



## Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

### AUFSÄTZE

- 202 Eric Abfalg  
**Die Aufrechnung einer Masseforderung gegen eine  
Insolvenzforderung**
- 234 Robin Repnow  
**Exegese zu D. 35,2,18,pr. (Paul. 11 quaest.)**
- 250 Florian Schmid  
**Zur rechtlichen Bewertung der audiovisuellen Übertragung von  
Zeugenaussagen im Strafverfahren**
- 281 Nadja Nunner  
**Das Bestimmtheitsgebot am Beispiel der Strafbarkeit der  
Untreue**
- 308 Christian Rieß  
**Strafbarkeit von Geschäftsleitungen für die Nichtwahrnehmung  
erfolgsversprechender Geschäftsabschlüsse?**
- 336 Annika Vorfelder  
**Das Gebot der Konfliktbewältigung im Rahmen der  
FFH-Verträglichkeitsprüfung**
- 355 Moritz Reichenbach  
**Einheit und Vielheit bei der Personengesellschafts-  
besteuerung**
- 379 Yannic Arnold  
**Die EU-Schiedskonvention vom 23. Juli 1990 im System des  
Rechtsschutzes in Steuersachen**
- 405 Florian Klein  
**Die Elektronische Gesundheitskarte (§ 291 SGB V)**

### REZENSIONEN

- 430 Florian Schmid  
**Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen**

# Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg

## Redaktion

Chefredakteure: David Carnal, Alexander Schäfer, Sebastian Schwind

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

## 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

Zitiervorschlag: *Autor*, Titel, StudZR-WissOn 2016, S.

Eric Abfalg\*

**Die Aufrechnung einer Masseforderung gegen  
eine Insolvenzforderung – zugleich Besprechung  
von BGH, Urt. v. 8.05.2014 – IX ZR 118/12,  
BGHZ 201, 121**

**Abstract**

Die allgemeinen Aufrechnungsregeln der §§ 387 ff. BGB werden in der Insolvenz durch die §§ 94 ff. InsO ergänzt. Ihrem Wortlaut nach beziehen sich die §§ 94 ff. InsO jedoch allein auf eine durch den Insolvenzgläubiger erklärte Aufrechnung, das heißt auf die Aufrechnung mit einer Insolvenzforderung gegen eine Masseforderung. Wie verhält es sich im umgekehrten Fall, wenn der Insolvenzverwalter mit einer Masseforderung gegen eine Insolvenzforderung aufrechnen will? Lässt sich dieser Fall mit einer analogen Anwendung der §§ 94 ff. InsO erfassen oder gelten andere Regeln?

---

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht (Prof. Dr. *Andreas Piekenbrock*) der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag basiert auf der vom Verfasser im Sommersemester 2014 geschriebenen Studienarbeit im Schwerpunktbereich Zivilverfahrensrecht. Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Andreas Piekenbrock* für seine hilfreichen Anmerkungen.

## I. Einführung

In der Rechtsprechung des *BGH* fand sich zur Frage der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters lange Zeit nur ein einziges Urteil aus dem Jahr 1987.<sup>1</sup> Der nur sehr knapp begründeten Entscheidung wurde jedoch viel Kritik entgegengebracht.<sup>2</sup> Selbst amtierende *BGH*-Richter verweigerten ihr zuletzt die Gefolgschaft.<sup>3</sup> Das Urteil vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12 bot dem *BGH* nun erstmals seit Inkrafttreten der InsO die Gelegenheit, die Rechtsfrage erneut aufzuwerfen. Diese Gelegenheit wurde genutzt, um die Abkehr von der damaligen Rechtsprechung zu erklären und neue Grundsätze aufzustellen. Wirklich „neu“ ist die nunmehr vom *BGH* vertretene Auffassung allerdings nicht, entspricht sie doch in wesentlichen Punkten zugleich der Rechtsprechung des *RG*<sup>4</sup> und der vor 1987 überwiegend vertretenen Ansicht in der Literatur<sup>5</sup> zur Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters.

## II. Das Urteil des *BGH* vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12

Die dem Urteil des *BGH* vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12 zugrundeliegende Konstellation einer Doppelinsolvenz kann man gut als „Standardfall“ der Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter bezeichnen: Der Kläger ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der B-GmbH. Der Beklagte ist Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der D-GmbH. Beide Gesellschaften haben wechselseitig Forderungen in etwa gleicher Höhe gegeneinander, die auch jeweils zur Insolvenztabelle festgestellt wurden. Da im Verfahren der D-GmbH eine geringere Befriedigungsquote zu erwarten war als im Verfahren der B-GmbH, rechnete der Kläger mit der Forderung der B-GmbH gegen die Forderung der D-GmbH zum Nennbetrag auf. Der Beklagte erkannte dies jedoch nicht an, sodass der Kläger Vollstreckungsgegenklage erhob.

<sup>1</sup> *BGH*, Urt. v. 19.3.1987 – IX ZR 148/86 = BGHZ 100, 222.

<sup>2</sup> *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II, 2007, § 94 Rn. 54: „wohl wenig reflektiert“; *Eckardt*, Zur Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters, ZIP 1995, 257 (257 f.); *Dobmeier*, Die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter, ZInsO 2007, 1208 (1210); *Rost/Lind*, Die Aufrechnung des Insolvenzverwalters gegen eine Insolvenzforderung nach ihrer Feststellung, ZInsO 2012, 2179 (2183).

<sup>3</sup> *Kayser*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 7. Aufl. 2014, § 94 Rn. 16 f.; *Lobmann*, in: MüKo-InsO II, 3. Aufl. 2013, § 94 Rn. 14.

<sup>4</sup> *RG*, Juristische Wochenschrift (JW) 1915, 1437 (1438); Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht (LZ) 1910, Sp. 231 (232); 1907, Sp. 835 (836).

<sup>5</sup> Vertreten z.B. von *Weber*, in: Jaeger, Konkursordnung II/1, § 145 Rn. 11; *Kuhn/Uhlenbruck*, Konkursordnung, 10. Aufl. 1986, § 53 Rn. 3 und § 145 Rn. 9; *Kilger*, Konkursordnung, 15. Aufl. 1987, § 145 Anm. 3), 6).

Die Klage wurde in der ersten Instanz abgewiesen<sup>6</sup> und in der Berufungsinstanz durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen.<sup>7</sup> Der BGH hat die von ihm zugelassene Revision als unbegründet zurückgewiesen: Die Aufrechnung in Höhe des Nennbetrags sei aus materiell-rechtlicher Sicht bereits lange vor der Insolvenzeröffnung möglich gewesen; insoweit werde die Rechtsprechung aus dem Jahr 1987 aufgegeben, wonach die Insolvenzforderung erst mit der Feststellung zur Tabelle erfüllbar sei. Weil die Passivforderung allerdings bereits zur Insolvenztabelle festgestellt worden sei, sei die Aufrechnung nach § 178 Abs. 3 InsO i.V.m. § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Nicht präkludiert sei zwar eine Aufrechnung in Höhe der Insolvenzdividende, die auf die Forderung der D-GmbH auszuzahlen sei; dahingehend könne die Aufrechnungserklärung des Klägers aber nicht ausgelegt werden.

In der Literatur wurde das Urteil durchweg positiv aufgenommen, insbesondere im Hinblick auf seine dogmatische Begründung.<sup>8</sup> Ob dem beigeplichtet werden kann, ist nachfolgend zu klären. Anhand des „Normalfalls“ der Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger wird dabei zunächst aufgezeigt, worin die besondere Bedeutung der Aufrechnung in der Insolvenz liegt (**III.**). Mit diesen Erkenntnissen gerüstet kann der eigentliche Gegenstand der Arbeit untersucht werden, die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter (**IV.**). Ob die neue BGH-Rechtsprechung überzeugt und der Fall richtig entschieden wurde, wird im Anschluss daran behandelt (**V.**).

### III. Aufrechnung einer Insolvenzforderung gegen eine Masseforderung

Der „Normalfall“ einer Aufrechnung in der Insolvenz ist die Aufrechnung einer Insolvenzforderung gegen eine Masseforderung durch den Insolvenzgläubiger. Besondere Bedeutung kommt der Aufrechnung in der Insolvenz zu, weil sie aus Sicht des Insolvenzgläubigers eine Sicherungsfunktion hat, die nun

<sup>6</sup> LG Berlin, Urt. v. 6.4.2011 – 20 O 313/10.

<sup>7</sup> KG, Beschl. v. 2.5.2012 – 23 U 84/11 = BeckRS 2014, 10912; zu den Erwägungen, die dieser Entscheidung zugrunde liegen vgl. KG, Beschl. v. 29.3.2012 – 23 U 84/11 = BeckRS 2014, 12501.

<sup>8</sup> Schur, Zur Aufrechnung einer Forderung der Masse gegen eine Insolvenzforderung, EWiR 2014, 489 (490); Lange, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, NZI 2014, 693 (695); Seagon, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, LMK 2014, 359828; Ries, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, FD-InsR 2014, 359296; Hasse, Aufrechnung von Masse-/Insolvenzforderungen im Insolvenzverfahren (auch Änderung der bisherigen Rechtsprechung) – Anmerkung zu BGH, Urt. v. 08.05.2014 – IX ZR 118/12, ZInsO 2014, 1796 (1797).

in den Vordergrund tritt:<sup>9</sup> Soweit die Aufrechnung gemäß § 389 BGB ein Erlöschen der Insolvenzforderung (d.h. der Aktivforderung) bewirkt, erlangt der Aufrechnende wirtschaftlich betrachtet vollständige Befriedigung, weil zugleich seine eigene, zur Masse zu erbringende Schuld (d.h. die Passivforderung) in entsprechender Höhe erlischt. Wäre die Aufrechnung nicht erklärt, müsste der Insolvenzgläubiger seine eigene Schuld vollständig zur Masse erfüllen, während seine Insolvenzforderung nur in Höhe der Insolvenzdividende befriedigt würde.

Weil die Aufrechnung wirtschaftlich betrachtet in Höhe des Aufrechnungsbetrags die vollständige Befriedigung der Insolvenzforderung ermöglicht, ist sie vielfach mit einem Pfandrecht bzw. einem Absonderungsrecht verglichen worden,<sup>10</sup> denn auch ein Absonderungsrecht ermöglicht es dem Insolvenzgläubiger, vollständige Befriedigung zu erlangen (vgl. § 170 Abs. 1 S. 2 InsO). Gegenüber dem Pfandrecht hat die Aufrechnung sogar einige Vorteile: Es besteht nicht das Risiko, dass das „Pfand“ bei seiner Verwertung nur einen Mindererlös erbringt und deshalb die gesicherte Forderung nicht ganz abdeckt.<sup>11</sup> Außerdem ist das Pfandrecht auf ein bestimmtes Zugriffsobjekt (das Pfand) beschränkt, während der Aufrechnende wählen kann, welche Forderung des Aufrechnungsgegners er tilgen möchte (§ 396 Abs. 1 S. 1 BGB).<sup>12</sup> Darüber hinaus wird bei der Aufrechnung nicht um Feststellungs- und Verwertungskosten gemäß §§ 170, 171 InsO gekürzt.<sup>13</sup>

Für den aufrechnungsberechtigten Insolvenzgläubiger ist die Aufrechnung also vorteilhaft. Aus Sicht der anderen Insolvenzgläubiger liegt in der Anerkennung

---

<sup>9</sup> Grundlegend *Böttcher*, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: FS Schima, 1969, S. 95 ff.; *Honsdorf*, Zur Aufrechnung im Konkurs, 1982, S. 8-15; *Henckel*, Aufrechnung in der Insolvenz, in: FS Lüke, 1997, S. 237 (240 f.); *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14. Aufl. 1987, § 18 VI (S. 255).

<sup>10</sup> So bereits in den Motiven zur KO, S. 226 = *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band IV: Materialien zur Konkursordnung, Neudruck 1983, S. 216: „Für ihn [den Gläubiger] ist die Kompensation eine Deckung, wie die Retention und das Pfandrecht. Sie alle drei sind Sicherungsmittel für den Kreditgeber; ...“, Klammerzusatz durch den Verfasser. Vgl. ferner BGHZ 177, 1 (Rn. 29); 160, 107 (111); 129, 336 (341); *BGH*, NJW 1960, 1295 (1296); *Dieckmann*, in: Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 211; *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl. 2010, § 50 Rn. 3; *Becker*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 1186; kritisch zu diesem Vergleich v. *Wilmowsky*, NZG 1998, 481 (482).

<sup>11</sup> *Herling*, Konkursrechtliche Schranken der Aufrechenbarkeit, 1932, S. 2.

<sup>12</sup> Vgl. *Spellenberg*, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens (§§ 138 ff. KO), 1973, S. 127 f.

<sup>13</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 19.02 f. spricht daher sogar von einem „Erfüllungsäquivalent“.

einer bestehenden Aufrechnungslage durch § 94 InsO dagegen eine unwillkommene Durchbrechung des Grundsatzes der *par conditio creditorum*, die sie jedoch wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung hinnehmen müssen.

#### IV. Aufrechnung einer Massforderung gegen eine Insolvenzforderung

##### 1. Anwendungsfälle

In bestimmten Konstellationen kann es aus Sicht der Masse wünschenswert sein, sich die Sicherungsfunktion der Aufrechnung zunutze zu machen. Das gilt vor allem, wenn die Massforderung nicht vollwertig ist, wie z.B. in der Doppelinsolvenz.<sup>14</sup> Die Aufrechnung durch den Verwalter kann aber auch sinnvoll sein, um zu verhindern, dass sich ein Insolvenzgläubiger, dessen Insolvenzforderung die gegen ihn gerichtete Massforderung übersteigt, zunächst auf seine Insolvenzforderung die Insolvenzdividende auszahlen lässt und anschließend seine Restforderung gegen die Massforderung aufrechnet; dann stünde er im Ergebnis besser, als wenn bereits vor der Dividendenauszahlung aufgerechnet worden wäre („Teildeckungsproblem“).<sup>15</sup> Zur Verdeutlichung folgendes *Beispiel*:<sup>16</sup>

*Der Insolvenzgläubiger IG hat eine Insolvenzforderung von 1600 € gegen den Insolvenzschuldner IS; die Insolvenzquote liegt bei 25 %. IG schuldet IS seinerseits 1200 €.*

*Var. 1: Noch bevor IG seine Forderung anmeldet, erklärt er die Aufrechnung der Forderungen in Höhe von 1200 €. Seine Restforderung von 400 € meldet er zur Tabelle an und erhält die Insolvenzdividende in Höhe von 100 €. Sein Verlust beläuft sich auf 300 €.*

*Var. 2: IG meldet seine Forderung in voller Höhe zur Tabelle an und lässt sich die Insolvenzdividende in Höhe von 400 € auszahlen. Mit den verbleibenden 1200 € rechnet er gegen die Forderung des IS auf und erlangt so Vollbefriedigung.*

Ferner kann die Aufrechnung dazu dienen, eine verjährte Massforderung einzutreiben (§ 215 Var. 1 BGB) und damit zugleich eine Insolvenzforderung zu tilgen.<sup>17</sup> Wirtschaftlich sinnvoll ist dies, weil die Insolvenzforderung andernfalls in Höhe der Insolvenzquote in bar zu befriedigen ist, während die Massforderung nach Erhebung der Verjährungseinrede uneinbringlich und damit wertlos wird. Außerdem ermöglicht es die Aufrechnung, eine

<sup>14</sup> So die Konstellation in den Fällen BGHZ 201, 121 und RG LZ 1907, Sp. 835.

<sup>15</sup> Vgl. *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 236.

<sup>16</sup> Nach *Honsdorf* (Fn. 9), S. 15 f.

<sup>17</sup> *Jacoby*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2015, Vor §§ 94 ff. InsO Rn. 10; *Nissen*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 2014, Kap. 8 Rn. 80.

Insolvenzforderung zu tilgen, um die für sie vom Schuldner bestellte Sicherheit wieder für die Masse freizumachen.<sup>18</sup>

In allen Anwendungsfällen kommt es allerdings wegen § 389 BGB unvermeidlich in entsprechender Höhe zur (Voll-)Befriedigung der Forderung des Insolvenzgläubigers als Aufrechnungsgegner. Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger (§ 1 S. 1 InsO) könnte betroffen sein. Es fragt sich daher, ob eine Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter überhaupt zulässig ist (2.), und – wenn ja – welchen Einschränkungen sie im Hinblick auf den Zweck des Insolvenzverfahrens unterliegt (3. und 4.).

## 2. Zulässigkeit der Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter

Der Insolvenzverwalter ist gemäß § 80 Abs. 1 InsO bzgl. der Insolvenzmasse verwaltungs- und verfügungsbefugt; das beinhaltet die Befugnis zur Ausübung von Gestaltungsrechten<sup>19</sup> und damit auch zur Aufrechnung mit Wirkung für und gegen die Masse.<sup>20</sup>

## 3. Unanwendbarkeit der §§ 94 ff. InsO

Anders als die Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger ist die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Die §§ 94 ff. InsO beziehen sich ihrem Wortlaut nach nur auf die Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger.<sup>21</sup> Eine analoge Anwendung der Normen scheidet – selbst wenn man eine Regelungslücke unterstellt – an der fehlenden Vergleichbarkeit beider Fälle: § 94 InsO schützt die Möglichkeit des Insolvenzgläubigers, sich aufgrund einer bei Verfahrenseröffnung bestehenden Aufrechnungslage volle Befriedigung seiner Insolvenzforderung zu beschaffen, obwohl Insolvenzforderungen an sich nur quotaal befriedigt werden.<sup>22</sup> § 95 Abs. 1 InsO erweitert diesen Schutz unter bestimmten Voraussetzungen für nach Insolvenzeröffnung eintretende Aufrechnungslagen.<sup>23</sup> § 96 Abs. 1 InsO dagegen vermeidet eine Aushöhlung des Gedankens der *par conditio creditorum*,

<sup>18</sup> *Dobmeier* (Fn. 2), S. 1208; *Piekenbrock*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, Fachanwaltskommentar Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2014, § 94 Rn. 9.

<sup>19</sup> *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2014, § 80 Rn. 5; *Sternal*, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, § 80 Rn. 28.

<sup>20</sup> *Zeuner*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2010, § 94 Rn. 19; *Bernsau*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2015, § 94 Rn. 4.

<sup>21</sup> Der § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO fügt sich in dieses System allerdings nicht ein, vgl. *Jauernig/Berger* (Fn. 10), § 50 Rn. 16.

<sup>22</sup> *Nissen* (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 10; *Schmidt*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 8. Aufl. 2016, § 94 Rn. 1 f.

<sup>23</sup> *Häsemeyer* (Fn. 13), Rn. 19.17; *Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 34 Rn. 17.



die einträge, wenn sich Insolvenzgläubiger auch noch nach Verfahrensöffnung beliebig eine Aufrechnungsmöglichkeit und damit Vollbefriedigung für ihre Insolvenzforderung verschaffen könnten.<sup>24</sup> Bei einer Masseforderung bedarf es aber weder des Schutzes durch §§ 94, 95 Abs. 1 InsO noch der Verbote des § 96 Abs. 1 InsO, weil Masseforderungen ohnehin in voller Höhe zu befriedigen sind.<sup>25</sup>

Es entspricht daher allgemeiner Ansicht, dass die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter allein nach den §§ 387 ff. BGB zu beurteilen ist.<sup>26</sup> Eine Ausnahme bildet allerdings der Fall, dass der Insolvenzgläubiger ebenfalls insolvent ist. Dies liegt nicht daran, dass die o.g. Erwägungen in diesem Fall nicht zuträfen. Vielmehr sind die §§ 94 ff. InsO unmittelbar anwendbar, da der aufrechnende Insolvenzverwalter aus Sicht des anderen Insolvenzverfahrens die Stellung eines Insolvenzgläubigers hat, dessen Aktivforderung nur als Insolvenzforderung zu qualifizieren ist.<sup>27</sup>

#### 4. Grenzen der Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters

##### a) Einschränkungen aufgrund der §§ 387 ff. BGB

Die Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters dadurch eingeschränkt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 387 ff. BGB gegeben sein müssen.

##### aa) Gegenseitigkeit und Gleichartigkeit der Forderungen

Zwischen Insolvenzschuldner und Insolvenzgläubiger müssen wechselseitig Forderungen bestehen. Die Insolvenzmasse erlangt im Insolvenzverfahren keine eigene Rechtspersönlichkeit,<sup>28</sup> sie bleibt Vermögen des Insolvenz-

<sup>24</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 257; Windel, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 1; § 96 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO haben eine vergleichbare Wirkung wie § 91 Abs. 1 InsO für „echte“ Absonderungsrechte.

<sup>25</sup> Vgl. Eckardt (Fn. 2), S. 257.

<sup>26</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 9); OLG Schleswig, Urt. v. 20.12.2007 – 5 U 39/07 = BeckRS 2008, 02694; FG Berlin, Urt. v. 29.8.2005 – 8 K 8517/02 = BeckRS 2005, 26018766; Dobmeier (Fn. 2), S. 1208; Hess, in: Hess, Insolvenzrecht I, 2. Aufl. 2013, § 94 Rn. 87; Thole, in: K. Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl. 2016, § 94 Rn. 8; Schmidt, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 22), § 94 Rn. 14; Piekenbrock, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier (Fn. 18), § 94 Rn. 8; Sinz, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, § 94 Rn. 76; Bernsau, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 20), § 94 Rn. 4.

<sup>27</sup> Vgl. BGHZ 201, 121 (Rn. 9).

<sup>28</sup> Dies gilt jedenfalls für die Amtstheorie und die Vertretertheorie. Anders wäre dies auf Grundlage der Organtheorie. Gegen diese aber zu Recht Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 75. Einen anderen Ansatz wählt auch Piekenbrock, in: Lobinger/Piekenbrock/Stoffels, Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, 2014, S. 75 ff., wo die Insolvenzmasse als „Liquidationsgesellschaft“ angesehen wird.

schuldners.<sup>29</sup> Eine Insolvenzforderung ist folglich immer gegen den Insolvenzschuldner gerichtet; zugleich ist der Insolvenzschuldner Inhaber der Masseforderungen. Gegenseitigkeit liegt deshalb immer vor, wenn der Schuldner der Masseforderung zugleich Insolvenzgläubiger ist. Für die Frage der Gleichartigkeit der Forderungen gelten die allgemeinen Regeln.<sup>30</sup> Gleichartigkeit liegt auch vor, wenn die Insolvenzforderung wie im Regelfall nicht vollwertig ist.<sup>31</sup>

bb) Vollwirksame und fällige Aktivforderung

Als Aktivforderung muss die Masseforderung nach allgemeinen Grundsätzen wirksam, einredefrei und fällig sein.<sup>32</sup> § 41 Abs. 1 InsO gilt für sie nicht.<sup>33</sup>

cc) Wirksame und erfüllbare Passivforderung

Die Insolvenzforderung als Passivforderung muss wirksam und erfüllbar sein.<sup>34</sup> Ab welchem Zeitpunkt Insolvenzforderungen erfüllbar sind, bedarf indes einer genaueren Untersuchung.

b) *Aufrechnungserklärung vor Feststellung der Insolvenzforderung*<sup>35</sup>

In dem bereits erwähnten Urteil aus dem Jahr 1987 hat der BGH die Ansicht vertreten, vor Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle könne der Insolvenzverwalter nicht wirksam aufrechnen.<sup>36</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt fehle es an der Erfüllbarkeit der Passivforderung als Tatbestandsmerkmal der Aufrechnung.<sup>37</sup> Lasse man eine Aufrechnung vor der Feststellung zu, werde das den Insolvenzgläubigern im Prüfungstermin zustehende Widerspruchsrecht

<sup>29</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 10); 100, 222 (226); RGZ 53, 350 (352); 52, 330 (332); *Eckardt* (Fn. 2), S. 260; *Ott/Vuia*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 80 Rn. 11.

<sup>30</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 75. Aufl. 2016, § 387 Rn. 8-10.

<sup>31</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 10); 100, 222 (227); *RG LZ* 1910 Sp. 231 (232).

<sup>32</sup> Vgl. z.B. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 30), § 387 Rn. 11.

<sup>33</sup> *Bäuerle*, in: Braun, Insolvenzordnung, 6. Aufl. 2014, § 41 Rn. 3.

<sup>34</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch (Fn. 30), § 387 Rn. 12.

<sup>35</sup> Klarstellend sei bemerkt: Mit „Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle“ ist der Zeitpunkt gemeint, in dem die Eintragung gemäß § 178 Abs. 3 InsO in Rechtskraft erwächst; das ist nach der hier vertretenen Ansicht der Zeitpunkt der *tatsächlichen Eintragung* der Forderung, diese hat also konstitutive Wirkung (BGHZ 168, 112 [Rn. 20]); *Schumacher*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 178 Rn. 56 ff.; a.A. *Eckardt*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2009, Kap. 17 Rn. 36).

<sup>36</sup> BGHZ 100, 222; zustimmend *Gerhardt*, Kurzkomentar zu BGH, Urt. v. 19.3.1987 – IX ZR 148/86, EWIR 1987, 1011 (1012); *Holzer*, Die Aufrechnung im neuen Insolvenzrecht, DStR 1998, 1268 (1269); *Wittkowski/Kruth*, in: Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, 29. EL 2016, § 94 Rn. 7.

<sup>37</sup> BGHZ 100, 222 (227).

(§§ 176 S. 2, 178 Abs. 1 S. 1 InsO) unterlaufen.<sup>38</sup> Überdies sei eine Aufrechnung vor der Feststellung der Insolvenzforderung mit dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger unvereinbar, weil der Insolvenzgläubiger in Höhe des Aufrechnungsbetrags voll befriedigt werde.<sup>39</sup>

aa) Umgehung des Widerspruchsrechts der Insolvenzgläubiger?

Dem Argument, es drohe eine Umgehung des Widerspruchsrechts, liegt die Annahme zugrunde, ein Insolvenzgläubiger werde seine Forderung nicht mehr zur Insolvenztabelle anmelden bzw. seine Anmeldung zurücknehmen, wenn seine Insolvenzforderung bereits infolge Aufrechnung erloschen ist.<sup>40</sup> Das führt wegen § 176 S. 1 InsO dazu, dass die Forderung nicht geprüft und ihr damit auch nicht widersprochen werden kann.

Andererseits wird der Insolvenzgläubiger seine Insolvenzforderung zumindest dann zur Tabelle anmelden, wenn sie die Masseforderung übersteigt und daher durch Aufrechnung nicht vollständig erlischt. Auf seine Restforderung kann er sich noch die Insolvenzquote auszahlen lassen, die vorangegangene Aufrechnung verwehrt ihm dies nicht.<sup>41</sup> In diesem Fall haben die anderen Insolvenzgläubiger die Möglichkeit, Bestand oder Höhe der Forderung im Prüfungstermin zu bestreiten.

Wenn die Insolvenzforderung vollständig erloschen ist, wird den Insolvenzgläubigern in der Tat keine Möglichkeit bleiben, ihr Widerspruchsrecht auszuüben. Man kann hier jedoch nicht von einer „Umgehung“ des Widerspruchsrechts sprechen, weil die Aufrechnung mit einer bestehenden Insolvenzforderung – und damit deren Vollbefriedigung – kein Sachverhalt ist, auf dessen Vermeidung das Widerspruchsrecht ausgerichtet ist: Das Widerspruchsrecht soll die Insolvenzgläubiger in die Lage versetzen, die Masse von unberechtigten (Quoten-) Ansprüchen freizuhalten und sich so selbst mittelbar eine höhere Befriedigungsquote zu sichern.<sup>42</sup> Sie haben deshalb gemäß § 176 S. 2 InsO *nur* die Möglichkeit, eine Insolvenzforderung in ihrer Höhe oder in ihrem Bestand überhaupt zu bestreiten. Weil das Widerspruchsrecht aber lediglich auf die Teilnahme von Insolvenzforderungen an der Verteilung bezogen ist, schützt es die Insolvenzgläubiger nicht vor

<sup>38</sup> BGHZ 100, 222 (227); *Holzer* (Fn. 36), S. 1269 befürchtet sogar, der Insolvenzverwalter könne so das Widerspruchsrecht gezielt umgehen.

<sup>39</sup> BGHZ 100, 222 (227).

<sup>40</sup> Vgl. *Eckardt* (Fn. 2), S. 264; in BGHZ 100, 222 nicht weiter ausgeführt.

<sup>41</sup> Vgl. RGZ 26, 110 (116).

<sup>42</sup> *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzzordnung VI, 2010, § 176 Rn. 2; *Baur/Stürmer*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs und Vergleichsrecht, Band II: Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 21.9; *Bork* (Fn. 28), Rn. 331 mit Fn. 2.

massebenachteiligenden Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters vor dem Prüfungstermin. Das Widerspruchsrecht ist von vornherein nicht geeignet, zu verhindern, dass der Insolvenzverwalter – mittels der Aufrechnung als Erfüllungssurrogat – Forderungen befriedigt, die er noch nicht bzw. nicht in dieser Höhe befriedigen darf.

Selbst wenn man dem Widerspruchsrecht „an sich“ einen Wert beimisst und daher bereits das bloße Entfallen der – bei bestehenden Forderungen ohnehin nicht erfolgsversprechenden – Widerspruchsmöglichkeit als ungerechtfertigt empfindet, liegt darin kein Argument für die Versagung der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters: Für den aufrechnungsbefugten Insolvenzgläubiger folgt aus § 94 InsO, dass er auch dann aufrechnen kann, wenn er seine Insolvenzforderung nicht zur Tabelle anmeldet.<sup>43</sup> Wenn er aber seine Insolvenzforderung nicht anmeldet und stattdessen wirksam mit ihr aufrechnet, entzieht er damit gleichfalls den anderen Insolvenzgläubigern die Widerspruchsmöglichkeit. Der Gesetzgeber war sich dessen bewusst:<sup>44</sup> Er hielt das Entfallen des Widerspruchsrechts für gerechtfertigt, weil der aufrechnungsbefugte Insolvenzgläubiger nicht gemeinschaftliche, sondern abgesonderte Befriedigung erstrebe.<sup>45</sup> Sei die Wirksamkeit der Aufrechnung zweifelhaft, solle dies – wie bei „echten“ Absonderungsrechten – allein mit dem Insolvenzverwalter geklärt werden; die Gläubiger hätten kein „Recht auf Zuziehung“.<sup>46</sup> Bei einer Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger wird den anderen Insolvenzgläubigern aber nicht nur das Widerspruchsrecht entzogen, sie ist für die Insolvenzmasse regelmäßig auch nachteilig. Erklärt dagegen der Insolvenzverwalter die Aufrechnung, kann dies aus Sicht der Masse durchaus vorteilhaft sein. Zwar kann auch hier gegebenenfalls das Widerspruchsrecht nicht ausgeübt werden; wenn das Gesetz aber unter den gleichen Voraussetzungen sogar die nachteilige Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger zulässt, kann das Entfallen des Widerspruchsrechts kein ausschlaggebendes Kriterium für die Versagung einer Aufrechnungsbefugnis sein.

<sup>43</sup> *Smid*, Handbuch Insolvenzrecht, 6. Aufl. 2012, § 16 Rn. 5; *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, Handbuch zur Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2001, Kap. 7 Rn. 10. Deutlicher wurde dies in § 53 KO („braucht nicht“).

<sup>44</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 264 f. zu § 53 KO. Mit der Übernahme dieser Regelung in § 94 InsO dürften die Erwägungen auch im geltenden Recht zum Tragen kommen, denn die Neuformulierung der Vorschrift sollte lediglich „zusätzlich“ zum Ausdruck bringen, dass auch der weitere Verlauf des Verfahrens die Aufrechnungsbefugnis nicht berührt, vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 140 zu § 106 RegEInsO.

<sup>45</sup> Motive zur KO, S. 229 = Hahn (Fn. 10), S. 219.

<sup>46</sup> *Ebd.*

bb) Verstoß gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum*?

Der BGH hat in seinem Urteil außerdem auf einen Verstoß gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum* hingewiesen.<sup>47</sup> Dem kann in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden; es muss vielmehr danach unterschieden werden, ob der Insolvenzgläubiger seinerseits aufrechnen konnte.

(1) Der Insolvenzgläubiger kann seinerseits aufrechnen

Ein Insolvenzgläubiger, der gemäß §§ 94, 95 InsO aufrechnen kann, erlangt eine gesicherte Rechtsstellung, die im Insolvenzverfahren uneingeschränkt anerkannt wird.<sup>48</sup> Der Insolvenzgläubiger kann von seiner Aufrechnungsbezugnis jederzeit Gebrauch machen, um sich (in Höhe des Aufrechnungsbetrags) voll zu befriedigen. Wenn der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall die Aufrechnung erklärt, erkennt er letztlich nur die gesicherte Rechtsstellung an;<sup>49</sup> der Insolvenzgläubiger erhält nur, was er sich auch durch eigene Aufrechnungserklärung hätte nehmen können.<sup>50</sup> Eine im Hinblick auf den Verfahrenszweck unzulässige Besserstellung dieses Insolvenzgläubigers durch den Insolvenzverwalter liegt nicht vor, weil der Insolvenzgläubiger schon von Gesetzes wegen bessergestellt wird.<sup>51</sup> Würde der Verwalter die Aufrechnung nicht erklären, könnte sich dies sogar nachteilig für die Masse auswirken, wenn der Insolvenzgläubiger seine Forderung zunächst zur Insolvenztabelle anmeldet, sich die Insolvenzdividende auszahlen lässt und danach mit der Restforderung aufrechnet (Teildeckungsproblem).<sup>52</sup>

Die Annahme in der Literatur, der Insolvenzverwalter bevorzuge den Insolvenzgläubiger unangemessen, wenn er die Aufrechnung erkläre, obwohl der aufrechnungsberechtigte Insolvenzgläubiger selbst nicht aufrechnen möchte,<sup>53</sup> ist unrichtig. Denn in den für die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter relevanten Konstellationen ist es regelmäßig so, dass der

---

<sup>47</sup> BGHZ 100, 222 (227).

<sup>48</sup> So die amtl. Begründung in BT-Drucks. 12/2443, S. 140 zu § 106 RegEInsO.

<sup>49</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 265.

<sup>50</sup> Ebd.; Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, (Fn. 20), § 94 InsO Rn. 20; Brandes/Lohmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 14.

<sup>51</sup> Auch bei „echten“ (unanfechtbar erlangten) Absonderungsrechten ist anerkannt, dass die Befriedigung des absonderungsberechtigten Insolvenzgläubigers in der besicherten Höhe der Forderung keine Gläubigerbenachteiligung (i.S.d. § 129 InsO) bewirkt, vgl. BGH, ZIP 2012, 1301 (Rn. 22) m.w.N.

<sup>52</sup> Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 23), Kap. 34 Rn. 13 a.E.

<sup>53</sup> Becker, Begünstigen und Zurückdrängen der Aufrechnung unter laufendem Insolvenzverfahren, DZWIR 2005, 221 (226); Eickmann, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2006, § 94 Rn. 24.

Insolvenzgläubiger an der Aufrechnung kein Interesse hat, beispielsweise, weil die Masseforderung verjährt ist.

(2) Der Insolvenzgläubiger kann seinerseits nicht aufrechnen

Ein nicht aufrechnungsberechtigter Insolvenzgläubiger erlangt durch die Aufrechnung seitens des Insolvenzverwalters eine Vollbefriedigung in Höhe des Aufrechnungsbetrags, die er nicht selbst hätte erlangen können. Seine Besserstellung verletzt den Grundsatz der *par conditio creditorum*.<sup>54</sup>

Anders kann dies sein, wenn der Insolvenzgläubiger ebenfalls insolvent ist: Wird im Insolvenzverfahren des Insolvenzgläubigers eine niedrigere Befriedigungsquote erzielt, ist die Aufrechnung aus Sicht der Masse vorteilhaft. Rechnerisch betrachtet erhält der Insolvenzgläubiger zwar in Höhe der Aufrechnung Vollbefriedigung; im Ergebnis erhält er aber *in bar* nicht mehr (oder sogar weniger), als er erhielte, wenn nicht aufgerechnet, seine Befriedigungsquote ausgezahlt und auch die Masseforderung quotal befriedigt würde.<sup>55</sup> Dies lässt sich am folgenden *Beispiel* veranschaulichen:

*IG hat eine Insolvenzforderung von 3000 € gegen den Insolvenzschuldner IS; die Insolvenzquote im Verfahren des IS liegt bei 25 %. IG schuldet dem IS seinerseits ebenfalls 1500 €; auch IG ist insolvent, in seinem im Verfahren liegt die Insolvenzquote aber nur bei 5 %.*

*Var. 1: Der Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren des IS erklärt die Aufrechnung. Beide Forderungen erlöschen in Höhe von 1500 €, IS erlangt Vollbefriedigung. Bei Verteilungen muss an IG in bar nur noch die Quote auf die Restforderung von 1500 € ausbezahlt werden, d.h. 375 €.*

*Var. 2: Eine Aufrechnung wird nicht erklärt. IG erhält auf seine Forderung im Verfahren des IS 750 € ausbezahlt. IS erhält auf seine Forderung im Verfahren des IG lediglich 75 € ausbezahlt. Wenn man beide Zahlungen verrechnet, erhält IG in bar 675 €.*

Im Ergebnis steht der Insolvenzgläubiger bei den Verteilungen i.S.d. §§ 187 ff. InsO nicht besser, als er ohne die Aufrechnung stünde; zugleich führt die Aufrechnung dazu, dass sich die Befriedigungsaussichten der anderen Insolvenzgläubiger verbessern. Der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger ist deshalb nicht verletzt.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 94 Rn. 20; Brandes/Lohmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 14; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 23), Kap. 34 Rn. 13.

<sup>55</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 266.

<sup>56</sup> Ebd.; Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 94 Rn. 20.

Wenn in beiden Insolvenzverfahren die gleiche Befriedigungsquote ausgezahlt wird, wirkt sich die Aufrechnung nicht aus; in dieser Konstellation ist der Grundsatz der *par conditio creditorum* ebenfalls gewahrt.<sup>57</sup> Ist dagegen im Verfahren des Insolvenzgläubigers die Befriedigungsquote höher, wird er gegenüber den anderen Insolvenzgläubigern im Ergebnis bessergestellt, sodass hier der Grundsatz der *par conditio creditorum* verletzt ist.<sup>58</sup>

### (3) Schlussfolgerungen

Es kann festgehalten werden, dass die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter zumindest dann, wenn der Insolvenzgläubiger seinerseits nicht aufrechnungsberechtigt ist, gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung verstoßen kann. Wie der BGH nunmehr zutreffend herausgehoben hat,<sup>59</sup> macht es für die Frage, ob ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung vorliegt, allerdings keinen Unterschied, ob die betreffende Insolvenzforderung bereits zur Tabelle festgestellt wurde. Die rechtskräftige Feststellung der Insolvenzforderung ändert nichts daran, dass der Insolvenzgläubiger Vollbefriedigung erlangt, wenn mit der Forderung aufgerechnet wird. Betonte man konsequent den Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, dürfte eine Aufrechnung deshalb auch nach der Feststellung nicht zulässig sein.

#### c) Erfüllbarkeit als ungeeignetes Einschränkungskriterium

Aus dem Verstoß gegen den Grundsatz der *par conditio creditorum* folgte der BGH: Da der Insolvenzverwalter die Insolvenzforderung nach den Wertungen der InsO nicht befriedigen dürfe, könne er die ihm obliegende Leistung auch nicht bewirken; es fehle an der Erfüllbarkeit der Passivforderung.<sup>60</sup> Ob die „Erfüllbarkeit der Passivforderung“ der richtige Anknüpfungspunkt ist, um die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters zu beschränken, ist jedoch zweifelhaft.

#### (1) Erfüllbarkeit als Bestimmung der Leistungszeit

Das Tatbestandsmerkmal der Erfüllbarkeit bezieht sich nach herkömmlichem Verständnis auf die Leistungszeit: Es regelt, ab welchem Zeitpunkt eine

---

<sup>57</sup> Eckardt (Fn. 2), S. 266.

<sup>58</sup> Ebd.

<sup>59</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 12); so auch bereits Eckardt (Fn. 2), S. 267.

<sup>60</sup> BGHZ 100, 222 (227).

Forderung vom Schuldner getilgt werden kann.<sup>61</sup> Das Merkmal nimmt folglich die Tilgungswirkung der Aufrechnung in den Blick und hat die Funktion, den Aufrechnungsgegner vor einer vorzeitigen Erfüllug seiner Passivforderung zu schützen.<sup>62</sup> Deshalb kann der Aufrechnungsgegner auf das Erfordernis der Erfüllbarkeit der Passivforderung auch wirksam verzichten<sup>63</sup> und deshalb ist die Erfüllbarkeit eine (ungeschriebene) Voraussetzung des Annahmeverzugs gemäß §§ 293 ff. BGB.<sup>64</sup> Auf Basis der Rechtsprechung des *BGH* von 1987 wird das Merkmal der Erfüllbarkeit in seiner Funktion praktisch umgekehrt: Es dient letztlich nur noch den Interessen Dritter, d.h. den Interessen der übrigen Insolvenzgläubiger.<sup>65</sup>

## (2) Unvereinbarkeit mit der Wertung des § 94 InsO

Darüber hinaus setzt sich die Deutung des *BGH* mit der Wertung des § 94 InsO in Widerspruch:<sup>66</sup> § 94 InsO schützt eine bestehende Aufrechnungslage, er macht aber nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 387 BGB entbehrlich.<sup>67</sup> Bei einer Aufrechnung durch den Insolvenzgläubiger muss deshalb diejenige Forderung fällig sein, die sich aus seiner Sicht als Aktivforderung darstellt, d.h. die Insolvenzforderung.<sup>68</sup> Die Fälligkeit der Insolvenzforderung setzt allerdings notwendig deren Erfüllbarkeit voraus.<sup>69</sup> Nimmt man an, die Insolvenzforderung sei vor ihrer Feststellung zur Tabelle nicht erfüllbar, so nimmt man zwingend zugleich dem Insolvenzgläubiger seine Aufrechnungsmöglichkeit. In der Konsequenz wäre § 94 InsO ohne Anwendungsbereich: Jede vor Verfahrenseröffnung zugunsten des (späteren) Insolvenzgläubigers bestehende Aufrechnungslage müsste mit Insolvenzeröffnung entfallen – in diesem Zeitpunkt entscheidet sich nämlich, ob es sich

<sup>61</sup> *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Band III: Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl. 1994, § 12 V 1 (S. 252); *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2015, Rn. 236.

<sup>62</sup> Vgl. *Eckardt* (Fn. 2), S. 263 dort auch mit Nachweisen zur Entstehungsgeschichte; *Gernhuber* (Fn. 61), § 12 V 1 (S. 252).

<sup>63</sup> Vgl. *BGHZ* 94, 132 (135); *BGH*, NJW 1970, 41 (42); *RGZ* 104, 186 (188); *Gernhuber* (Fn. 61), § 14 II 1 (S. 330); *Gursky*, in: Staudinger, 2011, Vorbem. zu §§ 387 ff. Rn. 68.

<sup>64</sup> *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 546; *Looschelders* (Fn. 61), Rn. 723.

<sup>65</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 263.

<sup>66</sup> *Ebd.*, S. 263 f.; *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht, 56. EL 2016, § 95 Rn. 10.

<sup>67</sup> *Jacoby*, in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (Fn. 17), § 94 Rn. 1; *Hess*, in: Hess, Insolvenzrecht I (Fn. 26), § 94 Rn. 8.

<sup>68</sup> *Bernsau*, in: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 20), § 94 Rn. 12.

<sup>69</sup> *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10; allgemein *Gernhuber* (Fn. 61), § 12 V 1 (S. 252): „Erfüllbarkeit ist weniger als Fälligkeit“.



bei der Passivforderung um eine Insolvenzforderung handelt, § 38 InsO –, sodass es auf den Schutz des § 94 InsO nie ankäme.

Entgegengesetzt könnte man dem allerdings den Wortlaut des § 187 Abs. 1 InsO, denn nach dieser Norm „kann“ eine Befriedigung der Insolvenzgläubiger vor dem Prüfungstermin nicht erfolgen. Dieser Wortlaut scheint anzudeuten, dass Insolvenzforderungen erst nach dem Prüfungstermin erfüllbar sind. Dieses „können“ in § 187 Abs. 1 InsO meint jedoch kein „rechtliches Können“, sondern sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dem Insolvenzverwalter Ermessen einräumen,<sup>70</sup> wie sich insbesondere an § 187 Abs. 2 S. 1 InsO zeigt. § 187 Abs. 1 InsO ist daher als „rechtliches Dürfen“, d.h. als Ermessensschränke zu interpretieren. Diese Interpretation ist zwingend,<sup>71</sup> weil es sonst zu der genannten Unanwendbarkeit der §§ 94 ff. InsO käme und das Gesetz dann in sich widersprüchlich wäre. § 187 Abs. 1 InsO steht der Erfüllbarkeit der Insolvenzforderung also nicht entgegen.

Es war daher nicht richtig, dass der *BGH* in seinem Urteil von 1987 gefolgert hat, der Insolvenzverwalter „könne“ nicht aufrechnen, weil er dies nach den Wertungen der InsO nicht „dürfe“.<sup>72</sup> Der Schluss von rechtlichem „nicht Dürfen“ auf rechtliches „nicht Können“ ist weder zwingend, noch lässt er sich mit den Wertungen der §§ 94 ff. InsO vereinbaren.<sup>73</sup> Die Erfüllbarkeit der Passivforderung (Insolvenzforderung) ist als Anknüpfungspunkt für Beschränkungen der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters folglich nicht geeignet. Zu Recht hat der *BGH* diese Rechtsprechung nunmehr aufgegeben.<sup>74</sup>

dd) Rückgriff auf die allgemeinen Grenzen des § 80 Abs. 1 InsO

Wie kann ein ausreichender Schutz der Gläubigergesamtheit auf anderem Wege verwirklicht werden? Eine Lösung im Rahmen des § 387 BGB hätte den Nachteil, dass sie ohne Bezug zum Einzelfall erfolgen müsste, weil die Aufrechnungsvoraussetzungen nicht von Wertentscheidungen oder dergleichen abhängen. Es wäre auch wenig überzeugend, die Tatbestandsmerkmale des § 387 BGB für den Sonderfall einer Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter abweichend von den allgemeinen Regeln auszulegen. Die Lösung ist also in der InsO zu suchen. Dabei muss man die Grundentscheidung des § 80 Abs. 1 InsO

<sup>70</sup> Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 186 zu § 215 RegEInsO; dafür spricht auch der dortige Verweis auf § 149 KO, der von einem „sollen“ sprach.

<sup>71</sup> Zur Notwendigkeit, Normwidersprüche zu vermeiden vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 155.

<sup>72</sup> BGHZ 100, 222 (227); für „im Hinblick auf die Normteleologie sachgerecht“ hält diese Schlussfolgerung trotz allem *Gerhardt* (Fn. 36), S. 1012.

<sup>73</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 266.

<sup>74</sup> In BGHZ 201, 121 (Rn. 12 f.).

berücksichtigen: Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters bzgl. der massezugehörigen Gegenstände ist grundsätzlich nicht beschränkt,<sup>75</sup> weil gemäß § 80 Abs. 1 InsO die entsprechenden – unbeschränkten – Befugnisse des Insolvenzschuldners auf den Insolvenzverwalter „übergehen“. Deshalb kann man aus dem möglichen Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung nicht folgern, die Aufrechnung sei schlechthin unzulässig. Wenn man die Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters aus § 80 Abs. 1 InsO herleitet, liegt es nahe, sich auf die anerkannten Schranken dieser Norm zu stützen. Es kommt dann einerseits eine Haftung gemäß § 60 Abs. 1 InsO in Betracht – die jedoch nur im Innenverhältnis wirkt –, andererseits eine Nichtigkeit wegen Insolvenzzweckwidrigkeit. Auf diese Grenzen verweist nunmehr auch der *BGH*.<sup>76</sup> Diese Lösung überzeugt: Sie ermöglicht es, das Verhalten des Insolvenzverwalters einzelfallbezogen zu bewerten und kann so den verschiedenen Konstellationen gerecht werden.<sup>77</sup> Außerdem wird eine Sonderbehandlung der Aufrechnung vermieden, die sich nicht ohne weiteres rechtfertigen ließe: Auch andere Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters, wie beispielsweise die Freigabe eines Massegegenstands, können im Einzelfall vorteilhaft oder nachteilig für die Insolvenzgläubiger sein, ohne dass man hier spezielle Bewertungskriterien entwickelt hätte.

Eine Nichtigkeit wegen Insolvenzzweckwidrigkeit wird jedoch nur äußerst selten vorliegen: Weil vor dem Prüfungstermin oft nicht eindeutig zu beurteilen ist, ob die Aufrechnung wirtschaftlich sinnvoll ist, wird es regelmäßig an der „Evidenz“<sup>78</sup> der vom Insolvenzverwalter begangenen Pflichtverletzung fehlen.<sup>79</sup> Zwar wird teilweise ein Verzicht auf das Evidenzerfordernis in Erwägung gezogen;<sup>80</sup> dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass eine umfassende Nichtigkeit von Rechtshandlungen mit den Interessen des Rechtsverkehrs in Konflikt geriete, der auf die Wirksamkeit der Rechtshandlung vertraut.<sup>81</sup> Überdies besteht kein Bedürfnis nach einer weitgreifenden Nichtigkeit, weil die Insolvenzmasse bei nachteiligen Rechtshandlungen gemäß §§ 60 Abs. 1, 92 InsO schadlos gehalten wird, wenn den Insolvenzverwalter ein Verschulden

<sup>75</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 13); *Webel*, in: Graf-Schlicker, Kommentar zur Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2014, § 80 Rn. 16; *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 14. Aufl. 2015, § 80 Rn. 81.

<sup>76</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 13).

<sup>77</sup> In diese Richtung auch *Schur* (Fn. 8), S. 490.

<sup>78</sup> Allgemein zu diesem Erfordernis BGHZ 150, 353 (360 f.) m.w.N.

<sup>79</sup> *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2182 u. 2184.

<sup>80</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 266 f.; *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 75), § 80 Rn. 83.

<sup>81</sup> Vgl. *Hess*, in: Hess, Insolvenzrecht I (Fn. 26), § 80 Rn. 450; *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 58.

trifft. Ein solches Verschulden wird man regelmäßig annehmen können, wenn der Insolvenzverwalter eine Aufrechnung erklärt, ohne deren wirtschaftliche Konsequenzen zuverlässig abschätzen zu können. Wenn die Aufrechnung *evident* spekulativen Charakter hat, dürfte sogar Insolvenzzweckwidrigkeit vorliegen.<sup>82</sup>

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Aufrechnung durch den Insolvenzverwalter vor der Feststellung der Insolvenzforderung möglich und grundsätzlich auch wirksam ist.

### c) Aufrechnungserklärung nach Feststellung der Insolvenzforderung

Bei einer Aufrechnung nach Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: Die Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung „als solche“, d.h. zum Nennbetrag, und die Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Insolvenzdividende. Unter dem „Anspruch auf die Insolvenzdividende“ ist dabei derjenige Teil der Insolvenzforderung zu verstehen, der perspektivisch durch die Verteilungen der Insolvenzmasse gemäß §§ 187 ff. InsO getilgt wird. Man kann darüber streiten, ob der „Anspruch auf die Insolvenzdividende“ rechtlich verselbstständigt ist – mit der Folge, dass er neben der fortbestehenden Insolvenzforderung stünde, aber in Entstehung und Fortbestand von ihr abhinge –,<sup>83</sup> oder ob er lediglich einen besonderen Teil der Insolvenzforderung selbst bezeichnet.<sup>84</sup> Letztlich kommt diesem Streit keine entscheidende Bedeutung zu, solange man sich vergegenwärtigt, dass die Bezeichnung als eigenständiger „Anspruch“ im Wesentlichen den Zweck verfolgt, die besondere Qualität dieses Forderungsteils herauszustellen.

Die Unterscheidung zwischen der Insolvenzforderung „als solcher“ und dem Dividendenanspruch ist jedenfalls für die nachfolgende Untersuchung sinnvoll, weil im Hinblick auf den „sicheren“ Dividendenanspruch andere Regeln gelten könnten als für die nicht mehr zu befriedigende Restforderung.

<sup>82</sup> Vgl. *OLG Celle*, ZIP 2006, 1364 (1365 f.); *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 75), § 80 Rn. 85: Börsenspekulationsgeschäfte mit Massemitteln sind insolvenzzweckwidrig. Andererseits *BGH*, ZIP 1983, 589 (591): Stellt eine Handlungsalternative eine „bloße [...] schwerlich zu verantwortende Spekulation“ dar, handelt der Verwalter nicht insolvenzzweckwidrig, wenn er eine andere Handlungsalternative wählt, die für die Masse vorteilhafter sein kann.

<sup>83</sup> *Eckardt* (Fn. 2), S. 261; *Spellenberg* (Fn. 12), S. 80, spricht von Akzessorietät.

<sup>84</sup> Gegen eine Verselbstständigung des Dividendenanspruchs: *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, Kap. 15 Rn. 111; *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2183. Auch diese Autoren sprechen aber von einem „Anspruch auf die Insolvenzdividende“, sodass es sich v.a. um terminologische Unterschiede handeln dürfte. Kritisch auch *Ries* (Fn. 8).

## aa) Aufrechnung mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende

## (1) Materielles Recht

Eine Aufrechnung mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende ist im Hinblick auf den Zweck des Insolvenzverfahrens unbedenklich, weil der Insolvenzgläubiger in Höhe der Insolvenzquote ohnehin zu befriedigen ist.<sup>85</sup> Es entspricht gerade dem Grundsatz der *par conditio creditorum*, dass der Insolvenzgläubiger die Insolvenzquote ausbezahlt bekommt. Der Insolvenzverwalter kann daher ohne weiteres eine Masseforderung gegen den Dividendenanspruch des Insolvenzgläubigers aufrechnen.<sup>86</sup>

Vielfach wird gesagt, die Aufrechnung wirke in diesem Fall bei der Verteilung gemäß §§ 187 ff. InsO als Surrogat für die Erfüllung mittels tatsächlicher Auszahlung, sodass sie wegen § 187 Abs. 1 InsO erst nach dem Prüfungstermin erfolgen könne.<sup>87</sup> Richtig ist hieran, dass die Aufrechnung als Erfüllungssurrogat wirkt. Unrichtig ist allerdings die Annahme, die Aufrechnungsmöglichkeit sei durch § 187 Abs. 1 InsO in zeitlicher Hinsicht beschränkt: Die genannte Aussage kann nur so verstanden werden, dass es wegen § 187 Abs. 1 InsO bis zum Prüfungstermin an einer Aufrechnungslage fehlen soll.<sup>88</sup> Wer aber aus § 187 Abs. 1 InsO das Fehlen einer Aufrechnungslage folgert, kann sich wegen des Wortlauts „Mit der Befriedigung der Insolvenzgläubiger [...] kann erst [...] begonnen werden“ nur darauf stützen, es fehle bis zum Prüfungstermin an der Erfüllbarkeit der Passivforderung als Tatbestandsmerkmal der Aufrechnung.<sup>89</sup> Wie gesehen<sup>90</sup> ist § 187 Abs. 1 InsO aber – um die §§ 94 ff. InsO nicht unanwendbar zu machen – einschränkend dahin

<sup>85</sup> Zeuner, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 94 Rn. 19; Eckardt (Fn. 2), S. 260, vergleicht diesen Anspruch mit einer Masseverbindlichkeit.

<sup>86</sup> Allgemeine Ansicht: BGHZ 201, 121 (Rn. 21); Bliersch/v.Olshansen, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10; Brandes/Lobmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 13; Lüke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 61. EL 2014, § 94 Rn. 32; Häsemeyer (Fn. 84), Kap. 15 Rn. 111; Kayser, Wirksame und unwirksame Aufrechnungen und Verrechnungen in der Insolvenz (§§ 94 bis 96 InsO), WM 2008, 1477 (1479); Dobmeier (Fn. 2), S. 1209; Peitsch, Die Insolvenzaufrechnung, 2001, S. 21.

<sup>87</sup> Brandes/Lobmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 13; Windel, in: Jaeger, Insolvenzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 56; Nissen (Fn. 17), Kap. 8 Rn. 79.

<sup>88</sup> Ein anderes Verständnis beruhte auf dem unzutreffenden Schluss, der Insolvenzverwalter „dürfe“ (wegen § 187 Abs. 1 InsO) nicht aufrechnen und „könne“ es folglich auch nicht; vgl. dazu oben IV. 4. b) cc) (2).

<sup>89</sup> Besonders deutlich bei Brandes/Lobmann, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 13, die zur Begründung der dargestellten Auffassung den Wortlaut des § 387 BGB verwenden: „Vorher kann der Insolvenzverwalter [...] die ihm obliegende Leistung nach § 187 Abs. 1 [...] nicht bewirken“. Nahezu wortgleich auch Kayser (Fn. 86), S. 1479.

<sup>90</sup> Oben bei IV. 4. b) cc) (2).

auszulegen, dass er der Erfüllbarkeit der Passivforderung gerade nicht entgegensteht. Ob die Aufrechnung nun im Nennbetrag oder nur in Höhe der Insolvenzdividende erfolgt, ändert an dieser Auslegung nichts. Auf § 187 Abs. 1 InsO kann man sich folglich nicht stützen. Der Grund, warum die Aufrechnung erst nach dem Prüfungstermin möglich ist, liegt vielmehr darin, dass sich die Insolvenzquote frühestens ab diesem Zeitpunkt bestimmen lässt.<sup>91</sup> Weitergehend sogar: Wenn vor der Feststellung eine Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung „in Höhe des späteren Dividendenanspruchs“ erfolgte, hätte dies, weil durch die Aufrechnung zugleich die Insolvenzforderung vermindert würde, die seltsame Konsequenz, dass im Prüfungstermin auf die Forderung eine dem Betrag nach geringere Quote als die der Aufrechnung zugrunde gelegte entfiel.<sup>92</sup> Auch auf Grundlage dieser Begründung bleibt es aber bei dem Ergebnis, dass der Insolvenzverwalter nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende aus materiell-rechtlicher Sicht aufrechnen kann.

(2) Präklusion der (wirksamen) Aufrechnung gemäß § 767 Abs. 2 ZPO?

Welche Bedeutung kommt nun dem Tabelleneintrag zu, wenn der Insolvenzverwalter eine Aufrechnung erklärt? Gemäß § 178 Abs. 3 InsO wirkt der Eintrag der Insolvenzforderung in die Tabelle „wie ein rechtskräftiges Urteil“. Wenn der Insolvenzverwalter nichts unternimmt, muss er die Forderung in das Verteilungsverzeichnis gemäß § 188 S. 1 InsO aufnehmen und die Insolvenzquote auszahlen; er kann sich wegen der Rechtskraftwirkung nicht darauf berufen, der Insolvenzgläubiger sei bereits durch Aufrechnung befriedigt worden.<sup>93</sup>

Einig ist man sich, dass wegen der Wirkung „wie ein rechtskräftiges Urteil“ die entsprechenden Rechtsmittel der ZPO gegen die Tabelleneintragung statthaft sind. Eine Aufrechnung gegen die festgestellte Forderung ist deshalb mit der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO geltend zu machen.<sup>94</sup> Die Einwendung, die Forderung sei infolge Aufrechnung erloschen, darf jedoch

<sup>91</sup> *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10. Soweit die Insolvenzquote im Einzelfall auch in diesem Zeitpunkt nicht zweifelsfrei zu bestimmen ist, wird die Aufrechnungsmöglichkeit entsprechend verzögert.

<sup>92</sup> Vgl. *Eckardt* (Fn. 2), S. 262: Der Grundlage für die Zahlung der Konkursdividende würde sogleich wieder der Boden entzogen.

<sup>93</sup> *BGH*, ZIP 2009, 243 (Rn. 12); *Irschlinger*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 53), § 188 Rn. 4.

<sup>94</sup> *BGHZ* 201, 121 (Rn. 7); *BGH*, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 8); *BGHZ* 113, 381 (383); 100, 222 (224); *Brentigam*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht, 50. EL 2014, § 178 Rn. 21; *Wagner*, in: Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier (Fn. 18), § 178 Rn. 13; *Depré*, in: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung (Fn. 22) § 178 Rn. 9.

nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Das hätte nicht nur die Unbegündetheit der Vollstreckungsabwehrklage zur Folge,<sup>95</sup> sondern auch die materiell-rechtliche Unwirksamkeit der Aufrechnungserklärung selbst.<sup>96</sup> Ob die Präklusion eingreift, hängt davon ab, ob die Einwendung vor dem maßgeblichen Zeitpunkt „entstanden ist“ und ob sie „den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst“ betrifft (vgl. § 767 Abs. 1, 2 ZPO).

Maßgeblich für die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO ist derjenige Zeitpunkt, bis zu dem Gelegenheit bestand, Einwendungen gegen die nachfolgende rechtskräftige Entscheidung vorzubringen.<sup>97</sup> Im Insolvenzverfahren ist dies der Zeitpunkt, in dem die Insolvenzforderung zur Tabelle festgestellt wird (§ 178 Abs. 1, 3 InsO).<sup>98</sup> Bei der Aufrechnung streitet man allerdings über die Frage, wann diese i.S.d. § 767 Abs. 2 ZPO als Einwendung „entstanden“ ist. Der BGH in ständiger Rechtsprechung<sup>99</sup> und ein ihm folgender Teil der Literatur<sup>100</sup> stellen darauf ab, wann sich die Forderungen aufrechenbar gegenüberstanden, sodass die Aufrechnung objektiv möglich war. Die Gegenauffassung<sup>101</sup> hält den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung für maßgeblich. Soweit es um die Aufrechnung mit der Insolvenzdividende geht, ist dieser Streit letztlich nicht entscheidend: Mit dem Anspruch auf die Insolvenzdividende kann frühestens nach Prüfung und Feststellung der Insolvenzforderung aufgerechnet werden, sodass es nach allen Ansichten nicht zu einer Präklusion kommt.

<sup>95</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 8, 16); *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 2014, Rn. 1339.

<sup>96</sup> BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 10); BGH, NJW 2009, 1671 (Rn. 12); BGHZ 125, 351 (354); 24, 97 (99); *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung, 37. Aufl. 2016, § 767 Rn. 21a. Die Masseforderung bleibt aber bestehen, vgl. BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 10); BGHZ 34, 274 (280).

<sup>97</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 40 Rn. 89.

<sup>98</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 16); BGHZ 113, 381, (383 f.); *Hergel*, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 31. Aufl. 2016, § 767 Rn. 15; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 97), § 40 Rn. 90.

<sup>99</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 17); 163, 339 (342); 125, 351 (352 f.); 103, 362 (366); 100, 222 (225); 38, 122 (123); 24, 97 (98); BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 10); BGH, NJW 2009, 1671 (Rn. 11); grundlegend RGZ 64, 228.

<sup>100</sup> *Hergel*, in: Zöller, Zivilprozessordnung (Fn. 98), § 767 Rn. 14; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, Zivilprozessordnung (Fn. 96), § 767 Rn. 22a; differenzierend *K. Schmidt/Brinkmann*, in: MüKo-ZPO II, 4. Aufl. 2012, § 767 Rn. 82.

<sup>101</sup> *Lackmann*, in: Musielak/Voit, Zivilprozessordnung, 13. Aufl. 2016, § 767 Rn. 37; *Münzberg*, in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Band VII, 22. Aufl. 2002, § 767 Rn. 35 u. 37; *Brox/Walker* (Fn. 95), Rn. 1346; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 97), § 40 Rn. 62 ff.

## bb) Aufrechnung in Höhe des Nennbetrags der Insolvenzforderung

Für die Aufrechnung mit der Insolvenzforderung „als solche“ ergeben sich in materiell-rechtlicher Hinsicht keine Besonderheiten im Vergleich zur Aufrechnung vor der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle. Auf Grundlage der prozessualen Rechtskrafttheorie lässt die rechtskräftige Feststellung der Insolvenzforderung die materielle Rechtslage unberührt.<sup>102</sup>

Eine Aufrechnung gegen die Insolvenzforderung in Höhe ihres Nennbetrags könnte nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle jedoch gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert sein. Voraussetzung dafür ist zunächst, dass der Aufrechnungseinwand „entstanden“ ist, nachdem die Insolvenzforderung zur Tabelle festgestellt wurde. Stellt man mit der erwähnten Gegenauffassung auf den Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ab, steht § 767 Abs. 2 ZPO einer Aufrechnung in Höhe des Nennbetrags auch nach der Feststellung der Insolvenzforderung nicht entgegen.<sup>103</sup> Auf Basis der Rechtsprechung des *BGH* kommt es zu keiner Präklusion, wenn die Aufrechnungslage erst nach der Feststellung entstanden ist. Wenn man richtigerweise davon ausgeht, die Insolvenzforderung sei bereits erfüllbar, bevor sie gemäß § 178 InsO festgestellt wird, stehen sich die Forderungen aber normalerweise bereits vor der Feststellung aufrechenbar gegenüber.

Folgt man der Rechtsprechung des *BGH*, die auch nachfolgend zugrunde gelegt wird, kommt es im Regelfall entscheidend darauf an, ob die Aufrechnung eine Einwendung ist, die i.S.d. § 767 Abs. 2 ZPO „den durch das Urteil (die Tabelleneintragung) festgestellten Anspruch selbst betrifft“. Welches ist aber der „festgestellte Anspruch“ im Zusammenhang mit § 178 Abs. 3 InsO?

(1) Notwendigkeit einer genauen Bestimmung des Feststellungsgegenstands der §§ 174 ff. InsO im Hinblick auf § 767 Abs. 2 ZPO

Der *BGH* hat diese Frage in seinem Urteil nicht genau beantwortet, sondern sich mit dem Hinweis begnügt, § 767 Abs. 2 ZPO sei entsprechend anzu-

<sup>102</sup> Vgl. *Eckardt*, „Unanmeldbare“ Forderungen im Konkursfeststellungsverfahren nach §§ 138ff. KO, ZIP 1993, 1765 (1773) und allg. *Büscher*, in: *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung, Fünfter Band, Teilband 1, 4. Aufl. 2015, § 322 Rn. 32. Auf Grundlage der materiellen Rechtskrafttheorie würde die Insolvenzforderung im Zeitpunkt ihrer Feststellung neu begründet, sodass die Aufrechnungslage in diesem Zeitpunkt neu entstünde. Gegen diese Theorie jedoch zu Recht *Büscher (ebd.)*, § 322 Rn. 30 f. In der Ablehnung dieser Theorien liegt aber kein Argument gegen die in BGHZ 100, 222 (227) vorgenommene Anknüpfung an die Feststellung als „Tatbestandsvoraussetzung“ der Aufrechnung, da eine rechtskräftige Entscheidung auch nach der prozessualen Rechtskrafttheorie Tatbestandswirkung entfalten kann.

<sup>103</sup> Vgl. *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* (Fn. 97), § 40 Rn. 67.

wenden, weil die Eintragung in die Tabelle für die festgestellte Forderung gemäß § 178 Abs. 3 InsO wie ein rechtskräftiges Urteil wirke.<sup>104</sup> Auch in der Literatur findet sich diese Begründung häufig.<sup>105</sup>

Im Hinblick auf den Normzweck des § 767 Abs. 2 ZPO ist diese Begründung jedoch zu oberflächlich. § 767 Abs. 2 ZPO soll eine Durchbrechung der materiellen Rechtskraft des Urteils bzw. der Tabelleneintragung verhindern.<sup>106</sup> „Durchbrechungen“ kann es aber nur geben, soweit die materielle Rechtskraft der Ausgangsentscheidung reicht. Wegen dieses Normzwecks ergibt die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO keinen Sinn, soweit im Rahmen der Vollstreckungsabwehrklage Einwendungen erhoben werden, deren Berücksichtigung die Rechtskraft der Ausgangsentscheidung nicht berührt. § 767 Abs. 2 ZPO wird dementsprechend auch für unanwendbar gehalten, wenn aus einem Urteil vollstreckt wird, das nicht der materiellen Rechtskraft fähig ist.<sup>107</sup> Positiv gewendet bedeutet dies, dass § 767 Abs. 2 ZPO nur anwendbar sein kann, wenn und soweit Einwendungen erhoben werden, die sich auf dasjenige beziehen, was rechtskräftig festgestellt wurde. Das führt zu der Frage, was Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung gemäß § 178 Abs. 3 InsO ist, d.h. welchen Umfang die objektive Rechtskraft des § 178 Abs. 3 InsO hat.

(2) Der Gegenstand des Feststellungsverfahrens gemäß §§ 174 ff. InsO – Meinungsstand

Gemäß dem Wortlaut des § 178 Abs. 3 InsO ist „die Forderung“ Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung, und zwar in Bezug auf Betrag und Rang. Das legt nahe, es werde ein Anspruch des Insolvenzgläubigers i.S.d. § 194 Abs. 1 BGB oder jedenfalls ein prozessualer Anspruch festgestellt. Andererseits soll das Feststellungsverfahren gemäß §§ 174 ff. InsO (nur) die quotale Befriedigung der Insolvenzgläubiger ermöglichen.<sup>108</sup> Man könnte unter „Forderung“ deshalb auch den Anspruch des Insolvenzgläubigers auf Auszahlung der auf seine Forderung entfallenden Insolvenzquote verstehen.

---

<sup>104</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 16); ebenso bereits RG, LZ 1910, 231 (232); LZ 1907, 835 (836).

<sup>105</sup> Lange (Fn. 8), S. 695; Seagon (Fn. 8), 359828; Kayser (Fn. 86), S. 1479; Eckardt (Fn. 2), S. 258.

<sup>106</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 16); 125, 351 (352); 124, 164 (172); BGH, NJW 1953, 345 (345); Gaul/Schilken/Becker-Eberhard (Fn. 97), § 40 Rn. 53; Brox/Walker (Fn. 95), Rn. 1340.

<sup>107</sup> BGHZ 124, 164 (172); Brox/Walker (Fn. 95), Rn. 1340.

<sup>108</sup> Pape/Schaltke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung, 60. EL 2014, § 174 Rn. 8.



Im Anschluss an zwei Entscheidungen des RG<sup>109</sup> wird vertreten, Gegenstand der Feststellung sei die angemeldete Forderung in ihrer Eigenschaft als Insolvenzforderung bestimmten Ranges und Betrages.<sup>110</sup> Damit werde (auch) über den Bestand der Forderung rechtskräftig entschieden.<sup>111</sup> Geht man hiervon aus, wäre § 767 Abs. 2 ZPO anzuwenden, um diese rechtskräftige Feststellung zu schützen.

Andere sind der Ansicht, Gegenstand der Feststellung sei das „insolvenzspezifische Haftungsrecht“ des Insolvenzgläubigers an der Masse, d.h. sein Recht auf quotale Befriedigung aus der Insolvenzmasse („Theorie vom Haftungsrecht“).<sup>112</sup> Ein insolvenzspezifisches Haftungsrecht setzt zwar notwendig das Bestehen der Insolvenzforderung voraus, dabei handelt es sich jedoch um eine bloße Vorfrage. Es entspricht einem zu § 322 Abs. 1 ZPO anerkannten Grundsatz, dass nur das Ergebnis des Subsumtionsschlusses in Rechtskraft erwächst, nicht aber die Entscheidung über eine Vorfrage.<sup>113</sup> Da auf § 322 Abs. 1 ZPO auch im Rahmen des § 178 Abs. 3 InsO zurückgegriffen werden kann,<sup>114</sup> wird nach dieser Auffassung über den Bestand der Insolvenzforderung nicht rechtskräftig entschieden.<sup>115</sup> Weil in Bezug auf die Insolvenzforderung „als solche“ gerade keine Rechtskraft eintritt, kann die sich auf das Haftungsrecht beziehende Entscheidung den Aufrechnungseinwand nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludieren. Folgt man dieser Auffassung, ist

<sup>109</sup> RG, JW 1921, 1363 mit abl. Anm. O. Fischer und Dove, RGZ 55, 157 (160).

<sup>110</sup> Graf-Schlücker, in: dies. (Fn. 75), § 178 Rn. 5; Weber, in: Jaeger, Konkursordnung (Fn. 5), § 146 Rn. 13. Insoweit auch Häsemeyer, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507 (546), der aber die materielle Rechtskraft nur auf die Insolvenzquote erstreckt und deshalb § 767 Abs. 2 ZPO im Ergebnis für unanwendbar hält, vgl. Häsemeyer (Fn. 13), Rn. 19.34. Für die Rechtskraft bzgl. der Eigenschaft als Insolvenzforderung ablehnend BGHZ 168, 112 (Rn. 21).

<sup>111</sup> RGZ 55, 157 (160); Graf-Schlücker, in: dies. (Fn. 75), § 178 Rn. 5.

<sup>112</sup> Henckel, Der Gegenstand des Verfahrens zur Feststellung von Konkursforderungen, in: FS Michaelis, S. 167; Spellenberg (Fn. 12), S. 113 ff.; Eckardt (Fn. 102), S. 1771 f.; Smid, in: Leonhardt/Smid/Zeuner (Fn. 20), § 178 Rn. 3; Schumacher, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 178 Rn. 15; Gerhardt, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 31; Sing, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 26), § 178 Rn. 28; Peitsch (Fn. 86), S. 23 f.; Reischl, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 752.

<sup>113</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 6); BGHZ 183, 77 (Rn. 9 f.) m.w.N. zur Rspr.; Leipold, in: Stein/Jonas, Zivilprozessordnung, Band IV, 22. Aufl. 2008, § 322 Rn. 80 ff.; Gottwald, in: MüKo-ZPO I, 4. Aufl. 2013, § 322 Rn. 91 ff.

<sup>114</sup> Das folgt aus der Fiktion, die Tabelleneintragung wirke „wie ein Urteil“; BGH, NJW-RR 2013, 757 (Rn. 6); BGH, ZIP 2012, 537 (Rn. 13); Eckardt (Fn. 102), S. 1773.

<sup>115</sup> Henckel (Fn. 112), S. 167; Eckardt (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 39; Gerhardt, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 33; Rost/Lind (Fn. 2), S. 2181 f.

die Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle für die Aufrechnungsmöglichkeit des Insolvenzverwalters im Ergebnis ohne Bedeutung.<sup>116</sup>

(3) Das „insolvenzspezifische Haftungsrecht“ als zutreffender Gegenstand des Feststellungsverfahrens gemäß §§ 174 ff. InsO

Das RG hat sich zur Begründung seiner Ansicht auf den Standpunkt gestellt, die Annahme eines „Haftungsrechts“ als Gegenstand des Feststellungsverfahrens sei mit dem Begriff des rechtskräftigen Urteils unvereinbar.<sup>117</sup> Ein rechtskräftiges Urteil schaffe zwischen den Beteiligten unabänderliches Recht dergestalt, dass es auch für spätere Rechtsstreitigkeiten eine unverrückbare Grundlage bilde.<sup>118</sup> Diese Begründung täuscht jedoch darüber hinweg, dass auch ein Urteil nur soweit unabänderliches Recht schafft, wie dessen Rechtskraft reicht. Es ist gerade die zu beantwortende Frage, welchen Umfang die objektive Rechtskraft des § 178 Abs. 3 InsO hat. Die Argumentation des RG erweist sich mithin als Zirkelschluss.

Möglicherweise gibt der Zweck des § 178 Abs. 3 InsO Aufschluss über den Gegenstand des Feststellungsverfahrens nach §§ 174 ff. InsO. Die in § 178 Abs. 3 InsO angeordnete Rechtskraftwirkung soll eine schnelle und abschließende Feststellung darüber ermöglichen, welche Forderungen mit welchem Betrag an der Verteilung teilhaben; es soll nachträglichen Streitigkeiten hierüber vorgebeugt werden.<sup>119</sup> Damit dieser Zweck nicht dadurch unterlaufen werden kann, dass der Insolvenzverwalter nach der Feststellung einer Insolvenzforderung deren (teilweises) Erlöschen geltend macht, ist nach der Ansicht des BGH die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO erforderlich.<sup>120</sup> Macht man die Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO vom Umfang der objektiven

<sup>116</sup> *Windel*, in: Jaeger, Insolvenzzordnung II (Fn. 2), § 94 Rn. 59; *Blersch/v.Olshausen*, in: Berliner Kommentar Insolvenzrecht (Fn. 66), § 95 Rn. 10; *Brandes/Lobmann*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 94 Rn. 14; *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2185; *Peitsch* (Fn. 86), S. 23 f.

<sup>117</sup> RGZ 55, 157 (161).

<sup>118</sup> RG, JW 1921, 1363; RGZ 55, 157 (161).

<sup>119</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 19). Vgl. Motive zur KO, S. 357 = Hahn (Fn. 10), S. 322: Der Gesetzesentwurf war bestrebt, „dem Verfahren eine noch größere Beschleunigung und Einfachheit zu geben, sodann dasselbe so zu konstruieren, daß dadurch [...] für alle späteren Verhandlungen im Konkurse [...] eine judikatsmäßig feste und leicht übersichtliche Grundlage gewonnen werde“. Es galt deshalb, der „Unzuträglichkeit nachträglicher Widersprüche“ zu begegnen (Motive zur KO, S. 364 = Hahn (Fn. 10), S. 327). Zwar betrafen diese Erwägungen § 145 Abs. 2 KO; diese Regelung hat der Gesetzgeber aber in § 178 Abs. 3 InsO übernommen, ohne inhaltliche Änderungen intendiert zu haben: In BT-Drucks. 12/2443, S. 185 zu § 206 RegEInsO, wird nur darauf verwiesen, was unter der KO über den Wortlaut hinaus zum Regelungsgehalt der Norm anerkannt war.

<sup>120</sup> BGHZ 201, 121 (Rn. 19); zustimmend *Schur* (Fn. 8), S. 490.

Rechtskraft des § 178 Abs. 3 InsO abhängig, erscheint es deshalb konsequent, die Insolvenzforderung „als solche“ zum Gegenstand des Feststellungsverfahrens zu machen und die materielle Rechtskraft auf ihren Bestand zu erstrecken: Es könnten dann keine rechtsvernichtenden Einwendungen gegen die Insolvenzforderung geltend gemacht werden, die vor dem Prüfungstermin „entstanden“ sind.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass diese Erwägung nicht zutrifft: Unabhängig von der Theorie, die man zum Gegenstand des Feststellungsverfahrens vertritt, sind nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle jedenfalls solche rechtsvernichtenden Einwendungen, die den Anspruch auf die Insolvenzdividende betreffen, nicht präkludiert; obwohl § 767 Abs. 2 ZPO prinzipiell anwendbar ist, fehlt es regelmäßig an der Tatbestandsvoraussetzung, dass die Einwendung „vor dem maßgeblichen Zeitpunkt entstanden“ ist. Eine solche rechtsvernichtende Einwendung kann und muss der Insolvenzverwalter aber mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen. Soweit es um den Anspruch auf die Insolvenzdividende geht, lässt sich ein Streit über die Teilnahme der Insolvenzforderung am Insolvenzverfahren also überhaupt nicht vermeiden, auch nicht durch die Rechtskraftwirkung des § 178 Abs. 3 InsO.<sup>121</sup>

Der wesentliche Unterschied beider Theorien liegt darin, dass § 767 Abs. 2 ZPO nach der Theorie vom Haftungsrecht unanwendbar ist, wenn Einwendungen gegen die Insolvenzforderung „als solche“ erhoben werden, weil derartige Einwendungen nicht „den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst“ betreffen. Da § 767 Abs. 2 ZPO aber nach beiden Ansichten jedenfalls auf den Anspruch auf die Insolvenzdividende anwendbar ist (mag er auch im Regelfall nicht durchgreifen), stellt sich die Frage, wie auf Basis der Ansicht des RG die „zusätzliche“ Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO auf Einwendungen gegen die Insolvenzforderung „als solche“ zu einer weiteren Beschleunigung des Insolvenzverfahrens führen soll. Im Insolvenzverfahren muss grundsätzlich nur nachträglichem Streit über das Bestehen von Ansprüchen auf die Insolvenzdividende vorgebeugt werden. Streitigkeiten, die den Bestand der Insolvenzforderung „als solche“ betreffen, muss nicht vorgebeugt werden, weil solche Streitigkeiten sich nicht auf die Verteilungen der Insolvenzmasse auswirken und das Insolvenzverfahren daher aus sich heraus nicht verzögern können.

---

<sup>121</sup> Auch in dem Urteil BGHZ 100, 222 wurde nur um die Berechtigung zur Aufrechnung mit der Insolvenzdividende gestritten und dort war die Feststellung zur Insolvenztabelle bereits erfolgt.

Eine Verzögerung des Insolvenzverfahrens durch Streitigkeiten über den Bestand der Insolvenzforderung „als solche“ ist nur denkbar, wenn man annimmt, dass das Nichtbestehen oder Erlöschen der Insolvenzforderung „als solche“ auf den Anspruch auf die Insolvenzdividende „durchschlägt“. Es müsste also möglich sein, bei Erlöschen der Insolvenzforderung „als solche“ mittels Vollstreckungsgegenklage auch das Erlöschen des Anspruchs auf die Insolvenzdividende geltend zu machen.<sup>122</sup>

Aus *materiell-rechtlicher* Sicht wird man einen solchen „Durchschlag“ ohne weiteres annehmen können; selbst diejenigen, die meinen, das Haftungsrecht stehe selbstständig neben der Insolvenzforderung „als solche“, gehen davon aus, dass es in Entstehung und Fortbestand von der Insolvenzforderung abhängig ist.<sup>123</sup> Aus *prozessualer* Sicht ist jedoch zu bedenken: Wenn das Nichtbestehen bzw. Erlöschen eines Anspruchs geltend gemacht wird, so kann dies (abgesehen vom Bestreiten der Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs) nur dadurch erfolgen, dass rechtshindernde oder rechtsvernichtende Einwendungen behauptet und bewiesen werden.<sup>124</sup> Soweit sich derartige Einwendungen auf den Dividendenanspruch beziehen, ist § 767 Abs. 2 ZPO auch auf Grundlage der Theorie vom Haftungsrecht anzuwenden: Wenn das Haftungsrecht rechtskräftig festgestellt wird, muss *diese* rechtskräftige Entscheidung mittels des § 767 Abs. 2 ZPO geschützt werden. Das insolvenzspezifische Haftungsrecht an der Masse ist aber nichts anderes als der Anspruch auf die Insolvenzdividende, wie sich bereits aus der oben verwendeten Definition des Haftungsrechts als „Recht auf quotale Befriedigung aus der Insolvenzmasse“ ergibt.<sup>125</sup> Auf Grundlage der Theorie vom Haftungsrecht schlägt eine rechtsvernichtende Einwendung, die zum Erlöschen der Insolvenzforderung „als solche“ führt, auf den Bestand des Dividendenanspruchs daher nur „durch“, wenn die Einwendung, soweit sie sich auch auf den Dividendenanspruch bezieht, im Einzelfall nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert ist. Das ist dann der Fall, wenn die rechtsvernichtende Einwendung nach der Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle „entstanden“ ist. Eine solche rechtsvernichtende Einwendung wäre aber auch nach der vom RG vorgenommenen Auslegung nicht präkludiert.

