



# Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

## AUFSÄTZE

- 1 Simon Bahlinger  
**Rechtsprobleme einer persönlich in die Existenzbedrohung  
führenden Organhaftung im Recht der Aktiengesellschaft**
- 30 Philip Schumacher  
**Darf die EU der EMRK beitreten?**
- 62 Laureen Schuldt  
**Das Informationsrecht des Beschuldigten nach Art. 6  
Abs. 3 lit. a EMRK, insbesondere sein Recht auf  
Information in seiner Sprache**
- 98 Rieke Dolde  
**Anspruch auf Krankengeld bei Spende von Organen und  
Gewebe (§ 44a SGB V)**
- 129 Piet Akkermann  
**Ehescheidungskosten als außergewöhnliche Belastungen**
- 160 Ludwig Gegenfurtner  
**Kartellbußen als Problem im Steuerrecht**

# Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

## Redaktion

Chefredakteure: David Carnal, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind

Joel Ackermann	Yoo-Jin Kim	Kira Schauer
Nicolas Avramov	Florian Klein	Alina Scheja
Hanno Behrends	Nathanael Klosowski	Florian Schmid
Philipp Bender	Garry Konrath	Daniela Schmidt
Benedikt Bien	Leo Krause-Wichmann	Violetta Sefkow-Werner
Elif Dabazoglu	Michelle Leppin	Anna Souhradova
Sarah Dinges	Oskar Luong	Jülide Sözen
Paulina Fecht	Marisa Machacek	Lilofee Stark
Jakob Feldkamp	Till Meier	Johannes Tegel
Louisa Gärtner	Anahita Mousavi	Christian Uhlmann
Esther Gothein	Anton Müller	Katharina Wagner
Vanessa Grifo	Alicia Pointner	Aaron Waible
Nicolas Hartmann	Robert Pracht	Alexander Walker
Danya He	Maren Raband	Hendrik Wendland
Nicolas Hodgson	Jasmin Rauch	Roman Wolf
Selina Keller	Lina Rees	Valentine Wanbing Zheng
	Safak Saricicek	

## Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Christian Baldus	PD Dr. Christian Laue
Prof. Dr. Burkhard Binnewies	Dr. Steven Less, Esq.
Prof. Dr. Martin Borowski	Prof. Dr. Thomas Lobinger
Prof. Dr. Jens Bülte	Prof. Dr. Ute Mager
Prof. Dr. Gerhard Dannecker	Dr. Robert Magnus
Prof. Dr. Dieter Dölling	Prof. Dr. Boris P. Paal, M.Jur. (Oxon.)
Prof. Dr. Stefan Geibel	Prof. Dr. Ulrich Palm
Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cantab.)	Prof. Dr. Andreas Piekenbrock
Prof. Dr. Bernd Heinrich	Prof. Dr. Dagmar Richter
Prof. Dr. Burkhard Hess	Dr. Felix Steffek, LL.M. (Cantab.)
Dr. Holger P. Hestermeyer	Prof. Dr. Markus Stoffels
Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A.	Prof. Dr. Christoph Teichmann
Prof. Dr. Friedemann Kainer	Prof. Dr. Christian Walter
Prof. Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard)	Prof. Dr. Marc-Philippe Weller
Prof. Dr. Stephan Kirste	Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M.A.
Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell)	Dr. Rumiana Yotova, LL.M. (Leiden)

Ehemalige Chefredakteure:

Nicolas Nohlen, Thomas Straub, Caspar Behme, Anna-Katharina Hübler, Louisa Hansen, Till Wansleben, Laura Vásárhelyi-Nagy, Dominik Braun, Jan-Willem Prügel, Jonas von Göler, Björn Centner

## Herausgeber

Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg e.V.

Juristisches Seminar  
Friedrich-Ebert-Anlage 6–10  
69117 Heidelberg  
www.studzr.de  
E-Mail: verein@studzr.de

Zitervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2017, S.

**Simon Bahlinger\***

## **Rechtsprobleme einer persönlich in die Existenzbedrohung führenden Organhaftung im Recht der Aktiengesellschaft**

### **Abstract**

Tag für Tag stehen Führungskräfte in Unternehmen vor schwierigen Entscheidungen, die – sollten sie sich als falsch erweisen – schnell gravierende Schäden auslösen können. Die öffentliche Wahrnehmung nach der Finanzkrise, Manager dürften selbst bei krassem Fehlverhalten mit üppigen Abfindungen rechnen, ohne persönlich für die entstandenen Schäden geradestehen zu müssen, hat sich längst gewandelt. Wachgerüttelt durch das aufsehenerregende „Neubürger“-Verfahren mit seinem tragischen Ausgang im Freitod des ehemaligen Siemens-Vorstandsmitglieds mehren sich die Stimmen, die für eine Haftungsbegrenzung plädieren. Der Beitrag widmet sich diesem Themenfeld.

---

\* Der Verfasser studiert seit dem Wintersemester 2013/2014 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand im Sommer 2016 im Rahmen des Seminars „Gesellschaftsrechtsdogmatik“ bei Herrn Prof. *Dr. Stefan J. Geibel, Maître en droit.*

## A. Problemstellung

### I. Immense Haftungsrisiken für Organmitglieder in der Aktiengesellschaft

Die Organhaftung steht längst nicht nur im Fokus des aktienrechtlichen Diskurses. Spektakuläre Schadensersatzprozesse gegen (ehemalige) Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder deutscher Großunternehmen sorgen auch in der Presse immer häufiger für Schlagzeilen.<sup>1</sup> In der Berichterstattung über den VW-Abgasskandal wird beispielsweise vermehrt über eine persönliche Haftung des ehemaligen Vorstandsvorsitzenden der Volkswagen AG, *Martin Winterkorn*, spekuliert.<sup>2</sup> Die Höhe des Schadens der Diesel-Affäre kann zwar zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht annähernd beziffert werden. Wenn aber bereits zweifelhaft ist, ob der größte Automobilhersteller der Welt die bevorstehende Kostenflut zu stemmen vermag, sind die Konsequenzen einer persönlichen Inanspruchnahme für *Martin Winterkorn* nicht auszumalen. Im schlimmsten Fall droht ihm der Verlust seines gesamten pfändbaren Vermögens – eine Haftung „bis auf das letzte Hemd“.<sup>3</sup> Doch geht das nicht entschieden zu weit?<sup>4</sup>

Die vorliegende Arbeit soll die Frage beantworten, inwieweit das gesetzliche Haftungsregime – im Einklang mit dem Gerechtigkeitsdenken vieler – Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder vor existenzbedrohenden Regressforderungen bereits schützt bzw. *de lege ferenda* schützen sollte. Nach einer Analyse des *status quo* von Gesetzgebung und Rechtsprechung (sogleich unter **II.**), sind die Enthftungsmöglichkeiten nach geltendem Recht (**B.**) zu untersuchen, bevor im Anschluss rechtspolitische Reformvorschläge näher beleuchtet werden (**C.**).

---

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt den im März 2016 geschlossenen Vergleich zwischen der Deutschen Bank AG und ihrem ehemaligem Vorstandssprecher *Rolf-Ernst Breuer*, wonach *Breuer* dem Bankhaus 3,2 Millionen Euro für die Schäden aus der sog. Kirch-Affäre zu zahlen hat, Spiegel Online, 31.3.2016, abrufbar unter: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/kirch-pleite-rolf-breuer-zahlt-3-2-millionen-euro-an-deutsche-bank-a-1084788.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>2</sup> *Hank/Meck*, faz.net v. 13.12.2015, „Dem früheren VW-Chef droht der Ruin“, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/vw-abgasskandal/nach-vw-abgas-skandal-winterkorn-droht-der-ruin-13962946.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>3</sup> Vgl. die Überschrift bei *Ott*, „Manager: Haftung für Fehler bis auf das letzte Hemd“, sz.de v. 24.1.2011, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/managerhaftung-fuer-fehler-bis-auf-das-letzte-hemd-1.1050435> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>4</sup> Altbundeskanzler *Helmut Schmidt* äußerte Bedenken in Bezug auf den Fall Siemens/von Pierer im Interview in der ZEIT v. 23.12.2008: „Auf eine Zigarette mit Helmut Schmidt“, abrufbar unter: <http://www.zeit.de/2009/01/Zigarette-01/seite-3> (letzter Abruf: 11.6.2017).

## II. Bestandsaufnahme von Gesetzgebung und Rechtsprechung

### 1. Die Haftung des Vorstands nach § 93 AktG

In seinem konzeptionellen Ausgangspunkt könnte das deutsche Haftungsrecht kaum schärfer sein.<sup>5</sup> Gemäß § 93 Abs. 2 S. 1 AktG ist ein Vorstandsmitglied, das seine Pflichten gegenüber der Gesellschaft vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, dieser zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet.<sup>6</sup> Das Gesetz geht dabei von dem allgemeinen Grundsatz der Totalreparation aus (§ 249 Abs. 1 BGB). Demzufolge hat der Schädiger unabhängig vom Grad seines Verschuldens und seiner persönlichen Leistungsfähigkeit für den gesamten angerichteten Schaden einzustehen.<sup>7</sup> Zudem gilt für Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 1 S. 1 AktG der erhöhte Pflichtenmaßstab eines „ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“.

Der Gesetzgeber bürdet dem Vorstandsmitglied in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG außerdem die Darlegungs- und Beweislast nicht nur für fehlendes Verschulden, sondern auch für die fehlende Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens auf.<sup>8</sup> Allerdings unterliegt der Vorstand keiner Erfolgshaftung dergestalt, dass schon jede fehlgeschlagene Geschäftsführungsmaßnahme für sich eine Pflichtverletzung begründet.<sup>9</sup> Bei unternehmerischen Entscheidungen kann sich das Vorstandsmitglied vielmehr bereits mit dem Nachweis entlasten, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben (sog. *Business Judgment Rule*, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG).<sup>10</sup> Satzungs- und gesetzeswidrige unternehmerische Entscheidungen fallen hingegen nicht unter das Haftungsprivileg des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG und gelten mithin als pflichtwidrig.<sup>11</sup> Nach der Rechtsprechung kommt bei Verstößen gegen die

<sup>5</sup> *Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782 (794).

<sup>6</sup> Neben diese Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft treten zahlreiche Außenhaftungstatbestände, u.a. §§ 8 ff., 16 ff. UWG, §§ 37b und 37c WpHG, § 69 AO, § 4 ProdHaftG oder auch § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. zahlreichen Schutzgesetzen insbesondere zugunsten von Aktionären und Gläubigern der Aktiengesellschaft.

<sup>7</sup> *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 156.

<sup>8</sup> *Koch*, in: Hüffer/Koch, 12. Aufl. 2016, § 93 AktG Rn. 53; *Bachmann*, in: Verhandlungen des 70. DJT, Bd. II/1, 2014, E 32; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, Band I, 3. Aufl. 2015, § 93 AktG Rn. 41.

<sup>9</sup> Begr. RegE zum UMAG v. 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 11.

<sup>10</sup> *BGH*, NZG 2011, 549 (550); *Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429 (430).

<sup>11</sup> Begr. RegE zum UMAG v. 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 11; *Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33 (47); *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 19, 44.

Legalitätspflicht allenfalls ein unverschuldeter Rechtsirrtum in Betracht.<sup>12</sup> Hierfür ist erforderlich, „dass sich das Vertretungsorgan, das selbst nicht über die erforderliche Sachkunde verfügt, unter umfassender Darstellung der Verhältnisse der Gesellschaft und Offenlegung der erforderlichen Unterlagen von einem unabhängigen, für die zu klärende Frage fachlich qualifizierten Berufsträger beraten lässt und die erteilte Auskunft einer sorgfältigen Plausibilitätskontrolle unterzieht“.<sup>13</sup>

Besonders unter zwei Gesichtspunkten führt die Beweislastumkehr dazu, dass in Anspruch genommene Organmitglieder Gefahr laufen, allein aus Beweisnot verurteilt zu werden: Zunächst hat die Beweislastverteilung in Kombination mit der Verjährungsfrist des § 93 Abs. 4 AktG den Effekt, dass Organmitglieder unter Umständen darlegen und beweisen zu müssen, dass eine zehn Jahre zurückliegende Geschäftsführungsmaßnahme nicht pflichtwidrig gewesen ist.<sup>14</sup> Weiterhin gilt § 93 Abs. 2 S. 2 AktG auch für ausgeschiedene Vorstandsmitglieder, die keinen ungehinderten Zugriff mehr auf die Unterlagen und Informationen haben, die ihnen den Entlastungsbeweis ermöglichen könnten.<sup>15</sup>

Das soeben skizzierte Haftungsmodell geht in seinen Grundzügen auf die Aktienrechtsnovelle 1937<sup>16</sup> zurück und ist mithin fast 80 Jahre geltendes Recht.<sup>17</sup> Die strenge, unbeschränkte Haftung bereits bei leichtester Fahrlässigkeit sollte nach der Vorstellung des Gesetzgebers zum einen Gegengewicht zur umfassenden, eigenverantwortlichen Leitungsbefugnis des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG) sein.<sup>18</sup> Zum anderen wurde und wird sie mit der treuhänderischen Stellung des Vorstands als Verwalter fremden Vermögens begründet.<sup>19</sup>

## **2. Die Verfolgung des Schadensersatzanspruchs nach den Grundsätzen der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des *Bundesgerichtshofs***

Die Maßstäbe für die Verfolgung des Schadensersatzanspruchs durch den

<sup>12</sup> BGH, NZG 2011, 1271 (1272 f.); 2015, 792 (794).

<sup>13</sup> BGH, NZG 2011, 1271 (1273); 2015, 792 (794).

<sup>14</sup> *Sailer-Cocconi*, in: Verhandlungen des 70. DJT, Bd. II/2, N 11, 17 f.

<sup>15</sup> BGHZ 152, 280 (285); *Habersack* (Fn. 5), S. 794 f.; für eine teleologische Reduktion insoweit auch *Bürgers/Israel*, in: Bürgers/Körper, 3. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 29 m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. § 84 AktG 1937, RGBl. S. 122 f.

<sup>17</sup> *Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889 (890); *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, Band II/1, 3. Aufl. 2010, § 93 Rn. 1.

<sup>18</sup> *Spindler*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 26; zur Vorgängervorschrift des § 84 AktG 1937 noch *Bayer/Engelke*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Band I, 2007, Kap. 15 Rn. 70.

<sup>19</sup> OLG Düsseldorf, AG 1997, 231 (235); *Böttcher*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise, NZG 2009, 1047 (1049).

Aufsichtsrat nach §§ 111 Abs. 1, 112 AktG setzte der *Bundesgerichtshof* in der berühmten „ARAG-Garmenbeck“-Entscheidung.<sup>20</sup> Danach hat der Aufsichtsrat aufgrund seiner Überwachungs- und Kontrollfunktion die Pflicht, das Bestehen und die Durchsetzbarkeit von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern eigenverantwortlich zu prüfen. Gelangt der Aufsichtsrat zu dem Ergebnis, dass der AG durchsetzbare Regressansprüche zustehen, hat er diese grundsätzlich auch geltend zu machen.<sup>21</sup>

Diese Rechtsprechung führte dazu, dass Schadensersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder nicht mehr nur „auf dem Papier“ bestanden, sondern zunehmend auch gerichtlich eingeklagt wurden.<sup>22</sup> Tatsächlich war zuvor eine gewisse „Beißhemmung“ des Aufsichtsrats bei der Anspruchsverfolgung gegen Vorstandsmitglieder zu beobachten.<sup>23</sup> Eine Rolle spielte dabei sicherlich die in Deutschland gängige Praxis, dass Vorstandsmitglieder nach ihrem Ausscheiden aus dem Vorstand in den Aufsichtsrat wechseln und dadurch mitunter Schadensersatzansprüche gegen sich selbst geltend machen müssen.<sup>24</sup> Der entscheidende Grund scheint aber darin zu liegen, dass die Hauptaufgabe des Aufsichtsrats darin besteht, den Vorstand zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG), und somit schwerwiegende Pflichtverletzungen des Vorstands regelmäßig auch die Frage nach möglichen Überwachungspflichtverletzungen des Aufsichtsrats aufwerfen.<sup>25</sup> In früheren Ausführungen zur Organhaftung findet sich deshalb häufig der Befund, dass die Haftungsvorschriften „kein lebendes Recht verkörpern“.<sup>26</sup> Dies hat sich mit dem Urteil des *BGH* grundlegend geändert.<sup>27</sup>

Mit den Worten des *Zweiten Zivilsenats* kann von einer Inanspruchnahme des Vorstandsmitglieds nur dann abgesehen werden, wenn „gewichtige Gründe des Gesellschaftswohls dagegen sprechen und diese Umstände die Gründe, die für eine Rechtsverfolgung sprechen, überwiegen oder ihnen zumindest gleichwertig

<sup>20</sup> BGHZ 135, 244 (244).

<sup>21</sup> BGHZ 135, 244 (245).

<sup>22</sup> *Wiesner*, in: Münchener Hdb. GesR, Band IV, 4. Aufl. 2015, § 26 Rn. 54.

<sup>23</sup> *Bayer*, Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, 2546 (2546); der Begriff geht wohl zurück auf *Peltzer*, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Verletzung der Überwachungspflicht, WM 1981, 346, (348 f.) („Bissperre“).

<sup>24</sup> *Baums*, Managerhaftung und Verjährung, ZHR 174 (2010), 593 (594).

<sup>25</sup> *Wagner*, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227 (239 f.).

<sup>26</sup> *Ulmer*, in: *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, Band II, 2007, Kap. 3 Rn. 26; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I, 1980, S. 624.

<sup>27</sup> Die Auswertung von *Ihlas*, D&O – Directors & Officers Liability, 2. Aufl. 2009, S. 611 ergab eine Verdoppelung der zivilrechtlichen Innenhaftungsfälle vor deutschen Gerichten in der Zeit von 1996-2015 gegenüber den zehn Jahren zuvor.

sind“.<sup>28</sup> Der Aufsichtsrat hat folglich eine Abwägung vorzunehmen, bei der die Schonung eines verdienten Vorstandsmitglieds und die Gefahr, dessen bürgerliche Existenz wegen eines einzigen, wenn auch schadensträchtigen Fehlverhaltens aufs Spiel zu setzen, aber nur ausnahmsweise berücksichtigt werden darf.<sup>29</sup> Die Aufsichtsräte sind nun gehalten, potenzielle Organhaftpflichtfälle sorgfältig zu prüfen, um eine rechtlich unangreifbare Entscheidung über eine Geltendmachung von Ansprüchen vorlegen zu können. Andernfalls stehen sie mit einem Bein selbst in der persönlichen Haftung (§ 93 Abs. 2 AktG i.V.m. § 116 S. 1 AktG).<sup>30</sup>

## **B. Reform durch juristische Methodik oder gesetzgeberisches Handeln? – Möglichkeiten der Haftungserleichterung *de lege lata***

Im Schrifttum wird seit Jahren diskutiert, ob und mit welchen Mitteln bereits nach geltendem Recht eine Haftungsbeschränkung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder erreicht werden kann. Die prominentesten Ansätze sollen im Folgenden dargestellt und bewertet werden.

### **I. Statutarische und vertragliche Haftungsfreizeichnung**

Zunächst ist über eine Haftungsbeschränkung durch eine entsprechende Klausel in der Satzung oder eine Vereinbarung im Anstellungsvertrag mit dem jeweiligen Organmitglied nachzudenken. Dabei käme, zumindest nach allgemeinem Zivilrecht, eine Abmilderung des Verschuldensmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit (vgl. § 276 Abs. 3 BGB), oder auch die Festlegung von Haftungshöchstbeträgen<sup>31</sup> in Betracht.

Nach herrschender Auffassung ist § 93 AktG allerdings in all seinen Teilbereichen zwingend und kann folglich nicht durch Satzung oder Anstellungsvertrag ganz oder teilweise abbedungen werden.<sup>32</sup>

#### **1. Haftungsbeschränkende Klausel in der Satzung**

Für die Satzung führt die h.L. zur Begründung meist den aktienrechtlichen

---

<sup>28</sup> BGHZ 135, 244 (245).

<sup>29</sup> BGHZ 135, 244 (255 f.); *Bayer* (Fn. 23), S. 2546.

<sup>30</sup> *Reichert*, Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756, (757); *Sailer-Cocconi* (Fn. 14), N 11.

<sup>31</sup> So die gängige Praxis bei externen Beratern wie Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern, vgl. *Bachmann* (Fn. 8), E 62.

<sup>32</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 93 AktG Rn. 3; *Hopt/Roth*, in: GK-AktG, Band IV/2, 5. Aufl. 2015, § 93 Rn. 47 f.



Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) an.<sup>33</sup> Danach kann die Satzung von den Vorschriften des Aktiengesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind allerdings zulässig, sofern nicht das Gesetz insoweit eine zwingende Regelung enthält.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge liegt folglich jedenfalls bei einer Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs vor, da eine solche Klausel erkennbar in Widerspruch zu § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stünde.<sup>34</sup> Denn der dort zugrunde gelegte Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters beinhaltet grundsätzlich eine Haftung für jedwede Fahrlässigkeit.<sup>35</sup> Eine Klausel in der Satzung, nach der für einfache Fahrlässigkeit nicht gehaftet wird, wäre mithin gemäß § 23 Abs. 5 S. 1 AktG i.V.m. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG unwirksam.

Nicht gegen den Grundsatz der Satzungsstrenge verstößt nach Teilen der Literatur demgegenüber die Festsetzung von Haftungshöchstsummen.<sup>36</sup> Eine solche Klausel sei als ergänzende Bestimmung i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG von der Satzungsautonomie gedeckt, da das Gesetz insoweit keine abschließende Regelung treffe.<sup>37</sup> Diese Auffassung ist aber bereits deshalb bedenklich, weil schon der Wortlaut des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG (Pflicht des Vorstandsmitglieds zum „Ersatz des daraus entstehenden Schadens“) nahelegt,<sup>38</sup> dass das Gesetz von einer unbeschränkten Haftung ausgeht.<sup>39</sup> Daher wird man auch eine Deckelung der Haftung mittels einer sog. *cap*-Klausel als abweichende und damit unzulässige Bestimmung ansehen müssen.<sup>40</sup>

## 2. Vereinbarung im Anstellungsvertrag mit dem Organmitglied

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis auch ohne Weiteres auf vertragliche Vereinbarungen mit vergleichbarem Inhalt übertragbar ist. Denn der Grundsatz der *Satzungsstrenge* betrifft unmittelbar zunächst einmal nur abweichende Be-

<sup>33</sup> Hölters, in: Hölters, 2. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 11; Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit, 2013, § 93 AktG Rn. 56, 71.

<sup>34</sup> Einhellige Auffassung; statt aller Grunewald, Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813 (815); a.A. nur Hoffmann, Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393 (1395).

<sup>35</sup> Eckert, in: Wachter, 2. Aufl. 2014, § 93 AktG Rn. 37.

<sup>36</sup> Grunewald (Fn. 34), S. 815.

<sup>37</sup> Ebd.

<sup>38</sup> Spindler (Fn. 17), S. 890.

<sup>39</sup> Fleischer, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305 (1306); Reichert (Fn. 30), S. 771.

<sup>40</sup> Fleischer (Fn. 39), S. 1306; Spindler (Fn. 17), S. 890.

stimmungen *in der Satzung* (§ 23 Abs. 5 S. 1 AktG).<sup>41</sup> Anders gewendet hat die Vorschrift streng genommen keinen Regelungsgehalt hinsichtlich abweichender Bestimmungen durch *Vertrag*. Oder zugespitzt formuliert: „Was satzungsmäßig unzulässig ist, kann vertraglich durchaus erlaubt sein“.<sup>42</sup>

Diese Schlussfolgerung ist jedoch vorschnell und verkennt, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit den Parteien nur dann erlauben, eine andere als die gesetzliche Regelung zu treffen, wenn der Gesetzgeber die betreffende Materie auch bewusst privater Selbstregelung unterworfen hat.<sup>43</sup> Methodisch hat der Rechtsanwender durch Auslegung zu erforschen, ob der vom Gesetzgeber beabsichtigte Regelungszweck bereits mit einer dispositiven Regelung erreichbar ist oder zwingende Geltung erfordert.<sup>44</sup> Daraus folgt für die Organhaftung, dass aus § 23 Abs. 5 AktG – wenngleich dieser unmittelbar nur abweichende Bestimmungen durch die Satzung betrifft – der Wille des Gesetzgebers hervortritt, das Aktienrecht zum Schutz zukünftiger Aktionäre und Gläubiger grundsätzlich als zwingendes Recht auszugestalten.<sup>45</sup> Dies wird auch beim Blick auf die Gesetzgebungsmaterialien deutlich, aus denen hervorgeht, dass „die diesbezüglichen [*sic.* die Sorgfaltspflicht der Organmitglieder betreffenden] Vorschriften [...] derart öffentlichen Rechts seien, dass sie nicht gemindert werden könnten“.<sup>46</sup>

Die anstellungsvertragliche Gestaltungsfreiheit findet ihre Grenzen folglich in den zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts,<sup>47</sup> denen § 93 AktG mangels „ausdrücklicher“ Erlaubnis i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 2 AktG angehört.<sup>48</sup> Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass eine Abmilderung des Sorgfaltsmaßstabs sowie eine Festsetzung von Haftungshöchstbeträgen sowohl in der Satzung als auch im Anstellungsvertrag mit dem jeweiligen Organmitglied *de lege lata* ausscheidet.

---

<sup>41</sup> In diese Richtung *U.H. Schneider*, Haftungsmilderung bei fehlerhafter Unternehmensleitung?, in: FS Werner, 1984, S. 795 (803).

<sup>42</sup> *Seibt*, 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097 (1102).

<sup>43</sup> *Möslein*, Dispositives Recht, 2011, S. 179.

<sup>44</sup> *Ebd.*

<sup>45</sup> *Körber* in: *Bürgers/Körber* (Fn. 15), § 23 AktG Rn. 40; *Röbriht/Schall*, in: GK-AktG, Band II/1, 5. Aufl. 2016, § 23 Rn. 173.

<sup>46</sup> Bericht der IX. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die Aktiengesellschaften, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, S. 1009, 1020, abrufbar unter: <http://www.reichstagsprotokolle.de> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>47</sup> *Habersack*, Enthaltung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag?, NZG 2015, 1297 (1299); *Kort*, in: GK-AktG, Band IV/1, 5. Aufl. 2015, § 84 Rn. 282.

<sup>48</sup> Vgl. die Aufzählung bei *Arnold*, in: KK-AktG, Band I, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 139 ff.

### 3. Vorwegbindung des Ermessens des Aufsichtsrats bei einer etwaigen Anspruchsverfolgung durch entsprechende Vereinbarung im Anstellungsvertrag

Der jüngste Vorschlag stammt von *Seibt*, der mit einer unkonventionellen Vertragsgestaltung eine Risikoabsicherung zu Gunsten der Organmitglieder erreichen möchte.<sup>49</sup> Der Aufsichtsrat verpflichtet sich demnach im Anstellungsvertrag, in Fällen einer „groben Disproportionalität zwischen Haftungsumfang und Schwere des Pflichtverstoßes“ die Anspruchsverfolgung der Höhe nach zu begrenzen, sodass dem Organmitglied nach erfolgter Inanspruchnahme wenigstens die Hälfte seines Vermögens verbleibt (Halbvermögensverschönerung).<sup>50</sup> Dogmatisch sei dies nichts anderes als eine Vorwegbindung des Ermessens, das dem Aufsichtsrat nach der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* bei der Anspruchsverfolgung eingeräumt werde.<sup>51</sup>

Problematisch ist an dieser Auffassung jedoch, dass die vorgeschlagene Klausel dem Organmitglied eine Einwendung gegen die Inanspruchnahme aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG verschafft, folglich einem Verzicht nahekommt, und somit letztlich die Voraussetzungen des § 93 Abs. 3 S. 4 AktG untergräbt.<sup>52</sup> Darüber hinaus würde eine solche Vereinbarung das Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach eine Geltendmachung des Ersatzanspruchs nur im Ausnahmefall aus gewichtigen Gründen des Unternehmenswohls unterbleiben darf,<sup>53</sup> gerade umkehren.<sup>54</sup>

Es darf mithin durchaus bezweifelt werden, ob eine solche Vertragsgestaltung einer gerichtlichen Überprüfung nach geltender Rechtslage standhalten würde.<sup>55</sup> Einen effektiven Schutz kann sie zumal schon deshalb nicht gewährleisten, da immer noch zumindest die Gefahr einer Inanspruchnahme durch die Aktionäre (§§ 147 f. AktG) oder Gläubiger (§ 93 Abs. 5 AktG) der Gesellschaft verbleibt.<sup>56</sup>

## II. Das Enthftungsinstrument der Praxis: Die D&O-Versicherung

In der Praxis werden zur Vermeidung existenzbedrohlicher Haftungsrisiken inzwischen vermehrt sog. D&O-Versicherungen (*directors' and officers' liability*)

---

<sup>49</sup> Mit entsprechendem Formulierungsvorschlag *Seibt* (Fn. 42), S. 1102.

<sup>50</sup> *Seibt* (Fn. 42), S. 1102; *ders.*, Börsen-Zeitung v. 25.7.2015, S. 9.

<sup>51</sup> *Seibt* (Fn. 42), S. 1102; zur ARAG-Garmenbeck-Entscheidung bereits oben **A. II. 2.**

<sup>52</sup> *Habersack* (Fn. 47), S. 1299 f.

<sup>53</sup> BGHZ 135, 244 (245).

<sup>54</sup> *Habersack* (Fn. 47), S. 1299 f.

<sup>55</sup> *Fuhrmann*, zit. nach *Wadewitz*, Börsen-Zeitung v. 28.4.2015, S. 13.

<sup>56</sup> *Habersack* (Fn. 42), S. 1299.

*insurances*) abgeschlossen. Sie gehören heute schlichtweg zur "Standardausstattung" einer Aktiengesellschaft, sodass Organmitglieder ihr Vorhandensein bei Unterzeichnung der Anstellungsverträge in den meisten Fällen erwarten und als selbstverständlich voraussetzen.<sup>57</sup>

Bei einer D&O-Versicherung handelt es sich um eine Art Berufshaftpflichtversicherung,<sup>58</sup> die eingreift, wenn das Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied von der Gesellschaft oder von Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.<sup>59</sup> Der Versicherungsvertrag wird dabei zwischen dem Versicherer und dem Unternehmen abgeschlossen, das auch die Prämie bezahlt.<sup>60</sup> Im Schadensfall steht hingegen dem Organmitglied ein eigener direkter Leistungs- bzw. Freistellungsanspruch gegen den Versicherer zu (sog. Versicherung für fremde Rechnung, §§ 43 ff. VVG).<sup>61</sup>

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass eine D&O-Versicherung das Risiko einer existenzvernichtenden Haftung zwar abmildert, jedoch bei weitem kein Allheilmittel darstellt.<sup>62</sup> Das entspricht im Übrigen auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, der in § 93 Abs. 2 S. 2 AktG zwar implizit den Abschluss von (gesellschaftsfinanzierten) D&O-Versicherungen erlaubt,<sup>63</sup> einen lückenlosen Haftungsschutz jedoch durch die Verpflichtung zur Vereinbarung eines Selbstbehalts aushebelt.<sup>64</sup> Mindestens 10 % des Schadens bezogen auf jeden einzelnen Schadensfall hat das Organmitglied demnach selbst zu tragen (§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG).

Hinzu kommt, dass die Versicherer grundsätzlich nur bis zu einer vertraglich vereinbarten Versicherungssumme leisten.<sup>65</sup> Diese Haftungshöchstbeträge variieren selbstverständlich je nach Größe des Unternehmens und Risiko-trächtigkeit des Geschäfts.<sup>66</sup> Doch selbst im Fall Volkswagen/*Winterkorn* haftet

---

<sup>57</sup> *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, 2016, S. 212; *Fleischer*, Haftungsfreistellung, Prozesskostensersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthftung des Managements, WM 2005, 909 ff.

<sup>58</sup> *Sieg*, in: Terbille/Höra, MAH Versicherungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 17 Rn. 38.

<sup>59</sup> *Muschner*, in: Ruffer/Halbach/Schimikowski, 3. Aufl. 2015, § 44 VVG Rn. 21.

<sup>60</sup> *v. Schenk*, Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494 (495).

<sup>61</sup> *Dageförde*, in: MüKo-VVG, Band I, 2. Aufl. 2016, § 44 Rn. 21.

<sup>62</sup> *v. Schenk* (Fn. 60), S. 494.

<sup>63</sup> Vor dem VorstAG 2009 war die grundsätzliche Zulässigkeit von D&O-Versicherungen umstritten; vgl. *Fleischer* (Fn. 57), S. 919; *Binder* (Fn. 57), S. 213.

<sup>64</sup> Vgl. dazu *Koch*, in: Hüffer/Koch (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 58 f.; *Hölter*, in: Hölter (Fn. 33), § 93 AktG Rn. 405 ff.

<sup>65</sup> *Fleischer*, in: *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 12 Rn. 44.

<sup>66</sup> *Lange*, Praxisfragen der D&O-Versicherung (Teil I), DStR 2002, 1626 (1627); *Wagner* (Fn. 25), S. 235.

ein Versicherungskonsortium „lediglich“ in Höhe von maximal 500 Millionen Euro, was letztlich nur ein Bruchteil des tatsächlichen Schadens ausmachen wird.<sup>67</sup> Für alles, was darüber hinaus geht, ist *Winterkorn* nicht versichert; er haftet insoweit mit seinem gesamten pfändbaren Privatvermögen.<sup>68</sup>

Ferner finden sich in den Versicherungspolice oftmais weitreichende Haftungsausschlüsse, u.a. für vorsätzliche Schadensverursachung und wissentliche Pflichtverletzung, für Strafen und Bußgelder, sowie für Umwelt- und Produkthaftungsfälle.<sup>69</sup>

D&O-Versicherungen bieten somit praktisch nur einen sehr begrenzten, löchrigen Schutz. Sie leisten gerade keine umfassende Schadensdeckung nach Vollkasko-Manier, sodass auch für versicherte Organmitglieder zumindest ein beträchtliches Restrisiko verbleibt. Demnach wirken sich D&O-Versicherungen sogar haftungstreibend aus, da das Vorhandensein eines Versicherungsschutzes die Geltendmachung von Haftungsansprüchen geradezu beflügeln kann („Deckung erzeugt Haftung“).<sup>70</sup>

### III. Regressausschluss für Strafen und Bußgeldschäden

Von besonderer Brisanz ist zurzeit die Frage, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe eine Gesellschaft, die wegen eines selbst begangenen Kartellverstoßes einen Vermögensschaden (insbesondere Bußgeld- und Schadensersatzzahlungen) erlitten hat, diesen von den verantwortlichen Vorstandsmitgliedern erstattet verlangen kann.

#### 1. Die Entscheidung des *LAG Düsseldorf* v. 20.1.2015

Das *LAG Düsseldorf* entschied erst kürzlich, dass ein Unternehmen, gegen das das Bundeskartellamt ein Bußgeld wegen rechtswidriger Kartellabsprachen verhängt hatte, insoweit nicht den für den Verstoß verantwortlichen Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG in Regress nehmen kann.<sup>71</sup> In dem zugrundeliegenden Fall hatte eine Gesellschaft des ThyssenKrupp-Konzerns ihren Geschäftsführer auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe des vom Bundeskartellamt festgesetzten Bußgelds von 191 Millionen Euro in Anspruch

<sup>67</sup> *Leitel*, handelsblatt.com v. 1.10.2015, „Manager werden persönliche Versicherungen abschließen“, abrufbar unter: <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/banken-versicherungen/vw-und-die-haftung-manager-werden-persoene-liche-versicherungen-abschliessen/12395668.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>68</sup> So auch *Wagner* (Fn. 25), S. 236.

<sup>69</sup> *Beckmann*, in: Beckmann/Matusche-Beckmann, 3. Aufl. 2015, § 28 Rn. 116 ff.; *Fleischer* (Fn. 65), § 12 Rn. 48 ff.

<sup>70</sup> *Bachmann* (Fn. 8), E 19 f.; *Habersack* (Fn. 47), S. 1298.

<sup>71</sup> *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 ff.

genommen.<sup>72</sup>

Nach Ansicht des Gerichts ist der Geschäftsführer zwar dem Grunde nach gegenüber der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet, da er schuldhaft gegen die ihm obliegende Legalitätspflicht, also die Pflicht zur Beachtung sämtlicher Rechtsvorschriften im Außenverhältnis, verstoßen hat. Unerheblich sei insbesondere, ob der Rechtsverstoß im vermeintlichen Interesse der Gesellschaft begangen wurde (sog. „nützliche Pflichtverletzung“).<sup>73</sup>

Die zivilrechtliche Innenhaftung (§ 43 Abs. 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG) dürfe allerdings nicht dazu führen, dass die gesetzgeberische Entscheidung, wonach das Unternehmen für den Kartellverstoß belangt werden soll, faktisch ausgehebelt wird.<sup>74</sup> Die Sanktionsfunktion der Straf- und Bußgeldvorschriften würde bei einer „Weitergabe“ des Schadens an das verantwortliche Organmitglied ins Leere laufen.<sup>75</sup> Nicht zuletzt würde damit auch die gesetzliche Differenzierung zwischen Unternehmen und natürlichen Personen (§ 81 Abs. 4 GWB) bei der Bemessung des Bußgelds unterlaufen.<sup>76</sup>

## 2. Meinungsstand im Schrifttum

Das Urteil des *LAG Düsseldorf* hat die Debatte im Schrifttum über die Organhaftung für Kartellbußgelder neu entfacht. Ein gänzlicher Haftungsausschluss, der schon zuvor in der Literatur vertreten wurde,<sup>77</sup> hat im Nachgang der Entscheidung vermehrt Zuspruch gefunden.<sup>78</sup>

Die h.M. betrachtet hingegen auch eine Kartellbuße grundsätzlich als einen ersatzfähigen Schaden i.S.v. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG.<sup>79</sup> Die Schadensersatzpflicht des Organmitglieds umfasse nach der Differenzhypothese allerdings lediglich

---

<sup>72</sup> Vgl. *manager-magazin.de* v. 20.1.2015, abrufbar unter: <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/industrie/thyssenkrupp-scheitert-mit-291-millionen-klage-gegen-ex-manager-a-1014048.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>73</sup> *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (481).

<sup>74</sup> *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (482).

<sup>75</sup> *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (482).

<sup>76</sup> *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (483).

<sup>77</sup> *Dreher*, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, in: FS Konzen, 2006, S. 85 (103 ff.); *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 ff.

<sup>78</sup> *Thomas*, Bußgeldregress, Übelszufügung und D&O-Versicherung, NZG 2015, 1409 ff.

<sup>79</sup> *Hopt/Roth*, in: GK-AktG, Band IV/2 (Fn. 32), § 93 Rn. 419; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, Band I (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 37 ff.

den Ahndungsteil der Geldbuße, nicht jedoch den Abschöpfungsteil.<sup>80</sup> Andernfalls stünde sie durch den Schadensfall besser als ohne das schädigende Ereignis, was dem schadensersatzrechtlichen Bereicherungsverbot zuwiderliefe.<sup>81</sup> Zudem seien die Grundsätze der Vorteilsausgleichung anwendbar: Soweit dem Unternehmen durch den Kartellverstoß Vorteile entstanden seien, könnten diese gegenüber der Bußgeldregressforderung in Abzug gebracht werden.<sup>82</sup> Teilweise wird darüber hinaus eine Beschränkung der Haftsumme auf den für den persönlich Betroffenen geltenden Bußgeldrahmen (§ 81 Abs. 4 S. 1 GWB),<sup>83</sup> oder einfach pauschal auf einen „angemessenen“ Betrag gefordert.<sup>84</sup>

### 3. Stellungnahme

Ist ein pflichtwidriges Handeln des Vorstandsmitglieds kausal für die Verhängung eines Bußgelds gegen das Unternehmen, liegt selbstverständlich eine Minderung des Gesellschaftsvermögens und damit ein Schaden vor,<sup>85</sup> den das Vorstandsmitglied in Anwendung des § 93 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 249 ff. BGB grundsätzlich der Gesellschaft zu ersetzen hat.<sup>86</sup>

Stößt sich der Rechtsanwender an diesem Ergebnis, steht ihm – vorbehaltlich einer gesetzesübersteigenden Rechtsfindung *contra legem*<sup>87</sup> – nur der Weg über eine Rechtsfortbildung *praeter legem* mittels teleologischer Reduktion offen.<sup>88</sup>

Die teleologische Reduktion betrifft den Fall, dass der Wortlaut einer Vorschrift gemessen an ihrer *ratio* „zu weit geraten“ ist;<sup>89</sup> es der Gesetzgeber mithin versäumt hat, der Norm eine nach deren Sinn und Zweck erforderliche

---

<sup>80</sup> *Fleischer* (Fn. 39), S. 1307; *Spindler*, in: MüKo-AktG (Fn. 18), § 93 Rn. 172; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, Band II/1 (Fn. 17), § 93 Rn. 56.

<sup>81</sup> *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 213c.

<sup>82</sup> Zur Anwendbarkeit der Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Rahmen des § 93 Abs. 2 AktG: *BGH*, NJW 2013, 1958 (1961); NJW-RR 2011, 1670 (1673); *Bürgers/Israel*, in: *Bürgers/Körper* (Fn. 15), § 93 AktG Rn. 22.

<sup>83</sup> *Thole*, Mangerhaftung für Gesetzesverstöße – Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft, ZHR 173 (2009), 504 (534).

<sup>84</sup> *Bayer*, Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen, in: FS Schmidt, 2009, S. 85 (97).

<sup>85</sup> Zum Schadensbegriff des § 93 Abs. 2 AktG allgemein *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, Band I (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 36; *Hopt/Roth*, in: GK-AktG, Band IV/2 (Fn. 32), § 93 Rn. 406.

<sup>86</sup> So auch *LAG Düsseldorf*, GmbHR 2015, 480 (481).

<sup>87</sup> Zu den (engen) Voraussetzungen einer Rechtsfindung *contra legem* *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 252; *Fischer*, Topoi verdeckter Rechtsfortbildungen im Zivilrecht, 2007, S. 87 f.

<sup>88</sup> *Koch*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in: Liber Amicorum Martin Winter, 2011, S. 327 (334).

<sup>89</sup> *Fischer* (Fn. 87), S. 49 f.

Ausnahmeregelung hinzuzufügen.<sup>90</sup>

Gegen eine Korrektur des Gesetzes im Zusammenhang mit dem Bußgeldregress wird häufig vorgebracht, dass staatliche Sanktionierung und zivilrechtliche Haftung streng voneinander zu trennen seien.<sup>91</sup> Der spezial- und generalpräventive Sanktionszweck des Ordnungswidrigkeitenrechts werde bereits vollständig mit Verhängung des Bußgelds erreicht.<sup>92</sup> Die nachfolgende Kompensation des Schadens durch Inanspruchnahme des Organmitglieds habe darauf keinen Einfluss mehr.<sup>93</sup>

Dem ist jedoch mit dem Grundsatz der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zu widersprechen. Wählt der Gesetzgeber als Adressaten des Bußgelds das Unternehmen, so geht er davon aus, dass dieses im Regelfall auch das Bußgeld mit all seinen präventiven,<sup>94</sup> repressiven<sup>95</sup> und abschöpfenden<sup>96</sup> Wirkungen trägt.<sup>97</sup> Nur so lässt sich erklären, dass die Höhe des Bußgelds an der Leistungsfähigkeit des Unternehmens bemessen wird (vgl. § 17 Abs. 3 S. 2 OWiG und speziell im Kartellrecht § 81 Abs. 4 S. 2 GWB).

Diese gesetzgeberische Wertentscheidung darf nicht durch die Hintertür des Innenregresses unterlaufen werden. Denn die Unternehmensgeldbuße setzt als akzessorisches Instrument die individuelle Verantwortlichkeit der für das Unternehmen handelnden natürlichen Person voraus (§ 30 Abs. 1 GWB). Sie kommt allein in Betracht, wenn eine „Anknüpfungstat“ eines Repräsentanten vorliegt; ein Vorstandsmitglied mithin pflichtwidrig und schuldhaft gehandelt hat.<sup>98</sup> Eine wortlautgetreue Gesetzesanwendung führt folglich dazu, dass die Zuordnung der Geldbuße standardmäßig durch das Organhaftungsrecht aufgebrochen und *ipso iure* eine Regresskette hin zu dem verantwortlichen Organmitglied ausgelöst wird.<sup>99</sup>

---

<sup>90</sup> *BVerwG*, NVwZ 2014, 1170 (1172); *Sprau*, in: Palandt, 75. Aufl. 2016, Einf. Rn. 49, 56.

<sup>91</sup> *Suchy*, Schadensumfang bei Haftung von Vorständen und Geschäftsführern wegen Unternehmensgeldbußen für kartellrechtliche Verstöße, NZG 2015, 591 (592).

<sup>92</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 213b.

<sup>93</sup> *Suchy* (Fn. 91), S. 592.

<sup>94</sup> *BVerfG*, NJW 1969, 1619 (1622) („Pflichtenmahnung“); *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG, Ed. 14, Stand: 15.4.2016, § 17 Rn. 7.

<sup>95</sup> *BayObLG*, NZV 1991, 317 (318); *Sackreuther*, in: BeckOK-OWiG (Fn. 94), § 17 Rn. 6.

<sup>96</sup> Siehe auch § 81 Abs. 5 GWB; dazu *Bohnert/Krenberger/Krumm*, 14. Aufl. 2014, § 17 OWiG Rn. 25.

<sup>97</sup> *Thomas* (Fn. 78), S. 1413.

<sup>98</sup> *Ebd.*

<sup>99</sup> *Thomas* (Fn. 78), S. 1411; den Unterschied zur *freiwilligen* Erstattung von Geldstrafen durch Dritte erkennen auch *Koch* (Fn. 88), S. 334 und *Hauger/Palzer* (Fn. 11), S. 54.



Dies kann nicht Regelungsabsicht des Gesetzgebers gewesen sein. Es liegt somit eine planwidrige Regelungslücke in Form einer fehlenden Ausnahmegesetzvorschrift vor. Die Lücke ist durch teleologische Reduktion dergestalt zu schließen, dass § 93 Abs. 2 AktG mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass Unternehmensbußgelder keinen ersatzfähigen Schaden i.S.d. §§ 249 ff. BGB darstellen. Indes ist die Problematik existenzbedrohender Organhaftung damit nicht gelöst, da Bußgeldschäden wohl nicht den überwiegenden Teil der Haftungsfälle ausmachen. Im Fall des „Schienenkartells“ haben beispielsweise zwischenzeitlich Konkurrenten Schadensersatzansprüche im dreistelligen Millionenbereich gegen den Thyssen-Krupp-Konzern geltend gemacht, die wiederum an ehemalige Manager im Wege der Organhaftung weitergereicht werden sollen.<sup>100</sup>

#### IV. Haftungsbeschränkung nach arbeitsrechtlichem Vorbild

In Erwägung gezogen wird ferner eine Haftungsreduktion für Organmitglieder nach arbeitsrechtlichem Vorbild. Voraussetzung hierfür wäre, dass die Haftungsprivilegierung, die Arbeitnehmern nach den Grundsätzen der betrieblich veranlassten Tätigkeit zukommt, auch auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ausgeweitet werden kann.

##### 1. Die Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit und ihre dogmatische Herleitung im Arbeitsrecht

Nach der ständigen Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts*<sup>101</sup> kommt dem Arbeitnehmer, ohne dass dies gesetzlich explizit bestimmt wäre, eine Haftungsprivilegierung zugute, wenn er bei einer betrieblich veranlassten Tätigkeit einen Schaden an den Gütern seines Arbeitgebers verursacht.<sup>102</sup> Gestützt auf eine Analogie zu § 254 BGB wird grundsätzlich eine Haftungsverteilung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorgenommen,<sup>103</sup> für die das maßgebliche Kriterium der Grad des Verschuldens ist, das dem Arbeitnehmer zur Last fällt.<sup>104</sup> Bei leichter Fahrlässigkeit scheidet demnach eine Haftung des Arbeitnehmers ganz aus, bei höheren Graden erfolgt eine Aufteilung des Schadens

<sup>100</sup> *Dierig*, welt.de v. 14.9.2015, „ThyssenKrupp verlangt Schadenersatz von Ex-Managern“, abrufbar unter: <http://www.welt.de/wirtschaft/article146382564/ThyssenKrupp-verlangt-Schadenersatz-von-Ex-Managern.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>101</sup> Grundlegend *BAG GS*, NJW 1995, 210 ff.; zuvor war eine Haftungserleichterung an das Kriterium der „gefahr- (oder schadens-) geneigten Arbeit“ geknüpft. Zu dieser Rechtsprechungsänderung *Richardi*, Abschied von der gefahrgeneigten Arbeit als Voraussetzung für die Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung, NZA 1994, 241 ff.

<sup>102</sup> *Joussen*, Der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitnehmerhaftung, RdA 2006, 129 ff.

<sup>103</sup> *Annuß*, (Nichts) Neues zur Arbeitnehmerhaftung?, NZA 1998, 1089 ff.

<sup>104</sup> *Richardi* (Fn. 101), S. 241.

zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, bei Vorsatz trägt der Arbeitnehmer den Schaden allein.<sup>105</sup>

Der Analogieschluss stützt sich im Wesentlichen auf zwei zentrale Erwägungen:

*a) Betriebsrisiko des Arbeitgebers*

Zum einen sei das besondere Schadensrisiko für betrieblich veranlasste Tätigkeiten grundsätzlich demjenigen zuzuweisen, der für die Organisation des Betriebs und die Gestaltung der Arbeitsbedingungen verantwortlich ist.<sup>106</sup> Dieses dem Arbeitgeber abstrakt zugewiesene Organisationsrisiko müsse als „verschuldensunabhängiger Zurechnungsfaktor analog § 254 BGB“<sup>107</sup> dem Eigenverschulden des Arbeitnehmers gegenübergestellt werden.<sup>108</sup> Durch diese Abwägung entstehe letztlich der bekannte „innerbetriebliche Schadensausgleich“.

*b) Missverhältnis zwischen Haftungsrisiko und Arbeitsentgelt*

Zum anderen stünden die geringen Verdienstmöglichkeiten außer Verhältnis zu dem potenziellen Haftungsrisiko, dem der Arbeitnehmer ausgesetzt sei.<sup>109</sup> Dem Arbeitnehmer werde häufig Arbeitsmaterial von großem Wert zur Verfügung gestellt, dessen Beschädigung zu hohen Schadensersatzforderungen führen könne, die aus dem gewöhnlichen Arbeitslohn unmöglich beglichen werden könnten.<sup>110</sup> Es bedürfe mithin eines Schutzmechanismus, der verhindere, dass eine einzige Unachtsamkeit den Arbeitnehmer in den wirtschaftlichen Ruin treibe.<sup>111</sup> Die Berücksichtigung dieses Aspekts zeigt, dass die Haftungsprivilegierung nicht zuletzt auch dem arbeitsrechtlichen Sozialschutzgedanken geschuldet ist.<sup>112</sup>

---

<sup>105</sup> BAG, NJW 2011, 1096 (1097); Preis, in: Erfurter Kommentar, 16. Aufl. 2016, § 619a BGB Rn. 13.

<sup>106</sup> Reichold, in: Münchener Hdb. ArbR., Band I, 3. Aufl. 2009, § 51 Rn. 27.

<sup>107</sup> Krause, Geklärte und ungeklärte Probleme der Arbeitnehmerhaftung, NZA 2003, 577 (579).

<sup>108</sup> BAG GS, NJW 1995, 210 (212); Reichold, in: Münchener Hdb. ArbR., Band I (Fn. 106), § 51 Rn. 27.

<sup>109</sup> Krause (Fn. 107), S. 579; Preis, in: Erfurter Kommentar (Fn. 105), § 619a BGB Rn. 9.

<sup>110</sup> RAG, ARS 30, 3 (5).

<sup>111</sup> Däubler, Die Haftung des Arbeitnehmers – Grundlagen und Grenzen, NJW 1986, 867 (869).

<sup>112</sup> Langenbacher, Risikohaftung und Schutzpflichten im innerbetrieblichen Schadensausgleich, ZfA 1997, 523 (541 ff.).

## 2. Übertragung der Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit auf Organmitglieder in der Aktiengesellschaft

Die Übertragung dieser Grundsätze auf Organmitglieder in der Aktiengesellschaft ist mit der ganz h.M. abzulehnen.<sup>113</sup> Dabei kommt es richtigerweise gar nicht auf die umstrittene Frage an, inwieweit die Interessenlage bei einem Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied gleichermaßen wie bei einem Arbeitnehmer für eine Haftungsprivilegierung nach den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit streitet.<sup>114</sup> Denn die Organhaftung ist mangels Regelungslücke einer entsprechenden Anwendung des § 254 BGB überhaupt nicht zugänglich.<sup>115</sup> Dies macht ein Vergleich mit dem Arbeitsrecht, wo anerkanntermaßen zumindest eine „Wertungslücke“ vorliegen soll,<sup>116</sup> deutlich: Während die Arbeitnehmerhaftung in den §§ 611 ff. BGB keine eigenständige Regelung erfahren hat, ist die Haftung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder im Aktienrecht spezialgesetzlich geregelt.<sup>117</sup> Die ausdrückliche Haftungsanordnung des § 93 Abs. 2 AktG (i.V.m. § 116 S. 1 AktG) für *omnis culpa* bildet gewissermaßen eine „rechtstechnische Sperre“ für eine Rechtsfortbildung.<sup>118</sup> Insbesondere ein gänzlicher Haftungsausschluss für leicht fahrlässig verursachte Schäden wäre mit geltendem Recht nicht zu vereinbaren. Folglich kommt eine Analogie nach den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit von vornherein nicht in Betracht.

## 3. Haftungsreduzierung auf Grundlage der Fürsorgepflicht

Eine neuere Auffassung in der Literatur befürwortet gleichwohl zumindest eine teilweise Anwendung dieser Grundsätze auf Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder in der Aktiengesellschaft; allerdings nicht im Wege einer Rechtsfortbildung, sondern über das Institut der gesellschaftsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht.<sup>119</sup> Demnach könne eine Gesellschaft im Einzelfall aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber ihren Organen verpflichtet sein, einen etwaigen Schadensersatzanspruch nur beschränkt – d.h. insbesondere nicht bis zu den Pfändungsgrenzen der ZPO – durchzusetzen. Die Haftungsreduzierung würde dabei bereits kraft Gesetzes eintreten und läge folglich nicht im Ermessen des

<sup>113</sup> BGH, WM 1975, 467 (469) (zu § 34 Abs. 2 GenG); Koch, in: Hüffer/Koch (Fn. 8), § 93 AktG Rn. 51; Reichold, in: Münchener Hdb. ArbR., Band I (Fn. 106), § 51 Rn. 66.

<sup>114</sup> Dies verkennt Hoffmann (Fn. 34), S. 1396 f., der eine „Analogie zum Arbeitsrecht“ vertritt, ohne sich mit dem Erfordernis einer Regelungslücke auseinanderzusetzen.

<sup>115</sup> Fleischer, in: Spindler/Stilz, (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 206; ferner Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, 2001, S. 335 (zu § 43 GmbHG).

<sup>116</sup> Fleischer (Fn. 39), S. 1306.

<sup>117</sup> Binder (Fn. 57), S. 327; Koch, (Fn. 10), S. 435.

<sup>118</sup> Koch (Fn. 10), S. 435 f.; Krause, Mitarbeit in Unternehmen, 2002, S. 568.

<sup>119</sup> Bayer (Fn. 84), S. 97; Koch (Fn. 88), S. 338 ff.

Aufsichtsrates.<sup>120</sup>

Für die Ansicht wird angeführt, dass wesentliche Begründungselemente, die den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit zugrunde liegen, für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder ebenso zutreffen wie für Arbeitnehmer.<sup>121</sup> Es bestehe daher Anlass für einen „arbeitsrechtlichen Wertungstransfer“, allerdings seien spezifische gesellschaftsrechtliche Modifikationen unerlässlich.<sup>122</sup> So dürfe unter anderem stets nur eine Haftungsreduzierung, nie jedoch ein völliger Haftungsausschluss erfolgen, da § 93 Abs. 2 S. 3 AktG die Wertung zu entnehmen sei, dass eine obligatorische Resthaftung bestehen bleiben müsse, die von dem Organmitglied „aus eigener Tasche“ zu begleichen sei.<sup>123</sup>

Des Weiteren wird geltend gemacht, die gesellschaftsrechtliche Fürsorgepflicht als dogmatischer Anknüpfungspunkt liege auf der Hand, da auch die Haftungsprivilegierung im Arbeitsrecht früher auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gestützt wurde.<sup>124</sup>

Ursprünglich nur für den Innenregress bei Bußgeldzahlungen konzipiert, wird eine „Haftungsreduzierung qua Fürsorgepflicht“ nunmehr auch jenseits des Sanktionsbereichs diskutiert. Zweifelhaft ist, ob dieser Ansatz letztlich überzeugen kann. Zur Beantwortung dieser Frage soll im Folgenden auf die wesentlichen Einwände eingegangen werden, die im Schrifttum vorgebracht werden.

#### a) Vergleichbare Schutzwürdigkeit von Arbeitnehmern und Organmitgliedern?

Zunächst wird angeführt, dass die Erwägungen, auf denen die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung aufbauen,<sup>125</sup> niemals auch eine Haftungsprivilegierung für Organmitglieder stützen können, da die Verhältnisse dieser beiden Personengruppen grundverschieden seien.<sup>126</sup>

---

<sup>120</sup> Anders *Habersack* (Fn. 5), S. 802, der in diesem Fall nur eine eingeschränkte Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats auf Grundlage eines weiten Verständnisses der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung des BGH annimmt. Dagegen *Koch* (Fn. 88), S. 344 mit dem Argument, dass die Rücksichtnahme dann in der Willkür des Aufsichtsrats läge. Ferner bliebe abermals die Gefahr einer Inanspruchnahme durch Gläubiger (§ 93 Abs. 5 AktG) und Aktionäre (§§ 147 f. AktG) der Gesellschaft.

<sup>121</sup> *Koch* (Fn. 88), S. 340 ff.

<sup>122</sup> *Koch* (Fn. 10), S. 438 f.

<sup>123</sup> *Koch*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, 513 (514).

<sup>124</sup> *Koch* (Fn. 10), S. 436.

<sup>125</sup> Siehe oben **B. IV. 1.**

<sup>126</sup> *Bachmann* (Fn. 8), E 57.

## aa) Zum Missverhältnis von Verdienst und Haftungsrisiko

Die Annahme eines ähnlichen Missverhältnisses zwischen Vergütung und Haftungsrisiko liege schon deshalb fern, da der Verdienst eines Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied den eines gewöhnlichen Arbeitnehmers um ein Vielfaches übersteige.<sup>127</sup> Zudem würden gesteigerte Haftungsrisiken bereits durch hohe Risikoprämien abgegolten, sodass kein Grund für eine Haftungsprivilegierung bestehe.<sup>128</sup> Allerdings zeigen Fälle wie VW/*Winterkorn* oder Deutsche Bank/*Breuer*,<sup>129</sup> dass auch Millionengehälter und ein umfangreicher Versicherungsschutz nichts nützen, wenn eine Haftung in Milliardenhöhe im Raum steht.<sup>130</sup> Man wird somit bei Organmitgliedern gleichsam ein Missverhältnis zwischen Verdienstmöglichkeiten und Haftungsrisiken annehmen können, sodass hier eine ähnliche Schutzwürdigkeit wie bei Arbeitnehmern besteht.<sup>131</sup> Dem ist aber relativierend anzufügen, dass eine die finanziellen Möglichkeiten des Schuldners bei Weitem übersteigende Haftpflicht allein keine Haftungsprivilegierung zu begründen vermag, da dieses Problem bei nahezu allen Schuldverhältnissen auftreten kann, also eine Lösung für das gesamte Schuldrecht erforderlich wäre.<sup>132</sup>

## bb) Zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers

Ferner wird angeführt, dass sich der Betriebsrisikogedanke, auf den sich die Grundsätze betrieblich veranlasster Tätigkeit im Wesentlichen stützen, nicht ohne Weiteres auf Vorstandsmitglieder in der Aktiengesellschaft übertragen lasse, da diese erstens keinerlei Weisungen ausführen müssen (§ 76 Abs. 1 AktG) und zweitens nicht in den Betrieb eines anderen eingegliedert sind, sondern gerade selbst die gesamte Organisations- und Risikostruktur des Unternehmens bestimmen.<sup>133</sup>

---

<sup>127</sup> In diese Richtung *Schöne/Petersen*, Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis?, AG 2012, 700 (701).

<sup>128</sup> *Fleischer* (Fn. 39), S. 1306.

<sup>129</sup> In dem Fall ging es um eine juristische Auseinandersetzung zwischen der Deutschen Bank AG und *Leo Kirch* (und später dessen Erben) wegen eines Interviews aus dem Jahr 2002, in dem der damalige Vorstandsvorsitzende der Deutschen Bank, *Rolf-Ernst Breuer*, die Kreditwürdigkeit der Kirch-Gruppe anzweifelte. *Kirch* wies *Breuer* und der Deutschen Bank die Schuld für seine wenig später eintretende Insolvenz zu und forderte Schadensersatz. Nachdem die Deutsche Bank 928 Millionen Euro an die Kirch-Erben zahlte, beschloss der Aufsichtsrat, *Breuer* in Regress zu nehmen. In einem Vergleich einigte man sich auf Zahlung von 3,2 Millionen Euro; vgl. Spiegel-Online v. 31.3.2016 (Fn. 1)

<sup>130</sup> *Hemeling*, in: Verhandlungen des 69. DJT, Band II/1, 2012, N 31, 38.

<sup>131</sup> *Binder* (Fn. 57), S. 321 f.; *Wagner* (Fn. 25), S. 234.

<sup>132</sup> *Binder* (Fn. 57), S. 322.

<sup>133</sup> *Gaul*, Regressansprüche bei Kartellbußen im Lichte der Rechtsprechung und der aktuellen Debatte über die Reform der Organhaftung, AG 2015, 109 (113); *Vetter*,

Dies anerkennend, stellen allerdings diejenigen, die sich für einen „Wertungstransfer“ aussprechen, die Weisungsunterworfenheit als tragendes Element der Haftungsprivilegierung ganz infrage.<sup>134</sup> Entscheidend sei vielmehr die dauerhafte Tätigkeit in fremdem Interesse, bei der es über kurz oder lang aufgrund menschlicher Unzulänglichkeit zu einer fahrlässigen Schadensverursachung kommen würde, deren Folgen durch das Betriebsrisiko um ein Vielfaches potenziert seien und deshalb vom Arbeitgeber getragen werden müssten.<sup>135</sup> Zweifelhaft ist jedoch, ob ein erhöhtes Haftungsrisiko, das nur dem Umstand geschuldet ist, über einen längeren Zeitraum fremdnützig tätig zu werden, bereits eine Haftungsprivilegierung begründen kann.<sup>136</sup> In der Literatur gilt die Weisungsunterworfenheit nicht umsonst als entscheidende Voraussetzung für eine Haftung nach den Grundsätzen betrieblich veranlasster Tätigkeit.<sup>137</sup>

*b) Zur Praktikabilität und Rechtssicherheit*

Ergänzend wird geltend gemacht, der Aufsichtsrat stünde vor immensen Problemen, wenn er bei der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs zuerst über das „Ob“ nach den Vorgaben der ARAG-Garmenbeck-Doktrin zu entscheiden hätte, um sodann unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Faktoren festzustellen, inwieweit der Anspruch *ex lege* auf eine bestimmte Höhe begrenzt sei.<sup>138</sup> Würde das Organmitglied schließlich in bestimmter Höhe in Anspruch genommen, könnte dieses der Gesellschaft die Fürsorgepflicht einredeweise entgegenhalten, sodass ein Gericht letztlich in jedem Einzelfall über die konkrete Höhe zu entscheiden hätte.<sup>139</sup>

*c) Zur Tragfähigkeit der dogmatischen Begründung*

Nicht zuletzt bewege sich eine Haftungsreduktion qua Fürsorgepflicht dogmatisch „auf dünnem Eis“, da zumindest der (Anfangs-)Verdacht bestehe, zwingendes Recht ohne jeden gesetzlichen Anhaltspunkt allein aus Billigkeitsgründen zu modifizieren.<sup>140</sup> Zwar sei das Rechtsinstitut der gesellschaftsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht allgemein anerkannt und finde auch im

---

Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie – Überlegungen de lege ferenda, NZG 2014, 921 (922).

<sup>134</sup> Koch (Fn. 88), S. 342 ff.

<sup>135</sup> In diese Richtung gehend bereits RAGE 24, 199 (202 f.).

<sup>136</sup> Binder (Fn. 57), S. 316.

<sup>137</sup> Link, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 16. Aufl. 2015, § 59 Rn. 41.

<sup>138</sup> Schöne/Petersen (Fn. 127), S. 705; Habersack (Fn. 5), S. 802 f.

<sup>139</sup> Habersack (Fn. 5), S. 803.

<sup>140</sup> Vetter (Fn. 133), S. 92; überraschend deutlich selbst Koch (Fn. 10), S. 435.

Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft vielfach Anwendung.<sup>141</sup> Jedoch zeige bereits die Tatsache, dass auch die Arbeitnehmerhaftung längst nicht mehr auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gestützt werde, dass die Fürsorgepflicht inhaltlich zu unbestimmt sei und vielfach beliebige Ergebnisse produziere.<sup>142</sup>

*d) Zwischenergebnis*

Im Ergebnis bestehen weder ausreichend Parallelen zwischen Arbeitnehmer und Organmitglied, die eine Haftungsprivilegierung nach arbeitsrechtlichem Vorbild rechtfertigen könnten, noch vermag ein „Wertungstransfer“ über die gesellschaftsrechtliche Fürsorgepflicht praktikable und methodisch überzeugende Ergebnisse zu liefern.

## V. Fazit

Damit bleibt nur die Feststellung, dass das Problem einer persönlich in die Existenzbedrohung führenden Organhaftung nicht durch juristische Methodik auf der Grundlage des geltenden Rechts gelöst werden kann. Pflichtvergessene Organmitglieder bleiben damit der Gefahr einer „wirtschaftlichen Todesstrafe“<sup>143</sup> ausgesetzt. Allein für den Teilbereich der Straf- und Bußgeldsachverhalte ist ein Innenregress bereits *de lege lata* nicht vorgesehen.

## C. Möglichkeiten der Haftungserleichterung *de lege ferenda*

Im Folgenden sollen nun Reformperspektiven aufgezeigt werden, wie das Organhaftungsrecht in Zukunft effizient gestaltet werden kann, ohne gleichzeitig ruinöse Haftungsrisiken zu gerieren. Die Vorschläge hierzu sind zahlreich: Aufgegriffen werden soll hier nur die Einführung einer allgemeinen schadensersatzrechtlichen Billigkeitsklausel, die Abmilderung des Verschuldensmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit, das Festschreiben von Haftungshöchstbeträgen sowie Öffnungsklauseln für satzungsmäßige Modulierungen (sog. „*charter option provisions*“). Zumindest eine Option bleibt aber auch weiterhin die Beibehaltung der bestehenden Gesetzeslage.

## I. Anforderungen an ein reformiertes Organhaftungsrecht

Dazu ist das Augenmerk zunächst auf die Anforderungen zu richten, die an ein reformiertes Organhaftungsrecht zu stellen sind.

---

<sup>141</sup> *Binder* (Fn. 57), S. 332 verweist etwa auf den Urlaubsanspruch der Vorstandsmitglieder, der – soweit der Anstellungsvertrag keine Regelung trifft – mit der Fürsorgepflicht begründet wird.

<sup>142</sup> *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1307 f.).

<sup>143</sup> *Bayer* (Fn. 84), S. 97.

## 1. Dogmatische Einpassung in das haftungsrechtliche Gesamtgefüge

Reformen zu fordern ist das eine. Eine Regelung zu entwerfen, die nicht für sich alleine steht, sondern sich nahtlos in das vorhandene Rechtssystem einfügt, ist das andere. Eine Novellierung des Organhaftungsrechts darf folglich keinesfalls losgelöst von der Dogmatik des allgemeinen Schadensersatzrechts angegangen werden.<sup>144</sup> Andernfalls entstehen Fremdkörper in der Rechtsordnung, die missliche Wertungswidersprüche hervorrufen.

### *a) Wertungswidersprüche bei gesetzlicher Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit*

Wer beispielsweise für eine gesetzliche Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit plädiert,<sup>145</sup> sollte sich bewusst machen, dass eine solche Regelung bislang nur für ehrenamtliche, selbstlose oder unentgeltliche Tätigkeiten (§§ 31a, 86, 521, 599, 680, 690 BGB) sowie für die Haftung von Personengeschaftern (§ 708 BGB) existiert.<sup>146</sup> Die Haftungserleichterung für Vorstandsmitglieder im Verein, um nur ein Exempel herauszugreifen, beruht auf dem Schutzgedanken, diejenigen, die sich in besonderem Maße für die Allgemeinheit engagieren, nicht mit unverhältnismäßigen Haftungsrisiken zu belasten.<sup>147</sup> Führt man sich vor Augen, dass die Privilegierung auch nur für die Vorstandsmitglieder gilt, deren Vergütung nicht mehr als 720 Euro im Jahr beträgt (§ 31a Abs.1 S.1 BGB), lässt sich eine ähnliche Regelung für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder von Aktiengesellschaften kaum begründen.<sup>148</sup> Eine Ausnahme könnte indes für ehrenamtlich tätige Organmitglieder (in gemeinnützigen Gesellschaften) gemacht werden.<sup>149</sup>

### *b) Gesetzliche Festlegung von Haftungshöchstbeträgen als Fremdkörper im hiesigen Schadensersatzrecht*

Ähnliche Probleme bereitet der Vorschlag, leicht fahrlässig handelnde Vorstandsmitglieder zwar nicht von jeglicher Verantwortung freizustellen, aber ihre Haftung summenmäßig zu begrenzen. Denn das Gesetz kennt solche

<sup>144</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 9b; *ders.*, BB 2014, 1.

<sup>145</sup> *Peltzer*, Zu den vom Aufsichtsrat zu beachtenden Abwägungskriterien im Rahmen seiner Entscheidung nach den ARAG-Garmenbeck-Kriterien – dargestellt am Beispiel des Kartellrechts, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 861 (865); *Spindler* (Fn. 17), S. 894 ff.

<sup>146</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 9b.

<sup>147</sup> BT-Drucks. 16/10120, S. 6; *Unger*, Neue Haftungsbegrenzungen für ehrenamtlich tätige Vereins- und Stiftungsvorstände, NJW 2009, 3269 (3271).

<sup>148</sup> *Vetter* (Fn. 133), S. 922).

<sup>149</sup> Für eine dispositive Haftungsprivilegierung („opt-in-Lösung“) *Bachmann* (Fn. 8), E 30 f.



Haftungscaps bislang nur in Fällen der Gefährdungshaftung (u.a. § 88 AMG, § 10 ProdHaftG, §§ 12 f. StVG).<sup>150</sup> Im Bereich der Verschuldenshaftung ist das Prinzip der Totalreparation hingegen lückenlos verwirklicht.<sup>151</sup> Der Gesetzgeber folgt insoweit bewusst dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“.<sup>152</sup> Mithin ließe sich auch eine gesetzliche Normierung von Haftungshöchstbeträgen schwerlich spannungsfrei in das haftungsrechtliche Gesamtgefüge einfügen.<sup>153</sup>

### c) Vorzugswürdige Lösungen

(Zumindest) in diesem Punkt überzeugender wäre die Einführung einer allgemeinen schadensrechtlichen Billigkeitsklausel, aufgrund derer das Gericht Ersatzansprüche nach billigem Ermessen auf einen zumutbaren Betrag herabsetzen könnte.<sup>154</sup> Freilich müsste eine solche Bestimmung im allgemeinen Schuldrecht angesiedelt werden, um einen Wertungsgleichklang mit anderen Schuldverhältnissen herzustellen.<sup>155</sup>

Keinesfalls systemfremd wäre es zudem, statutarische Haftungserleichterungen, wie sie im GmbH-Recht schon lange anerkannt sind,<sup>156</sup> auch im Aktienrecht zuzulassen.<sup>157</sup> Denn dazu müsste rechtstechnisch lediglich eine Befugnisnorm i.S.v. § 23 Abs. 5 S. 1 AktG eingefügt werden, die dem Satzungsgeber gestattet, von der unbeschränkten Haftungsanordnung des § 93 Abs. 2 AktG abzuweichen.

## 2. Ökonomische Effizienz und Steuerungsfunktion des Rechts

Darüber hinaus lohnt es sich, auch rechtsökonomische Gesichtspunkte in die Überlegungen miteinfließen zu lassen.<sup>158</sup> Ausgangspunkt hierfür ist die grundlegende Erkenntnis, dass die Gestaltung des rechtlichen Umfelds das Verhalten der Akteure konkret in bestimmte – auf ein Effizienzziel ausgerichtete – Bahnen lenken kann.<sup>159</sup> Diese Steuerungsfunktion sollte für die Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden, indem Regeln über Voraussetzungen und Umfang der Schadensersatzpflicht geschaffen werden, die geeignet sind, das Verhalten

<sup>150</sup> *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312; *ders.* (Fn. 57), S. 915.

<sup>151</sup> *Wagner* (Fn. 25), S. 252.

<sup>152</sup> *Ekkenga/Kuntz*, in: Soergel, Schuldrecht I/2, 13. Aufl. 2014, vor §§ 249 BGB Rn. 14.

<sup>153</sup> *Fleischer*, in: Spindler/Stilz (Fn. 32), § 93 AktG Rn. 9b; *ders.* (Fn. 39), S. 1312.

<sup>154</sup> Dafür *Bachmann* (Fn. 8), E 58.

