Anglo-German Law Journal

Herausgegeben in Deutschland vom / published in Germany by
Anglo-German Law Society e.V.
Postfach 08 07 09, 10007 Berlin
eingetragen beim AG Charlottenburg (Az.:VR 29205 B)
www.agls.eu
aglj@aglawsoc.org

Schriftleitung / Editorial Board:
Angelika Mohr (Editor in Chief)

Dr. Katharina Steinbrück
Sophie Janus
Alysa Brück
Jasmin Fobker
Karla Herb

All rights reserved
The Anglo-German Law Society e.V. does not guarantee the completeness and correctness of any published articles. The Anglo-German Society e.V. does not have any influence on the current and future design and content of linked external websites. No part of this publication may be reproduced, transmitted, in any form or by any means, electronic, mechanical, recording or otherwise, or stored in any retrieval system of any nature, without the prior, express written permission of the Anglo-German Law Society e.V..

Enquiries concerning reproducing outside these terms and in other countries should be sent to the Editor in Chief.

Haftungsausschluss und Rechte
Alle Angaben und Daten wurden nach bestem Wissen erstellt, es wird jedoch keine Gewähr für deren Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Der Anglo-German Law Society e.V. hat keinerlei Einfluss auf die aktuelle und zukünftige Gestaltung und auf die Inhalte von per Link verknüpften externen Seiten.

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Manuskripte werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte an seinem Beitrag einschließlich aller Abbildungen allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen. Mit Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verein das einfache, räumlich unbeschränkte Nutzungsrecht, jeweils auch für Übersetzungen, Nachdrucke, Nachdruckgenehmigungen und die Kombination mit anderen Werken oder Teilen daraus. Das Nutzungsrecht umfasst insbesondere das Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zu deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Jede vom Urheberrechtsgesetz nicht ausdrücklich zugelassene Verwertung bedarf vorheriger schriftlicher Zustimmung des Vereins. Das gilt insbesondere für Vervielfältigung, Bearbeitung, Übersetzung, Einspeicherung, Verarbeitung bzw. Wiedergabe in Datenbanken oder anderen elektronischen Medien und Systemen.

©Anglo-German Law Society e.V. 2021

Vorwort

Liebe Leser*innen,

ein weiteres "Corona-Jahr" liegt hinter uns und wir freuen uns, dass Sie in diesem Jahr wieder eine Ausgabe des Anglo-German Law Journals in den Händen halten können. Auch die diesjährige Ausgabe bietet vielfältige Einblicke in aktuelle (rechts-)politische Themen.

Neben einem rechtsvergleichenden Blick auf die Behandlung der immer mehr an Bedeutung gewinnenden instutionellen Investoren im Aktienrecht, freuen wir uns in dieser Ausgabe auch über Artikel aus dem Familienrecht. Zum einen geht es um die grenzüberschreitend relevante Frage der Leihmutterschaft. Zum anderen wird Ihnen ein rechtsvergleichender Einblick in das Scheidungsfolgenrecht im Vereinigten Königreich und Deutschland gewährt.

Auch mangelt es dieser Ausgabe nicht an Themen, die entscheidende gesellschaftspolitische Probleme unserer Zeit tangieren. Wie sind die italienischen Festhalteverfügungen gegen zivile Seenotrettungsschiffe zu bewerten? Und inwiefern müsste sich Präsident Donald Trump nach deutschem und amerikanischen Recht für die Unruhen am Kapitol des 6. Januar 2021 strafrechtlich verantworten? In dieser Ausgabe finden Sie hierzu ausführliche rechtliche Analysen.

Wie immer bedanken wir uns herzlich bei den Autoren, ohne die es das Anglo-German Law Journal nicht geben würde. Wir freuen uns, dass wir durch sie vielfältige Einblicke in rechtswissenschaftliche Themen ermöglichen dürfen. Nicht zuletzt gilt unser Dank auch den vielen Reviewern, die mit ihrem Feedback dazu beitragen, dass die Veröffentlichung dieses Journals Jahr und Jahr möglich ist.

Die Schriftleitung

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d), Referendare (m/w/d) und Rechtsanwälte (m/w/d) an allen deutschen Standorten

Zur Unterstützung unserer Expertenteams sind wir auf der Suche nach Ihnen. Wenn Sie heute an Mandaten mitarbeiten wollen, über die morgen in der Fachpresse berichtet wird, bewerben Sie sich.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

Weitere Informationen finden Sie unter
www.allenovery.de/careers

Bianca Städter – Senior Manager Legal Recruitment
+49 (0)69 2648 5588
recruitment.germany@allenovery.com

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings.
© Allen & Overy LLP 2021 CS2110_CDD-66127

allenovery.com/careers

Inhaltsverzeichnis
Table of Contents

Der Investorendialog mit dem Aufsichtsrat 7
Sophia Luisa Beier

Surrogate Human Motherhood 56
An analysis of the transfer of the born baby to the intended parents in Germany, the UK, and the USA
Vanessa Roya Ambelang

Rechtsvergleichende Untersuchung des Scheidungsfolgenrechts 79
Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht
Emily Rézépa

Hafenstaatkontrolle und zivile Seenotrettung 113
Eine Bewertung der italienischen Festhalteverfügungen gegen zivile Seenotrettungsschiffe
Manoël Johr

Donald Trump and the Capitol 140
A comparative analysis of criminal liability for the incidents of 6 January 2021
Malte Thiele

Together we make a mark

Join us and make a mark

Werden Sie Teil unseres Teams als **Berufseinsteiger, Referendar** oder **wissenschaftlicher Mitarbeiter (m/w/d)**.

Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung!

E germanylegalrecruiting@whitecase.com
whitecase.com/karriere

Join us and make a mark!

Exklusives Trainee Programm
Wahlstation im Ausland
Einbindung in herausfordernde Mandatsarbeit
Globales Netzwerk und Internationalität
Vielfalt und wertschätzendes Miteinander

WHITE & CASE

Berlin | Düsseldorf | Frankfurt am Main | Hamburg

Der Investorendialog mit dem Aufsichtsrat

von
Sophia Luisa Beier*

Humboldt-Universität zu Berlin

Zusammenfassung

Investoren deutscher Unternehmen haben immer häufiger das Bedürfnis nach einer Kommunikation nicht nur mit dem Vorstand, sondern auch mit dem Aufsichtsrat der Gesellschaft. Rechtsvergleichend kann festgestellt werden, dass dies keineswegs ungewöhnlich ist und in vielen Ländern bereits so praktiziert wird, da dort Vorstand und Aufsichtsrat in einem Gremium zusammengefasst sind (Monistische Struktur). In Deutschland ergeben sich hier jedoch erhebliche rechtliche Probleme, mit denen sich dieser Artikel beschäftigen möchte.
Die Problematik beruht auf der dualistischen Ausgestaltung der Aktiengesellschaft, also der Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat. Hierzulande ist der Dialog zwischen Aktionären und dem Aufsichtsrat nur im Wege einer Annexkompetenz und unter Beachtung der Vorstandskompetenzen zu konstruieren und so mit dem deutschen Gesetz in Einklang zu bringen. Er unterliegt dabei den allgemeinen Grenzen der Gleichbehandlung, der Vertraulichkeit und des Kapitalmarkts. Die aktuelle Praxis übersteigt diesen rechtlichen Rahmen jedoch im Bereich der Kommunikationsinhalte erheblich. Um dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten, ist zu einer Reform durch den Gesetzgeber oder zu einer klarstellenden Formulierung des Deutschen Corporate Governance Kodex aufzurufen.

* Sophia Luisa Beier studiert Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihr Schwerpunktstudium hat sie im Bereich des Gesellschaftsrechts absolviert und sich in diesem Zusammenhang intensiver mit der Thematik des Investorendialogs auseinandergesetzt. Zudem arbeitet sie aktuell als studentische Mitarbeiterin im Bereich Kapitalmarktrecht des DAX Unternehmens *Delivery Hero*.

A. Einleitung

Nachdem eine wichtige Neuigkeit über eine Aktiengesellschaft bekannt geworden ist, meldet sich ein institutioneller Investor des Unternehmens bei dem Aufsichtsrat. Er möchte mit diesem persönlich kommunizieren, mehr über das Vorgehen in Bezug auf die Neuigkeiten wissen und sich über die strategischen Ziele des Unternehmens erkundigen. Der Aufsichtsratsvorsitzende ist unentschlossen: Darf er auf das Gesprächsbegehren eingehen?

Mit dieser Problematik möchte sich der Artikel tiefgreifender beschäftigen. Dazu betrachtet er zunächst den praktischen Istzustand des Investorendialogs mit dem Aufsichtsrat in Deutschland. Danach wird aus einer rechtspolitischen sowie aus einer rechtstatsächlichen Perspektive eruiert, ob ein solcher Investorendialog in Deutschland rechtlich zulässig ist. Hierbei wird auf die Frage der Zuständigkeit des Aufsichtsrats, der allgemeinen Grenzen des Investorendialogs, sowie auf Kompetenzen innerhalb des Aufsichtsrats eingegangen. Nach einem Abgleich der rechtlichen mit der praktischen Realität soll abschließend das deutsche Aktienrecht auf den Prüfstand gestellt und ein möglicher Reformbedarf ermittelt werden.

B. Praxis in Deutschland

In deutschen Unternehmen, insbesondere den DAX-30-Gesellschaften, sind bilaterale Gespräche zwischen Aufsichtsrat und institutionellen Investoren[1] keine Seltenheit mehr.[2] So werden zum einen punktuelle Gespräche auf An-

[1] Für diese ist keine trennscharfe Definition möglich, jedoch haben alle gemein, dass ihnen Kapital von Dritten zur Verfügung gestellt wird, um dies treuhänderisch und gebündelt zum Erwerb von Gesellschaftsanteilen und anderen Kapitalmarkttitel einzusetzen sowie professionell zu verwalten. Auch der DCGK geht von diesem weiten Begriffsverständnis aus. DCGKKom-*v. Werder,* Präambel, Rn. 113c; *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 36.

[2] als „fest etabliert“ angesehen von *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (728).

frage der Investoren hin arrangiert, zum anderen werden systematisch kontinuierliche Gespräche, zum Beispiel zur Vorbereitung der Hauptversammlung, geführt.[3] Laut aktueller Studie tritt fast ausschließlich der Aufsichtsratsvorsitzende in Kontakt.[4] Als Themen der Dialogpraxis in Deutschland konnten neben Aufsichtsratsbesetzung, Vorstandsbestellung und -abberufung, Corporate-Governance sowie Vorstandsvergütung vordergründig die Unternehmensentwicklung und -strategie festgestellt werden.[5]

C. Rechtliche Rahmenbedingungen des Investorendialogs

Diese gelebte Praxis ist jedoch keineswegs nach deutschem Recht unbedenklich. Die Kompetenz des Aufsichtsrates für den Investorendialog ist fragwürdig. Zudem unterliegt dieser allgemeinen Schranken, unabhängig davon, ob von Aufsichtsrat oder Vorstand geführt. Auch innerhalb des Aufsichtsrats ist die Kompetenzverteilung schließlich strittig.

I. Zuständigkeitskonflikt zwischen Aufsichtsrat und Vorstand

Eine ausdrückliche Regelung im Aktiengesetz für die Zuständigkeit zur Investorenkommunikation ist nicht zu finden, jedoch herrscht eine grundsätzliche Kompetenzordnung in der AG.[6] Geschäftsführungsaufgaben, insbesondere die Leitung der Gesellschaft, stehen gem. §§ 77 I, 76 I AktG dem Vorstand zu. Gem. § 111 I AktG hat der Aufsichtsrat diese Geschäftsführung zu überwachen, wohingegen ihm gem. § 111 IV AktG Maßnahmen dieser nicht übertragen werden können.

---

[3] *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (729).

[4] *Tietz/Hammann/Hoffmann,* AR 2019, 69 (70).

[5] *Tietz/Hammann/Hoffmann,* AR 2019, 69 (70).

[6] vgl. *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (363); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 180; *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (522); *Vetter,* AG 2014, 387 (388).

Ungeklärt bleibt daher, ob und wie sich eine Kommunikation zwischen Aufsichtsrat und Investoren in dieses Normgeflecht einfügen lässt.

1. Rechtspolitische Erwägungen

Vorangestellt sollen Argumente geprüft werden, welche aus rechtspolitischer Sicht sinnvoll erscheinen, rechtlich bisher jedoch nur begrenzten Wert entfalten können.

a. Lebensfremdes Verbot

So wird vorgebracht, ein Verbieten der Investorenkontakte des Aufsichtsrates entgegen der gelebten Praxis sei schlicht „lebensfremd", da Aufsichtsratsmitglieder durch die Aktionäre gem. § 101 I 1 AktG gewählt werden, sie somit besonders legitimiert sind und ein Kontaktabbruch bei Amtsantritt folglich nicht sinnvoll erscheine.[7] Der Aufsichtsrat vertrete die Interessen der Aktionäre und sei somit ein Aktionärsausschuss, weshalb es befremdlich erscheine, nach der Begründung des Mandatsverhältnisses den Kontakt dieser beiden Gruppen zu unterbinden.[8]

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Aktiengesetz klare Grenzen zieht und gerade nicht davon ausgeht, dass Aktionäre als Inhaber des wirtschaftlichen Interesses über sämtliche Gesellschaftsvorgänge informiert werden sollen.[9] Auch kann nicht grundsätzlich von einem Aktionärsausschuss die Rede sein, da dies die Möglichkeit der Mitbestimmung im Aufsichtsrat (§ 96 AktG) außer Acht lässt. Zudem impliziert das Ansehen eines Verbotes als lebensfremd,

---

[7] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (362); ähnlich *Mertens/Cahn,* in: KölnKommAktG § 107 Rn. 61.

[8] *Koch,* AG 2017, 120 (133); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (728); *Schaper,* AG 2018, 356 (357).

[9] vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (133); *Schaper,* AG 2018, 356 (357).

weil es der gelebten Praxis entgegenstehe, dass unabhängig von der Gesetzeslage jede Auslegung vertretbar sei, um das von der Praxis gewünschte Ergebnis zu erzielen.[10]

b. Systemkonvergenz

In dem eingangs genannten Normgefüge wird die dualistische Trennung von Kontrollorgan, namentlich dem Aufsichtsrat, und Leitungsorgan, dem Vorstand, deutlich.[11] Gegner des Dialogs weisen auf die Gefahr der *Verboardisierung*, also der schleichenden Verschmelzung von Vorstand und Aufsichtsrat, hin.[12]

Dass durch zunehmende Investorengespräche zwischen Aufsichtsratsvorsitzendem und wichtigen Aktionären eine größere Nähe zu Entscheidungsprozessen geschaffen und die Systemkonvergenz hin zum monistischen *board*-System verstärkt wird,[13] kann nicht in Abrede gestellt werden. Jedoch ist dieser Prozess bereits in Gang gesetzt worden. Der Aufsichtsrat erfährt aktuell durch eine Erweiterung seines Aufgabenkreises eine Wandlung hin zum mitunternehmerischen Organ, welches aktiv in die Unternehmensplanung mit einbezogen wird.[14] Nach dem heutigen Verständnis ist der Aufsichtsrat nicht nur Kontrolleur, sondern auch verstärkt Ratgeber für den Vorstand, wodurch impliziert wird, dass ihm auch bei der Repräsentanz eine wachsende Bedeu-

---

[10] vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (131).

[11] vgl. *Habersack,* in: MüKoAktG, § 111 Rn. 110.

[12] *Vetter,* AG 2016, 873 (876); vgl. *Hexel,* AR 2014, (121); Begriff der *Verboardisierung* stammt von *Bachmann,* VGR 2016, 136 (154).

[13] im europäischen Vergleich *Davies/Hopt,* American Journal of Comparative Law 2013, 301 (317 ff.); vgl. *Drygala,* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 107 Rn. 25, § 111 Rn. 5.

[14] vgl. BGHZ 114, 127, 130; BGHZ 135, 244, 255; *Landsittel,* Investorenkommunikation S. 154; *Drygala,* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 111 Rn. 4 f.

tung zukommt.[15] Durch die EU-Kommission und die angelsächsisch geprägte Welt des Kapitalmarkts geschehen immer wieder Eingriffe in das dualistische System, welches dadurch auf Dauer zu einem quasi-monistischen gewandelt wird.[16]

Somit sollte zunächst festgehalten werden, dass die Systemkonvergenz etwas aktuell Stattfindendes ist, was bereits beobachtet werden kann und zu dem sich der deutsche Gesetzgeber noch nicht geäußert hat. Diese bereits stattfindende Entwicklung des Aufsichtsrats hin zum unternehmerischen Mitgestalter muss dann jedoch auch dessen Rechenschaft gegenüber den Anlegern erweitern, denn das Versagen der erweiterten Kommunikation wäre widersprüchlich und mit dem Gebot folgerichtiger Rechtsanwendung nicht zu vereinen.[17] Die Anerkennung der Außenkommunikation ist somit nicht Treiber der Systemkonvergenz, sondern zieht aus dieser nur die gebotenen Konsequenzen. Der Investorendialog sollte daher nicht als Grund für die Verboardisierung verteufelt, sondern als dessen logische Folge betrachtet werden.

c. Aufsichtsrat als reines Innenorgan?

Nach traditioneller Ansicht handelt es sich bei dem Aufsichtsrat um ein retrospektives Kontroll- und Innenorgan, dem es an der Befugnis für Außenkontakte fehle.[18] Wie soeben festgestellt, hat sich der Aufsichtsrat jedoch zu einem mitunternehmerischen Organ gewandelt. Mit diesen veränderten Rahmenbedingungen lässt sich einerseits die Kategorisierung als Innenorgan widerlegen,

---

[15] *Drinhausen/Marsch-Barner,* AG 2014, 337 (349 f.); vgl. *Mertens/Cahn*, in: Köln-KommAktG, § 107 Rn. 61.

[16] vgl. *Kley,* AG 2019, 818 (819); ferner *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (730).

[17] so auch *Bachmann,* VGR 2016, 136 (154 f.).

[18] deutlich *Selter,* Beratung des Aufsichtsrats, Rn. 332; *Vetter,* AG 2014, 387 (389); vgl. auch *Hexel,* AR 2014, 121 (121); *Lutter/Krieger/Verse,* Rn. 40; *Schaper,* AG 2018, 356 (357).

jedoch andererseits keineswegs ein Auftreten als Außenorgan rechtfertigen.[19] Dem Aufsichtsrat kommt durch diese Veränderungen vielmehr eine Art *Zwitterstellung*[20] zu, wodurch ihm weder Außenkontakte gänzlich versagt, noch direkt zugesprochen werden können.[21] Es ist ebenso unzweifelhaft, dass die Aufgaben des Aufsichtsrates in erster Linie auf den Vorstand und somit nach innen gerichtet sind, wie der Umstand, dass dadurch nicht jegliches Wirken nach außen verboten ist.[22] Die Kategorisierung als Innen- oder Außenorgan ist somit für eine Entscheidung der Kompetenzen wenig aussagekräftig.[23]

d. Rechtsvergleichender Impuls

Anleger stützen ihre Forderung zur Kommunikation mit dem Aufsichtsrat auf ihre Erfahrungen am internationalen Kapitalmarkt, welcher durch das angelsächsische monistische System der Aktiengesellschaft ohne strikte Trennung von Aufsichtsrat und Vorstand geprägt ist.[24] Dies könnte auch für Deutschland ein Indiz zur rechtspolitischen Wünschbarkeit darstellen.

Das britische Recht ist als *common law* einerseits stark durch seine Rechtstradition und das Richterrecht geprägt, andererseits ist die gesetzliche Regelung des *Companies Act 2006* festzustellen.[25] Dieser regelt grundlegende Punkte des Gesellschaftsrechts, trifft jedoch keine genaueren Ausgestaltungen zur

---

[19] vgl. *Leyendecker-Langner,* NZG 2016, 44 (45).

[20] *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 82.

[21] *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 82 f.

[22] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (144 f.); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (362); *Leyendecker-Langner,* NZG 2016, 44 (45).

[23] ebenso *Bachmann,* VGR 2016, 136 (144f.); *Koch,* AG 2017, 129 (133); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 81.

[24] *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44; *Vetter,* AG 2016, 873 (874).

[25] *Just*, Die englische Limited in der Praxis, Rn. 15 f.

Unternehmensführung.[26] Diese Aufgaben und Kompetenzen des *boards* ergeben sich vielmehr aus gesellschaftsvertraglichen Regelungen.[27] Angereichert wird daher die gesetzliche Kodifikation durch nicht-legislative Regelwerke. Im Vereinigten Königreich ist hier vorrangig der *UK Corporate Governance Code* zu nennen. Dieser Kodex enthält ausdrückliche Forderungen zum Dialog zwischen dem *board* und den Anteilseignern, um deren Ansichten zu der Governance und Strategie des Unternehmens zu besprechen.[28] Verantwortlich für die Führung dieser Gespräche ist der *chair*,[29] welcher im Regelfall ein *non-executive director* ist.[30] Er muss sicherstellen, dass das ganze *board* über die Ansichten der *shareholder* informiert wird.[31] Somit kann rechtsvergleichend eine funktionierende Beteiligung der nicht geschäftsführenden Direktoren an der Kommunikation beobachtet werden.

Dieser Hinweis auf eine den Investorendialog anerkennende Jurisdiktion hat für das deutsche dualistische System zwar eher eine untergeordnete Bedeutung, da diese Usancen meist auf der abweichenden *board*-Struktur fußen.[32] Trotzdem zeugt der Vergleich von einer rechtspolitischen Wünschbarkeit und ist insbesondere unter dem Aspekt der *Verboardisierung* in die rechtstatsächliche Folgebetrachtung mit einzubeziehen.[33]

---

[26] vgl. *Section* 171-177 *Companies Act 2006*.

[27] *Landsittel*, Investorenkommunikation, S. 156 f.

[28] vgl. *UK Corporate Governance Code* 2018, *Principle* E. *Provision* 3, abrufbar unter https://www.frc.org.uk/directors/corporate-governance-and-stewardship/uk-corporate-governance-code (zuletzt abgerufen am 1. September 2021).

[29] vgl. *UK Corporate Governance Code* 2018, *Principle* E. *Provision* 3.

[30] vgl. *UK Corporate Governance Code* 2018, *Provision* 9, 10; *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (727).

[31] vgl. *UK Corporate Governance Code* 2018, *Principle* E. *Provision* 3.

[32] vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (133).

[33] ebenso *Koch,* AG 2017, 129 (133).

e. Vorgaben des Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)

Seit 2016 wurde zudem der DCGK um eine Anregung hinsichtlich der Kommunikationsbereitschaft des Aufsichtsrates und insbesondere des Aufsichtsratsvorsitzenden in Ziff. 5.2. II DCGK[34] ergänzt. Zwar folgt aus dieser Anregung keine gem. § 161 I 1 AktG erforderliche Entsprechungserklärung, jedoch ergibt sich daraus eine gewisse Bindungswirkung.[35] So wird kein Anleger Verständnis für eine Gesprächsabsage des Aufsichtsrats haben, da ein solches doch als gute *Corporate Governance* vorgegeben wird.[36]

f. Stewardship und das ARUG II

Hingewiesen wurde in der Diskussion auch auf die aktuell stärker den institutionellen Investoren abverlangte, aktivere *Corporate Governance*-Verantwortung *(stewardship)*.[37] Zu dieser wurde zunächst in der Präambel Absatz 6 des DCGK aufgerufen. Nun ist in den §§ 134a-d AktG auch parlamentarisch legitimiert die Verantwortung der institutionellen Investoren[38] festgehalten worden, um die europarechtlichen Vorgaben der neu gefassten Aktionärsrechterichtlinie (RL EU 2017/828) umzusetzen.[39]

§ 134b I Nr. 3 AktG legt fest, dass institutionelle Anleger ihre Mitwirkungspolitik und somit den Meinungsaustausch mit den Gesellschaftsorganen und Interessenträgern der Gesellschaft veröffentlichen

[34] In der aktuellen Kodexfassung 2019 zu finden in A.3 DCGK.

[35] *Leyens,* ZGR 2019, 544 (575).

[36] so auch *Koch,* AG 2017, 129 (140).

[37] vgl. *Herz,* NZG 2020, 285 (289); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725.

[38] Hier gibt es eine Abweichung vom weiten Begriffsverständnis. In § 134a I Nr. 1 AktG findet sich eine Legaldefinition des Begriffs „institutioneller Anleger“, welcher lediglich auf bestimmte Lebensversicherungen und Einrichtungen der betrieblichen Altersvorsorge abstellt und für die §§ 134b bis 135 AktG zu verwenden ist.

[39] Hüffer/Koch, AktG, § 134a Rn. 1; *Koch,* BKR 2020, 1 (2).

müssen. Gem. § 134b IV AktG muss bei Nichterfüllung eine Erklärung abgegeben werden.

Dem Wortlaut des § 134b I Nr. 3 AktG nach geht es zwar lediglich um eine Offenlegung eines möglicherweise stattfindenden Dialogs. Jedoch kann aus ihm auch gezogen werden, dass eine Kommunikation mit dem Aufsichtsrat als Gesellschaftsorgan grundsätzlich möglich sein muss, da andernfalls statt den Gesellschaftsorgan*en* (Plural) nur der Vorstand hätte erwähnt werden müssen. Dem kann wiederum entgegengehalten werden, dass der Aufsichtsrat auch nicht ausdrücklich zur Dialogabhaltung genannt wird. Vielmehr ist im Wortlaut wohl eine Neutralität angelegt, die die Möglichkeit des Dialogs mit dem Aufsichtsrat nicht ausschließt, sie aber auch nicht zwingend festlegt. Zurückzuführen ist die Normierung auf die RL EU 2017/828, welche in den Erwägungsgründen 15 und 16 eindeutig die Zielrichtung dieser Vorschriften vorgibt. Demnach soll die bislang passive Rolle der institutionellen Anleger hin zu einer aktiv an der *Corporate Governance* beteiligten gewandelt werden.[40] Durch die Offenlegung von Anlagestrategien, Mitwirkungspolitik und deren Umsetzung soll auch der Dialog zwischen Gesellschaften und deren Aktionären erleichtert werden.

Zur Ausfüllung der stärkeren Verantwortung wäre eine verbesserte Rahmenbedingung und somit das Verfügen über weitreichendere Informationen tatsächlich förderlich.[41] Aus rechtspolitischer Sicht spricht nichts gegen dieses Verlangen.[42] Die Annahme, § 134b I Nr. 3 AktG begründe lediglich eine Veröffentlichungspflicht über das Wissen des Investors und sei kein Hebel, um das Wissen des Investors erheblich auszudehnen, damit er später mehr zu berichten

---

[40] vgl. auch *Herz,* NZG 2020, 285.

[41] als notwendiges „Werkzeug“ der Aufgabenwahrnehmung betrachtet von *Herz,* NZG 2020, 285; vgl. auch *Roth,* ZGR 2012, 343 (368 f.).

[42] vgl. *Bachmann,* VGR 2016, 136 (137).

habe,[43] erscheint daher nicht ganz stimmig. Jedoch lässt sich in der Norm und auch in den Erwägungsgründen keine Basis dafür finden, warum dieser Dialog statt mit dem Vorstand als Vertreter der Gesellschaft mit dem Aufsichtsrat geführt werden soll. Solange ein derartiges Informationsprivileg durch den Aufsichtsrat nicht gesetzlich verankert ist, muss sich die zugewiesene Mitverantwortung innerhalb der aktienrechtlichen Kompetenzordnung halten.[44]

Eine Grundlage für den Investorendialog mit dem Aufsichtsrat ist in der Norm somit nicht zu finden,[45] sondern lediglich eine allgemeine Ermunterung zu einem Dialog mit den institutionellen Investoren, unabhängig von wem er geführt wird.

g. Zwischenfazit

Aus rechtspolitischer Sicht spricht nichts gegen einen Investorendialog mit dem Aufsichtsrat. Einige Argumente verhalten sich neutral, jedoch sehr viele sogar positiv zu einem solchen. Es bleibt daher festzuhalten, dass rechtspolitisch der Investorendialog wünschenswert ist.

2. Der gesetzliche Rahmen in Deutschland

Rechtliche Bedenken werden weniger gegenüber der Entgegennahme von Meinungen und Anregungen und deren klarstellender oder erläuternder Erwiderung gehegt, sondern vielmehr gegenüber der Informationsweitergabe durch den Aufsichtsrat.[46] Bei der Informationsweitergabe betrachten zurückhaltende Stimmen die Kommunikation der Gesellschaft prinzipiell als Vorstandsauf-

[43] so *Koch,* BKR 2020, 1 (4); *Koch,* AG 2017, 129 (137 f.).
[44] vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (137 f.).
[45] Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 34a.
[46] vgl. *Bachmann,* VGR 2016, 136 (141).

gabe und sprechen dem Aufsichtsrat grundsätzlich eine Kompetenz ab.[47] Der Aufsichtsrat sei nur insoweit zum Dialog befugt, als dass die besprochenen Themen in dessen Sphäre fielen, der Vorstand keine Auskunft erteilen könne und die Kommunikation mit diesem abgestimmt sei.[48] Zu anderen Themen könne der Aufsichtsrat sich nicht äußern, jedoch die Standpunkte seiner Gegenüber anhören.[49]

Dem Investorendialog gegenüber offener eingestellte Meinungen betrachten diesen als grundsätzlich zulässig.[50] Sie sehen seine Kompetenz im Gesetz in den §§ 171 II, 176 I 2 AktG, § 289a HGB, § 161 AktG und § 27 I WpÜG angelegt.[51] Zwar sollen auch nach dieser progressiven Ansicht die Themen der Kommunikation grundsätzlich auf die Kompetenzen des Aufsichtsrats beschränkt sein, jedoch wird die allgemeine Überwachungs- und Beratungsaufgabe des Vorstands mit einbezogen.[52] Dadurch ermöglichen es einige Stimmen dem Aufsichtsrat auch über Themen der Strategie, Finanzierung oder Organisation des Unternehmens zu sprechen.[53] Der Aufsichtsrat dürfe sich lediglich

---

[47] *Vetter,* AG 2014, 387 (387 ff.); vgl. *Hexel,* AG 2014, 121; im Grundsatz auch *Lutter/Krieger/Verse,* Rn. 284; *Selter,* Beratung des Aufsichtsrats, Rn. 332.

[48] *Vetter,* AG 2016, 873 (874); kritisch auch *Koch,* AG 2017, 129 (134); *Habersack,* in: MüKoAktG, § 116 Rn. 67.

[49] *Vetter,* AG 2016, 873 (874).

[50] *Drinhausen/Marsch-Barner,* AG 2014, 337 (349 f.); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (362 ff.); *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2010); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (730 ff.); *Mertens/Cahn,* in: KölnKommAktG, § 107 Rn. 61; *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (45); *Roth,* ZGR 2012, 343 (368 f.).

[51] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (362 f.); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (731 ff.); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (522); vgl. auch *Mertens/Cahn*, in: KölnKommAktG, § 107 Rn. 61.

[52] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (365 ff.); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (733 f.); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (523).

[53] deutlich *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (734).

nicht in Widerspruch zum Vorstand stellen.[54]

Gem. §§ 171 II, 176 I 2 AktG hat der Aufsichtsrat einen Bericht an die Hauptversammlung abzugeben, welcher durch den Aufsichtsratsvorsitzenden erläutert wird. § 161 AktG verlangt eine Erklärung des Aufsichtsrats, ob die Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex beachtet wurden. Auch § 289a HGB fordert eine gemeinsame Erklärungsabgabe von Vorstand und Aufsichtsrat. Zudem ist gem. § 27 I WpÜG eine Stellungnahme zu Erwerbsangeboten der Aktiengesellschaft durch den Aufsichtsrat zu unternehmen. Das Gesetz erlaubt eine Außenkommunikation des Aufsichtsrates folglich zumindest punktuell. Fraglich ist, ob aus diesen Normen eine allgemeine Kompetenz des Aufsichtsrats zur Kommunikation abgeleitet werden kann,[55] oder ob die Kommunikationsbefugnisse auf die konkreten Sachverhalte beschränkt sind und eine darüberhinausgehende Kommunikation somit verboten ist.[56]

Dass die Normen grundsätzlich streng situationsbezogen sind und eine Kommunikation nur in engen Bahnen zulassen,[57] ist zunächst einmal festzustellen. Aus ihnen auf eine uneingeschränkte generelle Kommunikationsbefugnis zu schließen, würde somit den Deutungsgehalt der Normen überdehnen. Andererseits kann es auch nicht überzeugen, ein Verbot in den begrenzten Normen sehen zu wollen. Die Einengung der Aufsichtsratsbefugnis auf lediglich ausdrücklich Gestattetes beruht auf einer öffentlich-rechtlichen Vorstellung, wonach Eingriffe in Individualrechte einer eindeutigen Ermächtigungsgrundlage bedürfen.[58]

---

[54] *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (735).

[55] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (362 f.); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (731 ff.); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (522).

[56] *Vetter,* AG 2014, 387 (391).

[57] so auch *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); vgl. *Vetter,* AG 2014, 387 (391).

[58] Lehre vom Gesetzesvorbehalt, *Bachmann,* VGR 2016, 136 (145); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 181.

Für privatrechtliche Organisationsverhältnisse ist dies unpassend, wie bereits die Anerkennung von ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen[59] verdeutlicht.[60] Dies sagt nicht aus, dass der Aufsichtsrat alles tun dürfe, was ihm durch das Aktiengesetz nicht verboten sei, sondern dass sich die Grenzen des Erlaubten aus der aktienrechtlichen Kompetenzordnung und nicht aus einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ableiten lassen.[61]

a. Geschäftsführungsbefugnis

Das zentrale Hindernis der Kommunikationsbefugnis ist die Einordnung dieser als Geschäftsführungsaufgabe. Zwar kann nicht jede Kommunikation, wie beispielsweise das zwanglose Gespräch am Rande der Hauptversammlung, unter die Geschäftsführung subsumiert werden.[62] Je förmlicher und offizieller das Investorentreffen jedoch arrangiert ist, desto eher wird es als Maßnahme der Geschäftsführung einzuordnen sein.[63]

Die Wahrnehmung, das Vertrauen und die Reputation eines Unternehmens hängen stark von dessen Kommunikation ab.[64] Da bei dem Investorendialog sowohl eine Auswahl des Gesprächspartners und somit die selektiven Pflege von Geschäftsbeziehungen geschieht, als auch die Entscheidung über die Enthüllung bestimmter Geschäftsgeheimnisse gefällt wird, ist dieser von großer Bedeutung für die Gesellschaft.[65] Folglich ist die Wahrnehmung der Kommunikation als Geschäftsführungsaufgabe (§ 77 I 1 AktG) einzuordnen, während

[59] BGHZ 83, 122 (Holzmüller); BGHZ 159, 30 (Gelatine).
[60] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (145); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 182 ff.
[61] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (145); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 184.
[62] *Koch,* AG 2017, 129 (134); vgl. *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46).
[63] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (145); *Koch,* AG 2017, 129 (134).
[64] international rechtsvergleichend festgestellt durch *Hoffmann/Tietz/Hammann, CCIJ* 2018, 294 (305).
[65] *Koch,* AG 2017, 129 (132).

die übergeordnete Institutionalisierung und Organisation der Kommunikation sogar als Leitungsaufgabe (§ 76 I 1 AktG) zu klassifizieren ist.[66] Die Kommunikation kommt demnach zuvörderst dem Vorstand zu.

Eine Erweiterung des Rechts, mit Marktteilnehmern in den Dialog zu treten, ist ebenso wenig durch eine Delegation der Kommunikation vom Vorstand an den Aufsichtsrat gem. § 111 IV AktG möglich,[67] wie über eine entsprechende Satzungsregelung (§ 23 V AktG).[68] Jedoch kann der Vorstand den Aufsichtsrat an einer von ihm geführten Kommunikation teilhaben lassen.[69]

b. Annexkompetenz

Den Dialog ablehnende Stimmen folgern aus der Einordnung der Kommunikation als Geschäftsführungsaufgabe, welche exklusiv dem Vorstand zugewiesen wird (§ 111 IV AktG), das Verbot zur Wahrnehmung des Dialogs für den Aufsichtsrat.[70] Ein Zulassen dessen würde zu einer Doppelspitze der AG führen, welche das Machtgefüge der dualistischen Organisation erheblich schwächen würde.[71] Zum einen würde dadurch die Stellung des Vorstands erheblich geschwächt werden, zum anderen wäre die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats mangels Distanz beeinträchtigt.[72]

---

[66] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (363); vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (131); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 78 ff.; *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (45).

[67] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); *Koch,* AG 2017, 129 (134 f.); ferner *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2010).

[68] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); *Spindler,* in: Spindler/Stilz, AktG, § 111 Rn. 61; *Vetter,* AG 2014, 387 (390 f.).

[69] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (365); vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (135); *Schaper,* AG 2018, 356 (357).

[70] *Selter,* Beratung des Aufsichtsrats, Rn. 332; *Vetter,* AG 2014, 387 (391 ff.).

[71] vgl. *Vetter,* AG 2016, 873 (876).

[72] vgl. *Vetter,* AG 2016, 873 (876).

Diese pauschale Betrachtung lässt jedoch das breite und sich erweiternde Aufgabenspektrum des Aufsichtsrates unberücksichtigt und würde die Gewichtung innerhalb des Organisationsgefüges der Aktiengesellschaft zulasten des Aufsichtsrates verändern.[73] Zudem gibt es Fragen, für die der Vorstand keine Kompetenz hat.[74]

Die Gestattung der Außenkommunikation kann jedoch nicht nur durch ein gesetzgeberisches Vakuum, praktische Erwägungen oder eine nicht-parlamentarische Kodex-Anregung begründet werden. Vielmehr muss sie durch Kompetenznormen des Aktienrechts auf legitimierten Grund fußen. Erwägenswert wäre es daher, eine Annexkompetenz für die Sachkompetenzbereiche des Aufsichtsrats anzunehmen.[75] Diese Figur stammt aus dem Staatsorganisationsrecht, ist jedoch auch im Zivilrecht im Wege einer teleologisch-extensiven Auslegung anerkannt.[76] Voraussetzung einer solchen Annexkompetenz ist, dass von ausdrücklich zugewiesenen, geschriebenen Kompetenznormen Gebrauch gemacht wird und die Kompetenzmaterie, die kraft Annex begründet werden soll, nicht explizit umfasst ist, jedoch in einem funktionalen, elementaren Zusammenhang zu der geregelten Materie steht.[77]

Ohne die Kommunikationsbefugnis des Aufsichtsrates in Bereichen, für die

---

[73] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (363 f.); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (523).

[74] vgl. *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364 f.); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (733 f.).

[75] ebenso unter vielen *Bachmann,* VGR 2016, 136 (149 f.); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364 f.); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 246; *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (45); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (523); *Tietz/Hammann/Hoffmann,* AR 2019, 69 (69).

[76] ausführlich *Landsittel*, Investorenkommunikation, S. 197 ff.; ferner. *Bachmann,* VGR 2016, 136 (149).