<sup>122</sup> Dafür wohl *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2185.

<sup>123</sup> Vgl. oben Fn. 83.

<sup>124</sup> BGHZ 113, 222 (224 f.); 87, 393 (399 f.); BGH, NJW 1986, 2426 (2427); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 115 Rn. 7; *Reichbold*, in: *Thomas/Putzo*, Zivilprozessordnung (Fn. 96), Vorbem. § 284 Rn. 23.

<sup>125</sup> So geht auch *Eckardt* (Fn. 2), S. 261 davon aus, das Haftungsrecht wandle sich nach der Feststellung in einen „Haftungsanspruch“ um, der nichts anderes sei als der Anspruch auf die Insolvenzdividende.

Es kann damit festgehalten werden, dass die Theorie vom Haftungsrecht die Verwirklichung des Normzwecks des § 178 Abs. 3 InsO nicht mehr beeinträchtigt, als es bei Zugrundelegung der Gegenauffassung der Fall ist. Dann gibt es aber eigentlich keinen Grund, die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO auf weitere Teile der Insolvenzforderung zu erstrecken, die im Insolvenzverfahren ohne Relevanz sind.

Weitergehend führte die Auslegung des RG sogar zu Ergebnissen, die sich mit dem Zweck des § 178 Abs. 3 InsO – der Beschleunigung des Insolvenzverfahrens – nur schwer vereinbaren lassen: Weil das Bestehen eines insolvenzspezifischen Haftungsrechts an der jeweiligen Insolvenzmasse nur im betreffenden Insolvenzverfahren von Bedeutung ist und diese Frage nur ausnahmsweise für spätere Rechtsstreitigkeiten präjudiziell sein kann, bewirkt die Theorie vom Haftungsrecht zugleich, dass die Rechtskraftwirkung auf das Insolvenzverfahren beschränkt ist.<sup>126</sup> Erstreckte man die Rechtskraft dagegen mit dem RG auf die Insolvenzforderung „als solche“, hätte dies zur Konsequenz, dass die Feststellung des Bestehens der Forderung im Insolvenzverfahren auch für spätere Rechtsverhältnisse der Insolvenzgläubiger untereinander als „unverrückbare Grundlage“<sup>127</sup> präjudiziell wäre, und zwar unabhängig davon, ob diese Rechtsverhältnisse in Zusammenhang mit dem Insolvenzverfahren stünden. Um hieraus möglicherweise resultierende Nachteile zu vermeiden, sähen sich die Insolvenzgläubiger gegebenenfalls gezwungen, vorsorglichen Widerspruch einzulegen und entsprechende Feststellungsprozesse (§ 179 Abs. 1, 2 InsO) zu führen. Zu unnötigen Verzögerungen der Abwicklung des Insolvenzverfahren würde dies vor allem dann führen, wenn der Streit über eine nachrangige Insolvenzforderung (§ 39 InsO) ausgetragen würde, auf die im betreffenden Insolvenzverfahren ohnehin keine Insolvenzdividende mehr entfällt.<sup>128</sup> Insolvenzgläubiger, die – z.B. wegen einer gemäß § 94 InsO geschützten Aufrechnungsmöglichkeit – kein Interesse an der Teilnahme am Insolvenzverfahren haben, wären bei einer so verstandenen Rechtskraft überdies (mittelbar) gezwungen, am Insolvenzverfahren teilzunehmen und Widerspruch einzulegen,<sup>129</sup> weil die rechtskräftige Feststellung gemäß § 178 Abs. 3 InsO gegenüber allen Insolvenzgläubiger wirkt, unabhängig davon, ob sie ihre Forderung zur Insolvenztabelle

---

<sup>126</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 115 ff.; *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 42; *Sinz*, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung (Fn. 26), § 178 Rn. 28; *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 64.

<sup>127</sup> RG, JW 1921, 1363; RGZ 55, 157 (160).

<sup>128</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 117; *Henckel* (Fn. 112), S. 160 f.; *Eckardt* (Fn. 102), S. 1771 f. So auch BGHZ 168, 112 (Rn. 26).

<sup>129</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 117 f.

anmelden.<sup>130</sup> Dem Ziel des Gesetzgebers, das Insolvenzverfahren mithilfe des § 178 Abs. 3 InsO zu beschleunigen, wäre durch die vom RG vorgenommene Auslegung also nicht gedient.

Eine Beschränkung des Feststellungsgegenstands auf das „Haftungsrecht“ lässt sich darüber hinaus mit dem Regelungszweck der §§ 174 ff. InsO bzw. des Insolvenzverfahrens in seiner Gesamtheit (§ 1 S. 1 InsO) besser in Einklang bringen: Das Insolvenzverfahren dient der Verwirklichung der Vermögenshaftung, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, alle Gläubiger voll zu befriedigen.<sup>131</sup> Anstelle des Prioritätsprinzips der Einzelzwangsvollstreckung tritt daher der Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 1 S. 1 InsO). Im Rahmen dieses Systems dient das Feststellungsverfahren nach §§ 174 ff. InsO dazu, die Grundlage für die Erstellung des Verteilungsverzeichnisses (§ 188 InsO) zu liefern und so die gleichmäßige, teilweise Befriedigung der Insolvenzgläubiger durch Auszahlung der Insolvenzdividende zu ermöglichen.<sup>132</sup> Dafür bedarf es der rechtskräftigen Feststellung der Insolvenzforderung „als solcher“ nicht, solange klar ist, ob und in welcher Höhe die Insolvenzdividende ausbezahlt ist.<sup>133</sup> Wenn man den Zweck des § 178 Abs. 3 InsO in der Absicherung des Prüfungsergebnisses sieht, stellt sich viel eher die Frage, wie hiermit die nach Ansicht des RG über das Insolvenzverfahren hinausgehende Rechtskraftwirkung gerechtfertigt werden soll, ist doch das Prüfungsergebnis allein für die Abwicklung des Insolvenzverfahrens von Bedeutung.<sup>134</sup>

Die Vorstellung, es sei das Haftungsrecht Gegenstand des Feststellungsverfahrens, kommt zudem bereits in den Materialien zu § 164 Abs. 2 KO (=§ 201 Abs. 2 S. 1 InsO) zum Ausdruck.<sup>135</sup> So findet sich dort die Aussage, es werde mit der Anmeldung und Feststellung der Konkursforderung nichts anderes „verfolgt und bewirkt [...], als das Recht der Teilnahme an den Beschlussfassungen über die Konkursmasse und an der Verteilung

<sup>130</sup> Dazu bereits RGZ 37, 1 (2); *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 49.

<sup>131</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 108 zu § 1 RegEInsO.

<sup>132</sup> *Spellenberg* (Fn. 12), S. 9 f.; *Gerhardt*, in: Jaeger, Insolvenzordnung VI (Fn. 42), § 178 Rn. 29; *Reischl* (Fn. 112), Rn. 754 f.

<sup>133</sup> *Reischl* (Fn. 112), Rn. 754 f.; *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 40.

<sup>134</sup> In diese Richtung bereits *Spellenberg* (Fn. 12), S. 149, allerdings zum Umfang der subjektiven Rechtskraft. *Eckardt* (Fn. 102), S. 1772 verweist darauf, die Rechtskraftwirkung rechtfertige sich allein durch die auf das Insolvenzverfahren beschränkte Selbstverwaltungskompetenz der Gläubigersamtheit. Ähnlich *Schumacher*, in: MüKo-InsO II (Fn. 3), § 178 Rn. 15: Kein schutzwürdiges Interesse der Insolvenzgläubiger an weitergehender Rechtskraftwirkung.

<sup>135</sup> Das hat bereits *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 40 herausgestellt.

derselben“.<sup>136</sup> An anderer Stelle wird darauf hingewiesen, im Verfahren nach §§ 138 ff. KO (= §§ 174 ff. InsO) werde festgestellt, „dass die Forderung im Konkurs zu berücksichtigen sei, in demselben die Rechte einer unstreitigen Konkursforderung genieße“.<sup>137</sup> Die Konkursforderung selbst werde durch die Tabelle nur „mittelbar“ anerkannt.<sup>138</sup>

Als diesen Erwägungen steht möglicherweise die Regelung des § 201 Abs. 2 S. 1 InsO entgegen. Nach dieser Norm kommt der rechtskräftigen Feststellung einer Forderung im Insolvenzverfahren die gleiche Wirkung zu wie einem rechtskräftigen Leistungsurteil gegen den Schuldner, denn sie bildet wie dieses die Grundlage für die Zwangsvollstreckung (§ 704 ZPO). Bei einem Leistungsurteil bemisst sich der Umfang der Rechtskraft gemäß § 322 Abs. 1 ZPO nach dem vom Kläger erhobenen prozessuale Anspruch, d.h. dem Streitgegenstand des Prozesses i.S.d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO.<sup>139</sup> Wenn man auch für § 201 Abs. 2 S. 1 InsO davon ausgeht, der Umfang der Rechtskraft bemesse sich nach dem zugrundeliegenden Streitgegenstand, so könnte man hieraus für § 178 Abs. 3 InsO schließen, es müsse jedenfalls auch die Insolvenzforderung Streitgegenstand der Feststellungsverfahrens sein.<sup>140</sup>

Bedenkt man jedoch, dass auch der Gesetzgeber des § 164 Abs. 2 KO scheinbar von einem „Haftungsrecht“ als Gegenstand des Feststellungsverfahrens ausging, so fragt sich, wie die Norm aus seiner Sicht mit § 145 Abs. 2 KO in Einklang gebracht werden sollte. Ausweislich der Gesetzesmaterialien war § 164 Abs. 2 KO letztlich eine Kompromisslösung: Man ging davon aus, dass die „Feststellung der Konkursforderungen im Konkursverfahren [...] auf den Kreis des Konkursrechtes beschränkt“ sei.<sup>141</sup> Es müsse deshalb die Wirksamkeit der Feststellung „gegenüber dem früheren Gemeinschuldner nach Aufhebung des Verfahrens an und für sich verneint werden“.<sup>142</sup> Da das Bestehen der Konkursforderung durch die Konkurstabelle aber zumindest „mittelbar anerkannt“ werde, sollte der Konkursgläubiger nicht gezwungen sein, seine Forderung nach Aufhebung des Verfahrens erneut

<sup>136</sup> Motive zur KO, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 343; die Rechtschreibung wurde angepasst.

<sup>137</sup> *Ebd.*, S. 175 = Hahn (Fn. 10), S. 669; die Rechtschreibung wurde angepasst.

<sup>138</sup> Vgl. *ebd.*, S. 385 = Hahn (Fn. 10), S. 344.

<sup>139</sup> BGHZ 183, 77 (Rn. 9); BGH, NJW 1995, 967 (968); *Büscher*, in: *Wieczorek/ Schütze*, Zivilprozessordnung, Fünfter Band, Teilband 1 (Fn. 102), § 322 Rn. 114; *Rosenberg/ Schwab/ Gottwald* (Fn. 124), § 153 Rn. 2.

<sup>140</sup> In diese Richtung RGZ 55, 157 (160); *Weber*, in: *Jaeger*, Konkursordnung (Fn. 5), § 164 Rn. 4; deutlich *Spellenberg* (Fn. 12), S. 147, der dieser These im Ergebnis aber nicht folgt.

<sup>141</sup> Motive zur KO, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 343.

<sup>142</sup> Motive zur KO, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 343.

gerichtlich einzuklagen.<sup>143</sup> Man wollte den „unnötigen und kostspieligen Aufschub“ vermeiden, der mit einem solchen Zweitprozess über eine an sich bereits geklärte Rechtsfrage verbunden gewesen wäre.<sup>144</sup> Es erschien daher gerechtfertigt, die Wirkungen des Feststellungsverfahrens auch gegenüber dem Gemeinschuldner eintreten zu lassen, wenn er sich gegen den erhobenen Anspruch im Konkursverfahren nicht mittels Widerspruchs zur Wehr setze.<sup>145</sup> Sinn des § 164 Abs. 2 KO war also eine „Rechtskrafterstreckung auf die Entscheidungsgründe“.<sup>146</sup> Legt man diese Vorstellung auch dem § 201 Abs. 2 S. 1 InsO zugrunde, so zeigt sich, dass die in dieser Norm angeordnete Rechtskraft- und Vollstreckungswirkung gerade kein Argument gegen die Theorie vom Haftungsrecht ist, sondern diese vielmehr bestätigt.

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, als Gegenstand der rechtskräftigen Feststellung gemäß § 178 Abs. 3 InsO das „insolvenzspezifische Haftungsrecht“ des Insolvenzgläubigers anzusehen. Wenn aber die Entscheidung über die Insolvenzforderung „als solche“ nicht in Rechtskraft erwächst, bedarf es insoweit auch nicht des Schutzes durch § 767 Abs. 2 ZPO. Die Norm ist folglich nicht anwendbar, soweit der Insolvenzverwalter nach Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle mit dieser zum Nennbetrag aufrechnet. Im Ergebnis kann der Insolvenzverwalter daher auch nach Feststellung der Insolvenzforderung gegen diese wirksam zum Nennbetrag aufrechnen und dies mithilfe der Vollstreckungsabwehrklage geltend machen.

## V. Schlussbemerkungen

Zusammengefasst ergibt sich Folgendes:

Der Insolvenzverwalter kann während des gesamten Insolvenzverfahrens mit einer Masseforderung gegen eine Insolvenzforderung bis zur Höhe des Nennbetrags der letzteren aufrechnen, wenn materiell-rechtlich die Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB vorliegen. Dabei ergeben sich durch das Insolvenzverfahren keine Besonderheiten im Hinblick auf die Erfüllbarkeit der Passivforderung.

Soll nur gegen den Anspruch des Insolvenzgläubigers auf Auszahlung der Insolvenzdividende aufgerechnet werden, muss der Insolvenzverwalter abwarten, bis sich die Insolvenzdividende bestimmen lässt; dies ist frühestens nach dem Prüfungstermin der Fall.

---

<sup>143</sup> *Ebd.*, S. 384 = Hahn (Fn. 10), S. 344.

<sup>144</sup> *Ebd.*

<sup>145</sup> *Ebd.*, S. 385 = Hahn (Fn. 10), S. 344.

<sup>146</sup> *Eckardt* (Fn. 35), Kap. 17 Rn. 39, der von „Entscheidungselementen“ spricht.



Nach Feststellung der Insolvenzforderung zur Tabelle muss der Insolvenzverwalter eine Aufrechnung im Wege der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 Abs. 1 ZPO geltend machen. Eine Präklusion der Aufrechnung nach § 767 Abs. 2 ZPO kommt dabei nicht in Betracht.

Die Aufrechnung ist nur ausnahmsweise wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig. Für die Vornahme einer nachteiligen oder die Nichtvornahme einer vorteilhaften Aufrechnung haftet der Insolvenzverwalter gemäß § 60 Abs. 1 InsO.

Für das *Urteil des BGH vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12* ergibt sich in der Zusammenschau daher folgender Befund: Das *Gericht* bejaht zutreffend die Zulässigkeit der Vollstreckungsgegenklage. Zu begrüßen ist auch, dass die Rechtsprechung aus dem Urteil des *BGH* vom 19.3.1987 – III ZR 2/86 zur Erfüllbarkeit der Passivforderung (Insolvenzforderung) aufgegeben wird.<sup>147</sup> Die Grenzen der Aufrechnungsbefugnis des Insolvenzverwalters sieht der *BGH* zutreffend in § 60 Abs. 1 InsO und dem Grundsatz der Insolvenzzweckwidrigkeit, wobei auch die Subsumtion im konkreten Fall fehlerfrei erfolgt ist. Es überzeugt dagegen nicht, dass die Aufrechnung unter Hinweis auf § 767 Abs. 2 ZPO als präkludiert angesehen wird. Der *BGH* hat daher im Ergebnis m.E. nach nicht richtig entschieden. Er hätte den Zurückweisungsbeschluss des *Berliner Kammergerichts* vom 2.5.2012 – 23 U 84/11 gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufheben müssen.<sup>148</sup> Da die Sache zur Endentscheidung reif war, wäre gemäß § 563 Abs. 3 ZPO vom *BGH* selbst zu entscheiden und der Klage stattzugeben gewesen.

Es sei noch darauf verwiesen, dass die gefundenen Ergebnisse den Anforderungen der Praxis besser gerecht werden als die im Urteil des *BGH* vom 8.5.2014 – IX ZR 118/12 aufgestellten Grundsätze: Für Insolvenzverwalter kann es häufig schwierig sein, vor dem Prüfungstermin abzuschätzen,

---

<sup>147</sup> Rechtsprechungsänderungen haftet stets das Problem an, das Vertrauen desjenigen zu verletzen, der sich auf die alte Rechtsprechung verlässt (vgl. *Larenz/Canaris*, [Fn. 71], S. 259 ff.). *In casu* wird die Problematik allerdings dadurch entschärft, dass mit der Rechtsprechungsänderung angesichts der selbst von *BGH*-Richtern geübten Kritik (vgl. oben, I.) zumindest gerechnet werden musste; *Hasse* (Fn. 8), S. 1797 meint gar, die Entscheidung sei zu erwarten gewesen und überrasche nicht.

<sup>148</sup> Der Wortlaut „Urteil“ in § 562 S. Abs. 1 ZPO steht nicht entgegen, da der im Jahr 2011 eingeführte § 522 Abs. 3 ZPO gegen den Beschluss i.S.d. § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO die Nichtzulassungsbeschwerde gemäß § 544 ZPO zulässt; wird der Nichtzulassungsbeschwerde stattgegeben, wird das Beschwerdeverfahren gemäß § 544 Abs. 6 S. 1 ZPO als Revisionsverfahren fortgesetzt, sodass der Zurückweisungsbeschluss zum Gegenstand des Revisionsverfahrens wird; zum Ganzen *Meller-Hannich*, Die Neufassung von § 522 ZPO – Unbestimmte Rechtsbegriffe, Ermessen und ein neuartiges Rechtsmittel, *NJW* 2011, 3393 (3396).

ob eine Aufrechnung für die Masse vorteilhaft oder nachteilig ist.<sup>149</sup> So kann bis zum Prüfungstermin – und sogar darüber hinaus – Unklarheit herrschen, ob und in welcher Höhe Insolvenzforderungen zur Tabelle angemeldet werden; auch der genaue Betrag der Verteilungsmasse kann ungewiss sein.<sup>150</sup> Im Fall der Doppelinsolvenz kommt die Unsicherheit über die auf die Masseforderung zu erzielende Insolvenzdividende hinzu, die der Insolvenzverwalter trotz Anwendung größtmöglicher Sorgfalt nicht beseitigen kann.<sup>151</sup> Die neue Rechtsprechung des *BGH* zwingt den Insolvenzverwalter, die Entscheidung über das „ob“ der Aufrechnung auf gegebenenfalls unsicherer Tatsachengrundlage und in der zudem im Regelfall sehr knapp bemessenen Zeit bis zum Prüfungstermin zu treffen, weil nach der Feststellung der Insolvenzforderung die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO droht.<sup>152</sup> Das ist nicht nur aus Sicht der Insolvenzverwalter wegen der möglichen Haftung gemäß § 60 Abs. 1 InsO gefährlich, sondern kann auch für die Gläubigergemeinschaft erhebliche Nachteile zur Folge haben, wenn es – wie im zu besprechenden Fall – um erhebliche Geldsummen geht.<sup>153</sup> Dass nach dem Prüfungstermin auch nach Ansicht des *BGH* noch die Möglichkeit einer Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Insolvenzdividende besteht,<sup>154</sup> kann die hierdurch entstehenden Einbußen nicht in jedem Fall vollumfänglich ausgleichen.

---

<sup>149</sup> *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2182.

<sup>150</sup> *Ebd.* Das übersieht *Dobmeier* (Fn. 2), S. 1211, wenn er für die Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO auf den Zeitpunkt abstellen will, in dem der Insolvenzverwalter von der Aufrechnungslage Kenntnis erlangt, vgl. *Rost/Lind* (Fn. 2), S. 2184 f.

<sup>151</sup> *Seagon* (Fn. 8).

<sup>152</sup> *Lange* (Fn. 8), S. 696.

<sup>153</sup> *Ebd.*; *Hasse* (Fn. 8), S. 1798.

<sup>154</sup> Diese Frage hat der *BGH* in seinem Urteil letztlich offen gelassen; die Formulierung „verhilft der Klage deshalb nicht zu einem Teilerfolg“ deutet aber stark darauf hin, dass der *BGH* diese Aufrechnung für zulässig erachtet.

**Robin Repnov\***

## **Exegese zu D. 35,2,18,pr. (Paul. 11 quaest.)**

### **Abstract**

Das Fragment aus dem Werk des römischen Juristen Paulus (um 200 n. Chr.) behandelt ein Problem, das sich aus dem Zusammentreffen der rechtlichen Sonderstellung von Soldaten und Veteranen mit dem Quartrecht der *lex Falcidia* ergab. Letztere schränkte, ähnlich dem heutigen Pflichtteilsrecht, die Testierfreiheit ein, indem sie vorsah, dass einem Erben mindestens ein Viertel des Nachlasses verbleiben muss. In dem von Paulus behandelten Fall hatte ein ehemaliger Soldat indes ein Vermächtnis über sein gesamtes Vermögen ausgesetzt. Die komplexe Argumentation des Juristen illustriert, wie die verschiedenen Rechtsinstitute des römischen Erbrechts ineinandergriffen und durch ihr Zusammenwirken sachgerechte Lösungen ermöglichten. Die Exegese des Fragments, das zudem einige sprachliche Besonderheiten aufweist, kann exemplarisch Schwierigkeiten und Methode der Quellenarbeit im römischen Recht veranschaulichen.

---

\* Der Autor studiert Rechtswissenschaft sowie Geschichte und Latinistik in Heidelberg und ist studentische Hilfskraft am Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft. Die Exegese wurde von Prof. Dr. Christian Baldus als Studienarbeit im Schwerpunktbereich Rechtsgeschichte und historische Rechtsvergleichung gestellt.

## I. Textwiedergabe und Übersetzung

### Paulus libro undecimo quaestionum

Filius familias qui militaverat decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret: quaerebatur, an ut heres quartam deducere possit. dixi legem Falcidiam inductam esse a divo Pio etiam in intestatorum successione propter fideicommissa: sed in proposito nec hereditatem esse, quamvis placeret mihi extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione eius: nam cum apud patrem remanet, ius pristinum durat et peculium est. nec huic contrarium est, quod in testamento eius qui apud hostes decessit exercetur Falcidia: nam fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit. sed me non dubitare, quin debeat id quoque indulgeri legis beneficium, siquidem quasi patris familiae bona restituere cogitur et heres scriptus omnia ex testamento aditione exemplo edicti legatorum nomine convenietur.

### Paulus im elften Buch seiner *quaestiones*

Ein *filius familias*, der Soldat gewesen war, überließ es kurz vor seinem Tod in einem Kodizill der Treue seines Vaters, sein *peculium castrense* nach dem Tod an Titius herauszugeben. Es wurde gefragt, ob er wie ein Erbe ein Viertel abziehen könne. Ich habe gesagt, die *lex Falcidia* sei vom vergöttlichten Pius auch auf die Rechtsnachfolge testamentlos Verstorbener wegen Fideikommissen angewandt worden. Aber im vorliegenden Fall gebe es nicht einmal eine Erbschaft, obschon ich der Ansicht bin, dass bei Erbeinsetzung eines *heres extraneus* durch dessen Erbantritt eine Erbschaft entsteht. Denn wenn das Vermögen beim Vater verbleibt, dauert die frühere Rechtslage fort und es handelt sich um ein *peculium*. Dem steht auch nicht entgegen, dass auf das Testament dessen, der in Kriegsgefangenschaft gestorben ist, die *Falcidia* angewandt wird. Denn die *fictio legis Corneliae* lässt sowohl eine Erbschaft als auch einen Erben entstehen. Aber, so sagte ich, ich sei sicher, dass auch diese Vergünstigung des Gesetzes gewährt werden müsse, weil die Herausgabe des Vermögens erzwungen wird, als handle es sich um das eines *pater familias*, und weil im Falle einer testamentarischen Erbeinsetzung bei Nichtantritt der Erbschaft aus dem Testament gemäß dem Edikt Klage wegen der Legate erhoben werden wird.

## II. Zu den Personen

### 1. Paulus

Iulius Paulus war einer der bedeutendsten römischen Juristen. Weder seine Herkunft noch seine Lebensdaten sind bekannt; der Schwerpunkt seines Wirkens lag um das Jahr 200 n. Chr. Er war Schüler des Cervidius Scaevola und

hatte unter den Severern hohe Staatsämter inne.<sup>1</sup>

Paulus' Sprache gilt als klar und elegant.<sup>2</sup> Sein umfangreiches Werk behandelt nahezu alle Gebiete des römischen Rechts. Militärrechtliche Fragen sind darin präsenter als bei früheren Juristen, was die hohe Bedeutung des Militärs unter den Severern widerspiegelt.<sup>3</sup>

Sein vielleicht für den Unterricht bestimmtes Werk der *quaestiones* enthielt sowohl Fälle aus Paulus' eigener Praxis als auch abstrakte Ausführungen zu verschiedenen Rechtsfragen.<sup>4</sup> Das elfte der 26 *libri* widmete sich dem Recht der Fideikommiss.<sup>5</sup>

## 2. Antoninus Pius

Die Bezeichnung *divus Pius* steht in Juristenschriften stets für Kaiser Antoninus Pius.<sup>6</sup> Seine Herrschaft (138–161 n. Chr.) war geprägt von äußerem wie innerem Frieden und wirtschaftlicher Prosperität.<sup>7</sup> Die Rechtswissenschaft erlebte unter dem gebildeten und juristisch interessierten Kaiser eine Blüte.<sup>8</sup> Durch zahlreiche Konstitutionen nahm Antoninus Pius insbesondere auf das Erbrecht Einfluss.<sup>9</sup>

## III. Interpretation

### 1. Sachverhalt und Entscheidung

Ein gewaltunterworfenener Veteran erstellte ein Kodizill, in dem er über sein *peculium castrense* ein Fideikommiss zulasten seines Vaters aussetzte. Paulus wurde gefragt, ob bei der Herausgabe ein Viertel abgezogen werden könne.

Seine Entscheidung geht nicht eindeutig aus dem Text hervor: Zwar erklärt er, die Vergünstigung müsse gewährt werden; wie sich dies aber auf den Fall

<sup>1</sup> *Liebs*, in: Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV, 1997, S. 83 (151); *Kunkel*, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, 2. Aufl. 1967, S. 244 f.

<sup>2</sup> *Kalb*, Roms Juristen. Nach ihrer Sprache dargestellt, 2. Aufl. 1975, S. 135.

<sup>3</sup> *Schmetterer*, Die rechtliche Stellung römischer Soldaten im Prinzipat, 2012, S. 2; *Jung*, Die Rechtsstellung der römischen Soldaten. Ihre Entwicklung von den Anfängen bis auf Diokletian, in: ANRW II/14, 1982, S. 882 (1011).

<sup>4</sup> *Schmidt-Ott*, Pauli Quaestiones. Eigenart und Textkritik einer spätclassischen Juristenschrift, 1993, S. 234-236; *Liebs*, in: Handbuch der lateinischen Literatur der Antike IV (Fn. 1), S. 172 f.

<sup>5</sup> *Lenel*, Palingenesia iuris civilis I, 1889, Sp. 1207.

<sup>6</sup> *Mommsen*, Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen, ZRG 9 (1870), 97 (107-109); *Müller-Eiselt*, Divus Pius constituit. Kaiserliches Erbrecht, 1982, S. 21 f.

<sup>7</sup> *Eck*, Antoninus [1, Pius], in: DNP I, 1996, Sp. 803 (804).

<sup>8</sup> *Müller-Eiselt* (Fn. 6), S. 14-17.

<sup>9</sup> *Ebd.*, S. 17 f.

bezieht, ist unklar.

## 2. Aufgeworfene Fragen

Es stellt sich somit die Frage, ob Paulus den Quartabzug ermöglichte – und welche Gründe ihn zu seiner Entscheidung bewogen. Insbesondere ist fraglich, in welchem Zusammenhang die verschiedenen von Paulus genannten Rechtsinstitute wie die *lex Cornelia* und das Edikt zu dem Fall stehen.

Wie die rechtlichen Ausführungen zu verstehen sind, hängt von den genauen Umständen des Sachverhalts ab, vor allem vom Inhalt der erbrechtlichen Gestaltung des Veteranen. Hinter der Frage nach der erbrechtlichen Gestaltung schließlich steht die nach den für sie maßgeblichen Beweggründen.

## 3. Rechtsinstitute 1: Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

### a) Testament und Kodizill

Der Veteran erstellte ein Kodizill (*codicilli*), eine Art der letztwilligen Verfügung, die anders als ein Testament formlos möglich war, aber geringeren Gestaltungsspielraum bot. Darin konnte kein Erbe eingesetzt werden; ein Testament musste hingegen eine Erbeinsetzung enthalten. Lag ein Kodizill ohne Testament vor, verpflichtete es den gesetzlichen Erben.<sup>10</sup>

### b) Legat und Fideikommiss

Der Veteran setzte über sein Vermögen (das *peculium*<sup>11</sup>) ein Fideikommiss (*fideicommissum*) aus. Dadurch konnten einzelne Positionen aus dem Nachlass oder auch der ganze Nachlass zugewandt werden. Anders als ein Legat, das nur testamentarisch ausgesetzt werden und daher nur einen Testamentserben (*heres scriptus*) verpflichten konnte, im Übrigen aber vergleichbar war,<sup>12</sup> konnte ein Fideikommiss außerhalb eines Testaments ausgesetzt werden, etwa in einem Kodizill.<sup>13</sup> Fideikommisse wurden im Kognitionsverfahren eingeklagt, in Rom vor dem *praetor fideicommissarius*, in Provinzen vor dem Statthalter.<sup>14</sup>

Es war möglich, Fideikommisse so auszusetzen, dass sie erst mit dem Tod des Verpflichteten wirksam wurden, der die Sache dann also „nach seinem eigenen

---

<sup>10</sup> Vgl. zu Testamenten Gai. 2,101-151; *Babusiaux*, Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht, 2015, S. 139-177; zu Kodizillen I. 2,25; Kaser, Das Römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, S. 693 f.

<sup>11</sup> Vgl. dazu unten Abschnitt III. 5.

<sup>12</sup> Vgl. I. 2,20; Kaser (Fn. 10), S. 472-757.

<sup>13</sup> Vgl. Gai. 2,246-289; *Babusiaux* (Fn. 10), S. 266-292.

<sup>14</sup> Gai. 2,278.

Tod“ herausgeben musste.<sup>15</sup> Logisches Subjekt der Herausgabepflicht waren in diesem Fall seine Erben. Paulus' Aussage, die Herausgabe solle *post mortem* geschehen, ist insoweit nicht eindeutig: Es könnte der Tod des Veteranen<sup>16</sup> oder der seines Vaters<sup>17</sup> gemeint sein. Bezöge sich *post mortem* auf den Tod des Sohns, wäre es überflüssig, da eine Pflicht aus einem Fideikommiss ohnehin erst nach dem Tod des Erblassers entstehen kann. Sprachlich hätte es zudem gar keine (elegante) Möglichkeit gegeben, den Bezug auf den Tod des Vaters eindeutig zu formulieren.<sup>18</sup> Es ist jedoch eine nicht unerhebliche Zusatzannahme, dass Paulus über die Rechte einer Person schreibt, deren Existenz er nicht ausdrücklich erwähnt. Ob sie gerechtfertigt ist, kann erst aufgrund Paulus' weiterer Ausführungen beurteilt werden.

#### c) Edikt *Si quis omissa causa*

Trat ein Testamentserbe die Erbschaft nicht an, wurde das Testament mitsamt allen Legaten und Fideikommissen unwirksam. Der Nichtantritt hinderte den Testamentserben jedoch nicht daran, ggf. auf gesetzlichem Wege zu erben. Damit niemand auf diese Weise seine Verpflichtungen umging, gewährte der Prätor das Edikt *Si quis omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem* (*s.q.o.c.*), durch das Legatäre, später auch Fideikommissare,<sup>19</sup> das ihnen Zugewandte von jedem herausverlangen konnten, der die Erbschaft aus dem Testament ausgeschlagen hatte und dennoch etwas aus ihr besaß.<sup>20</sup>

#### d) Lex Falcidia

Die *lex Falcidia* (40 v. Chr.) sah vor, dass dem Erben stets mindestens ein

<sup>15</sup> *Desanti*, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsi dopo la morte dell'onerato*, 2003, S. 59-62. Vgl. etwa Paulus' Formulierungen in D. 22,1,14,1 (14 resp.) und D. 49,14,48,1 (2 decr.).

<sup>16</sup> So wohl *Lehmann*, *Das Eigenvermögen der römischen Soldaten unter väterlicher Gewalt*, in: ANRW II/14, 1982, S. 183 (241); *La Rosa*, *I peculii speciali in diritto romano*, 1953, S. 167 und *Sotty*, *Recherche sur les utiles actiones. La notion d'action utile en droit romain classique*, 1977, S. 215; in jedem Fall die Übersetzungen von *Otto/Schilling/Sintenis*, *Das Corpus Iuris Civilis III*, 1831, S. 660 f. und *Hulot*, *Les cinquante livres du digeste ou des pandectes de l'empereur Justinien V*, 1804, S. 167 f.

<sup>17</sup> So *Fitting*, *Das Castrense Peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung*, 1871, S. 255; ferner die Übersetzungen von *Spruit u.a.*, *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling V*, 2000, S. 66 und *d'Ors u.a.*, *El Digesto de Justiniano II*, 1972, S. 655.

<sup>18</sup> *Post mortem suam* könnte sich entweder auf den Tod des Sohnes oder den des Vaters beziehen; *eius* bezöge sich hingegen eindeutig auf den Sohn, vgl. *Kühner/Stegmann*, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache II/1*, 5. Aufl. 1971, S. 609 f.

<sup>19</sup> D. 29,4,4,2 (Ulp. 50 ad ed.); D. 29,4,28 (Maec. 4 fideicom.).

<sup>20</sup> Vgl. *Lenel*, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Aufl. 1927, S. 363 f.; *Voci*, *Diritto ereditario romano I*, 2. Aufl. 1967, S. 618-620.

Viertel des Nachlasses verbleiben musste (falzidische Quart). Hatte der Erblasser mehr als drei Viertel Dritten zugewandt, wurde anteilmäßig gekürzt.<sup>21</sup> Die Kürzung trat *ipso iure* ein.<sup>22</sup>

In dem Paulus vorgelegten Fall ging es demnach um die Frage, ob der Prätor bzw. Statthalter der gegen den Vater oder dessen Erben gerichteten Klage auf Herausgabe des *peculium* in voller Höhe oder nur zu drei Vierteln stattgeben würde. Es ist freilich auch möglich, dass sich das *peculium* bereits beim Fideikommissar (Titius) befand und eine Klage auf Herausgabe der Quart in Rede stand. Die Formulierung *quartam deducere* deutet indes eher auf einen Abzug des Viertels bei der Herausgabe hin.

#### 4. Einschub: Was entschied Antoninus Pius?

Im Text der *lex Falcidia*<sup>23</sup> ist ausschließlich von Legaten die Rede. Dennoch behauptet Paulus, Antoninus Pius habe sie auf die Fideikommisse testamentlos verstorbener Erblasser angewandt.

In den Digesten wird vorausgesetzt, dass der Erbe auch bei Fideikommissen die falzidische Quart abziehen kann, was teilweise mit dem *Senatusconsultum (SC) Trebellianum* in Verbindung gebracht wird.<sup>24</sup> Dieser Senatsbeschluss von 56 n. Chr. ordnete jedoch nur an, dass bei Fideikommissen über die gesamte Erbschaft der Fideikommissar nach der Herausgabe bezüglich Nachlassforderungen und -schulden gestellt wurde, als sei er der Erbe (Aktionentransfer).<sup>25</sup> Gai. 2,254–259 berichtet, dass ein anderer Senatsbeschluss, das *SC Pegasianum* aus der Zeit Vespasians, die falzidische Quart auf Fideikommisse übertrug, also eine analoge „pegasianische“ Quart schuf, und im Übrigen den Aktionentransfer durch eine komplizierte Regelung ersetzte.<sup>26</sup> Justinian hob seinerseits das *Pegasianum* auf und verlieh dem *Trebellianum* wieder Geltung, wobei er jedoch das Quartrecht aufrechterhielt.<sup>27</sup> In den Digesten wurde „jede Erwähnung des *Pegasianum* planmäßig getilgt“.<sup>28</sup>

Der Wortlaut des *Pegasianum* ist nicht überliefert, doch Indizien deuten darauf

<sup>21</sup> Vgl. Gai. 2,224–227; Kaser (Fn. 10), S. 756 f.

<sup>22</sup> Wacke, Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*, in: FS Kaser, 1973, S. 209 (225).

<sup>23</sup> Vgl. D. 35,2,1,pr. (Paul. l. s. ad l. Falcid).

<sup>24</sup> Etwa D. 36,1,23,5 (Ulp 5 disp.); D. 36,1,28, (Iul. 40 dig.); D. 36,1,57,2 (Pap. 20 quaest.).

<sup>25</sup> Manthe, Das *senatus consultum Pegasianum*, 1989, S. 35-41; Babusiaux (Fn. 10), S. 279-283; vgl. D. 36,1,1,2 (Ulp. 3 fideicomm.).

<sup>26</sup> Manthe (Fn. 25), S. 41-208; Babusiaux (Fn. 10), S. 283-290.

<sup>27</sup> I. 2,23,7; c. Tanta 6a.

<sup>28</sup> Manthe (Fn. 25), S. 42.



hin, dass es wie die *Falcidia* ursprünglich nur für *heredes scripti* galt.<sup>29</sup> Im Falle der *Falcidia* war dies konsequent, galt sie doch nur für Legate, die ausschließlich in Testamenten ausgesetzt werden konnten. Als indes das *Pegasianum* das Quartrecht auf Fideikommissionen übertrug und dabei ebenfalls nur von *heredes scripti* sprach, entstand eine „Regelungslücke“. Diese scheint Antoninus Pius mit seiner von Paulus zitierten Entscheidung geschlossen zu haben: Er wandte das *Pegasianum* auch auf Intestatfideikommissionen an.<sup>30</sup>

Zahlreiche Fragmente, die sich ursprünglich auf das *Pegasianum* bezogen, wurden wahrscheinlich „trebellianisiert“<sup>31</sup>, indem die Kompilatoren stattdessen *Trebellianum* setzten. Im vorliegenden Fragment ist mehrfach von der *lex Falcidia* die Rede, obwohl es um das *SC Pegasianum* ging. Es könnte also analog zur „Trebellianisierung“ eine „Falzidisierung“ stattgefunden haben.

Indes wird auch in der außerjustinianischen Überlieferung teils von der *Falcidia* gesprochen, wenn es eigentlich um die pegasianische Quart geht.<sup>32</sup> In der Tat sah das *Pegasianum* ja nur die Übertragung der falzidischen Quart auf Fideikommissionen vor.<sup>33</sup> Überdies wird im anschließenden § 1 das *Trebellianum* erwähnt. Hätten die Kompilatoren im *pr.* in den Text eingegriffen, hätte es nahegelegen, die Terminologie zu vereinheitlichen. Die besseren Gründe sprechen mithin gegen die Annahme einer Interpolation.<sup>34</sup>

Obschon von der *lex Falcidia* die Rede ist, hatte Paulus zu entscheiden, ob das *Pegasianum* auf das Fideikommission eines testamentlos verstorbenen Veteranen<sup>35</sup> anwendbar war. Es stellt sich die Frage, was – nach der Entscheidung des Antoninus Pius – dagegen sprach.

<sup>29</sup> *Mantbe* (Fn. 25), S. 45.

<sup>30</sup> *Ebd.*, S. 46; *Voci*, *Diritto ereditario romano* II, 2. Aufl. 1963, S. 755; *Müller-Eiselt* (Fn. 6), S. 316; *Schanbacher*, *Ratio legis Falcidiaae*. Die falzidische Rechnung bei Zusammentreffen mehrerer Erbschaften in einer Hand, 1995, S. 199; *Johnston*, *The Roman Law of Trusts*, 1988, S. 152. Die Konstitution ist nicht anderweitig überliefert, vgl. aber D. 36,1,6,1 (Ulp. 4 fideicomm.).

<sup>31</sup> Neologismus geprägt von *Mantbe* (Fn. 25), S. 73.

<sup>32</sup> Ps.-Ulp. 25,14; Gai. *Epit.* 2,7,pr.; vgl. *Mantbe* (Fn. 25), S. 76-78.

<sup>33</sup> Vgl. *Mantbe* (Fn. 25), S. 77 Fn. 8.

<sup>34</sup> Zu weitergehenden Interpolationsvermutungen siehe unten Abschnitt **III. 7. b)**. Vgl. auch die Fn. 48 und 73.

<sup>35</sup> Auf einen aktiven Soldaten wären *lex Falcidia* und *SC Pegasianum* hingegen von vornherein nicht anwendbar gewesen, vgl. D. 35,2,96 (Scaev. l. s. quaest. publ. tract.); D. 29,1,17,4 (Gai. 15 ad ed. provinc.); C. 6,21,12. *Qui militaverat* für einen Veteranen (statt *militavit* oder *militaverit*) ist zwar ein Hapax legomenon, aber sprachlich eindeutig und angesichts des Perfekts im Hauptsatz grammatikalisch korrekt. Die Annahme von *Ando*, *Law, Language, and Empire in the Roman Tradition*, 2011, S. 15 f., der Sohn sei „while serving in the army“ gestorben, ist daher unhaltbar.

## 5. Rechtsinstitute 2: Fragen des *status*

Etwas vererben konnte nur, wer Rechte innehaben konnte. Geriet ein Römer in Kriegsgefangenschaft, verlor er alle seine Rechte. Die unter Sulla verabschiedete *lex Cornelia*, die Paulus in dem Fragment erwähnt, brachte in diesem Fall dennoch Erbrecht zur Anwendung, indem sie fingierte, der Erblasser sei bereits zum Zeitpunkt seiner Gefangennahme gestorben ( *fictio legis Corneliae*).<sup>36</sup>

Ein  *filius familias* (Haussohn) wie der Veteran bei Paulus, der in der Gewalt seines  *pater familias* (des ältesten direkten männlichen Vorfahren) stand, war nicht vermögensfähig. Der  *pater familias* konnte ihm zwar ein  *peculium* (Sondergut) zugestehen, doch dieses blieb im Eigentum des Vaters.<sup>37</sup>

Besonderheiten galten für das  *peculium castrense*, das Sondergut von Soldaten und Veteranen, das im Laufe der Zeit weitgehend dem Einfluss des  *pater familias* entzogen wurde.<sup>38</sup> Veteranen konnten über ihr  *peculium* testieren; starben sie aber ohne Testament, wurden sie nicht beerbt wie ein emanzipierter Sohn, sondern das  *peculium* fiel an den  *pater familias*.<sup>39</sup> Dieser rückte dabei nicht wie ein Erbe in alle Rechtspositionen des Verstorbenen ein, sondern musste Nachlassschulden nur bis zur Höhe des  *peculium* begleichen.<sup>40</sup> Teils wird angenommen, er habe diesen Heimfall nicht ausschlagen können;<sup>41</sup> dies ist jedoch nicht belegt.<sup>42</sup>

## 6. Was ist eine Erbschaft?

Paulus legt großen Wert auf die Frage nach der Existenz einer Erbschaft ( *hereditas*). Auch nach der Ausweitung durch Antoninus Pius betrachtete er dies also als Voraussetzung des  *Pegasianum*.

### a) Der Heimfall des *peculium*

Nach dem Tod des Veteranen fiel das  *peculium* wohl an seinen Vater als  *pater familias*. Hierüber meint Paulus:  *nec hereditatem esse* – vorliegend gebe es nicht nur kein (wirksames) Testament, sondern nicht einmal eine Erbschaft. Dass Paulus die Rechtsnachfolge eines ohne Testament verstorbenen Veteranen nicht als

<sup>36</sup> Vgl. Lohsse, Die Beerbung des Kriegsgefangenen. Entwicklungsstufen der Auslegung der  *lex Cornelia de confirmandis testamentis*, in: Facetten des römischen Erbrechts, 2012, S. 79 (79-84, 108-111).

<sup>37</sup> Vgl. Kaser (Fn. 10), S. 60-65, 343.

<sup>38</sup> *Ebd.*, S. 344.

<sup>39</sup> Schmetterer (Fn. 3), S. 51; La Rosa (Fn. 16), S. 164.

<sup>40</sup> D. 49,17,17,pr. (Pap. 2 def.); La Rosa (Fn. 16), S. 164.

<sup>41</sup> Beseler, Einzelne Stellen, in: SZ 47 (1927), 353 (376).

<sup>42</sup> Für die Möglichkeit der Ausschlagung Fitting (Fn. 17), S. 251 f.; Lehmann (Fn. 16), S. 237.

*hereditas* betrachtet, ist konsequent, kamen doch nicht die üblichen Regeln der Intestaterbfolge zur Anwendung.<sup>43</sup> Andere Juristen teilen die Ansicht, dass das *peculium* in diesem Fall keine Erbschaft sei, sondern vielmehr beim Vater verbleibe (*remanere*).<sup>44</sup>

Hätte der Veteran testamentarisch einen *heres extraneus* (Außenerben) eingesetzt, so Paulus' Gegenhypothese, dann würde das *peculium* durch dessen Erbantritt (*aditione eius*) zur Erbschaft.<sup>45</sup> Auch dies stimmt mit den Äußerungen anderer Juristen überein.<sup>46</sup> Dass Paulus das Adjektiv *extraneus* verwendet, verwundert in Anbetracht der Tatsache, dass anderen Juristen zufolge der Antritt jedes Testamentserben ein *peculium castrense* zu einer Erbschaft macht, *sive extraneum scripsit heredem sive patrem*<sup>47</sup> (sei es, dass er einen Außenerben einsetzte, sei es, dass er seinen Vater einsetzte).<sup>48</sup> Vielleicht dachte Paulus konkret an die Möglichkeit, Titius als Erben einzusetzen.

Auch andere Juristen erwähnen das *ius pristinum*, nach dem das *peculium* beim Vater verbleibe.<sup>49</sup> Es wurde als Rechtslage vor der Privilegierung des *peculium castrense* verstanden, als dieses noch wie ein gewöhnliches *peculium* behandelt worden sei.<sup>50</sup> Es könnte aber auch die Rechtslage vor dem Antritt eventueller Testamentserben gemeint sein.<sup>51</sup>

#### b) Die Wirkung der lex Cornelia

Paulus vergleicht den Fall mit der Rechtsnachfolge von Kriegsgefangenen, bei der aufgrund der *lex Cornelia* der Quartabzug möglich sei. Dies bestätigt er an anderer Stelle.<sup>52</sup> Wer als Kriegsgefangener nicht vermögensfähig war, konnte nicht beerbt werden und ist insoweit vergleichbar mit einem testamentlosen Veteranen, auf dessen Rechtsnachfolge nicht das normale Erbrecht angewandt wurde. Die *lex Cornelia* aber brachte für Kriegsgefangene dennoch Erbrecht zur Anwendung, fingierte also die Existenz einer Erbschaft und die Erbenstellung

<sup>43</sup> Longchamps de Bérrier, *Il fedecommesso universale nel diritto romano classico*, 1997, S. 176; Fitting (Fn. 17), S. 250.

<sup>44</sup> D. 30,44,pr. (Ulp. 22 ad Sab.); D. 49,17,1 (Ulp. 14 ad ed.); D. 49,17,2 (Ulp. 67 ad ed.); D. 49,17,9 (Ulp. 4 disp.); D. 49,17,14,1 (Pap. 27 quaest.).

<sup>45</sup> Vgl. Lehmann (Fn. 16), S. 241; Fitting (Fn. 17), S. 244.

<sup>46</sup> D. 45,3,18,pr. (Pap. 27 quaest.); D. 49,17,2 (Ulp. 67 ad ed.); D. 49,17,14,1 (Pap. 27 quaest.).

<sup>47</sup> D. 49,17,9 (Ulp. 4 disp.); vgl. auch D. 49,17,17,pr. (Pap. 2 def.).

<sup>48</sup> Beseler (Fn. 41), S. 376 sieht darin ein Interpolationsindiz.

<sup>49</sup> D. 49,17,14 (Pap. 27 quaest.); vgl. D. 49,17,19,3 (Tryph. 18 disp.).

<sup>50</sup> Fitting (Fn. 17), S. 137; La Rosa (Fn. 16), S. 164.

<sup>51</sup> Vgl. die Wortbedeutung in D. 10,2,54 (Ner. 3 membr.); D. 22,1,4,1 (Pap. 27 quaest.); Gai. 1,129.

<sup>52</sup> D. 35,2,1,1 (l. s. ad l Falcid.).

(*et hereditatem et heredem facit*). Der so „gemachte“ Erbe kam dennoch in den Genuss aller Vor-teile der Erbenstellung. Dies hatte er dem Vater des Veteranen voraus, zu dessen Gunsten keine derartige Fiktion eingriff.<sup>53</sup>

Es erstaunt, dass Paulus von Testamenten spricht, obwohl die *lex Cornelia* wohl auch auf die Intestaterbfolge angewandt wurde.<sup>54</sup> Dies lässt sich jedoch erklären, wenn man annimmt, dass es Paulus lediglich um *fili familias* geht: Die *lex Cornelia* galt auch für Gewaltunterworfenen, doch da sie immer den Rechtszustand herstellte, der ohne Gefangennahme geherrscht hätte, konnte sie nur dann Erbrecht zur Anwendung bringen, wenn der *filius familias* von seiner Testierfähigkeit Gebrauch gemacht hatte.<sup>55</sup>

Es verwundert weiterhin, dass die Ausführungen zur *lex Cornelia* – wie schon der vorangegangene Satz zum *ius pristinum*<sup>56</sup> – in direkter Rede gehalten sind, während davor und danach indirekte Rede vorliegt. Welche Bedeutung diesem Umstand beizumessen ist, kann jedoch erst vor dem Hintergrund der gesamten Stelle entschieden werden.

## 7. Wie entschied Paulus?

Eigentlich wäre das *Pegasianum* also unanwendbar gewesen. Es könnte sein, dass Paulus den Quartabzug dennoch ermöglichte – dies hängt von der Bedeutung des Wortes *siquidem* im letzten Satz ab.

### a) Die Bedeutung von *siquidem*

*Siquidem* kann sowohl kausal als auch konditional verstanden werden.<sup>57</sup> Versteht man es kausal,<sup>58</sup> leitet es die Begründung von Paulus' Entscheidung ein, die dann darin besteht, das *legis beneficium*, also den Quartabzug, zu ermöglichen. Versteht man es hingegen konditional,<sup>59</sup> bezieht sich die Gewährung des *legis beneficium* nicht mehr auf den ursprünglichen Fall, sondern auf einen hypothetischen anderen, in dem die im Konditionalsatz formulierten Bedingungen

<sup>53</sup> Lehmann (Fn. 16), S. 241.

<sup>54</sup> Lohse (Fn. 36), S. 100, 110.

<sup>55</sup> D. 49,17,14 (Pap. 27 quaest.); vgl. D. 49,15,22 (Iul. 62 dig.).

<sup>56</sup> Der mit *quamvis* eingeleitete Nebensatz kann zur indirekten oder zur direkten Rede gehören.

<sup>57</sup> Glare u.a., Oxford Latin Dictionary, 1982, S. 1772; Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9. Aufl. 1907, S. 540.

<sup>58</sup> So La Rosa (Fn. 16), S. 169; Lehmann (Fn. 16), S. 241; Fitting (Fn. 17), S. 255.

<sup>59</sup> Übersetzung von Röbke, Iulius Paulus: Gelehrte Untersuchungen einzelner Rechtsfragen. Fragmente aus sechsundzwanzig Büchern einer spätclassischen Juristenschrift, 1971, S. 167; wohl auch Longchamps de Brier (Fn. 43), S. 176 und Ando (Fn. 35), S. 15, auf dessen Annahme, der letzte Satz beziehe sich auf die Wirkungen der *lex Cornelia*, aber nichts hindeutet und der *status libertatis* und *status familiae* zu verwechseln scheint.

vorliegen, in dem also ein Testamentserbe den Erbantritt aus dem Testament unterlassen hat. Aus der Aussage, dass es keine Erbschaft gebe, ginge dann konkludent die Ablehnung des Quartabzugs hervor.

Ein konditionales *siquidem* würde die Bezugnahme auf das Edikt *s.q.o.c.* erklären: Da das Edikt den Testamentserben stellte, als hätte er die Erbschaft aus dem Testament angetreten, konnte er auch bei der erzwungenen Herausgabe ein Viertel einbehalten.<sup>60</sup> Andere Juristen bestätigen, dass das Edikt auf den Vater eines Soldaten angewandt wurde.<sup>61</sup> Paulus hätte dann also gesagt, das Viertel könnte einbehalten werden, wenn der Vater als Testamentserbe unter das Edikt fiel. Auf wessen Tod sich *post mortem* bezieht, macht insoweit keinen Unterschied: Auch der Erbe des Vaters wäre zur Herausgabe verpflichtet und ein eventueller Nichtantritt durch diesen würde nichts ändern.

Gegen die Annahme, dass sich der letzte Satz nicht mehr auf den Fall bezieht, spricht indes, dass der Hauptsatz durch die indirekte Rede als Teil der Antwort Paulus' an den Fragesteller gekennzeichnet ist – und was hätte dieser für ein Interesse an der Entscheidung eines anderen Sachverhalts gehabt? Der durch *siquidem* eingeleitete Nebensatz kann hingegen aufgrund der Verwendung des Indikativs nach klassischer Grammatik kein Teil der indirekten Rede sein. Dies macht das Verständnis als Bedingung des Gesagten auch sprachlich unplausibel.

Die besseren Gründe sprechen also dafür, *siquidem* kausal zu verstehen. Ein konditionales *siquidem* sollte allenfalls dann angenommen werden, wenn sich die Entscheidung für den Quartabzug juristisch unter keinem Gesichtspunkt erklären ließe.

#### b) Interpolationsvermutungen

Erklären ließe sich diese Entscheidung freilich auch mit einer Interpolation. Eine solche wurde vermutet, weil das Fragment sprachliche Auffälligkeiten wie ein „unleidliches hin und her zwischen indirekter und direkter Rede“ aufweise und weil der Quartabzug „nicht im Einklang mit dem Zwecke der *lex Falcidia*“ stehe.<sup>62</sup> Dieser liege darin, die Ausschlagung von mit Legaten überbelasteten Erbschaften zu verhindern, was laut Gai. 2,254 auch der Zweck des *Pegasianum* war. Weil der Vater das *peculium* nicht habe ausschlagen können, sei er nicht schutzwürdig gewesen.

<sup>60</sup> D. 35,2,1,2 (Paul. l. s. ad l. Falcid.); D. 29,4,18,1 (Gai. 2 de testam. ad ed. pu.).

<sup>61</sup> D. 29,1,17,3 (Gai. 15 ad ed. provinc.); D. 49,17,17,1 (Pap. 2. def.); vgl. Longo, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, 2003, S. 30.

<sup>62</sup> Beseler (Fn. 41), S. 376.

Allerdings ist nicht belegt, dass der Vater das *peculium* nicht ausschlagen konnte. Überdies mutet die Annahme, *Falcidia* und *Pegasianum* hätten ausschließlich den Willen des Erblassers vor Erbschaftsausschlagungen schützen sollen, allzu liberalistisch an. Vielmehr sollte die *Falcidia* wohl zugleich den Interessen des Erblassers und denen des Erben dienen.<sup>63</sup> Gegen eine Interpolation der gesamten Stelle spricht schließlich, dass die Kompilatoren keinen Grund dazu gehabt hätten, den Verweis auf Antoninus Pius einzufügen.<sup>64</sup> Selbst wenn der Quartabzug tatsächlich nicht zu rechtfertigen wäre, wäre wohl die Annahme eines konditionalen *siquidem* der einer Interpolation vorzuziehen.

Für eine (justinianische oder nachklassische) Interpolation kommen allenfalls die in direkter Rede gehaltenen Teile des Fragments infrage, insbesondere die Ausführungen zur *lex Cornelia*.<sup>65</sup> Dann würden die in indirekter Rede gehaltenen Sätze das ursprüngliche Gutachten darstellen, dem einige ergänzende Erläuterungen hinzugefügt wurden. Dies würde an der Entscheidung für den Quartabzug nichts ändern. Sprachliche Gründe genügen allerdings nicht für eine Interpolationsannahme.

## 8. Die Begründung der Entscheidung

Welche Gründe könnten Paulus also zu einer Entscheidung für den Quartabzug bewogen haben?

### a) Wertentscheidungen

Die Worte *indulgeri* (eigentl.: aus Gnade gewähren) und *beneficium* (Wohltat, Vergünstigung), mit denen Paulus die Entscheidung kundgibt, könnten auf das Bestreben hindeuten, den Vater (oder dessen Erben) aufgrund von Billigkeitserwägungen gegen den Wortlaut des *Pegasianum* zu privilegieren. Papinian stützt seine Entscheidung in einem ähnlichen Fall auf die Ehrfurcht vor dem Vater (*paterna verecundia*).<sup>66</sup> Er und Paulus könnten von derselben Wertung geleitet worden sein, die entfernt an den *favor heredis legitimi* erinnert – nur dass der Vater gerade kein *heres* ist. Also ein *favor patris*?

<sup>63</sup> *La Rosa* (Fn. 16), S. 168; vgl. *Kaser* (Fn. 10), S. 756 f.

<sup>64</sup> *Fazio Scarlata*, *La successione codicillare*, 1939, S. 35 Fn. 2; *La Rosa* (Fn. 16), S. 168; *Longchamps de Bérier* (Fn. 43), S. 176 Fn. 181.

<sup>65</sup> *Beseler* (Fn. 41), S. 376 hält sie für „echt und aus einer anderen Stelle genommen“, *Wolff*, *The lex Cornelia de captivis and the Roman law of succession*, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 17 (1941), 136 (149) für byzantinisch.

<sup>66</sup> D. 49,17,14,1 (27 quaest.). Auch in diesem Fragment wurde eine Interpolation vermutet, vgl. *Lehmann* (Fn. 16), S. 151; *Voci* (Fn. 20), S. 399. Für die Echtheit hingegen etwa *Fitting* (Fn. 17), S. 139, 297 f.; *Babusiaux*, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen*, 2011, S. 235.

Paulus' Wortwahl sollte indes nicht überinterpretiert werden. Das Wort *beneficium* wird bei den römischen Juristen mehrfach für die Wirkungen der *lex Falcidia* verwendet;<sup>67</sup> auch *indulgeri* ist häufig.<sup>68</sup> Soweit der mit *siquidem* eingeleitete Satz eine über bloße Billigkeitserwägungen hinausgehende Begründung enthält, sollte vorrangig diese betrachtet werden. Außerjuristische Wertungen können freilich unterschwellig dennoch eine Rolle gespielt haben.

#### b) *Wie ein pater familias*

Der erste Teil des *siquidem*-Satzes besagt, dass, wer immer das *peculium* an Titius herausgeben muss, behandelt wird, als sei es das Vermögen eines *pater familias* gewesen. Paulus stellt also einen Vergleich zu einem „echten“ Erben an, der ein Viertel der Erbschaft behalten darf: Warum sollte der Vater (bzw. sein Erbe) schlechter stehen als dieser und nichts vom Nachlass haben, wo der Vater doch ebenfalls die Rechtsnachfolge eines Verstorbenen antrat und bezüglich der Erfüllung von Fideikommissen demselben Zwang unterlag?<sup>69</sup>

#### c) *Der Zusammenhang mit dem Edikt s.q.o.c.*

Im zweiten Teil der Begründung ist von einem Testamentserben die Rede, der wegen Legaten in Anspruch genommen wird.

#### aa) *Der Vater als Testamentserbe*

Dies könnte bedeuten, dass der Vater eigentlich Testamentserbe war und unter das Edikt fiel; dieses ermöglichte den Quartabzug (s.o.). Dieser Ansatz könnte erklären, warum Paulus in seiner Gegenhypothese nur von der Einsetzung eines *extraneus heres* spricht. Dass zuvor von *intestatorum successione* die Rede ist, stünde dazu nicht im Widerspruch, denn durch den Nichtantritt wäre der Veteran *intestatus* geworden.<sup>70</sup> Auch für diesen Erklärungsansatz macht es keinen Unterschied, auf wessen Tod sich *post mortem* bezieht.

Es hätte durchaus im Interesse des Vaters sein können, das *peculium ab intestato* zu erhalten, da er so seine Haftung für Nachlassverbindlichkeiten beschränken konnte. Dies gilt umso mehr, falls die Herausgabe erst nach seinem Tod erfolgen sollte, es ihm also gleichgültig sein konnte, ob er das Quartrecht gefährdete.

<sup>67</sup> Bei Paulus: D. 34,9,5,19 (1 de iure fisci).

<sup>68</sup> Bei Paulus: D. 4,8,32,4 (13 ad ed.); D. 9,4,26,6 (18 ad ed.); D. 22,1,17,3 (l. s. de usur.); D. 24,1,57 (7 resp.); D. 34,1,11 (10 quaest.); D. 38,1,39,1 (7 ad Plaut.).

<sup>69</sup> Vgl. *La Rosa* (Fn. 16), S. 169; *Lehmann* (Fn. 16), S. 241; *Sotty* (Fn. 16), S. 215; *Fitting* (Fn. 17), S. 255.

<sup>70</sup> D. 38,16,1,pr. (Ulp. 12 ad Sab.).

Der direkte Bezug von *heres scriptus* auf den Vater würde aber mehrere Zusatzannahmen erfordern, nämlich neben der Existenz eines Testaments und dem Nichtantritt der Erbschaft auch die Existenz mehrerer Legate. Das Fideikommiss bezöge sich dann, anders als im ersten Satz des Fragments impliziert, nicht auf das gesamte *peculium*. Es erscheint zudem unplausibel, dass Paulus den für seine Entscheidung zentralen Umstand erst im letzten Satz erwähnt.

#### bb) Testamentarische Erbeinsetzung als Bedingung

*Heres scriptus* könnte auch wie ein Konditionalsatz verstanden werden: Der Vater fiel unter das Edikt, wenn er Testamentserbe wäre. Da er also auch insoweit mit einem „echten“ Intestaterben vergleichbar sei – so Paulus' Begründung in diesem Fall –, müsse er auch dieselben Rechte haben.<sup>71</sup>

An argumentativer Kraft gewinnt dieser Gedankengang, wenn man bedenkt, dass das Edikt den Quartabzug zur Folge hatte: Das Viertel könnte abgezogen werden, wenn der Vater das *peculium* deshalb *ab intestato* erhalte, weil er die Erbschaft aus einem Testament ausgeschlagen hätte. Der unterschiedliche Grund der Intestatsnachfolge rechtfertigt keine Ungleichbehandlung – zumal der Vater im Fall der Erbausschlagung sogar insofern weniger schutzwürdig wäre, als er versucht hätte, den Willen seines Sohnes zu umgehen.

Diese Argumentation – für die der Bezugspunkt von *post mortem* ebenfalls irrelevant ist – schließt gedanklich nahtlos an den bereits im ersten Satzteil formulierten Vergleich an. Da sie zudem keine Zusatzannahmen bezüglich des Sachverhalts voraussetzt, ist sie plausibler als die Annahme, der Vater habe die Erbschaft aus einem Testament nicht angetreten.

## 9. Schlussbetrachtung

Wie gezeigt, macht es keinen Unterschied, ob das Fideikommiss sofort oder erst nach dem Tod des Vaters zu leisten war. Soll hierüber dennoch gemutmaßt werden, bietet sich ein Blick auf die Gründe an, die den Veteranen bei der Gestaltung seines letzten Willens geleitet haben könnten.

Es ist freilich möglich, dass er gar kein Fideikommiss aussetzte, sondern Titius als Testamentserben einsetzte, das Testament aber unwirksam wurde und aufgrund einer entsprechenden Klausel als kodizillarische Fideikommiss fortgalt. Anhaltspunkte gibt es hierfür jedoch nicht.

---

<sup>71</sup> Vgl. *Fitting* (Fn. 17), S. 255; *La Rosa* (Fn. 16), S. 169; wohl auch *Lehmann* (Fn. 16), S. 241 f.



Es ist weiterhin möglich, dass der Veteran seinen Vater bewusst leer ausgehen lassen wollte: Ein Intestatfideikommiss bot nach dem Wortlaut des *Pegasianum* die Möglichkeit, den Vater vollständig zu übergehen. Dies würde voraussetzen, dass Paulus' Entscheidung für den Veteranen unvorhersehbar war.

Denkbar ist schließlich auch, dass der Veteran vor seinem Tod nicht mehr genügend Zeit zum Erstellen eines Testaments hatte, in dem er Titius als Erben hätte einsetzen können. Hierauf könnte das Partizip *decedens* hindeuten. In den Digesten werden allerdings häufig Erblasser erwähnt, die *deceden(te)s* noch Testamente erstellten.<sup>72</sup> Die Formulierung scheint also nicht zu bedeuten, dass jemand akut „im Sterben lag“, sondern lediglich, dass zum Zeitpunkt der *quaestio* der Erbfall eingetreten war.

Alle bislang diskutierten Varianten beziehen *post mortem* auf den Tod des Veteranen. Für den Bezug auf den Tod des Vaters gibt es eine Erklärung, die plausibler anmutet: Der Veteran wollte den Vater für dessen restliche Lebenszeit versorgen; erst danach sollte Titius das *peculium* erhalten. Auch diese Annahme ist letztlich spekulativ. Sollte aber tatsächlich der Tod des Vaters gemeint gewesen sein, ist es durchaus möglich, dass Paulus diesen Umstand aufgrund seiner Irrelevanz für die Entscheidung bewusst nicht hervorhob.

Der Quartabzug könnte vor dem Hintergrund der pegasianischen Regelung eine Vorfrage für Prozesse wegen möglicher Nachlassschulden oder Nachlassforderungen gewesen sein. Dies lässt sich jedoch nicht mehr rekonstruieren<sup>73</sup> und ist für die Erklärung der Entscheidung auch nicht erforderlich.

Der Wechsel zwischen direkter und indirekter Rede könnte darauf hindeuten, dass das ursprüngliche Gutachten um zusätzliche Erläuterungen ergänzt wurde. Diese Bearbeitung muss indes keine Interpolation darstellen; sie kann auch von Paulus selbst bei der Aufnahme in die *quaestiones* vorgenommen worden sein. Ein didaktischer Zweck des Werkes ist mithin – auch in Anbetracht von Paulus' mehrstufiger, von Vergleichen geprägter Argumentation – gut vorstellbar.

#### IV. Vergleich mit dem geltenden Recht

Den Legaten und Fideikommissen des römischen Rechts entsprechen Vermächtnisse nach § 1939 BGB. Anstelle eines erst mit dem Tod des

<sup>72</sup> Bei Paulus: D. 5,2,19 (2 quaest.); D. 24,3,44,1 (5 quaest.); D. 32,27,2 (2 decr.).

<sup>73</sup> § 1 behandelt das Schicksal dieser Ansprüche nach Herausgabe des *peculium*, aber scheint den justinianischen Rechtszustand wiederzugeben (vgl. *Lehmann* (Fn. 16), S. 242; anders *Sotty* (Fn. 16), S. 215, der sich aber der Existenz des *Pegasianum* nicht bewusst zu sein scheint). Um § 1 als authentisch zu betrachten, wären umfangreiche Zusatzannahmen zum Sachverhalt erforderlich.

Beschwerten wirksamen Fideikommisses würde heute wohl nach § 2100 BGB ein Nacherbe eingesetzt, was im römischen Recht nicht möglich war.<sup>74</sup> Wie im römischen Recht ist es nach § 1948 Abs. 1 BGB möglich, eine testamentarische Erbschaft auszuschlagen und sie als gesetzlicher Erbe anzunehmen. Einer dem Edikt *s.q.o.c.* vergleichbaren Bestimmung bedarf es jedoch nicht, da Vermächtnisse in diesem Fall nach § 2161 BGB bestehen bleiben.<sup>75</sup>

Die falzidische Quart gibt es im deutschen Recht nicht: Der Erbe muss Vermächtnisse grundsätzlich in voller Höhe leisten. Nur wenn der Nachlass durch Vermächtnisse überschuldet ist, kann er sie nach §§ 1992, 1990, 1991 BGB kürzen.<sup>76</sup> Ist er Abkömmling, Elternteil oder Ehegatte des Erblassers, kann er auch nach §§ 2306, 2303 BGB die Erbschaft ausschlagen und stattdessen seinen Pflichtteil verlangen.<sup>77</sup> Dieser ist ein schuldrechtlicher Anspruch gegen die Erben, der, anders als die falzidische Quart, nicht als feste Quote des Nachlasses, sondern als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils definiert ist, dessen Höhe also vom Vorhandensein weiterer Verwandter abhängt.<sup>78</sup>

Die durch die Sonderstellung des *peculium castrense* hervorgerufenen Probleme stellen sich im deutschen Recht nicht: Jeder Mensch ist rechts- und vermögensfähig (§ 1 BGB), jeder Todesfall ein Erbfall. Technisch ist wohl am ehesten die in manchen Bundesländern für landwirtschaftliche Betriebe angeordnete Sondererbsfolge vergleichbar, die freilich andere rechtspolitische Gründe hat und die nur ergänzend zu den allgemeinen Vorschriften Anwendung findet. Ein Hoferbe kann mit Vermächtnissen beschwert werden. Abweichend von den allgemeinen Vorschriften bedarf hierbei ein Grundstücksvermächtnis nach §§ 16 Abs. 1 S. 2 HöfeO, 2 Abs. 1 GrdstVG der Zustimmung des Landwirtschaftsgerichts und sind Vermächtnisse, die die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Hofes unmöglich machen, nach §§ 134 BGB, 16 Abs. 1 S. 1 HöfeO (vorbehaltlich §§ 140, 2084-2086 BGB) nichtig.<sup>79</sup>

---

<sup>74</sup> Vgl. Kaser (Fn. 10), S. 671.

<sup>75</sup> Vgl. Otte, in: Staudinger, 2008, § 1948 Rn. 1.

<sup>76</sup> Henning, Die lex Falcidia und das Erbrecht des BGB. Eine kritische Würdigung der Entscheidung des historischen Gesetzgebers, das Rechtsinstitut der falzidischen Quart aufzugeben, 1999, S. 115-126.

<sup>77</sup> Mayer, in: BeckOK-BGB, Ed. 39, Stand: 1.5.2016, § 2306 Rn. 1-9a.

<sup>78</sup> Vgl. Henning (Fn. 76), S. 134-140.

<sup>79</sup> Brinkmann, in: Lütke-Handjery/Jeinsen, Höfeordnung, Kommentar, 11. Aufl. 2015, § 16 Rn. 15-18, 27-30, 54-72; BGH, NJW 1952, 379 (379 f.).

Florian Schmid\*

## Zur rechtlichen Bewertung der audiovisuellen Übertragung von Zeugenaussagen im Strafverfahren (insbesondere der Hauptverhandlung) *de lege lata* (und *de lege ferenda*)

### Abstract

Der folgende Beitrag widmet sich der rechtlichen Bewertung des Einsatzes von Videotechnik zur Übertragung von Zeugenaussagen in Strafverfahren nach geltender Rechtslage. Die Abhandlung analysiert die zentralen Vorschriften der deutschen Strafprozessordnung betreffend den Einsatz der Videotechnik zur Einführung von Zeugenaussagen in die Hauptverhandlung (§§ 247a Abs. 1, 255a Abs. 1 und Abs. 2 StPO) anhand der einschlägigen Grundsätze des Strafverfahrensrechts und der Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zusätzlich widmet sich der Beitrag der Frage nach der Zulässigkeit der audiovisuellen Simultanvernehmung von Zeugen unter optisch-akustischer Abschirmung. Abschließend geht der Beitrag aktuell in diesem Kontext diskutierten Reformüberlegungen nach.

This article provides a legal evaluation concerning the use of video technology to introduce witness testimonies into penal proceedings pursuant to the German Code on Criminal Procedure (StPO). For this purpose, the pertinent legal provisions, Sections 247a para. 1, 255a para. 1 and para. 2 StPO, will be analyzed taking into account German principles of criminal procedure as well as guarantees provided by the European Convention on Human Rights. Additionally, the admissibility of witness testimonies under conditions of optical and acoustic shielding will be reviewed in detail. The article concludes by providing an overview and analysis of current deliberations on legal reforms.

---

\* Der Verfasser studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Er ist Leiter des Ressorts Fallbearbeitungen dieser Zeitschrift. Der Beitrag entstand im Sommersemester 2016 im Rahmen eines Seminars zum Strafverfahrensrecht und Europastrafrecht, das von Herrn Professor *Dr. Gerhard Dannecker* geleitet wurde.

## I. Einführung

Seit dem Jahre 1986 ist der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Zeugenschutzes und insbesondere des Opferschutzes fortwährend aktiv. Durch zahlreiche Gesetze, deren rasche Aneinanderreihung jüngst mit dem Dritten Opferrechtsreformgesetz von 2015<sup>1</sup> ihren (vorläufigen) Schlusspunkt fand, wurde versucht, die Rolle des Opfers im Strafverfahren zu stärken. Die Kritik an diesen Vorhaben nährt sich primär an der steten Vornahme von Einzelkorrekturen statt einer Reform aus einem Guss.<sup>2</sup> Zudem wird nicht ganz zu Unrecht die Gefahr einer mit der Stärkung der Opferrechte korrespondierenden Beschneidung von Beschuldigtenrechten ausgemacht und dieser Tendenz des Gesetzgebers entgegengehalten.<sup>3</sup> Insbesondere die Gefahr einer durch den Gesetzgeber (und die Rechtsprechung) legitimierten Verletzung der Unschuldsvermutung wird bis heute mit Blick auf den Begriff des „Opfers“ und die etwaig damit einhergehenden Rechte hervorgehoben.<sup>4</sup> Indes erschöpfte sich die legislatorische Aktivität nicht in der bloßen Sicherung der Opferrechte, sondern weitete den Anwendungsbereich zahlreicher Schutzmaßnahmen auch auf sonstige Zeugen von Straftaten aus. Mit Blick auf diese stete Aktivität verwundert es nicht, dass im Einklang mit dem technischen Fortschritt bereits mit dem Zeugenschutzgesetz von 1998 die Einführung von Zeugenaussagen in die Hauptverhandlung mithilfe audiovisueller Technik Eingang in die Strafprozessordnung fand.<sup>5</sup> Angesichts der heutigen Verbreitung dieser Verfahrensweise, die in Form der audiovisuellen Simultanvernehmung beispielweise auch Eingang in das Statut des IStGH (Art. 68, 69) gefunden hat, kann es nur zutreffend sein, wenn zunehmend die *Ubiquität der Videovernehmung*

<sup>1</sup> Gesetz zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren (3. Opferrechtsreformgesetz) v. 21.12.2015, BGBl. I, S. 2525; hierzu *Ferber*, Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren – Das 3. Opferrechtsreformgesetz, NJW 2016, 279 ff.

<sup>2</sup> *Hermann*, Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht – eine unendliche Geschichte, ZIS 2010, 236 (237); wie *Leblois-Happe/Stuckenberg*, Die Stellung des Opfers im französischen Strafverfahren, GA 2015, 670 (672) darlegen, handelt es sich nicht um ein rein deutsches Problem.

<sup>3</sup> Vgl. nur *Hermann* (Fn. 2), S. 237, 245; *Fischer*, Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere nicht beschuldigte Personen im Strafprozess besser vor Nachteilen zu bewahren?, JZ 1998, 816 (820).

<sup>4</sup> Exempl. *Leblois-Happe/Stuckenberg* (Fn. 2), S. 673; *Gärditz*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 19.5.2015 – 2 BvR 987/11, JZ 2015, 896 (900).

<sup>5</sup> Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte (Gesetz zum Schutz von Zeugen bei Vernehmungen im Strafverfahren und zur Verbesserung des Opferschutzes; Zeugenschutzgesetz – ZSchG) v. 30.4.1998, BGBl. I, S. 820; angestoßen durch *LG Mainz*, NJW 1996, 208 ff. (hierzu unten **VII. 1.**).

von Zeugen ausgerufen wird.<sup>6</sup>

Aufgabe dieses Beitrags soll es sein, diese Gesetzesgenese mit Blick auf die audiovisuelle Übertragung von Zeugenaussagen im Strafverfahren einer rechtlichen Bewertung zuzuführen. Angesichts der Regelungsdichte des Normarsenals wird sich der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit indes auf die Einführung von Zeugenaussagen *in die Hauptverhandlung* beschränken. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil gerade der Nutzung der Videotechnik in der Hauptverhandlung aus strafprozessualen Gründen eine spezifisch deutsche Skepsis entgegenschlägt. Mithin werden primär die Videosimultanvernehmung von Zeugen in der Hauptverhandlung (§ 247a Abs. 1 StPO) sowie die Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung in der Hauptverhandlung (§ 255a StPO) im Fokus der Erörterung stehen. Hierbei soll untersucht werden, ob die gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen vor dem Hintergrund fundamentaler Verfahrensgrundsätze und -garantien als zulässig zu erachten sind.

## II. Gang der Untersuchung

Eine vorgezogene Darstellung soll sich den für eine spätere Prüfung entscheidenden theoretischen Grundlagen widmen (hierzu **III.**). Sodann soll die audiovisuelle Simultanvernehmung nach § 247a Abs. 1 StPO anhand der dargelegten Grundsätze betrachtet werden (hierzu **IV.**), ehe die Zulässigkeit einer Videosimultanvernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung erörtert wird (hierzu **V.**). Hieran anschließend erfolgt eine Analyse der Regelungen des § 255a StPO (hierzu **VI.**) Abschließend widmet sich der Beitrag möglichen und aktuell erwogenen Reformen des Strafprozessrechts unter Berücksichtigung des skizzierten Untersuchungsgegenstands (hierzu **VII.**).

## III. Theoretische Grundlagen

### 1. Der strafverfahrensrechtliche Untersuchungsgrundsatz

Als entscheidend für den Verlauf eines Strafverfahrens stellt sich die Pflicht des Gerichts – nicht des Angeklagten<sup>7</sup> – zur bestmöglichen Erforschung und Aufklärung des Sachverhalts von Amts wegen dar, §§ 244 Abs. 2, 155 Abs. 2 StPO (Untersuchungsgrundsatz). Die Gerichte sind demnach gehalten, alle möglichen, zulässigen und nicht von vornherein aussichtslosen Maßnahmen zu

---

<sup>6</sup> *Beulke*, Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung, ZStW 113 (2001), 709 (728); *Kretschmer*, Einige Eckpunkte in der Entwicklung der Videoaufzeichnung von strafprozessualen Zeugenvernehmungen, JR 2006, 453 (456).

<sup>7</sup> Vgl. hierzu *Valerius*, Verdeckte Vernehmungen verdeckter Ermittler? – zugleich Besprechung von BGH, Beschl. v. 26.9.2001, GA 2005, 459 (462).

ergreifen, die für die Bildung einer möglichst zuverlässigen Beweisgrundlage und letztlich die Erforschung der Wahrheit erforderlich sind.<sup>8</sup> Die Erforschung der materiellen Wahrheit<sup>9</sup> ist mit Blick auf das materielle Schuldprinzip (Art. 1 Abs. 1 GG) und das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) das zentrale Anliegen des Strafprozesses<sup>10</sup> und ist als „Gebot bestmöglicher Sachverhaltsaufklärung“ zu verstehen.<sup>11</sup> Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet den Richter also, sich der Wahrheit im Rahmen des von Recht und Gesetz eingeräumten Spielraums so weit wie möglich anzunähern.<sup>12</sup> Hieraus folgt, dass das Gericht auf das erreichbare, nicht durch Beweiserhebungs- oder -verwertungsverbot ausgeschlossene, sachnächste Beweismittel zurückzugreifen und dieses in der nach den Gegebenheiten bestmöglichen Form zu verwenden hat.<sup>13</sup> Der Untersuchungsgrundsatz nimmt also keine unbegrenzte Geltung in Anspruch, sondern unterliegt vielmehr faktischen wie rechtlichen Grenzen.<sup>14</sup>

## 2. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit des Strafverfahrens besagt, dass Beweise nur durch das erkennende Gericht selbst im Rahmen der grundsätzlich öffentlichen Hauptverhandlung aufgenommen werden dürfen und müssen (*formelle Unmittelbarkeit*) und sich das Gericht um das dem Beweisthema nächste Beweismittel zu bemühen hat. Es gilt also der prinzipielle Vorrang des originalen Beweismittels vor etwaigen Surrogaten (*materielle Unmittelbarkeit*).<sup>15</sup> Eine zumindest partielle Kodifikation des Grundsatzes der Unmittelbarkeit findet sich in den §§ 226, 261 StPO (formell) sowie § 250 StPO (materiell).<sup>16</sup>

<sup>8</sup> Krehl, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 244 Rn. 28 m.w.N.

