



**Walther-Schücking-Institut
für Internationales Recht
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel
Professor Dr. Thomas Giegerich, LL.M. (Virginia)**



Prof. Dr. Thomas Giegerich, Universität Kiel
Walther-Schücking-Institut, Westring 400, D - 24098 Kiel

UNIVERSITÄT KIEL
Westring 400
D - 24098 KIEL
Tel.: ##49(0)431-880-2189
tgiegerich@internat-recht.uni-kiel.de
Sekretariat: Carmen Thies
Tel. ##49 (0) 431-880-1733
Fax: ##49 (0) 431-880-1619
cthies@internat-recht.uni-kiel.de

Stellungnahme auf der 6. Sitzung des Dialogforums Feste Fehmarnbeltquerung am 20.9.2012 in Oldenburg/Holstein

Mein Thema ist die rechtliche Möglichkeit eines Ausstiegs aus dem völkerrechtlichen Vertrag vom 3.9.2008 zwischen Deutschland und Dänemark über eine Feste Fehmarnbeltquerung.¹

Das allgemeine Völkerrecht legt großes Gewicht auf die internationale Rechtssicherheit und insbesondere die Stabilität der Vertragsbeziehungen zwischen den Staaten. Der Grundsatz *pacta sunt servanda*, der die Parteien zur getreulichen Erfüllung ihrer völkerrechtlichen Verträge verpflichtet, hat einen sehr hohen Stellenwert. Nach allgemeinem Völkerrecht sind Verträge, die keine Kündigungsklausel enthalten, daher in der Regel nicht einseitig kündbar.² Der vorliegende Vertrag enthält keine solche Kündigungsklausel. Im Gegenteil macht er in der Präambel deutlich, dass er auf eine dauerhafte enge Zusammenarbeit zwischen den Vertragsparteien zur Verwirklichung eines gemeinsamen Großprojekts abzielt, an dem beide Seiten interessiert sind. Die Präambel weist außerdem darauf hin, dass die Feste Fehmarnbeltquerung auch im Interesse der Europäischen Union liegt, weil sie ein wichtiges Teilstück des transeuropäischen Verkehrsnetzes bildet, das den Güter- und Personenverkehr zwischen Kontinentaleuropa und Skandinavien verbessern soll. Vor diesem Hintergrund kann Deutschland den Vertrag sicherlich nicht nach Gutdünken kündigen.

In Betracht kommt allenfalls eine Kündigung aus besonderem Grund, insbesondere wegen einer grundlegenden Änderung der beim Vertragsschluss gegebenen Umstände. Das allgemeine Völkerrecht ermöglicht dies unter sehr engen Voraussetzungen.³ Allerdings haben für derartige Änderungsfälle vorgesehene spezielle Vertragsbestimmungen Vorrang.

Der Vertrag selbst enthält in der Tat zwei einschlägige Bestimmungen, nämlich die Verständigungsklauseln in Art. 5 Abs. 4 und Art. 22 Abs. 2. Art. 5 Abs. 4 betrifft speziell Änderungen, welche die Hinterlandanbindung betreffen, Art. 22 Abs. 2 dagegen alle Änderungen, jeweils einschließlich von wesentlichen Kostensteigerungen.

¹ BGBl. 2009 II S. 799.

² Art. 56 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (WÜRV) vom 23.5.1969 (BGBl. 1985 II S. 926), das zwischen Dänemark und Deutschland seit 1987 in Kraft ist und daher nach seinem Art. 4 auch für den hiesigen Vertrag gilt.

³ Art. 62 WÜRV.

Nach Art. 5 Abs. 4 werden die Vertragsparteien die Lage aufs Neue erörtern, wenn sich die Voraussetzungen für das Projekt oder Teile davon deutlich anders entwickeln als angenommen und zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt. Dies gilt insbesondere für wesentliche Kostensteigerungen im Zusammenhang mit den Hinterlandanbindungen. Ziel einer solchen Erörterung ist die einvernehmliche Änderung, Ergänzung oder Aufhebung des Vertrages durch die Vertragsparteien im Hinblick auf derartige Änderungen nach Art. 22 Abs. 1. Ein einseitiges Kündigungsrecht gibt Art. 5 Abs. 4 keinesfalls, auch keinen Anspruch auf Vertragsaufhebung. Im Gegenteil ergibt eine am Zweck des Vertrages orientierte Auslegung, dass die Erörterung der Parteien von beiden Seiten mit dem Willen geführt werden muss, das Projekt trotz geänderter Umstände ggf. in angepasster Form durchzuführen, es also zu retten und nicht zu torpedieren. Aus Art. 5 Abs. 4 Satz 4 (Sicherstellung des bedarfsgerechten Ausbaus der Schienenhinterlandanbindung) ergibt sich überdies, dass bei notwendigen Projektanpassungen der Schienenverkehr Vorrang vor dem Straßenverkehr erhalten soll.

