittelnd lässt sich schließlich vertreten, das im Rahmen des Art. V(1)(e) UNÜ eingeräumte Ermessen sei durch eine Abwägungsentscheidung zwischen dem Aufhebungsinteresse und dem Bestandsinteresse auszufüllen.

a) Rechtstheoretische Untermauerung: Westfälische Sichtweise

Teilweise wird die Legitimation des Schiedsverfahrens darin gesehen, dass es verschiedene Staaten gibt, die wegen der zugrundeliegenden Parteivereinbarung und daher verbindlichen Natur des Schiedsspruches bereitstehen, diesen in ihrem Hoheitsgebiet zu vollstrecken.⁴⁷ *Gaillard* nennt diese Ansicht westfälisch, weil sie, vergleichbar mit der geopolitischen Lage nach dem Westfälischen Frieden von 1648, eine Situation beschreibt, in der mehrere Staaten gleichberechtigt nebeneinanderstehen.⁴⁸

Übertragen auf das Vollstreckungsproblem genießt weder das *primäre* (die Aufhebungsentscheidung im Sitzstaat) noch das *sekundäre* Forum (das Vollstreckungsverlangen in Drittstaaten) absoluten Vorrang.⁴⁹ Ein Gericht des sekundären Forums hat daher selbstständig über die Vollstreckung zu entscheiden, wobei die Aufhebungsentscheidung Berücksichtigung findet. Nach welchen Kriterien abgewogen wird, steht allerdings in seinem alleinigen Ermessen.⁵⁰

b) Rechtspraktische Umsetzung: Vereinigte Staaten

Eine solche abwägende Position nimmt das Recht der Vereinigten Staaten ein.

aa) Nationales Recht

Der US-amerikanische FAA⁵¹ enthält keine spezielle Regelung zum Umgang mit aufgehobenen Schiedssprüchen. Er geht aber von der Annahme aus, dass den Gerichten bei der Vollstreckungsentscheidung nach Art. V UNÜ Ermessen zukommt.⁵² Nach § 4.14(b) Restatement International Arbitration Law ist dieses im Einklang mit den Grundsätzen zur Anerkennung ausländischer Urteile auszuüben.⁵³

bb) Rechtsprechung

Dementsprechend untersuchen die US-amerikanischen Gerichte die Aufhebungsentscheidung im Einzelfall danach, ob fundamentale rechtsstaatliche Grundsätze, insbesondere rechtliches Gehör, eingehalten wurden.⁵⁴ Die Rechtsprechung ist dabei uneinheitlich und stark von den spezifischen Umständen des Falls abhängig.⁵⁵ So hat

³⁶ *Radicati di Brozolo*, in: van den Berg (Fn. 21), S. 74, 82.

³⁷ *Gaillard*, in: van den Berg (Fn. 21), S. 66, 68.

³⁸ *Solomon* (Fn. 8), S. 294; *Gaillard* (Fn. 20), S. 35.

³⁹ *Gaillard* (Fn. 20), S. 136.

⁴⁰ *Gaillard* (Fn. 20), S. 136; *Alfons* (Fn. 24), S. 152 f.

⁴¹ *Train*, 66 Rev. int. dr. comp. (2014), 249, 259.

⁴² *Laazouzi*, 2012 Rev. arb., 140, 142.

⁴³ Cass. civ. 1^{re} – *Hilmarton*, 1994 Rev. arb., 327.

⁴⁴ Cass. civ. 1^{re} – *Putrabali*, 2007 Rev. arb., 507.

⁴⁵ *Train*, 66 Rev. int. dr. comp. (2014), 249, 272.

⁴⁶ Cass. civ. 1^{re} – *Natgas*, 2021 Rev. arb., 289.

⁴⁷ *Gaillard* (Fn. 20), S. 24 f.

⁴⁸ *Gaillard* (Fn. 20), S. 29.

⁴⁹ *Reisman/Richardson*, in: van den Berg (Fn. 21), S. 17, 32.

⁵⁰ *Gaillard*, in: van den Berg (Fn. 21), S. 66, 68.

⁵¹ Vgl. 9 U.S.C. Ch. 2.

⁵² *Goldstein*, 25 Am. Rev. Int'l Arb. (2014), 19, 31.

⁵³ *American Law Institute* (Hrsg.), Restatement of the Law, The U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration, 2019, § 4.14.

⁵⁴ *Radicati di Brozolo*, 25 Am. Rev. Int'l Arb. (2014), 47, 50 f.

⁵⁵ *Park*, in: Bédard/Pearsall (Hrsg.), Reflections on International Arbitration: Essays in Honor of Professor George Bermann, 2022, S. 641, 646.

etwa der *United States District Court for the Southern District of New York* innerhalb von nur sechs Monaten die Vollstreckung zweier aufgehobener Schiedssprüche einmal bejaht⁵⁶ und einmal verweigert.⁵⁷

III. Zwischenergebnis

Durch die sprachliche Ambiguität des Art. V(1)(e) einerseits und die Meistbegünstigungsklausel des Art. VII andererseits, überlässt das UNÜ die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit eines aufgehobenen Schiedsspruchs fast gänzlich den Vertragsstaaten. Dieser weite Rahmen führt dazu, dass international äußerst unterschiedliche Positionen vertreten werden. Sie lassen sich alle vor dem Hintergrund eines unterschiedlichen Verständnisses von der Legitimation des Schiedsverfahrens auch rechtstheoretisch untermauern. Während die französische Rechtsprechung der Aufhebungsentscheidung keine Bedeutung beimisst, betrachtet die deutsche Rechtsprechung einen aufgehobenen Schiedsspruch grundsätzlich als „rechtliches nullum“. Die US-amerikanische Rechtsprechung differenziert im Einzelfall nach der rechtsstaatlichen Qualität des Aufhebungsurteils.

C. Ansatz zur Konvergenz der Positionen

In der Literatur wird dieses Spannungsfeld häufig als eines zwischen *Fairness* und *Finalität* beschrieben.⁵⁸ Fairness steht dabei für das Interesse des Sitzstaates an der Aufhebung des Schiedsspruchs, um für Gleichheit und die Einhaltung von Prozessgrundrechten auch im Schiedsverfahren zu sorgen. Dem gegenüber stehe mit der Finalität das Interesse der Parteien am Bestand des Schiedsspruchs zum Zwecke einer abschließenden, finalen Klärung ihrer Streitigkeit.

Dieses Bild zweier miteinander unvereinbarer Pole impliziert, dass jede Rechtsordnung eine Abwägungsentscheidung treffen muss, wie sie Fairness und Finalität zueinander gewichtet, und welchem Ziel sie den Vorrang einräumt. Der Beitrag untersucht im Folgenden, ob es durch ein gewandeltes Verständnis von Fairness im Schiedsverfahren möglich ist, eine Konvergenz von Fairness und Finalität herzustellen.

I. Konvergenzmaßstab: Fairness und Finalität

Die These der Konvergenz von Fairness und Finalität des Schiedsverfahrens würde sich dann bestätigen, wenn sich die beiden Begriffe als voneinander abhängige Variablen beschreiben ließen. Dies wäre der Fall, wenn folgende Aussage wahr ist: „Das Schiedsverfahren soll nach dem Willen der Parteien dann, und nur dann, *final* sein, wenn es auch *fair* war.“ Umgekehrt wäre die These dann widerlegt, wenn es tatsächlich einen Zielkonflikt zwischen Fairness und Finalität gibt. Dies wäre der Fall, wenn gelten würde: „Das Schiedsverfahren soll nach dem Willen der Parteien in einigen Fällen auch dann *final* sein, wenn es nicht *fair* war.“

⁵⁶ *Corporacion Mexicana de Manenimento Integral v. Pemex-Exploracion y Produccion*, 962 F.Supp.2d 642 (S.D.N.Y. 2013).

⁵⁷ *Thai-Lao Lignite v. Government of the Lao People's Democratic Republic*, 2014 WL 476239 (S.D.N.Y. 2014).

⁵⁸ *Reisman/Richardson*, in: van den Berg (Fn. 21), S. 17, 19; *Park*, *Arbitration of International Business Disputes*², 2012, S. 358 f.; *Craig*, 4 *Arb. Int'l* (1988), 174, 181 f.

II. Begriff der Fairness

Dafür ist zunächst ein Bedeutungsgehalt von Fairness zu ermitteln, der sich nicht in der pauschalen Zuschreibung des staatlichen Interesses an der ordnungsgemäßen Durchführung des Schiedsverfahrens erschöpft, sondern auch die Interessen der Parteien miteinbezieht.

1. Schleier des Nichtwissens

Als Ausgangspunkt eines anderen Verständnisses von Fairness kann hierbei die Philosophie von *John Rawls* dienen. Für ihn ist eine Gesellschaft dann fair, wenn sie nach Gerechtigkeitsgrundsätzen verfasst ist, auf die sich alle Mitglieder der Gesellschaft in einem fiktiven „Urzustand“ (*original position*) einigen würden.⁵⁹ Die Essenz seines Gedankens besteht darin, dass in diesem Urzustand alle Gesellschaftsmitglieder einem „Schleier des Nichtwissens“ (*veil of ignorance*) unterliegen, aufgrund dessen niemand weiß, welche Position er in der zu ordnenden Gesellschaft einnehmen wird.⁶⁰

Überträgt man diesen Gedanken auf das Schiedsverfahren, wäre danach zu fragen, welche Regeln und Grundsätze für die Parteien so bedeutend sind, dass sie deren Einhaltung in einem hypothetischen Urzustand – also zu einem Zeitpunkt, an dem noch ungewiss ist, für welche Seite das Schiedsgericht entscheiden wird – als Bedingung für die Vollstreckbarkeit des resultierenden Schiedsspruchs festgelegt hätten. Das Schiedsverfahren wäre nach diesem Verständnis *fair* abgelaufen, wenn diese grundlegenden Regeln eingehalten wurden. Und genau dann soll es auch *final* sein; die Aufhebungsentscheidung des Sitzstaates also im Vollstreckungsstaat keine Rolle spielen.

2. Abstufung der Verfahrensregeln

Dieser Ansatz unterscheidet damit *einfache* von *qualifizierten* Verfahrensregeln. Während das Schiedsgericht – sei es aufgrund der Parteivereinbarung, der anwendbaren Schiedsordnung oder dem Prozessrecht der *lex fori* – an beide gleichermaßen gebunden ist, führt die Aufhebung des Schiedsspruchs nur dann zu einem Vollstreckungshindernis in anderen Staaten, wenn diese aufgrund einer Missachtung der *qualifizierten* Verfahrensregeln geschah. Welche Verfahrensregeln als *qualifiziert* anzusehen sind, richtet sich in Ermangelung einer expliziten Vereinbarung nach der hypothetischen Festlegung der Parteien im beschriebenen Urzustand.

III. Fairness als Parteiinteresse

Dieser Gedanke lässt sich in der deutschen Dogmatik mit der ergänzenden Vertragsauslegung vergleichen, die nach dem hypothetischen Parteiwillen forscht. Voraussetzung für die Annahme einer hypothetischen Vereinbarung über die Folgen einer Aufhebung des Schiedsspruchs für die Vollstreckbarkeit desselben wäre eine planwidrige Regelungslücke im Vertrag.⁶¹ Damit ist der Maßstab an argumentativer Überzeugung festgesetzt, den dieser Ansatz leisten muss: Es ist zu zeigen, dass Fairness tatsächlich im Interesse der Parteien liegt.

⁵⁹ *Rawls*, *A Theory of Justice*, 1972, S. 118 f.

⁶⁰ *Rawls* (Fn. 59), S. 136 f.

⁶¹ *Köhler*, *BGB Allgemeiner Teil*⁴⁸, 2024, § 9 Rn. 19a.

1. Gegenrede: Fairness und Finalität als Gegensätze

Dagegen könnte man nun aus ökonomischen Gesichtspunkten vorbringen, das Interesse der Parteien bestünde nicht in einem fairen Verfahren, sondern sie seien auch *ex ante* mit einem finalen Schiedsspruch am besten zufriedengestellt. Schließlich werde die Schiedsgerichtsbarkeit von Unternehmen gerade gewählt, um Streitigkeiten schnell und endgültig beizulegen. Regelmäßig ist ein längeres Verfahren, das sich über mehrere Instanzen erstreckt, aus wirtschaftlicher Perspektive schlechter als eine inhaltlich zweifelhafte, aber zügige Entscheidung. Juristische Auseinandersetzungen kosten Geld und vergiften das Geschäftsklima. Beide Auswirkungen nehmen mit der Dauer des Verfahrens zu.

Die fehlende Vereinbarung über für die Vollstreckung unbeachtliche Aufhebungsgründe wäre nach diesem Vorbringen keine Vertragslücke, sondern gerade Ausdruck des unbedingten Interesses der Parteien an der Finalität des Schiedsspruchs. Fairness sei dagegen nur unerwünschter staatlicher Einfluss, an dem die Parteien kein Interesse haben.