<sup>9</sup> Hierzu: BVerfG, NJW 1987, 2662 (2663); Radtke, Wahrheitsermittlung im Strafverfahren, GA 2012, 187 (190).

<sup>10</sup> BVerfGE 57, 250 (275); 122, 248 (270).

<sup>11</sup> BVerfG, NJW 2003, 2444 (2445); BVerfG, NJW 2012, 907 (909).

<sup>12</sup> Krehl, in: KK-StPO (Fn. 8), § 244 Rn. 28; vgl. Radtke (Fn. 9), S. 191.

<sup>13</sup> BGHSt 46, 73 (79); Krehl, in: KK-StPO (Fn. 8), § 244 Rn. 28.

<sup>14</sup> BGHSt 46, 73 (79); BGH, NJW 2007, 3138 (3140) [„die Strafprozessordnung zwingt nicht zur Wahrheitserforschung um jeden Preis“]; Radtke (Fn. 9), S. 191.

<sup>15</sup> Weigend, Unmittelbare Beweisaufnahme – ein Konzept für das Strafverfahren des 21. Jahrhunderts?, in: FS Eisenberg, 2009, S. 657 (659); Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl. 2014, § 46 Rn. 3 f.

<sup>16</sup> Weigend (Fn. 15), S. 658; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. 2016, Rn. 410; Sander/Cirener, in: Löwe/Rosenberg VI/1, 26. Aufl. 2009, § 250 Rn. 1.

Zwar genießt das Prinzip der Unmittelbarkeit nicht selbst Verfassungsrang,<sup>17</sup> dient jedoch der Absicherung der gerichtlichen Aufklärungspflicht aus § 244 Abs. 2 StPO sowie des Rechts des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, § 240 Abs. 2 StPO.<sup>18</sup> Trotzdem ist auch der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht schrankenlos gewährleistet, sondern kann gegenüber anderen Interessen zurückgestellt werden.<sup>19</sup>

### 3. Das Recht des Beschuldigten auf (konfrontative) Befragung

Auch das durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verbürgte Recht des Beschuldigten auf die Befragung von Belastungszeugen erscheint mit Blick auf die zu untersuchenden Vorschriften und deren Anwendung relevant.

#### a) Bedeutung und Wirkung der EMRK im innerstaatlichen Kontext

Die EMRK nimmt in der innerstaatlichen Rechtsordnung den Rang eines formellen Bundesgesetzes ein (Art. 59 Abs. 2 GG).<sup>20</sup> Nach Art. 20 Abs. 3 GG sind demnach sowohl Gerichte als auch die Verwaltung zur Befolgung der Normen der EMRK verpflichtet.<sup>21</sup> Mit Blick auf den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes<sup>22</sup> und die inhaltliche Ausrichtung des Grundgesetzes auf die Menschenrechte<sup>23</sup> dienen die Vorschriften der EMRK jedoch zudem als obligatorisch zu berücksichtigende *Auslegungshilfe* für Normen des nationalen Rechts, auch und insbesondere des Verfassungsrechts. Jedoch beschränken sich die Vorschriften auf diese mittelbare Wirkung, die wiederum ihre Grenze in den Maßstäben methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung (Auslegungshilfe) und in einer (drohenden) Einschränkung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz findet

<sup>17</sup> BVerfGE 1, 418 (429); *Sander/Cirener*, in: Löwe/Rosenberg VI/1 (Fn. 16), § 250 Rn. 1; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 250 Rn. 1; soweit das *BVerfG* jedoch eine Verfassungsbeschwerde für möglich hält, wenn „die Verletzung derart schwerwiegend [wäre], dass dadurch der rechtsstaatliche Charakter des Verfahrens ernstlich beeinträchtigt würde“, könnte man hierin die frühe Anerkennung einer grundrechtlichen Verankerung durch das Recht auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG) sehen. Eine Verankerung in Art. 103 Abs. 1 GG wurde explizit abgelehnt.

<sup>18</sup> *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 250 Rn. 1; *Norouzi*, Die audiovisuelle Vernehmung von Auslandszeugen, 2010, S. 24; *Sander/Cirener*, in: Löwe/Rosenberg VI/1 (Fn. 16), § 250 Rn. 1; krit.: *Weigend* (Fn. 15), S. 660 ff.

<sup>19</sup> *Weigend* (Fn. 15), S. 666.

<sup>20</sup> BVerfGE 111, 307 (316 f.); *BVerfG*, NJW 2011, 1931 (1935).

<sup>21</sup> BVerfGE 111, 307 (324 ff.); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 76. Ergänzungslieferung 2015, Art. 20 Abs. 3 Rn. 60.

<sup>22</sup> *BVerfG*, NJW 2016, 1295 (1300); *Grabenwarter*, Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, JZ 2010, 857 (861).

<sup>23</sup> *BVerfG*, NJW 2011, 1931 (1935).

(Souveränitätsvorbehalt).<sup>24</sup>

*b) Innerstaatliche Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR*

Darüber hinaus unterliegen alle Träger öffentlicher Gewalt, mithin auch nationale Gerichte, zudem einer Berücksichtigungspflicht hinsichtlich der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)*. Dies lässt sich – jedenfalls in Verfahren unter direkter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland – den Art. 20 Abs. 3, 59 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 42, 44, 46 EMRK sowie – mit Blick auf die Vermeidung von Konflikten mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland und der faktischen Präcedenzwirkung der Rechtsprechung des *EGMR* – dem Rechtsstaatsprinzip und dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit entnehmen.<sup>25</sup> Allerdings besteht nicht nur die Pflicht einer Auseinandersetzung mit Urteilen des *EGMR*, sondern auch die zur sorgsam (schonenden) Rezeption der Entscheidungen unter Beachtung nationalstaatlicher Besonderheiten. Unzulässig wäre daher nicht nur eine Missachtung der Rechtsprechung des *EGMR*, sondern auch eine gegen vorrangiges nationales Recht verstoßende schematische Vollstreckung der Urteile des *Gerichtshofs*.<sup>26</sup>

*c) Das Recht des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK*

*aa) Verankerung im deutschen Verfassungsrecht*

Als verfassungsrechtliches Trägergrundrecht des Rechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK wird einerseits das allgemeine Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG,<sup>27</sup> andererseits das (insoweit speziellere) Recht auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG vorgeschlagen.<sup>28</sup> Überzeugender ist der Rückgriff auf das allgemeinere Grundrecht, kommt es im Rahmen der Befragung eines Zeugen als solcher einerseits doch weniger auf die Stellungnahme des Beschuldigten im Hinblick darauf und andererseits nicht auf die bloße Ausübung des Fragerechts an. Entscheidend sind vielmehr (auch) die durch die Konfrontation bezweckte Herbeiführung der Antwort und das

<sup>24</sup> BVerfGE 111, 307 (318 f., 323, 329); *BVerfG*, NJW 2011, 1931 (1936).

<sup>25</sup> BVerfGE 111, 307 (319-324); *BVerfG*, NJW 2011, 1931 (1935).

<sup>26</sup> BVerfGE 111, 307 (323 ff.).

<sup>27</sup> *BVerfG*, StV 2010, 337 (337 f.); *Krausbeck*, Konfrontative Zeugenbefragung, 2010, S. 43 ff.; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 21), Art. 103 Abs. 1 Rn. 27; *Radtke* (Fn. 9), S. 195.

<sup>28</sup> *Renzikowski*, Das Konfrontationsrecht im Fokus des Anspruchs auf ein faires Verfahren, in: FS Mehle, 2009, S. 529 (530, 547); *Walther*, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA 2003, 204 (219 ff.); *Norouzi* (Fn. 18), S. 25 f., 28.



damit einhergehende non-verbale Verhalten des Zeugen.<sup>29</sup> Wie *Norouzi* (unfreiwillig) treffend konstatiert, ist das Recht auf Konfrontation zwingende, aber eben *bloße Vorbedingung* für die effektive Gewähr rechtlichen Gehörs.<sup>30</sup> Auch gewährt Art. 103 Abs. 1 GG nach Ansicht des *BVerfG* gerade *kein* Recht auf ein bestimmtes Beweismittel.<sup>31</sup> Der Schutzbereich des Art. 103 Abs. 1 GG ist somit nicht eröffnet. Eine erweiternde Auslegung desselben im Lichte des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist mit Blick auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG auch nicht erforderlich und angesichts gefestigter Rechtsprechung zu Art. 103 Abs. 1 GG gar abzulehnen.<sup>32</sup>

bb) Zweck und Gewährleistungsgehalt des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK stellt sich als Ausfluss des *Grundsatzes der Waffengleichheit* dar, der wiederum auf dem *fair-trial-Grundsatz* des Art. 6 Abs. 1 EMRK gründet. Dem Beschuldigten sollen mit Blick auf das besonders wichtige Beweismittel des Zeugen dieselben Möglichkeiten eröffnet werden wie der Staatsanwaltschaft.<sup>33</sup> Eine bloß einseitig von den Strafverfolgungsorganen vorgenommene Vernehmung von Zeugen soll vermieden werden,<sup>34</sup> sodass dem Angeklagten *in angemessener und effektiver Weise* Gelegenheit zu geben ist, Fragen an Zeugen zu stellen, zumindest stellen zu lassen.<sup>35</sup>

(1) Die Konfrontation durch den Angeklagten in der Hauptverhandlung

Dem Beschuldigten muss dabei im Grundsatz die Möglichkeit eröffnet werden, in seiner Anwesenheit die Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit des Zeugen in öffentlicher Verhandlung unter den Augen des Gerichts zu erschüttern.<sup>36</sup> Zu

<sup>29</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 43; *Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig (Fn. 21), Art. 103 Abs. 1 Rn. 27, 66 f.

<sup>30</sup> *Norouzi* (Fn. 18), S. 28 [auf Art. 103 Abs. 1 GG abstellend].

<sup>31</sup> *BVerfG* 57, 250 (274); *Krausbeck* (Fn. 27), S. 43.

<sup>32</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 44 ff.

<sup>33</sup> *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (457); *Valerius*, in: BeckOK-StPO, Ed. 25, Stand: 1.7.2016, Art. 6 EMRK Rn. 47; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI, 26. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 759 f.; *Ambos*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte – Waffengleichheit, partizipatorisches Vorverfahren und Art. 6 EMRK, ZStW 115 (2003), 583 (596 f., 607 f.).

<sup>34</sup> *Schmitt*, Zum Konfrontationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 (d) EMRK, in: FS Rissing-van Saan, 2011, S. 617 (618).

<sup>35</sup> *EGMR*, NJW 2013, 3225 (3226); *Valerius*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 49.

<sup>36</sup> *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (458); *EGMR*, StV 1991, 193 (194); *BVerfG*, NStZ 2007, 534 (534); *Beulke*, Konfrontation und Strafprozessreform, in: FS Riess, 2002, S. 3 (12, 20 f.); *Schmitt* (Fn. 34), S. 618, 623 f.

widersprechen ist dabei einer Auffassung in der Literatur<sup>37</sup>, die dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK als einzig garantierte Rechtsposition des Beschuldigten *a priori* ein bloß mittelbares Fragerecht desselben unter Zuhilfenahme des Verteidigers entnehmen will. Diese übersieht, dass gerade der Beschuldigte selbst regelmäßig über Detailkenntnisse verfügt, die eine intensive Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage in der Befragungssituation erst ermöglichen.<sup>38</sup> Der Gegenauffassung steht somit entscheidend das in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zum Ausdruck gebrachte Recht auf volle Waffengleichheit entgegen.<sup>39</sup> Folgte man der Gegenansicht, stellte man diesen Grundsatz durch eine Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses und einer damit einhergehenden Umgehung etwaiger Begründungserfordernisse in Frage.<sup>40</sup>

Nicht weniger kontrovers erscheint die Frage, ob der Angeklagte im Ausgangspunkt ein Recht auf unmittelbare Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung hat, ihm also ein *Konfrontationsrecht im Sinne einer Gegenüberstellung* zusteht<sup>41</sup> oder nicht<sup>42</sup>. Auch an dieser Stelle ist einem möglichst weiten Verständnis des Gewährleistungsgehalts der Vorrang einzuräumen. Zwar ist der Gegenansicht zuzugestehen, dass der Wortlaut der Norm – im Gegensatz zu dem ihr als Vorbild dienenden Sechsten Zusatzartikel der U.S.-Verfassung – nicht zwingend ein Recht zur Konfrontation vorschreibt („*to be confronted with the witnesses against him*“), sondern sich auf die Einräumung eines Befragungs- bzw. Examinationsrechts („*to examine*“) beschränkt.<sup>43</sup> Auch trifft es zu, dass der Zweck des Konfrontationsrechts nicht in der Einschüchterung des Zeugen

<sup>37</sup> *Waltber* (Fn. 28), S. 212 f.; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 775.

<sup>38</sup> *Renzikowski* (Fn. 28), S. 537; *Ambos* (Fn. 33), S. 608.

<sup>39</sup> *Ambos* (Fn. 33), S. 608.

<sup>40</sup> Vgl. *Renzikowski* (Fn. 28), S. 537; *Ambos* (Fn. 33), S. 608.

<sup>41</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 129 f.; *Paeffgen*, in: SK-StPO X, 4. Aufl. 2012, Art. 6 EMRK Rn. 155; *Schlothauer*, Die Flucht aus der Justizförmigkeit durch die europäische Hintertür, StV 2001, 127 (128); *Waltber* (Fn. 28), S. 214 ff.; *Gerdemann*, Die Verwertbarkeit belastender Zeugenaussagen bei Beeinträchtigungen des Fragerechts des Beschuldigten, 2010, S. 91 f., 306 f.; unklar: *EGMR*, NJW 2013, 3225 (3226) = *EGMR*, Urf. v. 19.7.2012, 26171/07, § 38 – *Hümmer* ./.. *Bundesrepublik Deutschland* [dem Belastungszeugen „entgegenzutreten oder ihn zu befragen“; die englischen Urteilsgründe: „to challenge and question“]; *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (458) [„zu konfrontieren und zu befragen“]; beide Entscheidungen sprechen aber von „kontradiktorischer Prüfung bzw. Auseinandersetzung“.

<sup>42</sup> BGHSt 46, 93 (96); *Valerius*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 51; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 773.

<sup>43</sup> *Waltber* (Fn. 28), S. 213; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 773 (Fn. 1961).

bestehen kann.<sup>44</sup> Jedoch spricht gerade die zu erwartende gesteigerte Aufmerksamkeit und Sorgfalt des Zeugen für ein Recht auf direkte Gegenüberstellung. So wird es Zeugen regelmäßig leichter fallen, sich über das (Fehl-)Verhalten anderer Personen hinter deren Rücken zu äußern, als dieselben Vorwürfe – möglicherweise unbedacht – von Angesicht zu Angesicht zu wiederholen.<sup>45</sup>

## (2) Zum konventionsrechtlichen Begriff des Zeugen

Der Begriff des *Zeugen* i.S.v. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist autonom zu verstehen und erfasst jede Person, deren Aussage vor Gericht als Beweismittel zur Entscheidungsfindung verwendet wird, unabhängig davon, ob sie vor Gericht oder außerhalb des Gerichts oder von einem Mitbeschuldigten gemacht wurde.<sup>46</sup> Hiervon erfasst sind auch anonyme Zeugen, deren Aussagen etwa über Polizeibeamte in die Verhandlung eingebracht werden. Auch auf sie erstreckt sich das Fragerecht also.<sup>47</sup>

## (3) Das Recht auf einmalige bzw. erneute Befragung

Die Möglichkeit der Konfrontation ist dem Beschuldigten *zumindest einmal* im Laufe des Verfahrens einzuräumen. Irrelevant ist, ob dies zu einem Zeitpunkt, in dem die Aussage erstmals gemacht wird, oder zu einem späteren Zeitpunkt geschieht.<sup>48</sup> Zweifelhaft erscheint, ob Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK dem Beschuldigten in Ausnahmefällen auch das *Recht auf erneute Befragung* zugesteht<sup>49</sup> oder nicht<sup>50</sup>. Letztlich sprechen die besseren Gründe dafür, dem Beschuldigten jedenfalls dann eine erneute Befragung zuzugestehen, wenn eine Veränderung der Beweislage eingetreten ist,<sup>51</sup> insbesondere aufgrund neuerlicher, ergänzender belastender Angaben eines Zeugen, oder weil dem Beschuldigten etwa in einem komplexen Verfahren zum Zeitpunkt der ersten Befragung noch kein Verteidiger beigeordnet war.<sup>52</sup> Dies gebietet das Kriterium der Effektivität,

<sup>44</sup> *Schleiminger*, Konfrontation im Strafprozess: Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK, 2001, S. 319.

<sup>45</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 130.

<sup>46</sup> *BGH*, NStZ 2010, 589 (589); *EGMR*, NStZ 2007, 103 (104); *Meyer-Gofner/Schmitt*, StPO, 59. Aufl. 2016, Art. 6 EMRK Rn. 22.

<sup>47</sup> *BGHSt* 46, 93 (97); *Valerius*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 47; vgl. auch *EGMR*, NStZ 2007, 103 (104 f.); *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (458).

<sup>48</sup> *EGMR*, NJW 2013, 3225 (3226).

<sup>49</sup> So *Valerius*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 50; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 779; *Beulke* (Fn. 36), S. 15; *Renzikowski* (Fn. 28), S. 536.

<sup>50</sup> So *Schlothauer* (Fn. 41), S. 128.

<sup>51</sup> *Valerius*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 50; *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 779.

<sup>52</sup> *Esser*, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 779.

das wiederum dem Grundsatz der Waffengleichheit entstammt.<sup>53</sup>

cc) Anforderungen an das Vorliegen eines Konventionsverstößes

Indes gewährt Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK kein absolutes Recht, sondern unterliegt Beschränkungen, die jedoch einer genau bestimmten Rechtfertigung bedürfen.<sup>54</sup> Hervorzuheben ist an dieser Stelle, dass Eingriffe in einzelne Gewährleistungsgehalte des Art. 6 Abs. 3 EMRK nach Ansicht der Rechtsprechung nicht notwendigerweise zu einem Konventionsverstoß, also zu einer Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK führen, als dessen Ausfluss sich Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK darstellt.<sup>55</sup> Entscheidend sei, dass das Verfahren insgesamt fair war.<sup>56</sup> Notwendig hierfür ist demnach zunächst, dass ein *triftiger Grund* („*good reason*“) für die Beschränkung vorlag und die Maßnahme für die Erreichung dieses Zwecks *erforderlich* war.<sup>57</sup> Solche Gründe liegen in einer Vielzahl rechtlicher wie tatsächlicher Hindernisse. Hierbei gilt es zum einen, kollidierende Schutzinteressen, namentlich den Zeugenschutz (Leben, Freiheit, Sicherheit etc.) oder das Gebot der Wahrheitsermittlung, zu beachten. Zum anderen gilt die Pflicht staatlicher Hoheitsträger, alle zumutbaren Schritte zu unternehmen, die für die Anwesenheit des Zeugen und die Sicherstellung der Möglichkeit seiner Befragung erforderlich sind. Diese Pflicht findet ihre Grenze indes in der Unmöglichkeit ihrer Erfüllung.<sup>58</sup> Sodann ist festzustellen, ob die Entscheidung *ausschließlich oder in entscheidendem Ausmaß* („*sole or decisive rule*“) auf die in Rede stehende Zeugenaussage gestützt wurde.<sup>59</sup> Zur Vermeidung eines Konventionsverstößes ist dann entscheidend, ob der Vertragsstaat *ausreichend ausgleichende Maßnahmen* („*sufficient counterbalancing measures*“) getroffen hat.<sup>60</sup> Entscheidend ist, ob diese Maßnahmen einschließlich starker Verfahrensgarantien es ermöglichten, die Verlässlichkeit einer Aussage fair und angemessen zu beurteilen.<sup>61</sup> Nach alledem liegt ein Konventionsverstoß jedenfalls dann vor,

<sup>53</sup> Esser, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 779; Ambos (Fn. 33), S. 609.

<sup>54</sup> EGMR, EuGRZ 2015, 454 (458); Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl. 2016, § 24 Rn. 132.

<sup>55</sup> EGMR, NJW 2013, 3225 (3226); vgl. hierzu auch: BVerfG, StV 2010, 337 (338).

<sup>56</sup> EGMR, NJW 2013, 3225 (3226).

<sup>57</sup> EGMR, EuGRZ 2015, 454 (458 f.); Grabenwarter/Pabel (Fn. 54), § 24 Rn. 134.

<sup>58</sup> EGMR, EuGRZ 2015, 454 (458); BVerfG, StV 2010, 337 (338); BGHSt 51, 150 (154 f.); Schmitt (Fn. 34), S. 625; Esser, in: Löwe/Rosenberg XI (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 795.

<sup>59</sup> EGMR, EuGRZ 2015, 454 (458).

<sup>60</sup> EGMR, EuGRZ 2015, 454 (458).

<sup>61</sup> EGMR, EuGRZ 2015, 454 (458); Valerius, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 50.

wenn eine Verurteilung ausschließlich oder maßgeblich auf die Aussage eines Belastungszeugen gestützt wird, den der Beschuldigte in keinem Stadium des Verfahrens befragen (lassen konnte).<sup>62</sup>

#### 4. Der Schutz und die Rechte des (Opfer-)Zeugen

Zuletzt gilt es die Rolle des Zeugen im Strafverfahren, insbesondere dessen Interessen, Rechte und Pflichten, für die spätere Untersuchung aufzubereiten.

##### a) Zeugenpflicht

Zeugen stellen persönliche Beweismittel dar, die eine persönliche Wahrnehmung über einen in der Regel in der Vergangenheit liegenden Vorgang bekunden sollen.<sup>63</sup> Sie sind durch andere Beweismittel aufgrund ihrer Eigenart regelmäßig nicht ersetzbar<sup>64</sup> und unterliegen aufgrund ihrer zentralen Bedeutung für die Aufklärung von Straftaten und für die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege umfangreichen Zeugnispflichten.<sup>65</sup> Diese Pflichten, die nunmehr u.a. in §§ 48, 57, 59 StPO eine Kodifikation erfahren haben, werden gemeinhin aus einer vom Grundgesetz vorausgesetzten *allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht* abgeleitet.<sup>66</sup> Sie umfassen die Pflicht zu erscheinen, wahrheitsgemäß auszusagen sowie die Aussage ggf. zu beeidigen.<sup>67</sup>

##### b) Die staatliche Pflicht zur Rechtfertigung und Fürsorge

Verlangt der Staat aber die Erfüllung einer solchen Pflicht durch den Bürger, so folgt daraus zweierlei: Einerseits ist die Auferlegung der Pflicht als Eingriff in Grundrechtspositionen zu werten und daher *rechtfertigungsbedürftig*.<sup>68</sup> Greifen Pflichten gar in den Wesensgehalt eines Grundrechts (Art. 19 Abs. 2 GG) oder den Gewährleistungsgehalt des Art. 1 Abs. 1 GG ein, so findet die Auferlegung der Zeugenpflicht ihre absolute Grenze und ist einer Rechtfertigung nicht zugänglich.<sup>69</sup> Andererseits korrespondiert mit der Erwartung des Staates an den Bürger auch eine staatliche Pflicht, das zur Aussage herangezogene Individuum vor mit der Wahrnehmung der Zeugenpflicht einhergehenden (absehbaren)

<sup>62</sup> EGMR, NJW 2013, 2325 (2326); Valerius, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), Art. 6 EMRK Rn. 50.

<sup>63</sup> BGHSt 22, 347 (348); Senge, in: KK-StPO (Fn. 8), Vorb. § 48 Rn. 1.

<sup>64</sup> BGHSt 32, 115 (127); 22, 347 (348 f.); Senge, in: KK-StPO (Fn. 8), Vorb. § 48 Rn. 1.

<sup>65</sup> Snoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 26; vgl. BGHSt 32, 115 (127).

<sup>66</sup> BVerfGE 49, 280 (284), 56, 37 (44); Senge, in: KK-StPO (Fn. 8), Vorb. § 48 Rn. 2.

<sup>67</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 15), § 26 Rn. 10; Snoboda (Fn. 65), S. 26.

<sup>68</sup> Snoboda (Fn. 65), S. 27, 29 ff.; Huber, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), § 48 Rn. 1.

<sup>69</sup> Snoboda (Fn. 65), S. 29 ff., 32, 34.

Gefahren (auch von dritter Seite) zu schützen, also eine *Fürsorgeverpflichtung*.<sup>70</sup> Diese Fürsorgeverpflichtung lässt sich primär auf die subjektivrechtliche wie objektivrechtliche Wirkung der Grundrechte des Zeugen stützen.<sup>71</sup>

#### IV. § 247a Abs. 1 StPO – Videosimultanvernehmung von Zeugen

Im Anschluss an die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs gilt es nunmehr, die Vorschrift des § 247a Abs. 1 StPO eingehend zu untersuchen. Nach dieser Vorschrift kann bei Vorliegen einer dringenden Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen, sollte dieser in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden vernommen werden, der Aufenthalt desselben an einem anderen Ort außerhalb des Sitzungssaals angeordnet werden. Zugleich findet eine simultane, audiovisuelle Übertragung der Aussage in das Sitzungszimmer statt. Selbiges soll unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO zulässig sein, sofern dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist. Unter bestimmten Voraussetzungen gebietet § 247a Abs. 1 StPO zudem eine Aufzeichnung der Aussage (S. 4).

##### 1. Allgemeines

Die Vorschrift verfolgt ausweislich des Gesetzeswortlauts eine doppelte Zwecksetzung. Einerseits kann die audiovisuelle Übertragung zum Zwecke des Zeugenschutzes (S. 1 Halbs. 1), andererseits im Interesse der Wahrheitsforschung angeordnet werden (S. 1 Halbs. 2).<sup>72</sup> Ob auch die Gefährdungsalternative (Halbs. 1) letztlich der Wahrheitsfindung zugutekommt,<sup>73</sup> wird noch zu klären sein. Im Übrigen dient die Ausdehnung der Zulässigkeit nach Halbs. 2 auch der Förderung der Prozessökonomie und der Verfahrensbeschleunigung.<sup>74</sup>

##### a) Gefährdungsalternative (§ 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 StPO)

§ 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 StPO dient dem umfassenden Schutz des *Wohls des Zeugen*, also dessen geistigem, körperlichem sowie seelischem Wohlergehen.<sup>75</sup> Eine *dringende Gefahr* liegt vor, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen positiv

<sup>70</sup> BVerfGE 57, 250 (284 f.); BGHSt 37, 1 (4); *Ignor/Bertbeau*, in: Löwe/Rosenberg II, 26. Aufl. 2008, Vorb. § 48 Rn. 18; *Swoboda* (Fn. 65), S. 36 ff.; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 193 f.

<sup>71</sup> *Swoboda* (Fn. 65), S. 36-40.

<sup>72</sup> *Frister*, in: SK-StPO V, 5. Aufl. 2016, § 247a Rn. 13.

<sup>73</sup> So bspw. *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 46), § 247a Rn. 1.

<sup>74</sup> *Diemer*, Verfahrensfragen im Zusammenhang mit der audiovisuellen Vernehmung nach § 247a StPO, NStZ 2001, 393 (395); *Meyer-Göfner/Schmitt* (Fn. 46), § 247a Rn. 1.

<sup>75</sup> *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 11; *Tsambikakis*, in: SSW-StPO, 2. Aufl. 2016, § 247a Rn. 5.

feststeht, dass solche Folgen im konkreten Einzelfall mit hoher Wahrscheinlichkeit bei einer Vernehmung im Gerichtssaal eintreten werden.<sup>76</sup> Auch muss die Gefahr *schwerwiegender Nachteile* bestehen, bezweckte der Gesetzgeber doch primär den Schutz vor massiven Belastungen.<sup>77</sup> Im Unterschied zu § 247 S. 2 StPO bedarf es keiner allein von der Gegenwart des Angeklagten ausgehenden Gefahr. Vielmehr genügt es, dass die Gefahr von den Anwesenden in der Hauptverhandlung ausgeht.<sup>78</sup> Allein auf eine Gefährdung der Wahrheitsfindung durch die Anwesenheit des Angeklagten (vgl. § 247 S. 1 StPO) stellt § 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 StPO nicht ab.<sup>79</sup> Die Vorschrift erfasst alle Zeugen und beschränkt sich – wie auch Halbs. 2 – nicht auf Opferzeugen.<sup>80</sup> Als typischer Anwendungsfall des Halbs. 1 firmiert der Schutz der Opfer von Sexualstraftaten, sofern mit der Vernehmung im Sitzungssaal eine erhebliche Retraumatisierung einherzugehen droht.<sup>81</sup> Zudem können auch – je nach individueller Belastbarkeit – speziell Kinder als (Opfer-)Zeugen sowie Opfer innerfamiliärer Gewalt dem Tatbestand unterfallen.<sup>82</sup> Aber auch Zeugen, die drohenden Repressalien und Vergeltungsmaßnahmen ausgesetzt sind, werden von Halbs. 1 erfasst. Betroffen sind insbesondere Zeugen aus dem Bereich Organisierter Kriminalität.<sup>83</sup>

*b) Beweissicherungsalternative (§ 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StPO)*

Nach § 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StPO ist die Anordnung der Vernehmung auch dann zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO vorliegen, der Zeuge also entweder am Erscheinen in der Hauptverhandlung *gehindert* ist (Nr. 1), ihm ein Erscheinen *nicht zumutbar* ist (Nr. 2) oder wenn die Verfahrensbeteiligten mit der Einvernahme via Videosimultanübertragung *einverstanden* sind (Nr. 3). Zudem muss die Maßnahme zur Erforschung der Wahrheit erforderlich sein. Es kommt also entscheidend darauf an, welchen Aufklärungswert das Gericht der Videovernehmung im Vergleich zu den

<sup>76</sup> Diemer, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 11; Tsambikakis, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 247a Rn. 6.

<sup>77</sup> BT-Drucks. 13/7165, S. 9; vgl. auch Tsambikakis, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 247a Rn. 5.

<sup>78</sup> Meyer-Gofner/Schmitt (Fn. 46), § 247a Rn. 3.

<sup>79</sup> Meyer-Gofner/Schmitt (Fn. 46), § 247a Rn. 3; Berg, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), § 247a Rn. 4.

<sup>80</sup> Hamm, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 27.2.2014 – 2 BvR 261/14, StV 2015, 139 (140); Tsambikakis, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 247a Rn. 2.

<sup>81</sup> BVerfG, MedStra 2015, 34 (34, 36); Svoboda (Fn. 65), S. 154 ff.

<sup>82</sup> Becker, in: Löwe/Rosenberg VI/1 (Fn. 16), § 247a Rn. 6; Frister, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 28.

<sup>83</sup> Svoboda (Fn. 65), S. 152 ff.; Diemer, Zeugenschutz und Unmittelbarkeitsprinzip bei der gerichtlichen Sachaufklärung im Bereich der Organisierten Kriminalität, in: FS Nehm, 2006, S. 257 (259).

prinzipiell gleichrangigen und ggf. verfügbaren Beweissurrogaten beimisst.<sup>84</sup> Der persönliche Anwendungsbereich des § 247a Abs. 1 StPO wird angesichts des Wortlauts der Vorschrift („Voraussetzungen“) und ihrer Systematik (§ 247a Abs. 2 StPO) durch den Verweis auf § 251 Abs. 2 StPO nicht über Zeugen hinaus erweitert.<sup>85</sup> Als Anwendungsfälle dieser Variante gelten insbesondere die für das Erscheinen in der Hauptverhandlung analog § 96 StPO bzw. nach §§ 110b Abs. 3, 96 StPO *gesperrten Zeugen*.<sup>86</sup> Auch bei *Auslandszeugen* kommt ein Rückgriff auf § 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StPO in Betracht.<sup>87</sup>

## 2. Kollidierende Grundsätze und Interessen

Welchen Aspekten das Gericht im Rahmen der pflichtgemäßen Ausübung seines Ermessens („kann“) Rechnung zu tragen hat, bleibt nun zu erörtern.

### a) Negative Implikationen einer audiovisuellen Simultanvernehmung

#### aa) Verstoß gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO)

Ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz läge vor, wenn das Gericht durch die Simultanübertragung einen im Vergleich zur gewöhnlichen Vernehmung weniger intensiven oder auf sonstige Weise verfälschten persönlichen Eindruck von dem Zeugen gewinnt.<sup>88</sup> Von Kritikern wird mehrheitlich angeführt, die zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung erforderliche Unmittelbarkeit der Kommunikation im Sinne einer „emotionalen Nähe“ könne niemals erreicht werden.<sup>89</sup> Auch bestünde die Gefahr, dass sich das Gericht und die Verfahrensbeteiligten durch die normative Gültigkeitskraft von Fernsehbildern oder aber aufgrund eigener Skepsis gegenüber derartigen Übertragungen ein verfälschtes Urteil über die Glaubwürdigkeit des Zeugen bzw. den Informationsgehalt der Vernehmung bildeten.<sup>90</sup> Auch könne die ungewohnte Situation, sich vor einer Kamera äußern zu müssen, dem Zeugen befremdlich erscheinen, Ängste und Hemmungen hervorrufen und dadurch die Aussage verfälschen.<sup>91</sup> Andererseits bestünde die Gefahr der Verfälschung der gerichtlichen Überzeugungsbildung durch besonders mediengeschulte

<sup>84</sup> Diemer, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 11.

<sup>85</sup> Tsambikakis, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 247a Rn. 14; Diemer, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 12.

<sup>86</sup> BGHSt 51, 232 (235); Meyer-Göfner/Schmitt (Fn. 46), § 247a Rn. 6.

<sup>87</sup> BGHSt 45, 188 (190 ff.); Tsambikakis, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 247a Rn. 2, 13.

<sup>88</sup> Vgl. Frister, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 15; Becker, in: Löwe/Rosenberg VI/1 (Fn. 16), § 247a Rn. 2.

<sup>89</sup> Fischer (Fn. 3), S. 820; Mehle, Unmittelbarkeitsprinzip und Zeugenschutz, in: FS Grünwald, 1999, S. 351 (363).

<sup>90</sup> Fischer (Fn. 3), S. 820; Mehle (Fn. 89), S. 363.

<sup>91</sup> Beulke (Fn. 6), S. 725, 736; Diemer, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 5.



Zeugen.<sup>92</sup> Zudem bestehe die Möglichkeit, dass sich der auf Distanz befragte Zeuge eher dem dialogischen Spannungsverhältnis entziehen könne, als dies bei direktem Kontakt mit den Verfahrensbeteiligten in einem Raum der Fall sei.<sup>93</sup> Auch bereite es dem Gericht Schwierigkeiten, sich einen angemessenen Eindruck von der Auskunftsperson zu verschaffen und ihr nonverbales Verhalten, insbesondere ihre körperlichen Reaktionen, zu beobachten.<sup>94</sup> Darüber hinaus gelte es – gerade im Falle von im Ausland befindlichen Zeugen – die Gefahr der fehlenden Sanktionierbarkeit von Falsch- oder pflichtwidrigen Nichtaussagen zu bedenken.<sup>95</sup> Teils wird vorgebracht, etwaige Hemmungen, eine Falschaussage zu machen, könnten bereits durch die räumliche Abschirmung des Zeugen als solche und der Anwesenheit etwaiger Vertrauenspersonen eher reduziert werden, als dies bei der Anwesenheit im Sitzungssaal der Fall sei.<sup>96</sup> Auch erschwerten Simultanübertragungen möglicherweise spontane Nachfragen oder würden die Gefahr der reduzierten, gar selektiven Wahrnehmung der Reaktionen der Verfahrensbeteiligten in sich bergen.<sup>97</sup>

Dem ist (zumindest in Teilen) zu widersprechen. Mit Blick auf § 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StPO gilt es zu beachten, dass dieser Variante ein Verstoß gegen den Grundsatz des Rückgriffs auf das bestmögliche Beweismittel nicht entnommen werden kann. Durch diese Vorschrift wird gerade erst der – wenn auch vermittelte – Zugriff auf das Originalbeweismittel eröffnet und verhindert, dass sich Gericht und Verfahrensbeteiligte mit den geringwertigeren und unzuverlässigeren Beweissurrogaten der §§ 251 ff. StPO, also mit der bloß inhaltlichen Reproduktion der Aussage, zu begnügen haben.<sup>98</sup> Den Bedenken ist aber auch im Übrigen – vorbehaltlich besonderer Einzelfälle, die auf Ebene des Ermessens berücksichtigt werden können – mehrheitlich entgegenzutreten. Die von Kritikern vorgebrachten durch die Videotechnik hervorgerufenen Hemmungen des Zeugen sind (in Zeiten von „Skype“ etc.) bereits in ihrer Existenz zweifelhaft, dürften aber jedenfalls im Gesprächsverlauf schnell abgebaut werden.<sup>99</sup> Wahrscheinlicher ist vielmehr, dass Angst und Nervosität sowie damit verbundene Sprechhemmungen, die gerade durch die Atmosphäre der Hauptverhandlung hervorgerufen werden, durch die geschaffene Distanz

<sup>92</sup> Hamm (Fn. 80), S. 141 f.

<sup>93</sup> BGHSt 45, 188 (196); Hamm (Fn. 80), S. 141; Eisenberg, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 27.2.2014 – 2 BvR 261/14, MedStra 2015, 37 (38).

<sup>94</sup> BGHSt 45, 188 (196); Diemer, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 5.

<sup>95</sup> BGHSt 45, 188 (196); eingehend hierzu: Norouzi (Fn. 18), S. 223 ff.

<sup>96</sup> Eisenberg (Fn. 93), S. 38; Diemer (Fn. 74), S. 396.

<sup>97</sup> Eisenberg (Fn. 93), S. 38; Diemer, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 5.

<sup>98</sup> Beulke (Fn. 6), S. 732; Frister, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 13, 20.

<sup>99</sup> Eisenberg (Fn. 93), S. 38; Gerdemann (Fn. 41), S. 241.

so weit abgebaut werden, dass der Informationsfluss hiervon profitiert.<sup>100</sup> Mit Blick auf mediengeschulte Zeugen gilt es auf die verantwortungsvolle und kritische Würdigung durch das Gericht und die auch in einer Hauptverhandlung bestehende Inszenierungsgefahr zu verweisen.<sup>101</sup> Auch der Einwand einer nur unzureichenden Wahrnehmbarkeit von Mimik und Gestik der Auskunftsperson vermag mit Blick auf den heutigen Stand der Technik (HD-Bildschirme, schwenkbare Kameras mit Zoom-Möglichkeiten) nur bedingt zu überzeugen.<sup>102</sup> Mit Blick auf die heutige Tonübertragungsqualität ist erst recht eine Beeinträchtigung der Wahrnehmung des maßgeblich verbalen Verhaltens des Zeugen sowie der Möglichkeit spontaner Nachfragen im Regelfall nicht anzunehmen.<sup>103</sup> Indes verbleiben das Problem einer gewissen räumlichen Abschottung und die damit verbundene Gefahr der Tötung einer unwahren Aussage, auch wenn dies bis heute nicht als empirisch bestätigt angesehen werden kann.<sup>104</sup> Erst recht gilt dies für die Vernehmung von Zeugen im Ausland. Mithin lässt sich in Fällen des Halbs. 2 kein, in Fällen des Halbs. 1 allenfalls ein nicht allzu schwerwiegender Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO feststellen.

#### bb) Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit

Auch Verstöße gegen den strafprozessualen Unmittelbarkeitsgrundsatz scheinen nicht ausgeschlossen.

##### (1) Formelle Unmittelbarkeit

Zum einen werden seitens einer eher beschaulichen Zahl an Stimmen in der Literatur Bedenken hinsichtlich der formellen Unmittelbarkeit geäußert.<sup>105</sup> Hiergegen wendet sich eine andere Ansicht in der Literatur.<sup>106</sup> Der Unmittelbarkeitsgrundsatz fordere lediglich, dass das erkennende Gericht die verwerteten Beweise selbst erheben und wahrnehmen müsse. Dies geschehe im Rahmen einer audiovisuellen Simultanvernehmung aber gerade.<sup>107</sup> Dies vermag indes nicht zu überzeugen, fehlt es doch gerade an einer körperlichen

<sup>100</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 733; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 242.

<sup>101</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 739.

<sup>102</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 725 f.; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 8; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 241 ff.; vgl. bereits im Jahr 2001: *Schöb*, Erfahrungen mit der Videovernehmung nach dem Zeugenschutzgesetz, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 365 (377 f.).

<sup>103</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 243; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 10.

<sup>104</sup> *Eisenberg* (Fn. 93), S. 38; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 10.

<sup>105</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 732 f.; *Snoboda* (Fn. 65), S. 144.

<sup>106</sup> *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 14; *Rieck*, Audiovisuelle Konfrontationsvernehmung gemäß § 247a StPO, StraFo 2000, 400 (403).

<sup>107</sup> *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 14.

Anwesenheit des Zeugen vor dem erkennenden Gericht. Diese hat zur Folge, dass die Kommunikation zwischen Zeuge und Gericht durch eine dazwischen geschaltete technische Einrichtung (technischer Filter) erfolgt, also nur vermittelt wahrgenommen wird.<sup>108</sup> Eine Verletzung der formellen Unmittelbarkeit liegt vor.

## (2) Materielle Unmittelbarkeit

Auch unter dem Gesichtspunkt der materiellen Unmittelbarkeit (§ 250 StPO) herrscht Uneinigkeit. Während eine Strömung in der Literatur postuliert, es liege keine Einschränkung des Grundsatzes vor,<sup>109</sup> wird dies wohl überwiegend und im Ergebnis zu Recht bejaht.<sup>110</sup> Zwar ist ersterer Auffassung dahingehend zuzustimmen, dass es sich bei dem zu vernehmenden Zeugen als solchem nicht um ein Beweissurrogat, sondern vielmehr um das Originalbeweismittel handelt.<sup>111</sup> Jedoch verkennt die Gegenansicht, das nicht der physisch abwesende Zeuge, sondern sein technisch vermitteltes, simultan übertragenes verbales wie nonverbales Verhalten, also „die Übertragung“, Gegenstand der Wahrnehmung des Gerichts ist. Mithin handelt es sich hierbei allenfalls um ein *quasi-originales Beweismittel*, das dem direkten Zugriff auf die Beweisquelle im Regelfall zwar gleichsteht, dennoch – jedenfalls im pathologischen Ausnahmefall (z.B. Ausfall der Kamera) – einen materiellen und darüber hinaus einen begriffologischen Unterschied in sich birgt. Die Unmittelbarkeit der Zeugenaussage wird lediglich simuliert.<sup>112</sup> Getragen wird die Annahme eines Verstoßes auch durch die Gesetzessystematik des § 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StPO, der die Anordnung einer audiovisuellen Vernehmung unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 2 StPO für zulässig erklärt, also das in Nr. 1 und Nr. 2 gerade fehlende „Erscheinen in der Hauptverhandlung“ als Präsenz im Sitzungssaal unter den Augen des Gerichts versteht.<sup>113</sup> Ein Verstoß gegen § 250 S. 1 StPO ist anzunehmen.

## cc) Verletzung des Rechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Auch eine Verletzung des Konfrontationsrechts erscheint möglich. Bejaht man

<sup>108</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 733; vgl. *Berg*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), § 247a Rn. 1.

<sup>109</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 732; *Rieck* (Fn. 106), S. 403.

<sup>110</sup> BGHSt 45, 188 (196) [Hinweis auf § 250 StPO]; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 15; *Berg*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), § 247a Rn. 1; *Becker*, in: Löwe/Rosenberg VI/1 (Fn. 16), § 247a Rn. 2.

<sup>111</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 732; *Rieck* (Fn. 106), S. 403; *Eisenberg* (Fn. 93), S. 37; *Becker*, in: Löwe/Rosenberg VI/1 (Fn. 16), § 247a Rn. 2.

<sup>112</sup> *Eisenberg* (Fn. 93), S. 37.

<sup>113</sup> Vgl. *Roxin/Schünemann* (Fn. 15), § 46 Rn. 8; *Norouzi* (Fn. 18), S. 19 f. [der hieraus die Konsequenz einer Verletzung des § 250 StPO aber nicht ziehen möchte].

mit der oben vertretenen Ansicht das Recht auf „Gegenüberstellung“ in der Hauptverhandlung, wird man bereits unter diesem Gesichtspunkt angesichts der körperlichen Abwesenheit einen Eingriff annehmen müssen. Die Annahme eines Eingriffs in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK lässt sich darüber hinaus auf den möglicherweise weniger intensiven Eindruck von der Auskunftsperson sowie einer evtl. geringeren Hemmung, vor der Kamera die Unwahrheit zu sagen, stützen.<sup>114</sup> Auch gilt es, die Möglichkeit des Zeugen zu benennen, sich dem Spannungsverhältnis von Frage und Antwort eher zu entziehen, als bei direkter Konfrontation in demselben Raum.<sup>115</sup> Die Videovernehmung erlaubt es dem Beschuldigten allerdings, den Zeugen mit neuen Erkenntnissen in einem effektiven Gegenverhör zu konfrontieren, um die Stichhaltigkeit seiner Aussage vor den Augen des Gerichts in Frage zu stellen. Sie ermöglicht dem Beschuldigten nicht nur die Anwesenheit bei der Befragung, sondern die aktive Partizipation daran.<sup>116</sup> Auch dürfte die Wahrnehmung des nonverbalen Verhaltens im Regelfall problemlos möglich sein.<sup>117</sup> Mithin wird man im Regelfall von einem eher geringen Eingriff sprechen können, der durch den Zweck des Zeugenschutzes – vorbehaltlich seiner Erforderlichkeit (siehe unten) – triftig begründet sowie – im Falle der hervorgehobenen Bedeutung für die Verurteilung (allein oder entscheidend) – bereits durch die audiovisuelle Befragungsmöglichkeit hinreichend kompensiert sein dürfte.<sup>118</sup> Dies gilt umso mehr, als das Fragerecht des Beschuldigten durch den möglichen Abbau von Hemmungen mittels § 247a Abs. 1 StPO überhaupt erst ermöglicht wird.<sup>119</sup>

#### *b) Vorteile einer audiovisuellen Simultanvernehmung*

Andererseits gilt es die Vorteile der Videosimultanvernehmung zu würdigen.

##### *aa) Zeugen- und Opferschutz*

Die durch die Übertragung nach Halbs. 1 geschaffene Distanz ermöglicht die Vermeidung erheblicher psychischer Belastungen für besonders sensible (Opfer-)Zeugen, indem man sie der Atmosphäre der Hauptverhandlung entzieht bzw. ihnen eine Begegnung v.a. mit dem Angeklagten erspart.<sup>120</sup> Im Falle gefährdeter Zeugen dient die Distanz dem Schutz der physischen Integrität desselben. Der Aufenthalt des Zeugen an einem geheimen Ort

<sup>114</sup> Vgl. *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 12; vgl. hierzu bereits **IV. 2. a) aa**).

<sup>115</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 258.

<sup>116</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 259; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 12.

<sup>117</sup> *Eisele*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.11.2006 – 1 StR 493/06, JR 2007, 303 (305); *Gerdemann* (Fn. 41), S. 246.

<sup>118</sup> *Krausbeck* (Fn. 27), S. 259; *Ambos* (Fn. 33), S. 610.

<sup>119</sup> *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 12, 16; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 246.

<sup>120</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 733; vgl. *BVerfG*, MedStra 2015, 34 (34, 36).

erschwert die mit einem Auftritt in der Hauptverhandlung verbundene Möglichkeit der Lokalisierung und die daraus resultierende Möglichkeit eines Angriffs auf den Zeugen während und im zeitlichen Umfeld der Hauptverhandlung.<sup>121</sup>

bb) Das Interesse an der Wahrheitsfindung (Untersuchungsgrundsatz)

Zudem bewirkt gerade in Fällen von sensiblen und akut gefährdeten Zeugen die durch § 247a Abs. 1 StPO hervorgerufene Distanz zur Hauptverhandlung, dass der Zeuge etwaige – auf die Angst vor Angriffen auf seine Person zurückzuführende – Hemmungen abbauen kann. Hiervon profitiert letztlich der Informationsfluss.<sup>122</sup> Folglich stellt die nach Halbs. 1 vernommene Person gar u.U. das besser geeignete Beweismittel i.S.d. Untersuchungsgrundsatzes dar. Mit Blick auf Vernehmungen nach Halbs. 2 wurde bereits die Vorteilhaftigkeit der Videosimultanvernehmung gegenüber Beweissurrogaten dargelegt.

c) Gesamtbetrachtung

Mit der audiovisuellen Simultanübertragung geht in den Fällen des § 247a Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 StPO kein, in Fällen des Halbs. 1 allenfalls ein nicht allzu schwerwiegender Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO einher. Indes wird der Grundsatz der Unmittelbarkeit in formeller wie materieller Hinsicht verletzt. Eine Verletzung des Rechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK und eine etwaig daraus resultierende Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK ist im Regelfall wiederum nicht zu befürchten. Den nicht allzu schwerwiegenden Nachteilen stehen mit dem Schutz der psychischen wie physischen Integrität des Zeugen sowie der Förderung der Wahrheitsfindung gewichtige Vorteile entgegen.

## V. Videosimultanvernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung

Es stellt sich mit Blick auf Bestrebungen der Ermittlungsbehörden zur Ergreifung bestmöglicher Schutzmaßnahmen zugunsten von verdeckten Ermittlern und sog. Vertrauenspersonen die Frage, ob und inwieweit eine Videosimultanvernehmung bei gleichzeitiger optisch-akustischer Verfremdung des Zeugen mittels technischer Maßnahmen<sup>123</sup> zum Schutz dieser Personen *de lege lata* zulässig ist. Die Untersuchung soll sich dabei – soweit möglich – auf solche Verstöße und Beeinträchtigungen beschränken, die über diejenigen mit einer gewöhnlichen Videosimultanvernehmung einhergehenden Einschränkungen hinausgehen oder davon abweichen. Im Übrigen sei auf die Ausführungen zuvor verwiesen.

<sup>121</sup> Gerdemann (Fn. 41), S. 234 (Fn. 896), 239.

<sup>122</sup> Beulke (Fn. 6), S. 733; Swoboda (Fn. 65), S. 170, 147.

<sup>123</sup> Vgl. BGH, JR 2007, 428 (428); Krausbeck (Fn. 27), S. 289.

## 1. Der Einwand der fehlenden Rechtsgrundlage

Gegen eine solche Vorgehensweise wird – in Anlehnung an eine frühere Entscheidung des Großen Strafsenats<sup>124</sup> – vielfach vorgetragen, sie entbehre einer tauglichen Rechtsgrundlage und sei daher unzulässig.<sup>125</sup> Dem ist entgegenzutreten. So kann bereits – sollte dem so sein – allein aus dem Fehlen einer gesetzlichen Regelung für eine bestimmte Art der Beweiserhebung – jedenfalls wenn diese mit übrigen Rechtsgrundsätzen in Einklang steht – nicht auf deren Unzulässigkeit geschlossen werden. Dies zeigt beispielsweise die mehrheitliche Anerkennung des Zeugen vom Hörensagen.<sup>126</sup> Darüber hinaus erfuhre die zugrunde gelegte Rechtslage seit oben zitiertem Urteil eine grundlegende Änderung. Einerseits wurde der Einsatz von Videotechnik zum Schutz des Zeugen ausdrücklich als Form der Beweiserhebung geregelt (§§ 247a, 255a StPO). Andererseits erlaubt § 68 Abs. 3 StPO die aktuelle Identität des Zeugen als Ganze zu verschweigen.<sup>127</sup> Auch steht der Wortlaut des § 247a StPO – obwohl er diese nicht ausdrücklich benennt – einer Abschirmung nicht entgegen, stellt doch auch eine optisch-akustisch veränderte Videovernehmung eine simultane Bild-Ton-Übertragung dar.<sup>128</sup> Insbesondere mit Blick auf Zeugen aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität wird man eine Videovernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung allerdings zur vollen Entfaltung des Schutzzwecks des § 247a StPO als durch diese Vorschrift legitimiert ansehen müssen.<sup>129</sup> Mithin findet die abgeschirmte Videovernehmung ihre Rechtsgrundlage in § 247a Abs. 1 StPO.

## 2. Die gerichtliche Aufklärungspflicht

Mit Blick auf § 244 Abs. 2 StPO kann – jedenfalls in Fällen drohender (berechtigter) Sperrung des Zeugen analog § 96 StPO bzw. gemäß §§ 110b Abs. 3 S. 3, 96 StPO – ein Verstoß erst gar nicht ausgemacht werden. Der Untersuchungsgrundsatz verpflichtet ausschließlich zur Einvernahme des *bestmöglichen* Beweismittels.<sup>130</sup> Vielmehr lässt sich § 244 Abs. 2 StPO in derartigen Fällen ein *Gebot* des Vorrangs der verfremdeten Videovernehmung

<sup>124</sup> BGHSt 32, 115 (124 f.).

<sup>125</sup> *Senge*, in: KK-StPO (Fn. 8), Vorb. § 48 Rn. 71; *Valerius* (Fn. 7), S. 466 ff.

<sup>126</sup> *Diemer* (Fn. 83), S. 264; *Güntge*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 7.3.2007 – 1 StR 646/06, JR 2007, 429 (432); *Walter*, Vermummte Gesichter, verzerrte Stimmen – audiovisuell verfremdete Aussagen von V-Leuten, StraFo 2004, 224 (226).

<sup>127</sup> *Diemer* (Fn. 83), S. 265; *Walter* (Fn. 126), S. 226.

<sup>128</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 286; vgl. auch *Güntge* (Fn. 126), S. 431.

<sup>129</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 287.

<sup>130</sup> *Norouzi*, Videovernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung – BGH, NJW 2003, 74, JuS 2003, 434 (436 f.); *Norouzi* (Fn. 18), S. 214.

gegenüber der Verwendung von Beweissurrogaten entnehmen.<sup>131</sup> Letztere stellen sich als weitaus weniger geeignet dar, berichten doch häufig insbesondere als VP-Führer auftretende Vernehmungsbeamte, so sie denn als Zeugen vom Hörensagen vernommen werden, über Ereignisse, die sie selbst gerade nicht erlebt haben. Zudem können derartige Beamte auch leichter in Versuchung geraten, das Aufkommen von Zweifeln an der Glaubwürdigkeit des gesperrten Zeugen zu verhindern, um das Ergebnis ihrer eigenen Tätigkeit im Nachhinein nicht zu gefährden.<sup>132</sup> Insbesondere letzterer Aspekt erscheint höchst problematisch, wird dem Gericht doch nicht nur die Möglichkeit der direkten Würdigung der Glaubwürdigkeit des gesperrten Zeugen entzogen. Vielmehr erlangen Ermittlungsbeamte die Möglichkeit der Disposition über die Glaubwürdigkeit der Aussage des ursprünglichen Belastungszeugen.<sup>133</sup>

### 3. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz

Mit Blick auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz wird in Fällen drohender Sperrung eines Zeugen zutreffend angeführt, dass, erachte die Rechtsordnung in diesen Fällen den Rückgriff auf Beweissurrogate (Protokolle, Zeugen vom Hörensagen) für zulässig, dies erst recht für die den Unmittelbarkeitsgrundsatz minder beeinträchtigende Heranziehung einer Videovernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung gelten müsse.<sup>134</sup>

### 4. Das Konfrontationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

Auch stellt sich die Frage einer über den Normalfall des § 247a Abs. 1 StPO hinausgehenden Beeinträchtigung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK. Bedenken begegnen dieser Art der Vernehmung mit Blick auf das Recht des Angeklagten, aus Gründen der effektiven Kontrolle der Glaubwürdigkeit des Zeugen auch dessen (nonverbale) Reaktion auf gestellte Fragen beobachten zu können.<sup>135</sup> Teilweise wird an dieser Stelle postuliert, auch eine technisch verfremdete Videosimultanvernehmung werde dem gerecht, da die Abschirmung nicht (stets) zu einer vollständigen Unkenntlichmachung des Vernehmungsvorgangs

<sup>131</sup> BGHSt 51, 232 (235); *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 247a Rn. 14.

<sup>132</sup> *Güntge* (Fn. 126), S. 430; *Norouzi* (Fn. 130), S. 436; *Weider*, Die Videovernehmung von V-Leuten gemäß § 247a StPO unter optischer und akustischer Abschirmung, StV 2000, 48 (53).

<sup>133</sup> Ähnlich *Norouzi* (Fn. 130), S. 435 f.; dies ist erst recht deshalb problematisch, weil gerade sog. Vertrauenspersonen oftmals selbst dem kriminellen Milieu entstammen, unter Suchtproblemen leiden, undurchsichtige Eigeninteressen verfolgen können bzw. sich dem Ermittlungsdruck sowie dem Wohlwollen der Ermittlungsbehörden schutzlos ausgesetzt sehen, vgl. *Weider* (Fn. 132), S. 49.

<sup>134</sup> BGH, NStZ 2003, 274 (275); *Norouzi* (Fn. 130), S. 437; *Weider* (Fn. 132), S. 52.

<sup>135</sup> EGMR, StV 1997, 617 (619); *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrechtsverfahrensrecht, 2002, S. 670 f.; *Renzikowski* (Fn. 28), S. 537 ff.; *Ambos* (Fn. 33), S. 633.

zwingt.<sup>136</sup> Indes bleibt zweifelhaft, wie gleichzeitig ein Erkennen der Gesichtszüge und der Stimmen der Zeugen verhindert werden kann (Geeignetheit des Mittels zum Zeugenschutz), ohne dass die Beobachtung der Mimik sowie die Wahrnehmung von Tonfall und Stimmfärbung in erheblicher Weise beeinträchtigt wird.<sup>137</sup> Allenfalls mit Blick auf die Gestik lässt sich anführen, dass diese trotz Verzerrung größtenteils wahrnehmbar bleibt, der Beschuldigte also das Zittern oder hektische Bewegungen des Zeugen wahrnehmen kann.<sup>138</sup> Eine Beschränkung des Konfrontationsrechts liegt trotz allem vor. Indes wird insbesondere der *Bundesgerichtshof* unter Zustimmung der Literatur nicht müde, zu betonen, dass eine Vernehmung von Zeugen unter Anwendung optisch-akustischer Verfremdungsmaßnahmen das bessere Beweismittel mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK darstelle als die völlige Sperrung des Zeugen und der Rückgriff auf Beweissurrogate.<sup>139</sup> Neben den zuvor angesprochenen Nachteilen der Einvernahme von Zeugen vom Hörensagen<sup>140</sup> wird speziell mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vorgebracht, durch die Videovernehmung werde dem Beschuldigten immerhin die Möglichkeit der Befragung eröffnet, die ihm sonst nicht zur Verfügung stünde.<sup>141</sup> Dies mag einerseits zutreffen, andererseits verleitet eine derartige Argumentation zu einer Beschränkung des Sichtfelds auf das Arsenal möglicher Konsequenzen einer Sperrung.<sup>142</sup> Dieses Arsenal enthalte neben dem (den Ermittlungsbehörden freilich häufig entgegenkommenden) Rückgriff auf Beweissurrogate auch die Unzulässigkeit des Beweismittels und seiner Surrogate. Gegen die Unzulässigkeit spräche indes, dass auch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK kein schrankenlos gewährleistetes Recht darstellt, sondern vielmehr einen Ausgleich zwischen den Interessen des Beschuldigten und den Erfordernissen der Strafverfolgung herzustellen versucht.<sup>143</sup>

#### a) Berechtigter Grund und Erforderlichkeit

Als guten Grund für die körperliche Abwesenheit und Anonymität des Zeugen akzeptierte der *EGMR* jüngst insbesondere den Schutz von Leib und Leben des Zeugen und diesem nahestehenden Personen.<sup>144</sup> Auch die erneute

<sup>136</sup> In diesem Sinne *Güntge* (Fn. 126), S. 430.

<sup>137</sup> *Renzikowski* (Fn. 28), S. 539; *Esser* (Fn. 135), S. 671 f., 678.

<sup>138</sup> So *Gerdemann* (Fn. 41), S. 277, 279.

<sup>139</sup> BGHSt 51, 232 (235); *BGH*, NStZ 2003, 274 (275 f.); *Beulke* (Fn. 6), S. 727; vgl. nun auch *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (459).

<sup>140</sup> Siehe hierzu **V. 2.**

<sup>141</sup> *Diemer* (Fn. 74), S. 398; *Diemer* (Fn. 83), S. 266; *Swoboda* (Fn. 65), S. 196; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 62; implizit auch: *BGH*, NStZ 2003, 274 (275 f.).

<sup>142</sup> In diesem Sinne *Valerius* (Fn. 7), S. 463.

<sup>143</sup> *Walter* (Fn. 126), S. 228; exemplarisch hierfür: *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (458).

<sup>144</sup> *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (458); vgl. *Walter* (Fn. 126), S. 227.



Einsetzbarkeit eines Verdeckten Ermittlers, also die Effektivität der Strafverfolgung, wurde bisweilen anerkannt.<sup>145</sup> Von der Erforderlichkeit der Maßnahme kann man mit Blick auf die mit einer Identifizierung einhergehenden Gefahren und die deshalb drohende Sperrung des Zeugen im Einzelfall ausgehen.<sup>146</sup>

*b) Die sole-or-decisive-Regel*

Sodann gilt es zu fragen, ob die abgeschirmte Videovernehmung die spätere Verurteilung des Beschuldigten in alleinigem oder zumindest entscheidendem Maße trug. Hierbei spricht die Tatsache, dass diese Aussage durch weitere bestätigende Beweismittel gestützt wurde, nicht notwendig gegen eine entscheidende Bedeutung des Beweismittels.<sup>147</sup>

*c) Hinreichende Kompensationsmaßnahmen*

Ist eine derartige Bedeutung der Aussage gegeben, gilt es das Vorliegen hinreichend kompensierender Faktoren zu prüfen. Der *EGMR* lehnte jüngst einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK mit der Begründung ab, der Beschuldigte habe die Aussage des anonymen Zeugen, die durch einen Zeugen vom Hörensagen (Führungsbeamter) eingeführt wurde, durch einen Rückfragenkatalog, dessen Beantwortung wiederum durch den die Rückfragen stellenden Führungsbeamten in die Hauptverhandlung eingeführt wurde, in Frage stellen können. Zudem habe eine Kompensation auf Beweiswürdigungsebene stattgefunden, habe das Gericht doch eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung vorgenommen und die ihm vorliegende Aussage durch weitere ihm vorliegende bestätigende Beweismittel geprüft.<sup>148</sup> Im Vergleich zu der Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen mit schriftlicher Rückfragemöglichkeit stellt eine abgeschirmte Videovernehmung mit Blick auf den – wenn auch vermittelten – Zugriff auf die Vernehmungsperson das bessere Beweismittel dar (verfahrensrechtliche Kompensation). Mithin dürfte im Lichte dieser Rechtsprechung eine Verurteilung dann Bestand haben, wenn die durch die abgeschirmte Videovernehmung gewonnene Aussage durch weitere Beweismittel bestätigt wurde (kompensatorische Beweiswürdigung).<sup>149</sup>

---

<sup>145</sup> *EGMR*, StV 1997, 617 (619).

<sup>146</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 282; *Krausbeck* (Fn. 27), S. 293.

<sup>147</sup> *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (460).

<sup>148</sup> *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (460).

<sup>149</sup> *EGMR*, EuGRZ 2015, 454 (460); *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 63.

#### d) Bewertung

Insgesamt wird man eine Verfremdung mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK für grundsätzlich statthaft halten können.<sup>150</sup>

### 5. Die Würde des Gerichts

Sofern sich Bedenken darüber hinaus auf eine Verletzung der Würde des Gerichts gründen, ist diesen zu entgegnen, dass den Gerichten die Fürsorge für schwer gefährdete Personen durchaus zuzumuten ist.<sup>151</sup> Die Würde des Gerichts hätte also insoweit bereits hinter der Fürsorgeverpflichtung zurückzustehen. Die Würde des Gerichts stellt zudem keinen absoluten, sondern vielmehr nur einen relativen Wert dar, der dem Vertrauen in die Funktionsfähigkeit der Rechtspflege und der Herbeiführung von Rechtsfrieden dienen soll.<sup>152</sup> Diesen Zielen kann indes durch die heute verfügbare Technik Rechnung getragen werden, genügen doch bereits (teilweise) geringfügige und seriös anmutende technische Änderungen der Stimmhöhe oder des Bildes, um die Unkenntlichkeit des Zeugen zu gewährleisten, ohne zugleich das Verfahren ins Lächerliche zu ziehen.<sup>153</sup> Auch im Übrigen wird man mit der Verwendung von audiovisuellen Verfremdungsmaßnahmen eher die „Fortschrittlichkeit“ des Gerichts als dessen Veralberung assoziieren.<sup>154</sup>

### 6. Gesamtbetrachtung

Die Videosimultanvernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung findet ihre Rechtsgrundlage in § 247a Abs. 1 StPO. Ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz kann im Regelfall bei Zeugen, die andernfalls gesperrt würden, nicht ausgemacht werden. Der Einsatz der Maßnahme ist trotz einer sehr wohl auszumachenden Beeinträchtigung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes auch unter diesem Gesichtspunkt nicht als unzulässig zu erachten. Auch stehen der Anwendung der Maßnahme mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK bei Vorliegen weiterer bestätigender Beweismittel keine Einwände entgegen. Zuletzt kann eine Verletzung der Würde des Gerichts durch Videosimultanvernehmungen unter optisch-akustischer Abschirmung nicht festgestellt werden. Die Maßnahme ist als strafprozessual statthaft anzusehen.

---

<sup>150</sup> Vgl. *Walter* (Fn. 126), S. 228; *Esser* (Fn. 135), S. 671 f., 678; *Frister*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 247a Rn. 63; *Krausbeck* (Fn. 27), S. 294 f.

<sup>151</sup> *Swoboda* (Fn. 65), S. 197.

<sup>152</sup> *Norouzi* (Fn. 130), S. 437; ähnl. *Gerdemann* (Fn. 41), S. 283 Fn. 1142.

<sup>153</sup> *Swoboda* (Fn. 65), S. 197; *Norouzi* (Fn. 130), S. 437.

<sup>154</sup> *Valerius* (Fn. 7), S. 460.

## VI. § 255a StPO – Die Vorführung einer aufgezeichneten Zeugenvernehmung

### 1. Allgemeines

§ 255a Abs. 1 StPO stellt die Vorführung einer Videoaufzeichnung der Verlesung von Vernehmungsniederschriften i.S.d. §§ 251, 252, 253, 255 StPO gleich. Ermöglicht wird dadurch die Einführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung, wenn eine Vernehmung des Zeugen selbst nicht oder nicht ohne erheblichen Aufwand in die Hauptverhandlung eingebracht werden kann.<sup>155</sup> § 255a Abs. 2 StPO erlaubt in den Fällen bestimmter Katalogstraftaten und bestimmter Zeugen die Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch die Vorführung einer Videoaufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung, sofern der Angeklagte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an dieser Vernehmung mitzuwirken. Während also § 58a StPO als Ermächtigungsgrundlage für die Aufzeichnung (als solche) im Ermittlungsverfahren dient, regelt § 255a StPO die Zulässigkeit ihrer Einführung in die Hauptverhandlung und die Art ihrer Verwertung.<sup>156</sup>

#### *a) Die Vorschrift des § 255a Abs. 1 StPO (Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung)*

§ 255a Abs. 1 StPO macht sich durch den Verweis auf die §§ 251 ff., 255 StPO deren Regelungsziele zu eigen, verfolgt also die Verhinderung von Beweisverlusten und (partiell) auch die Verfahrensbeschleunigung (§ 251 StPO), die Sicherung des Zeugnisverweigerungsrechts (§ 252 StPO) sowie die weitere Sachaufklärung (§ 253 StPO).<sup>157</sup> Im Unterschied zu § 255a Abs. 2 StPO erstreckt sich § 255a Abs. 1 StPO auf alle Arten von Zeugen und ist nicht auf bestimmte Straftaten beschränkt.<sup>158</sup> Erfasst sind richterliche wie auch (ausnahmsweise) nichtrichterliche Vernehmungen.<sup>159</sup>

#### *b) Die Vorschrift des § 255a Abs. 2 StPO (Ersetzen der persönlichen Vernehmung)*

Zweck des § 255a Abs. 2 StPO ist der Schutz des (primär jugendlichen und kindlichen) Zeugen, vor allem die Vermeidung einer Sekundärviktimsierung, sowie die Garantie des Rechts aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.<sup>160</sup> Die im pflicht-

<sup>155</sup> Vgl. *Meurer*, Zeugenschutzgesetz und Unmittelbarkeitsgrundsatz, JuS 1999, 937 (940); *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 1.

<sup>156</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 1.

<sup>157</sup> *Velten*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 255a Rn. 5.

<sup>158</sup> *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 46), § 255a Rn. 1; *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 5.

<sup>159</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 4; *Velten*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 255a Rn. 9.

<sup>160</sup> BGHSt 48, 268 (271); *Kretschmer* (Fn. 6), S. 457 f.

gemäßem Ermessen des Gerichts („kann“) stehende Einzelfallentscheidung für die Ersetzung hat zur Folge, dass die durch das Vorspielen in die Hauptverhandlung eingeführte Vernehmung so zu werten ist, als sei der Zeuge in der Hauptverhandlung persönlich vernommen worden (gesetzliche Fiktion).<sup>161</sup>

#### aa) Persönlicher und sachlicher Anwendungsbereich

§ 255a Abs. 2 StPO stellt eine gegenüber § 255a Abs. 1 StPO eigenständige und von den Vorschriften der §§ 251 ff. StPO unabhängige Rechtsgrundlage dar, die nur im Falle der in S. 1 genannten Katalogstraftaten *sachlich* einschlägig ist.<sup>162</sup> Von § 255a Abs. 2 StPO erfasst werden ausschließlich aufgezeichnete richterliche Vernehmungen.<sup>163</sup> *Persönlich* erfasst sind sowohl minderjährige Zeugen (S. 1) als auch erwachsene Zeugen, sofern diese als Minderjährige durch die in Rede stehende Katalogstraftat (mutmaßlich) verletzt wurden (S. 2).<sup>164</sup> Prinzipiell erstreckt sich § 255a Abs. 2 StPO – angesichts seines Zwecks und entgegen einer Auffassung in der Literatur<sup>165</sup> – auch in Fällen des S. 1 nur auf Opferzeugen, kann allerdings – mit Blick auf die Nennung der §§ 211 f. StGB als Katalogtaten – denklogisch nicht allein auf unmittelbare Tatopfer beschränkt sein.<sup>166</sup> Vermittelnd wird man fordern müssen, dass ein nicht persönlich verletzter Zeuge durch die Wahrnehmung der Tat und die spätere Vernehmung in vergleichbarer Weise schutzwürdig ist wie das Opfer selbst. Erforderlich hierfür ist die konkrete Gefahr einer Sekundärviktimisierung des Zeugen durch eine Mehrfachbefragung.<sup>167</sup>

#### bb) Mitwirkungsmöglichkeit des Angeklagten und seines Verteidigers

Der Mitwirkungsvorbehalt des § 255a Abs. 2 StPO gilt für den Angeklagten und seinen Verteidiger gleichsam kumulativ.<sup>168</sup> Im Falle eines Ausschlusses des Angeklagten von der damaligen Vernehmung kommt – unabhängig davon, ob sein Verteidiger an dieser teilnahm und ob der Ausschluss rechtmäßig war – nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Ersetzung nicht in Betracht.<sup>169</sup> Den Anforderungen des § 255a Abs. 2 StPO und des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

<sup>161</sup> BGHSt 48, 268 (273); *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 14.

<sup>162</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 9.

<sup>163</sup> *Velten*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 255a Rn. 18.

<sup>164</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 9.

<sup>165</sup> *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 46), § 255a Rn. 8.

<sup>166</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 10; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 7.

<sup>167</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 10; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 7.

<sup>168</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 16; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 10.

<sup>169</sup> BGHSt 49, 72 (81 f.); *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 10.

genügt die Einräumung der *tatsächlichen Möglichkeit zur effektiven Teilhabe*.<sup>170</sup> Nicht erforderlich ist – entgegen einer Auffassung in der Literatur<sup>171</sup> – die *tatsächliche Wahrnehmung* der Mitwirkungsrechte.<sup>172</sup> Dies ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut der Vorschrift („Gelegenheit“). Andererseits könnte der Angeklagte – folgte man der Gegenauffassung – durch gezielte Verweigerung der Teilnahme an der ermittelungsrichterlichen Vernehmung, die nicht erzwingbar ist, die Anwendung des § 255a Abs. 2 S. 1-3 StPO gezielt blockieren.<sup>173</sup> Die fehlende Teilnahme des Verteidigers soll nach wohl herrschender Auffassung dann nicht schaden, wenn der Verteidiger erst nach Durchführung der Vernehmung bestellt wurde.<sup>174</sup> Dies kann zur Vermeidung der missbräuchlich-verspäteten Bestellung jedenfalls nur dann genügen, wenn es sich nicht um einen Fall der notwendigen Verteidigung (§ 140 StPO) handelt.<sup>175</sup> Entgegen der Ansicht des BGH<sup>176</sup> ist eine Gelegenheit der Mitwirkung des bestellten Verteidigers nur gegeben, wenn diesem vor der Vernehmung vollständige Akteneinsicht gewährt wurde, legt doch schon der Wortlaut („mitwirken“) eine nicht bloß aktive, sondern auch effektive Beteiligung des Verteidigers nahe und müssen – aufgrund der partiellen Vorwegnahme der Hauptverhandlung – der Verteidigung doch dieselben Rechte wie in selbiger eingeräumt werden.<sup>177</sup> Nicht erforderlich sein soll der *Aufenthalt des Beschuldigten im Vernehmungsraum*. Ausreichend sei, dass die Vernehmung des Zeugen in physischer Abwesenheit des Beschuldigten mittels Videosimultanübertragung nach §§ 168e, 247a Abs. 1 StPO erfolge, solange dem Beschuldigten eine Fragemöglichkeit eingeräumt werde.<sup>178</sup> Dies ist mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK zu untersuchen.

### cc) Zulässigkeit einer ergänzenden Vernehmung

Eine ergänzende Vernehmung (vgl. § 255a Abs. 2 S. 4 StPO) kann im Einzelfall zulässig und aus Gründen der Amtsaufklärungspflicht, des Beweisantragsrechts und des Konfrontationsrechts (unter Beachtung des Zeugenschutzes) gar geboten sein. Dies soll jedenfalls dann der Fall sein, wenn Fragen und Vorhalte zu

<sup>170</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 15; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 11; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 327.

<sup>171</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 713; *Schlothauer*, Video-Vernehmung und Zeugenschutz, StV 1999, 47 (49).

<sup>172</sup> *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 46), § 255a Rn. 8a; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 11; *Vogel/Norouzi*, Anmerkung zu BGHSt 48, 268, JR 2004, 215 (218).

<sup>173</sup> *Vogel/Norouzi* (Fn. 172), S. 218.

<sup>174</sup> *Meyer-Gößner/Schmitt* (Fn. 46), § 255a Rn. 8a; *Vogel/Norouzi* (Fn. 172), S. 218.

<sup>175</sup> *Tsambikakis*, in: SSW-StPO (Fn. 75), § 255a Rn. 16; *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 10; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 326 f.; enger: *Schlothauer* (Fn. 171), S. 49.

<sup>176</sup> BGHSt 48, 268 (271 f.); zust. *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 10.

<sup>177</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 327; *Vogel/Norouzi* (Fn. 172), S. 216 f.

<sup>178</sup> *Diemer*, in: KK-StPO (Fn. 8), § 255a Rn. 10; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 326.

nach dem Kenntnisstand der Hauptverhandlung wesentlichen und aufklärungsbedürftigen Punkten unterblieben sind oder der Zeuge zum Beweis einer neuen Behauptung benannt wird, zu der er noch nicht gehört werden konnte.<sup>179</sup>

## 2. Die rechtliche Bewertung des § 255a Abs. 1 StPO

Mit Blick auf den *Untersuchungsgrundsatz* ließe sich ein Verstoß mit der fehlenden Befragungsmöglichkeit durch das Gericht begründen.<sup>180</sup> Indes gilt es zu bedenken, dass die Videokonserve in den Fällen gerade des § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO das *bestmögliche* Beweismittel und gegenüber Wortprotokollen aufgrund der möglichen Beobachtung des nonverbalen Verhaltens und seiner Authentizität und Vollständigkeit das generell besser geeignete Beweismittel darstellen dürfte.<sup>181</sup> Indes wird man jedenfalls einen Verstoß gegen den Grundsatz *formeller Unmittelbarkeit* durch die gesetzliche Fiktion der persönlichen Vernehmung (in Fällen des § 251 StPO) annehmen müssen. Nicht das erkennende Gericht selbst konnte den Zeugen befragen und dessen Glaubwürdigkeit beurteilen, sondern ausschließlich die damalige Vernehmungsperson. Dennoch muss das Gericht die Konserve nun wie eine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung behandeln.<sup>182</sup> Mit der Anordnung der Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch eine Aufzeichnung geht zudem eine Durchbrechung des *Grundsatzes materieller Unmittelbarkeit* (§ 250 StPO) einher, wird doch die Einvernahme des Originalbeweismittels durch ein Beweissurrogat ersetzt, auf das nun nicht mehr fragend eingewirkt werden kann.<sup>183</sup> Als besonders problematisch erweist sich § 255a Abs. 1 StPO mit Blick auf *Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK*, wenn die Seite der Verteidigung bei der früheren Vernehmung des Zeugen nicht mitwirken konnte und eine Einführung beispielsweise nach § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO trotzdem erfolgen könnte. Die Möglichkeit der konfrontativen Befragung würde dem Beschuldigten damit vollends genommen.<sup>184</sup> Eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK läge – vorbehaltlich der entscheidenden Bedeutung des Beweismittels für die Verurteilung – in diesen Fällen vor.<sup>185</sup>

## 3. Die rechtliche Bewertung des § 255a Abs. 2 StPO

Ob mit Blick auf den *Untersuchungsgrundsatz* – jedenfalls bei der Vernehmung von Kindern – tatsächlich ein Verstoß gegen das Gebot des bestmöglichen

<sup>179</sup> BGHSt 48, 268 (272 f.); *Vogel/Norouzi* (Fn. 172), S. 217.

<sup>180</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 319.

<sup>181</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 319; *Velten*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 255a Rn. 3.

<sup>182</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 324; vgl. *Snoboda* (Fn. 65), S. 419 [zu § 255a Abs. 2 StPO].

<sup>183</sup> *Meurer* (Fn. 155), S. 940; *Vogel/Norouzi* (Fn. 172), S. 215.

<sup>184</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 320.

<sup>185</sup> So auch *Ambos* (Fn. 33), S. 633.

Beweises vorliegt, erscheint zweifelhaft. Hier ist die etwaige Verdrängung des Tatgeschehens (Selbstschutz, Zeitablauf) einerseits zu nennen. Andererseits gilt es, die leichtere Beeinflussbarkeit der Aussage von Kindern durch informatorische Befragungen des Umfelds, begonnene Therapien vor der Hauptverhandlung oder Suggestivfragen zu bedenken. Insoweit besteht die Möglichkeit einer besseren Eignung der Videokonserve.<sup>186</sup> Mit Blick auf erwachsene Zeugen besteht die generelle Gefahr der Verfälschung der Erinnerungen bei Mehrfachvernehmungen, die indes durch die erweiterten Befragungsmöglichkeiten des Gerichts in der persönlichen Vernehmung aufgewogen werden dürfte, sodass jedenfalls im Falle von erwachsenen Zeugen eine Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes durch Ersetzungen möglich erscheint.<sup>187</sup> Auch ein Verstoß gegen den Grundsatz *formeller Unmittelbarkeit* liegt vor, da nicht das erkennende Gericht selbst den Zeugen befragen und dessen Glaubwürdigkeit beurteilen konnte, sondern ausschließlich der Ermittlungsrichter. Dennoch muss das Gericht die Konserve nun wie eine persönliche Vernehmung in der Hauptverhandlung behandeln.<sup>188</sup> Mit der Anordnung der Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch eine Aufzeichnung geht zudem eine Durchbrechung des *Grundsatzes materieller Unmittelbarkeit* einher.<sup>189</sup> Diese Durchbrechung ist umso gravierender, als die Anordnung im Falle des § 255a Abs. 2 StPO trotz eigentlich rechtlicher wie tatsächlicher Verfügbarkeit des Zeugen zulässig ist.<sup>190</sup> Zuletzt wird man mangels körperlicher Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung und – im Falle einer Vernehmung nach §§ 58a, 168e, 247a Abs. 1 StPO – (auch) mangels direkter Konfrontation im Ermittlungsverfahren zudem einen Eingriff in *Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK* bejahen müssen. Jedoch stellt sich die Frage nach dessen Rechtfertigung, insbesondere mit Blick auf das Vorliegen hinreichender kompensatorischer Maßnahmen.<sup>191</sup> Einerseits wird die Einräumung einer effektiven und nicht bloß hypothetischen Möglichkeit der Mitwirkung des Beschuldigten bei der Entstehung der Aussage zu fordern sein, eine tatsächliche Ausübung des Rechts ist mit Blick auf Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK indes nicht erforderlich.<sup>192</sup> Mit Blick auf die Beschränkung des § 255a Abs. 2 StPO auf Opferzeugen und vergleichbar gefährdete Zeugen sowie die pflichtgemäße Ermessensausübung wird den Erfordernissen des triftigen Grundes und der Erforderlichkeit

<sup>186</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 712; *Meurer* (Fn. 155), S. 940.