<sup>155</sup> *Fleischer* (Fn. 39), S. 1314 unter Verweis auf den Vorschlag von *Hobloch*, in: BMJ, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band 1, 1981, S. 459 ff., der sich für die Einführung eines § 255a BGB ausgesprochen hat.

<sup>156</sup> BGH, NJW 2002, 3777 ff.

<sup>157</sup> *Habersack* (Fn. 5), S. 803 f.

<sup>158</sup> Für eine Einbeziehung auch *Bachmann* (Fn. 8), E 21 ff.; *Koch* (Fn. 10), S. 433 ff.

<sup>159</sup> *Koch* (Fn. 10), S. 433.

der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder so zu steuern, dass es sowohl für die Gesellschaft als auch für die Volkswirtschaft den meisten Nutzen bringt.<sup>160</sup>

Die Organhaftung dient gewiss bereits heute verhaltenssteuernden Zwecken: Nach der Vorstellung des Gesetzgebers trägt die Haftungsandrohung des § 93 Abs. 2 AktG (i.V.m. § 116 S. 1 AktG) dazu bei, Pflichtverletzungen präventiv entgegenzuwirken und damit Schadensfälle von vornherein zu vermeiden.<sup>161</sup> Zweifelhaft ist jedoch, ob die zurzeit geltende unbeschränkte Einstandspflicht für jedwedes Verschulden optimale Verhaltensanreize setzt.

*a) Ökonomische Ineffizienz einer unbeschränkten Haftung*

aa) Unverhältnismäßige Haftungsvermeidungskosten

Denn sicher ist, dass Schadensvermeidung nicht umsonst zu haben ist.<sup>162</sup> Sieht sich ein Vorstandsmitglied immensen Haftungsrisiken ausgesetzt, wird es sich im Zweifel bemühen, möglichst viele und vor allem sichtbare (wenngleich ineffiziente) Vorsorgemaßnahmen zu treffen, um einen Schadenseintritt zu verhindern oder sich zumindest später vor Gericht entlasten zu können.<sup>163</sup> Dieses Phänomen wird nochmals dadurch verstärkt, dass das Vorstandsmitglied die eigenen Haftungsrisiken minimieren kann, ohne dafür zu bezahlen, da die Kosten hierfür in aller Regel der Gesellschaft zur Last fallen.<sup>164</sup> Dies führt letztlich dazu, dass die Schadensrisiken schwinden, dafür aber die Haftungsvermeidungskosten exorbitant ansteigen.<sup>165</sup> Sinnvollerweise sollte die Haftung allerdings so austariert werden, dass der potenzielle Schädiger den Anreiz hat, Schäden zu vermeiden, deren Kosten höher sind als die Kosten der Vermeidungsmaßnahmen.<sup>166</sup> Dieses Kosten-Nutzen-Verhältnis ist bei einer unbeschränkten Haftung nicht mehr gegeben.

bb) Risikoaverses Vorstandshandeln

Ferner zeigt sich die Angst vor existenzbedrohender Haftung im allgemein in risikoscheuem Verhalten,<sup>167</sup> das dem Idealbild eines Vorstands, der mit unternehmerischem Mut im Interesse der Aktionäre tätig wird,<sup>168</sup> diametral

---

<sup>160</sup> *Wagner* (Fn. 25), S. 255.

<sup>161</sup> BT-Drucks. 16/13433, S. 11: „Die Haftung mit dem Privatvermögen wirkt Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern präventiv entgegen.“

<sup>162</sup> *Kötz*, Die ökonomische Analyse des Rechts, ZVersWiss 1993, 57 (60).

<sup>163</sup> *Bachmann* (Fn. 8), E 22; *Koch* (Fn. 10), S. 434.

<sup>164</sup> *Bachmann* (Fn. 8), E 22; *Koch* (Fn. 10), S. 434.

<sup>165</sup> *Koch* (Fn. 10), S. 434.

<sup>166</sup> *Kötz* (Fn. 162), S. 60.

<sup>167</sup> *Wagner* (Fn. 25), S. 259.

<sup>168</sup> *BGH*, NJW 1997, 1923 (1925).

entgegensteht.<sup>169</sup>

cc) Asymmetrie von Chancen und Risiken auf der Ebene des Organmitglieds

Die soeben dargestellte ökonomische Ineffizienz ist notwendige Folge eines rechtlichen Modells, das Organmitglieder nicht an den Gewinnen des Unternehmens partizipieren lässt, ihnen aber die Gefahr zuweist, für Verluste in unbeschränkter Höhe persönlich geradestehen zu müssen.<sup>170</sup> Insofern laufen die Interessen von Organmitgliedern und Anteilseignern auseinander, sodass ein typischer „*principal-agent-conflict*“ besteht.<sup>171</sup> Dieser Interessenkonflikt lässt sich allein durch eine Ausbalancierung von Chancen und Risiken ausräumen.<sup>172</sup>

b) *Haftungsbeschränkung als geeignete Alternative?*

Dafür erweist sich eine summenmäßige Haftungsbeschränkung als ökonomisch sinnvolle Lösung. Da das Organmitglied immer noch mit einem substantiellen Teil seines Vermögens haftet, bleibt die Präventionswirkung bestehen.<sup>173</sup> Gleichzeitig entfallen aber übermäßige Abschreckung („*overdeterrence*“) und überzogene Absicherungsstrategien („*overcompliance*“).<sup>174</sup> Die Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs würde hingegen falsche Verhaltensanreize setzen und wäre im Übrigen auch mit der treuhänderischen Stellung des Vorstands nicht zu vereinbaren.<sup>175</sup>

### 3. Rechtsvergleichende Erkenntnisse

Im Folgenden soll nun auf die Frage eingegangen werden, inwieweit die hier aufgegriffenen Reformvorschläge bereits Eingang in andere Rechtsordnungen gefunden haben. Darüber hinaus sind Trends und Erfolgsmodelle zu identifizieren, die Inspiration und Entwicklungskatalysator für eine Novellierung des Organhaftungsrechts in Deutschland sein könnten.<sup>176</sup>

a) *Gesetzliche und satzungsmäßige Haftungsreduktion*

Während es für eine gesetzliche Haftungsbeschränkung – soweit ersichtlich –

---

<sup>169</sup> Koch (Fn. 10), S. 434.

<sup>170</sup> Wagner (Fn. 25), S. 257.

<sup>171</sup> Koch (Fn. 10), S. 434.

<sup>172</sup> Wagner (Fn. 25), S. 260.

<sup>173</sup> Spindler (Fn. 17), S. 895.

<sup>174</sup> Fleischer (Fn. 39), S. 1316.

<sup>175</sup> Hopt, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793 (1803).

<sup>176</sup> Zur Inspirationsfunktion der Rechtsvergleichung Brand, Grundfragen der Rechtsvergleichung – Ein Leitfaden für die Wahlfachprüfung, JuS 2003, 1082 (1084); Mansel, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ 1991, 529 ff.

bislang nur ein einziges rechtsvergleichendes Beispiel gibt, sind statutarische Haftungserleichterungen – auch was Publikumsgesellschaften anbetrifft – bereits in vielen Ländern anerkannt.<sup>177</sup> Andere Rechtsordnungen unterbinden hingegen nach wie vor jegliche satzungsmäßige Abweichung von der unbeschränkten Einstandspflicht des Geschäftsleiters für jegliches Verschulden.<sup>178</sup> Untersucht man die Haftungsregime der 28 EU-Mitgliedsstaaten, so lässt sich „als gemeinsamer Nenner“ lediglich feststellen, dass Geschäftsleiter für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit immer haften, und dass die Haftungsreduktion, soweit sie zulässig ist, nicht gegenüber Dritten wirkt.<sup>179</sup> Die Ausnahme bildet wohl Estland, wo eine Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit akzeptiert wird.<sup>180</sup>

In den USA erlauben alle 50 bundesstaatlichen Rechtsordnungen satzungsmäßige Modifizierungen des jeweils gesetzlich normierten Haftungsmodells.<sup>181</sup>

Delaware beispielsweise erlaubt dem Satzungsgeber, den Sorgfaltsmaßstab für Organmitglieder auf grobe Fahrlässigkeit herabzusetzen, wobei entsprechende Klauseln stets nur Verletzungen der Sorgfaltspflicht („*duty of care*“) erfassen. Verstöße gegen die Treuepflicht („*duty of loyalty*“) sind härter zu sanktionieren und daher einer Haftungserleichterung nicht zugänglich.<sup>182</sup>

Genau andersherum verfahren Ohio und Wisconsin,<sup>183</sup> wo die Haftung der *directors* bereits von Gesetzes wegen weit zurückgedrängt ist, die Satzung jedoch eine strengere Verantwortlichkeit vorsehen kann.<sup>184</sup>

In Virginia sieht der *Stock Corporation Act* eine absolute Haftungsgrenze in Höhe von 100.000 US-Dollar bzw. einer höheren Vergütung in den letzten zwölf Monaten vor dem die Schadensersatzpflicht auslösenden Ereignis vor, von dem die Gesellschaften nur nach unten abweichen können.<sup>185</sup>

Nach empirischen Befunden haben von der Möglichkeit der Haftungsprivi-

---

<sup>177</sup> Vgl. etwa § 102(b)(7) Delaware General Corporation Law (DGCL).

<sup>178</sup> So beispielsweise die französische (Code de Commerce, Art. L-225-253) und die englische Rechtsordnung (Companies Act 2006, sec. 232).

<sup>179</sup> *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on Directors' Duties and Liability, 2013, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/board/2013-study-analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>180</sup> *Ebd.*, S. 174.

<sup>181</sup> *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312.

<sup>182</sup> *Hellgardt*, Abdingbarkeit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, in: FS Hopt, 2010, S. 765 (767).

<sup>183</sup> Vgl. Wis. Stat. Ann. § 180.0828; Ohio Rev. Code Ann. § 1701.59 (D).

<sup>184</sup> *Brown/Gopalan*, 42 Ind. Law. Rev. 285, 310 (2009).

<sup>185</sup> Vgl. Va. Code Ann. 13.1 – 692.1; dazu *Binder* (Fn. 57), S. 476 f.; *Fleischer* (Fn. 39), S. 1312.

legierung in den USA nahezu alle großen Aktiengesellschaften Gebrauch gemacht,<sup>186</sup> wobei nicht ganz eindeutig ist, ob dies der Effizienz der Haftungsreduzierung oder dem Einfluss der Manager-Lobby geschuldet ist.<sup>187</sup>

In Japan kann die Satzung die Haftung der Direktoren summenmäßig gemessen an ihrem Jahreseinkommen beschränken.<sup>188</sup> Die Haftungserleichterung ist allerdings an zahlreiche (lästige) Voraussetzungen geknüpft,<sup>189</sup> sodass die Praxis von der Regelung kaum Gebrauch macht.<sup>190</sup>

#### b) Allgemeine schadensrechtliche Billigkeitsklausel

Auch der Vorschlag einer allgemeinen schadensrechtlichen Billigkeitsklausel findet einen recht breiten rechtsvergleichenden Rückhalt.<sup>191</sup> Entsprechende Vorschriften existieren beispielsweise in den skandinavischen Ländern, in Großbritannien,<sup>192</sup> in Australien,<sup>193</sup> in den Niederlanden<sup>194</sup> und in der Schweiz<sup>195</sup>, wobei die Bestimmungen in Großbritannien und Australien explizit nur für Organmitglieder Anwendung finden.

Diese Grundtendenz scheint sich auch bezüglich neuerer europäischer Rechtsentwicklungen fortzusetzen. So finden sich allgemeine Reduktionsklauseln, die den Grundsatz der Totalreparation beschränken, sowohl im *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* als auch in den *Principles of European Tort Law (PETL)*.<sup>196</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Alles in allem ist die Vorstellung, dass der Schädiger Folgeschäden grundsätzlich unbeschränkt zu ersetzen hat, in Europa alles andere als *communis opinio*.<sup>197</sup> Deutschland steht mit dieser starren Haltung aus rechtsvergleichender Sicht nahezu allein da. Wo der Grundsatz der Totalreparation nicht bereits durch allgemeine Billigkeitsklauseln durchbrochen ist, wird dem Satzungsgeber häufig wenigstens ein gewisses Maß an Flexibilität in Bezug auf die Aus-

<sup>186</sup> Brown/Gopalan (Fn. 184), S. 310.

<sup>187</sup> Fleischer (Fn. 39), S. 1312.

<sup>188</sup> Art. 423 ff. des Gesellschaftsgesetzes 2005.

<sup>189</sup> Z.B. die Verpflichtung, Sachverhalt und Schadensersatzsumme offenzulegen.

<sup>190</sup> Fleischer (Fn. 39), S. 1313.

<sup>191</sup> Gisavi, Der Grundsatz der Totalreparation – Naturrechtliche Wertungen als Grundlage für einen deutschen Sonderweg, 2015, S. 10 f.

<sup>192</sup> Sec. 1157 des Companies Act 2006.

<sup>193</sup> Sec. 1318 des Corporation Act 2001.

<sup>194</sup> Art. 6:109 des Burgerlijk Wetboek 1992.

<sup>195</sup> Art. 43, 44 II, 99 OR.

<sup>196</sup> Fleischer (Fn. 39), S. 1314; Gisavi (Fn. 191), S. 11.

<sup>197</sup> Jansen, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, 160.

gestaltung der Organhaftung eingeräumt.

#### 4. Rechtssicherheit

Ziel des Gesetzgebers sollte es ferner sein, dem Bedürfnis aller Akteure nach einem größtmöglichen Maß an Rechtssicherheit nachzukommen. Dies ist wohl das entscheidende Manko einer allgemeinen Billigkeitsklausel. Selbst wenn die Kriterien, nach denen die Haftungsreduktion zu erfolgen hat, feststehen, bleibt die endgültige Haftsumme für Organmitglieder, Aufsichtsrat, Aktionäre und Gläubiger letztlich bis zur letztinstanzlichen Gerichtsentscheidung ungewiss.

Ähnliche Probleme bereitet auch der Vorschlag, den Sorgfaltsmaßstab auf grobe Fahrlässigkeit zu begrenzen. Wo die Grenze zwischen einfacher und grober Fahrlässigkeit verläuft, liegt nämlich im Auge des Betrachters und eröffnet den Richtern somit weiten Entscheidungsspielraum.<sup>198</sup> Somit würde über die wirtschaftliche Existenz der Organmitglieder letztlich nach dem billigen Ermessen der Gerichte entschieden.

## II. Vergleichende Würdigung

Mit Blick auf die soeben gewonnenen Erkenntnisse tritt ein eindeutiges Ergebnis hervor. Eine unbeschränkte Haftung für jedwedes Verschulden, wie sie das geltende Recht vorsieht, ist ökonomisch ineffizient und schadet der Gesellschaft mehr, als dass sie ihr nutzt. Gesetzliche Haftungsbeschränkungen passen nicht in das haftungsrechtliche Gesamtgefüge und scheiden folglich bereits von vornherein aus. Eine allgemeine schadensrechtliche Billigkeitsklausel begegnet ebenso wie die satzungsmäßige Absenkung des Verschuldensmaßstabs erheblichen Bedenken, was die Rechtssicherheit anbelangt. Damit bleiben nur noch statutarisch festzulegende summenmäßige Haftungshöchstbeträge. Diese dürfen sich richtigerweise nicht primär am Vermögen des Organmitglieds,<sup>199</sup> sondern an dessen Jahreseinkommen sowie an Größe und Risiko des Unternehmens orientieren.<sup>200</sup>

### D. Ergebnis

Das Damoklesschwert der Haftung schwebt bedenklich über jedem Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied einer deutschen Aktiengesellschaft. *De lege lata* droht ihnen auch bei leichtester Fahrlässigkeit der Verlust des gesamten pfändbaren

<sup>198</sup> Zudem besteht die Gefahr sog. Rückschaufehler, vgl. dazu *Fleischer* (Fn. 39), S. 1314.

<sup>199</sup> Dafür allerdings *Casper*, Hat die grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats im Sinne des ARAG/Garmenbeck-Urteils ausgedient?, ZHR 176 (2012), 617 (640 f.).

<sup>200</sup> *Bachmann* (Fn. 8), E 66.

Vermögens. Einzig Bußgelder, die gegen das Unternehmen verhängt werden, können nach richtiger Auffassung nicht im Innenregress an Organmitglieder weitergereicht werden. Abzuwarten ist, ob sich daran in naher Zukunft etwas ändert. Der 70. Deutsche Juristentag hat sich jedenfalls im Jahr 2014 mit großer Mehrheit für eine Neujustierung des Organhaftungsrechts ausgesprochen. *De lege ferenda* sollten demnach statutarische Haftungserleichterungen auch in der Aktiengesellschaft anerkannt werden. Dieses Ergebnis bestätigt der vorliegende Beitrag. Jedoch ist nach den gewonnenen Erkenntnissen die summenmäßige Regressbeschränkung einer Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs vorzuziehen.

**Philip Schumacher\***

## **Darf die EU der EMRK beitreten?**

### **Abstract**

Der Beitritt der Europäischen Union zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – „eine schier unendliche Geschichte“. Seit über 30 Jahren bietet dieses Vorhaben Raum für Diskussionen. Während zunächst die Abwägung von Pro und Contra des Beitritts Kern der Debatte war, wurde dies mit dem Vertragswerk von Lissabon hinfällig. Seitdem begründet Art. 6 Abs. 2 EUV eine Pflicht zum Beitritt. Der *Gerichtshof der Europäischen Union* stellte in einem Gutachten jedoch unlängst fest, dass die Voraussetzungen dafür noch nicht vorlägen. Der Beitrag beleuchtet dieses EuGH-Gutachten kritisch. Er zeigt außerdem auf, inwiefern die Frage des Beitritts der EU zur EMRK mit dem „Brexit“ neue Relevanz erlangt, und wie gerade dieser neue Impulse im Beitrittsprozess setzen könnte.

---

\* Der Verfasser legte im März 2017 den schriftlichen Teil seiner Ersten Staatsprüfung ab. Der Beitrag basiert auf einer Studienarbeit, die der Autor im Wintersemester 2015/2016, seinem zehnten Fachsemester, anfertigte. Die zugrundeliegende Studienarbeit wurde von Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cambridge) im Schwerpunktbereich Völkerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg gestellt.



## A. Einleitung

Der *Gerichtshof der Europäischen Union* (*EuGH*) hat das Vorhaben des Beitritts der Europäischen Union (EU) zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) am 18.10.2014 mit seinem Gutachten 2/13 einstweilen auf Eis gelegt.<sup>1</sup> In diesem Gutachten führt der *EuGH* aus, dass der von den 47 Mitgliedstaaten des Europarats und der EU-Kommission ausgehandelte Entwurf eines Beitrittsübereinkommens (BÜE)<sup>2</sup> nicht mit dem Unionsrecht vereinbar und folglich der EMRK-Beitritt unter den gegebenen Umständen nicht möglich sei.<sup>3</sup>

Die bisweilen aufgeworfene Frage „Darf die EU der EMRK beitreten?“ ist vor dem Hintergrund der Beitrittspflicht von Art. 6 Abs. 2 EUV eindeutig mit „Ja“ zu beantworten. Aufgrund dessen verfolgt dieser Beitrag das Ziel, einen Vorschlag für die weitere Vorgehensweise in Bezug auf das Beitrittsvorhaben zu unterbreiten. Im Gang der Überlegungen erfolgt zunächst eine Erläuterung des Sinns und Zwecks eines Beitritts (**B.**) sowie ein kurzer Überblick über die Vorgeschichte des Gutachtens 2/13 (**C.**). Um nachvollziehen zu können, warum der *EuGH* unter den gegebenen Umständen einen Beitritt für nicht möglich hält und welche Schlüsse daraus für die Zukunft zu ziehen sind, erfolgt im Schwerpunkt der Ausarbeitung eine ausführliche kritische Analyse der einzelnen Kritikpunkte des Gutachtens (**D.**). Hierzu werden jeweils die Hintergründe, sofern erforderlich die Problematik wie auch die detaillierte Kritik des *EuGH* dargestellt und anschließend gewürdigt. Die gewonnenen Erkenntnisse werden schließlich dazu genutzt, mögliche Lösungsansätze zu beleuchten und eine Prognose abzugeben, welcher Ansatz die größten Chancen auf Realisierung besitzt (**E.**). Dabei wird insbesondere ein Bezug zu den aktuellen Ereignissen rund um den „Brexit“ hergestellt und beleuchtet, inwieweit dieser mitunter förderlich für die Verwirklichung des Beitritts sein könnte.

## B. Sinn und Zweck eines Beitritts der EU zur EMRK

Die Frage nach dem „Warum“ eines Beitritts stellt sich zwangsläufig. Paradoxerweise stellt sich die momentane Situation so dar, dass alle EU-Mitgliedstaaten der EMRK beigetreten sind und somit ihr Handeln am Maßstab der Konvention gerichtlich überprüft werden kann. Eine Überprüfung von Handlungen der Unionsorgane ist jedoch mangels eines Beitritts der EU

<sup>1</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

<sup>2</sup> Dieser ist abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/47\\_1\(2013\)008rev2\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/cddh-documents/47_1(2013)008rev2_EN.pdf) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>3</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, Rn. 258.

zur EMRK nicht möglich.<sup>4</sup>

Grundsätzlich gilt, dass die Mitgliedstaaten auch nach der Übertragung ihrer Kompetenzen auf die EU für mögliche Verletzungen der Konvention verantwortlich sind<sup>5</sup>; allerdings gibt es davon Ausnahmen. Für den Fall, dass ein Mitgliedstaat sich an eine ihm obliegende Verpflichtung aus dem Unionsrecht gehalten hat, vermutet der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte* (EGMR) aufgrund der Gleichrangigkeit zwischen Konvention und Unionsrecht eine Grundrechtskonformität des Handelns.<sup>6</sup> Darüber hinaus sind die Staaten nur dann für Verstöße verantwortlich, sofern die nationalen Behörden in irgendeiner Form beteiligt waren.<sup>7</sup> Im Fall des ehemaligen Kommissionsbeamten „*Connolly*“<sup>8</sup> wurde dies deutlich. Seine Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsfreiheit gegen 15 Mitgliedstaaten wurde als unzulässig abgelehnt, weil die Entlassung nicht von den nationalen Behörden, sondern ausschließlich von Unionsinstitutionen durchgeführt wurde.

Anhand dieses Beispiels wird deutlich, welchen Nutzen ein Beitritt der EU hätte. Die Rechtsschutzlücke des „*Connolly*“-Falls wäre geschlossen, da eine Beschwerde gegen die EU selbst fortan *ratione personae* zulässig wäre.<sup>9</sup> Durch die Kontrolle des hoheitlichen Handelns der Union würde somit ein umfassenderer Menschenrechtsschutz gewährleistet.<sup>10</sup> Daneben ist die Kohärenz der Rechtsprechungen zwischen *EuGH* und *EGMR* angestrebt.<sup>11</sup> Außerdem besteht die Hoffnung, die EU könnte eine höhere Glaubwürdigkeit beim Schutz der Menschenrechte erreichen.

### C. Vorgeschichte

Die Debatte über den Beitritt nahm bereits in den späten 1970er Jahren an

---

<sup>4</sup> *Callenaert*, To accede or not to accede: European protection of fundamental rights at the crossroads, *European Journal of Human Rights* 2014, 496 (498).

<sup>5</sup> *Matthens v. United Kingdom*, 18.2.1999, Reports of Judgements and Decisions EGMR 1999-I, S. 251.

<sup>6</sup> *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2005-VI, S. 107.

<sup>7</sup> *Connolly v. 15 Member States of the EU*, 9.12.2008, Appl. No. 73274/01.

<sup>8</sup> *Connolly v. 15 Member States of the EU*, 9.12.2008, Appl. No. 73274/01.

<sup>9</sup> *Lock*, The Future of EU Accession to the ECHR after Opinion 2/13: is it still possible and is it still desirable, University of Edinburgh – School of Law – Research Paper Series 2015/18, S. 28.

<sup>10</sup> *Eckes*, EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaption, *Modern Law Review* 2013, 254 (255).

<sup>11</sup> *Uerpmann-Witzack*, Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, *EuR* 2012 (Beiheft 2), 167 (182).

Fahrt auf und fand ihren vorläufigen Höhepunkt im März 1996.

Der *EuGH* hatte in seinem Gutachten 2/94 vom 28.3.1996 erstmalig beurteilt, dass die EG nicht über die für einen Beitritt erforderliche Zuständigkeit verfügte.<sup>12</sup> Dennoch – so der *EuGH* – sei ein Beitritt möglich, dies jedoch erst nach einer entsprechenden Änderung der Verträge.<sup>13</sup> Fortan bestanden nur zwei ernsthafte Ansätze, um einen einheitlichen europäischen Grundrechtsschutz zu gewährleisten: Erstens, eine eigene Grundrechte-Charta zu entwerfen und zweitens, die Verträge zu ändern. Ein dritter Ansatz, nämlich den Beitritt aufzugeben, wurde schnell verworfen und stattdessen die erste Variante verfolgt. Dies war die Geburtsstunde der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC).

Nach dem Scheitern des Europäischen Verfassungsvertrages wurde in den Verhandlungen über die Lissabon-Verträge die Grundlage für die heute bestehende Rechtspflicht zum Beitritt gelegt. Mit Inkrafttreten der Verträge wurde sogleich der Anforderung des *EuGH* nach einer Vertragsänderung aus Gutachten 2/94 entsprochen.

Die EMRK wurde durch das 14. Zusatzprotokoll<sup>14</sup> für einen Beitritt der EU geöffnet. Gleichzeitig wurden durch das den Verträgen gleichrangige achte EU-Zusatzprotokoll<sup>15</sup> zu Art. 6 Abs. 2 EUV (EU-Prot. 8) weitere Anforderungen an den Beitritt gestellt, z.B. die Erhaltung der besonderen Merkmale der EU gemäß Art. 1 des Protokolls. Vor diesem Hintergrund begannen die Beitrittsverhandlungen, die am 5.4.2013 mit dem BÜE ihren Abschluss fanden und anschließend dem *EuGH* zur Begutachtung gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV vorgelegt wurden.

#### **D. Das Gutachten 2/13 im Einzelnen**

Entgegen der Stellungnahme von Generalanwältin (GA) *Kokott*<sup>16</sup> und dem Signal der Einheit, das von der gemeinsamen Stellungnahme<sup>17</sup> der Präsidenten von *EuGH* und *EGMR* ausging, präsentiert der *EuGH* in seinem Gutachten eine lange Liste von Unvereinbarkeiten des BÜE mit dem Unionsrecht. Die

<sup>12</sup> *EuGH*, Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 36.

<sup>13</sup> *EuGH*, Gutachten 2/94, ECLI:EU:C:1996:140, Rn. 35.

<sup>14</sup> Abrufbar unter: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>15</sup> ABl. EU 2010 C 83/273.

<sup>16</sup> Stellungnahme GA *Kokott*, EuGRZ 2015, S. 30 ff., Rn. 30 f.

<sup>17</sup> Abrufbar unter: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh\\_cjue\\_english.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-02/cedh_cjue_english.pdf) (letzter Abruf 11.6.2017).

Kritik fällt sehr umfassend aus und scheint den Hoffnungen auf einen baldigen Beitritt ein jähes Ende zu setzen.

## **I. Die einzelnen Kritikpunkte des *EuGH***

Um Aufschluss darüber zu erhalten, unter welchen Rahmenbedingungen ein Beitritt in Zukunft möglich wäre, erfolgt nun eine kritische Würdigung aller Kritikpunkte des *EuGH* mit anschließendem Resümee. Zu jedem der Punkte wird zunächst der Hintergrund erläutert und – sofern erforderlich – die Problematik dargestellt. Sodann erfolgt die genaue Darstellung der vom *EuGH* ausgeführten Kritik und deren Würdigung.

### **1. Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts**

Der *EuGH* sieht im BÜE eine potentielle Verletzung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens.

#### *a) Hintergrund*

Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens gebietet es den EU-Mitgliedstaaten, in den gegenseitigen Beziehungen zu unterstellen, dass die Handlungen des jeweils anderen im Einklang mit den Menschenrechten stehen.<sup>18</sup> Der Grundsatz erfuhr – im Vertrag von Maastricht noch als „Zusammenarbeit in den Bereich Justiz und Inneres“ bezeichnet – mit den Verträgen von Lissabon in Art. 3 Abs. 2 EUV eine extreme Aufwertung und zählt als elementarer Baustein justizieller Zusammenarbeit nun zu den wichtigsten Grundsätzen der EU.<sup>19</sup>

#### *b) Problemkonstellation*

Die EMRK schreibt ihren Mitgliedstaaten vor, in ihren Beziehungen untereinander die Einhaltung der Konventionsrechte durch den jeweils anderen zu prüfen.<sup>20</sup> Sie macht sie somit zu „Hütern der Konvention“ und fordert dort Kontrolle ein, wo der Grundsatz Vertrauen gebietet.

Eine potentiell problematische Fallkonstellation liegt beispielsweise vor, wenn

---

<sup>18</sup> Kaufbold, Gegenseitiges Vertrauen – Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, EuR 2012, 408 (422).

<sup>19</sup> Schlussfolgerung des Europäischen Rates von Tampere, 15/16.10.1999, Nr. 33; abrufbar unter: [http://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_de.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_de.htm) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>20</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 194.

ein Mitgliedstaat der EU einen Asylsuchenden entsprechend der *Dublin III-Verordnung*<sup>21</sup> in das Land zurücküberstellen möchte, welches dieser zuerst betreten hat.<sup>22</sup> Der Grundsatz gebietet es dem ausweisenden Staat davon auszugehen, dass der Aufnehmende die Menschenrechte beachtet. Die EMRK fordert für solche Fälle jedoch, dass der ausweisende Staat vor der Überstellung überprüft, ob die Rechte tatsächlich beachtet werden.<sup>23</sup> Sollte dies nicht der Fall sein, etwa weil in Flüchtlingsunterkünften unzumutbare Zustände herrschen, ist eine Überstellung untersagt<sup>24</sup>.

c) *Kritik des EuGH*

Der *EuGH* führt aus, dass das Verhältnis der EU-Staaten stets nur nach Unionsrecht zu beurteilen sei. Die EMRK würde durch den Beitritt der EU integraler Bestandteil des Unionsrechts.<sup>25</sup> Insofern würde sie etwas Anderes bestimmen als das bisherige Unionsrecht. Dies sei dazu geeignet das sensible Rechtssystem bzw. das Gleichgewicht der Union zu beeinträchtigen.<sup>26</sup>

d) *Würdigung*

In der Tat ist der Vorwurf nicht von der Hand zu weisen. Es stehen sich zwei fundamental unterschiedliche Ansätze gegenüber: Vertrauen einerseits und Kontrolle andererseits. Vertrauen, um das Funktionieren des sensiblen Systems der EU zu gewährleisten und Kontrolle, um die Menschenrechte bestmöglich zu schützen.

Um diesen Konflikt aufzulösen, erscheint es sinnvoll, sich die Geschichte der EU in Erinnerung zu rufen. Vor den Trümmern des 2. Weltkrieges und einem

<sup>21</sup> Verordnung Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.6.2013.

<sup>22</sup> Das System steht zwar in Frage, ist jedoch noch nicht abgeschafft worden; *Herwartz*, n-tv.de v. 27.8.2015, Merkel will Dublin-System abschaffen, abrufbar unter: <http://www.n-tv.de/politik/Merkel-will-Dublin-System-abschaffen-article15809806.html> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>23</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21.1.2011, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2011-I, 121.

<sup>24</sup> *M.S.S. v. Belgium and Greece*, 21.1.2011, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2011-I, 121; *Tarakbel v. Switzerland*, 4.11.2014, Appl. No. 29217/12.

<sup>25</sup> *EuGH*, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41, Rn. 5 – *Haegeman ./.* *Belgium*; *EuGH*, C-452/01, ECLI:EU:C:2003:493, Rn. 27 – *Ospelt ./.* *Schlüssle Weissenberg*; *EuGH*, C-366/10, ECLI:EU:C:2011:864, Rn. 73 – *Air Transport Association of America ./.* *Secretary of State for Energy and Climate Change*; *Halberstam*, „It’s the Autonomy, Stupid!“ – A Modest Defense of Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, and the Way Forward, University of Michigan, Public Law and Legal Theory Research Paper Series, Nr. 432, 2015, S. 18.

<sup>26</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 194.

am Boden liegenden Europa wurde mit der Gründung der Montanunion 1951 der Grundstein für die spätere Entwicklung der Union gelegt. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts betonten die liberalen westlichen Demokratien gerade die individuellen und politischen Rechte. Federführend für die Etablierung der Rechte waren vor allem die postfaschistischen Staaten, was sich auch durch die Abtretung von staatlicher Souveränität im Rahmen der Gründung der EMRK zeigte.<sup>27</sup> Der Prozess führte über die Jahre dazu, dass sich im heutigen Europa jede öffentliche Handlung am Maßstab der individuellen Menschenrechte messen lassen muss.<sup>28</sup> Das Unionsrecht in der Fassung der Verträge von Lissabon hat dies in Art. 2 EUV auch ausdrücklich kodifiziert:

*„Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde [...] und die Wahrung der Menschenrechte [...].“*

Daneben bestimmt Art. 67 Abs. 1 AEUV, dass die Union einen Raum der Freiheit bildet, in dem Menschenrechte geachtet werden. Dies zeigt eindeutig, dass der Schutz der Menschenrechte in keinem Bereich außer Acht gelassen wird.

Ganz deutlich zum Konflikt der unterschiedlichen Ansätze – Vertrauen und Kontrolle – äußerte sich der spanische Generalanwalt *Cruz Villalón*:<sup>29</sup>

*„Wenn es richtig ist, dass das gegenseitige Vertrauen ein Instrument zur Stärkung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ist, so trifft es doch nicht weniger zu, dass der Schutz der Grundrechte und -freiheiten ein prius darstellt, das das Bestehen und die Entwicklung dieses Raumes legitimiert.“*

Die Vorschriften wie auch das Zitat belegen ausdrücklich die fundamentale Rolle von Menschenrechten in der EU. Dem gegenüber steht mit dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens lediglich ein Prinzip, das die Kooperation der Mitgliedstaaten fördert. Dieses Prinzip darf jedoch nicht gegen Menschenrechte abgewogen, geschweige denn als Rechtfertigung dazu benutzt werden, sich einer externen Kontrolle der Rechte zu entziehen.

Die Bedeutung der Menschenrechte geht weit über die Bedeutung des Prinzips hinaus. Sie bilden das Fundament, auf dem das Gerüst „EU“ erbaut ist. Es mag

---

<sup>27</sup> *Moravcsik*, The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation of Postwar Europe, *International Organisation* 54, 2000, 217 (232).

<sup>28</sup> *Callenwaert* (Fn. 4), S. 510 f.

<sup>29</sup> Abschlussantrag v. 6.7.2010, C-306/09, Rn. 43.

sein, dass der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens elementar für den Zusammenhalt des Gerüsts ist, diesem wäre ohne den bestmöglichen Schutz der Grundrechte jedoch das Fundament entzogen. Daher ist dem *EuGH* zu widersprechen, wenn er das Gleichgewicht der Union in Gefahr sieht. Der bestmögliche Schutz von Menschenrechten ist für die EU nämlich von noch grundlegenderer Bedeutung als der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens.

Somit ist das Gleichgewicht der Union durch die BÜE nicht gefährdet.

## 2. Der „Co-respondent mechanism“

Der nächste Kritikpunkt des *EuGH* betrifft den sog. „*Co-respondent mechanism*“ (MBGM)<sup>30</sup>.

### a) Hintergrund

Der größte Teil des Unionsrechts wird durch die Mitgliedstaaten ausgeführt; die Union wird nur partiell selbst tätig. Aufgrund dessen kann es für den Beschwerdeführer häufig schwierig zu erkennen sein, wer der Urheber einer Handlung ist, die potentiell gegen Menschenrechte verstoßen hat.<sup>31</sup> Damit der *EGMR* zur Beantwortung dessen nicht Unionsrecht untersuchen muss, etabliert Art. 3 BÜE den MBGM. Er ist als Antwort auf die Frage zu verstehen, wer im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten die Verantwortung für vorgenommene Handlungen trägt. Außerdem versucht er, der fehlenden Staatlichkeit der EU<sup>32</sup> gerecht zu werden. Art. 3 Abs. 7 BÜE legt insoweit fest, dass Union und Mitgliedstaaten gemeinsam verantwortlich sind<sup>33</sup> und somit zu einer Einheit verschmelzen<sup>34</sup>.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 BÜE wird im Zuge der Einführung des MBGM Art. 36 EMRK um einen neuen Abs. 4 erweitert. Dieser ermöglicht den Beitritt der EU oder ihrer Mitgliedstaaten in ein laufendes Verfahren vor dem *EGMR*.

---

<sup>30</sup> Ein einheitlicher deutscher Begriff steht noch nicht fest: *Obwexer*, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, *EuR* 2012, 115 (127) vertritt „Mitbeschwerdegegner“; *Streinz*, EU und EMRK: Beitritt ermöglicht aber nicht leicht gemacht, in: FS Klein, 2013, S. 687 (699): „Co-Verteidigungsmechanismus“; folgend hier: „Mitbeschwerdegegnermechanismus“ (MBGM).

<sup>31</sup> *Locke*, End of an epic? – The draft agreement on the EU’s accession to the ECHR, *YEL* 2012, 162 (165 f.).

<sup>32</sup> *BVerfG*, *NJW* 2009, 2267 (2271) („Staatenverbund“); *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 10. Aufl. 2013, § 3, Rn. 2 („Verfassungsverbund“).

<sup>33</sup> *Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 60. Aufl. 2016, Art. 6 EUV Rn. 45; Annex V zu ÜE, Nr. 38.

<sup>34</sup> *Obwexer* (Fn. 30), S. 129.

Voraussetzung dafür ist, dass die Vereinbarkeit von Unionsrecht mit den Bestimmungen der EMRK in Frage steht.<sup>35</sup>

Ein Beitritt kann entweder nach Aufforderung des Beschwerdegegners erfolgen oder auf eigenen Antrag. Im Falle eines Antrags sieht Art. 3 Abs. 5 BÜE vor, dass der Antragsteller das Vorliegen der Voraussetzungen für den Beitritt darlegen muss.<sup>36</sup> Ob dies der Fall ist, untersucht der EGMR im Wege einer Plausibilitätsprüfung.

Sollte hingegen eine Aufforderung vorliegen, besteht entsprechend Art. 36 Abs. 4 EMRK keine Pflicht zur Teilnahme am Verfahren.<sup>37</sup> Im Grundsatz bleibt es bei der Freiwilligkeit, auch wenn sich u.U. aus Art. 4 Abs. 3 EUV eine unionsinterne Verpflichtung zur Teilnahme ableiten lässt<sup>38</sup> oder man die einseitige Absichtserklärung der EU<sup>39</sup> zur Teilnahme am Verfahren nach Aufforderung als völkerrechtlich bindend erachtet<sup>40</sup>.

Sollte ein Beitritt erfolgt sein, so wird der Beitretende vollwertige Partei mit allen Rechten und Pflichten<sup>41</sup>; insofern geht der MBGM über den jetzt schon vorhandenen Art. 36 Abs. 2 EMRK hinaus. Daraus folgt auch, dass das Urteil für die neue Partei Bindungswirkung entfaltet und nicht nur *inter partes* auf die ursprünglichen Parteien beschränkt bleibt.<sup>42</sup>

#### b) Konstellationen

Der Mechanismus ist für 2 Konstellationen vorgesehen.

---

<sup>35</sup> *Idlekofer/Engel*, Solange II revisited: Die „Michaud“-Entscheidung des EGMR und der Beitritt der EU zur EMRK, ZEuS 2015, 75 (88).

<sup>36</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 223.

<sup>37</sup> Art. 36 Abs. 4 EMRK hat den Wortlaut: „*May* become a co-respondent“.

<sup>38</sup> v. Arnim, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung 2012, Heft 1, 37 (54); Lock, EU Accession to the ECHR – Implications for the Judicial Review in Strasbourg, European Law Review 2010, 777 (786).

<sup>39</sup> Annex II zum BÜE.

<sup>40</sup> *Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl. 2012, S. 416 f.; v. *Arnauld*, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 274.

<sup>41</sup> *Obwexer*, (Fn. 30), S. 128.

<sup>42</sup> *Ebd.*, S. 129; *Delgado Castelleiro*, United we stand; The EU and its Member States in the Strasbourg Court, in: The EU Accession to the European Convention on Human Rights, 2014, S. 105 (117).



aa) Die „Bosphorus-Konstellation“<sup>43</sup>

In dieser Konstellation wird eine Beschwerde vor dem *EGMR* gegen einen oder mehrere Mitgliedstaaten der EU gerichtet. Wird dabei die Vereinbarkeit des Unionsrechts mit den Bestimmungen der EMRK in Frage gestellt, kann die EU gemäß Art. 3 Abs. 2 BÜE den Beitritt beantragen.<sup>44</sup> Eine solche Konstellation läge konkret vor, hätte der Mitgliedstaat eine Verletzung der Konventionsrechte nur verhindern können, wenn er seine unionsrechtlichen Pflichten (z.B. die Pflicht zur Umsetzung) außer Acht gelassen hätte.<sup>45</sup>

bb) Die „Matthews-Konstellation“<sup>46</sup>

In der zweiten Konstellation wird Beschwerde gegen die Union selbst erhoben. Die Beschwerde stellt die Vereinbarkeit einer Bestimmung des Union-Primärrechts (EUV, AEUV) mit den Vorschriften der EMRK in Frage.<sup>47</sup> Eine solche Konstellation läge vor, sofern die Union eine Verletzung nur hätte vermeiden können, wenn sie die Regelungen von EUV und AEUV außer Acht gelassen hätte.<sup>48</sup> In diesen Fällen können die Mitgliedstaaten dem Verfahren beitreten.

c) Kritik des *EuGH* und Würdigung

Der *EuGH* sieht in drei Punkten einen Verstoß gegen Unionsrecht.

aa) Die Befugnis des *EGMR* zur Plausibilitätsprüfung

Der *EuGH* führt aus, dass das Fehlen eines Automatismus hinsichtlich der Zulassung als Mitbeschwerdegegner und die an dessen Stelle getretene Plausibilitätsprüfung geeignet seien, Unionsrecht zu verletzen. Der *EGMR* würde insoweit die Kompetenzverteilung innerhalb der Union überprüfen, obwohl dies dem *EuGH* vorbehalten sei<sup>49</sup>.

Der *EuGH* erkennt jedoch entscheidende Faktoren. Der *EGMR* prüft lediglich, ob das Vorliegen der von Art. 3 Abs. 2 und 3 BÜE normierten Voraussetzungen plausibel ist; er führt jedoch keine umfassende und

---

<sup>43</sup> Angelehnt an *Bosphorus v. Ireland*, 30.6.2005, Reports of Judgements and Decisions EGMR 2005-VI, 107.

<sup>44</sup> *Uerpmann-Witzack* (Fn. 11), S. 169.

<sup>45</sup> *Obwexer* (Fn. 30), S. 128.

<sup>46</sup> Angelehnt an *Matthews v. United Kingdom*, 18.2.1999, Reports of Judgements and Decisions EGMR 1999-I, 251.

<sup>47</sup> *Uerpmann-Witzack* (Fn. 11), S. 169.

<sup>48</sup> *Obwexer* (Fn. 30), S. 128.

<sup>49</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 223.

tiefere Begründetheitsprüfung durch.<sup>50</sup> Eine derart oberflächliche Prüfung ist nicht geeignet, die Autonomie des Unionsrechts zu verletzen.<sup>51</sup> Noch deutlicher wird dies, sobald man sich den Zweck des MBGM vor Augen führt. Die Zielrichtung der Einführung des Mechanismus liegt gerade darin, die Autonomie des Unionsrechts zu wahren, indem eine endgültige Entscheidung über Kompetenzen innerhalb der EU vermieden wird.<sup>52</sup> Eine endgültige Entscheidung träge der *EGMR* nicht bezüglich der Kompetenzverteilung in der Union, sondern allenfalls hinsichtlich der Beteiligung am Verfahren. Es überzeugt nicht, hierin eine Verletzung des Unionsrechts zu sehen.<sup>53</sup>

#### bb) Vorbehalte der Mitgliedstaaten

Gewichtiger scheint die Kritik an dem Grundsatz der gemeinsamen Haftung im Falle des Beitritts, wie er von Art. 3 Abs. 7 BÜE festgelegt wird. Hierdurch könnten die von Mitgliedstaaten wirksam vorgebrachten Vorbehalte zur EMRK unterlaufen werden.<sup>54</sup>

##### (1) Umgehung des Vorbehalts eines Mitgliedstaats

Sofern heute ein Staat eine EU-Verordnung durchführt und dabei Vorschriften der EMRK verletzt, gegen die er jedoch wirksam einen Vorbehalt angebracht hat, besteht keine Möglichkeit, ein Verfahren vor dem *EGMR* einzuleiten.<sup>55</sup> Ein Verfahren gegen den Staat scheitert *ratione materiae*, gegen die EU selbst *ratione personae*.

Nach dem Beitritt ändert sich daran im Grundsatz nichts. Gemäß Art. 3 Abs. 2 BÜE wären die Beschwerden auch weiterhin gegen den Mitgliedsstaat zu richten, der jedoch durch einen Vorbehalt geschützt ist. Lediglich im Falle des Beitritts der EU zu einem solchen Verfahren und unter der Voraussetzung, dass diese keinen entsprechenden Vorbehalt erklärt hat, könnte sie vom *EGMR* verurteilt werden. Dies würde die gemeinsame Haftung mit dem Mitgliedsstaat auslösen.

<sup>50</sup> Erkennt aber missdeutet: *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 224.

<sup>51</sup> *Breuer*, „Wasch mir den Pelz, aber mich nicht nass!“, *EuR* 2015, 330 (341).

<sup>52</sup> *Polakiewicz*, Der Abkommensentwurf über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, *EuGRZ* 2013, 472 (478); *Breuer* (Fn. 51), S. 341; *Uerpmann-Wittzack* (Fn. 11), S. 169.

<sup>53</sup> So wohl auch *Breuer* (Fn. 51), S. 341; anders jedoch *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 224 f. und *Kokott* (Fn. 16), Rn. 234, 240, die auf den unklaren Beurteilungsspielraum des *EGMR* hinweist.

<sup>54</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 226 f.

<sup>55</sup> *Breuer* (Fn. 51), S. 341.

## (2) Regelung des Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK

Die vom *EuGH* wie von GA *Kokott* skizzierte Situation könnte gegen Art. 2 von EU-Prot. 8 verstoßen. Dieser besagt, dass die besondere Situation der Mitgliedstaaten, also auch die angebrachten Vorbehalte, unangetastet bleiben müssen.

Indes handelt es sich lediglich um ein Scheinproblem, da beide die geplante Regelung des Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK<sup>56</sup> übersehen: „*The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent [Hervorhebung des Autors] in the proceedings*“<sup>57</sup>. Eigentlich im Zusammenhang mit der nationalen Rechtswegerschöpfung konzipiert<sup>57</sup>, löst die Vorschrift des Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK gewissermaßen im Vorbeigehen das Problem. Die problematisierte Situation kann nicht eintreten, da eine Beschwerde schon an der Zulässigkeit scheitern würde und somit den Beitritt der Union im Rahmen des Mitbeschwerdemechanismus unmöglich macht.<sup>58</sup>

## cc) Grundsatz der gemeinsamen Haftung

Der nächste Kritikpunkt bezieht sich auf die gemeinsame Haftung der Parteien.

(1) Beurteilungsspielraum des *EGMR* und Wortlautargument

Der *Gerichtshof* kritisiert die Kompetenz des *EGMR*, vom Grundsatz der gemeinsamen Haftung abzuweichen und stattdessen die alleinige Haftung einer Partei bestimmen zu können. Eine alleinige Haftung sei nur dann gerechtfertigt, wenn eine Partei überwiegend oder ausschließlich für die Verletzung verantwortlich ist. Dieses zu beurteilen wäre nur durch Anwendung des Unionsrechts möglich. Folglich sei der Beurteilungsspielraum des *EGMR* mit einem Eingriff in das Auslegungsmonopol des *EuGH* verbunden.<sup>59</sup>

Ferner sei weder dem erläuternden Bericht<sup>60</sup> noch dem Wortlaut von Art. 3 Abs. 7 BÜE zu entnehmen, dass nur gemeinsames Vorbringen der Parteien zu einer anderen Verteilung der Haftung führen könnte. Art. 3 Abs. 7 BÜE

---

<sup>56</sup> Zu finden in Art. 3 Abs. 1 lit. b BÜE.

<sup>57</sup> Appendix V zum BÜE, Nr. 40.

<sup>58</sup> *Breuer* (Fn. 51), S. 342; *Lock*, *Oops! We did it again – Das Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der EU*, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/oops-das-gutachten-des-eugh-zum-emrk-beitritt-der-eu/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>59</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 234; *Kokott* (Fn. 16), Rn. 179.

<sup>60</sup> Appendix V zum BÜE, Rn. 62: “The court [...] may [...] hold only the respondent or the co-respondent responsible [...] on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent“.

bestimmt insofern, dass „auf der Grundlage des Vorbringens des Beschwerdegegners und des Mitbeschwerdegegners“ auch eine abweichende Haftungsregelung möglich ist.<sup>61</sup>

(2) Interpretative Erklärung und Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Es trifft zwar zu, dass der Wortlaut nicht eindeutig ist. In jedem Fall ist er aber weit genug, sodass dieses Problem wohl im Wege der Gerichtspraxis oder einer interpretativen Erklärung bei der Ratifizierung der Beitrittsurkunde hätte gelöst werden können.

In Bezug auf den Beurteilungsspielraum kann dem Wesen nach die Argumentation bezüglich der Plausibilitätsprüfung fruchtbar gemacht werden.<sup>62</sup> Eine unionsrechtliche Bindung und damit ein Verstoß gegen das Auslegungsmonopol des *EuGH* kann durch eine Haftungsentscheidung des *EGMR* nicht herbeigeführt werden.<sup>63</sup> Dieses wird v.a. deutlich, wenn man das vom *EuGH* skizzierte Szenario unter die Lupe nimmt.

Im Falle der fehlerhaften alleinigen Verurteilung der EU nach Maßgabe von Art. 3 Abs. 7 BÜE würde diese auf *völkerrechtlicher* Ebene zur Beseitigung der Konventionsverletzung verpflichtet, obwohl ihr mitunter *unionsrechtlich* hierfür keine Kompetenz dazu zusteht. Gleiches gilt umgekehrt im Falle der Verurteilung von Mitgliedstaaten.

Diese Situation wirkt auf den ersten Blick prekär. Allerdings verliert sie an Brisanz, sofern man sich vor Augen führt, dass eine solche Problematik im Verhältnis Bundesstaat zu seinen Gliedstaaten nicht ungewöhnlich ist. Dies sei am Beispiel Deutschlands verdeutlicht: Wird die Bundesrepublik als Ganze *völkerrechtlich* verpflichtet (Art. 4 Abs. 1 ILC Draft on State Responsibility<sup>64</sup>) so kann es sein, dass sie *nach nationalem Recht* nicht zur Durchführung der geforderten Handlung ermächtigt ist, sondern die Kompetenz bei den Ländern liegt. In diesem Fall sind die Länder nach dem „Prinzip der Bundestreue“ verpflichtet, der völkerrechtlichen Obliegenheit des Bundes nachzukommen.<sup>65</sup> Auf Ebene

<sup>61</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 233 ff.; *Kokott* (Fn. 16), Rn. 178.

<sup>62</sup> Siehe oben: **D. I. 1. c)** aa).

<sup>63</sup> *Callenbaert*, *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, 2014, S. 62.

<sup>64</sup> Abrufbar unter:

[http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>65</sup> *Kaiser*, *Die Erfüllung der völkerrechtlichen Verträge durch die Länder*, *ZaöRV* 18, 1957, 526 (546); *Bauer*, *Die Bundestreue*, 1992, S. 148; *Krüger*, *Völkerrecht im Bundesstaat*, in: *FS Kaufmann*, 1950, S. 239 (240); *BVerfGE* 6, 309 (328, 361 f.); 12, 205 (254).

der Union führt der „Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit“ zu der gleichen Konsequenz.<sup>66</sup> Sofern eine Partei nicht über die Kompetenz zur Befolgung ihrer *völkerrechtlichen* Pflicht verfügt, lässt dies die *unionsrechtliche* Kompetenzverteilung unangetastet.

Es lässt sich somit festhalten, dass der *EuGH* die Unterscheidung zwischen völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Bindung verkennt und fälschlicherweise annimmt, sein Auslegungsmonopol sei betroffen. Dies stimmt jedoch nicht. Vielmehr ist er auch weiterhin zuständig für die Frage, wer unionsrechtlich die Verpflichtung umsetzen muss. Der eingeräumte Beurteilungsspielraum ist daher mit dem Recht der Union vereinbar.

Entgegen der Ansicht des *EuGH* besteht im Hinblick auf Plausibilitätsprüfung, Vorbehalte und Haftungsfragen keine Unvereinbarkeit des BÜE mit Unionsrecht.

### 3. Vorabeffassungsverfahren

Kritisch sieht der *EuGH* auch das eng mit dem MBGM zusammenhängende Verfahren der Vorabeffassung.

#### a) Hintergrund

Sofern die EU einem Verfahren beigetreten ist, eröffnet Art. 3 Abs. 6 BÜE dem *EuGH* das Recht, zu einer Streitgegenständlichen Frage Stellung zu nehmen, sofern er zuvor noch keine Gelegenheit dazu hatte.<sup>67</sup> Sinn und Zweck der Regelung ist es, einen Ausgleich zwischen der Rechtsprechung des *EGMR* und der des *EuGH* herzustellen und Kompetenzbereiche abzugrenzen bzw. sie zu erhalten.<sup>68</sup>

#### b) Kritik des *EuGH*

Der *EuGH* kritisiert an dem Vorabeffassungsverfahren zwei Punkte.

Zunächst fordert er eine systematische Unterrichtung über jedes beim *EGMR* anhängige Verfahren. Nur so könne er beurteilen, ob er bereits zu einer Frage Stellung genommen habe oder nicht und könne somit das Recht auf Vorab-

---

<sup>66</sup> v. *Bogdandy/Schill*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 33), Art. 4 EUV, Rn. 53; allgemein dazu: *Klamert*, *The Principle of Loyalty in EU Law*, 2014.

<sup>67</sup> *Lock*, *Walking on a Tightrope: The Draft Accession Agreement and the Autonomy of the EU legal order*, *Common Market Law Review* 2011, 1025 (1046).

<sup>68</sup> *Baratta*, *Accession of the EU to the ECHR: The rationale for the ECJ's prior involvement mechanism*, *Common Market Law Review* 2013, 1305 (1312).

befassung wirksam in Anspruch nehmen.<sup>69</sup>

Ferner bemängelt der *Gerichtshof* in Übereinstimmung mit GA *Kokott*<sup>70</sup>, dass das geplante Vorabbeassungsverfahren auf Gültigkeitsfragen beschränkt sei, also auf die Prüfung der Vereinbarkeit von Unionsrecht mit Rechten der EMRK und nicht auch die Auslegung von Unionsrecht umfasse.<sup>71</sup>

c) *Würdigung*

aa) Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit

Im Ausgangspunkt ist dem *EuGH* dahingehend zuzustimmen, dass eine umfassende Unterrichtung für die praktische Anwendbarkeit des Vorabbeassungsverfahrens unerlässlich ist. Allerdings ist es unverständlich, warum dieser Kritikpunkt die Unvereinbarkeit von Unionsrecht mit dem BÜE belegen soll. Vielmehr hält das Recht der Union in Form des Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit eine passende Antwort parat. Die Mitgliedstaaten können unionsintern dazu verpflichtet werden, die Organe der Union mit den notwendigen Informationen zu versorgen, sodass eine umfassende Unterrichtung des *EuGH* besteht.

bb) Korrektur unionsinterner Defizite

Gehaltvoller erscheint der zweite Einwand, ist die Auslegung von Unionsrecht doch eine der Hauptaufgaben des *EuGH*. Jedoch zeugt auch er – genau wie die bereits behandelten Einwände – davon, dass sich der *EuGH* bei mehreren Interpretationsmöglichkeiten stets für die beitriffsungünstigste entschied.

Zuvorderst sei darauf hingewiesen, dass in dem Reflexionspapier des *EuGH* zum Beitritt der EU zur EMRK vom 5.10.2010<sup>72</sup> selbst ein Vorabbeassung in Gültigkeitsfragen gefordert wird. Die Initiative ging also vom *EuGH* selbst aus.<sup>73</sup> Warum er dies jetzt kritisiert, ist unverständlich.

Daneben kommt man zu dem Schluss, dass das Vorabbeassungsverfahren im Grunde nur der Versuch einer Korrektur von Unionsdefiziten im Hinblick auf die Vorlagepflicht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist.

---

<sup>69</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 241.

<sup>70</sup> *Kokott* (Fn. 16), Rn. 130 ff.

<sup>71</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 242 ff.

<sup>72</sup> Abgedruckt in EUGRZ 2010, S. 366 f.

<sup>73</sup> *Polakiewicz*, Der Abkommens-Entwurf über den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2013, 472 (479).

Jene Vorschrift bestimmt, dass ein nationales Gericht in der letzten Instanz bei entscheidungserheblichen Auslegungs- oder Gültigkeitsfragen des Unionsrechts diese verpflichtend dem *EuGH* vorlegen muss. Dies dient neben der Rechtseinheit vor allem dem Geiste der Zusammenarbeit in der Union.<sup>74</sup> Die Vorlage liegt jedoch im Ermessen des Gerichts<sup>75</sup> und ist kein Verteidigungsmittel<sup>76</sup>. Aufgrund des Ermessens bieten sich hier große Spielräume. Sollte sich das nationale Gericht gegen eine Vorlage entscheiden, wäre durch die nationale Rechtswegerschöpfung entsprechend Art. 35 Abs. 1 EMRK der Weg zum *EGMR* eröffnet. Interessant an dieser Konstellation ist, dass der *EuGH* an keiner Stelle die Möglichkeit hat, das Verfahren an sich zu ziehen. Dies wird als unionskonform angesehen.<sup>77</sup>

Aufgrund dieser fehlenden Möglichkeit ist insoweit zu konstatieren, dass ein Defizit in diesem Bereich des Unionsrechts besteht. Wenn der BÜE mit dem Vorabbeurteilungsverfahren einen Mechanismus zum Ausgleich installiert, ist das ein Privileg, dessen Rechtmäßigkeit man in Bezug auf eine Gleichbehandlung aller Parteien der EMRK durchaus in Zweifel ziehen könnte. Vor diesem Hintergrund ist es allerdings dann paradox, vom *EuGH* eine Limitierung jenes Privilegs zu kritisieren und somit indirekt zu fordern, dass sämtliche unionsinternen Defizite vom Mechanismus des Vorabbeurteilungsverfahrens behoben werden müssen.

Eine Kontrollfrage verdeutlicht dies: „Bedarf es des Instruments der Vorabbeurteilung zur Wahrung des Unionsrechts?“ Die Antwort lautet „Nein“. Jedes andere Ergebnis würde die gegenwärtige Rechtslage als Verstoß gegen Unionsrecht werten.

Somit halten auch diese vorgebrachten Kritikpunkte am Vorabbeurteilungsverfahren einer Überprüfung nicht stand.

#### 4. Schutzniveaunklauseln der Art. 53 GRC und Art. 53 EMRK

In seinem Gutachten bemängelt der *EuGH* die fehlende „Koordinierung“ zwischen Art. 53 GRC einerseits und Art. 53 EMRK andererseits.<sup>78</sup>

---

<sup>74</sup> *Wißmann*, in: Erfurter Kommentar, 17. Aufl. 2017, Art. 267 AEUV Rn. 1.

<sup>75</sup> *EuGH*, C-136/12, ECLI:EU:C:2013:489, Rn. 26 – *Consiglio nazionale dei geologi ./.* *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Rn. 10 – *CILFIT ./.* *Ministero della Sanita*.

<sup>76</sup> *Calvaert* (Fn. 63), S. 5.

<sup>77</sup> *Lock* (Fn. 38), S. 786; *Lock* (Fn. 67), S. 1047.

<sup>78</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 189.

*a) Hintergrund*

Der vom *EuGH* angesprochene Art. 53 GRC sieht vor, dass keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte oder Grundfreiheiten ausgelegt werden kann. Somit bleibt ein weitergehender Schutz von der Konvention im Grunde unberührt.<sup>79</sup>

Allerdings führt der *EuGH* im Fall „*Melloni*“<sup>80</sup> aus, dass durch diese Vorschrift nicht Vorrang, Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts beeinflusst werden dürfe.<sup>81</sup> Insofern ist es Staaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts untersagt, höhere Schutzstandards als in der Charta vorgesehen anzuwenden.<sup>82</sup> Mag dies aufgrund des Wortlauts von Art. 53 GRC verwundern, so ist es mit Blick auf den Anwendungsvorrang dennoch richtig.<sup>83</sup>

Art. 53 EMRK ist Art. 53 GRC sehr ähnlich und sieht die Möglichkeit vor, ein höheres Schutzniveau als das der EMRK sowohl völkerrechtlich als auch national zu gewähren.<sup>84</sup>

*b) Kritik des EuGH*

Auch wenn seine Ausführungen<sup>85</sup> den genauen Grund zur Kritik nicht eindeutig hervorbringen<sup>86</sup>, geht es im Ergebnis um Folgendes: Der *EuGH* möchte verhindern, dass Art. 53 EMRK die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung höherer Schutzstandards anhält, als in der Charta vorgesehen.<sup>87</sup> Dies sei eine Verletzung des Vorrangs, der Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts.<sup>88</sup>

*c) Würdigung*

Interessanterweise enthält die Stellungnahme von GA *Kokott* keine Silbe zu

---

<sup>79</sup> *Borowsky*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 53 GRC, Rn. 8 f.

<sup>80</sup> *EuGH*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 – *Melloni* ./ *Ministerio Fiscal*.

<sup>81</sup> *EuGH*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, Rn. 60 – *Melloni* ./ *Ministerio Fiscal*.

<sup>82</sup> *Locke* (Fn. 9), S. 16.

<sup>83</sup> *Besselink*, The Parameters of Constitutional Conflict after Melloni, ELR 2014, 531 (531 ff.); *Breuer* (Fn. 51), S. 333; a.A. *Rabtke*, Mangold Reloaded?, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/mandold-reloaded/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>84</sup> *Renger*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer, 4. Aufl. 2017, Art. 53 EMRK Rn. 1.

<sup>85</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 179-200.

<sup>86</sup> So auch *Wendel*, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß – Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, NJW 2015, 921 (924).

<sup>87</sup> So wohl auch *Tomuschat*, Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2015, 133 (138).

<sup>88</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 189.



dieser Problematik – aus gutem Grund! Art. 53 EMRK bietet nur die *Möglichkeit* einer Anwendung von höheren Schutzstandards, eine Rechtspflicht besteht indes dadurch nicht.<sup>89</sup> Ferner bestimmt Art. 52 Abs. 3 EMRK, dass ähnliche Rechte aus Charta und EMRK die gleiche Bedeutung und Tragweite haben. Es ist also ausgeschlossen, dass die EMRK einen höheren Schutzstandard als die Charta vorschreibt und damit EU-Recht verletzt.

Im Ergebnis ist auch diese Kritik unbegründet.

### 5. 16. Zusatzprotokoll zur EMRK

Darüber hinaus kritisiert der *Gerichtshof* eine fehlende Koordinierung zwischen dem 16. Zusatzprotokoll zur EMRK<sup>90</sup> (Prot. 16 EMRK) und Art. 267 AEUV.<sup>91</sup>

#### a) Hintergrund

Art. 1 von Prot. 16 EMRK eröffnet den höchsten Gerichten der Mitgliedstaaten die Möglichkeit, den *EGMR* um Gutachten über Grundsatzfragen hinsichtlich der Anwendung oder Auslegung der Konvention zu ersuchen. Sinn und Zweck der neuen Möglichkeit ist die Stärkung des Dialogs zwischen den Gerichten.<sup>92</sup> Die Einholung von Gutachten erfolgt auf freiwilliger Basis.<sup>93</sup>

Art. 267 AEUV besagt, dass der *EuGH* im Wege der Vorabentscheidung u.a. über die Auslegung des Unionsrechts entscheidet (s.o.). Sofern also eine solche Frage im Raum steht, können nationale Gerichte entsprechend Abs. 2 diese dem *EuGH* im Wege der Vorlage unterbreiten, um ihm die Möglichkeit einer Stellungnahme einzuräumen. Letztinstanzliche Gerichte sind gemäß Abs. 3 sogar zur Vorlage verpflichtet.

#### b. Kritik des EuGH

Die Kritik des *EuGH* richtet sich gegen zwei Aspekte.

##### aa) Umgehung des Vorabentscheidungsverfahrens aus Art. 267 Abs. 3 AEUV

Zum einen befürchtet er die Umgehung der Vorlageverpflichtung aus Art. 267 Abs. 3 AEUV, sofern die höchsten Gerichte der Mitgliedstaaten den *EGMR*

---

<sup>89</sup> *Tomuschat* (Fn. 87) S. 138; *Lock* (Fn. 9), S. 17; *Halberstam* (Fn. 25), S. 22.

<sup>90</sup> Abrufbar unter: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>91</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 199.

<sup>92</sup> Erklärender Bericht zu Protokoll Nr. 16 zur EMRK, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16800d383e> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>93</sup> Erklärender Bericht zu Protokoll Nr. 16 zur EMRK, Nr. 7.

um Gutachten ersuchen können. Er sieht die Gefahr darin, dass nationale Gerichte zunehmend auf eine Vorlage nach Luxemburg verzichten und stattdessen den direkten Weg nach Straßburg wählen könnten. Der *EuGH*, so die vermeintliche Logik der nationalen Gerichte, bekomme ja durch den Beitritt zum Verfahren im Rahmen der Vorabfassung ohnehin die Möglichkeit der Stellungnahme.<sup>94</sup>

bb) Verbindliche Auslegung von EU-Recht durch den *EGMR*

Zum anderen würde die EMRK durch den Beitritt integraler Bestandteil des Unionsrechts. Insofern würde der *EGMR* im Rahmen seines Gutachtens eine verbindliche Auslegung der EMRK und damit von Unionsrecht vornehmen, was eine Verletzung des Auslegungsmonopols des *EuGH* darstelle.<sup>95</sup>

c) *Würdigung*

Grundsätzlich überrascht die Kritik des *EuGH* an Prot. 16 EMRK, da es zum einen noch gar nicht in Kraft getreten, zum anderen auch kein Beitritt der EU hierzu geplant ist. Da der *EuGH* hier jedoch ein Problem sieht, ist dennoch eine Untersuchung geboten.

Da er sich leicht entkräften lässt, wird mit dem zweiten Punkt begonnen. Art. 5 von Prot. 16 EMRK sagt eindeutig, dass den Gutachten des *EGMR* keine Bindungswirkung zukommt. Insofern stehen Luxemburger und Straßburger Rechtsprechung nicht in Konkurrenz zueinander.

Hinsichtlich der Umgehung von Art. 267 Abs. 3 AEUV ist festzustellen, dass das vom *EuGH* skizzierte Szenario nicht eintreten kann. Der MBGM, in dessen Rahmen es zum Vorabfassungsverfahren (Art. 3 Abs. 6 BÜE) kommen könnte, erfordert, dass ein Mitgliedstaat der Beschwerdegegner ist. In dem Gutachtenverfahren vor dem *EGMR* gibt es jedoch keinen Beschwerdegegner. Es handelt sich um ein Verfahren zwischen nationalem Gericht und dem *EGMR*. Ein Beitritt der EU, der das Vorabfassungsverfahren auslösen würde, ist mangels Beschwerdegegner also nicht möglich.<sup>96</sup>

Richtig ist dennoch, dass der *EuGH* keine Möglichkeit zur Stellungnahme im

---

<sup>94</sup> Ähnlich auch *Thym*, Ein trojanisches Pferd? Der Vorrang des Unionsrechts im Lichte des Beitrittsübereinkommens der EU zur EMRK, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/trojanisches-pferd-vorrang-unionsrechts-im-lichte-beitrittsuebereinkommens-eu-zur-emrk/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>95</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 180 ff.

<sup>96</sup> So auch *Locke* (Fn. 9), S. 22.

Wege der Vorabfassung hat, sofern die mitgliedstaatlichen Gerichte ihrer Pflicht zur Vorlage nicht nachkommen. Diese Gefahr der Umgehung von Art. 267 Abs. 3 AEUV steht jedoch in keinem Zusammenhang mit einem Beitritt der EU zur EMRK. Mitgliedstaaten, die Prot. 16 EMRK ratifiziert haben, könnten sich auch ohne Beitritt an den *EGMR* wenden. Insofern ist die Befürchtung, die nationalen Gerichte könnten zunehmend auf Vorlagen verzichten, zwar nicht unbegründet. Sie erhält durch Prot. 16 EMRK aber keinen neuen Nährboden.

Zur Lösung dieser Problematik könnte es entsprechend dem bereits erwähnten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit geboten sein, dass kein Mitgliedstaat der EU das Protokoll ratifiziert.<sup>97</sup>

Die Gefahr der Umgehung von Art. 267 Abs. 3 AEUV besteht zwar tatsächlich, wird allerdings nicht durch Prot. 16 EMRK begünstigt.

## 6. Rechtssprechungsmonopol des *EuGH* entsprechend Art. 344 AEUV

In thematischer Anknüpfung an den 2. Kritikpunkt von Prot. 16 EMRK, führt der *Gerichtshof* unter der Überschrift „Art. 344 AEUV“ aus, dass der Übereinkommensentwurf das Rechtssprechungsmonopol des *EuGH* in Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung der Verträge nicht ausreichend schütze.<sup>98</sup>

### a) Hintergrund

Art. 344 AEUV untersagt den Mitgliedstaaten, ihre Streitigkeiten im Zusammenhang mit Unionsrecht in anderen Verfahren auszutragen, als dies in den Verträgen vorgesehen ist.<sup>99</sup> Er ist deshalb Ausdruck des bereits erwähnten Grundsatzes der loyalen Zusammenarbeit.<sup>100</sup> Da die Vorschrift die Exklusivität der Verfahren vor Unionsgerichten gewährleistet, ist sie als Kodifizierung der Autonomie der Unionsrechtsordnung zu verstehen. Durch diese Zentralisierung der Kompetenzen soll einer drohenden Fragmentierung durch einander widersprechende Entscheidungen vorgebeugt werden.<sup>101</sup>

Wie dargelegt, ist Art. 344 AEUV für die Unionsrechtsordnung von großer Bedeutung. Deshalb bestimmt Art. 3 von EU-Prot. 8, dass die Vorschrift nicht

---

<sup>97</sup> Zum aktuellen Stand: <http://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>98</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 212.

<sup>99</sup> *Athen/Dörr*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 33), Art. 344 AEUV Rn. 1.

<sup>100</sup> *Obwexer* (Fn. 30), S. 121.

<sup>101</sup> *Breuer* (Fn. 51), S. 338.

beeinträchtigt werden darf.

*b) Problematik*

Nach dem Beitritt der EU würde die EMRK Teil des Unionsrechts, sodass sich das Rechtsprechungsmonopol des *EuGH* über die Anwendung und Auslegung von Unionsrecht fortan auch auf Fragen der EMRK erstrecken würde. Sofern es also um Fälle zwischen Mitgliedstaaten der EU ginge, wäre die Entscheidungskompetenz des *EuGH* auf Art. 259 AEUV gestützt.<sup>102</sup>

Im Gegensatz dazu sieht Art. 33 EMRK die Möglichkeit vor, den *EGMR* im Wege der Staatenbeschwerde anzurufen. Dieses Verfahren wird durch Art. 55 EMRK ausdrücklich geschützt. Die Vertragsparteien verpflichten sich in dieser Vorschrift, die Verletzung der Konventionsrechte nur im Wege der Staatenbeschwerde geltend zu machen.

Um diesen Konflikt der exklusiven Verfahrensarten zu vermeiden wurde Art. 5 BÜE geschaffen. Er besagt, dass Verfahren vor dem *EuGH* keine Form der Umgehung von Art. 33 EMRK darstellen und etabliert damit eine Ausnahme zu Art. 55 EMRK.

*c) Kritik des EuGH*

Nach Auffassung des *Gerichtshofs* beseitigt Art. 5 BÜE die Gefahr für sein Auslegungsmonopol nicht. Vielmehr reduziere er lediglich die Tragweite der in Art. 55 EMRK vorgesehenen Verpflichtung, lasse aber weiterhin die Möglichkeit offen, den *EGMR* mit einem Ersuchen zu befassen. Bereits diese Möglichkeit sei nicht mit Art. 344 AEUV in Einklang zu bringen.<sup>103</sup>

*d) Würdigung*

Vor dem Hintergrund des klaren Wortlauts von Art. 344 AEUV und der unnachgiebigen Haltung des *EuGH* hinsichtlich seines Monopols<sup>104</sup> scheint es verständlich, dass der *EuGH* in der Möglichkeit einer Staatenbeschwerde nach Art. 33 EMRK eine Gefahr sieht.

Diese Bedenken zu entkräften, ist kompliziert. Ein genereller Ausschluss der Staatenbeschwerde vor dem *EGMR*, wie vom *EuGH* gefordert<sup>105</sup>, kann indes

---

<sup>102</sup> Mit Vorgängernorm aus EWG-Vertrag geschehen in *EuGH*, C-181/73, ECLI:EU:C:1974:41 – *Haegeman ./.* *Belgium*.

<sup>103</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 207 f.

<sup>104</sup> Vgl. *EuGH*, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345 – *Commission ./.* *Ireland*.