2. Argumente aus der Rechtsökonomie

Die Parteien haben jedoch zweifelsfrei ein wirtschaftliches Interesse daran, Rechtsdurchsetzungskosten zu sparen. Dies ist durch ein faires Verfahren möglich.

a) Rechtsunsicherheit als Streitanzreiz

Die rechtsökonomische Literatur hat festgestellt, dass eine höhere Rechtssicherheit zu einem Rückgang an eingereichten Klagen führt.⁶² Das lässt sich damit erklären, dass die Gewissheit des Verfahrensausgangs die freiwillige Anspruchserfüllung und die Streitbeilegung durch Vergleich fördert.⁶³ Ist die Rechtsanwendung vorhersehbar, werden Klagen ökonomisch unattraktiv.⁶⁴ Wer weiß, dass er einen Prozess verlieren wird, ist gut damit beraten, diesen gar nicht erst anzustrengen.

b) Fairness als Richtigkeitsgewähr

Die Fairness des Verfahrens trägt gerade zu einer solchen Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung bei. Insbesondere die Möglichkeiten zum ausführlichen Parteivortrag und die Einhaltung der Verfahrensvorschriften hinsichtlich der Entscheidungsfindung erhöhen die Richtigkeit des resultierenden Schiedsspruchs. Damit fungiert Fairness als Richtigkeitsgewähr des Schiedsverfahrens.

Ist das Verfahren umgekehrt unfair – etwa weil eine Partei an ihrem Vortrag gehindert oder die Unabhängigkeit des Richters nicht gegeben ist –, wird es zu einem gewissen Grad von der materiellen Richtigkeit entkoppelt. Der Ausgang des Verfahrens ist neben der tatsächlichen Rechtslage von weiteren Faktoren abhängig. Die Vorhersehbarkeit nimmt ab, wodurch die freiwillige Anspruchserfüllung nach den oben skizzierten Erkenntnissen ökonomisch unattraktiver wird.

Ein Schiedsverfahren, von dessen Fairness und damit hoher materieller Richtigkeit die Parteien ausgehen, führt also zu einem Rückgang an tatsächlich geführten Verfahren. Das spart Verfahrenskosten und bewahrt Geschäftsbeziehungen.

⁶² Posner, *Economic Analysis of Law*⁸, 2011, S. 765 f.; *Dari-Mattiacci/Deffains*, 163 J. Inst. & Theoretical Econ. (2007), 627, 630, 636; *Gico*, 21 German Law Journal (2020), 644, 664.

⁶³ Gould, 2 J. Legal Studies (1973), 279, 286.

⁶⁴ *Dari-Mattiacci/Deffains*, 163 J. Inst. & Theoretical Econ. (2007), 627, 637.

3. Argumente aus der Rechtspraxis

Auch aus der Rechtspraxis lassen sich Belege dafür anführen, dass die Parteien an einem fairen Schiedsverfahren interessiert sind.

a) Gesetzesreformen in Belgien und Malaysia

Im Jahre 1985 trat in Belgien ein Gesetz in Kraft, das – mit Ausnahme derjenigen Verfahren, an denen eine belgische Partei beteiligt war – jede Möglichkeit beseitigte, die Aufhebung eines Schiedsspruchs vor staatlichen Gerichten zu beantragen.⁶⁵ Damit sollte Belgien als Standort für Schiedsgerichtsbarkeit attraktiver gemacht werden.⁶⁶ Tatsächlich hatte das Gesetz jedoch eine abschreckende Wirkung auf Unternehmen und sah sich großer Kritik ausgesetzt.⁶⁷ 1998 wurde die Änderung schließlich wieder abgeschafft, die Überprüfbarkeit des Schiedsspruchs stellt nun wieder den gesetzlichen Normalfall dar.⁶⁸

Eine ähnliche Entwicklung konnte in Malaysia beobachtet werden, wo es lange Zeit ebenfalls keine Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfbarkeit eines Schiedsspruchs gab.⁶⁹ Nachdem diese Praxis aber auch dort nicht zu einer höheren Attraktivität des Standorts führte, wurde sie ebenfalls wieder eingestellt.⁷⁰

b) Bewertung

Beide Fälle sind Beispiele für eine Gesetzgebung, die von einem Zielkonflikt zwischen dem staatlichen Interesse an Fairness und dem Interesse der Parteien an der Finalität des Schiedsverfahrens ausgeht. Sowohl in Belgien als auch in Malaysia wurde die Überprüfbarkeit des Verfahrens ausgeschlossen, um zugunsten der Finalität des Schiedsverfahrens den Interessen der Parteien den Vorrang einzuräumen und somit die Attraktivität des Standorts zu fördern.

In beiden Fällen trat diese Erwartung nicht ein. Stattdessen hielten die Gesetzesänderungen Unternehmen eher davon ab, Schiedsverfahren in den jeweiligen Ländern durchzuführen. Das zeigt, dass sich die Parteiinteressen nicht deckungsgleich mit einer möglichst hohen Finalität des Schiedsspruchs beschreiben lassen. Auch die Parteien haben also ein Interesse an einem gewissen Grad von Fairness in ihren Verfahren.

IV. Fairness als Konsensprinzip

Fairness ist außerdem ein international konsensfähiges Kriterium, dem sich sowohl die territoriale als auch die vertragliche Ansicht zunehmend annähert.

1. Internationale Entscheidungsdivergenz am Beispiel Hilmarton

Wie wichtig ein solcher Konsens ist, illustriert der vor der Cour de cassation verhandelte Fall *Hilmarton v. OTV*.⁷¹ Das Gericht erklärte einen in der Schweiz aufgehobenen Schiedsspruch zu Gunsten von OTV für in Frankreich vollstreckbar. In der Zwischenzeit wurde in der Schweiz ein zweites Schiedsverfahren in der gleichen Sache eingeleitet, das in

⁶⁵ Born, *International Commercial Arbitration*³, 2021, § 25.06.

⁶⁶ *Vanderelst*, 3 J. Int'l Arb. (1986), 77.

⁶⁷ *Hanotiau/Block*, 15 Arb. Int'l (1999), 97, 99; *Craig*, 4 Arb. Int'l (1988), 174, 201.

⁶⁸ *Hanotiau/Block*, 15 Arb. Int'l (1999), 97, 99.

⁶⁹ *Idid*, 2 Asian Int'l Arb. J. (2006), 97, 99.

⁷⁰ Born (Fn. 65), § 25.06.

⁷¹ Cass. civ., *Hilmarton* (Fn. 43).

einem Schiedsspruch zu Gunsten von Hilmarton resultierte. Damit existierten zwei sich widersprechende Schiedssprüche, die beide in verschiedenen Ländern vollstreckt wurden. Das ist nach dem oben Gesagten nur konsequent: Denn nach der territorialen Ansicht ist allein der zweite, nach der vertraglichen Ansicht allein der erste Schiedsspruch maßgeblich. Die resultierenden Gerichtsverfahren erstreckten sich über mehr als elf Jahre und führten zu zwölf Entscheidungen.⁷²

Der Fall zeigt eindrücklich, dass die vermeintlich am ehesten das Parteiinteresse der Finalität beachtende Ansicht, auch aufgehobene Schiedssprüche stets für vollstreckbar zu erklären, langanhaltende Komplikationen zur Folge haben kann. Dies widerspricht aber gerade dem Interesse den Parteien, ihre Streitigkeit endgültig beizulegen. Teilweise wird daraus der Schluss gezogen, man müsse die Aufhebungsentscheidung des Sitzstaates stets anerkennen, um Rechtssicherheit durch internationalen Entscheidungseinklang herbeizuführen.⁷³ Das Argument folgert aber aus der Ablehnung der einen die Richtigkeit der gegenläufigen, ebenso wenig konsensfähigen Extremansicht.

2. Annäherung der territorialen Ansicht

Außerdem ist festzustellen, dass diese territoriale Ansicht selbst von Rechtsordnungen, die der Vollstreckung eines aufgehobenen Schiedsspruchs grundsätzlich skeptisch gegenüberstehen, nicht (mehr) gänzlich vertreten wird und sich insofern eine Annäherung an einen Kompromissweg erkennen lässt.

a) Europäisches Übereinkommen von 1961

Wie schon ausgeführt, zählt Art. IX EuÜ abschließend auf, in welchen Fällen die Aufhebung eines Schiedsspruchs von den Vertragsstaaten als Grund für die Versagung der Vollstreckung angesehen werden darf.⁷⁴ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass eine Aufhebung im Sitzstaat aus anderen Gründen unbeachtlich ist.⁷⁵ Damit wird das Schicksal des Schiedsspruchs bewusst von der Rechtsordnung dieses Staates entkoppelt, was eine Abkehr von der territorialen Theorie darstellt. Dass die rechtliche Beurteilung durch die Gerichte des Sitzstaates weniger Bedeutung haben sollte, wird insbesondere daran deutlich, dass gerade die Aufhebung wegen eines Verstoßes gegen den nationalen *ordre public* nach Art. IX EuÜ unbeachtlich ist.⁷⁶

Die Konsequenz, dass in Vertragsstaaten des EuÜ teilweise auch aufgehobene Schiedssprüche vollstreckt werden, ist mit der These des „rechtlichen nullum“ nicht vereinbar. Trotzdem wird etwa in der deutschen Rechtsordnung aufgehobenen Schiedssprüchen meist die Vollstreckung versagt. Dies geschieht aber nicht, weil diese rechtlich nicht mehr existent seien, sondern weil das Gericht nach Prüfung der ausländischen Aufhebungsentscheidung zu dem Ergebnis kommt, dass es diese anerkennen möchte. Damit ist der Weg nicht mehr weit, in diese Anerkennungsentscheidung neben dem Aufhebungsgrund i.S.d. Art. IX EuÜ noch weitere Faktoren einfließen zu lassen. Das zeigt auch die in der Literatur stark

vertretene Ansicht, das Aufhebungsurteil nach dem Maßstab des § 328 I ZPO zu überprüfen.⁷⁷

b) Trend zur Parteiautonomie

Es wurde außerdem bereits ausgeführt, dass selbst die Vertreter der territorialen Theorie vermehrt mit der Parteiautonomie argumentieren (siehe oben B.II.1.a)).⁷⁸ Liegt die stetige Anerkennung der Aufhebungsentscheidung tatsächlich im Parteiinteresse, ist dem nichts entgegenzusetzen. Möchten die Parteien die Existenz des Schiedsspruchs jedoch von der rechtlichen Bewertung am Sitzstaat entkoppeln, stünde die Ansicht bei konsequenter Anwendung dem hier vertretenen Ansatz nicht entgegen.

3. Annäherung der vertraglichen Ansicht

Das gilt umso mehr für die vertragliche Ansicht. Von dieser ist ohnehin Annäherung zu erwarten, steht der vorgeschlagene Ansatz doch gerade im Zeichen der Parteiautonomie. Es gibt keinen überzeugenden Grund, einen aufgehobenen Schiedsspruch zu vollstrecken, wenn dies nicht dem *ex ante* ermittelten Willen der Parteien entspricht.

D. Umsetzung des Ansatzes

Im Folgenden soll nun die Konstruktion des Ansatzes untersucht sowie die zu erwartenden Rechtsfolgen bewertet werden.

I. Konstruktion durch Parteivereinbarung

Die hier vorgeschlagene Maßgeblichkeit einer (hypothetischen) Parteivereinbarung über die Rechtsfolgen der Aufhebung des Schiedsspruchs ist abzugrenzen von den bereits bekannten und gleichsam umstrittenen *Judicial Review Clauses*. Die Bedenken, die gegen diese Klauseln angeführt werden, greifen jedoch nicht für die hier vorgeschlagenen Vereinbarungen, die eher als *Consequences of Annulment Clauses* (im Folgenden: CoA-Klausel) zu bezeichnen wären.

1. Abgrenzung zur Judicial Review Clause

Eine Judicial Review Clause ist eine Vereinbarung der Parteien über den Maßstab, mit dem Gerichte im Sitzstaat des Schiedsgerichts über die Aufhebung des Schiedsspruchs entscheiden sollen.⁷⁹ Dabei ist sowohl eine Verschiebung der gerichtlichen Kontrolldichte nach oben (bis hin zur *révision au fond*) als auch nach unten (bis hin zum völligen Ausschluss der Kontrolle) denkbar. Die Behandlung beider Varianten ist international höchst umstritten und wird sehr unterschiedlich gehandhabt.⁸⁰

Auch wenn viele Schiedsordnungen einen solchen Ausschluss der staatlichen Überprüfung in den Grenzen der gesetzlichen Zulässigkeit vorsehen,⁸¹ ist in der Tendenz festzustellen, dass zahlreiche Rechtsordnungen solche Klauseln

⁷² Boor (Fn. 14), S. 59.

⁷³ Boor (Fn. 14), S. 61 f.

⁷⁴ Kaiser, Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961, 1967, S. 168.

⁷⁵ Nienaber (Fn. 4), S. 32.