<sup>187</sup> Vgl. *Velten*, in: SK-StPO V (Fn. 72), § 255a Rn. 4; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 324, 319.

<sup>188</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 324; *Swoboda* (Fn. 65), S. 419.

<sup>189</sup> *Meurer* (Fn. 155), S. 940; *Diemer* (Fn. 83), S. 261; vgl. hierzu auch **VI. 2.**

<sup>190</sup> *Vogel/Norouzi* (Fn. 172), S. 215 f.; *Diemer* (Fn. 83), S. 261.

<sup>191</sup> *Gerdemann* (Fn. 41), S. 325, 329; *Ambos* (Fn. 33), S. 633.

<sup>192</sup> *Swoboda* (Fn. 65), S. 425; *Gerdemann* (Fn. 41), S. 325, 327 f.

(tatsächlich schutzbedürftig) ausreichend Rechnung getragen.<sup>193</sup> Eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung ist angezeigt.

## VII. Reformüberlegungen

### 1. Das Mainzer Modell – Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft?

Es stellt sich die Frage, ob das sogenannte Mainzer Modell gegenwärtig oder zukünftig eine gangbare Alternative zur heutigen Form der Videosimultanvernehmung in der Hauptverhandlung darstellt. Bei diesem Modell begibt sich der Vorsitzende Richter während der Hauptverhandlung in ein separates Zimmer und führt dort die Vernehmung des Zeugen durch, die in Bild und Ton in den Sitzungssaal übertragen wird.<sup>194</sup> Die Zulässigkeit des Mainzer Modells ist angesichts des klaren Wortlauts des § 247a Abs. 1 StPO *de lege lata* abzulehnen.<sup>195</sup> Sie ist aber auch mit Blick auf den Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit *de lege ferenda* kein zulässige Alternative, versäumt der Vorsitzende doch wesentliche Teile der Hauptverhandlung und schöpft seine Überzeugung somit nicht mehr „aus dem Inbegriff der Verhandlung“ (§ 261 StPO).<sup>196</sup>

### 2. Sonstige Reformbestrebungen

Neben dem Dritten Opferrechtsreformgesetz von 2015, das sich mit Blick auf die Verwendung von Videotechnik zur Einbringung von Zeugenaussagen in die Hauptverhandlung auf symbolische Prüfungs- (§ 48 Abs. 3 StPO) und Hinweispflichten (§ 406i StPO) beschränkt,<sup>197</sup> gilt es, den Ende 2015 veröffentlichten Bericht der Experten-Kommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens<sup>198</sup> und den daraufhin veröffentlichten Referentenentwurf des BMJV<sup>199</sup> in den Blick zu nehmen. Soweit der Entwurf indes auf die (in bestimmten Fällen) verpflichtende Anfertigung von Videoaufnahmen bei Zeugenaussagen im Ermittlungsverfahren (§ 58a StPO-E) beschränkt, hat dies keine Auswirkungen auf deren Verwertung in der Hauptverhandlung.

---

<sup>193</sup> Gerdemann (Fn. 41), S. 330.

<sup>194</sup> Vgl. *LG Mainz*, NJW 1996, 208 (208); *Berg*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), § 247a Rn. 2.

<sup>195</sup> *Berg*, in: BeckOK-StPO (Fn. 33), § 247a Rn. 2; *Eisenberg* (Fn. 93), S. 38 Fn. 23.

<sup>196</sup> *Beulke* (Fn. 6), S. 740; *Geppert*, Die Vernehmung kindlicher Zeugen mittels Videotechnologie, Jura 1996, 550 (553); so auch schon: BT-Drucks. 13/7165, S. 10.

<sup>197</sup> Vgl. *Ferber* (Fn. 1), S. 279, 282.

<sup>198</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht\\_Reform\\_StPO\\_Kommission.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/Abschlussbericht_Reform_StPO_Kommission.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (abgerufen am 21.12.2016).

<sup>199</sup> [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Gesetz\\_zur\\_effektiveren\\_und\\_praxistauglicheren\\_Ausgestaltung\\_des\\_Strafverfahrens.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Gesetz_zur_effektiveren_und_praxistauglicheren_Ausgestaltung_des_Strafverfahrens.pdf?__blob=publicationFile&v=1) (abgerufen am 21.12.2016).



### VIII. Schlussbetrachtung

Das Recht des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK findet seine verfassungsrechtliche Stütze in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 20 Abs. 3 GG. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gewährt ein dem Beschuldigten originär zustehendes Fragerecht, ein Recht auf direkte Gegenüberstellung sowie im Einzelfall auf erneute Befragung.

Mit Blick auf § 247a Abs. 1 StPO stehen allenfalls geringfügigen Verstößen gegen § 244 Abs. 2 StPO und den Unmittelbarkeitsgrundsatz gewichtige Gründe des Zeugenschutzes und der besseren Sachaufklärung entgegen. Eine Verletzung des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist aufgrund ausreichender Kompensation zu verneinen. In schutzzweckkonformer Auslegung dient § 247a Abs. 1 StPO als Rechtsgrundlage für die Videosimultanvernehmung unter optisch-akustischer Abschirmung, die darüber hinaus unter strafprozessualen Gesichtspunkten statthaft ist.

Die Anwendung des § 255a Abs. 1 StPO geht zwar nicht zwingend mit einer Verletzung des § 244 Abs. 2 StPO einher, ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit ist jedoch nicht zu verleugnen. Bei fehlender Befragungsmöglichkeit verletzt die Anwendung des § 255a Abs. 1 StPO bei entscheidender Bedeutung des Beweismittels für die Verurteilung das Recht aus Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.

Mit Blick auf § 255a Abs. 2 StPO ist darauf zu achten, dass der Verteidigung tatsächliche effektive Mitwirkungsmöglichkeiten eingeräumt werden, handelt es sich doch um eine partielle Vorwegnahme der Hauptverhandlung. Aufgrund gravierender Verstöße gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz und zur Vermeidung einer Verletzung von Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist § 255a Abs. 2 StPO sehr restriktiv zu handhaben.

Das Mainzer Modell ist als Modell für Zeugenvernehmungen in der Hauptverhandlung weder *de lege lata* noch *de lege ferenda* zulässig.

Nadja Nunner\*

## Das Bestimmtheitsgebot am Beispiel der Strafbarkeit der Untreue

### Abstract

Das Bestimmtheitsgebot soll gewährleisten, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit eines Verhaltens entscheidet und dass der Normadressat Tragweite und Anwendungsbereich einer Norm aus dem Gesetz erkennen kann. Dies wird insbesondere beim Straftatbestand der Untreue vielfach bezweifelt. Im Mittelpunkt der Diskussion steht die Frage, ob § 266 StGB noch mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist, oder ob die Norm für verfassungswidrig erklärt werden muss. Der folgende Beitrag setzt sich mit dieser Streitfrage auseinander, legt bestehende Zweifel näher dar und erörtert die einzelnen Restriktionsversuche der Literatur und Rechtsprechung. Zuletzt wird die Entscheidung des *BVerfG* vom 23.6.2010 umfassend dargestellt, die sich ausdrücklich mit der Verfassungsmäßigkeit der Untreue beschäftigt hat.

---

\* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft an der Universität Augsburg mit dem Schwerpunkt „Kriminalwissenschaften“. Der nachfolgende Beitrag entstand im Rahmen der Examensseminararbeit im Wintersemester 2015/2016.

## I. Einleitung

Der Straftatbestand der Untreue zählt nicht nur unter den Studierenden zu den unbeliebtesten Normen des StGB. Auch in Rechtsprechung und Literatur herrschen große Differenzen bei der Auslegung und Anwendung des § 266 StGB. Bereits im Jahre 1954 stellte *Mayer* fest: „Sofern nicht einer der klassischen alten Fälle der Untreue vorliegt, weiß kein Gericht und keine Anklagebehörde, ob § 266 StGB vorliegt oder nicht“.<sup>1</sup> Diese Ungewissheit ist darauf zurückzuführen, dass der Inhalt bei der Mehrheit der Tatbestandsmerkmale der Strafvorschrift umstritten und aufgrund der jeweiligen Weite unpräzise ist. Es entsteht daher aufgrund der inzwischen unüberschaubaren Kasuistik der Eindruck, dass § 266 StGB immer einschlägig sei. Nun drängt sich die Frage auf, wie ein derartiger Tatbestand mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein kann. Schließlich soll diese Rechtssicherheit schaffen, sodass der Bürger bereits durch das Gesetz die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens erkennen kann. Das Beispiel der Strafbarkeit der Untreue erweckt den Anschein, dass das Bestimmtheitsgebot selbst in der Praxis nicht immer konsequent umgesetzt wird. Hat *Schünemann* mit seiner Behauptung, das Bestimmtheitsgebot erweise sich als „Trugbild“<sup>2</sup>, also Recht? Stellt es tatsächlich den Tiefpunkt des Gesetzlichkeitsprinzips dar?<sup>3</sup> Ob das Bestimmtheitsgebot in der Praxis seine erwünschte Wirkung entfaltet, soll im Rahmen der folgenden Arbeit anhand der Strafbarkeit der Untreue erörtert werden. Hierzu wird zuerst ein Überblick über das Bestimmtheitsgebot gegeben, bevor anschließend der Schwerpunkt auf der Frage nach der Vereinbarkeit des Untreuetatbestands mit dem Bestimmtheitsgebot liegt. Dabei wird insbesondere der Grund für die Unbestimmtheit des Tatbestands erläutert und anschließend eine Entscheidung des *BVerfG* umfassend dargestellt, welches sich explizit mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von § 266 StGB beschäftigt hat.

## II. Das Verbot unbestimmter Strafgesetze und Strafen

### 1. Das Gesetzlichkeitsprinzip – *Nulla poena sine lege*

Der Satz „*nulla poena sine lege*“, zu Deutsch „keine Strafe ohne Gesetz“, ist ein grundlegendes rechtsstaatliches Prinzip, das nicht nur in § 1 StGB, sondern auch in Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK und Art. 49 Abs. 1 S. 1 GRCh niedergeschrieben ist. Nach dem Gesetzlichkeitsprinzip kann eine Tat

<sup>1</sup> *Mayer*, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Band, Gutachten der Strafrechtslehre, 1954, S. 333.

<sup>2</sup> *Schünemann*, Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht, 1978, S. 3.

<sup>3</sup> *Ebd.*, S. 6.

nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Bei Verletzungen dieses Prinzips kann der Betroffene – aufgrund des Verfassungsrangs von Art. 103 Abs. 2 GG – gegen die Entscheidungen der Strafjustiz Verfassungsbeschwerde einlegen (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 Abs. 1, Abs. 2 BVerfGG).<sup>4</sup> *v. Liszt* bezeichnete das Gesetzlichkeitsprinzip deswegen als „Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt, gegenüber der rücksichtslosen Macht der Mehrheit“.<sup>5</sup>

*a) Die Intention des Gesetzlichkeitsprinzips*

Das Gesetzlichkeitsprinzip soll zum einen dem Staatsbürger Rechtssicherheit bieten, sodass dieser sich durch das Gesetz über die Strafbarkeit und Strafflosigkeit eines Verhaltens informieren kann.<sup>6</sup> Dadurch soll der Einzelne eigenverantwortlich entscheiden können und vor staatlicher Willkür geschützt werden.<sup>7</sup> Zudem dient es dem Demokratieprinzip, dessen Ausfluss auch das Prinzip der Gewaltenteilung ist, welches sicherstellt, dass nur der Gesetzgeber über die Strafbarkeit eines Verhaltens zu entscheiden hat.<sup>8</sup> Diese freiheitsgewährleistende und kompetenzwahrende Funktion wird durch die Tatsache gesichert, dass Art. 103 Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt enthält, welcher die Strafgerichte auf die Rechtsanwendung beschränken soll.<sup>9</sup>

*b) Ausprägungen des Art. 103 Abs. 2 GG*

Aus dem Gesetzlichkeitsprinzip lassen sich vier Einzelprinzipien ableiten: Das Verbot von Gewohnheitsrecht, das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot und das Analogieverbot.<sup>10</sup> In der folgenden Arbeit wird ausschließlich auf das Bestimmtheitsgebot als eines der wichtigsten Gebote des Gesetzlichkeitsprinzips näher eingegangen.

## 2. Das Bestimmtheitsgebot – *nulla poena sine lege certa*

Wie Art. 103 Abs. 2 GG bereits erkennen lässt, muss die Strafbarkeit einer Tat gesetzlich *bestimmt* sein. Dahinter verbirgt sich das Bestimmtheitsgebot, welches

<sup>4</sup> *Kublen*, Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis, in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 45 f.; *Rengier*, Strafrecht AT, 8. Aufl. 2016, § 4 Rn. 8.

<sup>5</sup> *v. Liszt*, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band II, 1905, S. 80.

<sup>6</sup> *Kaspar*, Strafrecht AT, 2015, Rn. 21.

<sup>7</sup> *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 5 H Rn. 67.

<sup>8</sup> BVerfGE 105, 135 (153); *Nolte*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck III, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 2 Rn. 140.

<sup>9</sup> BVerfGE 126, 170 (196).

<sup>10</sup> *Degenhart*, in: Sachs-GG, 7. Aufl. 2014, Art. 103 Rn. 53.

primär an den Gesetzgeber adressiert ist und sowohl für die Strafbarkeitsvoraussetzungen einer Norm als auch für die Strafandrohung gilt.<sup>11</sup>

*a) Inhalt und Funktion*

Die doppelte Funktion des Gesetzlichkeitsprinzips (Rechtssicherheit/Orientierungssicherheit des Bürgers und Wahrung des Gewaltenteilungsprinzips) ist auch das Fundament des daraus abgeleiteten Bestimmtheitsgebots. Daneben bildet der Bestimmtheitsgrundsatz die Grundlage der generalpräventiven Wirkung von Gesetzen, da der Staatsbürger nur bei präzisen Normen das verbotene Verhalten erkennen und sich über die bei einer Verletzung drohende Strafe informieren kann.<sup>12</sup> Nur ein bestimmtes Gesetz kann den notwendigen motivierenden Druck hervorrufen, die Begehung der Straftat zu unterlassen.<sup>13</sup> Dem Gesetzgeber obliegt daher die Aufgabe, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so präzise zu formulieren, dass der Normadressat die Tragweite und den Anwendungsbereich der Norm bereits aus dem Gesetz selbst erkennen kann.<sup>14</sup> Dies darf jedoch nicht dahingehend verstanden werden, dass der Gesetzgeber alle Strafnormen mit exakt fassbaren Tatbestandsmerkmalen umschreiben und bis ins kleinste Detail ausformulieren muss. Die Forderung nach einem derartigen Strafgesetz ist unrealistisch und rechtstheoretisch überholt. Zum anderen haben sich die Gesetzgebungstechniken dahingehend verändert, dass beispielsweise zunehmend unbestimmte Begriffe oder auch Blankettnormen verwendet werden.<sup>15</sup> Die Verwendung von wertausfüllungsbedürftigen Begriffen oder Generalklauseln wird hierbei nicht generell durch das Bestimmtheitsgebot ausgeschlossen.<sup>16</sup> Auch im Strafrecht muss das rechtsprechende Organ die Möglichkeit haben, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung zu tragen, sodass auf die Verwendung von normativen Begriffen nicht verzichtet werden kann.<sup>17</sup> Andernfalls wären die Gesetze zu starr und kasuistisch mit der Konsequenz, dass die Gesetze dem Wandel der Verhältnisse oder den Besonderheiten des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten

<sup>11</sup> BVerfGE 20, 269 (285 f.); *Schmitz*, in: MüKo-StGB I, 2. Aufl. 2011, § 1 Rn. 39; *Schünemann* (Fn. 2), S. 6.

<sup>12</sup> *Dannecker*, in: LK-StGB I, 12. Aufl. 2007, § 1 Rn. 179; *Roxin*, Der Grundsatz der Gesetzesbestimmtheit im deutschen Strafrecht, in: Hilgendorf, Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013, S. 111 (115); *Krabl*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs zum Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (Art. 103 Abs. 2 GG), 1986, S. 25.

<sup>13</sup> *Krabl* (Fn. 12), S. 25.

<sup>14</sup> BVerfGE 48, 48 (56 f.); 92, 1 (12); *BVerfG*, NJW 2003, 1030 (1030).

<sup>15</sup> *Kublen*, Zum Verhältnis von Bestimmtheitsgebot und Analogieverbot, in: FS Otto, 2007, S. 89 (95).

<sup>16</sup> BVerfGE 48, 48 (56 f.); 92, 1 (12).

<sup>17</sup> BVerfGE 87, 399 (407); 92, 1 (12); *BVerfG*, NJW 2003, 1030 (1030).

und es zu kriminalpolitisch höchst unglücklichen Ergebnissen kommen würde.<sup>18</sup> Die Verwendung von unbestimmten Begriffen oder Generalklauseln ist aber nur zulässig, sofern der Sinn und Geltungsbereich der Strafnorm zumindest noch durch Auslegung ermittelt werden kann.<sup>19</sup> Dennoch kann nicht bestritten werden, dass es dadurch im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob ein Verhalten noch unter den gesetzlichen Tatbestand fällt oder nicht.

*b) Probleme bei der Umsetzung*

Die eben dargestellte Theorie entspricht nicht immer der Realität: Es ist zwar anerkannt und unbestritten, dass ein unbestimmtes Strafgesetz für verfassungswidrig erklärt werden muss, in der Praxis ist die Verfassungsmäßigkeit einer Strafnorm vom *BVerfG* jedoch nur in einzelnen Ausnahmefällen verneint worden.<sup>20</sup> Vielmehr lassen sich einige Strafnormen mit stark wertausfüllungsbedürftigen und unpräzisen Begriffen ausmachen (z.B. die Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue). Aufgrund der Tatsache, dass sich also trotz des Bestimmtheitsgebots unbestimmte und weit gefasste Tatbestände im deutschen Strafgesetzbuch finden lassen, wird Art. 103 Abs. 2 GG von *Schünemann* auch als „Trugbild“<sup>21</sup> bezeichnet.

Dass bis jetzt kaum eine Strafnorm für verfassungswidrig erklärt wurde, liegt teilweise auch daran, dass der Begriff „Bestimmtheit“ selbst sehr unbestimmt und mehrdeutig ist.<sup>22</sup> Der Wortlaut des Art. 103 Abs. 2 GG sagt nichts über den Grad der Exaktheit der Beschreibung aus.<sup>23</sup> Es lässt sich auch nicht allgemein festlegen, welchen Grad an gesetzlicher Bestimmtheit eine Strafnorm haben muss, da dies vielmehr eine Frage des konkreten Einzelfalls ist.<sup>24</sup> Ob ein Strafgesetz dem Bestimmtheitsgebot genügt oder diesem widerspricht, wird dementsprechend kontrovers beantwortet. So hat beispielsweise das *BVerfG* sogar den früheren Straftatbestand des „groben Unfugs“ als verfassungsgemäß erachtet (§ 360 Nr. 11 StGB a.F.).<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> BVerfGE 14, 245 (251).

<sup>19</sup> *BVerfG*, NJW 2003, 1030 (1030).

<sup>20</sup> *Kuhlen* (Fn. 4), S. 56; BVerfGE 23, 265 (270); 105, 135 (151).

<sup>21</sup> *Schünemann* (Fn. 2), S. 2.

<sup>22</sup> *Kuhlen*, Aktuelle Probleme des Bestimmtheitsgrundsatzes, in: Kudlich, Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, S. 429 (431).

<sup>23</sup> *Lemmel*, Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen im Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz nullum crimen sine lege, in: Strafrechtliche Abhandlungen, 1970, S. 21.

<sup>24</sup> *Dannecker*, in LK-StGB I (Fn. 12), § 1 Rn. 200.

<sup>25</sup> BVerfGE 26, 41 (41 ff.).

Es stellt sich daher die Frage, wo die Grenze zwischen Unbestimmtheit, d.h. Verfassungswidrigkeit, und zulässiger Generalklausel liegt. Wann ist eine Norm nicht mehr mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar?<sup>26</sup> Zur Lösung dieser Fragen muss eine Grenze gefunden werden, jenseits derer die Unbestimmtheit der Strafnorm verfassungswidrig ist.

*c) Rechtsprechung des BVerfG*

Das *BVerfG* meint, eine Lösung in der Annahme gefunden zu haben, dass mit der Höhe und Schwere der angedrohten Strafe auch die Anforderungen an die Bestimmtheit der in Frage stehenden Norm wachsen müssten.<sup>27</sup> Problematisch an diesem Ansatz ist jedoch, dass die vorgeschlagenen Maßstäbe selbst unklar sind, womit folglich nichts an Sicherheiten dazugewonnen wurde.<sup>28</sup> Daneben lässt das Gesetz nicht erkennen, dass weniger schwere Delikte unbestimmter formuliert sein dürfen als schwerere. Vielmehr gilt der Bestimmtheitsgrundsatz für beide Deliktsarten gleichermaßen.<sup>29</sup> Hinzu kommt, dass für den rechtschaffenen Bürger vor allem die Folgen von leichteren Delikten (Ordnungswidrigkeiten) von Interesse sind, da ihn in der Regel bereits sein Gewissen von schweren Straftaten abhalten wird.<sup>30</sup>

Zudem geht das *Gericht* davon aus, dass es dem Gebot genüge, wenn eine Präzisierung von unbestimmten Normen später durch die Rechtsprechung erfolge.<sup>31</sup> Mit dieser Argumentation erklärt es regelmäßig weite Tatbestände für verfassungsgemäß, wie beispielsweise § 266 StGB.<sup>32</sup> Dieser Lösungsansatz wird zwar der Problematik gerecht, dass nicht alle Strafvorschriften bis ins kleinste Detail ausformuliert werden können, da sie auf eine Vielzahl von Einzelfällen angewendet werden müssen. Dennoch birgt eine derartige nachträgliche Heilungsmöglichkeit von zu unbestimmt gefassten Tatbeständen die Gefahr, dass dem Gesetzgeber geradezu ein Freibrief für den Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot ausgestellt wird.<sup>33</sup> Es droht eine Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips, da man die Herstellung der Bestimmtheit einer Strafnorm den Gerichten überlassen könnte.

---

<sup>26</sup> Vgl. *Lenckner*, Wertausfüllungsbedürftige Begriffe im Strafrecht und der Satz „nulla poena sine lege“, JuS 1968, 249 (304 ff.).

<sup>27</sup> BVerfGE 14, 245 (251); 75, 329 (342 f.).

<sup>28</sup> *Schünemann* (Fn. 2), S. 33.

<sup>29</sup> *Roxin* (Fn. 7), § 5 H Rn. 70.

<sup>30</sup> *Lemmel* (Fn. 23), S. 98.

<sup>31</sup> BVerfGE 26, 41 (43); 87, 209 (224).

<sup>32</sup> BVerfGE 126, 170 (209).

<sup>33</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB I (Fn. 11), § 1 Rn. 47.

Eine letzte fragwürdige Ansicht des *BVerfG* besteht darin, dass es die Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit bereits dann als gewahrt erachtet, wenn dem Täter zumindest das Risiko der Strafe erkennbar war.<sup>34</sup> Dies hat aber zur Folge, dass die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit für den Staatsbürger auf ein Minimum reduziert und die in der Vorhersehbarkeit strafrechtlicher Sanktionen liegende Idee des Vertrauensschutzes unterlaufen wird.<sup>35</sup>

Die Versuche bzw. Kriterien des *BVerfG* führen im Ergebnis also nicht dazu, dass eine klare Grenze zwischen zulässiger und verfassungswidriger Unbestimmtheit entsteht, da keine exakten Kriterien entwickelt wurden. Dies führt natürlich dazu, dass das Strafgesetzbuch Tatbestände enthält, die sehr weit gefasst sind und bei denen deshalb fraglich ist, ob sie die Grenze des Zulässigen überschreiten oder nicht: so etwa der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 StGB, dessen Verfassungsmäßigkeit immer wieder in Frage gestellt wird.

### III. Die Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots bei § 266 StGB

#### 1. Der Tatbestand der Untreue

Bei der Untreue handelt es sich um ein reines Vermögensdelikt, dessen Zweck es ist, das individuelle Vermögen des Treugebers vor schädigenden Pflichtverletzungen von innen zu schützen.<sup>36</sup>

Gemäß § 266 Abs. 1 StGB wird wegen Untreue bestraft, wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht oder die ihm kraft Gesetzes, behördlichen Auftrags, Rechtsgeschäfts oder eines Treueverhältnisses obliegende Pflicht, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, Nachteil zufügt. Da Täter folglich nur sein kann, wer diese besondere Betreuungspflicht innehat, handelt es sich um ein Sonderpflichtdelikt. Des Weiteren lassen sich in der Norm zwei unterschiedliche Tatbestände erkennen: der Missbrauchstatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 1 StGB) und der Treubruchstatbestand (§ 266 Abs. 1 Var. 2 StGB). Während der Missbrauchstatbestand den Missbrauch einer Verpflichtungs- oder Verfügungsbefugnis erfasst, bezieht sich die Treubruchsalternative ganz allgemein auf die Verletzung einer dem Täter obliegenden Vermögensbetreuungspflicht. Gemeinsam ist den beiden Varianten, dass dem fremden Vermögen ein Nachteil zugefügt

---

<sup>34</sup> BVerfGE 92, 1 (12).

<sup>35</sup> *Dannecker*, in LK-StGB I (Fn. 12), § 1 Rn. 184.

<sup>36</sup> BVerfGE 126, 170 (200); *Kindhäuser*, in: NK-StGB III, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 1; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, 3. Aufl. 2015, § 22 Rn. 1.



und eine Vermögensbetreuungspflicht verletzt werden muss. Letzteres ist jedoch nicht ganz unstrittig, da Unstimmigkeiten über das Verhältnis der beiden Tatbestandalternativen zueinander herrschen. Die Darlegung dieser Streitigkeit würde allerdings zu weit führen. Folgt man der herrschenden monistischen Lehre, kommt man zu dem Schluss, dass der Missbrauchstatbestand lediglich einen Spezialfall des weiten Treubruchstatbestandes darstellt, sodass sich das Erfordernis der Vermögensbetreuungspflicht auf beide Tatbestandalternativen erstreckt.<sup>37</sup>

In Bezug auf deren Inhalt bleiben bei den erforderlichen Tatbestandsmerkmalen dennoch einige Fragen offen.

## **2. Die einzelnen Tatbestandsmerkmale und ihre Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG**

Die Bedenken, die sich beim Straftatbestand der Untreue im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG ergeben, resultieren aus der Weite und der damit einhergehenden Unbestimmtheit des Tatbestandsmerkmals der Vermögensbetreuungspflicht, der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils. Dies gilt dabei insbesondere für den Treubruchstatbestand, da der Missbrauchstatbestand zumindest durch die erforderliche Befugnis etwas eingegrenzt werden kann.<sup>38</sup>

### *a) Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht*

Zur Verwirklichung einer Straftat nach § 266 StGB muss der Täter eine ihm obliegende Pflicht verletzen, was nach einhelliger Ansicht als Tathandlung zu klassifizieren ist.<sup>39</sup> Um welche Art von Vermögensbetreuungspflicht es sich dabei handelt und welche Handlungen die Pflicht verletzen, lässt der Wortlaut nicht erkennen. Der Rechtsanwender ist folglich gezwungen, selbst zu entscheiden, worin die Pflichtverletzung liegt. Aufgrund dieser Ungenauigkeit des Tatbestandsmerkmals ergeben sich zwei Probleme, welche zugleich erheblich zur Weite der Untreue beitragen.

#### aa) Problem der Bestimmbarkeit des Täterkreises

Das erste Problem folgt aus der Tatsache, dass dem Pflichtelement die Aufgabe

---

<sup>37</sup> BGHSt 33, 244 (250); 50, 331 (342); *Saliger*, in: SSW, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 7; *Fischer*, 63. Aufl. 2016, § 266 Rn. 6a; *Lackner/Kühl*, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 4; *Reiß*, Das „Treueverhältnis“ des § 266 StGB – Ein Tatbestandsmerkmal zwischen Akzessorität und faktischer Betrachtung, 2014, S. 43.

<sup>38</sup> *Schünemann*, in: LK-StGB IX, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 24; *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 3.

<sup>39</sup> *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 3.

zukommt, den potentiellen Täterkreis einzuschränken.<sup>40</sup> Durch die gegenwärtige Formulierung ist dies nicht möglich, da die Möglichkeit besteht, den Tatbestand selbst auf untergeordnete Auftrags- und Dienstverhältnisse sowie einen beachtlichen Teil von Botendiensten anzuwenden.<sup>41</sup> Es kommt zu einer unüberschaubaren Zahl an potentiellen Tätern, da alle in Betracht kommen, die in irgendeiner Art und Weise verpflichtet sind, die Vermögensinteressen eines anderen wahrzunehmen. Allein in dem heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftssystem nehmen unzählige Personen fremde Vermögensinteressen wahr, die nach dem Wortlaut des § 266 StGB als mögliche Täter in Frage kommen.<sup>42</sup>

#### bb) Problem der Akzessorietät

Ein weiteres Problem resultiert daraus, dass angesichts des Konkretisierungsbedarfs der Vermögensbetreuungspflicht zu deren Auslegung – unter Rückgriff auf die zugrundeliegende Treuabrede – auf außerstrafrechtliche Normen verwiesen werden muss.<sup>43</sup> Das bedeutet, dass es sich bei § 266 StGB insofern um eine akzessorische Norm handelt. Aufgrund dessen, dass der Akzessorietät der Untreue jedoch kein einheitliches Konzept zugrunde liegt, wird teilweise nicht nur auf Vorschriften zurückgegriffen, die den Inhalt der Treuabrede lediglich näher ausgestalten, sondern auf die gesamte geschriebene und ungeschriebene Rechtsordnung.<sup>44</sup> Hieraus ergibt sich ein weiterer Grund für die Weite des Tatbestandes und die Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG, da die in Bezug genommenen Normen selbst vage formuliert und damit eher generalklauselartig sein können. Ein Beispiel für eine derartige Norm ist § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, bei dem als allgemeiner Verhaltensmaßstab auf „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ abgestellt wird. Durch die Norm bleibt aber z.B. ungewiss, welche Kreditvergaben nun im Einzelfall noch zulässig sind oder welche Unternehmensspenden erlaubt sind.<sup>45</sup> Wird nun zur Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht ausschließlich auf derartige Normen abgestellt und gleichzeitig der Inhalt der Treuabrede nicht hinreichend berücksichtigt, besteht die Gefahr, dass der Tatbestand deutlich überdehnt wird. Erschwert

<sup>40</sup> *Labsch*, Untreue (§ 266 StGB), Grenzen und Möglichkeiten einer Deutung, 1982, S. 157; *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (641).

<sup>41</sup> RGSt 69, 58 (61); *Labsch* (Fn. 40), S. 157.

<sup>42</sup> *Labsch* (Fn. 40), S. 157; *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen. Zugleich ein Beitrag zur Pflichtwidrigkeitsdogmatik, 2015, S. 41.

<sup>43</sup> BGHSt 55, 288 (300); *Fischer* (Fn. 37), § 266 Rn. 5.

<sup>44</sup> *Krell* (Fn. 42), S. 73.

<sup>45</sup> *Dinter*, Der Pflichtwidrigkeitsvorsatz der Untreue. Zugleich ein Beitrag zur gesetzlichen Bestimmtheit des § 266 StGB, 2012, S. 158.

wird das Ganze außerdem dadurch, dass neben der Verweisung auf außerstrafrechtliche Normen des deutschen Rechts auch die Verweisung auf ausländische Normen zulässig ist.<sup>46</sup>

Es wird also deutlich, dass allein das Merkmal der Vermögensbetreuungspflicht viele Fragen aufwirft und zur Weite des Untreuetatbestandes beiträgt. Eine derartige Ausdehnung des Anwendungsbereiches von § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB dürfte nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen und verstößt darüber hinaus gegen die Grundprinzipien des Bestimmtheitsgrundsatzes.

#### cc) Restriktionsversuche

Um uferloser Weite entgegenzuwirken, versuchen Lehre und Rechtsprechung, den Tatbestand durch relativ strenge Anforderungen an das Pflichtmerkmal zu begrenzen. Hierbei hat bereits das *Reichsgericht* in seiner Entscheidung vom 14.12.1934<sup>47</sup> erste Kriterien benannt, die bis heute herangezogen werden:

##### (1) Vermögensbetreuungspflicht als Hauptpflicht

Die erste Möglichkeit einer Restriktion soll darüber gelingen, dass es sich bei der in Frage stehenden Pflicht um eine Haupt- und nicht nur um eine Nebenpflicht handeln muss.<sup>48</sup> Konkret bedeutet dies, dass die Pflicht den typischen und wesentlichen Inhalt des Rechtsverhältnisses bilden muss, durch welches sie entstanden ist.<sup>49</sup> Es ist nämlich nicht Sinn und Zweck des § 266 StGB, bereits die Nichterfüllung oder Verletzung von Leistungspflichten als Untreue zu bestrafen. Allgemeine schuldrechtliche Verpflichtungen wie die Erfüllung des Vertrags oder die Rücksichtnahme auf die Interessen des Vertragspartners reichen danach nicht zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht aus.<sup>50</sup>

Der Versuch, der Untreuestrafbarkeit durch das Erfordernis einer Hauptpflicht Grenzen zu ziehen, ist zwar begrüßenswert, jedoch wenig erfolgversprechend. Denn oft sagt die Tatsache darüber, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt, noch nichts über deren Wertigkeit als Vermögensbetreuungspflicht aus. Diese Unterscheidung ist demgemäß für sich allein wenig aussagekräftig. Vielmehr wurde so lediglich das Problem bezüglich der Frage nach dem Inhalt der Pflicht auf die Frage verschoben, wann eine Hauptpflicht vorliegt und wann nicht.

---

<sup>46</sup> BGH, NStZ 2010, 632 (634).

<sup>47</sup> RGSt, 69, 58 (61 f.).

<sup>48</sup> BGHSt 33, 240 (250); *Ransiek* (Fn. 40), S. 642.

<sup>49</sup> RGSt 71, 90 (91); 71, 333 (335).

<sup>50</sup> BGHSt 24, 386 (388); *Mitsch*, Die Untreue – Keine Angst vor § 266 StGB!, JuS 2011, 97 (100); *Fischer* (Fn. 37), § 266 Rn. 36a.

## (2) Fremdnützigkeit

Als weiteres Einschränkungskriterium wird daher gefordert, dass mit der Vermögensbetreuungspflicht fremde Interessen bzw. die Interessen des Treugebers verfolgt werden.<sup>51</sup> Dem steht jedoch nicht entgegen, dass der Treupflichtige neben den fremden auch eigene Interessen verfolgt.<sup>52</sup> Auch die Tatsache, dass der Täter für seine Tätigkeit eine Vergütung erhält, schließt die Annahme der Fremdnützigkeit nicht aus.<sup>53</sup> Dieses Kriterium führt dazu, dass die vertraglichen Austauschverhältnisse (z.B. Kauf-, Darlehens-, Werk- oder Dienstvertrag) nicht als Vermögensbetreuungspflicht angesehen werden können, da hier jeder Vertragspartner typischerweise nur im Eigeninteresse handelt. Eine Ausnahme hiervon besteht nur dann, wenn der Vertrag eine Verpflichtung zur fremden Vermögensbetreuung enthält, welche den wesentlichen Inhalt des Vertragsverhältnisses darstellt.<sup>54</sup>

Die Feststellung, in welchem Interesse nun tatsächlich gehandelt wurde, ist jedoch nicht immer ohne Weiteres möglich und kann in Einzelfällen erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Das Restriktionsmittel der Fremdnützigkeit ist daher allein nicht zielführend und kann nur ergänzend herangezogen werden.

## (3) Dauer und Umfang der Pflicht

Daneben hat das *Reichsgericht* als Restriktionskriterium gefordert, dass die Vermögensbetreuungspflicht über eine längere Zeit besteht und dass sich ihr Umfang über Einzelfälle hinaus erstreckt.<sup>55</sup>

Indes soll auch eine Vermögensbetreuungspflicht vorliegen, wenn ihr nur ein einzelner Auftrag zugrunde liegt,<sup>56</sup> wie beispielsweise bei der Verwaltung und Verwendung eines Sonderkontos.<sup>57</sup> Außerdem könnte das Merkmal der Dauerhaftigkeit selbst bei den untergeordneten Auftrags- und Dienstverhältnissen zutreffen, obwohl deren Ausklammerung aus dem Anwendungsbereich gerade erzielt werden soll. Hinzu kommt, dass das Gesetz nicht zwischen Einzel- und Dauerrechtsverhältnissen unterscheidet, sondern jede Art von Rechtsgeschäft

<sup>51</sup> BGHSt 28, 20 (22); BGH, GA 1977, 18 (19); Schönemann, in: LK-StGB IX (Fn. 38), § 266 Rn. 58.

<sup>52</sup> Schramm, Untreue und Konsens, 2005, S. 40; Kargl, Die Mißbrauchskonzeption der Untreue (§ 266 StGB), Vorschlag de lege ferenda, ZStW 113 (2001), 563 (583).

<sup>53</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 36), § 22 Rn. 60.

<sup>54</sup> Kindhäuser, in: NK-StGB III (Fn. 36), § 266 Rn. 46.

<sup>55</sup> RGSt 69, 58 (61 f.).

<sup>56</sup> Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf (Fn. 36), § 22 Rn. 66; Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 64; Schönemann, in: LK-StGB IX (Fn. 38), § 266 Rn. 89.

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 28.11.1973 – 3 StR 177/73.

als Grundlage gelten lässt.<sup>58</sup> Dieser Anhaltspunkt ist folglich nicht zur Konkretisierung geeignet, weil Dauer und Umfang einer Pflicht nichts über deren inhaltliche Wertigkeit aussagen. Dementsprechend könnte dieses Kriterium bestenfalls zur Abrundung des jeweiligen Einzelfalles dienen.

#### (4) Selbstständigkeit des Treupflichtigen

Als letztes Merkmal wird verlangt, dass dem Treupflichtigen bei der Erfüllung seiner Pflicht ein gewisser Spielraum für eigenverantwortliche Entscheidungen, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit bei der Betreuung des fremden Vermögens zugestanden wird.<sup>59</sup> Rein mechanische Tätigkeiten wie die eines Boten oder die Erledigung untergeordneter Einzelaufträge stellen damit keine Vermögensbetreuungspflicht dar.<sup>60</sup> Dennoch bedeutet Selbstständigkeit und Entscheidungsspielraum nicht, dass der Treupflichtige absolut selbstständig sein muss. Es handelt sich vielmehr um eine „relative Selbstständigkeit“<sup>61</sup>, bei der es ausreicht, dass der Täter innerhalb des ihm durch Vorgaben des Treugebers vorgegebenen Rahmens Entscheidungsfreiheit hat. Er muss über das „Ob“ und „Wie“ seiner Tätigkeit selbstständig und eigenverantwortlich entscheiden können.

Zwar spricht gegen diesen Lösungsansatz, dass häufig Personen zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten gewisse Spielräume und Freiheiten eingeräumt werden, für die zahlreichen reinen Botendienste gilt das aber nicht, sodass der Tatbestand dahingehend eingegrenzt wird. Das Kriterium der Selbstständigkeit stellt mithin das wichtigste und aussagekräftigste Kriterium dar und ist für eine restriktive Auslegung der Untreue von großer Bedeutung.

#### dd) Ergebnis

Die dargelegten Eingrenzungskriterien stellen einerseits, zumindest in pragmatischer Hinsicht, eine brauchbare Methode dar, die fast unüberschaubare Menge an möglichen Pflichten auf einen Kern zu reduzieren. Andererseits ist eine klare Konkretisierung trotz der starken Bemühungen von Rechtsprechung und Literatur schwierig. Grund dafür ist zum einen, dass alle Kriterien selbst definitionsbedürftig sind und zum anderen, dass es sich lediglich um unverbindliche Indizien handelt.<sup>62</sup> Dies hat zur Konsequenz, dass der Richter über das Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht nach seinem vernünft-

<sup>58</sup> *Schünemann*, in: LK-StGB IX (Fn. 38), § 266 Rn. 89.

<sup>59</sup> RGSt 69, 58 (62).

<sup>60</sup> RGSt 69, 58 (62); *Fischer* (Fn. 37), § 266 Rn. 36; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2014, § 20 Rn. 110.

<sup>61</sup> *Schramm* (Fn. 52), S. 40.

<sup>62</sup> *Seier/Martin*, Die Untreue (§266 StGB), JuS 2001, S.874 (875); *Labsch* (Fn. 40), S. 198.

tigen Ermessen selbst zu entscheiden hat. Dabei ist mehr als fraglich, wie dadurch Rechtssicherheit für den Bürger erreicht werden soll.

*b) Pflichtwidrigkeit*

Aufgrund dessen, dass die Vermögensbetreuungspflicht durch außerstrafrechtliche Normen begründet wird, bemisst sich auch die Verletzung der Pflicht nach diesen Normen. Dabei muss beachtet werden, dass bei fehlender Verletzung einer sich daraus ergebenden Pflicht eine Strafbarkeit nach § 266 StGB auch nicht möglich ist, da die strafrechtliche Haftung für vermögensschädigendes Verhalten nicht weiter reichen kann als z.B. die zivilrechtliche. Andererseits ergibt sich aus einem Verstoß gegen eine außerstrafrechtliche Konkretisierungsnorm nicht zwingend ein Verstoß gegen die Vermögensbetreuungspflicht (= asymmetrische Akzessorietät).<sup>63</sup> Darum kann bei Verletzung einer außerstrafrechtlichen Norm nicht automatisch auf eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB geschlossen werden.<sup>64</sup> Zudem ist problematisch, dass die Verletzung sowohl durch aktives Tun als auch durch Unterlassen begangen werden kann. Dabei muss das verletzende Verhalten nicht notwendigerweise rechtsgeschäftlicher Art sein, da selbst rein tatsächliche pflichtwidrige Aktivitäten ausreichen.<sup>65</sup> Durch diese weite Ausdehnung ist für den Bürger nicht mehr erkennbar, welches Verhalten eine Strafbarkeit nach § 266 StGB begründet und wo die Grenze zur rein zivilrechtlichen Pflichtverletzung liegt. Da also auch hier eine Orientierungssicherheit nicht geleistet werden kann, ist zur Wahrung des Bestimmtheitsgebots eine restriktive und präzisierende Auslegung geboten.

*aa) Restriktionsversuche*

Damit letztlich nicht in jedem Verstoß gegen die Rechtsordnung eine Pflichtverletzung i.S.d. § 266 StGB gesehen werden kann, müssen die verletzten Vorschriften zumindest mittelbar vermögensschützenden Charakter haben.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Böse, Das Bundesverfassungsgericht „bestimmt“ den Inhalt des Untreuetatbestandes, JURA 2011, 617 (622); Dinter (Fn. 45), S. 54; Jabn, Pflichtverletzung bei der Untreue, JuS 2011, 183 (184); Wessing, Der Untreueparagraf auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NZG 2010, 1121 (1123); Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 174.

<sup>64</sup> Vgl. BGH, NJW 2013, 401 ff.

<sup>65</sup> Mitsch (Fn. 50), S. 101.

<sup>66</sup> BGHSt 55, 288 (299 f.); Ransiek (Fn. 40), S. 672; Fischer (Fn. 37), § 266 Rn. 21.

Auch wird verlangt, dass zwischen Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht ein funktionaler Zusammenhang besteht.<sup>67</sup> Dementsprechend muss der Täter gerade die sich aus der spezifischen Pflichtenstellung ergebende Pflicht verletzt haben.<sup>68</sup> Damit werden nur solche Fallkonstellationen erfasst, bei denen der Täter die Pflicht nicht nur bei Gelegenheit der Vermögensbetreuung, sondern gerade in seiner Eigenschaft als Vermögensbetreuer verletzt.<sup>69</sup>

Einen weiteren Versuch, den Kreis möglicher Pflichtverletzungen einzugrenzen, hat der 1. Strafsenat des BGH in seinen Entscheidungen vom 15.11.2001 und 6.12.2001 mit dem Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung unternommen.<sup>70</sup> Dies soll zumindest bereichsspezifisch für unternehmerische Entscheidungen mit einem weiten Ermessensspielraum gelten.<sup>71</sup> Die Beurteilung, ob eine Pflichtverletzung gravierend ist oder nicht, muss aufgrund einer Abwägung aller Umstände des konkreten Einzelfalls erfolgen.<sup>72</sup> Bei gesellschaftsrechtlichen Pflichtverletzungen des Vorstandsvorsitzenden einer AG soll dies beispielsweise anhand einer Gesamtschau insbesondere der gesellschaftsrechtlichen Kriterien geschehen.<sup>73</sup> Auch können die vom *Ersten Strafsenat* im Zusammenhang mit der pflichtwidrigen Vergabe eines Bankenkredits entwickelten Merkmale<sup>74</sup> herangezogen werden.

#### bb) Kritik

Problematisch ist das Kriterium des funktionalen Zusammenhangs in weniger evidenten Fällen, da es zu keinen eindeutigen Ergebnissen führt und sich daher als wenig trennscharf erweist. Daneben ist das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung nicht zielführend, da normative Kriterien für die Einstufung einer Pflichtwidrigkeit als einfach oder gravierend weitgehend fehlen. Im Grunde wird damit das Abgrenzungsproblem also lediglich verschoben.

---

<sup>67</sup> Schilling, Fragmentarisch oder umfassend? Wege strafrechtlichen Zugriffs bei der Veruntreuung fremden Vermögens am Beispiel des deutschen und des italienischen Untreuestrafrechts, 2009, S. 99; Kubiciel, Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, NStZ 2005, 353 (355).

<sup>68</sup> Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 185.

<sup>69</sup> Saliger, Gibt es eine Untreumode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10 (18).

<sup>70</sup> BGHSt 47, 147 (150); 47, 187 (188).

<sup>71</sup> Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 175.

<sup>72</sup> Ebd.

<sup>73</sup> BGHSt 47, 187 (197).

<sup>74</sup> BGHSt 47, 187 (197).

## c) Vermögensnachteil

Neben der Unbestimmtheit der Vermögensbetreuungspflicht und deren Verletzung ruft insbesondere auch das Merkmal des Vermögensnachteils Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Art. 103 Abs. 2 GG hervor. Grund dafür ist die Übertragung der Grundsätze der schadensgleichen Vermögensgefährdung bzw. des Gefährdungsschadens von § 263 StGB auf den Untreuetatbestand.<sup>75</sup> Nach der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens kann eine Vermögensgefährdung gleichbedeutend mit einem endgültigen Vermögensschaden sein, wenn die naheliegende Gefahr eines endgültigen Verlustes bereits gegenwärtig den Gesamtvermögenswert mindert.<sup>76</sup> Die Einbeziehung einer derartigen Konstellation in den § 266 StGB führt zu einer weiteren Ausdehnung des Tatbestandes. Während beim Betrug die Figur der schadensgleichen Vermögensgefährdung durch klare Konturen des objektiven Tatbestandes und durch das Erfordernis der Bereicherungsabsicht im subjektiven Tatbestand eingeschränkt wird, ist dies bei der Untreue aufgrund des unbestimmten objektiven Tatbestandes und des fehlenden Erfordernisses einer Bereicherungsabsicht im subjektiven Tatbestand nicht der Fall. So können solche Fälle unter § 266 StGB fallen, bei denen eine tatsächliche Minderung von Vermögenswerten noch unsicher und weit entfernt ist.<sup>77</sup> Auch das Ausbleiben einer erzielbaren Mehrung des Vermögens kann unter den Nachteil im Sinne der Untreue subsumiert werden.<sup>78</sup>

Problematisch ist insbesondere, dass die Einbeziehung der Figur des Gefährdungsschadens zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit führt.<sup>79</sup> Im Gegensatz zum Betrug, bei dem dies aufgrund der Strafbarkeit des Versuchs weitgehend folgenlos bleibt, hat dies bei der Untreue zur Konsequenz, dass die fehlende Versuchsstrafbarkeit umgangen wird.<sup>80</sup> Die Einbeziehung des Konstrukts hat folglich für die Untreue erheblich höhere und weitreichendere

<sup>75</sup> BGHSt 47, 148 (156); 51, 100 (113).

<sup>76</sup> BGHSt 44, 376 (384); Perron, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 45; Adick, Zum Gefährdungsschaden und zum Eventualvorsatz bei der Untreue – Zugl. Besprechung von BGH, Beschl. v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07 = BGH HRRS 2008 Nr. 522, HRRS 2008, 460 (463); Jahn, Untreue durch die Führung „schwarzer Kassen“ – Fall Siemens/ENEL, JuS 2009, 173 (174).

<sup>77</sup> Perron, Bemerkungen zum Gefährdungsschaden bei der Untreue, in: FS Tiedemann, 2008, S. 737 (741); Mitsch (Fn. 50), S. 102.

<sup>78</sup> Mitsch (Fn. 50), S. 102.

<sup>79</sup> v. Selle, Parlamentarisches Budgetrecht und Haushaltsuntreue in Zeiten „Neuer Steuerungsmodelle“, JZ 2008, 178 (183); Tsagkaraki, Die Bildung der sog. »schwarzen Kassen« als strafbare Untreue gemäß § 266 StGB, 2013, S. 144; Mansdörfer, JuS 2009, 114 (115); Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 226.

<sup>80</sup> v. Selle (Fn. 79), S. 183; Hoyer, in: SK-StGB IV, 8. Aufl. 2012, § 266 Rn. 6; Saliger (Fn. 69), S. 12; Fischer, Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 264 (272).



Bedeutung, da es hierbei um die Grenze zwischen Strafbarkeit und Strafflosigkeit, beim Betrug lediglich um die Grenze zwischen Versuch und Vollendung geht. Die Grenzen zwischen der schadensgleichen und der lediglich als straflosen Versuch zu klassifizierenden Vermögensgefährdung verschwimmen dadurch. Eine derartige Strafbarkeit des Untreueversuchs entspricht wohl kaum dem Willen des Gesetzgebers, da die Möglichkeit eines Versuchs in § 266 StGB nicht vorgesehen ist. Durch die Vorverlagerung der Strafbarkeit zeichnet sich daher die Gefahr der Umdeutung des Untreueparagrafen von einem Verletzungsdelikt zu einem Gefährdungsdelikt ab.<sup>81</sup>

Wie dargelegt ist auch das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens durch enorme Weite gekennzeichnet. Für den Bürger ist mit Einbeziehung der Rechtsfigur des Gefährdungsschadens nicht mehr erkennbar, ab wann ein Schaden i.S.d. § 266 StGB eingetreten ist. Dies entspricht im Ergebnis nicht dem Bestimmtheitsgebot.

Um trotzdem den Vorgaben des Bestimmtheitsgebotes zu entsprechen, ist auch beim Gefährdungsschaden eine restriktive Auslegung geboten. Sowohl Rechtsprechung als auch Literatur haben hierzu Lösungsmodelle entwickelt.

#### aa) Die Literatur

In der Literatur werden verschiedene Versuche zur Einschränkung im objektiven Tatbestand unternommen.<sup>82</sup> Die herrschende Ansicht will eine Restriktion über das Konstrukt der „objektiven Zurechnung“ erreichen.<sup>83</sup> Danach müsse zum einen die Gefahr eines Vermögensnachteils bereits in der Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht liegen und zum anderen müsse sich das gesteigerte Risiko, welches außerhalb der vom Treugeber gesetzten Schranken liegt, gerade in dem Vermögensschaden realisieren.<sup>84</sup>

Es ist zwar wünschenswert, den Gefährdungsschaden durch objektive Grenzen einzuschränken, jedoch sind diese – wie der Versuch, mithilfe der objektiven Zurechnung zu einer restriktiveren Auslegung zu gelangen, zeigt – oft sehr

---

<sup>81</sup> Hoyer, in: SK-StGB IV (Fn. 80), § 266 Rn. 6; Ransiek (Fn. 40), S. 659; Tsagkaraki (Fn. 79), S. 144; Wittig (Fn. 60), § 20 Rn. 150.

<sup>82</sup> Vgl. Dierlamm, in: MüKo-StGB V (Fn. 38), § 266 Rn. 219 ff.

<sup>83</sup> Eisele, Strafrecht BT II, 3. Aufl. 2015, Rn. 904; Brand, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 13.04.2011 – 1 StR 94/10, NJW 2011, 1751 (1752); Mansdörfer (Fn. 79), S. 116.

<sup>84</sup> Mansdörfer (Fn. 79), S. 116; Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, 4. Aufl. 2015, 2. Kap. 5. Teil Rn. 209.

unsicher und bislang lediglich von Einzelnen<sup>85</sup> untersucht worden. So muss in Zukunft bei problematischen Fällen des Gefährdungsschadens vorsichtiger vorgegangen werden und es dürfen keine vorschnellen Entscheidungen getroffen werden. Es erscheint ohnehin fraglich, ob eine zufriedenstellende Lösung gefunden werden kann.

#### bb) Die Rechtsprechung

Der Zweite und der Fünfte Strafsenat des *BGH* wollen das Ausmaß der Vermögensgefährdung im subjektiven Tatbestand eingrenzen. Dies soll dadurch möglich sein, dass *dolus eventualis* in Bezug auf die objektiv festgestellte Vermögensgefährdung nur dann angenommen wird, wenn neben dem Eintritt einer bloßen Gefahr auch der Eintritt eines endgültigen Schadens gebilligt wurde.<sup>86</sup>

Problematisch ist diese Lösung in Fällen, in denen die Abschätzung der Schadenswahrscheinlichkeit für den Täter schwierig ist oder die Realisierung der Gefahr von dem Verhalten eines Dritten abhängt, da ein entsprechender Wille des Täters hier regelmäßig fehlt.<sup>87</sup> Ob durch die Lösung also die strafwürdigen von strafunwürdigen Fällen getrennt werden können, bleibt fraglich. Des Weiteren ist bedenklich, dass die Untreue dadurch zu einem Delikt mit überschießender Innentendenz gemacht wird.<sup>88</sup> Hinzu kommt, dass die Feststellung der voluntativen Komponente des bedingten Vorsatzes selbst mit erheblichen Unsicherheiten belastet ist, sodass dies bei der Konkretisierung der Norm nicht weiterhelfen kann.<sup>89</sup> Daneben führt eine Korrektur der Untreue ausschließlich auf subjektiver Ebene dazu, dass der Ausgang eines Verfahrens unvorhersehbar wird, „wenn die Notbremse erst im subjektiven Tatbestand gezogen wird“<sup>90</sup>.

Wie Streitig der Vorschlag der Restriktion im subjektiven Tatbestand ist, wird auch dadurch verdeutlicht, dass selbst der Erste Strafsenat des *BGH* diesen

---

<sup>85</sup> Vgl. *Krell* (Fn. 42), S. 96 ff., *Hoyer*, in: SK-StGB IV (Fn. 80), § 266 Rn. 115 ff., *Esser*, in: AnwK-StGB, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 210 ff.; *Saliger*, in: SSW (Fn. 37), § 266 Rn. 79 ff.

<sup>86</sup> BGHSt 51, 100 (121); *BGH*, NJW 2008, 1827 (1830).

<sup>87</sup> *Perron* (Fn. 77), S. 745.

<sup>88</sup> *Bernsmann*, Alles Untreue? Skizzen zu Problemen der Untreue nach § 266 StGB, GA 2007, 219 (230); *Jahn* (Fn. 76), S. 1145.

<sup>89</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 76), § 266 Rn. 50.

<sup>90</sup> *Beulke*, Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: FS Eisenberg, 2009, S. 245 (264).

Ansatz vehement ablehnt<sup>91</sup> mit der Folge, dass zwischen dem *Ersten* und dem *Zweiten* bzw. *Fünften Strafsenat* eine Divergenz besteht.

Trotz aller Kritik ist diese Lösung ein erster Schritt auf dem Weg zur Restriktion der Untreue und führt dazu, dass in der Praxis der klassische Anwendungsbereich schadensgleicher Vermögensgefährdungen im Wirtschaftsstrafrecht etwas verkleinert wird.<sup>92</sup>

#### d) Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg

Die Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit des § 266 StGB ergeben sich neben der Weite der einzelnen Tatbestandsmerkmale auch aus der Gefahr einer Verschleifung der Merkmale der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensschadens. Häufig kommt es vor, dass bei Vorliegen des einen Tatbestandsmerkmals zugleich auch das Vorliegen des anderen Tatbestandsmerkmals angenommen wird.<sup>93</sup> Die beiden Merkmale werden also nicht immer unabhängig voneinander wahrgenommen, was vor allem auf deren jeweilige Unbestimmtheit zurückzuführen ist. So wertet beispielsweise das *Gericht* im Fall der Submissionsuntreue die Pflichtverletzung – die Bekanntgabe der Information – als Tathandlung und zugleich als schadensgleiche Vermögensgefährdung.<sup>94</sup> Auch im Falle von Risikogeschäften wird regelmäßig von einem eingegangenen hohen Schadensrisiko auf eine entsprechende Pflichtverletzung geschlossen.<sup>95</sup> Dieses Strukturproblem der Verschleifung von Tathandlung und Taterfolg führt zu großer Rechtsunsicherheit bei der Anwendung des Untreueparagrafen und verstärkt die Zweifel an dessen Verfassungsmäßigkeit.

#### e) Ergebnis

Nach den bisherigen Ausführungen wird deutlich, dass der Tatbestand der Untreue trotz aller Restriktionsversuche zu weit ist und aufgrund seiner Unbestimmtheit große Unsicherheiten bei der Anwendung bereitet. Dadurch werden die Ziele des Bestimmtheitsgebotes – Rechtssicherheit für den Bürger und Wahrung des Gewaltenteilungsprinzips – vernachlässigt bzw. nicht umgesetzt. Es erscheint also mehr als fraglich, ob der Untreuetatbestand

<sup>91</sup> BGH, Beschl. v. 20.3.2008 – 1 StR 488/07, Rn. 17.

<sup>92</sup> Beulke (Fn. 90), S. 264; Bernsmann (Fn. 88), S. 230.

<sup>93</sup> Saliger, Wider die Ausweitung des Untreuetatbestandes – Eine kritische Analyse der neueren Rechtsprechung zum Begriff des Vermögensnachteils in § 266 StGB, ZStW 112 (2000), 563 (610 f.); Krell, Das Verbot der Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale, ZStW 126 (2014), 902 (911 ff.).

<sup>94</sup> BGH, wistra 2000, 61 (61).

<sup>95</sup> Saliger, in: SSW (Fn. 37), § 266 Rn. 8.

überhaupt mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist oder ob er nicht vielmehr verfassungswidrig ist. Mit dieser Frage hat sich daher auch das *BVerfG* befasst.

### 3. Die Entscheidung des *BVerfG* vom 23.6.2010

Im Beschluss vom 23.6.2010 (Az.: 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09) trifft das *BVerfG* grundsätzliche Erwägungen zu Bedeutung und Inhalt des Bestimmtheitsgebots und stellt speziell für den Untreuetatbestand eingrenzende Anforderungen an die Auslegung der Vermögensbetreuungspflicht, der Pflichtwidrigkeit und des Vermögensnachteils auf.

#### a) Gegenstand der Entscheidung

In seiner Entscheidung hat das *BVerfG* drei Verfassungsbeschwerden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden, die sich jeweils gegen eine Verurteilung wegen Untreue richteten. Im Einzelnen ging es um Folgendes:

Der ersten Beschwerde lag der bekannte Fall „Siemens/ENEL“ (BGHSt 52, 323) zugrunde. Der Beschwerdeführer war leitender Angestellter der Siemens-AG und unterhielt seit der Übernahme dieser Position ein etabliertes System zur Leistung von Bestechungsgeldern, ohne dies seinen Vorgesetzten zu offenbaren. Der *BGH* verurteilte ihn daraufhin wegen Untreue durch Unterlassen, da durch die Fortführung der schwarzen Kasse der AG ein Zugriff auf die verdeckten Konten unmöglich gemacht wurde und darin bereits ein endgültiger Vermögensnachteil zu sehen gewesen sei.<sup>96</sup> In seiner Beschwerde richtet sich der Angestellte gegen das Urteil mit der Begründung, die Annahme eines Vermögensschadens durch die Einrichtung schwarzer Kassen verstoße gegen das Analogieverbot, da es so zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit komme, die der Gesetzgeber so nicht beabsichtigt habe.<sup>97</sup>

Gegenstand der zweiten Verfassungsbeschwerde war die Bewilligung von Prämien. Beschwerdeführer war hier ein Vorstandsmitglied einer Betriebskrankenkasse, der zwei Bediensteten über mehrere Jahre hinweg Prämien bewilligte, die zur Verdopplung ihrer Gehälter führten.<sup>98</sup> Da der Beschwerdeführer mit den überhöhten Zahlungen gegen den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verstoßen habe, verurteilte ihn das *LG Kassel* wegen Untreue in zwei Fällen.<sup>99</sup> Die Revision wurde verworfen.<sup>100</sup> In seiner Beschwerde wendete sich der Beschwerdeführer gegen die vom *Gericht* vorgenommene

<sup>96</sup> BGHSt 52, 323 (336).

<sup>97</sup> BVerfGE 126, 170 (185 f).

<sup>98</sup> BVerfGE 126, 170 (180).

<sup>99</sup> BVerfGE 126, 170 (180).

<sup>100</sup> BVerfGE 126, 170 (181).

Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht“, da das *Gericht* den Entscheidungsspielraum des Vorstandes dahingehend nicht hinreichend berücksichtigt habe, dass nicht in jedem Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot eine Verletzung der strafrechtlichen Vermögensbetreuungspflicht liege.<sup>101</sup>

Im letzten Ausgangsverfahren ging es um die Vergabe eines Kredits. Die Beschwerdeführer waren Vorstandsmitglieder einer AG und unter anderem mit der Gewährung von Krediten an Unternehmensgruppen befasst.<sup>102</sup> Die Beschwerdeführer wurden vom *LG Berlin* wegen Untreue verurteilt, da sie ein Darlehen in Höhe von knapp 20 Mio. DM an eine Unternehmensgruppe bewilligt hatten, obwohl die Unternehmensgruppe bereits vorher mit der Rückzahlung von bis dahin genehmigten Krediten in Höhe von 810 Mio. DM im Rückstand gewesen war.<sup>103</sup> Das *Gericht* wertete die Bewilligung des Darlehens als gravierende Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, mit der ein Vermögensnachteil in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung eingetreten sei.<sup>104</sup> Der *BGH* verwarf die Revision.<sup>105</sup> Hier wurde die Unbestimmtheit des Untreuetatbestandes im Hinblick auf das Pflichtwidrigkeits- und Nachteilsmerkmal gerügt.<sup>106</sup> Außerdem würde die Annahme einer schadensgleichen Vermögensgefährdung gegen das Analogieverbot verstoßen, da hier – entgegen des Wortlauts – ein endgültiger Schaden schon bei der bloßen Wahrscheinlichkeit seines Eintritts angenommen werde.<sup>107</sup> Hinzu komme, dass das *Gericht* die Feststellung eines Nachteils mit denselben Tatsachen und Wertungen begründet habe, auf denen es auch die Verletzung der Pflicht gestützt habe, worin eine Verkennung der jeweils eigenständige Bedeutung der Merkmale liege.<sup>108</sup>

#### b) Die Entscheidung

Der Zweite Senat des *BVerfG* lehnte die Verfassungsbeschwerden in den ersten beiden Fällen als unbegründet ab.<sup>109</sup> Im Falle der dritten Beschwerde hob er

---

<sup>101</sup> BVerfGE 126, 170 (186 f).

<sup>102</sup> BVerfGE 126, 170 (181).

<sup>103</sup> BVerfGE 126, 170 (181).

<sup>104</sup> BVerfGE 126, 170 (182 f).

<sup>105</sup> *BGH*, wistra 2009, 189 (189).

<sup>106</sup> BVerfGE 126, 170 (187).

<sup>107</sup> BVerfGE 126, 170 (188).

<sup>108</sup> BVerfGE 126, 170 (189).

<sup>109</sup> BVerfGE 126, 170 (171).

den Beschluss des *BGH* und das Urteil des *LG Berlin* wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG auf.<sup>110</sup>

aa) Das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht

Neben den Ergebnissen zu den einzelnen Verfassungsbeschwerden äußerte sich das *BVerfG* auch zu den Anforderungen, die sich aus dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot ergeben. Sofern es sich hierbei um Äußerungen zu den Verpflichtungen des Gesetzgebers handelt, bewegt es sich auf altbekanntem Boden. Neuerungen folgen aus der Bindung der Strafgerichte an das in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtete Bestimmtheitsgebot und den Inhalt der sich daraus ergebenden Pflichten:

Art. 103 Abs. 2 GG enthält zum einen das Analogieverbot, das die Strafgerichte daran hindern soll, einzelne Merkmale über die Wortlautgrenzen hinaus auszulegen.<sup>111</sup> Daneben formuliert das *Gericht* ein Verschleifungs- bzw. Entgrenzungsverbot, wonach die einzelnen Tatbestandsmerkmale selbst innerhalb ihres möglichen Wortsinns nicht derart weit ausgelegt werden dürfen, dass sie nicht mehr von anderen Tatbestandsmerkmalen unterschieden werden können.<sup>112</sup>

Auch dürfen die Strafgerichte bei der Handhabung von weit gefassten Tatbeständen durch eine fernliegende Auslegung nicht dazu beitragen, bestehende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm zu erhöhen. Sie seien vielmehr dazu gehalten, den Anwendungsbereich durch Präzisierung und Konkretisierung klar zu bestimmen und bestehende Rechtsunsicherheiten auf diesem Wege auszuräumen (Präzisierungsgebot).<sup>113</sup> Diese Pflicht gelte insbesondere in Fällen, in denen der Rechtsanwender nach dem Wortlaut der Norm nur die Möglichkeit einer Bestrafung erkennen kann und erst eine gefestigte Rechtsprechung eine zuverlässige Auslegungsgrundlage schafft.<sup>114</sup>

Mit dieser Verschärfung der aus Art. 103 Abs. 2 GG hergeleiteten Pflichten verbindet das *BVerfG* auch eine Erhöhung der verfassungsgerichtlichen Kontrolldichte.<sup>115</sup> Konkret bedeutet dies, dass sich die Kontrolle nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt, sondern sich auch auf die Überprüfung über das Bestehen einer gefestigten Rechtsprechung erstreckt. Dabei soll die von den Gerichten vorgenommene Auslegung und Anwendung der Straf-

---

<sup>110</sup> BVerfGE 126, 170 (171).

<sup>111</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>112</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>113</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>114</sup> BVerfGE 126, 170 (198).

<sup>115</sup> BVerfGE 126, 170 (199).

normen daraufhin überprüft werden, ob sie sich im Rahmen der bisher von der Rechtsprechung entwickelten Obersätze halten bzw. ob diese folgerichtig weiterentwickelt und im konkreten Fall gewürdigt wurden.<sup>116</sup>

bb) Die Vereinbarkeit der Untreue mit Art. 103 Abs. 2 GG

Zusätzlich zu den allgemeinen Anforderungen, welche sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergeben, hat sich der Zweite Senat des *BVerfG* mit der Verfassungsmäßigkeit der Untreue beschäftigt. Dabei hat er die Untreue als „noch“ mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot für vereinbar erklärt.<sup>117</sup> Grund dafür sei, dass sich ein Rechtsgut und auch die Gefahren, vor denen der Gesetzgeber schützen will, klar erkennen ließen. Während er auf der einen Seite den Tatbestand selbst als abstrakt formuliert und als Tatbestand von großer Weite bezeichnet,<sup>118</sup> betont er andererseits die Auslegungsfähigkeit der Untreue, „die die Rechtsprechung in langjähriger Praxis umgesetzt und die sich in ihrer tatbestandsbegrenzenden Funktion als tragfähig erwiesen“<sup>119</sup> habe. Dennoch hat der *Zweite Senat*, um eine verfassungswidrige Überdehnung des Tatbestandes zu vermeiden, Kriterien aufgestellt, die es künftig zu beachten gilt.

(1) Vermögensbetreuungspflicht

Das *BVerfG* erachtet das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbetreuungspflicht als verfassungsgemäß, da die gefestigte Rechtsprechung den Anwendungsbereich ausreichend begrenze.<sup>120</sup> Dies zeige sich zum einen daran, dass einerseits ein Kernbereich erkennbar sei, in welchem es keine Zweifel über das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht und der Strafbarkeit nach § 266 StGB gebe (Tätigkeit eines Bankvorstands/der Vorstandsmitglieder). Daneben sei es andererseits möglich, eine Gruppe an Fallgestaltungen auszumachen, bei denen eine Vermögensbetreuungspflicht auszuschließen ist (z.B. bei gewöhnlichen Austauschverhältnissen).<sup>121</sup> Dies stützt das *Gericht* darauf, dass es sich bei der Pflicht um eine fremdnützige Hauptpflicht handeln müsse, welche sich über eine gewisse Zeit oder ihrem Umfang nach über bloße Einzelfälle hinaus erstrecken müsse, und dass der Treupflichtige die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums habe.<sup>122</sup>

---

<sup>116</sup> BVerfGE 126, 170 (199).

<sup>117</sup> BVerfGE 126, 170 (200).

<sup>118</sup> BVerfGE 126, 170 (203).

<sup>119</sup> BVerfGE 126, 170 (208).

<sup>120</sup> BVerfGE 126, 170 (209).

<sup>121</sup> BVerfGE 126, 170 (209 f.).

<sup>122</sup> BVerfGE 126, 170 (208).

## (2) Pflichtwidrigkeit

Bei dem Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit handelt es sich laut *BVerfG* um ein komplexes normatives Tatbestandsmerkmal, welches durch außerstrafrechtliche Normen ausgelegt werden kann und muss.<sup>123</sup> Der *Zweite Senat* betont, dass dieses Merkmal trotzdem mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist, da es durch die höchstrichterliche Rechtsprechung hinreichend konkretisiert wurde, sodass die Strafbarkeit der Untreue im Regelfall vorhersehbar ist.<sup>124</sup> Wichtig sei jedoch zum einen, dass die Anwendung des § 266 StGB auf eindeutig klare Fälle pflichtwidrigen Handels beschränkt werde, und zum anderen, dass Wertungswidersprüche bei der Auslegung von speziellen Sanktionsregeln vermieden werden.<sup>125</sup> Dabei komme den Strafgerichten die Aufgabe zu, den Charakter der Untreue als reines Vermögensdelikt zu wahren, indem sie den Anwendungsbereich des Tatbestandes durch fallgruppenspezifische Obersatzbildung unter Berücksichtigung der oben genannten Kriterien greifbar machen.<sup>126</sup> Daneben bestärkt und verteidigt das *Gericht* das Erfordernis einer gravierenden Pflichtverletzung gegen Kritik aus der Literatur, da hierdurch die Unsicherheiten, die sich insbesondere aus der Verweisung des Pflichtenmerkmals auf ebenso allgemein gehaltene Normen ergeben, begrenzt würden.<sup>127</sup>

## (3) Vermögensschaden

Im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens betont das *BVerfG*, dass die Rechtsfigur des Gefährdungsschadens grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>128</sup> Dennoch verlangt es eine restriktive und präzisierende Handhabung dieses Konstrukts. Dem Nachteilsmerkmal müsse als eigenständigem Tatbestandsmerkmal neben der Pflichtverletzung in der Weise Beachtung geschenkt und eigenständige Feststellungen zum Vorliegen eines Vermögensschadens gemacht werden.<sup>129</sup> Die Strafgerichte seien daher gehalten, den Gefährdungsschaden der Höhe nach zu beziffern und in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise darzulegen.<sup>130</sup> Zu dessen Feststellung solle auf anerkannte Bewertungsmaßstäbe zurückgegriffen werden, gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Sachverständigen.<sup>131</sup> Falls eine genaue Bezifferung nicht möglich sei, müssten die Prognose- und Beurteilungs-

---

<sup>123</sup> BVerfGE 126, 170 (204).

<sup>124</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>125</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>126</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>127</sup> BVerfGE 126, 170 (211).

<sup>128</sup> BVerfGE 126, 170 (221).

<sup>129</sup> BVerfGE 126, 170 (211).

<sup>130</sup> BVerfGE 126, 170 (229).

<sup>131</sup> BVerfGE 126, 170 (229).



spielräume durch vorsichtige Schätzungen ausgefüllt werden, wobei im Zweifel nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* freigesprochen werden müsse.<sup>132</sup>

c) *Stellungnahme*

Zu den Ausführungen, welche das *Gericht* in Bezug auf das Bestimmtheitsgebot trifft, ist anzumerken, dass das Formulieren des Verschleifungs- und Entgrenzungsverbots durchweg zu begrüßen ist, weil es von großer Bedeutung für die Eingrenzung von weiten Tatbeständen und damit auch für das Bestimmtheitsgebot ist. Mit der Forderung eines Präzisierungsgebotes für weit gefasste Strafnormen wird dem Analogieverbot wenig Angriffsfläche geboten. Allerdings könnte durch dieses Gebot das falsche Signal gesendet werden, der durch Art. 103 Abs. 2 GG angestrebte Grad der Exaktheit von Normen dürfe letztlich abnehmen.<sup>133</sup> Auch widerspricht ein dadurch bezwecktes arbeitsteiliges Zusammenwirken von Gesetzgeber und Judikatur dem Gesetzlichkeitsprinzip, da durch die Mitwirkung der Gerichte anerkannt wird, dass die Präzisierung des Strafgesetzes nicht ausschließlich dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber obliegt. Die Formulierung des Präzisierungsgebotes ist keine neue Vorgabe, sondern lediglich eine neue Mahnung, bei weit gefassten Tatbeständen zu einer verfassungskonformen Auslegung zu gelangen, wenn das Analogieverbot keinen Schutz bietet.<sup>134</sup> Positiv ist jedoch anzumerken, dass mit Ausweitung der aus dem Bestimmtheitsgebot abgeleiteten Pflichten auch der Umfang der verfassungsgerichtlichen Überprüfung wachsen kann.

In Bezug auf den Tatbestand der Untreue war es im Ergebnis nicht überraschend, dass der Zweite Senat des *BVerfG* die Untreue als verfassungsgemäß erklärt hat, nachdem dies bereits im vorangegangenen Beschluss vom 10.3.2009 geschehen war.<sup>135</sup> Es wäre schwer vollstellbar gewesen, dass ein Tatbestand von derart großer Bedeutung (insbesondere für die Wirtschaftskriminalität) aufgegeben wird. Vor diesem Hintergrund kann die Entscheidung zwar nicht als bahnbrechend bezeichnet werden, dennoch trägt sie zumindest in einigen Punkten zur Präzisierung und Restriktion der Norm bei.

Im Hinblick auf die Vermögensbetreuungspflicht ist es zu begrüßen, dass das *BVerfG* die Forderungen der vorangegangenen Rechtsprechung (fremdnützige Hauptpflicht, Selbstständigkeit, Dauer und Umfang) übernimmt, da sie für eine Restriktion unverzichtbar sind. Gleichwohl muss beachtet werden, dass durch

---

<sup>132</sup> BVerfGE 126, 170 (229 f.).

<sup>133</sup> *Schmitz*, in: MüKo-StGB I (Fn. 11), § 1 Rn. 48.

<sup>134</sup> *Kraatz*, Der Untreuetatbestand ist verfassungsgemäß – gerade noch! – zugleich eine Anmerkung zu BVerfG 2 BvR 2559/08, JR 2011, 434 (435).

<sup>135</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 10.3.2009 – 2 BvR 1980/07.

diese Eingrenzungen zwar einige Konstellationen ausgeschlossen werden können, in denen keine Pflicht besteht, dennoch bleibt außerhalb dieses abgesteckten Bereichs eine für den Bürger nicht genügend vorhersehbare „*Case-law*“-Rechtsprechung<sup>136</sup>.

Hinsichtlich der Ausführungen des *Gerichts* zur Pflichtverletzung ist es zwar erfreulich, dass das *Gericht* eine Einschränkung vornimmt, jedoch ist fraglich, ob dies wirklich über das Erfordernis der „gravierenden“ Pflichtverletzung gelingt. Der *Zweite Senat* fordert eine gravierende Pflichtverletzung im Sinne eines evidenten Verstoßes.<sup>137</sup> Die Anforderung einer Evidenz bietet aber nur scheinbar Rechtssicherheit, da schwer Einigkeit darüber erzielt werden kann, was als offensichtlich zu bezeichnen ist. Daneben kreierte das *Gericht* nicht mehr als eine Abstufung und erweckt dabei den falschen Eindruck, dass es einen bestimmten bzw. bestimmbaren Schwellenwert gäbe, ohne dass hierfür ein konkreter und geeigneter Maßstab erkennbar ist.<sup>138</sup> Für den Bürger hat dies zur Folge, dass er sich überlegen muss, ob er in „gravierender“ Art und Weise gegen die Norm verstößt.<sup>139</sup> Problematisch ist darüber hinaus die Aussage des *Gerichts*, dass das Merkmal der Pflichtwidrigkeit durch die fallgruppenspezifische Rechtsprechung konkretisiert wurde, da fraglich ist, ob eine derart ausdifferenzierte Judikatur nicht vielmehr eine Ausprägung der unüberschaubaren Weite der Untreue darstellt und selbst Teil des Problems ist.<sup>140</sup> Der gesamte Umfang dieser ausufernden Rechtsprechung ist selbst für einen Strafrechtsexperten kaum zu überblicken. Wie soll dies dann aber für den eigentlichen Normadressaten möglich sein, der kein Fachmann ist? Auch wird durch die Aufspaltung in Fallgruppen die Literatur und Rechtsprechung vor die Schwierigkeit gestellt, für die untreuerelevanten Pflichtverletzungen allgemeine widerspruchsfreie Regeln zu formulieren.<sup>141</sup> Es lässt sich folglich – wie bereits im Rahmen der Restriktionsversuche durch Literatur und Rechtsprechung – feststellen, dass auch hier die Einschränkungsversuche des *BVerfG* wenig dazu

---

<sup>136</sup> *Kraatz* (Fn. 134), S. 436; *Krüger*, Neues aus Karlsruhe zu Artikel 103 II GG und § 266 StGB – Bespr. von BVerfG, Beschluss vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, NStZ 2011, 369 (374).

<sup>137</sup> BVerfGE 126, 170 (210).

<sup>138</sup> *Safferling*, Bestimmt oder nicht bestimmt? Der Untreuetatbestand vor den verfassungsrechtlichen Schranken. Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09, NStZ 2011, 376 (377).

<sup>139</sup> *Beckemper*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Untreue (Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08; 105/09; 491/09), ZJS 2011, 88 (91).

<sup>140</sup> *Wessing/Krawczyk*, Der Untreueparagraf auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, NZG 2010, 1121 (1122).

<sup>141</sup> *Saliger*, Das Untreuestrafrecht auf dem Prüfstand der Verfassung, NJW 2010, 3195 (3197).

beitragen, bestehende Rechtsunsicherheiten auszuräumen und Rechtssicherheit herzustellen.

Die Forderung der konkreten Bezifferung des Schadens und der dadurch geforderte Rückgriff auf bilanzrechtliche Regeln werfen viele Fragen auf und bieten Angriffsflächen. Es erscheint zweifelhaft, ob eine exakte Bezifferung des Gefährdungsschadens mit Hilfe des Bilanzrechts gelingt. Dies lässt sich zum einen darauf zurückführen, dass es sich bei den bilanzrechtlichen Methoden nicht um mathematisch präzise Berechnungen handelt, sondern um Vorgehensweisen, welche einige Prognoseelemente umfassen.<sup>142</sup> Daneben führen die bilanzrechtlichen Bewertungsmaßstäbe dazu, dass insbesondere komplexe Verfahren, beispielsweise komplizierte wirtschaftsrechtliche Prozesse, kaum ohne die Hinzuziehung eines Sachverständigen auskommen werden. Damit ist ein hoher finanzieller sowie zeitlicher Aufwand aufgrund der vielen Beweisanträge verbunden, den die Strafgerichte stemmen müssen und damit sogar teilweise an ihre Grenzen stoßen. Um eben dies zu verhindern und damit auch ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen die erwünschten Ergebnisse erzielt werden, führt der Ansatz zu vielen Umgehungsstrategien. Ein Beispiel hierfür ist das Ausweichen der Strafjustiz auf Schätzungen bei der Schadenshöhe. Auch wird als eine Bewältigungsstrategie verstärkt auf die Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO zurückgegriffen werden.<sup>143</sup> Daneben wird das Material für Verfahrensabsprachen stark erhöht werden und die Tendenz zum „Deal“ steigen.<sup>144</sup> Zudem ist festzustellen, dass es sich bei der Bewertung von Chancen und Risiken eines Vermögenswertes nicht um einen objektiven Wert handelt, sondern um den Wert, welchen der Bewertende für den wahrscheinlichsten hält.<sup>145</sup>

Nichtsdestotrotz ist allein im Hinblick auf das Verschleifungsgebot konsequent die genaue Bezifferung eines Vermögensschadens vorauszusetzen. Auch bildet die Forderung das notwendige Minimum für die Bestimmbarkeit des Gefährdungsschadens und muss daher unbedingt verlangt werden. Dies ist einerseits deshalb so wichtig, da das Ausmaß des Schadens ein wesentlicher Punkt bei der Bestimmung der Schuldschwere ist und andererseits ein geeignetes Instrument darstellt, den Tendenzen einer Normativierung des Schadensbegriffes entgegen-

---

<sup>142</sup> *Wessing/Krawczyk* (Fn. 140), S. 1124.

<sup>143</sup> *Ebd.*

<sup>144</sup> *Fischer*, Strafbare Gefährdungsschaden oder strafloser Untreueversuch – Zur Bestimmtheit der Untreue-Rechtsprechung, STV 2010, 95 (101); *Kraatz* (Fn. 134), S. 439; *Saliger*, Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik, ZIS 2011, 902 (907).