<sup>105</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 213.

keine Lösung sein. Zunächst könnten Nicht-EU-Staaten diese Vorzugsbehandlung ablehnen. Außerdem würde es einerseits einem flächendeckenden Grundrechtsschutz in Europa und andererseits dem Sinn und Zweck der Konvention zuwiderlaufen. Dies ergibt sich schon daraus, dass das neben der Individualbeschwerde wichtigste Instrument der EMRK ausgehebelt würde.

Ebenso schafft das Einfügen einer Trennungsklausel, wie in sog. gemischten Abkommen (dies sind sowohl von Staaten als auch von mindestens einer internationalen Organisation unterzeichnete Verträge) üblich<sup>106</sup>, keine Abhilfe. Zwar wäre die EMRK nach dem Beitritt der EU ebenfalls ein solches gemischtes Abkommen. Allerdings würde dies ebenso wie der generelle Ausschluss von Art. 33 EMRK nicht zu einer Harmonisierung von Unionsrecht und Konvention führen, sondern ausschließlich zu einer ungerechtfertigten Besserstellung des Unionsrechts.<sup>107</sup> Auch ein von der EU vorgebrachter genereller Vorbehalt zu Art. 33 EMRK würde nicht zu dem gewünschten Ergebnis führen, wäre er doch zu allgemein und folglich nach Art. 57 Abs. 1 EMRK unwirksam.

Somit hat der *EuGH* hiermit in der Tat ein Problem aufgeworfen, welches darauf hindeutet, dass Art. 344 AEUV entgegen der Forderung von Art. 3 EU-Prot. 8 verletzt sein könnte.

Interessanterweise macht jedoch GA *Kokott* in ihrem Bericht keine Problematik aus. Sie stellt fest, dass hinsichtlich der Verletzung von Art. 344 AEUV keine Bedenken bestehen.<sup>108</sup> Zwar sei es wünschenswert, dass Art. 33 EMRK ausgeschlossen werde, allerdings sei eine derartige Regelung keine gängige Praxis in internationalen Verträgen. Wäre also das Fehlen einer solchen Regelung ein Grund für die Unvereinbarkeit mit Unionsrecht, so würde diese Eigenschaft vielen in der Vergangenheit geschlossenen internationalen Abkommen anhaften.<sup>109</sup>

Diese Argumentation überzeugt. Art. 33 EMRK stellt nicht die *Verpflichtung* zur Einleitung einer Beschwerde dar. Sofern also Unionsrecht die Einleitung einer

---

<sup>106</sup> *Govaere*, Beware of the Trojan Horse. Dispute settlement in (mixed) agreements and the autonomy of the EU legal order, in: Mixed agreements revisited: the EU and its member states in the world, 2010, S. 204.

<sup>107</sup> *Klabbers*, Treaty conflict and the European Union, 2009, S. 221; a.A. *Lazowski/Wessel*, When Caveats turn into Locks: Opinion 2/13 on Accession of the European Union to the ECHR, German Law Journal 2015, 179 (197).

<sup>108</sup> *Kokott* (Fn. 16), Rn. 119.

<sup>109</sup> *Ebd.*, Rn. 116 f.

solchen verbietet, ist dieses innerhalb des Unionsrechts zu lösen. Hier sei zum wiederholten Male auf den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verwiesen sowie als *ultima ratio* auch auf die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens durch die Kommission (Art. 258 ff. AEUV).<sup>110</sup>

Art. 344 AEUV würde mithin durch einen Beitritt nicht beeinträchtigt werden.

## 7. Gerichtliche Kontrolle im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik

In seinem letzten Kritikpunkt problematisiert der *EuGH* die gerichtliche Kontrolle im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP).

### a) Hintergrund

Hinter der Einführung einer GASP steht die Idee, außenpolitisch nicht nur national zu agieren, sondern sich das viel größere Gewicht aller Staaten Europas im Wege einer einheitlichen Außenpolitik zu Nutze zu machen. Art. 21 EUV ist für dieses Feld eine der maßgebenden Normen. Die Vorschrift legt fest, dass die Werte, auf die sich die EU gründet, die Außenpolitik leiten sollen und nennt als Ziele u.a. die Förderung von Demokratie und Menschenrechten.

Für den Bereich der GASP bestimmt Art. 275 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 24 Abs. 1, UAbs. 2 EUV, dass der *EuGH* – mit Ausnahme einer Kontrolle der Einhaltung von Art. 40 EUV sowie bestimmter Beschlüsse nach Art. 275 Abs. 2 AEUV – nicht die Kompetenz zur gerichtlichen Überprüfung besitzt. Stattdessen normiert Art. 274 AEUV i.V.m. Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte für den Rechtsschutz sorgen.

### b) Problematik

Der *EGMR* ist grundsätzlich für die Überwachung der Konventionsrechte zuständig. Nach dem Beitritt der EU würde die Konvention Bestandteil des Unionsrechts. Insoweit wäre auch der Bereich der GASP an ihrem Maßstab zu messen. Es ergäbe sich also die Konstellation, dass der *EGMR* die Einhaltung der Konventionsrechte im Bereich der GASP und damit Unionsrecht überprüfen würde, ohne dass der *EuGH* selbst die Kompetenz dazu besitzt.

### c) Kritikpunkt des *EuGH*

Genau dies wird vom *EuGH* kritisiert. Es sei mit Unionsrecht unvereinbar,

---

<sup>110</sup> So geschehen in *EuGH*, C-459/03, ECLI:EU:C:2006:345 – *Commission ./ Ireland*; ebenfalls vorgeschlagen von *Kokott* (Fn. 16), Rn. 118.

dessen Kontrolle ausschließlich einem externen Organ anzuvertrauen<sup>111</sup>. Untermauert wird dieses Argument mit einem Hinweis auf die ständige Rechtsprechung.<sup>112</sup>

#### d) Würdigung

Generalanwältin *Kokott* weist in ihrer Stellungnahme zutreffend darauf hin, dass das Rechtsschutzsystem der EU nicht ausschließlich auf den *EuGH* zentriert ist, sondern vielmehr von zwei Säulen getragen wird.<sup>113</sup> Sofern nämlich durch fehlende Kompetenzen der Unionsgerichte eine Rechtsschutzlücke entsteht, ist es Aufgabe der mitgliedstaatlichen Gerichte, diese zu schließen.<sup>114</sup> Genauso liegt es im Falle der GASP. Die Überwachung obliegt damit den nationalen Gerichten.

Es entbehrt ferner nicht einer gewissen Ironie, dass der *EuGH* in der angeführten Rechtsprechung selbst die Rolle der nationalen Gerichte würdigt. So hält er im genannten Gutachten 1/09 fest, dass „*die den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof jeweils übertragenen Aufgaben wesentlich [sind] für die Wahrung der Natur des durch die Verträge geschaffenen Rechts*“.<sup>115</sup> Dem zum Trotz lässt er diesen Aspekt in seiner Kritik unbeachtet.

Den Ausführungen der Generalanwältin ist beizupflichten. Ein Kompetenzkonflikt zwischen *EuGH* und *EGMR* ist in der vorliegenden Konstellation ausgeschlossen, da der *EuGH* in dem relevanten Bereich gar keine Kompetenzen besitzt. Ein Konflikt setzt aber denklogisch auch eine konkurrierende Zuständigkeit voraus.<sup>116</sup>

Somit wäre eine Kontrolle des *EGMR* im Bereich der GASP mit dem Unionsrecht vereinbar.

## II. Resümee zu Gutachten 2/13

Die Wahrung der Autonomie der Union – diese Prämisse zieht sich wie ein roter Faden durch die Argumentation des *EuGH*.

---

<sup>111</sup> *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 255 f.

<sup>112</sup> *EuGH*, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, Rn. 78, 80, 89.

<sup>113</sup> *Kokott* (Fn. 16), Rn. 98.

<sup>114</sup> *Hillion*, „A powerless Court?“ – The European Court of Justice and the Common Foreign and Security Policy, in: *The European Court of Justice and External Relation Law*, 2014, S. 47 (67).

<sup>115</sup> *EuGH*, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011, Rn. 85.

<sup>116</sup> So auch *Breuer* (Fn. 51), S. 347 f.

Gemessen an der Qualität der vorgebrachten Argumente fällt das Urteil jedoch ernüchternd aus. Teilweise entbehren die Argumente jedweder Grundlage, so z.B. hinsichtlich der fehlenden Koordinierung der Schutzniveaunklauseln. Daneben sieht der *EuGH* Problemkonstellationen, deren Lösung entweder bereits im Unionsrecht angelegt ist oder dort angelegt werden kann, wie die Möglichkeit, eine Umgehung von Art. 344 AEUV innerhalb des Unionsrechts auszuschließen und zu sanktionieren. Gerade am Kritikpunkt GASP wird deutlich, dass er stark auf die Sicherung seines eigenen Machtbereichs bedacht ist<sup>117</sup>. Verkürzt lässt sich dieser Punkt wie folgend zusammenfassen: „Lieber keine Kontrolle als die des *EGMR*!“ Gerade in dem sensiblen Bereich der Kontrolle von Menschenrechtsverletzungen hätte jedoch dessen Kontrolle zu einem signifikanten Mehrwert geführt. Es stellt sich mithin die Frage, ob sich der *EuGH* um die Wahrung der Menschenrechte sorgt<sup>118</sup> oder von politischen Erwägungen leiten lässt. Das Argument der Autonomie wirkt jedenfalls vorgeschoben.

Wirft man einen Blick auf die Formulierungen des *EuGH*, fällt einem auf, dass Sätze wie „...könnte geeignet sein...“, „...ist folglich nicht auszuschließen...“ oder „...könnte verstoßen...“ das Gutachten prägen. Es scheint ganz so, als suchte der *EuGH* dort Probleme, wo GA *Kokott* Lösungen präsentierte. An einer kooperativen Zusammenarbeit mit dem *EGMR*, wie der zwischen *BVerfG* und *EuGH*, scheint er indes nicht interessiert. Vielmehr mutet es so an, als wolle der *Gerichtshof* die EMRK in den Bannkreis des Unionsrechts hineinziehen und so den *EGMR* präjudizieren.<sup>119</sup>

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der *EuGH* das sprichwörtliche „Haar in der Suppe“ gesucht hat.<sup>120</sup> Er würdigt nicht das in jahrelanger Arbeit sorgsam austarierte System des Beitrittsentwurfs und hat damit dem Menschenrechtsschutz in Europa einen Bärendienst erwiesen. Sofern man dem Gutachten dennoch etwas Gutes abgewinnen möchte, ist dies höchstens im Rahmen von realpolitischen Erwägungen möglich. Hätte der *EuGH* positiv über das Beitrittsabkommen entschieden, in der Folge jedoch eine Unvereinbarkeit an verschiedenen Stellen entdeckt, so hätte dies wahrscheinlich in einem langwierigen Disput zwischen *EuGH* und *EGMR* einerseits, sowie der EU und dem Europarat andererseits geendet. So enttäuschend das Gutachten auch sein

<sup>117</sup> *Mayer*, Die EZB vor Gericht – nächste Runde, *EuZW* 2015, 121 (122).

<sup>118</sup> So auch *Lazowski/Wessel* (Fn. 107), S. 204.

<sup>119</sup> Ähnlich *Tomuschat* (Fn. 87), S. 136.

<sup>120</sup> *Grabemwarter*, Auf der langen Bank, *FAZ*-Artikel v. 05.02.2015.



mag, so ist es vor diesem Hintergrund doch das kleinere von zwei Übeln.<sup>121</sup>

Unabhängig von dieser Überlegung ist dem Usurpationsanspruch des *EuGH* mit *Vofskuble* entgegenzuhalten, dass die Wahrung des Menschenrechtsstandards in Europa nicht primär „dem Luxemburger Gericht [...], sondern Straßburg und der Europäischen Menschenrechtskonvention“ obliegt.<sup>122</sup>

### E. Ausblick

Unabhängig davon, ob man das Gutachten wie hier ablehnt, von ihm enttäuscht ist<sup>123</sup> oder es begrüßt und verteidigt<sup>124</sup>, stellt sich doch für alle die Frage nach der Zukunft des Projekts „EU-Beitritt zur EMRK“.

Die in der Einleitung bereits gegebene Antwort auf die Frage nach der Berechtigung ist zu konkretisieren: „Die EU darf nicht nur beitreten, sie ist zum Beitritt verpflichtet.“ Wird dem nicht nachgekommen, könnten sich die EU-Institutionen einem Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 265 Abs. 1 AEUV ausgesetzt sehen. Momentan liegen die Voraussetzungen für einen Beitritt jedoch nicht vor, da der BÜE trotz überwiegend unbegründeter Kritik gemäß Art. 218 Abs. 11 S. 2 AEUV nicht verabschiedet werden darf.

Es stellt sich also die Frage, wie der Weg für den Beitritt geebnet werden kann.

### I. Aufgabe des Vorhabens

Vereinzelt wird die Aufgabe des Beitrittsvorhabens gefordert. Der Beitritt sei angesichts derart weitreichender Änderungen nicht mehr wünschenswert.<sup>125</sup> Allerdings ist dies ein eindeutiger Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 und somit kein tauglicher Ansatz.

---

<sup>121</sup> Im Ergebnis ähnlich *Scheinin*, CJEU Opinion 2/13 – Three Mitigating Circumstances, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/cjeu-opinion-213-three-mitigating-circumstances-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017), der von einem „geschickten politischen Schachzug“ spricht.

<sup>122</sup> *Vofskuble*, Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte, EuGRZ 2014, 165 (167).

<sup>123</sup> *EGMR*, Jahresbericht 2014, S. 6, abrufbar unter: [http://echr.coe.int/Documents/Annual\\_Report\\_2014\\_ENG.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>124</sup> *Halberstam* (Fn. 25).

<sup>125</sup> *Peers* (Fn. 127), S. 222; *Douglas-Scott*, Opinion 2/13 on EU accession to the ECHR, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/opinion-213-eu-accession-echr-christmas-bombshell-european-court-justice-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

## II. Neuverhandlungen eines Beitrittsentwurfes, Erklärungen und Vorbehalte

Die naheliegendste Lösung wären Neuverhandlungen über die Beitrittsmodalitäten.<sup>126</sup> In Kombination mit Vorbehalten und alleinigen oder gemeinsamen Erklärungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten könnten die Kritikpunkte des *EuGH* beseitigt werden.

### 1. Möglichkeiten

Grundsätzlich ist es denkbar, dass so jedes der aufgeworfenen Probleme gelöst werden könnte. Im Rahmen von Neuverhandlungen könnte beispielsweise die Plausibilitätskontrolle ersetzt und durch eine automatische Teilnahmeberechtigung ersetzt werden, sofern ein Staat den Wunsch äußert, teilzunehmen. Durch einen Vorbehalt der EU zum Zeitpunkt der Ratifizierung wäre es möglich, z.B. den Bereich der GASP der Jurisdiktion des *EGMR* zu entziehen, um den Bedenken des *EuGH* bezüglich eines Konkurrenzkonflikts Rechnung zu tragen.

Durch eine gemeinsame, völkerrechtlich bindende interpretative Erklärung könnte u.a. festgelegt werden, dass Art. 53 EMRK nicht als Aufforderung zur Etablierung höherer Standards zu verstehen ist. Durch eine einseitige Erklärung könnten sich die Mitgliedstaaten verpflichten, von der in Prot. 16 EMRK eingeräumten Möglichkeit keinen Gebrauch zu machen.<sup>127</sup>

### 2. Probleme

Die Probleme sind sowohl juristischer als auch politischer Natur.

#### a) Rechtliche Hindernisse

Problematisch wäre beispielsweise der Ausschluss von Art. 33 EMRK zugunsten von Art. 344 AEUV. Ein solcher würde dem Unionsrecht im Verhältnis zur EMRK eine bevorzugte Stellung verleihen. Dies dürfte mit der Natur der EMRK unvereinbar sein.<sup>128</sup> Durch einen kompletten Ausschluss der Jurisdiktionsgewalt des *EGMR* im Bereich der GASP könnte darüber hinaus möglicherweise die Grenze eines allgemeinen Vorbehalts erreicht sein, wodurch

<sup>126</sup> Vorgeschlagen von *Locke* (Fn. 58); *Lazowski/Wessel* (Fn. 107), S. 206.

<sup>127</sup> So auch *Krenn*, *Autonomy and Effectiveness as Common Concerns*, *German Law Journal* 2015, 147 (166).

<sup>128</sup> Ähnlich *Peers*, *The EU's Accession to the ECHR*: *German Law Journal* 2015, 213 (218).

dieser gemäß Art. 57 Abs. 1 S. 2 EMRK unwirksam wäre.<sup>129</sup>

Außerdem sind völkerrechtliche Erklärungen grundsätzlich nicht das juristisch sicherste Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zwecks. Einerseits könnte der *EGMR* sie als Vorbehalte im Sinne von Art. 57 EMRK verstehen und sie insofern an Abs. 1 S. 2 der Norm messen, andererseits würden die Erklärungen nur dann verbindlich, sofern sie von anderen Staaten anerkannt würden.<sup>130</sup>

Wie dies vorliegend zu bewerten wäre, kann letztlich nur der *EGMR* entscheiden. Um möglicherweise fruchtlose Verhandlungen zu vermeiden, sollte ihm daher gemäß Art. 47 EMRK die Möglichkeit gegeben werden, zu den vom *EuGH* gewünschten Änderungen vorab Stellung zu nehmen. Sofern er keine Probleme ausmacht, könnte mit den Verhandlungen begonnen werden.

#### *b) Hindernisse in der praktischen Umsetzung*

Problematischer ist allerdings die politische Komponente. Die Verhandlungen über den Beitrittsentwurf fanden rückblickend betrachtet in einem historisch sehr günstigen Zeitfenster statt. Mit Blick auf momentan angespannte Verhältnis zu Russland, aber auch auf die menschenrechtliche Lage in der Türkei, erscheint es höchst unwahrscheinlich, dass diese Länder sich auf derart weitreichende Zugeständnisse an die EU im Beitrittsentwurf einlassen würden.<sup>131</sup>

### **3. Einschätzung**

Mit Blick auf die momentan politische Situation bieten Neuverhandlungen nur geringe Erfolgchancen<sup>132</sup>.

## **III. Änderung der EU-Verträge**

Zuletzt wäre es möglich, die EU-Verträge selbst zu ändern. Hier sind zwei Szenarien denkbar.

### **1. „Notwithstanding Protocol“**

Teilweise wird vorgebracht<sup>133</sup>, dass die Verträge um ein „*Notwithstanding Protocol*“, also eine Übereinkunft ergänzt werden, die einen Beitritt unter

---

<sup>129</sup> So geschehen in *Belilos v. Switzerland*, 29.4.1988, Series A No. 132, Rn. 21.

<sup>130</sup> *Cameron*, *Treaties, Declarations of Interpretation*, MPEPIL 2007, Rn. 3, 14.

<sup>131</sup> Im Ergebnis gleich: *Besselink*, *Acceding to the ECHR notwithstanding the Court of Justice Opinion 2/13*, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/acceding-echr-notwithstanding-court-justice-opinion-213-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>132</sup> So auch *Kokott* in einem persönlichen Gespräch in Heidelberg am 1.9.2015.

<sup>133</sup> *Besselink* (Fn. 130); *Breuer* (Fn. 51), S. 349 f.

Missachtung der Vorgaben von Art. 6 Abs. 2 EUV, dem dazugehörigen EU-Prot. 8 sowie Gutachten 2/13 des *EuGH* vorsieht.

*a) Möglichkeiten und Probleme*

Durch ein solches Vorgehen würden alle vom *EuGH* genannten Kritikpunkte auf einen Schlag gelöst.

Allerdings hat diese Lösung auch Defizite. Zunächst ist die Änderung der Verträge nur in einem sehr aufwendigen Verfahren (dazu sogleich unter *b*) möglich. Außerdem ist momentan in diversen Ländern eine antieuropäische Stimmung zu beobachten. Es ist daher unwahrscheinlich, dass die Regierungen dieser Länder einem solch radikalen Vorschlag zustimmen würden, da ein solches Vorgehen diese Stimmungen noch befeuern könnte.

Zuletzt – und das ist das größte Problem – würde der *EuGH* ein solches Vorgehen als das auffassen, was es ist: ein Affront. Ein effektiver Rechtsschutz innerhalb der Union beruht aufgrund ihrer Multipolarität maßgeblich auf einem vertrauensvollen gerichtlichen Dialog. Sofern dieser Dialog auch weiterhin gewährleistet werden soll, wäre die Verärgerung des höchsten Gerichts der Union äußerst kontraproduktiv.

*b) Einschätzung*

Um einer Vergiftung des Gerichtsdialogs vorzubeugen, sollte diese Möglichkeit verworfen werden.

## **2. Änderung des Primärrechts**

Dieser Aufsatz protegiert indes eine andere Lösung, die von vielen Juristen abgelehnt wird<sup>134</sup>: die Änderung der Verträge selbst.<sup>135</sup>

*a) Möglichkeiten*

Durch die Änderung der Verträge könnte entweder dem *EuGH* in seiner Kritik entsprochen, oder die Rahmenbedingungen so verändert werden, dass der BÜE fortan mit Unionsrecht vereinbar wäre.

Im Sinne des *EuGH* könnte – nachdem die GRC wie bereits länger gefordert in

---

<sup>134</sup> So z.B. von *Lock* (Fn. 9), S. 6.

<sup>135</sup> Im Ergebnis ebenso: *Brings*, Änderung der EU-Verträge zugunsten des europäischen Grundrechtsschutzes?, abrufbar unter: <http://www.juwiss.de/5-2015/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

den Rang von Primärrecht erhoben wurde<sup>136</sup> – in Art. 53 GRC ausdrücklich festgehalten werden, dass Art. 53 EMRK keine Pflicht zur Etablierung höherer Schutzstandards festsetzt. Es könnte die unionsinterne Pflicht festgeschrieben werden, dass kein Mitgliedstaat das Protokoll 16 ratifizieren darf.<sup>137</sup>

Divergierend zur Meinung des *EuGH* könnte einer umfassenden Grundrechtskontrolle der ausdrückliche Vorrang vor dem Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens eingeräumt werden.

Im Bereich der GASP wäre es entweder möglich, ausdrücklich die Kontrolle des *EGMR* vorzusehen oder den Bereich der Jurisdiktion des *EuGH* zu unterwerfen.<sup>138</sup> Der ausdrückliche Ausschluss beider Gerichte wäre zwar möglich, da aber im Bereich der Außenpolitik naturgemäß Grundrechtsverletzungen häufiger eintreten, sollte einem zentralen Gericht die Kompetenz zugesprochen werden. Aufgrund folgender Überlegung scheint der *EGMR* vorzugswürdig: in Ländern, in denen es keine verfassungsrechtliche Kontrolle von Gesetzen gibt (z.B. Niederlande), bietet zumindest der *EGMR* ein Mindestmaß an Grundrechtsschutz. Im Bereich der GASP ist die Situation ähnlich. Hier gibt es, mit Ausnahme der zwei eng gesteckten Kompetenzen des *EuGH*, keine Möglichkeit zur Kontrolle.

Wenn die höchsten Gerichte einzelner Mitgliedstaaten mit einer solchen Kontrolle einverstanden sind, ist dies auch dem *EuGH* zuzumuten. Er ist nach eigenem Bekunden „kein Gerichtshof für Menschenrechte, sondern das höchste Gericht der Europäischen Union“.<sup>139</sup>

#### b) Probleme

Fraglich ist jedoch, ob und wie diese Änderungen umzusetzen sind.

---

<sup>136</sup> *Molthagen*, Das Verhältnis der EU-Grundrechte zur EMRK, abrufbar unter: <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2003/967/pdf/dissertation.pdf> (letzter Abruf: 11.6.2017), S. 225 f.

<sup>137</sup> Ähnlich *Duff*, EU Accession to the ECHR: What to Do Next, abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/eu-accession-to-the-echr-what-to-do-next-2/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>138</sup> Für Kontrolle des *EuGH* z.B. *Krenn* (Fn. 126), S. 166; *Halberstam*, A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR (and the way forward), abrufbar unter: <http://verfassungsblog.de/a-constitutional-defense-of-cjeu-opinion-213-on-eu-accession-to-the-echr-and-the-way-forward/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>139</sup> *Vassilios Skouris*' Eröffnungsgrede auf FIDE Konferenz 2014, online nicht abrufbar, zitiert nach *Douglas-Scott* (Fn. 132).

Ausgangspunkt für eine Vertragsänderung ist Art. 48 EUV. Änderungen können demnach entweder im ordentlichen Verfahren durch Einberufung eines Konvents mit Vertretern der Staaten (Abs. 2-5) oder im vereinfachten Verfahren unionsintern (Abs. 6) beschlossen werden. Letzteres ist jedoch nur bei Änderungen für bestimmte Sachbereiche des AEUV möglich, sodass diese Möglichkeit hier ausscheidet.

Zwar gibt es Ausnahmen vom ordentlichen Verfahren (z.B. Art. 25 Abs. 2 AEUV), allerdings sind diese vorliegend nicht relevant. Abweichungen sind ansonsten nur dann möglich, wenn das Unionsrecht lediglich ergänzt wird.<sup>140</sup> Gerade vor dem Hintergrund der grundlegenden Änderungen im Bereich der GASP kann davon jedoch nicht die Rede sein.

Im Ergebnis wäre damit nur eine Änderung im ordentlichen Verfahren möglich. Dies erfordert jedoch einen politischen Konsens aller 28 Mitgliedstaaten.

### 3. Einschätzung

Man könnte diese Vorgehensweise als aussichtslos bezeichnen<sup>141</sup>, aber das Gegenteil ist der Fall.

Zwar ist eine Änderung der Verträge gewiss mit erheblichem juristischem, wie auch politischem Aufwand verbunden. Eine solche Änderung der EU-Verträge ist mit Blick auf den „Brexit“ aber ohnehin in Reichweite.<sup>142</sup> Der Austritt Großbritanniens aus der Union führt zwangsläufig zu erheblichen Veränderungen und stellt ein Novum in der Geschichte dar. Abseits dieser – im internationalen Fokus stehenden – Verhandlungen sollte daher die Chance ergriffen werden, die Voraussetzungen für den Beitritt zur EMRK zu schaffen.

Die Verhandlungen in diesem Punkt dürften auch verhältnismäßig einfach zu führen sein, befanden doch 24 der 28 Mitgliedstaaten, dass der BÜE mit dem Unionsrecht vereinbar ist.<sup>143</sup> Es ist somit wahrscheinlich, dass diese Staaten das Votum des *Gerichtshofs* ablehnen. Es erscheint definitiv als der einfachere Weg

---

<sup>140</sup> Meng, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, Art. 48 EUV, Rn. 27.

<sup>141</sup> Philipp, EuGH bremsst EU Beitritt zur Menschenrechtskonvention, abrufbar unter: <http://www.euractiv.de/section/eu-innenpolitik/news/eugh-bremst-eu-beitritt-zur-menschenrechtskonvention/> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>142</sup> Beitrag auf [www.sueddeutsche.de](http://www.sueddeutsche.de) v. 29.05.2015 (o.V.), Merkel schließt Änderung europäischer Verträge nicht aus, abrufbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/politik/merkel-in-berlin-merkel-schliesst-aenderung-europaeischer-vertraege-nicht-aus-1.2499668> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>143</sup> Siehe *EuGH*, Gutachten 2/13, ECLI:EU:C:2014:2456, Rn. 119-123.

sich mit wenigen potentiell kritisch eingestellten Staaten zu einigen, als sich mit 47 Staatenvertretern des Europarats auf einen Konsens zu verständigen. Ist dieser skizzierte Weg riskant? Auf jeden Fall. Sollte man ihn deshalb nicht wählen? Auf keinen Fall. Es liegt gerade in der Natur des Schutzes von Menschenrechten, manchmal unkonventionelle und gewagte Schritte zu wählen. Ein einfacher, politisch geradliniger Weg ist momentan jedenfalls nicht in Sicht.

**Laureen Schuldt\***

## **Das Informationsrecht des Beschuldigten nach Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, insbesondere sein Recht auf Information in seiner Sprache**

### **Abstract**

Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK statuiert das Recht der angeklagten Person, in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung in einer ihr verständlichen Sprache unterrichtet zu werden – eine der wichtigsten Ausprägungen des allgemeinen Rechts auf ein faires Verfahren. Die daraus von der Europäischen Union entwickelten Grundsätze wurden durch die Richtlinien 2010/64/EU und 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates ergänzt. Der Aufsatz erläutert die europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf das Recht auf Information in eigener Sprache und würdigt die nationale Umsetzung durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 6.7.2013. Er zeigt insbesondere Defizite bei der Pflicht zur schriftlichen Übersetzung auf.

---

\* Die Verfasserin absolviert derzeit ihren juristischen Vorbereitungsdienst am *Landgericht Münster*. Der Beitrag entstand während ihres Studiums an der Ruhr-Universität Bochum im Rahmen einer vierwöchigen Examenstudienarbeit innerhalb des Seminars „Internationales Strafrecht“ bei Prof. *Dr. Sabine Swoboda*.



## A. Einleitung

Art. 6 Abs. 3 lit. a der Europäischen Menschenrechtskonvention<sup>1</sup> (EMRK) gewährt jeder angeklagten Person das Recht, „in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigung in einer ihr verständlichen Sprache unterrichtet zu werden“.

Dieses Informationsrecht ist Ausfluss des Rechts auf ein faires Verfahren, welches durch den *fair trial*-Grundsatz in Art. 6<sup>2</sup> der EMRK<sup>3</sup> garantiert wird.

Die Bedeutung dieses Rechts zeigt sich insbesondere, wenn man sich die Folgen einer nicht hinreichenden Unterrichtung verdeutlicht. Denn nur wer versteht, was ihm vorgeworfen wird, kann sich gegen Vorwürfe angemessen selbst verteidigen.

Doch welche Informationen stehen einem Beschuldigten zu? Auf welche Art und Weise und wie genau muss er informiert werden? Welches Mindestmaß an Information ist notwendig und vor allem fair?

Die diesbezüglich von der Europäischen Union auf Grundlage der EMRK entwickelten Grundsätze erfuhren durch die Richtlinien (RL) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2010<sup>4</sup> und vom 22.5.2012<sup>5</sup> eine Ergänzung. Die Rechte eines Beschuldigten einheitlich auf europäischer Ebene zu stärken, war dabei das erklärte Ziel des Unionsgesetzgebers.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Die EMRK als Bestandteil der deutschen Rechtsordnung, ihre Geltung und Auslegung wird ausführlich erörtert bei *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, § 2 Rn. 29 ff. und *Weigend*, Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung, StV 2000, 384 ff.

<sup>2</sup> Zur prinzipiell großen Bedeutung des Art. 6 der EMRK *Ambos*, in: Radtke/Hohmann, 2011, Art. 6 EMRK Rn. 1 f.

<sup>3</sup> Zur Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK im deutschen Recht und dessen Entwicklung als Rechtsgrundlage für ein generelles Informationsrecht bereits im Stadium des Ermittlungsverfahrens *Frister*, Der Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, StV 1998, 159 ff. m.w.N.

<sup>4</sup> RL 2010/64/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren (EU ABl. Nr. L 280/1).

<sup>5</sup> RL 2012/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren (EU ABl. Nr. L 142/1).

<sup>6</sup> Zur Entwicklung der Richtlinien ausgehend vom Fahrplan des Rates der Europäischen Union zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten vom 30.11.2009 (ABl. EU C 295 v. 4.12.2009, S. 1-3) und den dahinter stehenden Erwägungen *Gatzweiler*, Die neuen EU-Richtlinien zur Stärkung der Verfahrensrechte (Mindestmaß) des Beschuldigten oder Angeklagten in Strafsachen, StraFo 2011, 293 ff.; *Corell/Sidhu*, Das Recht auf Rechtsbeistand nach dem europäischen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte in Strafverfahren, StV 2012, 246 (248); *Dettmers/Dimter*,

Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinien mit dem Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren<sup>7</sup> am 6.7.2013 umgesetzt.

Welche Mindestrechte<sup>8</sup> sich für den Beschuldigten bezüglich Information in eigener Sprache aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK sowie den beiden EU-Richtlinien ergeben und ob der deutsche Strafprozess diesen europäischen Standards genügt, soll im Folgenden näher untersucht werden.

## B. Hauptteil

### I. Europäischer Maßstab auf Grundlage des Art. 6 EMRK

#### 1. Das Recht auf Information nach Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK<sup>9</sup>

Das Recht eines jeden Angeklagten, in allen Einzelheiten über den ihm angelasteten Vorwurf so schnell wie möglich<sup>10</sup> und in einer ihm verständlichen Sprache unterrichtet zu werden, ist Teil der Mindestrechte für Beschuldigte des Art. 6 EMRK und eine wichtige Ausprägung des allgemeinen *fair trial*-Grundsatzes.<sup>11</sup>

---

Europäische Entwicklungen im Strafverfahrensrecht, DRiZ 2011, 402 f.; *Schneider*, in: Grützner/Pötz/Kreß, Int. Rechtshilfeverkehr RiLi Dolmetschleistungen, 3. Aufl. 2014, Rn. 1 ff.; *Brodowski*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick, ZIS 2010, 376 (382); ein kurzer Hinweis ist auch zu finden bei *Christl*, Europäische Mindeststandards für Beschuldigtenrechte – Zur Umsetzung der EU-Richtlinien über Sprachmittlung und Information im Strafverfahren, NSTZ 2014, 376. Zur Entwicklung eines europäisierten Strafprozessrechts in Bezug auf den Schutz der Rechte von Beschuldigten noch vor Verabschiedung des Fahrplans des Rates *Kühn*, Opferrechte und Europäisierung des Strafprozessrechts, ZRP 2005, 125 ff.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 17/12578.

<sup>8</sup> Zum Begriff der „Mindestrechte“, die der Abs. 3 des Art. 6 EMRK gewähren soll *Kühn*, in: IntEMRK, 17. Aufl. 2015, Art. 6 Rn. 486.

<sup>9</sup> Zur Entstehungsgeschichte des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK *ebd.*, Art. 6 Rn. 488.

<sup>10</sup> Zum Erfordernis der Unverzögerlichkeit *Frister* (Fn. 3), S. 162 f.; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 539; *Simon*, Die Beschuldigtenrechte nach Art. 6 Abs. 3 EMRK: ein Vergleich zur StPO im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung, 1998, S. 9 ff.; *Treichsel*, Die Verteidigungsrechte in der Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, ZStR 96 (1979), 337 (347) m.w.N.; und *Paeffgen*, in: SK-StPO, 4. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 126; *Kühn*, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 494; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, 2002, 440 f.; *Weigend* (Fn. 1), S. 385.

<sup>11</sup> EGMR, *Yauz v. Austria*, 27.5.2004, Nr. 46549/99; *Valerius*, in: Graf, 2. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 35; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, 2. Aufl. 2016, Art. 6 EMRK Rn. 3.; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig, 3. Aufl. 2011, Art. 6 EMRK Rn. 222; *Meyer*, in: Karpenstein/Mayer, 2012, Art. 6 EMRK Rn. 5; *Ambos*, in: Radtke/Hohmann (Fn. 2), Art. 6 EMRK Rn. 39; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 58. Aufl. 2015, Art. 6 EMRK Rn. 16; *Kühn*, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 486. *Gillmeister*, Rechtliches Gehör

Unterrichtung in diesem Sinne bedeutet, dass jeder Beschuldigte<sup>12</sup> über Grund und Art der Beschuldigung informiert werden muss. Also über den Sachverhalt, der ihm vorgeworfen wird (Grund) und wie dieser von den zuständigen Behörden rechtlich bewertet wird (Art der Beschuldigung).<sup>13</sup>

Diese Unterrichtung muss exakt und vor allem vollständig sein.<sup>14</sup>

Es muss für die betroffene Person erkennbar werden, welches konkrete Verhalten ihr vorgeworfen wird, bzw. auf welchen tatsächlichen Geschehnissen dieser Vorwurf fußt und wie die jeweiligen Behörden diese Tatsachen rechtlich bewerten und einordnen. Die einzelnen Beweismittel müssen hingegen nicht alle konkret aufgezeigt werden.<sup>15</sup>

---

im Ermittlungsverfahren – Ein Beitrag zur Entlastung des Hauptverfahrens, StraFo 1996, 114 (116) m.w.N. entnimmt die Pflicht zur unverzüglichen Unterrichtung im deutschen Strafverfahren unmittelbar Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, da eine vergleichbar umfassende nationale Regelung fehle.

<sup>12</sup> So *Valerius*, in: Graf (Fn. 12), Art. 6 EMRK Rn. 35, der „Beschuldigter“ im Sinne des deutschen Strafverfahrens als Synonym für „angeklagte Person“ versteht; zustimmend *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10) Art. 6 EMRK Rn. 535; *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 126.

<sup>13</sup> *EGMR, Pelissier and Sassi v. France*, 25.3.1999, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1999-XI, 279, Rn. 51 f.; *Dallos v. Hungary*, 1.3.2001, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2001-II, 189 ff., Rn. 47; *Valerius*, in: Graf (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 36; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 548; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, 1985, Art. 6 EMRK Rn. 122; *Müller*, Einige Bemerkungen zur Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für das Ermittlungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, in: FG Koch, 1989, S. 191 (196 f.); *Vogler*, Das Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers (Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK) – Anmerkungen zum Dolmetscherkosten-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1979, 640 (644); *Meyer*, in: Karpenstein/Mayer (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 172; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 224; *Gollwitzer*, Menschenrechte im Strafverfahren, 2005, Art. 6 EMRK Rn. 167; *Frister* (Fn. 3), S. 161; *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 126; *Trechsel* (Fn. 10), S. 345; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 11), Art. 6 MRK Rn. 17; ausführlich *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, 2002, S. 437 ff., der sich unterdessen eingehend mit der betreffenden EGMR-Rechtsprechung befasst.

<sup>14</sup> *Gillmeister* (Fn. 11), S. 116 f.; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 224; *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 167, 168; *Frister* (Fn. 3), S. 161, der für eine detailgenaue Unterrichtung verlangt, dass der Beschuldigte darüber aufgeklärt wird, welche konkreten Geschehnisse welche Merkmale des Straftatbestands erfüllen sollen; während des Ermittlungsverfahrens reiche jedoch die Mitteilung der „bereits vorhandenen Ermittlungshypothese“.

<sup>15</sup> *EKMR, X v. Austria*, 1.6.1967, Nr. 2291/64, ECHR 24, 20; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 548; *Gillmeister* (Fn. 11), S. 116; *Peukert*, in:

Welche Informationen genau mitzuteilen sind, hängt vom jeweiligen Stadium des Verfahrens ab.<sup>16</sup> Grundlage der Unterrichtung bildet insoweit der aktuelle Stand der Ermittlungen.

Es muss dabei jedoch stets gewährleistet sein, dass der Angeklagte die Tragweite der Vorwürfe verstehen kann und genügend Informationen zu seiner Verteidigung erhält. Zweck der Regelung ist die Garantie und Ermöglichung der rechtzeitigen Vorbereitung einer angemessenen Verteidigungsstrategie.<sup>17</sup> Eine vollständige Unterrichtung bedeutet demnach insbesondere, dass dem Beschuldigten alle Informationen an die Hand gegeben werden müssen, die es ihm ermöglichen, die zulässigen Rechtsbehelfe gegen die ihm drohenden Maßnahmen<sup>18</sup> einzulegen, also seine Verteidigungsrechte bereits im Ermittlungsverfahren wahrzunehmen.<sup>19</sup> Auch über jede Änderung der von ihr zunächst vorgenommenen rechtlichen Bewertung oder der Tatsachengrundlagen muss die jeweilige Ermittlungsbehörde den Angeklagten informieren.<sup>20</sup>

Grundsätzlich muss die Unterrichtung nicht zwingend schriftlich erfolgen,<sup>21</sup> eine besondere Form wird von Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK nicht verlangt. Sie kann mündlich bei der ersten Vernehmung stattfinden oder auch durch die An-

---

Frowein/Peukert (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 122; Gollwitzer (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 167 m.w.N.; näher eingehend und m.w.N. auch Frister (Fn. 3), S. 162.

<sup>16</sup> Esser, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 549; Gollwitzer (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 168; insb. zu den Besonderheiten bei Unterrichtung im Stadium des Ermittlungsverfahrens Frister (Fn. 3), S. 159 ff.; dazu auch Kühne, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 487.

<sup>17</sup> Esser, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 537; Peukert, in: Frowein/Peukert (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 122; Gollwitzer (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 168; Esser (Fn. 13), S. 437; Paeffgen, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 126; Trechsel (Fn. 10), S. 343, der vom Schutz vor „Überraschung und Überrumpelung“ spricht.

<sup>18</sup> Man denke dabei in erster Linie an eine Durchsuchung gemäß § 102 StPO oder an eine Festnahme gemäß §§ 112 ff. StPO.

<sup>19</sup> Frister (Fn. 3), S. 160 f.

<sup>20</sup> EGMR, *Pelissier and Sassi v. France*, 25.3.1999, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1999-XI, 279, Rn. 51 ff.; *Dallos v. Hungary*, 1.3.2001, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2001-II, 189 ff., Rn. 47; Esser, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 541; Meyer, in: Karpenstein/Mayer (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 174; Gollwitzer (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 169; Frister (Fn. 3), S. 161; Esser (Fn. 13), S. 439 f.; Gillmeister (Fn. 11), S. 117.

<sup>21</sup> EGMR, *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 79; *Pelissier and Sassi v. France*, 25.3.1999, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1999-XI, 279, Rn. 53 und *Dallos v. Hungary*, 1.3.2001, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2001-II, 189 ff., Rn. 47; *OLG Düsseldorf*, NJW 2003, 2766; Meyer-Ladewig, in: Meyer-Ladewig (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 224; Gollwitzer (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 170; Trechsel (Fn. 10), S. 344; Peukert, in: Frowein/Peukert (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 122; Sommer, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer, 2. Aufl. 2010, Art. 6 EMRK Rn. 78; Esser (Fn. 13), S. 437 f.

klageschrift oder den Strafbefehl erfolgen, wenn dort inhaltlich alle relevanten tatsächlichen und rechtlichen Aspekte des Vorwurfs aufgeführt sind.<sup>22</sup>

Die Mitteilung hat indes in einer für den Angeklagten verständlichen Sprache zu erfolgen.<sup>23</sup> Es soll ausgeschlossen werden, dass Verständnismängel zu Missverständnissen führen, die sodann seine Verteidigungsstrategie negativ beeinflussen könnten.

Beherrscht der Angeklagte<sup>24</sup> die maßgebliche Gerichtssprache nicht, so müssen ihm die Informationen über die Anschuldigungen und deren rechtliche Bewertung übersetzt werden.<sup>25</sup> Eine bestimmte Form der Übersetzung, schriftlich oder mündlich, ist nicht zwingend vorgegeben<sup>26</sup>, jedoch muss der Beschuldigte die gesamte Zeit über in der Lage sein, „bewusst und mit ungeteilter Aufmerksamkeit“<sup>27</sup> vom konkreten Vorwurf und dessen Reichweite Kenntnis zu nehmen.<sup>28</sup> Bei Verständnisproblemen<sup>29</sup> müssen dem Angeklagten alle wesentlichen Schriftstücke der Akte übersetzt werden, aber nicht zwingend ihr

---

<sup>22</sup> *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 557; *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 170.

<sup>23</sup> *EGMR, Brožicek v. Italy*, 19.12.1989 Series A Nr. 167, Rn. 38 ff.; *Sommer*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Fn. 21), Art. 6 EMRK Rn. 79; *Esser* (Fn. 13), S. 443.

<sup>24</sup> Die Begriffe „Angeklagter“ und „Beschuldiger“ werden im europarechtlichen Kontext sinngleich verwendet.

<sup>25</sup> *BVerfG* (3. Kammer des *Zweiten Senats*), NJW 2004, 50, welches als Resultat ein Recht auf Konsultation eines Dolmetschers während des gesamten Verfahrens statuiert; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 559 und *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 171, weisen darauf hin, dass dadurch das allgemeine Recht auf kostenfreie Beanspruchung eines Dolmetschers aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK inhaltlich in einem entscheidenden Aspekt für die Verteidigung näher festgelegt wird. Zum Recht auf Übersetzungen für die Tatopfer *Kuhn* (Fn. 6), S. 128 f.

<sup>26</sup> *EGMR, Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 79; *Pelissier and Sassi v. France*, 25.3.1999, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1999-XI, 279, Rn. 53; *Dallos v. Hungary*, 1.3.2001, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2001-II, 189 ff., Rn. 47; *OLG Düsseldorf*, NJW 2003, 2766; *Vogler* (Fn. 13), S. 644; *Kühne*, Anmerkung zu *HansOLG Hamburg*, Beschl. v. 14.9.1992 – 2 Ws 396/92 H, StV 1994, 66 (76); *Sommer*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Fn. 21), Art. 6 EMRK Rn. 79; indes in Teilen aber strittig, siehe die folgenden Erörterungen.

<sup>27</sup> *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 559.

<sup>28</sup> So das *BVerfG* in seiner Leitentscheidung *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2764), in der es betont, dass es die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verbiete, „den der deutschen Sprache nicht oder nicht hinreichend mächtigen Angeklagten zu einem unverständenen Objekt des Verfahrens herabzuwürdigen“; *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 171.

<sup>29</sup> Zur Notwendigkeit des Einrichtens eines Mechanismus zur Überprüfung der Sprachkundigkeit des Beschuldigten (wie von Art. 2 Abs. 4 der RL 2010/64/EU gefordert) *Kotz*, Anspruch auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen im Strafverfahren, StV 2012, 626 (628).

gesamter Inhalt.<sup>30</sup> Der Beschuldigte muss jedoch in jedem Falle in der Lage sein, die gesamte Anklageschrift zu verstehen und nachvollziehen zu können.<sup>31</sup> Ob dies bedeutet, dass dem Beschuldigten stets eine schriftliche Übersetzung der Anklageschrift zusteht, ist umstritten.<sup>32</sup>

Gerichtsentscheidungen müssen jedenfalls schriftlich übersetzt werden, wenn sie nicht rechtskräftig und in Abwesenheit des Angeklagten ergangen sind,<sup>33</sup> andernfalls genügt eine mündliche Übersetzung bei Anwesenheit des Angeklagten, der von einem Verteidiger vertreten wird, der die Gerichtssprache beherrscht.<sup>34</sup>

Erfolgt eine vollumfängliche Unterrichtung über den konkreten Tatvorwurf bzw. die Anklage erst in der Hauptverhandlung, so hat sie schriftlich zu erfolgen.<sup>35</sup> Dies kann indes nur genügen, wenn der Sachverhalt tatsächlich und rechtlich einfach gelagert ist.<sup>36</sup>

---

<sup>30</sup> EKMR, *X v. Austria*, 29.5.1975 Nr. 6185/73, ECHR 2, 68; EGMR, *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 74; *Vogler*, Straf- und strafverfahrensrechtliche Fragen in der Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZStW 89 (1977), 761 (787); *Vogler* (Fn. 13), S. 644; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 226 (251); *Peukert*, in: Frowein/Peukert (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 122; *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 129; *Valerius*, in: BeckOK-StPO, Ed. 23, Stand: 15.3.2016, Art. 6 EMRK Rn. 55.

<sup>31</sup> Zu den enormen Nachteilen, die ein Angeklagter bei fehlendem Verständnis erleiden kann, ausführlich der EGMR in seinem Urteil *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 79 ff.

<sup>32</sup> Der EGMR betrachtete in seinem Urteil *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168 ausnahmsweise eine mündliche Übersetzung der Anklage als ausreichend, da die Sach- und Rechtslage einfach gelagert war. Siehe dazu die folgenden Erörterungen.

<sup>33</sup> OLG München, StV 2014, 532 (534); *Wickern*, in: Löwe/Rosenberg X 26. Aufl. 2010, § 184 GVG Rn. 11 m.w.N.

<sup>34</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2764); *BVerfG* (3. Kammer des Zweiten Senats), NStZ-RR 2005, 273; OLG Hamburg, NJW 1978, 2462; OLG Frankfurt, NJW 1980, 1238; OLG Düsseldorf, JZ 1985, 200; OLG Hamm, StV 1990, 101; OLG Stuttgart, StV 2014, 536; kritisch dagegen *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 170.

<sup>35</sup> *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 560; *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 172, die dies aus den Vorgaben der §§ 200, 201 StPO und Nr. 181 Abs. 2 RiStBV in Verbindung mit dem Prinzip der Gleichbehandlung folgern.

<sup>36</sup> EGMR, *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 80; OLG Hamburg, NStZ 1993, 53; OLG Düsseldorf, NJW 2003, 2766, das sogar darüber hinaus eine in diesem Zuge nur mündlich ergangene Übersetzung der Anklage für zulässig hält; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 560, der zusätzlich fordert, dass der Beschuldigte bereits im Vorfeld über die Anschuldigungen unterrichtet wurde; a.A. OLG Stuttgart, StV 2003, 490 und das OLG Hamm, StV 2004, 364, welche eine Übersetzung der Anklage, die erst in der Hauptverhandlung erfolgt, für unzureichend erachten; ablehnend auch *Kühne* (Fn. 26), S. 66 f.; *Schneider*, Der Anspruch des Beschuldigten auf

Insgesamt ist entscheidend, ob dem Angeklagten auf Grundlage der Unterrichtung eine Verteidigung ohne Beeinträchtigungen möglich ist, sodass das Verfahren insgesamt als fair bezeichnet werden kann.<sup>37</sup> Eventuelle Mängel in der Unterrichtung können also noch während des laufenden Prozesses geheilt werden, solange der Beschuldigte in keiner Weise in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkt oder benachteiligt wurde.<sup>38</sup>

Ausnahmen von einem unverzüglichen Recht auf Information über die Anklage, zum Beispiel eine vorübergehende Zurückhaltung von Informationen über die Verdachtsgründe, werden nur in Einzelfällen und nur im Falle der Gefährdung des Ermittlungserfolgs zugelassen.<sup>39</sup>

---

schriftliche Übersetzung wesentlicher Unterlagen, StV 2015, 379 (382) m.w.N.; *Keller/Gericke*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 17.5.2005 – 1 Ss 61/05, StV 2006, 177 (179 f.); *Sommer*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Fn. 21), Art. 6 EMRK Rn. 79; *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 126.

<sup>37</sup> Sog. Gesamtbetrachtung des EGMR; vgl. EGMR, *Pelissier and Sassi v. France*, 25.3.1999, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1999-XI, 279, Rn. 52; *Dallos v. Hungary*, 1.3.2001, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2001-II, 189 ff., Rn. 47; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 546 m.w.N.; *Satzger*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 36; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 223; *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 169; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 11), Art. 6 MRK Rn. 16; kritisch in dieser Hinsicht *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 128.

<sup>38</sup> So der EGMR, *Pelissier and Sassi v. France*, 25.3.1999, Reports of Judgments and Decisions EGMR 1999-XI, 279, Rn. 54 und *Dallos v. Hungary*, 1.3.2001, Reports of Judgments and Decisions EGMR 2001-II, 189 ff., Rn. 47 ff.; die gleiche Richtung einschlagend bereits damals die Europäische Kommission in *EKMR, X v. Austria*, 12.7.1971, Nr. 4080/69, ECHR 38, 4-8, indem sie das Informationsrecht vor allem mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK interpretiert, welcher das Recht auf ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung gewährt; dieselbe Interpretation ist zu finden bei *Vogler* (Fn. 30), S. 787; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 535, 540, 546; *Müller* (Fn. 13), S. 197; *Meyer-Ladewig*, in: Meyer-Ladewig (Fn. 11), Art. 6 EMRK Rn. 224 f.; *Kühne*, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 489 und *Trechsel* (Fn. 10), S. 343 ff.; a.A. dagegen *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 126, der eine erst im Hauptverfahren erfolgende Unterrichtung bzw. ein „Nachliefern von Informationen“ im Hinblick auf ein faires Verfahren für äußerst bedenklich hält und dadurch das zeitliche Element des lit. a entwertet sieht; ähnlich auch *Kühne*, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 494 ff.

<sup>39</sup> *Gillmeister* (Fn. 11), S. 116; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 542; *Ambos*, in: Radtke/Hohmann (Fn. 2), Art. 6 EMRK Rn. 42; *Kühne*, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 496; *Sommer*, in: Krekeler/Löffelmann/Sommer (Fn. 21), Art. 6 EMRK Rn. 77; *Esser* (Fn. 13), S. 441 f.; *Gollwitzer* (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 167, der das vorübergehende Zurückhalten von Beweismitteln „im Interesse effektiver Ermittlungen“ für zulässig hält; ausführlich auch *Frister* (Fn. 3), S. 162 f. und *Schwaighofer*, Die neue Strafprozessordnung, Einleitung – Gesetzestext – Anmerkungen, 2008, 135 ff., mit Bezug zum Recht auf Akteneinsicht.

## 2. Neue europäische Mindeststandards: Die RL 2010/64/EU und 2012/13/EU

Die RL 2010/64/EU und 2012/13/EU enthalten bestimmte Vorgaben zur Stärkung der Rechte von Beschuldigten während eines gegen sie laufenden Strafverfahrens.<sup>40</sup> Die Mitgliedsstaaten hatten bis zum 27.10.2013 bzw. 2.6.2014<sup>41</sup> Zeit, diese Vorgaben umzusetzen.

### a) Das Recht auf Information in eigener Sprache: RL 2010/64/EU

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren sieht für alle Personen während der Dauer des gesamten Strafverfahrens, welches ab Kenntniserlangung von der Beschuldigung beginnt und mit der „abschließenden Entscheidung in einem Rechtsmittelverfahren“ endet, und dem Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls gemäß Art. 1 Abs. 1 und 2 sowie Art. 2 Abs. 1 RL ein Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen vor.<sup>42</sup>

Dies bedeutet – neben dem Recht auf Hinzuziehung eines Dolmetschers während des gesamten Strafverfahrens – *in praxi*, dass jede Person innerhalb einer angemessenen Frist eine schriftliche Übersetzung aller für ihre Verteidigung notwendigen „wesentlichen Unterlagen“ zu erhalten hat, Art. 3 Abs. 1 RL. Laut Art. 3 Abs. 2 RL sind davon insbesondere „jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme, jegliche Anklageschrift und jegliches Urteil“ erfasst.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Ausführlich zum Inhalt der Richtlinien unter Inbezugnahme ihrer Erwägungsgründe *Kotz* (Fn. 29), S. 626 ff. (ausschließlich zu RL 2010/64/EU); *Christl* (Fn. 6), S. 376 ff.; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 563 ff.; *Gatzweiler* (Fn. 6), S. 294 ff.; *Yalçın*, Das Stigma des Finanzierungsvorbehalts – Stärkung der Beschuldigtenrechte im Strafverfahren, ZRP 2013, 104 f.; *Schneider* (Fn. 36), S. 380 ff.; *Corell/Sidhu* (Fn. 6), S. 246 ff.; *Dettmers/Dimter* (Fn. 6), S. 402 ff.; *Eisenberg*, „Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte Beschuldigter im Strafverfahren“ – Bedeutung und Unzuträglichkeiten, JR 2013, 442 ff.; *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 1 ff.; *Schneider* (Fn. 6), Rn. 1 ff.; zur Wahrung des von der EMRK – vor allem in Art. 6 – vorgegebenen Schutzniveaus durch die Richtlinien und dem Problem der Implementierung von EGMR-Rechtsprechung in eine Gesetzesform *Callevaert*, Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ZEuS 1/2014, 79 (81 f.). Kritisch zum seiner Ansicht nach nicht ausreichenden Schutzniveau der Richtlinien in Bezug auf den durch die EMRK garantieren Standard *Brand*, Dolmetschrechte für Beschuldigte: Magerer zweiter Versuch, DRiZ 2010, 94.

<sup>41</sup> Art. 9 Abs. 1 RL 2010/64/EU bzw. Art. 11 Abs. 1 RL 2012/13/EU.

<sup>42</sup> Wie weit der Anspruch im Ermittlungsverfahren reichen kann, erörtert ausführlich *Schneider* (Fn. 6), Rn. 14.

<sup>43</sup> Zur Bedeutung der einzelnen in der Richtlinie verwendeten Begriffe *Schneider* (Fn. 36), S. 380 und *ders.* (Fn. 6), Rn. 25.



Welche Unterlagen außer den in Art. 3 Abs. 2 RL genannten zudem „wesentlich“ für die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte sind,<sup>44</sup> liegt in der Ermessensentscheidung der zuständigen Behörden, Art. 3 Abs. 3 RL. Eine mündliche Übersetzung kann ausnahmsweise ausreichend sein, sofern dies einem fairen Verfahren nicht entgegensteht, Art. 4 Abs. 7 RL.

Außerdem sind alle Kosten für die Dolmetschleistungen und Übersetzungen von dem jeweiligen Staat zu tragen, Art. 4 RL.<sup>45</sup> Entscheidungen über das Erfordernis von Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen müssen vom Beschuldigten angefochten werden können, vgl. Art. 2 Abs. 5 RL, Art. 3 Abs. 5 RL, sowie Erwägungsgrund 25<sup>46</sup>.

Die ausreichende Qualität der Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen muss sichergestellt werden, Art. 5 Abs. 1 S. 2, Abs. 8 und Art. 3 Abs. 9 der RL. Dolmetscher sind darüber hinaus gemäß Art. 5 Abs. 3 der RL zur Verschwiegenheit verpflichtet.

Ziel der Richtlinie ist, dass sich der Angeklagte mithilfe eines Dolmetschers und den Übersetzungen „wie ein Inländer verteidigen“<sup>47</sup> kann und weiß, was ihm konkret vorgeworfen wird, damit er die ihm zustehenden Verteidigungsrechte ausüben kann. Ausdrücklich soll dabei das Recht des Art. 6 EMRK auf ein faires Verfahren gewährleistet werden.<sup>48</sup>

#### *b) Das Recht auf Belehrung und Unterrichtung: RL 2012/13/EU*

Die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2012 konkretisiert die Rechte eines Beschuldigten in Bezug auf Belehrung und Unterrichtung und bringt sie damit europaweit auf einen einheitlichen Stand.

Eine Pflicht zur Belehrung entsteht gemäß Art. 2 Abs. 1 RL ab Inkennntnissetzung der betreffenden Person darüber, dass sie der Begehung einer Straftat verdächtig oder beschuldigt wird. Jeder Beschuldigte muss unverzüglich mindestens über alle in Art. 3 Abs. 1 RL aufgeführten Verfahrensrechte informiert und belehrt werden. Zudem muss eine genaue und umgehende Unterrichtung über den konkreten Tatvorwurf stattfinden, Art. 6 Abs. 1 RL.

---

<sup>44</sup> Eine Aufzählung hierfür in Betracht kommender Unterlagen findet sich bei *Schneider* (Fn. 36), S. 381 f. m.w.N.

<sup>45</sup> Vgl. auch *BVerfG*, NJW 2004, 50.

<sup>46</sup> Der dies für das Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls statuiert.

<sup>47</sup> *Gatzweiler* (Fn. 6), S. 294.

<sup>48</sup> Erwägungsgrund 14 der RL.

Anhang I der Richtlinie enthält ein Musterformular zur Rechtsbelehrung, welches bei Festnahme oder Vernehmung dem Beschuldigten auszuhändigen ist. Das Belehrungsformular führt unter anderem die in Art. 3 Abs. 1 RL genannten Aspekte auf: das Recht auf Hinzuziehung eines Rechtsanwalts, auf Information über den konkreten Vorwurf, auf kostenlose Dolmetschleistungen und Übersetzungen sowie das Recht auf Aussageverweigerung. Art. 8 Abs. 1 RL sieht schließlich vor, dass sämtliche Belehrungen und Unterrichtungen des Beschuldigten schriftlich dokumentiert werden müssen.

Ziel der Richtlinie ist es, sicherzustellen, dass der Einzelne seine Verteidigungsrechte rechtzeitig und effektiv wahrnehmen kann, vgl. Art. 3 Abs. 1, 6 Abs. 1 RL und Erwägungsgrund 27. Dies kann er jedoch nur tun, wenn er diese Rechte und ihre Konsequenzen genau kennt.

## II. Ehemalige Rechtslage im deutschen Strafverfahren: Entwicklungsstand und etwaige Risiken

Das deutsche Strafverfahren sieht zum Erfordernis von Übersetzungen bzw. der Hinzuziehung eines Dolmetschers und zur nötigen Belehrung und Information des Beschuldigten<sup>49</sup> seit jeher in verschiedenen Normen Vorgaben vor.

Bezüglich nationaler Regelung von Dokumentationspflichten sei auf die Protokollierungspflichten des Gerichts nach §§ 168, 168a StPO verwiesen, die unter anderem die Pflicht vorsehen, Belehrungen, wesentliche Vorgänge des Verfahrens und das Hinzuziehen eines Dolmetschers in das Protokoll aufzunehmen.<sup>50</sup> Ergebnisse staatsanwaltschaftlicher Untersuchungshandlungen sollten aktenkundig gemacht werden, Vernehmungen des Beschuldigten und von Zeugen sowie Sachverständigen waren zu Protokoll zu bringen, § 168b StPO a.F.

Das Recht auf Konsultation eines Dolmetschers für das gesamte Strafverfahren, auch für Gespräche mit dem Verteidiger, wurde bisher unmittelbar aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK abgeleitet.<sup>51</sup> § 187 Abs. 1 GVG a.F. sah zudem vor, dass das Gericht im Falle der Sprachunkundigkeit des Beschuldigten einen

---

<sup>49</sup> „Beschuldigter“ wird folgend als wertungsfreier Oberbegriff verwendet und umfasst insoweit alle im nationalen Strafprozessrecht zu findenden Begriffe der verschiedenen Verfahrensstadien, wie beispielsweise den des Angeschuldigten oder Tatverdächtigen, vgl. bereits oben Fn. 12. Zu den einzelnen Begriffen des deutschen Strafverfahrens *Joachimski/Haumer*, Strafverfahrensrecht, 6. Aufl. 2010, S. 48 f., 177 und *Schlichter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl. 1983, Rn. 85. Zum Begriff des Beschuldigten, wie er in der Richtlinie verwendet wird *Schneider* (Fn. 36), S. 379.

<sup>50</sup> Summarisch gehalten auch bei *Eisenberg* (Fn. 40), S. 450.

<sup>51</sup> *EGMR, Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*, 23.10.1978, Nr. 6210/73; 6877/75; 7132/75; *BGH*, NJW 2001, 309 f.; hierzu ausführlich *Vogler* (Fn. 13), S. 640 ff.

Dolmetscher oder Übersetzer heranzuziehen hatte, soweit dies zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte geboten war.

Die Revisionsgerichte stuften eine Verletzung des Rechts auf Hinzuziehung eines Dolmetschers als absoluten Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 5 StPO ein.<sup>52</sup> Der § 464c StPO wurde bereits in den Achtzigerjahren aufgrund einer Beanstandung durch den EGMR<sup>53</sup> insoweit neu gefasst,<sup>54</sup> dass sämtliche Kosten für Dolmetschleistungen grundsätzlich<sup>55</sup> vom Staat zu tragen sind.

Eine Übersetzung ist während des gesamten Verfahrens, beginnend mit dem Ermittlungsverfahren, und bereits bei nur erkennbaren Defiziten in der Verständlichkeit erforderlich.<sup>56</sup> Eine gänzliche Sprachkenntnis wird demnach nicht vorausgesetzt. Im Ermittlungsverfahren sieht Nr. 181 Abs. 1 RL für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) für Polizei und Staatsanwaltschaft außerdem bei Vernehmungen eine Pflicht zur Prüfung der Sprachkundigkeit des Beschuldigten vor und, ob gegebenenfalls die Hinzuziehung eines Dolmetschers notwendig erscheint. Ein sprachliches Defizit muss im betreffenden Falle aktenkundig gemacht werden.

Bei Vernehmungen sind die Informations- und Anhörungspflichten gemäß §§ 136, 163a Abs. 1 StPO zu beachten, die nur erfüllt sind, wenn sie in einer dem Beschuldigten verständlichen Sprache erfolgen.<sup>57</sup> Hervorzuheben sind hier insbesondere die bereits in der ersten Vernehmung durch das Gericht, die Polizei oder Staatsanwaltschaft (§ 163a StPO) zu erfolgenden Belehrungen über das Recht auf Information über den konkreten Tatvorwurf (§ 136 Abs. 1 S. 1 StPO), das Recht, die Aussage zu verweigern und einen Verteidiger zu engagieren (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) sowie die Möglichkeit, eigene Beweisangebote zu stellen (§ 136 Abs. 1 S. 3 StPO).

Die Hauptverhandlung darf nur unter Mitwirkung eines vereidigten Dolmet-

---

<sup>52</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2764); BGHSt 3, 285; 36, 124; Kühne (Fn. 1), § 45 Rn. 730.1.

<sup>53</sup> EGMR, *Öztürk v. Germany*, 21.2.1984 Series A Nr. 73.

<sup>54</sup> Ausführlich zum neugefassten § 464c StPO der damalige Gesetzgeber in BT-Drucks. 11/4393, S. 11 f.; Temming, in: HK-StPO, 5. Aufl. 2012, § 464c Rn. 1 ff.; Gieg, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 464c Rn. 1 ff.; Niesler, in: BeckOK-StPO, Ed. 23, Stand: 15.3.2016, § 464c Rn. 1 f.; Meier, in: Wassermann, 1996, § 464c StPO Rn. 1 f.; Steinberger-Frauenhofer, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11) § 464c StPO Rn. 1 ff.

<sup>55</sup> Zu den Ausnahmetatbeständen Temming, in: HK-StPO (Fn. 55), § 464c Rn. 2 f.

<sup>56</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2763), das die folgenden Grundsätze in seiner Entscheidung von 1983 statuierte; BGH, NJW 2001, 309 (309).

<sup>57</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2763).

schers erfolgen, der alle notwendigen Vorgänge – wenn nötig wortgetreu<sup>58</sup> – übersetzt.<sup>59</sup> In erster Linie betrifft dies die Verlesung des Anklagesatzes gemäß § 243 Abs. 3 StPO, den Hinweis auf die Aussagefreiheit gemäß § 243 Abs. 5 S. 1 StPO, die Aussagen des Beschuldigten, von Zeugen und Sachverständigen (§§ 243 Abs. 2, Abs. 5 S. 2, 244 StPO), die Verlesung von Dokumenten gemäß § 249 StPO, weiterhin die Übersetzung aller gestellten Anträge und Entscheidungen gemäß §§ 258, 259 StPO, des Urteils inklusive Formel und Gründen (§ 268 Abs. 2 StPO) sowie schließlich dem Recht, gemäß § 35a StPO form- und fristgerecht die geeigneten Rechtsmittel gegen die Entscheidung einzulegen.<sup>60</sup>

In Bezug auf die Eignung von Dolmetschern und zur Qualitätssicherung der Übersetzungsleistungen fanden sich seit jeher Regelungen in den §§ 185-191 GVG<sup>61</sup>. Die Auswahl der Person des Dolmetschers steht gemäß § 187 Abs. 1 GVG im Ermessen des Gerichts, welches die Heranziehungsentscheidung trifft. Dolmetscher haben gemäß § 189 Abs. 1 GVG einen Eid abzulegen.<sup>62</sup> Bei bewusst unrichtiger Übersetzung droht ihnen eine Bestrafung gemäß § 154 StGB wegen Meineides.

Eine Pflicht zur schriftlichen Übersetzung legte das deutsche Strafverfahren bisher nur vereinzelt fest.<sup>63</sup> Lediglich § 114a S. 1 StPO ordnete an, dass dem Beschuldigten grundsätzlich eine schriftliche Übersetzungsausfertigung des Haftbefehls auszuhändigen ist.<sup>64</sup> Gemäß § 114b Abs. 1 S. 1 StPO ist der Beschuldigte bei der Verhaftung außerdem unverzüglich schriftlich und in einer ihm verständlichen Sprache über seine Rechte zu belehren. Dies gilt auch bei anderen freiheitsentziehenden Maßnahmen, vgl. §§ 126a Abs. 2, 127b Abs. 1 S. 2, 163c Abs. 1 S. 3 und 453c Abs. 2 S. 2 StPO, die allesamt auf die Belehrungspflicht des § 114b StPO verweisen.<sup>65</sup> Nr. 181 Abs. 2 RiStBV sieht

<sup>58</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2764).

<sup>59</sup> Zum nötigen Umfang der Übersetzung *Kühne* (Fn. 1), § 45 Rn. 730.3 f. und *Schmidt*, Verteidigung von Ausländern, 2. Aufl. 2015, Rn. 344 ff.; zur nötigen Qualifikation der Dolmetscher und dem aus Verhandlungen mit Dolmetschern resultierenden Zeitproblem *Kaminski*, Interkulturelle Kommunikation in familiengerichtlichen Verfahren, FPR 2013, 492 (495 f.).

<sup>60</sup> *Christl* (Fn. 6), S. 377.

<sup>61</sup> Zu § 187 Abs. 1 GVG in seiner alten Fassung *Schneider* (Fn. 36), S. 383.

<sup>62</sup> Ausführlich zur Vereidigung *Schmidt* (Fn. 59), Rn. 350 ff.

<sup>63</sup> Zum Anspruch auf schriftliche Übersetzung (von Urteilen) schon *Römer*, Anspruch auf Urteilsübersetzung im Strafverfahren, NStZ 1981, 474; weiterhin *Bockemühl*, Anmerkung zu den Beschlüssen des *OLG Hamm* v. 11.3.2014 – 2 Ws 40/14, *OLG Hamburg* v. 6.12.2013 – 2 Ws 253/13 und *OLG Stuttgart* v. 9.1.2014 – 6-2 StE 2/12; so konstatierend auch *Schmidt* (Fn. 59), Rn. 232.

<sup>64</sup> Dazu *Wickern*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 184 GVG Rn. 11 m.w.N.

<sup>65</sup> *Christl* (Fn. 6), S. 377 f.

außerdem vor, dass „Ladungen, Haftbefehle, Strafbefehle, Anklageschriften und sonstige gerichtliche Sachentscheidungen“ bei Sprachunkundigkeit des Beschuldigten mit einer Übersetzung bekanntzugeben sind.

Eine Pflicht zur obligatorisch schriftlichen Übersetzung festgelegter Dokumente, wie insbesondere der Anklageschrift oder Urteilen, existierte bis dato nicht.<sup>66</sup> Sie wurde aber zum Teil aus den Vorgaben des Art. 6 Abs. 3 lit. a bzw. lit. e EMRK gefolgert.<sup>67</sup> Allerdings zieht auch dies als Konsequenz keine umfassend zwingende Übersetzung von bestimmten Unterlagen nach sich. Vielmehr ist im Hinblick auf jedes einzelne Dokument zu prüfen, inwieweit es so wesentlich für die Verteidigung ist, dass eine schriftliche Fixierung notwendig erscheint.<sup>68</sup>

Im Grunde existierten also bereits viele Regelungen, die die Informations- und Belehrungspflichten und das Erfordernis von Übersetzungen im deutschen Strafprozess festlegten.<sup>69</sup> Doch einige Risiken und Defizite verblieben.<sup>70</sup> Zunächst einmal bestand keine Regelung bezüglich Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen, die bereits während des Ermittlungsverfahrens in Anspruch genommen werden können. Dabei werden gerade in diesem Stadium des Verfahrens die Weichen für den folgenden Prozess und die Hauptverhandlung gestellt.<sup>71</sup> Es ist also umso dringender, dass der Beschuldigte bereits in dieser Phase detailgenau über den konkreten Vorwurf und die Ermittlungsvorgänge informiert ist, um ausreichend Zeit und Grundlage zu haben, seine Verteidigung für den kommenden Prozess vorzubereiten.

Weiter ließ sich eine nationale Regelung zur Pflicht der schriftlichen Übersetzung bestimmter Dokumente – besonders der Anklageschrift und von Urteilen – gänzlich vermissen. Dies barg im Hinblick auf die Garantie eines fairen Verfahrens einige Risiken. Gerade die Anklageschrift fixiert den konkreten Tatvorwurf in allen seinen Einzelheiten, sowie auch die sich dadurch ergebende Subsumtion unter die strafrechtlichen Tatbestände. Eine nur mündliche Übersetzung kann diesen Feinheiten schwer gerecht werden. Es ist gut möglich, dass dem Beschuldigten im Nachhinein einzelne Aspekte entfallen. Er hat dann

<sup>66</sup> So feststellend der Gesetzgeber in BT-Drucks. 17/12578, S. 11; hinsichtlich der Übersetzung von Urteilsgründen vgl. *Brand* (Fn. 40), S. 94.

<sup>67</sup> *Christl* (Fn. 6), S. 378 m.w.N.; *Vogler* (Fn. 13), S. 644, 647.

<sup>68</sup> Hierzu ist auf die vom EGMR im Urteil *Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 79 ff., 85 (betr. schriftliche Übersetzung der Anklageschrift) entwickelten objektiven Maßstäbe zu verweisen. Siehe auch *Vogler* (Fn. 13), S. 644; umfassend zu diesen Kriterien *Esser* (Fn. 13), S. 445 f.

<sup>69</sup> Kurze und prägnante Zusammenfassung bei *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 1 ff.

<sup>70</sup> *Kotz* (Fn. 29), S. 627 spricht von einer „eher dürftigen Regelungsdichte“.

<sup>71</sup> *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 126.

keine Möglichkeit, die Anklageschrift oder Urteilsgründe nachzulesen und umfassend nachzuvollziehen.