⁷⁶ Tafelmaier, Schiedsspruch und staatliche Gerichtsbarkeit, 2018, S. 238; Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit², 1989, Rn. 793.

⁷⁷ Schütze/Thümmel, Schiedsgericht und Schiedsverfahren⁷, 2021, S. 194; Solomon (Fn. 8), S. 675; Wilske/Markert, in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO⁵⁶, 2025, § 1061 Rn. 44; Weinacht, 19 J. Int'l Arb. (2002), 313, 336; in diese Richtung auch KG, SchiedsVZ 2007, 100.

⁷⁸ Goode, 17 Arb. Int'l (2001), 19, 32.

⁷⁹ Vgl. Hyder Ali/Wessel/de Gramont/Mellske, The International Arbitration Rulebook, 2019, S. 187.

⁸⁰ Cavalieros, in: DiMatteo/Infantino/Potin (Hrsg.), The Cambridge Handbook of Judicial Control of Arbitral Awards, 2020, S. 130, 138; Born (Fn. 65), § 25.07.

⁸¹ Z.B. Art. 35(6) ICC-SchO: „... insofar as such waiver can validly be made.“

für unwirksam halten.⁸² Für die Vereinbarung des Ausschlusses der gerichtlichen Kontrolle des Schiedsspruchs wird dies meist damit begründet, dass der Schutz der Parteien vor einer unfairen Entscheidung Teil der *public policy* sei, und daher nicht parteiautonom abbedungen werden könne.⁸³ Die umgekehrte Vereinbarung einer verstärkten gerichtlichen Kontrolle sei mit dem „Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit“ unvereinbar, das gerade in der beschränkten Kontrolle des Schiedsspruchs bestehe.⁸⁴

2. Bewertung

Diese Argumente sind kritisch zu sehen und es ist nicht ohne Weiteres überzeugend, dass internationale Handelsunternehmen zum Schutze ihrer selbst in der Parteiautonomie eingeschränkt werden sollten.⁸⁵ Auch wird dabei verkannt, dass das Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit gerade darin besteht, den Parteien bei der Ausgestaltung des Verfahrens große Spielräume zu lassen.⁸⁶ Zwar hat diese Kritik seit den 90er Jahren dazu geführt, dass einige Staaten Regelungen eingeführt haben, die Judicial Review Clauses positiver gegenüberstehen.⁸⁷ Doch selbst nach diesen Vorschriften sind die Vereinbarungen häufig nur für Parteien zulässig, die keine Verbindung zum Sitzstaat haben,⁸⁸ oder es ist nur möglich, die Überprüfung vollständig, aber nicht bezogen auf nur einzelne Aufhebungsgründe abzubedingen.⁸⁹

Wegen dieser Einschränkungen wird es in der Praxis häufig nicht möglich sein, eine rechtssichere Gestaltung zu finden, die den genauen Willen der Parteien abbildet. Die Rechtsunsicherheit wird noch dadurch verstärkt, dass die Judicial Review Clause von Gerichten teilweise als so essenzieller Bestandteil der Schiedsklausel angesehen wird, dass sie bei Unwirksamkeit die gesamte Schiedsklausel nichtig macht.⁹⁰

3. Lösung

Als Ausweg kann die hier vorgeschlagene CoA-Klausel dienen. Für sie gilt keine der beiden vorgetragenen Bedenken gegen die Wirksamkeit.

Erstens berührt die Klausel in keiner Weise die Möglichkeit des Sitzstaates, den Schiedsspruch aufzuheben. Sie adressiert lediglich den Staat, in dem die Vollstreckung begehrt wird, dem es weiterhin offensteht, diese im Einklang mit Art. V(2) UNÜ wegen fehlender objektiver Schiedsfähigkeit oder eines Verstoßes gegen den *ordre public* zu versagen. Die hier vorgeschlagene Ansicht betrifft lediglich die Ermessensausübung im Rahmen des Art. V(1)(e) UNÜ und ist daher nicht Teil der *public policy* des adressierten Staates.

⁸² Vgl. allgemein: *Borris/Hennecke*, in: Wolff (Fn. 7), Art. V Rn. 71; *Kirby*, 29 J. Int'l Arb. (2012), 119, 120. Insb. auch in Deutschland unwirksam: BGH, SchiedsVZ 2022, 237; *Voit*, in: Musielak (Begr.), Kommentar zur ZPO mit VVG²², 2025, § 1059 Rn. 39; *Buchwitz*, Schiedsverfahrensrecht, 2019, S. 264.

⁸³ *Hamlin*, 15 J. Int'l Arb. (1998), 47, 60; *Franc*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. (1999), 215, 220.

⁸⁴ Vgl. *Guangzhou Dockyards v. E.N.E. Aegiali I* [2010] EWHC 2826, Rn. 30; *Franc*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. (1999), 215, 219.

⁸⁵ *Born* (Fn. 65), § 25.07[A][1].

⁸⁶ *Franc*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. (1999), 215, 220.

⁸⁷ *Born* (Fn. 65), § 25.07[A].

⁸⁸ Vgl. zur Rechtslage in der Schweiz: *Patocchi/Jermini*, in: Berti (Hrsg.), *International Arbitration in Switzerland*, 2000, Art. 192 Rn. 4–8.

⁸⁹ Vgl. zur Rechtslage in Frankreich: CA Paris 1^{re} – *SARL Farmex Technologies c. République d'Arménie*, 2015 Rev. arb., 110; *Racine*, *Droit de l'arbitrage*, 2016, S. 621 f.

⁹⁰ CA Paris 1^{re} – *Société de Diseno c. société Mendes*, 1995 Rev. arb., 267; *Franc*, 10 Am. Rev. Int'l Arb. (1999), 215, 222.

Zweitens wird durch eine solche Vereinbarung auch nicht das „Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit“ berührt, da sie allenfalls zu einer zwingenden Beachtlichkeit der Aufhebungsentcheidung führt, wenn die Parteien eine solche vereinbaren. Dadurch bleibt die gerichtliche Kontrolldichte des Sitzstaates unverändert, jedenfalls findet keine *révision au fond* statt.

Damit stellt die vorgeschlagene CoA-Klausel eine für die Vollstreckungsstaaten gangbare Lösung dar, die den Interessen der Parteien größtmögliche Geltung verleiht. Einzig die Möglichkeit der Aufhebung des Schiedsspruchs durch den Sitzstaat bleibt dadurch unberührt. Regelmäßig wird sich im Sitzstaat als neutraler Verfahrensort aber ohnehin kaum vollstreckbares Vermögen der Parteien befinden, sodass dies für sie keinen gravierenden Nachteil darstellt. Da das Schiedsgericht im Verhältnis zu den Parteien weiterhin dazu verpflichtet ist, sämtliche Verfahrensregeln einzuhalten (s. oben C.II.2.), besteht auch keine Gefahr, dass das Schiedsgericht vorsätzlich Regeln missachtet.

II. Aufhebungskonstellationen nach Art. 34 Model Law

Folgend soll ein exemplarischer Überblick gegeben werden, für welche Aufhebungskonstellationen eine parteiautonome Anordnung der Unbeachtlichkeit der Aufhebung für die ausländische Vollstreckung in der Praxis sinnvoll sein kann.

Aufgrund der Vielzahl der nationalen Aufhebungsregime können hier allein die Aufhebungsgründe nach Art. 34(2) des UNCITRAL Model Law betrachtet werden, die sich aufgrund der weltweiten Umsetzung besonders dafür eignen.⁹¹ Sie sind bereits äußerst eingeschränkt.⁹² In einigen Staaten können weitere Gründe zur Aufhebung führen.⁹³ Die Relevanz einer CoA-Klausel wird bei einem solchen Schiedsort noch höher sein.

1. Art. 34(2)(a)(i): Fehlende subjektive Schiedsfähigkeit, ungültige Schiedsklausel

Nur schwer vorstellbar ist die Vereinbarung über die Unbeachtlichkeit der Aufhebung wegen Geschäftsunfähigkeit. In diesem Fall wäre jedoch wohl ohnehin auch diese Vereinbarung selbst unwirksam. Absichern könnten sich die Parteien jedoch gegen die Aufhebung wegen besonderer lokaler Regeln zur subjektiven Schiedsfähigkeit oder wegen Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung nach extensiver Auslegung unbestimmter Generalklauseln.⁹⁴

2. Art. 34(2)(a)(ii): Mangelnde Kenntnis, nicht ausreichendes rechtliches Gehör

Vor dem Hintergrund der unbestimmten Formulierung des Art. 34(2)(a)(ii) besteht eine besondere Gefahr der Aufhebung des Schiedsspruchs infolge extensiver Auslegung durch ein Gericht des Sitzstaates. Folgende Aufhebungsgründe wurden in der Praxis vor Gerichten geltend gemacht, die

⁹¹ Grundlage der Gesetzgebung von über 80 Staaten, *Cuniberti*, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, 2022, S. 1.

⁹² *Holtzmann/Neuhaus*, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*⁴, 2019, S. 448.

⁹³ Z.B. in China, Schweiz und Nigeria, *DiMatteo/Infantino/Potin*, in: *DiMatteo/Infantino/Potin* (Fn. 80), S. 417, 423, m.w.N.

⁹⁴ Im deutschen Recht etwa § 138 BGB, *Voit*, in: Musielak (Fn. 82), § 1059 Rn. 8, § 1029 Rn. 10.

nach dem Parteiwillen wohl typischerweise nicht der Vollstreckung entgegenstehen sollen: Keine Übersendung einer Expertenmeinung zur Stellungnahme⁹⁵; Ablehnung eines Antrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung statt eines schriftlichen Verfahrens⁹⁶; Terminliche Verhinderung des (nicht notwendigen) Anwalts bei mündlicher Verhandlung, wobei dies dem Schiedsgericht trotz lang angekündigten Termins erst zwei Tage vorher mitgeteilt wurde⁹⁷; Ablehnung eines Antrags zur Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Anwendung ausländischen Rechts, stattdessen Entscheidung aufgrund des Parteivortrags sowie eigener Sachkunde⁹⁸.

3. Art. 34(2)(a)(iii): Kompetenzüberschreitung des Schiedsgerichts

Einen durch Kompetenzüberschreitung des Schiedsgerichts zustande gekommenen Schiedsspruch wollen die Parteien wohl nicht vollstreckt wissen. Denkbar wäre aber die Klarstellung, dass die Berücksichtigung von Tatsachenvortrag, der nicht bereits in den Schriftsätzen enthalten war, keine solche Überschreitung darstellt.⁹⁹

4. Art. 34(2)(a)(iv): Fehlerhafte Zusammensetzung oder Verfahrensdurchführung

Aufgrund der potenziell sehr weiten Auslegung des Art. 34(2)(a)(iv) besteht hier erneut das Risiko der Aufhebung entgegen den Interessen der Parteien. Diese könnten daher andeuten, folgende Aufhebungsgründe für die Zwecke der Vollstreckung für unbeachtlich zu erklären: Verletzung einer Auslegungs- oder Beweislastregel¹⁰⁰; Verletzung der Hinweispflicht des Schiedsrichters¹⁰¹; Berücksichtigung sprachfremder Dokumente¹⁰²; Zweierentscheidung bei Dreier-Schiedsgericht¹⁰³, insbesondere da Art. 34(2)(a)(iv) keine kausale Auswirkung auf das Ergebnis voraussetzt¹⁰⁴ (anders: § 1059 II Nr. 1 lit. d ZPO a.E.¹⁰⁵); rein elektronische Beratung der Schiedsrichter untereinander¹⁰⁶; Besprechung des Falls mit einem anderen Schiedsrichter¹⁰⁷.

5. Art. 34(2)(b): Objektive Schiedsunfähigkeit, Verstoß gegen den *ordre public*

Aufgrund der Standortbezogenheit der Kriterien der objektiven Schiedsfähigkeit und der öffentlichen Ordnung ist eine Aufhebung nach Art. 34(2)(b) stets eine solche wegen lokaler Maßstäbe des Sitzstaates.¹⁰⁸ Schon nach Art. IX EuÜ ist

eine Aufhebung wegen dieser Gründe daher unbeachtlich.¹⁰⁹ Für nicht-europäische Vollstreckungsstaaten wird das Parteiinteresse dasselbe Ergebnis vorgeben. Dies schließt selbstverständlich nicht aus, dass der Aufhebungsgrund auch im Vollstreckungsstaat gegen den *ordre public* verstoßen kann und daher nach Art. V(2)(b) UNÜ im Vollstreckungsverfahren beachtlich ist.¹¹⁰

III. Bewertung

Das Ziel des Art. IX EuÜ bestand darin, zu verhindern, dass lokale Besonderheiten im Aufhebungsverfahren die Vollstreckung des Schiedsspruchs weltweit verhindern können.¹¹¹ Vielmehr sollten nur *international standard annulments*, nicht aber *local standard annulments* Anerkennung finden.¹¹² Dem ist vor dem Hintergrund des Ziels eines internationalen Vollstreckungskonsenses unbedingt beizupflichten. Der damit verbundenen Annahme, dass der richtige Gradmesser zwischen der Aufhebung nach lokalen und internationalen Standards mit dem Ausschluss der Anerkennung einer Aufhebung aufgrund der in Art. 34(2) Model Law bzw. Art. V(2) UNÜ genannten Gründe bereits gefunden sei, kann jedoch nicht gefolgt werden.