<sup>145</sup> *Becker*, Das Bundesverfassungsgericht und die Untreue: Weißer Ritter oder feindliche Übernahme? – Zum Beschluss des BVerfG vom 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 = HRRS 2010 Nr. 656, HRRS 2010, 383 (392).

zutreten.<sup>146</sup>

#### IV. Fazit und Wertung

Der Straftatbestand der Untreue besteht aus stark ausdehnbaren Tatbestandsmerkmalen, welche die Unbestimmtheit der Norm und damit die Zweifel im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Bestimmtheitsgebot begründen. Die angesichts Art. 103 Abs. 2 GG erforderliche restriktive Auslegung der Norm führt zwar zu einzelnen Eingrenzungsvorschlägen, dennoch bleiben diese im Ergebnis hinter den Erwartungen an sie zurück. Umso wichtiger war daher die dargestellte Entscheidung des *BVerfG*, da dessen Anforderungen an die Tatbestandsmerkmale dazu beitragen, den Tatbestand in einzelnen Punkten bestimmter zu gestalten. Problematisch bleibt jedoch, dass das *BVerfG* bei seinen Eingrenzungskriterien im Rahmen der Tatbestandsmerkmale der Vermögensbetreuungspflicht und der Pflichtwidrigkeit vielfach auf die Restriktionsversuche der Literatur und Rechtsprechung zurückgreift. Da diese Kriterien aber oft wenig praktikabel sind und daher nicht maßgebend zur Konkretisierung der Untreue beitragen, bleiben die bereits geäußerten Bedenken insbesondere in Bezug auf den Gewaltenteilungsgrundsatz und die durch das Bestimmtheitsgebot bezweckte Rechtssicherheit bestehen.

Vielleicht muss dies aber in Kauf genommen werden, da es unmöglich erscheint, dem Gesetzgeber aufzugeben, Straftatbestände auszuarbeiten, die auf der einen Seite vollkommen klar und nicht mehr auslegungsfähig sind und die auf der anderen Seite dennoch dazu geeignet sind, ständig verändernde Lebenswirklichkeiten im konkreten Einzelfall hinreichend abzubilden. Daneben steht es außer Zweifel, dass in der heutigen komplizierten Gesellschaft ein Tatbestand nicht allein mit numerischen und deskriptiven Begriffen auskommen kann. Dass eine so weite und unbestimmte Strafnorm wie die des § 266 StGB als mit dem Bestimmtheitsgebot für vereinbar erklärt wird, hat indes nicht zur Konsequenz, dass Art. 103 Abs. 2 GG nur ein „Trugbild“<sup>147</sup> darstellt. Auch von einem „Tiefpunkt des *nulla-poena*-Satzes“<sup>148</sup> kann nicht gesprochen werden. Das Präzisionsgebot mag zwar keine vollkommene Rechtssicherheit erreichen, dennoch gibt es zumindest einen – wenn auch großzügigen – Rahmen und bestimmte Mindestvoraussetzungen an die Eindeutigkeit der Tatbestandsfassung eines Strafgesetzes.

<sup>146</sup> Kudlich, Fast wie im richtigen Leben: Wo fängt eigentlich Untreue an ...? (zugl. Besprechung von *BVerfG*, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08 u.a. = NJW 2010, 3209), JA 2011, 66 (69).

<sup>147</sup> Schönemann (Fn. 2), S. 3.

<sup>148</sup> *Ebd.*, S. 6 (Hervorhebung des Autors).

**Christian Rieß\***

## **Strafbarkeit von Geschäftsleitungen für die Nichtwahrnehmung erfolgsversprechender Geschäftsabschlüsse?**

### **Abstract**

In der jüngeren Vergangenheit ist die Bedeutung der Untreue im Wirtschaftsstrafrecht stetig gewachsen. Immer mehr Verhaltensweisen wurden als Verwirklichung des Tatbestands des § 266 StGB angesehen und für Geschäftsleitungen stieg die Gefahr, sich strafbar zu machen, stetig. Im folgenden Beitrag soll untersucht werden, ob sich Geschäftsleitungen nun auch durch die Nichtwahrnehmung erfolgsversprechender Geschäftsabschlüsse strafbar machen können. Vorgegangen wird dabei anhand der Tatbestandsmerkmale der Untreue, wobei das Hauptaugenmerk auf dem Vermögensnachteil liegt. In Bezug auf diesen ist insbesondere fraglich, inwieweit das Ausbleiben einer Vermögensmehrung einen untreuerelevanten Nachteil darstellen kann.

---

\* Der Verfasser studiert im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der Beitrag wurde im Wintersemester 2015/2016 im Rahmen des Praktikerseminars zum Unternehmensstrafrecht bei Prof. Dr. Gerhard Dannecker angefertigt.

## I. Einleitung

Vielfach wird formuliert, die Untreue habe gerade Hochkonjunktur<sup>1</sup>, es grasiere gar eine „Anwendungshypertrophie“<sup>2</sup> und auch die über 60 Jahre alte Behauptung *Mayers*, dass jenseits der klassischen Fälle niemand wisse, was Untreue eigentlich ist, wird einem immer wieder in Erinnerung gerufen.<sup>3</sup> Unter dieser „Ausuferung“ der Untreue hätten insbesondere Geschäftsleitungen zu leiden: Da bei „nahezu jedem dubios erscheinenden Geschäftsgebaren“ ein Strafverfahren eröffnet werde,<sup>4</sup> könnten sich Führungskräfte heutzutage nie mehr sicher sein, ob sie nicht im Falle des Misserfolgs sofort „ins Fahrwasser“ der Untreue geraten.<sup>5</sup> Hält man sich diese Befürchtungen vor Augen, keimt unweigerlich die Frage auf, ob sich Geschäftsleitungen tatsächlich in diesem Ausmaß sorgen müssen. Um dem nachzugehen, soll in diesem Beitrag die Fragestellung, ob sich Geschäftsleitungen nun sogar aufgrund der Nichtwahrnehmung erfolgversprechender Geschäftsabschlüsse der Untreue schuldig machen können, untersucht werden.

Dann nämlich wären diese Befürchtungen wirklich nur noch schwer von der Hand zu weisen: Der Geschäftsführer könnte sich nicht mehr nur wegen Minderungen des betreuten Vermögens strafbar machen, sondern auch für das Ausbleiben von Vermögensmehrungen. Vor einem risikoreichen Geschäft droht dann ein Strafbarkeitsrisiko „von beiden Seiten“, sodass es nicht mehr möglich wäre, sich dem Strafbarkeitsrisiko zu entziehen, indem man „auf Nummer sicher“ geht und das Geschäft nicht abschließt. Schließlich könnte der Nichtabschluss genauso zu einer Strafbarkeit führen wie der Abschluss des Geschäfts. Da dies zu einer enormen Einengung des Handlungsspielraums des Geschäftsführers führte, kommt dieser Fragestellung eine nicht zu unterschätzende Tragweite zu.

---

<sup>1</sup> *Seier*, in: Bernsmann/Ulsenheimer, Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Geilen Symposium 2001, S. 145 f.; vgl. auch *Schünemann*, Der Bundesgerichtshof im Gestrüpp des Untreuetatbestands, NStZ 2006, 196 (196); *ders.*, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NStZ 2005, 473 (473).

<sup>2</sup> *Beulke*, Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: FS Eisenberg, 2009, S. 245 (246).

<sup>3</sup> *Mayer*, Die Untreue, in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 337; vgl. auch *Fischer*, Der Gefährdungsschaden bei § 266 in der Rechtsprechung des BGH, StraFo 2008, 269 (269); *ders.*, Prognosen, Schäden, Schwarze Kassen, NStZ-Sonderheft 2009, 8 (8 f.).

<sup>4</sup> *Beulke* (Fn. 2), S. 247; vgl. *Lesch*, Zweckwidrige Verwendung von Fraktionszuschüssen als Untreue?, ZRP 2002, 159 (161); *Matt*, Missverständnisse zur Untreue – Eine Betrachtung auch zum Verhältnis von (Straf-)Recht und Moral, NJW 2005, 389 (390).

<sup>5</sup> *Beulke* (Fn. 2), S. 247.

Dementsprechend soll nun anhand der einzelnen Voraussetzungen des Untreuetatbestands in § 266 StGB untersucht werden, inwieweit eine Strafbarkeit beim Nichtabschluss eines erfolgsversprechenden Geschäfts in Betracht kommt. Ferner soll an den jeweils relevanten Stellen dargestellt werden, inwieweit man sich vom Untreuevorwurf entlasten kann.

## II. Die Vermögensbetreuungspflicht

Sowohl in seiner Missbrauchs- als auch in seiner Treubruchsalternative setzt der Tatbestand der Untreue nach überwiegender Auffassung eine Vermögensbetreuungspflicht voraus.<sup>6</sup> Dabei ist erforderlich, dass die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen der typische Inhalt des Verhältnisses zwischen Täter und Opfer und keine bloße Nebenpflicht einer schuldrechtlichen Vereinbarung ist.<sup>7</sup> Im Rahmen dieser Pflicht muss dem Verpflichteten eine gewisse Selbstständigkeit eingeräumt sein, welche dann gegeben ist, wenn er nicht in der ihm vorgeworfenen Weise handeln musste, sondern auch anders hätte handeln können.<sup>8</sup>

Für Geschäftsleitungen von Personen- und Kapitalgesellschaften sind derartige Treupflichten grundsätzlich anerkannt.<sup>9</sup> Allerdings ergeben sich für die jeweiligen Gesellschaftsformen Unterschiede hinsichtlich der Schutzrichtung der Treupflichten. So sind etwa die Geschäftsführer einer Personengesellschaft nur gegenüber den Gesellschaftern verpflichtet,<sup>10</sup> während der Geschäftsführer einer GmbH nur der Gesellschaft als solcher gegenüber und nicht gegenüber den Gesellschaftern verpflichtet ist.<sup>11</sup> Auch ein Vorstandsmitglied einer AG ist nur der AG gegenüber verpflichtet.<sup>12</sup> Dies hat zwar keinen Einfluss auf das Bestehen einer Treupflicht, die Frage nach der Schutzrichtung gewinnt aber Bedeutung bei der Frage, ob ein taugliches Opfer der Untreue vorliegt.

<sup>6</sup> BGHSt 24, 386 (387); *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 31; *Hoyer*, in: Systematischer Kommentar StGB IV, 148. EL 2015, § 266 Rn. 11, 16 f.; *Krey/Hellmann/Heinrich*, Strafrecht BT 2, 17. Aufl. 2015, Rn. 793; *Rengier*, Strafrecht BT 1, 17. Aufl. 2015, § 18 Rn. 14; a.A. *Otto*, Strafrecht, 7. Aufl. 2005, § 54 Rn. 8 ff.

<sup>7</sup> BGH, NStZ 1991, 489 (489); OLG Köln, NJW 1988, 3219 (3220).

<sup>8</sup> BGH, NStZ 1983, 455 (455); NJW 1992, 250 (251).

<sup>9</sup> *Arnold*, Untreue durch Schädigung des Unternehmens durch den Vorstand bzw. die Geschäftsführung, Jura 2005, 844 (845); *Perron*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 266 Rn. 25.

<sup>10</sup> *Kindhäuser*, Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl. 2015, § 266 Rn. 36.

<sup>11</sup> BGHSt 51, 29 (32); *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266 Rn. 25.

<sup>12</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 9), § 266 Rn. 25.

Insgesamt lässt sich aber festhalten, dass sich Geschäftsleitungen beim Umgang mit dem anvertrauten Vermögen von den Interessen des von ihnen geführten Unternehmens leiten lassen müssen.<sup>13</sup> Insbesondere kommt ihnen dabei auch die für die vorliegende Untersuchung maßgebliche Pflicht, sich bietende Gelegenheiten zur Vermögensmehrung zu nutzen, zu,<sup>14</sup> sodass die Untreuestrafbarkeit jedenfalls nicht am Vorliegen einer Vermögensbetreuungspflicht scheitert.

### III. Die Pflichtverletzung

Problematischer gestaltet sich dann schon die Feststellung einer Pflichtverletzung. Bezüglich dieser ist zunächst einmal zu klären, welche der beiden Tatbestandsalternativen in Betracht kommt.

Die erste Alternative des § 266 Abs. 1 StGB – der sog. Missbrauchstatbestand – sieht als Tathandlung vor, dass der Täter eine ihm eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, missbraucht. Eine derartige Befugnis ist bei Geschäftsleitungen in aller Regel schon von Gesetzes wegen gegeben.<sup>15</sup> Allerdings kann ein Missbrauch dieser Befugnis nur durch rechtsgeschäftliches oder hoheitliches Verhalten begangen werden.<sup>16</sup> Da in dem bloßen Nichtabschluss eines Geschäfts kein derartiges Verhalten zu sehen ist, kommt die Missbrauchsalternative nicht in Betracht.

Die zweite Alternative des § 266 Abs. 1 StGB – der Treuebruchtatbestand – stellt jedoch niedrigere Anforderungen und verlangt lediglich die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht. Dies erweist sich in Anbetracht des eben Gesagten zunächst einmal als wenig problematisch: Erkennt man die Pflicht, sich bietende Gelegenheiten zur Vermögensmehrung zu nutzen, an, so kann auch im Nichtabschluss eines erfolgversprechenden Geschäfts grundsätzlich eine Pflichtverletzung erblickt werden.

#### 1. Erfordernis einer „gravierenden“ Pflichtverletzung

In der jüngeren *BGH*-Rechtsprechung wurde aber, insbesondere in Fällen der Bank- und Spendenuntreue, zudem das Erfordernis einer „gravierenden“

---

<sup>13</sup> *Arnold* (Fn. 9), S. 846.

<sup>14</sup> *Ebd.*, S. 848.

<sup>15</sup> Vgl. für den AG-Vorstand: § 78 Abs. 1 S. 1 AktG; für den GmbH-Geschäftsführer: § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG; für den geschäftsführenden KG-Gesellschafter: § 161 Abs. 2 HGB; für den oHG-Gesellschafter: § 126 Abs. 1, 2 HGB; für den GbR-Gesellschafter: § 709 BGB. (Übersicht: *Waßmer*, in: *Graf/Jäger/Wittig*, 2011, § 266 Rn. 71).

<sup>16</sup> *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner*, 3. Aufl. 2013, § 266 Rn. 22; *Wessels/Hillenkamp*, *Strafrecht BT 2*, 38. Aufl. 2015, Rn. 753.



Pflichtverletzung aufgestellt.<sup>17</sup> Ob eine solche vorliegt, sei im Wege einer einzelfallbezogenen „Gesamtschau“ anhand verschiedener Leitkriterien festzustellen.<sup>18</sup> Zu diesen zählen die Unangemessenheit der vom Täter vorgenommenen Vermögenseinwirkung relativ zur Ertrags- und Vermögenslage des zu betreuenden Vermögensinhabers, die Verletzung von Informationspflichten, die Überschreitung interner Zuständigkeiten sowie die Motivation des Täters.<sup>19</sup> Da sich die vorliegende Untersuchung aber auf Geschäftsleitungen bezieht, ist dies letztlich von untergeordneter Relevanz. Bei höheren Positionen sind regelmäßig weitreichende Beurteilungs- und Ermessensspielräume eingeräumt, was zur Folge hat, dass nach einhelliger Auffassung ein Pflichtverstoß sowieso erst angenommen werden kann, wenn die Grenzen dieser Spielräume nicht nur ausgereizt, sondern eindeutig überschritten worden sind.<sup>20</sup> Es muss also ohnehin schon eine gravierende Pflichtverletzung vorliegen, sodass es auf dieses Erfordernis nicht weiter ankommt.<sup>21</sup>

Allerdings gibt es in der Literatur vereinzelte Stimmen, die Geschäftsleitungen im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Pflichtverletzungen über die Grenzen des unternehmerischen Entscheidungsspielraums hinaus noch eine „schmale Schutzzone“, die erst in Fällen der „evidenten Unvertretbarkeit“ endet, zugestehen wollen.<sup>22</sup>

Ein derartiges Erfordernis erscheint jedoch schon in kriminalpolitischer Hinsicht äußerst bedenklich, da es letztlich auf die Propagierung eines Klassenstrafrechts hinausläuft.<sup>23</sup> Auch erscheint es schlicht impraktikabel: Die Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraums sind ohnehin schon sehr schwer bestimmbar; würde man ihnen nun ein weiteres – wohl noch schwerer bestimmbares – Kriterium nachlagern, würde der Tatbestand wohl endgültig seine Konturen verlieren.<sup>24</sup> Somit kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden und auf eine zusätzliche „Schutzzone“ ist zu verzichten.

<sup>17</sup> BGHSt 46, 30 (34); 47, 148 (150 ff.); 47, 187 (197).

<sup>18</sup> BGHSt 47, 187 (197); *LG Düsseldorf*, NJW 2004, 3275 (3280 f.).

<sup>19</sup> BGHSt 47, 187 (197); *LG Düsseldorf*, NJW 2004, 3275 (3280 f.).

<sup>20</sup> *Perron*, Die Untreue nach der Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: FS Heinz, 2012, S. 796 (802); *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 4. Aufl. 2014, Rn. 165.

<sup>21</sup> So wohl auch: *BGH*, NJW 2006, 453 (454 f.).

<sup>22</sup> *Esser*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 266 Rn. 297a; ähnlich: *Ransiek*, Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue, ZStW 116 (2004), 634 (677); *Saliger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, 2. Aufl. 2014, § 266 Rn. 91.

<sup>23</sup> *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar IX*, 12. Aufl. 2012, § 266 Rn. 256.

<sup>24</sup> *Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar IX* (Fn. 23), § 266 Rn. 256.

Nichtsdestotrotz bleibt festzuhalten, dass aufgrund des weiten unternehmerischen Handlungsspielraums letzten Endes hohe Anforderungen an eine Pflichtverletzung zu stellen sind.

## **2. Anforderungen an die Pflichtverletzung – Unternehmerischer Handlungsspielraum und *Business Judgement Rule***

Um dies näher zu veranschaulichen, soll nun konkretisiert werden, wie weit der unternehmerische Handlungsspielraum und damit der Bereich, in dem noch keine Pflichtverletzung vorliegt, reicht.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass unternehmerischer Erfolg ohne das Eingehen von Risiken nicht denkbar ist, was zur Folge hat, dass auch risikoreiche Geschäfte im Handlungsspielraum der Geschäftsleitung liegen müssen.<sup>25</sup> Alles andere würde verhindern, dass die Leitungsorgane Chancen mutig ergreifen und notwendige Veränderungen rechtzeitig anstoßen können.<sup>26</sup> Unter dem Begriff des „Risikos“ ist in diesem Zusammenhang „die Möglichkeit ungünstiger künftiger Entwicklungen“, die mit einer „erheblichen, wenn auch nicht notwendigerweise überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ erwartet werden dürfen, zu verstehen.<sup>27</sup> Dabei ist hier im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand insbesondere darauf hinzuweisen, dass nicht nur die Gefahr, dass sich etwas Negatives ereignet, umfasst ist, sondern auch die Gefahr, dass eine erwartete positive Entwicklung ausbleibt.<sup>28</sup>

Um den Rahmen, in dem risikoreiche Geschäfte noch keine Pflichtverletzung darstellen, abzustecken, hilft die in § 93 Abs. 1 S. 1 AktG gesetzlich verankerte *Business Judgement Rule*. Nach dieser handeln Vorstände und Geschäftsführer<sup>29</sup> so lange nicht pflichtwidrig, wie sie „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anwenden. Dies ist nach der gesetzlichen Umschreibung in § 93 Abs. 1 S. 2 AktG dann der Fall, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise

---

<sup>25</sup> Vgl. BGHZ 135, 244 (253); 136, 133 (140); *Westermann/Paefgen*, Das Aktienrecht im Spiegel der 4. Auflage des Großkommentars, JZ 2003, 138 (139 f.).

<sup>26</sup> *Bosch/Lange*, Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion, JZ 2009, 225 (228).

<sup>27</sup> *Ebd.*

<sup>28</sup> Vgl. *Lange*, in: MüKo-HGB IV, 3. Aufl. 2013, § 289 Rn. 83 ff. zur Risikoberichterstattung.

<sup>29</sup> Trotz ihrer Verankerung im Aktienrecht gilt die *Business Judgement Rule* nicht allein für Vorstände und Aufsichtsräte einer AG, sondern auch für den GmbH-Geschäftsführer (vgl. BGHZ 152, 280 (280 ff.); *Haas/Ziemons*, in: BeckOK-GmbHG, Ed. 24, Stand: 15.8.2015, § 43 Rn. 105).

annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen und zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

Dementsprechend muss also zunächst eine „unternehmerische Entscheidung“ vorliegen. Der Begriff der „Entscheidung“ setzt dabei ein bewusstes Handeln oder Unterlassen des Leitungsorgans voraus.<sup>30</sup> Zu einer „unternehmerischen“ Entscheidung wird eine solche, wenn sie nach unternehmerischen Zweckmäßigkeitgesichtspunkten getroffen wird und dabei eine gewisse Entscheidungsfreiheit eingeräumt ist.<sup>31</sup>

Annehmen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, darf das Organ, wenn es im Zeitpunkt der Entscheidung vernünftigerweise davon ausgehen durfte, den Unternehmenswert bzw. die Rentabilität des Unternehmens nachhaltig zu steigern.<sup>32</sup> Diese subjektive Annahme genügt dabei; nicht erforderlich ist, dass die Entscheidung auch objektiv dem Wohle der Gesellschaft dient.<sup>33</sup>

Allerdings muss die Entscheidung auch in der Annahme, auf Grundlage angemessener Information zu handeln, erfolgt sein. Dazu muss das Organ zunächst über Instrumentarien verfügen, durch die es mit den Informationen, die für eine sachgerechte Entscheidungsfindung erforderlich sind, versorgt werden kann.<sup>34</sup> Mit deren Hilfe muss dann eine mit Blick auf Zeit, Kosten und Nutzen angemessene Tatsachenbasis gebildet werden.<sup>35</sup> Sodann muss – darauf gründend – eine nachvollziehbare Entscheidung unter Ausnutzung sämtlicher Erkenntnisquellen getroffen werden.<sup>36</sup>

Ferner muss das Organmitglied dabei auch im guten Glauben handeln.<sup>37</sup> Schließlich kann es nur dann schutzwürdig sein, wenn es auf die Richtigkeit der eigenen Handlung vertraut.<sup>38</sup>

<sup>30</sup> *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 230; *Spindler*, in: MüKo-AktG II, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 43.

<sup>31</sup> *Krieger/Sailer-Coceani*, in: Schmidt/Lutter, 3. Aufl. 2015, § 93 Rn. 15; *Lutter*, Die Business Judgement Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841 (843).

<sup>32</sup> *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 230; *Spindler*, in: MüKo-AktG II (Fn. 30), § 93 Rn. 46 f.

<sup>33</sup> *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 230.

<sup>34</sup> *Freitag/Korch*, Die Angemessenheit der Information im Rahmen der Business Judgement Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG), ZIP 2012, 2281 (2284 f.); *Peters*, Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns, AG 2010, 811 (812).

<sup>35</sup> *Böttcher*, Bankvorstandshaftung im Rahmen der Sub-Prime Krise, NZG 2009, 1047 (1049); *Grundeis/Werder*, Die Angemessenheit der Informationsgrundlage als Anwendungsvoraussetzung der Business Judgement Rule, AG 2005, 825 (829 ff.).

<sup>36</sup> *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 231.

<sup>37</sup> *Hauschka*, Grundsätze pflichtgemäßer Unternehmensführung, ZRP 2004, 65 (66 f.).

<sup>38</sup> *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 231.

Schlussendlich darf es auch keinen Sonderinteressen oder sachfremden Einflüssen unterliegen.<sup>39</sup> Da nur derjenige, der sich bei seiner Entscheidung frei von derartigen Einflüssen weiß, uneingeschränkt zum Wohle der Gesellschaft handeln kann, ist auch diese (umstrittene)<sup>40</sup> Voraussetzung anzuerkennen.<sup>41</sup>

Betrachtet man nun diese Voraussetzungen, so erkennt man, dass sich insbesondere sehr vorsichtige Geschäftsführer oder Vorstände wohl oftmals mithilfe der *Business Judgment Rule* vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit entlasten können. Können sie genau darlegen, aufgrund welcher Tatsachen und aufgrund welches Gedankengangs sie letztlich vom Geschäftsabschluss abgesehen haben, kann ihnen niemand einen Untreuevorwurf machen, sofern sie dabei gewissenhaft und rational vorgegangen sind. Dementsprechend sollte die Bedeutung des unternehmerischen Handlungsspielraums und der *Business Judgment Rule* im Hinblick auf die Pflichtverletzung nicht unterschätzt werden. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraums – wie oben dargestellt – nicht nur tangiert, sondern eindeutig überschritten werden müssen, damit eine Pflichtverletzung bejaht werden kann.

### 3. Auswirkung der Begehung durch Unterlassen

Fraglich ist im Rahmen der Pflichtverletzung des Weiteren, wie sich der Umstand auswirkt, dass beim Nichtabschluss eines Geschäfts nur eine Untreue durch Unterlassen in Betracht kommt.

#### a) Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB

In der Literatur wird § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB mehrheitlich als echtes Unterlassungsdelikt betrachtet,<sup>42</sup> was zur Folge hat, dass die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB auf § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB überwiegend verneint wird. Dies wird damit begründet, dass der Treubruchtatbestand bereits alle Voraussetzungen, die § 13 StGB für ein handlungsentsprechendes Unterlassungsdelikt aufstellt, enthalte.<sup>43</sup> So werde der abzuwendende Erfolg in Form des „Vermögensnachteils“ definiert.<sup>44</sup> Zudem stelle die Vermögensbetreuungspflicht eine besondere (Beschützer-)Garantenpflicht dar, sodass auch eine

<sup>39</sup> BegrRegE, BR-Drucks 3/05, S. 19 f.

<sup>40</sup> *Krieger/Sailer-Coveani*, in: Schmidt/Lutter (Fn. 31), § 93 Rn. 19.

<sup>41</sup> *Bosch/Lange* (Fn. 26), S. 232.

<sup>42</sup> *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 36; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 16), Rn. 765.

<sup>43</sup> *Dierlamm*, in: MüKo-StGB V (Fn. 6), § 266 Rn. 139; *Güntge*, Untreueverhalten durch Unterlassen, wistra 1996, 84 (88).

<sup>44</sup> *Güntge* (Fn. 43), S. 88.

solche im Rahmen des § 266 StGB schon tatbestandlich vorausgesetzt wird.<sup>45</sup> Auch lasse sich ein Unterlassen ohne Weiteres unter die verhaltensneutral umschriebene Tathandlung, die lediglich eine Pflichtverletzung fordert, subsumieren.<sup>46</sup>

Die Rechtsprechung teilte diese Sichtweise ursprünglich,<sup>47</sup> ließ aber in späteren Entscheidungen die Anwendbarkeit des § 13 Abs. 1 StGB offen,<sup>48</sup> und wendete die Vorschrift im Fall *Siemens-Enel* im Jahr 2008 schließlich ausdrücklich an.<sup>49</sup> Da allerdings aufgrund der Vermögensbetreuungspflicht die Begründung einer Garantienpflicht keine Probleme bereitet, ist die Frage, ob § 13 Abs. 1 StGB anzuwenden ist oder nicht, für die Begründung der Strafbarkeit in aller Regel unerheblich.

#### b) Anwendbarkeit des § 13 Abs. 2 StGB

Bedeutung gewinnt die Frage allerdings im Rahmen der Strafzumessung, namentlich bei der Frage, ob die Strafe nach § 13 Abs. 2 StGB gemildert werden kann. Folgt man der Rechtsprechung und wendet § 13 Abs. 1 StGB an, so geht damit eine Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB denknotwendig einher. Wendet man jedoch § 13 Abs. 1 StGB nicht an, so kommt allenfalls eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB in Betracht.

Gegen eine derartige Analogie wird vorgebracht, dass es schon an einer planwidrigen Regelungslücke mangle: Aus den Gesetzesmaterialien gehe hervor, dass sich der Gesetzgeber sowohl der Existenz echter Unterlassungsdelikte, als auch der Existenz sogenannter „doppeldeutiger“<sup>50</sup> Unterlassungsdelikte bewusst war.<sup>51</sup> Dass er trotz dieses Bewusstseins die fakultative Strafmindermöglichkeit des § 13 StGB nicht für anwendbar erklärt hat, bringe zum Ausdruck, dass die jeweiligen Vorschriften des Besonderen Teils bezüglich ihres Strafrahmens als abschließend verstanden

<sup>45</sup> Kindhäuser, Strafrecht BT 2, 8. Aufl. 2014, § 34 Rn. 49; Maurach/Schroeder/Mainwald, Strafrecht BT 1, 10. Aufl. 2009, § 45 Rn. 44; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 36.

<sup>46</sup> Güntge (Fn. 43), S. 88; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III, 4. Aufl. 2013, § 266 Rn. 64.

<sup>47</sup> BGH, JR 1983, 515 (515 f.); wistra 1988, 227 (230).

<sup>48</sup> BGHSt 36, 227 (228); BGH, wistra 1989, 345 (345 f.); StV 1998, 127 (127).

<sup>49</sup> BGHSt 52, 323 (334) = NJW 2009, 89 (91).

<sup>50</sup> Dabei handelt es sich um Delikte, bei denen die tatbestandlich umschriebene Verhaltensweise sowohl aktives Tun als auch Unterlassen umfasst (vgl. Güntge (Fn. 43), S. 89).

<sup>51</sup> Vgl. Bockelmann, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Band 2, 1958, S. 277.

werden sollten.<sup>52</sup>

Die alte Rechtsprechung, die noch ohne Anwendung des § 13 Abs. 1 StGB auskam, sah dies indes anders und schloss die Milderungsmöglichkeit nach § 13 Abs. 2 StGB nur bei solchen Tatbeständen aus, die einen eigenen Strafraumen auch für die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassen<sup>53</sup> vorsehen.<sup>54</sup> Delikten wie § 266 StGB, bei denen dies nicht der Fall ist, könne man hingegen nicht entnehmen, dass der Gesetzgeber den Strafraumen auch für die Begehung durch Unterlassen als abschließend verstand, sodass die gesetzgeberische Wertung, dass „unter sonst gleichen Umständen das Unterlassen der Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs weniger schwer wiegen kann als die Herbeiführung dieses Erfolges durch positives Tun“<sup>55</sup> über die Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB zum Tragen kommen müsse.<sup>56</sup> Hiergegen wird teilweise vorgebracht, dass man eine etwaige geringere Strafwürdigkeit eines Unterlassens auch ohne Weiteres über den flexiblen Strafraumen des § 266 StGB berücksichtigen könne.<sup>57</sup> Dieser Argumentation wurde aber mit dem 6. StrRG, im Rahmen dessen die Untreue durch § 266 Abs. 2 StGB i.V.m. § 263 Abs. 3 StGB um Regelbeispiele erweitert wurde, der Boden entzogen.<sup>58</sup> Da bei Verwirklichung des Regelbeispiels die Mindeststrafe sechs Monate beträgt, kann man nicht mehr davon sprechen, dass der Richter „ohne Weiteres“ eine geringere Strafwürdigkeit eines Unterlassens berücksichtigen kann.<sup>59</sup>

Somit ist hier – um der genannten gesetzgeberischen Wertentscheidung Rechnung zu tragen – die Ansicht der Rechtsprechung vorzuziehen. Eine Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB ist mithin möglich.

#### IV. Der Vermögensnachteil

Taterfolg der Untreue ist der Eintritt eines Vermögensnachteils. Trotz des unterschiedlichen Wortlauts wird dieser von der herrschenden Meinung

---

<sup>52</sup> *Güntge* (Fn. 43), S. 89.

<sup>53</sup> Z.B. bei § 225 Abs. 1 StGB (böswillige Vernachlässigung der Sorgspflicht), § 315c Abs. 1 Nr. 2 lit. g StGB (Nichtkenntlichmachen liegengebliebener Fahrzeuge), § 340 Abs. 1 StGB (Begehenlassen einer Körperverletzung), § 353b Abs. 2 (Gelangenlassen eines Dienstgeheimnisses) oder § 357 Abs. 1 StGB (Geschehenlassen einer rechtswidrigen Tat eines Untergebenen).

<sup>54</sup> BGHSt 36, 227 (228 f.) = NJW 1990, 332 (332 f.) = NStZ 1990, 77 (77).

<sup>55</sup> Protokolle des Sonderausschusses V, S. 1865 f.

<sup>56</sup> BGHSt 36, 227 (228 f.) = NJW 1990, 332 (332 f.) = NStZ 1990, 77 (77).

<sup>57</sup> *Manrach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 45), § 45 Rn. 22.

<sup>58</sup> *Seier*, Der ungetreue Vereinsvorstand, JuS 2002, 237 (240).

<sup>59</sup> *Martin*, Bankuntreue, 2000, S. 57 f.; *Seier* (Fn. 58), S. 240.

genauso wie der Vermögensschaden beim Betrug verstanden.<sup>60</sup> Demnach stellt jede Vermögenseinbuße, die zu einer Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des betreuten Vermögens führt, einen Nachteil dar.<sup>61</sup> Zu berücksichtigen ist dabei, dass dieser Nachteil nach der Formulierung des Gesetzes („[...]“ und dadurch dem, dessen [...]“<sup>62</sup>) nur dann rechtserheblich ist, wenn er gerade auf der Pflichtverletzung basiert.<sup>62</sup>

An dieser Stelle tritt die Hauptproblematik der vorliegenden Untersuchung zum Vorschein: Beim Nichtabschluss eines erfolgsversprechenden Geschäfts kommt als Nachteil nur das Ausbleiben einer Vermögensmehrung in Betracht. Ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen eine unterbliebene Vermögensmehrung einen Nachteil i.S.d. § 266 StGB begründen kann, wird vehement diskutiert. Im Wesentlichen stehen sich dabei zwei Ansätze gegenüber.

### 1. Erfordernis einer vermögenswerten Exspektanz

Nach der aktuell herrschenden Meinung kommt – ähnlich wie beim Betrug – in derartigen Fällen nur dann eine Strafbarkeit in Betracht, wenn sich die Gewinnerwartung bereits zu einer Exspektanz mit eigenem Vermögenswert konkretisiert hatte.<sup>63</sup> Das Vorliegen einer solchen muss sich dabei schon aus einer *ex ante*-Betrachtung im Zeitpunkt der Tathandlung ergeben. Der Nachteil liegt dann genau genommen nicht im Ausbleiben der Vermögensmehrung, sondern im Verlust bzw. der Verletzung dieser Exspektanz. Wann eine hinreichende Verdichtung der Gewinnerwartung vorliegt und man von einer Exspektanz sprechen kann, wird freilich innerhalb dieses Meinungsspektrums wiederum unterschiedlich beurteilt. Anerkannt ist aber jedenfalls, dass nicht an das bloße Ausbleiben einer Vermögensmehrung als solches angeknüpft werden kann. Genauso wie beim Betrug wird die Höhe des Schadens dann anhand eines „Vorher-Nachher-Vergleichs“ des Vermögens unmittelbar vor und unmittelbar nach der Tathandlung bestimmt.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Hohmann/Sander, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 2011, § 16 Rn. 10; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 49; Wessels/Hillenkamp (Fn. 16), Rn. 775.

<sup>61</sup> Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 51.

<sup>62</sup> Ebd., § 18 Rn. 50.

<sup>63</sup> BGHSt 31, 232 (234); Arnold (Fn. 9), S. 848; Beulke (Fn. 2), S. 259; Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 167, 173, 176.

<sup>64</sup> Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 168, 173, 176.

## 2. Vergleich zur Vermögenslage bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten

Eine andere Ansicht nimmt hingegen eine *ex post*-Betrachtung vor und vergleicht aus dieser Perspektive die tatsächlich bestehende Vermögenslage mit der, die bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre.<sup>65</sup> Ist letztere höher, so sei ein Nachteil anzunehmen, auch wenn sich die Gewinnerwartung im Zeitpunkt der Tathandlung noch nicht zu einer Exspektanz konkretisiert hatte.<sup>66</sup> Dies zugrunde gelegt, wäre es grundsätzlich möglich, an das bloße Ausbleiben einer Vermögensmehrung anzuknüpfen.

## 3. Konsequenz

Der Unterschied der beiden Ansichten liegt also im Blickwinkel:<sup>67</sup> Während die herrschende Meinung den Nachteil *ex ante* bestimmt, bestimmt ihn die Mindermeinung *ex post*. Auf den ersten Blick erscheint es damit mithilfe der Mindermeinung deutlich leichter, zur Begründung eines Nachteils zu gelangen. Allerdings wird es auch häufig äußerst schwierig sein, zweifelsfrei festzustellen, wie genau sich das Vermögen bei pflichtgemäßem Verhalten entwickelt hätte und ob wirklich mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Vermögensmehrung eingetreten wäre.<sup>68</sup>

Nichtsdestotrotz werden die beiden Ansichten aber in zahlreichen Fällen zu verschiedenen Ergebnissen führen. So muss man nur an den Fall denken, dass ein Geschäft so erfolgsversprechend erscheint, dass man die damit verbundene Gewinnchance schon als Exspektanz bezeichnen kann, aber aller Erwartung zum Trotz dennoch schlecht gelaufen wäre. Nach ersterer Ansicht käme demnach eine Strafbarkeit in Betracht, nach letzterer nicht. Andererseits kann aber auch der umgekehrte Fall eintreten, dass ein wenig erfolgsversprechendes Geschäft doch höchst erfolgreich verlaufen wäre. Dann wäre das Ergebnis gerade umgekehrt.

---

<sup>65</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 96 ff.; ders., Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB), in: FS Lampe, 2003, S. 709 (722 ff.); Perron, Keine Unmittelbarkeit des Vermögensschadens, ausbleibender Gewinn als Nachteil – liegt der Untreue ein anderer Begriff des Vermögensschadens zugrunde als dem Betrug?, in: FS Frisch, 2013, S. 857 (865 ff.); Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 54.

<sup>66</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 96 ff.; ders., Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB), in: FS Lampe, 2003, S. 709 (722 ff.); Perron (Fn. 65), S. 865 ff.; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 54.

<sup>67</sup> Perron (Fn. 20), S. 805.

<sup>68</sup> Ebd., S. 868.



Da es sich also auf das Ergebnis der Untreuestrafbarkeit in Konstellationen, die dem Untersuchungsgegenstand entsprechen, stark auswirken kann, soll im Folgenden – auch wenn das *Bundesverfassungsgericht* beide Ansichten als verfassungsrechtlich gleichwertig ansieht<sup>69</sup> – anhand der jeweils vorgebrachten Argumente untersucht werden, welcher Meinung der Vorzug zu geben ist.

a) *Argument des Rechtsgüterschutzes*

Ein Argument, das für die herrschende Meinung angeführt wird, ist, dass man nur bei Vorliegen einer Exspektanz sicher sagen kann, dass überhaupt ein Rechtsgut bestand, das verletzt werden kann.<sup>70</sup> Ein bloßer Verstoß gegen die Pflicht zur Gewinnerzielung könne allenfalls zivilrechtlich sanktioniert werden, solange aber noch kein schon bestehendes Rechtsgut verletzt werde, scheidet ein Rückgriff auf das Strafrecht insbesondere im Hinblick auf den *ultima ratio*-Gedanken aus.<sup>71</sup> Fraglich ist jedoch, ob eine Exspektanz tatsächlich das einzige Rechtsgut ist, an das in derartigen Fällen angeknüpft werden kann. Ausgangspunkt der Beantwortung dieser Frage ist die Tatsache, dass das geschützte Rechtsgut der Untreue das Vermögen ist.<sup>72</sup> Daran anknüpfend wird von der Gegenansicht argumentiert, dass zum Vermögen auch vermögenswerte Rechte zählen und zu diesen auch die vermögenswerten Ansprüche des Opfers gegen den Täter gehören.<sup>73</sup> Besteht also eine zivilrechtliche Pflicht zur Vermögenmehrung, so käme schon dieser Pflicht als solcher ein Vermögenswert zu, der bei Nichtnachkommen der Pflicht gemindert würde. Dieser Sichtweise ist zunächst zuzugeben, dass Forderungen genauso wie Exspektanzen vom wirtschaftlichen und von juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff erfasst werden und somit zum von der Untreue geschützten Vermögen zählen.<sup>74</sup> Allerdings ergeben sich in diesem Zusammenhang zwei Probleme:

Erstens erscheint fraglich, ob diese Sichtweise nicht unausweichlich zu einer „Verschleifung“ von Pflichtverletzung und Nachteil führt, die – wie das

---

<sup>69</sup> BVerfGE 126, 170 (215 f.).

<sup>70</sup> Arnold (Fn. 9), S. 848; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 23), § 266 Rn. 173.

<sup>71</sup> Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 173.

<sup>72</sup> BVerfGE 120, 170 (200); Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 1.

<sup>73</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 97; Rengier (Fn. 6), § 18 Rn. 54.

<sup>74</sup> Vgl. Rengier (Fn. 6), § 13 Rn. 121 ff.

*Bundesverfassungsgericht* ausdrücklich festgestellt hat<sup>75</sup> – unter allen Umständen zu vermeiden ist.

Zweitens ist mit der Tatsache, dass auch die Verletzung eines Anspruchs einen untreuerelevanten Nachteil begründen kann, noch nicht gesagt, wie – davon ausgehend – die Brücke zur Schadensbestimmung durch einen Vergleich zur Vermögenslage bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten geschlagen wird.

b) „Verschleifung“ der Tatbestandsmerkmale

In seiner Entscheidung vom 23.6.2010 hat das *Bundesverfassungsgericht* betont, dass Straftatbestände dergestalt auszulegen sind, dass jedem Tatbestandsmerkmal ein eigener Bedeutungsgehalt zukommt.<sup>76</sup> Eine Auslegung darf also nicht dazu führen, dass ein Merkmal in einem anderen aufgeht, also immer schon dann vorliegt, wenn auch das andere vorliegt.<sup>77</sup> Schließlich hätte der Gesetzgeber dieses Merkmal dann auch nicht selbstständig statuieren müssen.<sup>78</sup> Bei dem Nachteilsverständnis der letztgenannten Ansicht scheint genau dies aber auf den ersten Blick der Fall zu sein. So wird letztlich in der Vermögensbetreuungspflicht ein Anspruch des Opfers gegen den Täter gesehen, der bei Vorliegen einer Pflichtverletzung logischerweise immer „mitverletzt“ wird. Somit scheint es tatsächlich an dieser Stelle zu einer Verschleifung zu kommen.

Dem steht jedoch entgegen, dass die Bedeutung, die dem Begriff des Nachteils von dieser Ansicht zugemessen wird, an dieser Stelle noch nicht aufhört. Denn ein Nachteil wird nur angenommen, wenn neben der Verletzung des Anspruchs ein Vergleich mit der hypothetischen, bei pflichtgemäßem Verhalten bestehenden, Vermögenslage ergibt, dass in diesem Fall das Vermögen höher wäre.<sup>79</sup> Ob es tatsächlich dogmatisch „sauber“ ist, den Schaden auf diese Weise zu bestimmen, ist eine andere Frage. Jedenfalls lässt sich aber sagen, dass – auch wenn eine gewisse Überschneidung der Merkmale „Pflichtverletzung“ und „Nachteil“ nicht zu leugnen ist – die beiden Merkmale bei konsequentem Zudeudenken dieser Ansicht nicht ineinander aufgehen.

---

<sup>75</sup> *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

<sup>76</sup> *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

<sup>77</sup> *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

<sup>78</sup> *BVerfG*, NStZ 2010, 626 Rn. 8.

<sup>79</sup> *Kindhäuser*, Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB), in: FS Lampe, 2003, S. 709 (724).

*c) Vergleich zu hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten*

Allerdings muss nun geklärt werden, ob die Schadensbestimmung durch einen Vergleich zur Vermögenslage bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten und damit der Grund, warum die beiden Merkmale nicht ineinander aufgehen, tatsächlich mit der Dogmatik der Untreue zu vereinbaren ist.

aa) Notwendigkeit einer untreuespezifischen Modifikation der Schadenskriterien?

Hierzu ist zuallererst der Frage nachzugehen, ob denn überhaupt Gründe vorliegen, die dafür sprechen könnten, die Schadenskriterien des Betrugs untreuespezifisch zu modifizieren und statt dem „Vorher-Nachher“-Vergleich einen Vergleich zu hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten vorzunehmen. Wäre dies nicht der Fall, so wäre eine weitere Diskussion schließlich hinfällig. Allerdings gibt es drei Argumente, die für eine untreuespezifische Modifikation geltend gemacht werden.

(1) Pflichtwidrigkeitszusammenhang

Zunächst wird angeführt, dass der „Vorher-Nachher“-Vergleich nicht das Erfordernis, dass der Nachteil *gerade durch die Pflichtwidrigkeit* zugefügt werden muss, beachte.<sup>80</sup> Es müsse nämlich ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehen, der voraussetzt, dass die Vermögensminderung zwar nicht ausgeglichen wurde, aber bei pflichtgemäßem Handeln zumindest aller Wahrscheinlichkeit nach kompensiert worden wäre.<sup>81</sup> Der Forderung nach einem Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist grundsätzlich zuzustimmen, da insbesondere schon der Wortlaut des § 266 StGB („[...] und *dadurch* [...] Nachteil zufügt“) einen solchen nahelegt.<sup>82</sup> Allerdings ist nicht ersichtlich, warum man diesen Pflichtwidrigkeitszusammenhang gerade in den Schadensbegriff implementieren und ihn nicht – wie sonst üblich – in der objektiven Zurechnung verorten sollte. Schließlich ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang allgemein ein – aus der Fahrlässigkeitsdogmatik stammendes – Zurechnungsinstitut.<sup>83</sup> Zwar besteht noch weitgehende Unklarheit darüber, inwieweit die

---

<sup>80</sup> Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 99; ders. (Fn. 79), S. 724.

<sup>81</sup> Ebd.

<sup>82</sup> Matt, in: Matt/Renzikowski, 1. Aufl. 2013, § 266 Rn. 147; Saliger, Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung, HRRS 2006, 10 (22); Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, 4. Aufl. 2015, Kap. 2 – Untreue Rn. 209.

<sup>83</sup> Seier (Fn. 82), Kap. 2 – Untreue Rn. 209; vgl. dazu auch: Rengier, Strafrecht AT, 7. Aufl. 2015, § 52 Rn. 26 ff.

objektive Zurechnung bei der Untreue und allgemein im Besonderen Teil des StGB zu berücksichtigen ist,<sup>84</sup> allerdings sollte dies nicht dazu führen, Merkmale, die ihr grundsätzlich zuzuordnen sind, in andere hineinzuzuperpretieren und damit deren Konturen zu verwischen.

Diese Argumentation beruht somit zwar auf einer aner kennenswerten Prämisse, erweist sich aber darüber hinaus als nicht tragfähig.

## (2) Wortlaut und Unrechtscharakter

Teilweise wird aber auch an den im Vergleich zum Betrug unterschiedlichen Wortlaut angeknüpft. Dass bei der Untreue von einem „Nachteil“ und beim Betrug von einem „Schaden“ gesprochen wird, sei kein Zufall, sondern vielmehr Ausdruck des unterschiedlichen Unrechtscharakters der beiden Delikte.<sup>85</sup> Allgemein sei unter dem Begriff des Nachteils ein/e „schlechte Eigenschaft; Verlust; Schaden; ungünstige Lage“ zu verstehen.<sup>86</sup> Schon daran, dass der Begriff des Schadens als Beispiel für einen Nachteil genannt wird, sei zu erkennen, dass es sich beim Nachteil um den weiteren Begriff handeln muss.<sup>87</sup> Bestätigt werde dies auch dadurch, dass der Schaden hingegen nur als ein/e „Verlust; Beeinträchtigung“ definiert wird.<sup>88</sup>

Dass nun beim Betrug von einem „Schaden“ gesprochen wird, folge daraus, dass dessen zentrales Element eine Vermögensverschiebung sei, die das Opfer ent- und den Täter oder einen Dritten bereichert.<sup>89</sup> Schließlich setze eine solche eine Schädigung des Opfers als Zwischenschritt denknotwendig voraus.<sup>90</sup> Bei der Untreue reichten die spezifischen Schutzpflichten hingegen viel weiter und setzten nicht zwangsläufig eine derartige Schädigung voraus, sondern erfassten vielmehr auch die sorgfaltsgemäße Mehrung und Verwaltung des anvertrauten Vermögens.<sup>91</sup> Um dem Rechnung zu tragen, müsse der sowieso schon weitere Begriff des Nachteils auch aus teleologischen Gründen weiter verstanden

---

<sup>84</sup> *Saliger* (Fn. 82), S. 21; *Schünemann*, Die „gravierende Pflichtverletzung“ bei der Untreue: dogmatischer Zauberhut oder taube Nuss?, NStZ 2005, 473 (475 f.).

<sup>85</sup> *Perron* (Fn. 65), S. 864 f.

<sup>86</sup> *Perron* (Fn. 65), S. 864; vgl. *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl. 1997, Stichwort „Nachteil“.

<sup>87</sup> *Perron* (Fn. 65), S. 864 f.

<sup>88</sup> *Ebd.*; vgl. *Wahrig* (Fn. 86), Stichwort „Schaden“.

<sup>89</sup> *Perron* (Fn. 65), S. 865.

<sup>90</sup> *Ebd.*

<sup>91</sup> *Ebd.*

werden und das Ausbleiben zukünftiger Gewinne erfassen, sofern diese bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wären.<sup>92</sup>

Dieser Schluss erscheint jedoch im Hinblick auf das Verschleifungsverbot bedenklich. Schließlich ist hier das wesentliche Argument, dass aufgrund der Weite des Begriffs der Pflichtverletzung auch der Begriff des Nachteils weiter ausgelegt werden muss, um alle in Betracht kommenden Pflichtverletzungen erfassen zu können. Schließt man aber derart von Tathandlung auf den Taterfolg, so führt dies doch unausweichlich dazu, dass der Taterfolg seine Funktion als weiteres Restriktionsmerkmal verliert und – wie es gerade vom Verschleifungsverbot untersagt wird – in der Tathandlung aufgeht.<sup>93</sup>

Darüber hinaus könnte diese Argumentation auch nicht erklären, warum bei § 253 StGB auch von einem Nachteil und nicht von einem Schaden gesprochen wird, obwohl die Tathandlung bei der Erpressung nicht so weit wie bei der Untreue gefasst ist.<sup>94</sup>

Somit kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden, sodass auch dieser Begründungsansatz keine hinreichende Basis für eine untreuespezifische Modifikation des Schadensbegriffs darstellt.

### (3) Erfassung strafwürdiger Fälle

Daneben wird aber auch darauf verwiesen, dass im Falle des Unterlassens der Vermögensbestand vor und nach der Tathandlung vielfach unverändert bleibe und somit der Untreuetatbestand in zahlreichen strafwürdig erscheinenden Fällen – wie z.B. dem Nichtanlegen von Mündelgeldern entgegen der Verpflichtung aus § 1806 BGB – nicht verwirklicht wäre.<sup>95</sup> Dem ist zuzugestehen, dass weitgehende Einigkeit besteht, dass derartige Fälle tatsächlich strafrechtlich sanktionierbar sein müssen, sodass es sich hierbei grundsätzlich um einen geeigneten Begründungsansatz handelt. Allerdings erkennen die Vertreter dieser Ansicht teilweise auch selbst an, dass man dieses Ergebnis eben auch über die Figur der schon vor der Tathandlung zum Vermögen zählenden Exspektanz erzielen kann.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> *Ebd.*

<sup>93</sup> Zwar verbleibt hier dem Taterfolg ein eigener Anwendungsbereich; warum dem so ist, wird aber durch diese Argumentation nicht erklärt, sodass sie – für sich genommen – zu einer Verschleifung führen würde.

<sup>94</sup> Vgl. *Mitsch*, Strafrecht BT 2, 3. Aufl. 2015, S. 380 f.

<sup>95</sup> *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen III (Fn. 46), § 266 Rn. 97.

<sup>96</sup> *Ebd.*, Rn. 98.

Dementsprechend läuft die Frage, wie man den Vermögensvergleich vorzunehmen hat, letzten Endes auf die Frage hinaus, welcher der beiden Wege der dogmatisch zutreffendste ist. Dies soll im Folgenden untersucht werden.

#### bb) Unmittelbarkeitszusammenhang

Zur Beantwortung dieser Frage lässt sich zunächst die aktuell geführte Diskussion, ob es bei der Untreue – genauso wie beim Betrug – eines Unmittelbarkeitszusammenhangs zwischen schädigender Handlung und Vermögensnachteil bedarf, fruchtbar machen.<sup>97</sup> Bejaht man nämlich das Erfordernis eines Unmittelbarkeitszusammenhangs, so könnte man nur wie die herrschende Meinung die Vermögenslagen unmittelbar vor und unmittelbar nach der Tathandlung vergleichen, nicht aber, wie die Gegenansicht, einen Vergleich zur Situation bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten vornehmen.<sup>98</sup> Dementsprechend ist an dieser Stelle zu klären, ob der beim Betrug anerkannte Unmittelbarkeitszusammenhang auch auf die Untreue zu übertragen ist.

Festzustellen ist dabei zunächst, dass das Unmittelbarkeitserfordernis beim Betrug dazu dient, den Selbstschädigungscharakter des Delikts zu unterstreichen.<sup>99</sup> Denn nur durch dieses Erfordernis wird sichergestellt, dass das Opfer auch wirklich selbst die notwendige Vermögensminderung herbeiführt. Relevanz gewinnt das Merkmal insbesondere dann, wenn es um Fragen der Abgrenzung von Selbst- und Fremdschädigungen, insbesondere um die Abgrenzung zwischen (Sach-)Betrug und Trickdiebstahl, geht.<sup>100</sup>

Da es sich bei der Untreue aber um ein Fremdschädigungsdelikt handelt und sich mithin derartige Abgrenzungsfragen gar nicht erst stellen, schlagen jedenfalls die grundsätzlichen Erwägungen, auf denen die Notwendigkeit des Unmittelbarkeitszusammenhangs beim Betrug beruht, nicht auf die Untreue

---

<sup>97</sup> Vgl. hierzu: *Mosiek*, Nochmals: Zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens – Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2010 Nr. 1032, BGH HRRS 2011 Nr. 675, BGH HRRS 2011 Nr. 936, BGH HRRS 2011 Nr. 1153, BGH HRRS 2012 Nr. 781, HRRS 2012, 454 (454 ff.); *Rengier* (Fn. 6), § 18 Rn. 52a.

<sup>98</sup> *Perron* (Fn. 65), S. 858.

<sup>99</sup> *Jäger*, Die drei Unmittelbarkeitsprinzipien beim Betrug, JuS 2010, 761 (763); *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 67.

<sup>100</sup> *Krell*, Der Eingehungsschaden bei Betrug und Untreue – Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 20.3. 2013 – 5 StR 344/12, NZWiSt 2013, 370 (377); *Perron* (Fn. 65), S. 862.

durch.<sup>101</sup> Fraglich ist jedoch, ob es nicht andere Gründe gibt, die für eine Übertragung sprechen könnten.

Teilweise wird auf die systematische Nähe der Untreue zum Betrug, die insbesondere auch durch die gemeinsamen Regelbeispiele zum Ausdruck gebracht wird, verwiesen.<sup>102</sup> Aufgrund dieser müsse mit einer Übertragung des Schadensbegriffs auf den Nachteilsbegriff auch eine Übertragung des Unmittelbarkeitskriteriums einhergehen.<sup>103</sup>

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Kriterium der Unmittelbarkeit bei § 263 StGB auf die Vermögenverfügung und nicht auf den Vermögensschaden bezogen ist, sodass es mit diesem nicht „mitübertragen“ werden kann.<sup>104</sup> Weiter erscheint es auch als zu kurz gegriffen, ein Kriterium aufgrund einer bloßen Strukturverwandtheit zu übertragen, ohne zu hinterfragen, ob damit überhaupt eines Zwecks gedient ist.<sup>105</sup>

Ob dies der Fall ist, erscheint fraglich. Wie bereits festgestellt, lassen sich jedenfalls die beim Betrug verfolgten Zwecke nicht auf die Untreue übertragen. Jedoch wird teilweise angeführt, dass eine Übertragung des Unmittelbarkeitszusammenhangs ein geeignetes Mittel darstelle, um die verfassungsrechtlich nach Art. 103 Abs. 2 GG gebotene Eingrenzung des Untreuetatbestands voranzutreiben.<sup>106</sup>

Dem ist zuzugestehen, dass sich eine gewisse Ausuferung des Untreuetatbestands nicht leugnen lässt und der Unmittelbarkeitszusammenhang auch zweifelsohne ein geeignetes Mittel darstellt, um eine präzisere Bestimmung des Zusammenhangs zwischen Tatverhalten und Taterfolg zu ermöglichen.<sup>107</sup> Insbesondere könnte damit auch der Gefahr entgegengewirkt werden, dass die Straflosigkeit des Untreueversuchs unterlaufen wird.<sup>108</sup>

Allerdings ist genauso zu befürchten, dass diese Einschränkung dazu führen wird, dass der Gefährdungsschaden – um strafwürdig erscheinende Fälle wie

---

<sup>101</sup> OLG Hamm, NJW 1982, 190 (192); Esser, in: *AnwaltKommentar StGB* (Fn. 22), § 266 Rn. 215; Waßmer, in: *Graf/Jäger/Wittig* (Fn. 15), § 266 Rn. 167.

<sup>102</sup> Seier (Fn. 82), Kap. 2 – Untreue Rn. 221.

<sup>103</sup> Haft, *Absprachen bei öffentlichen Bauten und das Strafrecht*, NJW 1996, 238 (238).

<sup>104</sup> Strelczyk, *Die Strafbarkeit der Bildung schwarzer Kassen*, 2008, S. 185.

<sup>105</sup> Ebd., S. 185 f.

<sup>106</sup> Esser, in: *AnwaltKommentar StGB* (Fn. 22), § 266 Rn. 215; auch das *Bundesverfassungsgericht* hat klargestellt, dass eine gewisse „Präzisierung“ des Untreuetatbestands notwendig ist: vgl. *BVerfG*, NStZ 2010, 626 (Rn. 3).

<sup>107</sup> Perron (Fn. 65), S. 858.

<sup>108</sup> Saliger, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 22), § 266 Rn. 71.

z.B. den hochspekulativen Umgang mit Geldern des Geschäftsherrn doch noch erfassen zu können – ausgeweitet wird, womit unausweichlich neue Unsicherheiten bei der Anwendung der Untreue entstehen würden.<sup>109</sup> Ferner spricht allgemein gegen das Argument der Eingrenzung des Untreue-tatbestands, dass diesem aller Ausuferungsbefürchtungen zum Trotz die Funktion einer „Quasi-Generalklausel“ für wirtschaftliches Fehlverhalten zukommt, die er nur dann erfüllen kann, wenn eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung verbleibt.<sup>110</sup> Somit lässt sich festhalten, dass der Zweck der Präzisierung des Tatbestands zwar durchaus etwas für sich hat, aber für sich genommen noch nicht gewichtig bzw. überzeugend genug ist, um eine Übertragung des Unmittelbarkeitskriteriums zu rechtfertigen.

Es gibt jedoch noch weitere Argumente, die für eine Übertragung vorgebracht werden. So wird teilweise darauf verwiesen, dass eine Übertragung schon aufgrund der Strafgerechtigkeit geboten sei. Schließen seien im Rahmen der Saldierung anerkanntermaßen auch nur Vermögenszuflüsse, die unmittelbar auf die Tathandlung zurückgehen, als Kompensation zu berücksichtigen, sodass dies konsequenterweise auch für Vermögensabflüsse gelten müsse.<sup>111</sup>

Dagegen wird jedoch vorgebracht, dass diese Argumentation einen entscheidenden „Haken“ habe: In vielen Fällen komme eine Kompensation durch einen Vermögensvorteil gar nicht erst in Betracht, sodass es fragwürdig erscheine, von diesem Rückschlüsse auf den Vermögensnachteil, der immer gegeben sein muss, zu ziehen.<sup>112</sup> Allerdings verkennt diese Argumentation, dass mit der Strafgerechtigkeit argumentiert wird. Da diese auch in Ausnahmefällen gewährleistet sein muss, erscheint es nicht als falsch, sondern sogar vielmehr als durchaus angebracht, vom Spezialfall auf das Allgemeine zu schließen.

Des Weiteren wird angeführt, dass schon der wirtschaftliche bzw. auch der auf diesem basierende juristisch-ökonomische Vermögensbegriff den Unmittelbarkeitszusammenhang erfordern.<sup>113</sup> Da bei diesem „Chancen und Risiken einer stets ungewissen zukünftigen Entwicklung antizipiert und saldiert werden“ sei

---

<sup>109</sup> Perron (Fn. 65), S. 858.

<sup>110</sup> Ebd., S. 859.

<sup>111</sup> Esser, in: AnwaltKommentar StGB (Fn. 22), § 266 Rn. 216; Mosiek, Neues zur Unmittelbarkeit des Untreueschadens – Zugleich Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 17. Juli 2009 – 5 StR 394/08 = HRRS 2009 Nr. 718, HRRS 2009, 565 (566); Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 22), § 266 Rn. 62; Seier (Fn. 82), Kap. 2 – Untreue Rn. 221.

<sup>112</sup> Strelczyk (Fn. 104), S. 186.

<sup>113</sup> Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 168.



eine Betrachtungsweise, die den Vermögensstand unmittelbar vor und nach der Vermögensverfügung vergleicht, notwendig.<sup>114</sup>

In der Tat überzeugt dies: Könnte man einfach an den bei hypothetisch pflichtgemäßem Verhalten bestehenden Vermögensbestand anknüpfen, wäre es nicht mehr notwendig „Chancen und Risiken einer stets ungewissen Zukunft“ einzupreisen und ein Teil des Bedeutungsgehalts des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs würde leerlaufen. Es erscheint somit teleologisch geboten, den Vergleich unmittelbar vor und nach der Tathandlung vorzunehmen.

Da dieses Ergebnis auch die Strafgerechtigkeit gewährleistet und letztlich auch ein geeignetes Mittel zur besseren Konturierung des Untreuetatbestands darstellt, ist einer Übertragung des Unmittelbarkeitszusammenhangs insgesamt zuzustimmen.

Damit liegt ein gewichtiges Argument für die herrschende Meinung vor.

#### cc) Untergründende Rechtsprechung

Auch ein weiteres Argument spricht gegen die Mindermeinung. So stellte das – diese Ansicht zwar für verfassungsgemäß haltende – *Bundesverfassungsgericht* das Erfordernis auf, dass eine derart extensive Auslegung des Nachteilsbegriffs nur dann möglich wäre, wenn eine, diese untergründende, ständige Rechtsprechung vorläge.<sup>115</sup> Es liegt aber mit RGSt 73, 283 (285) nur eine einzige Entscheidung (die auch noch in der Zeit des Nationalsozialismus erging) vor, die das Nachteilsverständnis der Mindermeinung stützen könnte, sodass man mitnichten von einer ständigen, diese Ansicht untergründenden, Rechtsprechung sprechen kann.<sup>116</sup> Somit erscheint diese Ansicht auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht bedenklich.

#### dd) Wortlaut

Auch der Wortlaut spricht gegen die Mindermeinung. Mit dem bisher Gesagten ist letztlich nur das Verständnis der allgemeinen Auffassung, dass der Begriff des Nachteils in § 266 StGB genauso wie der des Schadens in § 263 StGB zu verstehen ist, vereinbar. Betrachtet man nun aber die Tatsache, dass die Mindermeinung dazu führt, dass der entgangene Gewinn als untreuerelevanter

<sup>114</sup> *Ebd.*; zu diesem Ergebnis kommt auch *Rengier* (Fn. 6), § 13 Rn. 155.

<sup>115</sup> BVerfGE 126, 170 (197, 198 f., 206); siehe auch: *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 173.

<sup>116</sup> *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 173; *ders.*, Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes (Teil 1), *StraFo* 2010, 1 (4 ff.); *ders.*, Der Begriff des Vermögensschadens als archimedischer Punkt des Untreuetatbestandes (Teil 2), *StraFo* 2010, 477 (481 f.).

Nachteil bezeichnet wird, so ist das mit diesem Verständnis nur äußerst schwer in Einklang zu bringen. Ein Schaden meint eben, wie oben schon gesagt, einen „Verlust“ oder eine „Beeinträchtigung“. Beim entgangenen Gewinn bleibt indes nur eine positive Entwicklung aus, ein tatsächlicher Verlust oder eine Beeinträchtigung tritt aber gerade nicht ein.

Anders ist dies, wenn man der herrschenden Meinung folgt: Dann nämlich muss eine Exspektanz „verloren gehen“ oder „beeinträchtigt“ werden. Selbst wenn man nicht an den Begriff des Schadens, sondern nur an den des Nachteils anknüpfen würde, würde man wohl zum selben Ergebnis kommen. Nach allgemeinem Wortverständnis meint ein Nachteil eben nur den Eintritt eines negativen Ereignisses, nicht jedoch den Nichteintritt eines positiven. Somit erscheint die herrschende Meinung auch im Lichte des Wortlauts als wesentlich überzeugender.

ee) Ergebnis

Insgesamt sprechen damit sowohl die Unrechtsstruktur der Untreue, verfassungsrechtliche Gesichtspunkte und der Wortlaut für die herrschende Meinung, während die Mindermeinung nur wenige Argumente für sich beanspruchen kann. Somit ist der herrschenden Meinung zu folgen und die Verletzung einer vermögenswerten Exspektanz zu verlangen.

#### 4. Bestimmung einer hinreichenden Exspektanz

Infolgedessen muss nun aber bestimmt werden, wann sich die Aussicht auf einen Gewinn hinreichend verdichtet hat, sodass man von einer Exspektanz, der ein eigener Vermögenswert zukommt, sprechen kann. Um einen ersten Anhaltspunkt zu gewinnen, sollen hierzu zunächst die gängigen Fallgruppen von Exspektanzen dargestellt werden.

a) Der sog. „Kick-Back“ als Grundfall

Gewissermaßen Prototyp für die Herausarbeitung von Exspektanzen im Rahmen der Untreue ist der Fall des sog. „Kick-Backs“.<sup>117</sup> Dabei handelt es sich um Fälle, in denen der Treupflichtige bei Verhandlungen mit einem Dritten zunächst ein gewisses Entgelt  $x$  nennt, dann aber erkennt, dass der Dritte auch mit dem geringeren Betrag  $x$  minus  $y$  zufrieden wäre.<sup>118</sup> Statt nun aber das Geschäft zu diesem günstigen Preis abzuschließen, schließt der Treupflichtige

<sup>117</sup> Schönemann, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 167.

<sup>118</sup> Ebd.

das Geschäft dennoch zum Betrag  $x$  ab und lässt sich den Betrag  $y$  selbst als „Kick-Back“ auszahlen.<sup>119</sup>

In derartigen Fällen ist dann anerkannt, dass die Möglichkeit des Geschäftsabschlusses gegen das Entgelt in Höhe von  $x$  minus  $y$  eine vermögenswerte Exspektanz darstellt, die durch den Geschäftsabschluss zu einem höheren Entgelt zerstört wird.<sup>120</sup>

#### b) Weitere Fallgruppen

Weiterhin ist das Vorliegen einer Exspektanz etwa dann anerkannt, wenn der Treupflichtige ein Grundstück, obwohl er es direkt hätte vom Eigentümer erwerben können, zu einem höheren Preis über einen Zwischenhändler erwirbt.<sup>121</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der Preis des Zwischenhändlers marktgerecht ist.<sup>122</sup> Selbiges gilt, wenn ein Gelegenheitskunde ein Geschäft mit dem Treugeber abschließen will, der Treupflichtige dies aber vereitelt, indem er das Geschäft für sich selbst oder einen Dritten abschließt.<sup>123</sup> Des Weiteren schädigt der Treupflichtige eine Exspektanz, wenn er die sichere Aussicht bei einer öffentlichen Bauausschreibung den Zuschlag zu erhalten, vereitelt.<sup>124</sup>

Andererseits wurde die Verletzung einer Exspektanz aber auch schon in der Abwerbung von Stammkunden gesehen, obwohl dabei die Gewinnerwartung noch nicht derart konkretisiert wie in den vorgenannten Beispielen ist.<sup>125</sup>

#### c) Zwischenergebnis

Um nun die allgemeinen Voraussetzungen an eine Exspektanz herauszuarbeiten, sind zunächst die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der genannten Fallgruppen eruieren.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass all diesen Beispielen gemein ist, dass jeweils eine konkrete und nicht bloß abstrakte Möglichkeit der Vermögenmehrung vorlag. In den meisten Fällen lagen Angebote vor, die auch tatsächlich hätten angenommen werden können, sodass nach den konkreten Umständen

---

<sup>119</sup> *Ebd.*

<sup>120</sup> Daran ändert auch die Tatsache, dass der Treupflichtige den Betrag dann eigentlich nach § 667 BGB an den Treugeber herauszugeben hat, nichts. Die Verletzung bloßer Schuldnerpflichten stellt nämlich noch keine Treupflichtverletzung dar. (Vgl. *Momsen/Grützner*, Wirtschaftsstrafrecht, 2013, Kap. 5b Rn. 148).

<sup>121</sup> BGH, NStZ 2000, 46 (46 f.).

<sup>122</sup> BGH, NStZ 2000, 46 (46 f.).

<sup>123</sup> BGH, NJW 1965, 770 (770 ff.).

<sup>124</sup> BGHSt 17, 147 (148).

<sup>125</sup> RGSt 71, 333 (334).

des Einzelfalls eine Verbesserung der Vermögenslage auch wirklich hätte eintreten können. Dies gilt auch für das letztgenannte Beispiel: Da sich Stammkunden ja gerade dadurch auszeichnen, dass sie regelmäßig wiederkommen, besteht auch bezüglich dieser eine konkrete Möglichkeit der Vermögensmehrung, solange man ihrem Kommen nicht aktiv entgegenwirkt.

Gewisse Abweichungen ergeben sich aber bezüglich der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Vermögensmehrung. Diesbezüglich ist zunächst zu sagen, dass eine Exspektanz jedenfalls dann vorliegen muss, wenn ein „sicher“ bevorstehender Vermögenszuwachs vereitelt wird. Daran, dass die meisten der genannten Fallgruppen dieses Erfordernis erfüllen, ist auch zu erkennen, dass es dabei keinen allzu großen Spielraum gibt. Insbesondere verlangt die Rechtsprechung heutzutage auch, dass die Aussicht derart konkretisiert sein muss, dass ihr die Verkehrsauffassung bereits einen messbaren wirtschaftlichen Wert beimisst.<sup>126</sup> Allerdings legt das letztgenannte Beispiel auch nahe, dass es Fälle geben kann, die unterhalb der Schwelle des „sicheren“ Vermögenszuwachses liegen. Dementsprechend gibt es auch eine Ansicht, die nicht die Vereitelung eines „sicher“ bevorstehenden Abschlusses voraussetzt, sondern nach der schon eine Sachlage, die „mit Wahrscheinlichkeit“ einen Vermögenszuwachs erwarten lässt, ausreicht.<sup>127</sup> Dieses Verständnis teilte insbesondere auch die frühere Rechtsprechung.<sup>128</sup>

Ob man nun von einem „sicheren“ oder „höchst wahrscheinlichen“ Vermögenszuwachs spricht, scheint aber eher die Formulierung als das Ergebnis zu betreffen.<sup>129</sup> Denn entscheidend muss sein – so wie es die heutige Rechtsprechung auch zutreffend festgestellt hat – ob der Aussicht ein wirtschaftlich messbarer Wert zukommt. Sowohl nach dem wirtschaftlichen als auch nach dem juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff zählen nämlich zum strafrechtlich geschützten Vermögen eben nur solche Gegenstände, denen auch ein wirtschaftlicher Wert zukommt.<sup>130</sup> Natürlich ist dieser Wert beim sicheren Bestehen eines Vermögenszuwachses höher als beim nur wahrscheinlichen; allerdings ist es nicht unüblich, dass auch nur wahrscheinliche positive Entwicklungen in den wirtschaftlichen Wert eines Gegenstands eingepreist werden. Insbesondere führt ja auch das wahrscheinliche Bestehen eines positiven Ereignisses in aller Regel zum Ansteigen des Aktienkurses des jeweiligen Unternehmens.

<sup>126</sup> BGHSt 17, 147 (148); *BGH*, GA 1978, 332 (333).

<sup>127</sup> *Perron*, in: Schönke/Schröder, 28. Aufl. 2010, § 266 Rn. 49.

<sup>128</sup> RGSt 38, 108 (109); 41, 373 (375); 51, 205 (209).

<sup>129</sup> *Schünemann*, in: Leipziger Kommentar IX (Fn. 23), § 266 Rn. 176.

<sup>130</sup> *Hefendehl*, in: MüKo-StGB V, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 341, 353.

Dieses Beispiel zeigt aber schon, dass die Frage, ob man von einer Exspektanz sprechen kann oder nicht, stark von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist, sodass man letzten Endes nicht um eine Abwägung der Gesamtumstände herumkommt. Bei dieser bietet es sich an – in Konsequenz des eben Gesagten – nach den folgenden drei Schritten vorzugehen:<sup>131</sup>

Zunächst muss festgestellt werden, dass eine konkrete und nicht bloß eine abstrakte Möglichkeit der Vermögensmehrung besteht. Dies ist nur dann der Fall, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls eine Verbesserung der Vermögenslage auch wirklich eintreten kann.<sup>132</sup>

Daraufhin müssen sämtliche Faktoren, die die Wahrscheinlichkeit der Realisierung positiv oder negativ beeinflussen, herausgearbeitet werden, um aus ihnen eine Bewertung der Wahrscheinlichkeit ableiten zu können.<sup>133</sup>

Dabei ist insbesondere bedeutsam, wie viele Zwischenschritte bis zur Realisierung der Exspektanz erforderlich sind und vor allem auch in wessen Machtbereich diese Schritte liegen. <sup>134</sup> Dies führt dazu, dass die Wahrscheinlichkeit umso höher zu bewerten ist, je weniger Schritte notwendig sind und je mehr davon im Machtbereich des Vermögensinhabers liegen.

Ist sodann eine hinreichende Realisierungswahrscheinlichkeit nachgewiesen, ist eine wirtschaftliche Bewertung vorzunehmen, bei der zu fragen ist, ob der Grad der Wahrscheinlichkeit im konkreten Einzelfall eine Bewertung der Position als vermögenswert rechtfertigt.<sup>135</sup>

#### *d) Übertragung dieser Kriterien auf den Untersuchungsgegenstand*

Somit sollte nun im Groben umrissen sein, wann eine vermögenswerte Exspektanz im Allgemeinen vorliegt. Nun soll versucht werden, diese Kriterien auf den Untersuchungsgegenstand zu übertragen und festzustellen, wann ein Geschäftsabschluss erfolgversprechend genug ist, um ihm einen eigenen Vermögenswert zuzuschreiben.

Wie gerade festgestellt, muss dazu zunächst einmal die konkrete Möglichkeit einer Vermögensmehrung bestehen. Dazu wird man voraussetzen müssen, dass dem jeweiligen Geschäftsleitungsorgan ein konkretes Angebot für einen Geschäftsabschluss vorliegt und es auch hinreichend befugt ist, dieses für das

---

<sup>131</sup> Satzger, Probleme des Schadens beim Betrug, Jura 2009, 518 (520).

<sup>132</sup> Ebd.

<sup>133</sup> Satzger, Probleme des Schadens beim Betrug, Jura 2009, 518 (520).

<sup>134</sup> Ebd.

<sup>135</sup> Ebd.

Unternehmen anzunehmen. Zudem darf auch nicht von vornherein ausgeschlossen sein, dass sich das Geschäft vermögensmehrend auswirkt.

Bezüglich des zweiten Schrittes ist zu klären, welche Faktoren die Wahrscheinlichkeit auf die Realisierung des Gewinns positiv bzw. negativ beeinflussen können.

Ein gewichtiges Indiz für eine hohe Wahrscheinlichkeit ist eine bereits bestehende Kalkulation, aus der hervorgeht, dass mit dem, was erworben werden soll, aller Erwartung nach ein Gewinn erzielt werden kann. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn in der Vergangenheit in vergleichbaren Konstellationen bereits Gewinne erzielt wurden.

Ein weiteres Indiz kann die Tatsache sein, dass die Möglichkeit zu einem Geschäftsabschluss unterhalb des Marktpreises besteht. Dann ergibt sich schließlich schon unmittelbar nach dem Abschluss ein Vermögensüberschuss. In solchen Fällen ist dann aber zu fragen, warum ein Geschäft zu solch einem niedrigen Preis überhaupt möglich ist. Möglicherweise handelt es sich um einen unzuverlässigen Geschäftspartner, bei dem man nicht sicher sein kann, ob er die Leistung auch wirklich erbringt. Andererseits kann es sich aber auch um jemanden handeln, der gerade neu am Markt ist und versucht, sich über günstige Preise in den Markt zu drängen. Auch kann man das Glück haben, dass der Geschäftspartner gerade von einer Subvention profitiert und dadurch zu einem solch günstigen Angebot in der Lage ist.

Äußerst schwierig wird die Beurteilung des Kaufes von Aktien und sonstigen Wertpapieren sein, da die damit verbundenen Chancen und Risiken oftmals nur schwer durchschaubar sind. In aller Regel wird man aber wohl eine vermögenswerte Exspektanz beim Kauf von Aktien zum marktüblichen Preis ablehnen müssen. Schließlich sind in diesen schon die jeweiligen Chancen und Risiken eingepreist.

Insgesamt ergibt sich also eine Vielzahl einzelner Details, die in die Bewertung einfließen müssen. Eine pauschale Definition für das Vorliegen einer hinreichenden Realisierungswahrscheinlichkeit lässt sich somit unmöglich aufstellen. Mit den genannten Kriterien sollte aber zumindest ein Anhaltspunkt vorliegen, welche Kriterien inwieweit berücksichtigt werden können. Dass es darüber hinaus noch eine unüberschaubare Menge weiterer Kriterien gibt, versteht sich von selbst.

Bezüglich des dritten Schritts ergeben sich für die untersuchte Fallgruppe keine Besonderheiten. Anhand des Grades der Realisierungswahrscheinlichkeit muss der wirtschaftliche Wert der Gewinnaussicht ermittelt werden.

*e) Ergebnis*

Insgesamt lässt sich damit festhalten, dass hohe Anforderungen an das Bestehen einer Exspektanz zu stellen sind: Man muss die konkrete Möglichkeit haben, ein Geschäft abschließen zu können, das so lukrativ ist, dass schon der Abschlussmöglichkeit als solcher ein wirtschaftlicher Wert zukommt. An dieser hohen Hürde wird wohl in zahlreichen Fällen eine Untreuestrafbarkeit der Geschäftsleitungen scheitern.

## V. Subjektiver Tatbestand

Weiterhin birgt auch der subjektive Tatbestand der Untreue Potenzial um eine mögliche Strafbarkeit der Geschäftsleitungen zu verhindern.

Dieser setzt nach § 15 StGB Vorsatz voraus, wobei, wie auch sonst üblich, Eventualvorsatz genügt.<sup>136</sup> An diesen sind aber – aufgrund der im Hinblick auf das Verfassungsrecht bedenklichen Weite des Tatbestands – hohe Anforderungen zu stellen.<sup>137</sup> Dieses Erfordernis, das schon seit langem ständige Rechtsprechung ist, wurde nun auch durch das *Bundesverfassungsgericht* bestätigt.<sup>138</sup> Dabei ist vor allem darauf hinzuweisen, dass dies insbesondere für den nicht eigennützig handelnden Täter gilt.<sup>139</sup> Dies führt dazu, dass sich Geschäftsführer, die aus bloßer Vorsicht vom Geschäftsabschluss absehen, auch oftmals über den fehlenden Vorsatz entlasten können werden.

Ferner ist auch auf subjektiver Ebene das Verschleifungsverbot zu beachten, was dazu führt, dass der Vorsatz zur Pflichtverletzung und zur Nachteilszufügung gesondert voneinander festzustellen ist.<sup>140</sup> Bezüglich beider Merkmale muss zumindest Eventualvorsatz vorliegen.

Folglich sind auch an den subjektiven Tatbestand hohe Anforderungen zu stellen, die in vielen Fällen einer Untreuestrafbarkeit entgegenstehen können.

---

<sup>136</sup> *Wittig*, in: BeckOK-StGB, Ed. 29, Stand: 1.12.2015, § 266 Rn. 47.

<sup>137</sup> *BGH*, NJW 1975, 1234 (1236); NJW 1983, 461 (461); NSTZ 2002, 648 (650).

<sup>138</sup> *BVerfG*, NJW 2009, 2370 (2373).

<sup>139</sup> *BGHSt* 47, 295 (302) = NSTZ 2002, 648 (650).

<sup>140</sup> *BGH*, NSTZ 2013, 715 (715 ff.); *Heger*, in: Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 266 Rn. 19.

**VI. Fazit**

Nach alledem gelangt man zum Ergebnis, dass eine Untreuestrafbarkeit bei der Nichtwahrnehmung erfolgversprechender Geschäftsabschlüsse zwar möglich ist, allerdings sehr viele und hohe Hürden überwunden werden müssen, damit es tatsächlich zu einer solchen kommt. Zudem verbleibt auch noch die Möglichkeit einer Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB. Solange man aber als Geschäftsführer gewissenhaft vorgeht und nicht bewusst Chancen auslässt, bei denen sich die Sicherheit des eintretenden Erfolgs geradezu aufdrängt, sollte man in der Lage sein, sich vor einer möglichen Untreuestrafbarkeit zu bewahren. Somit müssen auch die am Anfang dargelegten Bedenken relativiert werden. Dies gilt im Übrigen auch für die allgemeinen Befürchtungen, dass es zu einer „Anwendungshypertrophie“ der Untreue kommen könnte. Ein derart dramatisches Bild lässt sich nämlich durch die statistischen Daten nicht bestätigen: So wurden im Jahr 2014 23.571 Veruntreuungen nach §§ 266, 266a, 266b StGB polizeilich erfasst (wobei es nur 240 mal um Kapitalanlagegeschäfte ging) – das sind gerade einmal 2,4 % der 968.866 polizeilich erfassten Betrugsstraftaten.