Auch die fehlende Pflicht zur schriftlichen Übersetzung von Urteilen und der Belehrung über die Rechtsmittelfristen barg Risiken und konnte u.a. das Versäumen der Fristen zur Folge haben.<sup>72</sup> Musste der Verurteilte sich zunächst selbst um eine Übersetzung des Urteils bemühen, weil er bei der mündlichen Übertragung eventuell nicht alle Aspekte direkt aufnehmen oder verstehen konnte, so verlor er wichtige Zeit, die er indes für die Vorbereitung der Berufungs- bzw. Revisionsbegründung und die Wahrung der Fristen dringend benötigte.<sup>73</sup> Zudem bereitete es einigen Personen gewiss Schwierigkeiten, sich selbst um eine solche unter Umständen sehr kostenintensive Übersetzung zu kümmern.<sup>74</sup> Die Vorschriften der RiStBV als reine Verwaltungsvorschriften der Polizei und Staatsanwaltschaft sind für die Gerichte nicht bindend und daher nicht geeignet, einen Anspruch auf schriftliche Übersetzung zu schaffen.<sup>75</sup>

Im Hinblick auf die Informationspflicht in verständlicher Sprache wurde das deutsche Strafverfahren daher bisher den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK und des Unionsgesetzgebers nicht gänzlich gerecht.

### **III. Derzeitig geltende Rechtslage: Gelungene Anpassung des Schutzniveaus an den neuen europäischen Standard?**

#### **1. Umsetzung der RL 2010/64/EU und 2012/13/EU durch den deutschen Gesetzgeber: Das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren**

Das sich seit dem 6.7.2013 in Kraft befindliche Gesetz soll nach der Intention des deutschen Gesetzgebers die RL 2010/64/EU und 2012/13/EU der Euro-

---

<sup>72</sup> Ausführlich dazu *Kotz* (Fn. 29), S. 627.

<sup>73</sup> Äußerst kritisch in diesem Punkt *Römer* (Fn. 63), S. 475, der der Ansicht ist, dass es dem Beschuldigten unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht zugemutet werden könne, sich selbst um eine Übersetzung zu bemühen.

<sup>74</sup> Was wiederum dazu führte, dass der Anspruch auf kostenlose Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen für die gesamte Dauer des Strafverfahrens, den die RL 2010/64/EU gerade sichergestellt wissen wollte, ausgehöhlt zu werden droht. Dazu eingehend der Deutsche Anwaltverein in seiner Stellungnahme durch den Ausschuss Strafrecht zum Gesetzesentwurf zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren (BR-Drucks. 816/12), Nr. 11/2013 (SN 11/12), Februar 2013, abrufbar unter: <http://anwaltverein.de/de/newsroom/id-2013-11> (letzter Abruf: 11.6.2017), S. 10 f.

<sup>75</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2764); *OLG Frankfurt*, NJW 1980, 1238 (1239); *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538; *Kotz* (Fn. 29), S. 627; *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 9.

päischen Union vollständig umsetzen.<sup>76</sup>

a) *Umsetzung der RL 2010/64/EU*

aa) Erhaltung des *Status quo ante*

Da die kostenlose generelle Bereitstellung von Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen während des gesamten Strafverfahrens, auch in Beziehung zum Verteidiger, im deutschen Strafverfahren längst etabliert war, hat der § 187 Abs. 1 S. 1 GVG n.F. den § 187 Abs. 1 GVG a.F. wortgleich übernommen.<sup>77</sup>

Eine Anfechtung von Entscheidungen über das Zurverfügungstellen von Dolmetschleistungen oder eine Geltendmachung mangelnder Qualität der Übersetzung war und ist in Deutschland bereits durch Einlegung der Rechtsmittel der Berufung bzw. Revision möglich, sodass sich die Einrichtung eines eigenständigen Beschwerdeverfahrens mithin als entbehrlich darstellte.<sup>78</sup> Die bisherigen Regeln zur Sicherstellung der Qualität der Dolmetschleistungen können als ausreichend betrachtet werden.<sup>79</sup>

bb) Neuerungen<sup>80</sup>

In die StPO fand eine wichtige Veränderung durch Ergänzung des § 163a Abs. 5 StPO Eingang, der die Geltung der Vorschriften zu den Ansprüchen auf Dolmetschleistungen der §§ 187 Abs. 1, 2 und 189 Abs. 4 GVG bereits für Vernehmungen des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren bestimmt.<sup>81</sup>

---

<sup>76</sup> Zu den hinter den Neuregelungen stehenden Erwägungen und Absichten des Gesetzgebers siehe BT-Drucks. 17/12578.

<sup>77</sup> Kritisch zur dort verwendeten Terminologie „soweit dies zur Ausübung seiner strafprozessualen Rechte erforderlich ist“ *Jung*, in: MAH Strafverteidigung, 2. Aufl. 2014, § 18 Rn. 56.

<sup>78</sup> *Christl* (Fn. 6), S. 377, 382; a.A. *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 55 und der DAV (Fn. 74), S. 11 f.

<sup>79</sup> Ausführlich zum Aspekt der Qualitätssicherung in Bezug auf Dolmetscher und ihre Leistungen *Christl* (Fn. 6), S. 380 ff.; a.A. *Yalçın* (Fn. 40), S. 105, 107, der eine richtlinienkonforme Auslegung des § 187 Abs. 1 GVG dahingehend fordert, dass nur qualifizierte Dolmetscher bzw. Übersetzer herangezogen werden dürfen; a.A. auch *Eisenberg* (Fn. 40), S. 447; zu den grundsätzlichen Problemen, die sich aufgrund der Übersetzungsnotwendigkeit insbesondere für den Dolmetscher ergeben ebenfalls *Eisenberg* (Fn. 40), S. 447 f. und *Kühne* (Fn. 1), § 45 Rn. 730.3 f.

<sup>80</sup> Insgesamt gab es nur sehr wenig durch das Gesetz veranlasste Änderungen, hinter denen *Christl* (Fn. 6), S. 380 aber eine „weit verzweigte Kasuistik“ sieht, die auf dieselben Erwägungen, die hinter der RL 2012/64/EU stehen, fußen soll.

<sup>81</sup> Damit ist im Ergebnis dieselbe Lösung erzielt wie nach Vorschlag von *Kotz* (Fn. 29), S. 628, der die Anfügung eines S. 3 an § 163a Abs. 1 StPO mit dem gleichen Inhalt anregte; kritisch dagegen der DAV (Fn. 74), S. 6 f., der einen Verweis auf den § 185 GVG als nötig erachtet, denn dieser gewähre – im Gegensatz zu § 187 GVG – eine

Modifizierungen wurden ferner vor allem im Gerichtsverfassungsgesetz vorgenommen. § 187 Abs. 2 S. 1 GVG<sup>82</sup> statuiert nun, dass freiheitsentziehende Anordnungen, Anklageschriften, Strafbefehle<sup>83</sup> und nicht rechtskräftige Urteile „in der Regel“ schriftlich übersetzt werden müssen. Allerdings wird dies relativiert durch die ebenfalls eingefügten Sätze 4 und 5 des § 187 Abs. 2 GVG, die eine mündliche Übersetzung oder Zusammenfassung des Inhalts ausreichen lassen, wenn hierdurch die Verteidigungsrechte des Beschuldigten gewahrt bleiben. Dies ist in der Regel bei Vorhandensein eines Verteidigers anzunehmen.

Diese Neufassung des § 187 Abs. 2 GVG ist u.a. erkennbar von der Rechtsprechung des EGMR<sup>84</sup> geprägt. Insofern orientiert sie sich an der Absicht des Unionsgesetzgebers, wie er sie in der Richtlinie formuliert.<sup>85</sup>

Schließlich wurde der § 189 Abs. 4 GVG eingefügt, welcher eine Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Dolmetscher<sup>86</sup> enthält. Diese Ergänzung dient der Umsetzung der geforderten Qualitätssicherung. Sie war notwendig, da auch nicht berufsmäßige Dolmetscher herangezogen werden können, die von den Vorschriften, die den beeidigten Dolmetschern die unbefugte Weitergabe von Informationen verbieten, nicht erfasst werden.<sup>87</sup>

#### b) Umsetzung der RL 2012/13/EU

Die meisten von der Richtlinie vorgesehenen Belehrungspflichten waren, wie oben dargestellt, bereits im deutschen Strafverfahren existent,<sup>88</sup> insbesondere in der Vorschrift des § 136 StPO.<sup>89</sup>

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie wurden allerdings weitere

---

ohne Einschränkungen geltende Pflicht zur Hinzuziehung eines Dolmetschers.

<sup>82</sup> Zum neuen § 187 Abs. 2 GVG *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl. 2015, Rn. 532b m.w.N. und *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33) § 187 GVG Rn. 1 ff.

<sup>83</sup> Zur analogen Anwendung des § 37 Abs. 3 StPO (welcher die zeitgleiche Zustellung des Urteils und dessen – wenn nach § 187 Abs. 1, 2 GVG erforderlichen – Übersetzung anordnet) bei Strafbefehlen *LG Stuttgart*, NStZ-RR 2014, 216.

<sup>84</sup> Es hat demnach eine Einzelfallabwägung dahingehend stattzufinden, ob nur eine schriftliche Übersetzung des jeweiligen Dokuments die Verteidigungsrechte wahren kann, siehe dazu bereits oben Fn. 70.

<sup>85</sup> Siehe Erwägungsgrund 33 der RL 2010/64/EU, der als Ziel einen Gleichklang der Bestimmungen mit den vom EGMR in seiner Rechtsprechung erarbeiteten Maßstäben vorgibt; dazu ausführlich *Christl* (Fn. 6), S. 379 f.

<sup>86</sup> Zur Rolle des Dolmetschers in der Hauptverhandlung *Schmidt* (Fn. 59), Rn. 338 ff.

<sup>87</sup> Dazu *Christl* (Fn. 6), S. 382 und *Eisenberg* (Fn. 40), S. 447.

<sup>88</sup> Der DAV (Fn. 74), S. 3 spricht in seiner Stellungnahme an dieser Stelle sogar von einer diesbezüglichen „Vorreiterrolle“ Deutschlands.

<sup>89</sup> Ausführlich zur Bedeutung des § 136 StPO *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 25 Rn. 11 ff. und *Joekes-StPO*, 4. Aufl. 2015, § 136 Rn. 1 ff.



Belehrungspflichten in §§ 136 Abs. 1 S. 3, 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 4a StPO hinsichtlich des Rechts auf kostenlose Pflichtverteidigung und in § 114b Abs. 2 S. 2 StPO über das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht aufgenommen. Der Beschuldigte ist überdies nun bereits bei Festnahme über die möglichen Rechtsbehelfe gegen den Vollzug der Untersuchungshaft zu informieren, § 114b Abs. 2 S. 1 Nr. 8 StPO.<sup>90</sup>

Aufgrund der teilweisen Verschränkung mit der RL 2010/64/EU wurde in den neuen § 187 Abs. 1 S. 2 GVG nun auch eine Hinweispflicht auf das Recht auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen mit aufgenommen, die Art. 3 Abs. 1 lit. d der RL 2012/13/EU umsetzen soll. Außerdem wurde der Wortlaut des § 168b Abs. 1 StPO geändert. Dort heißt es nun: „Untersuchungshandlungen der Ermittlungsbehörden“, was zur Konsequenz hat, dass auch Ermittlungshandlungen der Polizei mit in den Kanon der aktenkundig zu machenden Tatsachen aufgenommen werden müssen. Die Dokumentationspflichten im Ermittlungsverfahren hinsichtlich Belehrungen sind nun für alle Ermittlungsbehörden einheitlich festgelegt.<sup>91</sup>

## 2. Auswertung

Die Vorgaben der RL 2012/13/EU sind ausreichend durch die Implementierung weiterer Belehrungspflichten in die StPO und § 187 Abs. 1 S. 2 GVG umgesetzt worden.<sup>92</sup>

Auch einige andere Defizite wurden durch das Gesetz behoben: Als Beispiel sei genannt, dass durch die Ergänzung des § 163a Abs. 5 StPO eine Übersetzungspflicht nun auch bereits im Ermittlungsverfahren besteht.<sup>93</sup>

Indes verbleiben Zweifel hinsichtlich der Neufassung des § 187 GVG. Insbesondere mit Blick auf dessen Abs. 2 stellt sich die Frage, ob dieser bezüglich der Pflicht zur schriftlichen Übersetzung bestimmter Unterlagen den Anforderungen der Richtlinie und des Art. 6 EMRK gerecht wird. Eine solche Pflicht wird vorwiegend bezüglich der Anklageschrift und des schriftlich abgefassten Urteils diskutiert.

Um eine hinreichende Umsetzung der RL 2010/64/EU bewerten zu können,

---

<sup>90</sup> Zur Notwendigkeit der Ergänzung einer deutschen Regelung hinsichtlich der Belehrungspflicht bei der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls DAV (Fn. 74), S. 4.

<sup>91</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 105.

<sup>92</sup> Näher eingehend zu den Änderungen, die aufgrund der RL 2012/13/EU vorgenommen wurden *Eisenberg* (Fn. 40), S. 448 ff.; DAV (Fn. 74), S. 4.

<sup>93</sup> Zum dringenden Erfordernis der Nachbesserung in diesem Punkt *Yalçın* (Fn. 40), S. 105.

muss daher vorab die allgemeingültige Frage geklärt werden, ob eine ausnahmslos geltende Pflicht zur schriftlichen Übersetzung bestimmter Unterlagen überhaupt erforderlich ist und gesetzlich geregelt werden sollte. Anschließend ist zu erörtern, ob dies gegebenenfalls von der Richtlinie auch in diesem Umfang vorgegeben wird. Der „neue Standard“ der Richtlinie ist also hinsichtlich des Aspekts der schriftlichen Übersetzung auszulegen. Falls diese zur schriftlichen Übersetzung verpflichtet, ist schließlich zu klären, ob der deutsche Gesetzgeber dies mit den Neuerungen im GVG hinlänglich umgesetzt hat.

*a) Anspruch auf schriftliche Übersetzung bestimmter Dokumente*

Die Ansichten bezüglich einer ausnahmslos geltenden Pflicht zur schriftlichen Übersetzung<sup>94</sup> sind zunächst ohne Berücksichtigung der neuen europäischen Gesetzgebung differenzierend in Bezug auf das zu übersetzende Dokument zu betrachten.<sup>95</sup>

*aa) Schriftliche Übersetzung der Anklage*

Der *EGMR* entschied in seinem Urteil *Kamasinski v. Österreich*, dass dem Beschuldigten grundsätzlich eine schriftliche Übersetzung der Anklage zusteht. Er betonte die zentrale Rolle, die die Anklage im Strafprozess spiele, da sie der Umsetzung der Informationsrechte aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK diene. Ein Beschuldigter könne faktisch Nachteile erleiden, wenn ihm nicht auch eine schriftliche Übersetzung zur Verfügung gestellt wird.<sup>96</sup> Gleichzeitig ließ er aber im betreffenden Fall eine Ausnahme zu, indem er eine mündliche Übersetzung der Anklage für ausreichend erachtete, da der Sachverhalt bzw. Verfahrensgegenstand sowohl tatsächlich, als auch rechtlich einfach gelagert war.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Siehe *OLG Hamm*, NSStZ-RR 1999, 158 mit Verweis auf die Rechtsprechung des *EGMR* über die Anforderungen an einen Anspruch auf Übersetzung von Schriftstücken, vor allem in Bezug auf andere bzw. weitere als der Anklageschrift in Betracht kommenden Aktenbestandteile (dem Urteil lag die Frage zugrunde, inwieweit die Kosten für eine Übersetzung des von der Staatsanwaltschaft veranlassten Sachverständigen-gutachten über die Glaubwürdigkeit des Angeklagten zu ersetzen sind, was das *OLG* im Ergebnis verneinte. Entscheidendes Kriterium sei, dass gerade eine wortgetreue Übertragung erforderlich ist, um eine sachgerechte Verteidigung zu gewährleisten).

<sup>95</sup> So auch *Schneider* (Fn. 36), S. 382.

<sup>96</sup> *EGMR, Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 79.

<sup>97</sup> *EGMR, Kamasinski v. Austria*, 19.12.1989 Series A Nr. 168, Rn. 80 f., das Informationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK sei dadurch nicht verletzt, da der Beschuldigte aufgrund der mündlichen Übersetzung ausreichend unterrichtet wurde. Das Fehlen einer schriftlichen Übersetzung hindere in diesem konkreten Fall nicht die Effektivität seiner Verteidigung. Es sei aber diesbezüglich zu erwähnen, dass der damalige Beschuldigte zu Beginn der Hauptverhandlung ausdrücklich erklärt hatte, alle Anklagepunkte verstanden zu haben und keinerlei schriftliche Übersetzung verlangte oder sich über die

Der *BGH* nahm Bezug auf diese Rechtsprechung<sup>98</sup> und hielt fest, dass grundsätzlich aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK ein Recht auf schriftliche Übersetzung der Anklageschrift folge. Wenn der Verfahrensgegenstand aber rechtlich und tatsächlich einfach gelagert ist, könne eine mündliche Übersetzung genügen. Der Aspekt der Verteidigung spiele hingegen in Bezug auf die Anklage keine Rolle:<sup>99</sup> Die Neufassung des § 187 GVG und die in dessen S. 5 enthaltene Ausnahmeregelung gelte nur für Urteile, nicht für die Anklage, dies sei vom Gesetzgeber so beabsichtigt. Bezüglich der Übersetzung der Anklageschrift sei dies aber anders, da durch die Anklage die Information über den konkreten Tatvorwurf, die dem Angeklagten gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK zustehe, verwirklicht werden soll. Nur weil der Beschuldigte durch einen Verteidiger vertreten wird,<sup>100</sup> mache dies eine schriftliche Übersetzung nicht entbehrlich.

Die übrige deutsche Rechtsprechung ist sich indes nicht einig, inwiefern eine schriftliche Übersetzung der Anklage nötig ist. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass eine mündliche Übersetzung der Anklage in der Hauptverhandlung durch einen Dolmetscher ausreichend ist. Der Beschuldigte habe zwar einen Anspruch auf Übersetzung der Anklage aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK. Um diesen zu erfüllen, sei allerdings die Schriftform nicht zwingend.<sup>101</sup> Andere machen das Schriffterfordernis entgegen der Ansicht des *BGH* vom Vorliegen der Vertretung durch einen Verteidiger abhängig.<sup>102</sup>

Die Rechtsprechung spricht sich aber zum Teil auch durchaus gegen diese

---

vorangegangene mündliche Übersetzung beschwerte. Er konnte zudem die Anklage trotz seiner im Nachhinein behaupteten Verständnisprobleme wegen anderer beweistechnischer Gründe problemlos anfechten.

<sup>98</sup> *BGH*, NStZ 2014, 725.

<sup>99</sup> Zustimmung *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 187 StPO Rn. 7.

<sup>100</sup> Zum wichtigen Aspekt der Vertretung durch einen Verteidiger ausführlich im Folgenden unter dem Aspekt der schriftlichen Übersetzung von Urteilen.

<sup>101</sup> *OLG Düsseldorf*, JZ 1985, 200; NJW 2003, 2766.

<sup>102</sup> *OLG Nürnberg*, NStZ-RR 2014, 183, welches seine Annahme auf die neue Ausnahmeregelung des § 187 Abs. 2 S. 5 GVG stützt. Dieses „Regelbeispiel“ sei an der Rechtsprechung des *BVerfG* (NJW 1983, 2762) orientiert. Nichts anderes dürfe bezüglich der Anklage gelten. Es sei dem Beschuldigten immer möglich, zu Gesprächen mit dem Verteidiger kostenlos einen Dolmetscher hinzuziehen, der dann in diesem Zuge einzelne Dokumente wie beispielsweise die dem Beschuldigten in deutscher Sprache zugestellte Anklageschrift mündlich übersetzt. Eine minimale Einschränkung lässt das *OLG* allerdings anklingen: Es schließt nicht aus, dass der Beschuldigte durchaus ein eigenes Interesse an der schriftlichen Übersetzung der Anklage (und des Urteils) haben kann, etwa, wenn er selbst über rechtliche Fachkunde verfügt. Dies müsste er dann allerdings begründet verlangen, erst dann entstünde eine Pflicht zur schriftlichen Übersetzung der betreffenden Dokumente. Zu einer solchen Einschränkung auch schon der Gesetzgeber in BT-Drucks. 17/12578, S. 12; zustimmend *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 14.

Interpretation aus und fordert zwingend eine schriftliche Übersetzung der Anklage.<sup>103</sup> Die Anklage habe „Umgrenzungs- und Informationsfunktion“<sup>104</sup> und sei für die Vorbereitung einer angemessenen Verteidigung unerlässlich. Sie bestimme den Prozessgegenstand und diene der Information des Beschuldigten.<sup>105</sup> Eine mündliche Übersetzung sei aufgrund dieser Bedeutung nicht ausreichend. Der Anspruch auf schriftliche Übersetzung folge aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK.<sup>106</sup> Das Schriftefordernis ergebe sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, folge aber aus dem Zusammenhang mit der nachstehenden Regelung des Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK, dem Recht auf ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung einer effektiven Verteidigung.<sup>107</sup> Nur eine schriftliche Übersetzung der Anklage vermöge also das Recht des Beschuldigten auf Information aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK zu wahren.<sup>108</sup>

Im Schrifttum lässt sich unlängst eine Tendenz zum zwingenden Schriftefordernis für die Anklage erkennen. Einige sprechen sich aber auch dagegen aus.<sup>109</sup>

Zum Teil wird Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK wie selbstverständlich dahingehend interpretiert, dass die Anklageschrift zu übersetzen und anschließend dem Beschuldigten zuzustellen sei.<sup>110</sup> Indes wird vor allem – mit Bezug auf die Argumente der befürwortenden Rechtsprechung – betont, wie überaus wichtig die

---

<sup>103</sup> OLG Hamm, StV 2004, 364, welches sich damit ausdrücklich gegen das Urteil des OLG Düsseldorf, NJW 2003, 2766 ausspricht und überdies betont, dass die schriftliche Übersetzung dem Beschuldigten auch bereits vor Beginn der Hauptverhandlung zur Verfügung zu stellen sei; im letzten Punkt ebenso OLG Stuttgart, StV 2003, 490; OLG Köln, NStZ-RR 2006, 51; NStZ 2012, 471.

<sup>104</sup> OLG Hamm, StV 2004, 364.

<sup>105</sup> OLG Stuttgart, StV 2003, 490.

<sup>106</sup> OLG Hamm, StV 2004, 364; OLG Stuttgart, StV 2003, 490; ausdrücklich auch OLG Köln, NStZ-RR 2006, 51: „[...] Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK gewährt nur Anspruch auf Übersetzung hinsichtlich der Anklageschrift“. [Mit „Übersetzung“ ist dabei ausweislich eine schriftliche Übertragung gemeint; zur Unterscheidung zwischen „Dolmetscher“ und „Übersetzer“ Schneider (Fn. 36), S. 379 und Kühne, Die Kosten für den Dolmetscher im Strafverfahren, in: FS Schmidt, 1981, S. 33 (35)].

<sup>107</sup> OLG Hamm, StV 2004, 364.

<sup>108</sup> OLG Stuttgart, StV 2003, 490.

<sup>109</sup> In der Vergangenheit schon Vogler (Fn. 13), S. 640; Trechsel (Fn. 10), S. 344 und Basdorf, Strafverfahren gegen der deutschen Sprache nicht mächtige Beschuldigte, in: GS Meyer, 1990, S. 19 (24 f.); mit Verweis auf die Ausnahmekriterien der ablehnenden Rechtsprechung Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 11), Art. 6 MRK Rn. 18; Kissel, in: Kissel/Mayer, 8. Aufl. 2015, § 184 GVG Rn. 13; Gollwitzer, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 242; Julius, in: HK-StPO (Fn. 55), § 201 Rn. 12; Kühne (Fn. 1), § 45 Rn. 730; Kühne (Fn. 106), S. 39 mit Verweis auf die anwaltliche Vertretung; dagegen rein auf das Kriterium der tatsächlich und rechtlich einfach gelagerten Fälle abstellend Rosenau, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 187 StPO Rn. 7.

<sup>110</sup> Göbel, Strafprozess, Handbuch der Rechtspraxis Band 8, 8. Aufl. 2013, S. 77.

Anklageschrift gerade im Hinblick auf das durch Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK garantierte Informationsrecht des Beschuldigten sei und eine schriftliche Übersetzung dieser daher unbedingt notwendig sei.<sup>111</sup>

#### bb) Schriftliche Übersetzung von Urteilen

In der Historie der deutschen Rechtsprechung ist bisher ein Anspruch auf schriftliche Übersetzung des Urteils<sup>112</sup> weitgehend abgelehnt worden.<sup>113</sup> Dem diesbezüglichen Grundsatzurteil des *Bundesverfassungsgerichts* aus dem Jahre 1983 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Das gegen ihn ergangene Strafurteil wurde dem damaligen Beschuldigten mit Hilfe eines Dolmetschers in der Hauptverhandlung durch mündliche Übertragung der Verlesung der Urteilsformel und der Mitteilung der wesentlichen Urteilsgründe<sup>114</sup> übersetzt. Sein Verteidiger legte Revision ein und beantragte gleichzeitig eine schriftliche Übersetzung der Urteilsgründe für den Beschuldigten mit der Begründung, dies sei aufgrund deren Bedeutung für den Prozess Teil eines fairen Verfahrens. Der Antrag wurde abgelehnt. Dem Beschuldigten verblieb lediglich das in deutscher Sprache angefertigte schriftliche Urteil. Das *Bundesverfassungsgericht* hielt daraufhin fest, dass dem Beschuldigten grundsätzlich zwar ein Anspruch auf Übersetzung aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG, respektive der Gewährleistung eines rechtsstaatlichen, fairen Verfahrens zustünde, man jedoch nicht die enorme „Hilfestellung, die der Beistand eines Verteidigers gibt“, außer Acht lassen dürfe. Dieser anwaltliche Beistand sei indes durch die Regeln zur Pflichtverteidigung stets gewährleistet.

Dem Beschuldigten stehe daher kein Anspruch auf Übersetzung des Urteils zu, wenn er von einem Verteidiger vertreten wird, der die Revision einlegt. Eine

<sup>111</sup> *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 129; *Peukert*, in: Frowein/Peukert (Fn. 13), Art. 6 EMRK Rn. 122; *Kühne*, in: IntEMRK (Fn. 8), Art. 6 Rn. 492; *Schneider* (Fn. 36), S. 382; *Kotz* (Fn. 29), S. 629, der daher eine klarstellende, in § 201 Abs. 1 StPO zu ergänzende Erweiterung verlangt; *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 59 ff.; *Keller/Gericke* (Fn. 36), S. 179 f. mit Verweis auf § 201 StPO; dies aus dem „Wechselspiel von § 201 StPO und Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK“ folgernd *Kühne* (Fn. 26), S. 67.

<sup>112</sup> Zur Übersetzung von vollstreckungsrechtlichen Entscheidungen *OLG Köln*, StV 2014, 552 mit kritischer Anmerkung *Kühne*.

<sup>113</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762; NStZ-RR 2005, 273; *BGH*, NStZ 2014, 725; *OLG Stuttgart*, MDR 1983, 256; *OLG Hamburg*, NJW 1978, 2462; *OLG Frankfurt*, NJW 1980, 1238; *OLG Düsseldorf*, JZ 1985, 200; *OLG Hamm*, StV 1990, 101; zuletzt *OLG Köln*, NStZ-RR 2006, 51; *OLG Hamm*, StV 2014, 534; *OLG Stuttgart*, StV 2014, 536; *OLG Hamburg*, StV 2014, 534; *OLG Köln*, NStZ 2012, 471; *OLG Nürnberg*, NStZ-RR 2014, 183; a.A. bisher nur im Ergebnis *OLG Dresden*, NStZ-RR 2012, 64; *OLG München*, StV 2014, 532; *LG Osnabrück*, Beschl. v. 7.9.2012 – 1 Qs 57/12 (juris).

<sup>114</sup> Zum Inhalt eines Urteils einschließlich der Urteilsgründe *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. 2013, 298 f.

effektive Verteidigung würde bereits ausreichend dadurch gewährleistet, „dass der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung verantwortliche Rechtsanwalt das schriftliche Urteil kennt“.<sup>115</sup> Dieser sei darüber hinaus nicht auf rechtliche Hinweise des Beschuldigten angewiesen, der „von sich aus aufgrund eigener Kenntnis der Urteilsgründe“ Hilfe bezüglich der Revisionsbegründung anbieten könnte. Der Verteidiger müsse vielmehr selbst entscheiden, in welchem Umfang er im Zuge seiner Ausfertigung zwecks Verständigung über die Urteilsgründe mit seinem Mandanten einen Dolmetscher heranzieht. Er sei für das Verfassen der Revisionsbegründung nicht auf die Hilfe des „rechtsunkundigen Angeklagten“ angewiesen. Nicht der Beschuldigte selbst sei für die Revisionsbegründung verantwortlich bzw. müsse diese verfassen, sondern diese liege ganz allein im Verantwortungs- und Aufgabenbereich des Rechtsanwalts, der zusätzlich gegebenenfalls Rücksprache mit seinem Mandanten halten könne.<sup>116</sup>

Auch wenn die Möglichkeit besteht, dass der Beschuldigte selbst die Revisionsbegründung verfasst,<sup>117</sup> sei dies kein Argument für die zwingende Notwendigkeit einer schriftlichen Übersetzung: Die Anforderungen des Rechtsstaats seien erfüllt, wenn der „rechtskundige Verteidiger“ in die Lage versetzt wird, „für und mit dem Angeklagten zusammen eine rechtliche Überprüfung des Urteils zu veranlassen [...]“.<sup>118</sup> Der Beschuldigte könne schließlich selbst entscheiden, ob er eine Übersetzung anfertigen lassen will, um dann mit Hilfe dieser selbstständig und eigenhändig eine Revisionsbegründung zu verfassen. Der BGH ließ in seinem jüngsten Urteil<sup>119</sup> ebenso eine mündliche Übersetzung genügen, wenn der Angeklagte durch einen Rechtsanwalt vertreten wird.

Im Allgemeinen wird von den deutschen Oberlandesgerichten immer wieder

---

<sup>115</sup> So übernommen von *BVerfG*, NStZ-RR 2005, 273 und annähernd allen anderen untergeordneten Instanzen; das *OLG Frankfurt*, NJW 1980, 1238 war vormals noch der Ansicht, dass die von Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK vorgeschriebene Mitteilung in einer dem Beschuldigten verständlichen Sprache nur für den Haftbefehl und die Anklage gelte, darüber hinaus müsse der Angeklagte sich selbst um die Übersetzung einer schriftlichen Entscheidung des Gerichts bemühen und daher gegebenenfalls persönlich eine solche veranlassen.

<sup>116</sup> *BVerfG*, NJW 1983, 2762 (2765).

<sup>117</sup> Für eine in diesen Ausnahmefällen geltende Pflicht zur schriftlichen Übersetzung *Wickern*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 184 GVG Rn. 10; *Strate*, Die Dolmetscherkosten im Strafverfahren, AnwBl. 1980, 15; *Sieg*, Urteilsübersetzung für sprachunkundige Ausländer, MDR 1981, 281 (282); *Römer* (Fn. 63), S. 475.

<sup>118</sup> Zur Beziehung des Beschuldigten zu seinem Verteidiger *Schlüchter* (Fn. 49), Rn. 83 ff. und *Dabs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, S. 79 ff.

<sup>119</sup> *BGH*, NStZ 2014, 725: Die Ausnahme der mündlichen Übersetzung im neuen § 187 Abs. 2 S. 5 GVG solle vor allem Urteile erfassen, da eine Verteidigung ausreichend dadurch gewährleistet ist, dass der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung zuständige Verteidiger das Urteil kennt.

der Aspekt der Verteidigung durch einen Rechtsanwalt als Kriterium herangezogen.<sup>120</sup>

Der Beschuldigte könne das Urteil im Gespräch mit seinem Verteidiger unter Hinzuziehung eines Dolmetschers erörtern und übersetzen lassen.<sup>121</sup> Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK gewähre nur einen Anspruch auf Übersetzung hinsichtlich der Anklageschrift, eine schriftliche Übersetzung des Urteils sei keine Voraussetzung für eine effektive Verteidigung.<sup>122</sup> Dies stehe auch im Einklang mit der bisherigen deutschen Rechtsprechung<sup>123</sup> und gelte jedenfalls solange das Verfahren insgesamt so ausgestaltet wurde, dass dem Grundsatz eines fairen Verfahrens ausreichend Rechnung getragen ist. Dies könne u.a. dadurch erreicht werden, dass die Anklageschrift und Sachbeweise übersetzt werden, die gesamte Hauptverhandlung unter Hinzuziehung eines Dolmetschers durchgeführt wird, dem Beschuldigten für Gespräche mit seinem Verteidiger stets kostenlos ein Dolmetscher zur Verfügung steht und schließlich die Urteilsgründe bei der Verkündung simultan mündlich übertragen und erläutert werden. Unter diesen Voraussetzungen sei das Verfahren insgesamt als fair zu betrachten, sodass trotz des Umfangs und der Komplexität der schriftlich abgefassten Urteilsgründe und ihrer hohen Bedeutung eine schriftliche Übersetzung zur Gewährleistung einer effektiven Verteidigung nicht nötig sei.<sup>124</sup>

Anderer Ansicht sind bisher nur einige wenige Gerichte. Das *OLG München*<sup>125</sup>

---

<sup>120</sup> Schon *OLG Düsseldorf*, JZ 1985, 200, das keinen Anspruch auf Übersetzung des Urteils gewährt, wenn der Verteidiger bei der Urteilsverkündung anwesend ist und indes ein Dolmetscher mitwirkt; das *OLG Hamburg*, StV 2014, 534 nimmt dies ebenfalls als entscheidendes Kriterium für die schriftliche Übersetzung anderer Aktenbestandteile (im betreffenden Fall eine Zeugenaussage) an.

<sup>121</sup> *OLG Köln*, NStZ-RR 2006, 51; *OLG Hamm*, StV 2014, 534; *OLG Stuttgart*, StV 2014, 536; *OLG Nürnberg*, NStZ-RR 2014, 183; kritisch in diesem Punkt der DAV (Fn. 74), S. 10, da entgegen der von der Richtlinie und Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK zwingend geforderten Unentgeltlichkeit der Übersetzungsleistungen, die Anwesenheit des Verteidigers im Zuge dieser nötigen mündlichen Übertragung eben nicht kostenfrei sei.

<sup>122</sup> *OLG Köln*, NStZ-RR 2006, 51.

<sup>123</sup> *OLG Stuttgart*, StV 2014, 536 m.w.N., das weiterhin ausführt, dass die Revisionsbegründung (deren Anfertigung in der Regel der Grund dafür war, dass eine schriftliche Übersetzung des Urteils vom Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger gefordert wurde) nur Rechtsfragen betreffe, die lediglich der Verteidiger einordnen könne, der Beschuldigte selbst müsse keine rechtlichen Einordnungen treffen.

<sup>124</sup> So zusammenfassend das *OLG Stuttgart*, StV 2014, 536, das trotz des beträchtlichen Umfangs des 278 Seiten umfassenden in Rede stehenden Urteils keine schriftliche Übersetzung für erforderlich hielt.

<sup>125</sup> *OLG München*, StV 2014, 532. Angesprochen wird dabei u.a. ein weiterer gewichtiger Aspekt: Ausländer haben nach *BVerfG*, NJW 1976, 1021 die gleichen prozessualen Grundrechte und den gleichen Anspruch auf ein faires Verfahren wie deutsche Staatsbürger. Mangelnde Sprachkenntnisse dürfen demnach nicht zu einer Verkürzung dieser

zeigt *expressis verbis* eine andere Betrachtungsweise auf: Das Urteil samt Rechtsmittelbelehrung<sup>126</sup> sei dem Beschuldigten in schriftlicher Übersetzung zur Verfügung zu stellen. Erst dann handele es sich um eine wirksame Zustellung und die Frist zur Rechtsmitteleinlegung beginne zu laufen.<sup>127</sup> Es bestehe zwar kein Anspruch auf schriftliche Übersetzung aller Aktenbestandteile, aber aus dem Anspruch auf ein faires Verfahren folge in jedem Falle zwingend ein Anspruch auf schriftliche Übersetzung eines nicht rechtskräftigen Urteils. Nur so sei „die Ausschöpfung aller dem Beschuldigten zustehenden Rechtsmittel möglich“. Das *OLG Dresden* hielt fest, dass das Recht auf Übersetzung „alle dem Beschuldigten gegenüber vorgenommenen maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrenshandlungen“ betreffe.<sup>128</sup>

Im Schrifttum schließt sich ein großer Teil der überwiegenden Rechtsprechung an und lehnt einen Übersetzungsanspruch für Urteile ab.<sup>129</sup> Ein beachtlicher Teil<sup>130</sup> argumentiert dagegen, dass die Tatsache der Verteidigung keine Rolle spielen dürfe.<sup>131</sup> Der Angeklagte könne selbst gemäß § 345 Abs. 2 Alt. 2

---

Rechte führen. Dazu auch schon *Römer* (Fn. 63), S. 475.

<sup>126</sup> Zum Erfordernis der schriftlichen Übersetzung der Rechtsmittelbelehrung *Wickern*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 184 GVG Rn. 12 m.w.N. und *Kotz* (Fn. 29), S. 629 f.; *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 79.

<sup>127</sup> Die gleiche Überlegung anstellend *Dettmers/Dimter* (Fn. 6), S. 404; *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 64; *Schneider* (Fn. 6), Rn. 24; schon damals auch *Strate* (Fn. 117), S. 16; diesbezüglich a.A. hingegen *Römer* (Fn. 63), S. 476.

<sup>128</sup> *OLG Dresden*, NStZ-RR 2012, 64 und folgerte daraus im Ergebnis sogar einen Anspruch des Beschuldigten auf Übersetzung einer ihn belastenden Zeugenaussage, die er benötige, um sich ordnungsgemäß verteidigen zu können.

<sup>129</sup> *Basdorf* (Fn. 109), S. 26 ff.; *Vogler* (Fn. 13), S. 644; *Zimmermann*, in: MüKo-ZPO, 4. Aufl. 2013, § 184 Rn. 9; *Christl* (Fn. 6), S. 380; *Kissel*, in: Kissel/Mayer (Fn. 109), § 184 GVG Rn. 11; *Gollwitzer*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 243; *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 12, 14; *Wickern*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 184 GVG Rn. 10; *Gieg*, in: KK-StPO (Fn. 54), § 464a Rn. 4b; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 11), Art. 6 MRK Rn. 18; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 54), § 185 Rn. 4; *Roxin/Schünemann* (Fn. 89), § 22 Rn. 8; *Kühne* (Fn. 106), S. 39; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 187 StPO Rn. 7; *Kühne* (Fn. 1), § 45 Rn. 730.

<sup>130</sup> Schon *Sieg* (Fn. 117), S. 281 zu einem entsprechenden Übersetzungsanspruch aus der EMRK und dem deutschen Grundgesetz; *Strate* (Fn. 117), S. 15 und unter gewissen Einschränkungen *Römer* (Fn. 63), S. 474, der den Anspruch auf schriftliche Übersetzung der Urteilsgründe neben dem Grundgesetz aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK folgert und in das Ermessen des Gerichts stellen will; zuletzt *Paeffgen*, in: SK-StPO (Fn. 10), Art. 6 EMRK Rn. 170; *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538 f.; *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445; *Yalçın* (Fn. 40), S. 106; DAV (Fn. 74), S. 5 ff.; *Schneider* (Fn. 6), Rn. 35; *Schneider* (Fn. 36), S. 382 f.; *Kotz* (Fn. 29), S. 629; *Dettmers/Dimter* (Fn. 6), S. 403 f.; *Schmidt* (Fn. 59), Rn. 232; wohl auch *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 86 ff.

<sup>131</sup> Dies ist vor allem auch mit Blick darauf, dass Art. 6 EMRK in Abs. 3 lit. c ebenso das Recht garantiert, dass jeder Beschuldigte sich in eigener Person verteidigen können



StPO<sup>132</sup> die Revisionsbegründung vornehmen, wenn dies auch in der Praxis durchaus selten vorkommen möge. Jedoch gebiete bereits die bloße Möglichkeit der eigenständigen Vornahme der Begründung ein zwingendes Schrifterfordernis.<sup>133</sup> Der Beschuldigte wisse als Prozesssubjekt selbst am besten, was für seine Verteidigung wichtig ist. Deren Effektivität setze seine detailgenaue Information zwingend voraus. Nur dann könne der Beschuldigte selbst die entscheidenden Argumente für seine Verteidigung liefern,<sup>134</sup> indem er seinen anwaltlichen Vertreter über diese informiert<sup>135</sup> („aktive Verteidigung des Beschuldigten“).<sup>136</sup>

Außerdem unterschieden sich die schriftlichen Urteilsgründe in der Praxis oftmals von den in der Verhandlung mündlich vorgetragenen und seien zudem oft gerade in Bezug auf die Beweiswürdigung detaillierter.<sup>137</sup> Der Beschuldigte müsse das Urteil selbst verstehen können, auch, damit er seine Verteidigung nachvollziehen, ihre Qualität bewerten und gegebenenfalls beanstanden kann.<sup>138</sup>

Der bloße Hinweis auf die Tatsache, der Beschuldigte werde von einem rechtskundigen Verteidiger vertreten, genüge also nicht, um den Anspruch pauschal zu verneinen. Vielmehr müsse eine genaue Prüfung der Notwendigkeit der schriftlichen Übersetzung stattfinden, vor allem anhand der Intention des europäischen Gesetzgebers.<sup>139</sup>

*b) Auslegung des „neuen Standards“: weitergehende Vorgaben der RL 2010/64/EU?*

Sieht die RL 2010/64/EU also entgegen der bisherigen überwiegenden

---

muss, ein starkes Argument. Dazu *Weigend* (Fn. 1), S. 385.

<sup>132</sup> Zur Begründung der Revision nach § 345 StPO *Ranft*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 2120 ff. und *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2014, Rn. 38.

<sup>133</sup> *Römer* (Fn. 63), S. 475 betont hierbei den nach Maßgabe des EGMR aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgenden Grundsatz der „Waffengleichheit von Ankläger und Angeklagtem“, der bei Ablehnung einer schriftlichen Übersetzung für den Beschuldigten verletzt wäre, da dieser – im Gegensatz zur Staatsanwaltschaft – nicht über die Möglichkeit eines „eingehenden Studiums der schriftlichen Urteilsgründe“ verfügt. Gleichmaßen *Kühne* (Fn. 26), S. 67.

<sup>134</sup> So *Eisenberg* (Fn. 40), S. 446.

<sup>135</sup> *Sieg* (Fn. 117), S. 281.

<sup>136</sup> *Bockemühl* (Fn. 63), S. 539; auch *Römer* (Fn. 63), S. 475 („aktive Teilnahme des Angeklagten an dem ihm zukommenden Rechtsschutz“).

<sup>137</sup> *Römer* (Fn. 63), S. 475, der auch darauf hinweist, dass laut Rechtsprechung des BGH für die Überprüfung des Rechtsmittels allein die schriftliche und nicht die mündliche Begründung des Urteils maßgeblich ist; so in etwa auch *Kotz* (Fn. 29), S. 629, der § 35 StPO daher einen Abs. 4 hinzufügen will, der die Bekanntgabe in Form der schriftlichen Übersetzung der Entscheidung vorschreibt.

<sup>138</sup> *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445.

<sup>139</sup> *Bockemühl* (Fn. 63), S. 539.

deutschen Rechtsprechung ein zwingendes Schrifterfordernis für bestimmte Dokumente vor?

Dem Wortlaut nach statuiert sie in Art. 3 Abs. 1 das Recht auf schriftliche Übersetzung wesentlicher Unterlagen. Wesentliche Unterlagen sind nach Abs. 2 „jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme, jegliche Anklageschrift und jegliches Urteil“.<sup>140</sup> Wie weit aber geht nun diese Übersetzungspflicht? Dass Abs. 2 dabei keine abschließende Aufzählung darstellt, ergibt sich bereits aus der Formulierung „gehören“ und dem Erwägungsgrund Nr. 30 der Richtlinie, in dem die Entscheidung über die Wesentlichkeit „weiterer“ Dokumente in das Ermessen der zuständigen Behörden gestellt wird. Doch welche weiteren Unterlagen können „wesentlich“ für die Wahrung der Verteidigungsrechte sein?<sup>141</sup>

Als Ausnahme kann gemäß Art. 3 Abs. 7 RL eine mündliche Übersetzung ausreichen, solange dies „einem fairen Verfahren nicht entgegensteht“. Eine nähere Umschreibung, wann dies der Fall sein kann, wird jedoch nicht vorgenommen; der Begriff bleibt letztlich inhaltlich unbestimmt.<sup>142</sup> Wie weit kann diese Ausnahme also reichen? Wann genau steht eine nur mündliche Übersetzung einem fairen Verfahren entgegen?

Das *OLG Stuttgart*<sup>143</sup> legt die Übersetzungspflicht gemäß dem Wortlaut der Richtlinie aus. Die unbestimmte Umschreibung „einem fairen Verfahren nicht entgegenstehen“ interpretiert es mit Blick auf Art. 6 EMRK, den die Richtlinie konkretisieren soll, und stellt insofern auf die diesbezügliche Rechtsprechung des *EGMR* ab.

Auch das *LG Osnabrück*<sup>144</sup> nimmt für die Auslegung der Vorgaben der Richtlinie Bezug auf die Rechtsprechung des *EGMR* und führt an, es sei allgemeiner Gedanke der Maßstäbe, die der *EGMR* vorgibt, dass aus dem Recht auf ein faires Verfahren der sprachunkundige Beschuldigte das Recht hat, „alle ihm gegenüber vorgenommenen maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrensakte kostenlos in einer ihm verständlichen Sprache“ bekannt gegeben zu bekommen. Dies sei jedoch begrenzt auf solche Unterlagen und Erklärungen, „auf deren Verständnis der Beschuldigte angewiesen ist“ und die für eine sachgerechte Verteidigung erforderlich seien.

---

<sup>140</sup> *Kotz* (Fn. 29), S. 629 sieht darin die Vorgaben des deutschen Nr. 181 Abs. 2 RiStBV widerspiegelt.

<sup>141</sup> Darauf näher eingehend *Schneider* (Fn. 6), Rn. 26 ff.

<sup>142</sup> So auch schon *Brand* (Fn. 40), S. 94.

<sup>143</sup> *OLG Stuttgart*, StV 2014, 536.

<sup>144</sup> *LG Osnabrück*, Beschl. v. 7.9.2012 – 1 Qs 57/12 (juris).

Das *OLG Köln*<sup>145</sup> interpretiert die RL 2010/64/EU indes dahingehend, dass sie „kein von den Umständen des Einzelfalls unabhängiges Recht auf Übersetzung [...]“ gewähre. Das *OLG München*<sup>146</sup> sieht die Übersetzungspflicht aus Art. 3 Abs. 2 der RL als unabdingbar an; zur Wahrung der Mindestrechte aus Art. 6 Abs. 3 EMRK sei eine schriftliche Übersetzung daher stets geboten.

In der Literatur wird angeführt, dass die RL 2010/64/EU laut ihres ersten Erwägungsgrundes die Rechte des Einzelnen erweitern und Mindeststandards festschreiben wolle. Erwägungsgrund Nr. 30 besagt dazu, dass bestimmte Dokumente, unter anderem auch Anklageschriften und Urteile, immer als wesentlich gelten sollen. Das bedeute, die Pflicht zur schriftlichen Übersetzung beziehe sich zumindest zwingend immer auf diese Dokumente.<sup>147</sup> Ohne die Pflicht zur rechtzeitigen schriftlichen Übersetzung von Urteilen liefe Art. 3 RL ins Leere.<sup>148</sup>

Es wird sogar vertreten, dass aufgrund der Richtlinie nun auch fremdsprachig abgefasste Rechtsmittelerklärungen durch einen sprachunkundigen Beschuldigten wirksam bei Gericht eingelegt werden könnten: Sie würden durch das Einreichen Bestandteil der Akte, in diesem Zuge als „wesentliches Dokument“ vom Anwendungsbereich der Richtlinie und daher auch vom Übersetzungsanspruch erfasst.<sup>149</sup>

Im Ergebnis sind die Vorgaben der Richtlinie aufgrund der dahinterstehenden Intention des europäischen Gesetzgebers in Bezug auf die Pflicht zur schriftlichen Übersetzung streng auszulegen.<sup>150</sup> Um eine Aushöhlung der bezweckten Mindestrechte zu vermeiden, darf daher eine mündliche Übersetzung nur in äußerst eng begrenzten Ausnahmefällen und nach sorgfältiger Prüfung als ausreichend betrachtet werden.<sup>151</sup> Insbesondere eine wortgetreue Übersetzung langer Schriftstücke dürfte grundsätzlich notwendig sein. Kaum jemand wird in der Lage sein, sich den Inhalt langer Ausführungen für längere Zeit, unter

---

<sup>145</sup> *OLG Köln*, NSTZ 2012, 471.

<sup>146</sup> *OLG München*, StV 2014, 532.

<sup>147</sup> *Bockemühl* (Fn. 63), S. 537.

<sup>148</sup> *Dettmes/Dimter* (Fn. 6), S. 404.

<sup>149</sup> Ausführlich erörtert bei *Kotz* (Fn. 29), S. 631 und bei *Schneider* (Fn. 36), S. 382 jeweils m.w.N., die damit die bisher herrschende Ansicht, Rechtsmittel könnten wirksam nur in deutscher Sprache eingelegt werden, als hinfällig betrachten. Der Übersetzungsanspruch gelte gemäß der Richtlinie sowohl für Übersetzungen in die Sprache des Beschuldigten, als auch für Übersetzungen von seiner Muttersprache in die jeweilige Gerichtssprache. Zu diesem Punkt auch schon *Strate* (Fn. 117), S. 16.

<sup>150</sup> *DAV* (Fn. 74), S. 3, 7 ff.; *Schneider* (Fn. 36), S. 382; *Bockemühl* (Fn. 63), S. 539; *Schneider* (Fn. 6), Rn. 4, 35, 44.

<sup>151</sup> So auch *Schneider* (Fn. 6), Rn. 32.

Umständen sogar für die Dauer eines gesamten Strafverfahrens, geistig präsent zu halten. In vielen Fällen mag auch gerade der genaue Wortlaut einer Aussage entscheidend sein.<sup>152</sup>

Grundsätzlich muss daher von einer Pflicht zur schriftlichen Übersetzung vor allem für die in Art. 3 Abs. 2 RL explizit aufgeführten Dokumente ausgegangen werden.

*c) Genügende Umsetzung der Vorgaben in Bezug auf das Schrifterfordernis?*

Die Vorgaben der Richtlinie sind also streng im Sinne einer grundsätzlichen Pflicht zur schriftlichen Übersetzung bestimmter Dokumente, vor allem von Anklage und Urteilen, auszulegen. Es bleibt daher zur Beantwortung der Frage nach der hinreichenden Umsetzung der RL 2010/64/EU abschließend zu klären, inwieweit die neue Regelung in § 187 GVG diese strengen Vorgaben wahrt. Falls dies nicht der Fall ist, bleibt zu erörtern, ob eine Sicherstellung eventuell durch dessen richtlinienkonforme Auslegung<sup>153</sup> bzw. konkrete Anwendung im Einzelfall erreicht werden kann.

Der neugefasste § 187 Abs. 2 GVG statuiert in Bezug auf schriftliche Übersetzungen von Unterlagen ein Regel-Ausnahme-Prinzip: Grundsätzlich ist eine schriftliche Übersetzung bestimmter Dokumente – ausdrücklich in der Aufzählung genannt sind Anklageschriften und nicht rechtskräftige<sup>154</sup> Urteile – zur Ausübung der strafprozessualen Rechte erforderlich (§ 187 Abs. 2 S. 1 GVG). Vorwiegend wird vertreten, diese Aufzählung sei nur exemplarisch und daher nicht abschließend; es bestehe folglich eine grundsätzliche Übersetzungspflicht für sämtliche weitere, als erforderlich einzustufende Dokumente.<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> So auch der Verteidiger des Beschuldigten im Fall des *LG Osnabrück*, Beschl. v. 7.9.2012 – 1 Qs 57/12, Rn. 2 (juris), der die schriftliche Übersetzung einer Zeugen-aussage beantragt hatte.

<sup>153</sup> Dazu vor allem *Schneider* (Fn. 36), S. 383 f.; zur Frage, ob § 187 Abs. 2 GVG auch in Bezug auf Entscheidungen über die Verhängung oder die Fortdauer der Unterbringung als strafsetzende Maßnahme richtlinienkonform auszulegen ist *Kühne* (Fn. 112), S. 553 f.

<sup>154</sup> Ob § 187 Abs. 2 S. 1 GVG schon aufgrund dieser Abweichung in der Formulierung richtlinienwidrig umgesetzt wurde, da die Richtlinie in Art. 3 Abs. 2 von einer schriftlichen Übersetzung „jeglicher“ Urteile spricht, erörtert ausführlich *Schneider* (Fn. 36), S. 379 ff. (unter anderem auch darauf eingehend, wieso der Gesetzgeber im Zuge seines Verständnisses der Richtlinie diese Einschränkung gewählt hat); ebenso *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 70; *Eisenberg* (Fn. 40), S. 446 und DAV (Fn. 74), S. 7.

<sup>155</sup> *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 12; *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538; *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 187 StPO Rn. 7 mit Verweis auf die Ausführungen des Gesetzgebers in BT-Drucks. 17/12578, S. 10 ff.; kritisch dagegen *Schneider* (Fn. 36), S. 379 f. und der DAV (Fn. 74), S. 8.

Von dieser Regel abweichend kann aber nach § 187 Abs. 2 S. 4 und 5 GVG ausnahmsweise eine mündliche Übersetzung ausreichen, wenn dadurch die Verteidigungsrechte gewahrt bleiben.<sup>156</sup> Davon ist nach § 187 Abs. 2 S. 5 GVG grundsätzlich auszugehen, wenn der Beschuldigte durch einen Verteidiger vertreten wird. Die Pflicht zur vollständigen schriftlichen Übersetzung sollte dadurch, vor allem aus Kostengründen, auf ein Minimum beschränkt werden.<sup>157</sup>

Die Richtlinie enthält ebenfalls die Konstruktion des Regel-Ausnahme-Prinzips: Art. 3 Abs. 1 statuiert den Grundsatz und Art. 3 Abs. 7 die Ausnahme. Der § 187 Abs. 2 S. 5 GVG soll also augenscheinlich die Ausnahmeregel des Art. 3 Abs. 7 RL konkretisieren.<sup>158</sup>

In Rechtsprechung und Schrifttum gehen die Ansichten darüber, ob die deutsche Umsetzung den Vorgaben der Richtlinie gerecht wird, auseinander.

Einerseits wird die Umsetzung als ausreichend betrachtet.<sup>159</sup> So bezieht der *BGH*<sup>160</sup> die Ausnahmeregelung des § 187 Abs. 2 S. 5 GVG nur auf Urteile, nicht auf die Anklage und impliziert dadurch, dass die Norm bei einer solch differenzierenden Anwendung richtlinienkonform sei. Die Ausnahme der mündlichen Übersetzung im neuen § 187 Abs. 2 S. 5 GVG solle lediglich Urteile erfassen, da hier eine effektive Verteidigung bereits ausreichend dadurch gewährleistet sei, dass der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung zuständige Verteidiger über das Urteil im Bilde ist.

Das *OLG München*<sup>161</sup> geht davon aus, dass aus dem neuen § 187 Abs. 2 S. 1 GVG eine Verpflichtung zur schriftlichen Übersetzung des Urteils samt Rechtsmittelbelehrung folgt<sup>162</sup> und setzt in diesem Zuge implizit ebenfalls eine

---

<sup>156</sup> Dies könne laut *Eisenberg* (Fn. 40), S. 446; *Yalçin* (Fn. 40), S. 107; mit Beispielen auch *Schneider* (Fn. 36), S. 383 und *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538 wenn überhaupt nur in sehr wenigen und äußersten Ausnahmefällen zutreffen.

<sup>157</sup> So die Intention des deutschen Gesetzgebers, BT-Drucks. 17/12578, S. 12; dazu auch *Eisenberg* (Fn. 40), S. 444; scharf kritisiert bei *Yalçin* (Fn. 40), S. 106 f.

<sup>158</sup> So ausdrücklich der Bundestag in BT-Drucks. 17/12578, S. 12; kritisch *Yalçin* (Fn. 40), S. 106.

<sup>159</sup> *BGH*, NStZ 2014, 725; *OLG Köln*, NStZ 2012, 471; *OLG Nürnberg*, NStZ-RR 2014, 183 f.; *OLG Hamm*, StV 2014, 534; *OLG Hamburg*, StV 2014, 534; im Ergebnis auch *OLG München*, StV 2014, 532; *Christl* (Fn. 6), S. 380; *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 11 ff. und der Gesetzgeber selbst in BT-Drucks. 17/12578, S. 11.

<sup>160</sup> *BGH*, NStZ 2014, 725.

<sup>161</sup> *OLG München*, StV 2014, 532.

<sup>162</sup> Die neue Regelung war zwar erst nach der Entscheidung in Kraft getreten, jedoch führte das *OLG* hierzu aus, dass zur Umsetzung der RL 2010/64/EU bereits zu diesem Zeitpunkt eine richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Rechts geboten sei.

korrekte Umsetzung voraus.

Ebenso erkennt das *OLG Köln*<sup>163</sup> gemessen an der RL 2010/64/EU keinerlei Defizite im deutschen Strafverfahren. Es erklärt zudem, dass die Richtlinie kein über das bisherige von der deutschen Rechtsprechung auf Grundlage der EMRK statuierte Maß hinausgehendes, „von den Umständen des Einzelfalles unabhängiges allgemeines Recht auf Übersetzung“ gewähre<sup>164</sup>.

Auch das *OLG Hamm*<sup>165</sup> ist der Ansicht, die Ausnahmeregelung in § 187 Abs. 2 S. 4 und 5 GVG setze die RL 2010/64/EU hinlänglich um; das Regel-Ausnahme-Prinzip entspreche dem der Richtlinie. Das *OLG Hamburg*<sup>166</sup> sieht die Richtlinie durch das deutsche Gesetz vollständig umgesetzt.<sup>167</sup>

Im Schrifttum geht *Christl*<sup>168</sup> von einer hinreichenden Umsetzung der Richtlinie durch Schaffung des § 187 Abs. 2 GVG aus. Die Regelung lasse genug Raum zur Abwägung und erlaube sachgerechte Entscheidungen im Einzelfall. Die Fachkunde eines Verteidigers sei entscheidender als das bloße Zurverfügungstellen der Übersetzung in rechtlicher Fachsprache. Wegen des im deutschen Strafverfahren geltenden Mündlichkeits- und Unmittelbarkeitsgrundsatzes<sup>169</sup> gebe es ohnehin kaum Dokumente, die übersetzt werden müssten.<sup>170</sup>

Von anderer Seite wird die deutsche Umsetzung als nicht ausreichend betrachtet.<sup>171</sup> Teilweise wird der § 187 Abs. 2 GVG sogar für richtlinienwidrig gehalten.<sup>172</sup> Das Regel-Ausnahme-Prinzip der Richtlinie werde durch die deut-

---

<sup>163</sup> *OLG Köln*, NStZ 2012, 471 f. Zu diesem Zeitpunkt war allerdings die Umsetzungsfrist der Richtlinie noch nicht abgelaufen, weshalb sich das Gericht nur zu einer richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts angehalten sah.

<sup>164</sup> Dies ergebe sich u.a. indirekt aus der Formulierung in Art. 3 Abs. 1 der RL, der als Kriterium auf die Erforderlichkeit zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte abstellt. Art. 3 Abs. 2 RL enthalte lediglich eine beispielhafte Aufzählung von wesentlichen Unterlagen, erweitere aber die Übersetzungspflicht aus Art. 3 Abs. 1 nicht.

<sup>165</sup> *OLG Hamm*, StV 2014, 534.

<sup>166</sup> *OLG Hamburg*, StV 2014, 534.

<sup>167</sup> Und gewährt daher auch keinen unmittelbar aus der RL 2010/64/EU folgenden Anspruch auf schriftliche Übersetzung.

<sup>168</sup> *Christl* (Fn. 6), S. 380.

<sup>169</sup> Zum Grundsatz der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit *Volk/Engländer* (Fn. 114), S. 183 f.

<sup>170</sup> Wenn stets eine schriftliche Übersetzung zu erfolgen hätte, bestünde gegebenenfalls die Gefahr der im Ergebnis doppelten Übertragung, da auch bei der Urteilsverkündung simultan gedolmetscht werden müsste.

<sup>171</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 104; *Schneider* (Fn. 36), S. 379; *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445; DAV (Fn. 74), S. 3, 5 ff.; *Schneider* (Fn. 6), Rn. 34 f., 45 f.; *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538 f.; *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 54 ff., 74.

<sup>172</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 106 f., der dazu sogar eine Vorlagefrage für ein Vorabentschei-

sche Regelung durchbrochen.<sup>173</sup>

Zwar könne der § 187 Abs. 2 S. 4 GVG, welcher die Entscheidung darüber, ob im Einzelfall eine mündliche Übersetzung genügt, in das Ermessen der Behörde stellt, wohl noch richtlinienkonform ausgelegt werden. Bei § 187 Abs. 2 S. 5 GVG sei dies jedoch nicht mehr möglich:<sup>174</sup> Die Richtlinie sehe an keiner Stelle vor, dass die schriftliche Übersetzung eines wesentlichen Dokuments „in der Regel“ durch eine mündliche ersetzt werden könne.<sup>175</sup> Die mündliche Übersetzung bleibe immer nur die Ausnahme. Daher werde das Regel-Ausnahme-Prinzip durchbrochen bzw. zulasten des durch einen Anwalt vertretenen Beschuldigten sogar umgekehrt: Die mündliche Übersetzung wird zur Regel, die schriftliche zur Ausnahme.<sup>176</sup>

Der Aspekt der Verteidigung, der seit der *BVerfG*-Entscheidung von 1983 immer wieder als Begründung angeführt wurde, beruhe noch auf alter Rechtslage.<sup>177</sup> Mit der Richtlinie sei aber höherrangiges Recht geschaffen worden, an das nun auch das *BVerfG* gebunden sei. Außerdem decke die alte Entscheidung nicht alle denkbaren Konstellationen ab,<sup>178</sup> sondern beziehe sich nur auf Urteile. So wie der neue § 187 Abs. 2 S. 5 GVG derzeit gefasst ist, könne bei einem Beschuldigten, solange er einen Verteidiger hat, sogar entgegen § 114a Abs. 1 StPO und Nr. 181 Nr. 2 RiStBV von der schriftlichen Übersetzung des Haftbefehls abgesehen werden.<sup>179</sup>

Für wesentliche Unterlagen bestehe laut Art. 3 Abs. 1 und 2 RL nach dem Wortlaut ausdrücklich eine Pflicht zur Übersetzung, die unter keinerlei Bedingung stünde, außer dass diese zur Wahrnehmung der Verteidigungsrechte erforderlich sein müsse. Die Übersetzung ermögliche überhaupt erst die Wahrnehmung eben dieser Rechte, daher sei eine solche in Konsequenz immer erforderlich.<sup>180</sup> Die mündliche Übersetzung könne nur in äußersten Ausnahme-

---

dungsverfahren vor dem *EuGH* formuliert; *Schneider* (Fn. 36), S. 383; *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445; Zustimmung anklängen lassend auch *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538.

<sup>173</sup> DAV (Fn. 74), S. 7 ff.; *Yalçın* (Fn. 40), S. 106.

<sup>174</sup> *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445; *Yalçın* (Fn. 40), S. 106 f.

<sup>175</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 106; *Schneider* (Fn. 36), S. 381.

<sup>176</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 106; Kritik lassen auch *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 11), § 187 StPO Rn. 7 anklängen.

<sup>177</sup> DAV (Fn. 74), S. 3; *Yalçın* (Fn. 40), S. 106.

<sup>178</sup> *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445; *Yalçın* (Fn. 40), S. 106 f.; DAV (Fn. 74), S. 9.

<sup>179</sup> A.A. *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 12, der § 114a StPO als speziellere und damit dem § 187 Abs. 2 S. 1 GVG vorgehende Vorschrift ansieht.

<sup>180</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 106, der dabei die Entscheidung des *OLG Köln*, NStZ 2012, 471 kritisiert: Dieses verkenne zudem, dass der Beschuldigte nicht in der Pflicht sei, konkrete Umstände vorzutragen, die eine vollständige Übersetzung zur Wahrnehmung seiner

fällen genügen. Dafür müsse die Übertragung inhaltlich und qualitativ so ausreichend sein, dass der Beschuldigte versteht, was ihm konkret vorgeworfen wird und warum er verurteilt wurde. Er muss auf Grundlage dieser Übertragung in der Lage sein, darüber entscheiden zu können, ob er Rechtsmittel gegen die Entscheidung einlegen will und kann. Dies setzt aber voraus, dass sowohl die tatsächlichen als auch die rechtlichen Aspekte sich als nicht zu kompliziert darstellen und ein ausreichend qualifizierter Dolmetscher die Übertragung vornimmt. Das Gericht muss sich genug Zeit nehmen, um die Urteilsgründe ausführlich darlegen und erörtern zu können. Im schriftlichen Urteil dürften dann keine zusätzlichen tatsächlich oder rechtlich relevanten Gesichtspunkte mehr aufgeführt sein, die in der mündlichen Verkündung nicht genannt wurden.<sup>181</sup>

Der Aspekt der Verteidigung durch einen Anwalt spiele dabei hingegen keine Rolle, denn die Richtlinie stelle in Art. 3 keinerlei Zusammenhang zu diesem Aspekt her.<sup>182</sup> Indes sehe die Richtlinie vor, dem Beschuldigten einen eigenen unmittelbaren Anspruch auf Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen zu gewähren und den Erhalt einer Übersetzung eben nicht vom „Belieben des Verteidigers“ abhängig zu machen.<sup>183</sup>

*Schneider*<sup>184</sup> kritisiert vor allem, dass es dem neuen § 187 GVG in der Umsetzung an Klarheit und Bestimmtheit fehle. Die Norm sei missverständlich und bedürfe an vielen Stellen dringend einer Überarbeitung.<sup>185</sup> Richtlinienkonformität sei nur folgendermaßen zu erreichen: Zur Auslegung des allgemeinen Übersetzungsanspruchs aus § 187 Abs. 1 S. 1 GVG könne auf Nr. 181 RiStBV zurückgegriffen und dadurch auch andere als die in § 187 Abs. 2 S. 1 GVG aufgezählten Dokumente von der Übersetzungspflicht erfasst werden.<sup>186</sup> Auch der vom Wortlaut der Richtlinie abweichende § 187 Abs. 2 S. 5 GVG könne

---

Verteidigungsrechte erforderlich machen.

<sup>181</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 107.

<sup>182</sup> *Yalçın* (Fn. 40), S. 107, der dies jedoch einzig für Urteile im Revisionsverfahren relativiert: dort seien die Rechte auch bei nur mündlicher Übersetzung aufgrund der Vertretung durch den Verteidiger ausreichend gewahrt, da dann nur noch rechtliche Gesichtspunkte relevant bzw. fraglich seien; diesbezügliche Äußerungen auch bei *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445; DAV (Fn. 74), S. 8.

<sup>183</sup> DAV (Fn. 74), S. 10.

<sup>184</sup> *Schneider* (Fn. 36), S. 384.

<sup>185</sup> Vorzugsweise in folgenden Punkten: Der § 187 Abs. 1 GVG müsse präziser formuliert werden, Abs. 2 S. 1 erweitert und Abs. 2 S. 5 gestrichen; zustimmend im letzten Punkt *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445 und *Yalçın* (Fn. 40), S. 106 f.

<sup>186</sup> Gleichzeitig müsse aber auch das Ermessen auf null reduziert werden, da die RL 2010/64/EU in Art. 3 Abs. 2 den Behörden kein Ermessen bezüglich der Übersetzung der (dort genannten) wesentlichen Dokumenten einräume. Zum Problem des Nichterfassens weiterer als wesentlich einzustufender Dokumente durch den § 187 GVG vgl. auch DAV (Fn. 74), S. 8.



noch richtlinienkonform ausgelegt werden, weil der Wortlaut grundsätzlich Ausnahmen und damit eine „Uminterpretation“ zuließe.<sup>187</sup>

*Schneider*<sup>188</sup> zeigt einen Alternativweg auf: Bei falscher Auslegung bzw. Verken-  
nung der Umsetzung durch die Gerichte könne sich ein Übersetzungsanspruch  
unmittelbar aus der Richtlinie ergeben.<sup>189</sup> Für den Übersetzungsanspruch müsse  
jedoch eine hinreichend bestimmte und unbedingte Anspruchsgrundlage  
vorhanden sein; eine solche sei nur in Art. 3 Abs. 2 RL zu finden, also lediglich  
im Hinblick auf die dort explizit aufgeführten Dokumente. Bezüglich anderer  
möglicherweise als wesentlich einzuordnender Unterlagen räume Art. 3 Abs. 1,  
3 RL den Behörden Ermessen ein und sei daher nicht unbedingt.<sup>190</sup>

*Bockemühl*<sup>191</sup> schätzt die Vorschrift des § 187 Abs. 2 GVG an sich als richtlinien-  
konform ein, kritisiert jedoch ihre konkrete Anwendung im Einzelfall: Die  
Oberlandesgerichte strapazierten die Ausnahme des § 187 Abs. 2 S. 5 GVG in  
ihrer Auslegung über und verkannten dabei die Rechte des Beschuldigten aus  
Art. 6 EMRK. Dies werde dem Zweck der Richtlinie nicht gerecht. § 187  
Abs. 2 S. 5 GVG sei lediglich ein „Regelbeispiel“. Die Gerichte trügen indes  
immer noch die Verantwortung für die Wahrung der strafprozessualen Rechte  
des Beschuldigten. Diese könnten nicht einfach durch einen pauschalen  
Hinweis auf die Beteiligung eines Verteidigers ohne Rücksicht auf andere  
wesentliche Aspekte aberkannt werden.

Problematisch in Bezug auf die deutsche Regelung ist also vor allem, dass sie  
das Regel-Ausnahme-Prinzip der Richtlinie umkehrt: Da der Beschuldigte in  
den allermeisten Fällen bzw. im Grunde stets durch einen Verteidiger vertreten  
wird, steht ihm in logischer Konsequenz faktisch nie eine schriftliche Über-  
setzung zu.<sup>192</sup> Die deutsche Konkretisierung in Form des „Regelbeispiels“ in  
§ 187 Abs. 2 S. 5 GVG stützt sich zwar auf die Rechtsprechung des *EGMR*,  
der den Aspekt der Verteidigung als Anlass für eine Ausnahme durchaus  
zulässt, und auf die bisherige Rechtsprechung der deutschen Gerichte, insbe-

<sup>187</sup> Zustimmung *Bockemühl* (Fn. 63), S. 539; anderer Ansicht *Eisenberg* (Fn. 40), S. 445.

<sup>188</sup> *Schneider* (Fn. 36), S. 384 f. und *Schneider* (Fn. 6), Rn. 46 geht unterdessen bei Verlet-  
zung des Rechts auf Übersetzung sogar von einem möglichen unionsrechtlichen Staats-  
haftungsanspruch aus.

<sup>189</sup> So auch der DAV (Fn. 74), S. 12. Eine richtlinienkonforme Auslegung habe zwar  
Vorrang. Da die deutsche Umsetzung sich allerdings nach Ablauf der Umsetzungsfrist  
als unzureichend darstelle, sei die RL 2010/64/EU unmittelbar anwendbar.

<sup>190</sup> Beim verteidigten Beschuldigten könne zudem unmittelbar über Art. 3 der RL die  
Regelung des § 187 Abs. 2 S. 5 GVG umgangen werden, weil Art. 3 Abs. 7 RL eben  
nur ausnahmsweise eine mündliche Übersetzung zulasse.

<sup>191</sup> *Bockemühl* (Fn. 63), S. 538 f.

<sup>192</sup> So argumentierend auch der DAV (Fn. 74), S. 8.

sondere die Grundsatzentscheidung des *BVerfG* aus dem Jahre 1983.<sup>193</sup> Jedoch handelte es sich fast gänzlich um Entscheidungen, die vor Erlass der Richtlinie ergangen sind. Dass der *EGMR* in einem Einzelfall den Aspekt der Verteidigung als entscheidend angesehen hat, rechtfertigt nicht das Schaffen einer „Regelausnahme“ zulasten des Beschuldigten. Obgleich der *EGMR* diesen Standard in einer Entscheidung festgesetzt hat, ist dieser nur als „Mindeststandard“ zu betrachten. Deutschland als Mitgliedsstaat könnte und sollte in diesem Fall in seiner Umsetzung daher „ein Mehr“ regeln und über das Mindestniveau hinausgehen.

### C. Resümee und Ausblick

Es bleibt festzuhalten, dass die deutsche Umsetzung der europäischen Vorgaben partiell zu wünschen übrig lässt. Die Intention des europäischen Gesetzgebers, das Informationsrecht des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK zu stärken und diesbezüglich Mindeststandards zu schaffen<sup>194</sup>, scheint dabei zu sehr in den Hintergrund geraten sein. Stattdessen wurde das Augenmerk vermehrt auf die Effektivität und Kostenentlastung der deutschen Gerichte gelegt und demzufolge die Prozessökonomie in den Vordergrund gestellt. Der neugefasste § 187 GVG schreibt zwar nun ein Schrifterfordernis für die Übersetzung gewisser Dokumente vor, jedoch bleibt die Ausformung und Anwendung der Ausnahmetatbestände in Abs. 2 S. 4 und 5 fraglich. Die deutsche Regelung, die indes aus einer zwingenden Schriftvorgabe einen „Regel-Ausnahme-Tatbestand“ macht, kann den engen Grenzen der Vorgaben der Richtlinien nicht gerecht werden. Denn ein verteidigter Beschuldigter hätte im Ergebnis nie einen Anspruch auf schriftliche Übersetzung der Anklageschrift oder des Urteils. Vor allem die Anklageschrift sollte einem jeden sprachunkundigen Beschuldigten schriftlich übersetzt auszuhändigen sein, denn nur so kann dem Erfordernis ausreichender Information über den konkreten Tatvorwurf und dessen rechtliche Einordnung durch die Staatsanwaltschaft Genüge getan werden.