Die vorgenannten Beispiele verdeutlichen vielmehr, dass aufgrund der unbestimmten Formulierungen auch bei den Aufhebungsgründen des Art. 34(2) Model Law, die den Vollstreckungsversagungsgründen des Art. V(1)(a–d) UNÜ nachgebildet sind,¹¹³ eine erhebliche Gefahr der Aufhebung des Schiedsspruchs aufgrund lokaler Auslegungsbesonderheiten besteht. Als vorzugswürdiger Gradmesser erweist sich damit die *ex ante* unter dem Schleier des Nichtwissens getroffene bzw. hypothetische Parteivereinbarung über die Konsequenzen einer Aufhebung für die Vollstreckung.

IV. Ausblick

In der Praxis ist es undenkbar, einen Katalog für die Vollstreckung unbeachtlicher Aufhebungsgründe auszuhandeln. Wünschenswert wäre daher die Herausbildung eines internationalen Konsenses über die Kategorisierung von Aufhebungsgründen als *local* oder *international standards*. Ähnlich den *IBA Guidelines on Conflicts of Interests* ist ein Ampelsystem denkbar, das konkrete Aufhebungsgründe danach einordnet, ob diese im Rahmen der Vollstreckung stets oder nie beachtlich sein sollten, oder ob es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankommt. Eine solche Kategorisierung würde den Gerichten als Auslegungshilfe des hypothetischen Parteiwillens dienen oder durch Referenz in die Schiedsklausel inkorporiert werden können.

E. Zusammenfassung

Der rechtliche Rahmen des UNÜ überlässt die Frage der Vollstreckung eines im Sitzstaat aufgehobenen Schiedsspruchs weitestgehend den Vertragsstaaten. Diese haben daher unterschiedliche Ansätze zur Handhabung des Problems entwickelt. Zur Vermeidung langwieriger Folgeprozesse wäre jedoch die Herausbildung eines internationalen Konsenses wünschenswert. Dieser darf Fairness und Finalität nicht als

⁹⁵ Buchwitz (Fn. 82), S. 277 f.; a.A.: OLG Köln, BeckRS 2012, 21333.

⁹⁶ Schiedsspruch aufgehoben: OGH, CLOUT Abstracts 154, Case No. 1442.

⁹⁷ Schiedsspruch aufgehoben: Audencia Provincial A Coruña, núm. 241/2006, www.uncitral.org/docs/clout/ESP/ESP_270606_FT.htm;

⁹⁸ Aufhebung i.E. abgelehnt: BayObLG, IPRspr 1999, Nr. 184.

⁹⁹ Aufhebung i.E. abgelehnt: *AYH v. AYI et al.* [2015] SGHC 300, www.uncitral.org/docs/clout/SGP/SGP_231115_FT.pdf.

¹⁰⁰ *Sandrock*, BB 2001, 2173, 2177, 2180.

¹⁰¹ *Voit*, in: Musielak (Fn. 82), § 1059 Rn. 20.

¹⁰² OLG Frankfurt, BeckRS 2014, 124230; *Münch.*, in: Rauscher/Krüger (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO (Band 3)⁶, 2022, § 1059 Rn. 42.

¹⁰³ Aufhebung i.E. abgelehnt: *Frampton v. Sylvio Thibeault and Navigation Harvey*, Federal Court (Canada), CLOUT Abstracts 1, Case No. 12.

¹⁰⁴ *Broches*, in: Bosman (Hrsg.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, 2020, S. 178.

¹⁰⁵ *Münch.*, in: Rauscher/Krüger (Fn. 102), § 1059 Rn. 38.

¹⁰⁶ Aufhebung i.E. abgelehnt: *Agency for Privatization v. Company W*, Berufungsgericht für Handelssachen Belgrad, CLOUT Abstracts 109, Case No. 1075.

¹⁰⁷ Aufhebung i.E. abgelehnt: *Popack v. Lipszyc*, 2016 ONCA 135 (CanLII).

¹⁰⁸ *Paulsson*, ICC Bulletin Vol. 9 No. 1 (1998), 14, 29.

¹⁰⁹ *Schlosser* (Fn. 76), Rn. 793.

¹¹⁰ Z.B. durch Straftat erlangter Schiedsspruch, *Nienaber* (Fn. 4), S. 33.

¹¹¹ *Nienaber* (Fn. 4), S. 33.

¹¹² *Paulsson*, ICC Bulletin Vol. 9 No. 1 (1998), 14, 29.

¹¹³ Vgl. *Holtzmann/Neuhaus* (Fn. 92), S. 911; *Binder* (Fn. 92), S. 446.

Gegenpole betrachten. Durch ein stärker auf die Parteiautonomie abgestimmtes Verständnis von Fairness lassen sich beide Ziele des Schiedsverfahrens zusammenbringen. Perspektivisch wäre die Etablierung einer CoA-Klausel wünschenswert, die eine rechtssichere Kategorisierung der im Rahmen der Vollstreckung beachtlichen Aufhebungsgründe gewährleistet. Eine solche hätte gegenüber den umstrittenen Judicial Review Clauses den Vorteil, dass sie erst das Vollstreckungsgericht adressiert und damit nicht in das Regelungsbedürfnis des Sitzstaates eingreift.

Maximilian Felix Heuermann*

Einfluss von Private Equity Investoren auf die Unternehmensverfassung der AG

A. Einführung

Einen „Big Bang“ brauche es – das forderte Kapitalmarktrechtler Dr. Carsten Berrar, Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Sullivan & Cromwell, auf dem Hamburger Forum zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht am 23. Mai 2025, um den deutschen Börsenstandort wiederzubeleben.¹ Die Lage des deutschen Börsenstandorts ist, so zeigte Berrar auf, desaströs: Die Börse verliert mehr und mehr Unternehmen, seit 2007 fast die Hälfte – insbesondere an Private Equity (im Folgenden kurz PE genannt).² Während die Börse mit Vorwürfen der Überregulierung, Inflexibilität und Unterfinanzierung konfrontiert ist, hat sich PE von einem Randphänomen, einst polemisch als „Heuschrecke“³ diffamiert, zu einer ernstzunehmenden Finanzierungsalternative für Unternehmen entwickelt. PE-Fonds jenseits der USD 20 Milliarden und einem insgesamt verwalteten Vermögen jenseits der USD vier Billionen verdeutlichen: PE operiert inzwischen in einer Liga mit der Finanzstärke von DAX-40-Unternehmen.⁴

Doch was macht das PE so erfolgreich? Handelt es sich bloß um ein Symptom struktureller Schwächen der Börse, oder verfügt PE über inhärente Vorteile gegenüber der klassischen Börsenfinanzierung? Diese Arbeit soll sich der Frage widmen, welchen Einfluss PE-Gesellschaften nehmen, welche Interessenkonflikte daraus entstehen können und wie diese rechtlich einzuordnen sind.

Hierzu werden zunächst die Begriffe Unternehmensverfassung und PE geklärt und die Funktionsweise dieser Finanzierungsart dargestellt (B.). Daran anschließend folgen die ökonomischen Grundlagen, insbesondere das Prinzipal-Agenten-Problem, als theoretisches Fundament für die weitere Analyse (C.). Im Anschluss werden konkrete Formen der Einflussnahme durch PE-Investoren sowie deren rechtliche Grenzen untersucht (D.). Abschließend erfolgt ein Vergleich zur Börsenfinanzierung, um die Vor- und Nachteile beider Systeme kritisch zu beleuchten (E.).

B. Objektklärung und Abgrenzung

I. Unternehmensverfassung

Die Unternehmensverfassung bezeichnet die Gesamtheit aller konstitutiven und langfristig angelegten Regelungen, die die formale Machtverteilung innerhalb eines Unterneh-

mens strukturieren.⁵ Dies betrifft insbesondere die Organisationsstruktur, Entscheidungsmechanismen sowie Rechte und Pflichten der beteiligten Akteure untereinander. In der AG ist die Leitung durch den Vorstand formal von der Kontrolle der Leitung durch den Aufsichtsrat getrennt (sog. dualistisches Leitungsmodell).⁶ Die Hauptversammlung fungiert als drittes Organ der direkten Aktionärsmitwirkung.⁷ Die Corporate Governance wie auch der Finanzverfassung der AG werden zum einen in der Satzung (§ 23 Abs. 1, 2 AktG) sowie ergänzend in Beteiligungs- bzw. Gesellschaftervereinbarungen ausgestaltet (vgl. aber Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG).⁸

II. Private Equity

PE bezeichnet als Oberbegriff eine Finanzierungsart des privaten Beteiligungskapitals.⁹ Dem gegenüber steht *Public Equity* – das an Kapitalmärkten, etwa Börsen, investierte Eigenkapital. PE-Gesellschaften sind daher abzugrenzen von Asset-Managern und Hedge-Fonds, die in börsennotierte Unternehmen investieren.

Das Geschäftsmodell funktioniert im Kern folgendermaßen: PE-Gesellschaften sammeln Kapital bei Anlegern, wie Versicherungen, Pensionsfonds oder Family Offices. Dieses wird in einem Fonds gebündelt, der als Kapitalsammelstelle zwischen Kapitalanlegern und finanzierten Unternehmen fungiert.¹⁰ Aufgabe des PE ist es sodann, das eingesammelte Kapital über einen befristeten Investitionszeitraum, meist fünf bis sieben Jahre,¹¹ in Unternehmensbeteiligungen anzulegen (sog. Portfoliounternehmen), deren Wert zu steigern und durch einen sog. *Exit*, etwa durch Börsengang oder Weiterverkauf, mit Gewinn zu veräußern.¹² PE verfolgt dabei verschiedene Strategien, u.a. den Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen an etablierten, operativ „gesunden“ Unternehmen (sog. *Buy-out*, auch PE i.e.S.), die Finanzierung von Sanierungsfällen oder Mezzanine-ähnliche Investments.¹³

Im Zentrum dieser Arbeit steht der *Buy-out*. Dabei strebt der PE-Investor an, den Unternehmenswert durch aktive Ein-

⁵ Schewe, Unternehmensverfassung, S. 8 ff.;

Gerum, in: Schreyögg/von Werder (Hrsg.), Handwörterbuch der Unternehmensführung und Organisation, 2004, S. 171-174.

⁶ Grundlegend Frese/Graumann/Talaulicar/Theuvsen, Grundlagen der Organisation, 2019, S. 434-435; Hopt/Leyens, in: Hommelhoff/Hopt/Leyens (Hrsg.), Unternehmensführung durch Vorstand und Aufsichtsrat, 2024, 4. Kap. § 12 Rn. 3-4.

⁷ Ebd.

⁸ Allgemein Von Werder, Führungsorganisation: Grundlagen der Corporate Governance, Spitzen- und Leitungsorganisation, 2015, S. 16.18.

⁹ Eilers/Koffka, in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul/Josenhans (Hrsg.), Private Equity, 2022, Einführung Rn. 1-3; umfassend Clauss/Jäckle/Strehle, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle, Beck'sches M&A-Handbuch, 2022, § 54 Rn. 1-29.

¹⁰ Vertiefend Spruck, ZBB 2025, 53, 55; Bergjan/Schwarz van Berk, in: Holzapfel/Poellath/Bergjan/Engelhardt (Hrsg.), Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 2025, 19. Kap. Rn. 1782.

¹¹ Vgl. Spruck, ZBB 2025, 53, 55; Fahrholz/Röver, Investment Banking, 2024, 2. Teil Rn. 10.

¹² Ebd.; Groh, unter: Private Equity, in: Weber, Rechtswörterbuch, 2025, S. 1351.

¹³ Vertiefend Bergjan/Schwarz van Berk, in: Holzapfel/Poellath/Bergjan/Engelhardt (Fn. 10), 19. Kap. Rn. 1793-1799.

* Maximilian Heuermann ist Student der Bucerus Law School. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Lisa Guntermann und Prof. Dr. Christoph Kumpan.

¹ „Private Capital – die bessere Alternative zum IPO?“, Vortrag von Dr. Carsten Berrar zum Thema „Zukunft der Börsennotierung in Deutschland und Europa“.

² World Bank Group, Listed domestic companies, total – Germany, abrufbar unter: <https://tinyurl.com/companies-germany> (alle Online-Quellen zuletzt abgerufen am 01.02.2026).

³ BILD, Interview mit Franz Müntefering, Bild am Sonntag, 17.04.2005.