Annika Vorfelder\*

## **Das Gebot der Konfliktbewältigung im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung – Eine Analyse vor dem Hintergrund der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts 4 BN 32.13 vom 24.3.2015**

### **Abstract**

Der folgende Beitrag befasst sich vor dem Hintergrund der Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* 4 BN 32.13 vom 24.3.2015 mit der Frage, wie sich das Gebot der Konfliktbewältigung im Rahmen der FFH-Verträglichkeitsprüfung verhält. Zunächst wird der Lösungsansatz des *Bundesverwaltungsgerichts* dargestellt. Sodann wird untersucht, ob sich die Lösung des *Gerichts* in die bisherige Rechtsprechung einfügt. Ziel der Analyse ist es, die neuartige Problematik beim Zusammentreffen nationaler Gebote mit unionsrechtlichen Strukturen herauszuarbeiten, um so Unterschiede erkennen und sachgerechte sowie systematisch stimmige Lösungsansätze entwickeln zu können.

---

\* Die Verfasserin studiert seit dem Sommersemester 2013 Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht von Prof. *Dr. Wolfgang Kahl, M.A.* Der Beitrag basiert auf einer Examensstudienarbeit im Schwerpunktbereich deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, die von Frau Prof. *Dr. Ute Mager* gestellt wurde.

## I. Einleitung

In der Entscheidung 4 BN 32.13 vom 24.3.2015 hatte sich das *Bundesverwaltungsgericht* mit der Frage zu befassen, ob die Durchführung einer vollständigen FFH-Verträglichkeitsprüfung mangels ausreichender Detailkenntnisse vom Planaufstellungsverfahren in ein zeitlich nachfolgendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagert werden könne.<sup>1</sup> Die Frage stellte sich im Rahmen der Änderung eines Flächennutzungsplans, der gleichzeitig eine Konzentrationszone für den Abbau von Bodenschätzen mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auswies. In diesem Zusammenhang musste das *Bundesverwaltungsgericht* daher auch klären, welche Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung für den Abbau von Bodenschätzen zu stellen sind. Im Ergebnis beantwortete das *Gericht* beide Fragen anhand bereits bewährter Grundsätze vorgehender Rechtsprechung. In der Verlagerung der FFH-Prüfung erkannte es einen Fall zulässiger Konfliktverlagerung. Für die Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung zog es die bereits im Rahmen der Konzentrationszonenplanung von Windkraftanlagen entwickelten Grundsätze heran. Die Entscheidung zeigt damit, wie sich vermeintlich ungelöste Problemstellungen mit Hilfe bekannter Strukturen lösen lassen.

Im Ergebnis stellt sich jedoch die Frage, ob die Kriterien einer zulässigen Konfliktverlagerung auf die Verlagerung der FFH-Verträglichkeitsprüfung in ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren im Falle der zeitgleichen Ausweisung einer Konzentrationszone anwendbar sind oder ob dies nicht vielmehr zu einem Systembruch führen kann. Anlass zu Bedenken gibt dabei vor allem der unionsrechtliche Hintergrund der FFH-Verträglichkeitsprüfung.

## II. Die Entscheidung vom 24.3.2015 – 4 BN 32.13

Gegenstand der Entscheidung war ein Normenkontrollverfahren analog § 47 Abs. 1 Nr. 1 VwGO gegen die Änderung eines Flächennutzungsplans der Stadt Weinheim.

Die Antragstellerin ist im betroffenen Bereich Pächterin von Grundstücken, die bereits seit 1893 als Steinbruch genutzt werden. Zum Zeitpunkt der Entscheidung betrieb sie den Steinbruch aufgrund einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von 1983.

---

<sup>1</sup> Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 ff.; vorgehend *VGH Mannheim*, 3 S 2485/11, BeckRS 2015, 45361.

Im Jahr 2003 löste sich bei einer Großrutschung im Süden des Geländes Gesteinsmaterial. Dadurch reichte die oberste Abrisslinie des Steinbruchs über die ursprünglich genehmigte Abbaugrenze hinaus. Zur Vermeidung weiterer Rutschungen empfahl die zuständige Fachbehörde, die Generalneigung der Steinbruchwände zu reduzieren. Daraufhin beantragte die Antragstellerin eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung zur südlichen Erweiterung des Steinbruchs. Dies hätte eine Abflachung des Hangs und damit Auswirkungen auf das Landschaftsbild zur Folge gehabt. Aus diesem Grund versagte die Stadt Weinheim 2008 der an sich zulässigen Änderungsgenehmigung ihr Einvernehmen nach § 36 BauGB. Die Versagung des Einvernehmens stützte sie auf einen aus dem Jahr 2007 stammenden Gemeindebeschluss zur Änderung des Flächennutzungsplans und zur Aufstellung eines Bebauungsplans im betroffenen Gebiet sowie einer damit einhergehenden Veränderungssperre. Dieser geänderte Flächennutzungsplan legt entlang der südlichen Abrisslinie eine Begrenzungslinie für den Steinabbau fest, die der Grenze der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung von 1983 entspricht. Die nördliche Begrenzungslinie geht dagegen über die Grenze von 1983 hinaus.

Mit den Darstellungen im geänderten Flächennutzungsplan möchte die Stadt Weinheim eine Standortzuweisung für den Abbau von Gestein nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB erreichen.

Problematisch ist, dass das im geänderten Flächennutzungsplan ausgewiesene Gebiet nicht mit dem Gebiet übereinstimmt, in das die Antragstellerin den Abbau erweitern wollte. Diese beabsichtigte eine südliche Erweiterung. Der Flächennutzungsplan erweitert das Abbaugelände jedoch Richtung Norden. Die neu ausgewiesene Fläche liegt aber teilweise im Bereich eines FFH- und europäischen Vogelschutzgebietes. Im Rahmen der FFH-Vorprüfung wurden auch schutzbedürftige Fledermausstollen gefunden, sodass eine Beeinträchtigung der Erhaltungsziele nicht offensichtlich ausgeschlossen werden konnte.

Die Gutachter haben daraufhin angeregt, zum Schutz der Fledermäuse einen „Korridor“ im Flächennutzungsplan zu schaffen, der nicht in die Darstellung der Abbaufäche miteinbezogen wird. Dieser Empfehlung kam die Gemeinde nicht nach. In ihrer Begründung führte sie aus, die Beeinträchtigungen der Erhaltungsziele seien vor allem von den spezifischen Immissionen abhängig, die die Nutzung des Steinbruchs an der betroffenen Stelle nach sich ziehe. Diese seien zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bekannt. Die Frage, inwieweit dem Abbau im Bereich um den Fledermausstollen FFH-rechtliche Hindernisse

entgegenstünden, könne daher erst in einem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren entschieden werden.

Die Antragstellerin wandte sich daraufhin in einem Normenkontrollantrag an den *VGH Mannheim*. Im Vorgehen der Antragsgegnerin sah sie einen Verstoß gegen das Abwägungsgebot nach §§ 1 Abs. 7, 1a Abs. 4 BauGB i.V.m. § 34 BNatSchG. Danach müsse bei einem negativen Ausgang der FFH-Vorprüfung bereits auf Ebene eine vollständige FFH-Verträglichkeitsprüfung nachfolgen, bevor die geschützte Fläche überplant werde. Die Antragsgegnerin habe die Prüfung unzulässig in ein nachgehendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagert.<sup>2</sup> Der *VGH Mannheim* wies den Normenkontrollantrag in der Vorinstanz zurück, da die konkrete Beeinträchtigung der Erhaltungsziele von den nutzungsspezifischen Immissionen abhängen, die sich erst in einem nachfolgenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren sachgerecht klären ließen. Unter diesen Bedingungen könne die FFH-Prüfung von der Bauleitplanung in ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagert werden.<sup>3</sup>

Auf die folgende Nichtzulassungsbeschwerde schloss sich das *Bundesverwaltungsgericht* der Lösung des *VGH Mannheim* an.<sup>4</sup> Es sah in der Verlagerung der FFH-Prüfung eine zulässige Konfliktverlagerung, deren Durchführung im Einklang mit der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung und dem Abwägungsgebot stehe. Daneben seien auch die Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung für den Abbau von Bodenschätzen nicht klärungsbedürftig. Die bereits im Rahmen der Konzentrationszonenplanung von Windenergieanlagen entwickelten Grundsätze könnten problemlos auf den vorliegenden Fall übertragen werden.<sup>5</sup>

### III. Übertragbarkeit der Grundsätze zur Konzentrationszonenplanung

Mit der Änderung des Flächennutzungsplans verfolgte die Gemeinde das Ziel, eine Konzentrationszone für den Abbau von Gestein mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auszuweisen.

Nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB können Flächennutzungspläne im Außenbereich privilegierten Nutzungen nach § 35 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 6 BauGB positiv einen bestimmten Standort zuweisen. Die Positivdarstellung führt gleichzeitig dazu,

---

<sup>2</sup> Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 (Rn. 30); *VGH Mannheim*, 3 S 2485/11, BeckRS 2015, 45361.

<sup>3</sup> Vgl. *VGH Mannheim*, 3 S 2485/11, BeckRS 2015, 45361.

<sup>4</sup> Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 (Rn. 10, 15 f., 18).

<sup>5</sup> *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 (Rn. 22).

dass der übrige Planungsraum von der ausgewiesenen Nutzung freizuhalten ist.<sup>6</sup> Einer Verwirklichung an anderer Stelle des Plangebiets stehen dann öffentliche Belange entgegen.<sup>7</sup> Diese Steuerungsmöglichkeit der Gemeinde schränkt die Verwirklichung von Vorhaben, die im Außenbereich an sich privilegiert zulässig sind, gleichzeitig stark ein.<sup>8</sup> Damit die Einschränkungen gerechtfertigt und abwägungsfehlerfrei sind, hat die Rechtsprechung, speziell zur Darstellung von Konzentrationszonen für Windkraftanlagen, einige Grundsätze für die gemeindliche Planung entwickelt.<sup>9</sup> Die Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB treten danach nur dann ein, wenn der planerischen Entscheidung der Gemeinde ein schlüssiges Planungskonzept zugrunde liegt, das den gesamten Außenbereich umfasst.<sup>10</sup> Darin muss erkennbar sein, welche Gründe zu der positiven Standortzuweisung geführt haben und rechtfertigen, privilegierte Vorhaben vom übrigen Planungsraum auszuschließen.<sup>11</sup> Da andere an sich privilegierte Vorhaben in der Konzentrationszone nicht ohne Weiteres verwirklicht werden können, muss der Plangeber zudem gewährleisten, dass sich diese Vorhaben an anderer Stelle durchsetzen.<sup>12</sup>

Das *Bundesverwaltungsgericht* überträgt in seiner Entscheidung vom 24.3.2015 diese im Rahmen der Konzentrationszonenplanung für Windkraftanlagen entwickelten Grundsätze auch auf den Abbau von Bodenschätzen.<sup>13</sup> Bereits in früherer Rechtsprechung hatte das *Bundesverwaltungsgericht* verdeutlicht, dass die planerische Steuerung unter privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB aus systematischen Gründen nach gleichen Maßstäben zu erfolgen habe. Die Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB diene nicht dazu, allein die Ansiedelung von Windenergie zu fördern, sondern schaffe vielmehr eine

---

<sup>6</sup> *Finkelnburg/Ortloff/Kment*, Öffentliches Baurecht, Bd I, 6. Aufl. 2011, § 27 Rn. 64; *Jarass/Kment*, Baugesetzbuch, 2013, § 35 Rn. 71; *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/u.a.*, Baugesetzbuch, 12. Aufl. 2014, § 35 Rn. 111.

<sup>7</sup> *Jarass/Kment* (Fn. 6), Rn. 73; *Sjöfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Baugesetzbuch, Bd. II, Stand: 118. Ergänzungslieferung, August 2015, § 35 Rn. 124 a.

<sup>8</sup> *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 6), Rn. 67; *Jarass/Kment* (Fn. 6), Rn. 73.

<sup>9</sup> Siehe nur: BVerwGE 117, 287; 118, 33; 145, 231; dazu auch *Sjöfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Baugesetzbuch, Bd. II (Fn. 7), § 35 Rn. 124 b.

<sup>10</sup> BVerwGE 117, 287 (298); Beschlussempfehlung, BT-Drs. 13/4978, S. 7 *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 6), § 27 Rn. 67.

<sup>11</sup> BVerwGE 117, 287 (298); 145, 231 (Rn. 9); *Mitschang/Reidt*, in: *Battis/Krautzberger/u.a.*, Baugesetzbuch (Fn. 6), § 35 Rn. 115.

<sup>12</sup> BVerwGE 117, 287 (294); 118, 33 (37); Beschlussempfehlung, BT-Drs. 13/4978, S. 7.

<sup>13</sup> *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 (Rn. 22). Zwar wurde die Möglichkeit einer Konzentrationszonenplanung an sich erstmals im Rahmen des Kiesabbaus entwickelt (vgl. BVerwGE 77, 300), die sich daraus ergebenden besonderen Voraussetzungen für die gemeindliche Planung haben sich allerdings erst im Rahmen der Ausweisung von Konzentrationszonen für Windkraftanlagen herausgebildet.

Kompromisslösung unter den einzelnen privilegierten Nutzungen.<sup>14</sup> Eine sog. Verspargelung der Landschaft durch den ungesteuerten Bau von Windkraftanlagen sei ausdrücklich ebenso zu verhindern wie z.B. eine „Verkraterung“ der Landschaft durch den Abbau von Bodenschätzen.<sup>15</sup> Eine Übertragung der bereits entwickelten Grundsätze ermöglicht damit einen in sich schlüssigen Umgang mit der Konzentrationszonenplanung und entspricht deren Sinn und Zweck.

#### **IV. Die Zulässigkeit einer Verlagerung der FFH-Verträglichkeitsprüfung**

Größere Probleme wirft die eingangs gestellte Frage auf, ob eine Verlagerung der FFH-Prüfung von der Bauleitplanung in ein nachfolgendes immissionsrechtliches Genehmigungsverfahren mit dem Gebot gerechter Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB vereinbar ist.

##### **1. Grundsatz: Konfliktbewältigung im Rahmen der Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB**

Das im Baugesetzbuch verankerte Abwägungsgebot ist ein tragendes Element gemeindlicher Planung. Ihm kommt die Aufgabe zu, für einen gerechten Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Belangen bei der Bauleitplanung zu sorgen.<sup>16</sup> Das Abwägungsgebot setzt der planerischen Gestaltungsfreiheit der Gemeinde eine verfassungsrechtliche Grenze.<sup>17</sup> Sie muss bei der Abwägung das rechtsstaatliche Gebot der Verhältnismäßigkeit beachten und einen einzelfallgerechten Interessensausgleich ermöglichen.<sup>18</sup>

In dieser Anforderung wurzelt das sog. Gebot der planerischen Konfliktbewältigung,<sup>19</sup> wonach der Bauleitplan die von ihm geschaffenen Konflikte

---

<sup>14</sup> BVerwGE 117, 287 (293); vgl. Beschlussempfehlung, BT-Drs. 13/4978, S. 7.

<sup>15</sup> BVerwGE 117, 287 (293).

<sup>16</sup> *Jarass/Kment* (Fn. 6), Rn. 39; *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, 6. Aufl. 2015, § 17 Rn. 1; *Stüer*, Ist das Abwägungsgebot noch das „Herzstück“ der städtebaulichen Planung?, UPR 2010, 288 (288).

<sup>17</sup> *BVerfG*, BauR 2003, 1338 (1338 f.); *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (Fn. 16), § 17 Rn. 1.

<sup>18</sup> BVerfGE 79, 174 (198); *BVerfG*, BauR 2003, 1338 (1338 f.); *Jarass/Kment* (Fn. 6), Rn. 40; *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (Fn. 16), § 17 Rn. 1; *Stüer*, (Fn. 16), S. 288; *Weyreuther*, Umweltschutz und öffentliche Planung, UPR 1981, 33 (38).

<sup>19</sup> Grundlegend: *Weyreuther*, Das bebauungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme und seine Bedeutung für den Nachbarschutz, BauR 1975, 1 (5) (nimmt Bezug auf BVerwGE 47, 144 (155f.)); *Weyreuther*, (Fn. 18), S. 36.

selbstständig bewältigen muss.<sup>20</sup>

## 2. Ausnahmsweise zulässiger Konflikttransfer in das Genehmigungsverfahren

Eine vollständige Lösung aller aufgeworfenen Probleme auf Planebene stellt dabei aber nur ein theoretisches Idealbild<sup>21</sup> dar und ist wenig praktikabel<sup>22</sup>. So kann ein Plan mit zu hoher Regelungsdichte unter Umständen dem späteren Vollzug eher im Wege stehen als ihn zu erleichtern.<sup>23</sup> Daneben kann die Vollzugsebene zum Teil auch besser als die Planebene geeignet sein, die entgegenstehenden Belange in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.<sup>24</sup> In diesen Fällen trifft das Gebot planerischer Konfliktbewältigung auf das Bedürfnis nach planerischer Zurückhaltung.<sup>25</sup> Vom Grundsatz der selbstständigen Konfliktbewältigung kann dann ausnahmsweise abgewichen werden.

### a) Konfliktverlagerung im Rahmen des Rücksichtnahmegebots

Eine Konfliktverlagerung lässt die Rechtsprechung zu, wenn auf Planebene ein Konflikt offen gelassen wird, dieser aber mit Sicherheit sachgerecht im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens über § 15 Abs. 1 BauNVO gelöst werden kann.<sup>26</sup> Dadurch können sich die Gemeinden bewusst planerisch zurückhalten und Festsetzungen weniger konkret gestalten, um im Rahmen des Vollzugs ein erhöhtes Maß an Gestaltungsmöglichkeiten zu haben.<sup>27</sup> Über § 15 Abs. 1 BauNVO kann ein Plan im Rahmen des Vollzugs damit gezielt verfeinert und eine einzelfallgerechte nachbarschaftliche Harmonisierung geschaffen werden.

<sup>20</sup> BVerwGE 47, 144 (155f.); 67, 334 (337 f.); *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 (Rn. 34); *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/u.a.*, *Baugesetzbuch* (Fn. 6), § 1 Rn. 115; *Stollmann*, *Öffentliches Baurecht*, 10. Aufl. 2015, § 7 Rn. 57 ff.; *Stiier*, *Handbuch des Bau- und Fachplanungsrecht*, 5. Aufl. 2015, Rn. 1702 f.; *Weyreuther* (Fn. 19), S. 5.

<sup>21</sup> Vgl. *Stiier* (Fn. 20), Rn. 1702 f.

<sup>22</sup> *Sjöfker*, in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, *Baugesetzbuch*, Bd. I, Stand: 118. Ergänzungslieferung, August 2015, § 1 Rn. 115.

<sup>23</sup> *Gierke*, Anm. zu OVG Berlin, 29.08.1983 – OVG 2 A 3.81, DVBl. 1984, 147 (153); beispielhaft *Schmidt-Aßmann*, *Das bebauungsrechtliche Planungserfordernis bei §§ 34, 35 BBauG*, 1982, S. 69 f.

<sup>24</sup> BVerwGE 67, 334 (337 f.); *Gierke* (Fn. 23), S. 153; *Weyreuther* (Fn. 19), S. 5.

<sup>25</sup> BVerwGE 67, 334 (337 f.); *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 6), § 5 Rn. 69; *Koch*, in: *Koch/Hendler*, *Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht* (Fn. 16), § 17 Rn. 58.

<sup>26</sup> *BVerwG*, NVwZ 1989, 659 (660); *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/u.a.*, *Baugesetzbuch* (Fn. 6), § 1 Rn. 118; *Finkelnburg/Ortloff/Kment* (Fn. 6), § 5 Rn. 69; *Stollmann* (Fn. 20), § 7 Rn. 59.

<sup>27</sup> BVerwGE 67, 334 (337 f.).

*b) Besonderheiten im Verhältnis von Bauleitplanung und immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren*

Eine Konfliktlösung durch das Rücksichtnahmegebot findet im Verhältnis von Bebauungsplan und Baugenehmigungsverfahren statt. In der Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* handelt es sich jedoch um eine Konfliktverlagerung von der Bauleitplanung in ein nachfolgendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren. In diesem Verhältnis gelten wiederum Besonderheiten. Als Leitentscheidung ist das Urteil zum „Kraftwerk Reuter“ zu nennen.<sup>28</sup> Das *OVG Berlin* hatte in der Vorinstanz einen Bebauungsplan für das geplante Kraftwerk „Reuter“ für abwägungsfehlerhaft und damit unwirksam erklärt, weil bei der Planung immissionsschutzrechtliche Fragen in ein nachfolgendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagert wurden. Es sah hierin einen Verstoß gegen das Gebot planerischer Konfliktbewältigung.<sup>29</sup>

Dem stimmte das *Bundesverwaltungsgericht* nicht zu. Es warf dem *OVG Berlin* vor, das besondere Verhältnis von Bauleitplanung einerseits und dem späteren immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren andererseits verkannt zu haben.<sup>30</sup> Das Planungsverfahren dürfe nicht mit fachspezifischen Fragen überfordert werden. Eine abschließende Klärung der immissionsschutzrechtlichen Probleme liege nicht im Aufgabenbereich der Bauleitplanung.<sup>31</sup>

Dem *Bundesverwaltungsgericht* ist zuzustimmen. Das Gebot der Konfliktbewältigung darf nicht dazu führen, dass das nachfolgende immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren nahezu ausgehöhlt wird.<sup>32</sup> Das *OVG Berlin* hatte geradezu eine Vorverlagerung der immissionsschutzrechtlichen Probleme von der Fachbehörde auf die Bauleitplanung gefordert. Derart hohe Anforderungen stehen nicht im Einklang mit der Funktion von Bauleitplänen. Bauleitpläne sind Teile eines mehrstufigen Planungs- und Entscheidungssystems.<sup>33</sup> In diesem Entscheidungssystem übernimmt der jeweilige Plan bereits vorgegebene Entscheidungen der vorangegangenen Planungsstufen und löst diejenigen Konflikte, die er auf seiner Ebene wirksam zu bewältigen vermag.<sup>34</sup>

<sup>28</sup> *OVG Berlin* – „Kraftwerk Reuther“, DVBl. 1984, 147.

<sup>29</sup> *OVG Berlin* – „Kraftwerk Reuther“, DVBl. 1984, 147 (148).

<sup>30</sup> BVerwGE 69, 30 (33 f.).

<sup>31</sup> BVerwGE 69, 30 (35); zusammenfassend: *Stüer* (Fn. 16), S. 289.

<sup>32</sup> *Schmidt-Aßmann*, Die Berücksichtigung situationsbestimmter Abwägungselemente bei der Bauleitplanung, Beiträge zur planungsrechtlichen Behandlung städtebaulicher Gemengelagen, 1981, S. 137.

<sup>33</sup> *Koch*, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (Fn. 16), § 17 Rn. 57; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 23), S. 42; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 32), S. 126.

<sup>34</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 32), S. 126; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 23), S. 42; dem folgend: *Gierke* (Fn. 23), S. 150.



Anders als fachgesetzliche Planfeststellungen treffen Bauleitpläne dabei keine endgültigen Entscheidungen.<sup>35</sup> Es ist nicht ihre Aufgabe, Entscheidungen vorwegzunehmen, die erst sachgerecht von einer nachfolgenden Stufe gelöst werden können.<sup>36</sup> Das Gebot der Konfliktbewältigung darf daher nicht überzogen werden. Es ist nur eine Leitlinie für den gerechten Abwägungsvorgang.<sup>37</sup>

Die Entscheidung zum „Kraftwerk Reuter“ zeigt mithin, dass eine Verlagerung der Probleme in ein nachfolgendes immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren grundsätzlich möglich und gegebenenfalls sogar zwingend ist. Es müssen nicht alle in Frage kommenden immissionsschutzrechtlichen Probleme auf Ebene abschließend gelöst werden. Allerdings werden die Grenzen einer solchen Verlagerung nicht aufgezeigt. Aufschlüsse darüber bringt jedoch die Entscheidung des *Bundesverwaltungsgerichts* zum „Kraftwerk E.ON“ der Stadt Datteln. Im Fall der Stadt Datteln hat das *OVG Münster* einen Bebauungsplan für ein geplantes Kraftwerk für abwägungsfehlerhaft und damit unwirksam erklärt, weil der Plangeber bei der Planaufstellung bereits absehbare immissionsschutzrechtliche Konflikte gänzlich ausgeklammert und die Konfliktlösung vollständig in das nachfolgende immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren verlagert hatten.<sup>38</sup>

Das *OVG Münster* sah darin einen Verstoß gegen das Gebot der Konfliktbewältigung. Es müsse zumindest auf Ebene geprüft werden, ob das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren überhaupt in der Lage sei, die Probleme zu lösen. Dazu müsse sich die Gemeinde mit der Frage befassen, welche Konflikte in Betracht kämen und wie deren Lösung aussehen könnte.<sup>39</sup> Das *Bundesverwaltungsgericht* bestätigte dies nachgehend.<sup>40</sup>

Zusammenfassend lässt sich daher feststellen, dass eine Konfliktverlagerung dann möglich ist, wenn die Probleme in dem Wissen offen gelassen worden sind, die nachfolgende Entscheidungsebene werde den Konflikt sicher und sachgerecht lösen. Eine Vorverlagerung immissionsschutzrechtlicher Probleme auf die Planungsebene ist dagegen nicht gefordert. Vielmehr können und müssen fachspezifische Probleme von der dafür zuständigen Behörde gelöst werden. Eine Konfliktverlagerung hat ihre Grenzen jedoch dort, wo der

---

<sup>35</sup> *Gierke* (Fn. 23), S. 150.

<sup>36</sup> *Schmidt-Aßmann* (Fn. 23), S. 42; dem folgend: *Gierke* (Fn. 23), S. 150 f.

<sup>37</sup> *Hoppe*, in: Ernst/Hoppe, Das öffentliche Bau- und Bodenrecht, Raumplanungsrecht, 2. Aufl. 1981, § 5 Rn. 301; dem folgend: *Gierke* (Fn. 23), S. 153.

<sup>38</sup> *OVG Münster* – „Datteln“, DVBl. 2009, 1385 (Rn. 214 ff.).

<sup>39</sup> *OVG Münster* – „Datteln“, DVBl. 2009, 1385 (Rn. 214 ff.).

<sup>40</sup> *BVerwG*, NVwZ 2010, 1246 (Rn. 27).

Plangeber sich jeglicher Untersuchung möglicher immissionsschutzrechtlicher Konflikte verschließt.

### 3. Übertragbarkeit der bisherigen Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall

Das *Bundesverwaltungsgericht* hat die Frage, ob sich die FFH-Prüfung vom Bauleitverfahren in ein immissionsschutzrechtliches Genehmigungsverfahren verlagern lasse, allein aufgrund der soeben dargestellten Grundsätze beantwortet. Möglicherweise ist dieser Lösungsansatz aber zu undifferenziert. Zu bedenken ist nämlich, dass die Voraussetzungen einer zulässigen Konfliktverlagerung allein im Rahmen des Abwägungsgebotes nach § 1 Abs. 7 BauGB entwickelt wurden. Die Übertragung der Grundsätze könnte daher im Ausgangspunkt zwar sachgerecht sein, gleichwohl darf einer Übertragung aber nicht der besondere unionsrechtliche Hintergrund der FFH-Prüfung entgegenstehen. Dies könnte aber vor allem im Rahmen des Vorsorgeprinzips zu Problemen führen. Zudem ist zu fragen, ob die Rechtsnatur der FFH-Prüfung überhaupt für eine Konfliktverlagerung offen ist.

#### a) Vereinbarkeit mit der Rechtsnatur der FFH-Verträglichkeitsprüfung

Die FFH-Prüfung gründet auf der unionsrechtlichen Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie (FFH-Richtlinie). Sie wurde in den §§ 31 ff. BNatSchG in nationales Recht umgesetzt und gelangt über § 1a Abs. 4 BauGB in die Bauleitplanung.<sup>41</sup> Nach §§ 34 Abs. 1, 36 BNatSchG sind Projekte und Pläne i.S.d. Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie, deren Zulassung oder Durchführung dazu geeignet sind, die Erhaltungszwecke eines Natura 2000-Gebiets erheblich zu beeinträchtigen, auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen zu überprüfen.<sup>42</sup> Diese Prüfung vollzieht sich in einem zweistufigen Verfahren. In einer Vorprüfung wird untersucht, ob das Projekt oder der Plan abstrakt geeignet ist, die Schutzzwecke des Gebietes zu beeinträchtigen.<sup>43</sup> Eine erhebliche Beeinträchtigung ist gegeben, wenn das Vorhaben an sich oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen die verfolgten Erhaltungszwecke negativ beeinflusst.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/u.a.*, Baugesetzbuch (Fn. 6), § 1a Rn. 29; *Krautzberger/Wagner* in: *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, Baugesetzbuch, Bd. I, Stand: 118. Ergänzungslieferung, August 2015, § 1a Rn. 150.

<sup>42</sup> *Schmidt/Kabl/Gärditz*, Umweltrecht, 9. Aufl. 2014, § 10 Rn. 91.

<sup>43</sup> BVerwGE 128, 1 (Rn. 40); *Gellermann*, in: *Landmann/Rohmer/Beckmann*, Umweltrecht, Kommentar, Stand: 77. Ergänzungslieferung August 2015, § 34 BNatSchG Rn. 9; *Schmidt/Kabl/Gärditz* (Fn. 42), § 10 Rn. 91.

<sup>44</sup> BVerwGE 128, 1 (Rn. 41); *Gellermann*, in: *Landmann/Rohmer/Beckmann*, Umweltrecht, Kommentar (Fn. 43), § 34 BNatSchG Rn. 9; *Schmidt/Kabl/Gärditz* (Fn. 42), § 10 Rn. 91.

Dies ist regelmäßig schon dann der Fall, wenn das Vorhaben Flächen des FFH-Gebietes in Anspruch nimmt.<sup>45</sup> Ist eine negative Beeinflussung der Erhaltungszwecke nicht offensichtlich ausgeschlossen, muss der Plangeber in einem zweiten Prüfungsschritt eine vollständige Verträglichkeitskontrolle vornehmen.<sup>46</sup> Hat diese Verträglichkeitsprüfung ihrerseits einen negativen Ausgang, kann der Plan nur dann umgesetzt werden, wenn eine Ausnahmeregelung des § 34 Abs. 3 bis 5 BNatSchG greift. Ist dies nicht der Fall, ist das geplante Vorhaben nach § 34 Abs. 2 BNatSchG unzulässig.<sup>47</sup>

Wird die Verträglichkeitsprüfung nicht direkt im Anschluss an die Vorprüfung vorgenommen, sondern in einem nachfolgenden Genehmigungsverfahren, könnte darin eine zulässige Konfliktverlagerung, wie sie die Rechtsprechung kennt, gesehen werden. Da die Vorprüfung mögliche naturschutzrechtliche Konflikte aufzeigt, kann dem Plangeber nicht wie im Fall der Stadt Datteln vorgeworfen werden, er habe sich den spezifischen Problemen verschlossen. Die Durchführung der Verträglichkeitsprüfung im Wege des immissionschutzrechtlichen Genehmigungsverfahrens scheint auch die Konfliktlösung sicherzustellen. Die in Frage stehende Verlagerung der FFH-Prüfung aus dem Planaufstellungsverfahren in das Genehmigungsverfahren lässt sich damit scheinbar problemlos mit der Struktur der Verträglichkeitsprüfung vereinbaren.<sup>48</sup> Allein aufgrund dieser Tatsache kann jedoch noch nicht die Zulässigkeit einer solchen Konfliktverlagerung angenommen werden. Eine derartige Auffassung erweist sich vor dem Hintergrund der naturschutzrechtlichen Wirkungen als zu undifferenziert. Dies ergibt sich aus einer Auslegung der §§ 34, 36 BNatSchG.

#### aa) Systematische Auslegung

Zwar wird in § 34 Abs. 1 S. 1 BNatSchG die Durchführung einer Verträglichkeitsprüfung für „Projekte“ gefordert. Dieser Projektbezug erweckt den Anschein, die Prüfung habe erst im Rahmen des Planvollzugs stattzufinden,<sup>49</sup> sodass eine Verlagerung der Verträglichkeitsprüfung in das immissionsschutz-

<sup>45</sup> BVerwGE 128, 1 (Rn. 50); *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer/Beckmann, Umweltrecht, Kommentar (Fn. 43), § 34 BNatSchG Rn. 9; *Lau*, Naturschutz in der Bauleitplanung, 2002, S. 26, Rn. 27.

<sup>46</sup> *Battis*, in: Battis/Krautzberger/u.a., Baugesetzbuch (Fn. 6), § 1a Rn. 33.

<sup>47</sup> BVerwGE 128, 1 (Rn. 53); *Lau* (Fn. 45), S. 20, Rn. 20; *Schmidt/Kabl/Gärditz* (Fn. 42), § 10 Rn. 91.

<sup>48</sup> Vgl. *BVerwG*, NVwZ 2015, 1452 (Rn. 22).

<sup>49</sup> Vgl. zur Hervorhebung des Projektbezugs *Reidt*, Die FFH-Verträglichkeitsprüfung im Bereich der Bauleitplanung und im Planvollzug, in: FS Sellner, 2010, S. 175 (176); vgl. zum vermeintlichen Hinweis auf den Zeitpunkt *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer/Beckmann, Umweltrecht, Kommentar (Fn. 43), § 34 BNatSchG Rn. 14.

rechtliche Verfahren gesetzessystematisch geradezu notwendig wäre. Dem ist aber Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie entgegenzuhalten, der neben Projekten auch Pläne auf ihre FFH-Gebietsverträglichkeit hin überprüft wissen möchte. Dieser unionsrechtlichen Anforderung kommt der nationale Gesetzgeber auch nach, indem er den Projektbezug durch Einführung der §§ 34 Abs. 8, 36 BNatSchG abschwächt und den Gebietsschutz auf Ebene integriert.<sup>50</sup> Nach § 36 S. 1 Nr. 2 BNatSchG ist § 34 Abs. 1 bis 5 BNatSchG auf Pläne, die bei behördlichen Entscheidungen zu beachten oder zu berücksichtigen sind, entsprechend anzuwenden. Die Abschwächung des Projektbezugs ist dabei auch im Hinblick auf § 1a Abs. 4 BauGB systematisch notwendig, der seinerseits die Anwendung der §§ 31 ff. BNatSchG im Baurecht auf Planungsebene vorschreibt.<sup>51</sup>

Ist die Verweisteknik des Gesetzes einmal durchblickt, zeigt sich, dass der Gesetzgeber eine Verträglichkeitsprüfung sowohl auf Plan- als auch auf Vollzugsebene prinzipiell zulässt. Der Durchführung der Verträglichkeitsprüfung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren steht damit aus systematischer Sicht nichts im Wege.

#### bb) Teleologische Auslegung

Die Integration auf Ebene soll bezwecken, dass sich die Plangeber bereits im Planungsverfahren frühzeitig mit etwaigen umweltrechtlichen Konflikten befassen.<sup>52</sup> Diese Anforderung ist auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip zurückzuführen,<sup>53</sup> wonach möglichst frühzeitig dem Risiko eines Schadenseintritts entgegengewirkt werden soll.<sup>54</sup> Dieser Grundgedanke findet seine Ausprägung vor allem in § 34 Abs. 8 BNatSchG. Danach ist keine Verträglichkeitsprüfung im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens mehr

---

<sup>50</sup> *Kuschnerus*, Die planerische Steuerung von Industrievorhaben (Teil 2), *BauR* 2011, 761 (766); *Mitschang/Wagner*, FFH-Verträglichkeitsprüfung in der Bauleitplanung – planerische und rechtliche Belange, *DVBl.* 2010, 1257 (1260); *Reidt*, Europäischer Habitat- und Artenschutz in der Bauleitplanung, *NVwZ* 2010, 8 (9); *Reidt*, (Fn. 49), S. 175.

<sup>51</sup> Vgl. zur Bedeutung des § 1a Abs. 4 BauGB in diesem Zusammenhang: *Kuschnerus* (Fn. 50), S. 766; *Mitschang/Wagner* (Fn. 50), S. 1259.

<sup>52</sup> *Krautzberger/Wagner* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, *Baugesetzbuch*, Bd. I (Fn. 41), § 1a Rn. 213; *Louis*, in: Mitschang, *Bauen und Naturschutz*, Aktuelle Fach- und Rechtsfragen nach dem Inkrafttreten des BNatSchG 2010, 2011, 63 (68); *Reidt* (Fn. 50), S. 9; *ders.* (Fn. 49), S. 177.

<sup>53</sup> *EuGH*, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482, Rn. 58 – *Muschelfischer*; *BVerwGE* 128, 1 (Rn. 58); *Gellermann*, in: Landmann/Rohmer/Beckmann, *Umweltrecht*, Kommentar (Fn. 43), § 34 BNatSchG Rn. 9; *Sobotta*, Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 6 der Habitatrichtlinie, *ZUR* 2006, S. 357 f.

<sup>54</sup> *Schmidt/Kabl/Gärditz* (Fn. 42), § 4 Rn. 20.

durchzuführen, wenn der Baugenehmigung ein Bebauungsplan nach § 30 BauGB zugrunde liegt. Hintergrund dieser gesetzlichen Normierung ist die Vermeidung etwaiger Doppelprüfungen.<sup>55</sup> Setzt die Baugenehmigung die Festsetzungen eines Bebauungsplans um, bei dem bereits eine vollständige FFH-Prüfung durchgeführt wurde, kann auf eine erneute Prüfung verzichtet werden.<sup>56</sup> Im Verhältnis von Bebauungsplan und Baugenehmigung legt § 34 Abs. 8 BNatSchG damit eine abschließende Konfliktlösung auf Planebene fest.<sup>57</sup> Der Gesetzgeber bevorzugt folglich prinzipiell eine Konfliktlösung auf Planebene.<sup>58</sup>

Auch wenn es sich im vorliegenden Fall um einen Flächennutzungsplan handelt, auf den die Regelung des § 34 Abs. 8 BNatSchG nicht anwendbar ist, kann doch zumindest dessen gesetzliche Wertung berücksichtigt werden. So könnte eine Verlagerung der vollständigen Verträglichkeitsprüfung in ein nachfolgendes Verfahren den naturschutzrechtlichen Anforderungen entgegenstehen, die gerade auf eine frühzeitige Konfliktlösung abzielen. Womöglich ist eine abschließende Konfliktbewältigung im Rahmen einer FFH-Prüfung daher stets auf Planebene zu suchen.<sup>59</sup>

§ 34 Abs. 8 BNatSchG regelt jedoch einen speziellen Fall, bei dem es im Genehmigungsverfahren in der Regel keine neuen Konflikte geben wird, da der Bebauungsplan bereits alle Konflikte bewältigen konnte.<sup>60</sup>

In Fällen wie dem vorliegenden wird es aber regelmäßig nicht möglich sein, auf Planebene bereits alle Konflikte zu bewältigen. Wie bereits dargestellt, vermag der Bauleitplan vor allem im Hinblick auf immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen in der Regel die Konflikte nicht vollständig zu lösen.<sup>61</sup> Würden die Wertungen des § 34 Abs. 8 BNatSchG daher so verstanden, dass ein Konflikt zwingend auf Planebene zu lösen sei, bestünde die Gefahr, dass immissionsschutzrechtliche Probleme letztlich ungelöst

<sup>55</sup> Gellermann, in: Landmann/Rohmer/Beckmann, Umweltrecht, Kommentar (Fn. 43), § 34 BNatSchG Rn. 60; Reidt (Fn. 50), S. 9.

<sup>56</sup> Mitschang/Wagner (Fn. 50), S. 1259; Stüer (Fn. 16), S. 291.

<sup>57</sup> Jarass/Kment (Fn. 6), § 1a BauGB Rn. 19; Mitschang, in: Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch, 3. Aufl., Band I, Stand: 32. Ergänzungslieferung, Dezember 2015, § 1a Rn. 366.

<sup>58</sup> Krautzberger/Wagner, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Bd. I (Fn. 41), § 1a Rn. 213; Kuschnerus (Fn. 50), S. 766; Lau (Fn. 45), S. 68, Rn. 97 f.; Louis (Fn. 52), S. 68; Mitschang/Wagner (Fn. 50), S. 1259; Reidt (Fn. 50), S. 9 f.; ders. (Fn. 49), S. 178, 182 f.; Stüer (Fn. 16), S. 291.

<sup>59</sup> Vgl. Lau (Fn. 45), S. 68, Rn. 97; Reidt (Fn. 49), S. 178, 182.

<sup>60</sup> Im Ergebnis: Lau (Fn. 45), S. 68, Rn. 98 f.

<sup>61</sup> Lau (Fn. 45), S. 68, Rn. 98 f.; s.o. IV. 2. b).

blieben.<sup>62</sup> Dies würde nicht nur der unionsrechtlichen Forderung nach einem unbedingten Gebietsschutz zuwiderlaufen, sondern auch den Voraussetzungen des nationalen Abwägungsgebotes entgegenstehen. Die Wertungen des § 34 Abs. 8 BNatSchG fordern daher nur einen frühzeitigen Beginn der Konfliktbewältigung auf Ebene der Genehmigung. Das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren kann dabei aber weiterhin für eine (ergänzende) Verträglichkeitsprüfung offen bleiben.<sup>63</sup> Nur so kann ein unbedingter Gebietsschutz sichergestellt werden.

#### cc) Historische Auslegung

Eine historische Betrachtung des Bundesnaturschutzgesetzes bestätigt die teleologische Auslegung des § 34 Abs. 8 BNatSchG. Die alte Fassung des § 36 BNatSchG 2002 (= § 19e BNatSchG 1998) sah eine zusätzliche FFH-Prüfung für immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen gerade vor.<sup>64</sup> Mit der Streichung dieser Vorschrift wollte der Gesetzgeber unionsrechtlichen Bedenken<sup>65</sup> gerecht werden, die die alte Fassung des § 36 BNatSchG für zu eng hielten.<sup>66</sup> Dass er damit zugleich die Verträglichkeitsprüfung aus dem immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren herausnahm, wird (richtigerweise) überwiegend als redaktioneller Fehler angesehen und nicht als bewusste Änderung des bisherigen Regelungssystems.<sup>67</sup>

#### dd) Lösungsansatz vor dem Hintergrund des Auslegungsergebnisses

Die Auslegung der §§ 34, 36 BNatSchG zeigt zusammenfassend, dass der Gesetzgeber aus systematischer Sicht eine Verträglichkeitsprüfung grundsätzlich sowohl auf Plan- als auch auf Vollzugsebene zulässt. In § 34 Abs. 8 BNatSchG hat er sich aber dazu entschieden, eine vollständige Konfliktlösung im Verhältnis von Bebauungsplan und anschließendem Baugenehmigungsverfahren bereits auf Ebene der Genehmigung anzusetzen. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber prinzipiell eine frühzeitige Konfliktlösung auf Ebene der Genehmigung bevorzugt. Aus dieser Privilegierung kann aber nicht folgen, dass das nachfolgende immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren für eine

<sup>62</sup> Ähnlich: *Stier* (Fn. 16), S. 291 f.

<sup>63</sup> *Kuschnerus* (Fn. 50), S. 766; *Lau* (Fn. 45), S. 68, Rn. 99; *Mitschang/Wagner* (Fn. 50), S. 1260; a.A.: *Krautzberger/Wagner*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Bd. I (Fn. 41), § 1a Rn. 213; *Reidt* (Fn. 50), S. 12; *ders.* (Fn. 49), S. 182 f.

<sup>64</sup> *Gassner*, in: Gassner/Bendomin-Kahlo/Schmidt-Räntsch, Bundesnaturschutzgesetz, Kommentar, 2. Aufl., a.F. 2002, § 36 Rn. 1, 9a.

<sup>65</sup> *EuGH*, C-98/03, ECLI:EU:C:2006:3, Rn. 43 – *Kommission ./. Bundesrepublik Deutschland*; dazu insbesondere: *Gellermann*, Die „Kleine Novelle“ des Bundesnaturschutzgesetzes, NuR 2007, 783 ff.; *Sobotta* (Fn. 53), S. 358.

<sup>66</sup> BT-Drs. 16/5100, S. 11, Nr. 5; *Gellermann* (Fn. 65), S. 784; *Lau* (Fn. 45), S. 69, Rn. 99.

<sup>67</sup> *Kuschnerus* (Fn. 50), S. 768; *Lau* (Fn. 45), S. 69, Rn. 99.

Verträglichkeitsprüfung verschlossen ist. Letztlich ist die Durchführung der Verträglichkeitsprüfung in einem nachfolgenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren aus historischer Sicht mit dem Regelungssystem des Bundesnaturschutzgesetzes vereinbar.

Um den Anforderungen des nationalen Gesetzgebers gerecht zu werden, sähe eine ideale Konfliktlösung im Rahmen der Verträglichkeitsprüfung daher wie folgt aus:

Zu Beginn der Planung müsste bereits eine erste (grobe) Verträglichkeitsprüfung vorgenommen werden. Kann diese nicht alle Probleme sachgerecht lösen, kann sie noch offene Probleme auf die nachfolgenden Entscheidungsebenen verlagern. Dies würde auf eine abgeschichtete Problemlösung hinauslaufen, bei der die nachfolgende Ebene lediglich eine zusätzliche, ergänzende Prüfung auf Basis der vorherigen Prüfung durchführt.<sup>68</sup> Um dem Vorsorgeprinzip und den gesetzlichen Wertungen gerecht zu werden, müsste also in jedem Fall auf Ebene bereits mit einer ersten Verträglichkeitskontrolle begonnen werden, die dann im späteren Verfahren nur noch konkretisiert wird.<sup>69</sup> Eine Problemabschichtung stellt dabei keine Neuheit dar, sondern ist bereits im Rahmen der Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB ein anerkanntes gesetzgeberisches Instrument zur Stärkung der Verfahrensökonomie.<sup>70</sup> Im vorliegenden Fall findet aber keine Abschichtung der Probleme statt, sondern eine gänzliche Problemverlagerung. Diese Lösung steht dabei nicht nur im Widerspruch zu den normativen Anforderungen an eine frühzeitige Konfliktverlagerung, sondern führt zu weiteren Unstimmigkeiten, wenn gleichzeitig eine Konzentrationszone im betroffenen Gebiet ausgewiesen wird.

## V. Drohender Systembruch bei Verlagerung der FFH-Prüfung und zeitgleicher Ausweisung einer Konzentrationszone

Das *Bundesverwaltungsgericht* separiert den Fall in zwei Einzelprobleme.

Auf der einen Seite behandelt es die Frage der Konzentrationszonenplanung, auf der anderen Seite die Frage der Zulässigkeit einer Konfliktverlagerung im Rahmen der FFH-Prüfung.

---

<sup>68</sup> Ähnlich: *Kuschnerus*, Die planerische Steuerung von Investitionsvorhaben (Teil 1), *BauR* 2011, 602 (607); *ders.* (Fn. 50), S. 768; *Mitschang*, in: *Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch* (Fn. 57), § 1a Rn. 366 f., 385; *Reidt* (Fn. 50), S. 9; *ders.* (Fn. 49), S. 177.

<sup>69</sup> *Louis* (Fn. 52), S. 69; *Reidt* (Fn. 50), S. 9; *ders.* (Fn. 49), S. 177; zum abgestuften Entscheidungssystem s.o. **IV. 2. b)**.

<sup>70</sup> *BT-Drs.* 15/3441, S. 31; *Battis*, in: *Battis/Krautzberger/u.a.*, *Baugesetzbuch* (Fn. 6), § 2 Rn. 12; *Jarass/Kment*, *Baugesetzbuch* (Fn. 6), § 2 Rn. 23; *Mitschang*, in: *Berliner Kommentar zum Baugesetzbuch* (Fn. 57), § 2 Rn. 470 f.

Dabei berücksichtigt es aber nicht ausreichend, ob seine Lösung auch im Fall des Zusammentreffens beider Einzelprobleme in sich stimmig ist. Die Besonderheit des vorliegenden Falles bestand aber gerade darin, dass der Plangeber eine Konzentrationszone mit den Rechtswirkungen des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB auf einer Fläche auswies, die zum Teil in einem europäischen Schutzgebiet liegt. Durch die Verlagerung der FFH-Prüfung in das zeitlich nachfolgende immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren steht im Rahmen der Ausweisung der Konzentrationszone nicht fest, ob die Fläche überhaupt dem ausgewiesenen Zweck entsprechend genutzt werden kann. Nach dem Gesetz sind die späteren Folgen der Verträglichkeitskontrolle jedoch bereits absehbar. Das Gebiet könnte im besten Fall aufgrund geeigneter Kohärenzsicherungsmaßnahmen (eingeschränkt) genutzt werden. Kommen keine geeigneten Sicherungsmaßnahmen in Betracht, stünde dies einer Nutzung entgegen. Sofern in letzterem Fall auch keine andere Ausnahmeregelung eingreift, wäre das Vorhaben an dieser Stelle unzulässig.<sup>71</sup> Die Fläche könnte damit aufgrund FFH-rechtlicher Hindernisse nicht für die vom Flächennutzungsplan vormals ausgewiesene Nutzung verwendet werden.<sup>72</sup> Dieses Ergebnis gibt Anlass zu Bedenken. Es stellt sich die Frage, ob die Verlagerung der FFH-Prüfung bei gleichzeitiger Ausweisung einer Konzentrationszone nicht einen wesentlichen Punkt der Voraussetzungen zulässiger Konzentrationszonenplanung übersieht. So muss der Plangeber bei der Ausweisung einer Konzentrationszone mit der Rechtswirkung des § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ein schlüssiges Planungskonzept zugrunde legen.<sup>73</sup> Dabei muss er in erster Linie solche Flächen aus dem Plangebiet herausfiltern, die für die Ansiedelung der geplanten Nutzung tatsächlich oder rechtlich ungeeignet sind.<sup>74</sup> Flächen, die für die Nutzung schlechterdings ungeeignet sind, werden als „harte Tabuzonen“ bezeichnet. Ist die ausgewiesene Fläche für die Nutzung beispielsweise aufgrund eines FFH-rechtlichen Hindernisses ungeeignet, würde eine Konzentrationszonenplanung in diesem Bereich ihren Zweck verfehlen. Die Planung wäre mithin nach § 1 Abs. 3 BauGB gänzlich unzulässig und damit bereits kraft Gesetzes ausgeschlossen.<sup>75</sup> Danach darf die Gemeinde

<sup>71</sup> BVerwGE 128, 1 (Rn. 53); *Krautzberger/Wagner*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Bd. I (Fn. 41), § 1a Rn. 239; *Schmidt/Kahl/Gärditz* (Fn. 42), § 10 Rn. 91.

<sup>72</sup> *Jarass/Kment*, Baugesetzbuch (Fn. 6), § 35 Rn. 73; *Krautzberger/Wagner*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch (Fn. 41), § 1a Rn. 221 f.; *Reidt* (Fn. 50), S. 10.

<sup>73</sup> S.o. III.; *Jarass/Kment*, Baugesetzbuch (Fn. 6), § 35 Rn. 73.

<sup>74</sup> *Jarass/Kment*, Baugesetzbuch (Fn. 6), § 35 Rn. 73.

<sup>75</sup> BVerwGE 145, 231 (Rn. 12 f.); 117, 287 (290 f.); *OVG Koblenz*, BauR 2008, 1101 (1103); *Krautzberger/Wagner*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Bd. I (Fn. 41), § 1a Rn. 221 f.; *Reidt* (Fn. 50), S. 10; *ders.* (Fn. 49), S. 179.



Bauleitpläne nämlich nur im Rahmen des Erforderlichen aufstellen. Eine Bauleitplanung ist aber gerade nicht erforderlich, wenn die Planverwirklichung auf unabsehbare Zeit wegen rechtlicher Hindernisse nicht möglich ist.<sup>76</sup>

Weist der Flächennutzungsplan also Konzentrationszonen aus, die teilweise offensichtlich im Konflikt mit dem unionsrechtlichen Gebietsschutz stehen, ist dies im Hinblick auf die Anforderungen an ein schlüssiges Planungskonzept und die Erforderlichkeit der Bauleitplanung nach § 1 Abs. 3 BauGB in sich nicht stimmig.

Die Konfliktlösung auf der nachfolgenden Ebene hat zudem den Zweck, die Verwirklichung des Plans durch flexible Anpassung im Einzelfall zu erleichtern.<sup>77</sup> Im vorliegenden Fall könnte die „Konfliktlösung“ aber derart aussehen, dass die baurechtlichen und naturschutzrechtlichen Belange mangels geeigneter Sicherungsmaßnahmen nur mit einem gänzlichen Bauverbot in Einklang zu bringen sind. Da das damit ausgesprochene Bauverbot aber ein rechtliches Hindernis darstellt, hätte nach der „harten Tabuzonen“-Regelung der Flächennutzungsplan diesen Bereich mithin niemals als Konzentrationszone ausweisen dürfen. Der Plan wird nach § 1 Abs. 3 BauGB für diese Teile unwirksam. Die Sicherstellung der Konfliktlösung würde in diesem Fall also gerade nicht zur Harmonisierung des Plans führen, sondern zu dessen Unwirksamkeit. Ein derartiges Ergebnis kann keine Konfliktlösung auf nachfolgender Ebene im herkömmlichen Sinne darstellen.

Das *Bundesverwaltungsgericht* ignoriert die spezifischen Probleme, die im Falle der Verlagerung der FFH-Prüfung bei gleichzeitiger Ausweisung einer Konzentrationszone auftreten. Indem das *Gericht* beide Teilprobleme getrennt behandelt, verkennt es die Gefahr eines systematischen Bruchs beim Zusammentreffen beider Fälle. Während auf der einen Seite die Rechtsprechung zur Konzentrationszonenplanung bestätigt wird, weicht die andere Teillösung die Grundsätze der Konzentrationszonenplanung gleichzeitig auf. Stimmt die Rechtsprechung einer vollständigen Verlagerung der FFH-Prüfung in ein nachfolgendes Verfahren zu, können etwaige FFH-rechtliche Hindernisse erst im Rahmen des Planvollzugs festgestellt werden. Dabei sollen bei der Konzentrationsflächenausweisung doch gerade auf Ebene solche „harten Tabuzonen“ herausgefiltert werden. Daraus resultierende systematische Unstimmigkeiten beleuchtet das *Gericht* nicht näher. Dabei ist die Frage eines

---

<sup>76</sup> BVerwGE 145, 231 (Rn. 12 f.); *OVG Koblenz*, BauR 2008, 1101 (1103); *Sjfer*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, Baugesetzbuch, Bd. II (Fn. 7), § 1 Rn. 35; *Reidt* (Fn. 50), S. 10.

<sup>77</sup> S.o. IV. 2. a) und IV. 2. b).

solchen Verhältnisses in der Rechtsprechung noch nicht geklärt worden. Es wäre daher wünschenswert und notwendig gewesen, das *Bundesverwaltungsgericht* hätte sich nicht nur auf die einzelnen Teillösungen beschränkt, sondern die Gesamtproblematik grundsätzlich geklärt.

Der Einwand mangelnder Detailkenntnisse auf Planebene ändert an diesem Widerspruch nichts. Im Rahmen der Konzentrationszonenplanung in einem FFH-Gebiet sind im Zweifel höhere Anforderungen an die Konfliktbewältigung zu stellen. Selbst wenn der Plangeber bei Planaufstellung noch nicht genau wusste, wie die Fläche in Zukunft genau genutzt wird, wusste er doch, was der Fläche aufgrund der ausgewiesenen Nutzung in etwa „bevorsteht“. Wird den gesetzgeberischen Wertungen gefolgt, ist bereits auf Planebene eine erste Verträglichkeitsprüfung durchzuführen, die zumindest eine grobe Prognose der Gebietsverträglichkeit aufstellt. Bei fehlenden Detailkenntnissen könnte die Gemeinde Erfahrungswerte heranziehen, wie sich die beabsichtigte Nutzung in anderen Konzentrationszonen auf die Fläche ausgewirkt hat. Zudem könnte sie prüfen, ob Teile des Gebiets schon in der beabsichtigten Weise genutzt werden und welche Auswirkungen dort zu beobachten sind. Ein derartiges Vorgehen würde dabei auch dem umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip gerecht werden. Zudem sind höhere Anforderungen an die Ermittlungsleistungen des Plangebers beispielsweise schon im Rahmen der Altlastenproblematik anerkannt.<sup>78</sup>

## V. Zusammenfassung

Das *Bundesverwaltungsgericht* hat seine Rechtsprechung zu den Anforderungen an die Konzentrationszonenplanung für Windkraftanlagen auf die Planung von Konzentrationszonen für den Abbau von Bodenschätzen nach § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB übertragen. Es hat des Weiteren seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit einer Konfliktverlagerung auf die FFH-Verträglichkeitsprüfung für anwendbar erklärt. Ersteres ist für sich genommen überzeugend. Die Übertragung der Grundsätze einer zulässigen Konfliktverlagerung auf die FFH-Verträglichkeitsprüfung fällt dagegen zu undifferenziert aus. Eine gänzliche Konfliktverlagerung steht im Widerspruch zu den normativen Wertungen der §§ 34, 36 BNatSchG und insbesondere zu dem Vorsorgeprinzip. Nur eine stufenweise Abschichtung der Konflikte würde diesen Anforderungen gerecht werden.

---

<sup>78</sup> BGHZ 106, 323 (328 f.); Koch, in: Koch/Hendler, Baurecht, Raumordnungs- und Landesplanungsrecht (Fn. 16), § 17 Rn. 27 f.

Nicht überzeugend ist schließlich, dass das *Bundesverwaltungsgericht* das Problem, das sich aus der Konfliktverlagerung bezüglich der FFH-Verträglichkeitsprüfung im Falle einer Konzentrationszonenplanung ergibt, und die Tatsache, dass damit über harte Tabuzonen keine Klarheit besteht, ausgeblendet hat.

Die Anwendung bekannter Grundsätze führt damit nicht zu einer in sich schlüssigen Gesamtlösung, sondern lediglich zu Teillösungen, losgelöst vom großen Ganzen.

Moritz Reichenbach\*

## Einheit und Vielheit bei der Personengesellschaftsbesteuerung

### Abstract

Die Frage nach der Rechtsnatur der Personengesellschaft ist rechtsgebietsübergreifend umstritten. Im Kern besteht Uneinigkeit darüber, ob die Personengesellschaft lediglich die Gesamtheit ihrer Gesellschafter abbildet oder ob sie ein davon getrennt zu betrachtendes Rechtssubjekt darstellt. Für das Zivilrecht wird dieser Streit durch die Regelung des § 124 HGB sowie durch die Entscheidung des *BGH* vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 (*ARGE Weißes Roß*) zugunsten der Rechtssubjektivität von Personengesellschaften weitestgehend entschärft. Im Einkommensteuerrecht hingegen ist die Frage bis heute nicht abschließend geklärt. Dies spiegelt sich in der ambivalenten Rechtsprechung des *BFH* zur Besteuerung von Personengesellschaften wider. Der folgende Beitrag setzt sich kritisch mit dieser Judikatur auseinander und untersucht hierauf bezogene Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft im siebten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg mit dem Schwerpunkt Unternehmensrecht. Der Beitrag entstand im Rahmen des steuerrechtlichen Seminars "Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Steuerrecht" im Sommersemester 2016 bei Prof. Dr. Heuermann, Vorsitzender Richter am *BFH*, und Prof. Dr. Dres. h.c. Paul Kirchhof, Bundesverfassungsrichter a.D.

## I. Einführung

Die Personengesellschaft bewegt sich im Einkommensteuerrecht zwischen zwei Welten. Unklar und umstritten ist, ob die Personengesellschaft lediglich die Gesamtheit – die Vielheit – ihrer Gesellschafter abbildet oder ob sie ein davon verschiedenes, eigenständiges Rechtssubjekt – eine Einheit – ist.<sup>1</sup> Vereinfacht wird auch von Transparenzprinzip (Vielheit) und Trennungsprinzip (Einheit) gesprochen. Dieser Streit ist im Gesetz selbst angelegt. Die §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG stellen zwar klar, dass Subjekte der Einkommensteuer nur die einzelnen Gesellschafter sind. Zur Frage nach der Rechtssubjektivität der Personengesellschaft jedoch schweigt das EStG. Die Rechtsprechung versucht, bei der Ermittlung der Einkünfte nach §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG beide Ansätze zu integrieren und erzeugt auf diese Weise ein von Widersprüchen und Friktionen geprägtes Spannungsverhältnis.<sup>2</sup> In dem Bestreben, diesem Spannungsverhältnis systematische Konturen zu verleihen, hat sie das sog. duale System entwickelt. Ziel des Beitrags ist es, dessen konkrete Ausgestaltung kritisch zu hinterfragen und hierauf bezogene Entwicklungen in der jüngeren Rechtsprechung zu erschließen.

Dies soll in drei Schritten erfolgen: Zunächst soll aufgedeckt werden, dass das duale System in seiner derzeitigen Form das Trennungsprinzip nicht angemessen berücksichtigt. Zu diesem Zweck werden nach einer kurzen historischen Hinleitung die einzelnen Schritte der Einkünfteermittlung im dualen System nachvollzogen. Dabei wird aufgezeigt, mit welchen Mitteln der *BFH* das Trennungsprinzip im Einzelnen konterkariert (**II.**). Hierauf aufbauend soll dargelegt werden, weshalb der derzeitigen Ausgestaltung des dualen Systems und damit der (bisherigen) Judikatur kein adäquates Verständnis der §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zugrunde liegt (**III.**). Abschließend werden die Perspektiven vorgestellt und gewürdigt, die sich dem *BFH* im Rahmen der Besteuerung von Personengesellschaften nunmehr bieten. Dabei wird auf neuere Entscheidungen eingegangen, die einen Richtungswechsel des *BFH* auf diesem Gebiet andeuten (**IV.**).

---

<sup>1</sup> Vgl. hierzu grundlegend die Darstellung von *Henrichs*, in: *Tipke/Lang*, 22. Aufl. 2015, § 10 Rn. 10 ff.

<sup>2</sup> *Ley*, Steuerliche Transparenz von Personengesellschaften, *Ubg* 2011, 274 (274); vgl. auch *Kempermann*, Mitunternehmerschaft, Mitunternehmer und Mitunternehmeranteil – steuerrechtliche Probleme der Personengesellschaft aus Sicht des *BFH*, *GmbHR* 2002, 200 (200).

## II. Status quo – das sogenannte duale System in seiner heutigen Form

Das duale System in seiner heutigen Form ist das Ergebnis einer kontinuierlichen Entwicklung in der Rechtsprechung des *BFH*.<sup>3</sup>

### 1. Historische Entwicklung

#### a) Transparenzprinzip als Ausgangspunkt

Der *RFH* betrachtete Personengesellschaften seinerzeit nicht als selbstständige Steuersubjekte.<sup>4</sup> Vielmehr sah er in der Teilhaberschaft an einer solchen Gesellschaft einen eigenen Gewerbebetrieb des jeweiligen Anteilshabers.<sup>5</sup> Die rechtliche Existenz der Personengesellschaft wurde hinweggedacht; die Gesellschaft war im Rahmen der Besteuerung gleichsam transparent, sog. Transparenzprinzip.<sup>6</sup> Auch der Gesellschaftsbilanz kam ertragsteuerlich insofern keine eigene Bedeutung zu. Sie war lediglich „eine Zusammenfassung der an sich für jeden einzelnen Mitunternehmer besonders aufzustellenden Bilanz“.<sup>7</sup> Diese sog. Bilanzbündeltheorie sollte über Jahrzehnte hinweg die Rechtsprechung des *RFH* bzw. später des *BFH* beherrschen.<sup>8</sup>

#### b) Aufgabe der Bilanzbündeltheorie

Um sachgemäße Ergebnisse zu erzielen, musste aber in zahlreichen Konstellationen von ihr abgewichen werden.<sup>9</sup> Darauf etablierte sich in der Literatur ein beträchtlicher Widerstand gegen Bilanzbündeltheorie und Transparenzprinzip.<sup>10</sup>

<sup>3</sup> *Bünning/Kaligin/Naujok*, in: Lademann IV, 217. Aktualisierung 2016, § 15 Rn. 166 ff.; *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 11 ff.; *Scholz zur Wiese*, in: Bordewin/Brandt IV, 383. Aktualisierung 2016, § 15 Rn. 186 ff.

<sup>4</sup> Statt aller *RFH*, RStBl 1929, 568 (568); 1930, 200 (200); 1937, 937 (937).

<sup>5</sup> Vgl. *E. Becker*, Die Grundlagen der Einkommensteuer, 1940, S. 102-103; *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 10 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *E. Becker* (Fn. 5), S. 104; *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 11; *Scholz*, Einheit der Gesellschaft versus Vielheit der Gesellschafter, 2015, S. 37.

<sup>7</sup> *RFH*, RStBl 1937, 937 (937); *E. Becker* (Fn. 5), S. 103; *Reiß*, in: Kirchhof, 14. Aufl. 2015, § 15 Rn. 164.

<sup>8</sup> BFHE 64, 275 (277); 79, 19 (21); vgl. *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 11.

<sup>9</sup> *Meßmer*, Die Bilanzbündeltheorie – Eine meisterhafte Schöpfung der Rechtsprechung?, StBjB 1972/73, 127 (127 ff.); *Scholz* (Fn. 6), S. 42.

<sup>10</sup> *Keuk*, Die Besteuerung des Gewinns der Personengesellschaft und der Sondervergütungen der Gesellschafter, StuW 1974, 1 (2); *Markefski*, Ist der unter Berufung auf die sogenannte Bilanzbündeltheorie erweiterte Betriebsvermögensbegriff des *BFH* bei Personengesellschaften berechtigt?, DStR 1971, 301 (312); *Menzel*, Die Einkünfte aus Gewerbebetrieb bei dem Gesellschafter der Personengesellschaft, FR 1972, 97 (99); *Paulick*, Gedanken zur Bilanzbündeltheorie, FR 1964, 294 (296); *von Wallis*, Gedanken zur Bilanzbündeltheorie, in: FS Paulick, 1973, S. 363 (372); *von Zeschwitz*, Die Bilanzbündeltheorie – ein brüchiger Torso, FR 1970, 133/158 (133 ff./158 ff.).

Zunehmend wurde die Anerkennung der Personengesellschaft als Rechts- subjekt auch im Steuerrecht gefordert. In Reaktion hierauf gab der *BFH* die Bilanzbündeltheorie zunächst schrittweise<sup>11</sup> und später endgültig<sup>12</sup> auf. Es sei nunmehr „auch steuerrechtlich zu beachten, dass die Personengesellschaft [...] mit eigener Rechtszuständigkeit ausgestattet ist“.<sup>13</sup>

*c) Ewiges Spannungsverhältnis zwischen Transparenz und Trennung*

Neben das Transparenzprinzip trat somit die Vorstellung, die Personen- gesellschaft sei ein von der Gesamtheit ihrer Gesellschafter getrennt zu betrachtendes Rechtssubjekt, sog. Trennungsprinzip.<sup>14</sup> Aufgabe und Gegen- stand der Rechtsprechung war es fortan, diese zwei widerstreitenden Prinzipien in Einklang zu bringen. Dabei war der *BFH* zwar stets bemüht, ein beide Prinzipien gleichermaßen berücksichtigendes und dennoch konsistentes System zu entwickeln. Gleichwohl erzeugt der Dualismus der beiden Prinzipien bis heute Friktionen und Widersprüche. Es wird auch vom „ewigen Spannungs- verhältnis zwischen Vielheit der Gesellschafter (Transparenz) und Einheit der Gesellschaft (Trennung)“<sup>15</sup> gesprochen.

*d) Das duale System als Resultat*

Resultat der auf Schaffung eines ausgeglichenen Verhältnisses zwischen Transparenz und Trennung gerichteten Rechtsprechung ist das sog. duale System in seiner heutigen Form.<sup>16</sup> Die Gesellschaft sei zwar „insoweit Steuerrechtssubjekt, als sie in der Einheit der Gesellschaft Merkmale eines Besteuerungstatbestandes verwirklicht“.<sup>17</sup> Dieser Grundsatz habe jedoch dann hinter dem Gedanken der Vielheit der Gesellschafter zurückzutreten, „wenn anderenfalls eine sachlich zutreffende Besteuerung des Gesellschafters nicht möglich wäre“.<sup>18</sup> Damit scheint der *BFH* einen angemessenen Ausgleich

<sup>11</sup> BFHE 119, 234 (236 ff.), vgl. auch *Scholz* (Fn. 6), S. 44.

<sup>12</sup> BFHE 141, 405 (430-431); vgl. auch *Kempermann*, Einheit der Gesellschaft – Vielheit der Gesellschafter, DStZ 1995, 225 (228); *Scholz* (Fn. 6), S. 44; *Wacker*, in: Schmidt, 34. Aufl. 2015, § 15 Rn. 162.

<sup>13</sup> BFHE 119, 234 (236-237); vgl. auch BFHE 141, 405 (431).

<sup>14</sup> Das Trennungsprinzip liegt vor allem dem Verhältnis zwischen Körperschaft und Gesellschafter bzw. Anteilshaber zugrunde, vgl. hierzu *Böhmer*, Das Trennungsprinzip im Körperschaftsteuerrecht – Grundsatz ohne Zukunft?, StuW 2012, 33 (34); *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 11 Rn. 1; *Reiß*, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 163.

<sup>15</sup> *Ley* (Fn. 2), S. 274; vgl. auch *Kempermann* (Fn. 2), S. 200; *List*, Personengesellschaften im Wandel zivil- und steuerrechtlicher Beurteilung, BB 2004, 1473 (1475).

<sup>16</sup> *Ley* (Fn. 2), S. 275; *Reiß*, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 166; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 163.

<sup>17</sup> BFHE 141, 405 (426); 147, 453 (456 f.); 150, 124 (126 f.); 178, 86 (95), vgl. **II. 1. b).**

<sup>18</sup> BFHE 178, 86 (97).

zwischen Transparenz- und Trennungsprinzip hergestellt zu haben.

## 2. Einkünfteermittlung im dualen System

Bei genauerer Untersuchung drängt sich jedoch ein anderes Bild auf. Den Fortschritt, den die Aufgabe der Bilanzbündeltheorie und die Anerkennung der Personengesellschaft als steuerliches Rechtssubjekt bedeuteten, konterkariert der *BFH* durch die Institute der Ergänzungs- und Sonderbilanz sowie durch korrespondierende Bilanzierung. Seiner Judikatur liegt im Grundsatz immer noch ein in Transparenzprinzip und Bilanzbündeltheorie verhaftetes Verständnis von der Personengesellschaft zugrunde. Dies soll hier veranschaulicht werden. Dazu werden nachfolgend die einzelnen Schritte der Einkünfteermittlung im dualen System rekonstruiert. Diese erfolgt auf zwei Stufen.<sup>19</sup>

### a) Erste Stufe – Einkünftequalifikation und Ergänzungsbilanz

Auf der ersten Stufe wird gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 1 EStG der Anteil des Gesellschafters am Gewinn (bzw. Verlust) der Gesellschaft ermittelt und qualifiziert.<sup>20</sup>

#### aa) Anerkennung der Rechtssubjektivität der Personengesellschaft *prima facie*

Infolge der Aufgabe der Bilanzbündeltheorie und der Anerkennung der Personengesellschaft als partielles Steuerrechtssubjekt geschieht dies grundsätzlich auf Ebene der Gesellschaft.<sup>21</sup> Sie ist es, die Merkmale von Besteuerungstatbeständen in ihrer Einheit verwirklicht. Die Gewinnermittlung erfolgt dabei durch Bilanzierung.<sup>22</sup> Ist auf diese Weise der Gesamtgewinn der Gesellschaft ermittelt, ergeben sich die Gewinnanteile der einzelnen Gesellschafter aus der im Gesellschaftsvertrag bestimmten<sup>23</sup> Gewinnverteilungsabrede.<sup>24</sup> Insoweit scheint der *BFH* die Rechtssubjektivität der Personengesellschaft zu respektieren.

---

<sup>19</sup> J. Lang, Zur Subjektfähigkeit von Personengesellschaften im Einkommensteuerrecht, in: FS Schmidt, 1993, S. 291 (294 ff.); Reiß, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 227; Wacker, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 401.

<sup>20</sup> Henrichs, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 105; Wacker, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 401.

<sup>21</sup> Henrichs, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 21.

<sup>22</sup> Ebd., § 10 Rn. 121; Wacker, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 401.

<sup>23</sup> Bzw. in Ermangelung einer solchen anhand der gesetzlich bestimmten, vgl. Reiß, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 228; Wacker, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 443.

<sup>24</sup> BFHE 236, 42 (45); Reiß, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 228; Wacker, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 443.



## bb) Verwirklichung des Transparenzprinzips durch Ergänzungsbilanzen

Zweifel hieran kommen jedoch schon dann auf, wenn dem einzelnen Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Beteiligung Mehr- oder Wenigeraufwendungen entstehen, die in der Gesellschaftsbilanz nicht berücksichtigt werden können.<sup>25</sup> Besonders deutlich zeigt sich dies beim Erwerb eines Gesellschaftsanteils über<sup>26</sup> dem Buchwert, also unter Aufdeckung stiller Reserven.<sup>27</sup> Die vom erwerbenden (Neu-)Gesellschafter getragenen Mehraufwendungen müssen spätestens bei Weiterveräußerung des Anteils im Rahmen der Berechnung des Veräußerungsgewinnes gemäß § 16 Abs. 2 EStG gewinnmindernd berücksichtigt werden.<sup>28</sup>

Würde man die Rechtssubjektivität der Personengesellschaft ertragsteuerrechtlich anerkennen, so erwürbe der (Neu-)Gesellschafter die Beteiligung an der Gesellschaft als selbstständiges Wirtschaftsgut i.S.d. § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG. Zum Zwecke der Berechnung gemäß § 16 Abs. 2 EStG würden die Mehraufwendungen einmalig fixiert und erst bei der Anteilsveräußerung vom Veräußerungsgewinn abgezogen.<sup>29</sup> Eine vorherige Berücksichtigung der Mehraufwendungen im Wege einer planmäßigen steuerwirksamen Abschreibung wäre (grundsätzlich) nicht möglich.<sup>30</sup>

Der *BFH* beurteilt einen solchen Anteilserwerb jedoch als anteiligen Erwerb aller Wirtschaftsgüter der Gesellschaft (vgl. auch § 23 Abs. 1 S. 4 EStG).<sup>31</sup> Der Kaufpreis entfele folglich anteilig auf diese Wirtschaftsgüter und soweit er über deren Buchwert hinausginge auf die stillen Reserven.<sup>32</sup> Um diesen Vorgang bilanziell reflektieren zu können, hat der *BFH* die sog. Ergänzungsbilanz entwickelt.<sup>33</sup> Die Anschaffungskosten werden, soweit sie den Buchwert der

<sup>25</sup> Vgl. *Kable*, Ergänzungsbilanzen bei der Personengesellschaft, FR 2013, 873 (874); *Reiß*, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 243.

<sup>26</sup> Bzw. unter dem Buchwert – aus Gründen der Anschaulichkeit ist die vorliegende Darstellung jedoch auf eine Variante beschränkt.

<sup>27</sup> Vgl. *Glanegger*, Ergänzungsbilanzen und Gewinnfeststellung für den persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA?, DStR 2004, 1686 (1686 f.); *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 123; *Reiß*, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 244; *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 12), § 15 Rn. 460 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *Marx*, Steuerliche Ergänzungsbilanzen, StuW 1994, 191 (196); *Reiß*, in: Kirchhof (Fn. 7), § 15 Rn. 243.

<sup>29</sup> So wohl auch *Marx* (Fn. 28), S. 196.

<sup>30</sup> Vgl. *Ebd.*, S. 196.

<sup>31</sup> BFHE 124, 516 (519); 133, 510 (511); 171, 422 (424); *Gschwendtner*, Ergänzungsbilanz und Sonderbilanz II in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes, DStR 1993, 817 (819).

<sup>32</sup> BFHE 124, 516 (519); 133, 510 (511); 171, 422 (424).

<sup>33</sup> *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 120; *Kable* (Fn. 25), S. 874.

Beteiligung übersteigen, in einer individuellen Bilanz für den Gesellschafter passiviert und auf deren Aktivseite anteilig auf die Wirtschaftsgüter der Gesellschaft verteilt (die Aktiva werden aufgestockt).<sup>34</sup> Dadurch ergeben sich für den betroffenen Gesellschafter höhere Abschreibungen. Die Mehraufwendungen werden mithin schon im Rahmen der laufenden Gewinnermittlung berücksichtigt. Die Ergänzungsbilanz wird bis zum Ausscheiden des Gesellschafters fortgeführt<sup>35</sup> und bei einer Weiterveräußerung des Gesellschaftsanteils i.S.d. § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG mit dem sich aus der Gesellschaftsbilanz ergebenden Veräußerungsgewinn verrechnet.<sup>36</sup>

Zur Rechtfertigung dieses Vorgehens verweist der *BFH* darauf, dass der Anteilserwerb an einer Personengesellschaft ertragsteuerlich ebenso zu behandeln sei wie der Erwerb eines Einzelunternehmers.<sup>37</sup> Auch dieser könne nur einzelne Vermögensgegenstände erwerben. Damit zeigt der *BFH* aber deutlich, dass er die Gesellschaft als Rechtssubjekt auch auf der ersten Stufe der Gewinnermittlung nicht vollständig anerkennt. Eine als Rechtssubjekt anerkannte Gesellschaft würde den „steuerlichen Durchgriff“<sup>38</sup> auf die einzelnen Wirtschaftsgüter abschirmen und insofern gerade eine vom Einzelunternehmer abweichende Bewertung erfordern.<sup>39</sup>

#### *b) Zweite Stufe – Sonderbilanz und korrespondierende Bilanzierung*

Auf einer zweiten Stufe der Einkünfteermittlung im dualen System findet § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG Berücksichtigung, wonach auch die Vergütungen, die der Gesellschafter von der Gesellschaft für seine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft oder für die Hingabe von Darlehen oder für die

<sup>34</sup> BFHE 124, 516 (519); 133, 510 (511); 171, 422 (424); *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 123; *Reiß*, in: *Kirchhof* (Fn. 7), § 15 Rn. 247; *Wacker*, in: *Schmidt* (Fn. 12), § 15 Rn. 462.

<sup>35</sup> BFHE 179, 84 (86 ff.); 214, 40 (40); *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 123; *Niehus*, Fortführung von Ergänzungsbilanzen, *StuW* 2002, 116 (118); *Reiß*, in: *Kirchhof* (Fn. 7), § 15 Rn. 243.

<sup>36</sup> Dies freilich nur, sofern die überschüssigen Anschaffungskosten nicht bereits durch die sich aus der Ergänzungsbilanz ergebenden höheren Abschreibungen während der Beteiligungsdauer verbraucht worden sind, vgl. *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 123.

<sup>37</sup> So die ständige Rechtsprechung, vgl. *BFH*, Urt. v. 20.11.14 – IV R 1/11 Rn. 17.

<sup>38</sup> *Marx* (Fn. 28), S. 196.

<sup>39</sup> Das zum Anteilserwerb Gesagte gilt *mutatis mutandis* für alle anderen Konstellationen, in denen einzelnen Gesellschaftern entsprechende Mehr- oder Wenigeraufwendungen entstehen, vgl. hierzu im Einzelnen *Marx* (Fn. 28), S. 191 ff. Sie sämtlich darzustellen würde jedoch den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen.

Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen hat, Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind.<sup>40</sup>

aa) Verwirklichung des Transparenzprinzips durch Sonderbilanzen

Betrachtete man die Gesellschaft ertragsteuerlich als ein von ihren Gesellschaftern zu trennendes, eigenständiges Rechtssubjekt, wären Geschäfte zwischen ihr und einem Gesellschafter in gleicher Weise zu behandeln wie Geschäfte mit einem Dritten.<sup>41</sup> Daher wären die in § 15 EStG aufgezählten Sondervergütungen grundsätzlich Einkünfte des Gesellschafters i.S.d. §§ 19-21 EStG.<sup>42</sup> § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG käme insofern die konstitutive Bedeutung zu, diese Sondervergütungen entgegen den allgemeinen Regeln als Einnahmen aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren.<sup>43</sup>

Nach dem Verständnis des *BFH* dürfte § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG hingegen lediglich deklaratorischen Charakter besitzen. Der *BFH* fasst grundsätzlich sämtliche den einzelnen Gesellschafter betreffenden Erträge (Sonderbetriebserträge) und Aufwendungen (Sonderbetriebsaufwendungen)<sup>44</sup> zu dessen sog. Sonderbereich zusammen.<sup>45</sup> Die in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG aufgezählten Sondervergütungen stellen bei dieser Behandlung lediglich einen ausdrücklich geregelten speziellen Anwendungsfall<sup>46</sup> der Sonderbetriebserträge dar.<sup>47</sup> Bilanziell wird der Sonderbereich jeweils in einer weiteren individuellen Bilanz erfasst, sog. Sonderbilanz.<sup>48</sup> Deren Ergebnis wird dann im Wege der Addition<sup>49</sup> mit dem auf der ersten Stufe ermittelten

<sup>40</sup> Vgl. zur zweiten Stufe der Gewinnermittlung *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 130 ff.

<sup>41</sup> *Keuk* (Fn. 10), S. 8; *Meßmer* (Fn. 9), S. 199.

<sup>42</sup> *Keuk* (Fn. 10), S. 3.

<sup>43</sup> *Ebd.*, S. 8, 32; *Menzel* (Fn. 10), S. 99 ff.; *Meßmer* (Fn. 9), S. 200.