[77] *Landsittel*, Investorenkommunikation, S. 199, 227; vgl. ferner *Uhle,* in: Maunz/Dürig, Art. 70 Rn. 71.

dieser sachlich zuständig ist, wäre der Aufsichtsrat gezwungen, seine Entscheidungen nur nach Freigabe durch den Vorstand zu erklären, wodurch dieser die Außendarstellung des Aufsichtsrates beliebig steuern könnte.[78] Der Aufsichtsrat kann beispielsweise seiner Überwachungsaufgabe nur sinnvoll nachkommen, wenn er nicht für jeden Kontakt mit Aktionären das Einverständnis des Überwachten einholen muss.[79] Das System der *Checks and Balances* innerhalb der Aktiengesellschaft würde bei einer Kommunikation durch den Vorstand aus dem Gleichgewicht gebracht werden.[80]

Unter einer teleologischen Betrachtungsweise muss der Aufsichtsrat daher anknüpfend an die aktienrechtlichen Normen, welche ihm eine Kompetenz zuweisen, als Annex kommunizieren dürfen, soweit dies im Unternehmensinteresse liegt.[81] Die Sachkompetenznormen sind also dahingehend auszulegen, als dass eine Annexkompetenz zur Kommunikation in ihnen stillschweigend mitgeschrieben wurde.

c. Zusammenführung der Kompetenzen

Die Annexkompetenz muss mit der Geschäftsführungskompetenz des Vorstands jedoch auch in Einklang gebracht werden. Konsens herrscht insoweit, als dass der Aufsichtsrat bei Ausübung seiner Kommunikation generell zur Mäßigung aufgerufen wird.[82] Börsennotierte Unternehmen müssen in ihrer

---

[78] *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (45); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (523).

[79] vgl. *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364 f.); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (45); *Roth,* ZGR 2012, 343 (369).

[80] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364).

[81] vgl. *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (733); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364).

[82] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (365); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (735); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46 f.).

Außendarstellung tunlichst darauf achten, einheitlich aufzutreten und nur mit einer Stimme zu sprechen.[83] Aus diesem Gebot der *„one-voice-policy"* folgt zwar keine uneingeschränkte, vollumfängliche Kommunikationshoheit des Vorstands, jedoch gibt dieser die Kommunikationsstrategie an.[84] Auch gebietet die Treuepflicht des § 116 AktG ein intraorganfreundliches Verhalten im Unternehmensinteresse und somit das zurückhaltende Auftreten des Aufsichtsrats, um sich hinsichtlich der Unternehmensstrategie nicht gegensätzlich zum Vorstand zu verhalten.[85]

Um die Kommunikationsbefugnis des Vorstands nicht zu beschneiden und gleichzeitig dem Bedürfnis einer Kommunikation durch den Aufsichtsrat nachzukommen, ergibt sich die Kompetenz des Aufsichtsrats nur dort, wo eine Wahrnehmung durch den Vorstand nicht möglich und zugleich eine Kommunikation trotzdem notwendig ist.[86] Dieses unverzichtbare praktische Bedürfnis der Kommunikation durch den Aufsichtsrat wird man nur bei Informationen annehmen können, zu denen der Vorstand aufgrund der originären Zugehörigkeit zum Aufsichtsrat keinen Zugriff hat und somit einzig der Aufsichtsrat sie für die Gesellschaft kommunizieren kann.[87] Würde eine Kompetenz in einem Bereich anerkannt werden, in dem auch der Vorstand sich äußern könnte, so ist zum einen nicht mehr die Notwendigkeit der Äußerung gegeben, zum an-

[83] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (365); *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2010); *Koch,* AG 2017, 129 (132); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46).

[84] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (365); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46).

[85] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (735); vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (132 f.); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46 f.); *Drygala,* in: Schmidt/Lutter, AktG, § 107 Rn. 25, § 116 Rn. 25 ff.

[86] *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 246; im Ergebnis auch *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); *Koch,* AG 2017, 129 (132 f.).

[87] im Ergebnis auch *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 34a.; vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (133 f.); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (45 f.).

deren entsteht die Gefahr mit mehreren Stimmen zu sprechen.[88] Etwas anderes ist ausschließlich bei einem Interessenkonflikt des Vorstands anzunehmen, bei welchem dieser selbst betroffen ist und sich nicht unbefangen den Marktteilnehmern gegenüber äußern könnte, eine Äußerung jedoch notwendig wäre.[89]

Eine Annexkompetenz infolge der Sachkompetenz des Aufsichtsrats lässt sich daher ausschließlich auf diesem Wege im Rahmen der aktienrechtlichen Kompetenzordnung begründen und mit dem Mäßigungsgebot der *one-voice-policy* in Einklang bringen. Abschließend sollen zulässige Kommunikationsinhalte genauer identifiziert werden.

i. Binnenbereich des Aufsichtsrats

Gem. § 84 I, III AktG fallen Bestellung und Abberufung des Vorstands in den ausschließlichen Kompetenzbereich des Aufsichtsrats.[90] Somit ist eine Kommunikation durch den Vorstand zu dieser Thematik nicht möglich und dem Aufsichtsrat obliegt diese. Auch sonstige Vorstandspersonalien, wie das Anforderungsprofil eines Vorstandsmitgliedes, die Zusammensetzung des Vorstands oder das Vergütungssystem (§ 87 I AktG) können besprochen werden.[91] Ebenso hat der Aufsichtsrat für die Zusammensetzung und Vergütung dessen Vorschläge zu unterbreiten (§ 124 III 1 AktG) und muss hierzu den Aktionären Rede und Antwort stehen.[92] Auch der Vorschlag des Abschlussprüfers kommt dem Aufsichtsrat über den Prüfungsausschuss gem. § 107 III 2 AktG zu und

---

[88] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1897); vgl. *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2010 f.).

[89] *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (734); *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1898); *Koch,* AG 2017, 129 (133).

[90] *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 9, 33; Hüffer/Koch, § 84 Rn. 5, 15.

[91] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (174); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364); *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1898); vgl. *Leyendecker-Langer,* NZG 2015, 44 (46).

[92] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (174); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (733 f.); *Holle,* ZIP 2019 1895 (1898).

er kann darüber kommunizieren.[93] Die Selbstorganisation des Aufsichtsrats, wie die Ausgestaltung von Ausschussbildungen (§ 107 III AktG) oder die Effizienzprüfungen, kann möglicher Gegenstand der Kommunikation sein.[94]

Zudem muss der Aufsichtsrat nach der *ARAG/Garmenbeck-Rechtsprechung*[95] das Bestehen von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder prüfen und diese verfolgen. Diese Prüfungs- und Verfolgungsaktivität kann ebenfalls eine Kommunikationskompetenz begründen. Abschließend ist also eine Annexkompetenz für Aufgaben aus dem Binnenbereich des Aufsichtsrats anzuerkennen.

ii. Überwachung der Geschäftsführung

Eine Kernkompetenz des Aufsichtsrats bildet zudem die Überwachung der Geschäftsführung gem. § 111 I AktG. Diese schließt nach allgemeiner Ansicht auch eine Beratungsfunktion mit ein.[96] Für die Überwachung im engeren Sinne ist der Aufsichtsrat originär und exklusiv zuständig und kann daher beispielsweise die Art, wie er genau überwacht, kommunizieren.[97]

Inhaltlich bezieht sich die allgemeine Überwachungs- und Beratungstätigkeit jedoch auf die gesamte Geschäftsführung des Vorstands (Bericht gem. § 90 I AktG) und könnte daher als Einfallstor für einen Dialog über die Unternehmensführung, -strategie und -entwicklung genutzt werden.[98] Fragen

[93] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (174); *Koch,* AG 2017, 129 (134).

[94] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1898).

[95] BGHZ 135, 244.

[96] vgl. BGHZ 114, 127, 130; *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 136.

[97] vgl. *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364); *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2011).

[98] dies ebenfalls befürchtend *Bachmann,* VGR 2016, 136 (175); *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1898); *Vetter,* AG 2016, 873 (876); vgl. *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2011).

der Unternehmensführung und -leitung obliegen jedoch ausschließlich dem Vorstand gem. § 76 AktG und dürfen gem. § 111 IV AktG nicht vom Aufsichtsrat kommuniziert werden. Eine Kommunikation dieser Inhalte durch den Aufsichtsrat ist daher weder notwendig noch kann dabei das Einhalten der *one-voice-policy* gewährleistet werden. Eine Gestattung der Kommunikation dieser Themen würde die Zuständigkeit des Vorstands aushöhlen und den Dialog des Aufsichtsrats grenzenlos machen.[99] Einschätzungen des Aufsichtsrats zur Strategieumsetzung überdehnen daher die aktienrechtliche Kompetenzordnung.[100]

Die konkreten Grenzen zwischen erlaubten Inhalten und nicht mehr gestatteten können praktisch möglicherweise schwer zu unterscheiden sein,[101] weshalb der Aufsichtsrat in diesem Bereich sensibel und mit dem Vorstand abgestimmt agieren muss und Konflikte nicht nach außen tragen darf.[102]

iii. Finanzverantwortung

Der Aufsichtsrat wird an wichtigen Fragen der Unternehmensfinanzierung häufig über Zustimmungsvorbehalte i.S.d. § 111 IV 2 AktG beteiligt und auch bei der Eigenkapitalbeschaffung sieht das Gesetz in § 204 I 2 AktG einen zwingenden Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats. Die Entscheidung, ob etwas der Zustimmung des Aufsichtsrats unterworfen wird, liegt vorbehaltlich einer Satzungsregelung beim Aufsichtsrat (§ 111 IV 2 AktG), weshalb dieser auch über diese Entscheidung kommunizieren können muss.[103] Die Finanzverantwortung liegt jedoch wie sonstige zustimmungsbedürftige Fragen bei dem Vorstand und nur dieser kann entscheiden, ob, wann und wie die konkreten Ka-

[99] *Koch,* AG 2017, 129 (134).
[100] *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2011); *Schaper,* AG 2018, 356 (358).
[101] diese Problematik ansprechend *Koch,* AG 2017, 129 (134).
[102] für dieses zurückhaltende Verhalten auch *Bachmann,* VGR 2016, 136 (175).
[103] ebenfalls *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1898).

pitalmaßnahmen dem Kapitalmarkt vermittelt werden.[104] Eine Auskunft durch den Aufsichtsrat ist daher über die konkrete Maßnahme praktisch keineswegs unverzichtbar. Eine Annexkompetenz ist auf diesem Gebiet somit zu verneinen.

3. Zwischenergebnis

Die Kompetenz zum Investorendialog ist dem Aufsichtsrat als stillschweigend mitgeschriebener Annex zu seinen Sachkompetenzen zuzugestehen. Beachtet werden muss die Grenze der vorrangigen Kompetenz des Vorstands bei gemischten Zuständigkeiten, um ein einheitliches Auftreten der Gesellschaft zu wahren.

II. Allgemeine Grenzen des Investorendialogs

Neben der Frage der Zuständigkeit ergeben sich weitere grundsätzlich zu beachtende rechtliche Grenzen für den Investorendialog, unabhängig davon, ob von Aufsichtsrat oder Vorstand geführt.

1. Entwertung der Hauptversammlung?

Ein immer wieder dem Investorendialog entgegengehaltenes Argument ist die Entwertung der Hauptversammlung, denn grundsätzlich üben gem. § 118 I 1 AktG Aktionäre ihre Rechte in der Hauptversammlung aus. Das Gesetz gibt mit hauptversammlungsgebundenen Informationsrechten der Aktionäre jedoch nur einen Mindeststandard vor und geht mit der erweiterten Auskunftspflicht des § 131 IV 1 AktG sogar selbst von einer außerhalb der Hauptversammlung stattfindenden Informationsvermittlung durch den Vorstand aus.[105] Zudem ist die Konzentration des Dialogs mit den Aktionären in

[104] so auch *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (365).
[105] ebenso *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (364).

der Hauptversammlung nicht mehr zeitgemäß und impraktikabel, insbesondere unter Betrachtung des technischen Fortschritts und der Internationalisierung des Aktionariats.[106] Der Investorendialog ist daher nicht Entwerter der Hauptversammlung, sondern Lückenfüller dessen, was diese nicht mehr zu leisten vermag.[107] Die Leistung des Investorendialogs ist zum einen eine Informations- und Rechenschaftsfunktion, indem Investoren sich informieren und sicherstellen können, dass der Aufsichtsrat richtig arbeitet.[108] Andererseits erlangt auch der Aufsichtsrat die Möglichkeit, sich über Meinungen und Stimmungen im Aktionariat zu informieren.[109] Das Fragen und Antworten auf der Hauptversammlung kann diese Informationstiefe des Investorendialogs nicht ersetzen.[110]

2. Informationelle Gleichbehandlung

Ein sich aufdrängender Konflikt des Investorendialogs liegt jedoch in der Grenzziehung zwischen verschiedenen Aktionärsgruppen. Grundsätzlich sind Aktionäre gem. § 53a AktG gleich zu behandeln. Das Gleichbehandlungsgebot schützt Aktionäre, insbesondere Minderheitsaktionäre, vor einer willkürlichen Benachteiligung durch die Organe der Gesellschaft.[111] Jedoch ergibt sich daraus keine Pflicht, mit allen Aktionären gleichermaßen in Kontakt zu treten, sondern nur das Verbot einer willkürlichen, sachwidrigen Differenzierung.[112] Dass eine privilegierte Information einzelner Aktionäre nicht grundsätzlich

---

[106] *Vetter,* AG 2016, 873 (877).

[107] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (161).

[108] *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (728).

[109] Ebenda.

[110] Ebenda; *Roth,* ZGR 2012 343 (369).

[111] vgl. BGHZ33, 175, 186; *Laubert,* in: Hölters, AktG, § 53a Rn. 2 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 53a Rn. 4.

[112] vgl. *Laubert,* in: Hölters, AktG, § 53a Rn. 6, 11; Hüffer/Koch, AktG, § 53a Rn. 4, 8, 10.

ausgeschlossen ist, ergibt sich indirekt aus dem Nachinformationsrecht des § 131 IV AktG.[113] Präventiv sollen über § 53a AktG Informationsmonopole vermieden und retrospektiv Informationsasymmetrien über § 131 AktG ausgeglichen werden.[114]

a. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Für eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung kommen lediglich Unternehmensinteressen in Betracht, welche im konkreten Einzelfall das Interesse an der Gleichbehandlung des benachteiligten Aktionärs überwiegen.[115] Eine individuelle, punktuelle Vorausinformation lässt sich unproblematisch einzelfallbezogen rechtfertigen.[116] Fraglich ist, ob dies auch für eine generelle Vorausinformation bestimmter Aktionärsgruppen angenommen werden kann.

Grundsätzlich unterscheidet das Gesetz nicht in Bezug auf die Informationsverteilung zwischen verschiedenen Aktionärsgruppen und bietet somit keinerlei Anhaltspunkt für eine grundsätzliche Vorausinformation einzelner Gruppen.[117] Trotzdem könnte es im Unternehmensinteresse liegen, je nach Beteiligungshöhe oder Wichtigkeit für die Corporate Governance, bestimmte Aktionärsgruppen generell zu bevorzugen, um im Sinne einer *effizienten Ungleichbehandlung* langfristig eine positive Entwicklung der Gesellschaft hervorzurufen.[118]

---

[113] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (164); *Herz,* NZG 2020, 285 (287 f.).

[114] *Herz,* NZG 2020, 285 (287 f.).

[115] *Laubert,* in: Hölters, AktG, § 53a Rn. 11; *Götze,* in: MüKoAktG, § 53a Rn. 15 f.

[116] vgl. *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (521); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Koch,* AG 2017, 129 (137); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 111.

[117] *Herz,* NZG 2020, 285 (288).

[118] vgl. *Herz,* NZG 2020, 285 (288); *Ruffner,* ökonomische Grdl., S. 264 f.; ausdrücklich gegen eine „effiziente Ungleichbehandlung", *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (523 f.).

i. Großaktionäre

Großaktionäre können über eine privilegierte Informationsversorgung einen positiven Einfluss auf die Gesellschaft ausüben, indem sie zur Überwachung des Vorstands beitragen, den Aktienkurs stabil halten und ihr Investment häufig von strategischer und längerfristiger Natur ist.[119]

Dies genügt jedoch nicht dafür, dem Großaktionär eine übergeordnete Stellung im Informationsgefüge der Gesellschaft zuzusprechen.[120] Eine reine Belohnung des Großaktionärs für seine langfristig positiven Dienste an die Gesellschaft stellt keinen sachlichen Grund dar.[121] Es kann nicht im Unternehmensinteresse liegen, die Gesellschaft bei Unternehmensentscheidungen erpressbar zu machen, indem der Großaktionär seinen Verbleib in der Gesellschaft von einer fortdauernden Bevorzugung abhängig macht.[122] Auch würde eine generelle Bevorzugung der Großaktionäre dem Telos der Norm, Minderheiten zu schützen, entgegenlaufen.[123] Die Eigenschaft des Großaktionärs als solche rechtfertigt daher keine Vorzugsbehandlung.

ii. Institutionelle Investoren

Eine maßvolle informationelle Bevorzugung könnte sich jedoch bei institutionellen Investoren i.e.S. rechtfertigen lassen. Diesen kommt, wie bereits erörtert, eine verstärkte *Stewardship*-Pflicht gem. § 134b AktG zu. Zur Wahrnehmung ihrer besonderen Aufgaben, welche positive Einflüsse auf die *Corporate*

---

[119] *Ruffner,* ökonomische Grdl., S. 264 f.; insgesamt ablehnend *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (523 f.); *Herz,* NZG 2020, 285 (288 f.).

[120] so auch *Bachmann,* VGR 2016, 136 (165); *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (524 f.); *Herz,* NZG 2020, 285 (288 f.); *Verse,* Gleichbehandlungsgrundatz, S. 537 f.

[121] *Herz,* NZG 2020, 285 (288 f.).

[122] vgl. *Bachmann,* VGR 2016, 136 (166); *Herz,* NZG 2020, 285 (289).

[123] *Herz,* NZG 2020, 285 (289).

Governance haben, muss ihnen daher auch ein Informationswerkzeug an die Hand gegeben werden können.[124]

Einer solchen Sonderinformation wird häufig die Gefahr der Entstehung eines Schattenaufsichtsrats entgegengehalten, also der Situation, dass nicht mehr der Aufsichtsrat sondern einzelne Aktionäre den Vorstand beaufsichtigen würden.[125] Eine gewissen Kontrolle wird über die Mitwirkungspolitik durch die neuen *Stewardship*-Pflichten jedoch unmittelbar beabsichtigt. Die Gefahr der Entstehung eines Schattenrates ist zudem sehr gering, da institutionelle Investoren in aller Regel nur gering beteiligt sind und im Gesamtsystem der Grenzen eines Investorendialogs die Geheimhaltung (§ 116 S. 1 AktG) und das Insiderrecht (Art. 14 lit. c MAR) hinzukommen, wodurch sensible Informationen nur unter Einhaltung höchster Standards weitergegeben werden können.[126]

Somit lässt sich regelmäßig aus der Eigenschaft als institutioneller Investor und der damit verbundenen Pflichten ein sachlicher Grund für einen kontinuierlichen Dialog ableiten. Den institutionellen Investoren steht daher generell ein „Mehr" an Dialog zu als den anderen Aktionären. Dieses Informationsprivileg muss sich jedoch trotzdem weiterhin in einem maßvollen Rahmen halten und an die Einzelsituation der Gesellschaft angepasst werden.

b. Pflicht zur Nachinformation

Im Falle einer gerechtfertigten Benachteiligung greift zur Wahrung der Gleichbehandlung retrospektiv das Nachinformationsrecht der Aktionäre. Wurde einem Aktionär außerhalb der Hauptversammlung eine Information vermittelt, so muss diese gem. § 131 IV AktG auch jedem anderen Aktionär in der Haupt-

[124] siehe III.1.c), Fn. 51; vgl. *Bachmann,* VGR 2016, 136 (166).

[125] Begriff des Schattenaufsichtsrats von *Assmann,* AG 1997, 50 (57); für dieses Argument *Koch,* AG 2017, 129 (137).

[126] *Herz,* NZG 2020, 285 (290); vgl. *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (738).

versammlung mitgeteilt werden.

Einige betrachten den § 131 IV AktG jedoch als ausschließlich auf Informationen bezogen, welche durch den Vorstand und nicht durch den Aufsichtsrat vermittelt wurden.[127] Hierfür spricht zwar die Systematik des Gesetzes, da § 131 AktG insgesamt nur den Vorstand adressiert. Teleologisch betrachtet zielt der § 131 IV AktG jedoch auf die Wiederherstellung der informationellen Gleichbehandlung, welche durch eine selektive Informationsgabe verletzt wird, unabhängig davon, ob von Vorstand oder Aufsichtsrat durchgeführt.[128] Somit muss sich das Nachinformationsrecht auch auf vom Aufsichtsrat im Wege seiner Annexkompetenz vermittelte Informationen beziehen.[129]

Unterstützt wird die Herstellung der informellen Gleichbehandlung der Aktionäre des Weiteren durch F.1 DCGK, welcher ein unverzügliches zur Verfügung stellen wesentlich neuer Tatsachen, die selektiv weitergegeben worden sind, für alle Aktionäre empfiehlt.

3. Regeln der Vertraulichkeit

Mitglieder des Aufsichtsrates unterliegen gem. § 116 S. 1, 2 AktG, welcher in Satz 1 auf den § 93 I 3 AktG verweist, der Pflicht zur Verschwiegenheit über vertrauliche Angaben und Geschäftsgeheimnisse. Als Ausfluss der organschaftlichen Treuepflicht[130] dient die Verschwiegenheitspflicht dem Unternehmensinteresse und somit dem Schutz der Wettbewerbsfähigkeit, des Ansehens

[127] LG Frankfurt/M. ZIP 2016, 1535 (1536); *Kubis,* in: MüKoAktG, § 131 Rn. 149.
[128] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (169).
[129] so auch Hüffer/Koch, AktG, § 131 Rn. 74.
[130] BGHZ 64, 325, 327; *Hopt/Roth*, in: GroßKommAktG, § 93 Rn. 279; vgl. *Hölters,* in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 133.

und einer funktionierenden *Corporate Governance*.[131] Der Anwendungsbereich der Verschwiegenheitspflicht wird anhand objektiver Kriterien bestimmt und nicht von einem subjektiven Empfinden abhängig gemacht.[132]

Eine generelle Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber Aktionären ist nicht anzunehmen.[133] Dies ergibt sich aus einem Rückschluss aus § 394 1 AktG, welcher einzig die Verschwiegenheitspflicht durchbricht.[134] Jedoch kann die Verschwiegenheitspflicht dispensiert werden, wenn dem Unternehmensinteresse im Einzelfall mit selektiver Informationsweitergabe besser gedient ist.[135] Ein Gedankenaustausch mit Investoren dadurch zu begründen, dass er generell im Interesse der Gesellschaft läge, würde jedoch die Verschwiegenheitspflicht aushöhlen und muss stattdessen immer im Einzelfall überprüft werden.[136] Zwar trägt die Information von institutionellen Investoren i.e.S. zur Corporate Governance bei und ein Dialog liegt somit grundsätzlich im Unternehmensinteresse. Jedoch kann auch hier durchaus die Möglichkeit bestehen, dass dem Unternehmensinteresse durch Verschwiegenheit im konkreten Fall besser gedient wäre. Somit kann keine generelle Ausnahme der Verschwiegenheitspflicht für institutionelle Investoren und Aktionäre generell angenommen werden.

---

[131] *Hölters,* in: Hölters, AktG, § 116 Rn. 63; vgl. *Mertens/Cahn,* in: KölnKommAktG, § 116 Rn.38.

[132] *Habersack,* in: MüKoAktG, § 116 Rn. 55; *Mertens/Cahn,* in: KölnKommAktG, § 116 Rn. 47 f.; *Lutter/Krieger/Verse,* Rn. 261; *Schaper,* AG 2018, 356 (359).

[133] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (163); *Koch,* AG 2017, 129 (139); *Schaper,* AG 2018, 356 (358).

[134] vgl. *Hölters,* in: Hölters, AktG, § 116 Rn. 65; *Koch,* AG 2017, 129 (139).

[135] *Hölters,* in: Hölters, AktG, § 93 Rn. 138; *Leyens,* ZGR 2019, 544 (578); *Mertens/Cahn,* in: KölnKommAktG, § 93 Rn. 121; *Verse,* Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 532.

[136] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (163); *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1899); *Koch,* AG 2017, 129 (139).

Festzuhalten ist außerdem, dass der Aufsichtsrat, dem Gedanken der Annexkompetenz folgend, anders als der Vorstand, welcher „Herr der Geschäftsgeheimnisse“ ist,[137] nur über die Offenlegung von Geheimnissen entscheiden kann, die aus seinem originären Aufgabenbereich stammen.[138]

4. Kapitalmarktrecht

Während der Gleichbehandlungsgrundsatz die Gleichbehandlung der Gesellschafter und die Verschwiegenheitspflicht gem. § 116 AktG die Gesellschaft vor Schäden durch unbefugte Bekanntgabe vertraulicher Informationen schützen, dient das Insiderrecht der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes.[139] Art. 14 lit. c) MAR der Marktmissbrauchsverordnung (MAR) verbietet die Offenlegung (Art. 10 I MAR) von Insiderinformationen i.S.v. Art. 7 MAR.

a. Möglichkeit der Weitergabe von Insiderinformationen?

Für die selektive Weitergabe von Insiderinformationen an Aktionäre könnten ökonomische Vorteile und somit ein mögliches Profitieren des Kapitalmarktes sprechen.[140] So könnte die Bereitschaft des Emittenten, schwierig zu kommunizierende Informationen mit professionellen Marktteilnehmern zu teilen, gesteigert werden, wodurch wiederum die Informationseffizienz des Marktes gesteigert wird, wohingegen die Verpflichtung einer Mitteilung gegenüber des gesamten Marktes zu einem Absehen von der Veröffentlichung führen kann.[141]

---

[137] vgl. BGHZ 64, 325 (329); *Schaper,* AG 2018, 356 (359); *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 169.

[138] so auch *Bachmann,* VGR 2016; 136 (163); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (367); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (47); *Schaper,* AG 2018, 356 (359).

[139] vgl. *Mertens/Cahn,* in: KölnKommAktG, § 116 Rn. 38; *Spindler,* in: Spindler/Stilz, AktG, § 116 Rn. 101; *Verse,* Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 534.

[140] die Möglichkeit ansprechend *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 190.

[141] vgl. etwa *Choi/Talley,* S. Cal. L. Rev. 2002, 271 (310); *Klöhn,* WM 2010, 1869 (1873).

Durch kritische Rückfragen der Investoren könnte zudem die Qualität der aufgedeckten Informationen gesteigert werden.[142] Darüber hinaus könnte systematisch auf Art. 17 VIII MAR verwiesen werden, welcher besagt, dass bei Offenlegung der Insiderinformation gegenüber einem Dritten die Information vollständig und wirksam zeitgleich bei absichtlicher und unverzüglich bei nicht absichtlicher Offenlegung zu veröffentlichen ist. Dieser Absatz hätte daher kaum eine eigenständige Bedeutung, wäre die selektive Informationsweitergabe von vornherein unbefugt.[143]

Dieser Umkehrschluss überzeugt im Lichte des Prinzips der informellen Chancengleichheit im europäischen Insiderrecht jedoch nicht.[144] Vielmehr flankiert der Art. 17 VIII MAR das Offenlegungsverbot des Art. 10 I MAR und legt fest, dass selbst bei befugter Weitergabe die informelle Gleichbehandlung der Marktteilnehmer über eine ad-hoc-Veröffentlichung sichergestellt werden muss, außer der Empfänger ist zur Vertraulichkeit verpflichtet.[145]

Ökonomisch ist zudem auch anzuführen, dass eine selektive Informationsweitergabe durch höhere Informationsasymmetrien auf dem Sekundärmarkt zu höheren Geld/Brief-Spannen der Liquiditätsanbieter und damit zu höheren Handelskosten für alle Marktteilnehmer führen kann, ebenso wie zu einer geringeren Bereitschaft zur Investition am Primärmarkt.[146] Die ökonomischen Argumente der Informationsweitergabe sind jedoch insgesamt sowohl als Für- und Wider-Argumente theoretisch und empirisch nicht zwei-

---

[142] vgl. *Klöhn,* WM 2010, 1869 (1873).

[143] das Argument aufwerfend *Klöhn*, in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 190; zum früheren Recht *Klöhn,* WM 2010, 1869 (1875).

[144] *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 191; zum früheren Recht *Klöhn,* WM 2010, 1869 (1875).

[145] *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 191.

[146] *Choi/Talley,* S. Cal. L. Rev. 2002, Vol. 75 No. 2, 271 (310); *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 17 Rn. 458; *Klöhn,* WM 2010, 1869 (1874).

felsfrei, wodurch die Folgen der informationellen Ungleichbehandlung für den Kapitalmarkt nicht abschätzbar werden und selektives Informieren daher zunächst abzulehnen ist.[147]

Rechtsvergleichend ist anzumerken, dass spätestens seit der Einführung der *Regulation Fair Disclosure* in den USA im Jahr 2000 sich die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass die informationelle, operative und institutionelle Effizienz am Kapitalmarkt durch eine selektive Weitergabe von Insiderinformationen geschädigt wird.[148] Gegen die Weitergabe spricht auch, dass der Investor gem. Art. 8 I 1 MAR die Information nicht nutzen dürfte und zudem die Gefahr einer erneuten Weitergabe der Information durch den Investor gesteigert werden würde.[149]

Somit ist die selektive Weitergabe der Insiderinformation an Investoren weiterhin grundsätzlich als unzulässig anzusehen. Das Insiderrecht setzt harte Grenzen für das selektive Informieren und räumt der Chancengleichheit der Marktteilnehmer und der Insiderprävention eine vorrangige Position gegenüber den Aktionärs- und Unternehmensinteressen ein.[150]

b. Ausnahme des Art. 10 I MAR

Auch die in der Verordnung vorgesehene Ausnahme für den Fall, dass die Weitergabe im Rahmen der gewöhnlichen Ausübung bzw. Erfüllung einer Beschäftigung, eines Berufs oder einer Pflicht erfolgt, greift für die Weitergabe

---

[147] *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 192; Art. 17 Rn. 460; *Klöhn,* WM 2010, 1869 (1874).

[148] vgl. *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (516); *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 192.

[149] *Klöhn,* in: Klöhn, MAR, Art. 10 Rn. 192.

[150] so auch *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Leyens,* ZGR 2019, 544 (578).

von Insiderinformationen an Aktionäre grundsätzlich nicht.[151] Informationspflichten könnten höchstens gegenüber institutionellen Investoren i.e.S. angenommen werden. Jedoch würde das Schließen aus der implizierten Aufforderung des Gesetzgebers zum Dialog durch die *Stewardship*-Pflichten auf eine Pflicht zur Offenlegung von Insiderinformationen deutlich zu weit gehen. Die Ausnahmeregel ist zudem, wie der EuGH-Fall *Grøngaard & Bang (2005)* erkennen lässt, tendenziell eng auszulegen.[152]

c. Praktische Handhabung

Es bleibt folglich nur die Möglichkeit, bei Kursrelevanz den Vorstand zu informieren und durch diesen alle Insiderinformationen im Wege der Ad-hoc-Meldung (Art. 17 I MAR) zu veröffentlichen.[153] Unterhalb der Schwelle der Kursrelevanz ist die selektive Weitergabe von Informationen jedoch zulässig.[154]

5. Zwischenergebnis

Dem Investorendialog steht das Institut der Hauptversammlung nicht entgegen. Jedoch können lediglich Informationen weitergegeben werden, welche bei sonstiger Insiderqualität unterhalb der Kursrelevanzschwelle liegen und deren Weitergabe bei Vertraulichkeit trotzdem im Unternehmensinteresse liegt. Zudem muss ein sachlicher Grund für die Weitergabe vorliegen, welcher das Gleichbehandlungsinteresse der Aktionäre im Einzelfall überwiegt. Als sachlicher Grund kann die Eigenschaft als institutioneller Investor gesehen werden.

---

[151] *Bachmann*, VGR 2016, 136 (162).

[152] EuGH, Urteil vom 22. November 2005- C-384/02; *Bachmann*, VGR 2016, 136 (162); *Bachmann,* in: FS Schwark, 331 (337).

[153] vgl. *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (736); *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 120; *Leyens,* ZGR 2019, 544 (578); zum alten Recht *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (512).

[154] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); zum alten Recht *Fleischer,* ZGR 2009, 505 (512); *Verse,* Gleichbehandlungsgrundsatz, S. 534.

III. Kompetenzen innerhalb des Aufsichtsrats

Darüber hinaus ist strittig, wer innerhalb des Aufsichtsrats über Inhalte der Kommunikation entscheidet und wer direkter Gesprächspartner wird.

1. Diskussionsstand

Einige halten den Aufsichtsratsvorsitzenden kraft Amtes dazu berufen, Gespräche zu führen und den Aufsichtsrat zu repräsentieren.[155] Dies wird primär mit §§ 80 I 1, 176 I 2 AktG begründet, sowie den Vorschriften über die Mitwirkung des Aufsichtsratsvorsitzenden bei der Anmeldung von Kapitalmaßnahmen.[156] Einer besonderen Ermächtigung durch den Aufsichtsrat bedürfe es somit nicht.[157]

Andere sprechen sich gegen eine Verengung der Kompetenz nur auf den Aufsichtsratsvorsitzenden aus.[158] Der Aufsichtsrat wird als Kollegialorgan betrachtet, welches zu einem gemeinschaftlichen Handeln berufen ist.[159] Der Aufsichtsratsvorsitzende sei lediglich *primus inter pares*.[160] Zur Wahrnehmung der Kommunikation bedürfe es jedoch einer ad-hoc oder allgemeinen Ermäch-

---

[155] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (734 f.); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46); *Roth,* ZGR 2012, 343 (369); ferner *Drinhausen/Marsch-Barner,* AG 2014, 337 (349 f.); *Grunewald,* ZIP 2016, 2009 (2010 f.); differenzierend *Bachmann,* VGR 2016, 136 (173).

[156] *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (734 f.); vgl. auch *Bachmann,* VGR 2016, 136 (173).

[157] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (173); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (734); *Leyendecker-Langner,* NZG 2015, 44 (46).

[158] Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 34b; vgl. auch *Hexel,* AR 2014, 121 (121); *Koch*, AG 2017, 129 (135 f.); *Habersack,* in: MüKoAktG, § 116 Rn. 67; *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (524 f.); *Vetter,* AG 2016, 873 (875).

[159] *Koch,* AG 2017, 129 (135 f.); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (524); *Vetter*, AG 2016, 873 (875); vgl. auch *Hexel,* AR 2014, 121 (121).

[160] *Vetter,* AG 2016, 873 (877).

tigung durch den Gesamtaufsichtsrat, welche ebenfalls einem Ausschuss erteilt werden könne.[161]

2. Stellungnahme

Der Aufsichtsrat ist unbestritten ein Kollegialorgan, weshalb Träger der organschaftlichen Kompetenz der Aufsichtsrat in seiner Gesamtheit ist.[162] Entscheidungsbefugnisse können lediglich gem. § 107 III AktG unter Einhaltung der Grenzen des § 107 III 7 AktG auf einen Ausschuss übertragen, nicht jedoch an den Aufsichtsratsvorsitzenden delegiert werden.[163] Dass eine Wahrnehmung der Kommunikation durch mehrere Aufsichtsratsmitglieder oder sogar durch das gesamte Plenum in der Praxis jedoch nicht sinnvoll ist, bedarf keiner weiteren Erörterung.[164] Somit muss nicht für die inhaltliche Entscheidungskompetenz, sondern für die Kompetenz zur Wahrnehmung der Kommunikation diskutiert werden, ob diese dem Aufsichtsratsvorsitzenden kraft Amtes zuzubilligen ist.

Nach § 80 I 1 AktG muss der Aufsichtsratsvorsitzende auf dem Briefkopf der Aktiengesellschaft genannt werden. Gem. § 176 I 2 AktG erläutert der Aufsichtsratsvorsitzende den vom Aufsichtsrat vorgelegten Bericht in der Hauptversammlung. Zwar sind diese Normen lediglich punktuell und in engen

---

[161] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1900); Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 34b; *Koch,* AG 2017, 129 (136); *Habersack,* in: MüKoAktG, § 116 Rn. 67; *Vetter,* AG 2016, 873 (875); differenzierend *Bachmann,* VGR 2016, 136 (172 f.).

[162] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1900); *Koch,* AG 2017, 129 (135); *Kalss,* in: MüKoAktG, § 107 Rn. 203; so auch Vertreter der Gegenauffassung *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 734; *Spindler,* in: Spindler/Stilz, AktG, § 107 Rn. 40.

[163] vgl. BGH II ZB 1/11 v. 14.05.2013, NZG 2013, 792; *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (524); *v. Schenck,* AG 2010, 649 (655).

[164] vgl. *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 237 f.

Grenzen ermächtigend,[165] jedoch verdeutlichen sie die Sonderstellung des Aufsichtsratsvorsitzenden.[166] Dieser ist Repräsentant des Aufsichtsrats.[167] Dass bei einer ungeschriebenen Annexkompetenz keine ausdrückliche Übertragung der Repräsentationskompetenz erwartet werden kann, ist einleuchtend.[168] Auch stehen einer Wahrnehmungskompetenz durch den Vorsitzenden keine Normen entgegen. Eine Zuständigkeit des Aufsichtsratsvorsitzenden resultiert daher aus den Repräsentationsnormen und lässt sich gesetzlich ableiten.[169]

Es sprechen zudem praktische Gründe für die Repräsentation durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, wie beispielsweise eine lange Amtszeit und somit das Genießen eines besonderen Vertrauens unter den Anteilseignern oder bessere Medienkontakte.[170] Auch ist der Aufsichtsratsvorsitzende den Investoren als Ansprechpartner bereits aus der Hauptversammlung bekannt.[171] Demnach ist der Aufsichtsratsvorsitzende für die Wahrnehmung der Kommunikation am geeignetsten und zur Wahrnehmung dieser auch gesetzlich berufen.

IV. Kommunikationsordnung

Die Schaffung einer Kommunikationsordnung erscheint praktisch sinnvoll, um die Zusammenarbeit von Vorstand und Aufsichtsratsvorsitzenden als Re-

---

[165] *Holle,* ZIP 2019, 1895 (1900); Hüffer/Koch, § 111 Rn. 34b; *Koch,* AG 2017, 129 (135 f.); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (524 f.); vgl. *Vetter,* AG 2014, 387 (391).

[166] *Bachmann,* VGR 2016, 136 (173); *Koch,* AG 2017, 129 (135).

[167] Hüffer/Koch, AktG, § 107 Rn. 8.; *Leyendecker-Langer,* NZG 2015, 44 (46); *Selter,* Beratung des Aufsichtsrats, S. 138, Rn. 331.

[168] vgl. auch *Koch,* AG 2017, 129 (135).

[169] so auch *Bachmann,* VGR 2016, 136 (173); *Fleischer/Bauer/Wansleben,* DB 2015, 360 (366); *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (734 f.).

[170] vgl. *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (735); *Mertens/Cahn*, in: KölnKommAktG, § 107 Rn. 61; vgl. *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 238 f.

[171] vgl. *Hirt/Hopt/Mattheus,* AG 2016, 725 (735).

präsentanten, die innerorganschaftliche Abstimmung des Aufsichtsrats und einen generellen Rahmen der Kommunikation zu konkretisieren.[172] Die Befugnis zu einer solchen Regelung ergibt sich aus der Aufsichtsratsautonomie zur Regelung seiner eigenen Angelegenheiten, zum Beispiel durch den Erlass einer Geschäftsordnung.[173]

V. Zwischenergebnis

Der Aufsichtsrat hat für den Investorendialog eine Annexkompetenz kraft Sachzusammenhangs inne. Beachtet werden müssen neben der vorrangigen Kommunikationskompetenz des Vorstands die allgemeinen Grenzen des Investorendialogs. Die Wahrnehmung der Kommunikation obliegt dem Aufsichtsratsvorsitzenden. Um Klarheit zu schaffen, ist das Erstellen einer Kommunikationsordnung sinnvoll.