Die Vorgaben der RL 2012/13/EU sind hingegen zureichend ins deutsche Recht umgesetzt und integriert worden. Das Recht auf Belehrung und Unterrichtung ist auch für sprachunkundige Beschuldigte gefestigter Bestandteil des deutschen Strafverfahrens.

---

<sup>193</sup> *OLG Stuttgart*, StV 2014, 536 mit Verweis auf die Ausführungen des Gesetzgebers in BT-Drucks. 17/12578, S. 12; *Krauß*, in: Löwe/Rosenberg X (Fn. 33), § 187 GVG Rn. 11; äußerst kritisch in diesem Punkt DAV (Fn. 74), S. 8 f.

<sup>194</sup> Erwägungsgründe 5, 7 und 9 der RL 2010/64/EU und Erwägungsgründe 5, 8, 10, 20, 27 und 32 der RL 2012/13/EU. Diese sollten auch von Deutschland zumindest nicht unterschritten werden, DAV (Fn. 74), S. 5.

Fraglich ist, ob sich weitere Gerichte der strengeren Auslegung des *OLG München* anschließen werden.<sup>195</sup>

Für die Zukunft wäre zu wünschen, dass der deutsche Gesetzgeber eine Überarbeitung des § 187 GVG vornimmt und so Klarheit schafft. Darüber hinaus bleibt abzuwarten, inwieweit sich die Mindestrechte von Beschuldigten im Strafverfahren anhand des noch umzusetzenden Teils des europäischen Fahrplans<sup>196</sup> verbessern werden.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> Dahingehende Überlegung finden sich auch bei *Jung* (Fn. 77), § 18 Rn. 62.

<sup>196</sup> Siehe dazu Fn. 6.

<sup>197</sup> Zu den weiteren Stufen und Maßnahmen des Fahrplans *Gatzweiler* (Fn. 6), S. 296 ff.

Rieke Dolde\*

## Anspruch auf Krankengeld bei Spende von Organen und Geweben (§ 44a SGB V)

### Abstract

Der Aufsatz thematisiert das sozialrechtliche Problem des Anspruchs auf Krankengeld im Fall einer Organ- oder Gewebespende (§ 44a SGB V). Auch wenn der nachträglich eingefügte § 44a SGB V auf den ersten Blick im Regelungsgefüge der Krankengeldnormen von geringer Relevanz zu sein scheint, darf dessen Bedeutung nicht übersehen werden. Die Norm bezweckt unter anderem, der mangelnden Bereitschaft in der Bevölkerung zur Organspende entgegenzuwirken, indem sie die gesetzliche Absicherung bei Arbeitsunfähigkeit infolge einer Organspende sicherstellt. Aufgrund der finanziellen Abhängigkeit vom Einkommen mag es für den Entschluss zur Organspende für viele durchaus ein ausschlaggebendes Kriterium sein, im Fall einer Spende auch weiter finanziell abgesichert zu sein.

---

\* Die Verfasserin studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Universität Konstanz. Sie ist wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Clemens Höpfner. Die dem Beitrag zugrundeliegende Studienarbeit wurde im Jahr 2016 im Rahmen des Schwerpunktseminars „Krankengeld – Historische Entwicklung, Ausgestaltung, Änderungsbedarf“ bei Prof. Dr. Winfried Boecken angefertigt.

## A. Einleitung

Da das Einkommen in der Regel die wirtschaftliche Existenzgrundlage für Arbeitnehmer darstellt, ist die gesetzliche Absicherung bei Arbeitsunfähigkeit für diese von immenser Bedeutung.<sup>1</sup> So regelt auch der durch die Änderung des Transplantationsgesetzes eingeführte § 44a SGB V,<sup>2</sup> dass Spender von Organen, Geweben oder Blut zur Separation von Blutstammzellen oder anderen Blutbestandteilen<sup>3</sup> Anspruch auf Krankengeld haben, wenn eine im Rahmen des Transplantationsgesetzes erfolgende Spende sie arbeitsunfähig macht. Zweck des Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes (TPGÄndG) vom 21.7.2012 war es unter anderem, den Versicherungsschutz und die finanzielle Absicherung der Lebendspender gesetzlich klarzustellen und zu verbessern.<sup>4</sup> Derzeit stehen in Deutschland etwa 10.250 schwerkranke Menschen auf den Transplantationswartelisten.<sup>5</sup> In Anbetracht dieser enormen Zahl müssen Anreize geschaffen werden, die Spendebereitschaft zu erhöhen. Die Anzahl postmortalen Organe ist dabei unzureichend, um diesen hohen Bedarf allein zu decken.<sup>6</sup> So wurde durch das TPGÄndG verstärkt auch die Lebendspende in den Blick genommen.

§ 44a SGB V, der den Anspruch auf Krankengeld bei Spende von Organen oder Geweben regelt, ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Die Besonderheit der Norm ist in ihrer für die gesetzliche Krankenversicherung sonst untypischen Konstruktion zu sehen.<sup>7</sup> Beim allgemeinen Krankengeldanspruch nach § 44 SGB V macht der Versicherte einen Anspruch gegen seine

---

<sup>1</sup> Zum Normzweck der Entgeltfortzahlung siehe ausführlich *v. Koppensfels*, Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall an der Schnittstelle von Arbeits- und Sozialrecht, NZS 2002, 241 (242).

<sup>2</sup> Durch Gesetz v. 21.7.2012 (BGBl. I S. 1601), eingeführt mit Wirkung zum 1.8.2012, S. 1609.

<sup>3</sup> Die Spende von Blut zur Separation von Blutstammzellen oder anderen Blutbestandteilen wurde erst später hinzugefügt, siehe hierzu **B. III. 1.**

<sup>4</sup> Zur Gesetzesbegründung des TPGÄndG siehe BT-Drucks. 17/9773, S. 31 (38 f.); ebenso *Stefan Greiner*, Krankengeld und Entgeltfortzahlung bei Organ- oder Gewebespende, NZS 2013, 241 (241) sowie *Neumann*, Soziale Absicherung von Organspendern, NJW 2013, 1401 (1401) und *Dannecker/Streng*, Die Neuregelungen des Transplantationsrechts durch den Gesetzgeber und die Bundesärztekammer, in: FS Schiller, 2014, S. 127 (130).

<sup>5</sup> Siehe Wartelisten, Eurotransplant, Stand: Februar 2016.

<sup>6</sup> Zum Mangel an Spenderorganen und der zunehmenden Bedeutung der Lebendspende siehe *Michael Tiedemann*, Die Kostentragung für Lebendorganspender nach § 27 Abs. 1a SGB V, GuP 2013, 58 (58 f.); ebenso *Bachmann/Bachmann*, Aspekte zu Crossover-Transplantationen, MedR 2007, 94 (98).

<sup>7</sup> Siehe hierzu ausführlich *Assion*, Versicherungsrechtliche Fragen der Lebendspende von Organen, 2007, S. 25; auch *Gerlach*, in: Hauck/Noftz, EL 11/16, § 44a SGB V Rn. 6.

eigene Krankenkasse geltend.<sup>8</sup> Bei § 44a SGB V hingegen hat der Spender keinen Anspruch auf Krankengeld gegen seine Krankenkasse, sondern sein Anspruch richtet sich gegen die des Organempfängers.<sup>9</sup> Die Spende wird also als Teil der Krankenhilfe für den Organempfänger behandelt.<sup>10</sup> Dies stellt eine Abweichung vom Grundsatz des § 2 Abs. 1 SGB V dar, wonach die Krankenkassen grundsätzlich nur Leistungen an eigene Versicherte zur Verfügung stellen.<sup>11</sup>

Diese Besonderheit wird im Folgenden näher erläutert. Zunächst soll dazu unter **B. I.** die Rechtslage vor Einführung des § 44a SGB V betrachtet werden, bevor dann auf die aktuelle Gesetzeslage eingegangen wird (dazu **B. II.**). Hieran anknüpfend werden die Anspruchsvoraussetzungen und die Rechtsfolgen behandelt (**B. III.** und **IV.**). Sodann wird noch auf das Verhältnis zum Krankengeldanspruch nach § 44 SGB V eingegangen. Insbesondere werden dabei die Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet sowie deren Verhältnis bei Aufeinandertreffen behandelt (dazu unter **C.**). Schließlich sollen noch die für die Krankenkassen durch § 44a SGB V entstehenden Kostenausgaben thematisiert und in das allgemeine Kostengefüge der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) eingeordnet werden (**D.**).

§ 44a SGB V regelt dabei nur die Fallkonstellation, dass der Spendenempfänger in Deutschland gesetzlich krankenversichert ist. Andere Konstellationen, wie z.B., dass der Empfänger privat krankenversichert ist oder der Spender oder Empfänger aus dem Ausland kommt, werden daher nur am Rande thematisiert.

## **B. Krankengeld bei einer Spende nach § 44a SGB V**

### **I. Rechtslage vor Änderung des Transplantationsgesetzes**

Vor dem TPGÄndG gab es für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung keine Rechtsnorm, die Leistungen wie Krankenbehandlung oder Krankengeld an Lebendspender vorsah.<sup>12</sup> Allerdings hat bereits das *Reichsversicherungsamt (RVA)* die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Spende von

---

<sup>8</sup> Zur Erforderlichkeit des Bestehens eines eigenen Versicherungsverhältnisses, siehe BSGE 45, 11 (13); ebenso *Rolfs*, in: *ErfK*, 17. Aufl. 2017, § 44 SGB V Rn. 3.

<sup>9</sup> *Schifferdecker*, in: *KassKomm*, 92. EL, Stand: Dezember 2016, § 44a SGB V Rn. 15; *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

<sup>10</sup> So bereits BSGE 35, 102 (103); siehe hierzu auch *Tiedemann* (Fn. 6), S. 59 und *Neumann* (Fn. 4), S. 1402.

<sup>11</sup> *Gerlach*, in: *Hauck/Noftz* (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 6; siehe auch *Neumann* (Fn. 4), S. 1402 und *Krasney*, Sozialrechtliche Absicherung von Organspendern, *KrV* 2012, 185 (186).

<sup>12</sup> Vgl. *Just*, in: *Eichenhofer/Wenner*, 2. Aufl. 2016, § 44a SGB V Rn. 2; *Knorr*, Organlebenspende und Entgeltfortzahlung, *NZA* 2012, 1132 (1133).

Hautgewebe um eine Leistung handelt, die in vollem Umfang der Krankenkasse des Transplantatempfängers anzulasten ist.<sup>13</sup> Das *RVÄ* hatte jedoch unterschieden zwischen dem eigentlichen Entnahmeakt, dessen Kosten von der Krankenkasse des Empfängers getragen werden sollten und den Folgebehandlungen, die von der Kasse des Spenders zu tragen waren.<sup>14</sup> Diese Auffassung wurde vom *BSG* fortentwickelt.<sup>15</sup> Es stellte fest, dass sämtliche im Zusammenhang mit der Transplantation beim Spender entstehenden Aufwendungen als Vor- und Nebenleistungen zu der dem Organempfänger zu gewährenden Krankenhilfe zählten und auch von dessen Krankenkasse zu tragen seien.<sup>16</sup> Anders als das *RVÄ* nahm das *BSG* also eine durchgehende Zuständigkeit der Krankenkasse des Empfängers an. Auch der entstandene Verdienstausschlag war von den zu erbringenden Leistungen umfasst.<sup>17</sup> Die Einordnung von komplikationsbedingten Folgeerkrankungen blieb dabei aber ausdrücklich offen.<sup>18</sup> Auch die Krankenkassen sind in der Praxis grundsätzlich so verfahren.<sup>19</sup> In Bezug auf die Höhe des zu erstattenden Verdienstausschlages gab es allerdings erhebliche Divergenzen. Die Varianten gingen von Tagessätzen in Höhe von 40 Euro bis hin zur Erstattung des vollen Nettoverdienstes, begrenzt durch die Beitragsbemessungsgrenze der GKV. Teils erfolgte auch eine Begrenzung auf die Höhe des fiktiven Krankengeldes.<sup>20</sup> Nicht erstattet wurden dabei die für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit vom Organspender zur lückenlosen Weiterführung seiner eigenen Sozialversicherungen erforderlichen Versicherungsbeiträge sowie Arbeitgeberzuschüsse zu privaten Kranken-, Berufsunfähigkeits- und Rentenversicherungen.<sup>21</sup>

Auch das Lohn- und das Entgeltfortzahlungsgesetz enthielt keine speziellen

---

<sup>13</sup> Siehe hierzu den Bescheid vom 16.12.1936, EuM 40, 351 (352) und vom 20.3.1942 in AN 1942, 251 (251).

<sup>14</sup> Hierzu *Krasney* (Fn. 11), S. 185; ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 242.

<sup>15</sup> In BSGE 35, 102; BSGE 79, 53 (54).

<sup>16</sup> BSGE 35, 102 (103); ebenso *Tiedemann* (Fn. 6), S. 59 und *Neumann* (Fn. 4), S. 1402.

<sup>17</sup> BSGE 35, 102 (104); so auch ausführlich *Knorr* (Fn. 12), S. 1133.

<sup>18</sup> Vgl. BSGE 35, 102 (103), „jedenfalls dann, wenn sie komplikationslos verläuft“; dazu auch *Greiner* (Fn. 4), S. 242.

<sup>19</sup> Dazu *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 19; vgl. hierzu auch die Stellungnahme der Spitzenverbände der Krankenkassen in ihrer Besprechung am 10./11.8.1971 in BKK 1971, 307.

<sup>20</sup> Ausführlich zur damaligen Praxis *Neft*, Die versicherungsrechtliche Absicherung des Organlebendspenders – Bestandsaufnahme und Reformvorschläge, NZS 2011, 566 (567).

<sup>21</sup> *Neft*, Reform des Transplantationsgesetzes – Weichenstellung für eine bessere Patientenversorgung, MedR 2013, 82 (88); ebenso *Gutmann*, Für ein neues Transplantationsgesetz, eine Bestandsaufnahme des Novellierungsbedarfs im Recht der Transplantationsmedizin, 2006, S. 98.

Regelungen für Lebendspender. Eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers wurde vom *BAG* verneint.<sup>22</sup> Die durch die Spende hervorgerufene Arbeitsunfähigkeit überschreite die Grenzen des vom Arbeitgeber zu tragenden Krankheitsrisikos. Sie treffe den Arbeitnehmer nicht wie ein normales Krankheitschicksal, vielmehr nehme dieser die Arbeitsunfähigkeit bewusst als unvermeidbare Begleiterscheinung der Spende in Kauf.<sup>23</sup> Deshalb sei die Spende nicht vom sozialen Schutz des Lohnfortzahlungsgesetzes erfasst.<sup>24</sup> In Betracht kam allenfalls ein Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 611 BGB. Allerdings ist dieser Anspruch zeitlich eng begrenzt und darüber hinaus tarif- und vertragsdispositiv.<sup>25</sup>

In Ermangelung gesetzlicher Regelungen bestand daher Reformbedarf hinsichtlich der Absicherung von Lebendspendern, klare Regelungen zu treffen, um finanzielle Nachteile auszugleichen.<sup>26</sup> Auch die *Enquete-Kommission* sprach sich dafür aus.<sup>27</sup> In ihrer Stellungnahme im Jahr 2005 empfahl sie, gesetzlich ausdrücklich zu regeln, dass die Krankenversicherung des Empfängers verpflichtet sein soll, dem Spender alle finanziellen Nachteile im Zusammenhang mit der Spende zu ersetzen. Dazu sollten auch Nettoverdienstaufschlagkosten in tatsächlicher Höhe sowie vom Spender für diese Zeit zur Weiterführung bzw. Überbrückung seiner eigenen Sozialversicherungen zu zahlende Versicherungsbeiträge gehören.<sup>28</sup>

## II. Aktuelle Rechtslage

Das TPGÄndG diene neben der Umsetzung der Richtlinie 2010/53/EU<sup>29</sup> auch der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung der Organspender.<sup>30</sup> So wurden durch das TPGÄndG erstmals wichtige gesetzliche Regelungen im

---

<sup>22</sup> BAGE 52, 313.

<sup>23</sup> BAGE 52, 313; hierzu auch *Link/Flachmeyer*, Ersatz des Verdienstaufschlags von Organspendern, AuA 2002, 509 und *Assion* (Fn. 7), S. 64 ff.

<sup>24</sup> *Krasney* (Fn. 11), S. 185; zur Kritik und den damals vertretenen Positionen siehe *Knorr* (Fn. 12), S. 1133.

<sup>25</sup> Dazu *Greiner* (Fn. 4), S. 242 sowie *Hensler*, in: MüKo-BGB, 7. Aufl. 2016, § 616 Rn. 66.

<sup>26</sup> Vgl. *Neft* (Fn. 21), S. 569 f.; zu den damaligen verschiedenen Reformvorschlägen siehe ausführlich *Gutmann* (Fn. 21), S. 95 ff.

<sup>27</sup> *Enquete-Kommission Ethik und Recht der modernen Medizin*, Zwischenbericht Organlebenspende, BT-Drucks. 15/5050.

<sup>28</sup> Zu den Empfehlungen siehe BT-Drucks. 15/5050, S. 76 f.; ebenso *Gutmann* (Fn. 21), S. 99 f.

<sup>29</sup> Richtlinie 2010/3/EU über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, ABl. L 207 vom 6.8.2010, S. 14, berichtigt in ABl. L 243 vom 16.9.2010, S. 68.

<sup>30</sup> Dazu etwa *Krasney* (Fn. 11), S. 185; *Knorr* (Fn. 12), S. 1133.



Bereich der Lebendspende eingeführt. Die Vorschriften zur Stärkung der versicherungsrechtlichen Absicherung gehen dabei auf eine Anregung des Bundesrats im Gesetzgebungsverfahren zurück.<sup>31</sup> Da der Lebendspender in erheblichem Maße fremd- und gemeinnützig handelt, sollten die bisher bestehenden Unklarheiten des Versicherungsschutzes durch eindeutige gesetzliche Regelungen beseitigt werden.<sup>32</sup> Die Intention des Gesetzgebers war es dabei, die Spender grundsätzlich so zu stellen, wie sie ohne die Spende stünden, ihnen also jeglichen Nachteil infolge der Spende auszugleichen.<sup>33</sup>

Im Zuge dessen wurden daher die §§ 27 Abs. 1a und 44a SGB V in das Krankenversicherungsrecht eingefügt. In der Begründung dazu heißt es, die Neuregelung stelle die bisherige Praxis der Krankenkassen „auf eine gesetzliche Grundlage“. <sup>34</sup> Eine Änderung erfolgte auch im Entgeltfortzahlungsgesetz. Durch den neu eingeführten § 3a EFZG<sup>35</sup> steht dem Arbeitnehmer nun ein Anspruch gegen seinen Arbeitgeber auf Entgeltfortzahlung von bis zu sechs Wochen zu, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge der Spende an seiner Arbeitsleistung verhindert ist.<sup>36</sup>

### III. Anspruchsvoraussetzungen des § 44a SGB V

#### 1. Spende nach § 27 Abs. 1a SGB V

Voraussetzung nach § 44a S. 1 SGB V ist zunächst, dass es sich um eine Spende von Organen, Geweben oder Blut zur Separation von Blutstammzellen oder anderen Blutbestandteilen nach § 27 Abs. 1a SGB V handelt. Letztere Norm ist die allgemeinere Vorschrift, die durch § 44a SGB V lediglich präzisiert und konkretisiert wird.<sup>37</sup>

In § 27 Abs. 1a SGB V findet sich wiederum unter anderem ein Verweis auf die §§ 8, 8a TPG. Für das Krankengeld sowie für die sonstigen in § 27 Abs. 1a SGB V genannten Leistungen muss es sich also um eine nach dem TPG erfolgende Spende handeln.<sup>38</sup> Für eine Lebendspende kommen neben der

<sup>31</sup> Siehe hierzu BR-Drucks. 457/11; *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 1; *Michael Tiedemann*, Tragung der Kosten des Organlebendspenders bei Organentnahme in der Europäischen Union, ZFSH 2013, 331 (332).

<sup>32</sup> Zur Begründung siehe BT-Drucks. 17/7373, S. 33 f.; auch *Neft* (Fn. 21), S. 87.

<sup>33</sup> Siehe BT-Drucks. 17/9773, S. 39; auch *Tischler*, in: BeckOK-SozR, Ed. 44, Stand: 1.12.2016, § 44a SGB V Rn. 6.

<sup>34</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/9773, S. 36 zu § 27 Abs. 1a und S. 38 zu § 40a SGB V.

<sup>35</sup> BT-Drucks. 17/9773, S. 33; vgl. auch *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 8), § 3a EFZG Rn. 1.

<sup>36</sup> Dazu ausführlich *Knorr* (Fn. 12), S. 1132; siehe hierzu ebenso **B. IV. 4. a).**

<sup>37</sup> *Greiner*, in: NK-GesundhR, 2015, § 44a SGB V Rn. 2.

<sup>38</sup> Bis zum Inkrafttreten des GKV-VSG (BGBl. I, S. 1211) war in § 44a S. 1 SGB V ein ausdrücklicher Verweis auf das TPG enthalten. Da der Verweis allerdings bereits im

Niere auch Teile der Leber, der Lunge, des Pankreas und des Dünndarms in Betracht.<sup>39</sup>

An die Lebendspende stellt der Gesetzgeber strenge Anforderungen.<sup>40</sup> Nach §§ 8, 8a TPG sind für eine zulässige Transplantation zum Zwecke der Übertragung auf eine andere lebende Person zahlreiche Vorgaben einzuhalten.<sup>41</sup> So muss der Spender in der Regel volljährig<sup>42</sup> und einwilligungsfähig<sup>43</sup> sein. Nieren, Teile der Leber oder andere nicht regenerationsfähige Organe dürfen darüber hinaus nur entnommen werden, wenn eine besondere persönliche Verbundenheit zwischen Spender und Empfänger besteht.<sup>44</sup> Auch gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Lebendspende. Danach ist die Entnahme nur zulässig, wenn kein postmortal gespendetes Organ zur Verfügung steht.<sup>45</sup> Die weiteren Voraussetzungen lassen sich den §§ 8, 8a TPG entnehmen.<sup>46</sup>

Seit der Neufassung des § 27 Abs. 1a S. 1 SGB V mit dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 22.7.2015<sup>47</sup> verweist dieser nun auch auf § 9 TFG.<sup>48</sup> Erfasst vom Leistungsanspruch sind seitdem auch Spender von Blut zur Separation von Blutstammzellen oder von anderen Blutbestandteilen.<sup>49</sup> In der Gesetzesbegründung dazu heißt es, dass es nicht ersichtlich sei, warum Blutspenden zur Separation von Blutstammzellen oder anderen Blutbestandteilen

---

Verweis auf § 27 Abs. 1a S. 1 SGB V enthalten ist, wurde er im Sinne einer redaktionellen Anpassung gestrichen. Dazu *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 6; ebenso *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33) § 44a SGB V Rn. 3.

<sup>39</sup> *Middel/Scholz*, in: Spickhoff, 2. Aufl. 2014, § 8 TPG Rn. 1; vgl. Angaben der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung: Informationen zur Lebendspende.

<sup>40</sup> Zu den Anforderungen an den Spender siehe ausführlich *Weyd*, Das Transplantationsrecht in Deutschland, Jura 2013, 437 (447 f.) oder auch *Edelmann*, Ausgewählte Probleme bei der Organspende unter Lebenden, VersR 1999, 1065 (1065 ff).

<sup>41</sup> Zu den Folgen eines Verstoßes gegen §§ 8, 8a TPG siehe *Greiner* (Fn. 4), S. 243.

<sup>42</sup> Eine Ausnahme zum Erfordernis der Minderjährigkeit stellt § 8a TPG dar, siehe hierzu *Tiedemann* (Fn. 6), S. 60.

<sup>43</sup> Siehe zur Einwilligungsfähigkeit *Gutmann*, in: Schroth/König/Gutmann/Oduncu, 2015, § 8 TPG Rn. 8 ff.

<sup>44</sup> BT-Drucks. 13/4355, S. 20 f.: Zweck dieser Regelung ist es, die Freiwilligkeit der Spende zu sichern und dem Organ- und Gewebehandel entgegenzuwirken, siehe ausführlicher dazu *Tag*, in: MüKo-StGB, Band 6, 2. Aufl. 2012, § 8 TPG Rn. 31.

<sup>45</sup> Siehe zur Subsidiarität ausführlich *Tag*, in: MüKo-StGB (Fn. 44), § 8 TPG Rn. 29; ebenso zur Begründung des Subsidiaritätserfordernisses BT-Drucks. 15/5050, S. 49; kritisch zur Subsidiarität hingegen *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, 7. Aufl. 2015, Rn. 36.

<sup>46</sup> Zu den weiteren Voraussetzungen siehe *Hellweg*, in: MAH MedR, § 13 Rn. 36 ff.

<sup>47</sup> Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung, BGBl. I 2015, S. 1211.

<sup>48</sup> Vgl. BGBl. I 2015, S. 1211 (1212).

<sup>49</sup> *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 3.

aus einer peripheren Blutspende anders behandelt werden sollen als Stammzellspenden aus dem Knochenmark, die den Regelungen der §§ 8, 8a TPG unterfallen.<sup>50</sup> Die reine Spende von Blut ist jedoch nach wie vor nicht erfasst.<sup>51</sup>

Hervorzuheben ist, dass § 44a SGB V allein auf den Vorgang der Spende Bezug nimmt. Von Transplantation ist nicht die Rede. Da zahlreiche, insbesondere medizinische Faktoren über den Erfolg einer Transplantation entscheiden, ist die Vorschrift ergänzend dahingehend auszulegen, dass auch die beabsichtigte Spende einen Anspruch auf Krankengeld auslöst. Auf ihren Erfolg kommt es mithin nicht an.<sup>52</sup>

## 2. Anspruchsberechtigte

Träger des Leistungsanspruchs ist der Spender.<sup>53</sup> Anders als sonst bei einem Leistungsanspruch nach dem SGB V kommt es nicht darauf an, ob dieser selbst gesetzlich krankenversichert ist. Dies stellt § 44a S. 5 SGB V ausdrücklich klar.<sup>54</sup> Anspruchsberechtigt sind somit auch diejenigen Spender, die privat krankenversichert sind oder freiwillig in der GKV versichert sind und keine Wahlerklärung nach § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 SGB V abgegeben haben.<sup>55</sup> Der Ausschluss des Anspruchs auf Krankengeld nach § 44 Abs. 2 SGB V ist in § 44a S. 4 SGB V nicht erwähnt und somit auch nicht entsprechend anwendbar.<sup>56</sup> Da es sich bei den Leistungen aus §§ 27 Abs. 1a, 44a SGB V um Nebenleistungen handelt, welche aus dem Versicherungsverhältnis des Spendenempfängers resultieren, wird eine Versicherung des Spenders in der GKV auch nicht durch die Leistungserbringung begründet.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> BT-Drucks. 18/4095, S. 141. Dies entspricht auch der schon zuvor bestehenden Praxis der Krankenkassen, siehe *Knispel*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 27 SGB V Rn. 60.

<sup>51</sup> Gemeinsames Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkasse auf Bundesebene v. 25.9.2015 zu den leistungsrechtlichen Ansprüchen bei einer Spende von Organen, Geweben oder Blut zur Separation von Blutstammzellen oder anderen Blutbestandteilen, S. 7.

<sup>52</sup> So *Greiner* (Fn. 4), S. 243; ebenso *Tiedemann* (Fn. 6), S. 60 f.; *Knorr* (Fn. 12), S. 1134.

<sup>53</sup> *Nebendabl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 2; *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 6.

<sup>54</sup> So *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 5; *Joussen*, in: Becker/Kingreen, 5. Aufl. 2017, § 44a SGB V Rn. 4; *Marburger*, Leistungsansprüche im Zusammenhang mit Organtransplantationen, ZfF 2013, 250 (251); *Neumann* (Fn. 4), S. 1403.

<sup>55</sup> Hierzu etwa *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44 SGB V Rn. 8; auch *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 26; ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

<sup>56</sup> *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 5.; *Krasney* (Fn. 11), S. 189.

<sup>57</sup> So bereits die Einordnung durch BSGE 35, 102 (103 f.); vgl. auch BT-Drucks. 17/9773, S. 37; ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

Damit ein Krankengeldanspruch überhaupt in Betracht kommt, muss beim Spender ein Ausfall von Arbeitsentgelt oder sonstigem Einkommen vorliegen.<sup>58</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Normzweck, denn wie auch der allgemeine Krankengeldanspruch hat § 44a SGB V Entgeltersatzfunktion und soll den Ausfall von Einkommen kompensieren.<sup>59</sup>

### 3. Arbeitsunfähigkeit

Weitere Voraussetzung des Anspruchs ist, dass der Spender infolge der Spende arbeitsunfähig ist, sog. „spendenbedingte Arbeitsunfähigkeit“.<sup>60</sup> Aus dem engen systematischen Zusammenhang mit § 27 Abs. 1a SGB V wird deutlich, dass die Arbeitsunfähigkeit im Sinne von § 44a SGB V den gesamten Zeitraum der Leistungserbringung im Zusammenhang mit der Spende umfasst, also insbesondere auch die medizinisch erforderliche Vor- und Nachbetreuung sowie Leistungen zur medizinischen Rehabilitation.<sup>61</sup> Der Arbeitsunfähigkeitsbegriff des § 44a SGB V ist folglich nicht identisch mit dem in § 44 SGB V verwendeten Begriff der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit.<sup>62</sup> Denn bei letzterer Norm ist der Begriff der Krankheit prägend.<sup>63</sup> Unter Krankheit im Sinne der GKV ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand zu verstehen, der zu Behandlungsbedürftigkeit führt oder (zugleich oder ausschließlich) Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.<sup>64</sup> Arbeitsunfähig ist ein Versicherter, der seiner bisher ausgeübten Erwerbstätigkeit überhaupt nicht mehr oder nur auf die Gefahr hin nachgehen kann, seinen Zustand zu verschlimmern.<sup>65</sup> Die Arbeitsunfähigkeit wegen einer Spende wird zwar im Wesentlichen auch darauf beruhen, dass die zuletzt verrichtete Arbeit oder Tätigkeit wegen dieser nicht weiter ausgeübt werden kann. Es müssen aber bei der Begriffsbestimmung die Besonderheiten

<sup>58</sup> So das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.09.2015 (Fn. 51), S. 43; ebenso *Kruse*, in: LPK-SGB V, 4. Aufl. 2012, § 44 Rn. 1.

<sup>59</sup> Zur Entgeltersatzfunktion des Krankengeldes siehe *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44 SGB V Rn. 1 f., danach stellt das tatsächliche Entfallen einer Entgeltleistung zwar keine Tatbestandsvoraussetzung für den Krankengeldanspruch dar, jedoch bildet die Entgeltersatzfunktion ein maßgebliches Kriterium für die Interpretation der Anspruchsvoraussetzungen; vgl. dazu auch BSGE 89, 254 (258).

<sup>60</sup> *Schiffederdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 12; *Neumann* (Fn. 4), S. 1403; *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>61</sup> Siehe dazu *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 8; *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

<sup>62</sup> So zutreffend *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 30.

<sup>63</sup> Vgl. *Porzner*, in: Feichtinger/Malkmus, 2. Aufl. 2010, § 44 SGB V Rn. 10; *Rolf*, in: ErfK (Fn. 8), § 44 SGB V Rn. 7.

<sup>64</sup> Zum Begriff der Krankheit siehe BSGE 85, 36 (38); auch *Berchtold*, Handbuch Krankengeld, 2004, Rn. 348.

<sup>65</sup> Vgl. zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit BSGE 26, 288 (290); *Kruse*, in: LPK-SGB V (Fn. 58), § 44 SGB V Rn. 14.

der Spende berücksichtigt werden, da mit dieser eine Reihe von Maßnahmen verbunden sind, wie z.B. Voruntersuchungen oder Nachbetreuungen, die bereits die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigen, ohne schon eine Arbeitsunfähigkeit im obigen Sinne darzustellen.<sup>66</sup>

Anderer Ansicht zufolge wird schon im allgemeinen Krankengeldrecht der Begriff der Arbeitsunfähigkeit doppeldeutig verwendet. Er bezieht sich zum einen auf die ärztlich festzustellende Arbeitsunfähigkeit infolge eines pathologischen bzw. heilbehandlungsbedürftigen Zustands, zum anderen umfasst er auch die bloße Arbeitsabwesenheit infolge stationärer Behandlung.<sup>67</sup> Arbeitsunfähigkeit ist demnach sozusagen der Oberbegriff, welcher zwar in Abgrenzung zur stationären Behandlung zu sehen ist, zugleich aber diese Fälle mit umfassen kann.<sup>68</sup> Dieser Ansicht nach zufolge soll schon gar keine Durchbrechung der bisherigen Systematik des Krankengeldrechts vorliegen.<sup>69</sup>

Problematisch an letzterer Auffassung ist dennoch, dass auch von diesem weiten Begriffsverständnis nur die Abwesenheit infolge stationärer Behandlung erfasst ist.<sup>70</sup> Diese umfasst zwar nach überwiegender Ansicht sowohl die vollstationäre, als auch die teil-, vor- oder nachstationäre Behandlung, nicht jedoch die ambulante Behandlung.<sup>71</sup> Um aber auch einen etwaigen Arbeitsausfall des Spenders durch ambulante Termine zu erfassen, wie z.B. Gespräche bei einem Psychologen, ist es erforderlich, den Begriff der Arbeitsunfähigkeit im Sinne des § 44a eigenständig zu definieren. Denn auch der Leistungskatalog des § 27 Abs. 1a SGB V erfasst ausdrücklich ambulante Behandlungen.<sup>72</sup> Ebenso sieht auch die Begründung im Ausschussbericht eine volle Erstattung des ausgefallenen Arbeitseinkommens vor, um „der Ausnahmesituation für Spender von Organen oder Geweben und deren Einsatz im Gemeinschaftsinteresse Rechnung zu tragen“. <sup>73</sup> Daher ist ein eigenständig definierter Arbeitsunfähigkeitsbegriff vorzugswürdig, welcher die Besonderheiten der Spende vollumfänglich berück-

<sup>66</sup> Gerlach, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 31; Krasney (Fn. 11), S. 189.

<sup>67</sup> Vgl. Greiner (Fn. 4), S. 245.

<sup>68</sup> Greiner, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44 SGB V Rn. 26; zur Eigenständigkeit der Versicherungsfälle siehe auch Berchtold (Fn. 64), Rn. 344.

<sup>69</sup> So Greiner, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 8; ebenso Greiner (Fn. 4), S. 245.

<sup>70</sup> Jousseu, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44 SGB V Rn. 18 f.; Just, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44 SGB V Rn. 15.

<sup>71</sup> Greiner, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44 SGB V Rn. 26; Jousseu, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44 SGB V Rn. 19; Porzner, in: Feichtinger/Malkmus (Fn. 63), § 44 SGB V, Rn. 19.

<sup>72</sup> Dies ergibt bereits der Wortlaut der Vorschrift: „Dazu gehören die ambulante und stationäre Behandlung [...]“.

<sup>73</sup> Siehe BT-Drucks. 17/9773, S. 39; ebenso Krasney (Fn. 11), S. 189.

sichtigt und folglich weiter zu fassen ist als der Begriff im allgemeinen Krankengeldrecht.

Zu beachten ist des Weiteren, dass der Spender zuvor nicht arbeitsfähig gewesen sein muss. Eine zugleich und auch eine bereits davor bestehende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit wird durch § 44a S. 4 Halbs. 2 SGB V gerade akzeptiert.<sup>74</sup>

#### 4. Versicherungsstatus des Spendenempfängers

##### a) Gesetzlich krankenversicherte Empfänger

Damit dem Spender ein Anspruch aus § 44a SGB V zusteht, muss die Spende an einen gesetzlich krankenversicherten Empfänger erfolgen.<sup>75</sup> Nur dann können sich die Aufwendungen für die Spende als Nebenleistung im Rahmen der Behandlung eines Kassenmitglieds darstellen.<sup>76</sup> Hierdurch wird der mit der Norm bezweckte Solidargedanke besonders deutlich, da durch diese Einschränkung nur Mitglieder des Solidarsystems als Spendenempfänger in Betracht kommen.<sup>77</sup>

Abzustellen ist stets auf den Zeitpunkt der Spende. Die Versicherung des Empfängers in der GKV muss zu diesem Zeitpunkt bestehen.<sup>78</sup> Auf die Art des Versicherungsverhältnisses kommt es dabei aber nicht an.<sup>79</sup> Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass der Spendenempfänger mit einem eigenen Anspruch auf Krankengeld versichert ist.<sup>80</sup>

##### b) Privat krankenversicherte Empfänger

Ist der Empfänger privat krankenversichert, kommen Leistungen nach §§ 44a und 27 Abs. 1a SGB V nicht in Betracht.<sup>81</sup> Der Verband der Privaten Kranken-

---

<sup>74</sup> So Greiner (Fn. 4), S. 245; Schifferdecker, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 12; Just, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>75</sup> Jousen, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 2; Schifferdecker, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 21; Rolfs, in: ErfK (Fn. 8), § 44a SGB V Rn. 1; Nebendahl, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 3.

<sup>76</sup> Dazu Krasney (Fn. 11), S. 186 f.; ebenso Neumann (Fn. 4), S. 1402.

<sup>77</sup> So Jousen, in: B/K (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 2; ebenso Waltermann, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, 4. Aufl. 2015, § 44a SGB V Rn. 2.

<sup>78</sup> Nebendahl, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 3; auch Schifferdecker, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 21.

<sup>79</sup> Vgl. Székely, in: Gesamtkommentar SRB, 2015, § 44a SGB V Rn. 18; siehe auch Tischler, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 4.

<sup>80</sup> Schifferdecker, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 21; vgl. auch Gerlach, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 27.

<sup>81</sup> Neumann (Fn. 4), S. 1402; Rolfs, in: ErfK (Fn. 8), § 44a SGB V Rn. 2; ebenso

versicherung (PKV) hat allerdings eine Selbstverpflichtungserklärung<sup>82</sup> mit dem Inhalt abgegeben, dass dem Spender die aus der Spende entstehenden Kosten in Höhe des tariflichen Erstattungssatzes sowie auch den nachgewiesenen Verdienstausschlag und die zu entrichtenden Versicherungsbeiträge für die Renten-, Arbeitslosen- und Krankenversicherung ersetzt werden.<sup>83</sup>

#### IV. Rechtsfolge: Anspruch auf Krankengeld nach § 44a SGB V

##### 1. Anspruchsgegner

Zuständig für die Erbringung der Leistungen ist die Krankenkasse des Empfängers. Dies wird in § 44a S. 2 SGB V ausdrücklich klargestellt.<sup>84</sup> Kommt es später zu einem Wechsel der Krankenkassen, ist die Kasse zahlungspflichtig, bei der der Empfänger der Spende zum jeweiligen Zeitpunkt der Leistungserbringung versichert war.<sup>85</sup> Diese hat grundsätzlich für alle Behandlungsmaßnahmen einzustehen, die im Zeitpunkt des Übertritts noch nicht durchgeführt wurden. Erst die weitere Behandlung fällt dann in die Zuständigkeit der neuen Krankenkasse.<sup>86</sup> Sollte der Empfänger versterben, während noch Leistungen an den Spender zu erbringen sind, bleibt die zuletzt zuständige Krankenkasse leistungspflichtig.<sup>87</sup> Im Gemeinsamen Rundschreiben des GKV-Spitzenverbands und der Verbände der Krankenkassen vom 25.9.2015 ist hierzu festgelegt worden, dass diese Zuständigkeitsregelung auch für die Fälle gilt, in denen ein zunächst gesetzlich versicherter Empfänger in eine private Versicherung wechselt oder ins Ausland verzicht.<sup>88</sup> Besteht in dem neuen Versicherungsverhältnis jedoch kein Leistungsanspruch, weil etwa die Versicherung diese Leistung nicht vorsieht, so sind die Leistungen für den Spender durch diejenige Krankenkasse zu erbringen, bei welcher zuvor eine Versicherung des

---

Tiedemann (Fn. 6), S. 60 f.

<sup>82</sup> Selbstverpflichtungserklärung vom 9.2.2012, abgedruckt im Gemeinsamen Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), Anlage 1, S. 63 f.

<sup>83</sup> Zur PKV-Selbstverpflichtungserklärung siehe auch *Waltermann*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann* (Fn. 77), § 44a SGB V Rn. 2. Da es insofern an einer gesetzlichen Regelung, etwa im VVG, fehlt, hat die Selbstverpflichtungserklärung konstitutive Bedeutung. Sie konkretisiert gewissermaßen den vertraglichen Anspruch aus dem jeweiligen Versicherungsvertrag und erweitert ihn zu einem echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinne des § 328 BGB, siehe hierzu ausführlich *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

<sup>84</sup> *Nebendabl*, in: *Spickhoff* (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 1; *Marburger* (Fn. 54), S. 251.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu BSGE 99, 102 (104 Rn. 12); ferner *Just*, in: *Eichenhofer/Wenner* (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 4; *Schifferdecker*, in: *KassKomm* (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 23.

<sup>86</sup> Dazu ausführlich *Gerlach*, in: *Hauck/Noftz* (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 15 ff.

<sup>87</sup> *Ebd.*; ebenso *Schifferdecker*, in: *KassKomm* (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 21.

<sup>88</sup> Gemeinsames Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 12.

Empfängers bestand.<sup>89</sup>

## 2. Beginn und Dauer des Anspruchs

### a) Beginn

Der Anspruch besteht ab dem Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit.<sup>90</sup> Auf § 46 SGB V verweist § 44a SGB V nicht, daher kommt es anders als im allgemeinen Krankengeldrecht nicht auf den Zeitpunkt der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit an.<sup>91</sup> Da der Anspruch auch nicht auf dem eigenen Versicherungsverhältnis basiert,<sup>92</sup> sind bei gesetzlich krankenversicherten Spendern die Rahmenbedingungen ihrer eigenen Versicherungsverhältnisse, wie etwa der Ausschluss des Krankengeldanspruchs nach § 44a Abs. 2 SGB V, nicht maßgeblich.<sup>93</sup>

### b) Dauer

#### aa) Begrenzung auf komplikationslos verlaufende Spende

Die Dauer des Anspruchs richtet sich nach der spendenbedingten Arbeitsunfähigkeit, d.h., Krankengeld nach § 44a SGB V wird für den Zeitraum geleistet, in dem der Spender in Hinblick auf die Spende arbeitsunfähig ist und Einkünfte ausgefallen sind.<sup>94</sup> § 44a S. 4 SGB V enthält keinen Verweis auf § 48 SGB V. Die Regelungen zur Dauer des allgemeinen Krankengelds sind nicht entsprechend anwendbar. Der Anspruch unterliegt folglich nicht der zeitlichen Höchstgrenze von 78 Wochen innerhalb von drei Jahren.<sup>95</sup> Auch dem Gesetzeswortlaut ist keine im Voraus festgelegte zeitliche Einschränkung zu entnehmen.<sup>96</sup> Daraus könnte man folgern, dass der Anspruch so lange existent bleibt, wie die Arbeitsunfähigkeit wegen der Spende andauert. Das würde dann

<sup>89</sup> Ebd.; siehe auch *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 4.

<sup>90</sup> Hierzu *Krasney* (Fn. 11), S. 189; *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 8; *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>91</sup> *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 9; *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 32.

<sup>92</sup> So *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 1; ebenso *Tiedemann* (Fn. 6), S. 59, und *Neumann* (Fn. 4), S. 1402.

<sup>93</sup> Dazu *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 5; *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 26.

<sup>94</sup> *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 26; *Rolfs*, in: ErfK (Fn. 8), § 44a SGB V Rn. 1; *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>95</sup> *Waltermann*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 44a SGB V Rn. 8; *Krasney* (Fn. 11), S. 189.

<sup>96</sup> Anders der Wortlaut von § 27 Abs. 1a S. 5 SGB V, der ausdrücklich anordnet, dass Folgeerkrankungen von der Krankenkasse des Spenders zu tragen sind. Folgeerkrankungen sind dabei solche, die in einem zeitlichen Abstand zur Spende auftreten, vgl. BT-Drucks. 17/9773, S. 37.



auch für den Fall gelten, dass der üblicherweise aus Erfahrung gewonnene Zeitrahmen an Ausfalltagen aufgrund von Störungen im Heilungsverlauf überschritten wird. Denn nicht jeder Spender verfügt über die gleiche gesundheitliche, körperliche und seelische Verfassung.<sup>97</sup>

Allerdings hat der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages in der Begründung zu § 44a SGB V dargelegt, dass das Krankengeld sich auf den Regelfall der Spende bezieht, die komplikationslos verläuft und von vornherein auf einen abgrenzbaren Zeitraum beschränkt ist.<sup>98</sup> Die Anspruchsdauer ergibt sich somit gewissermaßen „aus der Natur der Sache“<sup>99</sup> und ist in den meisten Fällen auf wenige Tage begrenzt. Besteht über diesen Zeitpunkt hinaus Arbeitsunfähigkeit, steht dem Spender, sofern die Voraussetzungen des § 44 SGB V vorliegen und nicht ohnehin der Leistungsausschluss des § 11 Abs. 5 SGB VII eingreift,<sup>100</sup> dann für Folgeerkrankungen der allgemeine Krankengeldanspruch aus seinem eigenen Versicherungsverhältnis zu.<sup>101</sup>

Gemessen an dem Gesetzeszweck, nämlich die krankenversicherungsrechtliche Absicherung des Spenders zu gewährleisten, um sein altruistisches Handeln zu honorieren,<sup>102</sup> ist die Regeldauer zugunsten des Spenders großzügig zu bemessen. Es muss die Möglichkeit zur Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles bestehen.<sup>103</sup>

Diesen Anforderungen dürfte das Gemeinsame Rundschreiben des GKV-Spitzenverbandes und der Verbände der Krankenkassen gerecht worden sein.<sup>104</sup> In dem Schreiben sind für die verschiedenen Arten der Spenden Zeitangaben als Orientierungshilfe entwickelt worden. Je nach individuellem Heilungsverlauf beziehungsweise den beruflichen Anforderungen des Spenders sind Abweichungen denkbar.<sup>105</sup> So beträgt die übliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit bei einer Nierenspende bei leichter bis mittelschwerer beruflicher

---

<sup>97</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt etwa *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 33; ebenso *Krasney* (Fn. 11), S. 190; vgl. hierzu auch *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 7.

<sup>98</sup> Siehe hierzu BT-Drucks. 17/9773, S. 39; ebenso *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 6; *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>99</sup> So *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 12.

<sup>100</sup> Vgl. dazu unten **B. IV. 2. b)** bb).

<sup>101</sup> So ausdrücklich die Ausschussbegründung in BT-Drucks. 17/9773, S. 39; ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 246.

<sup>102</sup> BT-Drucks. 17/9773, S. 39; vgl. auch *Waltermann*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 44a SGB V Rn. 1.

<sup>103</sup> *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 27.

<sup>104</sup> Gemeinsames Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51).

<sup>105</sup> Ebd., S. 52.

Tätigkeit bis zu sechs Wochen, bei schwerer Tätigkeit bis zu zwölf Wochen. Bei einer Teilleberspende fällt ein Spender bei leichter bis mittelschwerer beruflichen Tätigkeit in der Regel bis zu zehn Wochen, bei schwerer Tätigkeit bis zu 20 Wochen aus. Bei einer Knochenmarkspende ist der Arbeitsausfall deutlich kürzer und beträgt je nach Tätigkeit meist nur drei bis fünf Tage.<sup>106</sup>

bb) Leistungsausschluss nach § 11 Abs. 5 SGB V

Eine zeitliche Einschränkung des Anspruchs erfolgt des Weiteren über den Leistungsausschluss des § 11 Abs. 5 SGB V.<sup>107</sup> Danach besteht kein Anspruch auf Leistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung, wenn sie als Folge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung zu erbringen sind.<sup>108</sup> § 11 Abs. 5 S. 2 SGB V ordnet ausdrücklich an, dass dies auch in Fällen des § 12a SGB VII gilt. Letzterer wurde ebenfalls erst mit dem TPGÄndG eingeführt.<sup>109</sup> Danach gilt als Versicherungsfall im Sinne des § 7 SGB VII bei Versicherten nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. b SGB VII auch der Gesundheitsschaden, der über die durch die Spende regelmäßig entstehenden Beeinträchtigungen hinausgeht und in ursächlichem Zusammenhang mit dieser steht. Versichert nach § 2 Abs. 1 Nr. 13 lit. b SGB VII sind Personen, die Organe, Organteile, Gewebe oder Blut spenden oder bei denen Voruntersuchungen oder Nachsorgemaßnahmen anlässlich dessen vorgenommen werden. Durch diese Regelung hat der Gesetzgeber den Lebendspenden den Zugang zu den Versicherungsfällen im Wege der Fiktion eröffnet.<sup>110</sup> Denn bei einer Spende handelt es sich weder um einen Arbeitsunfall nach § 8 SGB VII noch um eine Berufskrankheit im Sinne des § 9 SGB VII.<sup>111</sup>

Krankengeld nach § 44a SGB V ist folglich ausgeschlossen, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einem Gesundheitsschaden beruht, der über die durch die Organ- oder Gewebeentnahme regelmäßig entstehenden Beeinträchtigungen hinausgeht. Diese Konstellationen werden der gesetzlichen Unfallversicherung zugewiesen.<sup>112</sup> Wann ein Gesundheitsschaden über eine solche Beeinträchti-

<sup>106</sup> Gemeinsames Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51).

<sup>107</sup> So *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 10; *Greiner* (Fn. 4), S. 246.

<sup>108</sup> *Joussen*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 11 SGB V Rn. 15; *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 11 SGB V Rn. 16; *Kruse*, in: LPK-SGB V (Fn. 58), § 11 Rn. 10.

<sup>109</sup> Durch Artikel 2b des TPGÄndG vom 21.7.2012, BGBl. I, S. 1601 (1611).

<sup>110</sup> BT-Drucks. 17/9773, S. 42; ebenso *Banafsche*, Die Lebendorganspende im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung, SGB 2013, 677.

<sup>111</sup> Mit § 12a SGB VII wurde letztlich ein Versicherungsfall eigener Art fingiert, so *Brandenburg*, in: LPK-SGB VII, 4. Aufl. 2014, § 12a Rn. 2; vgl. auch BT-Drucks. 15/5050, S. 77.

<sup>112</sup> Siehe hierzu *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 10; *Greiner*, in:

gung hinausgeht, lässt sich dem Gesetzeswortlaut nicht entnehmen. Das *Bundessozialgericht* hat hierzu entschieden, dass regelmäßig durch eine Organentnahme entstehende Beeinträchtigungen solche sind, die notwendigerweise mit ihr verbunden sind,<sup>113</sup> also solche, die durch den operativen Eingriff selbst (zum Beispiel das Setzen eines Flankenschnitts zur Nierenentfernung) oder durch mit diesem verbundene Vor- und Nachbehandlungen verursacht werden.<sup>114</sup> Dies ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu bestimmen.<sup>115</sup>

Um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden, enthält § 12a Abs. 1 SGB VII eine Vermutungsregel zugunsten des Spenders, die nur dann nicht greift, wenn offenkundig ist, dass der Gesundheitsschaden nicht ursächlich durch die Spende verursacht wurde.<sup>116</sup> Der Gesetzgeber wollte damit eine klare und unzweideutige Abgrenzung der versicherungsrechtlichen Absicherung im Spendenfall vornehmen.<sup>117</sup> Zuvor war die versicherungsrechtliche Absicherung des Lebendspenders in der gesetzlichen Unfallversicherung nämlich lückenhaft und unzureichend. Gerade bei Spätschäden und bei mittelbaren Schäden lief der Versicherungsschutz oft aufgrund von Beweisproblemen leer.<sup>118</sup>

Liegen die Voraussetzungen des § 12a SGB VII vor, hat der Spender Anspruch auf Verletztengeld nach § 45 ff. SGB VII, welches aber im Vergleich zum Krankengeld aus § 44a SGB V geringer ausfällt.<sup>119</sup>

### 3. Höhe des Anspruchs

Das Krankengeld nach § 44a SGB V wird gemäß S. 2 in Höhe des vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit regelmäßig erzielten Nettoarbeitsentgelts oder Arbeitsinkommens bis zur Höhe des Betrags der kalendertäglichen Beitragsbemes-

---

NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 11; ebenso *Neumann* (Fn. 4), S. 1403 f.

<sup>113</sup> BSGE 111, 52 (55 f., Rn. 23 ff.), in diesem Fall ging es um die Anerkennung einer infolge einer Nierenentnahme entstandenen Bauchwandparese als Arbeitsunfall i.S.d. § 8 Abs. 1 SGB VII.

<sup>114</sup> BSGE 111, 52 (56 Rn. 24); so auch *Ricke*, Kausalitätsvermutung nach § 12a SGB VII zu Gesundheitsschäden nach Unfällen von Lebendspendern: Fassung „Ungenügend“, NZS 2013, 171 (171); ebenso *Brandenburg*, in: LPK-SGB VII (Fn. 111), § 12a Rn. 15.

<sup>115</sup> So *Banafsche* (Fn. 110), S. 679.

<sup>116</sup> *Holtstraeter*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 12a SGB VII Rn. 3; *Greiner* (Fn. 4), S. 246; vgl. auch BT-Drucks. 17/9773, S. 42.

<sup>117</sup> BT-Drucks. 17/9773, S. 41; ebenso *Marschner*, in: BeckOK-SozR, Ed. 44, Stand: 1.3.2017, § 12a SGB VII Rn. 2; *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 52; vgl. auch *Banafsche* (Fn. 110), S. 677.

<sup>118</sup> *Neft* (Fn. 21), S. 88; ebenso *Assion* (Fn. 7), S. 112 ff.

<sup>119</sup> Dazu *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 11; ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 246; zur Berechnung des Verletztengeldes ausführlich *Friedrich*, in: Gesamtkommentar SRB (Fn. 79), §§ 45-48 SGB VII, Rn. 26.

sungsgrenze geleistet. Dies stellt eine Privilegierung des Spenders gegenüber dem Empfänger des allgemeinen Krankengeldanspruchs dar.<sup>120</sup> Während letzterer gemäß § 47 Abs. 1 S. 1 SGB V auf 70 % des regelmäßig erzielten (Brutto-) Arbeitsentgelts und Arbeitseinkommens begrenzt ist, erhält der Spender grundsätzlich Krankengeld in Höhe des vollen entfallenen Nettoarbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens, wozu auch Leistungen der betrieblichen Altersvorsorge gehören.<sup>121</sup> Danach handelt es sich dem Grundsatz nach um eine „Totalreparation“.<sup>122</sup> Dadurch soll der Ausnahmesituation des Spenders und dessen Einsatz für die Solidargemeinschaft im Gemeinwohlinteresse besonders Rechnung getragen werden.<sup>123</sup>

Allerdings wird in § 44a S. 2 SGB V ein Höchstbetrag festgelegt. Das Krankengeld entspricht hiernach maximal dem Betrag der kalendertäglichen Beitragsbemessungsgrenze.<sup>124</sup> Dadurch wird das eigentlich vom Gesetzgeber gewollte Prinzip der Totalreparation wieder durchbrochen.<sup>125</sup> Betroffen davon sind insbesondere Spender, die gerade infolge ihres über der Versicherungspflichtgrenze liegenden Entgelts von der Krankenversicherungspflicht ausgenommen sind. Ohne die Spende erhielten diese auch ihr über die Beitragsbemessungsgrenze hinausgehendes Gehalt. Ihnen kann dabei auch nicht entgegenhalten werden, dass sie auch mit ihrer eigenen Beitragsbelastung nur bis zur Beitragsbemessungsgrenze in Anspruch genommen werden.<sup>126</sup>

Letztlich ist die Begrenzung jedoch nachvollziehbar und rechtspolitisch begründbar. Sie dient der Funktionserhaltung der gesetzlichen Krankenversicherung.<sup>127</sup> Mithilfe dieser Deckelung soll das finanzielle Belastungsrisiko

<sup>120</sup> Greiner, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 13; Neumann (Fn. 4), S. 1403.

<sup>121</sup> Schifferdecker, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 29; Nebendahl, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 6; Rolfs, in: ErfK (Fn. 8), § 44a SGB V Rn. 1; Just, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 7.

<sup>122</sup> Zum Begriff vgl. Greiner (Fn. 4), S. 246; Jousen, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>123</sup> Zur Begründung vgl. BT-Drucks. 17/9773, S. 39; ebenso Waltermann, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 44a SGB V Rn. 1; auch Gerlach, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 35.

<sup>124</sup> Vgl. etwa Tischler, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 8. Bei der Beitragsbemessungsgrenze (BBG) handelt es sich um eine Grenze, bis zu der eine sozialversicherungsrechtliche Heranziehung von Entgelt und Einkommen zur Erhebung von Beiträgen erfolgt. Der über diesen Betrag hinausgehende Teil ist beitragsfrei. Die BBG ergibt sich für die GKV aus § 223 Abs. 3 i.V.m. § 6 Abs. 7 und 8 SGB V.

<sup>125</sup> Siehe BT-Drucks. 17/9773, S. 39: „Die Spender sollen so gestellt werden, wie sie ohne die Spende stünden“.

<sup>126</sup> Zur Begrenzung des Anspruchs kritisch Krasney (Fn. 11), S. 189.

<sup>127</sup> Neumann (Fn. 4), S. 1403; Nebendahl, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 6.

kalkulierbar bleiben.<sup>128</sup> Des Weiteren wäre es eine mit dem (auch im Grundsatz für Geldleistungen in der Sozialversicherung geltenden) Äquivalenzprinzip schwer zu vereinbarende Konsequenz, wenn eine Krankenkasse etwa für einen Investmentbanker, der ein Organ spendet, Krankengeld in Höhe eines sechsstelligen Betrags leisten müsste.<sup>129</sup> Bemerkenswert ist allerdings, dass die PKV-Selbstverpflichtung keine entsprechende Kappungsgrenze bezüglich der Höhe bei der Spende an Privatversicherte vorsieht.<sup>130</sup> Das Überlastungsargument gilt hier im Grunde in gleicher Weise.<sup>131</sup>

Sofern jedoch der Verdienstausschluss wegen der Begrenzung des Krankengeldanspruchs in § 44a S. 2 SGB V nicht vollständig ausgeglichen wird, kann nach § 27 Abs. 1a S. 2 SGB V ein weitergehender Anspruch auf Erstattung bestehen, wenn ein solcher Anspruch vom Versicherungsschutz des Spenders umfasst ist. Dies kann zum Beispiel auf Grundlage einer privaten Krankenvoll- oder Krankenzusatzversicherung der Fall sein.<sup>132</sup>

In § 44a S. 4 SGB V findet sich ein Verweis auf § 47 Abs. 2 bis 4 SGB V, sodass die dort genannten Berechnungsvorschriften zur Höhe Anwendung finden.<sup>133</sup> Besonderheiten gelten dabei, wie auch im allgemeinen Krankengeldrecht, bei der Berechnung der Krankengeldhöhe für Bezieher von Arbeitslosen-, Unterhalts- und Kurzarbeitsgeld, da § 44a S. 4 SGB V auch auf § 47b SGB V verweist.<sup>134</sup>

---

<sup>128</sup> BT-Drucks. 17/9773, S. 39; *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 7.

<sup>129</sup> Das Äquivalenzprinzip ist grundsätzlich ein Strukturmerkmal der PKV. Es statuiert den Grundsatz der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. In der GKV gilt es nur bei der Gewährung von Geld- bzw. Einkommensersatzleistungen, bei welchen sich die Höhe der Zahlungen nach dem beitragspflichtigen Einkommen richtet, hierzu *Greiner* (Fn. 4), S. 246 f.

<sup>130</sup> Vgl. den Wortlaut der Erklärung (abgedruckt in BT-Drucks. 17/9773, S. 38); ebenso *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 4.

<sup>131</sup> *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 14.

<sup>132</sup> Z.B. wenn dem Spender laut Versicherungsvertrag ein Anspruch auf Krankengeld in Höhe von 150 € täglich zusteht, sein Anspruch aus § 44a SGB V aber wegen der BBG (2015: 4125 €; 30 Tage) auf 137 € begrenzt ist. Somit steht ihm noch ein Leistungsanspruch aus § 27 Abs. 1a SGB V i.H.v. 12,50 € zu. Siehe hierzu Gemeinsames Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 34 und 44; ebenso *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 35.

<sup>133</sup> Zur Höhe, Berechnung und den Besonderheiten bei Gleitzone, Einmalzahlungen etc. siehe ausführlich das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 43 ff.

<sup>134</sup> Siehe zu den Besonderheiten im Rahmen des § 47b SGB V ausführlich *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 47b SGB V Rn. 10 ff.

#### 4. Ruhen des Krankengeldanspruchs

In § 44a S. 4 SGB V findet sich auch ein Verweis auf § 49 SGB V, der die Ruhetatbestände des Krankengeldanspruchs regelt. Im Folgenden soll dabei nur auf diejenigen Tatbestände eingegangen werden, für die Besonderheiten im Rahmen des § 44a SGB V gelten.<sup>135</sup>

a) *Bezug von Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen; § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V*

Relevant ist insbesondere § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, wonach der Anspruch auf Krankengeld ruht, soweit und solange beitragspflichtiges Arbeitsentgelt oder Arbeitseinkommen bezogen wird. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, Mehrfachzahlungen zu verhindern.<sup>136</sup>

Hier ist der ebenfalls durch das TPGÄndG eingeführte § 3a EFZG zu beachten.<sup>137</sup> Dieser ordnet an, dass ein Arbeitnehmer, welcher wegen Arbeitsunfähigkeit infolge der Spende an der Arbeitsleistung verhindert ist, Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis zur Dauer von sechs Wochen hat.<sup>138</sup> Durch § 3a EFZG wurde eine Regelung geschaffen, nach der eine Arbeitsverhinderung infolge einer Spende als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit gilt, sodass vom Grundsatz her der Spender genauso behandelt wird, als wäre er arbeitsunfähig erkrankt.<sup>139</sup> Im Unterschied zu § 3 EFZG bestimmt jedoch § 3a Abs. 2 EFZG, dass dem Arbeitgeber seine erbrachten finanziellen Leistungen an den Spender auf Antrag von dem Versicherungsträger des Empfängers zu erstatten sind.<sup>140</sup>

Diese Ruhensregelung ist im Rahmen des § 44a SGB V auch für nicht beitragspflichtige Einnahmen anzuwenden.<sup>141</sup> Hintergrund ist, dass insbesondere Privatversicherte keine beitragspflichtigen Einnahmen beziehen. Der Intention des Gesetzgebers nach sollen Spender durch die Erstattung des Verdienstausfalls so gestellt werden, wie sie gestanden hätten, wenn eine Spende nicht

---

<sup>135</sup> Zu den Ruhetatbeständen im Einzelnen *Porzner*, in: Feichtinger/Malkmus (Fn. 63), § 49 SGB V Rn. 4 ff.

<sup>136</sup> Dazu *Burkart*, in: HK-ArbR, 3. Aufl. 2013, § 49 SGB V Rn. 25; *Klattenhoff/Lang*, in: AnwK-ArbR, Band 2, 2. Aufl. 2010, § 49 SGB V Rn. 1; *Brinkhoff*, in: jurisPK-SGB V, 2. Aufl. 2012, § 49 Rn. 22.

<sup>137</sup> Eingeführt durch Artikel 1a, Gesetz vom 21.7.2012 (BGBl. I S. 1601).

<sup>138</sup> Siehe zum Anspruch ausführlicher *Reinhard*, in: ErfK (Fn. 8), § 3a EFZG Rn. 2 ff.

<sup>139</sup> Vgl. *Ricken*, in: BeckOK-ArbR, Ed. 43, Stand: 1.3.2017, § 3a EFZG Rn. 10; *Knorr* (Fn. 12), S. 1134.

<sup>140</sup> So *Krasney* (Fn. 11), S. 186; auch *Eckert*, Blick ins Arbeitsrecht, DStR 2012, 2235.

<sup>141</sup> Siehe hierzu das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 53; ebenso *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 36.

erfolgt wäre.<sup>142</sup> Eine Besserstellung ist jedoch nicht bezweckt. Um eine solche zu vermeiden, muss die Regelung auch auf nicht beitragspflichtige Einnahmen angewandt werden.<sup>143</sup>

*b) Fehlende Meldung der Arbeitsunfähigkeit; § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V*

§ 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V ordnet ein Ruhen des Anspruchs auf Krankengeld an, solange die Arbeitsunfähigkeit der Krankenkasse nicht gemeldet wird. Zum Ruhen kommt es nicht, wenn die Meldung innerhalb einer Woche nachgeholt wird.<sup>144</sup> Wird die Wochenfrist versäumt, kann das Ruhen des Krankengeldes durch eine Nachholung der Meldung nicht mehr verhindert werden, es handelt sich um eine Ausschlussfrist.<sup>145</sup> Da es sich bei der Meldung um eine Obliegenheit des Versicherten handelt,<sup>146</sup> tritt der Ausschluss auch dann ein, wenn die Voraussetzungen des Krankengeldanspruchs zweifelsfrei vorliegen.<sup>147</sup> Um den besonderen Umständen der Spende Rechnung zu tragen, ist § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V im Rahmen des § 44a SGB V bei verspäteter Meldung der Arbeitsunfähigkeit nicht anzuwenden. Da dem Spender die benötigten Informationen zur Empfängerkrankenkasse nicht immer sofort vorliegen werden, ist diese Privilegierung geboten.<sup>148</sup>

*c) Abgegebene Wahlerklärung nach § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 3; § 49 Abs. 1 Nr. 7 SGB V*

Auch § 49 Abs. 1 Nr. 7 SGB V ist, um den Besonderheiten der Lebendspende Rechnung zu tragen, auf den Anspruch aus § 44a SGB V nicht anzuwenden.<sup>149</sup> Bei einer solchen Wahlerklärung ruht für Versicherte (in der Regel unständig oder nur kurzfristig Beschäftigte) grundsätzlich der Anspruch auf Krankengeld während der ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit.<sup>150</sup> Der Intention des Gesetzgebers nach soll der Krankengeldanspruch des Spenders aber gerade

<sup>142</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/9773, S. 39.

<sup>143</sup> So das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 53.

<sup>144</sup> *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 49 SGB V Rn. 27; *Schiffederdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 49 SGB V Rn. 44; *Rolfs*, in: ErfK (Fn. 8), § 49 SGB V Rn. 17.

<sup>145</sup> Vgl. BSGE 52, 254 (257); ebenso *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 49 SGB V Rn. 7; *Brinkhoff*, in: jurisPK-SGB V (Fn. 136), § 49 Rn. 58.

<sup>146</sup> Siehe hierzu BSGE 85, 271 (276); ebenso *Waltermann*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 49 SGB V Rn. 10.

<sup>147</sup> *Just*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 44a SGB V Rn. 29; *Brinkhoff*, in: jurisPK-SGB V (Fn. 136), § 49 Rn. 59; *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 49 SGB V Rn. 7; *Rolfs*, in: ErfK (Fn. 8), § 49 SGB V Rn. 17.

<sup>148</sup> So das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 53; vgl. auch *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 42; kritisch *Schiffederdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 37.

<sup>149</sup> Dazu das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 53.

<sup>150</sup> *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 49 SGB V Rn. 9; *Brinkhoff*, in: jurisPK-SGB V (Fn. 136), § 49 Rn. 65.

nicht für bestimmte Personengruppen ausgeschlossen werden.<sup>151</sup> Um also eine Diskriminierung des Spenders aufgrund einer nach § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V abgegebenen Wahlerklärung zu vermeiden, ist § 49 Abs. 1 Nr. 7 SGB V nicht anzuwenden.<sup>152</sup>

## 5. Sonstige anwendbare Vorschriften

§ 44a S. 4 SGB V ordnet abschließend an, welche Vorschriften auf den Anspruch entsprechend Anwendung finden.<sup>153</sup> Der Verweis erstreckt sich dabei auf §§ 44 Abs. 3, 47 Abs. 2 bis 4 SGB V sowie die §§ 47b, 49 und 50 SGB V. Folglich sind diejenigen Vorschriften des allgemeinen Krankengeldrechts, auf die nicht verwiesen wird, im Rahmen des § 44a SGB V nicht anwendbar.<sup>154</sup>

## 6. Versicherungs- und beitragsrechtliche Beurteilung der Leistung zum Ausgleich des Verdienstausfalls

### a) Fortbestehen der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung

Für die Dauer des Anspruchs auf Krankengeld nach § 44a SGB V bleibt für Lebendspender, die versicherungspflichtige Mitglieder einer Krankenkasse sind, die Pflichtmitgliedschaft bestehen (§ 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V).<sup>155</sup> Auch eine freiwillige Mitgliedschaft wird durch den Anspruch auf Krankengeld nicht berührt.<sup>156</sup> Entsprechendes gilt gemäß § 192 Abs. 1 Nr. 2a SGB V,<sup>157</sup> wenn bei einer Spende an einen privat krankenversicherten Empfänger der Spender von dem jeweiligen Krankenversicherungsunternehmen nach der PKV-Selbstverpflichtungserklärung eine Erstattung seines Verdienstausfalls erhält oder die Leistungen von einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Träger von Krankheits-

<sup>151</sup> Vgl. dazu BT-Drucks. 17/9773, S. 37 und S. 39.

<sup>152</sup> So *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 38; vgl. auch *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 42.

<sup>153</sup> *Neumann* (Fn. 4), S. 1403; *Waltermann*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 44a SGB V Rn. 6 ff.; *Jousen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 7.

<sup>154</sup> *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 18; auch *Krasney* (Fn. 11), S. 189.

<sup>155</sup> *Marburger*, Rechte und Pflichten der Arbeitgeber bei Organspenden ihrer Mitarbeiter, PersV 2013, 174 (176); *Neumann* (Fn. 4), S. 1404.

<sup>156</sup> Siehe: GKV-Spitzenverband (Berlin)/Deutsche Rentenversicherung Bund (Berlin)/Bundesagentur für Arbeit (Nürnberg), Versicherungs-, beitrags- und melderechtliche Beurteilung der Leistungen zum Ausgleich des Verdienstausfalls der Spender von Organen, Geweben oder Blut zur Separation von Blutstammzellen oder anderen Blutbestandteilen, Fassung vom 18.11.2015, S. 12 unter 3.1.1.

<sup>157</sup> Eingeführt mit Wirkung vom 1.8.2012 durch das TPGÄndG (BGBl. I S. 1601), geändert mit Wirkung vom 23.7. 2015 durch das GKV-VSG (BGBl. I S. 1211).



kosten erbracht werden.<sup>158</sup> Für die Zeit des Krankengeldbezuges besteht jedoch Beitragsfreiheit nach § 224 SGB V.<sup>159</sup>

*b) Fortbestehen der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Pflegeversicherung*

Auch die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Pflegeversicherung bleibt bestehen, § 49 Abs. 2 SGB XI.<sup>160</sup> Zur Pflegeversicherung sind Beiträge auf der Basis des der Berechnung des Krankengeldes zugrundeliegenden Bruttoarbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens bis zur Beitragsbemessungsgrenze der Pflegeversicherung<sup>161</sup> zu zahlen (§ 57 Abs. 2 S. 4 und 5 SGB XI).<sup>162</sup> Die Beiträge sind nach § 59 Abs. 2 S. 2 SGB XI von der das Krankengeld leistenden Krankenkasse des Empfängers allein zu tragen.<sup>163</sup> Ist der Empfänger privat versichert, werden die Beiträge von dem privaten Krankenversicherungsunternehmen erstattet.<sup>164</sup>

*c) Fortbestehen der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Rentenversicherung*

Rentenversicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung besteht für Lebendspender, die Krankengeld nach § 44a SGB V beziehen, wenn sie im letzten Jahr vor Beginn der Leistung zuletzt rentenversicherungspflichtig waren (§ 3 S. 1 Nr. 3 SGB VI).<sup>165</sup> Dies gilt gemäß § 3 S. 1 Nr. 3a SGB VI entsprechend für Spender, die eine Leistung für den Ausfall von Arbeitseinkünften aufgrund einer Spende von einem privaten Krankenversicherungsunternehmen oder einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Träger von Krankheitskosten beziehen.<sup>166</sup>

Die beitragspflichtigen Einnahmen ergeben sich aus § 166 Abs. 1 Nr. 2b

---

<sup>158</sup> Dazu *Michels*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 192 SGB V Rn. 7a; *Marburger* (Fn. 54), S. 251 f.

<sup>159</sup> Siehe dazu die Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 12 f.; vgl. auch BT-Drucks. 17/9773, S. 39 f.

<sup>160</sup> So *Marburger* (Fn. 54), S. 253; ebenso Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 12.

<sup>161</sup> Die Pflegeversicherung hat die gleichen Beitragsbemessungsgrenzen wie die Krankenversicherung, zum Begriff siehe bereits Fn. 124.

<sup>162</sup> So etwa *Bassen*, in: Udsching, 4. Aufl. 2015, § 57 SGB XI Rn. 21 f.; *Höfer*, in: LPK-SGB XI, 4. Aufl. 2014, § 57 Rn. 16.

<sup>163</sup> *Marburger* (Fn. 54), S. 253; siehe auch die Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 13.

<sup>164</sup> Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 14; ebenso *Greiner*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 59 SGB XI Rn. 3.