<sup>44</sup> Sonderbetriebserträge/-aufwendungen sind zu unterscheiden von Sonderbetriebs-einnahmen/-ausgaben, die lediglich einen Teil der Sonderbetriebserträge/-aufwendungen darstellen, vgl. *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 138; *Jakob*, Einkommensteuer, 4. Aufl. 2008, Rn. 1107; *Wacker*, in: *Schmidt* (Fn. 12), § 15 Rn. 475.

<sup>45</sup> *Jakob* (Fn. 44), Rn. 1107; *Reiß*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI*, 267. Aktualisierung 2016, § 15 E 330; vgl. auch *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 15 Rn. 138.

<sup>46</sup> *Reiß*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI* (Fn. 45), § 15 E 330.

<sup>47</sup> Vgl. auch *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 15 Rn. 138.

<sup>48</sup> Statt aller *BFH*, Urt. v. 6.3.14, IV R 14/11, Rn. 24 m.w.N.; vgl. auch *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 130; *Herbst/Stegemann*, Zur Reichweite der korrespondierenden Bilanzierung bei Mitunternehmerschaften, *DStR* 2013, 176 (177); *Jakob* (Fn. 44), Rn. 1107; *Reiß*, in: *Kirchhof* (Fn. 7), § 15 Rn. 234 ff., 309 ff.; *Wacker*, in: *Schmidt* (Fn. 12), § 15 Rn. 401, 475.

<sup>49</sup> So die vom *BFH* praktizierte Methode der sog. additiven Gewinnermittlung, vgl. *BFHE* 163, 1 (12 ff.); *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 108.

Gewinnanteil zu einem einheitlichen Gewinn aus der Gesellschaftsbeteiligung verrechnet.

Zur Begründung zieht der *BFH* wiederum die Gleichstellung von Mit- und Einzelunternehmer heran.<sup>50</sup> Letzterer könne mit sich selbst keine Geschäfte schließen. Folglich müssten Geschäfte zwischen Personengesellschaft und Gesellschafter entgegen ihrer zivilrechtlichen Bewertung ebenfalls weitestgehend nivelliert werden. Ersichtlich hat sich der *BFH* auch insoweit nicht von den Vorstellungen des Transparenzprinzips lösen können.<sup>51</sup> Die von ihm geforderte Gleichstellung wäre nur dann geboten, wenn sich der Gesellschafter bei Geschäften mit der Gesellschaft im Ergebnis gleichsam selbst gegenüberstünde. Bei Anerkennung der Personengesellschaft als selbstständiges Rechtssubjekt kann von einem Geschäft des Gesellschafters mit sich selbst aber nicht die Rede sein.<sup>52</sup>

#### bb) Verwirklichung des Transparenzprinzips durch korrespondierende Bilanzierung

Besonderheiten ergeben sich ferner insoweit, als Sonderbetriebseinnahmen dem Gesellschafter erst zu einem späteren Zeitpunkt zufließen, als sie in der Gesellschaftsbilanz passiviert werden. Bedeutung hat dies etwa im Rahmen von Pensionszusagen an Gesellschafter.<sup>53</sup> Hier sind<sup>54</sup> in der Gesellschaftsbilanz nach Maßgabe der §§ 5 Abs. 1, 6a EStG i.V.m. § 249 HGB bereits vor Eintritt des Pensionsfalles Rückstellungen zu bilden. Der Gesamthandsgewinn verringert sich folglich schon zu diesem Zeitpunkt. Auf der anderen Seite erwirbt der jeweils begünstigte Gesellschafter den Pensionsanspruch erst mit Eintritt des Pensionsfalles.

<sup>50</sup> Vgl. hierzu ausführlich BFHE 163, 1 (1 ff.).

<sup>51</sup> *Jakob* (Fn. 44), Rn. 1108 Fn. 64; *Keuk* (Fn. 10), S. 32 ff.; *List* (Fn. 15), S. 1476-1477.

<sup>52</sup> Zur entsprechenden Behandlung von Leistungsbeziehungen zwischen Körperschaft und Gesellschafter *Neumann*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, 2015, § 8 Rn. 131.

<sup>53</sup> Vgl. hierzu BFHE 184, 571 (571 ff.); *Gschwendtner*, Korrespondierende Bilanzierung bei Pensionszusagen einer Personengesellschaft an einen Gesellschafter, DStZ 1998, 777 (777 ff.); *Henrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 145; *Paus*, Pensionszusagen bei Personengesellschaften, FR 1999, 121 (121 ff.); *Sievert/Kardekenwitz*, Bilanzsteuerliche Behandlung von Pensionszusagen einer Personengesellschaft an ihre Gesellschafter, Ubg 2008, 617 (617 ff.); *Söffing*, Pensionsrückstellungen für Personengesellschafter, BB 1999, 40/96 (40 ff., 96 ff.).

<sup>54</sup> Für Altzusagen (vor dem 1.1.1987) optional; für Neuzusagen (nach dem 31.12.1986) obligatorisch, vgl. Art. 28 I EGHGB, R 6a Abs. 1 S. 3 EStR; vgl. auch *Zimmermann/Hottmann/Kiebele/Schaeberle/Scheel*, Die Personengesellschaft im Steuerrecht, 11. Aufl. 2013, S. 261.

Betrachtete man Gesellschaft und Gesellschafter als voneinander verschiedene Rechtssubjekte, wären beide jeweils den allgemeinen Bilanzierungsgrundsätzen unterworfen. Nach dem Imparitätsprinzip wäre der Pensionsanspruch erst mit Eintritt des Pensionsfalles in der Sonderbilanz des Gesellschafters zu aktivieren.<sup>55</sup> Eine zeitliche Divergenz zur Passivierung in der Gesellschaftsbilanz wäre mithin durchaus möglich, allerdings auch nicht problematisch.

Nach der Rechtsprechung des *BFH* sind entsprechende Pensionsansprüche als Sonderbetriebseinnahmen aber abweichend von den allgemeinen Bilanzierungsmethoden zeit- und betragsgleich mit der Passivierung in der Gesellschaftsbilanz in der Sonderbilanz des Gesellschafters zu aktivieren, sog. Grundsatz der korrespondierenden Bilanzierung.<sup>56</sup>

Auch diesen leitet der *BFH* aus der *Maxime* her, den Mitunternehmer einem Einzelunternehmer gleichzustellen. Da ein Einzelunternehmer mit sich selbst keine schuldrechtlichen Verpflichtungen eingehen und deshalb auch den Gewinn seines Einzelgewerbes nicht um die Sondervergütung mindern könne, dürfe auch der Mitunternehmer diese Möglichkeit nicht haben.<sup>57</sup> Der Grundsatz der korrespondierenden Bilanzierung wird damit ebenfalls vom Transparenzprinzip getragen.<sup>58</sup> Die Geschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafter stellen nämlich – wie oben bereits aufgezeigt – nur dann ein Geschäft des Letzteren mit sich selbst dar, wenn man Erstere nicht als Rechtssubjekt anerkennt.

### c) Zusammenfassung

Zusammengefasst erkennt der *BFH* in seiner derzeitigen Ausgestaltung des dualen Systems die Rechtssubjektivität der Personengesellschaft zwar *prima facie* an. Im Ergebnis trägt er jedoch mit den Instituten der Ergänzungs- und Sonderbilanz sowie insbesondere durch die Anwendung des Grundsatzes der korrespondierenden Bilanzierung auch weiterhin dem Transparenzprinzip

<sup>55</sup> Vgl. *Flume*, Die Pensionen für Gesellschafter-Geschäftsführer von Personengesellschaften oder ihre Witwen – Pensionsrückstellungen und Pensionszahlungen – nach Einkommensteuerrecht und Gewerbesteuerrecht, in: FS Döllerer, 1988, S. 133 (140); *Gschwendtner* (Fn. 53), S. 780-781; *Jakob* (Fn. 44), Rn. 1117; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 5. Aufl. 1985, § 11 Fn. 88.

<sup>56</sup> *BFHE* 170, 169 (169); 183, 119 (123); 184, 571 (574); *Gosch*, Die Personengesellschaft und die Pensionszusage, *DStZ* 1994, 193 (194); *Grob*, Die Bilanzen der Mitunternehmerschaft, *StuW* 1995, 383 (388); *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 108, 144; *Jakob* (Fn. 44), Rn. 1117; *Reiß*, in: *Kirchhof* (Fn. 7), § 15 Rn. 240; *Wacker*, in: *Schmidt* (Fn. 12), § 15 Rn. 404.

<sup>57</sup> *BFH*, Urt. v. 12.2.2015 – IV R 29/12 Rn. 20 m.w.N.

<sup>58</sup> *Kusterer*, Imparitätsprinzip in der Sonderbilanz des Mitunternehmers, *DStR* 1993, 1209 (1211).

Rechnung.<sup>59</sup> Damit hält er in weiten Teilen indirekt den Zustand aufrecht, der bereits vor Anerkennung der partiellen Steuerrechtsfähigkeit der Personengesellschaft herrschte.

### III. Kritik der konkreten Ausgestaltung des dualen Systems

Insofern erstaunt es, dass sich der überwiegende Teil des Schrifttums mit der heutigen Situation abgefunden zu haben scheint und sich darauf beschränkt, den jeweils aktuellen Stand der Rechtsprechung zu eruieren. Kritik wird nur vereinzelt und dann allenfalls im Detail geübt.<sup>60</sup> In weitaus höherem Maße wird das Gesetz selbst in Frage gestellt und *de lege ferenda* die Abkehr vom aktuellen System gefordert.<sup>61</sup> Eventuell besteht aber auch *de lege lata* Handlungsbedarf. Im Folgenden soll daher kritisch beleuchtet werden, ob der vom Transparenzprinzip geprägten Ausgestaltung des dualen Systems in ihrer Gesamtheit ein adäquates Verständnis der §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zugrunde liegt. Dies soll zunächst anhand einer einfachen Auslegung des Gesetzes erfolgen. Anschließend werden zusätzlich übergeordnete Rechtsprinzipien sowie praktische Aspekte in die Betrachtung einbezogen.

---

<sup>59</sup> Vgl. auch *Heuermann*, Übertragen von Wirtschaftsgütern vom Gesellschafter auf die Personengesellschaft: Umsatzsteuerrechtliche (Vorsteuerabzug) und einkommensteuerrechtliche (§ 6 V EStG) Implikationen – Transparenz in Einheit und Vielheit, *JM* 2014, 117 (118), der feststellt, dass das Einkommensteuerrecht (nach wie vor) auf dem Transparenzprinzip fußt.

<sup>60</sup> *Marx* (Fn. 28), S. 191 ff., hinterfragt das Konstrukt der Ergänzungsbilanz. *Kusterer* (Fn. 58), S. 1211, und *Söffing* (Fn. 53), S. 99 ff., greifen jeweils die korrespondierende Bilanzierung an. Obwohl sie jedoch alle maßgeblich auf die Rechtssubjektivität der Personengesellschaft rekurrieren, wird das herrschende Verständnis des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG offenbar nicht grundlegend in Frage gestellt, jedenfalls nicht verbreitet.

<sup>61</sup> Überwiegend wird die Einbeziehung der Personengesellschaft in die Körperschaftsteuer verlangt, vgl. u.a. *Dötsch*, Mitunternehmer und Mitunternehmerschaft, in: Gedächtnissymposium Knobbe-Keuk, 2011, S. 7 (10-11); *Henrichs*, Dualismus der Unternehmensbesteuerung aus gesellschaftsrechtlicher und steuersystematischer Sicht, *StuW* 2002, 201 (214 ff.); *J. Lang*, Unternehmenssteuerreform im Staatswettbewerb, *BB* 2006, 1769 (1772); *Müller-Gatermann*, Unternehmenssteuerreform 2008, *Stbg* 2007, 145 (155 ff.). Ferner steht der Vorschlag im Raum, (im Rahmen einer grundlegenden Steuerrechtsreform) eine einheitliche steuerjuristische Person zu schaffen, die (u.a.) sämtliche Gesellschaften umfasst, vgl. *P. Kirchhof*, Bundessteuergesetzbuch, 2011, § 12. Außerdem wird ein dreiteiliges Modell mit Optionsrecht (*pro* oder *contra* transparente Besteuerung) für nicht börsennotierte Gesellschaften nach amerikanischem Vorbild erwogen, vgl. *Schön*, Die Personengesellschaft im Steuerrechtsvergleich, in: Gedächtnissymposium Knobbe-Keuk, 2011, S. 139 (148); vgl. insgesamt *Henrichs*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 1), § 10 Rn. 8.

## 1. Auslegung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG

### a) Die Auslegung durch den BFH

Ohne auf die übrigen Auslegungsmethoden Bezug zu nehmen, macht der *BFH* das *Telos* der Norm zur Grundlage seines Verständnisses von § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG. Dieses sieht er darin, den Mitunternehmer einem Einzelunternehmer möglichst gleichzustellen.<sup>62</sup> Daraus leitet er die Notwendigkeit von Ergänzungsbilanzen, das Institut des Sonderbereiches sowie den Grundsatz der korrespondierenden Bilanzierung ab, ohne die Berechtigung der Gleichstellungsthese zu hinterfragen.<sup>63</sup> Eine Gleichstellung von Mit- und Einzelunternehmer wäre aber nur dann geboten, wenn jeder Mitunternehmer im Rahmen seiner Beteiligung neben dem Gewerbebetrieb der Gesellschaft wie ein Einzelunternehmer einen eigenen (Sonder-) Gewerbebetrieb führt.<sup>64</sup> Diese Betrachtungsweise lag schon der Bilanzbündeltheorie zugrunde und ist Ausdruck des Transparenzprinzips.<sup>65</sup> Die Rechtsprechung hat sie trotz Aufgabe der Bilanzbündeltheorie nicht abstreifen können.<sup>66</sup> Dies spiegelt sich – wie oben aufgezeigt – auch in den einzelnen Schritten der Einkünfteermittlung im dualen System wider. Ob § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG jedoch tatsächlich davon ausgeht, dass jeder Gesellschafter neben dem Gewerbebetrieb der Gesellschaft einen eigenen Gewerbebetrieb führt, ist bei Auslegung des Gesetzes unter Berücksichtigung sämtlicher klassischer Auslegungsmethoden durchaus nicht unzweifelhaft.

### b) Auslegung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG nach den klassischen Auslegungsmethoden<sup>67</sup>

#### aa) Wortlaut als Ausgangspunkt

Ausgangspunkt und Grenze dieser Auslegung muss der Wortlaut des Gesetzes sein.<sup>68</sup> Der allgemeine Sprachgebrauch zeichnet gleichsam den Rahmen der

---

<sup>62</sup> So die ständige Rechtsprechung, vgl. statt aller *BFH*, Urt. v. 20.11.14, IV R 1/11, Rn. 16.

<sup>63</sup> Vgl. *Reiß*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI (Fn. 45), § 15 E 36 f.

<sup>64</sup> *Keuk* (Fn. 10), S. 35; a.A. *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 131; *Schön*, Zum Stande der Lehre vom Sonderbetriebsvermögen, DStR 1993, 185 (193), die von einem „Betriebsvermögen ohne Gewerbebetrieb“ sprechen. Eine solche Konstruktion mutet indes recht theoretisch an. In diesem Sinne wohl auch *Reiß*, Personengesellschaften, in: FS Kirchhof, 2013, § 177 Rn. 13.

<sup>65</sup> BFHE 97, 19 (20); *E. Becker* (Fn. 5), S. 104; vgl. *Reiß*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI (Fn. 45), § 15 E 28.

<sup>66</sup> *Reiß*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI (Fn. 45), § 15 E 36 f.

<sup>67</sup> Diese kann im Rahmen dieses Beitrags freilich nur in einem ersten Ansatz erfolgen.

<sup>68</sup> *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, 1976, S. 670; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 320, 343.

weiteren Interpretation vor und bietet dabei eine erste Orientierung.<sup>69</sup> Insofern ist zu beachten, dass in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG von nur einem Betrieb („des Betriebes“) die Rede ist. Für daneben bestehende Betriebe der Gesellschafter finden sich keinerlei Anhaltspunkte. Schon der Wortlaut des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG vermittelt daher einen vom Verständnis der Rechtsprechung abweichenden ersten Eindruck.

#### bb) Systematik

Ferner sind Normen vorzugsweise so auszulegen, dass sie sich reibungslos in den systematischen Gesamtzusammenhang des Gesetzes einfügen.<sup>70</sup> Vor diesem Hintergrund streitet auch die Systematik des § 15 Abs. 1 S. 1 EStG gegen die Auslegung des *BFH* und zwar deswegen, weil diese § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG in wesentlichen Teilen seiner konstitutiven Bedeutung beraubt.

Führte jeder Gesellschafter im Rahmen seiner Beteiligung einen eigenen Gewerbebetrieb, so könnten die mit diesem erzielten Gewinn bereits gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG als gewerbliche Einkünfte qualifiziert werden. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 1 EStG wäre dann (zumindest insoweit) eine überflüssige Spezialregelung.<sup>71</sup>

Ähnlich verhält es sich mit den in § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG aufgezählten Sondervergütungen. Führte der Gesellschafter im Rahmen seiner Beteiligung einen eigenen Gewerbebetrieb wie ein Einzelunternehmer, gehörte ohnehin „alles, was der Gesellschafter von der Gesellschaft bezieht, zu seinem Gewinnanteil“,<sup>72</sup> also insbesondere auch die Sondervergütungen i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG. Als Gewinnanteile könnten sie dann ebenfalls bereits gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb qualifiziert werden.<sup>73</sup> Auch des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 2 EStG bedurfte es dann nicht.

Insofern spricht auch die Gesetzssystematik eher dagegen, dass Gesellschafter eigene Gewerbebetriebe führen. Vielmehr ist es hiernach allein die Gesellschaft, die als Rechtssubjekt ein Gewerbe betreibt und mit diesem Gewinne erzielt.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Larenz (Fn. 68), S. 324.

<sup>70</sup> Larenz (Fn. 68), S. 324 f.; Somló, Juristische Grundlehre, 2. Aufl. 1926, S. 381 f.

<sup>71</sup> So wohl auch Menzel (Fn. 10), S. 100; vgl. mit ähnlicher Argumentation Kenk (Fn. 10), S. 4.

<sup>72</sup> BFHE 97, 19 (20).

<sup>73</sup> Vgl. so ähnlich auch Kenk (Fn. 10), S. 3; Markefski (Fn. 10), S. 307-308.

<sup>74</sup> So auch Kenk (Fn. 10), S. 3; vgl. auch P. Kirchhof, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI (Fn. 45), § 2 A 86 f.



## cc) Telos

Entscheidendes Gewicht kommt bei der Auslegung von Normen ihrem Sinn und Zweck zu.<sup>75</sup> Diesen darf der Rechtsanwender jedoch nicht willkürlich bestimmen. Vielmehr muss auch das Telos einer Norm methodisch erschlossen werden.<sup>76</sup> Regelmäßig spiegelt es sich bereits im Wortlaut sowie in der Systematik des Gesetzes wider.<sup>77</sup> Auch aus der Zusammenschau von Wortlaut und Systematik des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG ergibt sich ein – vom Verständnis der Rechtsprechung abweichender – Sinn und Zweck der Norm. Nicht die Gesellschafter, sondern allein die Gesellschaft als Rechtssubjekt führt einen Gewerbebetrieb und erzielt mit diesem Gewinne.<sup>78</sup> Weil sie jedoch nicht Steuersubjekt i.S.d. §§ 1, 2 EStG ist, muss der von ihr erzielte Gewinn bei den Gesellschaftern besteuert werden. Da diese selbst keinen Gewerbebetrieb führen, wären die Gewinnanteile bei ihnen an sich nicht als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren. Um dennoch sicherzustellen, dass der (durch die Gesellschaft) mittels Gewerbebetrieb erwirtschaftete Gewinn auch als solcher erfasst wird, ordnet § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Var. 1 EStG an, dass die Gewinnanteile bei den Gesellschaftern als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren sind. Sinn und Zweck des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG ist es daher nicht, den Mitunternehmer einem Einzelunternehmer gleichzustellen. Vielmehr soll die Norm den systematischen Bruch korrigieren, der sich daraus ergibt, dass die Personengesellschaft weder der Einkommen- noch der Körperschaftsteuer unterliegt, obgleich sie zivilrechtlich wie steuerrechtlich Trägerin des Gewerbebetriebes ist.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Dabei wird vorliegend mit *Husserl*, *Recht und Zeit*, 1955, S. 26; *Larenz* (Fn. 68), S. 318; und *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, S. 206 ff., der normative Gesetzeszweck als maßgeblich erachtet.

<sup>76</sup> Anderenfalls könnte der Rechtsanwender den Regelungsgehalt einer Norm nach Belieben verändern. Dies verstieße nicht nur gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, sondern auch gegen das Demokratieprinzip und die Gesetzesbindung des Richters, vgl. auch *Wank*, *Die Auslegung von Gesetzen*, 6. Aufl. 2015, S. 71 f.

<sup>77</sup> Vgl. auch *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 8. Aufl. 2015, Rn. 743; *Wank* (Fn. 76), S. 71.

<sup>78</sup> So auch *Keuk* (Fn. 10), S. 3; vgl. auch *P. Kirchhof*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff XI* (Fn. 45), § 2 A 86 f.

<sup>79</sup> Für die Qualifikation auch der Sondervergütungen i.S.d. § 15 I 1 Nr. 2 Var. 2 EStG als gewerbliche Einkünfte gibt es hingegen keinen materiellen einkommensteuerrechtlichen Grund. Vielmehr wurde die Regelung im Jahre 1934 mit Rücksicht auf das kommende reichsrechtliche Gewerbesteuerengesetz eingeführt, vgl. *RStBl 1935*, 42; vgl. auch *Keuk* (Fn. 10), S. 3.

## dd) Historie

Sofern man sie überhaupt als maßgebliches Auslegungskriterium erachtet,<sup>80</sup> könnte man allenfalls aus der Entstehungsgeschichte des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG ein Argument für die Auffassung des *BFH* herleiten. Mangels ausführlicher Gesetzesbegründung müsste man dafür jedoch unterstellen, dass der Gesetzgeber des EStG vom 16.10.1934, der die bis dahin geltende Regelung des § 29 Nr. 3 des EStG in der Fassung vom 10.8.1925 im Wesentlichen übernahm,<sup>81</sup> die seinerzeit hierzu ergangene Rechtsprechung des *RFH* (Bilanzbündeltheorie)<sup>82</sup> mit all ihren Prämissen und Konsequenzen bedingungslos in seinen Willen aufgenommen hat. Umgekehrt ließe sich aber ebenso behaupten, der Gesetzgeber von 1934 hätte die Bilanzbündeltheorie – die wie oben dargetan in einem gewissen Kontrast zu Wortlaut, Systematik und Telos des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG steht – bei entsprechender Billigung unmissverständlich im Gesetz konsolidieren können. Aufgrund der sich hieraus ergebenden Unsicherheiten sowie der vergleichsweise geringen Bedeutung, die der Entstehungsgeschichte einer Norm (auch sofern man sie als maßgebliches Auslegungskriterium anerkennt) bei der Auslegung im Verhältnis zu Wortlaut, Systematik und Telos zukommt,<sup>83</sup> wird dieser Ansatz hier – auch mit Rücksicht auf den begrenzten Umfang der Arbeit – nicht weiter verfolgt.

## ee) Ergebnis

Die Auslegung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG nach den klassischen Auslegungsmethoden lässt mithin erhebliche Zweifel an der Annahme des *BFH* aufkommen, jeder Gesellschafter führe im Rahmen seiner Beteiligung einen eigenen Gewerbebetrieb. Auf dieser Annahme beruht jedoch die Maxime, der Mitunternehmer sei einem Einzelunternehmer gleichzustellen, welche ihrerseits Ergänzungsbilanzen, Sonderbilanzen sowie den Grundsatz korrespondierender Bilanzierung legitimiert. Somit stellt schon das Gesetz selbst die integralen Bestandteile der derzeitigen Ausgestaltung des dualen Systems und damit auch diese in ihrer Gesamtheit in Frage.

## 2. Einheit der Rechtsordnung

Die konkrete Ausgestaltung des dualen Systems könnte ferner dem Grundsatz der Einheit (bzw. Widerspruchslosigkeit) der Rechtsordnung zuwiderlaufen.

---

<sup>80</sup> So *Rütters/Fischer/Birk* (Fn. 77), Rn. 794; *Wank* (Fn. 76), S. 67; a.A. wohl *Larenz* (Fn. 68), S. 328 ff.; *Radbruch* (Fn. 75), S. 206 ff.

<sup>81</sup> Vgl. RStBl 1935, 42.

<sup>82</sup> Statt aller *RFH*, RStBl 1929, 568 (568); 1930, 200 (200); vgl. auch **II. 1. a)**.

<sup>83</sup> Vgl. *Rütters/Fischer/Birk* (Fn. 77), Rn. 794, wonach es ausreichen soll, dass der Normanwender den Willen des historischen Gesetzgebers zur Kenntnis nimmt.

Dieser ist nicht lediglich ein „rechtslogisches Postulat“.<sup>84</sup> Vielmehr entspringt er dem Gerechtigkeitsgebot und gehört zum „gesicherten Bestand rechtsphilosophischer Einsichten“.<sup>85</sup> Ganz in diesem Sinne hat der *BFH* erkannt, dass „insbesondere offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften Gebilde sind, die dem Steuerrecht gesellschaftsrechtlich vorgegeben sind (§§ 105, 161 ff. HGB). Verwendet das Steuerrecht diese Begriffe – wie in [...] § 15 Nr. 2 EStG –, so ist davon auszugehen, dass der zivilrechtliche Inhalt dieser Gebilde auch ihren steuerrechtlichen Gehalt bestimmt“.<sup>86</sup> Im Zivilrecht ist die Rechtssubjektivität der Personen(außen-)gesellschaft spätestens seit dem Urteil des *BGH* vom 29.1.2001 – II ZR 331/00 (ARGE Weißes Roß) allgemein anerkannt.<sup>87</sup> Diese zivilrechtliche Wertung muss folglich über § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG auch Eingang in das Ertragsteuerrecht finden. Für das auf dem Transparenzprinzip beruhende Konstrukt des Sonderbereichs, für Ergänzungsbilanzen sowie für den Grundsatz der korrespondierenden Bilanzierung ist kein Raum mehr.<sup>88</sup> „Alle bisherigen Theorien des *BFH* zu § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG werden [...] hinfällig.“<sup>89</sup> Auch der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung streitet mithin gegen die aktuelle Ausgestaltung des dualen Systems.

### 3. Rechtssicherheit

Weiter könnten sich aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit<sup>90</sup> Bedenken gegen die konkrete Ausgestaltung des dualen Systems ergeben. Dieser fordert „nicht nur die Klarheit der einzelnen Rechtsnormen, sondern auch die Übersichtlichkeit der Rechtsordnung insgesamt“.<sup>91</sup> Die Rechtsordnung wird durch die höchstrichterliche Rechtsprechung maßgeblich geprägt. Der *BFH* hat folglich das Gebot der Rechtssicherheit in besonderem Maße zu beachten.

<sup>84</sup> So aber *Hanack*, Der Ausgleich divergierender Entscheidungen in der oberen Gerichtsbarkeit, 1962, S. 107 ff.

<sup>85</sup> *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1969, S. 17 m.w.N.; vgl. auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010, S. 119; *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1923, S. 24 f.

<sup>86</sup> BFHE 130, 403 (407); vgl. auch BFHE 140, 568 (570); *List* (Fn. 15), S. 1476.

<sup>87</sup> Vgl. jeweils m.w.N. *Habermeier*, in: Staudinger, 2003, Vorbem zu §§ 705-740 Rn. 10; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 206; *Sprau*, in: Palandt, 74. Aufl. 2015, § 705 Rn. 24; *Ulmer/Schäfer*, in: MüKo-BGB V, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 299, 303.

<sup>88</sup> Vgl. zumindest bzgl. der korrespondierenden Bilanzierung und eines Teils des Sonderbereiches *List* (Fn. 15), S. 1476; vgl. auch *Heuermann* (Fn. 59), S. 118, der feststellt, dass das Einkommensteuerrecht die moderne Entwicklung im Zivilrecht hin zur Rechtssubjektivität der Personengesellschaft nicht nachvollzieht.

<sup>89</sup> *List* (Fn. 15), S. 1473.

<sup>90</sup> Dieser entspringt ebenfalls dem Gerechtigkeitsgebot, *Rütbers/Fischer/Birk* (Fn. 77), Rn. 87.

<sup>91</sup> *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 6. Aufl. 2011, S. 134.

Seine Judikatur muss zum einen klar und verständlich sein. Zum anderen hat sie sich an kohärenten Prinzipien auszurichten.<sup>92</sup> Die Rechtsprechung muss für den Bürger idealiter „berechenbar“ sein. Beiden Anforderungen wird der *BFH* bei seiner Interpretation des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG nicht gerecht.

Der *BFH* hat mit den Instituten Ergänzungsbilanz, Sonderbereich, korrespondierender Bilanzierung und all den Ausnahmen und Rückausnahmen ein in hohem Maße inhomogenes und komplexes Interpretationsgefüge entwickelt. Von Klarheit und Verständlichkeit der Rechtslage kann kaum mehr die Rede sein.<sup>93</sup>

Zudem orientiert sich die Rechtsprechung mit dem Trennungsprinzip einerseits und dem Transparenzprinzip andererseits an zwei zueinander in Widerspruch stehenden Prinzipien. Diesen Widerspruch versucht sie aufzulösen, indem sie die Personengesellschaft (*prima facie*) als Steuerrechtssubjekt anerkennt,<sup>94</sup> diesen Grundsatz jedoch immer dann hinter dem Transparenzprinzip zurücktreten lässt, „wenn anderenfalls eine sachlich zutreffende Besteuerung des Gesellschafters nicht möglich wäre“.<sup>95</sup> Der *BFH* behält es sich mithin generalklauselartig („sachlich zutreffende Besteuerung“) vor, je nach Belieben entweder auf das Trennungs- oder das Transparenzprinzip zu rekurrieren.<sup>96</sup> Für den Normverpflichteten schafft er damit einen Zustand der Ungewissheit. Die Rechtsprechung zur Besteuerung von Personengesellschaften kann allenfalls unter Vorbehalt als berechenbar bezeichnet werden.

Im Ergebnis spricht somit auch der Grundsatz der Rechtssicherheit gegen die derzeitige Ausgestaltung des dualen Systems.

#### 4. Gebot der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung

Darüber hinaus könnte höherrangiges Recht eine Umgestaltung des dualen Systems fordern. Aus Art. 3 Abs. 1, 9 Abs. 1 GG folgt das verfassungs-

---

<sup>92</sup> Vgl. *Zippelius* (Fn 91), S. 134.

<sup>93</sup> Vgl. auch *Heuermann* (Fn. 59), S. 118, der die einkommensteuerrechtliche Behandlung von Personengesellschaften als eines der schwierigsten Kapitel des deutschen Steuerrechts bezeichnet.

<sup>94</sup> BFHE 141, 405 (426); 147, 453 (456 f.); 150, 124 (126 f.); 178, 86 (95); vgl. auch **II. 2. c).**

<sup>95</sup> BFHE 178, 86 (97); vgl. auch **II. 1. d).**

<sup>96</sup> Vgl. auch *Kempermann* (Fn. 2), S. 200, wonach sich „auch die Frage nach der Qualifizierung von Einkünften einer Personengesellschaft nicht generell entweder im Wege der Einheits- oder der Vielheitsbetrachtung lösen“ lasse; vgl. ferner *Kempermann* (Fn. 12), S. 226, 228.

rechtliche Gebot einer rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung.<sup>97</sup> Insbesondere ist das gesellschaftsrechtliche Haftungskriterium kein hinreichend sachlicher Differenzierungsgrund für Steuerlasten.<sup>98</sup> „Der Grundrechtsberechtigte ist [...] frei, die oHG, KG oder auch die GmbH oder AG zu wählen.“<sup>99</sup> Bisweilen wird ein solches Gebot auch aus Unionsrecht, namentlich aus Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV, abgeleitet.<sup>100</sup> Umfassend wäre dieses Gebot freilich nur im Wege einer grundlegenden Änderung des Gesetzes zu verwirklichen. Die sich aus dem Dualismus von Einkommens- und Körperschaftssteuer<sup>101</sup> ergebenden Unterschiede bei der Unternehmensbesteuerung lassen sich im Rahmen des geltenden Rechts nicht vollständig einebnen. Gleichwohl bedeutet dies nicht, dass das Gebot der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung *de lege lata* unbeachtlich ist. Vielmehr muss es im Wege einer verfassungskonformen (bzw. unionsrechtskonformen) Auslegung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG berücksichtigt werden.<sup>102</sup> Diese erfordert die nach geltendem Recht größtmögliche Annäherung der Besteuerung von Personengesellschaften und Körperschaften. Eine solche lässt sich nur durch die maximale Verwirklichung des Trennungsprinzips bei der Besteuerung der Personengesellschaft erreichen. Die konkrete Ausgestaltung des dualen Systems durch den *BFH* verwirklicht das Trennungsprinzip allenfalls ansatzweise.<sup>103</sup> Es stellt daher kein am Gebot der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung

<sup>97</sup> Vgl. BVerfGE 101, 151 (156 f.); *Hey*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 13 Rn. 172 ff.; *dies.*, Verfassungsrechtliche Maßstäbe der Unternehmensbesteuerung, in: FS Herzig, 2010, S. 7 (14 ff.); *J. Lang*, Reform der Unternehmensbesteuerung auf dem Weg zum europäischen Binnenmarkt und zur deutschen Einheit, *StuW* 1990, 107 (115 f.); *P. Kirchhof* (Fn. 61), § 12 Rn. 1; *ders.*, Der Karlsruher Entwurf und seine Fortentwicklung zu einer Vereinheitlichten Ertragsteuer, *StuW* 2002, 3 (11); a.A. *Musil/Leibohm*, Die Forderung nach Entscheidungsneutralität der Besteuerung als Rechtsproblem, *FR* 2008, 807 (807 ff.); abweichend ferner BVerfGE 116, 164 (197 f.), wonach aus Art. 3 Abs. 1 GG lediglich für das Umsatzsteuerrecht ein Gebot der Rechtsformneutralität folge.

<sup>98</sup> BVerfGE 101, 151 (156 f.); *P. Kirchhof* (Fn. 61), § 12 Rn. 1.

<sup>99</sup> *P. Kirchhof*, Der Karlsruher Entwurf und seine Fortentwicklung zu einer Vereinheitlichten Ertragsteuer, *StuW* 2002, 3 (11).

<sup>100</sup> *Herzig*, Körperschaftsteuersystem und Europäischer Binnenmarkt, in: GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 627 (633 f.); *P. Kirchhof* (Fn. 99), S. 12; vgl. auch *Dautzenberger*, Das EG-rechtliche Gleichbehandlungsgebot für Betriebsstätten und Tochter-Kapitalgesellschaften, *EWS* 2001, 270 (270 ff.); *Pezzer*, Beseitigung der Diskriminierung von Betriebsstätten ausländischer EU-Kapitalgesellschaften durch Gewährung eines verringerten Körperschaftsteuersatzes, *FR* 2007, 188 (188); *Schön*, Freie Wahl zwischen Zweigniederlassung und Tochtergesellschaft – ein Grundsatz des Europäischen Unternehmensrechts, *EWS* 2000, 281 (288 ff.); grundlegend *Friese*, Rechtsformwahlfreiheit im Europäischen Steuerrecht, 2010.

<sup>101</sup> Vgl. hierzu *Hennrichs*, in: Tipke/Lang (Fn. 1), § 10 Rn. 1 ff.

<sup>102</sup> Vgl. *Larenz* (Fn. 68), S. 339 ff.

<sup>103</sup> Vgl. **II. 2.**

orientiertes, verfassungskonformes (bzw. unionsrechtskonformes) Verständnis des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG dar.

### 5. Praktische Handhabbarkeit

Selbst von Befürwortern der derzeitigen Ausgestaltung des dualen Systems wird der damit verbundene beträchtliche Bilanzierungsaufwand kritisiert.<sup>104</sup> Damit geht eine sowohl zeitlich als auch finanziell erhebliche Belastung nicht nur der bilanzierungspflichtigen Unternehmer einher, sondern auch der Finanzämter, welche die Bilanzen auswerten und überprüfen müssen. Diese werden überlastet; jene können sich nicht mehr auf „ihr eigentliches Geschäft“ konzentrieren. Eine stärker am Trennungsprinzip orientierte Ausgestaltung der Besteuerung von Personengesellschaften kann den aktuellen Bilanzierungsaufwand ggf. auf ein Minimum reduzieren. Die genaue bilanzielle Aufgliederung einer entsprechenden Gewinnermittlung darzustellen, ist hier zwar nicht der Raum. Festzuhalten bleibt jedoch, dass der aktuelle Bilanzierungsaufwand nicht notwendig und daher unangemessen ist. Er bietet ein weiteres, praktisches Argument gegen die derzeitige Ausgestaltung des dualen Systems.

### 6. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der dargestellten höchst-richterlichen Handhabung des dualen Systems kein adäquates Verständnis des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG zugrunde liegt. Dies ergibt sich nicht nur aus einer Auslegung des Gesetzes nach den klassischen Auslegungsmethoden. Auch fordern die Grundsätze der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit sowie das Verfassungsrecht (bzw. das Unionsrecht) eine stärker am Trennungsprinzip orientierte Interpretation der Norm. Zudem erzeugt das derzeitige duale System einen in Form und Umfang unangemessenen, kontraproduktiven Bilanzierungsaufwand.

### IV. Perspektiven

Für die weitere Entwicklung bieten sich im Kern drei Möglichkeiten. Denkbar ist zum einen die Fortführung der ambivalenten Rechtsprechung im derzeitigen dualen System und damit die Beibehaltung des *status quo*. Sie erscheint jedoch aus den o.g. Gründen nicht als vorzugswürdig. Möglich ist ferner die Aufgabe des Trennungsprinzips verbunden mit einer Rückbesinnung auf die Bilanzbündeltheorie. So würde der Judikatur immerhin wieder ein einheitlicher Leitgedanke zugrunde gelegt<sup>105</sup> und damit ein gewisses Maß an Rechtssicherheit

---

<sup>104</sup> Vgl. *Grob* (Fn. 56), S. 383.

<sup>105</sup> Zudem entfiel u.U. das Bedürfnis für das Konstrukt „Sonderbereich“.

zurückgewonnen.<sup>106</sup> Allerdings ist auch die Vereinbarkeit der Bilanzbündeltheorie mit dem Gesetz, dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung sowie dem Gebot der Rechtsformneutralität zweifelhaft.<sup>107</sup> Aus teilweise konvergenten Gründen wurde sie bereits Mitte der 1970er Jahre aufgegeben.<sup>108</sup> „Die Berufung auf die Bilanzbündeltheorie [...] wird endgültig nicht mehr ernst genommen werden können.“<sup>109</sup> Übrig bleibt die Fortsetzung der Entwicklung hin zur maximalen Verwirklichung des Trennungsprinzips. Eine solche Entwicklung war bereits von der Aufgabe der Bilanzbündeltheorie bis Ende der 1990er Jahre zu beobachten.<sup>110</sup> Zwar fand sie ihren vorläufigen Schlusspunkt im *BFH*-Urteil vom 19.10.1998 – VIII R 69/95.<sup>111</sup> In neueren Entscheidungen scheint der *BFH* indes wieder in diese Richtung zu tendieren. Dies soll im Folgenden näher dargestellt werden.

### 1. *BFH*-Urteil vom 26.6.2014 – IV R 5/11<sup>112</sup>

Eine selbst nicht gewerblich tätige KG (G-KG) hatte mit Wirkung zum 1.7.2005 eine Kommanditbeteiligung an einer anderen KG (F-KG) erworben. Die F-KG betrieb ein gewerbliches Unternehmen mit Wirtschaftsjahr vom 1.7.-30.6. und erzielte dabei Gewinne. Zwischen der G-KG und dem FA war nun streitig, ob die von der G-KG im Jahre 2005 festgestellten Einkünfte wegen deren Beteiligung an der F-KG und der damit einhergehenden sog. Abfärbewirkung der aus dieser Beteiligung erzielten Einkünfte gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (vollumfänglich) als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren seien.

Streitentscheidend war mithin, ob die G-KG bereits im Erwerbsjahr 2005 Einkünfte aus der Beteiligung an der F-KG erzielt hatte. Dies wäre dann der Fall, wenn die Existenz der F-KG im Sinne des Transparenzprinzips steuerrechtlich ausgeblendet und all ihre Geschäfte der G-KG als Gesellschafterin wie eigene zugerechnet würden. Der *BFH* entschied jedoch gegen eine entsprechende Zurechnung. Dabei berief er sich auf den „Gedanken der Einheit der Gesellschaft“ und darauf, „dass die Personengesellschaft

---

<sup>106</sup> Selbst dies ist aber aufgrund der zahlreichen Durchbrechungen, die die Bilanzbündeltheorie seinerzeit um der Erzielung sachgemäßer Ergebnisse willen erfuhr, äußerst fragwürdig, vgl. *Meßmer* (Fn. 9), S. 127 ff.; vgl. auch **II. 1. b).**

<sup>107</sup> Vgl. **III.**

<sup>108</sup> Vgl. **II. 1. b).**

<sup>109</sup> *Kenk* (Fn. 10), S. 2.

<sup>110</sup> Vgl. statt aller *BFHE* 163, 1 (16); 167, 287 (290); 171, 246 (259).

<sup>111</sup> *Ley* (Fn. 2), S. 275.

<sup>112</sup> Tatbestand und Urteilsinhalt werden mit Rücksicht auf das begrenzte Format nur in einem auf das für die Zwecke der vorliegenden Bearbeitung nötige Maß reduzierten Umfang wiedergegeben.

Steuerrechtssubjekt“ sei. Aus diesem Grunde seien „dem Gesellschafter nicht die einzelnen von der Gesellschaft verwirklichten Geschäftsvorfälle, sondern lediglich das Ergebnis [...] anteilig zuzurechnen“. Dieses sei bei Gewerbetreibenden gemäß § 4a Abs. 2 Nr. 2 EStG für das Wirtschaftsjahr zu ermitteln, hier also zum 30.6.2006. Gleiches gelte „für die Ermittlung und zeitliche Zuordnung der Gewinnanteile i.S.d § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG“. Die Abfärbewirkung des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG trat damit erst zum 30.6.2006 ein. Grund war die am Trennungsprinzip und der Rechtssubjektqualität der C-KG orientierte Betrachtungsweise des *BFH*.

## 2. *BFH*-Urteil vom 22.10.2014 - X R 28/11<sup>113</sup>

Ein Einzelunternehmer (E) hatte ursprünglich einen Groß- und Einzelhandel mit Getränken geführt. In der Folgezeit veräußerte er den Großhandel und führte den Einzelhandel gemeinsam mit seinem Sohn (S) in der Form einer GbR (E-GbR) fort. Den aus der Veräußerung des Großhandels erzielten Gewinn setzte E in seiner Steuererklärung als Betriebsaufgabegewinn i.S.d. § 16 Abs. 4 i.V.m. § 34 Abs. 3 EStG an. Eine Qualifikation als solcher setzt voraus, dass der Betroffene seine bisherige gewerbliche Tätigkeit tatsächlich einstellt. Die Tätigkeitsbeendigung ist dabei in objektiver Hinsicht auf ein bestimmtes Betriebsvermögen und in subjektiver Hinsicht auf ein bestimmtes Steuerrechtssubjekt zu beziehen.<sup>114</sup> Es muss folglich die mit dem veräußerten (Teil-)Betrieb verbundene gewerbliche Tätigkeit eingestellt werden und zwar von demjenigen, der zuvor mithilfe dieses Betriebsvermögens gewerbliche Einkünfte erzielte.<sup>115</sup> Zwischen E und dem FA war u.a. streitig, ob eine endgültige Einstellung der gewerblichen Tätigkeit durch E bereits daran scheiterte, dass dieser noch immer an der E-GbR beteiligt war, die ihrerseits den Einzelhandel weiterführte.

Betrachtete man die vorliegende Konstellation aus Perspektive des Transparenzprinzips, so spräche viel dafür, eine Einstellung der gewerblichen Tätigkeit durch E schon wegen der Beteiligung an der E-GbR abzulehnen.<sup>116</sup> Dächte man die E-GbR steuerrechtlich hinweg und rechnete ihre Handlungen und Geschäfte unmittelbar ihren Gesellschaftern zu, so wäre es weiterhin E,

<sup>113</sup> Tatbestand und Urteilsinhalt werden mit Rücksicht auf das begrenzte Format nur in einem auf das für die Zwecke der vorliegenden Bearbeitung nötige Maß reduzierten Umfang wiedergegeben.

<sup>114</sup> *BFH*, Urt. v. 22.10.2014 – X R 28/11, Rn. 20 m.w.N.; *Schulze zur Wiesche*, Betriebsaufgabe und Ermittlung des Veräußerungs- und Aufgabegewinns in der jüngsten *BFH*-Rspr., DB 2015, 2655 (2657).

<sup>115</sup> *BFH*, Urt. v. 22.10.2014 – X R 28/11, Rn. 20 m.w.N.; *Schulze zur Wiesche* (Fn. 114), S. 2657.

<sup>116</sup> So auch *FG Münster*, Urt. v. 25.11.2010 – 5 K 5019/06 E Rn. 30.



der (gemeinsam mit S) mithilfe des nunmehr auf die E-GbR übertragenen Betriebsvermögens gewerbliche Einkünfte erzielte. Der *BFH* entschied allerdings anders. Maßgeblich sei, „dass eine gewerblich tätige Personengesellschaft im steuerrechtlichen Sinn ein vom Gesellschafter zu trennendes eigenständiges Gewinnerzielungssubjekt ist“. Die gewerbliche Betätigung der Personengesellschaft sei „im steuerrechtlichen Sinn deshalb keine Fortsetzung der gewerblichen Betätigung des Gesellschafters“. Damit hinderte nach Ansicht des *BFH* die Fortführung des Einzelhandels durch die E-GbR, an welcher der E beteiligt war, nicht dessen Tätigkeitsbeendigung. Auch hier judizierte der *BFH* unter Anerkennung der Rechtssubjektivität von Personengesellschaften und somit im Sinne des Trennungsprinzips.<sup>117</sup>

### 3. *BFH*-Urteil vom 2.9.2014 – IX R 50/13<sup>118</sup>

Dem Urteil des *BFH* vorangegangen waren die Entscheidungen des *FG Münster* vom 14.2.2013 – 2 K 2838/10 G, F und des *FG München* vom 22.10.2013 – 5 K 1847/13. In beiden Fällen hatte jeweils eine KG (O-KG) mehr als 95 % der Anteile an einer anderen KG (U-KG) mit Grundbesitz erworben. Dabei fiel gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG die Grunderwerbsteuer an. Die jeweiligen Finanzämter waren der Auffassung, diese rechne zu den Anschaffungskosten für den entsprechenden Grundbesitz. Erwerbe eine Person Anteile an einer Personengesellschaft, sei dieser Vorgang als (anteiliger) Erwerb der einzelnen Wirtschaftsgüter des Gesellschaftsvermögens zu betrachten. Alle mit diesem Erwerb in wirtschaftlichem Zusammenhang stehenden Kosten – also auch die Grunderwerbsteuer – seien daher notwendigerweise Anschaffungsnebenkosten. Zwar sei Schuldnerin der Grunderwerbsteuer jeweils die U-KG und nicht die O-KG als Erwerblerin. Dies stehe einer Beurteilung als Anschaffungsnebenkosten indes nicht entgegen, da solche gemeinsam mit den Anschaffungskosten ohnehin anteilig auf die einzelnen Gesellschafter entfielen. Die steuerrechtliche Qualifizierung der Kosten der Gesellschaft erfolge hier gleichsam nicht aus Gesellschafts-, sondern aus Gesellschafterperspektive. Die Finanzämter betrachteten die Kosten der Gesellschaft demnach schlichtweg als Kosten der Gesellschafter. Die Existenz der Gesellschaft wurde steuerrechtlich negiert.

Das *FG Münster* sowie das *FG München* entschieden aber anders. Anschaffungskosten setzen gemäß § 255 Abs. 1 HGB den Erwerb des Vermögensgegen-

---

<sup>117</sup> Damit setzt der *BFH* seine Rechtsprechung konsequent fort, die noch aus der ersten Phase der Etablierung des Trennungsprinzips (1984 bis 1998, vgl. auch *IV.*) stammte, namentlich *BFHE* 170, 363 (363).

<sup>118</sup> Tatbestand und Urteilsinhalt werden mit Rücksicht auf das begrenzte Format nur in einem auf das für die Zwecke der vorliegenden Bearbeitung nötige Maß reduzierten Umfang wiedergegeben.

stands voraus. Die Grundstücke seien in den vorliegenden Fällen aber nicht erworben worden und zwar weder durch die Gesellschaft noch durch die Gesellschafter. § 1 Abs. 2a GrEStG fingiere lediglich einen Erwerb durch die Gesellschaft. Tatsächlich habe ein solcher aber nicht stattgefunden, da die Grundstücke nach wie vor jeweils zum Vermögen derselben Gesellschaft und damit desselben Rechtsträgers gehörten. Ein Erwerb durch die Gesellschafter scheitere ebenfalls an der unmittelbaren Rechtsträgerschaft der Gesellschaft. Insbesondere berechtige auch nicht die dem Transparenzprinzip entstammende Vorstellung, der Erwerber eines Gesellschaftsanteils erwerbe anteilig das Gesellschaftsvermögen, dazu, die Kosten der Gesellschaft aus Perspektive der Gesellschafter zu qualifizieren. Das *FG Münster* und das *FG München* gehen in ihren Entscheidungen mithin von einer Abschirmwirkung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern aus.

Gegen beide Entscheidungen wurde Revision eingelegt. Das Verfahren bzgl. der Entscheidung des *FG Münster* (Az: IV R 10/13) wurde wegen Erledigung der Hauptsache mit Beschluss vom 22.4.2015 eingestellt. Über die andere Revision hatte der *Neunte Senat* zu entscheiden, welcher bereits in einer früheren Entscheidung mit einer parallelen Fragestellung befasst gewesen war. Seinerzeit hat er mit Urteil vom 26.2.2002 – IX R 20/98 Provisionszahlungen einer ein Grundstück bewirtschaftenden Personengesellschaft an einen Eigenkapitalvermittler als Anschaffungskosten der Gesellschafter für das Grundstück statt als Werbungskosten der Gesellschaft qualifiziert. Er bewertete die Kosten der Gesellschaft mithin aus Perspektive der Gesellschafter. Diesmal entschied er jedoch anders. Er wies die Revision als unbegründet zurück und bestätigte damit die Auffassung des *FG München*. Der Grundbesitz sei „weder rechtlich noch wirtschaftlich Gegenstand der Erwerbsvorgänge in Bezug auf die Kommanditanteile“. Ein anderes Ergebnis ergebe sich auch nicht daraus, dass die Anschaffung von Beteiligungen an Personengesellschaften als Anschaffung der anteiligen Wirtschaftsgüter gelte. Dies kann durchaus als Abweichung von der noch maßgeblich durch das Transparenzprinzip geprägten Entscheidung vom 26.2.2002 – IX R 20/98 betrachtet werden, auch wenn der *Neunte Senat* – wie es für diesen Fall an sich geboten wäre – hierzu nicht ausdrücklich Stellung nimmt. Bewertete er die Kosten der Gesellschaft seinerzeit noch als Kosten der Gesellschafter und qualifizierte sie dementsprechend aus deren Perspektive, scheint der *Neunte Senat* neuerdings von einer Abschirmwirkung der Gesellschaft als selbstständiges Rechtssubjekt auszugehen. Auch hier deutet sich die Tendenz des *BFH* hin zu Trennung statt Transparenz an.

## V. Ergebnis

Die konkrete Ausgestaltung der Besteuerung von Personengesellschaften durch den *BFH* ist noch immer ganz im Transparenzprinzip verhaftet. Ergänzungsbilanzen, Sonderbereich und der Grundsatz der korrespondierenden Bilanzierung stellen Reminiszenzen an die Bilanzbündeltheorie dar. Sie führen die *prima facie* anerkannte Rechtssubjektivität der Personengesellschaft ad absurdum. Dies ist weder mit der Regelung des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG noch mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung zu vereinbaren. Zudem fordern die Gebote der Rechtssicherheit und der rechtsformneutralen Unternehmensbesteuerung eine stärker am Trennungsprinzip orientierte Judikatur. Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung in neueren Entscheidungen „in Richtung Trennung“ tendiert. Diese Entwicklung muss nach der hier vertretenen Auffassung konsequent fortgesetzt werden.<sup>119</sup> Ziel des *BFH* sollte es sein, die Besteuerung von Personengesellschaften unter angemessener Berücksichtigung des Trennungsprinzips grundlegend neu auszugestalten.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> Zu beachten bleibt aber, dass die verfassungsrechtlich gebotene Trennung von Gesellschaft und Gesellschafter im geltenden Recht nicht uneingeschränkt zu verwirklichen ist. Da Schuldner der Einkommensteuer der einzelne Gesellschafter bleibt, ist ein duales System bei der Besteuerung von Personengesellschaften (Gesellschafter als Schuldner der Einkommensteuer einerseits; die Gesellschaft als Steuerrechtssubjekt bei der Einkünfteermittlung andererseits) unumgänglich. Lediglich dessen konkrete Ausgestaltung kann die Rechtsprechung beeinflussen. Darüber hinaus gehende Änderungen bleiben dem Gesetzgeber vorbehalten.

<sup>120</sup> Orientierung könnten hierbei die Vorschläge von *Kenke* (Fn. 10), S. 1 ff. und *Meißner* (Fn. 9), S. 196 ff. bieten.

**Yannic Arnold\***

## **Verrechnungspreise auf dem Prüfstand: Die EU-Schiedskonvention vom 23. Juli 1990 im System des Rechtsschutzes in Steuersachen**

### **Abstract**

Doppelbesteuerung ist ein erhebliches Hemmnis für den weltweiten freien Warenverkehr. Daher besteht das Bedürfnis, Mechanismen zu entwickeln, die effektiv zu ihrer Vermeidung beitragen. Neben den zahlreichen Doppelbesteuerungsabkommen bietet die EU-Schiedskonvention eine wirkungsvolle Möglichkeit zur Beseitigung entstandener Doppelbesteuerung. Der folgende Beitrag setzt sich näher mit der EU-Schiedskonvention auseinander. Es zeigt sich, dass die Schiedskonvention alternativen Möglichkeiten zur Beseitigung von Doppelbesteuerung in vielen Aspekten überlegen ist. Zwar bestehen verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausgestaltung der Schiedskonvention. Bei komplexen Doppelbesteuerungsfällen in Dreieckskonstellationen zeigt sich jedoch ihr großes Potential.

---

\* Der Verfasser studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand im Sommersemester 2016 im Rahmen des Seminars „Rechtsschutz im Wandel“ unter der Leitung von Prof. *Dr. Ekekehart Reimer* und Prof. *Dr. Ute Mager*.

## I. Einleitung

Im Steuerrecht wird grundsätzlich jedes Steuersubjekt separat betrachtet und gewürdigt.<sup>1</sup> Die Besteuerung trifft dabei denjenigen, der den Tatbestand verwirklicht hat, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft, vgl. § 38 AO. Dies führt bei besonderen Verbindungen zwischen den Steuerpflichtigen zu Abgrenzungsschwierigkeiten, wenn diese Vereinbarungen getroffen haben, die mit fremden Dritten nicht getroffen worden wären.<sup>2</sup> Dabei geht es maßgeblich um die Bildung von sogenannten Verrechnungspreisen. Verrechnungspreise sind diejenigen Preise, die verbundene Unternehmen (oder Betriebsstätten mit ihren Stammhäusern) miteinander für konzerninterne Lieferungen und Leistungen vereinbaren.<sup>3</sup> Die Verrechnungspreise müssen marktüblich und angemessen sein.<sup>4</sup> Als Orientierung dient der sogenannte Fremdvergleichsgrundsatz (*Dealing At Arm's Length Principle*). Verletzt ein Unternehmen in einem grenzüberschreitenden Fall den Fremdvergleichsgrundsatz, indem es zu hohe oder zu niedrige Verrechnungspreise festlegt, so sind die betroffenen Staaten jeweils berechtigt, eine Gewinnberichtigung (Erstberichtigung) beim Unternehmen vorzunehmen (vgl. Art. 9 Abs. 1 OECD-Musterabkommen (OECD-MA)).

Eine einseitige Gewinnberichtigung führt für gewöhnlich zu einer Doppelbesteuerung. Art. 9 Abs. 2 OECD-MA sieht daher grundsätzlich die Pflicht des anderen Staates zur Gegenberichtigung in Höhe des unangemessenen Teils der Vergütungen vor. Dennoch hat die Zahl der Fälle einer Doppelbesteuerung aufgrund einer einseitigen Gewinnberichtigung in der jüngeren Vergangenheit sukzessive zugenommen.<sup>5</sup> Die Gründe hierfür sind vielfältig: Finanzbehörden korrigieren verstärkt die Preise für Warenumsätze und Dienstleistungen und werden auch zunehmend bei der Überprüfung von Lizenzsätzen und Zinsen tätig. Es stellt sich somit die Frage, welche Möglichkeiten dem Steuerpflichtigen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung verbleiben.

Die im Jahr 1990 eingeführte EU-Schiedskonvention<sup>6</sup> über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Fall von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen stellt ein mögliches Verfahren zur nachträglichen Beseitigung

---

<sup>1</sup> Haase, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 429.

<sup>2</sup> Ebd.

<sup>3</sup> Ebd., Rn. 430.

<sup>4</sup> Birk/Desens/Tappe, Steuerrecht, 18. Aufl. 2015, Rn. 1249.

<sup>5</sup> Vögele/Forster, Das EU-Schiedsübereinkommen, IStR 2006, 537 (537).

<sup>6</sup> Übereinkommen 90/436/EWG über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen, ABl. L 225 v. 20.8.1990, S. 1024.

einer Doppelbesteuerung dar. Im Kontext der ansteigenden Zahl von Doppelbesteuerungsfällen kommt der Schiedskonvention eine wichtige Rolle zu.

Dieser Beitrag beschäftigt sich maßgeblich mit den veränderten Rechtsschutzmöglichkeiten des Steuerpflichtigen durch die Einführung der EU-Schiedskonvention. Zunächst werden unter **II.** der Anwendungsbereich der EU-Schiedskonvention und die Mechanismen zur Beseitigung der Doppelbesteuerung erläutert. Anschließend wird unter **III.** ein Vergleich zu den bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten im nationalen Rechtsbehelfsverfahren im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen und durch sogenannte *Advance-Pricing-Agreements* vorgenommen. Im Fokus soll dabei die Frage stehen, ob das jeweilige Verfahren geeignet ist, die Doppelbesteuerung effektiv und sicher zu beseitigen. Unter **IV.** folgt eine Untersuchung der durch die Schiedskonvention aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen. Schwerpunkt der Untersuchung ist dabei die Vereinbarkeit der Schiedskonvention mit Art. 19 Abs. 4 GG. Ebenfalls problematisiert werden die eingeschränkte Öffentlichkeit der Verfahren und die demokratische Legitimation des beratenden Ausschusses in seiner Funktion als Schiedsgericht. Im Abschnitt **V.** erfolgt sodann eine Untersuchung der erweiterten Anwendungsmöglichkeiten der Schiedskonvention im Rahmen von Doppelbesteuerungsfällen in Dreieckskonstellationen. Abschließend werden unter **VI.** die Entwicklungsmöglichkeiten der Schiedskonvention in einem Ausblick gewürdigt.

## II. Die EU-Schiedskonvention

Die EU-Schiedskonvention geht ursprünglich auf einen Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Vermeidung der Doppelbesteuerung im Falle der Gewinnverlagerung zwischen verbundenen Unternehmen aus dem Jahre 1976 zurück.<sup>7</sup> Weiter wurde das Thema auch im Weißbuch über die Vollendung des Binnenmarktes von 1985 problematisiert.<sup>8</sup> Nach erfolglosen Verhandlungen zwischen den Mitgliedsstaaten wurde der Vorschlag einer Richtlinie aufgegeben, die Schiedskonvention aber in Form eines zwischenstaatlichen Übereinkommens umgesetzt. Dadurch konnte die Steuer-

---

<sup>7</sup> Proposal for a Council Directive on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of transfers of profits between associated enterprises (arbitration procedure), ABl. C 301 v. 21.12.1976, S. 4 ff.; vgl. dazu *Mann*, Einkünftekorrektur-normen im deutschen Internationalen Steuerrecht: Die Vereinbarkeit des § 1 AStG mit Europäischem Gemeinschaftsrecht, 2008, S. 77.

<sup>8</sup> Dazu *Mann* (Fn. 7), S. 77.

souveränität der Mitgliedsstaaten bewahrt werden.<sup>9</sup> Das Übereinkommen wurde am 23.7.1993 unterzeichnet und galt zunächst für fünf Jahre. Kurz vor Ablauf des Fünfjahreszeitraums beschloss der Rat ein Verlängerungsprotokoll, demzufolge sich das Übereinkommen automatisch um jeweils fünf Jahre verlängert, soweit kein Vertragsstaat dem widerspricht. Nachdem Italien als letzter Vertragsstaat am 4.8.2004 die Ratifikationsurkunde hinterlegt hatte, trat das Übereinkommen rückwirkend zum 1.1.2000 in Kraft. Seither hat sich das Übereinkommen entsprechend des Verlängerungsprotokolls automatisch jeweils um fünf Jahre verlängert.

### 1. Anwendungsbereich

In sachlicher Hinsicht findet die Schiedskonvention Anwendung bei einseitigen Gewinnberichtigungen bei verbundenen Unternehmen, Art. 1 Abs. 1 EU-SK.<sup>10</sup> Für diese Zwecke gelten in einem Vertragsstaat gelegene Betriebsstätten als eigenes Unternehmen, Art. 1 Abs. 2 EU-SK („*Separate Legal Entity*-Ansatz“). Der Schiedskonvention unterfallen nicht nur Gewinnberichtigungen, die auf den *Arm's-Length*-Grundsatz zurückzuführen sind, sondern auch Fälle wie die Regelungen zur Unterkapitalisierung.<sup>11</sup> Es war über längere Zeit umstritten, ob auch Korrekturen aufgrund von Unterkapitalisierungsregeln wie § 8a KStG dem Anwendungsbereich der Schiedskonvention unterfallen. Im Jahr 2008 erledigte sich der Streit durch die Veröffentlichung eines Diskussionspapiers des *Joint Transfer Pricing Forums* (JTPF), in dem das JTPF unter anderem eine Definition von Unterkapitalisierungsregeln vornahm und das Schiedsabkommen diesbezüglich explizit für anwendbar erklärte.<sup>12</sup>

Zu den in Deutschland erfassten Steuerarten zählen die Einkommensteuer, die Körperschaftsteuer und die Gewerbesteuer, Art. 2 Abs. 2 EU-Schiedskonvention (EU-SK).<sup>13</sup> In der Literatur wird teilweise gefordert, den Anwendungsbereich auf alle Fälle der Doppelbesteuerung innerhalb der Vertragsstaaten zu

---

<sup>9</sup> Übereinkommen 90/436/EWG über die Beseitigung der Doppelbesteuerung im Falle von Gewinnberichtigungen zwischen verbundenen Unternehmen, ABl. L 225 v. 20.8.1990, S. 1024.

<sup>10</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe, Doppelbesteuerung, 133. EL Mai 2016, Art. 4 EU-SK Rn. 2 ff.

<sup>11</sup> Überarbeiteter Verhaltenskodex zur EU-Schiedskonvention, ABl. C 322 v. 30.12.2009, Tz. 1.2; ferner *Adonnino*, Some Thoughts on the EC Arbitration Convention: European Union, ET 2003, 403 (405).

<sup>12</sup> Secretariat's discussion paper on thin capitalization v. 21.2.2008, DOC: JTPF/005/2008/EN.

<sup>13</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 2 EU-SK Rn. 1 ff.

erstrecken.<sup>14</sup> Dieser Forderung ist die Politik jedoch bisher nicht nachgekommen. Ebenso wird die Frage des Bestehens einer Betriebsstätte nach der aktuellen Rechtslage nicht von der Schiedskonvention erfasst.<sup>15</sup> Die Lösung von Qualifikationskonflikten unterfällt daher nicht der Schiedskonvention.<sup>16</sup>

Der persönliche Anwendungsbereich erstreckt sich nur auf Unternehmen, die in einem Vertragsstaat im Gebiet der EU nach Art. 52 EUV (früher Art. 227 Abs. 1 EWG) ansässig sind (Art. 16 Abs. 1 EU-SK).<sup>17</sup> Bei Betriebsstätten muss es sich um Betriebsstätten eines in der Europäischen Union ansässigen Unternehmens handeln, wobei auch die Betriebsstätte selbst in der Europäischen Union liegen muss.<sup>18</sup>

## 2. Ablauf des Schiedsverfahrens

Das Schiedsverfahren ist als dreistufiges Verfahren aufgebaut. Es besteht aus dem Vorverfahren (Art. 5 EU-SK), dem Verständigungsverfahren (Art. 6 EU-SK) und dem eigentlichen Schlichtungsverfahren (Art. 7 EU-SK). Dabei kann es auf jeder Stufe des Verfahrens zu einer Beseitigung der Doppelbesteuerung und somit zu einer vorzeitigen Beendigung des Verfahrens kommen.

### a) Vorverfahren

Plant ein Vertragsstaat, die Gewinne eines Unternehmens gemäß den Grundsätzen des Art. 4 EU-SK zu berichtigen, so muss er das betroffene Unternehmen rechtzeitig benachrichtigen. Dem Unternehmen soll so die Möglichkeit zukommen, dass es das mit ihm verbundene Unternehmen unterrichten und dieses wiederum die eigene Steuerbehörde über die Berichtigungen informieren kann. Erklären sich beide Unternehmen und der andere Vertragsstaat mit der Berichtigung einverstanden, so ist das Verfahren – durch Nachgeben der Unternehmen und des anderen Vertragsstaates – bereits beendet. Eine solche Zustimmung des anderen Vertragsstaates bedeutet

---

<sup>14</sup> So etwa *Ismer*, MAP and Arbitration as Remedies for Double Burdens: Evolutionary Law-Making through Procedural Rather Than Substantive Rules?, in: Rust, Double Taxation within the European Union, 2011, S. 211 (220 ff.).

<sup>15</sup> *Lehner*, in: Vogel/Lehner, Doppelbesteuerungsabkommen, 6. Aufl. 2015, Art. 25 OECD-MA 2005 Rn. 302.

<sup>16</sup> *Puls/Bickenbach*, Empfehlungen des EU Joint Transfer Pricing Forums (EUJTPF) zur Optimierung von Verständigungs- und Schiedsverfahren nach der EU-Schiedskonvention, ISR 2015, 356 (356).

<sup>17</sup> *Becker*, in: Haase, Außensteuergesetz/Doppelbesteuerungsabkommen, 2. Aufl. 2012, Art. 25 OECD-MA Rn. 79.

<sup>18</sup> *Ebd.*



gleichzeitig eine Verpflichtung für diesen zur Gegenberichtigung, da ansonsten Art. 5 S. 3 EU-SK leerlaufen würde.<sup>19</sup>

*b) Verständigungsverfahren*

Wurde im Vorverfahren keine Einigung erzielt, beginnt die zweite Phase des Verfahrens. Dem betroffenen Unternehmen kommt nun, unbeschadet der im innerstaatlichen Recht vorgesehen Rechtsbehelfe, die Möglichkeit der Beantragung des Verständigungsverfahrens (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EU-SK) zu. Dabei muss der Antrag innerhalb von drei Jahren ab dem Tag der Mitteilung der zur Doppelbesteuerung führenden Maßnahme bei der zuständigen Behörde des Vertragsstaates erfolgen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EU-SK). Diese großzügige Frist begründet sich darin, dass dem Unternehmen die Möglichkeit zugestanden werden soll, abzuwarten, wie sich das nationale Rechtsmittelverfahren entwickelt.<sup>20</sup>

Die zuständige Behörde prüft zunächst, ob die Einwände berechtigt sind und ob sie selbst Abhilfe schaffen kann. Ist das nicht der Fall und kann ohne die Mitwirkung des anderen Vertragsstaates keine zufriedenstellende Lösung gefunden werden, ist der Vertragsstaat verpflichtet, das Verständigungsverfahren einzuleiten (Art. 6 Abs. 2 EU-SK).

Nach Beginn des eigentlichen Verständigungsverfahrens ist die Doppelbelastung innerhalb von zwei Jahren seitens der Behörden zu beseitigen, vgl. Art. 7 Abs. 1 EU-SK. Nach Art. 14 EU-SK gilt eine Doppelbesteuerung als beseitigt, wenn die Gewinne in nur einem Staat besteuert werden oder die Steuerbelastung des einen Staates auf die Steuer des anderen Staates angerechnet wird. Nach Art. 14 lit. a EU-SK kommt es nicht darauf an, dass sich der Betrag der Steuerersparnis in dem einen Land und der Mehrsteuerbetrag des anderen Landes auf Grund unterschiedlicher Steuersätze nicht entsprechen.<sup>21</sup> Die Vermeidung der Doppelbesteuerung ist dabei sowohl nach der Freistellungsmethode als auch nach der Anrechnungsmethode möglich.<sup>22</sup> Während sich beim Freistellungsverfahren kaum Probleme ergeben dürften, wird im Fall der Anwendung des Anrechnungsverfahrens befürchtet, dass der Staat mit der niedrigeren Belastung versuchen wird, seine einseitige Besteuerung durch-

---

<sup>19</sup> Engler/Elbert, in: Vögele/Borstell/Engler, Verrechnungspreise, 4. Aufl. 2015, Kap. F Rn. 306.

<sup>20</sup> Krabbe, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 6 EU-SK Rn. 8 f.

<sup>21</sup> Engler/Elbert, in: Vögele/Borstell/Engler (Fn. 19), Kap. F Rn. 310.

<sup>22</sup> Rupp/Knies/Ott/Faust, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2014, S. 549.

zusetzten.<sup>23</sup> Der Natur des Anrechnungsverfahrens nach würde auch dem Hochsteuerstaat noch ein teilweises Besteuerungsrecht verbleiben. Es könnte daher der Trend entstehen, dass sich der Staat mit der niedrigeren Belastung zunächst selbst befriedigen darf, ehe dann der Hochsteuerstaat zusätzlich partiell noch selbst besteuern kann.

Ist die Doppelbesteuerung nach Ende der zweijährigen Frist nicht beseitigt, so müssen die zuständigen Behörden nach Art. 7 Abs. 1 EU-SK verpflichtend ein Schlichtungsverfahren einleiten.

### *c) Schlichtungsverfahren*

Dieses beginnt grundsätzlich mit der Einsetzung des beratenden Ausschusses. Die Einsetzung kann in bestimmten Situationen mit der Folge unterbleiben, dass kein Schiedsverfahren eingeleitet wird. Nach Art. 8 EU-SK ist das der Fall, wenn der Steuerpflichtige einen empfindlich zu bestrafenden Verstoß gegen steuerliche Vorschriften begangen hat. Ebenso gehen einige Staaten von einer Unverträglichkeit der nationalen Rechtsbehelfsverfahren und der Einleitung des Schiedsverfahrens aus (vgl. Art. 7 Abs. 3 EU-SK).<sup>24</sup> Auf diese Einschränkungen ist später noch näher einzugehen.

Der beratende Ausschuss setzt sich gemäß Art. 9 Abs. 1 EU-SK aus dem Vorsitzenden, zwei Vertretern jeder beteiligten Behörde und einer geraden Anzahl unabhängiger Personen zusammen. Die unabhängigen Personen werden von den beteiligten Behörden im gegenseitigen Einvernehmen oder mangels eines solchen durch Los bestimmt.<sup>25</sup> Der beratende Ausschuss trifft Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit, ist aber dabei stets an den Fremdvergleichsgrundsatz des Art. 4 EU-SK gebunden.<sup>26</sup>

Der beratende Ausschuss gibt nach Art. 11 EU-SK binnen sechs Monaten eine Stellungnahme zum vorliegenden Fall ab.<sup>27</sup> Den beteiligten Behörden verbleiben nach Abgabe der Stellungnahme weitere sechs Monate, in denen die Doppelbesteuerung in gegenseitigem Einvernehmen beseitigt werden kann

---

<sup>23</sup> *Bellstedt*, EG-Übereinkommen über die Beseitigung der Doppelbesteuerung bei Gewinnberichtigung zwischen verbundenen Unternehmen, IWB, Fach 11 Gruppe 2, 1993, 191 (193).

<sup>24</sup> *Puls/Bickenbach* (Fn. 16), S. 357.

<sup>25</sup> *Lehner*, in: Vogel/Lehner (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA 2005 Rn. 305.

<sup>26</sup> *Ebd.*

<sup>27</sup> Zu den Anforderungen an die Stellungnahme siehe: EU Joint Transfer Pricing Forum, Final Report on Improving the Functioning of the Arbitration Convention v. 12.3.2015, Tz. 7.4, DOC: JTPF/002/2015/EN.

(Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 EU-SK).<sup>28</sup> Dabei besteht keine Bindung an die Empfehlung des beratenden Ausschusses.<sup>29</sup> Liegt keine Einigung nach Ablauf der Frist vor, wird die Stellungnahme verbindlich, Art. 12 Abs. 1 UAbs. 2 EU-SK. Die gefundene Lösung des Konflikts ist nun nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 EU-SK ungeachtet der (Festsetzungs-)Fristen des innerstaatlichen Rechts der beteiligten Staaten umzusetzen. Ob diese Vorschrift unmittelbar als Rechtsgrundlage für eine Aufhebung oder Änderung des betroffenen Steuerbescheides dienen kann, ist fraglich.<sup>30</sup> In Deutschland wurde daher zusätzlich § 175a AO geschaffen, wonach Steuerbescheide erlassen, aufgehoben oder geändert werden können, soweit dies zur Umsetzung einer Verständigungsvereinbarung oder eines Schiedsspruchs erforderlich ist. Nach § 175a S. 2 AO ist die Umsetzung der Verständigungsregelung selbst dann möglich, wenn die reguläre Festsetzungsfrist bereits vor der Verständigungsvereinbarung abgelaufen ist.<sup>31</sup>

### 3. Rechtsnatur der EU-Schiedskonvention

Die Frage nach der Rechtsnatur der Schiedskonvention ist nicht rein akademischer Natur, sondern führt zu weitreichenden Konsequenzen in der Praxis. Wenn es sich bei der Schiedskonvention um ein Rechtsinstitut der Europäischen Union handelt, würde dies eine Zuständigkeit des *Europäischen Gerichtshofs* begründen. Die Interpretation der Schiedskonvention und die Überwachung von (Verfahrens-)Verstößen würden dann der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* unterfallen.<sup>32</sup> Andernfalls obläge die Interpretation und Durchführung der Schiedskonvention allein den Vertragsstaaten in den bilateralen Verfahren.<sup>33</sup> Dies kann zu divergierenden Auslegungen der Schiedskonvention durch die Vertragsstaaten und somit zu einer Rechtszersplitterung führen.<sup>34</sup>

Ursprünglich plante die Kommission, eine auf Art. 211 EUV gestützte Richtlinie zu erlassen. Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union hatten jedoch

<sup>28</sup> Engler/Elbert, in: Vögele/Borstell/Engler (Fn. 19), Kap. F Rn. 313.

<sup>29</sup> Hinnekens, The Tax Arbitration Convention. Its Significance for the EC Based Enterprise, the EC Itself, and for Belgian and International Tax Law, EC Tax Rev. 1992, 70 (97); Saß, Zum EG-Abkommen über die Beseitigung der Doppelbesteuerung (Schlichtungsverfahren) im Falle einer Gewinnberichtigung bei Geschäftsbeziehungen zwischen verbundenen Unternehmen, DB 1991, 984 (986 f.).

<sup>30</sup> Krabbe, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 6 EU-SK Rn. 20.

<sup>31</sup> Flüchter/Liebchen, in: Schönfeld/Ditz, Doppelbesteuerungsabkommen, 2013, Art. 25 OECD-MA Rn. 318.

<sup>32</sup> Becker, in: Haase (Fn. 17), Art. 25 OECD-MA Rn. 78.

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> Lehner, in: Vogel/Lehner (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA 2005 Rn. 301.

große Bedenken hinsichtlich ihrer Steuersouveränität und wollten diese in jedem Falle bewahren.<sup>35</sup> Die EU-Schiedskonvention wurde daher als multilaterales völkerrechtliches Abkommen nach Art. 293 EUV ausgestaltet. Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Schiedskonvention trotz ihrer Ausgestaltung als multilaterales völkerrechtliches Abkommen dem Gemeinschaftsrecht unterfalle.<sup>36</sup> Begründet wird dies mit dem Argument, dass die Rechtsgrundlage dem Unionsrecht entstamme und die Schiedskonvention zusammen mit der EG-Fusionsrichtlinie eine Harmonisierungsmaßnahme der Kommission darstelle.<sup>37</sup>

Dies entspricht jedoch nicht dem Willen der beteiligten Staaten. Diese wollten gerade keine unionsrechtliche Regelung in diesem Bereich schaffen und griffen daher auf eine allgemeine völkerrechtliche Vereinbarung zurück. Bei der Schiedskonvention handelt es sich somit um einen reinen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag, der durch Ratifikation zu innerstaatlichem Recht wird.<sup>38</sup>

Teilweise wird unter Verweis auf Art. 239 EG-Vertrag (a.F.) die Auffassung vertreten, die Finanzbehörden könnten zumindest den Schiedsspruch selbst vom *Europäischen Gerichtshof* überprüfen lassen.<sup>39</sup> Eine Rechtsgrundlage für eine solche Überprüfung ist jedoch nicht ersichtlich. In Art. 25 Abs. 5 DBA-Österreich wird beispielsweise ausdrücklich eine Zuständigkeit des *Europäischen Gerichtshofs* angeordnet. Eine solche Prorogationsklausel wäre auch im Rahmen der EU-Schiedskonvention erforderlich, um eine Zuständigkeit des *Europäischen Gerichtshofs* zu begründen.<sup>40</sup> Diese liegt aber nicht vor. Eine Anrufung des *Europäischen Gerichtshofs* i.S.d. Art. 239 EG-Vertrag widerspricht zudem dem Willen der Vertragsstaaten nach uneingeschränkter Souveränität.<sup>41</sup> Ein Verfahrensverstöß kann daher zwar der Kommission mitgeteilt werden, mangels

<sup>35</sup> *Vögele/Forster* (Fn. 5), S. 537.

<sup>36</sup> *Hinnekens*, Different interpretations of the European Tax Arbitration Convention, EC Tax Rev. 1998, 249 (250 ff.).

<sup>37</sup> So *Hinnekens* (Fn. 36), S. 249 ff., unter Verweis auf *EuGH*, Rs. C-336/96 Slg. 1998, I-2793 – *Gilly*; zustimmend hinsichtlich der Eigenschaft als Harmonisierungsmaßnahme, aber ohne daraus auf eine Zugehörigkeit zum Gemeinschaftsrecht zu schließen *Flüchter/Liebchen*, in: Schönfeld/Ditz (Fn. 31), Art. 25 OECD-MA Rn. 275.

<sup>38</sup> *Bödefeld/Kuntschik*, Verständigungs- und Schiedsverfahren nach dem EU-Schiedsabkommen – Theorie und Praxis, IStR 2009, 268 (271); *Becker*, in: Haase (Fn. 17), Art. 25 OECD-MA Rn. 78; *Lehner*, in: Vogel/Lehner (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA 2005 Rn. 301; *Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Rn. 3.74.

<sup>39</sup> *Menck*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr, DBA-Kommentar, 28. Aktualisierung 2016, Art. 25 OECD-MA Teil C, Art. 12 EU-SK Rn. 7.

<sup>40</sup> *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 58. Aufl. 2016, Art. 239 EGV Rn. 2 ff.

<sup>41</sup> *Lehner*, in: Vogel/Lehner (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA Rn. 301.

Gemeinschaftsrechtsqualität kann die Kommission jedoch weder die zutreffende Anwendung des Abkommens durchsetzen, noch eine entsprechende Nichtdurchführung durch Sanktionen ahnden; insbesondere scheidet ein Vertragsverletzungsverfahren aus.<sup>42</sup>

Im Ergebnis verbleibt daher nur der vom JTPF veröffentlichte und 2006 durch den Rat angenommene „Verhaltenskodex für die Durchführung des Schiedsübereinkommens“.<sup>43</sup> Der Verhaltenskodex selbst ist nicht rechtsverbindlich, sondern hat den Charakter von reinem „*soft law*“.<sup>44</sup> Jedoch wurde der Verhaltenskodex von den meisten Mitgliedstaaten in Verwaltungsrichtlinien umgesetzt.<sup>45</sup>

Im Ergebnis handelt es sich bei der Schiedskonvention somit um einen gewöhnlichen völkerrechtlichen Vertrag, der nicht der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs* unterfällt und dessen Auslegung allein den Mitgliedstaaten obliegt.

### III. Alternative Verfahren

Neben dem Verfahren nach der EU-Schiedskonvention bestehen für den Steuerpflichtigen im Wesentlichen noch zwei weitere Möglichkeiten, um die Doppelbesteuerung abzuwenden. Klassischerweise kann gegen die Doppelbesteuerung im innerstaatlichen Rechtsbehelfsverfahren vorgegangen werden. Daneben besteht die Möglichkeit, die Doppelbesteuerung im Rahmen der bilateralen Doppelbesteuerungsabkommen über ein Verständigungsverfahren nach Art. 25 Abs. 5 OECD-MA zu beseitigen.