D. Abgleich mit der gelebten Praxis

Die gelebte Praxis übersteigt den rechtlich zugelassenen Investorendialog mit dem Aufsichtsrat teilweise. Zum einen sind systematische, kontinuierliche Gespräche mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nur schwer und auch nur im Falle institutioneller Investoren in Einklang zu bringen, zum anderen werden Themen außerhalb des Kompetenzbereichs des Aufsichtsrats besprochen.[174] Für die Unternehmensstrategie lässt sich keine Annexkompetenz begründen, weshalb diese grundsätzlich nur mit dem Vorstand besprochen werden darf.[175]

---

[172] vgl. *Bachmann,* VGR 2016, S. 172 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 111 Rn. 34b; *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 266 f.; *Koch,* AG 2017, 129 (136); *Schilha/Theusinger,* NZG 2019, 521 (525); *Spindler,* in: Spindler/Stilz, AktG, § 107 Rn. 40; *Vetter,* AG 2016, 873 (875 f).

[173] *Bachmann,* VGR 2016, S. 173; vgl. *Koch,* AG 2017, 129 (136).

[174] vgl. II.

[175] vgl. III.1.c) cc) (2).

Trotzdem ist dies eine häufiges Thema der Gesprächspraxis.

E. Resultierender Reformbedarf

Fraglich ist nach all dem Angeführten, ob das methodische Überspringen der gesetzlichen Hürden im Wege der Annexkompetenz genügt oder ob nicht bereits der Punkt erreicht ist, dass eine Modernisierung des Aktiengesetzes vom Gesetzgeber verlangt werden sollte. Zunächst sollte festgestellt werden, wann ein Reformbedarf grundlegend vorhanden ist. Der Gesetzgeber ist zumindest dann logischerweise zur Reaktion aufgerufen, wenn sich mit Hilfe der Auslegung und Rechtsfortbildung keine Lösung finden lässt oder wenn ohne eine grundlegende Kodifizierung Rechtsverletzungen zu befürchten sind.[176]

I. Flexibilität des gesetzlichen Rahmens

Die dargestellte Kommunikationsbefugnis im Wege der Annexkompetenz zeugt grundsätzlich von einer ausreichenden Flexibilität des deutschen Aktiengesetzes. Das vorhandene Normgerüst bietet sowohl eine hinreichende Legitimationsgrundlage als auch deren Begrenzung. Der DCGK versucht in A.3 DCGK darüber hinaus das duale deutsche *Corporate Governance*-System transparent und nachvollziehbar zu machen.[177]

Gegen eine genauere Kodifizierung spricht zudem, dass es insbesondere in Anbetracht der Schnelllebigkeit der Gesellschaft und der sich ständig ändernden Bedürfnisse der Wirtschaft geradezu unmöglich erscheint, dass der Gesetzgeber einen allumfassenden präzisen Rechtsrahmen schafft.[178] Auf Rechtssicherheit kann bei einer Überregulierung schnell Rechtsunsicherheit folgen.[179]

---

[176] vgl. auch *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 277.

[177] Präambel Abs. 3 DCGK.

[178] so auch *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 277.

[179] Ebenda.

Aus gesetzgeberischer Sicht ist ein Konstrukt von vielen Maßnahmen nicht so anpassungsfähig wie ein grober Rahmen, der die Beurteilung im Einzelfall anhand von Schwellenwerten zulässt.[180]

Die Kompetenz des Vorstands ist ebenso nicht ausdrücklich geregelt, sondern ergibt sich aus seiner Leitungs- und Geschäftsführungsaufgabe. Auch können Parallelen zur den Hauptversammlungskompetenzen und der *Compliance* angeführt werden. Die ungeschriebenen Hauptversammlungskompetenzen sind durch die Rechtsprechung des BGH[181] und das Schrifttum rechtsfortbildend anerkannt worden, um Mediatisierungs- und Verwässerungseffekten entgegen zu wirken.[182] Trotzdem wurden keine weiteren Zuständigkeitszuweisungen in die § 119 AktG, § 179 AktG aufgenommen. Auch für die *Compliance*-Verantwortung des Vorstands bedarf es keiner ausdrücklichen Ermächtigungsnorm, da diese auf die allgemeinen Sorgfaltspflichten aus § 93 I AktG zurückzuführen ist.[183] Reformgegner folgern aus diesen Argumenten, dass der Mehrgewinn einer ausdrücklichen Regelung zum Investorendialog sich im deklaratorischen Statuieren der bereits festgestellten Kompetenzen erschöpft und eine Reform daher schlichtweg nicht notwendig sei.[184]

II. Zu Befürchtende Rechtsverletzungen

Problematisch bleibt jedoch die Divergenz des rechtlich Gestatteten und des praktisch Durchgeführten. Die Gefahr der Gesetzesüberschreitung und Kompetenzbeschneidung des Vorstands ist bereits Realität geworden.[185]

---

[180] vgl. *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 276.
[181] BGHZ 83, 122 (Holzmüller); BGHZ 159, 30 (Gelatine).
[182] vgl. etwa *Fleischer,* NJW 2004, 2335 ff.
[183] vgl. *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 276 f.
[184] *Landsittel,* Investorenkommunikation, S. 278.
[185] siehe IV.

Die fehlenden gesetzlichen Leitplanken zu den aktuell nicht deutlich zu erkennenden Grenzen der Zuständigkeitsbereiche lassen eine Rechtsunsicherheit beim Rechtsanwender entstehen.[186] Auch die Anregung A.3 des DCGK kann kaum für Klarheit sorgen. So wird weder statuiert, wie ein angemessener Rahmen festzustellen ist, noch was unter dem Begriff „aufsichtsratsspezifische Themen" verstanden werden kann.[187] Dem DCGK haftet zudem insgesamt der Makel einer zunehmenden Intransparenz durch ständige Neufassungen an, was die Verständlichkeit zusätzlich erschwert.[188]

Von diesen Unklarheiten rührt sowohl die methodische Diskussion im Schrifttum als auch die Nichtbefolgung in der Praxis her. Regularien entfalten eine Ordnungsfunktion, welche sich in Rechtssicherheit niederschlägt. Dieses Prinzip ist grundlegend im Rechtsstaatsprinzip und dem Bestimmtheitsgebot verankert.[189] Durch klare gesetzliche Regelungen werden methodische Streitfragen weitestgehend hinfällig und der Rechtsanwender erhält eine zuverlässige und eindeutige Handlungsbasis. Selbstredend kann auch eine Überregulierung zu Unsicherheit führen, jedoch ist bei der bestehenden spärlichen Regelung des Investorendialogs mit dem Aufsichtsrat von einer Überregulierung nicht das Geringste zu sehen.

Der Gesetzgeber sollte daher einen Rahmen schaffen, der weder durch zu konkrete Regelungen unbeweglich wird noch durch zu viel Freiraum Unklarheiten entstehen lässt und ein Überschreiten von Grenzen ermöglicht. Diese erstrebenswerte Ausgewogenheit ist bei der Thematik des Investorendialogs mit dem Aufsichtsrat aktuell zu stark zu Lasten der Rechtssicherheit in ein Ungleichgewicht geraten. Die Abweichungen in der Praxis bestätigen dies.

---

[186] so auch *Kley,* AG 2019, 818 (822 f.).

[187] diese Kritik ebenfalls anbringend *Vetter,* AG 2016, 873 (876).

[188] *Kley,* AG 2019, 818 (820).

[189] vgl. etwa *Huster/Rux,* in: BeckOK GG, Art. 20 Rn. 181 f.

Daher kann das Betiteln eines „nur“ deklaratorischen Regelungssatzes für eine Reform nicht zutreffend sein, da damit der Wert von rechtlicher Klarheit unterschätzt wird. Es ist an der Zeit, nicht nur diese Klarheit für den Rechtsanwender bezüglich des Investorendialogs zu schaffen, sondern ihn damit auch in seine Schranken zu weisen und Rechtsverstößen vorzubeugen.

Primär könnte der § 111 AktG, welcher laut amtlicher Überschrift „Aufgaben und Rechte des Aufsichtsrates“ beinhaltet, einer Ergänzung zum Investorendialog dienlich sein. Auch eine klare, tatsächlich verständliche Kodex Formulierung könnte Abhilfe schaffen und die in Abs. 3 Präambel DCGK intendierte Verständlichkeit bringen. Negativ könnte die Eigenschaft des DCGK als „*soft law*“ und dessen fehlende parlamentarische Legitimation gesehen werden.[190] Dafür bietet eine Regelung durch den DCGK ein Mehr an Flexibilität gegenüber einer gesetzlichen Regelung. Beide Lösungen haben daher Vor- und Nachteile und sind gleichermaßen für eine bessere Rechtsanwendung erstrebenswert.

III. Allgemeiner Wandel

Darüber hinaus haben sich während der Untersuchung der Thematik weitere Unzulänglichkeiten des Aktiengesetzes angedeutet.

Das Aktienrecht unterliegt einem permanenten Wandel und wird stets internationaler.[191] Dies zeigte sich zuletzt an den Neuerungen des ARUG II. Diese Regelungen fließen jedoch häufig eher bruchstückhaft in das nationale Recht ein, was an ihrer unionsrechtlichen Herkunft liegen mag. Daher sind die Befugnisse und Aufgaben des Aufsichtsrates bisher nur ungenügend gesetzlich

[190] dem Kodex kritisch gegenüber eingestellt: *Kley,* AG 2019, 818 (820).
[191] vgl. bereits *Seibert,* AG 2002, 417 (419 f.).

geregelt.[192] Gleiches gilt für die neu gewichtete Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden.[193] Auch der Frage nach einer zeitgemäßen Form des Meinungsaustausches und der Beschlussfassung der Aktionäre in der Hauptversammlung ist bisher noch nicht ausreichend nachgegangen worden.[194] Ebenfalls fehlt es an einer Positionierung des Gesetzgebers zu der unbestreitbar stattfindenden Systemkonvergenz.[195]

Um Lücken zu schließen, kam es zu einer verstärkten Entwicklung außerparlamentarischer Rechtsfortbildung und der Einflussnahme privatrechtlich organisierter Institutionen, wie die der DCGK-Kommission.[196] Die Vorteile des DCGK sollen nicht in Abrede gestellt werden, jedoch kann er eine parlamentarische Äußerung zu diesen bislang ungeregelten Rahmenbestimmungen nicht ersetzen. Im Rahmen einer Positionsbestimmung des Gesetzgebers zum Wandel innerhalb der angesprochenen Bereiche würde sich auch eine klare und rechtssichere Antwort auf die Frage des Dialogs leichter finden lassen.[197] Diese umfassendere Positionierung des Gesetzgebers scheint daher ebenfalls sehr wünschenswert.

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Dialog zwischen Aktionären und Aufsichtsrat wird auch in Deutschland praktiziert und ist rechtspolitisch insbesondere aus einer rechtsvergleichenden Sicht wünschenswert.

---

[192] *Kley,* AG 2019, 818 (818 ff.); *Habersack,* in: MüKoAktG, § 107 Rn. 48.

[193] Hüffer/Koch, AktG, § 107 Rn. 8; *Kley,* AG 2019, 818 (821); *v. Schenck,* AG 2010, 649 (649 ff.).

[194] *Vetter,* AG 2016, 873 (877).

[195] siehe III.1. b) cc).

[196] *Kley,* AG 2019, 818 (818 ff.).

[197] vgl. *Vetter,* AG 2016, 873 (877).

Im Wege einer Annexkompetenz und unter Beachtung der Vorstandskompetenzen ist dieser zudem mit dem deutschen Gesetz in Einklang zu bringen. Er unterliegt den allgemeinen Grenzen der Gleichbehandlung, Vertraulichkeit und des Kapitalmarkts. Die aktuelle Praxis übersteigt den rechtlichen Rahmen jedoch im Bereich der Kommunikationsinhalte.

Um dieser Entwicklung Einhalt zu gebieten, ist zu einer Reform durch den Gesetzgeber oder zu einer klarstellenden Kodex-Formulierung aufzurufen. Das in den Blick nehmen dieser Problematik könnte den Gesetzgeber schließlich auch zu einem Überdenken der bisher noch unzureichend geregelten Bereiche bewegen. Abschließend bleibt somit festzuhalten: Der Investorendialog mit dem Aufsichtsrat wird weiterhin ein spannendes Thema des Gesellschaftsrechts bleiben.

Assmann, Heinz-Dieter Rechtsanwendungsprobleme des Insiderrechts, AG 1997, 50-58.

Bachmann, Gregor Dialog zwischen Investor und Aufsichtsrat, in: Jahrestagung der Gesellschaftsrechtlichen Vereinigung (VGR), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016, Band 22, Köln 2017, 136-180.

Bachmann, Gregor Kapitalmarktpublizität und informelle Gleichbehandlung, in: Unternehmensrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Festschrift für Eberhard Schwark zum 70. Geburtstag, München 2009.

Choi, Stephen J./ Talley, Eric Playing Favorites with Shareholders, Southern California Law Review, Vol. 75 No 2, 2002, 271-374

(Zit: *Choi/Talley* S. Cal. L. Rev.).

Davies, Paul L./ Hopt, Klaus J. Corporate Boards in Europe-Accountability and Convergence, The American Journal of Comparative Law, Vol. 61, 2013, 301-375.

Drinhausen, Florian/ Marsch-Barner, Reinhard Die Rolle des Aufsichtsratsvorsitzenden in der börsennotierten Aktiengesellschaft, AG 2014, 337-351.

Epping, Volker/ Hillgruber, Christian Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 42. Aufl., München 2019

(Zit.: BeckOKGG).

Fleischer, Holger Investor Relations und informelle Gleichbehandlung im Aktien-, Konzern- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2009, 505-541.

Fleischer, Holger	Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von ‚Holzmüller' zu ‚Gelatine', NJW 2004, 2335-2339.
Fleischer, Holger/ Bauer, Leopold/ Wansleben, Till	Investorenkontakte des Aufsichtsrates: Zulässigkeit und Grenzen, DB 2015, 360-368.
Goette, Wulf (Hrsg.)/ Habersack, Mathias (Hrsg.)	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2: 5. Aufl., München 2019 (Zit.: MüKoAktG).
Grunewald, Barbara	Der Einfluss des Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung - was ist erwünscht, was ist erlaubt?, ZIP 2016, 2009-2011.
Herz, Pirmin Jonas	Informationelle Gleichbehandlung und Informationsprivilegien im Aktienrecht, NZG 2020, 285-291.
Hexel, Dietmar	Kapitalmarktkommunikation: Sonderrechte sind contra legem, Der Aufsichtsrat (AR) 2014, 121.
Hirt, Hans-Christoph/ Hopt, Klaus J./ Mattheus, Daniela	Rechtsvergleichende und rechtsdogmatische Überlegungen zur Investorenkommunikation in Deutschland, AG 2016, 725-739.
Hoffmann, Christian P./ Tietz, Sandra/ Hammann, Kerstin	Investor relations - a systematic literature review, Corporate Communications: An International Journal 2018, 294-311 (Zit.: CCIJ 2018).
Holle, Philipp Maximilian	Kommunikation des Aufsichtsrats mit Marktteilnehmern, ZIP 2019, 1895-1901.

Hölters, Wolfgang Aktiengesetz Kommentar, 3. Aufl., München 2017.

Hüffer, Uwe (Begr.)/ Koch, Jens (Bearb.) Beck'sche Kurzkommentare, Band 53, Aktiengesetz, 14. Aufl., München 2020.

Just, Clemens Die englische Limited in der Praxis, 4. Aufl., München 2012.

Kley, Karl-Ludwig Aktiengesetz & Aufsichtsrat: Dornrösschen 2.0, AG 2019, 818-824.

Klöhn, Lars Die Regelung selektiver Informationsweitergabe gem. § 15 Abs. 1 Satz 4 u. 5 WpHG - eine Belastungsprobe, WM 2010, 1869-1916.

Klöhn, Lars (Hrsg.) Marktmissbrauchsverordnung, Verordnung (EU) Nr. 596/2014 über Marktmissbrauch, Kommentar, München 2018.

Koch, Jens Der Kapitalanleger als Corporate Governance-Akteur im Rahmen der neuen §§ 134 ff. AktG, BKR 2020, 1-9.

Koch, Jens Investorengespräche des Aufsichtsrates, AG 2017, 129-141.

Kremer, Thomas/ Bachmann, Gregor/ Lutter, Marcus/ v. Werder, Axel/ Ringleb, Henrik-Michael (Begr.) Deutscher Corporate Governance Kodex-Kommentar, 7. Aufl., München 2018

(Zit.: DCGKKom).

Landsittel, Jana Investorenkommunikation - Unter besonderer Berücksichtigung der persönlichen Investorenkommunikation des Aufsichtsrats und seines Vorsitzenden. Abhandlung zum Deutschen und Europäischen Gesellschaftsrecht Band 142, Berlin 2019.

(zugleich jur. Diss. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg 2018).

Leyendecker-Langner, Benjamin E. Kapitalmarktkommunikation durch den Aufsichtsratsvorsitzenden, NZG 2015, 44-47.

Leyens, Patrick System der Aktionärsinformation- Auskunft, Sonderprüfung, Sondervertretung, Investorendialog und horizontale Kommunikation, ZGR 2019, 544-587.

Lutter, Marcus/ Krieger, Gerd/ Verse, Dirk A. Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, 6. Aufl., Köln 2014.

Maunz, Theodor (Begr.)/ Dürig, Günter (Begr.)/ Herzog, Roman (Hrsg.)/ Scholz, Rupert (Hrsg.)/ Herdegen, Matthias (Hrsg.)/ Klein, Hans H. (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar, Band V, Stand 89. Ergänzungslieferung, München 10/2019

(Zit.: Maunz/Dürig).

Roth, Markus Information und Organisation des Aufsichtsrats, ZGR 2012, 343-381.

Ruffner, Markus Die ökonomischen Grundlagen eines Rechts der Publikumsgesellschaft, Zürich 2000

(Zit.: *Ruffner,* ökonomische Grdl.).

Schaper, Martin Unternehmenskommunikation und Vertraulichkeit in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Vergleich zur AG, AG 2018, 356-364.

v. Schenck, Kersten Der Aufsichtsrat und sein Vorsitzender - Eine Regelungslücke, AG 2010, 649-657.

Schilha, Ralph/ Theusinger, Ingo Aufsichtsratskommunikation - insbesondere in der Unternehmenskrise: Aktienrechtsdogmatik trifft auf Praxiserwartung, NZG 2019, 521-527.

Schmidt, Karsten (Hrsg.)/ Lutter, Marcus (Hrsg.) Aktiengesetz Kommentar, I. Band, 3. Aufl., Köln 2015.

Seibert, Ulrich Aktienrechtsreform in Permanenz?, AG 2002, 417-420.

Selter, Wolfgang Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, Baden-Baden 2014

(Zit.: *Selter,* Beratung des Aufsichtsrats).

Spindler, Gerald (Hrsg.)/ Stilz, Eberhard (Hrsg.) Kommentar zum Aktiengesetz, I. Band, 4. Aufl., München 2019.

Tietz, Sandra/ Hammann, Kerstin/ Hoffmann, Christian P. Investoren und Aufsichtsrat im Dialog Studie zur Kommunikation des Aufsichtsrats am deutschen Kapitalmarkt und zur Rolle der Investor Relations, Der Aufsichtsrat (AR) 2019, 69-71.

Verse, Dirk A. Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaft. Beiträge zum Privatrecht Band 115, Tübingen 2006

(Zit.: *Verse,* Gleichbehandlungsgrundsatz).

Vetter, Eberhard Shareholder Communication - Wer spricht mit den institutionellen Investoren?, AG 2016, 873-877.

Vetter, Eberhard Wider die Erosion der aktienrechtlichen Kompetenzordnung, Kapitalmarktkommunikation, Kapitalmarktdruck und Corporate Governance, AG 2014, 387-393.

Zöllner, Wolfgang (Hrsg.)/ Noack, Ulrich (Hrsg.) Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2/2, 3. Aufl., Köln 2013

(Zit.: KölnKommAktG).

CLEARY GOTTLIEB

Wir suchen Dich!

Für unsere Büros in Frankfurt am Main und Köln suchen wir **Rechtsanwälte, Referendare, juristische Mitarbeiter und Praktikanten (w/m/d)**.

Als internationale Kanzlei beraten wir schwerpunktmäßig in den Bereichen Corporate/M&A, Arbitration/Litigation, EU/Kartellrecht und Steuerrecht. Neben dem Berufseinstieg bieten wir Dir verschiedenste Möglichkeiten, unsere Kanzlei, das Team und unsere Tätigkeit kennenzulernen. Referendaren bieten wir zudem ein interessantes Ausbildungsprogramm im Hinblick auf das 2. Examen.

Interessiert? Wir suchen Unterstützung von hervorragend qualifizierten und engagierten neuen Mitarbeitern, die Lust auf wegweisende Projekte haben, eine juristische Karriere mit internationaler Perspektive anstreben und eine kollegiale Arbeitsatmosphäre schätzen. Wir freuen uns auf Ihre Bewerbung an *gerlegalrecruit@cgsh.com*.

ABU DHABI BUENOS AIRES BRÜSSEL FRANKFURT
HONGKONG KÖLN LONDON MAILAND MOSKAU NEW YORK
PARIS PEKING ROM SÃO PAULO SEOUL WASHINGTON D.C. CLEARYGOTTLIEB.COM

Surrogate Human Motherhood

An analysis of the transfer of the born baby to the intended parents in Germany, the UK, and the USA.

by
Vanessa Roya Ambelang*

University of Oldenburg
University of Bremen

Abstract

This Paper examines the concept of surrogate human motherhood and analyzes the respective legal situation within the jurisdictions of Germany, the United Kingdom (UK), and the United States of America (USA), here in particular the jurisdiction of the State of California. The focus lies on the transfer of the human baby from the surrogate mother to the intended parents. It shows how such a transfer is structured or could be structured if the law were to permit it. Furthermore, it describes how legal parenthood is attributed in the different jurisdictions. The question whether a prohibition of surrogacy in a globalized world still achieves the original purpose of the legislator is raised and ultimately answered in the negative. With regard to the topic of unenforceable or unclear surrogacy contracts, it is concluded that regulations should be more precise in order to ascribe parenthood as unambiguously as possible.

* Bachelor of Arts (B.A.) in Cultural Studies, currently undertaking a LL.B. in European and Comparative Law at the universities of Bremen and Oldenburg, graduating in October 2023.

A. Introduction

The following work attempts to examine the concept of surrogate human motherhood. It analyzes the legal situation within three countries, which have very different approaches to the issue of surrogacy. Those are the jurisdictions of Germany, the United Kingdom (UK) and the United States of America (USA), though here the focus will be on the state of California, as the legal situation varies in each state. However, the paper does not attempt to compare the differences in legislation and the legal situations in general. Instead, it tries to show how the different jurisdictions construct the transfer of the baby to the intended parents if the legislation allows for this. The central issue will be the attribution of parental status and the enforceability of the surrogacy contract.

The paper will begin by introducing what surrogacy is, and what types of surrogacy are commonly distinguished here. Then, the jurisdictions of Germany, the UK and the USA (California) are presented section by section. In each of these sections, the current legislation and/or relevant case law will be presented. Subsequently, it will be examined under which conditions and how the transfer of the child legally takes place, and it is briefly indicated which preparations the individual parties undertake in order to meet the legal requirements. Then, current issues regarding the respective legislation and problems that arise are discussed. Questions about a possible fundamental right to reproduction, commercialization of surrogacy and its categorization as so-called "baby selling"[1], questions about public policy and the best interests of the child, as well as other ethical aspects, are briefly touched upon, but not discussed extensively, as this is not the focus of this work. Ultimately, a conclusion is drawn, and the respective systems are briefly compared, while

[1] Pantelejeva, 'Are Surrogate Mother Contracts Enforceable?', 17.

an attempt is made to draw connections and place the given information in the context of a globalized world. It is then attempted to give an outlook and suggest improvements that could be implemented in the future.

B. Definition of Surrogacy

A surrogate mother is a woman who carries a pregnancy and gives birth to a child for another couple or single person, the so-called intended or commissioning parent or parents.[2] Furthermore, a distinction must be made here between Traditional Surrogacy, also called "partial" or "genetic surrogacy", and Gestational Surrogacy, also called "full surrogacy".[3]

I. Traditional Surrogacy

In Traditional Surrogacy the surrogate acts as both the carrier and the egg donor. This makes her the genetic mother to the child.[4] The egg is then fertilized using sperm from either a donor or the intended father.[5] Here, the conception regularly occurs through the method of *intrauterine insemination (IUI)*. Hereby the sperm of the genetic father is taken, and the surrogate is artificially inseminated with sperm, with the intention that the sperm fertilizes her egg.[6] Fertilization then occurs in the natural way.[7] One advantage of Traditional Surrogacy is said to be that the medical procedures within IUI are less complicated than *in-vitro fertilization*. Therefore, it can reduce medical

[2] Tschudin and Griesinger, 'Leihmutterschaft', 135-138.

[3] ibid.

[4] Torres, Shapiro and Mackey, 'A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework', 46.

[5] Sahakian, 'Understanding Surrogacy and IVF'.

[6] Torres, Shapiro and Mackey, *supra* note 4, 46.

[7] Progyny, 'what is surrogacy?'.

risks and lower the cost of the treatment.[8] However, both for the intended parents and the carrier, the surrogacy process can be difficult emotionally. The surrogate may experience more stress giving up a child which is genetically hers, and the intended parents may be concerned about the bond created between the surrogate and the child. Therefore, nowadays Traditional Surrogacy is less common than Gestational Surrogacy.[9]

II. Gestational Surrogacy

In Gestational Surrogacy, the baby is not related to the gestational carrier. The gametes here can come from both, from neither, or from only one intended parent. The pregnancy is initiated through embryo transfer - the so-called *in-vitro fertilization procedure (IVF)*. Through IVF, the egg is fertilized with a sperm cell and embryos[10] are created in a laboratory.[11] One or two embryos are then implanted into a gestational carrier.[12] From this moment on, the surrogate carries the child and will give birth to it, as in the case of a regular pregnancy. Subsequently, in favor of legal certainty the term surrogate mother is used exclusively to refer to the woman who carries a genetically unrelated child that was conceived with the fertilized egg of another woman.[13] However, the above differentiation may only become relevant in jurisdictions that permit surrogacy and in which those two types are mentioned and regulated.

---

[8] Sahakian, *supra* note 5.

[9] ibid.; Progyny, *supra* note 7.

[10] NHS, 'Overview IVF'.

[11] ibid.

[12] Circle Surrogacy 'Becoming a Parent: The Circle Surrogacy Process'.

[13] Draft Legislation Kind RG, 'BT-Drs. 13/4899', 82; Voigt, 'Abstammungsrecht 2.0 – Ein rechtsvergleichender Reformvorschlag vor dem Hintergrund der Methoden der künstlichen Befruchtung', 17; Wellenhofer, 'Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 10, BGB § 1591', ref. 2.

C. Current Law on Surrogacy in Germany

Surrogacy is prohibited in Germany, at least for surrogate agencies, as well as for doctors and other scientists who perform the transfer of the embryo and its fertilization in the laboratory. Accordingly, treatment methods that result in the transfer of an egg or embryo to another woman are prohibited in Germany under § 1 of the Embryo Protection Act *(Embroyonenschutzgesetz - ESchG)*.[14] Surrogate motherhood is explicitly prohibited in § 1 (1) No. 7 ESchG. Doctors who perform corresponding acts can be sentenced up to three years of imprisonment.[15] The prohibition does not violate the European Convention on Human Rights (ECHR).[16] Furthermore, the procurement of surrogate mothers is punishable according to §§ 13c, 14b (1), (2) German Adoption Placement Act *(Adoptionsvermittlungsgesetz - AdVermiG)*. § 1 (3) ESchG as well as §14b (3) AdVermiG however, regulate that the surrogate mother as well as the intended parents are not punished, so that the intended parents often choose to go to a foreign country, in which the legal situation regarding surrogacy is more friendly.[17] This can result in a variety of social and legal constellations.[18]

I. Theoretical Transfer of the Baby

According to § 1591 of the German Civil Code *(Bürgerliches Gesetzbuch - BGB)*, the mother of a child is the woman who gave birth to it. Thus, under German law, in the case of surrogacy, the surrogate mother is the legally recognized mother. The genetic descent of a child from surrogacy does not

[14] Wellenhofer, ibid., ref. 1.
[15] Makoski, '§ 19 Recht der Reproduktionsmedizin', ref. 140-145.
[16] ECHR judgement, 24 January 2017, 25358/12.
[17] Löhning, 'Die Leihmutterschaft in der aktuellen Rechtsprechung', 546.
[18] Makoski, *supra* note 15, ref. 140-145.

establish a legal relationship of descent to the so-called "intended parents". In 1900,[19] when the German Civil Code came into effect, drafters saw no need to regulate for such matter, as descent from a mother and birth by the same woman were inseparably linked. This has of course since changed due to modern *Assisted Reproductive Technology (ART)*.[20] In 1998, during the reform of the law of parent and child the German legislator clarified that § 1591 BGB still continues to apply even as new reproductive technologies are introduced.[21] In addition, if the surrogate mother is married, the child would be born into the marriage so that her husband automatically becomes the father of the child regardless of genetic parentage in accordance with § 1592 no. 1 BGB. However, the male intended parent can appeal the determination of paternity if he is the genetic father of the child.[22] If the surrogate mother is not married, a male intended parent becomes the legal father by way of recognition, again regardless of genetic parentage according to § 1592 no. 2 BGB. The legal parenthood of the other intended parent can then be established by way of stepchild adoption, § 1742 (2) no. 3 BGB, provided there is a valid marriage or registered civil partnership between the intended parents.[23] However, due to the prohibition of surrogacy, such constellations are usually encountered when intended parents have carried out an embryo transfer in a country that permits surrogacy, and then subsequently have the child legally recognized as their own or adopted the child in Germany.[24] In some contexts, courts discuss the principle of *ordre public* in this regard,[25] yet then reject the

[19] BGB, 'Introduction', XI.

[20] Wellenhofer, *supra* note 13, ref. 1.

[21] Draft Legislation, 'BT-Drs. 13/4899', 82.

[22] Löhning, *supra* note 17, 547.

[23] Löhning, *supra* note 17, 546.

[24] ibid.

[25] Higher Regional Court (OLG) Frankfurt, 28 February 2019 - 1 UF 71/18 = NJW 2019, 1615 (1618).

recognition of divergent foreign allocations of parenthood. However, the German Federal Court of Justice *(Bundesgerichtshof – BGH)* ruled that foreign court decisions must be respected when the child is genetically descended from at least one of the intended parents. In the absence of a court decision, the procedure of adoption must be followed. If the child is born to a surrogate mother, the intended mother must therefore legally adopt the child to be recognized as a parent.[26] Often, the German Courts have acknowledged the child to the intended parents relying on the best interest[27] standard.[28] According to a decision of the BGH in 2019,[29] as well as a decision of the Frankfurt am Main Higher Regional Court *(Oberlandesgericht - OLG)* of the same year,[30] paid surrogacy does not constitute an unlawful arrangement. Both cases involve surrogacy carried out on behalf of German intended parents in Ukraine. The case before the Federal Supreme Court makes it clear that the entry in the birth register cannot be corrected in favor of the genetic mother, and adoption is still the only path open to the intended parents. The case before the Higher Regional Court deals with the requirements of adoption of a child born of a Ukrainian surrogate mother by the genetic mother. The adoption through the intended parents can proceed, because Article 6 (1) of the Basic Law *(Grundgesetz - GG)*, according to which marriage and family enjoy special protection by the state, stipulates that the child can be assigned to parents other than its genetic parents, which have shown themselves to be responsible for its welfare and well-being.[31] The same provisions are taken into account if the

[26] Makoski, *supra* note 15, ref. 140-145.

[27] McCartney, 'Who Is My Parent – Is this my child – A Critical Examination of the Base for Attributing Parental Status in Relation to Surrogacy in the UK', 122.

[28] OLG Frankfurt, *supra* note 25, 1615 (1615).

[29] German Federal Court of Justice (BGH), decision of 20 March 2019, XII ZB 530/17 = NJW 2019, 1605.

[30] OLG Frankfurt, *supra* note 25.

[31] ibid. 1615 (1617).

transfer of the embryo has taken place in a country where the baby is not automatically assigned to the surrogate mother. When the well-being of the child may be endangered as a result of not being able to identify a responsible parent, the court may assign the child to those parents that have its best interests at heart.[32] Although German Courts generally do recognize foreign judgements on parenthood,[33] the corresponding surrogacy contracts often document the violation of surrogacy laws outside of the jurisdiction by providing evidence of the transaction, its commercial nature, and the amount of payment.[34]

II. Issues Arising from current German Law

There are, moreover, some issues that arise from the current legal situation in Germany. A critical point is that current law deals with parentage differently in the cases of egg donation and surrogacy. A woman who cannot conceive the child but can deliver it as result of an egg donation or embryo donation carried out abroad, is favored by § 1591 BGB, as the child is automatically assigned to her through birth. On the other hand, a woman who can produce eggs but cannot become pregnant, and therefore wishes to resort to surrogacy, is disadvantaged by the same provisions, since she can only become a mother through subsequent (stepchild) adoption after the child is born. In addition, the intended mother is at a disadvantage compared to the intended father, since the latter can more easily obtain paternity by acknowledgement of paternity.[35] It is debatable whether one can derive a constitutional right to a genetic procreation from the right to reproductive freedom of the intended parents laid out in the Article 1 (1) GG, Article 2 (1) GG and Article 6 (1), (2) GG. This is because restrictions on

[32] BGH, *supra* note 29, 1605 (1605).

[33] BGH, decision of 10 December 2014, XII ZB 463/13 = BGHZ 203, 350-372.

[34] Carbone and O'Miller 'Surrogacy Professionalism', 19.

[35] Wellenhofer, *supra* note 13, ref. 47.

reproductive freedom are constitutional, as long as they protect higher fundamental values. The state must justify why it prevents the creation of a family through surrogacy, when an individual can only create a genetic family in this way. Such a constitutional complaint has yet to be filed in Germany.[36] While some voices in legal academia call for maintaining the prohibition,[37] there are also opinions that would like to open up a discussion on permitting surrogacy, albeit under tightly regulated circumstances.[38] Other aspects of the discussion are the best interests of the child, the protection of the surrogate mother, and the risk of commercialization if surrogacy were to be legalized. As stated above, child welfare aspects must not necessarily contradict surrogacy. In the past, some legislators claimed that surrogacy would interfere with the personal rights of the resulting children.[39] However, recent studies in which families resulting from surrogacy were compared with families after egg donation and after spontaneous conception in a long-time study, have shown that surrogacy does not have a negative impact on the development of the child.[40] The observation period in these studies extends until the child reaches seven years of age. The authors found no evidence that surrogacy or the lack of a genetic link between the acting parents and the child had a negative impact on the parent-child relationship or on the psychological well-being of mothers, fathers, and children. After one, two, and three years, maternal attachment was actually higher in the families resulting from surrogacy, with some evidence of emotional over-commitment on the part of

[36] ibid. ref. 56.

[37] Engel, 'Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl', 558.

[38] Wellenhofer, *supra* note 13, ref. 54.

[39] Draft Legislation, 9 March 1989, BT-Drs. 11/4154, 6.

[40] Wellenhofer, *supra* note 13, ref. 55; Bertschi, 'Leihmutterschaft. Theorien, Praxis und rechtliche Perspektive in der Schweiz, den USA und Indien', 147; Tschudin and Griesinger, *supra* note 2, 135-138.

the mothers. After seven years, this difference was no longer detectable.[41] Another argument against surrogacy is that the separation of the infant from the woman giving birth means a severe loss of attachment for the child.[42] However, this theory of pre-natal attachment has not yet been scientifically proven.[43] Another argument brought forth against legalization of surrogacy in Germany is that the process of artificial insemination, pregnancy and birth is long and physically and emotionally intense for the surrogate mother. She has a relationship with the child through the pregnancy and birth process. In a study of 42 commissioning parent-couples and 44 surrogate mothers, one-third of the surrogate mothers reported having experienced mild to moderate difficulties in handing over the child, which subsided for most over the course of a year. Furthermore, 10 % of surrogate mothers saw a psychologist or family physician during or after pregnancy.[44] This paternalistic viewpoint can be countered by a woman's right to make her own choice and thereby, to make use of her body in the way she decides to. As she participates voluntarily, surrogacy also does not involve any degrading or humiliating treatment of the woman, so that her human dignity is not violated.[45]

D. Current Law on Surrogacy in the United Kingdom

The United Kingdom was the first of the countries studied here to enact surrogacy legislation. In 1985, the Surrogacy Arrangements Act was passed, to be applicable throughout the United Kingdom. The Act that is still in force today, banning commercial surrogacy, criminalizing recruiting, advertising,

[41] ibid.

[42] Draft Legislation, *supra* note 39, 6 f.

[43] Majer, 'Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution', 2296 f.

[44] Tschudin and Griesinger, *supra* note 2, 135-138; Jadva et. al,'Surrogacy: the experience of surrogate mothers', 2196-2204.

[45] Wellenhofer, *supra* note 13, ref. 57.

and negotiating surrogate mothers' contracts on a commercial basis. Thus, it prohibits commercial surrogacy agencies and prohibits the recruitment of women as surrogates.[46] Fees paid to a surrogate mother beyond reasonable expenses also violate the adoption laws of England. The issue was firstly addressed in 1987 in the case *Adoption Application*.[47] In this case, a couple compensated a surrogate mother for having a child in the amount of £5,000. Subsequently a family court was asked whether a surrogacy agreement that included the payment of £5,000 violated the 1985 Act.[48] Here, the judge reasoned that the contract and payment were not of commercial nature, but to compensate the mother for the inconvenience and expenses of pregnancy.[49] In 1990 the Human Fertilization and Embryology Act (HFEA) was passed, which allowed couples to become legal parents of children through surrogacy. Again, it was highlighted in the legislation (HFEA 1990, Section 30, (7)) that no amount in excess of reasonable expenses shall be given to the surrogate mother. The Act clarifies that no surrogacy contract is enforceable against the surrogate.[50] In 2008, the HFEA was changed so that the gestational mother is to be treated as the child's mother (Section 33).[51] Altruistic surrogacy was thereby allowed; nevertheless, surrogacy contracts still could not be enforced.[52] The reason for this was to prevent the child from being treated as property, a commodity, which is in direct conflict with the basic property axiom that the human body cannot be subjected to the property law regime.[53] Furthermore, the HFEA 2008 makes it possible for a wider range of persons

[46] Pantelejeva, *supra* note 1, 35.

[47] [1987] HCJ, Family Division, All Engl Law Rep. 1987 Mar 2; 2:826-32.

[48] ibid.

[49] ibid.; Pantelejeva, *supra* note 1, 35.

[50] Pantelejeva, *supra* note 1, 35.

[51] McCartney, *supra* note 27, 115.

[52] ibid.

[53] Pantelejeva, *supra* note 1, 36.

to enter into surrogacy agreements. In the HFEA 1990 one requirement was the establishment of fatherhood (Section 13) as well as the need to be married (Section 30 (1) no. a, b, c). Those provisions were removed so that civil partners and cohabitants can now also have a child through the surrogacy process (HFEA 2008, Section 53 (2)). Therefore, surrogacy has become an option for homosexual couples as well.[54] However, the gametes of at least one of the applicants have to have been used to create the embryo for a transfer of rights to be possible (HFEA 2008, Section 54 (1) no. b).