⁴ Marktkapitalisierung im Median circa EUR 22 Mrd.; STOXX, Blue Chip Indices Dax, abrufbar unter: stox.com/index/dax/?factsheet=true.

flussnahme zu steigern. Dies erfolgt etwa durch die Optimierung des Managements, den Einsatz von Fremdkapital (sog. *Leveraging*), operative Verbesserungen oder strategische Übernahmen.¹⁴

Zur beispielhaften Darstellung des Geschäftsmodells anhand des aktuellen, erfolgreichen Buy-Out der *Renk Group AG* von *Triton Partners* siehe Abbildung 1 (S. 39).

C. Prinzipal-Agenten-Problem als grundlegender Dissens im Unternehmen

Ausgangspunkt dieser Arbeit ist sodann die Frage, warum Investoren überhaupt Einfluss nehmen. Die (mikro-)ökonomische Erklärung hierfür liefert die sog. Prinzipal-Agenten-Theorie.

I. Erläuterung

Demnach besteht ein strukturelles Kontrolldefizit zwischen Prinzipal, d.h. Auftraggeber, und Agent, d.h. Auftragnehmer. Ausgangspunkt ist die aus Gründen volkswirtschaftlicher Arbeitsteilung verfolgte Delegation von Kontrolle durch den Prinzipal über sein Eigentum an den Agenten.¹⁵ Es kommt folglich zu einer Trennung von Eigentum und Kontrolle.¹⁶ Handlungen des Agenten sind für den Prinzipal nicht oder nur schwer nachvollziehbar,¹⁷ sodass eine Informationsasymmetrie zwischen Prinzipal und geschäftsleitendem Agent entsteht.¹⁸

Überdies ist der als Homo Oeconomicus agierende Agent bestrebt, seinen eigenen Nutzen zu maximieren.¹⁹ Er verfolgt daher Interessen, die nicht zwangsläufig denen seines Auftraggebers entsprechen.²⁰ Es entsteht die Gefahr, dass der Agent seinen Wissensvorsprung zu seinem eigenen Wohl ausnutzt, zum Nachteil des Prinzipals (sog. Agentenkosten).²¹

II. Anwendung im Verhältnis Eigentümer-Manager

Besonders relevant ist dieses Problem in der Beziehung zwischen Eigentümern (Prinzipal) und dem Management (Agent), sofern – wie in der Praxis üblich – der Manager nicht (alleiniger) Eigentümer des Unternehmens ist.²² Die daraus resultierenden Folgen können vielfältiger Art sein, und seien hier nur beispielhaft besprochen.²³

So kann es dem Manager daran gelegen sein, seine persönliche Leistung – bei gleichbleibender Vergütung – zu verrin-

gern.²⁴ Mangels effektiver Kontrolle kann der Agent darauf hoffen, dass diese Minderleistung unentdeckt bleibt (Unterarbeitsproblem).²⁵ Des Weiteren erhöht sich die Gefahr, dass das Management leichtfertig oder gar missbräuchlich mit den durch das Unternehmen zur Verfügung gestellten Ressourcen umgeht.²⁶ Ausschließlich eigennützig handelnde Manager könnten daran interessiert sein, die Ressourcen des Unternehmens für persönliche Zwecke zu nutzen, etwa für den Kauf von luxuriösen Dienstwagen oder teurer Büroausstattung.²⁷ Einen ökonomischen noch erheblich größeren Schaden kann die Neigung des Managements zu sog. Überinvestitionen verursachen.²⁸ Manager, die hauptsächlich an einer persönlichen Machterhaltung oder Vergrößerung ihrer Macht im Unternehmen interessiert sind, investieren die frei verfügbaren Finanzmittel in die „falschen“ Unternehmensbereiche (*Empire Building*)²⁹ oder bzw. und führen die freien Finanzmittel nicht mittels Ausschüttung an die Anteilseigner zurück, auch wenn dies einer effizienten Ressourcennutzung entsprechen würde (Überinvestitionsproblem).³⁰

III. Schlussfolgerungen für PE-Investoren

1. Reduktion der Informationsasymmetrie

Der PE-Investor unternimmt folglich verschiedene – im Kern betriebswirtschaftliche – Maßnahmen zur Reduktion solcher Fehlallokationen der Ressourcen seines Portfolio-Unternehmens. Zum einen zielt PE besonders darauf ab, die Informationsasymmetrie zwischen ihm und dem Management zu reduzieren.³¹ Sofern das Managerhandeln kontrolliert wird und Fehlverhalten sanktioniert wird, motiviert dies den Manager sich von vornherein zu regelkonform zu verhalten.³² Entspricht das Verhalten des Managements dennoch nicht den Interessen der Gesellschaft, kann dies jedenfalls frühzeitig erkannt und gegenläufige Maßnahmen eingeleitet werden.³³

2. Angleichung von Interessen

Zum Zweiten streben PE-Investoren eine weitgehende Harmonisierung der Interessen zwischen ihnen und dem Management an.³⁴ Hierfür wird das bisherige Management ausgetauscht, wenn dieses nicht zur Kooperation bereit ist oder deren bisherige Leistung nicht den Erwartungen entspricht.³⁵ Außerdem werden regelmäßig leistungsabhängige Anreizsysteme eingeführt, die auf den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens ausgerichtet sind und so zu einer kongruenten Interessenlage beitragen.³⁶

¹⁴ Ausführlich *Baums*, in: *Recht der Unternehmensfinanzierung*, 2017, § 16 Rn. 1; *Eilers/Koffka*, in: *Eilers/Koffka/Mackensen/Paul/Josenshans* (Fn. 9), 7. Kap. Rn. 11-14.

¹⁵ *Ampenberger*, *Unternehmenspolitik in börsennotierten Familienunternehmen*, 2010, S. 40; *Minow/Bingham*, in: *Monks/Minow* (Hrsg.), *Corporate Governance*, 1995, S. 496.

¹⁶ *Ebd.*

¹⁷ *Ross*, 63 (2) *AER* (1973), 134, 138.

¹⁸ Zur *hidden action* und *information* *Arrow*, in: *Agency: The Structure of Business*, 1985, S. 37-45; weiterführend praktisch *Minow/Bingham* (Fn. 15), S. 496-501.

¹⁹ *Erlei/Leschke/Sauerland*, *Neue Institutionenökonomik*, 2016, S. 2-6; *Minow/Bingham* (Fn. 15), S. 497-498.

²⁰ *Ampenberger* (Fn. 15), S. 36-40; *Arrow* (Fn. 15), S. 48-50.

²¹ *Jensen/Meckling*, 3 (4) *JFE* (1976), 305, 309 f.

²² Sog. Prinzipal-Agenten-Problem der Eigenkapitalseite *Wagner*, in: *Feldbauer-Durstmüller/Persteiner/Rohatschek/Tumpel* (Hrsg.), *Familienunternehmen*, 2008, S. 186-199.

²³ Vgl. grundlegend *Berle/Means*, *The modern corporation and private property*, 1932, S. 222-232; *Ross*, 63 (2) *AER* (1973), 134, 135 ff.

²⁴ *Heyd/Beyer*, *Die Prinzipal-Agenten-Theorie in der Finanzwirtschaft*, 2011, S. 32-38.

²⁵ Vertiefend *Wagner* (Fn. 22), S. 187.

²⁶ *Ebd.*; *Kudla*, *Finanzierung in der Sanierung*, 2005, S. 47.

²⁷ *Perridon/Steiner/Rathgeber*, *Finanzwirtschaft der Unternehmung*, 2022, S. 549; *Heyd/Beyer* (Fn. 24), S. 32-33.

²⁸ *Ebd.*

²⁹ *Wagner* (Fn. 22), S. 186-187; *Jensen/Meckling*, 3 (4) *JFE* (1976), 305, 317 ff.

³⁰ sog. Free-Cashflow-Hypothese von *ebd.*

³¹ *Jensen/Meckling*, 3 (4) *JFE* (1976), 305, 308 ff.; *Wagner* (Fn. 22), S. 186 f.

³² Vgl. *Mac an Bhaird*, 19 (1-2) *SC* (2010), 9, 14.

³³ *Picot/Dietl/Frank*, *Organisation: Eine ökonomische Perspektive*, 2005, S. 93; *Heyd/Beyer* (Fn. 24), S. 34-35.

³⁴ *Ampenberger* (Fn. 15), S. 44; *Lazear*, 90 (5) *AER* (2000), 1346, 1347.

³⁵ *Ebd.*; *Jensen/Meckling*, 3 (4) *JFE* (1976), 305, 314 f.

³⁶ Weitergehend zu Anreizverträgen *Rappaport*, *Creating Shareholder Value*, 1986, S. 3; *Richter/Furubotn*, *Neue Institutionenökonomik*, 2010, S. 164.

Triton Partners-Renk AG-Organigramm

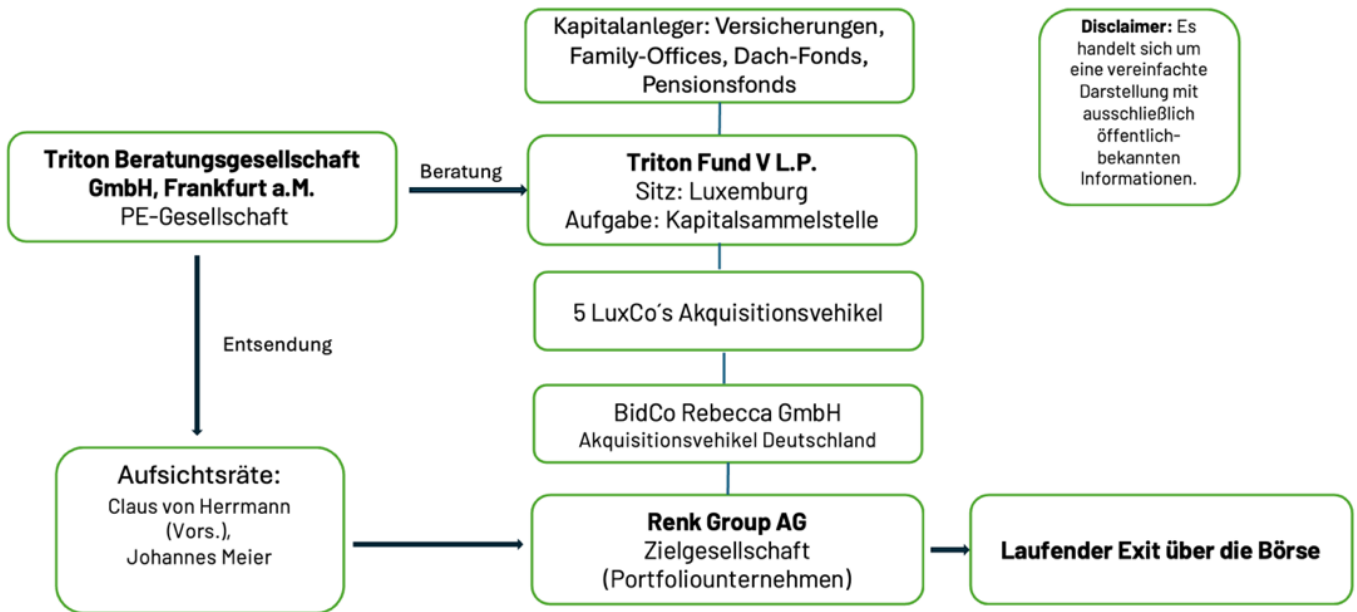


Abbildung 1: Beispiel: Buy-Out der Renk Group AG durch Triton Partners.

3. Effizienter Einsatz der Gesellschaftsmittel

Ein dritter Mechanismus besteht in dem Einsatz von Fremdkapital, um das für das Management frei zur Verfügung stehende Kapital zu verringern. Die „disziplinierende Wirkung von Schulden“ soll das Management zu einer fokussierten Mittelverwendung zwingen.³⁷

Zum einen soll die Reduzierung der Liquidität opportunistische Überinvestitionen vermeiden.³⁸ Gleichzeitig entsteht ein ständiger Leistungsdruck der Gesellschaft, um die Bedienung des Schuldendienstes zu gewährleisten. Erwirtschaftet das Unternehmen nur unzulänglich Finanzmittel zur Bedienung des Fremdkapitals, begründet dies die Gefahr des Managements, im Extremfall durch die Insolvenz, die eigene (Management-)Position zu verlieren oder gar in die Haftung genommen zu werden. Beide Effekte – Verringerung der Möglichkeit opportunistischer Überinvestitionen und impliziter Leistungsdruck – sollen sicherstellen, dass das Management strikt rentabilitätsorientiert handelt und die Unternehmensressourcen effizient einsetzt.³⁹

D. Einflussnahme zur Reduzierung des Prinzipal-Agenten-Problems

Die zur Reduzierung des Prinzipal-Agenten-Problems ergriffenen Maßnahmen von PE-Investoren bewegen sich innerhalb des rechtlichen Rahmens des Aktienrechts. In der Praxis haben sich hierbei verschiedene Instrumente etabliert, die

darauf abzielen, die aus der Trennung von Eigentum und Leitung resultierenden Steuerungs- und Kontrollprobleme zwischen Eigentümern und Management zu begrenzen.