Den Verfahrensablauf muss man sich bei Art. 5 Abs. 4 so vorstellen, dass eine Vertragspartei eine wesentliche Änderung der Projektvoraussetzungen bzw. –kosten zu erkennen meint und an die andere Partei mit der Bitte um neue Erörterung herantritt. Die andere Partei ist dann verpflichtet, sich nach Treu und Glauben auf eine solche Erörterung einzulassen, um einen gemeinsamen Ausweg im Sinne von Art. 22 Abs. 1 zu finden. Im Fall von wesentlichen Änderungen im Hinblick auf die Annahmen beim Vertragsschluss, insbesondere Kostensteigerungen bei den deutschen Hinterlandanbindungen wäre es also Sache der Bundesregierung als außenpolitische Vertreterin des deutschen Staates, den Erörterungsprozess einzuleiten. Voraussetzung dafür ist selbstverständlich, dass die Bundesregierung selbst zu der Auffassung kommt, eine wesentliche Änderung liege vor. Das scheint derzeit nicht der Fall zu sein.

Der Vertrag berechtigt eine Vertragspartei, den Erörterungsprozess beim Eintritt wesentlicher Änderungen einzuleiten, verpflichtet sie aber nicht dazu. Ob das deutsche Recht der Bundesregierung eine solche Pflicht auferlegt, wäre näher zu untersuchen. Dabei müsste jedoch berücksichtigt werden, dass die Bundesregierung einen verfassungsrechtlich gesicherten sehr weiten Einschätzungsspielraum dahingehend hat, welche abträglichen außen- und europapolitischen Folgen eine bestimmte Maßnahme gegenüber Dänemark hätte. Mit anderen Worten käme man über eine außen- oder europapolitisch begründete Weigerung der Bundesregierung, mit Dänemark Änderungsverhandlungen aufzunehmen, rechtlich kaum hinweg.

Was eine wesentliche Änderung bzw. Kostensteigerung ist, sagt der Vertrag nicht. Er legt auch die gemeinsamen Annahmen der Parteien beim Vertragsschluss nicht offen. Wenn Streit darüber entstehen sollte, welches diese Annahmen waren, dann müsste die Partei, die bestimmte gemeinsame Annahmen behauptet, diese beweisen.

Da die Vertragsparteien sich verpflichtet haben, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um das Projekt zu verwirklichen (ein sehr hoher Standard),⁴ muss das Verlangen einer Partei auf Vertragsanpassung sicherlich auf eine sehr wesentliche Änderung oder Kostensteigerung im Vergleich zu den Annahmen beim Vertragsschluss gestützt werden, zumal erhebliche Kostensteigerungen bei Großprojekten dieses Kalibers die Regel sind. Letztlich entscheiden die Parteien darüber einvernehmlich, ob eine wesentliche Änderung eingetreten ist. Sie werden voneinander Rechenschaft darüber verlangen, wie stark sie sich jeweils bemüht haben, das Projekt auch unter ggf. geänderten Bedingungen durchzuführen.

Sollte es zwischen den Parteien zu keinem Einvernehmen kommen, könnte Deutschland seine Auffassung, eine wesentliche Änderung sei eingetreten, mittels des Streitbeilegungsverfahrens

⁴ Art. 5 Abs. 4 Satz 1.

nach Art. 21 des Vertrages durchzusetzen versuchen.⁵ Voraussetzung ist, wie gesagt, dass die Bundesregierung eine solche Auffassung überhaupt vertritt. Das Schiedsgericht könnte in diesem Fall für beide Parteien verbindlich feststellen, dass die deutsche Auffassung vom Eintritt einer wesentlichen Änderung zutrifft. Käme es zu einer derartigen Feststellung, könnte Dänemark sein Einvernehmen zu den erforderlichen Anpassungen nicht verweigern. Allerdings könnte dann weiterer Streit über die Frage entstehen, welche genauen Anpassungen erforderlich sind, insbesondere ob die festgestellte Änderung so gravierend ist, dass sie das gesamte Projekt undurchführbar macht und die Reaktion deshalb nur in einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung bestehen kann. Da Dänemark sein offensichtliches Interesse am Tunnelbau durch die Ausgabe von mehreren hundert Millionen Euro bestätigt hat, wird es zu einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung kaum bereit sein.

Für die allgemeinere Änderungsklausel in Art. 22 Abs. 2 des Vertrages gilt letztlich dasselbe wie für Art. 5 Abs. 4. Dort ist aber noch ausdrücklich klargestellt, dass sich die finanziellen Verpflichtungen Deutschlands auf die deutschen Hinterlandanbindungen beschränken. Das bedeutet, dass Deutschland im Falle von wesentlichen Kostensteigerungen beim Projekt selbst oder bei den dänischen Hinterlandanbindungen nicht nach Treu und Glauben verpflichtet wäre, Dänemark gegenüber in eine Vertragsanpassung einzuwilligen, die in der Übernahme eines Teiles der dänischen Mehrkosten besteht. Deutschland könnte dies aber freiwillig tun.

Zusammenfassend gilt also, dass der Vertrag selbst keinen Ansatzpunkt für ein einseitiges Kündigungsrecht Deutschlands bietet. Vielmehr nimmt er beide Parteien in die Pflicht, auch bei einer Änderung der Umstände ihr Möglichstes zur Projektverwirklichung zu tun.