I. Transfer of the Baby

As the gestational carrier is seen as the mother of the child according to the law of the UK, a transfer of parental status from the gestational mother to the intended parents is required (HFEA 2008, Section 33 (1)). Additionally, any partner of the gestational mother will be treated as the child's parent (HFEA 2008, Section 35). This partner will then be required to consent to the adoption through the intended parents.[55] However, the intended father may be treated as the father of the child, when the surrogate has given her consent (HFEA 2008, Section 54 (1) no. b). The consent of the surrogate and any relevant partner will then allow the transfer of the parental status and legal rights to the intended parents (HFEA 2008 Section 54 (1)).[56] Up to this point, it might be questionable how this type of transfer could be legally classified. In a commercial setting, the human child transfer would be constructed as a transfer of an object, and therefore be prohibited. Legally however, when there is no commercial intention apart from paying the surrogate mother for her expenses, the child that is being transferred cannot be considered an object anymore, and accordingly the transfer of the child would be allowed.

[54] McCartney, *supra* note 27, 115.
[55] ibid.
[56] ibid.

Therefore, the deciding factor under English law is not whether money is paid at all, but how much money is given to the surrogate mother in order to cover her reasonable expenses. Still, as the intended parents, or at least the mother, are not recognized as the legal parents until otherwise is decided, the life of a child born from a gestational mother as a result of IVF will most probably, much like in Germany, except that the child can be born from a British surrogate mother, begin with some form of litigation with residual uncertainties of the outcome. This seems ethically problematic, as it causes the intended parents severe distress.[57]

II. Issues Arising from Current UK Law

Similarly to the situation in Germany, Artificial Insemination and IVF, which are performed on a woman who then carries out child to term with the intention of raising it herself, continues to engage the discussion in the UK. Because of the gestation, the concept of pre-natal attachment plays a fundamental role in the UK case law. This concept leads, as some authors opine, to a biased point of view toward the gestational mother.[58] Notwithstanding, as seen above, the idea of pre-natal attachment has not been scientifically proven yet.[59] Also, much like in Germany, one popular opinion is that giving up the child she has given birth to can cause psychological harm to the surrogate mother.[60] On that basis, as well as the assumption that such arrangements result in the exploitation of the surrogate, British courts have awarded parental status to the gestational mother.[61] However, this claim is

[57] ibid. 114.

[58] McCartney, *supra* note 27, 116.

[59] cf. C. III.

[60] McCartney, *supra* note 27, 117.

[61] *Re Evelyn* [1998] 145 FLR 90; *Re Marriage of Moschetta* [1994] 30 Cal Rptr 2d 893; McCartney *supra* note 27, 117.

ultimately weak in the UK, since only altruistic surrogacy is allowed, and the surrogate mother may not have a financial interest in it at all. As seen above, there is a chance that a gestational mother might have problems to hand over the child, or experience psychological problems at first, but there are also present counterarguments, especially with regard to the freedom of decision of the surrogate.[62]

E. Surrogate Motherhood in the US

Legislation in the U.S. regarding parenthood is difficult to pin down, because there are no uniform rules at the federal level. The Uniform Parentage Act, originally enacted in 1973 and expanded in 2002 and 2017, attempts to fill this gap. However, not all states have enacted the Uniform Parentage Act. As a result, the law varies in different states across the United States. In their essay *Surrogacy Professionalism*, authors *June Carbone* and *Christina O'Miller* distinguish between five different types of US-American jurisdictions.[63] Firstly, there are those states that choose to accept surrogacy and have created more specific regulations for it. As an example, the state of California is mentioned, which has rather surrogacy-friendly regulations.[64] As a second type they mention states that limit surrogacy, but provide protective measures for those involved in a surrogacy transaction, as long as they comply with state requirements. As an example, the state of Illinois only recognizes the intended parents as the legal parents prior to the child's birth, if they contribute at least one of the gametes, have a proven medical need for the gestational surrogacy and have completed a mental health evaluation as well as a legal consultation with independent legal counsel regarding the terms of the gestational surrogacy contract and the potential

[62] cf. C. III.

[63] Carbone and O'Miller, *supra* note 34, 6-10.

[64] ibid. 6.

legal consequences.[65] Thirdly, there are those states that try to discourage surrogacy without explicitly prohibiting it.[66] The state of New Jersey serves as an example. Here, similar to regulations in Germany and the UK, the woman giving birth is considered the mother until the child is adopted by the intended parents. The surrogate mother who wants to pass on her child can do so within 72 hours after birth.[67] Even if she agrees to an adoption, she can still change her mind within a certain period of time.[68] The fourth category is made up of states that prohibit surrogacy, such as the state of Michigan. In addition, a woman who agrees to become a surrogate mother for a financial compensation can be criminally prosecuted and face a fine of up to $10,000 or imprisonment for up to one year.[69] Furthermore, anyone else involved in entering a surrogacy agreement is subject to a penalty five times greater.[70] Like in German and British law, the birth mothers' husband will be recognized as a legal parent.[71] A fifth category consists of states that do not have comprehensive legislation regarding the subject of surrogacy. In these states, surrogacy nevertheless does take place and courts have had to rule on cases, but they often have yet to produce reported opinions with precedential value. Here, intended parents can usually become parents through an adoption process that terminates the parental status of the birth mother if she consents.[72] Since a detailed analysis of the individual jurisdictions is beyond the scope of this paper, the following section will focus on the law and the construction of

---

[65] [2005], Illinois Compiled Statutes 750 47/ (ILCS), § 47/20.

[66] Carbone and O'Miller, *supra* note 34, 7.

[67] *A.H.W. v. G.H.B.*, Superior Court of New Jersey, decision of 4 April 2000, 772 A.2d 948.

[68] Carbone and O'Miller, *supra* note 34, 7.

[69] [2021], Michigan Compiled Laws, §§722.851-.863.

[70] ibid. §722.859.

[71] Carbone and O'Miller, *supra* note 34, 8 et seq.

[72] ibid.

the transfer of the baby from the surrogate mother to the intended mother in the state of California. The law of the state of California has been selected as it represents a prominent example of a very surrogacy-friendly jurisdiction, and accordingly a large body of statutory and case law, as well as academic works exist on this subject. Therefore, it is suitable to show the differences to stricter legal systems, such as those in Germany and England.

F. Current Law on Surrogacy in California

The state of California enacted the Uniform Parentage Act 2017 in 2018,[73] and therefore committed to establish a clearer jurisdiction in terms of determination of parenthood. The California Family Code (Cal. Fam. Code) § 7960 - § 7962 further regulates surrogacy. There are two main tools to secure parenthood as intended parents. The first is a pre-birthing order, which certifies that the intended parents are the child's legal parents before the baby is born.[74] However, a judgement clarifying parenthood might also be collected after birth. The pre-birthing order nevertheless enjoys popularity as it provides intended parents with legal certainty even before the child is born. In addition, a surrogacy contract, in which the rights and obligations of the parties are secured, must be signed by the parties before implantation of the embryos in the carrier. [75] Furthermore, they need to ensure that the surrogate mother has had legal representation and specify in the contract how the medical costs associated with the child's birth will be paid.[76] Generally, the California Family Code tries to create certainty in the determination of parenthood, ensure payment of medical expenses, and mandates legal

[73] Uniform Law Commission, 'Uniform Parentage Act 2017'.

[74] Jackson, 'Preventative Legislation Ensures Intended Parents of Gestational Surrogacy Benefits under the California Family Rights Act', 7 et seq.

[75] ibid. 7-10.

[76] Cal. Fam. Code § 7962 (2016).

representation in the contracting process, but does not otherwise dictate contractual terms or procedures.[77]

I. Transfer of the Baby

In the *Johnson v. Calvert* Case,[78] a surrogate entered into a surrogacy agreement with an intended parent couple. Through IVF, an embryo was created using the couple's sperm and egg. The agreement required the surrogate to relinquish "all parental rights", furthermore she was to be compensated with $10,000. During the pregnancy, the surrogate mother then threatened not to relinquish her parental rights if she did not receive the full compensation before the birth of the child.[79] Both parties filed for declaratory relief, requesting the court to declare them the unborn child's legal parents or legal mother respectively.[80] The Supreme Court of Orange County held that, according to California law, both genetic consanguinity and giving birth can establish a mother and child relationship. However, it further held that the natural mother under California law is the woman who intended to bring about the birth of the child that she intended to raise as her own.[81] The $10,000 was held to be a suitable compensation intended to recompense the surrogate mother for the time, expense and delivery of the child.[82] The money was not paid in return for her giving up the parental rights to the child, as the court held that the surrogate mother had no parental rights to relinquish.[83] Under California law, therefore, surrogate mother contracts for gestational

[77] Carbone and O'Miller, *supra* note 34, 6.
[78] [1993] 5 Cal. 4th.
[79] ibid. 88; Jackson, *supra* note 74, 9.
[80] ibid.
[81] *supra* note 78, 93; Jackson, *supra* note 74, 10.
[82] ibid.
[83] ibid.

surrogacy are enforceable if the child is not genetically related to the surrogate, that is, if the surrogate does not use her own egg. The surrogate mother is then not considered the mother of the child. Rather, the intended parents are the natural parents of the child from the point of insemination. The surrogate mother must therefore relinquish the child to the intended parents after birth, since she has no parental rights over the child, and it was not her intention to procreate and raise the child as her own. While contracts of gestational surrogacy can be enforced with this logic, traditional surrogacy contracts may not be enforceable and would require the intended parents to adopt the child in order to transfer parenthood.[84]

II. Issues Arising from Current California Law

In California, even though there is supportive legislation, it is still first and foremost private contracting that shapes the understanding of the parties involved in a surrogacy agreement, along with societal norms, which continue to change and evolve. The reason for this is that the jurisdiction does not comprehensively oversee the development of surrogacy practice. For example, the validity of contractual terms and certain provisions in surrogacy contracts, such as clauses dealing with abortion, are not subject to specific enforcement, as a woman cannot be forced to have an abortion against her will.[85] Therefore, a great responsibility lies with the professionals, such as agencies, lawyers, and doctors, who become part of the process. The respective parties should be fully informed and accompanied throughout the process. Ethical issues, such as potential conflicts of interests, are another mayor issue here.[86] Such a conflict of interest may emerge for attorneys who own surrogacy or gamete agencies and as well oversee legal representation

[84] Jackson, *supra* note 74, 11.
[85] Carbone and O'Miller, *supra* note 34, 13.
[86] ibid. 26.

of intended parents, for example. Thus, problems may arise with regard to protecting the best interest of the respective client.[87]

G. Conclusion

The possibility of human surrogate motherhood has brought up several legal and ethical questions. Accordingly, different jurisdictions take different positions on the subject. Whereas in Germany and the UK, the birth mother is recognized as the mother, in the US state of California, the definition of motherhood is broader, and the genetic mother can also be recognized as the child's legal mother from the outset. While services related to surrogacy are generally prohibited in Germany, altruistic surrogacy is permitted in the UK, although surrogacy contracts are not enforceable, preventing the child from being treated as property. Under California law, it is the intention of the parties involved that is the deciding factor in determining whether the child is assigned to the birth mother or the genetic mother. The existence of a surrogacy contract tends to show sufficient intention to attribute maternity to the genetic mother. Furthermore, the possibility of pre-natal recognition of the genetic parents as legal parents may be one way to make the surrogacy process less uncertain. However, there are also ambiguities regarding the surrogacy process in California, as for example the issue of enforceability of certain contractual agreements, which could be clarified by further regulation. Nevertheless, parents who live in a country in which surrogacy services are prohibited or limited, and who cannot conceive their own (genetic) child, still have the option of having a child carried by a surrogate in another, more surrogacy-friendly, jurisdiction and secure legal parenthood there. They can then subsequently obtain parenthood through a court process in their home country. For jurisdictions that prohibit or limit surrogacy, surrogacy contracts often document

[87] ibid. 26 et seq.

and prove the violation of surrogacy laws outside the jurisdiction. Yet in a globalized world, it does not seem possible to entirely suppress surrogacy, even if a jurisdiction seeks to do so. German case law has shown that foreign judgments are often recognized, or the child is assigned to the intended parents as this is considered to be in the best interests of the child. Nevertheless, in these cases, the child's life begins with substantial litigation with an uncertain outcome. Thus, it might be more practical to enact regulations that surpass legal disputes early on to minimize potential problems and quickly clarify legal parenthood. Similarly, Ciara McCartney proposes in her article on the attribution of parental status in relation to surrogacy in the UK: "The welfare of children is promoted by a system that attributes parental status as unambiguously as possible".[88]

[88] McCartney, *supra* note 27, 123.

Literature

N Bertschi, ‚Leihmutterschaft. Theorien, Praxis und rechtliche Perspektiven in der Schweiz, den USA und Indien‘, in: I Schweizer, A Büchler, M Cottier (ed), *Schriftenreihe zum Familienrecht*, Stämpfli Verlag, Bern, 2014.

J Carbone and C O'Miller, 'Surrogacy Professionalism', J Am Acad Matrimonial Law 1 [2018] 1-54.

M Engel, 'Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl', ZEuP [2014] 539- 561.

J Jackson, 'Preventative Legislation Ensures Intended Parents of Gestational Surrogacy Benefits under the California Family Right Act', 2014 Freedom Center J 1 [2014] 1-38.

V Jadva, et. al, 'Surrogacy: the experience of surrogate mothers', Human Reproduction, Volume 18, Issue 10, October 2003 [2003] 2196- 2204, https://doi.org/10.1093/humrep/deg397.

M Löhning, 'Die Leihmutterschaft in der aktuellen Rechtsprechung', NZFam [2017] 546-550.

C F Majer, 'Die Vermietung des eigenen Körpers – Verträge über Leihmutterschaft und Prostitution', NJW [2018] 2294-2299.

K Makoski, '§19 Recht der Reproduktionsmedizin', in: T Clausen and J Schroeder-Prinzten (ed.), *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3rd edition, C.H. Beck, Munich, 2020.

C McCartney, 'Who Is My Parent - Is This My Child - A Critical Examination of the Base for Attributing Parental Status in Relation to Surrogacy in the UK', 3 Edinburgh Student L Rev [2018] 114-125.

I Pantelejeva, 'Are Surrogate Mother Contracts Enforcable', 2 Int'l J Baltic L 14 [2005] 14-38.

V Sahakian, 'Understanding Surrogacy and IVF', 2020, https://www.pfcla.com/blog/ivf-and-surrogacy' (last date of use: 21 March 2021).

G Torres, A Shapiro, T.K. Mackey, 'A review of surrogate motherhood regulation in south American countries: pointing to a need for an international legal framework', BMC Pregnancy Childbirth 19 [2019] 46, https://doi.org/10.1186/s12884-019-2182-1.

S Tschudin and G Griesinger, 'Leihmutterschaft', Gynäkologische Endokrinologie 10 [2012] 135- 138, https://doi.org/10.1007/s10304-012-0475-9.

M A Voigt, *Abstammungsrecht 2.0 – Ein rechtsvergleichender Reformvorschlag vor dem Hintergrund der Methoden der künstlichen Befruchtung*, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt on the Main, 2019.

M Wellenhofer, 'BGB §1591' in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Volume 10, 8th edition, C.H. Beck, Munich, 2020.

Material

California Family Code, 2016, via https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codesTOCSelected.xhtml?tocCode=FAM&tocTitle=+Family+Code+-+FAM (last accessed on 28 March 2021).

Deutscher Bundestag 11. Wahlperiode, BT-Drs. 11/4154, 9 March 1989.

Deutscher Bundestag 13. Wahlperiode, BT-Drs. 13/4899, 13 June 1996.

Illinois Compiled Statutes 750 47/ (ILCS), 2005, via https://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59 (last accessed on 26 March 2021).

Michigan Compiled Laws, 2021, via http://www.legislature.mi.gov/(S(hgysvetncujub3catjiieeuh))/mileg.aspx?page=getObject&objectName=mcl-chap722 (last accessed on 26 March 2021).

Online Sources

Circle Surrogacy, Becoming a Parent: The Circle Surrogacy Process, 2021, https://www.circlesurrogacy.com/parents/how-it-works, (last date of use: 21 March 2021).

NHS: Overview IVF, 11 June 2018, https://www.nhs.uk/conditions/ivf/, (last date of use: 21 March 2021).

Progyny (review: J Friedenthal), What is surrogacy, https://progyny.com/education/surrogacy-adoption/what-is-surrogacy/ (last ate of use: 21 March 2021).

Uniform Law Commission, Uniform Parentage Act 2017, https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?communitykey=c4f37d2d-4d20-4be0-8256-22dd73af068f&tab=groupdetails (last date of use: 29 March 2021).

Rechtsvergleichende Untersuchung des Scheidungsfolgenrechts

Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht

von
Emily Rézépa*

University of Birmingham

Zusammenfassung

Das Scheidungsfolgenrecht in England und Deutschland erlaubt es den Gerichten, ehebedingte Nachteile auszugleichen und ökonomisch schwächere Ehegatten zu kompensieren. Es steht den Ehegatten jedoch frei, die finanziellen Folgen der Scheidung durch einen Ehevertrag selbst zu bestimmen und gewisse Gerechtigkeitsgrundsätze und Schutzmaßnahmen, die in den gesetzlichen Regeln festgelegt sind, auszuschließen. Dadurch fallen wichtige Schutzmaßnahmen weg, die die emotionale und unvorhersehbare Natur der Ehe und Einkommensunterschiede der Ehegatten berücksichtigen sollen. Innerhalb dieser Arbeit wird das deutsche Recht als Vorbild angesehen, denn die Formerfordernisse für Eheverträge im BGB und die potenziell sehr wirksame Inhaltskontrolle der deutschen Gerichte kann die Beziehung der Ehegatten berücksichtigen und ehebedingte Nachteile kompensieren. Diese Arbeit wird die Grenzen der Privatautonomie vergleichend untersuchen und feststellen, dass obwohl die Gerichte in beiden Rechtsordnungen überprüfende Inhaltskontrollen eingeführt haben, die durchaus das Potenzial haben, eine Schutzfunktion auszuüben und Grundrechte zu gewähren, die Richter der Privatautonomie nur selten wirksame Grenzen setzen.

*LL.B. (University of Birmingham, First Class Honours) und Freie Universität zu Berlin. Derzeit arbeitet sie als Rechtsanwaltsgehilfen in London und absolviert berufsbegleitend den *Legal Practice Course*, um sich in England und Wales als Rechtsanwältin zu qualifizieren.

A. Einleitung

Im englischen sowie im deutschen Recht steht es den Ehegatten frei, Eheverträge zu schließen und somit die finanziellen Folgen der Scheidung selbst zu bestimmen. Durch diese Vereinbarungen können Ehegatten gewisse Gerechtigkeitsgrundsätze und Schutzmaßnahmen, die in den gesetzlichen Regeln festgelegt sind, umgehen. Trotz einer richterlichen Inhaltskontrolle der Vereinbarungen können dadurch Schutzmaßnahmen wegfallen, die die emotionale und unvorhersehbare Natur der Ehe und Einkommensunterschiede der Ehegatten berücksichtigen sollen. Diese Gesetzeslage benachteiligt den ökonomisch schwächeren Ehegatten und priorisiert stattdessen die Erhaltung der Privatautonomie.[1]

Die folgende Arbeit befasst sich hauptsächlich mit vorehelichen vermögensrechtlichen Vereinbarungen. Sie behandelt weder Vereinbarungen nichtehelicher Lebensgemeinschaften noch nacheheliche oder während der Scheidung getroffene Vereinbarungen. Diese Arbeit wird hauptsächlich die richterliche Handhabung von Scheidungsfolgenvereinbarungen der deutschen und englischen Gerichte vergleichen. Um die Grundprinzipien der Vermögensteilhabe zu verstehen, vergleicht diese Arbeit die Handhabung des Scheidungsfolgenrechts in Deutschland und England. Trotz der unterschiedlichen Handhabe der Teilhabemodelle, bezwecken beide Rechtsordnungen eine Garantie des Unterhalts, den Ausgleich der Lastenverteilung und die Halbteilung des Vermögens. Beide Rechtsordnungen streben die Vermögensteilhabe und Gleichberechtigung der Ehegatten an. Genau wegen dieser Fortschritte und dem zunehmenden Schutz für Ehegatten, gehen mehr Ehegatten Eheverträge ein, welche die gesetzlichen Schutzmechanismen ausschließen.

In beiden Ländern respektiert die Justiz die Privatautonomie und Vertragsfrei-

[1] *Dauner-Lieb*, FF 2002, 151, 154.

heit von Ehegatten und erlaubt es ihnen Vereinbarungen einzugehen, um die Scheidungsfolgen selbst festzulegen. Jedoch unterliegen Eheverträge einer richterlichen Überprüfungskontrolle. Diese Arbeit bezweckt es die Hindernisse, die solchen Verträgen entgegengesetzt werden und Grenzen inhaltlicher Art zu untersuchen. Wie zum Beispiel die Durchsetzung von Formerfordernissen, das Erfüllen von gewissen Mindestwerten und das Vermeiden von einseitigen Vertragsinhalten. Fraglich ist, inwiefern die Rechtfertigung der Privatautonomie es erlaubt, von den im Scheidungsfolgenrecht niedergelegten Grundsätzen durch Vereinbarungen der Ehegatten abzuweichen. Wie zum Beispiel, ob die beteiligten Partner durch einen Ausschluss der gesetzlichen Scheidungsfolgen, Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich und nachehelichen Unterhalt vereinbaren könnten. Grundsätzlich werden diese „Universalausschlüsse" in der Praxis durchaus für zulässig erklärt.[2] Demgegenüber plädiert eine vordringende Auffassung im Schrifttum dafür, die „Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten"[3] enger zu ziehen. In dieser Arbeit wird argumentiert, dass die Gerichte diese Grenzen nicht eng genug ziehen.

Noch dazu wird diese Arbeit das Spannungsverhältnis zwischen Ehevertragsfreiheit und dem Schutz- und Kompensationscharakter des Scheidungsfolgenrechts vergleichend untersuchen. Dabei wird dargestellt, dass das deutsche Familienrecht zwingende Formerfordernisse enthält die ungleiche Verhandlungspositionen und damit einseitigen Verträgen vorbeugen und die Parteien die Konsequenzen Ihrer Entscheidung bewusst machen. Zusätzlich erlaubt die inhaltliche Kontrolle der Gerichte durch § 138 BGB und § 242 BGB den Gerichten die Folgen ungleicher Verhandlungspositionen und unvorhersehbare einseitige ehebedingte Nachteile auszugleichen.

---

[2] *Dauner-Lieb*, ArchCP 2002, 25, 27.

[3] *Büttner*, FamRZ 1998, 1.

Vor allem ist die deutsche Inhaltskontrolle kontextbezogen, wohingegen das englische Recht keine strengen Formerfordernisse voraussetzt und zusätzlich von einer zu streng vertraglich orientierten Rechtsprechung geprägt ist. Letztendlich wird diese Arbeit eine kritische Stellung gegen die Befürwortung der Privatautonomie in beiden Rechtsprechungen nehmen, denn diese wird häufig als Grund gesehen eine schwächere Inhaltskontrolle vorzunehmen, anstatt die kontextbezogene Inhaltskontrolle anzuwenden.

B. Gesetzliche Regelungen des Scheidungsfolgenrechts

I. Deutschland

1. Güterrecht §§ 1363 ff. BGB

Durch die Eheschließung gehen die Ehegatten eine wichtige vermögensrechtliche Beziehung ein.[4] Die Ehegatten werden zu einer ehelichen Lebensgemeinschaft verbunden.[5] Teil dessen ist die gesetzliche Vermögensverteilung zwischen Ehegatten. Sobald die Parteien geheiratet haben, regelt das Güterrecht die Vermögensverteilung (§§ 1363-1563 BGB). Vorab wird der gesetzliche Güterstand dargestellt. Solange die Ehegatten nichts anderes vereinbaren, leben sie im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB). Innerhalb der Zugewinngemeinschaft gibt es gerade keine Vermögensgemeinschaft. Das Vermögen der jeweiligen Ehegatten bleibt getrennt und jeder verwaltet sein Vermögen selbstständig (§ 1364 BGB). Die Ehegatten werden während der Ehe vermögensrechtlich wie Unverheiratete behandelt. Die Bedeutung dieser Gemeinschaft wird erst bei Beendigung der Ehe deutlich. Denn bei Beendigung der Ehe wird der Zugewinn, den die Ehegatten während der Ehe erzielt haben, ausgeglichen (§ 1363 Abs. 2 S. 2 BGB). Dies geschieht im sogenannten Zugewinnausgleich.

---

[4] *Schlüter*, BGB – Familienrecht, 203.

[5] *Henrich*, Familienrecht, 41.

2. Scheidungsfolgenrecht

Das Scheidungsfolgenrecht regelt die Fragen zur Entflechtung der Rechtsbeziehung zwischen den ehemaligen Ehegatten und wird in drei „Säulen" aufgeteilt: Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich.[6] Diese gesetzlichen Regelungen berücksichtigen die Zustände vor, während und nach der Ehe, um ehebedingte Nachteile, die die Ehegatten erlitten haben, zu kompensieren.

a. Unterhalt

Die Leistung des Unterhalts ist eine der Kernpflichten des Familienrechts. Während der Ehe wirkt das Prinzip der wirtschaftlichen Solidarität § 1360 BGB zwischen Ehegatten. Diese wirkt auch nach der Beendigung der Ehe und gibt den Ehegatten gewisse Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt (§§ 1569-1586 BGB). Jedoch soll generell der Grundsatz der Eigenverantwortung beider Ehegatten gemäß § 1569 BGB gelten. Das Prinzip der Eigenverantwortung bedeutet dass Ehegatten nach der Trennung grundsätzlich dazu verpflichtet sind, sich um ihren eigenen Lebensunterhalt zu kümmern und nach der Ehe wieder in die Erwerbstätigkeit einzusteigen. Dieser Grundsatz entfällt, wenn einer der folgenden Ansprüche geltend gemacht wird: Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes (§ 1570 BGB), wegen Alters (§ 1571 BGB), wegen Krankheit (§ 1572 BGB), wegen Erwerbslosigkeit (§ 1573 BGB) oder aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB). Im Hinblick auf diese Ausnahmen merkt *Dethloff* an, dass nur wenig vom Prinzip der Eigenverantwortung übrig bleibt.[7] Auch beim Betreuungsunterhalt wird zugunsten des Kindeswohls eine Ausnahme zur Eigenverantwortung gemacht. Diese ist durch die gemeinsame Elternverantwortung legitimiert. Die Ausnahmen sollen

[6] *Lipp/Schumann/Veit*, Göttinger Juristenschriften 2008, 1, 4.
[7] *Dethloff*, 801, 809.

unter anderem den wirtschaftlich schwächer aufgestellten Ehegatten beschützen und Rücksicht darauf nehmen, wie unvorhersehbar das Leben während der Ehe verlaufen kann und wie viel sich verändern kann.[8] Im Fall von schicksalhaften Entwicklungen sind Ausnahmen gerechtfertigt, sodass die Folgen wegen der fortwirkenden ehelichen Solidarität grundsätzlich gemeinsam zu tragen sind.[9] Das Maß des Scheidungsunterhalts wird anhand der ehelichen Lebensverhältnissen bestimmt, welche wiederum individuell für den konkreten Unterhaltssachverhalt bestimmt werden.

b. Zugewinnausgleich

Solange die Ehegatten keinen anderen Güterstand gewählt haben, bedeutet die Beendigung des ehelichen Güterstands, dass ein Zugewinnausgleich stattfindet (§§ 1387 ff. BGB). Im Zugewinnausgleich wird angestrebt, den Zugewinnüberschuss, den einer der Ehegatten in der Ehe erzielt hat mit dem anderen Ehegatten zu teilen.[10] Der Zugewinnausgleich ist durch den Gedanken der Teilhabe an mitverursachtem Vermögensgewinn legitimiert.[11] Es wird davon ausgegangen, dass der Vermögenserwerb unabhängig von der gewählten Aufgabenverteilung auf gemeinsamer Mitwirkung der Ehegatten beruht. Daher soll das von beiden Erwirtschaftete bei Beendigung der Ehe geteilt werden.[12] Aufgrund dessen wird aus der Differenz zwischen End- und Anfangsvermögen jedes Ehegatten der Zugewinn der Partner ermittelt (§ 1373 BGB). Aspekte der Teilhabe und der Kompensation im Unterhalt lassen sich darauf zurückführen, dass die Ehegatten in einer partnerschaftlichen Gemeinschaft verbunden sind. Diese gleichberechtige Gemeinschaft schafft gegenseitige Verpflichtungen im

[8] BGH, FamRZ 2004, 601, 604.

[9] *Maurer*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1578 Rn. 45.

[10] *Koppenfels-Spies*, Juristen Zeitung 2009, 801, 801.

[11] Ebenda.

[12] *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 34 Rn. 6.

Vermögensrecht.[13] Diese Verpflichtungen wirken auch nach der Ehe und legitimieren daher die Aufteilung des in der Ehezeit erworbenen Zugewinns. Ziel des Ausgleiches ist es, ehebedingte Nachteile der Ehegatten zu kompensieren.

c. Versorgungsausgleich

Der Vermögensausgleich (§ 1 VersAusglG), welcher seit der Reform im Jahr 2009 im Versorgungsausgleichsgesetz geregelt ist, soll gewährleisten, dass einer der Ehegatten während der Ehe nur einen geringen Beitrag für seine Vorsorge leisten konnte. Hierbei geht es um den Ausgleich von Ansprüchen auf eine Altersvorsorge, die während der Ehezeit von einem Ehegatten nicht erworben wurde. Diese Säule trägt auch dazu bei, dass keine unverhältnismäßigen ehebedingten Nachteile von einem der Ehegatten allein getragen werden müssen.[14]

II. England: Nacheheliche Vermögensordnung und das Fairness-Prinzip

Ein geschriebenes Ehegüterrecht ist dem englischen Recht fremd.[15] Die Eheschließung hat keine Auswirkung auf die vermögensrechtliche Beziehung der Ehegatten. Im Fall einer Scheidung entscheidet das englische Recht die Vermögensteilhabe durch „umfassende richterliche Einzelentscheidungen".[16] Es gibt keine gesetzliche Regelung, die eine generalisierte Teilhabe festlegt, denn das Güterrecht würde, wegen Mangel an Flexibilität, spätestens bei Auflösung der Ehe als unfair empfunden werden. Stattdessen gibt es eine „bespoke solution to fit the infinite variety of individual cases".[17] Das Fehlen

[13] *Koppenfels-Spies* (fn 10), 801, 804.
[14] *Röthel*, RabelsZ 2012, 131, 134.
[15] Ebenda.
[16] Ebenda.
[17] *Dart v Dart* [1996] 2 FLR 286, 294.

eines Teilhabemodells wird von kontinentaleuropäischen Akademikern dafür kritisiert, dass es an Einheitlichkeit mangele und zu Rechtsunsicherheit führe. Jedoch lehnt der britische Gesetzgeber die Einführung eines gesetzlichen Güterrechts ausdrücklich ab.[18] Die Rechtsprechung schließt die Einführung ebenfalls aus und übt stattdessen sein Ermessen von Fall zu Fall aus.[19] Denn, die angelsächsische Rechtsordnung beruht besonders im Familienrecht darauf, Kontext bezogene Urteile zu fällen, welches laut englischer Rechtsprechung mit einem gesetzlichen Teilhabemodell nicht möglich wäre. [20]

Der englische Richter hat daher die alleinige Befugnis über die nacheheliche Güterzuordnung.[21] Laut des Matrimonial Causes Act 1973 (MCA) wird den Gerichten ein offener und wenig angeleiteter Entscheidungsauftrag zugesprochen.[22] Daher werden die finanziellen und eigentumsrechtlichen Folgen der Scheidung in das Ermessen des Gerichts gestellt. S. 25 (2) MCA gibt lediglich vor, welche Kriterien der jeweilige Richter in Betracht ziehen kann. Die Kriterien aus S. 25 MCA sind nicht zwingend anwendbar, denn das „ausdrückliche Verfahrensziel von Scheidungsfolgeverfahren" ist es, Gerechtigkeit (*fairness*) herbeizuführen. [23] Darüber hinaus hat das englische Gericht auch weites Ermessen darüber, welche financial orders es anordnen kann.[24] Es kann nicht nur Einzelzahlungen durchsetzen oder Vermögen übertragen, sondern auch den Verkauf von Besitz anordnen. Daher kann auch voreheliches oder geerbtes Vermögen übertragen werden. Die richterliche Anordnung erfolgt in einer

[18] Law Commission, Matrimonial Property, Needs and Agreements (Law Com 343, 2014).

[19] *Miller v Miller; McFarlane v McFarlane* [2006] 2 AC 618.

[20] Law Commission (fn 18).

[21] *Röthel* (fn 14), 135.

[22] Ebenda.

[23] *Scherpe*, DNotZ 2016, 644.

[24] MCA s 23.

Gesamtschau (*a holistic view*) und stets mit dem Ziel der Gerechtigkeit. Es bleibt offen, wie genau das überragende Ermessenziel der Gerechtigkeit zu definieren ist. Lord Nicholls erklärte das Kernproblem: „fairness, like beauty, lies in the eyes of the beholder".[25] In 2006 entschied das House of Lords,[26] dass *fairness* sich aus drei überschneidenden Prinzipien zusammensetzt: *needs, compensation und equal sharin*g. *Needs* und *compensation* sind dabei die dominanten Faktoren.[27]

1. Needs: Bedürfnisse der Parteien

Die Definition von Bedürftigkeit war lange umstritten. Mittlerweile bedeutet *needs* die Befriedigung der materiellen Bedürfnisse der Parteien zu erreichen. Dabei wird der kinderbetreuende Elternteil bevorzugt. Jedoch bleibt nur in den so genannten *big money cases* genug Geld übrig, um nach Deckung der Bedürfnisse das Vermögen halb zu teilen. In diesen seltenen Fällen haben die Ehegatten mehr zur Verfügung als was für ihren Unterhalt notwendig ist. Fragen der Vermögensaufteilung nach den zwei weiteren Prinzipien stellen sich nur dann, wenn nach der Vorsorge für Unterhalt und Unterkunft noch Vermögen übrigbleiben.[28]

2. Compensation: Ausgleich ehebedingter Nachteile

Die Ehe wird in England seit dem Fall *White*,[29] als gleichwertige Partnerschaft verstanden. Daher sollen Ehegatten einander für die Opfer und Aufwendungen, die sie für die Ehe aufbringen, entschädigt werden. Oft kommt

[25] *White v White* [2001] 1 AC 124 (HL) [147] (Lord Nicholls).
[26] *Miller, McFarlane* (fn 19), [56].
[27] *Scherpe*, Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, 10.
[28] *Röthel* (fn 14), 140.
[29] *White v White* [2001] 1 AC 124 [43].

es vor, dass ein Ehegatte aufgrund der Kinderbetreuung die Karriere aufgibt und sich die Aufgabenverteilung der Ehegatten ändert. Der Ausgleich soll ehebedingte Nachteile kompensieren, doch letztendlich werden Nachteile nur sehr selten ausgeglichen.[30] Denn wie ein solcher Ausgleich aussehen soll und was genau ausgeglichen werden soll, bleibt höchst umstritten.

3. Equal Sharing: Gleichteilung

Das *equal sharing* Prinzip gibt vor, dass das (eheliche und voreheliche erworbene) Vermögen halb geteilt wird, es sei denn besondere Umstände sprechen dafür davon abzuweichen. Seit *White* gilt der Grundsatz der Gleichwertigkeit von Haus- und Erwerbstätigkeit. Wenn die Beiträge der Ehegatten als gleichwertig angesehen werden sollen, dann muss es die Ehegatten auch zu prinzipiell gleichwertigen Vermögensanteilen berechtigen.[31] Es ist eine beziehungsbegründete und bedürfnisabhängige Teilhabe am Vermögen des anderen als Ausdruck gemeinsamer Lebensleistung.[32] Eindeutig werden Fortschritte gemacht, damit Männer und Frauen als gleichberechtigt angesehen werden.

III. Vergleich

Grundsätzlich besteht der Kernunterschied zwischen dem deutschen *civil law* und dem englischen *common law,* in der formalen Antithese von kodifiziertem und nicht-kodifiziertem Recht. Die Betrachtung des Einzelfalls ist und bleibt im englischen *common law* wesentlich.[33] Infolgedessen gibt es im englischen *common law* keine gesetzlich festgelegte Teilhabe am Vermögen des anderen Ehegatten, sondern eine durch das Gericht bestimmte Vermögensverteilung von Fall zu Fall. Darüber hinaus geschieht dies in einer umfassenden rich-

[30] *SA v PA* [2014] EWHC 392 [24].
[31] *Röthel* (fn 14), 137.
[32] Ebenda.
[33] *Schmidt* WWU, 2010, 1, 11.

terliche Einzelentscheidung, ohne eine Umverteilung nach den Anspruchsgründen Unterhalt, Vermögens- und Zugewinngemeinschaft „differenziertes materielles Modell" vorzugeben.[34] Das deutsche Recht hingegen hat ein kodifiziertes Güterrecht und gibt den Ehegatten einen gesetzlichen Güterstand vor. Es gibt einen zentralen Unterschied zwischen dem englischen und deutschen Verständnis der familiären Teilhabe.[35] Im deutschen Recht folgt die familiale Teilhabe „aus dem rechtlichen Band des familiären Status" der Ehe,[36] doch in England bedarf die Teilhabe einer Begründung und nimmt mehr Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalls.

Der Inhalt des Scheidungsfolgenrechts ähnelt sich in beiden Rechtsordnungen. Beide bezwecken eine Garantie des Unterhalts, Ausgleich der Lastenverteilung und in gewissem Maße die Halbteilung des Vermögens. Allerdings ist das Halbteilen im deutschen Recht begrenzt auf das in der Ehe erzeugte Vermögen. Im deutschen Recht definiert man Ehevermögen als das während der Ehe erwirtschaftete Vermögen. Im Vergleich dazu ist es bemerkenswert, dass das englische Gericht nicht nur eine Umverteilung des während der Ehe erwirtschafteten Vermögen vornimmt, sondern zusätzlich dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, eine Umverteilung des vorehelichen Vermögens anzuordnen. Demzufolge kann das gesamte Vermögen der Parteien im Falle einer Scheidung zum Gegenstand gerichtlicher Anordnung werden.[37] *Scherpe* kommentiert dies als besorgniserregend für Ehegatten, die das Erbe oder vorherig erwirtschaftetes Vermögen beschützen wollen, und deutet an, dass dies Ehegatten in England eher motiviert, Eheverträge einzugehen.[38] Mit zunehmenden Schutzvorkehrungen für Frauen und wirtschaftlich schwäche-

[34] *Röthel* (fn 14), 133.
[35] Ebenda,160.
[36] Ebenda.
[37] *Scherpe* (fn 27), 2.
[38] Ebenda, 9.

re Ehegatten gibt es nun einen höheren Bedarf, die gesetzlichen Regelungen durch Eheverträge auszuschließen. Dies verdeutlicht nochmals die Relevanz dieser Arbeit.

Darüber hinaus liegen den beiden Vermögensordnungen ähnliche Grundsätze zugrunde. Es gibt einen engen Legitimationszusammenhang zwischen Vermögensteilhabe und Gleichberechtigung. Obwohl das englische Recht der Frau schon 1882 eine weitgehende Mitberechtigung am Vermögen des Mannes gab,[39] geschah dies in Deutschland erst in den 1950ern. Mittlerweile sind die Ehegatten in beiden Rechtsordnungen gleichberechtigt und ihre Leistungen werden gleich gewertet. Die Ehe wird als eine Partnerschaft ebenbürtiger Individuen gesehen. Im BGB gilt der Grundsatz der wirtschaftlichen Solidarität (§ 1360 BGB) und die Gleichberechtigung von Ehegatten ist in Art. 3 Abs. 2 GG festgehalten. Im englischen Recht wird das *equal sharing* aus denselben Gründen angewandt. Von Feministen werden diese Veränderungen gern gesehen.[40] *Equal sharing* ist eine deutliche Widerspiegelung der Gleichberechtigung von Mann und Frau in der Ehe und ist ein bedeutender Meilenstein für das weibliche Geschlecht. Diese Regelungen, die im Gesetz kodifiziert oder durch das Fallrecht entwickelt wurden, beinhalten Schutzmaßnahmen, um den wirtschaftlich schwächeren Ehegatten vor den verheerenden Folgen der Scheidung zu bewahren und Eltern, die die Pflege der Kinder übernehmen, zu entlasten. Denn die Folgen einer Scheidung treffen meist die Frauen, da diese eher ihre Karriere für die Familie aufgeben.[41]

Grundsätzlich haben die Vermögensverteilungen verschiedene Zielsetzungen. Im deutschen Recht ist das Ziel, die durch die Ehe verursachten Nachteile auszugleichen. Die englischen Gerichte bezwecken lediglich die Bedürfnisse des

[39] Married Woman's Property Act 1882.