<sup>165</sup> Dazu etwa *Segebrecht*, in: Kreikebohm-SGB VI, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 25; v. *Koch*, in: BeckOK-SozR, Ed. 44, Stand: 1.3.2017, § 3 SGB VI Rn. 23.

<sup>166</sup> *Jung*, in: Eichenhofer/Wenner (Fn. 12), § 3 SGB VI Rn. 19.

SGB VI.<sup>167</sup> Zu zahlen hat die Beiträge der jeweilige Leistungsträger bzw. die jeweilige leistende Stelle (§ 173 SGB VI).<sup>168</sup>

*d) Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung*

Die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung für Lebendspender während des Bezugs von Krankengeld nach § 44a SGB V ergibt sich aus § 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB III.<sup>169</sup> Entsprechendes gilt gemäß § 26 Abs. 2 Nr. 2a SGB III für Spender, die Leistungen für den Ausfall von Arbeitseinkünften aufgrund einer Spende von einem privaten Krankenversicherungsunternehmen oder einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Träger von Krankheitskosten beziehen.<sup>170</sup> Die beitragspflichtigen Einnahmen, welche für die Beitragsbemessung nach § 341 SGB III relevant sind, lassen sich dabei § 345 Nr. 5a und Nr. 6a SGB III entnehmen.<sup>171</sup> Die Beiträge sind vom jeweiligen Leistungsträger bzw. der jeweiligen leistenden Stelle zu tragen (§ 347 Nr. 5a und Nr. 6a SGB III)<sup>172</sup> und an die Bundesagentur für Arbeit zu zahlen (§ 349 Abs. 3 und 4b).<sup>173</sup>

## V. Sonderkonstellationen mit Auslandsbezug

Lebendspenden können nicht nur innerhalb der Landesgrenzen vollzogen werden. Sie haben vielmehr auch grenzübergreifend Bedeutung.<sup>174</sup> In solchen Situationen stellt sich die Frage, von welcher Krankenkasse welchen Landes die Kosten des Spenders zu tragen sind.<sup>175</sup> Grundsätzlich gelten die im Rahmen des § 27 Abs. 1a SGB V vorgesehenen Leistungsansprüche auch für Spender aus

---

<sup>167</sup> Vgl. dazu *v. Koch*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 166 SGB VI Rn. 17a; *Schmidt*, in: Kreikebohm-SGB VI (Fn. 165), § 166 Rn. 18.

<sup>168</sup> *Schmidt*, in: Kreikebohm-SGB VI (Fn. 165), § 166 Rn. 13; ebenso Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 17.

<sup>169</sup> Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 19; *Koch*, in: Schaub, Arbeitsrechthandbuch, 16. Aufl. 2015, § 20 Rn. 13.

<sup>170</sup> Vgl. *Berchtold*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 26 SGB III Rn. 8; *Brand*, in: Brand-SGB III, 7. Aufl. 2015, § 26 Rn. 23a.

<sup>171</sup> Zur Bemessung der beitragspflichtigen Einnahmen siehe ausführlich *Rolfs*, in: Gagel, 64. EL, Stand: Dezember 2016, § 345 SGB III Rn. 17 und 23.

<sup>172</sup> *Brand*, in: Brand-SGB III (Fn. 170), § 347 Rn. 8 und 10.; *Rolfs*, in: Gagel (Fn. 171), § 347 SGB III Rn. 19 und 21.

<sup>173</sup> Siehe hierzu die Verlautbarung zur versicherungs-, beitrags- und melderechtlichen Beurteilung (Fn. 156), S. 20.

<sup>174</sup> Vgl. hierzu die Richtlinie 2010/45/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.7.2010 über Qualitäts- und Sicherheitsstandards für zur Transplantation bestimmte menschliche Organe, die vorsieht, dass ein Organtausch zwischen den Mitgliedstaaten der EU erfolgt (Erwägungsgrund (4)).

<sup>175</sup> Aufgrund der umfassenden Komplexität des Themas können hier nur die wesentlichen Aspekte dargestellt werden. Siehe zum Thema ausführlich *Tiedemann* (Fn. 31), S. 331.

dem Ausland, wenn die Spende an einen hier gesetzlich versicherten Empfänger erfolgt und die Entnahme in Deutschland stattfindet, sog. Grundsatz der Zuständigkeit der Empfängerkrankenkasse.<sup>176</sup> Besonderheiten bestehen dabei jedoch bei Lebendorganspenden innerhalb der EU, der weiteren Staaten des EWR (Island, Lichtenstein, Norwegen) sowie der Schweiz. Hier greift die Empfehlung Nr. S1 der Verwaltungskommission.<sup>177</sup> Diese differenziert dabei grundsätzlich zwischen der Erstattung von Sachleistungen und dem entstandenen Verdienstausschlag.

Gemäß Abs. 2 der Empfehlung haben die zuständigen Behörden des Organempfängers sich um eine dem Gebot der Menschlichkeit entsprechende Lösung zu bemühen und dem Spender die für die grenzübergreifende Lebendspende notwendigen Sachleistungen zu erstatten, sofern die auf den Organspender anzuwendenden Rechtsvorschriften keinen Sachleistungsanspruch für ihn vorsehen.<sup>178</sup> Einem in Deutschland lebenden und versicherten Spender, der ein Organ an einen Empfänger aus dem Ausland (EU, EWR, Schweiz) spendet, steht kein Anspruch auf Leistungen nach § 27 Abs. 1a SGB V zu. Voraussetzung für diesen Anspruch ist nämlich, dass der Empfänger in Deutschland gesetzlich krankenversichert ist.<sup>179</sup> Auch sieht das deutsche Recht keine Grundlage für Ansprüche des Spenders auf im Zusammenhang mit der Organspende medizinisch notwendige Leistungen gegen den eigenen Versicherungsträger vor.<sup>180</sup> Darum ist in einer solchen Situation grundsätzlich der Träger des ausländischen Empfängers für die Übernahme der Sachleistungskosten zuständig.<sup>181</sup>

Für die Erstattung von Geldleistungen sieht Abs. 3 der Empfehlung vor, dass die zuständige Behörde des Spenders, ungeachtet des Mitgliedstaats der Organspende und des Organempfängers, für diese aufzukommen hat. Sie hat dem Spender den entstandenen Verdienstausschlag zu erstatten und zwar in der Höhe,

---

<sup>176</sup> Siehe zur Thematik „Spenden mit Auslandsbezug“ das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 35 ff.

<sup>177</sup> Empfehlung Nr. S1 der Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit v. 15.3.2012 über die finanziellen Aspekte grenzübergreifender Lebendorganspenden (2012/C20/04), ABl. 2012 Nr. C 240 vom 10.8.2012, S. 3. Diese beschränkt sich aber auf die Fälle der Lebendorganspende. Die Spende von Gewebe und Blutbestandteilen ist nicht umfasst. Hier greift der sog. Grundsatz der Zuständigkeit der Empfängerkrankenkassen, siehe dazu Gemeinsames Rundschreiben vom 25.09.2015 (Fn. 51), S. 36.

<sup>178</sup> So Abs. 2 der Empfehlung Nr. S1 (Fn. 177); siehe hierzu ebenso das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 36.

<sup>179</sup> Siehe hierzu bereits **B. III. 4. a).**

<sup>180</sup> Vgl. dazu Gemeinsames Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 37; ebenso *Tiedemann* (Fn. 31), S. 335.

<sup>181</sup> *Tiedemann* (Fn. 31), S. 335.

wie es auch das jeweilige nationale Recht bei Arbeitsunfähigkeit vorsieht.<sup>182</sup>

Für einen in Deutschland versicherten und lebenden Spender kommen somit bei Vermittlung des Organs an einen Empfänger im Ausland (EU, EWR, Schweiz) gleichfalls die Regelungen der §§ 27 Abs. 1a, 44a SGB V sowie § 3a EFZG hinsichtlich Geldleistungen zur Anwendung, da es auf dem Mitgliedstaat des Empfängers nicht ankommt.<sup>183</sup>

Zu beachten ist dabei aber, dass es sich bei der Empfehlung Nr. S1 lediglich um eine Empfehlung handelt. Bereits Anfang 1980 wurde vom *EuGH* eine Bindungswirkung für Beschlüsse der Verwaltungskommission abgelehnt.<sup>184</sup> Sie stellen zwar Hilfsmittel bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts dar, gegenüber nationalen Gerichten kommt ihnen jedoch keine Bindungswirkung zu.<sup>185</sup> Deshalb kann auch die Empfehlung, sollte es in der Praxis zu Streitfragen kommen, keine rechtssichere Antwort auf die Frage der Kostentragungspflicht bei Spenden mit Auslandsbezug geben.<sup>186</sup>

### C. Verhältnis von § 44a SGB V zu § 44 SGB V

#### I. Allgemeines zu § 44 SGB V

Der allgemeine Krankengeldanspruch ist in § 44 SGB V geregelt. Danach haben gesetzlich versicherte Personen Anspruch auf Krankengeld, wenn eine Krankheit sie arbeitsunfähig macht oder sie auf Kosten der Krankenkasse stationär in einem Krankenhaus oder einer Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtung behandelt werden.<sup>187</sup> Der Leistungsanspruch ist demnach abhängig vom Bestehen eines Versicherungsverhältnisses sowie dem Eintritt eines Versicherungsfalls.<sup>188</sup>

Ein Versicherungsfall liegt vor, wenn der Versicherte krankheitsbedingt

---

<sup>182</sup> Empfehlung Nr. S1 (Fn. 177), hierzu unter Empfehlung (3).

<sup>183</sup> Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Tiedemann* (Fn. 31), S. 335.

<sup>184</sup> *EuGH*, Rs. 98/80, ECLI:EU:C:1981:104 – Romano ./.. Institut national d'assurance maladie-invalidité.

<sup>185</sup> *EuGH*, Rs. 98/80, ECLI:EU:C:1981:104, Rn. 20 – Romano ./.. Institut national d'assurance maladie-invalidité.

<sup>186</sup> So auch *Tiedemann* (Fn. 31), S. 335; etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gemeinsamen Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51). Dies stellt zwar interne Leitlinien auf und dient somit als Auslegungshilfe für die Behördenmitarbeiter. Anders als Gesetzen kommt solchen Rundschreiben aber keine zwingende Außenwirkung zu.

<sup>187</sup> *Burkhardt*, in: HK-ArbR (Fn. 136), § 44 SGB V Rn. 3 ff.; vgl. den Überblick bei *Waltermann*, Sozialrecht, 12. Aufl. 2016, S. 97 Rn. 208.

<sup>188</sup> *Kruse*, in: LPK-SGB V (Fn. 58), § 44 Rn. 1 ff. u. 13 ff.; *Schiffederdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44 SGB V Rn. 4.

arbeitsunfähig ist oder stationär in einem Krankenhaus behandelt wird.<sup>189</sup> Der Anspruch entsteht nach § 46 SGB V entweder vom Tag der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit an oder ab Beginn der stationären Behandlung.<sup>190</sup>

Grundsätzlich wird das Krankengeld ohne zeitliche Begrenzung gewährt.<sup>191</sup> Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Versicherte wegen derselben Krankheit ununterbrochen arbeitsunfähig ist. Dieselbe Krankheit liegt dabei immer dann vor, wenn es sich um ein im ursächlichen Sinne einheitliches Krankheitsgeschehen handelt, die Krankheit also noch nicht ausgeheilt ist und immer wieder zu Beschwerden führt.<sup>192</sup> In diesem Fall erlischt der Anspruch nach Ablauf von 78 Wochen.<sup>193</sup> Ebenso erlischt der Anspruch, wenn der Versicherte mit Unterbrechungen innerhalb von drei Jahren (sog. Blockfrist) wegen derselben Krankheit mehrfach für insgesamt 78 Wochen arbeitsunfähig krankgeschrieben wurde.<sup>194</sup>

Die Höhe des Krankengeldes ergibt sich aus § 47 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB V. Es beträgt 70 % des Regelentgelts, soweit dieses der Beitragsberechnung unterliegt, höchstens jedoch 90 % vom Netto.<sup>195</sup> Bemessungsgrundlage ist dabei das zuvor erzielte regelmäßige Entgelt.<sup>196</sup>

Der Krankengeldanspruch ruht in den Fällen des § 49 Abs. 1 SGB V. Relevant ist insbesondere die Nr. 1, wonach der Anspruch ruht, soweit und solange Arbeitsentgelt durch den Arbeitgeber aufgrund einer Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFZG bezogen wird.<sup>197</sup>

---

<sup>189</sup> Zu den Versicherungsfällen siehe bereits **B. III. 3.**

<sup>190</sup> Neufassung vom 23.7.2015 (vgl. GKV-VSG, BGBl. I 1211). Davor entstand der Anspruch grds. erst von dem Tag an, der auf die ärztliche Feststellung folgte.

<sup>191</sup> So *Schiffederdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 48 SGB V Rn. 7.

<sup>192</sup> Zum Begriff „derselben Krankheit“ vgl. *BSG*, NZA 1989, 287 (288).

<sup>193</sup> *Kruse*, in: LPK-SGB V (Fn. 58), § 48 Rn. 3; *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 48 SGB V Rn. 5; *Schiffederdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 48 SGB V Rn. 9 f.

<sup>194</sup> Dazu *Waltermann*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 48 SGB V Rn. 2; ebenso *Berchtold* (Fn. 64), Rn. 611 ff.

<sup>195</sup> *Kruse*, in: LPK-SGB V (Fn. 58), § 47 Rn. 2; *Fuchs/Preis*, Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 345; *Muckel/Ogorek*, Sozialrecht, 4. Aufl. 2011, § 8 Rn. 131.

<sup>196</sup> Zu den Berechnungsmethoden und Berechnungsfaktoren siehe ausführlich *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 47 SGB V Rn. 14 ff.

<sup>197</sup> Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aus § 3 EFZG dient der Existenzsicherung des Arbeitnehmers und der Entlastung der Sozialkassen, siehe zum Anspruch ausführlich *Fischinger*, Ohne Arbeit kein Lohn, JuS 2016, 208 (212 ff.).

## II. Gemeinsamkeiten und Unterschiede von § 44 und § 44a SGB V

### 1. Gemeinsamkeiten

Beiden Ansprüchen gemein ist die Entgeltersatzfunktion.<sup>198</sup> Krankengeld wird geleistet, um ausgefallenes Entgelt zu kompensieren.<sup>199</sup> Für beide Anspruchsgrundlagen ist dabei der Begriff der Arbeitsunfähigkeit prägend.<sup>200</sup> Die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses ist durch die Ergänzung des § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 SGB V auch im Rahmen des § 44a SGB V zu berücksichtigen.<sup>201</sup>

Des Weiteren ruhen die Ansprüche nach § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V während der ersten sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit, wenn ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber besteht.<sup>202</sup> Für den allgemeinen Krankengeldanspruch ist hier § 3 EFZG, für den Krankengeldanspruch bei Lebendspende § 3a EFZG einschlägig. Auch die Berechnung erfolgt nach denselben Vorschriften, da § 44a S. 4 SGB V auf § 47 Abs. 2 bis 4 und § 47b SGB V verweist.<sup>203</sup> Darüber hinaus bleibt nach § 192 Abs. 1 Nr. 2 SGB V die Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger in der gesetzlichen Krankenversicherung sowohl während des Bezugs von Krankengeld nach § 44 SGB V, als auch nach § 44a SGB V bestehen.<sup>204</sup> Während dieser Zeit besteht Beitragsfreiheit in der GKV nach § 224 SGB V.

### 2. Unterschiede

Auch wenn die Ansprüche wie soeben gezeigt einige Gemeinsamkeiten aufweisen, gibt es grundlegende Unterschiede. Der Anspruch aus § 44a SGB V weist gegenüber dem allgemeinen Krankengeldanspruch einige Privilegien auf und wird aus diesem Grund auch als modifizierter Krankengeldanspruch bezeichnet.<sup>205</sup>

Einen wesentlichen Unterschied stellt dabei der Kreis der Anspruchsberech-

---

<sup>198</sup> *Rolfs*, in: *ErfK* (Fn. 8), § 44 SGB V Rn. 2; *Neumann* (Fn. 4), S. 1403.

<sup>199</sup> Siehe hierzu *BSGE* 60, 189 (192).

<sup>200</sup> *Greiner* (Fn. 4), S. 245; *Gerlach*, in: *Hauck/Noftz* (Fn. 7), § 44 SGB V Rn. 43 f.

<sup>201</sup> *BAnz AT*, 27.1.2014, B4, § 2 Abs. 8.

<sup>202</sup> Siehe hierzu *Schifferdecker*, in: *KassKomm* (Fn. 9), § 49 SGB V Rn. 9; *Rolfs*, in: *ErfK* (Fn. 8), § 49 SGB V Rn. 3.

<sup>203</sup> *Krasney* (Fn. 11), S. 189; *Neumann* (Fn. 4), S. 1403.

<sup>204</sup> *Marburger* (Fn. 155), S. 176; ebenso *Michels*, in: *Becker/Kingreen* (Fn. 54), § 192 SGB V Rn. 4.

<sup>205</sup> Vgl. insbesondere *BT-Drucks.* 17/9773, S. 93; auch *Gerlach*, in: *Hauck/Noftz* (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 3; *Neumann* (Fn. 4), S. 1402; *Tischler*, in: *BeckOK-SozR* (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 6; ebenso *Tiedemann* (Fn. 6), S. 61.

tigten dar. Gemäß § 44a S. 5 SGB V wird dieser gegenüber den sonst üblichen Berechtigten im SGB V erweitert.<sup>206</sup> Nach der Vorstellung des Gesetzgebers stehen Ansprüche nach § 44a SGB V, entgegen der sonstigen Systematik des Gesetzes, auch solchen Spendern zu, die nicht gesetzlich versichert sind, d.h. auch Privatversicherten sowie Spendern, die überhaupt nicht versichert sind.<sup>207</sup> Die Zuordnung der Leistung zur gesetzlichen Krankenversicherung wird dabei über das Versicherungsverhältnis des Empfängers vorgenommen.<sup>208</sup> Auch der Anspruchsausschluss des § 44 Abs. 2 SGB V ist auf § 44a SGB V nicht anzuwenden.<sup>209</sup> Somit steht auch den dort genannten Personen, wie zum Beispiel Familienversicherten, grundsätzlich ein Anspruch auf Krankengeld zu, sofern es zu einem Einkommensausfall kommt.<sup>210</sup>

Eine weitere Besonderheit des § 44a SGB V liegt darin, dass sich der Anspruch des Organspenders auf Krankengeld nicht gegen seine eigene Krankenkasse richtet, sondern gegen die des Organempfängers.<sup>211</sup> Dies stellt ebenfalls einen Unterschied zum allgemeinen Krankengeldanspruch dar und ist zugleich eine für das Krankenversicherungsrecht untypische Konstruktion und eine Abweichung vom Grundsatz des § 2 Abs. 1 SGB V, wonach die Krankenkassen grundsätzlich nur den bei ihnen Versicherten Leistungen zur Verfügung stellen.<sup>212</sup>

Auch bezüglich der Höhe unterscheiden sich die beiden Ansprüche. Das allgemeine Krankengeld beträgt 70 % des bisherigen Regelentgelts, soweit es der Beitragsberechnung unterliegt. Dabei darf es 90 % vom Netto nicht übersteigen.<sup>213</sup> Beim Krankengeld nach § 44a SGB V erfolgt grundsätzlich eine volle Erstattung des ausgefallenen Nettoarbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens.<sup>214</sup> Anders als bei § 44 SGB V sind dabei etwa auch lohnsteuerfreie Zuschläge zu berücksichtigen.<sup>215</sup>

Beginn und Dauer der Ansprüche unterscheiden sich ebenfalls. Der

---

<sup>206</sup> Siehe hierzu *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 4; ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

<sup>207</sup> *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 6.; ausführlich schon **B. III. 2.**

<sup>208</sup> Dazu *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 5; *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 27, ebenso *Greiner* (Fn. 4), S. 245.

<sup>209</sup> *Krasney* (Fn. 11), S. 189; *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 18.

<sup>210</sup> So *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 22.

<sup>211</sup> *Marburger* (Fn. 155), S. 176; *Tiedemann* (Fn. 6), S. 61.

<sup>212</sup> Siehe dazu bereits **A.**

<sup>213</sup> Siehe dazu **C. I.**

<sup>214</sup> Siehe dazu **B. IV. 3.**

<sup>215</sup> Siehe das Gemeinsame Rundschreiben vom 25.9.2015 (Fn. 51), S. 43.

Krankengeldanspruch nach § 44a SGB V entsteht mit dem Vorliegen seiner Voraussetzungen. Anders als bei § 44 SGB V kommt es nicht auf den Tag der ärztlichen Feststellung an.<sup>216</sup> Auch § 48 SGB V ist nicht anzuwenden. Somit gilt die zeitliche Beschränkung auf 78 Wochen nicht.<sup>217</sup> Eine Begrenzung ergibt sich allerdings bereits aus der Natur des Anspruchs, da § 44a SGB V sich nur auf den Vorgang der Spende und den sich regulär daran anschließenden Heilungsprozess bezieht.<sup>218</sup>

### III. Verhältnis der Vorschriften bei Aufeinandertreffen

Nicht ausgeschlossen ist, dass Arbeitsunfähigkeit infolge der Spende und eine sonstige Arbeitsunfähigkeit, zum Beispiel wegen Eigenerkrankung, gleichzeitig vorliegen. § 44a S. 4 Halbs. 2 SGB V bestimmt für diese Konstellation, dass Ansprüche nach § 44a SGB V solchen nach § 44 SGB V vorgehen.<sup>219</sup> Es kommt dabei nicht nur zum Ruhen des konkurrierenden, allgemeinen Krankengeldanspruchs, dieser ist vielmehr bereits tatbestandlich ausgeschlossen.<sup>220</sup> Somit ist sichergestellt, dass der Spender den höheren Krankengeldanspruch aus § 44a SGB V erhält, um seinen Einsatz für die Solidargemeinschaft im Gemeinwohlinteresse Rechnung zu tragen.<sup>221</sup> Wird die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr durch die Spende, sondern ausschließlich nur noch durch eine eigene Krankheit bedingt und liegen die Voraussetzungen des § 44 Abs. 1 SGB V vor, hat der Spender einen Anspruch auf Krankengeld aus seinem eigenen Versicherungsverhältnis. Eine Anrechnung der Dauer des Krankengeldbezuges nach § 44a SGB V auf die Dauer des allgemeinen Krankengeldes findet wegen der fehlenden Verweisung in § 44a S. 4 SGB V auf § 48 SGB V nicht statt.<sup>222</sup>

### D. Ausgaben nach § 44a SGB V im Kostengefüge der GKV

Die Krankengeldausgaben der GKV sind seit 2007 stark gestiegen und haben

---

<sup>216</sup> Dazu etwa *Gerlach*, in: Hauck/Noftz (Fn. 7), § 44a SGB V Rn. 32; *Krasney* (Fn. 11), S. 189; *Joussen*, in: Becker/Kingreen (Fn. 54), § 44a SGB V Rn. 5.

<sup>217</sup> *Rolfs*, in: ErfK (Fn. 8), § 44a SGB V Rn. 1; *Waltermann*, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 77), § 44a SGB V Rn. 8; *Tischler*, in: BeckOK-SozR (Fn. 33), § 44a SGB V Rn. 10.

<sup>218</sup> Siehe hierzu **B. IV. 2. b) aa)**.

<sup>219</sup> Vgl. dazu *Neumann* (Fn. 4), S. 1403; *Greiner* (Fn. 4), S. 245; *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 42.

<sup>220</sup> So *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 19; Vgl. hierzu auch BT-Drucks. 17/9773, S. 39.

<sup>221</sup> BT-Drucks. 17/9773, S. 39; ebenso *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 9.

<sup>222</sup> Siehe hierzu *Greiner*, in: NK-GesundhR (Fn. 37), § 44a SGB V Rn. 19; *Nebendahl*, in: Spickhoff (Fn. 39), § 44a SGB V Rn. 9; *Schifferdecker*, in: KassKomm (Fn. 9), § 44a SGB V Rn. 42.



im Jahr 2014 mit 10,6 Milliarden Euro ihren bisherigen Höhepunkt erreicht.<sup>223</sup> Angesichts der ohnehin schon stark finanziell belasteten Situation der Krankenkassen könnte man daher die Privilegierung der Spender hinterfragen.

Die Krankengeldausgaben im Rahmen des § 44a SGB V werden jedoch gar nicht von den allgemeinen Krankengeldzahlen erfasst.<sup>224</sup> Sie werden vielmehr unter der Kontengruppe „Krankenhausbehandlung“ verbucht.<sup>225</sup> Aus dem Anstieg der allgemeinen Krankengeldausgaben lässt sich also kein Rückschluss daraus ziehen, dass die Ausgaben für Organspender für die Kassen immense Kosten verursachen. Auch aus einem Vergleich der Ausgaben für die Krankenhausbehandlungen in den letzten Jahren mit denen für das Krankengeld lässt sich nicht folgern, dass die Ausgaben für Lebendspender die Kassen über Maß belasten. Während die allgemeinen Krankengeldausgaben um 8,1 % jährlich gestiegen sind,<sup>226</sup> war der Anstieg bei den Krankenhausbehandlungen deutlich geringer und betrug nur knapp die Hälfte, etwa 4,2 %.<sup>227</sup>

Des Weiteren kann erwartet werden, dass die Aufwendungen der Krankenkasse an den Spender im Regelfall durch Einsparungen im Hinblick auf ansonsten zu erbringende Leistungen an den Spendenempfänger schon nach einiger Zeit mehr als kompensiert sein dürften.<sup>228</sup> Dies mag vor allem auf Nierenspenden zutreffen, da durch die Spende die sonst notwendigen Dialysebehandlungen des Empfängers entfallen.<sup>229</sup>

---

<sup>223</sup> Siehe hierzu das Sondergutachten 2015: Sachverständigenrat zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen „Krankengeld- Entwicklung, Ursachen und Steuermöglichkeiten“, S. 21, welches sich ausführlich mit den Krankengeldausgaben der letzten Jahre beschäftigt.

<sup>224</sup> Laut Auskunft des BKK Dachverband e.V. auf Kontaktanfrage.

<sup>225</sup> Ebenso. Die Finanzergebnisse der GKV weisen dies als Kontengruppe 4600 („Krankenhausbehandlung ohne 4603 bis 4606 und 4608“) aus, abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KV45\\_1\\_4\\_Q\\_2016\\_Internet.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/Statistiken/GKV/Finanzergebnisse/KV45_1_4_Q_2016_Internet.pdf) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>226</sup> So das Sondergutachten 2015 (Fn. 223), S. 21.

<sup>227</sup> *Ebd.* Dies ergibt sich aus dem Vergleich der Finanzergebnisse der letzten Jahre. So lagen die Ausgaben 2014 bei 57.887.499.308 €, 2013 bei 55.643.403.892 € und im Jahr 2012 bei 53.196.511.496 €.

<sup>228</sup> So *Neumann* (Fn. 4), S. 1402; vgl. auch BT-Drucks. 15/5050, S. 14.

<sup>229</sup> BT-Drucks. 15/5050, S. 14. Bei Dialysebehandlungen entstehen im Jahr durchschnittlich Kosten von ca. 33.000 € sowie zusätzliche Behandlungskosten von jährlich etwa 7.600 €. Bei Nierentransplantationen ist hingegen nur mit einmaligen Kosten von ca. 46.000 € sowie jährlichen Behandlungskosten von ca. 10.000 € zu rechnen. Durch Wegfall der Dialysebehandlung nach erfolgreicher Nierentransplantation sind im Regelfall bald nach der Transplantation deren direkte Kosten ausgeglichen.

Auch lassen sich die Kostenausgaben meines Erachtens dadurch rechtfertigen, dass es bei den Spenden um die Rettung von Menschenleben geht, also ein Gut von höchstem Verfassungsrang bewahrt wird. Wenn durch eine vollständige finanzielle Absicherung die Anreize zur Lebendspende erhöht werden können, erscheinen die privilegierten Aufwendungen an die Spender mehr als gerechtfertigt.

### E. Resümee

Mit dem TPGÄndG ist eine lang überfällige gesetzliche Regelung für die Lebendspende geschaffen worden. Auch wenn der soziale Schutz der Organspender schon zuvor größtenteils von der Rechtsprechung ausgestaltet und weitgehend anerkannt war, war die Kodifizierung wichtig, um Rechtssicherheit zu schaffen. Die eingeführten gesetzlichen Regelungen sind geeignet, dem Spender materielle Sorgen zu nehmen und Konflikte im Arbeitsverhältnis auszuräumen. Somit entlasten sie die emotional und psychisch oft schwierige Situation im Umfeld einer Lebendspende.<sup>230</sup> Potentiellen Spendern wird die Entscheidung zugunsten einer Spende zu Lebzeiten so zumindest erleichtert.<sup>231</sup> Die Entscheidung für oder gegen eine Spende bleibt freilich nach wie vor eine Entscheidung höchstpersönlicher Art und wird wohl in den meisten Fällen auch nicht davon abhängig gemacht, welche Leistungen der Spender von der Krankenkasse des Empfängers erhält.<sup>232</sup>

Die Zahl der Lebendspenden hat über die letzten Jahre im Durchschnitt leicht zugenommen.<sup>233</sup> Trotz allem ist der Mangel an Organen unverändert hoch. Dies liegt wohl vor allem an der geringen und in den letzten Jahren noch weiter eingebrochenen Bereitschaft der Deutschen, postmortal Organe zu spenden, was wohl unter anderem auf die Organskandale der letzten Jahre zurückzuführen ist.<sup>234</sup> Im Transplantationsrecht ist daher noch lange nicht alles geklärt und es besteht Bedarf nach weitergehenden Lösungsansätzen, um den immer länger werdenden Wartelisten entgegenzuwirken. Die soziale Absicherung der Lebendspender war jedoch ein entscheidender und wegweisender Schritt, das Problem in Angriff zu nehmen.

---

<sup>230</sup> So auch Greiner (Fn. 4), S. 247.

<sup>231</sup> Vgl. Tiedemann (Fn. 6), S. 59.

<sup>232</sup> Zu diesem Fazit gelangt auch Neumann (Fn. 4), S. 1404.

<sup>233</sup> So die Angaben der DSO zur Lebendspende.

<sup>234</sup> Dazu etwa aktuelle Meldungen Deutscher Bundestag, abrufbar unter: <http://www.bundestag.de/presse/hib/201601/-/402606> (letzter Abruf: 11.6.2017); ebenso Tiedemann (Fn. 31), S. 331.

**Piet Akkermann\***

## **Ehescheidungskosten als außergewöhnliche Belastungen**

### **Abstract**

Die steuerliche Berücksichtigung der Verfahrenskosten für die Ehescheidung durchlief eine wechselvolle Entwicklung. Die mit der Abziehbarkeit allgemeiner Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG eng verknüpfte Frage, ob und in welchem Umfang Kosten der Ehescheidung steuerlich abziehbar sind, ist äußerst umstritten. Die steigende gesellschaftliche Relevanz von Ehescheidungen verlangt aber eine rechtssichere Behandlung der Kosten. Der Aufsatz gibt einen Überblick über den wissenschaftlichen Diskurs und setzt sich mit den in der Rechtsprechung der Finanzgerichte und der Literatur vertretenen Lösungsmöglichkeiten auseinander. Er gibt auf Basis des analysierten Meinungsstandes eine Prognose bezüglich des zu erwartenden Grundsatzurteils des *Bundesdesfinanzhofs* ab.

---

\* Der Verfasser studiert im sechsten Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der vorliegende Beitrag wurde als Seminararbeit im Rahmen des steuerrechtlichen Seminars „Das Subjektive Nettoprinzip“ im Sommersemester 2016 bei Herrn Prof. Dr. Markus Heintzen verfasst.

## A. Einführung und Grundbegriffe

### I. Ehescheidung

Die Ehescheidung ist das Instrument zur Auflösung gescheiterter Ehen und bedarf gemäß § 1564 S. 1 BGB einer richterlichen Entscheidung.<sup>1</sup> Mit Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses ist die Ehe mit ex nunc-Wirkung aufgelöst.<sup>2</sup> Das deutsche Scheidungsrecht wurde durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts<sup>3</sup> vom 14.6.1976 grundlegend verändert. Seither liegt dem Scheidungsrecht das sogenannte „Zerrüttungsprinzip“ zugrunde, nach dem sich die Scheidung der Ehe bereits dadurch rechtfertigt, dass sich die wechselseitige innere Bindung der Ehe unwiederbringlich aufgelöst hat.<sup>4</sup> Das Scheidungsrecht kennt in § 1565 Abs. 1 BGB den nach heutiger Rechtslage einzigen Scheidungsgrund, das Scheitern der Ehe. Dies ist nach gesetzlicher Definition in § 1565 Abs. 1 S. 2 BGB dann der Fall, wenn die Ehegemeinschaft nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen. Nicht mehr erforderlich sind ehewidrige Verhaltensweisen der Ehegatten, sodass es auch zu keinem Schuldausspruch im Ehescheidungsverfahren mehr kommt.<sup>5</sup>

Die Zerrüttung der Ehe wird gemäß § 1566 Abs. 1 BGB unwiderlegbar vermutet, wenn die Ehegatten mindestens ein Jahr lang getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder nach § 1566 Abs. 2 BGB bei dreijähriger Trennung der Ehegatten. Eine Ehescheidung vor Ablauf des Trennungsjahres ist nur unter dem Vorliegen einer unzumutbaren Härte zulässig, die ein Abwarten des Trennungsjahres absolut ausschließt und an die strenge Anforderungen zu stellen sind.<sup>6</sup> Ein Härtefall ist etwa bei Gewalt unter den Ehegatten<sup>7</sup> oder schwerer Beleidigung anzunehmen.<sup>8</sup> Zweck der Härtefallregelung ist es einerseits, Rechtsmissbrauch vorzubeugen, bei dem ein Ehegatte die Lebensgemeinschaft einseitig zerstört, um daraus für ihn günstige Rechtsfolgen abzuleiten, und andererseits, vor übereilten Scheidungsentschlüssen zu bewahren.<sup>9</sup>

<sup>1</sup> *Muscheler*, Familienrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 359.

<sup>2</sup> *Wellenbofer*, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 17.

<sup>3</sup> BGBl. I, 1976, S. 1421.

<sup>4</sup> *BGH*, FamRZ 2012, 316 (316 f.); *Schwab*, Familienrecht, 22. Aufl. 2014, Rn. 330.

<sup>5</sup> *Schwab*, in: Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Teil II, 7. Aufl. 2013, Rn. 3.

<sup>6</sup> *Ganz*, in: Schulz/Hauß, 2. Aufl. 2012, § 1565 BGB Rn. 5-7.

<sup>7</sup> *BGH*, FamRZ 1981, 127 (127 f.).

<sup>8</sup> *BGH*, FamRZ 1981, 127 (127 f.).

<sup>9</sup> *Schwab*, in: Schwab (Fn. 5), Rn. 49, 51.

## 1. Statistische Daten zu Eheschließungen und Ehescheidungen

Betrachtet man die Statistiken zu Eheschließungen und -scheidungen aus den Bezugsjahren 1960 bis 2014, so lassen sich zwei gesellschaftliche Entwicklungen ersehen. Zum einen heiraten immer weniger Menschen in Deutschland und zum anderen werden Ehen immer häufiger wieder geschieden. Im Jahr 1960 heirateten in Deutschland noch rund 690.000 Menschen, was einer Quote von 9,5 je 1000 Einwohnern entspricht.<sup>10</sup> Die absolute Zahl der Eheschließungen ist seither stetig auf den Wert von zuletzt rund 386.000 im Jahr 2014 gefallen, hat sich damit bei rund 4,8 je 1000 Einwohner fast halbiert.<sup>11</sup> Bei den Ehescheidungen ist ein entgegengesetztes Bild erkennbar. 1960 wurden rund 73.000 Ehen geschieden<sup>12</sup>, also im Verhältnis zu den Eheschließungen nur etwa 10 %. Zum Vergleich waren es 2015 etwa 163.000 Scheidungen und damit 43 % in Relation zu den Eheschließungen.<sup>13</sup> Insgesamt stieg die absolute Zahl der Ehescheidungen von 1960 bis 2015 um etwas mehr als das Doppelte, wohingegen die Zahl der Eheschließungen um knapp 45 % zurückgegangen ist.<sup>14</sup>

## 2. Soziologische Begründung erhöhter Scheidungsraten

Die Gründe für statistisch deutlich erhöhte Scheidungsraten im Vergleich der Jahre 1960 bis 2014 lassen sich in einem mannigfaltigen soziokulturellen Wandel finden. Zum einen wird angeführt, dass die Ehe als Institution der partnerschaftlichen Beziehung heutzutage weniger attraktiv ist als noch in den 1960er Jahren, sodass vermehrt alternative Lebensformen praktiziert werden.<sup>15</sup>

Zudem sind Ehescheidung und die Möglichkeit auf Wiederheirat einem immer geringeren sozialen Stigma ausgesetzt, weshalb der Zusammenhalt der Ehe heute weniger „von außen forciert“ wird als „von innen selbsttätig hergestellt“ werden muss.<sup>16</sup> Dies führt allgemein dazu, dass Scheidungsbarrieren entfallen und Menschen eher geneigt sind, sich eine attraktivere Alternative zum bisherigen Partner zu suchen.<sup>17</sup>

---

<sup>10</sup> *Statistisches Bundesamt*, Eheschließungen, Ehescheidungen, abrufbar unter: [https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Ehescheidungen/Tabellen\\_/lrbev06.html](https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Ehescheidungen/Tabellen_/lrbev06.html) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>11</sup> *Ebd.*

<sup>12</sup> *Ebd.*

<sup>13</sup> *Ebd.*

<sup>14</sup> *Ebd.*

<sup>15</sup> *Wagner*, Scheidungsrisiken in Deutschland aus soziologischer Sicht, *GMH* 55 (2004), 483 (488).

<sup>16</sup> *Ebd.*

<sup>17</sup> *Ebd.*

Zuletzt spielt auch die Abnahme rechtlicher Hürden der Ehescheidung, wie der Übergang vom Schuldprinzip zum Zerrüttungsprinzip, in der Form eine Rolle, als es durch die Möglichkeit der Scheidung aufgrund von Zerrüttung unkomplizierter geworden ist, sich von einer Ehe zu lösen.<sup>18</sup>

### 3. Scheidungsverfahren

Das Scheidungsverfahren ist eine Ehesache, deren Vorschriften sich seit dem 1.9.2009 nicht mehr in der ZPO finden lassen, sondern im Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) niedergelegt sind. In erster Instanz ist nach § 23b Abs. 1 GVG das Familiengericht für alle Familiensachen zuständig, zu denen gemäß § 121 FamFG die Ehesachen gehören.<sup>19</sup> Zu den Besonderheiten des Scheidungsverfahrens gehören die Bezeichnung Antrag statt Klage und die Bezeichnung der richterlichen Entscheidung als Beschluss und nicht als Urteil.<sup>20</sup>

Im Scheidungsverfahren gilt gemäß § 127 Abs. 1 FamFG der eingeschränkte Untersuchungsgrundsatz, nach dem das Gericht die entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen zu erforschen hat.<sup>21</sup> Eine weitere Besonderheit ist der Anwaltszwang in Ehesachen (vgl. § 114 Abs. 1 FamFG), der faktisch auch für den Antragsgegner gilt, da dieser ohne anwaltliche Vertretung keine Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen kann.<sup>22</sup>

### 4. Verbund von Scheidungs- und Folgesachen

Ein Kernelement des Ehescheidungsrechts ist der Verbund von Scheidungs- und Scheidungsfolgesachen als Ausformung des Prinzips der Verhandlungs- und Entscheidungskonzentration, nach welchem die Scheidung und ihre Folgen gleichzeitig erledigt werden (siehe §§ 137, 142 FamFG). Zwingend wird der Versorgungsausgleich zwischen den Parteien gemäß § 137 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 FamFG in den Verbund mit der Scheidung einbezogen (Zwangsverbund), wobei auf Antrag eines Ehegatten weitere Folgesachen wie Verteilung von Hausrat und Ehewohnung, der Ausgleich nach Beendigung des ehelichen Güterstandes, die Unterhaltspflicht gegenüber dem geschiedenen Ehegatten und minderjährigen Kindern sowie Sorge- und Umgangsrechtsverhandlungen

<sup>18</sup> Jäger/Hamm, in: Johannsen/Heinrich, 6. Aufl. 2015, § 1564 BGB Rn. 9; Wagner (Fn. 15), S. 488.

<sup>19</sup> Schlüter, BGB – Familienrecht, 14. Aufl. 2013, Rn. 185.

<sup>20</sup> Hilbig, Besonderheiten im Scheidungsverfahren, Jura 2009, 910 (911).

<sup>21</sup> Weber, in: Keidel, 18. Aufl. 2014, § 127 FamFG Rn. 4.

<sup>22</sup> Schwab (Fn. 4), Rn. 336.

in den Verbund einbezogen werden.<sup>23</sup> Voraussetzung für den Verbund ist gemäß § 137 Abs. 2 S. 1 FamFG, dass ein Ehegatte die Folgesachen rechtzeitig, zwei Wochen vor der letzten mündlichen Verhandlung in der Scheidungssache im ersten Rechtszug, anhängig macht.<sup>24</sup> Zudem sind die Folgesachen nur verbundfähig, wenn über sie im Falle der Ehescheidung entschieden werden müssten.<sup>25</sup> Dies schließt alle Verfahren für die Zeit des Getrenntlebens aus.<sup>26</sup> Zweck des Verbundes ist es, die Absicherung des sozial schwächeren Partners und den Schutz des nicht scheidungswilligen Ehegatten zu gewährleisten und ferner, den Ehegatten die weitreichenden sozialen und finanziellen Folgen der Scheidung warnend vor Augen zu führen.<sup>27</sup>

## 5. Scheidungskosten

Wird die Ehe erfolgreich geschieden, so werden die Kosten gegeneinander aufgehoben, sodass die Parteien gemäß § 150 FamFG die Gerichtskosten jeweils zur Hälfte und ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen haben.<sup>28</sup> Diese Regelung steht im Gegensatz zur grundlegenden zivilprozessualen Kostenregelung, wonach die unterlegene Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat (vgl. § 91 Abs. 1 ZPO).<sup>29</sup> Die Kosten einer Ehescheidung lassen sich grob in zwei Gruppen kategorisieren.

### *a) Verfahrenskosten der Ehescheidung*

Verfahrenskosten der Ehescheidung sind solche, die direkt aus dem Scheidungsverfahren entstehen. Hauptsächlichste Kosten der Ehescheidung sind die Verfahrensgebühr für das Scheidungsverfahren, Gerichtskosten des Scheidungsverfahrens sowie Rechtsanwaltskosten.<sup>30</sup>

Die Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten bemisst sich gemäß § 3 Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen (FamGKG) und §§ 2, 13 Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) nach dem Streitwert des Verfahrens.<sup>31</sup>

---

<sup>23</sup> Hilbig (Fn. 20), S. 915.

<sup>24</sup> Markwardt, in: Johannsen/Heinrich (Fn. 18), § 137 FamFG Rn. 14a.

<sup>25</sup> Muscheler (Fn. 1), Rn. 407.

<sup>26</sup> Hilbig (Fn. 20), S. 915.

<sup>27</sup> Borth/Grandel, in: Musielak/Borth, 5. Aufl. 2015, § 137 FamFG Rn. 1; FG Münster, EFG 2015, 221 (223).

<sup>28</sup> Löbnig, in: Bork/Jacoby/Schwab, 2. Aufl. 2013, § 150 FamFG Rn. 2.

<sup>29</sup> Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 1087.

<sup>30</sup> FG Münster, EFG 2015, 221 (221 ff.).

<sup>31</sup> Dörndorfer, in: Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann, 3. Aufl. 2014, § 43 FamGKG, Rn. 1-4.

*b) Scheidungsfolgekosten*

Scheidungsfolgekosten sind alle Kosten, die im Zusammenhang mit der Durchführung von Verfahren, die mit dem Scheidungsverfahren im Verhandlungs- und Entscheidungsverbund verhandelt werden, entstehen, wie etwa Vermögensauseinandersetzungen der zu scheidenden Ehepartner.<sup>32</sup> Auch Scheidungsfolgenvereinbarungen, in denen die Ehegatten die konkreten Folgen der Scheidung einvernehmlich bestimmen<sup>33</sup> und die dazugehörigen Anwaltskosten sind Scheidungsfolgekosten.<sup>34</sup>

**II. Außergewöhnliche Belastungen****1. Anwendungsbereich und steuerrechtliche Berücksichtigung/  
Ausprägung des subjektiven Nettoprinzips**

Die Einkommensteuer orientiert sich als Personensteuer in ihrer Höhe an der individuellen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen.<sup>35</sup> Diese individuelle Leistungsfähigkeit bemisst sich nach der Zahlungsfähigkeit des jeweiligen Steuerpflichtigen, wobei die unterschiedlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu berücksichtigen sind.<sup>36</sup> Der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit wird durch das Nettoprinzip konkretisiert, wonach vor dem steuerlichen Zugriff des Staates erwerbs- und existenzsichernde Aufwendungen abgezogen werden, also ein Netto an tatsächlich disponiblen Einkommen gebildet wird.<sup>37</sup> Dabei unterteilen sich die Aufwendungen in solche, die der Steuerpflichtige zur Sicherung seiner Einkommensquelle (objektiv) einsetzt, und solche, die ihm zur Erhaltung der persönlichen Daseinssicherung erwachsen (subjektiv).<sup>38</sup>

Außergewöhnliche Belastungen sind nach der Legaldefinition in § 33 Abs. 1 EStG „bewusste und gewollte Vermögensverwendungen, die in den Bereich der privaten Lebensführung fallen“.<sup>39</sup> Die Abziehbarkeit von außergewöhnlichen Belastungen stellt somit eine Durchbrechung des Grundsatzes vom Abzugsverbot von privaten Vermögensverwendungen dar, nach dem private Aufwendungen grundsätzlich nicht zur Minderung des zu versteuernden

<sup>32</sup> *FG Münster*, EFG 2015, 221 (223).

<sup>33</sup> *Tiedke*, in: *Korintenberg*, 19. Aufl. 2015, § 100 GNotKG Rn. 74.

<sup>34</sup> Urteilsanmerkung *Lemair* zu *FG Münster*, EFG 2015, 221 (223).

<sup>35</sup> *Rick/Gierschmann/Gunsenheimer/Schneider/Kremer*, Einkommensteuer, 20. Aufl. 2014, Rn. 801.

<sup>36</sup> *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 18. Aufl. 2015, Rn. 33.

<sup>37</sup> *Hey*, in: *Tipke/Lang*, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 74.

<sup>38</sup> *Birk/Desens/Tappe* (Fn. 36), Rn. 189 f.

<sup>39</sup> *Loschelder*, in: *Schmidt*, 34. Aufl. 2015, § 33 EStG Rn. 6.



Einkommens dienen dürfen (vgl. § 12 Nr. 1 S. 1 EStG).<sup>40</sup> Die Ursache für die Durchbrechung liegt im Gebot der Steuerfreiheit des Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1, 3 GG, Art. 3 Abs. 1 GG begründet, nach dem die Besteuerung des Bürgers erst dort beginnen darf, wo dieser die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein für sich und seine Familie besorgt hat.<sup>41</sup> In der Abziehbarkeit der außergewöhnlichen Belastungen verwirklicht sich somit das subjektive Nettoprinzip, welches festlegt, dass der Steuerpflichtige sein Einkommen um diejenigen privaten Aufwendungen mindern darf, die er nicht vermeiden kann und die seine Leistungsfähigkeit zwangsläufig reduzieren.<sup>42</sup>

## 2. Außergewöhnliche Belastungen in der Berechnung der Einkommensteuer

Das zu versteuernde Einkommen bildet die Bemessungsgrundlage bei der Festsetzung der Einkommensteuer.<sup>43</sup> Die Berechnung des zu versteuernden Einkommens bestimmt sich nach § 2 EStG. Der Definition aus § 2 Abs. 5 S. 1 EStG zufolge stellt das zu versteuernde Einkommen das „Einkommen vermindert um die Freibeträge nach § 32 Abs. 4 EStG und um die sonstigen vom Einkommen abzählbaren Beträge“ dar (vgl. § 2 Abs. 5 S. 1 EStG). Das „Einkommen“ aus dieser Definition bedeutet gemäß § 2 Abs. 4 EStG den „Gesamtbetrag der Einkünfte, vermindert um die Sonderausgaben und die außergewöhnlichen Belastungen“.

§ 2 Abs. 3 EStG erklärt wiederum, dass unter „Gesamtbetrag der Einkünfte“ die „Summe der Einkünfte, vermindert um den Altersentlastungsbetrag, den Entlastungsbetrag für Alleinerziehende und den Abzug nach § 13 Abs. 3 EStG“ zu verstehen ist (vgl. § 2 Abs. 3 EStG). Diese Einkünfte werden nach § 2 Abs. 1, 2 EStG in sieben Einkunftsarten kategorisiert und bilden den „Ausgangspunkt für die Berechnung des Einkommens“.<sup>44</sup>

Folglich werden die außergewöhnlichen Belastungen vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen, sodass sich dieser um den Betrag der außergewöhnlichen

---

<sup>40</sup> Kirchhof, Drei Bereiche privaten Aufwands im Einkommensteuerrecht – Zur Trennung der Erwerbs- und Privatsphäre unter besonderer Berücksichtigung der außergewöhnlichen Belastungen, DStR 2013, 1867 (1867 f.).

<sup>41</sup> BVerfGE 120, 125 (125).

<sup>42</sup> Hey, in: Tipke/Lang (Fn. 37), Rn. 71.

<sup>43</sup> Birk/Desens/Tappe (Fn. 36), Rn. 602.

<sup>44</sup> Ebd.

Belastungen verringert.<sup>45</sup>

### 3. Regime des § 33 EStG

Die Abziehbarkeit von außergewöhnlichen Belastungen richtet sich nach § 33 EStG. Um in der Einkommensermittlung Berücksichtigung zu finden, muss die private Aufwendung eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen.

Zunächst muss eine Aufwendung vorliegen, also gemäß § 4 Abs. 4 EStG ein Ausschneiden von Geld oder geldwerten Mitteln aus dem Vermögen des Steuerpflichtigen, wobei eine Leistungshandlung und mithin das Bewusstsein und der Wille zur Aufwendung erforderlich sind.<sup>46</sup> Diese Aufwendung muss das Vermögen des Steuerpflichtigen auch endgültig belasten, sodass der Erhalt eines Gegenwertes für die Aufwendung, wie zum Beispiel Leistungen einer Krankenversicherung für eine ärztliche Behandlung, die Berücksichtigung grundsätzlich ausschließt.<sup>47</sup>

Weiterhin müssen diese Belastung und das sie kausal auslösende Ereignis außergewöhnlich sein, den Steuerpflichtigen also alleine oder zusammen mit einer vergleichbaren Gruppe im Gegensatz zur Mehrheit der Steuerpflichtigen gleicher Vermögensverhältnisse treffen.<sup>48</sup> Dabei wird trotz des darauf hindeutenden Wortlautes nicht nur auf die Höhe der Aufwendungen abgestellt, sondern auf die Frage, ob sie außerhalb des Regelmäßigen liegen.<sup>49</sup>

Berücksichtigung finden die Kosten gemäß § 33 Abs. 2 EStG nur, wenn sie dem Steuerpflichtigen auch zwangsläufig erwachsen, er sich ihnen also aus rechtlichen, tatsächlichen oder moralischen Gründen nicht entziehen kann. Dabei wird wiederum kumulativ auch auf den die Zwangslage begründenden Umstand abgestellt, den der Steuerpflichtige nicht selbstständig gesetzt haben darf.<sup>50</sup>

Sind die zwangsläufigen Kosten für den Steuerpflichtigen gemäß der Tabelle in § 33 Abs. 3 EStG auch unzumutbar, besteht auf Antrag ein Rechtsanspruch auf

---

<sup>45</sup> *Niemeier/Schnitter/Kober/Nöcker/Stuparu*, 23. Aufl. 2014, Ord.Nr.: 29.7.1.

<sup>46</sup> *Mellinghoff*, in: Kirchhof, 15. Aufl. 2016, § 33 EStG Rn. 6.

<sup>47</sup> *Brockmeyer*, Entwicklungslinien der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu den außergewöhnlichen Belastungen, DStZ 1998, 214 (215).

<sup>48</sup> *Heger*, in: Blümich, 134. Aufl. 2016, § 33 EStG Rn. 81 f.

<sup>49</sup> *Sunder-Plassmann*, Neuere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs zu § 33 EStG, DStR 1992, 1301 (1302).

<sup>50</sup> *Bleschick*, in: Kanzler/Kraft/Bäumel, 2016, § 33 EStG Rn. 63.

Reduzierung des Einkommens bei der Berechnung der Einkommensteuer.<sup>51</sup>

#### 4. Prozesskosten in diesem Regime

Für den Abzug von Prozesskosten stellt § 33 Abs. 2 S. 4 EStG zur Begründung der Zwangsläufigkeit zusätzliche Anforderungen, die die allgemeine Zwangsläufigkeitsformel konkretisieren.<sup>52</sup> Die Aufwendungen für den Prozess müssen solche sein, „ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse in dem üblichen Rahmen nicht mehr befriedigen zu können“ (vgl. § 33 Abs. 2 S. 4 EStG).

#### B. Rechtsentwicklung der steuerrechtlichen Berücksichtigung von Ehescheidungskosten

Die Abziehbarkeit von Prozesskosten der Ehescheidung ist eng mit der steuerrechtlichen Berücksichtigung von allgemeinen Zivilprozesskosten verwoben. Im Folgenden soll die Entwicklung von Zivilprozesskosten und von Ehescheidungskosten von der Zeit nach der Reform des Scheidungsrechts mit Erlass des „Ersten Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts“ (1. EheRG) bis heute nachvollzogen werden.

#### I. Ursprüngliche Rechtsprechung des BFH zu Zivilprozesskosten im Allgemeinen – zu Scheidungskosten im Speziellen

Die ursprüngliche Rechtsprechung des *Bundesfinanzhofs*<sup>53</sup> bis zur Rechtsprechungsänderung mit Urteil vom 12.5.2011 sah die Abziehbarkeit von Zivilprozesskosten nur unter strengen Anforderungen vor.<sup>54</sup> Da Prozesskosten im § 33 EStG a.F. nicht explizit geregelt waren, war es den zu erkennenden Richtern überlassen, diese in dem System der außergewöhnlichen Belastungen unterzubringen.<sup>55</sup> Insofern war die Behandlung von Prozesskosten und Scheidungsverfahrenskosten reines Richterrecht.<sup>56</sup> Im Grundsatz sprach eine Vermutung gegen die Zwangsläufigkeit der Kosten, da der Steuerpflichtige nach Ansicht des *BFH* frei darüber disponieren konnte, ob er einen Prozess

<sup>51</sup> *Loschelder*, in: Schmidt (Fn. 39), § 33 EStG Rn. 1.

<sup>52</sup> *Bleschick*, Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen – Alles auf Anfang?, FR 2013, 932 (935).

<sup>53</sup> Im Folgenden mit *BFH* abgekürzt.

<sup>54</sup> *BFH*, HFR 1997, 13 (13).

<sup>55</sup> Dies feststellend: *Heim*, Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen, DStZ 2014, 166 (166).

<sup>56</sup> *Heim* (Fn. 55) S. 166; allg. Richterrecht: *Picker*, in: Bumke, Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 85 f.

einging oder nicht.<sup>57</sup> Durchbrochen wurde dieses Abzugsverbot von Prozessen, „ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse nicht mehr befriedigen zu können“.<sup>58</sup>

Die Verfahrenskosten für die Ehescheidung waren als Ausnahme von diesem Abzugsverbot übereinstimmend anerkannt, da die Ehe nach § 1564 BGB zu Lebzeiten nur durch einen gerichtlichen Scheidungsbeschluss beendet werden kann, und damit rechtlich zwangsläufig waren.<sup>59</sup> Später wurde zur Begründung der Zwangsläufigkeit angeführt, dass die Trennung einer zerrütteten Ehe zu einem menschenwürdigen Dasein zählt und den Steuerpflichtigen aus tatsächlichen Gründen unter Zwang setzt.<sup>60</sup> Insgesamt legte der *BFH* eine typisierende Betrachtungsweise an die Kosten einer Ehescheidung an, nach der Scheidungsverfahren die Formel der Existenzgrundlage und Bedürfnisbefriedigung für Prozesskosten erfüllten.<sup>61</sup> Die Folgekosten der Scheidung waren ob der Möglichkeit einer außergerichtlichen Einigung nicht zwangsläufig, mit Ausnahme der Prozesskosten, die mit der Scheidung im Zwangsverbund standen.<sup>62</sup>

## II. Änderung der *BFH*-Rechtsprechung mit Urteil vom 12.5.2011

Mit Urteil vom 12.5.2011 änderte der *BFH* diesen langjährigen Grundsatz und seine Rechtsprechung grundlegend.<sup>63</sup> War die Abziehbarkeit von Prozesskosten vorher lediglich ausnahmsweise möglich, erkannte der *BFH* nun alle Prozesskosten als nach § 33 EStG abzugsfähig an, wenn sie nicht mutwillig erschienen und eine hinreichende Aussicht auf Erfolg boten.<sup>64</sup> Die Zwangsläufigkeit wurde nun aus rechtlichen Gründen als begründet angesehen, da das staatliche Gewaltmonopol den Bürger bei der Durchsetzung streitiger Ansprüche zur Führung von Zivilprozessen zwingt.<sup>65</sup> Diese Rechtsprechung löste die Formel der Existenzgrundlage und Bedürfnisbefriedigung auf und öffnete den § 33

<sup>57</sup> *Bron/Ruzik*, Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen nach § 33 EStG, DStR 2011, 2069 (2069); *BFH*, BStBl. II 1996, 596 (598).

<sup>58</sup> *BFH*, BStBl. II 2002, 382 (384).

<sup>59</sup> *Heim* (Fn. 55), S. 166.

<sup>60</sup> *Nieuwenhuis*, Sind Scheidungskosten ab VZ 2013 nicht mehr als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen?, DStR, 1701 (1701) zustimmend: „Ein weiteres Zusammenleben in einer zerrütteten Ehe kann die Hölle auf Erden sein“.

<sup>61</sup> *Gerauer*, Prozesskosten für die Scheidung als außergewöhnliche Belastung abzugsfähig?!, NWB 2014, 2621 (2624).

<sup>62</sup> *Heim* (Fn. 55), S. 166; *BFH*, BStBl. II 2006, 492 (495).

<sup>63</sup> „Geradezu revolutionär“: *Meyer-Göttsch*, Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastungen, FamFR 2011, 365 (366).

<sup>64</sup> *BFH*, HFR 2011, 983 (985).

<sup>65</sup> *Endert*, FR 2016, 66 (67).

EStG als Einfallstor zur Abziehbarkeit von Prozesskosten derart, dass diese nun unabhängig vom Gegenstand des Verfahrens grundsätzlich zu berücksichtigen seien sollten.<sup>66</sup>

Zudem wandte sich der *BFH* zur Bestimmung der Zwangsläufigkeit von Prozesskosten von dem Grundsatz ab, nach dem neben der letztlichen Zahlungsverpflichtung auch auf das zugrundeliegende Ereignis des Steuerpflichtigen abgestellt werden musste.<sup>67</sup>

### III. Reaktion der Finanzverwaltung – Nichtanwendungserlass des Bundesfinanzministeriums vom 20.12.2011

In der Folge wurde der *BFH* für seine Entscheidung teilweise stark kritisiert.<sup>68</sup> Angeführt wurde vor allem die Problematik, dass nun bei Zivilprozesskosten jederzeit eine Prüfung der Erfolgsaussichten stattfinden musste, was die Finanzverwaltung vor erhebliche Probleme stellte.<sup>69</sup> Zudem sah man die generelle Abziehbarkeit jedweder Prozesskosten als unvereinbar mit der Struktur der außergewöhnlichen Belastungen im Steuerrecht an.<sup>70</sup>

Als Reaktion auf die geänderte Rechtsprechung erließen Bund und Länder einen Nichtanwendungserlass, in dem die Finanzämter angewiesen wurden, das Urteil des *BFH* nicht anzuwenden und Zivilprozesskosten dementsprechend nicht generell als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen.<sup>71</sup> Dargelegt wurde, dass die Verwaltung weder die nötigen Ressourcen noch Instrumente für eine stichhaltige Erfolgsüberprüfung jedes Einzelfalles besitze.<sup>72</sup> Man erwartete eine baldige gesetzliche Klarstellung, wie mit Zivilprozesskosten zu verfahren sei.<sup>73</sup>

---

<sup>66</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 932.

<sup>67</sup> *BFH*, HFR 2011, 983 (985).

<sup>68</sup> Bspw.: *FG Hamburg*, EFG 2013, 41 (42); *Kirchhof* (Fn. 40), S. 1871.

<sup>69</sup> *Heuermann*, Rechtsprechung im besonderen Blickpunkt der Außenprüfung – Teil B: Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastungen, StBP 2011, 265 (267); *FG Hamburg*, EFG 2013, 41 (43).

<sup>70</sup> BR-Drucks. 302/1/12 (Empfehlung), S. 43, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2013, abrufbar unter: [http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2012/0301-0400/302-1-12.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2012/0301-0400/302-1-12.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (letzter Abruf: 11.6.2017); gleichlautend: *FG Düsseldorf*, EFG 2014, 850 (852).

<sup>71</sup> *BMF*, BStBl. I 2011, 1286 (1286).

<sup>72</sup> *Ebd.*

<sup>73</sup> *Ebd.*

#### IV. Gesetzesänderung des § 33 EStG im Zuge des Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetzes vom 26.6.2013

Durch das Amtshilferichtlinienumsetzungsgesetz (AmtshilfenRLUmsG) vom 26.6.2013 suchte der Gesetzgeber, mit einer klaren gesetzlichen Regelung in Form des neuen § 33 Abs. 2 S. 4 EStG, Ruhe in die Debatte zu bringen. Nach neuer Gesetzeslage sollen Zivilprozesskosten vom Abzug nach § 33 EStG ausgeschlossen sein, soweit sie nicht Aufwendungen sind, ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren oder seine lebensnotwendigen Bedürfnisse nicht mehr befriedigen zu können (vgl. § 33 Abs. 2 S. 4 EStG). Begründend wurde angeführt, dass „die generelle steuermindernde Berücksichtigung nicht den sonst bei außergewöhnlichen Belastungen geltenden Grundsätzen der Zwangsläufigkeit und Außergewöhnlichkeit entspricht.“<sup>74</sup>

Mit dieser Formulierung griff der Gesetzgeber die Wortwahl der ursprünglichen *BFH*-Rechtsprechung aus dem Urteil vom 9.5.1996 auf, in dem der *BFH* für die Einordnung von Prozesskosten als außergewöhnliche Belastung die Grundsätze der Existenzgrundlage und Bedürfnisbefriedigung zur Begründung der Zwangsläufigkeit aufstellte.<sup>75</sup>

Der endgültigen Fassung war der Versuch vorausgegangen, die Abzugsfähigkeit von Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen bereits im Jahressteuergesetz 2013 (JStG 2013) neu zu regeln, wonach in § 33 EStG ein Absatz 3a eingefügt werden sollte.<sup>76</sup> Dieser sollte unmittelbare und unvermeidbare Prozesskosten für eine Ehescheidung den allgemeinen Bestimmungen der Zwangsläufigkeit aus § 33 Abs. 2 EStG unterfallen lassen.<sup>77</sup>

Mit Verweis auf anhängige Revisionsverfahren beim *BFH*, von dem man sich erhoffte, er würde die Rechtsfrage erneut beurteilen, wurde der Entwurf von der Bundesregierung abgelehnt.<sup>78</sup> In der letztendlichen Fassung des § 33 EStG werden die Kosten für eine Ehescheidung nicht mehr explizit erwähnt (siehe § 33 Abs. 2 S. 4 EStG).

---

<sup>74</sup> Vgl. BT-Drucks. 17/13033, S. 66, 67, Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2013, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/130/1713033.pdf> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>75</sup> *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1701 f.

<sup>76</sup> Vgl. BR-Drucks. 302/1/12 (Fn. 70), S. 43.

<sup>77</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 933.

<sup>78</sup> *Ebd.*

## V. Rückkehr zur ursprünglichen Rechtsprechung des BFH mit Urteil vom 18.06.2015

Am 18.6.2015 hatte der *BFH* erneut über die Abziehbarkeit von Zivilprozesskosten zu entscheiden und änderte in diesem Zusammenhang wiederum seine Rechtsprechung. Der Ansatzpunkt, die Zwangsläufigkeit der Aufwendungen für einen Zivilprozess aus dem Gewaltmonopol des Staates herzuleiten und die Zwangsläufigkeit des die Kosten verursachenden Ereignisses außer Acht zu lassen, wurde wieder verworfen.<sup>79</sup> Weiterhin kehrte man zu dem Grundsatz zurück, dass Prozesskosten dem Steuerpflichtigen nicht grundsätzlich zwangsläufig im Sinne von § 33 Abs. 2 EStG entstünden, da die Beteiligten das Prozesskostenrisiko freiwillig übernahmen.<sup>80</sup> Nur in Ausnahmefällen sei die Entscheidung nicht freiwillig und die Prozesskosten damit zwangsläufig, nämlich im Fall der existenziellen Notlage, wobei der *BFH* hier auf die alte Formel zur Existenzgrundlage und Bedürfnisbefriedigung zurückgriff.<sup>81</sup>

Welche Auswirkungen dies auf die Abziehbarkeit von Ehescheidungskosten hat, thematisierte der *BFH* in dieser Entscheidung nicht. Somit liegt bisher keine höchstrichterliche Entscheidung bezüglich der Prozesskosten für Ehescheidungen vor.

## C. Derzeitiger Streitstand in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur

Seit der Umstrukturierung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG urteilen die Finanzgerichte nicht einheitlich.<sup>82</sup> Die Finanzämter vertreten auf der Grundlage des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG den Standpunkt, dass die Kosten der Ehescheidung dem Abzugsverbot für Prozesskosten unterfallen.<sup>83</sup> Die Zwangsläufigkeit der Kosten ist demnach nur in dem einzigen gesetzlich normierten Ausnahmefall erfüllt, nämlich, wenn gemäß § 33 Abs. 2 S. 4 EStG die Existenzgrundlage und weiter Befriedigung der lebensnotwendigen Bedürfnisse von der Führung des Prozesses abhängt.<sup>84</sup> Die in Literatur und Finanzrechtsprechung angebotenen Lösungsansätze sollen im Folgenden dargestellt und eingehend beleuchtet werden.

---

<sup>79</sup> *Thüringer FG*, EFG 2015, 37 (38).

<sup>80</sup> *BFH*, NJW 2016, 1679 (1679).

<sup>81</sup> *BFH*, NJW 2016, 1679 (1679).

<sup>82</sup> Beispielsweise die Abziehbarkeit anerkennend: *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (39 ff.); dagegen: *FG Sachsen*, EFG 2015, 644 (644 ff.).

<sup>83</sup> *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1701.

<sup>84</sup> *Urban*, Kosten des Ehescheidungsverfahrens als außergewöhnliche Belastung, FR 2016, 217 (217).

## I. Ehescheidungskosten sind weiterhin steuerlich zu berücksichtigen

### 1. Scheidungskosten unter § 33 Abs. 2 S. 4 EStG weiter zu berücksichtigen

Auf der einen Seite wird der Standpunkt vertreten, dass Ehescheidungskosten, die sich aus dem Scheidungsverfahren ergeben, auch unter der Neuregelung des § 33 EStG abziehbar bleiben.<sup>85</sup> Hierzu ist es notwendig, dass Ehescheidungskosten die bereichsspezifischen Zwangsläufigkeitsvoraussetzungen des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG erfüllen.

#### a) Weite Auffassung der „Existenzgrundlage“ im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG

Dafür lässt sich zum einen argumentieren, dass es bei der Anwendung von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG nicht ausschließlich auf etwaige finanzielle Existenzbedrohungen ankommen kann.<sup>86</sup>

Ansatzpunkt für die Bestimmung der Zwangsläufigkeit im Sinne von § 33 EStG ist seit dem neuerlichen Schwenk in der Rechtsprechung des *BFH* das die Kosten adäquat verursachende Ereignis, dem sich der Steuerpflichtige aus rechtlichen, tatsächlichen oder moralischen Gründen nicht entziehen kann.<sup>87</sup> Die Auflösung der zerrütteten Ehe als das die Kosten adäquat verursachende Ereignis ist für den Steuerpflichtigen ein elementares menschliches Bedürfnis.<sup>88</sup> Die Ehe stellt für den Verheirateten einen Grundpfeiler seiner eigenen Existenz dar, da der Ehepartner die engste körperlich-räumliche wie vertrauliche Beziehung für den Steuerpflichtigen ist.<sup>89</sup> Ist die Ehe zerrüttet und diese Verbindung zerstört, ist die Entscheidung, sich von ihr zu lösen, keine freiwillige, sondern Ausfluss einer tatsächlichen seelischen Zwangslage, sein eigenes bürgerliches Leben neu zu organisieren.<sup>90</sup> Eine Auflösung der Ehe ist hingegen, wie bereits dargestellt, zu Lebzeiten nur durch gerichtlichen Beschluss und mithin im Rahmen eines Verfahrens möglich und daher zwangsläufig (vgl. § 1564 BGB).

Dieser Zwangsläufigkeit kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Eingehung der Ehe als vorausgehende kausale Grundlage für die spätere

<sup>85</sup> U.a. *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1701 ff.; *Bleschick* (Fn. 52), S. 932 ff.; *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (39 ff.); *FG Münster*, EFG 2015, 221 (221 ff.).

<sup>86</sup> Bspw. *Bleschick* (Fn. 52), S. 936.

<sup>87</sup> *BFH*, NJW 2016, 1679 (1679).

<sup>88</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 936.

<sup>89</sup> Dem Gedanken nach: *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1702.

<sup>90</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 936; *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1703.



Ehescheidung freiwillig eingegangen wurde.<sup>91</sup> Dies fasse unzulässigerweise unabhängig voneinander zu betrachtende Ereignisse zusammen und würde den Anwendungsbereich des § 33 EStG erheblich beschneiden, da sich jedes Ereignis irgendwie auf eine freiwillige menschliche Entscheidung zurückführen lässt.<sup>92</sup>

*b) Ebenfalls Erfüllung des Merkmals „lebensnotwendige Bedürfnisbefriedigung“*

Zudem erfüllen Ehescheidungskosten auch typischerweise die zweite Zwangsläufigkeitsvoraussetzung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG und werden dafür aufgewendet, dass der Steuerpflichtige seine lebensnotwendigen Bedürfnisse weiterhin befriedigen kann.<sup>93</sup> Dies wird damit begründet, dass eine trennscharfe Abgrenzung zum Merkmal der „Existenzgrundlage“ im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG nicht möglich ist.<sup>94</sup> So stellen lebensnotwendige Bedürfnisse wie Nahrung, Obdach, aber auch Liebe und Zuneigung ebenfalls die Grundlagen der Existenz des Menschen dar.<sup>95</sup> Die Folge dessen ist, dass eine Gefahr für die Existenzgrundlage des Steuerpflichtigen auch die Fähigkeit gefährdet, seine lebensnotwendigen Bedürfnisse im üblichen Rahmen befriedigen zu können.<sup>96</sup>

*c) Historische Auslegung: Herkunft der Formulierung aus § 33 Abs. 2 S. 4 EStG*

Weiterhin spricht die historische Auslegung der Formulierung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG für eine Abziehbarkeit der Ehescheidungskosten, wonach zwar Prozesskosten generell unter ein Abzugsverbot fallen, sich dieses aber dort erschöpft, wo der Rechtsstreit einen existenziell wichtigen Bereich des Steuerpflichtigen berührt (vgl. § 33 Abs. 2 S. 4 EStG). Die Formel von der Existenzgrundlage und Bedürfnisbefriedigung hat der Gesetzgeber der Rechtsprechung des *BFH* zu Ehescheidungskosten entnommen.<sup>97</sup> In dieser Rechtsprechung war die Abziehbarkeit von Prozesskosten für Ehescheidungen und die Prozesskosten für Verfahren aus dem Zwangsverbund einhellig anerkannt, sodass eine Abziehbarkeit unter diesen nun gesetzlich vorgeschriebenen, gleichlautenden Voraussetzungen erforderlich ist.<sup>98</sup>

Die Gesetzesänderung mit Einführung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG soll demnach nach ihrem Sinn und Zweck nur die als zu ausufernd empfundene Recht-

<sup>91</sup> *BFH*, BStBl. II 1982, 116 (117 f.).

<sup>92</sup> *BFH*, BStBl. II 1982, 116 (118).

<sup>93</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (41).

<sup>94</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 934.

<sup>95</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (41).

<sup>96</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (41).

<sup>97</sup> *BFH*, HFR 1997, 13 (14).