Es ist nicht völlig klar, ob der Vertrag eine abschließende Regelung zum Umgang mit geänderten Umständen trifft oder ob er in Extremfällen hilfsweise den Rückgriff auf die Vertragsbeendigungsgründe des allgemeinen Völkerrechts zulässt. Immerhin verweist er in Art. 22 Abs. 4 auf die sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragsparteien, die bei seiner Ausführung zu beachten seien. Das könnte jeder Vertragspartei die Berufung auf den Kündigungsgrund der grundlegenden Änderung der Umstände (die sogenannte *clausula rebus sic stantibus*) erlauben, der heute in der Wiener Vertragsrechtskonvention kodifiziert ist.⁶ Ganz sicher haben Einigungsbemühungen auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 4 und Art. 22 Abs. 2 des Vertrags Vorrang. Erst wenn diese letztlich erfolglos bleiben, weil keine Einigung gefunden wird, kommt die Anwendung des *clausula*-Kündigungsgrundes überhaupt in Betracht. Ob er anwendbar ist, müsste im Streitfall letztlich das Schiedsgericht nach Art. 21 des Vertrages entscheiden.

Im Interesse der Stabilität der völkerrechtlichen Verträge ist der *clausula*-Kündigungsgrund jedenfalls an äußerst strenge Voraussetzungen geknüpft: Nur eine grundlegende Änderung von beim Vertragsabschluss gegebenen Umständen, die von den Parteien nicht vorausgesehen wurde, genügt. Dies gilt aber nur dann, wenn das Vorhandensein jener Umstände eine wesentliche Grundlage für die Zustimmung der Parteien zum Vertrag bildete und wenn die Änderung der Umstände das Ausmaß der auf Grund des Vertrages noch zu erfüllenden Verpflichtungen tiefgreifend umgestalten würde.

Bei Anwendung dieser Voraussetzungen auf unseren Fall stoßen wir sogleich auf das Problem, dass die Parteien die Möglichkeit auch wesentlicher Kostensteigerungen durchaus vorausgesehen haben, wie die Art. 5 Abs. 4 und Art. 22 Abs. 2 des Vertrages beweisen. M.E. können daher Kostensteigerungen als solche kaum eine *clausula*-Kündigung rechtfertigen. Eher in Betracht käme eine solche bei einer grundlegenden Fehleinschätzung der

⁵ Falls nicht der Gerichtshof der EU nach Maßgabe des Art. 344 ausschließlich zuständig ist, weil die Streitigkeit die Auslegung und Anwendung der EU-Verträge betrifft.

⁶ Art. 62 WÜRV.

Verkehrsentwicklung, die das Projekt als völlig überflüssig erweisen würde. Zu beachten ist ferner, dass auch eine clausula-Kündigung durch Deutschland nach den Verfahrensregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention⁷ nicht zur unmittelbaren Vertragsauflösung führen würde, sondern erst nach Ablauf von mindestens drei Monaten, wenn Dänemark in dieser Zeit keinen Einspruch erhoben hat. Käme ein dänischer Einspruch, was wahrscheinlich ist, müssten die Parteien eine friedliche Streitbeilegung versuchen.

Nach alledem erschiene mir ein Versuch Deutschlands, mit Hilfe einer clausula-Kündigung einseitig aus dem Vertrag auszusteigen, nicht erfolgversprechend.

Schließlich darf nicht außer Acht bleiben, dass die Feste Fehmarnbeltquerung von der EU als vorrangiges Vorhaben beim Aufbau der transeuropäischen Verkehrsnetze identifiziert worden ist.⁸ Die Präambel des Vertrages nimmt darauf ausdrücklich Bezug. Die EU-Kompetenzen in Bezug auf transeuropäische Netze⁹ tasten zwar die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Entscheidung darüber nicht an, welche Infrastrukturmaßnahmen sie treffen wollen. Vielmehr werden alle EU-Maßnahmen (einschließlich der Fördermaßnahmen) in Bezug auf Vorhaben, die das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats betreffen, ausdrücklich von der Billigung des betroffenen Mitgliedstaats abhängig gemacht.¹⁰ Das bedeutet im konkreten Fall, dass die Feste Fehmarnbeltquerung nur mit dänischer und deutscher Billigung als Vorhaben von gemeinsamem Interesse der EU festgelegt werden konnte. Daraus ergibt sich zwar keine europarechtliche Pflicht, dieses Projekt in jedem Fall zu Ende zu führen. Deutschland und Dänemark müssten aber, wenn sie ihre vertraglichen Absprachen über die Feste Fehmarnbeltquerung revidieren wollten, Rücksicht auf das dokumentierte Gesamtinteresse der EU an diesem Projekt nehmen.

Nach meiner Auffassung wäre daher ein deutscher Ausstieg aus dem Projekt völker- und europarechtlich kaum möglich.

⁷ Art. 65 ff. WÜRV.

⁸ Vgl. den neuesten Beschluss Nr. 661/2010/EU vom 7.7.2010 (ABl. EU Nr. L 204/1).

⁹ Art. 170 – 172 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. EU Nr. C 83/47.

¹⁰ Art. 172 Abs. 2 AEUV.