[40] *Ouazzani,* 2013 Fam Law, 419.

[41] *J Herring*, Relational Autonomy and Family Law, 37.

ökonomisch schwächeren Ehegatten zu decken. Dafür erlaubt das Ermessen der englischen Richter eine einzelfallbezogene und individualistisch orientierte Ordnung der Vermögensteilhabe. Dies erlaubt es dem Richter, falls genug Vermögen übrig ist, dies zwischen den Ehegatten aufzuteilen. Wohingegen das deutsche Recht annimmt, das der Zugewinnausgleich für alle anwendbar ist und wenn es nicht den Lebensverhältnissen oder dem Ehe-Typen entspricht, die Ehegatten einen anderen vertraglichen Güterstand wählen können. Damit bekräftigt der deutsche Gesetzgeber die Motivation von Ehegatten, Eheverträge zu schließen. Das kann darauf zurückgeführt werden, dass Eheverträge schon seit Entstehung des BGB entstanden ist, benutzt und akzeptiert werden. Diese allgemeine Akzeptanz und Anwendung von Eheverträgen, kann daher auch die in Teil C besprochene engere Auslegung der Inhaltskontrolle erklären.

C. Zulässigkeit von Eheverträgen

Es gibt viele Gründe warum sich Ehegatten dazu entscheiden, ihr Vermögen durch Eheverträge zu regeln. Unter anderem kommt das Bedürfnis, geerbtes Vermögen zu schützen, geteiltes Vermögen zu benennen oder um den Ehe-Typen einer Doppelverdiener-Ehe zu unterstützen in Betracht. Jedoch gibt es bei Eheverträgen (Deutschland) oder Vermögensvereinbarungen (England) im Familienrecht gewisse Spannungen. Verständlicherweise entstehen diese Spannungen, wenn man versucht streng schuldrechtliche Konzepte wie den Vertrag im Familienrecht anzuwenden. Um eine Vereinbarung zu treffen, müssen die Ehegatten selbst den Inhalt bestimmen, was bei einer emotionalen Angelegenheit wie der Ehe schwierig sein kann. Oft sind die Parteien sehr hoffnungsvoll über den Verlauf der Ehe, haben keinen Zugang zu den nötigen Informationen hinsichtlich der Finanzen ihres Ehegatten und sind nur selten in gleich gestellten Verhandlungspositionen. Ein weiteres Problem ist die unvorhersehbare Natur des Lebens, welche ein Ehevertrag versucht her-

vorzusagen. Es gibt Aspekte, die ein Ehevertrag nicht regelt, zum Beispiel das zukünftige Einkommen oder die Gesundheit der Ehegatten. Daher wird der folgende Teil der Arbeit die Zulässigkeit von Eheverträgen und die Grenzen der Gestaltungsfreiheit im deutschen und englischen Recht vergleichen.

I. Deutschland

1. Ehevertrag, § 1408 BGB

Das deutsche Familienrecht enthält detaillierte Vorschriften darüber, welche vertraglichen Regelungsmöglichkeiten den Ehegatten ermöglicht werden. § 1408 BGB verdeutlicht, dass Eheleute ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch einen Ehevertrag regeln können. Schon der historische Gesetzgeber hat die Vertragsfreiheit der Ehegatten anerkannt und auch kürzlich wurde dies vom Gesetzgeber bestätigt.[42] Ein Ehevertrag soll den Parteien die Möglichkeit geben, den gesetzlichen Güterstand zu ändern und eigenverantwortlich „ihren ehelichen Lebensverhältnissen entsprechende angemessene Lösung vertraglich zu vereinbaren".[43] Durch eine weite Auslegung wird in der Praxis ein funktional erweiterter Ehevertragsbegriff angewendet.[44] Dieser umfasst alle ehebezogenen Vereinbarungen von Eheleuten. Durch diese sogenannten Scheidungsfolgenvereinbarungen können die Vermögensverhältnisse der Ehegatten und die Scheidungsfolgen geregelt werden.

Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehegüterrecht werden in der Literatur ausgiebig behandelt.[45] Inhaltlich genießen die Ehegatten eine gewisse Gestaltungsfreiheit, die jedoch durch die allgemeinen Regeln der Privatautonomie

---

[42] BT-Drs. 16/10798.

[43] *Koppenfels-Spies* (fn 10), 804.

[44] *Langenfeld/Milzer*, Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, Rn. 1 ff.

[45] *Schwenzer*, ArCP 1996, 88, 93.

begrenzt ist (§§ 134, 138 BGB). Die Privatautonomie ist ein Prinzip, welches im allgemeinen Vertragsrecht übergreifendes besprochen wird. Dieser Grundsatz besagt, dass Verträge den übereinstimmenden Willen und Interessenausgleich der Parteien widerspiegeln. Daher sollen jegliche Vereinbarungen und Verträge von Staat, Gesetzgeber und Gerichten respektiert und durchgesetzt werden. Dem folgt, dass Eheverträge als Ausdrücke der Privatautonomie der Ehegatten respektiert und nicht begrenzt werden sollten. Fraglich ist jedoch, inwiefern diese streng vertragsrechtliche Sichtweise auch im Familienrecht angewendet werden sollte.

Ob und inwiefern der freien Gestaltung des Güterrechtes durch allgemeine Prinzipien des Ehegüterrechts Grenzen gesetzt sind, ist umstritten.[46] Laut der Mindermeinung muss, um Dritte zu beschützten, die Privatautonomie der Ehegatten auf die gesetzlichen Güterstände beschränkt werden. Denn es sei nicht erlaubt, neue Güterstände zu definieren.[47] Schließlich würden die gesetzlichen Güterstände und im Gesetz vorgesehenen Modifikationen den Ehegatten genug Spielraum eröffnet.[48] Es gibt starke Gegner dieser Meinung.[49] Diese sin der Ansicht, dass Dritte ausreichend durch das allgemeine Vermögensrecht geschützt sind und dass die Parteien die Freiheit haben sollten, die güterrechtlichen Verhältnisse innerhalb der gesetzlichen Grenzen selbst zu regeln. Diese weite Auslegung der Privatautonomie und Vertragsfreiheit ist auch in der herrschenden Meinung vertreten. Doch es ist zu hinterfragen, ob diese gesetzlichen Grenzen ausreichen. § 6 VersAusglG bestärkt die Abweichungen von Rentenanwartschaften durch Vereinbarungen. Vor allem aber kann laut §1585c S. 1 BGB der nacheheliche Unterhalt komplett ausgeschlos-

[46] *Maurer* in: Münchener Kommentar zum BGB, § 1408 Rn 13.

[47] E *Körner*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im neuen Ehegüterrecht, 127.

[48] *Dutta*, in: Jens M. Scherpe, Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, 169.

[49] *B. Brudermüller* in: Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, § 1408 Rn. 15.

sen werden. In Deutschland weichen rund 25 % der Eheverträge vom gesetzlichen Unterhaltsrecht ab.[50] Die Weite der Vertragsfreiheit und Privatautonomie hat daher durchaus ein Gefahrenpotenzial.[51]

2. Formgebote, § 1410 BGB

Um die geraume Gestaltungsfreiheit der Ehegatten zu begrenzen, hat der deutsche Gesetzgeber gewisse Formerfordernisse für die Wirksamkeit von Eheverträgen durchgesetzt.[52] Daher ist eine notarielle Beurkundung von Eheverträgen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien erforderlich (§ 1410 BGB). Laut § 17 BeurkG erfolgt durch den Notar eine Belehrung über die rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen einer vertraglichen Vereinbarung zum Versorgungsausgleich. Die Einführung der notariellen Beglaubigung scheint die herrschende Meinung zu stützen, da weitere gesetzliche Maßnahmen eingeführt wurden mit dem Ziel, die Ehegatten zu schützt. Doch laut dem Bundesverfassungsgericht reichen diese Formvorschriften nicht aus, um den Ehegatten vor einer einseitigen Lastenverteilung oder Fremdbestimmung zu schützten. [53] Denn Formgebote können nur allgemeine Normen festlegen, bei denen vorausgesetzt wird, dass beide Partien beim unterzeichnen des Vertrages eigenverantwortlich und selbstbestimmt gehandelt haben. In der Praxis mag dies jedoch eher selten der Fall sein. Oft befindet sich eine Partei in einer stärkeren Verhandlungsposition, was dazu führt, dass nur eine Partei die eigenen Interessen durchsetzen kann. Da sich diese ungleiche Verhandlungspositionen unteranderem auch im Inhalt des Vertrages abzeichnen, wird zusätzlich zu den Formgeboten die Inhaltskontrolle durchgeführt.

---

[50] BVerfG, FamRZ 2001, 343.
[51] *Dauner-Lieb* (fn 1), 152.
[52] *Grandel*, FF 346, 400.
[53] BVerfG (fn 50).

3. Richterliche Inhaltskontrolle

Die Grundsatzentscheidung des BVerfG[54] und die darauf folgende Entscheidung des BGH,[55] führten zu einer gerichtlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen.[56] Das BVerfG stellte fest, dass der Staat infolge von Art. 3 Abs. 2 GG der Freiheit der Ehegatten „dort Grenzen zu setzen habe, wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft sei, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegele".[57] Das bedeutet, dass das Gestaltungsrecht der Ehegatten beschränkt wird, wenn es zu einer „evident einseitigen Lastenverteilung kommt" und wenn ungleiche Verhandlungspositionen vorhanden waren.[58] Eine ungleiche Verhandlungspositionen wird z.B. angenommen, wenn der Vertrag die Frau einseitig benachteiligt oder falls die Frau schwanger war und der Vertrag vor Hochzeit abgeschlossen wurde.[59] Denn der Staat hat eine Verantwortung schwangere Frauen zu schützen. Auch die einseitige Auferlegung finanzieller Belastungen können ein Indiz für ungleiche Verhandlungspositionen sein. Einseitige Lastenverteilungen werden innerhalb der Inhaltskontrolle genauer geprüft (siehe C.I.1.b)). Jedoch bedeutet der Ausschluss des gesetzlichen Güterstands nicht ohne Weiteres, dass eine finanzielle Belastung eines Ehegatten erzeugt wird. Viel hängt in diesen Fällen von der Beziehung der Ehegatten und den Umständen im Einzelfall ab. Grundsätzlich versucht das Gericht im Wege der praktischen Konkordanz, die Grundrechtspositionen beider Vertragspartner zu wahren

[54] BVerfG (fn 50).
[55] BGH, FamRZ 2004, 601.
[56] *Heinemann*, in: Erman, Kommentar zum BGB, § 1408 Rn. 6.
[57] BVerfG (fn 50).
[58] *Heinemann* (fn 56); BVerfG (fn 50).
[59] Ebenda.

und die materielle Vertragsgerechtigkeit zu gewährleisten.[60]

a. Kernbereichslehre

Im deutschen Recht gibt es gewisse zwingende gesetzliche Regelungen, die auch durch die vertragliche Gestaltungsfreiheit nicht umgangen werden können. Der Schutz, der durch diese zwingenden gesetzlichen Regelungen (siehe B.I.2.) bezweckt wird, kann laut BGH von den Ehegatten nicht „durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden". [61] Das gesetzliches Güterrecht erzielt den Ausgleich ehebedingter Erwerbsnachteile, also durch die Ehe verursachten Nachteile, und auch Verträge können diesen Schutz nicht ausschließen.[62] Der Schutzzweck der zwingenden gesetzlichen Regelungen ist es, ehebedingte Nachteile zu kompensieren und eine unverhältnismäßige einseitige Lastenverteilung zu verhindern. Zur Abgrenzung der zulässigen und unzulässigen Lastenverteilung differenziert der BGH nach dem Schutzgehalt der einzelnen Elemente des Scheidungsfolgenrechts durch die sogenannte Kernbereichslehre. Je mehr ein Vertrag den Kernbereich der gesetzlichen Regeln unterläuft, desto strenger ist die Inhaltskontrolle und desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung der Vertragsklausel. An erster Stelle stehen die Regelungen zum Kindesunterhalt, da diese die besonders schutzwürdigen Interessen der Kinder sichern. An zweiter Stelle steht der Unterhalt wegen des Alters, danach wegen Erwerbslosigkeit, nachfolgend die Regelungen zum Kranken- und Ausbildungsversorgungsunterhalt und letztlich der Ausbildungsunterhalt. Der Zugewinnausgleich rangiert außerhalb des Stufensystems und kann daher durch die Ehegatten weitgehend eingeschränkt werden. Obwohl das Eherecht zwingendes Recht ist, wird innerhalb der Kontrolle eine Ausnahme gemacht und stattdessen nach

[60] *Dauner-Lieb* (fn 1), 152.

[61] BVerfG (fn 50); BGH, FamRZ 2014, 629.

[62] BGH FamRZ 2004, 355; BGH FamRZ 2009, 1042.

Schutzwert einzelner Vorschriften unterschieden.[63] Nachdem festgelegt wird, wie schutzwürdig die einzelnen durch die gesetzliche Regelung gesicherten Interessen sind, wird überprüft, ob eine einseitige Lastenverteilung zustande gekommen ist. Diese zweistufige Prüfung wird in einer zeitpunktbezogenen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle ausgetragen. Dabei werden der Gestaltungs- und Vertragsfreiheit durch die allgemein gesetzlichen Schranken des § 134 und § 138 BGB weitere Grenzen gesetzt.

b. Wirksamkeitskontrolle

Innerhalb der Wirksamkeitskontrolle wird geprüft, ob die Lastenverteilung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses derartig einseitig war, dass sie gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstößt. Hierbei ist besonders wichtig, wie der Vertrag zustande gekommen ist. Das Gericht schreitet ein, wenn ein Ehepartner eine erheblich vorteilige Verhandlungsposition innehatte, die es ihm ermöglichte den Vertragsinhalt faktisch einseitig zu bestimmen.[64] Die durch das zwingende Recht vorausgesetzte Bedingung der Selbstbestimmung des Einzelnen bei Vertragsschluss verhindert so eine Fremdbestimmung durch den anderen Ehegatten. In diesen Fällen würde der Vertrag nämlich nicht der Privatautonomie oder einer gleichberechtigten Lebenspartnerschaft entsprechen.[65] Die Selbstbestimmung ist ein grundsätzliches Kriterium, um einen wirksamen Vertrag zu erzeugen und nach Art. 2 Abs. 1 GG besonders geschützt. Die Selbstbestimmung der Parteien wird eingeschränkt, wenn ungleiche Verhandlungspositionen vorliegen, die es einer Partei erlauben, den Vertragsinhalt einseitig zu bestimmen.[66] In solchen Fällen von gestörter Vertragsparität und fehlender Selbstbestimmung einer Partei ist es die Aufgabe

[63] BVerfG (fn 50), 356.
[64] BVerfG (fn 50), 343.
[65] *Dauner-Lieb* (fn 1), 152.
[66] BVerfG NJW 2001, 345.

der Gerichte, zur Wahrung der Grundrechtspositionen der Beteiligten den Vertrag für nichtig zu erklären und die gesetzlichen Regeln anzuwenden.[67] Unter Gesamtwürdigung der Verhältnisse, wobei auch subjektive Beweggründe berücksichtigt werden, wird entschieden, ob der Vertrag oder eine einzelne Vertragsklausel den Kernbereich ganz oder erheblich beeinträchtigt und zu einer einseitigen und damit sittenwidrigen Lastenverteilung führt. Daher kann zusammengefasst werden, dass die Wirksamkeitskontrolle durchaus das Potenzial hat, ungleiche Verhandlungspositionen aufzudecken. Es gibt jedoch nur wenige Fälle, in denen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB bejaht wurde. Dies geschieht meist nur in Extremfällen, denn es wird als ein besonders starker Eingriff in die Vertragsfreiheit angesehen.[68]

c. Ausübungskontrolle

Die zweite Prüfungsebene, die sogenannte Ausübungskontrolle auf Grundlage des § 242 BGB, prüft, ob zum Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe eine einseitige Lastenverteilung besteht, die ihren Ursprung in der Ehe findet. Wenn dies der Fall ist, dann verstößt die Vereinbarung gegen Treu und Glauben. Dies mag zum Beispiel der Fall sein, wo sich der Verlauf der Ehe und das Verhalten der Ehegatten deutlich anders darstellte, als zum Zeitpunkt des Unterzeichnens des Ehevertrages angenommen wurde.[69] Oder auch, wo die Geburt von Kindern nicht erwartet wurde oder ehebedingte Nachteile schlichtweg nicht vorhersehbar waren.[70] Infolgedessen muss der Vertrag dann an die unvorhergesehenen Veränderungen, die während der Ehe zu einer einseitigen Lastenverteilung geführt haben, angepasst werden. Bei der Anpassung hat

[67] Ebenda.
[68] *Grandel* (fn 52), 353. *Dutta* (fn 48), 183.
[69] BGH, FamRZ 2004, 606.
[70] BGH FamRZ 2005, 154.

das Gericht einen „flexiblen Spielraum".[71] Die Ausübungskontrolle erlaubt es den deutschen Gerichten, die unvorhersehbare Natur der Ehe und des Lebens zu berücksichtigen Noch dazu führen die vom Gericht angeordneten Rechtsfolgen dazu, dass grob unbillige Versorgungsdefizite beseitigt werden und die ehebedingten Erwerbsnachteile ausgeglichen werden.[72] Die Richter haben die Aufgabe, den Vertrag so anzupassen, dass die veränderten Interessen und Lebensumstände Beachtung finden. Die Prüfung über § 242 BGB wird wegen ihrer enormen Flexibilität von den Gerichten bevorzugt, unteranderem aber auch, weil der Ehevertrag nicht als nichtig erklärt werden muss, sondern lediglich angepasst werden kann.

II. England

1. Scheidungsfolgenvereinbarungen

In der englischen Rechtstradition waren Ehevereinbarungen lange aus *public policy* Gründen ausgeschlossen.[73] Solche Verträge zuzulassen, hätte die Ehezerrüttung gefördert und das Ermessen der Gerichte über Vermögensteilhabe zu bestimmen eingeschränkt oder gar ausgeschlossen.[74] Jedoch kam es 2010 zu einer Änderung des Fallrechts durch den Fall *Radmacher*.[75] Sogenannte *prenuptial agreements*, also voreheliche Vereinbarungen sind dadurch zwar nicht bindend, sondern werden innerhalb des richterlichen Ermessens bei der nachehelichen Vermögensaufteilung berücksichtigt. Von seiner vorherigen Rechtsprechung ist der Supreme Court abgekehrt, um die Privatautonomie der Parteien zu respektieren. Daher „kann – und soll – [das Gericht] sein

[71] *Grandel* (fn 52), 353.
[72] Ebenda.
[73] *Macleod v Macleod* [2008] UKPC 64 [31].
[74] *Hyman v Hyman* [1929] AC 601 [77].
[75] *Radmacher v Granatino* [2010] UKSC 42.

Ermessen vom Inhalt des Ehevertrages leiten lassen, wenn die Umstände des Sachverhaltes dafür sprechen".[76] Das englische Recht hat innerhalb des richterlichen Ermessens zugunsten der Privatautonomie Ehevereinbarungen beachtliches Gewicht zugeteilt. Diese streng vertragsrechtliche Sicht hat zur Folge, dass die Privatautonomie der Ehegatten priorisiert wird und die gesetzlichen Regeln dem hintenangestellt werden.

2. Richterliche Inhaltskontrolle

Bei der richterlichen Inhaltskontrolle wendet der Supreme Court eine zweistufige Prüfung an. Der Vertrag muss wirksam sein und zum Zeitpunkt der Scheidung dürfen die Auswirkungen des Vertrages nicht ungerecht sein.[77]

a. Schutz der Privatautonomie

Das Schutzgut der ersten Stufe ist die Privatautonomie der Parteien. Die Bedeutung dieser hat der Supreme Court besonders betont und darin findet sich auch der Grund für die Änderung des Fallrechts. In dieser Stufe wird geprüft, ob beide Parteien tatsächlich frei und informiert gehandelt haben. Daran zeigt sich, dass die Ehevereinbarung kein normaler Vertrag ist, sondern dass höhere Anforderungen zu stellen sind als bei einer rein wirtschaftlichen Vereinbarung. Lord Phillips zählt Schutzmaßnahmen auf, die Indizien dafür sein können, dass die Parteien autonom gehandelt hätten. Die Parteien sollten unabhängigen und separaten Rechtsrat erhalten (*independent legal advice*) und die Vermögensverhältnisse sollten offengelegt werden (*disclosure*). Jedoch hat es seitdem eine Reihe von Fällen gegeben, in denen, obwohl die Schutzmaßnahmen nicht erfüllt wurden, dem Vertrag viel Wert beigemessen wurde.[78] Daher

[76] *Scherpe* (fn 27), 11.
[77] *Radmacher* (fn 75), [75].
[78] *Radmacher,* (n 75), [71], *Z v Z* [2011] EWHC 2878 [88].

sind diese Anforderungen nicht absolut.[79] In einer streng vertraglichen Herangehensweise prüfen die Gerichte anschließend, ob es Faktoren gab, die die Rechtsgültigkeit des Vertrages beinträchtigen (*vitiating factors*).[80] Das englische Gericht wendet innerhalb dieser Stufe nur streng vertragliche Prinzipien an. Nicht berücksichtigt wird der erhöhte Druck, unter dem die wirtschaftlich schwächeren Ehegatten stehen oder die Ungleichheit der Verhandlungspositionen.[81] Das Gericht wird dafür kritisiert, dass es Privatautonomie und Verhandlungspositionen nicht ausreichend analysiert und untersucht.[82] Selbst wenn es einem Ehegatten an wesentlichen Informationen und rechtlicher Beratung fehlt, wird trotzdem vermutet, dass der Vertrag zulässig ist.[83] Solange eine unterzeichnete Vereinbarung vorliegt, vermuten die Richter zunehmend, dass die Parteien autonom gehandelt haben. Diese Vermutung wird ohne eine ausführliche oder kontextbezogene Prüfung angenommen und trotz dagegensprechender Indizien (Schwangerschaft, keine rechtliche Beratung etc.) beibehalten.[84] Aufgrund dieser streng vertragliche Vorgehensweise mangelt es an Schutzmaßnahmen und kontextbezogenen Urteilen.[85] Diese Rechtsprechung steht daher dem Schutzzweck der Inhaltskontrolle entgegen.

b. Schutz vor der Privatautonomie

Sollte der Vertrag für wirksam erklärt werden, versucht das Gericht die Parteien vor der nun wirksamen, als ursprüngliche privatautonom getroffen geltenden, Entscheidung zu schützen. Letztendlich führt das Gericht eine

[79] *Scherpe* (fn 27), 12.
[80] *Thompson*, Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice, 26.
[81] Ebenda.
[82] Ebenda, *Sanders*, ICLQ 2010, 571, 603.
[83] Ebenda.
[84] Ebenda
[85] *Sanders* (fn 82).

Ergebnis- und Inhaltskontrolle durch.[86] Dabei bewertet das Gericht, ob die vorgesehenen Scheidungsfolgen auch zum Zeitpunkt der Scheidung noch fair sind. Obwohl der Begriff *fairness* diesen Rechtsbrereich prägt, ist dieser schwer zu definieren. Es gibt dabei gewisse Kriterien, die das Gericht innerhalb der *fairness*-Kontrolle überprüft. Um herauszufinden, wann der Vertragsinhalt unfair ist, wird sich an den drei Prinzipien nach *Miller* orientiert: *needs, compensation und equal sharing*.[87] Noch über diesen Prinzipien steht das Wohl des Kindes an erster Stelle (S. 25 (1) MCA).[88] Das bedeutet, dass die Deckung der Bedürfnisse (*needs*) des Kindes durch den Vertrag gewährleistet sein müssen. Noch dazu müssen die Bedürfnisse des kinderbetreuenden Elternteils gedeckt sein. Diese Bedürfnisse sind jedoch lediglich auf die Rolle als Elternteil zurückzuführen und werden nicht von der Rolle als ehemaliger Ehegatte gestaltet.[89] Daher bildet „in der Praxis die Notwendigkeit gesicherter Wohnverhältnisse" einen Schwerpunkt. [90]

Die Frage, die die Richter im Fall *Radmacher* beantworten mussten war, inwiefern die Parteien die Grundsätze der nachehelichen Vermögensverteilung ausschließen können. Um dies zu verhindern, hätten die Gerichte die Vertragsfreiheit und Privatautonomie der Parteien stark begrenzen müssen. Lady Hale merkte dabei an, dass der Zweck eines Ehevertrages sei, die gesetzlichen Regelungen zu umgehen.[91] Daher stellt sich die Frage, inwiefern dieses Umgehen der gesetzlichen Regeln zugelassen werden sollte. Die ehevertraglichen Regelungen sollen, besonders wenn es um den Schutz von vorehelichem Vermögen geht, grundsätzlich respektiert werden. Doch das Gericht

[86] *Scherpe* (fn 27), 12.
[87] *Miller* (fn 19), [75].
[88] *Radmacher* (fn 75), [77].
[89] Ebenda, [133].
[90] *Scherpe* (fn 27), 12.
[91] *Radmacher* (fn 75), [111].

kann durchaus auch vom Vertrag abweichen, wenn die Lebensumstände zu dem Zeitpunkt der Scheidung so sind, dass der Vertragsinhalt nicht fair ist.

Um die Frage aus *Radmacher* zu beantworten, wird untersucht, inwiefern die drei Grundprinzipien ausgeschlossen werden können. Der Ausschluss eines oder mehrerer der drei Prinzipien wird nicht direkt dazu führen, dass die Vereinbarung als unfair angesehen wird. Ein Ausschluss der Halbteilung ist im Regelfall nicht genug, um von der Vereinbarung abzuweichen,[92] obwohl die gleiche Teilhabe ein wesentlicher Bezugspunkt für die Gestaltung der nachehelichen Güterordnung ist.[93] Der Ausschluss von *needs* wird als Grenze der Vertragsfreiheit gesehen. Jedoch muss einer der Ehegatten durch den Vertrag in eine aussichtslose Lage ("*predicament of real need*"[94]) versetzt werden, damit vom Vertrag abgewichen werden kann. Leider fühlen sich die meisten Richter daran gebunden *needs* nur sehr restriktiv auszulegen und lediglich die für das Leben notwendigen Bedürfnisse als von diesem Begriff umfasst anzusehen.[95] Damit ist die Rechtsprechung wieder zur Deckung der *reasonable requirements* aus den 1970ern zurückgekehrt und hat damit den Fortschritt der Feministen zu Nichte gemacht. Diese Wende der Gerichte verdeutlicht nochmals, dass dann doch die Privatautonomie als höheres Schutzgut angesehen wird. Noch dazu wendet das Gericht zwei verschiedene Maßstäbe für Gerechtigkeit an. Bei Vorhandensein einer Vereinbarung wird *fairness* lediglich als „nicht unfair" interpretiert, und es werden niedrigere Anforderungen an die Gerechtigkeit der Scheidungsfolgen gestellt. Fairness bedeutet nun lediglich den Anstand zu haben, den ehemaligen Ehegatten nicht auf der Straße enden zu lassen.

---

[92] *Scherpe* (fn 27), 13, *Z v Z* (n) [70].

[93] *Röthel* (fn 14), 134.

[94] *Luckwell v Laminata* [2014] EWHC 502 [92].

[95] *Brack v Brack* [2018] EWCA Civ 2826 [40].

III. Vergleich: Grenzen der Privatautonomie

Die rechtshistorische Entwicklung im Bereich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgenvereinbarungen war in beiden Ländern sehr unterschiedlich. Letztendlich enden beide Entwicklungen in einer richterlichen Überprüfungskontrolle für Eheverträge. „Bezeichnend ist, dass [in den beiden] Rechtsordnungen gegenwärtig die Möglichkeit besteht, an sich bindende Vereinbarungen durch das Gericht überprüfen zu lassen".[96] Schon in der ersten Auflage des BGB wurden Eheverträge anerkannt. Die englischen Gerichte berücksichtigen Eheverträge erst seit 2010 innerhalb der Vermögensverteilung. Beide mit der derselben Begründung: Die Vertragsfreiheit und Privatautonomie der Ehegatten muss respektiert werden. Jedoch gibt es Situationen, in denen diese Vertragsfreiheit im Familienrecht beschränkt werden muss, um den Schutzzweck der gesetzlichen Regeln zu wahren. Daher hat der Richter durch die Inhaltskontrolle die Möglichkeit, die Verträge zu überprüfen. Diese Überprüfung soll die unangemessene Benachteiligung eines Ehegatten verhindern und das Wohl des Kindes schützen.[97] Dabei versuchen beide Rechtsordnungen eine Balance „zwischen weitreichender formaler Vertragsfreiheit [und andererseits] dem Schutz- und Kompensationscharakter des gesetzlichen Scheidungsfolgensystems" zu finden.[98]

Da es sich hier um eine kontextspezifische Prüfung handelt, die auf den Ehe-Typen und den finanziellen Umständen des Ehepaars beruht, führt die Anwendung der Inhaltskontrolle zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Dies hat sowohl im englischen als auch im deutschen Recht zu einem Meinungsstreit geführt. Muss man diese Rechtsunsicherheit als eine unvermeidliche Konsequenz eines fairen Prozesses ansehen oder sollte es starre, universell

[96] *Schmidt* (fn 33), 217.
[97] *Heinemann* (fn 56).
[98] *Dauner-Lieb* (fn 1), 152.

anwendbare Regeln geben? Die deutschen Gerichte sind dabei zu dem Ergebnis gekommen, keinen strengen Mindestgehalt an Scheidungsfolgen festzulegen. Jedoch haben sie die Kernbereichslehre eingeführt, um den Schutzzweck der gesetzlichen Regeln zu sichern.[99] Auch bei der Kernbereichslehre ist dabei allerdings lediglich der Unterhalt bei Bedürftigkeit vor Ausschluss geschützt, nicht jedoch der Zugewinnausgleich. Es ist weiterhin möglich, Vereinbarungen zu treffen, die den nachehelichen Unterhalt, Versorgungsausgleich und die güterrechtliche Auseinandersetzung ausschließen.[100] Beide Rechtsordnungen wenden trotz der daraus zwangsläufig resultierender Rechtsunsicherheit flexible Maßstäbe an.

Der Supreme Court hingegen hat wenig konkrete Regeln festgelegt, so wie es im *common law* nicht unüblich ist. Die einzigen Grenzen, die das englische Familienrecht in diesem Bereich kennt, sind das Kindeswohl und die Deckung der *needs*. Die Deckung der *needs* umfasst einen Mindestgehalt, welcher stets gewährleistet werden muss. Hier ist eindeutig eine Gemeinsamkeit mit der Kernbereichslehre zu sehen. Die genaue Summe wird nach den Umständen und den Klauseln der Vereinbarung im Einzelfall gesondert berechnet. Eindeutig wird in der englischen Rechtsordnung mehr Wert auf eine weit ausgelegte, uneingeschränkte Vertragsfreiheit gelegt. Allerdings sind Eheverträge nicht zwingend bindend, denn ohne den Gesetzgeber konnte der Supreme Court sein Ermessen nur soweit ausdehnen, dass dem Vertrag beachtliches Gewicht in der Vermögenausteilung gegeben wird. Daher ist jeder Ehevertrag der Kontrolle des Gerichtes unterworfen. In der deutschen Rechtsordnung kommt die Inhaltskontrolle nur infrage, wenn gewisse Indizien vorliegen, die für eine unangemessene einseitige Lastenverteilung oder für eine ungleiche Verhandlungsposition sprechen.

---

[99] BGH FamRZ 2004, 601, 604.

[100] *Schmidt* (fn 33), 76.

Ein weiterer Unterschied, der deutlich erkennbar ist, sind die Formvorschriften für Scheidungsfolgenvereinbarungen. Da diese im deutschen Recht kodifiziert und tief verankert sind, sind sie eine unumgängliche Voraussetzung für einen wirksamen Ehevertrag. Die notarielle Beglaubigung soll die Ehegatten vor bedenkenlosen und vorschnellen Vereinbarungen schützen.[101] So wird Übereilung vermieden und Beratung gewährleistet. Der Notar soll dafür sorgen, dass der Vertrag einen Kompromiss der Interessen beider Parteien kodifiziert.[102] Damit sind die Formvorschriften ein wirksames Mittel, um den Inhalt des Vertrages ausgewogen zu gestalten und die Parteien über die Konsequenzen eines Ehevertrages aufzuklären. Im starken Kontrast dazu hat der Supreme Court im Fall *Radmacher* festgestellt, dass *independent legal advice* und *disclosure* nur wünschenswert aber nicht zwingend notwendig sind.[103] Daher fehlt es im englischen Recht an einem wichtigen Schutzmechanismus für den Ehegatten, der sich in der schwächeren Verhandlungsposition befindet.[104] *Sanders* rät ausdrücklich dazu, dass der Gesetzgeber solche Formerfordernisse und Schutzmaßnahmen, wie im BGB kodifiziert, in Kraft setzen sollte.[105] Auch *Thompson* kritisiert dass, anstatt die notwendigen Formerfordernisse durchzusetzen, darauf beharrt wird, die Privatautonomie auf jegliche Kosten zu erhalten.[106] Sie kritisiert, dass die Gerichte die widersprüchlichen und emotionalen Bedingungen und ungleiche Verhandlungspositionen während der Vertragsverhandlungen nicht ausreichend berücksichtigen.[107] In diesem Aspekt ist das deutsche dem englischen Recht durchaus voraus.

---

[101] *Dutta* (fn 48), 172.
[102] *Sanders* (fn 82).
[103] *Radmacher* (fn 75), [174].
[104] *Thompson* (fn 80), 31.
[105] *Sanders* (fn 82).
[106] *Thompson* (fn 80).
[107] Ebenda.

Bei dem Vergleich der Inhaltskontrollen lobt *Sanders* die deutsche Ausübungskontrolle dafür, dass die Prüfung die Lebensverhältnisse der Ehegatten berücksichtigt und gewisse Vertragsinhalte daher nicht mehr als angemessen sieht.[108] Eine ähnliche Kontrolle findet seit *Radmacher* auch in den englischen Gerichten innerhalb der *fairness* Prüfung statt. Insofern sind sich die Inhaltskontrollen ähnlich. Jedoch unterscheiden sie sich bei der Prüfung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Denn das Schuldrecht kennt *good faith*, Treu und Glauben, ein Prinzip, welches in England vehement abgelehnt wird. Noch dazu ist innerhalb der Wirksamkeitskontrolle eine klare Wendung zur materiellen Vertragsgerechtigkeit zu sehen. Denn es werden auch die Handelsspielräume und Motivationen der Ehegatten in Betracht gezogen. Dadurch werden ungleiche Verhandlungspositionen aufgegriffen.[109] Englische Rechtswissenschaftler plädieren schon lange für eine kontextbezogene Inhaltskontrolle, die über die traditionell vertragsrechtlichen Prinzipien wie *duress* hinaus geht, um die Komplexität von Beziehungen und Machtverhältnisse in Betracht nehmen zu können.[110]

Beiden Inhaltskontrollen liegt zugrunde, dass Grundsätze wie der echte Wille der Parteien, Gleichberechtigung von Mann und Frau und das Selbstbestimmungsrecht aufrechterhalten werden sollen. Deswegen ist die richterliche Überprüfung der Vereinbarungen für das Familienrecht unentbehrlich.[111] Befürworter der Privatautonomie und einer vertraglich orientierten Herangehensweise plädieren dafür, dass den ehevertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten weniger Grenzen gesetzt werden sollten. Von ihnen werden die Schutzmaßnahmen als übermäßig paternalistisch beschrieben und als ungerechtfertigte

[108] *Sanders* (fn 82).
[109] *Dutta* (fn 48), 176.
[110] *Thompson* (fn 80).
[111] *Thompson* (fn 80), 171, *Sanders* (fn 82), 602.

Einschränkung der Privatautonomie gesehen.[112] Diese Sichtweise wird aus dem Vertrags- und Wirtschaftsrecht übernommen, in der die Vertragsfreiheit der Parteien ein zentraler Bestandteil ist. Dabei wird oft vorenthalten, dass das Familienrecht und die eheliche Lebensgemeinschaft nur schwer mit Situationen aus dem Wirtschaftsrecht verglichen werden kann. In familiären Beziehungen kommt es bei Vereinbarungen auf den Kontext, die Umstände und den emotionalen Hintergrund von Entscheidungen an, der im Vertragsrecht grundsätzlich keine Rolle spielt.

Zunehmend werden beide richterlichen Kontrollen dafür kritisiert, zu sehr die Privatautonomie zu bewahren und nicht genug auf die Beziehung zwischen den Ehegatten einzugehen oder den Schutz des ökonomisch schwächer aufgestellten Ehegatten zu sichern. *Münch* merkt dabei an, dass im deutschen Recht ein Ehevertrag nur in Extremfällen aufgrund der Sittenwidrigkeit für nichtig erklärt wird, denn dafür müsste die Ungleichgewichtslage einer Zwangslage entsprechen.[113] Außerdem weigert sich der BGH, den Ausschluss des gesetzlichen Güterstands (Zugewinngemeinschaft) generell als sittenwidrig anzusehen, da dies den Kernbereich überdehnen würde.[114] *Schmidt* merkte in ihrer Arbeit an, dass es eine „verstärkte Vertragsfreiheit gäbe, indem der Kernbereich der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen an Bedeutung verliert".[115] Eindeutig ist es bisher noch nicht gelungen, die richtige Balance zwischen Vertragsfreiheit und Schutzzwecken zu finden, denn Vereinbarungen die die Schutzmaßnahmen des Scheidungsfolgenrecht ausschließen werden weiterhin aufrecht erhalten.

---

[112] *Radmacher* (fn 75).

[113] *Münch*, KritV 2005, 208, 213.

[114] Ebenda.

[115] *Schmidt* (fn 33).

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass beide Rechtsordnungen innerhalb des Ehe- und Scheidungsfolgenrechts große Fortschritte darin gemacht haben die Gleichberechtigung der Ehegatten durchzusetzen, die Beiträge der Ehegatten als gleichwertig anzusehen und ehebedingte Nachteile auszugleichen. Jedoch scheint der Streit zwischen Ehevertragsfreiheit und dem Schutz- und Kompensationscharakter des Scheidungsfolgenrechts in beiden Rechtsordnungen zu Gunsten der Privatautonomie ausgegangen zu sein. Denn Gerechtigkeitsgrundsätze, die vorgegebene Teilhabe am Vermögen und die Regelungen zum Unterhalt können durch Eheverträge ausgeschlossen werden. Die richterliche Inhaltskontrolle soll hierbei die Grenzen setzen. Aus dem oben dargestellten Vergleich wird deutlich, dass die vom BGH durchgeführte Inhaltskontrolle durchaus ein Vorbild für die englischen Gerichte sein könnte. Vor allem die Formerfordernisse und kontextbezogene Inhaltskontrolle würden im englischen Scheidungsfolgenrecht nützlich sein.

Bücher und Kommentare

N Dethloff, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich — Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, Gutachten A für den 67. Deutschen Juristentag, München, 2008.

A Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, Böhlau, 2003.

B Brudermüller in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl., München, 2011.

D Henrich, Familienrecht, 5. Aufl., Berlin, 1995.

E Körner, Die Grenzen der Vertragfreiheit im neuen Ehegüterrecht, Diss. Tübingen 1961, 111-130.

H.-U. Maurer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 9: Familienrecht, München, 2019.

J Gernhuber, D Coester-Waltjen, Familienrecht, 5. Aufl., München, 2006.

J Herring, Relational Autonomy and Family Law, Cham, 2014.

S Hofer, D Schwab, D Henrich, From status to contract? Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrechts, 2005.

J M Scherpe, Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, Oxford, 2012.

J Heinemann in: Ermann BGB, 16. Aufl., Köln, 2020.

G Langenfeld, L Milzer, Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl., München, 2019.

S Thompson, Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice, Oxford, 2015.

W Schlüter, BGB – Familienrecht, 14 Aufl., Heidelberg, 2013.

M Schmidt, Abschluss- und Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen, Münster, 2010.

Artikel

H Büttner, Grenzen ehevertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten, FamRZ 1998, 1.

B Dauner-Lieb, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht: Zugleich Anmerkungen und Fragen zum Urteil des BVerfG vom 6.2.2001 - 1 BvR 12/92, (2001) 3 Archiv für die zivilistische Praxis, 25-43.

B Dauner-Lieb, Eheverträge im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und verfassungsrechtlicher Aufwertung der Familienarbeit, (2002) FF, 151-154.

M Grandel, Eheverträge – von der Privatautonomie zur Inhaltskontrolle, (2019) Forum Familienrecht, 346-356.

G Hönn, Der Schutz des Schwächeren in der Krise (1998) 18 Festschrift für Alfons Kraft, 251-267.

J M Scherpe, Ehegüterrecht und Eheverträge im Common Law - Beratungshinweise, (2016) Deutsche Notar-Zeitschrift DNotZ, 644.

K Koppenfels-Spies, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich — Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, (2009) Juristen Zeitung, 801-811.

C Münch, Vertragsfreiheit und Inhaltskontrolle von Eheverträgen, (2005) 88 Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 208-229.

S Ouazzani, Prenuptial Agreements: The Implications of Gender, (2013) Family Law, 401-421.

A Röthel, Familiäre Vermögensteilhabe im englischen Recht: Entwicklungen und Erklärungsversuche, (2012) 76 Rabels Zeitschrift für ausländisches und

internationales Privatrecht, 131-160.

A Sanders, Private Autonomy and Marital Property Agreements, (2010) 59 International and Comparative Law Quarterly, 571-603.

J M Scherpe, Pre-Nups, Private Autonomy and Paternalism, (2010) 69 International and Comparative Law Quarterly, 37.

I Schwenzer, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgerecht, (1996) Archiv für die civilistische Praxis, 88-113.

V Lipp, E Schumann, B Veit, Die Zugewinngemeinschaft - ein europäisches Modell?, (2008) Göttinger Juristen Schriften Bank 7, 1-86.

Aritkel in Büchern

A Dutta, 'Marital Agreements and Private Autonomy in Germany' in: Jens M. Scherpe, Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, London, 2012, 158-199.

E Cooke, 'The Future for Ancillary Relief' in: G Douglas and N Lowe (eds.), The Continuing Evolution of Family Law, Bristol, 2009, 203-220.

Weitere Quellen

BT-Drs. 16/10798: Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichsund Vormundschaftsrechts, 5.12.2008, https://dserver.bundestag.de/btd/16/107/1610798.pdf (zuletzt abgerufen am: 22.08.2021).

Hafenstaatkontrolle und zivile Seenotrettung

Eine Bewertung der italienischen Festhalteverfügungen gegen zivile Seenotrettungsschiffe

von
Manoël Johr*

Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Zusammenfassung

Während 2019 immer wieder dramatische Berichte darüber zu lesen waren, dass zivilen Seenotrettungsschiffen auf dem Mittelmeer der Zugang zu italienischen Häfen verwei-gert wurde, war davon im vergangenen Jahr kaum die Rede. Dies liegt daran, dass eingelaufene Rettungsschiffe von Italien im Rahmen der Hafenstaatkontrolle vermehrt am erneuten Auslaufen gehindert wurden. Dieser Aufsatz gibt einen Überblick über das völker- und europarechtliche Institut der Hafenstaatkontrolle und untersucht sodann die italienische Praxis des Festhaltens ziviler Rettungsschiffe. Dabei wird auch auf das materielle Seesicherheitsrecht eingegangen. Es wird gezeigt, dass das Festhalten, so wie es derzeit begründet wird, unzulässig ist.

* Der Autor (B.A. Internationale Beziehungen und Staatswissenschaften, Universität Erfurt) studiert Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. Teichmann) und am Lehrstuhl für deutsches und ausländisches Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht (Prof. Dr. Schmahl).

A. Problemstellung

Im Jahr 2019 ist das Thema der zivilen Seenotrettung immer wieder in den Fokus der Öffentlichkeit geraten. Es gab dramatische Berichte von zivilen Rettungsschiffen, die keinen Hafen finden konnten, der ihnen die Einfahrt gestattete. Entsprechende Situationen gab es im vergangenen Jahr kaum. Dies mag zwar zum Teil damit erklärt werden, dass die Covid-19-Pandemie alle anderen Themen an den Rand gedrängt hat. Allerdings ist noch ein anderer Aspekt zu berücksichtigen: 2019 wurden die Konflikte der zivilen Seenotretter und der italienischen (sowie maltesischen) Regierung häufig ausgetragen, indem den Rettungsschiffen die Einfahrt in die Häfen verweigert wurde. Inzwischen werden die zivilen Rettungsschiffe jedoch im Rahmen der Hafenstaatkontrolle festgehalten und am Auslaufen gehindert, so dass sie gar keine Rettungsoperationen mehr durchführen können: Ende 2020 war kein einziges ziviles Rettungsschiff auf dem Mittelmeer im Einsatz.[1] Dies ist zwar kein völlig neues Mittel, es hat aber im vergangenen Jahr an *relativer* Bedeutung gewonnen.

Im Folgenden erfolgt ein kurzer Überblick über die Situation vor dieser Kehrtwende und deren rechtliche Bewertung (A. I. und II.). Sodann wird das Rechtsinstitut der Hafenstaatkontrolle erläutert (B.). Schließlich ist zu bewerten, ob dessen Anwendung als Mittel gegen zivile Seenotrettungsschiffe rechtmäßig erfolgt (C.).

I. Die Verweigerung der Hafeneinfahrt

Im Jahr 2019 verweigerte Italien (wie auch Malta) immer wieder Schiffen ziviler Seenotretter im Mittelmeer die Einfahrt in seine Häfen. Die Folge war, dass Schiffe mit teilweise mehreren hundert aus Seenot geretteten Migranten

[1] So die Bundesregierung in BT-Drs. 19/25672, S. 3 (Antwort zu Frage 1); s. auch UN-Dok. A/75/340, Ziff. 36.

wochenlang auf Einfahrt in einen Hafen warteten, was eine entsprechende Verschlechterung der Zustände an Bord zur Folge hatte. Dies führte schließlich zu der aufsehenerregenden Einfahrt der Kapitänin Carola Rackete in den Hafen von Lampedusa entgegen den Anweisungen der italienischen Behörden.[2]

Grund für diesen Konflikt war das rechtlich komplexe Zusammenwirken von Seenotrettungsrecht, Menschenrechten und dem Recht der Staaten, ihre Häfen zu schließen,[3] sowie ihrem Interesse, nicht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-III-VO[4] für die Prüfung von Anträgen auf internationalen Schutz zuständig zu sein.

Auf der einen Seite steht die Pflicht zur Seenotrettung.[5] Diese ist unter anderem in Art. 98 Abs. 1 des UN-Seerechtsübereinkommens (SRÜ) und Regel V/33 des internationalen Übereinkommens zum Schutz des menschlichen Lebens auf See (SOLAS)[6] normiert und gilt daneben gewohnheitsrechtlich.[7] Sie trifft bereits völkerrechtlich, in der Regel aber auch durch nationale Umsetzungsrechtsakte, direkt den Kapitän jedes Schiffes.[8] Inhalt dieser Pflicht ist

---

[2] Siehe hierzu bereits ausführlich *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (929–934) m.w.N.

[3] Zum (nachteiligen) Zusammenwirken dieser Regime *Galani*, ICLQ 70 (2021), 605 (606) m.w.N.

[4] Verordnung (EU) 604/2013 des Parlaments und des Rates vom 26.6.2013, ABl. L 180/31.

[5] *Oellers-Frahm*, AVR 2019, 345 (349 f.) – bezeichnet als „seerechtliche Komponente".

[6] Internationales Übereinkommen zum Schutz des menschlichen Lebens auf See vom 1.11.1974, BGBl. 1979 II Nr. 8, 142, Neufassung der dt. Übers. in BGBl. 1998 II Nr. 40, 2579 (Anlagenband), zuletzt geändert durch BGBl. 2019 II Nr. 19, 911 (FNB 2020, 794 f.). Wird im Folgenden eine „Regel" zitiert, so bezieht sich dies auf den Anhang des Übereinkommens, der nach Art. I lit. a Satz 1 „integral part" desselben ist; dabei bezieht sich die römische Zahl auf das Kapitel des Anhangs, die arabische auf die Regel dieses Kapitels.

[7] *Hildner*, ZÖR 74 (2019), 121 (124).

[8] So bereits *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (931 sowie dort Fn. 23); dort auch weitere Rechtsquellen der Rettungspflicht. In Deutschland wird die Seenotrettungspflicht von

die Befreiung von Personen in Seenot aus unmittelbarer Lebensgefahr sowie letztendlich die Verbringung an einen „sicheren Ort" (*place of safety*),[9] die auch unionsrechtlich, zumindest für Frontex-Einsätze, durch Art. 4 der Seeaußengrenzen-VO[10] festgeschrieben ist. Da ein solcher Ort auf Dauer nicht an Bord eines Schiffes sein kann,[11] umfasst die Rettungspflicht regelmäßig auch die Verbringung der Geretteten in einen sicheren Hafen, der derzeit jedenfalls nicht in Libyen zu finden ist.[12]

Auf der anderen Seite steht jedoch das Recht der Staaten, über ihre Häfen als Teil ihres Staatsgebietes (innere Gewässer) zu verfügen und sie auch für Schiffe

---

§ 323c Abs. 1 StGB umfasst, so dass eine Umsetzung erfolgt ist, s. *Beckert/Breuer*, Öffentliches Seerecht, Rn. 662, 842; *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Unterlassene Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB bei in Seenot geratenen Personen.

[9] Dazu ausführlicher und m.w.N. *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (935 f.); sowie *Turrini*, IYIL 2019, 29 (insb. 44 f.).

[10] VO (EU) 656/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15.5.2014, ABl. L 189/93.

[11] Dies wird gefordert durch Ziff. 6.13 der IMO-Entschließung MSC.167(78) v. 20.5.2004, VkBl. 2/2009 Nr. 17, S. 64. Die italienischen Gerichte (dazu sogleich, s. Anm. 14) haben dies als Pflicht betrachtet, s. *Oellers-Frahm*, AVR 2019, 345 (350); *Oellers-Frahm*, AVR 2020, 337 (342); zurückhaltender die Bundesregierung, vgl. *Hildner*, ZÖR 74 (2019), 121 (125 f.) m.w.N.

[12] Zur „Unsicherheit" Libyens *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (934 f.) m.w.N.; sowie *Council of Europe – Commissioner for Human Rights*, A distress call for Human rights, S. 13; UN-Dok. S/2021/541, insb. Ziff. 47 ff.; *UNHCR*, Position on the Designations of Libya…, Ziff. 34; *Amnesty International*, Between Life and Death, ausdr. S. 10; anders dagegen – zumindest zeitweise – die Bewertung der Bundesregierung, s. *Hildner*, ZÖR 74 (2019), 121 (129) m.w.N.; zum Problem, dass eine Anweisung zur Verbringung nach Libyen erteilt wird, s. (je mit Bezug zur *deutschen* Rechtslage) einerseits; *Hildner*, ZÖR 74 (2019), 121 (129); *Talmon*, JZ 2019, 802 (803 f.) (Pflicht zur Befolgung); andererseits *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (935); sowie i.E. *Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste*, Seenotrettung durch nicht-staatliche Akteure, S. 20–22 (Unanwendbarkeit/Verdrängung des Befolgungsgebots).

zu schließen.[13] Diesen Weg hatten im Jahr 2019 sowohl Malta als auch Italien gewählt, indem sie allen zivilen Rettungsschiffen die Einfahrt in ihre Häfen verwehrten und sie erst einließen, wenn eine Umverteilung der Geretteten auf andere EU-Mitgliedsstaaten „politisch" beschlossen worden war: Einzelne Mitgliedstaaten hatten unter Anwendung von Art. 17 Dublin-III-VO, wonach ein Mitgliedstaat das Asylverfahren übernehmen kann, ohne hierzu nach Art. 3 Abs. 1, 2 Dublin-III-VO verpflichtet zu sein, die Geretteten übernommen.

II. Die Entscheidungen der italienischen Gerichte im Fall „Carola Rackete"

Über das Verhältnis dieser beiden Aspekte hatte im Fall der oben genannten Hafeneinfahrt der *Sea-Watch 3* durch ihre Kapitänin Carola Rackete die italienische Justiz zu entscheiden. Die Staatsanwaltschaft hatte die Kapitänin vorläufig festgenommen und unter Hausarrest gestellt. Über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme entschied der Untersuchungsrichter am Gericht Agrigent sowie später, nachdem die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel eingelegt hatte, die *Corte di Cassazione*.[14] Dabei erkannten die Gerichte die Hafeneinfahrt als eine zur Seenotrettung gehörende Rechtspflicht der Kapitänin an, weswegen sie mehr als nur „wahrscheinlich" (so die Anforderung im Haftprüfungsverfahren nach

---

[13] IGH, Urteil vom 27.6.1986, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* = I.C.J. Reports 1986, S. 14 (Rn. 213); *Lagoni*, in: Peters/Wolfrum, EPIL, Ports, Rn. 1. Dazu *Oellers-Frahm*, AVR 2019, 345 (351–353) – bezeichnet als „staatsrechtliche Komponente".

[14] Tribunale di Agrigento, Beschluss vom 2.7.2019, Az.: N. 3169/19 R.G.N.R. = ZaöRV 2019, 729 (italienisch), AVR 2019, 359 (deutsch); besprochen durch *Oellers-Frahm*, AVR 2019, 345; sowie (aus stärker strafrechtlicher Perspektive) *Lenk*, ZaöRV 2019, 713. Corte di Cassazione, Urteil vom 16.1.2020, Az.: 6626/2020, abrufbar unter https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/02/Cass-6626-2020.pdf (italienisch, zuletzt abgerufen am 30.8.2021); besprochen durch *Oellers-Frahm*, AVR 2020, 337.

italienischem Recht[15]) gerechtfertigt sei.[16] Es sei erwähnt, dass auch der französische *Conseil Constitutionnel* eine Strafbarkeit der Beihilfe zur unerlaubten Einreise und zum unerlaubten Aufenthalt für verfassungswidrig hält, wenn diese Beihilfe aus humanitären Gründen erfolgt.[17]

Damit ist zwar auf völkerrechtlicher Ebene keine klare Entscheidung getroffen. Dort dürfte nur in Ausnahmefällen ein Recht auf Hafeneinfahrt aus der Erwägung, dass das Rettungsschiff selbst in Seenot gerät, oder aus menschenrechtlichen Gründen bestehen.[18] Allerdings ist damit die italienische Strategie, solchen Schiffen die Hafeneinfahrt zu verweigern, bis eine „politische Lösung" gefunden wurde, nicht mehr durchsetzbar. Denn es ist klar, dass auch die Hafeneinfahrt entgegen den Anweisungen der Behörden unter bestimmten Umständen gerechtfertigt und damit zulässig ist.[19] Ebenso folgt daraus, dass mögliche Verstöße der Kapitäne und Besatzungen ziviler Rettungsschiffe gegen ausländerrechtliche Regelungen gerechtfertigt sein können. Somit kann zivilgesellschaftliche Seenotrettung in vielen Fällen nicht mehr durch Strafverfolgung von Aktivisten und kategorische Verweigerung der Hafeneinfahrt verhindert werden. Hinzu kommt noch der Regierungswechsel vom August 2019,

---

[15] *Oellers-Frahm*, AVR 2020, 337 (340 f.).

[16] Corte di Cassazione, Urteil vom 16.1.2020 (Anm. 14), S. 11 des Umbruchs ("più che 'verosimilmente'"); vgl. *Oellers-Frahm*, AVR 2020, 337 (341 f.). Das Verfahren wurde mittlerweile auf Antrag der Staatsanwaltschaft eingestellt, da Rackete rechtmäßig gehandelt habe (s. *N.N.*, taz, 20.5.2021, S. 2).

[17] Conseil Constitutionnel, Urteil vom 6.7.2018, Az.: 2018-717/718 QPC, abrufbar unter https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2018/2018717_718QPC.htm (mit englischer und deutscher Übersetzung, zuletzt abgerufen am 30.8.2021). Allerdings kann demnach eine Strafbarkeit der Beihilfe zur unerlaubten *Einreise* gesetzlich unter bestimmten Voraussetzungen geregelt werden, s. den *Commentaire*, S. 20 f., abrufbar ebd.

[18] Auch hierzu bereits ausführlicher und m.w.N. *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (937–939).

[19] So auch *Oellers-Frahm*, AVR 2020, 337 (344 f.).

bei dem der damalige Innenminister Matteo Salvini, der die Verweigerung der Hafeneinfahrt forciert und den Konflikt öffentlichkeitswirksam zu nutzen versucht hatte, seinen Posten verlor, obwohl seine Hafenschließungsstrategie in Italien eine Mehrheit fand.[20]

Seitdem setzt die italienische Regierung noch stärker als bereits zuvor auf das Festhalten der Schiffe im Rahmen der Hafenstaatkontrolle.

B. Die Hafenstaatkontrolle und das Festhalten

Bei der Hafenstaatkontrolle handelt es sich um ein Institut des (See-)Völkerrechts, das auch in das Recht der Europäischen Union überführt wurde. Zunächst ist ein Überblick über dieses Rechtsinstitut zu geben; dabei ist ein besonderes Augenmerk auf das Mittel des Festhaltens von Schiffen zu legen.

I. Allgemeines

1. Überblick

Die Hafenstaatkontrolle stützt sich auf die Hoheitsgewalt, die jeder Staat über seine Häfen ausübt (vgl. Art. 8 Abs. 1, 11 SRÜ), und ist Teil derselben.[21] Soweit es sich nicht um fremde Kriegs- oder Staatsschiffe handelt (Art. 32 SRÜ),[22] besitzt der Küstenstaat demnach über alle Schiffe, die sich in seinen Häfen befinden, volle Hoheitsgewalt.

---

[20] Vgl. hierzu nur *Rüb*, F.A.S., 2.5.2021 (Nr. 17), S. 7; *Rüb*, F.A.Z., 7.7.2021 (Nr. 154), S. 5.

[21] *Molenaar*, in: Peters/Wolfrum, EPIL, Port State Jurisdiction, Rn. 1, 6; *Lagoni*, AVR 2010, 58 (68–74); sowie die in Anm. 13 genannten.

[22] *Heintschel von Heinegg*, in: Peters/Wolfrum, EPIL, Warships, Rn. 24; *Lagoni*, AVR 2010, 58 (63); so bereits U.S. Supreme Court, Urteil vom 24.2.1812, *The Exchange v. McFaddon* = 11 U.S. 116.

Ein großer Teil der Schiffe fährt heute unter sogenannten *flags of convenience*, also Flaggen von Staaten mit verhältnismäßig geringen rechtlichen Vorgaben.[23] Da aber viele Hafenstaaten ein Interesse daran haben, dass *alle* Schiffe gewisse Standards im Bereich der Seetüchtigkeit, der Arbeitsbedingungen und der Ausstattung mit Rettungsmitteln einhalten, die Durchsetzung dieser Standards aber gemäß Art. 94 Abs. 3 SRÜ grundsätzlich Sache der Flaggenstaaten ist, hat sich das Institut der Hafenstaatkontrolle herausgebildet.[24] Hierbei überprüfen die Hafenstaaten (neben der weiterhin bestehenden Pflicht der Flaggenstaaten), ob die Schiffe, die ihre Häfen anlaufen, diese Standards einhalten. Inzwischen wurde in regionalen Abkommen eine Verpflichtung auf ein bestimmtes Schutzniveau in diesem Bereich normiert. Wichtigstes und auch auf die hier geschilderten Sachverhalte anwendbares Abkommen ist die Pariser Vereinbarung über Hafenstaatkontrolle (Pariser Vereinbarung).[25]

Parteien dieses Abkommens sind die Mitgliedstaaten der EU, die zugleich Seehäfen besitzen, sowie Kanada, Russland, Island, Norwegen und das Vereinigte Königreich.[26]

[23] Siehe dazu *König*, in: Peters/Wolfrum, EPIL, Flags of Convenience.

[24] *Molenaar*, in: Peters/Wolfrum, EPIL, Port State Jurisdiction, Rn. 2–6; *Takei*, NILR 2012, 65 (75 f.); vgl. auch *Lagoni*, AVR 2010, 58 (81); zur historischen Entwicklung ausführlich Özçazyır, Port State Control, Rn. 3.22–3.26, 5.1 f.

[25] Pariser Vereinbarung über die Hafenstaatkontrolle vom 26.1.1982, seit 1.1.2021 gilt die Fassung der 43. Änderung vom 2.10.2020 (in englischem und französischem [authentischem, s. Abs. 9.5] Wortlaut abrufbar unter https://www.parismou.org/inspections-risk/library-faq/memorandum [zuletzt abgerufen am 30.8.2021]), in Deutschland i. d. Bek. der Neufassung vom 6.2.2013, BGBl. 2013 II Nr. 4, 187, zul. geändert am 27.5.2016, BGBl. 2018 II Nr. 3, 80 (FNB 2020, 855). Der amtlichen deutschen Übersetzung folgend werden die „Unterpunkte" als „Absätze" bezeichnet. Bei der Pariser Vereinbarung handelt es sich um ein Verwaltungsabkommen i.S.d. Art. 59 Abs. 2 *S. 2* GG (vgl. Özçazyır, Port State Control, Rn. 5.3), was freilich an ihrer *völkerrechtlichen* Qualität nichts ändert, vgl. *Heun*, in: Dreier, GG, Art. 59 Rn. 48.

[26] Siehe EU-Dok. COM (2020) 117 final, S. 2 (hier wird das Vereinigte Königreich noch als EU-Mitgliedstaat geführt).

Aus diesem Grund ist auch seine Anwendung innerhalb der EU durch eine Richtlinie über die Hafenstaatkontrolle (Hafenstaatkontroll-RL)[27] harmonisiert worden.[28]

2. Überprüfungspflichten[29]

Grundsätzlich sind die Staaten (Hafenstaatkontroll-RL) bzw. die Schifffahrtsbehörden (Pariser Vereinbarung) verpflichtet, alle Schiffe der „Prioritätsstufe I" sowie eine bestimmte Anzahl an Schiffen der „Prioritätsstufe II" zu kontrollieren (Abs. 1.3 Pariser Vereinbarung, Art. 5 Abs. 2 Hafenstaatkontroll-RL). Dabei wird die Gesamtzahl der im Gebiet der Pariser Vereinbarung jährlich zu überprüfenden Schiffe so festgelegt, dass der Durchschnitt der in den letzten drei Jahren überprüfungsbedürftigen Schiffe festgestellt wird (Anl. 11 Abs. 11, 12 Pariser Vereinbarung) und sodann die einzelnen Staaten nach dem Verhältnis der Schiffe, die ihre Häfen anlaufen, einen entsprechenden Anteil zu überprüfen haben (Anl. 11 Abs. 13 Pariser Vereinbarung). Letztlich richtet sich also die Zahl der Schiffe, die insgesamt überprüft werden sollen, danach, wie viele Schiffe in den letzten drei Jahren durchschnittlich überprüft werden sollten; die Pflicht der einzelnen Staaten richtet sich nach dem Anteil der Schiffe, die ihre Häfen anlaufen.

---

[27] Richtlinie 2009/16/EG des Parlaments und des Rates vom 23.4.2009, ABl. L 131/57, zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2017/2110 des Parlaments und des Rates vom 15.11.2017, ABl. L 315/61. Anders als bzgl. der Pariser Vereinbarung genügt hier eine Umsetzung mittels Verwaltungsvorschriften nicht, s. zur Vorgänger-RL: EuGH, Urteil vom 11.11.1999, Rs. C-315/98, *Kommission/Italien* = Slg. 1999, I-8006 (insb. Rn. 10).

[28] Vgl. die Erwägungsgründe 9 und 16 sowie Art. 1 lit. b und c der RL; *Brandt*, TransportR 2010, 205 (216); s. zum Zweck der RL auch *Boeing/Maxian Rusche*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, Art. 100 Rn. 76.

[29] Siehe hierzu, bezogen auf die Hafenstaatkontroll-RL, ausführlich *Brandt*, TransportR 2010, 205 (210 ff.).

Die Staaten *müssen* nun Schiffe der „Prioritätsstufe I“ überprüfen, während sie solche der „Prioritätsstufe II“ unter bestimmten Voraussetzungen überprüfen *können*.

In Prioritätsstufe I fallen nach Anl. 8 Abs. 6 Pariser Vereinbarung alle Schiffe, bei denen „sich entweder das Zeitfenster geschlossen hat oder ein Prioritätsfaktor vorliegt“. Wann sich das Zeitfenster schließt, ist wiederum abhängig vom Risikoprofil des Schiffes (Anl. 8 Abs. 4 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 11, Anh. I Teil I Abschn. 2 Hafenstaatkontroll-RL). Dieses ergibt sich wiederum aus verschiedenen Faktoren, wie etwa Alter oder Flaggenstaat (Anl. 7 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 10, Anl. II Hafenstaatkontroll-RL). So schließt sich das Zeitfenster bei einem Hochrisikoschiff frühestens 6 Monate nach der letzten Überprüfung, bei einem Niedrigrisikoschiff nach 36 Monaten. Schließlich gibt es noch eine Reihe Prioritätsfaktoren, bei deren Vorliegen ein Schiff in Prioritätsstufe I fällt (Anl. 8 Abs. 11 Pariser Vereinbarung bzw. Anh. I Teil I Abschn. 2A Hafenstaatkontroll-RL). Solche liegen etwa vor, wenn sich das Schiff vorher gefährlich verhalten hat oder in einen Unfall verwickelt war.

Alle anderen Schiffe fallen in Prioritätsstufe II. Hier ist nur eine fakultative Überprüfung vorgesehen, wenn sich das Zeitfenster (wie oben: Anl. 8 Abs. 4 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 11, Anh. I Teil I Abschn. 2 Hafenstaatkontroll-RL) öffnet oder ein „unerwarteter Faktor“ (Anl. 8 Abs. 12 Pariser Vereinbarung bzw. Anh. I Teil I Abschn. 2B Hafenstaatkontroll-RL) vorliegt. Unerwartete Faktoren sind etwa Meldungen über etwaige Gefahren, die von dem Schiff ausgehen, oder auch vorherige Festhaltemaßnahmen.

Zur Einordnung in eine Prioritätsstufe müssen die Staaten die Kapitäne verpflichten, vor dem Anlaufen des Hafens ein genormtes Anmeldeformular zu verschicken (Abs. 3.1, Anl. 12 Pariser Vereinbarung, Art. 9, Anl. III Hafensta-

atkontroll-RL sowie RL 2002/59/EG[30]). Diese Regel ist höchst praxisrelevant, braucht hier jedoch nicht weiter betrachtet werden.

3. Maßnahmen

Je nach Grund für die Überprüfung sind unterschiedlich Intensitäten vorgesehen (Anl. 9 Abs. 1 [Tabelle 4] Pariser Vereinbarung bzw. Art. 13 Nr. 1 und 3, Art. 14 Abs. 1 Hafenstaatkontroll-RL [inkl. Verweis auf die Anhänge]). Für besondere Schiffstypen sind spezielle Regelungen vorgesehen (Anl. 8 Abs. 14 Pariser Vereinbarung, Art. 14a Hafenstaatkontroll-RL). Schließlich ist ausdrücklich vorgesehen, dass eine besonders befähigte und ausgebildete Person („Hafenstaat-Besichtiger"/*Port State Control Officer*) die Überprüfung vornehmen muss (Abs. 3.3, Anl. 6 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 22 Abs. 1, Anh. XI Hafenstaatkontroll-RL).

Die Art der Überprüfung bestimmt jedoch nur, wie intensiv sie zu erfolgen hat. Ihr Inhalt ist immer die Frage, ob die Standards eingehalten werden, die in den „einschlägigen Übereinkünften" (aufgelistet in Abs. 2.1 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 2 Nr. 1 Hafenstaatkontroll-RL) festgelegt sind (Abs. 1.2 Pariser Vereinbarung, Art. 5 Abs. 1 Hafenstaatkontroll-RL). Ausnahmsweise kann die Überprüfung unterbrochen werden, wenn offensichtlich ist, dass der Gesamtzustand des Schiffes derart unternormig ist, dass ein Festhalten schon deshalb gerechtfertigt ist (Abs. 3.6 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 19 Abs. 5 Hafenstaatkontroll-RL).

Im Anschluss an eine Überprüfung wird ein genormter Bericht erstellt (Art. 17, Anh. IX Hafenstaatkontroll-RL); eine Abschrift erhält der Kapitän (Abs. 3.10

[30] Richtlinie 2002/59/EG des Parlaments und des Rates vom 27.6.2002, ABl. L 208/10, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2019/1243 des Parlaments und des Rates vom 20.6.2019, ABl. L 198/241.

Pariser Vereinbarung, Art. 17 Abs. 1 S. 2 Hafenstaatkontroll-RL). Außerdem werden gewisse Informationen über die Überprüfung veröffentlicht (Abs. 5.2, Anl. 4 Pariser Vereinbarung, Art. 26, Anh. XIII Hafenstaatkontroll-RL).

Den Kern bilden aber die Maßnahmen, die im Hinblick auf Mängel, so denn welche gefunden werden, zu ergreifen sind. Den Hafenstaat trifft dabei die Pflicht, sicherzustellen, dass die Mängel beseitigt werden (Abs. 3.4 S. 1 Pariser Vereinbarung [„bemüht sich"] bzw. Art. 19 Abs. 1 Hafenstaatkontroll-RL).[31] Dabei darf er dem Schiff grundsätzlich auch die Fahrt in einen anderen Hafen gestatten (Abs. 3.4 S. 2 Pariser Vereinbarung bzw. im Umkehrschluss Art. 19 Abs. 2 Hafenstaatkontroll-RL). Dies ist jedoch unzulässig, wenn die Mängel „eindeutig eine Gefahr für die Sicherheit, Gesundheit oder Umwelt darstellen"; in diesem Fall muss das Schiff im Hafen festgehalten werden (Abs. 3.4 S. 3, 4 Pariser Vereinbarung, Art. 19 Abs. 2 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL wortgleich). Hier haben Eigner oder Betreiber des Schiffes bereits die Kosten der Überprüfung zu tragen (Abs. 3.11 UAbs. 1 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 28 Abs. 1, 3). Im Falle von Verstößen gegen Seearbeitsnormen[32] gelten andere Vorschriften (Abs. 3.7 UAbs. 2, Abs. 3.8 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 17 Abs. 3, 18a, 19 Abs. 2a Hafenstaatkontroll-RL), auf die hier jedoch nur hingewiesen werden kann.

Schließlich besteht die Möglichkeit, dass Schiffen generell der Hafenzugang verweigert wird, wenn sie eine Flagge führen, welche besonders mängelanfällig ist („graue" oder „schwarze Liste") und innerhalb eines bestimmten Zeitraums zweimal festgehalten wurden (Abs. 4.1 Pariser Vereinbarung bzw.

---

[31] Bezogen auf die Hafenstaatkontroll-RL ausführlich *Brandt*, TransportR 2010, 205 (213 f.).

[32] Diese sind inzwischen einheitlich geregelt im Seearbeitsübereinkommen vom 23.2.2006, BGBl. 2013 II Nr. 17, 765. Siehe dazu *Lagoni*, AVR 2010, 58 (101 f.), sowie zur Lage vor Inkrafttreten dieses Übereinkommens ebd., S. 82–96.

Art. 16 Abs. 1 Hafenstaatkontroll-RL). In diesem Zusammenhang gilt eine noch schärfere Kostenübernahmepflicht der Schiffseigner bzw. -betreiber (Abs. 3.11 UAbs. 2 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 28 Abs. 2 Hafenstaatkontroll-RL). Auch dies kann hier nicht weiter ausgeführt werden.

II. Festhalten

Nun ist das Festhalten von Schiffen näher zu betrachten, da diese Maßnahme von Italien immer wieder gegen zivile Rettungsschiffe eingesetzt wurde. Auch die Befugnis zum Festhalten von Schiffen in seinen Häfen folgt aus der Hoheitsgewalt des Hafenstaates.[33] Der Internationale Seegerichtshof (ISGH) hat klargestellt, dass aus der Freiheit der Hohen See (Art. 87 SRÜ) keine Freiheit „zur" Hohen See, also ein Recht auf Auslaufen, folgt.[34] Der Hafenstaat darf ein Schiff also im Rahmen eines rechtlichen Verfahrens festhalten;[35] davon sind auch Verfahren im Rahmen der Hafenstaatkontrolle umfasst.[36] Allerdings enthalten sowohl die Pariser Vereinbarung als auch die Hafenstaatkontroll-RL Vorschriften, die in gewissem Maße vor einem Festhalten schützen bzw. Rechtsschutz bieten.

Zunächst einmal ist der Hafenstaat, der eine Festhalteverfügung erlässt, verpflichtet, den Flaggenstaat des festgehaltenen Schiffes zu informieren (Abs. 3.7 S. 1 Pariser Vereinbarung, Art. 19 Abs. 6 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL). Dies ermöglicht es dem Flaggenstaat, diplomatischen oder konsularischen Schutz zu gewähren.

---

[33] Vgl. Özçazyır, Port State Control, Rn. 5.39.

[34] ISGH, Urteil vom 28.5.2013, Case No. 18, *M/V "Louisa"* = ITLOS Reports 2013, 4 (Rn. 109).

[35] ISGH, ITLOS Reports 2013, 4 (Rn. 109): „in the context of legal proceedings against it".

[36] Das Verfahren vor dem ISGH betraf genau diese Frage, s. ITLOS Reports 2013, 4 (Rn. 108).

Weiterhin steht dem Schiffseigner/-betreiber gegen Festhaltemaßnahmen ein Rechtsbehelf in Form eines Widerspruchs (*right of appeal*/*droit d'appel*) gegen die Entscheidung der Behörde zu. Dies ist bereits in den internationalen (Abs. 3.12 S. 1 Pariser Vereinbarung) bzw. europäischen (Art. 20 Abs. 1 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL) Verpflichtungen angelegt, was wiederum Ausdruck der Tatsache ist, dass das Festhalten wo möglich vermieden werden soll.[37] Allerdings heißt es ebenfalls bereits dort, dass der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung hat (Abs. 3.12 S. 2 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 20 Abs. 1 S. 2 Hafenstaatkontroll-RL). Auf dieses Widerspruchsrecht ist zudem hinzuweisen, es ist also eine Rechtsbehelfsbelehrung anzufügen (Abs. 3.12 S. 3 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 20 Abs. 3 Hafenstaatkontroll-RL). Dies ähnelt somit sehr den Rechtsschutzmöglichkeiten des deutschen Verwaltungsrechts. Die deutsche Übersetzung als „Widerspruch" dürfte insofern kein Zufall sein.[38]

Schließlich gilt es hervorzuheben, dass sowohl die Pariser Vereinbarung (Abs. 3.13 S. 1) als auch die Hafenstaatkontroll-RL (Art. 19 Abs. 8 S. 1) die Festhalteverfügung als *ultima ratio* ansehen: Die Behörden haben „alle nur möglichen Anstrengungen zu unternehmen, um ein unangemessenes Festhalten oder Aufhalten des Schiffes zu vermeiden."[39] Gegen ein unangemessenes Festhalten steht dem Eigner/Betreiber des Schiffes gemäß Art. 19 Abs. 8 S. 2 Hafenstaatkontroll-RL sogar ein Schadensersatzanspruch zu, für den er allerdings die Beweislast trägt (Art. 19 Abs. 8 S. 3 Hafenstaatkontroll-RL), was jedoch auch

[37] Özçazyır, Port State Control, Rn. 5.56.

[38] Vgl. in diesem Sinne die Bemerkungen zum Verfahren in Deutschland bei Özçazyır, Port State Control, Rn. 5.64; zum Verfahren in Italien ebd., Rn. 5.68.

[39] So der Wortlaut von Art. 19 Abs. 8 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL, die Pariser Vereinbarung weicht nur stilistisch davon ab. Siehe hierzu auch Özçazyır, Port State Control, Rn. 5.40 f., 13.2; vgl. auch BGH, Urteil vom 2.12.2004, Az.: III ZR 358/03 = BGHZ 161, 224 (227 ff.) (Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).

den allgemeinen Regeln im deutschen Recht entspricht.[40] Die Pariser Vereinbarung stellt als bloßes Verwaltungsabkommen klar, dass sie solchen Ansprüchen jedenfalls nicht im Wege steht (Abs. 3.13 S. 2, 3).

Damit ergibt sich aber, dass speziell beim Festhalten für den Hafenstaat ein Spannungsverhältnis besteht zwischen der Pflicht, einerseits Schiffe, die eindeutig eine Gefahr darstellen, festzuhalten, und andererseits Schiffe nach Möglichkeit nicht am Auslaufen zu hindern. Dieses Spannungsverhältnis kann nur so gelöst werden, dass bei Vorliegen der Festhaltevoraussetzungen nach Abs. 3.4 S. 3, 4 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 19 Abs. 2 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL die Festhalteverfügung ergehen *muss*. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so *darf* eine solche Verfügung aufgrund von Abs. 3.13 S. 1 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 19 Abs. 8 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL *nicht* ergehen; in diesem Fall hat der Staat (d.h. seine Hafenbehörde) anderweitig auf die Beseitigung der entdeckten Mängel zu reagieren. Zu fragen ist nun, ob Italien beim Festhalten ziviler Rettungsschiffe den hierdurch abgesteckten Rahmen einhält.

C. Das Festhalten ziviler Seenotrettungsschiffe durch Italien

I. Die Überprüfungen ziviler Rettungsschiffe

Zunächst einmal stellt sich die Frage, warum die zivilen Rettungsschiffe derart häufig überprüft werden.[41]

[40] Siehe nur *Reichold*, in: Thomas/Putzo, ZPO, Vor § 284, Rn. 23 (es handelt sich um einen Amtshaftungsanspruch – vgl. BGHZ 161, 224 [231] –, so dass die zivilprozessualen Vorschriften gelten).

[41] Vgl. die Übersicht allein über festgehaltene Schiffe bei *FRA*, December 2020 update – NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them. Für die *Sea-Watch 3* und *Sea-Watch 4*, die später genauer betrachtet werden, ist zu konstatieren, dass sie praktisch nach jeder Einfahrt in einen italienischen Hafen überprüft (und festgesetzt) wurden, vgl. ebd. sowie *Rüb*, F.A.Z., 23.3.2021 (Nr. 69), S. 4 (zur *Sea-Watch 3*); *Rüb*, F.A.Z., 11.5.2021 (Nr. 108), S. 3 a.E. (zur *Sea-Watch 4*); generell nochmal *Rüb*, F.A.Z., 7.7.2021 (Nr. 154), S. 5.