I. Einrichtung bzw. Verbesserung von Kontroll- und Informationssystemen

1. Besetzung des Aufsichtsrats

Zur effektiven Überwachung der Geschäftsleitung greifen PE-Investoren zunächst auf die klassischen aktienrechtlichen Aktionärsrechte zurück. Hierzu zählen insbesondere die gesetzlichen Auskunfts-, Antrags- und Stimmrechte in der Hauptversammlung (§§ 131 Abs. 1, 126 Abs. 1, 134 Abs. 1 AktG).⁴⁰ Darüber hinaus erfolgt regelmäßig eine gezielte Besetzung des Aufsichtsrats mit investornahen sowie branchenerfahrenen Personen, um eine sachkundige und kontinuierliche Kontrolle der Geschäftsführung zu gewährleisten (§ 111 Abs. 1 AktG).⁴¹ Die Besetzung des Aufsichtsrats erfolgt durch Bestellung eines neuen Aufsichtsrats mit einfacher Mehrheit in der Hauptversammlung (§ 133 Abs. 1 AktG), oder alternativ durch Entsendung (§ 101 Abs. 2 S. 1 AktG) bzw. schuldrechtliche Benennungsrechte im Rahmen einer Gesellschaftervereinbarung.⁴²

Die Mitglieder des Aufsichtsrats verfügen über umfassende Informationsrechte gegenüber dem Vorstand, insbesondere im Rahmen der laufenden Berichterstattung nach § 90 Abs. 1 AktG.⁴³ Ergänzend ist der Aufsichtsrat berech-

³⁷ Vgl. Hart, Firms, contracts and financial structure, 1995, S. 126 und S. 150-151; Jensen, 76 (2) AER (1986) 323, 324 ff., der Verschuldung als Mechanismus von „Zuckerbrot und Peitsche“ beschreibt.

³⁸ Abrahamson/Park, 37 (5) AMJ (1994), 1302, 1325; Heyd/Beyer (Fn. 24), S. 32-33.

³⁹ Jaskiewicz, Performance-Studie börsennotierter Familienunternehmen in Deutschland, Frankreich und Spanien, 2006, S. 98; Schäfer/Fisher, Die Bedeutung von Buy-Outs/Ins für unternehmerische Effizienz, Effektivität und Corporate Governance, 2008, S. 26-27.

⁴⁰ Schewe, AP Nr. 56/2008, S. 5; Mimberg, in: Schäfer (Hrsg.), Handbuch börsennotierte AG, 2025, § 41 Rn. 41.5; Fabritius, in: FS Huber, 2006, 705, 706.

⁴¹ Vgl. Schewe, AP Nr. 56/2008, S. 15; Schäfer/Fisher (Fn. 39), S. 23-24.

⁴² Vgl. Fahrholz/Röver (Fn. 11), 2. Teil Rn. 31; Fromholzer/Hasselbach/von Werder, in:

Eilers/Koffka/Mackensen/Paul/Josenhans (Fn. 9), 2. Kap Rn. 189.

⁴³ Hölter/Weber, in: Hölter/Weber (Hrsg.), AktG, 2025, § 90 AktG Rn. 5-6; Oetker, in: FS Hopt, 2010, 991, 994.

tigt, Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu nehmen (§ 111 Abs. 2 AktG).⁴⁴ Auf diese Weise erhält der Investor mittelbar vertiefte Einblicke in die strategische Ausrichtung sowie in die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft.

2. Zustimmungsvorbehalte

Neben der personellen Besetzung des Aufsichtsrats stellen Zustimmungsvorbehalte ein zentrales Steuerungsinstrument dar. Diese betreffen insbesondere strukturverändernde Maßnahmen (§ 111 Abs. 4 S. 2 AktG, vgl. Gr. 6 DCGK mit leitbildender Funktion),⁴⁵ wie etwa den Erwerb oder die Veräußerung wesentlicher Unternehmensteile oder grundlegende Änderungen der Unternehmensstrategie. Solche Maßnahmen dürfen nur mit vorheriger Zustimmung des Aufsichtsrats durchgeführt werden. Ein Handeln ohne Einwilligung ist im Außenverhältnis zwar wirksam (vgl. § 82 Abs. 1 AktG), führt allerdings zu einer Pflichtverletzung des Vorstands und einer Verpflichtung zum Ausgleich des entstandenen Schadens (§ 93 Abs. 2 S. 1 AktG). Auf diese Weise kann der Investor sicherstellen, dass die Umsetzung seiner Investitionsstrategie nicht durch eigenwillige Entscheidungen des Vorstands konterkariert wird.⁴⁶

3. Dialog zwischen Investor und Vorstand

Neben den formellen Aktionärsrechten suchen PE-Investoren regelmäßig den unmittelbaren Austausch mit dem Management, insbesondere mit dem für die Informationspolitik zuständigen Vorstand (§ 76 Abs. 1 S. 1 AktG).⁴⁷ Dieser Dialog erfolgt i.d.R. über informelle Gespräche außerhalb der Hauptversammlung oder über beteiligungsvertraglich vereinbarte, regelmäßige Berichtspflichten (insbesondere sog. *Financial Reporting*).⁴⁸ Von besonderem Interesse sind dabei vertiefte Einblicke in die Unternehmens- und Investitionsplanung sowie in zentrale betriebswirtschaftliche Kennzahlen wie Cashflow, Kostenstruktur und Liquiditätsentwicklung. Ziel ist eine weitergehende Reduktion von Informationsasymmetrien und eine engmaschige Kontrolle des Managementhandelns.

II. Steuerung des Managements

1. Abberufung des Vorstands

Über die reine Informationskontrolle hinaus kommt der personellen Steuerung des Managements eine zentrale Bedeutung zu. PE-Investoren nehmen daher über den Aufsichtsrat aktiv Einfluss auf die Besetzung des Vorstands. Die gesetzlich vorgesehene, eingeschränkte Abberufbarkeit des Vorstands (§ 84 Abs. 4 AktG) erweist sich dabei regelmäßig als unzureichend. Nicht nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.e. groben Pflichtverletzung – dies ist regelmäßig nur schwerlich nachweisbar (§ 84 Abs. 4 S. 2 AktG) –, sondern auch bei Uneinigkeit bezüglich grundlegender Managemententscheidungen hat der PE-Investor ein Interesse, seinen Prinzipal „auszutauschen“.

⁴⁴ *Ebd.*; Lutter/Krieger/Verse, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats, 2020, § 6 Rn. 241-245.

⁴⁵ Clauss/Jäckle/Strehle, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle (Fn. 9), § 54 Rn. 105-106; Inhester, in: Jesch/Striegel/Boxberger, Rechts-handbuch Private Equity, 2020, § 14 Rn. 44-45.

⁴⁶ *Ebd.*

⁴⁷ Brenscheidt, Informationsrechte des Private Equity-Investors gegenüber dem Portfolio-Unternehmen, 2020, S. 59; Koch, § 93 Rn. 29.

⁴⁸ Bürgers, in: Bürgers/Lieder, Aktiengesetz, 2024, § 90 Rn. 17; Fleischer/Bauer/Wansleben, DB 2015, 360, 367.

Stattdessen wird daher häufig eine einvernehmliche Beendigung der Zusammenarbeit außerhalb des gesetzlichen Abberufungsregimes angestrebt. Der Vorstand legt sein Amt nieder und beendet zugleich seinen Dienstvertrag, regelmäßig gegen Zahlung einer Abfindung (*Golden Handshake*).⁴⁹ Auf diese Weise kann die strategische Neuausrichtung des Unternehmens effektiv umgesetzt werden.

2. Einführung von Anreizsystemen

Ergänzend installieren PE-Investoren für das bestehende Management regelmäßig umfangreiche, erfolgsabhängige Anreizsysteme.⁵⁰ Diese zielen darauf ab, die Interessen von Management und Investor möglichst weitgehend zu harmonisieren. Häufig erhält das Management die Möglichkeit, sich zu vergünstigten Konditionen am Eigenkapital der Portfoliogesellschaft zu beteiligen (*Sweet Equity*).⁵¹

Die Ausgestaltung ist im Einzelfall detailliert geregelt. Um die Managementbeteiligung und PE-Eigentümerschaft zeitlich zu „synchronisieren“, wird regelmäßig die Vinkulierung der Manageranteile (vgl. § 58 Abs. 2 AktG)⁵² und Verkaufspflichten bei *Exit* des Investors (sog. *Drag-along*) vorgesehen. Bei frühzeitigem Ausscheiden muss der Manager die Beteiligung zudem wieder an den PE veräußern (*Leaver-Regelungen*). Sein Erlös hängt dabei regelmäßig von der Ursache seines Ausscheidens ab: Ein *Bad Leaver* – ein Manager, dem das eigene Ausscheiden aufgrund seines Verhaltens vorwerfbar ist –, erhält einen geringeren Erlös als ein *Good Leaver*.⁵³ Auch kann die Erlösverteilung bei Verkauf des Unternehmens abweichend von den Anteilsverhältnissen bestimmt werden, sodass das Management (erst) bei Überschreiten einer Mindestrendite von seiner Beteiligung profitiert.⁵⁴

3. Veränderung der Kapitalstruktur

Ein weiterer zentraler Hebel der Einflussnahme liegt in der gezielten Veränderung der Kapitalstruktur. Ziel ist es, dem Management nur das zur Aufrechterhaltung und Fortentwicklung des Geschäfts notwendige Kapital zu belassen und überschüssige Mittel an die Aktionäre abzuführen.⁵⁵ Der PE-Investor nutzt hierfür das Instrument der Verschuldung.⁵⁶ Dies erfolgt zum einen durch den Austausch von Eigen- gegen Fremdkapital (*Leveraged Recapitalization*). Nicht gebundenes Eigenkapital, insbesondere Rücklagen, wird in Form von (Sonder-)Dividenden an die Aktionäre ausgeschüttet (vgl. § 58 Abs. 4 AktG; *Leveraged Recapitalization*).⁵⁷ Zum anderen wird der Erwerb des Portfoliounternehmens selbst häufig unter erheblichem Fremdkapitaleinsatz finanziert, der entweder auf Ebene der Gesellschaft aufgenommen oder durch deren Vermögenswerte besichert wird (*Leveraged Buy-out*).⁵⁸

⁴⁹ Vgl. Brenscheidt (Fn. 47), S. 47-48.

⁵⁰ Ökonomisch vertiefend vgl. Roiger, Gestaltung von Anreizsystemen und Unternehmensethik, 2007, S. 135-148.

⁵¹ Hierzu ausführlich Weitmaier, GWR 2023, 111, 112 f.

⁵² Vertiefend Sailer-Coceani, in: MHD-AG, 2024, § 14 Rn. 25-27 m.w.N.

⁵³ Hohaus, in: Jesch/Striegel/Boxberger (Fn. 45), § 13 Rn. 51-60.

⁵⁴ *Ebd.*

⁵⁵ Zum Effekt der Hebelwirkung Eidenmüller, ZHR, 171 (2007), 644, 655 f.; Clauss/Jäckle/Strehle, in: Meyer-Sparenberg/Jäckle (Fn. 9), § 54 Rn. 80-82 m.w.N.

⁵⁶ Schäfer/Fisher (Fn. 39), S. 26-27.

⁵⁷ Etwa Seibt, ZHR 171 (2007), 282, 289.

⁵⁸ *Ebd.*

E. Potenzielle Interessenkonflikte und ihre rechtliche Bewertung

Die dargestellten Einflussnahmemöglichkeiten von PE-Investoren stehen nicht isoliert, sondern treten regelmäßig in Konflikt mit den Interessen anderer *Stakeholder* der Gesellschaft. Das Aktienrecht setzt dieser Einflussnahme daher rechtliche Grenzen.