<sup>98</sup> *BFH*, BStBl. II 1982, 116 (117); *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1703.

sprechungsänderung des *BFH*, der mit Urteil vom 12.5.2011 Prozesskosten als allgemein abzugsfähig anerkannt hatte, korrigieren.<sup>99</sup>

*d) Entstehungsgeschichte des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG im Lichte des Entwurfs zum JStG 2013*

Unterstützt wird diese Auffassung durch den Vorschlag des Bundesrates zum JStG 2013, in dem, wie bereits dargestellt, Scheidungskosten vom Abzugsverbot für Prozesskosten ausgenommen werden sollten und der damit begründet wurde, dass die Abziehbarkeit von Prozesskosten auf „den bisherigen engen Rahmen“ beschränkt werden solle.<sup>100</sup> Unter der „bisherigen Rechtsprechung“ kann verstanden werden, dass damit gerade jene jahrzehntelange Rechtsprechung gemeint ist, nach der zwar grundsätzlich eine Vermutung gegen die Zwangsläufigkeit von Prozesskosten sprach, Scheidungsprozesskosten allerdings als außergewöhnliche Belastungen anerkannt waren.<sup>101</sup> Fasst man zudem die Argumentation des BMF in Reaktion auf die Rechtsprechungsänderung des *BFH* ins Auge, in der man der generellen Abziehbarkeit von Prozesskosten eine Absage erteilte, weil der Finanzverwaltung „für eine eindeutige, zuverlässige und rechtssichere Einschätzung der Erfolgsaussichten eines Zivilprozesses bzw. der Motive der Verfahrensbeteiligten (...) keine Instrumente zur Verfügung (stehen)“<sup>102</sup>, so erkennt man, dass eine solche Prüfung bei feststehenden Scheidungskosten nicht gilt.<sup>103</sup> Die Finanzämter würden insofern keinem erhöhten Administrationsaufwand ausgesetzt.<sup>104</sup>

*e) Gegenansicht: Kein eindeutiger Beleg für gesetzgeberischen Willen*

Allerdings ist dieser historischen Auslegung nicht uneingeschränkt zu folgen. Der Gedanke, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG nur die Rechtslage wiederherstellen wollte, die vor der Rechtsprechungsänderung des *BFH* mit Urteil vom 12.05.2011 galt, verfängt nicht. Abgesehen von der erwähnten Begründung zum Bundesratsvorschlag, die Abzugsfähigkeit von Prozesskosten solle auf „den bisherigen engen Rahmen“ beschränkt werden<sup>105</sup>, lässt sich dem Gesetz sowie der Motivik nicht entnehmen, dass Ehescheidungskosten weiterhin generell abziehbar bleiben sollen.<sup>106</sup> Eine

<sup>99</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (42).

<sup>100</sup> Vgl. BR-Drucks. 302/1/12 (Fn. 70), S. 43.

<sup>101</sup> *FG Münster*, FG 2015, 221 (222).

<sup>102</sup> *BMF*, BStBl. I 2011, 1286 (1286).

<sup>103</sup> *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1702.

<sup>104</sup> *Ebd.*

<sup>105</sup> Vgl. BR-Drucks. 302/1/12 (Fn. 70), S. 43.

<sup>106</sup> *Urban* (Fn. 84), S. 218.

solche Auslegung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG im Sinne seiner nicht realisierten Entwurfsfassung liefe dem Gesetz entgegen und ist demnach nicht tragfähig.<sup>107</sup>

*f) Verfassungskonforme Auslegung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG*

Weiterhin ist der neugefasste § 33 Art. 2 S. 4 EStG verfassungskonform auszu-legen. Die verfassungskonforme Auslegung einer Rechtsnorm ist zwar subsidiär zur Auslegung nach dem Wortlaut, dem Telos, der Systematik oder der Historie anzuwenden, allerdings kommen diese primären Auslegungsmethoden hier zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass unter ihnen die verfassungskonforme ausschlaggebend ist.<sup>108</sup> Im Steuerrecht besonders relevant ist das Benachteiligungsverbot von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG. Beeinträchtigt wäre dieses, wenn an das Bestehen einer Ehe nachteilige steuerliche Folgen im Verhältnis zu Nicht-Verheirateten geknüpft werden.<sup>109</sup>

Die Prozesskosten für die Scheidung der Ehe sind für den Steuerpflichtigen aufgrund des Richterzwangs gem. § 1564 S. 1 BGB unausweichlich.<sup>110</sup> Den Steuerpflichtigen durch die Anerkennung des Abzugs nach § 33 EStG, dieser Kosten, die ihm im Gegensatz zur Auflösung von außerehelichen Beziehungen entstehen, freizustellen, lässt sich somit aus dem ehelichen Benachteiligungs- verbot ableiten.

Erkennt man zudem, wie vorangehend vertreten, die Scheidung der zerrütteten Ehe als existenzielles Bedürfnis und Ausfluss menschenwürdigen Daseins an, dann darf dem Steuerpflichtigen ein Abzug der nach § 33 Abs. 3 S. 1 EStG unzumutbaren Belastung nicht verwehrt werden. Hier deutet eine an Art. 6 Abs. 1 GG und dem subjektiven Nettoprinzip orientierte Auslegung auf die Abziehbarkeit der Ehescheidungskosten als außergewöhnliche Belastung hin.

## **2. Scheidungskosten sind keine Prozesskosten**

Während sich das Gros in Schrifttum und Finanzrechtsprechung uneins darüber ist, inwieweit die Abziehbarkeit von Kosten für das Scheidungs- verfahren unter den Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG möglich ist, lässt sich auch ein vorgelagerter Ansatz vertreten, nach dem die Kosten des Ehescheidungsverfahrens keine Prozesskosten im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG sind und daher dem generellen Abzugsverbot von Kosten für die

<sup>107</sup> Urban (Fn. 84), S. 218.

<sup>108</sup> Koenig, in: Koenig, 3. Aufl. 2014, § 4 AO Rn. 104.

<sup>109</sup> BVerfGE, 6, 55 (76); Birk/Desens/Tappe (Fn. 36), Rn. 199; Hey, in: Tipke/Lang, (Fn. 37), § 3 Rn. 162.

<sup>110</sup> Muscheler (Fn. 1), Rn. 359.

Führung eines Rechtsstreits nicht unterfallen.<sup>111</sup>

*a) Der Begriff des Rechtsstreits*

Ausgangspunkt ist hierbei die Analyse des Begriffes „Rechtsstreit“, welcher weder in § 33 EStG noch an anderen Stellen im EStG gesetzlich definiert wird.<sup>112</sup> Im Zusammenhang mit der zivilprozessualen Grundsatzentscheidung, dass die unterlegene Partei des „Rechtsstreits“ die Kosten zu tragen hat, spricht § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO von den „Kosten des Rechtsstreits“, wobei § 93 ZPO diesen den Begriff „Prozesskosten“ gleichstellt.<sup>113</sup> Finanzgerichtlich spricht § 135 Abs. 1 FGO von den Kosten des Verfahrens, sodass explizit zwischen „Verfahren“ auf der einen und „Rechtsstreit“ auf der anderen Seite unterschieden wird.<sup>114</sup>

In Ehescheidungsverfahren verbietet § 113 Abs. 1 FamFG, dass kostenrechtliche Regelungen der ZPO aus den §§ 91-96 angewendet werden, und legt in Abs. 5 Nr. 1 ausdrücklich fest, dass der Begriff „Verfahren“ die Begriffe „Prozess“ und „Rechtsstreit“ ersetzt.<sup>115</sup> Ersetzt werden zudem die Kostenvorschriften der ZPO durch § 150 FamFG, der begrifflich von „Kosten der Scheidungssache“ ausgeht.<sup>116</sup> Durch diese Begriffsfestlegung sind die Begriffe „Rechtsstreit“ und „Prozess“ für Ehescheidungsverfahren ausgeschlossen.<sup>117</sup> Daraus lässt sich folgern, dass zum einen das Ehescheidungsverfahren kein „Rechtsstreit“ ist und zum anderen, dass deshalb auch die Kosten eines Ehescheidungsverfahrens keine „Prozesskosten“ darstellen.<sup>118</sup>

*b) Historische Auslegung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG – Rechtsstreitbegriff*

Stützen lässt sich diese These wiederum mit der Entstehungsgeschichte des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG im Zusammenhang mit der gescheiterten Entwurfsfassung aus dem Entwurf zum JStG 2013. Die nicht realisierte Formulierung, wonach ausnahmsweise die „Kosten eines Scheidungsprozesses“ dem Abzugsverbot für Prozesskosten nicht unterfallen sollten, lässt sich dahingehend interpretieren, dass die „Kosten eines Scheidungsprozesses“ nicht zu den

---

<sup>111</sup> *FG Köln*, EFG 2016, 645 (646).

<sup>112</sup> *Urban* (Fn. 84), S. 218 f.

<sup>113</sup> *Schilken* (Fn. 29), Rn. 1087.

<sup>114</sup> *Urban* (Fn. 84), S. 219.

<sup>115</sup> *Weber*, in: Keidel (Fn. 21), § 127 FamFG Rn. 4a, 17.

<sup>116</sup> *Roßmann*, in: Horndasch/Viefhues, 3. Aufl. 2013, § 150 FamFG Rn. 1.

<sup>117</sup> *Urban* (Fn. 84), S. 219.

<sup>118</sup> *FG Köln*, EFG 2016, 645 (646).

„Prozesskosten“ gehören.<sup>119</sup>

Angewendet auf das Regime des § 33 EStG ergäbe sich die Schlussfolgerung, dass die Kosten für das Scheidungsverfahren nicht unter das generelle Abzugsverbot für Prozesskosten gemäß § 33 Abs. 2 S. 4 EStG fallen, sondern nach den allgemeinen Kriterien für die außergewöhnlichen Belastungen zu behandeln sind.<sup>120</sup>

*c) Gegenansicht: Weit gefasster Rechtsstreitbegriff*

Allerdings könnte dieser Ansicht ein falsches Verständnis des Begriffes „Rechtsstreit“ entgegenstehen.<sup>121</sup> Legte man den Rechtsstreitbegriff im Sinne des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG weit im Sinne von „jedem gerichtlichen oder außergerichtlichen Verfahren, deren Gegenstand eine Auseinandersetzung zwischen zwei Bürgern oder einem Bürger und dem Staat ist“, aus, unterfielen auch Ehescheidungsverfahren dem Abzugsverbot des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG.<sup>122</sup>

Unterstützt wird diese Auffassung, wenn man die Gesetzesänderung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG in dem Lichte auslegt, dass sie die Rechtsprechungsänderung des *BFH* zu Prozesskosten mit Urteil vom 12.05.2011 zu korrigieren suchte.<sup>123</sup> Die vom *BFH* angeführten Argumente, nach denen sich die Zwangsläufigkeit von Prozesskosten schon rein rechtlich begründet aus dem staatlichen Gewaltmonopol ergäbe,<sup>124</sup> sind auf außergerichtliche Verfahren, die quasi als Ersatz für gerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen sind, anwendbar.<sup>125</sup>

*d) Analyse des Klammerzusatzes in § 33 Abs. 2 S. 4 EStG*

Für eine solch weite Ansicht spricht außerdem der Klammerzusatz in § 33 Abs. 2 S. 4 EStG, der durch die Formulierung „Prozesskosten“ als Erweiterung des vorangestellten Begriffes „Aufwendungen für die Führung eines Rechtsstreits“ verstanden werden kann.<sup>126</sup>

Ob der Klammerzusatz als Argument für die weite Auslegung des Rechtsstreitbegriffs dient, hängt maßgeblich davon ab, welche Funktion ihm in der

---

<sup>119</sup> *FG Köln*, EFG 2016, 645 (646).

<sup>120</sup> *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>121</sup> *Kanzler*, Der Verlust der Existenzgrundlage und die Unmöglichkeit der Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse, FR 2014, 209 (213).

<sup>122</sup> *Ebd.*

<sup>123</sup> *Ebd.*

<sup>124</sup> *BFH*, HFR 2011, 983 (985).

<sup>125</sup> *Kanzler* (Fn. 121), S. 213.

<sup>126</sup> *Ebd.*

Gesetzgebung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG beigemessen werden kann. Allgemein kann ein Klammerzusatz im Gesetzestext sowohl als Ausdehnung des vorangestellten Inhalts als auch als sogenannte Gleichstellung des vorangestellten mit dem verklammerten Inhalt verstanden werden.<sup>127</sup>

Allerdings kann hier indes nur der gesetzgebungstechnische Grundsatz der Gleichstellung gemeint sein, begründet durch die bereits festgestellte Synonymie der Begriffe „Rechtsstreit“ und „Prozess“ gemäß §§ 91 und 93 ZPO, wonach die beiden Begriffe ein und denselben Bedeutungsinhalt haben.<sup>128</sup>

## **II. Ehescheidungskosten sind nicht generell steuerlich zu berücksichtigen**

Auf der anderen Seite wird die Auffassung vertreten, dass die Kosten für die Ehescheidung nach § 33 EStG aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Lage nicht mehr generell abzugsfähig sind, sondern nur in den engen Grenzen des Ausnahmetatbestandes des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG.<sup>129</sup>

### **1. Ehescheidungskosten erfüllen nur ausnahmsweise den § 33 Abs. 2 S. 4 EStG**

Legt man den weiten Rechtsstreitbegriff an § 33 Abs. 2 S. 4 EStG an, nach dem das Scheidungsverfahren als Prozess und damit die Kosten für selbiges als Prozesskosten aufzufassen sind, unterfallen Scheidungskosten dem generellen Abzugsverbot des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG.<sup>130</sup> Eine steuerliche Berücksichtigung ist dann davon abhängig, ob der Prozess zur Abwehr einer Gefahr für die Existenzgrundlage und die lebensnotwendige Bedürfnisbefriedigung des Steuerpflichtigen unumgänglich ist.<sup>131</sup>

#### *a) Materieller Begriff der „Existenzgrundlage und Bedürfnisbefriedigung“ in § 33 Abs. 2 S. 4 EStG – rein wirtschaftliche Betrachtungsweise*

Zum einen lässt sich für ein grundsätzliches Abzugsverbot von Ehescheidungskosten anführen, dass bei der Bestimmung des Begriffs der „Existenzgrundlage“ aus § 33 Abs. 2 S. 4 EStG ausschließlich materielle Aspekte von Bedeutung sind.<sup>132</sup> Eine Auslegung des Begriffs „Existenzgrund-

---

<sup>127</sup> Müller, Handbuch der Gesetzgebungstechnik, 1968, S. 125 f.

<sup>128</sup> Urban (Fn. 84), S. 219.

<sup>129</sup> FG Sachsen, EFG 2015, 644 (644 ff.).

<sup>130</sup> Kanzler (Fn. 121), S. 213 f.

<sup>131</sup> Kindler, Zivilprozesskosten als außergewöhnliche Belastungen, DStR 2015, 2644 (2647).

<sup>132</sup> FG Niedersachsen, EFG 2015, 725 (727).

lage“ unter einem Einbezug von seelisch-anthropologischen Gesichtspunkten, wie es sich ebenfalls denken ließe, wäre nach dieser Ansicht verfehlt.<sup>133</sup>

aa) Grammatikalische Auslegung

Betrachtet man den Begriff der „Existenzgrundlage“, so erkennt man darin einen auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff, der mehrere Deutungen zulässt.<sup>134</sup> „Existenz“ meint in diesem Kontext die „materielle Grundlage für den Lebensunterhalt“<sup>135</sup>, sodass diese in derart evidenter Art involviert ist, dass der Lebensunterhalt an sich gefährdet ist.<sup>136</sup>

Betrachtet man weiterhin den Begriff der „Befriedigung lebensnotweniger Bedürfnisse“, so kann man menschliche Bedürfnisse nach der Wichtigkeit ihrer Befriedigung wirtschaftswissenschaftlich kategorisieren.<sup>137</sup> Hier muss zwischen Existenzbedürfnissen wie der Aufnahme von Nahrung, Wärme und Schlaf und Grundbedürfnissen für ein zufriedenes, gesundes und würdiges Leben unterschieden werden.<sup>138</sup> Es liegt nahe, dass durch die Zusammenstellung mit den Voraussetzungen „Existenzgrundlage“ in § 33 Abs. 2 S. 4 EStG unter „Bedürfnissen“ nur existenzsichernde Bedürfnisse verstanden werden können, sodass das verständliche Bedürfnis des Menschen, sich von einer zerrütteten Ehe loszusagen, nicht erfasst wird.<sup>139</sup>

Die wirtschaftliche Konnotation der Abzugsformel ergibt sich auch aus dem Zusatz zum Tatbestand, nach dem der Steuerpflichtige in Gefahr sein müsse, seine lebensnotwendigen Bedürfnisse „nicht mehr in dem üblichen Rahmen“ befriedigen zu können.<sup>140</sup> Der Begriff des „üblichen Rahmens“ kann dabei als Vergleich zu dem gewöhnlichen Lebensstandard des Steuerpflichtigen oder zu dem Lebensstandard einer Bezugsgruppe von Personen ähnlicher Lebens- und Einkommensverhältnisse verstanden werden und knüpft damit direkt an die wirtschaftliche Konstitution des Steuerpflichtigen an.<sup>141</sup>

---

<sup>133</sup> *Kanzler*, FR 2014, 209 (216).

<sup>134</sup> Vgl. *Heim* (Fn. 55), S. 170.

<sup>135</sup> Duden, Deutsches Universalwörterbuch, Bedeutung von „Existenz“; sich darauf berufend: *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (727).

<sup>136</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (727).

<sup>137</sup> *Wöhe/Döring*, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 25. Aufl. 2013, S. 138; *Kanzler* (Fn. 121), S. 217.

<sup>138</sup> *Kanzler* (Fn. 121), S. 217.

<sup>139</sup> *Ebd.*

<sup>140</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (727).

<sup>141</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (727).

## bb) Verwendung des Begriffs der „existenziellen Bedeutung“

Weiterhin kann zur Auslegung des Begriffs der „Existenzgrundlage“ die Verwendung der ähnlich gelagerten Formulierung „existenzielle Bedeutung“ in der Rechtsprechung des *BFH* herangezogen werden.<sup>142</sup>

Das Urteil, in dem der *BFH* über die Abziehbarkeit von Reparaturkosten eines Einfamilienhauses in Folge eines Wasserschadens entschieden hat, geht im Tenor davon aus, dass grundsätzlich notwendige Wiederherstellungsmaßnahmen an dem genutzten Haus existenzielle Bedeutung haben.<sup>143</sup> Bezugspunkt war in diesem Zusammenhang allerdings ausschließlich der Umstand, dass die Renovierungsmaßnahmen das gesamte Jahreseinkommen des Steuerpflichtigen überstiegen hätten.<sup>144</sup> So ausgelegt ist die „existenzielle Bedeutung“ an wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu messen, was dafür spricht, die „Existenzgrundlage“, welche vom Begriff her noch mehr auf materielle Aspekte abzielt, ebenso rein wirtschaftlich zu betrachten.<sup>145</sup>

## cc) Gegenansicht: „Elementares menschliches Bedürfnis“-Rechtsprechung

Allerdings verkennt diese Ansicht, dass der *BFH* auch anderweitig in Prozessen zur Existenzsicherung und lebensnotwendiger Bedürfnisbefriedigung geurteilt hat.<sup>146</sup>

So sah er bei einer Streitigkeit um das Umgangsrecht des Vaters mit den eigenen Kindern den Wunsch nach gegenseitiger Nähe und Liebe als „elementares menschliches Bedürfnis“ an.<sup>147</sup> Zu der Einordnung als außergewöhnliche Belastung stellte der *BFH* als hinreichendes Kriterium jedoch zudem auf das außerprozessuale Vorverhalten des prozessierenden Elternteils ab.<sup>148</sup> Es bedarf daher für die Beurteilung, ob ein Prozess zur Sicherung der Existenzgrundlage bzw. der lebensnotwendigen Bedürfnisbefriedigung geführt wird, einer Schuldlosigkeit in Bezug auf das die Führung des Prozesses auslösende Ereignis.<sup>149</sup>

Angewendet auf die Handhabe der Ehescheidungskosten bedeutete dies, dass

---

<sup>142</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (727).

<sup>143</sup> *BFH*, BStBl. II 1995, 104 (107).

<sup>144</sup> *BFH*, BStBl. II 1995, 104 (104).

<sup>145</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (727).

<sup>146</sup> *BFH*, FR 2002, 740 (740 ff.).

<sup>147</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 935; *BFH*, FR 2002, 740 (741).

<sup>148</sup> „Elternteil darf sich nichts zu Schulden kommen gelassen haben“ *BFH*, FR 2002, 740 (741).

<sup>149</sup> *Bleschick* (Fn. 52), S. 936.



der prozessierende Teil an der Ehescheidung „unschuldig“ sein müsste, wobei die Situation, sich von der zerrütteten Ehe lossagen zu wollen, als elementares menschliches Bedürfnis anerkannt werden würde.<sup>150</sup> Diese Schuldlosigkeit muss beiden Ehepartnern allerdings typisierend unterstellt werden, um den systematischen Konflikt mit dem Zerrüttungsprinzip und ein unzumutbares Eindringen in die Privatsphäre der Ehepartner zu verhindern (vgl. § 1565 Abs. 1 BGB).<sup>151</sup> Es ist festzustellen, dass die Bedeutung der Existenzgrundlage bzw. der lebensnotwendigen Bedürfnisbefriedigung nicht zwingend wirtschaftlich, sondern sehr wohl auch als die „geistig-seelischen Bedingungen der menschlichen Existenz“ ausgelegt werden kann.<sup>152</sup>

dd) Analyse der Entstehungsgeschichte an der Entwurfsfassung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG im JStG 2013

Das Abzugsverbot für Ehescheidungskosten lässt sich weiterhin aus dem in der Neuregelung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG erkennbaren gesetzgeberischen Willen herleiten.<sup>153</sup> Zu diesem Zweck lässt die Analyse des Gesetzgebungsverfahrens, in welchem die Regelung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG entstanden ist, eine Deutung in diese Richtung zu. So enthielt jener Gesetzesentwurf zum JStG 2013, wie bereits erläutert, eine Formulierung, die ausdrücklich vorsah, die Prozesskosten für Ehescheidungen von dem Abzugsverbot für Prozesskosten auszunehmen.<sup>154</sup> Der Umstand, dass der endgültige Wortlaut von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG diese Formulierung nicht mehr enthielt, lässt sich dahingehend auslegen, dass der Gesetzgeber die Absicht hatte, solche Aufwendungen den Zivilprozesskosten gleichzustellen und diese ebenfalls grundsätzlich vom Abzug auszuschließen.<sup>155</sup>

Es liegt nahe, dass eine Ausnahme in Form der Ehescheidungskosten vom grundsätzlichen Abzugsverbot für Prozesskosten in Erwägung gezogen wurde, allerdings gesetzgeberisch nicht gewollt war.<sup>156</sup> So interpretiert, hat der Gesetzgeber eine explizite Regelung für Prozesskosten gerade deswegen getroffen, um eben nicht nur die ursprünglich restriktivere Rechtsprechung wiederherzustellen, sondern um die Abziehbarkeit von Prozesskosten darüber hinaus weiter

---

<sup>150</sup> Bleschick (Fn. 52), S. 936.

<sup>151</sup> Ebd.

<sup>152</sup> FG Rheinland-Pfalz, EFG 2015, 39 (41); so auch u.a.: FG Münster, EFG 2015, 221 (223).

<sup>153</sup> FG Sachsen, EFG 2015, 644 (645).

<sup>154</sup> Vgl. BR-Drucks. 302/1/12 (Fn. 70), S. 43.

<sup>155</sup> FG Niedersachsen, EFG 2015, 725 (729).

<sup>156</sup> FG Sachsen, EFG 2015, 644 (645).

einzuschränken.<sup>157</sup>

*c) Gegenansicht: Jahrzehntelange Rechtstradition*

Allerdings erscheint dieser Schluss nicht unbestreitbar, wenn man ins Auge fasst, dass der Bundesratsvorschlag, der diese Regelung enthalten sollte, nicht aufgrund seines Inhalts durch die Bundesregierung abgelehnt worden ist.<sup>158</sup> Man erwartete, dass der *BFH* seine Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Prozesskosten neu überdenken würde, was eine Gesetzesänderung überflüssig hätte werden lassen.<sup>159</sup> Es lässt sich bezüglich der unterbliebenen expliziten Ausnahme von Scheidungsprozesskosten im § 33 Abs. 2 S. 4 EStG auch der Schluss ziehen, dass eine Regelung als überflüssig angesehen wurde, da die Prozesskosten für Ehescheidungen ohnehin in „jahrzehntelanger Rechts-tradition“ als außergewöhnliche Belastungen anerkannt worden sind.<sup>160</sup>

**2. Ehescheidungskosten sind nicht mehr „außergewöhnlich“ im Sinne von § 33 Abs. 1 EStG**

Unabhängig von der Frage, ob Ehescheidungskosten dem Steuerpflichtigen zwangsläufig erwachsen oder als Prozesskosten unter die generelle Abzugsbeschränkung des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG fallen, lässt sich die Abzugsfähigkeit von Ehescheidungskosten unter dem Aspekt der Außergewöhnlichkeit kritisch betrachten.<sup>161</sup>

Zieht man die bereits angesprochene Statistik zur Entwicklung von Eheschließungen und Scheidungen heran, kann der Schluss gezogen werden, dass Scheidungskosten nicht mehr gemäß § 33 Abs. 1 EStG als außergewöhnlich anzusehen sind.<sup>162</sup>

*a) Teleologische Auslegung des § 33 EStG*

Der § 33 EStG soll nach seinem Zweck übliche regelmäßige Aufwendungen der privaten Lebensführung des Steuerpflichtigen von der steuerrechtlichen Berücksichtigung ausscheiden.<sup>163</sup> Dabei sind die Kosten des Steuerpflichtigen im Vergleich zu der überwiegenden Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse und gleichen

<sup>157</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (729).

<sup>158</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (42).

<sup>159</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (42).

<sup>160</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (42).

<sup>161</sup> Diese Frage nur anscheinend: *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>162</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (725).

<sup>163</sup> *Geserich*, Privataufwendungen im Einkommensteuerrecht am Beispiel der außergewöhnlichen Belastungen, DStR 2013, 1861 (1862 f.).

Familienstandes zu bewerten.<sup>164</sup> Kategorisiert man den Steuerpflichtigen in die Vergleichsgruppe der kürzlich Geschiedenen, so fallen Anwalts- und Gerichtskosten des Scheidungsverfahrens nicht etwa unter außergewöhnlichen Umständen, sondern auf Grund des Gerichtszwanges der Scheidung gemäß § 1564 BGB immer an.<sup>165</sup>

Die Höhe der Gerichts- und Anwaltskosten bemisst sich gemäß § 3 FamGKG und §§ 2, 13 RVG nach dem Streitwert des Verfahrens und dadurch vermittelt nach den Vermögens- und Einkommensbedingungen des Steuerpflichtigen, sodass sie bei den Vermögensverhältnissen innerhalb der Vergleichsgruppe in der gleichen Höhe ausfallen werden.<sup>166</sup>

Wenn nun statistisch das Verhältnis von Eheschließungen zu Scheidungen bei zwei zu eins steht; das Risiko, geschieden zu werden, sich also statistisch bei jeder zweiten Ehe verwirklicht, so kann das die Aufwendungen verursachende Ereignis nicht mehr als außergewöhnlich, sondern vielmehr als normal angesehen werden.<sup>167</sup> Folge davon wäre, dass die Kosten einer Ehescheidung, ganz unabhängig davon, ob sie dem Steuerpflichtigen nun zwangsläufig erwachsen oder nicht, keine steuerlich zu berücksichtigenden Aufwendungen mehr darstellen (vgl. § 33 EStG).

*b) Gegenansicht: Wertungswiderspruch im Vergleich mit Krankheitskosten/Gebot der Folgerichtigkeit im Steuerrecht*

Betrachtet man diese Herangehensweise losgelöst aus dem Verhältnis zu anerkannten außergewöhnlichen Belastungen, so scheint sie zunächst stichhaltig. Allerdings steht sie in einem unerträglichen systematischen Wertungswiderspruch zur steuerlichen Handhabung anderer privater Aufwendungen.<sup>168</sup>

Systemprägendes Dogma des deutschen Steuerrechts ist das aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete „Prinzip der Folgerichtigkeit“.<sup>169</sup> Demnach ist der Gesetzgeber dazu verpflichtet, einmal getroffene Belastungsentscheidungen in Bezug auf das subjektive Nettoprinzip folgerichtig und vor allem widerspruchsfrei auszu-

<sup>164</sup> Bleschick, in: Kanzler/Kraft/Bäumel (Fn. 50), § 33 EStG Rn. 41

<sup>165</sup> FG Niedersachsen, EFG 2015, 725 (726).

<sup>166</sup> Dörndorfer, in: Binz/Dörndorfer/Petzold/Zimmermann (Fn. 31), § 43 FamGKG, Rn. 1-4.

<sup>167</sup> FG Niedersachsen, EFG 2015, 725 (726).

<sup>168</sup> Nieuwenhuis (Fn. 60), S. 1703.

<sup>169</sup> Seer, in: Tipke/Lang (Fn. 37), § 1 Rn. 4.

formen.<sup>170</sup> Zwar ist der Gesetzgeber nicht gezwungen, einmal getroffene Grundentscheidungen beizubehalten, allerdings ist er bei Veränderungen an ein Mindestmaß an Systemorientierung gebunden.<sup>171</sup> Durchbricht der Gesetzgeber ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung das bestehende System der Belastung, liegt demnach eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 Abs. 1 GG vor.<sup>172</sup> Unter der alten Rechtslage war die Abziehbarkeit von Ehescheidungskosten einhellig anerkannt.<sup>173</sup> Hätte der Gesetzgeber also mit der Neufassung des § 33 Abs. 2 EStG einen Abkehr von dieser Belastungsentscheidung intendiert, so wäre er zur systemgerechten Ausgestaltung verpflichtet, insbesondere wäre dieser Systemwechsel zu rechtfertigen.

Im System der außergewöhnlichen Belastungen wird ein Missverhältnis evident, wenn man die Abzugsfähigkeit von Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastung betrachtet.<sup>174</sup>

Stellte man bei der Beurteilung von Krankheitskosten wie bei Scheidungskosten auf das die Kosten adäquat auslösende Ereignis ab, so würde man zu dem Ergebnis kommen, dass der Steuerpflichtige nicht nur in Ausnahmefällen krank wird, sondern in einer Regelmäßigkeit, bei der von Außergewöhnlichkeit zu sprechen verfehlt wäre. Trotzdem sind unmittelbar anfallende Krankheitskosten zwecks Heilung (beispielsweise: Medikamente, Operationen) oder Erträglichmachung der Krankheit (beispielsweise: Rollstuhl) immer als außergewöhnlich anerkannt.<sup>175</sup>

Alleinig erweiternde Voraussetzung für den Abzug von Krankheits- und Heilungskosten ist gemäß § 33 Abs. 4 EStG i.V.m. § 64 Abs. 1 Nr. 2 lit. f EStDV ein amtsärztliches Gutachten, welches die medizinische Notwendigkeit nachweist.<sup>176</sup> Auf der einen Seite für gewisse Kosten die Außergewöhnlichkeit typisierend zu unterstellen und für andere Belastungspositionen nach statistischen Daten zu entscheiden, erschiene nicht nur „windschief“, sondern

---

<sup>170</sup> *Ratschow*, in: Blümich (Fn. 48), § 2 EStG Rn. 3; *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 37), § 3 Rn. 9.

<sup>171</sup> BVerfGE 120, 210 (231); 110, 94 (94 ff.).

<sup>172</sup> *Gersch*, in: Klein, 13. Aufl., 2016, § 3 AO Rn. 17; *Bartone*, in: Kühn/v. Wedelstädt, 21. Aufl., 2015, § 3 AO Rn. 19.

<sup>173</sup> Siehe dazu oben Abschnitt **B. I.**

<sup>174</sup> Vgl. *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>175</sup> *BFH*, NV I 2011, 588 (588); *Haupt*, Die außergewöhnliche Belastung in der Krise, DStR 2010, 960 (960 f.).

<sup>176</sup> *Nacke*, in: Littmann/Bitz/Pust, EL 112 2015, § 33 EStG Anhang 1, „Krankheitskosten“, 3152 (3152); *Haupt*, Der Gesetzgeber macht es sich (zu) einfach - Zu den (neuen) Nachweisanforderungen bei Krankheitskosten als außergewöhnliche Belastung, DStR 2011, 2443 (2443).

verstieße gegen die Widerspruchsfreiheit im System der außergewöhnlichen Belastungen.<sup>177</sup>

### III. Scheidungsfolgekosten

Bevor der *BFH* mit Urteil vom 17.12.2015 seine Rechtsprechung zu Zivilprozesskosten erneut geändert hatte, wurde auf der Grundlage der vorherigen Rechtsprechung zum Teil die Ansicht vertreten, dass Scheidungsfolgekosten als außergewöhnliche Belastungen immer und unabhängig von der Frage, ob das Verfahren mit dem Scheidungsverfahren im Zwangsverbund steht, zu berücksichtigen seien.<sup>178</sup> Begründet wurde dies damit, dass durch die grundsätzliche Anerkennung von Prozesskosten als außergewöhnliche Belastungen der Unterschied zwischen Folgekosten, die mit dem Scheidungsverfahren im Zwangsverbund nach § 137 FamFG stehen, und solchen, die nur gewillkürt mit diesem verbunden werden können, aufgehoben sei.<sup>179</sup> Die vorherige Rechtsprechung, die der *BFH* mit Urteil vom 12.5.2011 begründete, sah, wie bereits dargestellt,<sup>180</sup> die Zwangsläufigkeit von Prozesskosten im Rahmen des § 33 Abs. 2 S. 4 bereits rechtlich als begründet an.<sup>181</sup> Diese Grundsätze der rechtlichen Zwangsläufigkeit sollten nach dieser Ansicht auch für alle Folgeverfahren der Scheidung gelten.<sup>182</sup>

Der *BFH* hat seine Rechtsprechung zu Zivilprozesskosten allerdings mit Urteil vom 17.12.2015 dahingehend korrigiert, dass diese grundsätzlich nicht und nur in den genannten Ausnahmefällen steuerlich zu berücksichtigen sind.<sup>183</sup> Nach Ansicht des Verfassers ist die Unterscheidung zwischen Scheidungsfolgekosten, bei denen das Folgeverfahren mit dem Scheidungsverfahren im Zwangsverbund steht (z.B.: Versorgungsausgleich nach § 137 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 FamFG), und solchen Verfahren, bei denen eine Einigung der Geschiedenen auch außergerichtlich erfolgen kann, wiederhergestellt. Damit ist der Meinung die Grundlage entzogen. Eine Berücksichtigung von Kosten für Scheidungsfolgeverfahren aus dem Zwangsverbund ist davon abhängig, ob man die Kosten für das Scheidungsverfahren als außergewöhnliche Belastungen anerkennt. Eine Berücksichtigung von solchen Verfahrenskosten außerhalb des Zwangsverbundes ist ausgeschlossen.

---

<sup>177</sup> *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>178</sup> *Thüringer FG*, EFG 2015, 37 (39).

<sup>179</sup> *Kanzler* (Fn. 121), S. 214.

<sup>180</sup> Siehe dazu oben Abschnitt **B. II.**

<sup>181</sup> *BFH*, HFR 2011, 983 (983).

<sup>182</sup> *Thüringer FG*, EFG 2015, 37 (38).

<sup>183</sup> *BFH*, NJW 2016, 1679 (1679).

#### D. Fazit und Ausblick – Erwartetes Urteil des BFH zu Ehescheidungskosten

Nachdem einige Finanzgerichte in der Frage der Abziehbarkeit von den Kosten eines Scheidungsverfahrens unterschiedlich geurteilt haben, sind beim *BFH* Revisionen zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gemäß § 115 Abs. 2 Nr. 2 FGO anhängig.<sup>184</sup> Da der *BFH* bereits zu allgemeinen Zivilprozesskosten seine Rechtsprechung korrigiert hat,<sup>185</sup> stellt sich die Frage, ob die Entscheidung, der eigenen Rechtsprechungstradition folgend, für eine grundsätzliche Abziehbarkeit von Ehescheidungskosten ausfällt oder ob der *BFH* dem eine Absage erteilen wird.

Insgesamt lässt sich zunächst feststellen, dass eine klare, logisch zwingende Deutung der Entstehungsgeschichte des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG nicht möglich ist. Der Umstand, dass die Entwurfsfassung im Zuge des JStG 2013 eine Regelung zu Ehescheidungskosten enthielt, die später wieder entnommen wurde und in der endgültigen Fassung fehlt, lässt verschiedene Deutungen zu. Sowohl der gesetzgeberische Wille zu einer Gleichstellung von Ehescheidungskosten mit den allgemeinen Prozesskosten<sup>186</sup> als auch deren explizite Ausnahme vom Abzugsverbot nach § 33 Abs. 2 S. 4 EStG<sup>187</sup> erscheinen möglich. Aufgrund des vollständigen Fehlens von expliziten Intentionen des Gesetzgebers<sup>188</sup> kann hieraus kein eindeutiges Argument für eine der Ansichten gewonnen werden. Zwar deutet der einhellige Wille der Beteiligten am Gesetzgebungsverfahren, „die Anwendbarkeit (von § 33 EStG) auf den bisherigen engen Rahmen zu beschränken“<sup>189</sup>, darauf hin, dass an die Grundsätze der Rechtsprechung vor der Rechtsprechungsänderung des *BFH* mit Urteil vom 12.5.2011 angeknüpft werden soll, jedoch steht dieser gesetzgeberische Wille im Widerspruch zur unterbliebenen, explizit positiven Regelung von Scheidungskosten.

Der Ansicht, dass Scheidungsverfahren nicht als Prozesse angesehen werden können, daher die Kosten nicht als Prozesskosten im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG unter das generelle Abzugsverbot fallen und ausschließlich nach den allgemeinen Grundsätzen für außergewöhnliche Belastungen zu beurteilen sind,

<sup>184</sup> Bspw.: *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725; *FG Münster*, EFG 2015, 221; *FG Köln*, EFG 2015, 817.

<sup>185</sup> *BFH*, NJW 2016, 1679 (1679).

<sup>186</sup> Vgl. *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (729); *FG Sachsen*, EFG 2015, 644 (645).

<sup>187</sup> Vgl. *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2015, 39 (42).

<sup>188</sup> Dies feststellend: *Nieuwenhuis* (Fn. 60), S. 1702.

<sup>189</sup> Vgl. BR-Drucks. 302/1/12 (Fn. 70), S. 43.; vgl. BT-Drucks. 17/13033 (Fn. 74) S. 66, 67; *Bleschick* (Fn. 52), S. 933.

liegt ein enger Rechtsstreitbegriff zugrunde.<sup>190</sup> Würde man das Auslegungsergebnis eines engen Rechtsstreitbegriffes allgemein anwenden, würden alle Arten von Schieds- und Schlichtungsverfahren dem grundsätzlichen Abzugsverbot nicht unterfallen, sondern würden wie Scheidungsverfahren nach den allgemeinen Grundsätzen der Zwangsläufigkeit abgewickelt.<sup>191</sup>

Dem erklärten Zweck der Gesetzesänderung von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG, die Abziehbarkeit von Prozesskosten auf einen engen Rahmen zu beschränken,<sup>192</sup> würde zuwidergehandelt, wenn man gerade solche Verfahren vom generellen Abzugsverbot des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG ausnehmen würde, denen sich der Steuerpflichtige am ehesten durch außergerichtliche Klärung entziehen kann. Es kann daher nach dem Willen des Gesetzgebers nur ein weit gefasster Rechtsstreitbegriff angelegt werden.

Demnach ist der Ansatz, Scheidungsverfahren nicht mehr als Rechtsstreite aufzufassen, zum Scheitern verurteilt. Erkennt man also das Ehescheidungsverfahren richtigerweise als Prozess im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG an, ist die Frage, ob Ehescheidungskosten nach der speziellen Zwangsläufigkeitsformel des § 33 Abs. 2 S. 4 EStG steuerlich abziehbar sind, zu klären.

Entscheidend ist, ob man die speziellen Zwangsläufigkeitsvoraussetzungen für Prozesskosten, „Gefährdung der Existenzgrundlage“ und „Befriedigung lebensnotwendiger Bedürfnisse“, rein-wirtschaftlich oder auch seelisch-anthropologisch auslegt. In der Ausformung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe hat der *BFH* ein „elementares menschliches Bedürfnis“ zur Erfüllung des Merkmals „Gefährdung der Existenzgrundlage“ anerkannt.<sup>193</sup> Die Ehescheidung zur Beendigung einer zerrütteten Ehe kann ein solches „elementares menschliches Bedürfnis“ sein. Da sich eine durchdringende Prüfung der Zerrüttung wie beim Scheidungsverfahren verbietet, muss typisierend von einem elementaren menschlichen Bedürfnis ausgegangen werden. Insofern sind Scheidungskosten als zwangsläufig im Sinne von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG anzusehen.

Der Gedanke, Scheidungskosten die Außergewöhnlichkeit im Rahmen des § 33 Abs. 2 EStG abzuerkennen,<sup>194</sup> ist angesichts der unwiderleglich steigenden Tendenz von Ehescheidungen<sup>195</sup> auf den ersten Blick nachvollziehbar. Dort,

---

<sup>190</sup> *FG Köln*, EFG 2016, 645 (646); *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>191</sup> Dem Gedanken nach auch: *Kanzler* (Fn. 121), S. 213.

<sup>192</sup> Vgl. BR-Drucks. 302/1/12 (Fn. 70), S. 43.

<sup>193</sup> *BFH*, BStBl. II 1995, 104 (107).

<sup>194</sup> *FG Niedersachsen*, EFG 2015, 725 (725 ff.).

<sup>195</sup> Siehe dazu oben Abschnitt **A. I. 1.**

wo etwas statistisch zur Regel, zur Normalität wird, kann es nicht auf der anderen Seite außergewöhnlich sein. Allerdings erscheint eine rein statistische Bewertung unter zweierlei Gesichtspunkten verfehlt.

Entzöge man Scheidungskosten aufgrund der statistisch hohen Scheidungsrate die Außergewöhnlichkeit, käme man zum einen in Wertungswidersprüche zur anerkannten steuerlichen Berücksichtigung von Krankheits- und Heilungskosten.<sup>196</sup> Man müsste diesen ebenfalls die Außergewöhnlichkeit absprechen und damit die Abziehbarkeit ausschließen, wollte man nicht den widersprüchlichen Zustand aufrechterhalten, dass bei bestimmten Aufwendungen die Außergewöhnlichkeit nach statistischen Erhebungen bemessen und bei anderen wiederum typisiert anerkannt wird.<sup>197</sup>

Zum anderen würde eine Klassifizierung der Ehescheidung als „gewöhnlich“ dem Bild und der Stellung der Ehe in der Rechtsordnung und der Gesellschaft entgegenlaufen. Dass die Ehe immer noch als grundsätzlich lebenslang angesehen wird, macht etwa die Existenz des § 1564 BGB deutlich, der eine Lösung von der Ehe zu Lebzeiten ausschließlich durch richterliches Urteil gestattet.<sup>198</sup>

Auch aus der verfassungsrechtlichen Perspektive, die gemäß Art. 6 Abs. 1 GG den Schutz von Ehe und Familie gewährleistet, ist die Außergewöhnlichkeit der Ehescheidung dahingehend zu deuten.<sup>199</sup> Zum einen kann es dem Schutz der Ehe nicht entsprechen, die Ehepartner durch Aberkennung der steuerlichen Berücksichtigung eines Ehescheidungsverfahrens dazu anzuhalten, die zerrüttete Ehe aufrecht zu erhalten. Der Schutz darf keinen faktischen Zwang aufgrund von finanziell unüberbrückbaren Engpässen beim Steuerzahler verursachen. Zuletzt ist zu sehen, dass der Steuerpflichtige seine Freiheit, sich einen neuen Ehepartner zu suchen, aufgrund des Verbots der Mehrfachehe gemäß § 1306 BGB erst nach der Scheidung der zerrütteten Ehe wahrnehmen kann.<sup>200</sup> Fasst man diese verfassungsrechtlichen Wertungen bei der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Außergewöhnlichkeit“ zusammen, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass eine Ehescheidung trotz unbestreitbar erhöhter Scheidungsquoten, als außergewöhnlich anzuerkennen ist.

Um Ehescheidungskosten die steuerliche Abziehbarkeit abzuerkennen und gleichzeitig Krankheitskosten weiterhin als außergewöhnliche Belastungen zu

---

<sup>196</sup> Vgl. *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>197</sup> Zur typisierten Anerkennung von Krankheitskosten: *BFH*, NV I 2011, 588 (588).

<sup>198</sup> v. *Coelln*, in: *Sachs*, 7. Aufl. 2014, Art. 6 GG Rn. 5.

<sup>199</sup> Ehe auf Lebenszeit: *Ebd.*

<sup>200</sup> Vgl. *FG Münster*, EFG 2015, 221 (223).



behandeln, ohne dabei Wertungswidersprüche hinzunehmen, bedürfte es einer komplett neuen Definition der außergewöhnlichen Belastungen insgesamt.<sup>201</sup> Da insbesondere keine verfassungsrechtlich tragfähige Rechtfertigung für diesen Widerspruch ersichtlich ist, wird man die Behandlung von Ehescheidungskosten als außergewöhnlich im Lichte des Folgerichtigkeitsprinzips anerkennen müssen.

Die Scheidung einer zerrütteten Ehe ist nach der hier vertretenen Ansicht Bestandteil eines menschenwürdigen Daseins, welches das subjektive Nettoprinzip im Kern vor einer Besteuerung bewahren soll. Insofern ist der Abzug der Ehescheidungskosten unbedingt zu gewährleisten.

Es bleibt mit Spannung zu erwarten, wie der *BFH* in dieser zeitnah zu entscheidenden Rechtssache urteilen wird.<sup>202</sup> Vieles spricht dafür, dass der *BFH*, in Kontinuität seiner eigenen Rechtsprechung, die generelle steuerliche Berücksichtigung von Kosten für das Scheidungsverfahren und für die Verfahren im Zwangsverbund unter dem Regime von § 33 Abs. 2 S. 4 EStG bestätigen wird.

---

<sup>201</sup> Ähnlich resümierend: *Urban* (Fn. 84), S. 220.

<sup>202</sup> *BFH*, Entscheidungsvorschau 2017, abrufbar unter: <http://bundesfinanzhof.de/anhaengige-verfahren/entscheidungsvorschau> (letzter Abruf: 11.6.2017).

**Ludwig Gegenfurtner\***

## **Kartellbußen als Problem im Steuerrecht**

### **Abstract**

Die Behandlung von Kartellbußen im Steuerrecht ist auch nach mehr als zehn Jahren andauernder Diskussion noch nicht abschließend geklärt. Angesichts stetig steigender Bußgelder, die von Europäischer Kommission und Bundeskartellamt ausgesprochen werden, ist es jedoch unabdingbar, einen einheitlichen und wohl tarieren Lösungsansatz zu finden. Ein Urteil des *Bundesfinanzhofs* in einem derzeit anhängigen Verfahren (Az. I R 2/17) könnte dies nun endlich bewerkstelligen. Dieser Beitrag soll vor diesem Hintergrund die verschiedenen Sichtweisen aufzeigen und diskutieren, sowie einen eigenen Ansatz darlegen. Nach einer Einführung in die Problematik wird zunächst der kartellrechtliche Hintergrund erläutert bevor näher auf die Frage eingegangen wird, ob Kartellbußen steuerlich abzugsfähig sind.

---

\* Der Verfasser ist Student im siebten Fachsemester an der Universität Konstanz und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Astrid Stadler. Der Aufsatz entstand im Rahmen eines Seminars zum Personen- und Unternehmenssteuerrecht im Wintersemester 2016/2017 bei Prof. Dr. Oliver Fehrbacher.

## A. Einführung und Problemdarstellung

Am 19.7.2016 verhängte die Europäische Kommission eine Rekordgeldbuße von knapp 2,93 Milliarden Euro gegen fünf Lkw-Hersteller.<sup>1</sup> Die Unternehmen hatten über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren Preise abgesprochen und sich auf einen Zeitplan für die Einführung bestimmter Technologien zur Senkung der Schadstoffemissionen verständigt.<sup>2</sup> Zu diesen Geldbußen werden in naher Zukunft wohl auch einige private Schadensersatzklagen hinzukommen (sog. *follow-on-claims*).<sup>3</sup> Der Vorfall beschäftigt bei den bebußten Unternehmen jedoch nicht nur die Compliance- und Rechtsabteilungen. Vielmehr stellt sich unweigerlich auch die Frage, wie steuerlich mit den millionenschweren Kartellgeldbußen umgegangen werden soll. Hier wird ein großes Interesse daran bestehen, die angefallenen Kosten zumindest zum Teil steuerlich geltend zu machen. Inwieweit dies möglich ist, ist allerdings trotz mehrere Urteile des *Bundesfinanzhofs* (BFH)<sup>4</sup> immer noch nicht abschließend geklärt.<sup>5</sup>

Dabei mag die steuerliche Würdigung der Bußgelder dem ersten Anschein nach keine großen Schwierigkeiten bereiten. Es handelt sich dabei zwar um Betriebsausgaben, allerdings besteht ein Abzugsverbot in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 1 EStG: Von einem deutschen Gericht oder einer Behörde und von Organen der Europäischen Union festgesetzte Geldbußen dürfen den Gewinn nicht mindern. Dies gilt aufgrund der Verweisungen in § 8 Abs. 1 S. 1 KStG und § 7 S. 1 GewStG gleichermaßen für Körperschaft- und Gewerbesteuer. Die naheliegende Begründung für das Abzugsverbot liegt darin, dass die Wirkung der Geldbußen nicht durch das Steuerrecht konterkariert werden soll.<sup>6</sup> Könnte man die Kosten steuermindernd geltend machen, würde auch der finanzielle Schaden für das Unternehmen verringert und damit die Wirkung der Buße entsprechend geschmälert werden. Kartellbehörden bestrafen aber oftmals

<sup>1</sup> Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 19.7.2016, IP/16/2582, abrufbar unter: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2582\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2582_de.htm) (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>2</sup> *Ebd.*

<sup>3</sup> Vgl. N.N., Spediteure fordern Schadenersatz von Lastwagen-Kartell, FAZ v. 30.8.2016, Nr. 202, S. 19.

<sup>4</sup> BFH, BStBl. II 2014, 306; BFH/NV 2004, 959; BStBl. II 1999, 658; nach einem Urteil des *FG Köln* (BeckRS 2016, 113908) ist unter dem Aktenzeichen I R 2/17 derzeit ein weiteres Verfahren anhängig.

<sup>5</sup> Siehe nur *Schönfeld/Haus/Bergmann/Erne*, Geldbußen vom Bundeskartellamt und Kommission wegen Kartellverstößen sind abzugsfähig, DStR 2017, 73 und die dortige Replik von *Krüger*, DStR 2017, 80 sowie *Drißen/Kersting*, Steuerrechtliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen des Bundeskartellamtes, 2016.

<sup>6</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 10/1189, S. 4; *Kruschke*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, 275. Aktualisierung, 2016, § 4 EStG Rn. 1700; *Spilker*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, 271. Aktualisierung, 2016, § 4 EStG Rn. N8.

nicht nur die Unternehmen, sondern entziehen ihnen durch die Bußen implizit auch den wirtschaftlichen Vorteil, der aus dem Gesetzesverstoß entstanden ist. Für diesen Teil des Bußgelds gilt nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG das steuerliche Abzugsverbot nicht. Schließlich unterlagen diese Mehrerlöse bei der Erwirtschaftung auch der Besteuerung.<sup>7</sup> Die Anwendung dieser Rückausnahme auf Kartellbußen bereitet in der Praxis aber erhebliche Schwierigkeiten.

So ist unklar, wie bestimmt werden soll, ob eine Kartellbuße im Einzelfall einen Abschöpfungsanteil enthält oder nicht. Kommt es dabei auf die Aussagen des Bundeskartellamts und der Europäische Kommission an, oder ist für das Steuerrecht eine eigene Sichtweise entscheidend? Letztlich ist auch die politische Brisanz der Thematik nicht zu verkennen – können hier Kartellsünder ihre Bußgelder (zumindest zum Teil) auf die Allgemeinheit abwälzen?

Die nachfolgende Darstellung soll auf die genannten Problemstellungen genauer eingehen und Lösungsansätze liefern. Es wird sich dabei zeigen, dass für das Steuerrecht allein eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgebend sein kann. Bei der gegenwärtigen Bußgeldpraxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts wird man hierbei in der Regel zu dem Ergebnis gelangen, dass deren Bußen auch den Gewinn abschöpfen. Sie sind dann folglich auch teilweise abzugsfähig.

## **B. Ziele und Mittel des Kartellrechts**

Zunächst soll summarisch die Funktionsweise des Kartellrechts dargestellt werden. Insbesondere die Berechnung der Geldbußen ist dabei von Bedeutung, da die Berechnungsmethoden Rückschlüsse darauf zulassen können, ob die Geldbußen auch den wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen.<sup>8</sup>

### **I. Regelungsgegenstand, Rahmenbedingungen, Tatbestände und Rechtsfolgen**

Ziel des deutschen sowie des europäischen Kartellrechts ist der Schutz des Wettbewerbs vor privat veranlassten Beschränkungen.<sup>9</sup> Sichergestellt wird dies zum einen über Strukturkontrollen, wie beispielsweise die Fusionskontrolle in

---

<sup>7</sup> Auf den Hintergrund dieser Rückausnahme soll an späterer Stelle noch genauer eingegangen werden. Siehe dazu **C. I.**

<sup>8</sup> Beispielsweise argumentierte der *BFH* in seinem letzten Urteil über Kartellbußen anhand der Bußgeldleitlinien der Kommission gegen eine Abschöpfungswirkung, BStBl. II 2014, 306 (310, Rn. 28 ff.); kritisch aufgrund des fehlenden Gesetzescharakters der Leitlinien dagegen aber *Haus*, Zur steuerlichen Abzugsfähigkeit von EU-Geldbußen aus kartellrechtlicher Sicht, DB 2014, 2066 (2068).

<sup>9</sup> *Wiedemann*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, § 1 Rn. 1; *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker, 5. Aufl. 2014, § 1 UWG Rn. 11 ff.

den §§ 35 ff. GWB. Zum anderen aber auch über Verhaltenskontrollen, durch die vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und andere wettbewerbschädliche Verhaltensweisen unterbunden werden sollen. Verboten nach Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB sind einerseits sog. horizontale Vereinbarungen, bei denen Konkurrenten derselben Wirtschaftsstufe kollusiv zusammenarbeiten.<sup>10</sup> Aber auch sog. vertikale Vereinbarungen zwischen Marktteilnehmern auf unterschiedlichen Stufen der Erzeugungs- oder Produktionskette können sich schädlich auf den Wettbewerb auswirken und damit unter den Anwendungsbereich der genannten Vorschriften fallen.<sup>11</sup> Darüber hinaus muss der Wettbewerb auch vor dem Missbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen geschützt werden, vgl. Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1 GWB. Hat ein Verstoß stattgefunden, ist es notwendig, dass dem Unternehmer sein hierdurch erzielter Vorteil wieder entzogen wird.<sup>12</sup> Denn ansonsten bliebe der Wettbewerb weiterhin verfälscht, was der eingangs beschriebenen Zielsetzung des Kartellrechts zuwiderlaufen würde. Darüber hinaus soll auch eine „Bestrafung“ stattfinden, um vor weiteren Verstößen abzuschrecken.<sup>13</sup> Probates Mittel hierfür sind zum einen die von Bundeskartellamt und Europäischer Kommission verhängten Geldbußen. Daneben besteht im deutschen Recht nach § 34 Abs. 1 GWB die Möglichkeit, eine Abschöpfung des widerrechtlich erzielten Vorteils im Verwaltungsweg vorzunehmen. Schließlich sieht § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 GWB aber auch für die betroffenen Mitbewerber und Marktteilnehmer die Möglichkeit vor, Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche gegen die Kartellanten geltend zu machen. Ein Klagerecht wird nach § 33 Abs. 2 GWB darüber hinaus Wirtschafts- und Verbraucherverbänden eingeräumt. Durch die Klagen kann ebenfalls eine Abschöpfung bewirkt werden, weil die wirtschaftlichen Mehrerlöse beim Kartellanten gewissermaßen den Schäden bei seinen Kunden entsprechen können, vgl. § 33 Abs. 3 S. 3 GWB.<sup>14</sup> Private Schadensersatzklagen spielen derzeit jedenfalls bei

<sup>10</sup> *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), Art. 101 AEUV Rn. 484; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 3. Aufl. 2016, Art. 101 AEUV Rn. 66; *Glöckner*, Kartellrecht – Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2012, § 4 Rn. 327 ff.

<sup>11</sup> *Zimmer*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), Art. 101 AEUV Rn. 231; *Kirchhoff*, in: Wiedemann (Fn. 9), § 10 Rn. 1.

<sup>12</sup> Vgl. *Rebbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 10), § 34 GWB Rn. 1; *Raum*, Vorteilsabschöpfung im Kartellrecht – Viele Wege zu einem Ziel, in: FS Hirsch, 2008, S. 301 (307 f.); *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 34 GWB Rn. 4; *Scholz/Haus*, Geldbußen im EG-Kartellrecht und Einkommensteuerrecht, EuZW 2002, 682 (684); Begründung des Regierungsentwurfs zur 5. GWB Novelle, BT-Drucks. 15/3460, S. 36.

<sup>13</sup> Siehe nur *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 81 GWB Rn. 440; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 100 f.

<sup>14</sup> Vgl. *Raum*, in: FS Hirsch (Fn. 12), S. 304 ff.; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 141; vgl. auch *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 33 GWB Rn. 68 ff.

Kartellen aber noch keine besonders große Rolle bei der Vorteilsabschöpfung.<sup>15</sup> Zum einen, da sich die Erbringung des Nachweises über die konkrete Höhe des Schadens als sehr schwierig gestalten kann, gerade wenn der Geschädigte einen erhöhten Kaufpreis auf Kunden übergewälzt hat.<sup>16</sup> Zum anderen aber auch, weil sich mittelbar Betroffene aufgrund der Atomisierung des Schadens häufig nicht zu einer Klage motiviert sehen.<sup>17</sup>

## II. Kriterien für die Bemessung von Kartellbußen

Hat ein Unternehmen gegen eines der genannten Verbote verstoßen und entschließt sich die Behörde, dies durch eine Geldbuße zu ahnden, stellt sich die Frage nach deren Höhe. Grundüberlegung bei der Berechnung muss sein, dass sich der Kartellverstoß für die Unternehmen nicht lohnen darf.<sup>18</sup> Wie bei jeder unternehmerischen Entscheidung wird nämlich auch einer Kartellabrede die Überlegung vorangegangen sein, ob sich hierdurch ein Mehrgewinn erwirtschaften lässt. Ein Unternehmer, der sich nicht allein durch moralische Bedenken abschrecken lässt, wird hierbei wohl die Höhe des Mehrgewinns aus einer Kartellabrede, das Risiko einer Aufdeckung des Kartells und die bei einer Aufdeckung drohenden Schäden berücksichtigen.<sup>19</sup> Studien schätzen dabei die Mehrerlöse aus einer Kartellabrede auf 10 % bis 25 % und die Wahrscheinlichkeit einer Aufdeckung auf rund 10 % bis 30 %.<sup>20</sup> Ist die drohende Geldbuße zu gering, besteht die Gefahr, dass es für den geneigten Unternehmer wirtschaftlich verlockend sein kann, die Risiken einer Aufdeckung in Kauf zu nehmen. Spiegelbildlich muss sich deshalb auch die Berechnung der Geldbußen an den

<sup>15</sup> *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 33 GWB Rn. 3; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 143, *Bornkamm*, in: Langen/Bunte, 11. Aufl. 2011, § 33 GWB Rn. 6; anders ist dies wohl bei Diskriminierungs- und Missbrauchsverboten.

<sup>16</sup> *Glöckner* (Fn. 10), § 2 Rn. 236; *Emmerich*, Kartellrecht, 13. Aufl. 2014, § 40 Rn. 17; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 143; vgl. auch *Rehbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 10), § 33 GWB Rn. 51.

<sup>17</sup> *Glöckner* (Fn. 10), § 2 Rn. 236; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 143.

<sup>18</sup> Vgl. *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 83; ausführlich zu der optimalen Höhe von Geldbußen und den relevanten wirtschaftlichen Grundüberlegungen: *Wils*, Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice, World Competition 2006, 183 ff.

<sup>19</sup> Vgl. *Heyers*, Kartellbußen und Steuerfolgen, WuW 2014, 1184 (1198); *Wils*, The European Commission's 2006 Guidelines on Antitrust Fines: A Legal and Economic Analysis, World Competition 2007, 197 (209 f.); *Kiegler*, Steuerliche Abzugsfähigkeit von EG-Kartellgeldbußen als Betriebsausgaben – Zugleich Anmerkung zu *BFH*, Beschluss vom 24.3.2004, DStR 2004, 1974 (1978); *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 86, 104.

<sup>20</sup> *Castillo de la Torre*, The 2006 Guidelines on Fines: Reflections on the Commission's Practice, World Competition 2010, 359 (361 f.) m.w.N.; *Kienappel*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, 7. Aufl. 2015, VO (EG) 1/2003, Art. 23 Rn. 8 m.w.N.

genannten Parametern ausrichten.<sup>21</sup> Entscheidende Bedeutung kommt hier dem durch die Kartellabrede erwirtschafteten Mehrerlös zu.<sup>22</sup> Denn eine Geldbuße muss die erlangten Mehrerlöse zwingend übersteigen, wenn sie tatsächlich abschrecken soll.<sup>23</sup> Dies gilt zumindest solange, wie der Unternehmer nicht durch andere Rechtsfolgen, wie etwa private Schadensersatzklagen oder eine Abschöpfung im Verwaltungsweg, zusätzlich in nennenswertem Umfang belastet wird.<sup>24</sup>

### III. Überblick über die Berechnungsmethodik der Bußgelder

Diese Überlegungen werden auch in der Bußgeldpraxis der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts aufgegriffen. Die Bußen der Europäischen Kommission ergehen auf Grundlage des Art. 23 Kartell-VO<sup>25</sup>. Art. 23 Abs. 2 Kartell-VO sieht dabei für Verstöße gegen Art. 101 und 102 AEUV eine Buße bis zur Höhe von 10 % des im vorausgegangenen Geschäftsjahr erzielten Gesamtumsatzes vor. Wie hoch die Bußen im Einzelfall sind, beurteilt sich gemäß Art. 23 Abs. 3 Kartell-VO nach der Schwere und der Dauer des Verstoßes. Um diese Vorgaben zu konkretisieren, hat die Kommission 2006 überarbeitete Leitlinien für die Bußgeldfestsetzung veröffentlicht.<sup>26</sup> Diese Leitlinien sehen zur Berechnung der Buße ein mehrstufiges Verfahren vor. Zunächst wird dabei ein Grundbetrag errechnet.<sup>27</sup> Grundlage für diesen Grund-

<sup>21</sup> *EuG*, T-329/01, ECLI:EU:T:2006:286, Rn. 141 – *ADM ./.* *Kommission*; *Wils* (Fn. 19), S. 209 f.; *Castillo de la Torre* (Fn. 21), S. 361; *Wils* (Fn. 18), S. 187; *Heyers* (Fn. 19), S. 1198; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 20), VO (EG) 1/2003, Art. 23 Rn. 8; *Engelsing*, Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006, WuW 2007, 470 (473); *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 86, 104.

<sup>22</sup> *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl. 2015, Rn. 2945; *Wils* (Fn. 19), S. 227; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 20), VO (EG) 1/2003, Art. 23 Rn. 8; *Scholz/Haus* (Fn. 12), S. 683 f.

<sup>23</sup> *Wils* (Fn. 19), S. 227: „[...] a fine below the illicit gains could certainly never deter, not even under the unrealistic assumption that all infringements are detected and penalised“; *EuG*, T-329/01, ECLI:EU:T:2006:286, Rn. 141 – *ADM ./.* *Kommission*; *EuG*, T-9/99, ECLI:EU:T:2002:70 Rn. 456 – *HFB u.a. ./.* *Kommission*; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 20), VO (EG) 1/2003, Art. 23 Rn. 8; *Wils* (Fn. 18), S. 208; *Hahn*, Abzugsfähige Kartellbußen – zum Beschluss des BFH v. 24.3.2004, I B 203/03, IStR 2004, 786 (788 f.); *Scholz/Haus* (Fn. 12), S. 683 f.; *Lorenz*, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartell-Geldbußen der EU-Kommission als Betriebsausgaben, IStR 2004, 191 (193); *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 104.

<sup>24</sup> In diese Richtung gehend auch *Heyers* (Fn. 19), S. 1198.

<sup>25</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. Nr. L 001 v. 4.1.2003, S. 1, abgekürzt als: Kartell-VO.

<sup>26</sup> Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. Nr. C 210 v. 1.9.2006, S. 2, abgekürzt als: EU-Bußgeldleitlinien.

<sup>27</sup> Tz. 10 EU-Bußgeldleitlinien.

betrag ist der Umsatz, der mit den kartellierten Waren im letzten Jahr erzielt wurde (sog. tatbezogener Umsatz).<sup>28</sup> Auf diesen Umsatz wird ein variabler Prozentsatz von bis zu 30 % angewandt, dessen Höhe sich nach der Schwere des jeweiligen Verstoßes beurteilt.<sup>29</sup> Anschließend wird der sich so ergebende Betrag mit der Anzahl der Jahre des Kartells multipliziert.<sup>30</sup> Dieses Verfahren zur Errechnung des Grundbetrags erschließt sich, wenn man sich die zuvor erwähnten Studien über die Mehrerlöse einer Kartellabrede (10 % bis 25 %) vor Augen führt. Der Anteil am tatbezogenen Umsatz von bis zu 30 % reflektiert näherungsweise diese durchschnittlichen jährlichen Mehrerlöse und lässt noch Raum, um das Risiko einer Aufdeckung des Kartells und die Umstände des Einzelfalls in die Höhe des Bußgeldes miteinfließen zu lassen.<sup>31</sup> Durch die Multiplikation mit der Anzahl der Jahre wird so der ungefähre Mehrerlös des Unternehmers geschätzt. Anschließend sind noch Erhöhungen und Minderungen des Grundbetrags sowie Aufschläge möglich.<sup>32</sup> Ein Aufschlag ist unter anderem dann vorgesehen, wenn die Buße den erzielten widerrechtlichen Gewinn nicht übersteigt.<sup>33</sup> Dies lässt sich auf den eingangs erläuterten Grundgedanken zurückführen, dass die Buße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen sollte, um wirksam abzuschrecken. Durch den Grundbetrag wird nur näherungsweise der erzielte Mehrerlös berechnet. Es kann deshalb im Einzelfall sein, dass der Unternehmer aufgrund besonderer Umstände einen widerrechtlichen Gewinn erzielt hat, der höher als der Grundbetrag ausfällt. Dem kann mit dem Aufschlag entgegengewirkt werden.<sup>34</sup>

Im Gegensatz zu den Vorschriften über die Geldbußen der Europäischen Kommission wird im deutschen GWB und OWiG auf die für das Steuerrecht wichtige Trennung zwischen Vorteilsabschöpfung und Ahndung Bezug genommen. An sich schreibt § 17 Abs. 4 OWiG vor, dass die Geldbuße den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen „soll“. Gemäß § 81 Abs. 5 S. 1 GWB wird die Vorschrift aber bei Kartellbußen nur mit der Maßgabe angewendet, dass der

<sup>28</sup> Tz. 12, 13 EU-Bußgeldleitlinien.

<sup>29</sup> Tz. 19, 20, 21 EU-Bußgeldleitlinien.

<sup>30</sup> Tz. 19 EU-Bußgeldleitlinien.

<sup>31</sup> *Haus* (Fn. 8), S. 2070; *Kienapfel*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje (Fn. 20), VO (EG) 1/2003, Art. 23 Rn. 9; *Eilers/Esser-Wellié/Ortmann/Schubert*, Die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellbußen der EU-Kommission im Lichte neuer Entwicklungen des EU-Wettbewerbsrechts, Ubg 2008, 661 (667); *Wils* (Fn. 19), S. 209 ff.; *Engelsing* (Fn. 21), S. 474; *Eilers/Klusmann*, Fortsetzung folgt – der 4. Senat des BFH findet keine überzeugende Lösung zu der steuerlichen Abzugsfähigkeit von EU-Kartellrechtsbußen, NZKart 2014, 294 (298).

<sup>32</sup> Tz. 27-31 EU-Bußgeldleitlinien.

<sup>33</sup> Tz. 31 EU-Bußgeldleitlinien.

<sup>34</sup> *Frenz* (Fn. 22), Rn. 2945 f., 2973 f.; *Wils* (Fn. 19), S. 227.



wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft werden „kann“. Es besteht also zumindest kartellrechtlich auch die Möglichkeit, eine reine Ahndungsgeldbuße auszusprechen.<sup>35</sup> Diese reine Ahndungsgeldbuße entspricht wohl momentan auch dem praktischen Regelfall.<sup>36</sup> Es ist anschließend zumindest theoretisch immer noch die bereits erwähnte Vorteilsabschöpfung im Verwaltungsverfahren nach § 34 Abs. 1 GWB möglich. In der Praxis kam dieses Verfahren aber bislang noch in keinem einzigen Fall zur Anwendung.<sup>37</sup> Für die Bemessung der Bußgelder wurden ebenfalls Leitlinien herausgegeben.<sup>38</sup> Diese beziehen sich aber nur auf den ahndenden Teil einer Geldbuße.<sup>39</sup> Bei der Berechnung der Bußgelder lehnt sich das Bundeskartellamt in weiten Teilen an die oben erläuterten Leitlinien der Europäischen Kommission an.<sup>40</sup> Allerdings wird bei den deutschen Kartellbußen nicht anhand eines variablen Prozentsatzes an den tatbezogenen Umsatz angeknüpft, sondern anhand eines festen Prozentsatzes von 10 %.<sup>41</sup> Dieser Wert lässt sich wohl damit erklären, dass er genau in der Mitte der Spanne von 5 % bis 15 % liegt, die das Bundeskartellamt für die Berechnung von Schadensersatz bei Kartellen vorschlägt.<sup>42</sup> Weiterhin wird das Ergebnis dann mit einem Faktor multipliziert, der sich an der Größe des Unternehmens ausrichtet.<sup>43</sup> Die Größe des Unternehmens spielt dagegen bei EU-Geldbußen nur als Obergrenze eine Rolle. Eine Erhöhung der Buße ist in den Leitlinien des Bundeskartellamts aber ebenfalls vorgesehen, wenn bei dem Kartellverstoß ein

<sup>35</sup> Meyer-Lindermann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 10), § 81 GWB Rn. 123; Dannecker/Biermann, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 81 GWB Rn. 548; Haase/Geils, Die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen, BB 2015, 2583 (2585).

<sup>36</sup> Vgl. Heyers (Fn. 19), S. 1191; Schönfeld/Haus/Bergmann, Die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellbußen – einige Überlegungen aus kartell- und steuerrechtlicher Sicht, DStR 2014, 2323 ff.; Dethof, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellbußen, GmbH-StB 2015, 50 (52).

<sup>37</sup> Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, 2010, S. 463; Rebbinder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 10), § 34 GWB Rn. 1; Bien, Perspektiven für eine europäische Gruppenklage bei Kartellverstößen? – Die Opt-out-Class Actions als Äquivalent der Vorteilsabschöpfung, NZKart 2013, 12 (16); Emmerich in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 34 GWB Rn. 4; Raum, in FS Hirsch (Fn. 12), S. 306.

<sup>38</sup> Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren v. 25.6.2013, abgekürzt als BKartA – Bußgeldleitlinien, abrufbar unter: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Leitlinien/Bekanntmachung%20-%20Bu%C3%9Fgeldleitlinien-Juni%202013.html?nn=3591418> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>39</sup> Tz. 1 BKartA – Bußgeldleitlinien.

<sup>40</sup> Engelsing (Fn. 21), S. 471; Klusmann, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts (Fn. 9), § 57 Rn. 108.

<sup>41</sup> Tz. 10 BKartA – Bußgeldleitlinien.

<sup>42</sup> Drien/Kersting (Fn. 5), Rn. 177.

<sup>43</sup> Tz. 13 BKartA – Bußgeldleitlinien.

besonderes Gewinn- und Schadenspotential bestand, also mit hohen Gewinnen zu rechnen ist.<sup>44</sup> Diese Erhöhung soll aber nur „ausnahmsweise“ erfolgen.<sup>45</sup>

### **C. Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellgeldbußen**

Vor diesem Hintergrund soll nun erörtert werden, ob die so festgesetzten Geldbußen steuerlich abzugsfähig sind.

#### **I. Hintergrund des Abzugsverbots für Geldbußen in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG**

Hierbei kommt es, wie bereits aufgezeigt, entscheidend auf die konkrete Anwendung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG an. Dessen Entstehungsgeschichte und Wertungsentscheidungen sollen deshalb im Folgenden genauer dargestellt werden.

##### **1. Spannungsfeld aus divergierenden steuerlichen Grundprinzipien**

Die Vorschrift steht in einem Spannungsfeld, bestehend aus dem objektiven Nettoprinzip, der Werteneutralität des Steuerrechts und der Einheit der Rechtsordnung.

###### *a) Grundsätzliche Abzugsfähigkeit aufgrund des Objektiven Nettoprinzipts*

Das objektive Nettoprinzip gebietet den uneingeschränkten Abzug aller Aufwendungen, die mit der Erzielung von Einnahmen zusammenhängen.<sup>46</sup> Dies ist Ausdruck einer Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Maßgebend für eine gerechte und gleichmäßige Besteuerung kann schließlich nicht nur der reine Vermögenszugang sein. Berücksichtigung müssen vielmehr auch die negativen Faktoren finden. Einkünfte im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 1 EStG sind deshalb stets Unterschiedsbeträge zwischen Erwerbsbezügen und Erwerbsaufwendungen. Für Geldbußen folgt aus dem objektiven Nettoprinzip, dass diese grundsätzlich abzugsfähig sein müssen, wenn sie betrieblich veranlasst sind. Soll hiervon eine Ausnahme gemacht werden, bedarf dies einer Rechtfertigung und einer verhältnismäßigen Ausgestaltung.<sup>47</sup> Denn aufgrund

<sup>44</sup> Tz. 15 BKartA – Bußgeldleitlinien.