Hier sind die Sachverhaltsinformationen sehr dünn, da auch die technischen Details zu Prioritätsgruppen und Überprüfungsgründen nicht veröffentlicht werden. Aufgrund der Häufigkeit der Durchführung ist jedoch davon auszugehen, dass die Überprüfungen nicht aufgrund des Zeitfensters stattfinden. Das bedeutet aber, dass Prioritäts- oder unerwartete Faktoren vorliegen müssen, um eine Überprüfung nach der Pariser Vereinbarung bzw. der Hafenstaatkontroll-RL zu rechtfertigen.

Weiterhin stellt sich die Frage, welche Art von Überprüfung zu erfolgen hat. Hier ist im Grundsatz von einer „Erstüberprüfung" auszugehen, wobei das Vorliegen eines Prioritätsfaktors eine „gründlichere" oder „erweiterte Überprüfung" erfordern würde.

Letztlich verbieten jedoch weder die Pariser Vereinbarung noch die Hafenstaatkontroll-RL zusätzliche oder weitergehende Überprüfungen. Beide fordern von den Staaten nur bestimmte Mindeststandards. Die Rechtswidrigkeit weitergehender Maßnahmen des Hafenstaates könnte sich somit lediglich aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh),[42] die bezogen auf die Hafenstaatkontroll-RL nach ihrem Art. 51 Abs. 1 S. 1 Anwendung findet, sowie aus seinem nationalen Recht ergeben. Dies ist hier nicht weiter zu untersuchen; es ist jedoch hervorzuheben, dass diese immer wieder durchgeführten Überprüfungen einen höchst außergewöhnlichen Vorgang darstellen.

II. Die Mängel der zivilen Rettungsschiffe

Die italienischen Behörden haben im Rahmen ihrer Überprüfungen bestimmte Mängel festgestellt. Die Richtigkeit dieser Feststellungen kann nicht über-

[42] Dies ergibt sich aus Abs. 3.4 S. 5 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 19 Abs. 3 Hafenstaatkontroll-RL, wobei jeweils Leitlinien festgelegt wurden (für die Pariser Vereinbarung durch den Hafenkontrollausschuss, für die Hafenstaatkontroll-RL in Anh. X).

prüft werden, sondern ist vielmehr anzunehmen; insofern wird auch durch die genannten Rechtsnormen ein Ermessen, oder genauer: ein Beurteilungsspielraum eingeräumt.[43] Dies gilt insbesondere für die *Tatsachen*frage, ob solche Mängel vorliegen, die ein Festhalten rechtfertigen würden. Es stellt sich aber die *Rechts*frage, ob die festgestellten Mängel das Festhalten tatsächlich rechtfertigen.

Hier sollen die Festsetzungen der *Sea-Watch 3* sowie der *Sea-Watch 4* betrachtet werden, da auf die Ergebnisse der dortigen Überprüfungen zugegriffen werden kann.[44] Dort wurden im Wesentlichen zwei Mängelgruppen festgestellt: zum einen wurden Mängel bei der Abwasser-Aufbereitungsanlage (*sewage treatment plant*) und zum anderen bei der Sicherheit an Bord benannt. Außerdem wurde festgestellt, dass durch die Schiffe mehr Personen, als gemäß ihren Schiffszeugnissen zugelassen waren, befördert wurden. Diese beiden Mängel sollen im Folgenden untersucht werden, da sie Licht auf den Konflikt zwischen den zivilen Seenotrettern und den europäischen Staaten, die in der Verhinderung der Seenotrettung ein politisches Instrument des Migrationsmanagements sehen, werfen.

---

[43] Darauf deuten Abs. 3.4 S. 5 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 19 Abs. 3 Hafenstaatkontroll-RL hin; siehe in diesem Sinne auch *Lagoni*, AVR 2010, 58 (96); Özçazyır, Port State Control, Rn. 13.2 („based on the professional judgement of the [Port State Control Officer]" – das aber eng gehandhabt werden soll).

[44] Die Festhaltegründe für diese beiden Schiffe werden genannt in Tribunale Amministrativo per la Sicilia (TAR Sicilia), Beschluss vom 2.3.2021, Az.: 1864/2020 (Anordnung zur Freilassung der *Sea-Watch 3*), abrufbar unter https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_pa&nrg=202001864&nomeFile=202100146_05.html&subDir=Provvedimenti (italienisch, zuletzt abgerufen am 30.8.2021); TAR Sicilia, Beschluss vom 2.3.2021, Az.: 1596/2020 (Anordnung zur Freilassung der *Sea-Watch 4*), abrufbar unter https://www.giustizia-amministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza/?nodeRef=&schema=tar_pa&nrg=202001596&nomeFile=202100145_05.html&subDir=Provvedimenti (italienisch, zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

III. Kontrollmaßstab für Rettungsschiffe

Die materiellen Regeln über die Abwasserentsorgung finden sich in Anl. IV des Übereinkommens zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe (MARPOL),[45] diejenigen zur Sicherheit an Bord von Schiffen in Kap. III SOLAS. Dabei wird zu einem großen Teil unterschieden zwischen Anforderungen, die an alle Schiffe gestellt werden, und solchen, die zusätzlich an Fahrgastschiffe gestellt werden. Die von Italien angeführten Mängel sind solche, bei denen Fahrgastschiffe höhere Anforderungen zu erfüllen haben: die Abwasser-Aufbereitungsanlage,[46] das Vorhandensein und die Einsatzbereitschaft der Rettungsmittel[47] und der Nachweis des Trainings der Besatzung (in Bezug auf allgemeine sowie auf Feuersicherheit).[48] Die italienischen Behörden sind offenbar der Auffassung, diese Rettungsschiffe seien als oder jedenfalls wie

[45] Internationales Übereinkommen zur Verhütung der Meeresverschmutzung durch Schiffe vom 2.11.1973 sowie das Protokoll vom 17.2.1978 zu diesem Übereinkommen, BGBl. 1982 II Nr. 1, 4, Neufassung der dt. Übers. in BGBl. 1996 II Nr. 14, 399 (Anlagenband), zuletzt geändert durch BGBl. 2018 II Nr. 25, 739 (FNB 2020, 782 f.).

[46] Die von Italien als verletzt erachtete Norm dürfte Regel 9 Abs. 2 sowie Regel 11 Abs. 1.2, Abs. 3 Anl. IV MARPOL sein, wonach auf Fahrgastschiffen eine Abwasser-Aufbereitungsanlage (*sewage treatment plant*) betrieben werden muss. Diese Regel wie auch die im folgenden Absatz genannten sind eingefügt durch BGBl. 2012 II Nr. 32, 1194.

[47] Zwar wird die generelle Bereitschaft der Rettungsmittel für alle Schiffe in Regel III/20 SOLAS vorgeschrieben, doch werden für Fahrgastschiffe in den Regeln III/21, III/22 SOLAS deutlich höhere Anforderungen als für sonstige Schiffe (insb. Regel III/7 SOLAS) gestellt. Da sowohl die *operational readiness* als auch das Vorhandensein von Rettungsmitteln gerügt wurde, ist von einem Zusammenhang zwischen beiden auszugehen.

[48] Auch beim Training bzw. Übungen der Besatzung stellt Regel III/19 SOLAS (sowie für Feuerübungen Regel II-2/15 Abs. 1, 2 SOLAS) allgemeine Anforderungen auf, die für Fahrgastschiffe durch Regel III/30 SOLAS (für Feuerübungen durch Verweis in Regel II-2/15 Abs. 3 SOLAS) verschärft werden.

Fahrgastschiffe zu betrachten,[49] entsprechend seien höhere Anforderungen an die Schiffssicherheit zu stellen. Dafür spricht auch, dass die Bundesregierung (Deutschland ist Flaggenstaat), nachdem man zunächst höhere Anforderungen hatte durchsetzen wollen,[50] der Auffassung ist, bei den festgehaltenen Schiffen lägen „keine gravierenden Sicherheitsmängel" vor.[51] In Deutschland werden die Schiffe also nicht als Fahrgastschiffe eingestuft, Sicherheitsmängel werden dementsprechend nicht gesehen.

Es stellt sich also die Frage, ob es sich bei den zivilen Rettungsschiffen tatsächlich um Fahrgastschiffe im Sinne von MARPOL bzw. SOLAS handelt oder sie als solche zu behandeln sind, weil nur dann die Mängel vorlägen und das Festhalten gerechtfertigt wäre. Der Begriff des Fahrgastschiffes ist in Regel 1 Abs. 10 Anl. IV MARPOL bzw. Regel I/2 lit. f SOLAS wortgleich definiert. Es ist demnach „ein Schiff, das mehr als zwölf Fahrgäste befördert". Fahrgast (*passenger*) wiederum ist gemäß Regel 1 Abs. 7bis Anl. IV MARPOL bzw. Regel I/2 lit. e SOLAS jede Person, die nicht zur Besatzung gehört bzw. sonstwie auf dem Schiff beschäftigt ist; Kinder unter einem Jahr werden nicht mitgezählt.

Italiens Argumentation lautet, dass die zivilen Rettungsschiffe regelmäßig mehr als zwölf „Fahrgäste" transportieren, indem sie Menschen aus Seenot retten. Demnach werden aus Seenot gerettete Personen als Fahrgäste gezählt.

---

[49] Siehe insb. die Beschlüsse des TAR Sicilia (Anm. 44); EuGH, Beschluss vom 25.2.2021, verb. Rs. C-14/21, C-15/21, Rn. 7; sowie das Schreiben von Bundesminister *Seehofer* an Bundesminister *Scheuer* vom 7.5.2020, veröffentlicht unter https://fragdenstaat.de/dokumente/8020-ifg-antragseenotrettunggeschwrztabgestimmt/ (zuletzt abgerufen am 30.8.2021) (dort ist zwar „Italien" geschwärzt, es ist jedoch offensichtlich, worum es geht).

[50] Siehe hierzu OVG Hamburg, Beschluss vom 5.9.2019, Az.: 3 Bs 124/19, juris; sowie *Keller/Madjidian/Schöler*, Wenn der Vorhang fällt, Verfassungsblog.

[51] So in BT-Drs. 19/25672, S. 4 (Antworten auf die Fragen 6, 7 und 10); vgl. EuGH, Beschluss vom 25.2.2021 (Anm. 49), Rn. 10.

Das entspricht zunächst auch dem Wortlaut der Normen. Dies hieße allerdings, dass ein Schiff, das unterwegs Menschen aus Seenot aufnimmt, dadurch zum Fahrgastschiff wird und, während es auf See ist, ein höherer Sicherheitsstandard greift.

Gegen diese Auslegung ist jedoch die Regelung des Art. IV lit. b SOLAS einzuwenden, die genau diese Konsequenz verhindern soll. Dort heißt es:

> „Personen, die sich wegen höherer Gewalt oder wegen der Verpflichtung des Kapitäns an Bord befinden, Schiffbrüchige oder andere Personen aufzunehmen, bleiben bei der Feststellung, ob eine Bestimmung dieses Übereinkommens auf ein Schiff anzuwenden ist, außer Betracht."

Zur Bestimmung des Regimes, dem das Schiff unterliegt, werden also all die Personen nicht mitgezählt, die pflichtgemäß aus Seenot gerettet wurden und sich deshalb an Bord befinden. Insofern schränkt Art. IV lit. b SOLAS die Begriffsbestimmung der Regel I/2 lit. f SOLAS ein. Gemäß dem Wortlaut des Art. IV lit. b SOLAS ist es überdies unerheblich, ob die Rettung „geplant" erfolgt, also im Voraus beabsichtigt ist, oder nicht; entscheidend ist allein die Frage, ob die Personen in Befolgung der Rettungspflicht an Bord genommen werden. Dem widerspricht auch Art. V SOLAS nicht, denn dieser betrifft Fälle, in denen es zwar um die Evakuierung von Menschen geht, dies aber gerade über die Rettungspflicht hinausgeht. Entsprechend ist es dort auch erforderlich, dass die Beförderung von mehr Personen *gestattet* wird.

Zwar enthält MARPOL eine solche Norm nicht ausdrücklich. Doch ist die Definition des Fahrgastschiffes wortgleich übernommen worden. Sie wurde nachträglich eingefügt, um ganz bestimmte Probleme zu adressieren.[52] Die ur-

[52] Sie wurde nach dem vereinfachten Änderungsverfahren des Art. 16 MARPOL durch IMO-Entschließung MEPC.200(62) eingefügt. Zu den Beratungen siehe insb. IMO-Dok. MEPC 62/24, Ziff. 6.5 ff.

sprüngliche Fassung unterschied nicht zwischen Fahrgast- und sonstigen Schiffen, so dass auch im „allgemeinen Teil“ des Abkommens eine Art. IV lit. b SOLAS entsprechende Norm überflüssig war. Bei der Einfügung der Definition wurde über ihre Tragweite nicht diskutiert, sondern lediglich die Bestimmung aus SOLAS übernommen.[53] Insofern ist auch die Beschränkung dieser Definition, die in Art. IV lit. b SOLAS statuiert wird, zu übernehmen. Hierfür spricht auch die Vertragsauslegungsklausel von Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge,[54] insbesondere dessen Abs. 3 lit. c, wonach andere Verträge bei der Auslegung miteinbezogen werden müssen. Vorzugswürdig erscheint somit auch hinsichtlich MARPOL die Annahme, dass gerettete Personen nicht als „Fahrgäste“ gelten.

Die Auffassung, wonach zivile Rettungsschiffe als Fahrgastschiffe im Sinne der genannten Übereinkommen anzusehen sind und entsprechend höheren Sicherheitsstandards unterliegen, ist insoweit unhaltbar, als allein wegen der Zahl der geretteten Personen die Überschreitung der Grenze von zwölf Fahrgästen erreicht wird. Dies ist aber Voraussetzung für die wesentlichen Mängel der Schiffe. Liegen diese nicht vor, so darf das Schiff gemäß Abs. 3.13 S. 1 Pariser Vereinbarung bzw. Art. 19 Abs. 8 S. 1 Hafenstaatkontroll-RL nicht festgehalten werden.

IV. Ergebnis

Aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen über die Frage, ob zivile Rettungsschiffe als bzw. wie Fahrgastschiffe zu bewerten sind oder nicht, stellen Italien sowie die Betreiberorganisationen und Deutschland als Flaggenstaat unterschiedliche Anforderungen an die Schiffe selbst. Dies hat zur Folge, dass

[53] Vgl. IMO-Dok. MEPC 62/24, Ziff. 6.5 ff.

[54] Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, BGBl. 1985 II Nr. 28, 927.

Schiffe, die vom Flaggenstaat als sicher erachtet werden, vom Hafenstaat aufgrund von Mängeln festgehalten werden.

Dies ist zunächst eine von der Idee der Hafenstaatkontrolle durchaus intendierte Folge: Eine unzureichende Prüfung durch den Flaggenstaat soll durch den Hafenstaat ergänzt oder ersetzt werden, so dass insgesamt ein angemessenes Niveau in den Bereichen Schiffssicherheit, Umwelt- und Arbeitsschutz erreicht wird. Im Falle der zivilen Seenotrettungsschiffe kommt dieses Ergebnis jedoch zustande, weil Italien die materielle Rechtslage verkennt, indem es aus Seenot gerettete Personen als „Fahrgäste" bewertet. Dieser Rechtsbruch mag in der politischen Absicht erfolgen, die zivile Seenotrettung zu unterbinden, um so die – tatsächlich dringend notwendige – Reform der Gemeinsamen Europäischen Asylpolitik voranzutreiben.[55] Dadurch wird jedoch die zivile Seenotrettung verhindert, nachdem die staatliche eingestellt wurde,[56] was letztendlich Menschenleben kostet.

Es sei an dieser Stelle zudem darauf hingewiesen, dass das Regionale Verwaltungsgericht Sizilien im Beschwerdeverfahren von Sea-Watch gegen die Festsetzungen ihrer beiden Schiffe dem EuGH am 8. Januar 2021 gemäß Art. 267 AEUV die Vorabentscheidungsfrage vorgelegt hat, in welche Kategorie Rettungsschiffe einzuordnen sind und wie sich die Zahl geretteter Personen auf die Anforderungen an die Schiffssicherheit auswirkt.[57] Eine Antwort des EuGH wird mit Spannung erwartet.

---

[55] Vgl. hierzu bereits *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (939).

[56] Siehe *Blanke/Johr*, DÖV 2019, 929 (931 f.).

[57] Anhängig als verb. Rs. C-14/21 und C-15/21; Vorlagefragen in ABl. 2021 C 98/9. Ein beschleunigtes Verfahren nach Art. 105 seiner Verfahrensordnung hat der EuGH durch Beschluss vom 25.2.2021 *abgelehnt*.

D. Schlussfolgerungen

Die Strategien Italiens, zivile Seenotrettung durch die Zugangsverweigerung zu seinen Häfen sowie durch Strafprozesse gegen Kapitäne und Besatzungen zu verhindern, müssen als gescheitert angesehen werden; auch in Frankreich wurde eine solche Strafbarkeit für humanitär motiviertes Handeln, das unerlaubte Migration fördert, von Verfassungs wegen weitgehend ausgeschlossen.[58] In Alternative zu diesen Strategien werden die Schiffe nun im Rahmen der Hafenstaatkontrolle festgesetzt. Doch auch diese Strategie begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken. Denn die Festhalteverfügungen ergehen aufgrund von Mängeln, die nur unter der Annahme vorliegen, dass es sich bei den zivilen Rettungsschiffen um „Fahrgastschiffe" im Sinne der seerechtlichen Übereinkommen handelt. Diese Annahme ist wiederum nur haltbar, wenn die aus Seenot geretteten Personen als Fahrgäste anzusehen sind, was jedoch Art. IV lit. b SOLAS ausdrücklich ausschließt. Die aktuelle Festhaltepraxis Italiens muss damit als rechtswidrig angesehen werden, soweit sie bei der Mängelfeststellung die Standards, die für Fahrgastschiffe gelten, anlegt. Es ist davon auszugehen, dass der EuGH dies im anhängigen Vorabentscheidungsverfahren ebenfalls feststellen wird.

[58] Conseil Constitutionnel, Urteil vom 6.7.2018 (Anm. 17).

Bibliographie

Amnesty International, Between Life and Death, 24.9.2020, abrufbar unter https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/3084/2020/en/ (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Beckert, Erwin/Breuer, Gerhard, Öffentliches Seerecht, Berlin/New York 1991.

Blanke, Hermann-Josef/Johr, Manoël, Rechtliche Vorkehrungen für die zivile Seenotrettung im Mittelmeer. „Sichere Häfen" und „verlässliche Ausschiffungsregelungen" in der EU zur Überwindung völkerrechtlicher Ungewissheit, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2019, 929–940.

Brandt, Eberhard, Die europäische Hafenstaatkontrolle nach der Reform, Transportrecht (TransportR) 2010, 205–216.

Council of Europe – Commissioner for Human Rights, A distress call for Human rights. The widening gap in migrant protection in the Mediterranean, März 2021, abrufbar unter https://rm.coe.int/a-distress-call-for-human-rights-the-widening-gap-in-migrant-protectio/1680a1abcd (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Unterlassene Hilfeleistung nach § 323c Abs. 1 StGB bei in Seenot geratenen Personen, Az. WD-7-3000-221/18, 9.10.2018, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/583048/cc52960b90789fa8a11f69586713539c/WD-7-221-18-pdf-data.pdf (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Deutscher Bundestag – Wissenschaftliche Dienste, Seenotrettung durch nicht-staatliche Akteure. Im rechtlichen Spannungsfeld zwischen „pull-back"-Operationen der libyschen Küstenwache und dem Refoulementverbot, Az.: WD-2-3000-014/20, 3.3.2020, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/686314/9402ed2d998ae23cf0ce2ccd55719d9a/WD-2-014-20-pdf-data.pdf (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Bearbeiter, in: Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 3. Aufl., Tübingen 2015.

FRA, December 2020 update – NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and legal proceedings against them, 18.12.2020, abrufbar unter: https://fra.europa.eu/en/publication/2020/december-2020-update-ngo-ships-involved-search-and-rescue-mediterranean-and-legal (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Galani, Sofia, Port Closures and Persons at Sea in International Law, International and Comparative Law Quarterly (ICLQ) 70 (2021), 605–633.

Bearbeiter, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, losebl., 72. EL, München 2021.

Hildner, Guido, Völkerrecht und Migration. Aktuelle Fragen der deutschen Völkerrechtspraxis, Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR) 74 (2019), 121–134.

Keller, Vera Magali/Madjidian, Nassim/Schöler, Florian, Wenn der Vorhang fällt. NGO-Schiffe im Mittelmeer und ein fragwürdiges Rechtsstaatsverständnis des Verkehrsministeriums, Verfassungsblog, 7.9.2020, https://verfassungsblog.de/wenn-der-vorhang-faellt/ (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Lagoni, Rainer, Arbeitsschutz auf fremdflaggigen Seeschiffen im Hafen, Archiv des Völkerrechts (AVR) 2010, 58–104.

Lenk, Maximilian, Das Nothafenrecht im Lichte der deutschen Notstandsdogmatik – ein Beitrag zu *Salvinis* ungeliebten Schiffen im Mittelmeer, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV) 2019, 713–725.

Oellers-Frahm, Karin, Italien und die Rettung von Migranten. Anmerkung zur Entscheidung des Gerichts von Agrigent über Festnahme und Anklage der Kapitänin der Sea Watch 3, Archiv des Völkerrechts (AVR) 2019, 345–358.

Oellers-Frahm, Karin, Italien und die Rettung von Migranten in Seenot: Zweiter Akt, AVR 2020, 337–348.

Özç*azyır, Z. Oya*, Port State Control, 2. Aufl., Milton Park/New York 2004.

Bearbeiter, in: Peters, Anne/Wolfrum, Rüdiger (Hrsg.), Max Planck Encyclo-

pedia of Public International Law (EPIL), abrufbar unter: http://opil.ouplaw.com/home/EPIL (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

Rüb, Matthias, „Sea-Watch 3“ festgesetzt, Frankfurter Allgemeine Zeitung (F.A.Z.), 23.3.2021 (Nr. 69), S. 4.

Rüb, Matthias, Italiens Kampf gegen Seenotretter, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung (F.A.S.), 2.5.2021 (Nr. 17), S. 7.

Rüb, Matthias, Lampedusa vor dem Kollaps – wieder einmal, Frankfurter Allgemeine Zeitung (F.A.Z.), 11.5.2021 (Nr. 108), S. 3.

Rüb, Matthias, Nur scheinbar von Salvinis Linie abgekehrt, Frankfurter Allgemeine Zeitung (F.A.Z.), 7.7.2021 (Nr. 154), S. 5.

Takei, Yoshinobu, Institutional Reactions to the Flag State That Has Failed to Discharge Flag State Responsibilities, Netherlands International Law Review (NILR) 2012, 65–90.

Talmon, *Stefan*, Private Seenotrettung und das Völkerrecht, Juristenzeitung (JZ) 2019, 802–809.

Bearbeiter, in: Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Hrsg.), Zivilprozessordnung (ZPO), 42. Aufl., München 2021.

Turrini, Paolo, Between a “Go Back!” and a Hard (to Find) Place (of Safety): On the Rules and Standards of Disembarkation of People Rescued at Sea, Italian Yearbook of International Law (IYIL) 2019, 29–46.

UNHCR, Position on the Designations of Libya as a Safe Third Country and as a Place of Safety for the Purpose of Disembarkation Following Rescue at Sea, September 2020, abrufbar unter https://www.refworld.org/docid/5f1edee24.html (zuletzt abgerufen am 30.8.2021).

N.N., „Verfahren gegen Carola Rackete eingestellt“, Die Tageszeitung (taz), 20.5.2021, S. 2.

„Internationales Mandat, komplexe Rechtsmaterie. Sie sollen ein Gutachten entwerfen und Ihre Ergebnisse im Teammeeting präsentieren. Sind Sie dabei?“

Dr. Adrian Bingel, Partner, Corporate/M&A

NEIN,

DAS IST ETWAS GANZ NEUES FÜR MICH.

JA,

DAS IST ETWAS GANZ NEUES FÜR MICH.

REFERENDARE / WISSENSCHAFTLICHE MITARBEITER / PRAKTIKANTEN (M/W/D)

Ihr Mindset ist für uns Einstellungssache. Bringen Sie Exzellenz, Neugierde und Ideen mit und lieben Sie die juristische Herausforderung? Bei uns arbeiten Sie zusammen mit erfahrenen Partnerinnen und Partnern in spannenden Gerichtsverfahren und Projekten und werden individuell gefördert. Neben dem Learning-on-the-job profitieren Sie zudem von den Angeboten unseres One Step AHEAD-Nachwuchsjuristenprogramms. Bewerben Sie sich am besten jetzt online unter: **karriere.gleisslutz.com**

Gleiss Lutz

BERLIN • DÜSSELDORF • FRANKFURT • HAMBURG • MÜNCHEN • STUTTGART • BRÜSSEL

Donald Trump and the Capitol

A comparative analysis of criminal liability for the incidents of 6 January 2021

by
Malte Thiele*

University of Edinburgh

Abstract

The following analysis illustrates the structural differences in how American and German law determine criminal liability regarding Donald Trump's speech on Capitol Hill on 6 January 2021. It is found that these dogmatically different approaches – especially regarding incitement and instigation – nevertheless lead to almost identical results. However, in contrast to Germany, it appears unlikely that Trump incurred any criminal liability under US law, which can be explained by constitutional justification and less stringent criminal provisions. Conclusively, this article evaluates these findings with special attention to long-term implications for the criminal liability of political speech in general and Trump's in particular, by comprehensively examining his and the rioters' criminal liability under German and US law. Both jurisdictions achieve different results with their distinct mechanisms, although the application and argumentation appears familiar in both US and German law. Hence, this comparison allows for the development of a system of classification regarding the legal implications of political speeches and presents the relative advantages and disadvantages of case law and statutory law.

* This work is part of the author's dissertation at the University of Edinburgh. The author is currently a judge at the Local Court (*Amtsgericht*) Mannheim.

The constitutional consequences for former President Donald Trump (hereinafter: Trump) regarding the storming of the Capitol on 6 January 2021 were limited due to the political balance of power. Trump was the first president in American history to face impeachment proceedings twice. In addition, however, Trump could face criminal charges in the District of Columbia (hereinafter: D.C.), where § 22-1322 of the Criminal Code (hereinafter: D.C. Code) states that

> '[w]hoever willfully incites or urges other persons to engage in a riot shall be punished by imprisonment not more than 180 days or a fine […].'

Accordingly, it is generally unlawful in D.C. to incite a riot. Nonetheless, criminal liability in the United States requires a case-by-case analysis. Therefore, this article focusses on dogmatic peculiarities of criminal liability, participatory paradigms, dogmatic differences between incitement and instigation under criminal law and the impacts of freedom of expression.[1] This article analyses, from a German and US comparative legal perspective, whether Trump's prosecution would result in an indictment and elaborates on the legal particularities of the criminal offence of inciting a riot in both jurisdictions.

A. Introduction

The attack on Capitol Hill in Washington represents, like no other event, the division of Western society in the 21st century. During the joint sessions, Congress was counting electoral votes to confirm Joe Biden's victory in the 2020 presidential election, when a violent mob stormed the Capitol to obstruct this constitutional procedure. The root cause of the riot was a 71-minute speech by

[1] In awareness of slight differences, this article uses 'freedom of expression' as a general term to include both writings and other forms of expression and 'freedom of speech' when only a spoken statement is analysed.

Trump as part of his *Save-America* rally near the White House, in which he repeated his claim that massive electoral fraud had deprived him of his victory. With the false claim that the election was rigged, and building hatred against his identified enemies, Trump's speech culminated in a call for his supporters to march with him to the Capitol:

> 'After this, we're going to walk down and I'll be there with you. […]. We're going walk down to the Capitol, and we're going to cheer on our brave senators, and congressmen and women. We're probably not going to be cheering so much for some of them because you'll never take back our country with weakness.'[2]

These remarks, however, were only the tip of the iceberg in a narrative that had been ongoing since the November 2020 election. The speech itself left little doubt that Trump was not only willing to risk, but actively condoned a march to the Capitol. According to an analysis of cell phone location data from the rally,[3] about 40 % of the rally visitors followed Trump's calls such as 'you have to get your people to fight. If they don't fight, we have to primary the hell out of the ones that don't fight' and marched on Capitol Hill. Even after his speech, Trump continued to fire up his supporters via Twitter. For example, Trump repeated the false claim about the 'stolen' election:

> 'Our country has had enough. We will not take it anymore and that's what this is all about. To use a favourite term that all of you people really came up with, we will stop the steal.'[4]

---

[2] The whole transcript of the speech by U.S. News 'Transcript of Trump's Speech at Rally Before US Capitol Riot'.

[3] Warzel and Thompson, 'Opinion: they stormed the capitol. Their apps tracked them'.

[4] Transcript, *supra* note 2.

Nonetheless, the consequences of the storm on the Capitol are undisputable. In the aftermath of the riot, over fifty people were arrested, more than 140 were injured and five had died.[5]

On 13 January 2021, Trump was impeached a second time by the House of Representatives.[6] The indictment accuses him of 'incitement of insurrection' in connection with the Capitol riot. Moreover, there were several lawsuits against identified rioters, who saw Trump as the inspiration for their actions.[7] For instance, the 'Qanon Shaman' Anthony, known through countless TV recordings and appearances, justified his appearance in Washington to the FBI with the words that 'he came as a part of a group effort, with other "patriots" from Arizona, at the request of the President that all patriots come to D.C. on January 6, 2021'.[8]

Thus, a comprehensive legal analysis of the Capitol riot cannot only examine Trump as a principal offender but must consider where the line must be drawn between incitement and freedom of speech in the context of Trump's public speech, since both the rioters and Trump himself saw their actions as justified by the Constitution.

B. Criminal Liability in the wake of the Capitol riots under German Law

In contrast to common law, the German Criminal Code (*Strafgesetzbuch*, hereinafter: StGB) distinguishes between participation and principal offences.

---

[5] Healy, 'These Are the Five People Who Died in the Capitol Riot'.

[6] cf. Mascaro, 'Trump Impeached After Capitol Riot in Historic Second Charge'.

[7] Bump, 'Analysis: Over and over and over, arrested rioters say what spurred them: Trump'.

[8] Available at: https://www.justice.gov/usao-dc/case-multi-defendant/file/1364486/download.

Regarding accessorial liability, the German criminal law also differentiates between incitement, instigation and aiding. While the law punishes the instigator like the principal offender, the aider-accessory receives a reduced sentence pursuant to § 49(1) StGB.[9] When it comes to criminal liability regarding public speech, § 26 StGB: Instigation (*Anstiftung*) is applicable.[10]

I. Trump, the Instigator?

If the rioters in and around the Capitol had been asked who caused and induced them to act, they would undoubtedly have answered 'Trump'.[11] German literature and jurisprudence, however, would not necessarily deem Trump as an instigator, citing the requirements of certainty (*Bestimmtheit*)[12] applied in the case of instigation and incitement.[13]

1. § 26 StGB: Instigation and Certainty

§ 26 StGB describes the German principle of instigation as follows:

> 'Whoever intentionally induces another to intentionally commit an unlawful act incurs the same penalty as an offender.'

According to a common definition, the offender is always determined by the participant within the meaning of § 26 StGB, if the participant causes the

[9] Dubber and Hörnle, *Criminal Law: A Comparative Approach,* 304.

[10] Even though the translation 'abetting' can be found, the term 'instigation' seems more precise. See for instance, Du Bois-Pedain, 'Participation in Crime', 94-134.

[11] See already under Chapter 1 regarding Qanon Shaman Jacob Anthony.

[12] This article uses the word 'certainty' to describe the specific requirements of *instigation* and *incitement* with regard to the principal offence.

[13] Fahl, '"Bestimmtheitsanforderungen" bei Anstiftung und Aufforderung - zum Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB', 437.

offender's intention to commit the offence. This requires – even objectively – the participant to determine a certain offender to commit a certain act.[14] If it is completely unclear to the acting person (Trump), who the principal offender might be, there are at least considerable doubts about such certainty[15] and § 26 StGB reaches its limits.

Despite narrow exceptions,[16] there generally exists a restrictive understanding of instigation in Germany.[17] Thus, a person who addresses a group of people of completely indeterminable and unmanageable size does not commit an instigation because there must be at least a possibility that the instigator can exert influence on the principal offender to create a sufficient legal interest of penalisation. In this context, requests to commit offences via radio or television typically do not suffice. Therefore, Trump's criminal liability with regard to the events of 6 January 2021 is in doubt.

a. The (Un-)Certainty of the Instigated

Primarily, whether an act of criminal instigation has occurred is a question of the precise level of certainty required.[18] To establish criminal liability, a general call to commit a criminal offence is not sufficient. On the other hand, a detailed plan is also not required. Rather, there must be an instigation of a specific group of persons, from which the instigator could identify the principal offender. However, German scholars disagree about how to pour these components

[14] Kudlich, *Beck Online Kommentar Strafgesetzbuch*, § 26 para. 12.

[15] Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Part II, § 26, para. 148; Fahl, 'Der Sturm auf das Kapitol – zum dogmatischen Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB, 274.

[16] Only for *Dreher* inducing of a crowd is unproblematically an instigation; cf. Dreher, *Der Paragraph mit dem Januskopf*, 323 et seq.

[17] Schünemann, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, § 26 para. 48.

[18] Kudlich, *supra* note 14, para. 12.1.

into a concrete framework.

According to *Samson*,[19] the decisive factor is whether the person who the instigator is trying to influence (hereinafter: the instigated) 'appears to him as a mere part of an indeterminate (*unbestimmbar*) group of persons without individual features' or whether the instigated 'stands out from the background of the others as a definite figure'. Instigation in the context of an indefinite group can only be considered in the latter case. For example, someone who distributes leaflets to pedestrians comes into physical contact with individuals, but they do not appear as such and thus remain an indefinite group. The line to instigation is crossed where the incitement occurs in an interaction and can be related to a personal situation.[20] Trump's speech, however, does not constitute such a personal situation.

Therefore, regarding the instigated, *Rogall*[21] believes that the legal nature of *instigation* already requires the clear identification of 'another'. Hence, the instigator directs the instigation at a previously identified individual or definite group.[22] Thus, including an indefinite group would be aberrant.[23] Accordingly, an 'identifiability' is a fundamental prerequisite of criminal instigation, which can only be assumed if the instigator would be able to 'identify the principal offenders – if he does not know them – without great difficulty and possibly

[19] Samson, 'Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten', 260.
[20] ibid. 260.
[21] Rogall, 'Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten', 11-26.
[22] As early as Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 103. He states the demand that the instigator must be directed at a specific offender 'or at least at an individually determined group of offenders', otherwise only § 111 StGB comes into question.
[23] Rogall, *supra* note 21, 12: With the further remark that the opposing opinion blurs the differences to § 111 StGB too much.

dissuade them from committing the offence'.[24] Relating to the Capitol attack, these two criteria could lead to contradictory results:[25] Focussing on the first criterion, namely identifiability, an act of instigation on the part of Trump would have to be denied, as Trump could hardly determine 'without great difficulty' who attacked the Capitol as a result of his speech. Conversely, if emphasis is placed on the question whether it is possible to stop people from committing the act, it appears likely that Trump could have stopped the actions of his supporters, perhaps via social media.

Overall, against the background of the requirement that the instigator must be able to identify a definite group of possible principal offenders, Trump's speech on 6 January 2021 would not fall under § 26 StGB. For Trump, the rioters did not represent a clearly identifiable group, meaning that there was insufficient certainty regarding the individual future principal offenders.

b. The (Un-)Certainty of the Act

Moreover, in the context of the Capitol attack, the (un-)certainty of the act may stand in the way of Trump's criminal liability under § 26 StGB. At first glance, albeit inflammatory words such as 'We're going to have to fight much harder' do not explicitly indicate that rioters should smash windows or invade the Capitol. Therefore, the extent to which the instigator must determine definite acts of the principal offender in order to meet the requirements of § 26 StGB requires further clarification.

This is also particularly important to determine the circumstances under which a case of escalating violence (*Exzess*) can be identified. In cases of escalating

[24] ibid. 14.

[25] Fahl, *supra* note 13, 434.

violence, the criminal acts of the instigated go so far beyond those initially encouraged by the instigator that the latter can no longer be held accountable for them. To determine whether a criminal act by the instigated amounts to escalating violence, *Satzger*[26] proposes the so-called 'test of hypothetical presence'. Here, the decisive factor is whether the instigator – assuming his hypothetical presence at the crime scene – could easily decide whether the principal offender acts based on his behavioural suggestion. There is no clear answer to this in the case of the Capitol riots. On the one hand, Trump could easily assume that his speech directly caused the broken windows. On the other hand, he could argue that these actions were a complete misunderstanding of his words.[27]

Herzberg connects escalating violence to the level of objective attribution rather than subjective facts. According to his proposal, the punishment of a political agitator seems 'appropriate',[28] at least under the premise that the instigator exerts such an influence on the principal offence that it amounts to a co-determination regarding the realisation of common planning. Nevertheless, this approach is flawed because objective attribution cannot be used to determine criminal liability under § 26 StGB.[29] Considering the rules of evidence, a more persuasive criterion is the subjective attribution to Trump himself. Much like in the case of § 111 StGB, concerning instigation and the principal 'unlawful' offence, a conditional intent (*dolus eventualis*) is sufficient:[30] The offender must have acquiesced to the commission of the principal offence, as it is committed.[31]

---

[26] Satzger, 'Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz', 520.
[27] Fahl, *supra* note 13, 274.
[28] Joecks and Scheinfeld, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 26 para. 61.
[29] Fahl, *supra* note 13, 274.
[30] Satzger, *StGB-Strafgesetzbuch*, § 111 para. 9.
[31] Fahl, *supra* note 13, 274.

In conclusion, Trump's conviction under § 26 StGB would not fail due to the lack of certainty regarding the principal offence. Trump's speech clearly shows his acceptance of the rioters' later actions. Hence, they are subjectively attributable to him within the scope of § 26 StGB.[32] Nevertheless, as shown above, Trump's prosecution would not succeed due to the uncertainty of the instigated.

2. Principal Offences committed by the Rioters

However, if one were to assume that the crowd of rioters who stormed the Capitol were indeed a sufficiently definite group, their principal offences would have to be examined in order to determine the nature of Trump's liability. Sufficient reason to press charges is given when, based on a preliminary evidence assessment, a later conviction is probable.[33] In this case, the criminal offences of (aggravated) trespass and criminal damage appear most relevant.

a. §§ 123 and 124 StGB: (Aggravated) Trespass

§ 123 StGB legally protects the domiciliary right. The rioters are guilty of criminal trespass by entering and remaining in the Capitol. As captured and evidenced by video recordings, they even committed the more severe form of aggravated trespass. According to § 124 StGB, if a crowd of people publicly gangs together and, with the intention of joining forces to commit acts of violence against persons or property, unlawfully enters the private premises, business premises, or other enclosed property of another, or closed premises designated for public service, each person taking part in these acts is criminally liable.

[32] This can also be seen differently, as shown by the counterarguments listed in the section on US law (C.I.3.c.) which are filtered from Trump's speech.

[33] Kölbel, *Münchener Kommentar zur StPO*, § 170 para. 14-17.