I. Unternehmensinteresse als Leitmaxime der Organe

Nicht nur der PE-Investor, sondern auch Mitaktionäre, Arbeitnehmer und Gläubiger verbinden unterschiedliche Interessen mit dem Unternehmen.⁵⁹ Während die Interessen der Aktionäre typischerweise auf eine Maximierung der Rendite ausgerichtet sind, stehen für Arbeitnehmer und Gläubiger regelmäßig Stabilität, Bestandsschutz und langfristige Zusammenarbeit im Vordergrund.⁶⁰ Private-Equity-Investoren fokussieren ihren Einfluss auf einen zeitlich begrenzten Investitionshorizont, bis zum Exit nach ca. fünf bis sieben Jahren.⁶¹

Aktienrechtlich werden diese unterschiedlichen Interessen im Begriff des Unternehmensinteresses gebündelt. Die Organe der AG haben ihre Entscheidungen an diesem Unternehmensinteresse auszurichten.⁶² Es konkretisiert sich zum einen in den rechtlichen Verboten, die der Vorstand zu beachten hat (Legalitätspflicht, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG),⁶³ die dem Schutz einzelner Stakeholder dient. Zum anderen sind im Rahmen der Sorgfaltspflicht auch die Interessen anderer Anspruchsgruppen zu berücksichtigen (*Stakeholder-Value-Ansatz*).⁶⁴

II. Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen

Der Vorstand ist daher verpflichtet, die Interessen der Arbeitnehmer in seine Entscheidungsfindung einzubeziehen. Gerade bei PE-Beteiligungen kann dies zu Spannungen führen, etwa wenn Restrukturierungen oder Effizienzmaßnahmen mit Arbeitsplatzabbau einhergehen. Das wirtschaftliche Interesse des Investors an Kostenreduktion und Effizienzsteigerung ist gegen das unternehmerische Interesse an stabilen und attraktiven Arbeitsverhältnissen abzuwägen.⁶⁵

Dem Vorstand steht hierbei ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum zu. Nur evident unvertretbare Entscheidungen unterliegen der gerichtlichen Kontrolle.⁶⁶ Gehen mit dem Abbau von Arbeitsplätzen absehbar unverhältnismäßig

hohe Kosten einher (etwa durch hohe Abfindungsverpflichtungen), widersprechen diese Maßnahmen bereits wirtschaftlich i.S.e. Kosten-Nutzen-Analyse den Interessen der Gesellschaft.⁶⁷ Rein arbeitnehmerbezogene unternehmerische Fehlentscheidungen sind folglich nur schwerlich denkbar. Anders kann sich dies allerdings im Rahmen der Einhaltung der arbeitnehmerspezifischen Legalitätspflichten darstellen, insbesondere im Bereich des Arbeitnehmerschutzrechts.

III. Rechtsposition der Mitaktionäre

1. Informationelle Benachteiligung

Konflikte können auch im Verhältnis zu den Mitaktionären entstehen, insbesondere wenn PE-Investoren durch eine exklusive Informationspolitik bevorzugt werden. Eine asymmetrische Informationsverteilung kann andere Aktionäre in der Ausübung ihrer Mitverwaltungs- und Vermögensrechte erheblich beeinträchtigen, und insbesondere eine sachgemäße Ausübung ihrer Mitverwaltungs- und Vermögensrechte erschweren.⁶⁸

Eine solche Ungleichbehandlung unterfällt daher dem Gleichbehandlungsgebot des § 53a AktG sowie den organ-schaftlichen Verschwiegenheitspflichten von Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 116 S. 2 AktG, 93 Abs. 1 S. 3 AktG).⁶⁹ Ist die Portfolio-Gesellschaft Emittent i.S.v. Art. 2 Abs. 1 MAR, unterliegt sie ggf. auch dem insiderrechtlichen Offenlegungsverbot (Art. 14 lit. c iVm Art. 10 Abs. 1 MAR).

Gleichwohl kann eine informationelle Ungleichbehandlung im konkreten Fall zulässig sein, wenn sie im überwiegenden Interesse der Gesellschaft bzw. des Emittenten liegt.⁷⁰ Maßgeblich sind dabei insbesondere die mit der bevorzugten Informationsweitergabe verbundenen wirtschaftlichen Vorteile für die Gesellschaft, das bestehende Geheimhaltungsinteresse sowie die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme.⁷¹ Eine exklusive Informationsversorgung des PE-Investors kann etwa eine intensivere Überwachung des Managements ermöglichen und opportunistisches Verhalten reduzieren, was sich mittelbar in einer verbesserten Unternehmensperformance niederschlagen kann.⁷² Gleichmäßige Informationsverteilung kann sich im Einzelfall auch als kostspielig darstellen, was im Widerspruch zur Pflicht des Vorstands zu einer sparsamen Nutzung der Gesellschaftsressourcen (§ 93 Abs. 1 S. 1 AktG)⁷³ stehen kann.⁷⁴

Allerdings darf die Ausnahmeverhältnis nicht umgekehrt werden. Eine systematische oder dauerhafte Bevorzugung einzelner Aktionäre widerspricht dem Grundgedanken der aktienrechtlichen Gleichbehandlung.⁷⁵ Insbesondere dann,

⁶⁷ Ebd.

⁶⁸ Koch, § 93 Rn. 29; Schneider/Singhof, in: FS Kraft, 1998, S. 599-600 ff.

⁶⁹ Fleischer/Bauer/Wansleben, DB 2015, 360, 367; Kuntz, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang, 2016, S. 582-591 m.w.N.

⁷⁰ Siehe für § 53a AktG, Art. 10 MAR und § 93 Abs. 1 S. 3 AktG Cahn-von Spannenberg, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 53a AktG Rn. 20; Kumpan/Grütze, in: Schwark/Zimmer (Hrsg.), Art. 10 Rn. 22-28; Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 93 Rn. 21.

⁷¹ Zum Erfordernis der Unerlässlichkeit EuGH, Rs. C-384/02 – Grøngaard & Bang, Slg. 2005, I-9939, Rn. 34 ff.; Kumpan/Grütze, in: Schwark/Zimmer (Fn. 70), Art. 10 Rn. 77 m.w.N.

⁷² Brenscheidt (Fn. 47), S. 131 ff.

⁷³ Krieger/Sailer-Coceani, in: Schmidt/Lutter (Hrsg.), Aktiengesetz, § 93 Rn. 21 m.w.N.

⁷⁴ Ebd. S. 132.; Schneider/Singhof, in: FS Kraft (Fn. 68), 585 ff.

⁷⁵ So auch Fleischer/Bauer/Wansleben, DB 2015, 360, 367; a.A. Brenscheidt (Fn. 47), S. 132.

⁵⁹ Freeman/Reed, 25 (3) CMR (1983), 88, 89, mit Verweis auf die ursprüngliche Beschreibung in einem internen Memorandum des Stanford Research Institute.

⁶⁰ Spindler, in: MüKoAktG, 2024, § 76 Rn. 128; zum Begriff des Interessenkonflikts vertiefend Kumpan, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 11-35.

⁶¹ Im Einzelnen Zetzsche, NZG 2015, 817, 818; Mülbart, ZGR 1997, 129, 137 f.

⁶² Spindler, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 93 Rn. 53-54 m.w.N.

⁶³ Hierzu näher Mülbart, ZGR 1997, 129, 147 f.;

vgl. Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 93 Rn. 19.

⁶⁴ Zur h.M. vgl. ebd.; a.A. etwa Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 76 Rn. 36-39; Weber, in: Hölters/Weber (Fn. 43), § 76 Rn. 19.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 93 Rn. 102.

wenn der Informationsvorsprung gezielt zur Durchsetzung eigennütziger Interessen zulasten der übrigen Aktionäre genutzt wird oder deren Mitgliedschaftsrechte substantiell beeinträchtigt werden,⁷⁶ überschreitet der Vorstand den ihm eingeräumten unternehmerischen Ermessensspielraum. In solchen Fällen kann eine pflichtwidrige Fehlgewichtung der kollidierenden Interessen vorliegen. Der Vorstand hätte damit den Entscheidungsbereich seines unternehmerischen Ermessens überschritten.⁷⁷ Vielmehr muss im konkreten Fall in der Bevorzugung selbst ein inhärenter, agenturtheoretischer Vorteil bestehen.

Ein weiterer, in die Abwägung einzustellender Faktor ist die Vertraulichkeit der Information: Je vertraulicher die Information (etwa sensible Produktdaten), desto größer ist i.d.R. das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft und das Verlangen der übrigen Aktionäre an einer nichtdiskriminierenden Informationspolitik.⁷⁸ Andererseits ermöglicht die exklusive Weitergabe an den PE, den Kreis der einbezogenen Personen klein zu halten.⁷⁹ Aktienrechtlich schränkt § 131 Abs. 4 AktG diese Informationsprivilegierung einzelner Aktionäre jedoch abschließend ein.

2. Kontrollverlust über die Gesellschaft

Mit dem Eintritt eines PE-Investors ist für Mitaktionäre häufig ein Kontrollverlust verbunden, wenn der PE eine Mehrheitsbeteiligung erwirbt (§ 133 Abs. 1 AktG)⁸⁰ oder Kapitalmaßnahmen unter Bezugsrechtsausschluss durchgeführt werden (§§ 182 Abs. 1, 186 Abs. 3 S. 1 AktG). Trotz des herrschenden Einflusses des PE-Investors verbleibt die Leitungsverantwortlichkeit gleichwohl grds. beim Vorstand (§ 76 Abs. 1 AktG).⁸¹ Die Aktionäre und auch der Aufsichtsrat – auch wenn er mit Vertretern des PE besetzt ist – sind zur Geschäftsführung nicht befugt (arg. e. contrario § 111 Abs. 4 S. 1 AktG bzw. § 119 Abs. 2 AktG⁸² mit der Ausnahme nach Holz Müller-Gelatine⁸³). Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrats stellen daher nur ein begrenztes, negatives Vetorecht dar und sind auf Entscheidungen von grundlegender Bedeutung zu beschränken (vgl. Gr. 6 DCGK).⁸⁴ Vorstand und Aufsichtsrat haben ihre Entscheidungen zudem ausschließlich am Unternehmensinteresse auszurichten (vgl. §§ 76 Abs. 1, 100 Abs. 2 AktG; C.6 DCGK bzw. § 116 S. 1, 93 Abs. 1 S. 1 AktG).⁸⁵ Die Verfolgung kurzfristiger Interessen des PE-Investors hat der Vorstand zu unterlassen, wenn diese in einem evidenten Widerspruch zu den Interessen der anderen, langfristig orientierten Aktionäre stehen.⁸⁶ Allerdings stehen dem PE-Investor insoweit Gestaltungsinstrumente zur Verfügung, um diese rechtlichen Grenzen zu überwinden. In Betracht kommt ein Ausschluss

der Minderheitsaktionäre gegen Barabfindung (*Squeeze-Out*, vgl. §§ 327a ff. AktG, § 62 Abs. 5 AktG) oder der Abschluss eines Beherrschungsvertrags mit der Portfolio-Gesellschaft (§ 291 Abs. 1 AktG).⁸⁷ Dieser erlaubt es dem Aktionär, Weisungen an den Vorstand zu erteilen, selbst wenn diese nachteilig für die Gesellschaft sind (§ 308 Abs. 1 AktG). Allerdings können daraus Ausgleichs-, Transparenz- und Haftungsmechanismen resultieren (§§ 311 ff. AktG).⁸⁸

IV. Sicherstellung der Gläubigerinteressen

1. Übermäßige Fremdkapitalisierung

Zwischen den Interessen des Investors und denen der Gläubiger besteht regelmäßig ein struktureller Konflikt. Maßnahmen, die zu einer übermäßigen Verschuldung der Gesellschaft führen, sind daher nach dem Kapitalerhaltungsgrundsatz – als Kompensation des Ausschlusses der persönlichen Haftung der Aktionäre (§ 1 Abs. 1 S. 2 AktG)⁸⁹ – unzulässig.⁹⁰ Darüber hinaus haben die Gesellschafter gegenüber den Gläubigern angemessen auf die Erhaltung der Fähigkeit zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten Rücksicht zu nehmen.⁹¹ Dies bedeutet ferner, dass die Gesellschafter der Gesellschaft nur insoweit Vermögenswerte zum eigenen Nutzen entziehen dürfen, wenn diese zur Bedienung der Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht erforderlich sind.⁹² Neben der Beschränkung der Ausschüttung auf den Bilanzgewinn (§ 57 Abs. 1, 3 AktG) kann ein Gesellschafter sich daher auch dann deliktisch haftbar machen, wenn er der Gesellschaft übermäßig Kapital entzieht (§ 826 BGB iVm Grundsätzen der Existenzvernichtungshaftung).⁹³ Zu berücksichtigen ist auch das Verbot für AIF-Kapitalverwaltungsgesellschaften (§§ 292 Abs. 1, 2 Abs. 14 KAGB),⁹⁴ ein Unternehmen zu „zerschlagen“.⁹⁵

Im Vorfeld des Anteilerwerbs darf die Gesellschaft den Anteilerwerb des PE-Investors auch nicht finanziell unterstützen,⁹⁶ etwa durch die Besicherung von Vermögensgegenständen der Zielgesellschaft für ein Darlehen („klassischer“ LBO; § 71a Abs. 1 Var. 3 AktG).⁹⁷ In der Praxis wird daher oftmals eine alternative Lösung im Umwandlungsrecht gesucht: Eine eigens hierfür bereitgestellte Zweckgesellschaft erwirbt die Anteilsmehrheit an der Zielgesellschaft, um diese anschließend miteinander zu verschmelzen.⁹⁸ Der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags (§ 291 Abs. 1 AktG) mit der Portfolio-Gesellschaft oder

⁸⁷ Fromholzer/Hasselbach/von Werder, in: Eilers/Koffka/Mackensen/Paul/Josenshans (Fn. 9), 2. Kap, Rn. 119-130.

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Seibt, ZHR 171 (2007), 282, 299.

⁹⁰ Ebd.

⁹¹ Grundlegend BGHZ 149, 10, 12 – Bremer Vulkan; BGHZ 151, 181, 186 – KBV.