<sup>45</sup> Tz. 15 BKartA – Bußgeldleitlinien.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 81, 228 (237); *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, S. 762 ff.; *Fehrenbacher*, Steuerrecht, 5. Aufl. 2015, § 2 Rn. 6; *Hey*, in: *Tipke/Lange Steuerrecht*, 22. Aufl. 2015, § 8 Rn. 54; *Breinersdorfer*, Abzugsverbote und objektives Nettoprinzip – Neue Tendenzen in der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers, DStR 2010, 2492 (2494); *Weber-Grellet*, in: Schmidt, 35. Aufl. 2016, § 2 EStG Rn. 10.

<sup>47</sup> BVerfGE 81, 228 (237); *Gallert*, Abzugsverbote für Betriebsausgaben und Werbungskosten als Verfassungsproblem, 2013, S. 115 f.; *Englisch*, Verfassungsrechtliche Grund-

des gleichheitsrechtlichen Folgerichtigkeitsgebots aus Art. 3 Abs. 1 GG muss der Gesetzgeber die einmal getroffene Entscheidung für das Nettoprinzip auch folgerichtig umsetzen.<sup>48</sup>

*b) Werteneutralität des Steuerrechts*

Eine ähnliche Wertung ergibt sich aus der Werteneutralität des Steuerrechts. § 40 AO statuiert allgemein, dass es für die Besteuerung irrelevant ist, ob ein Verhalten, das den Tatbestand eines Steuergesetzes erfüllt, verboten oder sittenwidrig ist. Diese Regelung stellt sicher, dass ein illegales Verhalten nicht steuerlich prämiert wird.<sup>49</sup> So soll jemand, der Bestechungsgeld erhält, nicht dadurch belohnt werden, dass diese Einnahmen nicht besteuert werden. Prinzipiell gilt die Werteneutralität aber auch zugunsten des Steuerpflichtigen.<sup>50</sup> So können grundsätzlich Bestechungsgelder und eben auch Geldbußen als Betriebsausgabe oder Werbungskosten geltend gemacht werden (zu der notwendigen Einschränkung sogleich).

*c) Rechtfertigung eines Abzugsverbots durch die Einheit der Rechtsordnung*

Schon aus dem letzten Satz wird deutlich, dass die strikte Anwendung der beiden genannten Prinzipien teilweise zu unbilligen Ergebnissen führt. Deswegen werden sie zum Beispiel durch Abzugsverbote durchbrochen. Dies bedarf aber wie beschrieben einer Rechtfertigung. Eine solche Rechtfertigung kann sich aus der Wahrung der Einheit der Rechtsordnung ergeben.<sup>51</sup> Das Steuerrecht ist Teil einer Gesamtrechtsordnung. Diese soll in sich schlüssig und widerspruchsfrei sein. Wenn der Gesetzgeber in einem Teil der Rechtsordnung eine bestimmte Wertung trifft, dann muss sie deshalb auch in anderen Teilen

---

lagen und Grenzen des objektiven Nettoprinzips, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, 92 (100); Hey, in: Tipke/Lange (Fn. 46), § 8 Rn. 55; Tipke (Fn. 46), S. 776; Breinersdorfer (Fn. 46), S. 2494 ff.

<sup>48</sup> BVerfGE 81, 228 (237); 99, 280 (290); 107, 27 (48); 122, 210 (234); Kirchhof, Besteuerung im Verfassungsstaat, 2001, S. 43 f.; Breinersdorfer (Fn. 46), DStR 2010, S. 2494; andere sprechen dem objektiven Nettoprinzip selbst Verfassungsrang zu, so z.B. Lehner, Die verfassungsrechtliche Verankerung des objektiven Nettoprinzips, DStR 2009, 185 (188, 191); Englisch (Fn. 47), S. 92 ff., das BVerfG lässt dies ausdrücklich offen.

<sup>49</sup> Ratschow, in: Klein, 13. Aufl. 2016, § 40 AO Rn. 1; Fehrenbacher (Fn. 46), § 8 Rn. 41; Englisch, in: Tipke/Lange (Fn. 46), § 5 Rn. 107; Driën, Zum Betriebsausgabenabzug von Geldbußen, DB 2013, 1133 (1136).

<sup>50</sup> BFH, BStBl. II 1990, 251 (252); Driën, in: Tipke/Kruse, 144. Aktualisierung, 2016, § 40 AO Rn. 6; Ratschow, in: Klein (Fn. 49), § 40 AO Rn. 2; Fehrenbacher (Fn. 46), § 8 Rn. 41; Driën/Kersting (Fn. 5), Rn. 1, 12.

<sup>51</sup> Vgl. Seer, in: Tipke/Lange (Fn. 46), § 1 Rn. 44 ff.; Tipke, Die Steuerrechtsordnung Band I, 1993, S. 101 ff.; kritisch dazu Walz, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung, 1980, S. 199 ff. „abstrakte Leerformel“, der den Begriff *ordre public* vorzieht.

der Rechtsordnung beachtet werden. Insoweit gilt für das Steuerrecht, dass Grundwertungen anderer Rechtsgebiete grundsätzlich nicht durchkreuzt werden dürfen. Ausnahmen bestehen hiervon nur, wenn es im Steuerrecht wiederum zwingende teleologische Gründe gibt, die den Wertungswiderspruch rechtfertigen.<sup>52</sup> In einer Geldbuße drückt sich die Missbilligung eines bestimmten Verhaltens im Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht aus. Kann die Geldbuße im Steuerrecht abgesetzt werden, steht dies dieser Missbilligung entgegen, da hierdurch wirtschaftlich betrachtet eine Minderung der Buße bewirkt wird. Aus dem Prinzip der Einheit der Rechtsordnung folgt daher, dass ein steuerlicher Abzug zu unterbleiben hat, während das objektive Nettoprinzip und die Werteneutralität des Steuerrechts für einen Abzug streiten. Die sich so ergebende Wertekonkurrenz muss in Folge einer Abwägung zugunsten einer Seite aufgelöst werden.<sup>53</sup> Dies ist inzwischen durch das Abzugsverbot in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 1 EStG und die Rückausnahme in S. 4 geschehen.

## 2. Überblick über die Historie des Betriebsausgabenabzugsverbots für Geldbußen

Bis zur heutigen Rechtslage war die Ausgestaltung dieser Vorschrift aber Gegenstand einiger Gerichtsentscheidungen und Gesetzgebungsverfahren, wie sich bei einem kurzen Überblick über die Entstehungsgeschichte des Abzugsverbots für Geldbußen zeigt. Diese liefert entscheidende Hinweise, wann welchem Prinzip der Vorrang einzuräumen ist und warum es letztlich einer Einschränkung des Verbots bedurfte. Für die derzeit geführte Diskussion über die steuerliche Behandlung von Kartellbußen lassen sich hieraus entscheidende Rückschlüsse ziehen. Ursprünglich bestand in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG ein generelles und ausnahmsloses Abzugsverbot für Geldbußen. Der *BFH* hielt die Vorschrift aber für teilweise verfassungswidrig, weil sie auch den Teil einer Geldbuße erfasste, der auf die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils entfiel.<sup>54</sup> Dieser Abschöpfungsteil habe aber keinen Sanktionscharakter und führe so zu einer nicht durch ordnungspolitische oder strafrechtliche Notwendigkeit gerechtfertigten „Strafsteuer“.<sup>55</sup> Die Argumentation des *BFH* wird deutlich, wenn man sich die wirtschaftliche Belastung des Steuerpflichtigen vor Augen führt. Die aus einer Ordnungswidrigkeit resultierenden Mehrerlöse müssen später an die sanktionierende Behörde abgeführt werden. Der Unternehmer

<sup>52</sup> *Seer*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 46), § 1 Rn. 48; *Tipke* (Fn. 51), S. 102.

<sup>53</sup> *Seer*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 46), § 1 Rn. 48; *Tipke* (Fn. 51), S. 102; *Driien* (Fn. 49), S. 1135; *Walz* (Fn. 51), S. 201; *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 9; a.A. *Krüger*, Die steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellbußen – noch ungeklärte Fragen?, *DStR* 2016, 895 (897), der wohl einen pauschalen Vorrang der Einheit der Rechtsordnung annimmt.

<sup>54</sup> *BFH*, *BStBl.* II 1987, 212; vgl. auch *BVerfGE* 81, 228 (229).

<sup>55</sup> Vgl. *BVerfGE* 81, 228 (234); *Driien* (Fn. 49), S. 1136.

macht also wirtschaftlich betrachtet insgesamt keinen Gewinn. Da er aber auf die erwirtschafteten Mehrerlöse zuvor Steuern gezahlt hat, nun aber die Abschöpfung nicht steuermindernd geltend machen kann, bleibt die Steuerlast bestehen. Es kommt also zu einer Doppelbelastung durch den Ahndungsteil des Bußgelds einerseits und durch die Besteuerung des ursprünglichen Gewinns andererseits.<sup>56</sup> Für die zusätzliche Belastung im Steuerrecht fehlt es aber an einer Rechtfertigung. Zum einen ist es nämlich nicht Sinn und Zweck des Steuerrechts, Ordnungswidrigkeiten zu ahnden. Zum anderen lässt sich das Abzugsverbot auch nicht aus der Einheit der Rechtsordnung herleiten, weil die Abschöpfung nicht der Sanktionierung eines bestimmten Verhaltens dient. Es soll damit schließlich bloß sichergestellt werden, dass dem widerrechtlich handelnden Unternehmer keine Vorteile aus seinem Verhalten verbleiben.

Das *BVerfG* hielt in seinem Urteil vom 23.1.1990 die Vorschrift zwar für mit der Verfassung vereinbar.<sup>57</sup> Es stellte aber fest, dass eine Regelung, die eine vollständige Abschöpfung mit einer zusätzlichen steuerlichen Belastung verbindet, verfassungswidrig wäre.<sup>58</sup> Diese verfassungswidrige Doppelbelastung vermied das *BVerfG* dadurch, dass es § 17 Abs. 4 OWiG dahingehend ausgelegte, dass die ursprüngliche Steuerlast vom Bußgeld abgezogen werden müsse.<sup>59</sup> Das *BVerfG* zeigte sich also gerade nicht mit einer „Strafsteuer“ einverstanden, fand allerdings einen Weg, eine Verfassungswidrigkeit im Steuerrecht durch eine verfassungskonforme Auslegung im Ordnungswidrigkeitenrecht zu vermeiden. Das gleiche Ergebnis könne man aber auch durch die Gewährung des Abzugs des Abschöpfungsteils erreichen.<sup>60</sup> Ob man dies ermögliche, sei aber wiederum Sache des Gesetzgebers.<sup>61</sup> Auch wenn die Gesetzeslage im Ergebnis also nicht verfassungswidrig war, bestand dennoch das Problem, dass sich die deutschen Kartellbehörden nun mit schwierigen steuerlichen Fragen auseinandersetzen mussten.<sup>62</sup> Sie waren schließlich aufgrund des Urteils verpflichtet, die ursprüngliche Steuerlast in ihre Bußen einzukalkulieren. Weiterhin war der Steuerpflichtige jedes Mal auf den Rechtsweg verwiesen, wenn die Steuern nicht

<sup>56</sup> *Haase/Geils* (Fn. 35), S. 2584; *Kiegler* (Fn. 19), S. 1974; *Werder/Rudolf*, *Ausgewählte Steuerfragen bei Compliance-Untersuchungen*, BB 2015, 665 (673); *Haus* (Fn. 8), S. 2067; *Meurer*, in: *Lademann*, 220. Aktualisierung 2016, § 4 EStG Rn. 746; *Klein/Kubn*, *Überlegungen zur Abzugsfähigkeit von EG-Geldbußen als Betriebsausgaben*, FR 2004, 206; *Frotscher/Geurts*, 191. Aktualisierung 2016, § 4 EStG Rn. 839; *Kruschke*, in: *Herrmann/Heuer/Raupach* (Fn. 6), § 4 EStG Rn. 1731; *Spilker*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff* (Fn. 6), § 4 EStG Rn. N2.

<sup>57</sup> BVerfGE 81, 228 (236).

<sup>58</sup> BVerfGE 81, 228 (238).

<sup>59</sup> BVerfGE 81, 228 (239 f.).

<sup>60</sup> BVerfGE 81, 228 (238).

<sup>61</sup> BVerfGE 81, 228 (241).

<sup>62</sup> Vgl. *Meurer*, in: *Lademann* (Fn. 56), § 4 EStG Rn. 746.

berücksichtigt wurden.<sup>63</sup> Bei Geldbußen der EU bestand das Problem umso mehr, da die Kommission die nationale Steuerbelastung nicht berücksichtigt.<sup>64</sup> Der Gesetzgeber reagierte deshalb und fügte angelehnt an das Urteil des *BVerfG* in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG den heutigen S. 4 HS. 1 ein: „Das Abzugsverbot für Geldbußen gilt nicht, soweit der wirtschaftliche Vorteil, der durch den Gesetzesverstoß erlangt wurde, abgeschöpft worden ist, wenn die Steuern vom Einkommen und Ertrag, die auf den wirtschaftlichen Vorteil entfallen, nicht abgezogen worden sind“.<sup>65</sup> Damit wurde die heute bestehende Rechtslage geschaffen und die verfassungsrechtlichen Bedenken ausgeräumt.

## II. Bindung an Bußgeldbescheide, Aussagen der Kartellbehörden und Bezeichnung im Kartellrecht?

Die konkrete Anwendung des Gesetzes bei Kartellbußen bereitet aber immer noch erhebliche Schwierigkeiten. Es stellt sich die Frage, wie im Einzelfall beurteilt werden soll, ob eine Buße den wirtschaftlichen Vorteil abschöpft oder nicht. Dabei muss zunächst bestimmt werden, ob es dabei auf die Bußgeldbescheide der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamts und deren Äußerungen ankommt oder ob man sich über die Angaben der Behörden bei der steuerrechtlichen Beurteilung hinwegsetzen kann. So lässt sich den Bußgeldbescheiden des Bundeskartellamts unter Anderem entnehmen, ob eine reine Ahndungsgeldbuße nach § 81 Abs. 5 GWB festgesetzt wurde. Gerade in diesem Fall muss geklärt werden, ob das Steuerrecht hier ebenfalls eine reine Ahndungsgeldbuße annehmen muss, oder ob aufgrund einer eigenständigen Sichtweise auch die Annahme einer Abschöpfung möglich ist. Die Europäische Kommission hat auf Anfrage der Finanzämter zur Frage nach der Abschöpfungswirkung mehrmals Stellung genommen. Die Bußen seien rein bestrafender Natur, weshalb sie nicht als vorteilsabschöpfend eingestuft werden könnten.<sup>66</sup> Hätten diese Aussagen Bindungswirkung, müsste bei allen EU-Geldbußen ein Betriebsausgabenabzug vollständig ausscheiden. Wenn man eine Bindungswirkung dagegen verneint, stellt sich wiederum die anschließende Frage, welche Kriterien stattdessen maßgeblich sein sollen.

<sup>63</sup> *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 15.

<sup>64</sup> Vgl. *EuGH*, C-44/69, ECLI:EU:C:1970:72, Rn. 50 f. – *Buchler & Co ./. Kommission*; Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/1108, S. 52.

<sup>65</sup> Gesetz zur Entlastung der Familien und zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für Investitionen und Arbeitsplätze (Steueränderungsgesetz 1992) v. 25.2.1992, BStBl. I 1992, 146.

<sup>66</sup> Vgl. *BFH*, BStBl. II 2014, 306 (307, Rn. 10); vgl. dazu auch die folgenden Schreiben/ Verfügungen: OFD Karlsruhe v. 2.5.2011, S 214.5/46 – St 111; LfSt Bayern v. 5.11.2010, S 2145.1.1-5/4 St32; FM Bayern v. 5.8.2010 – S 2145 – 066 – 31 809/10. Das Schreiben der Kommission, auf das Bezug genommen wird, wurde bisher nicht veröffentlicht.

## 1. Meinungsstand in Literatur, Rechtsprechung und Finanzverwaltung

Die Finanzverwaltung<sup>67</sup> und einige Stimmen aus der Literatur<sup>68</sup> lehnen sich sehr stark an die Aussagen und Bußgeldbescheide der Kartellbehörden an. Aufgrund der Aussagen der Kommission sehen die Richtlinien der Finanzverwaltung deshalb auch bei EU-Bußgeldern ein vollständiges Abzugsverbot vor (vgl. EStR 4.13 Abs. 3 S. 4). Bei den restlichen Bußgeldern ist ein Abzug nach EStR 4.13 Abs. 3 S. 3 zwar möglich, dies aber nur dann, wenn der Steuerpflichtige anhand geeigneter Unterlagen nachweist, dass der gesamte rechtswidrig erlangte Vermögensvorteil abgeschöpft wurde. Wenn das Bundeskartellamt eine reine Ahndungsgeldbuße ausweist, wird es aber wohl kaum möglich sein, das Finanzamt von einer Abschöpfung zu überzeugen.<sup>69</sup>

Zu Teilen wird auch anhand des Wortlauts der Bußgeldleitlinien und der einzelnen Bußgeldvorschriften argumentiert.<sup>70</sup> Im europäischen Recht und in den Bußgeldleitlinien der Kommission sei eine Abschöpfung nicht ausdrücklich vorgesehen und der wirtschaftliche Vorteil werde ebenfalls nicht angesprochen und auch nicht explizit berechnet.<sup>71</sup> Überträgt man diesen Gedanken auf das deutsche Kartellrecht, dürfte ein steuerlicher Abzug bei einer reinen Ahndungsgeldbuße ebenfalls ausgeschlossen sein.

Der überwiegende Teil in der Literatur<sup>72</sup> und auch der *BFH*<sup>73</sup> treffen dagegen

<sup>67</sup> OFD Karlsruhe v. 2.5.2011, S 214.5/46 – St 111; LfSt Bayern v. 5.11.2010, S 2145.1.1-5/4 St32; FM Bayern v. 5.8.2010 – S 2145 – 066 – 31 809/10; OFD Münster v. 31.5.2007, S 2144 – 10 – St 12 – 33.

<sup>68</sup> In diese Richtung tendieren *Schall*, Steuerliche Behandlung von EU-Bußgeldern wegen Kartellrechtsverstößen, DStR 2008, 1517 (1519 f., 1521 f.); *Meurer*, in: Lademann (Fn. 56), § 4 EStG Rn. 747 f.; *Krüger* (Fn. 53), S. 900 f.; *Krüger* (Fn. 5), S. 80 ff.; *Bruschke*, Das steuerliche Abzugsverbot für Sanktionen, DStZ 2009, 489 (490); *Bechtold/Bosch-GWB*, 8. Aufl. 2015, § 81 Rn. 49 f.; wohl auch *FG Köln*, Urteil v. 24.11.2016, BeckRS 2016, 113908, Rn. 38, 40.

<sup>69</sup> Vgl. *Krüger* (Fn. 53), S. 900: „Verhängt die Bußgeldbehörde [...] eine reine Ahndungsgeldbuße [...] ist diese Entscheidung – jedenfalls grundsätzlich – auch für die Finanzbehörden und die FG bindend“; ähnlich *FG Köln*, Urteil v. 24.11.2016, BeckRS 2016, 113908, Rn. 40.

<sup>70</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2003, 1602 (1603); *FG München*, EFG 2004, 212 (213); *Schall* (Fn. 68), S. 1519 f.; *Krüger* (Fn. 53), S. 898; *Wendel*, in: Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2014/2015, S. 870.

<sup>71</sup> *FG Rheinland-Pfalz*, EFG 2003, 1602 (1603); *FG München*, EFG 2004, 212 (213); *Schall* (Fn. 68), S. 1519 f.; *Krüger* (Fn. 53), S. 898; *Wendel* (Fn. 70), S. 870.

<sup>72</sup> *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 242 ff.; *Lüdeke/Skala*, Bildung von Rückstellungen für EU-Geldbußen, BB 2004, 1436 (1438 f.); *Wiesbrock*, Reichweite des Abzugsverbots für Geldbußen nach § 4 Abs. 5 Nr. 8 EStG – Beginn einer Kehrtwende in der Rechtsprechung?, BB 2004, 2119 (2121); *Haase/Geils* (Fn. 35), S. 2585; *Werder/Rudolf* (Fn. 56), S. 674; *Drüen* (Fn. 49), S. 1139; *Kiegler* (Fn. 19), S. 1978 f.; *Eilers/Schneider*, Steuerliche Abzugsfähigkeit von Kartellbußen der EU-Kommission, DStR 2007, 1507 (1509 f.);

eine von den Aussagen der Kartellbehörden und dem wörtlichen Gesetzestext der Bußgeldvorschriften und Leitlinien weitestgehend losgelöste Entscheidung. Dabei soll es darauf ankommen, ob wirtschaftlich betrachtet eine Abschöpfung bewirkt wurde.<sup>74</sup>

## 2. Stellungnahme

Zu klären ist also, ob Bußgeldbescheide und Äußerungen der Kartellbehörde, die Bezeichnung des Vorgangs im Kartellrecht oder eine wirtschaftliche Betrachtungsweise für die steuerliche Beurteilung entscheidend sind. Hierzu soll im Folgenden Stellung genommen werden. Anhaltspunkte soll dabei zunächst eine Auslegung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG geben, bevor auf weitere Aspekte genauer eingegangen wird.

### a) Grammatikalische Auslegung

Ausgangspunkt der Auslegung eines jeden Gesetzes ist der Wortlaut.<sup>75</sup> Dieser fragt in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG danach, ob „abgeschöpft worden ist“. Diese Formulierung stellt nicht etwa darauf ab, ob eine Abschöpfung von der Kartellbehörde *bezweckt* oder *gewollt* wurde.<sup>76</sup> Insoweit lässt sich zumindest aus dem Wortlaut nicht herleiten, dass der Wille der Kartellbehörde oder die Ausweisung einer Abschöpfung im Bußgeldbescheid ein Tatbestandsmerkmal darstellt. Vielmehr stellt die Vorschrift auf einen rein tatsächlichen Vorgang („abgeschöpft“) und auf das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vorgangs („worden ist“) ab. Auch ein Verweis auf die kartellrechtlichen Normen lässt sich § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG unmittelbar nicht entnehmen. Es handelt sich zwar beim Begriff „Abschöpfung“ um eine Formulierung, die aus dem Ordnungswidrigkeitenrecht übernommen wurde (vgl. § 17 Abs. 4 OWiG). Dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass hiermit eine Art Generalverweis in dem Sinne bezweckt werden sollte, dass steuerlich nur eine Abschöpfung vorliegen

---

*Schönfeld/Haus/Bergmann* (Fn. 36), S. 2325 ff.; *Scholz/Haus* (Fn. 12), S. 688; *Dethof* (Fn. 36), S. 52; *Lorenz* (Fn. 23), S. 194; *Hahn* (Fn. 23), S. 787; *Driën*, in: *Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 2014/2015*, S. 871; *Eilers/Esler-Wellié/Ortmann/Schubert* (Fn. 31), S. 663; *Frotscher/Geurts* (Fn. 56), § 4 EStG Rn. 843.

<sup>73</sup> *BFH*, *BFH/NV* 2004, 959 (960); *BStBl. II* 2014, 306 (310 Rn. 26), zu den zu teils divergierenden Sichtweisen der beiden *Senate* siehe **C. III. 1.**

<sup>74</sup> *BFH*, *BFH/NV* 2004, 959 (960); *Driën/Kersting* (Fn. 5), Rn. 244; *Haase/Geils* (Fn. 35), S. 2585 ff.; *Driën* (Fn. 49), S. 1139; *Schönfeld/Haus/Bergmann* (Fn. 36), S. 2325 ff.; *Lorenz* (Fn. 23), S. 194; *Driën* (Fn. 72), S. 871.

<sup>75</sup> *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1999, S. 141; *Rüthers/Fischer/Birke*, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, 8. Aufl. 2015, § 22 Rn. 731, 743; *Röhl/Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. Aufl. 2008, S. 613; *Driën*, in: *Tipke/Kruse* (Fn. 50), § 4 AO Rn. 261.

<sup>76</sup> *Haase/Geils* (Fn. 35), S. 2585; *Schönfeld/Haus/Bergmann* (Fn. 36), S. 2325.



kann, wenn der Vorgang auch im Ordnungswidrigkeitenrecht als Abschöpfung behandelt wird. Entscheidend ist nach Ansicht des *BVerfG* bei der Interpretation steuerlicher Tatbestandsmerkmale, wie das Steuerrecht den Begriff versteht, selbst wenn er einem anderen Rechtsgebiet entnommen wurde.<sup>77</sup> Es spricht deshalb aus grammatikalischer Sicht viel dafür, dass es auf das Vorliegen einer tatsächlichen Abschöpfung ankommt.

*b) Systematische Auslegung*

Nichts anderes ergibt sich auch aus systematischen Überlegungen. Bei der Interpretation von Steuergesetzen spielt immer auch das tatsächliche wirtschaftliche Ergebnis eine tragende Rolle, vgl. §§ 39 ff. AO (sog. wirtschaftliche Betrachtungsweise).<sup>78</sup> Die rechtliche Bezeichnung eines Vorgangs kann zwar Anhaltspunkte liefern, ist aber prinzipiell nie allein ausschlaggebend. Es erscheint deshalb fraglich, warum nun zwingend daran festgehalten werden soll, wie das Bundeskartellamt seine Bußen bezeichnet und welche Interpretation die Kommission für angebracht hält.<sup>79</sup> Steuersystematisch ist vielmehr grundlegend notwendig, dass auch auf das wirtschaftliche Ergebnis und die tatsächlichen Vorgänge Bezug genommen wird.<sup>80</sup>

Eine formelle Bindungswirkung im Sinne der §§ 171 Abs. 10, 182 AO sieht das Steuerrecht, gerade bei einer ressortübergreifenden Bindung, auch nur in wenigen eng umgrenzten Fällen vor. Eine solche findet sich beispielsweise in § 4 Nr. 20 lit. a S. 2 UStG für die Bescheinigungen über die Eigenschaft als kulturelle Einrichtung durch die zuständige landesrechtliche Behörde. Ein weiteres von *Drißen/Kersting* in diesem Zusammenhang aufgeführtes Beispiel ist auch § 7i Abs. 2 EStG (Qualifikation eines Gebäudes als Baudenkmal).<sup>81</sup> In beiden Fällen wird auf die Maßgeblichkeit der Behördenentscheidung aber explizit hingewiesen. Eine auch nur ansatzweise ähnliche Formulierung findet sich dagegen in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG nicht, so dass aus einem systematischen Vergleich zu den genannten Vorschriften zu schließen ist, dass eine solche

---

<sup>77</sup> *BVerfG*, BStBl. II 1992, 212 (213 f.); ebenso: *Schulze-Osterloh*, Zivilrecht und Steuerrecht, AcP 190 (1990), 140 (153); *Febrenbacher* (Fn. 46), § 1 Rn. 5; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band III, 1993, S. 1291 ff.; *Seer*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 46), § 1 Rn. 34; *Drißen*, in: *Tipke/Kruse* (Fn. 50), § 4 AO Rn. 264, 324; vgl. auch: *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, S. 95, S. 211, „Relativität der Rechtsbegriffe“.

<sup>78</sup> *Engisch*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 46), § 5 Rn. 70; *Drißen*, in: *Tipke/Kruse* (Fn. 50), § 4 AO Rn. 326; *Febrenbacher* (Fn. 46), § 1 Rn. 5; *Gersch*, in: *Klein* (Fn. 49), § 4 AO Rn. 34; *Tipke* (Fn. 77), S. 1292.

<sup>79</sup> In diese Richtung auch *Drißen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 40.

<sup>80</sup> So auch *Schönfeld/Haus/Bergmann* (Fn. 36), S. 2325; *Drißen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 50 f.

<sup>81</sup> *Drißen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 61.

Bindungswirkung hier nicht statuiert wurde. Es muss vielmehr aus der grundsätzlichen Zuständigkeit der Finanzverwaltung und der Finanzgerichte für Steuersachen (Art. 108 GG – Steuerverwaltungshoheit) geschlossen werden, dass deren Entscheidungskompetenz nicht eingeschränkt werden sollte.<sup>82</sup>

Zu Teilen wird argumentiert, dass § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG eine Ausnahmeregelung sei,<sup>83</sup> die „nicht entgegen dem Gesetzeswortlaut über eine extensive Auslegung zum Regelfall werden soll“<sup>84</sup>. Im Hinblick auf die zuvor erfolgte grammatikalische Auslegung trifft jedenfalls der Vorwurf, dass die Auslegung entgegen dem Wortlaut erfolge, nicht zu. Der Wortlaut legt schließlich gerade eine wirtschaftliche Sicht nahe. Dem Gesetzeswortlaut widersprechen würde also vielmehr die Auffassung, dass eine Abschöpfung von der Behörde subjektiv bezweckt werden muss. Schließlich findet sich hierfür kein Anhaltspunkt im Wortlaut der Vorschrift. Eine restriktive Auslegung von Ausnahmenvorschriften entspricht aber zumindest den in mehreren Urteilen zum Ausdruck kommenden methodischen Grundsätzen des *BFH*.<sup>85</sup> Allerdings ist die Annahme, dass es sich bei § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG um eine solche Ausnahmvorschrift handeln würde, zweifelhaft. Ein Abzug von Betriebsausgaben ist im Steuerrecht, entsprechend den Ausführungen zum objektiven Nettoprinzip, schließlich grundsätzlich vollumfänglich möglich. Dieser Grundsatz wird durch die Rückausnahme in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG wiederhergestellt. Systemwidrig ist deshalb aus steuerlicher Sicht gerade das Abzugsverbot in § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 1 EStG.<sup>86</sup> Insofern ergibt eine systematische Auslegung, dass es entscheidend auf das wirtschaftliche Ergebnis der Geldbuße ankommen muss.

#### c) Historische/Subjektiv-teleologische Auslegung

Entscheidende Argumente für dieses Ergebnis liefert letztlich auch eine subjektiv-teleologische Auslegung. Die Historie der Vorschrift wurde zuvor bereits eingehend dargestellt. Anlass für die Einführung von S. 4 war ein Urteil des *BVerfG*.<sup>87</sup> Ausweislich der Gesetzuunterlagen war die Vorschrift an dieses Urteil ausdrücklich angelehnt und sollte die darin problematisierte Doppelbelastung

<sup>82</sup> So auch *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 61.

<sup>83</sup> Vgl. *Schall* (Fn. 68), S. 1522; *Krüger* (Fn. 53), S. 901; *Bruschke* (Fn. 68), S. 492; siehe auch *Krüger* (Fn. 5), S. 80.

<sup>84</sup> *Schall* (Fn. 68), S. 1522.

<sup>85</sup> *BFH*, BStBl. II 1987, 259 (260); 1973, 536 (539 f.); *BFH/NV* 1999, 1040 (1041 ff.); zu Recht ablehnend *Larenz/Canaris* (Fn. 75), S. 175 f.; *Drüen*, in: *Tipke/Kruse* (Fn. 50), § 4 AO Rn. 224; *Koenig*, in: *Koenig*, 3. Aufl. 2014, § 4 AO Rn. 92; *Englisch*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 46), § 5 Rn. 66.

<sup>86</sup> So auch *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 41.

<sup>87</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter **C. I. 1.**

vermeiden, wenn die Kartellbehörden die Steuerlast nicht berücksichtigen.<sup>88</sup> Die Doppelbelastung in Form der „Strafsteuer“ entsteht allein dadurch, dass dem Unternehmer Geldmittel in Höhe seines wirtschaftlichen Vorteils entzogen werden. Ob die Behörde dies auch bezwecken wollte oder behauptet, dies bezwecken zu wollen, macht für die Entstehung der „Strafsteuer“ dagegen keinen Unterschied. Genauso wenig spielt es dafür eine Rolle, ob die Geldbuße im Kartellrecht als Abschöpfung bezeichnet wurde.<sup>89</sup> Es handelt sich um einen auf rein tatsächlichen Zu- und Abflüssen beruhenden Vorgang. Wenn der Gesetzgeber diese Doppelbelastung also verhindern wollte, musste er darauf auch bei der Frage, ob eine „Abschöpfung“ vorliegt, abstellen. Es gibt dagegen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Vermeiden der Doppelbelastung in das „Belieben“ der Kartellbehörden gestellt werden sollte. Gegen eine derartige Interpretation des gesetzgeberischen Willens, die auch die Annahme einer Abschöpfung bei einer kartellrechtlichen Ahndungsgeldbuße möglich machen würde, wird zu Teilen auf die Gesetzesbegründung des § 81 Abs. 5 GWB von 2005 verwiesen.<sup>90</sup> Dort heißt es: „Entsprechend dem europäischen Vorbild können Bußgelder künftig einen reinen Ahndungszweck verfolgen. Es ist anerkannt, dass Geldbußen der Kommission ausschließlich Sanktionscharakter haben und keine Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils bezwecken (vgl. Urteil des Finanzgerichts Rheinland-Pfalz v. 15. Juli 2003, 2 K 2377/01)“<sup>91</sup>. Dazu ist aber festzustellen, dass die getroffenen Aussagen die eingangs aufgeworfene Problemstellung gar nicht unmittelbar betreffen. Denn die Frage dreht sich im Kern zunächst darum, ob eine Abschöpfung nur vorliegt, wenn die Kartellbehörde dies auch so ausweist oder ob es genügt, dass eine Abschöpfung bewirkt wurde. Die Frage, ob EU-Geldbußen eine Abschöpfung bezwecken oder nicht, würde sich erst in einem zweiten Schritt stellen. So geht der *BFH* ebenfalls davon aus, dass EU-Geldbußen nicht der Abschöpfung dienen.<sup>92</sup> Dies hat ihn aber nicht daran gehindert, ihnen eine abschöpfende Wirkung zuzusprechen und sie für abzugsfähig zu halten.<sup>93</sup> Insoweit steht die zitierte Gesetzesbegründung gar nicht in direktem Widerspruch zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.<sup>94</sup> Zusammenfassend ist aus einer historischen Auslegung deshalb zu folgern, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise angedacht war. Dies entspricht auch am

<sup>88</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/1108, S. 52.

<sup>89</sup> *Driën/Kersting* (Fn. 5), Rn. 36.

<sup>90</sup> So z.B. *Schall* (Fn. 68), S. 1519.

<sup>91</sup> Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 15/3460, S. 67.

<sup>92</sup> *BFH*, *BFH/NV* 2004, 959 (960).

<sup>93</sup> *BFH*, *BFH/NV* 2004, 959 (960).

<sup>94</sup> Anders *Driën/Kersting* (Fn. 5), Rn. 127, die davon ausgehen, dass die Gesetzesbegründung im Widerspruch zu einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise und dem Urteil des *BFH* stehen würde. Dies ist aber nicht zwingend der Fall, da der Gesetzgeber nur Aussagen über die Zielrichtung trifft, nicht aber auf die steuerrechtliche Wertung eingeht.

ehosten dem der Norm vom Gesetzgeber beigemessenen Sinn und Zweck, eine Doppelbelastung zu vermeiden.

*d) Abweichendes Ergebnis aufgrund einer objektiv-teleologische Auslegung?*

Neben dieser subjektiv-teleologischen Auslegung, die auf den Willen des Gesetzgebers abstellt, wird zu Teilen auch eine objektiv-teleologische Auslegung vorgenommen.<sup>95</sup> Hierbei wird nicht auf den konkreten Zweck abgestellt, den der Gesetzgeber der Norm beigemessen hat, sondern es erfolgt eine Ausrichtung an abstrakten Prinzipien oder Rechtsideen.<sup>96</sup>

So beruft sich *Krüger* in seiner Argumentation unter anderem auf das Gerechtigkeitsempfinden und die Effektivität der Bebußung.<sup>97</sup> Auch *Schall* führt aus, dass es nicht rechtens sein könne, dass die ohnehin geschädigte Allgemeinheit die Geldbußen mitzufinanzieren hätte.<sup>98</sup>

Dem Gedanken der Umwälzung ist der *BFH* schon in einem Urteil von 1983 entgegengetreten.<sup>99</sup> Dort ging es allgemein um die Frage des Abzugs von Geldbußen. Der *BFH* argumentierte damals, dass eine Umwälzung deshalb nicht vorläge, weil schon gar kein bestehender Anspruch der Allgemeinheit gekürzt werde.<sup>100</sup> Die Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben sei keine Subvention oder Privilegierung, sondern die sachgerechte Begrenzung des Steueranspruchs nach dem objektiven Nettoprinzip.<sup>101</sup> In der jetzigen Diskussion dreht sich die Frage nur noch darum, in welchen Fällen eine Abschöpfung vorliegt. Hier überzeugen diese Argumente erst Recht, was sich auch an einer Gesamtbetrachtung zeigt. Der Staat partizipiert nämlich zunächst an den Mehreinnahmen. Dies wird dann später durch die Abzugsfähigkeit der Abschöpfung revidiert. Darüber hinaus fließt dem Staatshaushalt aber auch der Ahndungsteil des Bußgeldes zu, der steuerlich nicht geltend gemacht werden kann. Für den Staat entsteht also insgesamt ein Überschuss. Durch die Abzugsfähigkeit der

<sup>95</sup> So insbesondere *Larenz/Canaris* (Fn. 75), S. 153 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 333 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1991, S. 453 ff.; in diese Richtung auch *BFH*, BStBl. II 1993, 790 (792).

<sup>96</sup> *Larenz/Canaris* (Fn. 75), S. 154; *Larenz* (Fn. 95), S. 333; vgl. *Englisch*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 46), § 5 Rn. 50; zu Recht kritisch: *BVerfGE* 128, 193, 209 ff.; *Rütters/Fischer/Birk* (Fn. 75), § 22 Rn. 806 ff.; *Rütters*, Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des „Richterstaates“, *NJW* 2009, 1461 f.; vgl. auch *Röhl/Röhl* (Fn. 75), S. 631.

<sup>97</sup> Vgl. *Krüger* (Fn. 53), S. 986 f.; *Krüger* (Fn. 5), S. 81.

<sup>98</sup> *Schall* (Fn. 68), S. 1522.

<sup>99</sup> *BFH*, BStBl. II 1984, 160 (166).

<sup>100</sup> *BFH*, BStBl. II 1984, 160 (166).

<sup>101</sup> *BFH*, BStBl. II 1984, 160 (166); *Döllerer*, Geldbußen als Betriebsausgaben – Anmerkung zu den Beschlüssen des Großen Senats der Bundesfinanzhofs vom 21.11.1983 – GrS 2/82 und 3/82, *BB* 1984, 545 (546).

Abschöpfung entgehen dem Staat lediglich noch zusätzliche Mehreinnahmen aus der „Strafsteuer“. Auf diesen Geldbetrag besteht aber von vorneherein verfassungsrechtlich kein Anspruch, egal ob man den Abzug zulässt oder nicht. Würde man den Abzug vollständig ausschließen, wäre die Kartellbehörde schließlich verfassungsrechtlich verpflichtet, die Geldbuße entsprechend zu mindern. Deshalb kann hier kaum davon gesprochen werden, dass die Allgemeinheit die Bußgelder finanziert, weil ihr die „Strafsteuer“ gar nicht zusteht.

Auch die Effektivität der Bebußung ist bei genauerer Analyse kaum betroffen.<sup>102</sup> Entsprechend den Erläuterungen zu Geldbußen allgemein ist eine Buße dann nicht mehr effektiv, wenn sie nicht sicherstellen kann, dass der Unternehmer keinen Vorteil aus seinem Verhalten zieht und nicht abgeschreckt wird.<sup>103</sup> Zwar vermindert die Abzugsfähigkeit zweifelsohne die Wirkung der Buße. Allerdings wird dabei oft vernachlässigt, dass es lediglich um den Abzug des Abschöpfungsanteils geht. Kann dieser steuerlich geltend gemacht werden, führt dies unter Berücksichtigung der ursprünglichen Besteuerung nur dazu, dass dem Unternehmer insgesamt kein Gewinn verbleibt. Darüber hinaus wird er aber mit dem Ahndungsteil der Buße sanktioniert, der gerade nicht abzugsfähig ist. Mit diesem Teil der Buße kann also sichergestellt, dass sich der Verstoß nicht lohnt und auch eine Abschreckung erfolgt. Besteht die Gefahr, dass die Buße aufgrund der fehlenden zusätzlichen Belastung durch die „Strafsteuer“ nicht hoch genug ausfällt, hindert auch niemand die Kartellbehörde daran, den Ahndungsteil noch zu erhöhen. Es ist aber eben aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend, dass diese zusätzliche Belastung nicht aus dem Steuerrecht resultiert.

Selbst, wenn man sich davon nicht überzeugen lässt, stellt sich schließlich das Problem, dass mit dem Gerechtigkeitsempfinden und der Effektivität der Bußen nur allgemein gegen einen Abzug argumentiert werden kann. Sowohl eine eher formelle als auch eine wirtschaftliche Sichtweise gehen aber davon aus, dass zumindest in ein paar Fällen eine Abschöpfung vorliegt und damit ein Abzug möglich ist. Schließt man sich nun der Meinung an, die den Abzug in der größtmöglichen Zahl der Fälle ausschließt, weil man grundlegend mit einem Abzug nicht einverstanden ist, handelt es sich dabei nicht um eine juristische Argumentation, sondern um eine ergebnisorientierte Entscheidung nach dem persönlichen „Bauchgefühl“. Aus der Gefahr einer „Umwälzung auf die Allgemeinheit“ lässt sich beispielsweise nicht denklogisch folgern, dass die Aussagen der Europäischen Kommission entscheidend für die Bestimmung des

---

<sup>102</sup> In diese Richtung gehend auch *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 222; *Eilers/Klusman* (Fn. 31), S. 298.

<sup>103</sup> Vgl. dazu die grundlegenden Erläuterungen zur Bemessung von Bußen unter **B. II.**

Abschöpfungsanteils im deutschen Steuerrecht sein sollen. Eine Entscheidung aus rechtspolitischen Gründen zu treffen ist aber dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbehalten. Der Rechtsanwender darf die getroffene Entscheidung grundsätzlich nur umsetzen und sich nicht „vom Diener zum Herren des Gesetzes“<sup>104</sup> aufschwingen. Etwas anderes kann nur im Bereich der Rechtsfortbildung gelten, welche aber eine Regelungslücke voraussetzen würde.<sup>105</sup> Auch aus einer teleologischen Auslegung lassen sich insoweit keine Argumente gegen eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gewinnen.

*e) Anderweitige Herleitung einer Bindungswirkung*

Wenn aus § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG keine Bindungswirkung gefolgert werden kann, stellt sich schließlich noch die Frage, ob sich eine formelle Bindungswirkung anderweitig begründen lässt. Prinzipiell ist hierfür eine gesetzliche Grundlage notwendig,<sup>106</sup> wie es auch bei den aufgeführten Beispielen im Rahmen der systematischen Auslegung der Fall ist. Bei Kartellgeldbußen findet sich aber auch abseits des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG keine einschlägige Vorschrift. Der *BFH* hat allerdings in einem Einzelfall trotz fehlender gesetzlicher Regelung eine Bindungswirkung im Sinne des § 171 Abs. 10 AO angenommen.<sup>107</sup> Begründet wurde diese Ausnahme mit der fehlenden Sachkompetenz der Finanzbehörden, da es im konkreten Fall um die Frage ging, ob beim Steuerpflichtigen eine körperliche Behinderung vorlag.<sup>108</sup> Die Annahme einer nicht-gesetzlichen Bindungswirkung ist allerdings starker Kritik begegnet und die Argumentation wurde in späteren Verfahren auch nicht wieder aufgegriffen, weil mit ihr eine fehlende Rechtssicherheit einhergeht.<sup>109</sup> Für Kartellgeldbußen wäre die Annahme einer ausnahmsweisen Bindungswirkung darüber hinaus aber auch nicht sachgemäß.<sup>110</sup> So ist es erstens so, dass den Finanzbehörden wohl kaum die Fertigkeiten fehlen, die wirtschaftlichen

<sup>104</sup> So prägnant formuliert von *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 75), § 22 Rn. 812.

<sup>105</sup> Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 75), § 23 Rn. 822 ff.; *Gersch*, in: Klein (Fn. 49), § 4 AO Rn. 36; *Englisch*, in: Tipke/Lang (Fn. 46), § 5 Rn. 74 ff.; *Röhl/Röhl* (Fn. 75), S. 635 ff.; *Koenig*, in: Koenig (Fn. 85), § 4 AO Rn. 112 f.

<sup>106</sup> *BFH*, BStBl. II 1988, 981 (982); 1982, 80 (81 f.); 1980, 682 (684); *Rüsken*, in: Klein (Fn. 49), § 171 AO Rn. 104; *Banniza*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, 238. Aktualisierung 2016, § 171 AO Rn. 207; *Kruse*, in: Tipke/Kruse (Fn. 50), § 171 AO Rn. 90; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 61.

<sup>107</sup> *BFH*, BStBl. II 1986, 245 (246).

<sup>108</sup> *BFH*, BStBl. II 1986, 245 (246).

<sup>109</sup> Vgl. *Banniza*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Fn. 106), § 171 AO Rn. 207; *Rüsken*, in: Klein (Fn. 49), § 171 AO Rn. 104; *Kruse*, in: Tipke/Kruse, (Fn. 50) § 171 AO Rn. 90a; *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 61.

<sup>110</sup> Anders wohl *Krüger* (Fn. 53), S. 900: „Verhängt die Bußgeldbehörde kraft ihrer Sachkompetenz eine reine Ahndungsgeldbuße, ist diese Entscheidung – jedenfalls grundsätzlich – auch für die Finanzbehörden und die FG bindend“.

Auswirkungen bestimmter Vorgänge zu beurteilen – es handelt sich dabei vielmehr um das „Hausgut“ der Finanzverwaltung.<sup>111</sup> Im Kern geht es auch ohnehin um steuerrechtliche Fragen und nicht um kartellrechtliche.<sup>112</sup> Letztlich dürften die Kartellbehörden, gerade die Europäische Kommission, wohl auch kaum daran interessiert sein, Teile ihrer Bußen zum Abzug zuzulassen. Ob insoweit eine völlig unvoreingenommene Entscheidung erfolgt, die keiner Kontrolle der Finanzverwaltung mehr bedarf, ist deshalb zweifelhaft. Es bestünde die Gefahr, dass die Behörden „nach Gutsberrenart“<sup>113</sup> über den steuerlichen Abzug entscheiden könnten. Dies lässt sich mit der hohen Grundrechtsrelevanz des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG nicht in Einklang bringen und ist deshalb abzulehnen.

Auch aus Art. 15 Kartell-VO lässt sich keine Bindungswirkung für die Entscheidungen der Kommission folgern. So hat der *EuGH* in dem Urteil *Inspecteur van de Belastingdienst ./. X BV* zwar eine mögliche Beeinträchtigung des Binnenmarktes durch eine steuerliche Abzugsfähigkeit dargelegt und es demzufolge der Kommission gestattet, sich in dem Verfahren zu äußern.<sup>114</sup> Dies bedeutet aber eben auch nur, dass die Kommission als *amicus curiae* Stellung nehmen darf und nicht, dass ein Gericht diesen Äußerungen folgen muss.<sup>115</sup> Die steuerliche Entscheidungshoheit der Finanzgerichte und der Finanzbehörde über das Vorliegen einer Abschöpfung bleibt also auch in diesem Fall unangetastet.

#### f) Zwischenergebnis

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass eine Betrachtungsweise vorzugswürdig ist, die sich an den tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnissen orientiert. Eine Bindung an die Entscheidungen der Kartellbehörden ist dagegen abzulehnen.

### III. Anwendung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Angesichts dieses Ergebnisses soll nun genauer auf die Voraussetzungen einer Abschöpfung bei einer wirtschaftlichen Betrachtung eingegangen werden. Anschließend werden auch die Anwendungsergebnisse der hier vertretenen

---

<sup>111</sup> *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 61.

<sup>112</sup> *Ebd.*

<sup>113</sup> *Achenbach*, BGH: Steuerfreie Mehrerlösabschöpfung bei Kartellverstoß (Urteilsanmerkung zu BGH, Beschluß v. 25.4.2005 – KRB 22/04), NStZ 2006, 231 (233).

<sup>114</sup> *EuGH*, C-429/07, ECLI:EU:C:2009:359, Rn. 39 f. – *Inspecteur van de Belastingdienst ./. X BV*.

<sup>115</sup> In diese Richtung auch *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 220; *Haus* (Fn. 8), S. 2068, die richtigerweise auch betonen, dass es in dem Urteil um den Abzug der gesamten Gelbuße ging.

Ansicht dargestellt und mit den anderen Herangehensweisen verglichen.

### 1. Konkretisierung der Voraussetzungen in Literatur und Rechtsprechung

Auch wenn sich die Literatur weitestgehend einig ist, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich sein soll, hat eine Konkretisierung der Vorgaben bisher kaum stattgefunden. Es ist insoweit noch nicht abschließend geklärt, wann davon auszugehen ist, dass eine Geldbuße eine Abschöpfung *bewirkt* hat. So führt der *Erste Senat* des *BFH* lediglich aus, dass jede „*betragsmäßige Korrespondenz zwischen der Höhe der Strafe oder Buße einerseits und dem wirtschaftlichen Vorteil andererseits zur Abziehbarkeit führen soll*“<sup>116</sup>. Dass sich Buße und wirtschaftlicher Vorteil in ihrer Höhe entsprechen müssen, kann damit kaum gemeint sein, schließlich wird bei der Bemessung ja gerade darauf geachtet, dass die Bußen den wirtschaftlichen Vorteil übersteigen. Auch das Abstellen auf eine exakte Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils wäre nicht zielführend, da die Behörden dies wenn überhaupt nur näherungsweise tun. Im konkreten Fall wurde eine Abschöpfung letztlich aber dann bejaht, weil ein mittelbarer Zusammenhang zwischen Mehrerlös und Höhe der Geldbuße bestanden haben soll.<sup>117</sup> Entscheidend soll also anscheinend sein, dass der wirtschaftliche Vorteil bei der Berechnung zumindest in gewissem Maße berücksichtigt wird. Dass die Formel der „betragsmäßigen Korrespondenz“ viel Spielraum offenlässt, zeigt auch das später ergangene Urteil des *Vierten Senats* des *BFH* v. 7.11.2013. Der *Vierte Senat* schließt sich darin zunächst der Ansicht des *Ersten Senats* an, ist in seiner Beurteilung aber deutlich restriktiver.<sup>118</sup> Verlangt wird wohl nicht nur ein mittelbarer Zusammenhang zum Mehrerlös, sondern ein unmittelbarer. So wurde eine abschöpfende Wirkung des Grundbetrags von EU-Geldbußen abgelehnt, weil hier nicht explizit auf den wirtschaftlichen Vorteil eingegangen werde.<sup>119</sup> Erfolgt dagegen ein Aufschlag, um den wirtschaftlichen Vorteil zu übersteigen, soll eine Abschöpfung durchaus in Betracht kommen, weil hier explizit auf den wirtschaftlichen Vorteil Bezug genommen werde.<sup>120</sup>

Die Literatur tendiert eher zur Sichtweise des *Ersten Senats* und hat das Urteil des *Vierten Senats* stark kritisiert.<sup>121</sup> Eine Abschöpfung wird zumeist damit her-

<sup>116</sup> *BFH*, *BFH/NV* 2004, 959 (960).

<sup>117</sup> *BFH*, *BFH/NV* 2004, 959 (960).

<sup>118</sup> *BFH*, *BStBl. II* 2014, 306 (310, Rn. 26 f.).

<sup>119</sup> *BFH*, *BStBl. II* 2014, 306 (311, Rn. 30 f., 33).

<sup>120</sup> *BFH*, *BStBl. II* 2014, 306 (311, Rn. 33).

<sup>121</sup> Vgl. *Kruschke*, in: Herrmann/Heuer/Raupach (Fn. 6), § 4 EStG Rn. 1736; *Eilers/Klusmann* (Fn. 31), S. 25 ff.; *Haus* (Fn. 8), S. 2066 ff.; *Detthof* (Fn. 36), S. 53.



geleitet, dass die Buße umsatz- oder mehrerlösbezogen berechnet wurde.<sup>122</sup> Als grundsätzliche Argumentation dient dabei die Überlegung, dass jede Buße auch abschöpfen müsse, weil die Buße ansonsten gar nicht ihre abschreckende Wirkung entfalten könne.<sup>123</sup> Man geht deshalb davon aus, dass im Prinzip jede Buße grundsätzlich auch einen Abschöpfungsanteil enthält. *Heyers* scheint dagegen in die Richtung des *Vierten Senats* zu tendieren.<sup>124</sup> So bejaht er bei EU-Geldbußen eine Abschöpfung ebenfalls nur dann, wenn ein Aufschlag erfolgt, weil erst dann eine betragsmäßige Korrespondenz mit dem wirtschaftlichen Vorteil bestehe.<sup>125</sup> Bei Ahndungsgeldbußen des Bundeskartellamts seien Abschöpfungsgesichtspunkte gar nicht erkennbar, weil es bei der Bemessung entscheidend auf die Größe des Unternehmens ankäme und der wirtschaftliche Vorteil nicht berücksichtigt werde.<sup>126</sup> *Driien/Kersting* haben die Voraussetzungen einer abschöpfenden Wirkung erstmals ausführlich ausgearbeitet.<sup>127</sup> Sie kommen dabei zu dem Ergebnis, dass eine Abschöpfung wirtschaftlich betrachtet schon allein dadurch bewirkt werde, dass dem Unternehmer Geldmittel in Höhe des wirtschaftlichen Vorteils entzogen werden.<sup>128</sup> Weitere Anforderungen bestehen bei dieser „saldierende Betrachtungsweise“ nicht – es reiche aus, dass die Geldbuße kausal aufgrund des Gesetzesverstößes festgesetzt wurde.<sup>129</sup>

## 2. Eigene Sichtweise zu den konkreten Voraussetzungen

Die soeben erläuterte saldierende Betrachtungsweise von *Driien/Kersting* trifft in ihrer Grundannahme zu. Denn schon bei der Auslegung hat sich ergeben, dass es bei § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG allein auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Geldbuße ankommt. Eine Abschöpfung wird wirtschaftlich betrachtet eben schlicht dadurch bewirkt, dass dem Unternehmer Geldmittel entzogen werden. Dies setzt freilich voraus, dass überhaupt etwas abgeschöpft werden kann.<sup>130</sup> Die Höhe der Abschöpfung muss deshalb zwingend auf den wirtschaftlichen Vorteil begrenzt sein.

<sup>122</sup> *Werder/Rudolf* (Fn. 56), S. 674; *Frenz* (Fn. 22), Rn. 2946; *Eilers/Schneider* (Fn. 72), S. 1508; *Schönfeld/Haus/Bergmann* (Fn. 36), S. 2324 f.; *Haus* (Fn. 8), S. 2070; *Kiegler* (Fn. 19), S. 1976 f.; *Detthof* (Fn. 36), S. 53.

<sup>123</sup> *Haus* (Fn. 8), S. 2070; *Kruschke*, in: Herrmann/Heuer/Raupach (Fn. 6), § 4 EStG Rn. 1736; *Eilers/Schneider* (Fn. 72), S. 1508; *Lüdeke/Skala* (Fn. 72), S. 1439; *Kiegler* (Fn. 19), S. 1977; *Schönfeld/Haus/Bergmann* (Fn. 36), S. 2324; *Scholz/Haus* (Fn. 12), S. 683; *Klein/Kahn* (Fn. 56), S. 208; Siehe dazu auch **B. II**.

<sup>124</sup> *Heyers* (Fn. 19), S. 1193 ff.

<sup>125</sup> *Ebd.*, S. 1193 f.

<sup>126</sup> *Ebd.*, S. 1194 f.

<sup>127</sup> *Driien/Kersting* (Fn. 5), Rn. 72 ff.

<sup>128</sup> *Ebd.*, Rn. 73, 78.

<sup>129</sup> *Ebd.*, (Fn. 5), Rn. 73 ff.

<sup>130</sup> *Krüger* (Fn. 53), S. 900.

Allerdings kann auf eine Beziehung zwischen Geldbuße und wirtschaftlichem Vorteil nicht völlig verzichtet werden. Hierbei allein auf die Kausalität abzustellen reicht nicht aus, weil sonst keine sinnvolle Abgrenzung mehr zwischen Abschöpfung und Ahndung möglich ist. Eine fehlende Abgrenzung könnte bei Kartellbußen aber zu erheblichen Problemen führen. Denn eine Abschöpfung ist im Kartellrecht nicht nur durch Geldbußen, sondern auch im Verwaltungsweg und durch private Schadensersatzklagen denkbar. Es besteht also hypothetisch die Möglichkeit, dass der Vorteil anderweitig vollständig abgeschöpft wird. Eine solche Abschöpfung durch Klagen oder den Verwaltungsweg wäre beim Unternehmer steuerlich abzugsfähig – es besteht schließlich kein Abzugsverbot (objektives Nettoprinzip). Die Kartellbehörde könnte sich in diesem hypothetischen Fall darauf beschränken, eine Geldbuße festzusetzen, mit der sichergestellt wird, dass der Unternehmer insgesamt über seinen wirtschaftlichen Vorteil hinaus bestraft wird. Stellte man alleine darauf ab, dass dem Unternehmer aufgrund eines Wettbewerbsverstößes Geldmittel entzogen werden, wie es die „saldierende Betrachtungsweise“ tut, wäre diese „tatsächliche Ahndungsgeldbuße“ nach § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG ebenfalls abzugsfähig. Der Unternehmer könnte also zweimal eine Abschöpfung steuerlich geltend machen, obwohl tatsächlich nur einmal über die Schadensersatzklagen oder den Verwaltungsweg abgeschöpft wurde. Durch die steuerliche Geltendmachung der Abschöpfung würde eine Doppelbelastung auch bereits vollständig vermieden werden, sodass eine saldierende Betrachtungsweise hier über das Ziel hinausschießen würde. Weiterhin wäre die Einheit der Rechtsordnung in dieser hypothetischen Konstellation stark beeinträchtigt, weil die Buße der Kartellbehörde in diesem Fall eben tatsächlich nur der Ahndung dient und somit eine Sanktion darstellt.

Nun ist das derzeitige Kartellrechtssystem von dieser hypothetischen Konstellation noch weit entfernt,<sup>131</sup> sodass eine saldierende Betrachtungsweise momentan zu gut vertretbaren Ergebnissen gelangt. Hiermit stützten letztlich auch *Drüen/Kersting* ihre Ansicht.<sup>132</sup> Eine Sichtweise, die im konkreten Moment zutrifft, im nächsten Moment aber höchst fragwürdige Ergebnisse liefern könnte, kann allerdings nicht überzeugen. Eine Beziehung zwischen dem wirtschaftlichen Vorteil und der Geldbuße ist deshalb in dem Maße notwendig, als dass die Geldbuße objektiv darauf gerichtet sein muss, den wirtschaftlichen Vorteil zu entziehen. Statt einer reinen Kausalität zwischen Verstoß und Geldbuße muss also gewissermaßen eine (objektive) Finalität in Bezug auf die

---

<sup>131</sup> Siehe dazu die Ausführungen unter **B**. Private Schadensersatzklagen stehen noch vor gewichtigen Problemen und eine Vorteilabschöpfung erfolgt in der Praxis nicht.

<sup>132</sup> *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 133, 140 ff.

Abschöpfung notwendig sein. Es ist deshalb richtigerweise erst dann davon auszugehen, dass eine Abschöpfung bewirkt wurde, wenn dem Unternehmer Geldmittel entzogen wurden, ein widerrechtlich erzielter Vorteil bei ihm überhaupt vorhanden ist und aus den objektiven Umständen zu schließen ist, dass der wirtschaftliche Vorteil gerade durch die Buße entzogen werden soll. Hierbei muss es dann auf eine Betrachtung im Einzelfall ankommen. Anhaltspunkte können dabei sein, dass die Buße sich am wirtschaftlichen Vorteil oder an ähnlichen Werten ausrichtet, dass eine Erhöhung vorgesehen ist, um den wirtschaftlichen Vorteil zu übersteigen und dass andere Methoden zur Abschöpfung nicht vorgenommen werden oder praktisch keine Abschöpfung leisten können. Ein schwaches Indiz kann letztlich auch sein, dass die Buße höher als der wirtschaftliche Vorteil ausfällt.

Diese Sichtweise lässt sich auch mit der Entstehungsgeschichte und dem subjektiven Telos der Vorschrift begründen. Schließlich muss auf der einen Seite sichergestellt werden, dass eine Doppelbelastung vermieden wird. Auf der anderen Seite gebietet die Einheit der Rechtsordnung aber auch, dass eine reine Ahndung eines widerrechtlichen Verhaltens nicht abzugsfähig ist.

### 3. Anwendungsergebnisse

Hinsichtlich der Bußgelder der Europäischen Kommission lässt sich aus diesem Ansatz folgern, dass grundsätzlich eine Abschöpfung bewirkt wird. Denn zum einen wird durch den variablen Prozentsatz näherungsweise der wirtschaftliche Vorteil berechnet.<sup>133</sup> Zum anderen ist auch eine Erhöhung vorgesehen, um den tatsächlichen wirtschaftlichen Vorteil zu übersteigen, falls die Schätzung des wirtschaftlichen Vorteils zu niedrig ausfällt.<sup>134</sup> Dies legt es nahe, dass die Bußen eine Abschöpfung bezwecken, weil man ansonsten den wirtschaftlichen Vorteil nicht berechnen, geschweige denn übertreffen müsste. Neben der Buße bleiben aus europäischer Sicht nur private Schadensersatzklagen als alternatives Instrument zur Abschöpfung übrig.<sup>135</sup> Hier besteht aber das Problem, dass aufgrund von Schwierigkeiten bei der Beweislast und der Atomisierung des Schadens derzeit von keiner umfangreichen Abschöpfung auszugehen ist.<sup>136</sup> Diese Probleme bestanden 2006, als die Leitlinien der EU-Kommission veröffentlicht

<sup>133</sup> Siehe dies Ausführungen unter **B. III.**

<sup>134</sup> Tz. 31 EU-Bußgeldleitlinien; siehe oben unter **B. III.**

<sup>135</sup> Zwar wäre es theoretisch möglich, dass das Bundeskartellamt auch bei EU-Geldbußen eine Abschöpfung im Verwaltungsweg vornimmt. Bei EU-Geldbußen werden die Regelungen in den Mitgliedsstaaten aber nicht berücksichtigt und ein Abschöpfungsverfahren gibt es keineswegs in allen Ländern, sodass dieses Verfahren hier vernachlässigt werden kann, zumal es zumindest in Deutschland praktisch nicht angewendet wird.

<sup>136</sup> Siehe dazu **B. I.**

wurden noch deutlicher als heute. Es ist deshalb bei diesen Bußen grundsätzlich von einer Abschöpfung auszugehen.

Bei den Bußen des Bundeskartellamts mag die Lage dem ersten Anschein nach anders erscheinen. Hier besteht nämlich auch die Möglichkeit, eine Abschöpfung im Verwaltungsverfahren vorzunehmen und die Bußgeldberechnung richtet sich weniger stark am wirtschaftlichen Vorteil aus. Dies zeigt sich durch den fixen Prozentsatz am tatbezogenen Umsatz, die hohe Gewichtung der Größe des Unternehmens und daran, dass eine Erhöhung aufgrund eines besonderen Gewinn- und Schadenspotentials nur ausnahmsweise erfolgt.<sup>137</sup> Insofern wäre ein kartellrechtliches System denkbar, in dem durch die Buße nur geahndet und eine Abschöpfung durch Schadensersatzklagen und im Verwaltungswege vorgenommen wird. Dem würde auch § 81 Abs. 5 S. 2 GWB entsprechen, wonach bei der Bemessung des Bußgeldes berücksichtigt werden soll, wenn eine reine Ahndungsgeldbuße ausgesprochen wird. Diese Norm ließe sich nämlich so verstehen, dass die Buße um den Abschöpfungsanteil gekürzt werden muss, weil eine Abschöpfung auf anderem Wege angedacht ist.<sup>138</sup> Allerdings wird dieses theoretische und gesetzlich wohl auch so angedachte System derzeit kaum umgesetzt. Wie soeben erneut dargelegt, stehen private Schadensersatzklagen nämlich noch vor gewichtigen Problemen und auch eine Abschöpfung im Verwaltungswege erfolgt in der Praxis nicht. Warum das Verwaltungsverfahren derzeit nicht angewendet wird, ist nicht ganz klar. Man kann dies wohl zum einen darauf zurückführen, dass es aus Sicht der Kartellbehörde unökonomisch ist, neben der Verhängung der Geldbuße noch ein weiteres Verfahren durchzuführen,<sup>139</sup> zumal eine Abschöpfung nach § 34 Abs. 1 GWB gemäß dessen Abs. 2 gegenüber Schadensersatzklagen subsidiär ist und der Bundeshaushalt deshalb im Vergleich zu einer Abschöpfung durch eine Geldbuße Kürzungen hinnehmen müsste. Wollte man dem Bundeskartellamt Böswilligkeit unterstellen, wäre es auch denkbar, dass durch eine verdeckte Abschöpfung unter dem Deckmantel einer Ahndungsgeldbuße die steuerlichen Unklarheiten ausgenutzt werden. Jedenfalls muss aufgrund der fehlenden anderweitigen Abschöpfung derzeit noch davon ausgegangen werden, dass in der Regel eine Abschöpfung durch die Bußen

<sup>137</sup> Siehe oben **B. III.**; vgl. auch *Heyers* (Fn. 19), S. 1194 f., der deshalb eine Abschöpfung ablehnt.

<sup>138</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zur 7. GWB Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 42; *Rebbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 10), § 81 GWB Rn. 123; *Dannecker/Biermann*, in: Immenga/Mestmäcker (Fn. 9), § 81 GWB Rn. 559; a.A. *Bechtold/Bosch* (Fn. 68), § 81 GWB Rn. 50, die davon ausgehen, dass die steuerliche Nichtabzugsfähigkeit berücksichtigt werden soll.

<sup>139</sup> *Raum*, in: Langen/Bunte (Fn. 15), § 81 GWB Rn. 169; *Alexander* (Fn. 37), S. 459.

erfolgt. Gerade bei deutschen Kartellbußen, aber auch bei EU-Geldbußen ist letztlich, wie bereits gesagt, aber immer eine Einzelfallentscheidung notwendig.

#### 4. Vergleich und Stellungnahme zu den anderen Herangehensweisen

Mit der Anlehnung an den wirtschaftlichen Vorteil als Kriterium ähnelt die hier vertretene Sichtweise auf den ersten Blick der Ansicht des *Ersten Senats* des *BFH* und einiger Stimmen aus der Literatur. Mit dem *Ersten Senat* kann in gewisser Weise auch tatsächlich eine Übereinstimmung festgestellt werden, da dieser letztlich auch anhand einer Korrespondenz mit dem wirtschaftlichen Vorteil argumentiert und aufgrund des Vorliegens einer mittelbaren Abschöpfung entschieden hat.<sup>140</sup> Da bisher nur ein Urteil zu dieser Sichtweise ergangen ist und die Vorgaben dort nicht umfassend erläutert worden sind, kann aber nicht endgültig beurteilt werden, in welche Richtung der *Erste Senat* des *BFH* tatsächlich tendiert, zumal sich dessen Besetzung inzwischen geändert hat<sup>141</sup> und seit dem Urteil mehrere Jahre vergangen sind. Mit der Literatur besteht die Ähnlichkeit dagegen bei näherer Betrachtung nicht. Denn die Umsatzbezogenheit stellt hier kein bloßes Indiz, sondern ein „konstitutives“ Merkmal dar. Hiermit begegnet man bei dem hypothetischen Fall einer vollständigen anderweitigen Abschöpfung genau den Problemen, die durch die hier vertretene Ansicht verhindert werden sollen. Denn auch eine Buße zur reinen Bestrafung des Unternehmers könnte zu Teilen an den Umsatz anknüpfen.<sup>142</sup> Weiterhin ist wegen der anderweitigen Abschöpfungsmöglichkeiten eben auch der Schluss nicht immer richtig, dass eine Buße nur abschrecken kann, wenn sie auch abschöpft.

Dies sieht richtigerweise auch *Heyers* so.<sup>143</sup> Allerdings unterstellt seine Sichtweise zu den deutschen Kartellbußen den beschriebenen hypothetischen Zustand, ohne ihn zu überprüfen. Bei einer wirtschaftlichen Sichtweise müssen aber die tatsächlichen Gegebenheiten entscheidend sein. Nur weil das Bundeskartellamt auch im Verwaltungsverfahren abschöpfen könnte oder es dies nach der kartellrechtlichen Systematik sollte, heißt das nicht, dass es dies auch wirklich tut. Es kann deshalb nicht pauschal argumentiert werden, dass keine Abschöpfung durch die Bußen erfolgen soll, nur, weil dies nach den Bußgeldleitlinien naheliegt. De facto ist nämlich wohl genau vom Gegenteil auszugehen, so dass man mit dieser Ansicht eine „Strafsteuer“ nicht verhindern kann. Seine

<sup>140</sup> *BFH*, BStBl. II 2014, 306, 311 Rn. 30 ff.

<sup>141</sup> Siehe unter: <http://www.bundesfinanzhof.de/gericht/geschaeftsverteilung> (letzter Abruf: 11.6.2017).

<sup>142</sup> *Frotscher/Geurts* (Fn. 56), § 4 EStG Rn. 843; in diese Richtung gehend auch *Krüger* (Fn. 53), S. 899.

<sup>143</sup> *Heyers* (Fn. 19), S. 1198.

Argumentation zu EU-Geldbußen und auch die des *Vierten Senats* des *BFH* sind ebenfalls nicht unproblematisch. Denn der Grundbetrag dient gerade dazu den wirtschaftlichen Vorteil näherungsweise zu berechnen, so dass es nicht überzeugt, hier eine Abschöpfung vollständig auszuschließen.<sup>144</sup> Daraus, dass ausnahmsweise ein Aufschlag notwendig ist, um den wirtschaftlichen Vorteil zu übersteigen, folgt implizit auch schon, dass dies normalerweise bereits durch den Grundbetrag sichergestellt wird.<sup>145</sup> Letztlich verhindert diese Sicht eine Doppelbelastung durch die „Strafsteuer“ ebenfalls nicht.

Wie sich aus diesem Vergleich zu den anderen Ansichten zeigt, kann also letztlich nur durch das Kriterium der Finalität sichergestellt werden, dass weder eine Doppelbelastung noch ein zweifacher Abzug möglich ist.

#### D. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend ist festzustellen, dass es bei der Anwendung des § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 S. 4 EStG allein auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt. Zu fragen ist, ob eine Abschöpfung bewirkt wurde. Damit eine Doppelbelastung nicht entstehen kann, muss es dabei zunächst nur darauf ankommen, ob dem Unternehmer Geldmitteln entzogen wurden. Allerdings ist einschränkend auch zu fordern, dass die Geldbuße objektiv auf die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils gerichtet ist, weil ansonsten die Gefahr eines doppelten steuerlichen Abzugs droht. Die Thematik wird in naher Zukunft Gerichte und Literatur wohl noch weiter beschäftigen. So ist nach einem Urteil des *FG Köln*<sup>146</sup> wieder ein Verfahren über den Abzug einer Buße des Bundeskartellamts vor dem *BFH* (Az: I R 2/17) anhängig. Nachdem sich das *FG* nur sehr oberflächlich mit der Thematik auseinandergesetzt hat, wäre eine ausführliche Diskussion der verschiedenen Lösungsansätze und der zahlreichen erschienenen Publikationen durch den *BFH* wünschenswert. Weiterhin bleibt noch zu klären, ob ein teilweiser Abzug der Kartellbußen gegen das europarechtliche Beihilfenverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV verstößt.<sup>147</sup>

Auch die jüngsten kartellrechtlichen Entwicklungen könnten für die steuerliche Debatte relevant werden. So wird derzeit eine EU-Richtlinie zur Stärkung der privatrechtlichen Durchsetzung des Kartellrechts durch die 9. GWB Novelle umgesetzt. Weiter wird auch seit längerem die Einführung einer *Opt-out-Class-*

---

<sup>144</sup> *Haus* (Fn. 8), S. 2070; *Eilers/Esser-Wellié/Ortmann/Schubert* (Fn. 31), S. 667; *Eilers/Klusmann* (Fn. 31), S. 298.

<sup>145</sup> *Haus* (Fn. 8), S. 2069.

<sup>146</sup> *FG Köln*, Urteil v. 24.11.2016, BeckRS 2016, 113908.

<sup>147</sup> Siehe dazu *Drüen/Kersting* (Fn. 5), Rn. 55 ff.

*Action* nach amerikanischem Vorbild diskutiert.<sup>148</sup> Mit den Auswirkungen von anderen Abschöpfungsmöglichkeiten auf die Beurteilung der abschöpfenden Wirkung der Bußgelder wurde sich im Steuerrecht bisher kaum auseinandergesetzt, so dass abzuwarten bleibt, wie die verstärkte Rolle der Schadensersatzklagen Berücksichtigung findet.

Alles in allem wäre eine Annäherung von Kartellrecht und Steuerrecht wünschenswert. Würde man im Kartellrecht ein System etablieren, welches Ahndung und Abschöpfung klar trennt und dies auch in der Praxis transparent so umzusetzen, würde die Beurteilung im Steuerrecht stark vereinfacht werden. Im Gegenzug wären dann auch die steuerlichen Folgen der Buße besser abzusehen und man könnte die Bußen in einem solchen Maß erhöhen, dass sich aufgrund der teilweisen steuerlichen Abzugsfähigkeit keine Probleme bei der Durchsetzung des Kartellrechts ergeben.

---

<sup>148</sup> Vgl. nur *Bien* (Fn. 37), S. 12 ff.; *Hempel*, War da nicht noch etwas? – Zum kollektiven Rechtsschutz im Kartellrecht, NZKart 2013, 494 ff.; *Rebbinder*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Fn. 10), § 33 GWB Rn. 6.