A crowd within the meaning of § 124 StGB also exists in the case of 'an accumulation of an unmanageable number of people'[34] where it does not make a difference whether specific individuals join or leave.[35] Due to the danger of psychological mass escalation, a lack of direct communication cannot be used as a defence strategy. Such an escalation may occur in an organised or uncontrolled manner with or without direct communication,[36] as the Capitol attack itself impressively illustrates.

b. §§ 303 and 304 StGB: Criminal damage and Aggravations

In general, § 303 protects property and the rights deriving from it. Conclusively, one can subsume all damages to the Capitol under this Section as rioters destroyed windows and doors to enter the Capitol. With evidence from television images, principal offenders should be sufficiently ascertainable, whereby those involved might be co-perpetrators within the meaning of §§ 25(2) StGB.[37] §§ 304 StGB goes beyond § 303 StGB. From a dogmatic viewpoint, § 304 StGB is not an aggravation of criminal damage, but a standalone offence[38] because the violation of another person's property is not a pre-requisite. Rather, it is about protecting the public interest in the preservation of certain objects that are of particular importance to the public,[39] like the Capitol building.[40]

---

[34] The minimum number is around 20 people: Higher Regional Court (OLG) Naumburg judgment, 21 March 2000 - 2 Ss 509/99.

[35] Ostendorf, *Strafgesetzbuch*, § 124 para. 7.

[36] Federal Supreme Court (BGH) judgment, 13 May 1993 - 4 StR 187/93.

[37] Section 25 (Commission of offence) states: '*If several persons commit an offence jointly, each person incurs a penalty as an offender (joint offenders*).'

[38] Dölling, *Gesamtes Strafrecht*, para 1.

[39] ibid. para 1.

[40] ibid. para. 18.

As shown above, due to the lack of a definite group (see B.I.1.a.), these principal offences would not establish Trump's criminal liability in accordance with § 26 StGB. However, once the committed offences are established, Trump might be liable for publicly inciting them pursuant to § 111 StGB.

c. § 111 StGB: Public Incitement to Commit Offences

Considering the legislator's intention for § 111 StGB to serve as a special offence, the proximity to instigation becomes evident: Particularly dangerous forms of public acts must be criminalised.[41] Consequently, a definite addressee or group of addressees is not required to establish criminal liability under § 111 StGB. Instead, a merely indefinite addressee or group of addresses serve as a sufficient object of the offence of Public Incitement to Commit Offences.[42]

Accordingly, it primarily aims to punish those forms of public incitement not covered through § 26 StGB, because the principal offence and/or the group of addressees are indefinite:[43]

> 'Whoever publicly, in a meeting or by disseminating material (§ 11 (3)) incites the commission of an unlawful act incurs the same penalty as an instigator (§ 26).'

Thus, it covers precisely those form of conduct which, like instigation, are capable of provoking the intention to commit a criminal offence.[44] Moreover, *prima facie*, the inciter's mental influence on the incited person's decision to

[41] Bosch, 'Hassbotschaften und Hetze im Internet als Aufforderung zu Kriminaltaten', 381.
[42] Dallmeyer, *Beck Online Kommentar Strafgesetzbuch*, § 111 para. 1-3.
[43] ibid. 381.
[44] ibid. 382.

commit the offence is less severe than in the case of the instigator. Hence, § 111 StGB requires a lesser degree of certainty with regard to the principal offence (e.g. time and place) and focuses more on the principal offender.[45] However, these lesser requirements for criminal liability under § 111 StGB are not justified by a corresponding lower range of punishment. This is in fact identical to § 26 StGB.[46] Instead, the decisive and differentiating factor is how the requirements of definiteness under § 111 StGB relate to § 26 StGB, and why the StGB criminalises such behaviour.

In general, the expected principal offence is specified in terms of its nature and legal essence by the incitement under § 111 StGB. By including the external circumstances (e.g. the statement made during a demonstration or political discussion) in the individual case, one can consider whether the statement is intended as a provocation or a 'conscious-final influence' on a contemplated commission of an offence.[47] In this sense, the statement of the inciter must recognisably aim to motivate its addressees directly to commit a certain offence. Hence, this requires a certain degree of influence on third parties,[48] the so-called appellative character of incitement.

§ 111 StGB covers cases in which a significant part of the inciter's dangerous influence targets an undefined circle of addressees, for example, via a website or during a demonstration.[49] The special danger captured by § 111 StGB manifests itself in the public manner of committing the offence. Public speech

---

[45] Bosch, *supra* note 41, 382.

[46] '*Whoever* [...] *incites the commission of an unlawful act incurs the same penalty as an abettor (§ 26).*'

[47] Bosch, *supra* note 41, 384.

[48] ibid. 383.

[49] Bosch, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 111 para. 1.

evokes an uncontrollable danger that the causal process set in motion by the inciting party ends up 'getting out of hand'.[50] In conclusion, § 111 StGB not only protects against principal offences, but also protects the community peace (*Gemeinschaftsfrieden*).

As a result, and unlike instigation, § 111 StGB includes cases involving an indefinite group of addressees. Relevant German case law supports this approach: As early as 1931, the demand 'Beat the fascists where you meet them!' was deemed sufficiently definite in the sense of § 26 StGB,[51] whereas the demand for actions that 'make the city tremble' was too indefinite, but sufficient for § 111 StGB.[52] Applied to the Capitol attack, the 'Save America' speech might be too indefinite for instigation but is sufficient for § 111 StGB.

First, Trump spoke publicly at the rally. Second, although he did not consider all specificities regarding the principal offences (e.g. time, location or object of the crime), Trump must have considered potential aggressive action of his supporters. His speech included calls to 'fight like hell' or statements like 'We're going to try and give them [democrats] the kind of pride and boldness that they need to take back our country'. Conclusively, the Capitol attack perfectly matches with the legislative intention behind § 111 StGB: the incitement directed at an indefinite group to commit a particular offence can be just as dangerous as in the case of instigation, provided that, despite the lack of individualisation, it meets with 'fertile ground'.[53] Moreover, there exists evidence that Trump approved of the events around Capitol Hill, as his behaviour after the attack and the lack of explicit and convincing renunciation clearly indicate

[50] ibid. para. 1.

[51] Imperial Court of Justice (*Reichsgericht*), judgment, 11 May 1931 - III 151/31.

[52] Satzger, *supra* note 30, para. 3.

[53] Bosch, *supra* note 41, 381.

such acquiescence.

4. Constitutional Justification

Trump would nonetheless be exempt from criminal liability, if his speech were constitutionally justified. Many statements made in public on websites or at demonstrations raise the issue of where the line is to be drawn between democratic political discourse and a criminal offence. The constitutional rights of freedom of expression (Article 5(1)[54] the German Basic Law (*Grundgesetz*, hereinafter: GG) and assembly (Article 8[55] GG), which are invoked as a justification, often play a decisive role. This raises the question whether, if the events of 6 January 2021 had taken place in Germany, Trump could rely on Articles 5(1) and 8 GG to justify his behaviour.

In some cases, courts derive a justification directly from the Constitution for conduct that falls under § 111 StGB.[56] Regardless of the fundamental

[54] Article 5 (freedom of expression, arts and sciences): '(*1) Every person shall have the right freely to express and disseminate his opinions in speech, writing and pictures and to inform himself without hindrance from generally accessible sources. Freedom of the press and freedom of reporting by means of broadcasts and films shall be guaranteed. There shall be no censorship. (2) These rights shall find their limits in the provisions of general laws, in provisions for the protection of young persons and in the right to personal honour. (3) Arts and sciences, research and teaching shall be free. The freedom of teaching shall not release any person from allegiance to the constitution.*'

[55] Article 8 (Freedom of assembly) '*(1) All Germans shall have the right to assemble peacefully and unarmed without prior notification or permission. (2) In the case of outdoor assemblies, this right may be restricted by or pursuant to a law.*'

[56] Misleading, for example, Higher Administrative Court (OVG) Münster judgment, 18 September 2012 - 5 A 1701/11 with remote reference to Article 8 GG in the assessment of a possibly punishable call to blockade an authorised assembly; on this, correctly: Ruffert, 'Besonderes Verwaltungsrecht: Versammlungsrechtliche Auflagen gegen "Blockadetraining"', 575 et seq.

question of whether there can be room for a special constitutional justification in addition to unwritten general grounds for justification already recognised in German criminal law, such an approach fails to recognise the structure of § 111 StGB. If the Public Incitement to Commit Offences has the required degree of seriousness and the declaratory content of incitement within the framework of a constitutional interpretation, criminal law already stipulates the weighing of interests. Under Article 5(3) GG, general laws limit the freedom of expression and renewed weighing of legally protected rights should not invalidate them.[57] Hence, criminal law prohibits the incitement to violate the individual legal assets of third parties in the battle of opinion.[58]

Conclusively, the German Constitution offers no justification since the purpose of § 111 StGB is to restrict freedom of expression.

II. Findings

Trump would be found guilty in German law under § 111 StGB: Public Incitement to Commit Offences. Although Trump would be likely to invoke the lack of certainty of his speech regarding instigation, the very real danger of inciting indefinite groups is precisely the reason why the German legislature enacted § 111 StGB. A protective regulation that will occupy the courts especially in the context of political and hate speech for many years to come.

However, one cannot simply be transfer this outcome into American law. In the *Land of the Free*, the constitution is of paramount importance, even in the context of determining criminal liability.

---

[57] Bosch, *supra* note 41, 384; cf. on the interaction doctrine in this respect see also: Jahn ,'Aufrufe zum Ungehorsam - Verfahren wegen des Kosovo-Kriegs vor den Maobiter Strafgerichten', 489 - 506.

[58] Bosch, *supra* note 41, 385.

C. Criminal Liability in the wake of the Capitol riots under US Law

On 13 February 2021, Congress acquitted Trump of 'inciting US Capitol riot' with 57 to 43 senators voting guilty[59]. Nevertheless, in the US, inciting a riot is also a criminal offence at the federal and state level. This article identifies the distinction between incitement and public speech and defines the scope of protection of the First Amendment.

The analysis of Trump's offences under US law is based upon the fundamental dogmatical difference compared to German law, whereas the question of certainty and contextual analysis is equally extensive. Instead of instigation and § 111 StGB, the focal offence under US law is inciting a riot.

I. Inciting to Riot at the Capitol

In General, the events of 6 January 2021 in Washington D.C. meet the general requirements of a riot. The applicable[60] § 22-1322(b) D.C. Code defines a riot as

> 'a public disturbance involving an assemblage of five or more persons which by tumultuous and violent conduct or the threat thereof creates grave danger of damage or injury to property or persons.'

Although different states have their own definition of riot (following US fed-

[59] Here coming short of the needed 2/3 majority; cf. Geoghegan, 'Trump acquitted of inciting mob to attack US Capitol'.

[60] In the US, the state has jurisdiction over offenders that violate the laws of the respective state. The federal government, on the other hand, only has jurisdiction when, for example, border violations take place (e.g. drug smuggling or kidnapping over two states) or when the offenders commit crimes on federal property (e.g. counterfeiting money).

eral law[61]), the events of 6 January fall under the definition of § 22-1322 in every state, as the Trump supporters both exceeded the minimum number of five persons, injured people and destroyed about $1.5 million worth of property.[62]

However, the requirements of incitement imposed by the D.C. Code are more complex. According to § 22-1322, only whoever 'willfully incites or urges other persons to engage in a riot' faces criminal charges. Although the conviction for incitement is generally rare in the US,[63] Trump still could be criminally liable for asking his supporters to march to the Capitol. His words about fighting and strength may have incited the rioters who were ready and intending to get violent. Conversely, his words could have been metaphorical and protected by freedom of expression. Hence, the question is: Did Trump cross this line?

1. Incitement and the Strong First Amendment

In principle, the Bill of Rights guarantees the freedom of everyone to express their opinion and the First Amendment only permits a few exceptions. In 1939,

[61] See 18 U.S.C. Section 2102: '*A public disturbance involving (1) an act or acts of violence by one or more persons part of an assemblage of three or more persons, which act or acts shall constitute a clear and present danger of, or would result in, damage or injury to the property of any other person or to the person of any other individual or (2) a threat or threats of the commission of an act or acts of violence by one or more persons part of an assemblage of three or more persons having, individually or collectively, the ability of immediate execution of such threat or threats, where the performance of the threatened act or acts of violence would constitute a clear and present danger of, or would result in, damage or injury to the property of any other person or to the person of any other individual*.'

[62] Hsu, 'Jan. 6 riot caused $1.5 million in damage to Capitol — and U.S. prosecutors want defendants to pay'.

[63] Wilson, 'No court would convict Trump of incitement. His liability is moral, not legal'.

the US-Supreme Court[64] ruled that the state could not pass laws that could affect freedom of expression.[65] Thus, the First Amendment of the Bill of Rights of 1791 establishes a broad scope of protection for everyone, and it has no explicit limitations like the German Article 5 GG.[66] However, its protection is not absolute either.[67] Primarily, US case law elaborates on free speech and limits it in cases like obscenity,[68] child pornography,[69] or provocation leading to a violent confrontation.[70]

2. Introduction to the Incitement Doctrine

However, one highly relevant limitation is that 'speech that falls within the category of incitement is not entitled to First Amendment protection'.[71] Therefore, freedom of expression is essential within the US criminal law system but even more regarding incitement. In the context of Trump's speech, the incitement-exclusion is relevant, and yet its specific requirements to deny protection are very difficult to meet. They have been formed by a 'modern, more demanding, incitement doctrine'[72] which was established in 1969.[73] In the *Branden-*

[64] *Schneider v State of New Jersey et al.*, 308 U. S. 147 (1939).

[65] *Police Dept. of Chicago v Mosley*, 408 U. S. 92 (1972).

[66] Heldt, 'Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA', 1459.

[67] Malloy and Krotoszynski, 'Recalibrating the cost of harm advocacy: getting beyond Brandenburg', 1160.

[68] See, e.g. *Miller v California*, 413 U.S. 15, 24 (1973).

[69] *Osborne v Ohio*, 495 U.S. 103, 108-111 (1990).

[70] Heldt, *supra* note 66, 1459.

[71] *James v Meow Media Inc.*, 300 F.3d 683, 698 (2002).

[72] Conklin, 'Capitol Offense: Is Donald Trump Guilty of Inciting a Riot at the Capitol?'.

[73] That time, a leader of the Ku-Klux-Klan was convicted for the following words: 'We're not a revengent organization, but if our President, our Congress, our Supreme Court, continues to suppress the white, Caucasian race, it's possible that there might

burg v Ohio ruling,[74] the US-Supreme Court held that there was no liability for incitement because the speech was protected constitutionally. It based its decision on the fact that the call for violence must not only be clear and present (meaning directed at a present audience) but that the use of violence must be imminent (so-called imminent lawless action-test).

This principle is still valid today, as the Supreme Court's jurisprudence has hardly changed in the last 50 years. Only the characteristic of 'imminence' was examined more closely in the case of *Hess v Indiana* (1973)[75] in which a man shouted, 'We'll take the fucking street later' during an anti-war rally. Focussing on the threat, the Supreme Court underlined, that the statement did not call for imminent action and 'was not directed to any person or group in particular'.[76] Accordingly, it is not generally sufficient for the act to take place at 'some indefinite future time'[77] to deny the First Amendment's scope of protection. Thus, clearing the way for all incitements to violence without a precise 'expiry date', the court held that Hess' words fell within 'his rights to free speech' because his speech 'amounted to nothing more than advocacy of illegal action at some indefinite future time'.[78]

Moreover, no general exemption of the protection can be inferred from the fact that Trump falsely implied (non-existing) voter fraud throughout his speech. In contrast to Germany, the US-Constitution protects even false statements of

---

have to be some revengeance taken.' *Brandenburg v Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).

[74] cf. Wilson and Kiper, 'Incitement in an Era of Populism: Updating *Brandenburg* After Charlottesville', 62 et seq.

[75] *Hess v Indiana*, 414 U.S. 105 (1973).

[76] ibid. 107.

[77] ibid. 105.

[78] ibid. 108-109; Wilson and Kiper, *supra* note 74, 76.

fact.[79] Hence, the Supreme Court highlighted:

> '[E]ven when the utterance is false, the great principles of the Constitution which secure freedom of expression preclude attaching adverse consequences to any except the knowing or reckless falsehood.'[80]

Regarding the nature of Trump's speech, the constitutional protection must be intensified even more. According to the Supreme Court, political speech is the most protected type of speech, because it is 'integral to the operation of the system of government established by our Constitution'.[81]

3. Application to the Capitol Attack

In conclusion, according to the First Amendment, certain criteria must be met to affirm incitement. The state may only prohibit or restrict free speech if the speaker (1) advocates and intends for a criminal act that is (2) imminent and (3) likely to occur.[82] In consideration of the Supreme Court jurisprudence, the following chapters elaborate on whether Trump's speech met the high requirements of the *Brandenburg*-test.[83]

a. Trump's Intent

First, the offender must have intended to cause violence.[84] Although this intent

---

[79] cf. *United States v Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).
[80] *Garrison v La*, 379 U.S. 64, 73 (1964).
[81] *Citizens United v Fed. Election Comm'n*, 558 U.S. 310, 340 (2010).
[82] *Brandenburg v Ohio*, 395 U.S. 444, 447 (1969).
[83] Conklin refers to it as the 'three-pong test'. Cf. Conklin, *supra* note 72.
[84] Wilson and Kiper, *supra* note 74, 71.

can be inferred from the circumstances, due to his contradictory statements, his supporters usually cannot comprehend Trump's meaning:[85] he partially limited his statements and asked for his supporters to 'peacefully and patriotically make [their] voices heard',[86] making it difficult to prove the element of intent.

Although Trump used phrases like 'fight like hell' and even encouraged his audience by saying, 'we're going to walk down, and I'll be there with you',[87] one must put the whole speech into perspective. In over an hour of speaking, Trump meandered through the topics of quality of school teaching, building a wall, and hospital quality.[88] Even throughout a long speech, it is undoubtedly possible to intend to incite somebody.[89] However, considering the speech's context, arguments for denying an intent outweigh the arguments for affirming it.

Firstly, Trump did call for peaceful action and patriotism, and criticised the destruction of national monuments.[90] While under German law, it is sufficient that he allowed the events take their course without intervening, in America it is probably to his credit that he also spoke of the general protection of monuments in his speech. Secondly, Trump's speech was a *smorgasbord* of political complaints rather than intentionally planning criminal offences. Even Trump's 'expressed pleasure' about the incidents[91] does not retrospectively prove the

[85] Conklin, *supra* note 72.

[86] Transcript, *supra* note 2.

[87] ibid.

[88] ibid.

[89] Conklin, *supra* note 72.

[90] 'You hurt our monuments, you hurt our heroes, you go to jail for 10 years, and everything stopped.' cf. transcript, *supra* note 2.

[91] Lonas, 'Sasse Says Trump Was 'Delighted' and 'Excited' by Reports of Capitol Riot'.

existence of intent.[92] Overall, his speech does not convey the level required to establish the intent to incite criminal offences, as Conklin rightly points out: 'While they could be interpreted as calls for criminal behaviour, they could also be interpreted as calls for political action and protest.'[93]

b. Trump's Speech and the Imminent Lawless Action-test

Additionally, the second requirement of the *Brandenburg*-test is the element of imminence. Trump speech would be a free expression under the *Brandenburg v Ohio* jurisprudence as no specific time to act were not mentioned. However, one must clarify the precise understanding of imminent as it was used in this context, as some authors focus on the requirement of 'within a few hours',[94] whereas others try to feed on the concept by defining imminent as 'momentarily' or in the 'very near future'.[95]

The courts, however, have not fully recognized these approaches. In 1982, the Supreme Court regarded 'weeks or months' as not imminent,[96] whilst in 1979, the Court of Appeal of California even held that action after five weeks was still imminent.[97] The courts underlined the relationship between the imminence of actions and their nature. They rightly emphasised that 'the more serious the crime the greater its time span'.[98] Trump's speech qualifies as imminent under all approaches. The criminal significance of the Capitol attack is undeniable, and the riot started about ten minutes after the speech.

---

[92] Conklin, *supra* note 72.
[93] ibid.
[94] Healy, 'Brandenburg in a time of terror', 715-717.
[95] Greenawalt, 'Speech, Crime, and the Uses of Language', 267.
[96] *NAACP v Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886, 928 (1982).
[97] *People v Rubin*, 158 Cal. Rptr. 488, 493 (Cal. Ct. App. 1979).
[98] ibid.

c. The Likelihood of Causing a Riot

Aside from the issue whether it was unlawful or intended, the question whether Trump's speech was likely to incite or produce a criminal act is very controversial. Two unknown drunks standing in front of a bank, for instance, who utter, 'Let's rob this bank now', are still not very likely to follow through on it. Hence, likelihood is rejected, and incitement cannot be considered. Nevertheless, the question remains under what circumstances criminal advocacy is likely to produce unlawful conduct.

In general, there exists no objective standard to define how likely a criminal act must be, which has resulted in considerable controversy among scholars. Searching for probability standards, *Healy* requires a 'reasonable chance' that criminal advocacy will lead to crime as a necessity[99] and *Greenawalt* rephrases this standard by calling it 'reasonable likelihood'.[100] Unfortunately, these approaches remain 'as ambiguous as the original standard'[101] and just rename the likelihood of causing a criminal act. Consequently, *Wilson and Kiper* state correctly that likelihood 'is woefully underdeveloped and largely anecdotal, to the extent that it hampers the meaningful application of the element, and possibly interferes with the application of incitement law tout court'.[102]

For this reason, the jurisprudence has decided to create individual case groups to decide which statements are likely to be serious, like statements 'not made in a jesting or conditional manner'.[103] Hence, the California Appellate Court

[99] Healy, *supra* note 94, 715.
[100] Greenawalt, *supra* note 95, 267 et seq.
[101] Conklin, *supra* note 72.
[102] Wilson and Kiper, *supra* note 74, 80.
[103] *People v Rubin*, 158 Cal. Rptr. 488, 493 (Cal. Ct. App. 1979).

developed the case group 'improvised piece of braggadocio'.[104] Accordingly, the solicitation to riot must not be made in a jesting or conditional manner, nor be the outcome of an improvised piece of *braggadocio*, otherwise there is no incitement. Therefore, likelihood of committing a crime mainly depends on the circumstances under which the statement was made. In the words of *Wilson and Kiper*: context is everything.[105]

Applied to the Capitol Attack, one could regard Trump's speech as 'improvised braggadocio' as Trump mainly focussed on his 'big electoral victory'.[106] However, his tone during the speech was earnest and fierce.[107] Although jesting statements imply less likelihood for criminal acts, serious statements do not instantly meet the requirements of the *Brandenburg*-test but contextual circumstances become relevant.[108] Furthermore, Trump has a long record of praising violent acts. In conjunction with his position of authority, they could present evidence against Trump. Not only have Trump supporters shown that they follow his words regardless of factual truth, but Trump's authority could underline that his statements could call for criminal actions, at least for his most fervent supporters.

This influence of authority is relevant in the context of circumstances because of the influencing attributes of the speaker. In combination with Trump's tendency to call for violence (e.g. George Floyd[109] or Charlottesville[110]), the pros-

[104] ibid. 493.
[105] Wilson and Kiper, *supra* note 74, 82.
[106] Transcript, *supra* note 2.
[107] Conklin, *supra* note 72.
[108] ibid.
[109] 'When the looting starts, the shooting starts'; cf. Cathey and Keneally 'A Look Back at Trump Comments Perceived by Some as Inciting Violence'.
[110] ibid. 'Some very fine people on both sides'.

ecution could argue that the riot was objectively foreseeable and thus, met the likelihood standard, without Trump's perspective and his perception of the circumstances being relevant.[111] Conversely, Trump's defence could draw on the argument that his earlier speeches have never been different; his very intense use of language is intrinsic and has never caused any direct riots before. Moreover, they could emphasise that he spoke about unification, tweeted 'No violence!' during the riot and urged rioters via video to go home: 'We have to have peace. We have to have law and order.'[112]

Although there are convincing arguments to be found for both sides and the difficulty to predict the likelihood of Trump's words or actions causing a riot has become almost notorious, the better arguments speak in Trump's favour. First, one cannot neglect the fact that an attack on the Capitol of this magnitude was hardly imaginable. Especially considering the *hindsight bias* in the analysis. According to this cognitive fallacy, people rate an event as more likely to occur retrospectively than before it happened.[113] Second, the existing case law has established high barriers. In the original *Brandenburg*-case, the offender called to march on Washington, even standing in front of guns and a burning cross. Still, the courts did not affirm incitement.[114] Ultimately, Trump has been sued (in a civil lawsuit[115]) by injured protestors during a campaigning-rally in 2016. At that time, Trump had contradictorily said 'Get'em out of here' but demanded, 'Don't hurt them'. The deciding Sixth Circuit ruled in Trump's favour by declaring:

---

[111] Conklin, *supra* note 72.

[112] Holland, 'Trump summoned supporters to "wild" protest and told them to fight. They did'.

[113] General overview by Roese and Vohs, 'Hindsight Bias', 411–426.

[114] *Brandenburg v Ohio*, 395 U.S. 444, 446 n.1 (1969).

[115] *Nwanguma v Trump*, 903 F.3d 604-614 (6th Cir. 2018).

> 'Trump's words may arguably have had a tendency to encourage unlawful use of force, but they did not specifically advocate for listeners to take unlawful action and are therefore protected.'[116]

Other courts do not have to adopt this ruling, but it is definitely in line with the Supreme Court and the predominant understanding of the US-Constitution. Hence, regarding the First Amendment, it remains 'very difficult to bring a criminal charge based on speech'.[117]

II. Findings

Examining the *Brandenburg*-test and analogous case law, Trump, unlike his supporters who participated in the Capitol riots, is most likely not guilty of incitement under US law. Admittedly, the Supreme Court has not ruled another notable case of incitement in the past 50 years.[118] Nevertheless, especially given the political nature of the speech, there are no signs that it would now deviate significantly from the standards set at the time.

Therefore, it is to be expected that the district attorney's office will most likely not press charges regarding Trump's speech that preceded the Capitol attack. Nonetheless, it should not be disregarded that clarifications like the *Brandenburg*-test underline the opportunity for courts to modify previous interpretations of the First Amendment. Regarding the Capitol Attack's political significance, one cannot generally rule out this possibility within the framework of case law.

---

[116] ibid. 610.

[117] Gollum, 'Assessing Trump's potential legal fallout for Capitol riot and Georgia election phone call'.

[118] ibid.

D. A Multinational Comparison and Perspective

The following section places these different findings into a multinational context to draw together the long-term implications of criminal liability for public speech.

Firstly, regarding Trump's criminal liability, both jurisdictions generally provide laws that define incitement as a criminal offence. The exact wording of these laws not only overlaps with freedom of speech but in the application to Trump's speech, it becomes clear how, regardless of case or statutory law, both jurisdictions struggle to define the boundaries of incitement or instigation. Here, the similarity between likelihood and certainty should be emphasised. These features give the courts room for interpretation, but this 'inherently subjective nature' makes it difficult to determine with certainty the outcome of the *Brandenburg*-test in the US and the required level of certainty regarding the act and the instigated in Germany. [119]

Second, this entails the possible risk that wide-ranging, varying definitions are used by the courts, which can vary depending on the circumstances, the factuality and context of the speech, but also things like the sentence order and the emphasis of a word. Overall, however, this is the only way to take into consideration the specifics of the individual case, which in this case benefits Trump because he spoke to an indefinite group about many different (and sometimes very confused) matters. As a result, it must be concluded that this Capitol Attack was not foreseeable on such scale under any circumstances and, ultimately, Trump's speech did not shape it in its concrete form. His choice of words was critical but neither sufficiently certain to constitute a criminal offence or to render him a principal offender nor likely to initiate this kind of violence on

[119] ibid.

Capitol Hill.

Third, although freedom of expression is emphasised in both Germany and the US, there are notable differences, not only in formal terms regarding the structure of fundamental rights but also in substantive terms. Whereas glorification of and calls for violence are not protected by freedom of expression in Germany, any US law that targets the First Amendment is usually inherently unconstitutional. Following online terrorist propaganda and domestic terrorism (San Bernardino attacks, Boston Marathon), voices were raised in the US to no longer evaluate content-based speech restrictions as strictly as in the past.[120] Consequently, the strict standards of the *Brandenburg*-test are criticised given the praising of violence or hatred. Nevertheless, when determining whether a case falls in the category criminal incitement in the US, the *Brandenburg*-test remains at the heart of the analysis to determine whether and to what extent the First Amendment protects expression.

Conversely, the German Constitution generally bans *incitement* to violence and hate speech.[121] When examining the events of the Capitol Attack, however, although criminal liability differs, the concepts of likelihood and certainty are of central importance and these are very similar in both jurisdictions. Rather, the German legislature has recognised the danger of statements in the public sphere in 2000 and has countered this emerging phenomenon with the introduction of § 111 StGB. This danger has become increasingly ubiquitous in recent years, especially regarding *vaccine-deniers* and *conspiracy theorists*, who increasingly do not shy away from violence during demonstrations.[122]

[120] Eckholm, 'ISIS Influence on Web Prompts Second Thoughts on First Amendment'.

[121] Heldt, *supra* note 66, 1459.

[122] For example, on 29 August 2020, right-wing extremists and *conspiracists* stormed the stairs of the German Reichstag building. Berlin police and prosecutors are now investigating 40 suspects in 34 cases because of the attempt to storm the German

From a comparative perspective, therefore, American courts in particular, should address this issue with reference to existing statutory laws such as § 111 StGB in German law. Ultimately, the Supreme Court has the responsibility to incorporate the recent events at the Capitol into its jurisprudence to reflect the inherent danger of escalating violence.

E. Conclusion

This article concludes that with regard to the events of 6 January 2021, the likely outcome in the US is that Trump would be acquitted, whereas in Germany, Trump would be criminally liable for Public Incitement to Commit Offences und § 111 StGB.

Regarding Trump's criminal liability under US law, his case will most likely not be taken up by the Supreme Court as the better arguments oppose criminal charges in the US. This conclusion can be justified with the *Brandenburg*-test, which, because of the strong history of the First Amendment, is unlikely to undergo further judicial development. Accordingly, Trump's speech might have been incendiary on occasion, but hardly anyone will prove the subjective component of intent since Trump spoke for over an hour. Furthermore, his speech, due to the lack of specification of offences, is rather a protest or a call for political – and peaceful – action than incitement. The special protection of political speeches by the US Constitution also argues in Trump's favour. Hence, the strong First Amendment equally protects against charges of conspiracy, aiding and abetting.

In Germany, the existence of § 111 StGB denies a constitutional justification to Trump because it is sufficient that his public speech was the starting point

---

Bundestag.

for the riot. In contrast to instigation to commit individual principal offences, the requirements under § 111 StGB are not as high as for intent in US law. The German legislature made this decision is response to the danger of interpretable but inciting speech. The denial of instigation under § 26 StGB confirms this necessity, as Trump's acts did not meet these higher requirements. As with the test of likelihood to cause a criminal act in the US, § 26 StGB is inapplicable due to the lack of a definite group and a certainty of instigated. Like in the case of braggadocio, Trump will be able to exculpate himself because his speech lacked sufficient specificity and he did not explicitly incite the audience to commit crimes.

Overall, the multinational comparison shows that different outcomes are to be expected in the different jurisdictions. However, these are not, as one might expect, based mainly on the relative particularities of case and statutory law, or the diverging scopes of constitutional protection. Rather, both jurisdictions share some common ground in in their approach to violence in the context of public speeches. In order to be able to introduce a corresponding criminal offence in US law, therefore, not a comprehensive overhaul of the legal system is needed, but merely an adjustment of American jurisprudence. Here, the Supreme Court must rebalance the First Amendment against the danger of populist provocative speech.

Despite the comparative analysis in this article, it must be emphasised that these conclusive results might differ in practice due to the identified margins of the respective courts.

Bibliography

N Bosch 'Hassbotschaften und Hetze im Internet als Aufforderung zu Kriminaltaten?' JURA - Juristische Ausbildung [2016] 381-389.

P Bump 'Analysis: Over and over and over, arrested rioters say what spurred them: Trump' [2021], [https://www.washingtonpost.com/politics/2021/02/09/over-over-over-arrested-rioters-say-what-spurred-them-trump/], (last date of use: [15 October 2021]).

L Cathey and K Keneally, 'A Look Back at Trump Comments Perceived by Some as Inciting Violence', [2021], [https://abcnews.go.com/Politics/back-trump-comments-perceived-encouraging-violence/story?id=48415766], (last date of use: [15 October 2021]).

M Conklin, 'Capitol Offense: Is Donald Trump Guilty of Inciting a Riot at the Capitol?', [2021], [https://ssrn.com/abstract=3767085], (last date of use: [15 October 2021]).

J Dallmeyer, Beck Online Kommentar Strafgesetzbuch, 50th edition, Beck Verlag, München, 2021.

D Dölling, Gesamtes Strafrecht, 4th edition, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.

E Dreher, 'Der Paragraph mit dem Januskopf' Festschrift Gallas, De Gruyter Verlag, Berlin, 1973.

A Du Bois-Pedain, 'Participation in Crime' in K Ambos, A Duff, J Roberts, T

Weigend and A Heinze (eds.) Core Concepts in Criminal Law and Criminal Justice, Cambridge University Press, Cambridge, 2020.

M Dubber and T Hörnle, Criminal Law: A Comparative Approach, Oxford University Press, Oxford, 2014.

E Eckholm 'ISIS Influence on Web Prompts Second Thoughts on First Amendment', [2015], [https://www.nytimes.com/2015/12/28/us/isis-influence-on-web-prompts-second-thoughts-on-first-amendment.html], (last date of use: [15 October 2021]).

C Fahl, '"Bestimmtheitsanforderungen" bei Anstiftung und Aufforderung - zum Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB' JURA - Juristische Ausbildung [2020] 431-441.

C Fahl, 'Der Sturm auf das Kapitol - zum dogmatischen Verhältnis von § 26 StGB zu § 111 StGB' JA-Juristische Arbeitsblätter [2021], 273-276.

T Geoghegan, 'Trump acquitted of inciting mob to attack US Capitol', [2021], [https://www.bbc.com/news/live/world-us-canada-56054136], (last date of use: [15 October 2021]).

M Gollum, 'Assessing Trump's potential legal fallout for Capitol riot and Georgia election phone call', [2021], [https://www.cbc.ca/news/world/donald-trump-lawsuit-riot-charges-georgia-1.5918221], (last date of use: [15 October 2021]).

K Greenawalt, Speech, Crime, and the Uses of Language, Oxford University Press, Oxford, 1992.

J Healy, 'These Are the Five People Who Died in the Capitol Riot', [2021], [https://www.nytimes.com/2021/01/11/us/who-died-in-capitol-building-attack.html], (last date of use: [15 October 2021]).

T Healy, 'Brandenburg in a time of terror' 84(2) The Notre Dame law review, [2009], 655–731.

A Heldt, 'Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA' NJOZ Neue Juristische Online Zeitung [2017] 1458-1461.

S Holland, J Mason and J Landay, 'Trump summoned supporters to "wild" protest, and told them to fight. They did', [2021], [https://www.reuters.com/article/us-usa-election-protests-idUSKBN29B24S], (last date of use: [15 October 2021]).

S S Hsu, 'Jan. 6 riot caused $1.5 million in damage to Capitol — and U.S. prosecutors want defendants to pay', [2021], [https://www.washingtonpost.com/local/legal-issues/capitol-riot-defendants-pay-damages-restitution/2021/06/03/74691812-c3ec-11eb-93f5-ee9558eecf4b_story.html], (last date of use: [15 October 2021]).

M Jahn 'Aufrufe zum Ungehorsam - Verfahren wegen des Kosovo-Kriegs vor den Maobiter Strafgerichten' Kritische Justiz [2000] 489-506.

W Joecks and J Scheinfeld, Münchener Kommentar zum StGB, 4th edition, Beck Verlag, München, 2020.

R Kölbel, Münchener Kommentar zur StPO, Beck Verlag, München, 2016.

H Kudlich, Beck Online Kommentar Strafgesetzbuch, 50th edition, Beck Verlag, München, 2021.

L Lonas, 'Sasse Says Trump Was 'Delighted' and 'Excited' by Reports of Capitol Riot', [2021], [https://thehill.com/homenews/senate/533403-sasse-says-trump-was-delighted-and-excited-by-reports-of-capitol-riot] , (last date of use: [15 October 2021]).

S E W Malloy and R J Krotoszynski, 'Recalibrating the cost of harm advocacy: getting beyond Brandenburg.' 41(4) William and Mary law review [2000] 1159-1245.

L Mascaro, 'Trump Impeached After Capitol Riot in Historic Second Charge', [2021], [https://apnews.com/article/trump-impeachment-vote-capitol-siege-0a6f2a348a6e43f27d5e1dc486027860] , (last date of use: [15 October 2021]).

H Ostendorf, Strafgesetzbuch, 5th edition, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017.

N J Roese and K D Vohs, 'Hindsight Bias' 7(5), Perspectives on psychological science [online] [2012] 411–426.

K Rogall 'Die verschiedenen Formen des Veranlassens fremder Straftaten' GA-Goltdammer's Archiv für Strafrecht [1979] 11-26.

C Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Part II, Beck Verlag, München, 2003.

M Ruffert, 'Besonderes Verwaltungsrecht: Versammlungsrechtliche Auflagen gegen "Blockadetraining"' JuS - Juristische Schulung [2013] 575- 576.

E Samson, 'Die öffentliche Aufforderung zur Fahnenflucht an Nato-Soldaten' 24(8) Juristen Zeitung [1969] 258-261.

H Satzger, 'Teilnehmerstrafbarkeit und Doppelvorsatz' JURA - Juristische Ausbildung, [2008] 514-523.

H Satzger, StGB-Strafgesetzbuch, 5th edition, Carl Heymanns, Köln, 2021.

B Schünemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12th edition, De Gruyter Verlag, Berlin, 2007.

C Warzel and A S Thompson, 'Opinion: they stormed the capitol. their apps tracked them', [2021], [https://www.nytimes.com/2021/02/05/opinion/capitol-attack-cellphone-data.html%20%20], (last date of use: [15 October 2021]).

H Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7th edition, De Gruyter Verlag, Berlin, 1960.

R Wilson, 'No court would convict Trump of incitement. His liability is moral, not legal.', [2018], [https://www.washingtonpost.com/outlook/2018/10/29/no-court-would-convict-trump-incitement-his-liability-is-moral-not-legal/] , (last date of use: [15 October 2021]).

R A W Wilson and J Kiper, 'Incitement in an Era of Populism: Updating Brandenburg After Charlottesville' 5 U. Pa. J. L. & Pub. Affairs [2020] 57-121.

Interested in becoming an author or reviewer for the Anglo-German Law Journal? Do you have any other questions?

Contact us at
aglj@aglawsoc.org

We welcome articles dealing with Anglo-German Comparative and European Law.

Interesse am Autor werden? Wollen Sie als Gutachter tätig werden? Weitere Fragen zum Journal?

Kontaktieren Sie uns unter
aglj@aglawsoc.org

Wir veröffentlichen Artikel, die sich mit britisch-deutscher Rechtsvergleichung und europäischem Recht beschäftigen.

The Anglo-German Law Society e.V.

The Society was founded by law students of King's College in London in 2002 as German Law Society at King's College London. In the following years, the society has been led by students of the LL.B. course "English Law with German Law" at King's College London as an internal student association at the University.

In 2008, the Society decided to extend its offers to its members studying at the German partner university of King's College, Humboldt-University. With this move, the KCL German Law Society was renamed "Anglo-German Law Society". In Germany, the Society organised itself as charitable society and was registered at the Vereinsregister Berlin in 2009.

It is our aim to foster an interdisciplinary dialogue between English and German law students, academics, professionals and universities. The network is designated to support the members to learn, understand and practice in both legal systems. In particular, the Society's community gives our members the opportunity to make contacts in both Germany and Great Britain. The Anglo-German Law Society is represented at a growing number of British and German universities and regularly organizes lectures, workshops and pub nights for their members, and also offers exclusive internships at our partners' law firms.

Interested in becoming a member?

Find out more at www.aglawsoc.org!