⁹² BGHZ 149, 10, 12 – Bremer Vulkan; a.A. Seibt, ZHR 171 (2007), 282, 299.

⁹³ Grundlegend BGHZ 173, 246 Rn. 56 – Trihotel; zur Anwendbarkeit auch in der AG Hoffmann, NJW 2012, 1393, 1394 ff. m.w.N.

⁹⁴ Thiermann, NZG 2016, 335, 336 m.w.N.

⁹⁵ Ebd.

⁹⁶ Vgl. Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 60), § 71a Rn. 3 f.

⁹⁷ Seibt, ZHR 171 (2007), 282, 300; Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 60), § 71a Rn. 3-7; vgl. Art. 64 der Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. 2017 L 169 S. 77-78; BGH NZG 2008, 507, 508.

⁹⁸ Zur Zulässigkeit Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 60), § 71a Rn. 36 m.w.N.; a.A. und bejahend Freitag, AG 2007, 157, 159; Hassner, Finanzielle Unterstützung, S. 34.

⁷⁶ Von Werder, in: Kremer/Bachmann/Favocchia/von Werder, Deutscher Corporate Governance Kodex, 2023, G.21 Rn. 5 ff.; a.A. Zetsche, AG 2019, 701, 702 f.

⁷⁷ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 93 Rn. 80.

⁷⁸ Ebd.

⁷⁹ So ausdrücklich etwa in Kumpan/Grütze, Schwark/Zimmer (Fn. 70), Art. 10 MAR Rn. 9.

⁸⁰ Rieckers, in: MAH-AktR, 2024, § 33 Rn. 78 ff. m.w.N.

⁸¹ Fleischer, in: BeckOGK AktG, Stand: 01.10.2025, § 76 Rn. 1 m.w.N.; Spindler, in: MüKoAktG (Fn. 60), § 76 Rn. 16-23.

⁸² Koch, ZGR Sonderheft 19 2016, 65, 77 ff.

⁸³ Grundlegend BGHZ 83, 122, 128 Rn. – Holz Müller.

⁸⁴ Spindler, in: MüKoAktG (Fn. 60), § 76 Rn. 31.

⁸⁵ Vertiefend Inhester, in: Jesch/Striegel/Boxberger (Fn. 45), § 15 S. 327; Kumpan, ZGR 2020, 749, 751; Koch, ZGR 2014, 697, 701 ff.

⁸⁶ Vgl. BGHZ 135, 244, 253 – ARAG/Garmenbeck.

ein faktisches Konzernverhältnis (§§ 15 ff. AktG) erlauben insoweit mehr Flexibilität.

2. Unangemessene Mitarbeitervergütung

Auch unangemessene Vergütungsstrukturen können gläubigergefährdend wirken, insbesondere wenn sie mit einem erhöhten Liquiditätsabfluss oder der Setzung von Fehlreizen einhergehen. Dies gilt vor allem für kurzfristig ausgerichtete Vergütungssysteme, die das Management zu risikoreichen oder primär auf kurzfristige Gewinnmaximierung gerichteten Entscheidungen verleiten können.⁹⁹ Solche Anreizstrukturen bergen die Gefahr, die nachhaltige wirtschaftliche Stabilität der Gesellschaft zu beeinträchtigen und damit mittelbar die Befriedigung der Gläubigerinteressen zu gefährden.

Die Gesamtvergütung des Vorstands unterliegt daher dem sog. Angemessenheitsgebot (§ 87 Abs. 1 S. 1 AktG). Der Aufsichtsrat hat auch bei der Gewährung der Vergütung das Unternehmensinteresse zu wahren (§ 116 S. 1 iVm § 93 Abs. 1 S. 1 AktG), und daher eine Vielzahl von Kriterien zu berücksichtigen.¹⁰⁰ Maßgeblich für die Höhe der Vergütung sind insbesondere die Aufgaben und Verantwortung des jeweiligen Vorstandsmitglieds, dessen individuelle Leistung, die wirtschaftliche Lage und Entwicklung der Gesellschaft sowie ein Vergleich mit der Vergütung in vergleichbaren Unternehmen (vgl. G.2 DCGK).¹⁰¹

Langfristig ausgerichtete Vergütungskomponenten, die an nachhaltige Leistungskennzahlen (KPIs) anknüpfen, können einen wesentlichen Beitrag zur Bewältigung des Prinzipal-Agenten-Problems leisten.¹⁰² Der Erfolg des Unternehmens spiegelt sich dann in einer hohen Vergütung des Managements wider, sodass Rentabilität und Bestand des Unternehmens gefördert werden. Sie sind daher auch i.d.R. angemessen i.S.v. § 87 Abs. 1 AktG.¹⁰³ Demgegenüber verstärken eine auf kurzfristige Gewinne ausgerichtete Vergütungsstruktur oder kompensationslose Anerkennungsprämien agenturtheoretische Fehlreize, und sind daher wohl i.d.R. nicht mit § 87 Abs. 1 AktG vereinbar.¹⁰⁴

F. Vergleich der Einflussnahme: PE-Investoren und Börse

In einem letzten Schritt sollen diese Maßnahmen und das sich ergebende Gesamtbild des Einflusses von PE-Investoren in einen Kontrast zur börsennotierten AG gestellt werden.

Börsennotierte Gesellschaften sind idealtypisch durch eine anonyme, breit gestreute Aktionärsstruktur geprägt. Eine direkte, engmaschige Überwachung und Steuerung durch die Aktionäre ist hier faktisch ausgeschlossen. Stattdessen gewinnt ein umfangreiches System formalisierter Transparenz durch Publizitäts- und Offenlegungspflichten an Bedeutung, um die Informationsasymmetrien zwischen

Managern und Aktionären zu reduzieren. Zentrale Instrumente sind etwa die Entsprechenserklärung zum DCGK¹⁰⁵ (§ 161 Abs. 1 AktG), die Pflicht zur Offenlegung der testierten Finanzberichterstattung (§§ 316 ff. HGB, §§ 114 ff. WpHG, § 53a BörsO FWB) oder der Bericht über Related Party Transactions (§ 111c AktG).¹⁰⁶ Diese Regelungen sollen es sowohl Aktionären und übrigen Stakeholdern, insbesondere aber auch fachkundigen Analysten als Informationshändlern, ermöglichen, das Unternehmen und das Management überwachen und bewerten zu können.¹⁰⁷ Damit kommt ihnen ein wichtiger Beitrag zur Verringerung des Prinzipal-Agenten-Problems zu.¹⁰⁸ Dem gegenüber stehen allerdings die hohen Kosten¹⁰⁹ und die die Entscheidungsprozesse lähmende Bürokratie solcher gesetzlichen Publizitätsregelungen.¹¹⁰

Die Setzung richtiger Anreizsysteme unterscheidet sich strukturell hingegen weniger stark. Auch in börsennotierten AGs sind variable Vergütungskomponenten etabliert (vgl. § 87a AktG, Gr. 24, G.6 DCGK). Realtypisch machen die variablen Vergütungsbestandteile in der börsennotierten AG jedoch häufig nicht mehr als ein Drittel der Gesamtvergütung aus.¹¹¹ Damit fallen sie gegenüber den Beteiligungsmustern der PE-finanzierten Unternehmen deutlich zurück, bei denen die variable Vergütung regelmäßig das bis zu 10-Fache ausmachen kann.¹¹²

Letztlich unterscheiden sich börsennotierte und PE-finanzierte AG auch in ihrer Kapitalstruktur: Während PE durchschnittlich mit einer Fremdkapitalquote von rund 70 % operieren,¹¹³ liegt die Fremdverschuldung im Verhältnis zum Gesamtkapital bei börsennotierten Gesellschaften bei nur rund 27,6 %.¹¹⁴ Die „aggressive“ Verschuldung wird an der Börse also deutlich seltener eingesetzt, oftmals aus der berechtigten Befürchtung, dass dies das Finanzierungs- und folglich das Ausfallrisiko des Schuldners erheblich erhöht.¹¹⁵ Eine überdurchschnittliche Insolvenzquote PE-finanzierter Unternehmen ist zu vermuten, mit entsprechenden negativen Auswirkungen für Finanzgläubiger und Arbeitnehmer. Dennoch dient die Verschuldung auch als disziplinierender Faktor für Management und Kostenstruktur der Unternehmen.¹¹⁶ Die damit verbundene effizientere Ressourcen- und Interessensteuerung führt zu erheblichen Produktivitätssteigerungen von Unternehmen in PE-Hand (durchschnittlich circa 15 %).¹¹⁷

¹⁰⁵ Koch, ZGR 2020, 183, 192.

¹⁰⁶ Westermann, in: FS Windbichler, 2020, 1163, 1165.

¹⁰⁷ Koch, ZGR 2020, 183, 192.

¹⁰⁸ Ebd.; Zölls/Brink, Zeitschrift für Wirtschaftspolitik 2009, 277, 300 ff.

¹⁰⁹ Weitergehend zu den Kosten des Going und Being Public Kaserer/Schiereck, Impact of Listing Decision on Cost of Capital, 2006, S. 6-8.

¹¹⁰ Otto, AG 2013, 357, 370.

¹¹¹ So Friedl, DSW-Vorstandsvergütungsstudie 2023, abrufbar unter: <https://tinyurl.com/dsw-2023>.

¹¹² Rüter/Kantowsky/Wendeborn/Stellner, AlixPartners Aufsichtsrats-Radar 2024 Effektive Boards – Vorbild Private Equity?, abrufbar unter: <https://tinyurl.com/german-supervisory-study>.

¹¹³ Schneider, NZG 2007, 888, 891.

¹¹⁴ Ebd.

¹¹⁵ Zum Prinzipal-Agenten-Problem der Fremdkapitalseite Asquith/Wizman, 27 (1) J. Fin. Econ. (1990), 195, 202; Schneider, AG 2006, 577, 579; Krit. Eilers, AG 2006, 792, 793.

¹¹⁶ Baxter, 22 (3) J. Finance (1967), 395 ff.; Otto, AG 2013, 357, 364.

¹¹⁷ Davis/Haltiwanger et al., HBS – NBER WP No. 26370/2019, S. 45 f.

⁹⁹ Fleischer, in: BeckOGKaktG, Stand: 01.10.2025, § 87 Rn. 1-6.

¹⁰⁰ Kubis, in: Kubis/Tödtmann (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, 2022, § 3 Rn. 134 ff.; Traugott/Grün, AG 2007, 761, 764.

¹⁰¹ Von Werder, in: Kremer/Bachmann/Favocchia/von Werder (Fn. 76), G.2 Rn. 5 m.w.N.; Säcker/Boesche, BB 2006, 897, 904; Grau, in: von Schenck/Wilsing (Hrsg.), Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 2021, § 11 Rn. 112 ff.

¹⁰² Ebd.; ähnlich auch Thüsing, in: Fleischer (Hrsg.), Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 6 Rn. 7-18.

¹⁰³ Ähnlich ebd., Rn. 19-20.

¹⁰⁴ BGHSt 50, 331, 341 – Mannesmann.

G. Zusammenfassung

Die Einflussnahme des PE-Investors beruht auf der Erkenntnis, dass Manager nicht zwangsläufig im Interesse ihres Unternehmens handeln. PE-Investoren sehen hierin ihre Chance zur Wertsteigerung des Unternehmens. Sie verbessern die Kontrollmechanismen der Gesellschaft, führen Anreizsysteme ein und reduzieren die dem Management zur Verfügung stehende Liquidität. Die Einflussnahme gerät allerdings in Konflikt mit anderen Interessengruppen, insbesondere den Gläubigern, weiteren Aktionären und den Arbeitnehmern. Das geltende Recht versucht daher, einen Interessenausgleich herzustellen, indem es den Vorstand im Rahmen seiner Legalitäts- und Sorgfaltspflichten zu einer am Gesellschaftsinteresse orientierten Leitung verpflichtet. Dabei gilt: Sofern die Interessen des PE und der weiteren Stakeholder übereinstimmen, kann der Vorstand i.R.d. Sorgfaltspflicht weitgehend dem PE-Interesse entsprechen. Weichen die Interessen hingegen voneinander ab, muss der Vorstand die Interessen gewichten, und ggf. zum Schutze der betroffenen Interessengruppen entgegen dem PE-Interesse handeln.

Im Vergleich zur börsennotierten AG weist PE strukturelle Vorteile im Hinblick auf die Steuerung des Unternehmens auf. Die enge Bindung zwischen Investor und Management ermöglicht eine wirksamere Kontrolle und interessengerechtere Unternehmensführung. Es sind die hohen Kosten, Bürokratie und mangelnder Leistungsdruck, die dem von Dr. Carsten Berrar angesprochenen „Big Bang“¹¹⁸ in der börsennotierten AG entgegenstehen. Eine schlanke und schlagkräftige PE-Beteiligung kann daher in vielen Fällen für Unternehmen von Vorteil sein.

¹¹⁸ a.a.O.