#### 1. Vergleich zu innerstaatlichen Rechtsbehelfsverfahren

Zur Abwendung einer Doppelbesteuerung kann auf nationaler Ebene auf die gewöhnlichen Rechtsmittel zurückgegriffen werden. Dazu zählen der Ein-

---

<sup>42</sup> *Bödefeld/Kuntschick* (Fn. 38), S. 271.

<sup>43</sup> Entschließung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten v. 27. Juni 2006 zu einem Verhaltenskodex zur Verrechnungspreisdokumentation für verbundene Unternehmen in der Europäischen Union (EU TPD), ABl. C 176 v. 28.7.2006.

<sup>44</sup> *Flüchter/Liebchen*, in: Schönfeld/Ditz (Fn. 31), Art. 25 OECD-MA Rn. 276; *Lehner*, in: Vogel/Lehner (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA Rn. 301.

<sup>45</sup> *Becker*, in: Haase (Fn. 17), Art. 25 OECD-MA Rn. 78.

spruch, die Klage vor den Finanzgerichten und eine etwaige Revision zum *Bundesfinanzhof*.<sup>46</sup>

*a) Verhältnis der nationalen Rechtsbehelfe zur Schiedskonvention*

Es stellt sich zunächst die Frage nach dem Verhältnis der nationalen Rechtsbehelfe zum Verfahren nach der EU-Schiedskonvention. Ausgangspunkt der Überlegungen ist Art. 7 Abs. 1 S. 2 EU-SK. Demnach hindert das Schlichtungsverfahren den Steuerpflichtigen nicht am Gebrauch der Klagemöglichkeiten vor dem Finanzgericht. Eingeschränkt wird dieser Grundsatz durch Art. 7 Abs. 3 EU-SK, der für den Fall einer nicht zu durchbrechenden Bindung der zuständigen Behörden an die Entscheidung der nationalen Gerichte die beiden Verfahren in ein Exklusivitätsverhältnis setzt. Die deutschen Behörden haben in der Vergangenheit von dieser Ausnahmeklausel Gebrauch gemacht und für die Einleitung des eigentlichen Schiedsverfahrens einen Verzicht auf nationale Rechtsbehelfe gefordert.<sup>47</sup> Auf die daran anknüpfenden verfassungsrechtlichen Fragen wird später noch einzugehen sein. Für das grundsätzliche Verhältnis gilt, dass der Steuerpflichtige nach der Architektur der Schiedskonvention kumulativ nach beiden Verfahren gegen die Doppelbesteuerung vorgehen kann.<sup>48</sup> Soweit dies unter Einhaltung der Fristen möglich ist (Zweijahresfrist zur Verfahrenseinleitung), kann auch zunächst ein nationales Rechtsbehelfsverfahren eingeleitet werden, ehe dann konsekutiv auf die Schiedskonvention zurückgegriffen werden kann.<sup>49</sup>

*b) Erfolgsaussichten der Verfahren*

Betrachtet man die Erfolgsaussichten eines nationalen Rechtsbehelfs, so muss man sich zunächst vor Augen führen, dass ein deutsches Finanzgericht nur über die steuerliche Behandlung des Sachverhalts in Deutschland entscheiden kann. Dies führt zugleich zu einem wesentlichen Nachteil: Nur bei vollumfänglichem Obsiegen des Steuerpflichtigen würde die Doppelbesteuerung insgesamt entfallen.<sup>50</sup> Dies dürfte in den meisten Fällen nicht zu erreichen sein. Der

---

<sup>46</sup> *Rieke*, Verrechnungspreise im Spannungsfeld zwischen Konzernsteuerung und internationalem Steuerrecht, 2015, S. 114; *Lobschmidt*, Ziele und Zielkonflikte bei der Festlegung von Verrechnungspreisen, 2005, S. 22.

<sup>47</sup> BMF-Schreiben v. 1.4.1993, IV C 5 - S 1300 - 158/92, BStBl. I 1993, 332, Tz. 4.2.

<sup>48</sup> *Reith*, Internationales Steuerrecht, 2004, Rn. 4.1082; *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 7 EU-SK Rn. 13.

<sup>49</sup> *Reith* (Fn. 48), Rn. 4.1082.

<sup>50</sup> *Schaumburg* (Fn. 38), Rn. 14.40; *Peters/Haverkamp*, Verbesserte Möglichkeiten zur Beseitigung von Doppelbesteuerungen – Vergleich des Schiedsverfahrens nach Art. 25 Abs. 5 OECD-MA und des EU-Schiedsverfahrens, BB 2011, 1303 (1303).

Steuerpflichtige muss daher in Erwägung ziehen, zugleich in beiden Ländern den nationalen Rechtsweg zu beschreiten.

Auch hinsichtlich der Beweislast können sich beim nationalen Rechtsweg Nachteile ergeben. Ist die Verrechnungspreisdokumentation unverwertbar, so tritt nach § 162 Abs. 3 S. 1 AO eine Beweislastumkehr ein. Es obliegt nun dem Steuerpflichtigen, zu beweisen, dass die Verrechnungspreise dem Fremdvergleichsgrundsatz genügen. Solche Beweisschwierigkeiten treffen den Steuerpflichtigen im Schiedsverfahren nach der Schiedskonvention nicht. Gleichzeitig verfügt der Steuerpflichtige im Schiedsverfahren aber auch über geringere Einwirkungsmöglichkeiten auf das Verfahren. Er kann zwar seine Sicht der Dinge darlegen und ist daher nicht als reines Verfahrensobjekt anzusehen, dennoch verfügt er nur sehr eingeschränkt über Möglichkeiten zur Gestaltung des Verfahrens.<sup>51</sup>

Hinzu kommt bei den nationalen Rechtsbehelfsverfahren die lange Verfahrensdauer.<sup>52</sup> Dies gilt umso mehr, falls Verfahren in mehreren Ländern angestrebt werden. Für das Unternehmen beinhaltet dies die Gefahr hoher Kosten und kann zu erheblichen Zinsbelastungen führen.<sup>53</sup> Hinzu kommen Bilanzierungsschwierigkeiten für das Unternehmen durch unsichere Bilanzposten. Unter Effizienz- und Planungsgesichtspunkten ist das für die betroffenen Unternehmen problematisch.

Im Übrigen ist der nationale Rechtsweg aufgrund der Vieldeutigkeit des Fremdüblichkeitsgrundsatzes wenig attraktiv für den Steuerpflichtigen.<sup>54</sup> Im Ergebnis haben förmliche Rechtsbehelfe gegen eine Gewinnberichtigung daher in weniger als der Hälfte der Fälle Erfolg.<sup>55</sup>

Der nationale Rechtsweg weist aber auch Vorteile auf. Das Unternehmen ist beim Schlichtungsverfahren nicht selbst Partei.<sup>56</sup> Aufgrund der daraus resultierenden beschränkten Mitwirkungsmöglichkeiten des Steuerpflichtigen im Schlichtungsverfahren, das im Wesentlichen zwischen den betroffenen Behörden stattfindet, kann am Ende ein für den Steuerpflichtigen unerwünschtes Ergebnis stehen, ohne dass ihm die Möglichkeit verbliebe, darauf nochmals

<sup>51</sup> *Frotscher*, Internationales Steuerrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 1256.

<sup>52</sup> *Peters/Haverkamp* (Fn. 50), S. 1303.

<sup>53</sup> *Metz*, Internationale Transferpreissetzung und der „European Code of Conduct“, 2011, S. 79.

<sup>54</sup> *Peters/Haverkamp* (Fn. 50), S. 1303.

<sup>55</sup> *Oestreicher/Kimpel/Reimer*, Internationale Verrechnungspreise – Herausforderungen und Lösungsansätze für Familienunternehmen, 2015, S. 26.

<sup>56</sup> Kritisch hierzu insbesondere *Frotscher* (Fn. 51), Rn. 1256.

Einfluss zu nehmen oder das Verfahren abubrechen. Auch können etwaige Verfahrensverstöße im nationalen Gerichtsverfahren im Instanzenzug gerügt werden. Diese Möglichkeit besteht für den Steuerpflichtigen im Rahmen der EU-Schiedskonvention nicht. Ein internationaler Gerichtshof in Steuersachen, der Verstöße gegen die Schiedskonvention behandeln könnte, existiert nicht.

Im Ergebnis bietet die Schiedskonvention dennoch große Vorteile für den Steuerpflichtigen. Der nationale Rechtsweg geht mit der Gefahr hoher Kosten, einer langen Verfahrensdauer und geringen Erfolgsaussichten einher. Unter Effizienzgesichtspunkten ist das Verfahren nach der Schiedskonvention deutlich besser geeignet, die Doppelbesteuerung zu beseitigen. Im Gegenzug muss der Steuerpflichtige aber Einschränkungen seiner Mitwirkungsmöglichkeiten und die Gefahr von Verstößen gegen rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze (mehr oder weniger) schutzlos hinnehmen.

## 2. Vergleich zu DBA-Verfahren

Neben der Schiedskonvention bieten auch die zahlreichen Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland eine Möglichkeit der Abwendung einer Doppelbesteuerung. Art. 25 Abs. 5 OECD-MA enthält ein der Schiedskonvention vergleichbares Verfahren zur Vermeidung von Doppelbesteuerung. Deutschland unterhält mit allen Mitgliedern der Schiedskonvention eigene bilaterale Doppelbesteuerungsabkommen.

### a) Verhältnis der Schiedskonvention zu den DBA-Verfahren

Dies wirft die grundsätzliche Frage nach dem Verhältnis der EU-Schiedskonvention zu den Doppelbesteuerungsabkommen auf. Ausgangspunkt der Überlegungen kann zunächst der Wortlaut von Art. 15 EU-SK sein. Demnach bleiben durch die EU-Schiedskonvention weitere Regelungen zur Vermeidung von Doppelbesteuerung unangetastet.<sup>57</sup> In der Literatur wird teilweise vertreten, dass der EU-Schiedskonvention aufgrund ihres europarechtlichen Bezugs als „*lex superior*“ ein Anwendungsvorrang zukomme.<sup>58</sup> Wie schon die Ausführungen zur Rechtsnatur der Schiedskonvention gezeigt haben, handelt es sich nicht um Unionsrecht, sondern um einen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag. Daher kann der EU-Schiedskonvention aufgrund der fehlenden europarechtlichen Legitimation auch nicht der Vorrang des Unionsrechts zukommen.<sup>59</sup>

<sup>57</sup> Lehner, in: Vogel/Lehner (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA 2005 Rn. 306.

<sup>58</sup> Bödefel/Kuntschik, Schiedsverfahren nach DBA, IStR 2009, 449 (453).

<sup>59</sup> Peters/Haverkamp (Fn. 50), S. 1305.



Ebenso wird in der Literatur vertreten, dass die Schiedskonvention als „*lex specialis*“ zum Verfahren nach Art. 25 Abs. 5 OECD-MA zu klassifizieren sei.<sup>60</sup> Auch diese Ansicht kann nicht überzeugen. Neben dem bereits aufgezeigten Wortlautargument spricht auch der Wille der EU-Mitgliedstaaten gegen ein solches Rangverhältnis.<sup>61</sup> Dem Steuerpflichtigen sollte vielmehr ein Wahlrecht zwischen den Verfahren zukommen.<sup>62</sup> Hintergrund ist, dass durch die Wahlmöglichkeit eine möglichst schnelle und sachgerechte Lösung des Verrechnungspreiskonflikts gefunden werden kann. Jedes Unternehmen soll selbst entscheiden können, welcher Weg im konkreten Einzelfall der erfolgversprechendste ist. Für die Anerkennung des Wahlrechts spricht auch die ständige Praxis der Finanzverwaltung, dass der Steuerpflichtige zu Verfahrensbeginn angeben muss, welches Verfahren er bestreiten möchte. Daraus folgt zugleich, dass eine parallele Anwendung beider Verfahren ausgeschlossen ist.<sup>63</sup>

Ein Wahlrecht des Steuerpflichtigen kann dagegen dadurch ausgeschlossen werden, dass im einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen eine Klausel eingefügt wird, wonach das DBA-Verfahren ausgeschlossen ist, wenn und soweit das Verfahren der Schiedskonvention eröffnet werden kann.<sup>64</sup>

#### b) Vergleich der beiden Verfahren

Auch wenn die beiden Verfahren viele Ähnlichkeiten aufweisen, gibt es doch einige Unterschiede, die entscheidenden Einfluss auf das Wahlrecht des Steuerpflichtigen haben können.

Der erste größere Unterschied betrifft den Anwendungsbereich der EU-Schiedskonvention. Deren Anwendung ist, wie oben bereits ausgeführt, auf bestimmte Fälle der Doppelbesteuerung beschränkt. Art. 25 Abs. 5 OECD-MA umfasst dagegen jeden Verstoß gegen den Regelungskatalog des Doppelbesteuerungsabkommens.<sup>65</sup> Weiter kann die Schiedskonvention nur im Verhältnis zwischen den Staaten, welche die Schiedskonvention ratifiziert haben, Anwendung finden.<sup>66</sup> Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der DBA-

---

<sup>60</sup> *Van Hersken*, How the Arbitration Convention Lost its Lustre: the Threat of Triangular Cases, *Intertax* 2008, 332 (333 ff.).

<sup>61</sup> *Bödefel/Kuntschik* (Fn. 58), S. 453; *Peters/Haverkamp* (Fn. 50), S. 1305.

<sup>62</sup> *Peters/Haverkamp* (Fn. 50), S. 1305.

<sup>63</sup> *Lehner*, in: *Vogel/Lehner* (Fn. 15), Art. 25 OECD-MA 2005 Rn. 306.

<sup>64</sup> *Ebd.*

<sup>65</sup> *Ebd.*: *Frotscher* (Fn. 51), Rn. 1246.

<sup>66</sup> *Oestreicher/Kimpel/Reimer* (Fn. 55), S. 7.

Verfahren ist somit deutlich weiter.<sup>67</sup> So hat die Bundesrepublik Deutschland mit über 90 Staaten Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen.<sup>68</sup>

Der Ablauf des Verständigungsverfahrens der EU-Schiedskonvention entspricht weitgehend dem klassischen DBA-Verfahren in Art. 25 Abs. 5 OECD-MA. Ein entscheidender Unterschied ergibt sich aber in der Pflicht zur Verfahrenseinleitung. Nach dem ursprünglichen Wortlaut von Art. 25 Abs. 5 OECD-MA stand die Einleitung des DBA-Verständigungsverfahrens im Ermessen der betroffenen Vertragsstaaten. Ein Einigungszwang besteht daher nicht. Auf dieser Grundlage beruht die große Mehrzahl der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen. Der Steuerpflichtige kann mangels eines subjektiven Rechts nicht ohne Weiteres eine Einleitung des Verständigungsverfahrens oder gar die Beseitigung der Doppelbesteuerung erzwingen.<sup>69</sup> Es besteht für das betroffene Unternehmen daher keine ausreichende Sicherheit der Beseitigung der Doppelbesteuerung.<sup>70</sup>

Durch die Änderung des Wortlauts des Art. 25 Abs. 5 lit. b) OECD-MA im Jahr 2008 ist nun auch im Rahmen der Doppelbesteuerungsabkommen die Verpflichtung zur Einleitung des Verständigungsverfahrens gegeben.<sup>71</sup> Auf dieser neuen Grundlage wurden bereits die Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz und den USA mit der Pflicht zur Einleitung des Verständigungsverfahrens ausgestaltet. Die Regelung entspricht nun weitgehend der Regelung des Art. 6 Abs. 2 S. 1 EU-SK, der ebenfalls eine Pflicht zur Verfahrenseinleitung vorsieht. Die große Mehrzahl der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen kennt diese Pflicht allerdings (noch) nicht.

Ein weiterer Nachteil der DBA-Verfahren findet sich in den längeren Fristen für eine Einigung. Diese können zu einer erheblich längeren Verfahrensdauer von deutlich über drei Jahren führen.<sup>72</sup> Damit korrespondiert eine hohe Zinsbelastung für die betroffenen Unternehmen.<sup>73</sup> Gleichzeitig führt dies zu Schwierigkeiten bei der Bilanzierung. Das Unternehmen hat für die gesamte Verfahrensdauer einen unsicheren Dauerposten in der Bilanz. Die Schiedskonvention erreicht dagegen durch die kürzeren Fristen ein deutlich

<sup>67</sup> *Reith* (Fn. 48), Rn. 4.1081.

<sup>68</sup> Stand der Doppelbesteuerungsabkommen und anderer Abkommen im Steuerbereich sowie der Abkommensverhandlungen am 1. Januar 2016, BMF-Bericht v. 19.1.2016, IV B 2 – S 1301/07/10017-07, S. 4 ff.

<sup>69</sup> *Niess*, Internationale Verrechnungspreise, in: FS Krawitz, 2010, S. 297 (309).

<sup>70</sup> *Ebd.*

<sup>71</sup> *Oestreicher/Kimpel/Reimer* (Fn. 55), S. 53.

<sup>72</sup> *Niess* (Fn. 69), S. 309.

<sup>73</sup> *Ebd.*

effizienteres Verfahren. Einschränkend muss aber angemerkt werden, dass in den ersten Jahren die wenigsten Verfahren innerhalb der vorgesehenen Fristen abgeschlossen wurden. Das JTPF hat daher in seinen Empfehlungen<sup>74</sup> einen besonderen Fokus auf die Einhaltung der Fristen gelegt, da dies die Verfahrenseffizienz nochmals deutlich steigern kann.<sup>75</sup>

Entgegen der Regelung in Art. 25 Abs. 5 OECD-MA können die beteiligten Behörden im Rahmen der Schiedskonvention binnen eines halben Jahres in gegenseitigem Einvernehmen und mit Zustimmung des Steuerpflichtigen vom Schiedsspruch des beratenden Ausschusses abweichen.<sup>76</sup> Dies ermöglicht den Behörden zusätzliche Flexibilität, bedeutet für den Steuerpflichtigen aber zugleich weitere sechs Monate der Rechtsunsicherheit.

Soweit dem Steuerpflichtigen tatsächlich eine Wahlmöglichkeit zukommt, sollte dieser aufgrund der günstigeren Fristenregelung auf die EU-Schiedskonvention zurückgreifen.<sup>77</sup>

### 3. Advance-Pricing-Agreements als alternative Verfahren

Ein sogenanntes *Advance-Pricing-Agreement* (APA) stellt eine weitere Möglichkeit zur Vermeidung von Doppelbesteuerung durch einseitige Gewinnberichtigung dar. Im Gegensatz zu den bisher genannten Verfahren sind APA-Verfahren nicht auf einen Sachverhalt in der Vergangenheit gerichtet, sondern auf die Zukunft bezogen. So sollen auf bilateraler oder multilateraler Basis mögliche Verrechnungskreis Konflikte für die Zukunft im Voraus vertraglich geregelt werden. In den USA werden APA-Verfahren bereits mit großem Erfolg eingesetzt.<sup>78</sup> Auch in Deutschland hat sich die Anzahl der APA-Verfahren in den letzten Jahren vervielfacht.<sup>79</sup> Dies zeigt, dass auf Unternehmensseite ein großes Interesse an einer vorbeugenden Absicherung besteht, was sicherlich auch auf die Unsicherheiten und Nachteile der oben genannten Verfahren zurückzuführen ist. Ein weiterer Vorteil der APA-Verfahren ist, dass diese auch multilateral ausgestaltet werden können, und dadurch ein schwieriges Verständigungsverfahren zwischen mehr als zwei Staaten vermieden werden kann.<sup>80</sup> Ebenfalls

---

<sup>74</sup> EU Joint Transfer Pricing Forum, Final Report on Improving the Functioning of the Arbitration Convention, v. 12.3.2015, DOC: JTPF/002/2015/EN.

<sup>75</sup> *Puls/Bickenbach* (Fn. 16), S. 357.

<sup>76</sup> BT-Drucks. 12/4071, S. 16.

<sup>77</sup> *Oestreicher/Kimpel/Reimer* (Fn. 55), S. 7.

<sup>78</sup> *Niess* (Fn. 69), S. 310.

<sup>79</sup> *Becker*, Verfahren zur Lösung von DBA-Konflikten, IStR 2007, 592 (594).

<sup>80</sup> *Flüchter/Liebchen*, in: Schönfeld/Ditz (Fn. 31), Art. 25 OECD-MA Rn. 326; *Niess* (Fn. 69), S. 310.

vorteilhaft ist die mögliche Rückwirkung („*Roll-Back*“) auf noch offene Verrechnungspreiskonflikte.<sup>81</sup> Allerdings weisen APA-Verfahren auch einige Nachteile auf. Die Verfahren sind sehr komplex und führen zu hohen Personal- und Einleitungskosten seitens der Unternehmen.<sup>82</sup> Dies dürfte gerade mittelständische Unternehmen vom Abschluss von APAs abhalten. Gleichzeitig erfordern APA-Verfahren eine absolute Offenheit gegenüber dem Fiskus, wobei für die dadurch erlangten Informationen im Falle des Scheiterns der Verhandlungen kein Verwertungsverbot für folgende Betriebsprüfungen besteht.<sup>83</sup>

Im Ergebnis stellen APAs kein Allheilmittel dar. Sie bieten aber eine beachtenswerte Möglichkeit, sich im Voraus gegen mögliche Verrechnungspreiskonflikte abzusichern. Dies gilt umso mehr für die komplexen Fälle von multilateralen Doppelbesteuerungsproblematiken. In Erwägung zu ziehen ist auch eine Kombination eines Schiedsverfahrens mit dem zeitgleichen Abschluss von APAs, die sodann Verrechnungspreiskonflikten in der Zukunft vorbeugen.

#### IV. Verfassungsrechtliche Fragen

Die EU-Schiedskonvention bietet wie soeben dargestellt für den Steuerpflichtigen einige wesentliche Vorteile gegenüber den alternativen Verfahren zur Vermeidung von Doppelbesteuerung. Allerdings werfen einige Regelungen grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen auf.

##### 1. Verzicht auf nationalen Rechtsschutz

Einige Staaten, darunter – zumindest früher – auch Deutschland, gehen von einer teilweisen Unvereinbarkeit des Schiedsverfahrens mit parallelen nationalen Rechtsbehelfsverfahren aus. Gestützt wird diese Einschränkung auf Art. 7 Abs. 3 EU-SK. Demnach kommt es bei Vertragsstaaten, deren zuständige Behörden nach innerstaatlichem Recht nicht von den Entscheidungen ihrer Gerichte abweichen können, erst mit Verstreichen der Frist zur Einlegung eines Rechtsbehelfes oder der Rücknahme eines solchen zur Einleitung des Schiedsverfahrens. Zunächst hatten Frankreich und England erklärt, von Art. 7 Abs. 3

---

<sup>81</sup> Vgl. Merkblatt für bilaterale oder multilaterale Vorabverständigungsverfahren auf der Grundlage der Doppelbesteuerungsabkommen zur Erteilung verbindlicher Vorabzusagen über Verrechnungspreise zwischen international verbundenen Unternehmen (sog. „Advance Pricing Agreements“ – APA) v. 5.10.2006, IV B4 – S 1341 – 38/06, BStBl. I 2006, 594, Tz. 3.7.

<sup>82</sup> *Niess* (Fn. 69), S. 311.

<sup>83</sup> *Ebd.*

EU-SK Gebrauch machen zu wollen.<sup>84</sup> Die Rechtslage in Deutschland gestaltet sich dagegen weniger eindeutig. Ausgangspunkt der Überlegung ist zunächst § 110 Abs. 1 FGO. Mit der Rechtskraft der Entscheidung tritt nach § 110 FGO grundsätzlich eine Bindung an die rechtliche Beurteilung des Gerichts ein, sofern nicht neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, die das Gericht nicht berücksichtigt hat.<sup>85</sup> Das Ergebnis eines Schieds- bzw. Verständigungsverfahrens stellt keine solche neue Tatsache i.S.d. § 110 Abs. 1 FGO dar.<sup>86</sup> Man könnte an dieser Stelle folglich zum Ergebnis kommen, dass eine Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils auch in Deutschland ausgeschlossen ist und demnach Art. 7 Abs. 3 EU-SK Anwendung finden kann.<sup>87</sup> Dieser Auffassung ist auch das Bundesministerium der Finanzen gefolgt, indem es ausdrücklich einen Verzicht auf nationale Rechtsbehelfe als Bedingung für die Einleitung des Schiedsverfahrens formulierte.<sup>88</sup> Auch die Bundesregierung hat in der betreffenden Denkschrift diesen Ansatz zum Ausdruck gebracht und darauf verwiesen, dass in Deutschland die Notwendigkeit bestehe, widerstreitende Gerichts- und Schiedsentscheidungen zu vermeiden.<sup>89</sup> Macht man den Verzicht auf ein nationales Gerichtsverfahren zur Voraussetzung für die Einleitung des Schiedsverfahrens, stellt sich nunmehr die Frage, ob eine solche Regelung noch mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar ist. Hinsichtlich des Schutzzumfangs ist aus Art. 19 Abs. 4 GG vom *Bundesverfassungsgericht* ein substantieller Anspruch auf effektiven Rechtsschutz, d.h. ein Anspruch des Einzelnen auf eine tatsächlich wirkungsvolle und möglichst lückenlose gerichtliche Kontrolle, abgeleitet worden.<sup>90</sup> Auch juristische Personen werden von diesem Schutz erfasst.<sup>91</sup> Es stellt sich nunmehr die Frage, ob der vorgesehene Verzicht als Voraussetzung für das weitere Verfahren einen Eingriff in Art. 19 Abs. 4 GG darstellt. Der nationale Rechtsweg bietet keine Garantie für eine vollständige Beseitigung der abkommenswidrigen und belastenden Doppelbesteuerung.<sup>92</sup> Es besteht somit eine Abhängigkeit von der Möglichkeit der Eröffnung des Schiedsverfahrens. Nichtsdestotrotz kann das Schiedsverfahren den Schutz des

<sup>84</sup> *Krabbe*, Das Schiedsübereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, IStR 1996, 5 (10).

<sup>85</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 7 EU-SK Rn. 15.

<sup>86</sup> *Ebd.*

<sup>87</sup> *Krabbe* (Fn. 84), S. 10.

<sup>88</sup> BMF-Schreiben v. 1.4.1993, IV C 5 – S 1300 – 158/92, BStBl. I 1993, 332, Tz. 4.2.

<sup>89</sup> BT-Drucks. 12/4071, S. 15.

<sup>90</sup> BVerfGE 8, 274 (326); 118, 168 (207).

<sup>91</sup> *Windthorst*, in: Gröpl/Windthorst/von Coelln, GG, 2. Aufl. 2015, Art. 19 Abs. 4 GG Rn. 75.

<sup>92</sup> Siehe III. 1. b).

Steuerpflichtigen durch die Finanzgerichte nicht vollständig ersetzen, solange es selbst nicht als Gerichtsverfahren ausgestaltet ist.<sup>93</sup> Nach der deutschen Rechtsordnung (Art. 19 Abs. 4 GG) muss es unabhängig von der jeweiligen Verfahrenssituation möglich sein, den Schutz der Gerichte anzurufen.<sup>94</sup> Die Notwendigkeit des Verzichts als Voraussetzung der Garantie der Vermeidung der Doppelbesteuerung stellt daher einen Eingriff in den verfassungsrechtlich garantierten Rechtsschutz von Art. 19 Abs. 4 GG dar.

Nach der Denkschrift der Bundesregierung ist diese Einschränkung jedoch gerechtfertigt. Die Einschränkung sei notwendig, um eine Kollision von Gerichts- und Schiedsentscheidungen zu vermeiden.<sup>95</sup> Zudem seien die Folgen des Verzichts für den Steuerpflichtigen von vornherein vorhersehbar, sodass im Ergebnis keine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG vorliege.<sup>96</sup> Dieser Ansatz kann nicht überzeugen. Für den Steuerpflichtigen dürfte es vor der Einsetzung des beratenden Ausschusses gerade nicht möglich sein, den Ausgang des Verfahrens und somit die Folgen seines Verzichts abzusehen. Es ist unter rechtsstaatlichen Grundsätzen vielmehr zu fordern, dass dem Steuerpflichtigen durch die Schiedskonvention ein gleichwertiger Schutz zukommt.<sup>97</sup> Dieser ist jedoch aufgrund der oben bereits aufgezeigten Defizite hinsichtlich der Mitwirkungsmöglichkeiten und des Fehlens der Möglichkeit, gegen Verfahrensverstöße vorzugehen, nicht gegeben.<sup>98</sup> Mithin ist grundsätzlich eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG anzunehmen.

Die Bundesregierung hat in der Zwischenzeit auf diese Problematik reagiert. Mit Einführung des § 175a AO dürfte sich die Rechtslage hinsichtlich der Möglichkeit der Durchbrechung der Rechtskraft nach § 110 FGO nochmals geändert haben. Nach § 175a AO können Steuerbescheide erlassen, aufgehoben oder geändert werden, soweit dies zur Umsetzung einer Verständigungsvereinbarung oder eines Schiedsspruchs nach einem Vertrag i.S.d. § 2 AO geboten ist.<sup>99</sup> § 2 AO erfasst dabei auch die EU-Schiedskonvention.<sup>100</sup> Allerdings

<sup>93</sup> *Menck*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr (Fn. 39), Art. 25 OECD-MA Teil C, Art. 7 EU-SK Rn. 13.

<sup>94</sup> *Ebd.*

<sup>95</sup> BT-Drucks. 12/4071, S. 15.

<sup>96</sup> BT-Drucks. 12/4071, S. 15; dem folgend: *Krabbe* (Fn. 84), S. 10; *Rupp/Knies/Ott/Faust* (Fn. 22), S. 547.

<sup>97</sup> *Menck*, in: Gosch/Kroppen/Grotherr (Fn. 39), Art. 25 OECD-MA Teil C, Art. 7 EU-SK Rn. 13.

<sup>98</sup> *Herlinghaus*, Gedanken zum abkommensrechtlichen Schiedsverfahren nach Art. 25 Abs. 5 OECD-MA, IStR 2010, 125 (128); *Nientimp/Tomson*, Das verbindliche Schiedsverfahren nach dem neuen OECD-MA, IStR 2009, 615 (616).

<sup>99</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 7 EU-SK Rn. 15.

bezieht sich § 175a nach dem Wortlaut nicht unmittelbar auf rechtskräftig ergangene Urteile, sondern spricht allgemein nur von Steuerbescheiden. Sieht man in einem Schiedsspruch oder einer Verständigungsvereinbarung eine zu § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO vergleichbare Situation, also ein Ereignis, das steuerliche Wirkung für die Vergangenheit hat (rückwirkendes Ereignis), so könnte man dann unter Anwendung von § 110 Abs. 2 FGO eine Durchbrechung der Rechtskraft durch den Schiedsspruch annehmen.<sup>101</sup> Das Bundesministerium der Finanzen befürwortet neuerdings ebenfalls eine Anwendung von § 175a AO und § 110 Abs. 2 FGO auf Schiedssprüche und Verständigungsvereinbarungen.<sup>102</sup> Unbeantwortet bleibt aber die Frage, ob damit zugleich ein Verzicht der Anwendung von Art. 7 Abs. 3 EU-SK und somit des Erfordernisses des Verzichts auf gerichtlichen Rechtsschutz einhergeht. Der Wortlaut der Erklärung des Bundesministeriums der Finanzen bleibt insoweit eine Antwort schuldig, wobei sich aber aus dem systematischen Zusammenhang im Ergebnis nichts anderes ergeben kann.<sup>103</sup> Unter Anwendung dieser Systematik wäre sowohl der nationale Rechtsweg als auch das Schiedsverfahren parallel uneingeschränkt durchführbar, sodass eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG fortan nicht mehr in Betracht kommt.

## 2. Verwehrung des Schutzes nach Art. 8 EU-SK

Grundsätzlich besteht nach der EU-Schiedskonvention die Pflicht, dass wenn nach zwei Jahren im Verständigungsverfahren keine Einigung erzielt wurde, ein Schiedsverfahren unter Hinzuziehung des beratenden Ausschusses eingeleitet wird. Diese Verpflichtung wird durch Art. 8 Abs. 1 EU-SK insoweit beschnitten, als dass keine Verpflichtung zur Einleitung des Verfahrens besteht, wenn gegen das Unternehmen ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren wegen eines „empfindlich zu bestrafenden Verstoßes gegen steuerliche Vorschriften im Zusammenhang mit dem zur Gewinnberichtigung führenden Geschäft“ anhängig ist.<sup>104</sup> Läuft das Verständigungsverfahren bereits, kann es bis zur Urteilsverkündung ausgesetzt werden (Art. 8 Abs. 2 EU-SK).

Dieses Vorgehen kann ebenfalls unter dem Gesichtspunkt von Art. 19 Abs. 4 GG problematisch sein. In Deutschland ist der Tatbestand des Art. 8 Abs. 1

---

<sup>100</sup> *Ebd.*

<sup>101</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 7 EU-SK Rn. 15.

<sup>102</sup> BMF-Schreiben v. 13.7.2006, IV B 6 – S 1300 – 340/06, BStBl. I 2006, 461, Tz. 13.1.4.

<sup>103</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 7 EU-SK Rn. 15; *Flüchter/Liebchen*, in: Schönfeld/Ditz (Fn. 31), Art. 25 OECD-MA Rn. 299.

<sup>104</sup> *Engler/Elbert*, in: Vögele/Borstell/Engler (Fn. 19), Kap. F Rn. 309.

EU-SK schon bei einer mit Bußgeld geahndeten Steuerordnungswidrigkeit im Sinne der §§ 377 ff. AO erfüllt.<sup>105</sup> Dazu gehören etwa die leichtfertige Steuerverkürzung nach § 378 AO oder die Steuerverfälschung nach § 93 AO.<sup>106</sup> Dies zeigt, dass bereits leichte Verstöße gegen Steuergesetze das Recht auf eine Beseitigung der Doppelbesteuerung gefährden. Das ist unter zwei Aspekten bedenklich. Erstens wird das betroffene Unternehmen gleich doppelt bestraft: zunächst durch die gesetzlich vorgesehene Strafe und dann noch durch die Sanktion der Nichtabwendung der Doppelbesteuerung. Zweitens tritt durch nur leichte Vergehen eine Verwirkung des Rechtsschutzes ein.<sup>107</sup> In einigen Vertragsstaaten wurde der Begriff des „empfindlichen Verstoßes“ so weit ausgedehnt, dass dieser kaum mehr steuerkriminelle Aspekte beinhaltet.<sup>108</sup>

Diese Problematik wurde von den Mitgliedstaaten erkannt, und so wurde im neuen Verhaltenskodex zur EU-Schiedskonvention empfohlen, dass die nationalen Regelungen in diesem Bereich auf Ausnahmefälle zu beschränken seien.<sup>109</sup> Problematisch ist insbesondere der Fall, dass ein Land den Verzicht auf nationale Rechtsbehelfe fordert, dann aber zu einem späteren Zeitpunkt das Verfahren nach Art. 8 Abs. 2 EU-SK aussetzt. Der Steuerpflichtige wäre der Doppelbesteuerung in diesem Fall nahezu schutzlos ausgeliefert. Umso wichtiger ist aus verfassungsrechtlicher Sicht eine restriktive Handhabung von Art. 8 EU-SK.

### 3. Publizitätserfordernisse

Nach Art. 12 Abs. 2 EU-SK können die zuständigen Behörden der beteiligten Vertragsstaaten mit Zustimmung der Unternehmen den Schiedsspruch veröffentlichen. In den ersten beiden Verfahren, die bisher im Rahmen der dritten Phase durchgeführt worden sind, ist eine Veröffentlichung aber nicht erfolgt. Veröffentlicht wurden bisher nur Verfahrensstatistiken, die Angaben über die Art und Anzahl der Schiedsverfahren und deren Verfahrensdauer beinhalten. Eine Nichtveröffentlichung der Schiedssprüche ist insoweit bedenklich, als dass auch bei außergerichtlichen Streitbeilegungsmechanismen

---

<sup>105</sup> BMF-Schreiben v. 12.4.2005, IV B 4 – S 1341 – 1/05, BStBl. I 2005, 570, Tz. 6.1.3.2.

<sup>106</sup> *Ebd.*

<sup>107</sup> *Saß* (Fn. 29), S. 987; *Schaumburg* (Fn. 38), Rn. 3.79.

<sup>108</sup> *Saß* (Fn. 29), S. 987.

<sup>109</sup> Überarbeiteter Verhaltenskodex zur EU-Schiedskonvention, ABl. C 322 v. 30.12.2009, Tz. 3.



der Publizität eine hohe rechtsstaatliche und grundrechtliche Bedeutung zukommt.<sup>110</sup>

Als Vergleich kann ein Blick auf die rein innerdeutschen Finanzgerichtsverfahren geworfen werden. Es gilt dabei der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung (§ 52 i.V.m. §§ 169-175 GVG). Diesem Grundsatz kommt zwar kein Verfassungsrang zu, er ist aber ein wesentlicher Leitgedanke gerichtlicher Verfahren in einem demokratischen Rechtsstaat.<sup>111</sup> Die Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen war bereits eine der zentralen Forderungen des frühen Liberalismus.<sup>112</sup> Grundlage hierfür war die Vorstellung, dass nur die Öffentlichkeit die Wahrheit und Gerechtigkeit im Prozess gewährleisten könne.<sup>113</sup> Maßgeblich eingeschränkt wird der Grundsatz der Öffentlichkeit von Finanzgerichtsverfahren durch § 52 Abs. 2 FGO, wonach ein anderer Verfahrensbeteiligter als die Finanzbehörde den Ausschluss der Öffentlichkeit beantragen kann. Dies begründet sich maßgeblich im Schutz der Persönlichkeitsrechte und des Steuergeheimnisses des Steuerpflichtigen. Unbeschadet davon sollte die Urteilsverkündung in jedem Fall öffentlich sein.<sup>114</sup> Eingeschränkt wird dieser Grundsatz nur durch § 173 Abs. 2 GVG, wonach für bestimmte Fälle von einer Urteilsverkündung abgesehen werden kann. Besonders relevant ist § 172 Nr. 2 GVG, der eine Möglichkeit der Nichtveröffentlichung des Urteils vorsieht, wenn dadurch wichtige Geschäfts-, Betriebs-, oder Steuergeheimnisse zur Sprache kommen, durch deren Erörterung überwiegend schutzwürdige Interessen des Steuerpflichtigen verletzt würden.

Der kurze Exkurs ins deutsche Finanzgerichtsverfahrensrecht zeigt, dass der Öffentlichkeit des Verfahrens und der Urteilsverkündung eine hohe Legitimationswirkung und somit demokratische Bedeutung zukommt, gleichzeitig aber auch das deutsche Recht in bestimmten Fällen Einschränkungen des Grundsatzes der Öffentlichkeit kennt. Zusätzlich muss angemerkt werden, dass es sich bei Fällen der EU-Schiedskonvention regelmäßig um Unternehmen und nicht um natürliche Personen handelt, sodass sich darüber hinaus die Frage nach der Anwendbarkeit von Persönlichkeitsrechten stellt. Unabhängig davon werden durch § 172 Nr. 2 GVG auch Geschäftsgeheimnisse als Begründung für eine Nichtveröffentlichung anerkannt.

<sup>110</sup> *Oestreicher/Kimpel/Reimer* (Fn. 55), S. 63 f.

<sup>111</sup> BVerfGE 15, 303 (307).

<sup>112</sup> *Stapperfend*, in: *Gräber*, Finanzgerichtsordnung, 8. Aufl. 2015, § 52 FGO Rn. 10.

<sup>113</sup> *Feuerbach*, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege, 1821, S. 86 ff.; *Mittermaier*, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht, 1845, S. 333 ff.

<sup>114</sup> *Stapperfend* (Fn. 112), § 52 FGO Rn. 10.

Es ist ersichtlich, dass auch für die Schiedssprüche im Rahmen der EU-Schiedskonvention keine „Schwarz oder Weiß“-Regelung Bestand haben kann. Es muss ein schonender Ausgleich zwischen dem Publizitätsinteresse der Allgemeinheit und den Interessen des Steuerpflichtigen gefunden werden.<sup>115</sup> Wenngleich Schiedssprüche keine Präjudizwirkung im Sinne der *Stare-Decisis*-Doktrin im angloamerikanischen Rechtsraum entfalten, haben sie doch erhebliche Bedeutung für das Handeln Dritter und für zukünftige Verfahren. Die durchgängige Veröffentlichung der Ergebnisse der Verständigungsverfahren gewährleistet einen gleichmäßigen Abkommens- und Gesetzesvollzug in der Union und stellt zudem ein wirksames Mittel gegen Korruption dar.<sup>116</sup> Sie bedeutet aber dementsprechend auch eine Einschränkung des Handlungsspielraums der Behörden im Verfahren.

Im Ergebnis ist eine Veröffentlichung der Ergebnisse des Verständigungsverfahrens aus rechtsstaatlicher und grundrechtlicher Perspektive wünschenswert. Gleichzeitig könnte dadurch die Akzeptanz und Zuverlässigkeit der Schiedskonvention erheblich gesteigert werden. Dabei sind jedoch die Interessen des Steuerpflichtigen an der Geheimhaltung seiner Geschäftsgeheimnisse zu beachten, sodass eine umfassende Anonymisierung notwendig wird.

#### 4. Besetzung des beratenden Ausschusses

Teilweise wird auch die Besetzung des beratenden Ausschusses kritisiert. Diese erfolge nicht nach demokratischen Grundsätzen und im Übrigen sei die Praxis bedenklich, die Posten mit „alten Haudegen“ zu besetzen.<sup>117</sup> Hintergrund dieser Kritik dürfte sein, dass der beratende Ausschuss sich neben den Vertretern der Behörden aus einem kleinen feststehenden Pool von Experten zusammensetzt, die von den Behörden berufen werden. Dabei gibt zunächst jedes Land eine Liste von fünf Personen bekannt, die als unabhängige Experten infrage kommen. Die Behörden einigen sich dann nach Art. 9 EU-SK auf mindestens zwei unabhängige Mitglieder des beratenden Ausschusses. Gelingt eine Einigung nicht, entscheidet das Los, Art. 9 Abs. 1 EU-SK.

Aufgrund des Auswahlverfahrens kann eine Beeinflussung der Experten durch die Behördenvertreter und somit eine fehlende Unabhängigkeit nicht ausgeschlossen werden. Daran ändern auch die im Ergebnis wenig einschneidenden

---

<sup>115</sup> *Oestreicher/Kimpel/Reimer* (Fn. 55), S. 64.

<sup>116</sup> *Pit*, *Improving the Arbitration Procedure under the EU Arbitration Convention* (Part 2), *EC Tax Rev.* 2015, 78 (94); *Oestreicher/Kimpel/Reimer* (Fn. 55), S. 64.

<sup>117</sup> So *Bellstedt* (Fn. 23), 194 f.; kritisch auch *Pit*, *Improving the Arbitration Procedure under the EU Arbitration Convention* (Part 1), *EC Tax Rev.* 2015, 15 (26).

Befangenheitsvorschriften nichts. So genügt es etwa nicht, dass der Experte zuvor selbst der Behörde angehörte oder eine Beteiligung am betroffenen Unternehmen von bis zu 10 % hält.<sup>118</sup>

Es wird vertreten, dass sich dieser Umstand nicht zwangsläufig nachteilig für den Steuerpflichtigen auswirke.<sup>119</sup> Die Pflicht, die Doppelbesteuerung zu beseitigen, bestehe in jedem Falle.<sup>120</sup> Dagegen kann jedoch eingewendet werden, dass tatsächlich unabhängige Mitglieder die Belange des Steuerpflichtigen besser im Blick haben und weniger den Interessen der Behörden folgen. Die Art der Beseitigung der Doppelbesteuerung kann sich bei unterschiedlicher Höhe der Steuersätze der beteiligten Staaten für den Steuerpflichtigen erheblich auswirken. Unabhängige Mitglieder beugen der Gefahr vor, dass die Behörden im Zweifel dazu neigen werden, eine insgesamt höhere Besteuerung für das Unternehmen durchzusetzen.

Kritisch äußert sich auch *Krabbe*, der dem beratenden Ausschuss die Stellung als Schiedsgericht abspricht und dies letztlich auf den Wunsch der Staaten nach Erhalt ihrer Souveränität zurückführt.<sup>121</sup> Diese Kritik ist auch dem Bericht des Finanzausschusses des Bundestages zu entnehmen, der klar die Forderung nach einem justizförmig ausgestalteten Verfahren zum Ausdruck bringt.<sup>122</sup>

## V. Verständigungen und Schiedssprüche in Dreieckskonstellationen

Durch immer komplexere Wertschöpfungsketten wird eine Beseitigung von Doppelbesteuerung in nur bilateralen Verfahren zunehmend schwieriger. Im Vorhinein können solche Konflikte durch den Abschluss multilateraler APAs vermieden werden.<sup>123</sup> Die Beseitigung einer bereits entstandenen Doppelbesteuerung in einer Dreieckskonstellation ist ungleich schwieriger. Zunächst stellt sich die Frage, welche Fälle überhaupt unter den Begriff der Dreieckskonstellation im Sinne der Schiedskonvention fallen. Im Wortlaut des Übereinkommens sind solche Konstellationen nicht erwähnt. Das JTPF definiert die Fälle folgendermaßen:

„Eine Dreieckskonstellation liegt vor, wenn zwei Staaten im Rahmen eines Verständigungsverfahrens (EU-Schiedsverfahrens) die Doppelbesteuerung in einem Verrechnungspreisfall unter Anwendung des Fremdvergleichsgrund-

<sup>118</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 9 EU-SK Rn. 7 f.

<sup>119</sup> *Engler/Elbert*, in: Vögele/Borstell/Engler (Fn. 19), Kap. F Rn. 317.

<sup>120</sup> *Ebd.*

<sup>121</sup> *Krabbe*, in: Wassermeyer/Krabbe (Fn. 10), Art. 7 EU-SK Rn. 7.

<sup>122</sup> BT-Drucks. 12/4537, S. 4.

<sup>123</sup> BMF-Schreiben v. 5.10.2006, IV B 4 – S 1341 – 38/06, BStBl. I 2006, 594, Tz 1.1.

satzes nicht gänzlich vermeiden können, weil ein verbundenes Unternehmen [...] in einem Drittland, das von beiden zuständigen Behörden [...] ermittelt wurde, durch Ausübung erheblichen Einflusses bei einer Kette von betroffenen Geschäftsvorfällen oder kaufmännischen/finanziellen Beziehungen zu einem dem Fremdvergleichsgrundsatz nicht entsprechenden Ergebnis beigetragen hat, und wenn dies vom Steuerpflichtigen, der die Doppelbesteuerung erleidet und die Anwendung des Verständigungsverfahrens (EU-Schiedsverfahrens) beantragt hat, als solches anerkannt wird.“<sup>124</sup>

Dieser Definition folgend sind zwei Fälle zu unterscheiden. Der erste Fall betrifft die Situation, dass alle betroffenen Unternehmen in der EU ansässig sind. Der zweite Fall liegt vor, wenn ein verbundenes Unternehmen der Kette nicht in der EU ansässig ist (z.B. Muttergesellschaft in den USA, europäisches Headquarter in Deutschland, Vertriebsstätte in Italien).

Der erste Fall wurde bereits ausführlich im Verhaltenskodex zur Schiedskonvention behandelt, wobei drei Ansätze entwickelt wurden.<sup>125</sup> Die beteiligten Behörden können in der ersten Variante in einem multilateralen Verfahren, bei dem alle betroffenen Staaten teilnehmen, eine Einigung erzielen. Die zweite Variante geht von einem gewöhnlichen bilateralen Verfahren aus, wobei der betroffene Drittstaat als Beobachter geladen wird. Die dritte Variante sieht den Ablauf mehrerer bilateralen Verfahren vor, an denen der jeweilige Drittstaat als Beobachter teilnimmt. Im Ergebnis stellen EU-interne Dreieckskonstellationen eine mittlerweile gut lösbare Aufgabe im Rahmen der Schiedskonvention dar.

Ungleich schwieriger ist die zweite Fallgruppe. Auf diese Fälle ist die EU-Schiedskonvention grundsätzlich nicht anwendbar.<sup>126</sup> Es müsste eine Lösung durch bestehende Doppelbesteuerungsabkommen herbeigeführt werden. Das Schutzniveau der einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen ist allerdings unterschiedlich, und nicht jedes Doppelbesteuerungsabkommen enthält eine Klausel mit der Möglichkeit, Drittstaaten in die Verhandlungen einzubeziehen.<sup>127</sup> Es könnte daher erwogen werden, die Schiedskonvention gestützt auf

---

<sup>124</sup> Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über die Tätigkeit des gemeinsamen EU-Verrechnungspreisforums im Zeitraum April 2009 bis Juni 2010 und damit zusammenhängende Vorschläge v. 25.1.2011, KOM(2011) 16 endg., S. 32.

<sup>125</sup> Überarbeiteter Verhaltenskodex zur EU-Schiedskonvention, ABl. C 322 v. 30.12.2009, Tz. 6.1.

<sup>126</sup> *Kircher/Stumpf*, Die Beseitigung der Doppelbesteuerung in Dreieckskonstellationen bei Verrechnungspreisstreitigkeiten, BB 2014, 1502 (1505).

<sup>127</sup> So enthalten etwa im DBA Deutschland-Israel in Art. 21 Abs. 2 und im DBA Deutschland-Griechenland in Art. 20 Abs. 2.

Art. 35 und 36 der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) im Einzelfall auch in Bezug auf Drittstaaten anzuwenden.<sup>128</sup> Dies eröffnet bei Zustimmung des Drittstaates die Möglichkeit, die Vorteile der Schiedskonvention auch in triangulären Fällen mit Unternehmen in Drittstaaten einzusetzen. Bedenken bestehen allerdings bezüglich der in derart komplexen Fällen als sehr eng anzusehenden Zweijahresfrist.<sup>129</sup> Gegebenenfalls könnte diese über Art. 7 Abs. 4 EU-SK angepasst werden. Die EU-Schiedskonvention könnte daher auch auf diese Konstellationen erstreckt werden und bietet für die zukünftig wichtigen Dreieckskonstellationen weitreichende Möglichkeiten.

## VI. Fazit und Ausblick

Die EU-Schiedskonvention hat seit ihrer Einführung zu einer deutlichen Effizienzsteigerung bei der Beseitigung von Doppelbesteuerung geführt. Zunächst als Angriff auf die nationalstaatliche Souveränität aufgefasst, ist sie mittlerweile ein wichtiges und etabliertes Element im Rahmen der Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Doppelbesteuerung. Die gegen die Schiedskonvention erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken wurden durch die Einführung von § 175a AO und die Anpassung der Handhabung von Art. 7 Abs. 3 EU-SK weitestgehend entkräftet. Dennoch besteht weiterhin Reformbedarf, um die aufgezeigten Schwachstellen auf nationalstaatlicher Ebene und auf Ebene des Abkommens zu beseitigen. Die Arbeit des JTPF ist dabei ein wichtiger Schritt. In Zukunft wird sich die Frage stellen, ob der bisher eingeschränkte sachliche Anwendungsbereich für weitere Fälle geöffnet wird und ob die Schiedskonvention als Konzept zur Beseitigung verschiedenster Arten von Doppelbesteuerung dienen kann. Auch eine Erstreckung auf Dreieckskonstellationen ist ein möglicher Einsatzbereich. Die Verknüpfung von Verständigungsverfahren und Einigungszwang hat sich bisher bewährt. Allein die Aussicht des „automatischen“ Schiedsspruches führt zu deutlich effizienteren und zielführenderen Verhandlungen zwischen den zuständigen Behörden. Dies zeigt sich nicht zuletzt darin, dass die meisten Verfahren gar nicht die Phase des verbindlichen Schiedsspruches erreichen, sondern zuvor durch eine Einigung beendet werden. Es obliegt nunmehr den Mitgliedstaaten, die Schiedskonvention weiter auszubauen und an neue Gegebenheiten und Herausforderungen anzupassen.

---

<sup>128</sup> Kircher/Stumpf (Fn. 126), S. 1505.

<sup>129</sup> Ebd.

Florian Klein\*

## **Die Elektronische Gesundheitskarte (§ 291 SGB V) nach dem Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 21.12.2015**

### **Abstract**

Am 21.12.2015 erfuhr die elektronische Gesundheitskarte durch das Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze zahlreiche Änderungen. Damit wird das in Hinblick auf den Datenschutz umstrittene Großprojekt des deutschen Gesundheitswesens wieder aktuell. Der Beitrag stellt die komplizierten und umfangreichen Regelungen der §§ 291, 291a SGB V übersichtsweise dar. Er beleuchtet die durch das Gesetz erfolgten Änderungen und bewertet diese im verfassungsrechtlichen Kontext. Der Verfasser hält die Regelungen über die elektronische Gesundheitskarte nach dem derzeitigen Entwicklungsstand für verfassungsgemäß.

---

\* Der Verfasser studiert im achten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Unternehmensrecht von Prof. Dr. Markus Stoffels. Der Beitrag entstand im Rahmen einer vierwöchigen Examensstudienarbeit im Schwerpunktbereich Arbeits- und Sozialrecht bei Prof. Dr. Peter Axer.

## I. Einleitung

Der Mensch unserer Zeit kommt kaum noch ohne moderne Informations- und Kommunikationstechnologien aus. Sie verbessern Handlungsabläufe und eröffnen neue, ungeahnte Möglichkeiten – gerade auch im gesundheitlichen Sektor. Während das deutsche Gesundheitswesen in den Bereichen Therapie und Diagnostik bereits hoch entwickelt ist, „hinken“ Kommunikation und Informationsverarbeitung noch hinterher. Dies hat auch der Gesetzgeber im Jahre 2003 erkannt und mit dem GKV-Modernisierungsgesetz<sup>1</sup> den Einzug der Telematik<sup>2</sup> in das Gesundheitswesen beschlossen. Sie erlaubt die Vernetzung von 80 Millionen Versicherten und 270.000 Ärzten.<sup>3</sup> Im Zentrum dieses Großprojekts steht die elektronische Gesundheitskarte (eGK), die am 1.1.2015 endgültig die Krankenversichertenkarte ablöste. Mit dem kürzlich erlassenen „E-Health-Gesetz“<sup>4</sup> erfuhren die Regelungen über die eGK einige Änderungen und Anpassungen an den aktuellen Entwicklungsstand der Telematikinfrastruktur. Bereits davor waren die Vorschriften der eGK „sehr unübersichtlich“<sup>5</sup> gestaltet. Obwohl das E-Health-Gesetz in dieser Hinsicht zu einer Besserung führte, soll als erstes eine überblicksartige und strukturierte Darstellung der Regelungen erfolgen (**II.**). Mit der eGK sollen Patienten in die Lage versetzt werden, ihren Behandlern wichtige Gesundheitsdaten schnell und unproblematisch zur Verfügung zu stellen. Die Öffentlichkeit steht der eGK allerdings kritisch gegenüber. Man fürchtet unzureichenden Datenschutz und damit den „gläsernen Patienten“<sup>6</sup>. Laut Gesetzesentwurf genießt der Datenschutz jedoch höchste Priorität und wird durch rechtliche und technische Maßnahmen sichergestellt.<sup>7</sup> Durch die Änderungen des E-Health-Gesetzes wurde die datenschutzrechtliche Position des Versicherten weiter gestärkt. Dies zu erläutern ist der zweite Schritt dieser Arbeit (**III.**). Nicht zuletzt wegen diesen Änderungen sind die Vorschriften über die eGK entgegen zahlreicher kritischer Stimmen mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar, was mit diesem Beitrag belegt werden soll. Die Frage, ob die eGK mit besagtem

<sup>1</sup> Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung v. 14.11.2003, BGBl. I, S. 2190 ff.

<sup>2</sup> Zusammengesetzt aus Telekommunikation und Informatik.

<sup>3</sup> Flenker, Westfälisches Ärzteblatt 2005, 6. Im Übrigen 22.000 Apotheken, über 2.000 Krankenhäuser und mehr als 300 Krankenkassen.

<sup>4</sup> Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze v. 21.12.2015, BGBl. I, S. 2408 ff.

<sup>5</sup> Roß, in: LPK-SGB V, 3. Aufl. 2009, § 291a Rn. 1.

<sup>6</sup> Vgl. statt vieler Lüder, Mit dem E-Health Gesetz kommt der gläserne Patient, [www.stoppt-die-e-card.de/index.php?/archives/309-Mit-dem-E-Health-Gesetz-kommt-der-glaeserne-Patient,-ausfuehrliche-Berichte-ueber-eine-kritische-Tagung.html](http://www.stoppt-die-e-card.de/index.php?/archives/309-Mit-dem-E-Health-Gesetz-kommt-der-glaeserne-Patient,-ausfuehrliche-Berichte-ueber-eine-kritische-Tagung.html) (abgerufen am 17.12.2016).

<sup>7</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 1.

Grundrecht vereinbar ist, beschäftigte bereits die Gerichte und wird dies wohl auch in Zukunft tun. Ob einzelne zentrale Aspekte der eGK mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar sind, beleuchtet der Beitrag in einem dritten Schritt (IV.). Das „Großprojekt eGK“ ist auch nach dem E-Health-Gesetz noch lange nicht am Ende seiner Entwicklung angekommen. In einem letzten Schritt ist daher ein kurzer Blick auf die Zukunft des Projekts zu werfen (V.).

## II. Die elektronische Gesundheitskarte

Die eGK ist in den §§ 291, 291a SGB V geregelt. Der Gesetzgeber hatte mit ihrer Einführung die Intention, die Qualität und Wirtschaftlichkeit der medizinischen Versorgung zu verbessern, für mehr Transparenz im Gesundheitswesen zu sorgen und den Patienten stärker als zuvor in das Behandlungsgeschehen einzubeziehen.<sup>8</sup> Dieses Ziel hat er in § 291a Abs. 1 SGB V auch niedergeschrieben.

### 1. Funktionen der eGK (§§ 291, 291a SGB V)

Die eGK nimmt zwei Funktionen wahr. Zum einen soll sie als Versicherungsnachweis (§ 291 SGB V) und zum anderen als modernes Kommunikationsmittel (§§ 291 Abs. 1 S. 3, 291a SGB V) dienen.

#### a) Versicherungsnachweis (§ 291 Abs. 1 S. 2 SGB V)

Primär dient die eGK gemäß § 291 Abs. 1 S. 2 SGB V als Versicherungsnachweis und zur Abrechnung mit den Leistungserbringern. Sie übernimmt damit vollständig die Aufgaben der Krankenversichertenkarte.<sup>9</sup> Mit dem E-Health-Gesetz sollte auch die seit 1.1.2015 bestehende, ausschließliche Gültigkeit der eGK im Gesetz klargestellt werden, indem die Überschrift des § 291 SGB V angepasst<sup>10</sup> und die Krankenversichertenkarte gänzlich aus dem Gesetz entfernt wurde.<sup>11</sup> Die bisherigen Regelungen gelten für die eGK weitestgehend fort.

#### aa) Lichtbild

Insbesondere enthält die eGK verpflichtend ein Lichtbild, welches nur ausnahmsweise nach Maßgabe des § 291 Abs. 2 S. 5 SGB V entbehrlich ist. Das Lichtbild ist auf der eGK nur äußerlich angebracht und nicht digital auf ihr

---

<sup>8</sup> BT-Drucks. 15/1525, S. 1.

<sup>9</sup> Vgl. § 291 Abs. 1 SGB V a.F.

<sup>10</sup> Die Überschrift des § 291 SGB V lautet nun „Elektronische Gesundheitskarte als Versicherungsnachweis“.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 41.



gespeichert. Für letzteres gäbe es auch keine gesetzliche Ermächtigung. Das wurde mit dem E-Health-Gesetz sprachlich klargestellt. In § 291 Abs. 1 S. 1 SGB V a.F. hatte die Krankenversichertenkarte ein Lichtbild zu „enthalten“. In der heutigen Fassung des § 291 Abs. 2 S. 4 SGB V heißt es: „Die elektronische Gesundheitskarte ist mit einem Lichtbild [...] zu versehen“.

#### bb) Administrative Daten

Daneben enthält die eGK die Unterschrift des Versicherten (§ 291 Abs. 1 S. 4 SGB V) und die sogenannten „administrativen Daten“ oder „Versichertenstammdaten“ i.S.d. § 291 Abs. 2 S. 1 SGB V, wie etwa den Namen des Versicherten. Sie werden auf der eGK gespeichert und einige der Daten werden auch auf der Karte abgedruckt.<sup>12</sup> Die Aufzählung in § 291 Abs. 2 S. 1 SGB V ist aus Datenschutzgründen abschließend.<sup>13</sup> Es sind im Kern dieselben Daten, die auch auf der Krankenversichertenkarte zu finden waren.

Statt des Wohnortkennzeichens des Mitglieds ist nun seit dem E-Health-Gesetz dasjenige des Versicherten anzugeben, § 291 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V. Hintergrund dieser Änderung ist, dass die gesetzlichen Abrechnungsvorgaben für die vertragsärztlichen Leistungen bislang nicht dem in § 87a Abs. 3 bis 4 SGB V vorgesehenen Zuordnungsprinzip entsprachen, da nach § 291 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V a.F. allein das Wohnortkennzeichen des Mitglieds übermittelt wurde.<sup>14</sup> Nach dem Zuordnungsprinzip gemäß § 87a Abs. 3 bis 4 SGB V sind aber die jährlichen Anpassungen der Gesamtvergütungen für die gesamte vertragsärztliche Versorgung für die Versicherten mit Wohnort im Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung zu vereinbaren. Außerdem wurde § 291 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 SGB V (Angaben zum Versichertenstatus) dahingehend ergänzt, dass für die Personengruppen nach § 264 Abs. 2 SGB V der Status der auftragsweisen Betreuung<sup>15</sup> angegeben wird. Die Änderung soll den Status für die Leistungserbringer leichter erkennbar machen, um zu verhindern, dass daran anknüpfende Regelungen übersehen werden (z.B. keine Kostenerstattung nach § 13 SGB V), und das Verwaltungsverfahren erleichtern.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Aufzählung bei *Waschull*, in: Krauskopf, SGB V, 89. EL 2015, § 291 Rn. 11.

<sup>13</sup> *Bales/von Schwabenflügel*, Die elektronische Gesundheitskarte, Rechtliche Fragen und zukünftige Herausforderungen, NJW 2012, 2475 (2476 f.).

<sup>14</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 41 f.

<sup>15</sup> Der Status der auftragsweisen Betreuung zeigt an, dass die in § 264 Abs. 2 SGB V bezeichneten Personengruppen zwar nicht krankenversichert sind, die Krankenkassen aber die Kosten der Krankenbehandlung unter bestimmten Voraussetzungen übernehmen.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 18/6905, S. 69.

Darüber hinaus kann die eGK nach wie vor, nunmehr aber nach § 291 Abs. 2 S. 2 SGB V, auch Angaben zum Nachweis von Wahlтарifen nach § 53 SGB V, von zusätzlichen Vertragsverhältnissen und in den Fällen des § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4, Abs. 3a SGB V Angaben zum Ruhen des Anspruchs auf Leistung enthalten. Die Fälle des § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 SGB V wurden mit dem E-Health-Gesetz hinzugefügt, damit die eGK auch diese Ruhetatbestände enthalten kann, um ungerechtfertigte Leistungsansprüche zu verhindern.<sup>17</sup> Trotz Verwendung der auf Freiwilligkeit hindeutenden Formulierung in § 291 Abs. 2 S. 2 SGB V „kann [...] enthalten“ handelt es sich dabei ebenfalls um administrative Daten und nicht um freiwillige Angaben wie jene in § 291a Abs. 3 S. 1 SGB V. Ihre Dokumentation auf der eGK hängt vielmehr von ihrem Bestehen und vom Versicherer als vom Versicherten ab. Der Gesetzgeber wollte gerade die administrativen Daten zusammenhängend in den Sätzen 1 und 2 regeln.<sup>18</sup>

*b) Modernes Kommunikationsmittel (§ 291a SGB V)*

Die zweite Funktion hat der Gesetzgeber in § 291a Abs. 1 SGB V festgehalten: Die eGK dient mit den in Abs. 2 und 3 genannten Anwendungen der Verbesserung von Wirtschaftlichkeit, Qualität und Transparenz der Behandlung.<sup>19</sup> Man unterscheidet einwilligungsunabhängige (verpflichtende) und von der Einwilligung abhängige (freiwillige) Anwendungen.<sup>20</sup>

*aa) Verpflichtende Anwendungen, § 291a Abs. 2 S. 1 SGB V*

Die verpflichtenden Anwendungen sind einheitlich in § 291a Abs. 2 SGB V geregelt. Nach § 291 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V muss die eGK geeignet sein, Angaben zur Übermittlung ärztlicher Verordnungen in elektronischer und maschinell verwertbarer Form aufzunehmen, sogenanntes „elektronisches Rezept“ (eRezept). Außerdem muss sie als Europäische Krankenversicherungskarte fungieren können (Nr. 2).

Das eRezept umfasst einschränkungslos jede in den Bundesmantelverträgen aufgeführte ärztliche Verordnung, wie etwa die Arzneimittelverschreibung (§ 29

---

<sup>17</sup> BT-Drucks. 18/6905, S. 69.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 41.

<sup>19</sup> Im Bereich der privaten Krankenversicherung ist die Ausgabe der eGK freiwillig. Für den Fall ihrer Einführung gelten gemäß § 291a Abs. 1a SGB V die Vorschriften des § 291a SGB V weitgehend entsprechend.

<sup>20</sup> Zu den einzelnen Anwendungen ausführlich *Weichert*, Die elektronische Gesundheitskarte, DuD 2004, 391 (396 ff.).

BMV-Ä).<sup>21</sup> Es trägt vor allem zur Wirtschaftlichkeit bei, indem es die bei der Übermittlung von Rezepten bisher oft vorkommenden „Medienbrüche“<sup>22</sup> vermeidet. Neben den Einsparungseffekten würden gleichzeitig Fehlerquellen vermieden.<sup>23</sup> Auf der eGK selbst wird bei einer Serverlösung<sup>24</sup> nur ein Verweis auf den Speicherort (sog. „Pointer“) des eRezepts hinterlegt, welcher nach Abruf der Daten wieder gelöscht wird.<sup>25</sup>

bb) Freiwillige Anwendungen, § 291a Abs. 3 S. 1 SGB V

Die eGK muss – für den Versicherten – freiwillige Anwendungen unterstützen können (§ 291a Abs. 3 S. 1 SGB V). Die Aufzählung in Abs. 3 ist nicht abschließend („insbesondere“).<sup>26</sup> Jedenfalls von der eGK zu unterstützende freiwillige Anwendungen betreffen sowohl medizinische Daten (Nr. 1-4) als auch Angaben von eher rechtlicher und finanzieller Relevanz (Nr. 5-9).<sup>27</sup> Das E-Health-Gesetz sah in diesem Bereich bis auf eine Ergänzung in § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB V keine Änderungen vor.

(1) Notfalldaten (Nr. 1)

Die eGK muss das Erheben, Verarbeiten und Nutzen<sup>28</sup> von medizinischen Daten unterstützen können, soweit sie für die Notfallversorgung erforderlich sind. Notfallrelevante medizinische Informationen in diesem Sinne sind „diejenigen Informationen aus der Vorgeschichte des Patienten, die dem behandelnden Arzt zur Abwendung eines ungünstigen Krankheitsverlaufs sofort zugänglich sein müssen“<sup>29</sup>. In Abstimmung mit der Bundesärztekammer handelt es sich dabei um Befunddaten (z.B. Schwangerschaft, Allergien), Medikationsdaten (z.B. Dosierung bestimmter Arzneimittel) und freiwillige

---

<sup>21</sup> Bales/Dierks/Holland/Müller, Die elektronische Gesundheitskarte, 2007, § 291a B I Rn. 18.

<sup>22</sup> Nach Bales, Bundesgesundheitsblatt 2005, 727 (730) würden jährlich ca. 80 % der ausgestellten Rezepte elektronisch erstellt, dann allerdings für den Patienten ausgedruckt, später wieder digitalisiert und über die Apotheker zur digitalen Aufbereitung in die Apothekenrechenzentren weitergeleitet, was erhebliche Kosten verursache.

<sup>23</sup> Dierks/Püschel, in: Duttge/Dochow, Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 6, 2009, S. 27 (29).

<sup>24</sup> Diskutiert wird auch eine Speicherung auf der eGK selbst. Siehe hierzu Weichert (Fn. 20), S. 396.

<sup>25</sup> Scholz, in: BeckOK Sozialrecht, Ed. 40, Stand: 1.12.2015, § 291a SGB V Rn. 5.

<sup>26</sup> Bales/Dierks/Holland/Müller (Fn. 21), § 291a B I Rn. 29.

<sup>27</sup> Vgl. zur begrifflichen Unterscheidung Schneider, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 24.

<sup>28</sup> Die Begrifflichkeiten entsprechen den Definitionen nach § 3 Abs. 3 bis 4 BDSG.

<sup>29</sup> Zitiert nach Zimmer, Notfalldaten-Management mit der elektronischen Gesundheitskarte, DuD 2014, 394 (394).

Zusatzinformationen (z.B. Blutgruppe).<sup>30</sup> Auf diese Daten darf grundsätzlich nur in Notfällen zugegriffen werden. Entscheidend für das Vorliegen eines Notfalls ist, dass dem Patienten lebensbedrohliche oder schwere gesundheitliche Schäden drohen und er selbst nicht in der Lage ist, über die Freigabe oder Nutzung der Daten zu entscheiden.<sup>31</sup> Die Daten müssen auf der Karte ohne Netzzugang zugänglich sein, § 291a Abs. 3 S. 1 Halbs. 2 SGB V. Der Notfalldatensatz soll beispielsweise in den Fällen präklinischer Patientenversorgung durch den Rettungsdienst und starker akuter Beschwerden zum Einsatz kommen.<sup>32</sup>

### (2) Elektronischer Arztbrief (Nr. 2)

Zu den freiwilligen Anwendungen gehört auch der elektronische Arztbrief (eArztbrief), welcher Befunde, Diagnosen, Therapieempfehlungen sowie Behandlungsberichte in elektronischer und maschinell verwertbarer Form für eine einrichtungsübergreifende, fallbezogene Kooperation umfasst, § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB V. Dadurch kann die Behandlungsdauer verkürzt und möglicherweise stattfindende Doppeluntersuchungen vermieden werden.<sup>33</sup> Der eArztbrief ist an eine konkrete Person bzw. an einen eingrenzbaeren Personenkreis adressiert, aus dem sich der Adressat zumindest zu einem späteren Zeitpunkt bestimmen lässt (sog. „gerichtete Kommunikation“).<sup>34</sup> Wie beim eRezept wird auf der eGK nur ein Pointer hinterlegt. Nach Abruf des eArztbriefes durch den Adressaten wird dieser in der Telematikinfrastruktur wieder gelöscht.<sup>35</sup>

### (3) Daten des Medikationsplans (Nr. 3)

Die eGK musste bereits nach § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB V a.F. die Prüfung der Arzneimitteltherapiesicherheit ermöglichen. Mit dem E-Health-Gesetz sind Daten des Medikationsplans, welcher in § 31a SGB V geregelt wurde, nun explizit in § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB V ergänzend genannt. Abgesehen davon können noch andere Daten zur Prüfung der Arzneimitteltherapiesicherheit erhoben werden. Das sind vor allem Daten über unerwünschte Arzneimittelwirkungen des Versicherten, etwa solche, welche die Dosierung der Arzneimittel betreffen.<sup>36</sup> Die Dokumentation soll Ärzte und Apotheker darin

<sup>30</sup> Zitiert nach *Zimmer* (Fn. 29), S. 394.

<sup>31</sup> *Bales/Dierks/Holland/Müller* (Fn. 21), § 291a B I Rn. 33 f.

<sup>32</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 44 mit weiteren Beispielen.

<sup>33</sup> *Schneider*, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 28; vgl. auch BT-Drucks. 15/1525, S. 144.

<sup>34</sup> *Schneider*, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 29.

<sup>35</sup> *Ebd.*

<sup>36</sup> *Bales/Dierks/Holland/Müller* (Fn. 21), § 291a B I Rn. 41.

unterstützen, Medikamentenwechselwirkungen und -unverträglichkeiten auszuschließen.<sup>37</sup> Durch die Speicherung der Daten des Medikationsplans auf der eGK soll dem Leistungserbringer außerdem die Erstellung eines aktuellen Medikationsplans in Papierform erleichtert werden, auf den die Versicherten nach § 31a Abs. 1 SGB V einen Anspruch haben.<sup>38</sup>

#### (4) Elektronische Patientenakte (Nr. 4)

Zu den freiwilligen Anwendungen zählt auch die elektronische Patientenakte (ePA). Sie erlaubt das Erheben, Verarbeiten und Nutzen von Daten über Befunde, Diagnosen, Therapiemaßnahmen, Behandlungsberichte und Impfungen für eine fall- und einrichtungsübergreifende Dokumentation über den Patienten, § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB V. Die ePA dient der „ungerichteten Kommunikation“<sup>39</sup> zwischen gegenwärtigen und künftigen Leistungserbringern.<sup>40</sup> Im Gegensatz zum eArztbrief, welcher „nur“ eine Kooperation im konkreten Behandlungsfall ermöglicht („fallbezogene Kooperation“) erlaubt die ePA eine unbegrenzte Zusammenarbeit. Auch soll die ePA Doppeluntersuchungen vermeiden.<sup>41</sup> Die Nutzung der ePA entbindet die Ärzte nicht von ihren standesrechtlichen Dokumentationspflichten (vgl. § 10 Musterberufsordnung für Ärzte).<sup>42</sup>

#### (5) Elektronisches Patientenfach und andere Funktionen (Nr. 5-9)

Schließlich können auf der eGK auch primär rechtlich und finanziell relevante Daten gespeichert werden. Dazu gehört die elektronische Patientenquittung (Nr. 6), die Organ- oder Gewebespendeerklärung (Nr. 7), Hinweise auf das Vorhandensein und den Aufbewahrungsort einer Organ- oder Gewebespendeerklärung (Nr. 8) bzw. von Vorsorgevollmachten oder Patientenverfügungen (Nr. 9). Dazuzuzählen ist auch das elektronische Patientenfach (Nr. 5, ePatientenfach). Es ermöglicht das Bereitstellen von Daten durch und für den Versicherten und unterstützt damit den Austausch zwischen Leistungserbringer und Patient. Insbesondere das ePatientenfach erhöht die Transparenz der Behandlung aus Sicht des Versicherten.<sup>43</sup> Es können etwa Behandlungsdokumentationen oder eigene Daten des Versicherten, wie z.B. Verlaufsprotokolle

<sup>37</sup> BT-Drucks. 15/1525, S. 144.

<sup>38</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 44.

<sup>39</sup> Unter „ungerichteter Kommunikation“ versteht man die Bereitstellung von Daten über lokalisierte Netze. Damit ist es möglich, mehrere Adressaten zu erreichen.

<sup>40</sup> *Schneider*, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 33.

<sup>41</sup> *Didong*, in: jurisPK-SGB V, 2008, § 291a Rn. 14.

<sup>42</sup> *Dierks/Püschel* (Fn. 23), S. 30.

<sup>43</sup> *Kranig*, in: Hauck/Noftz, SGB V, 06/2008, K § 291a Rn. 3.

bei chronischen Krankheiten, eingestellt werden.<sup>44</sup> Neu eingefügt wurde § 291a Abs. 5 S. 9 SGB V. Danach sind mittels der eGK gespeicherte Daten und solche gemäß § 291f SGB V auf Wunsch des Versicherten in das ePatientenfach zu überführen und ihm so zur Verfügung zu stellen. Der Versicherte soll das Recht erhalten, ohne Mitwirkung der Leistungserbringer auf seine medizinischen Daten zugreifen zu können.<sup>45</sup>

## 2. Rechtliche Sicherungen zur Gewährleistung des Datenschutzes

Die meisten der soeben dargestellten, auf der eGK speicherbaren Daten stellen Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse des Versicherten dar. Sie sind damit personenbezogene Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG bzw. je nach befasster Stelle Sozialdaten i.S.d. §§ 35 Abs. 1 SGB I, 67 SGB X. Der Einzelne muss davor geschützt werden, durch Umgang mit diesen Daten in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG beeinträchtigt zu werden. Dies sicherzustellen ist grundsätzlich Aufgabe des Bundesdatenschutzgesetzes (§ 1 Abs. 1 BDSG).<sup>46</sup> In den Vorschriften zur eGK im SGB V finden sich jedoch selbst Sicherungen zur Gewährleistung des Datenschutzes, die als *leges speciales* insoweit den Regelungen des BDSG vorgehen, vgl. § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG.<sup>47</sup> Auf diese speziellen Vorschriften soll im Folgenden näher eingegangen werden.

### a) Informationspflichten

Sowohl für die verpflichtenden als auch für die freiwilligen Anwendungen findet § 6c BDSG über § 291a Abs. 2 S. 2 SGB V bzw. § 291a Abs. 3 S. 7 SGB V Anwendung. Danach treffen die ausgebende Stelle, im Fall der eGK die Krankenkassen (§ 291 Abs. 1 S. 1 SGB V), Informationspflichten gegenüber dem Betroffenen. Der Versicherte ist über seine Auskunftsrechte nach §§ 9, 34 BDSG und seine Rechte aus §§ 20, 35 BDSG (Berichtigung, Sperrung, Löschung von Daten und Widerrufsrecht) aufzuklären. Auf der Karte Datenverarbeitung auslösende Kommunikationsvorgänge müssen für den Versicherten nach § 6c Abs. 3 BDSG eindeutig erkennbar sein. Insbesondere darf die eGK deshalb nicht ohne Kenntnis und Einwilligung des Versicherten ausgelesen werden.<sup>48</sup> Außerdem muss der Versicherte gemäß § 291a Abs. 3 S. 3 SGB V von der Krankenkasse spätestens bei Versendung der eGK umfassend

<sup>44</sup> BT-Drucks. 15/1525, S. 144 f.

<sup>45</sup> BT-Drucks. 18/6905, S. 70.

<sup>46</sup> Neben zahlreicher anderer Regelungen, etwa dem Signaturgesetz, § 126a BGB oder auch der ärztlichen Schweigepflicht in § 203 StGB.

<sup>47</sup> Zum Verhältnis der Datenschutzregelungen des SGB V und des BDSG ausführlich Weichert (Fn. 20), S. 393 f.

<sup>48</sup> Michels, in: Becker/Kingreen, SGB V, 4. Aufl. 2014, § 291a Rn. 8.

und in allgemein verständlicher Form<sup>49</sup> über die Funktionsweise der eGK informiert werden. Bei ausländischen Versicherten hat die Information in der Heimatsprache zu erfolgen, wenn ihre Ethnie über einen größeren Anteil in der Bevölkerung verfügt.<sup>50</sup> Erst dann kann die Einwilligung des Versicherten wirksam erklärt werden.

*b) Einwilligung des Versicherten*

Grundvoraussetzung für die Erhebung der Daten der freiwilligen Anwendungen ist gemäß § 291a Abs. 3 S. 4 SGB V die – einmalige – Einwilligung des Versicherten. Der Versicherte hat gemäß § 291a Abs. 3 S. 5 Halbs. 2 SGB V jederzeit die Möglichkeit, seine Einwilligung zu widerrufen oder sie von vornherein auf einzelne Anwendungen zu beschränken. Er kann somit jederzeit bestimmen, wann und welche Daten erhoben werden. Dadurch wird dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen.<sup>51</sup> Mangels spezieller Regelungen im SGB gilt für die Einwilligung § 4a BDSG.<sup>52</sup> Daher muss sich die Einwilligung des Versicherten, sofern sie Gesundheitsdaten<sup>53</sup> betrifft, ausdrücklich auf diese beziehen. Gesundheitsdaten sind jedenfalls die medizinischen Daten in § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 1-4 SGB V. Wohl auch die Patientenquittung (Nr. 6), weil in ihr Behandlungsfälle dokumentiert werden.<sup>54</sup> Nicht aber die Organ- bzw. Gewebespenderklärung und die Hinweise auf Aufbewahrungsorte (Nr. 7-9), in Ermangelung an Informationen über die Gesundheit. Schwierig zu beurteilen ist das ePatientenfach (Nr. 5). Darin müssen nicht notwendigerweise Daten mit Gesundheitsbezug gespeichert werden. Da dies aber regelmäßig der Fall sein

<sup>49</sup> Dies birgt eine gewisse Widersprüchlichkeit, *Peters*, in: KassKomm, SGB V, 88. EL 2015, § 291a Rn. 12.

<sup>50</sup> *Didong*, in: jurisPK-SGB V (Fn. 41), § 291a Rn. 15.

<sup>51</sup> Kritisch hierzu *Menzel*, Informationelle Selbstbestimmung in Projekten der Gesundheits-Telematik, Vom Freiheitsrecht zur Mitwirkungspflicht?, DuD 2006, 148 (152), der die Befürchtung äußert, dass die mit einer Einwilligung übernommene Selbstverantwortung das Freiheitsrecht der informationellen Selbstbestimmung zu einer belastenden und überfordernden Mitwirkungspflicht, insbesondere für kranke Menschen, macht. Ebenfalls kritisch *Pitschas*, Regulierung des Gesundheitssektors durch Telematikinfrastruktur – die elektronische Gesundheitskarte, NZS 2009, 177 (182), der die Einwilligung für eine Farce hält, da die Versagung derselben einerseits zum Ausschluss der Leistungserbringung führe und außerdem allgemeine Mitwirkungspflichten im Sozialleistungssektor (§§ 60 ff. SGB I) bestünden. Dazu *Dierks/Püschel* (Fn. 23), S. 38.

<sup>52</sup> Vgl. *Dierks/Püschel* (Fn. 23), S. 38.

<sup>53</sup> Gesundheitsdaten sind besondere Arten personenbezogener Daten i.S.d. § 3 Abs. 9 BDSG, für die § 4a Abs. 3 BDSG gilt. Zum weiten Verständnis des Begriffs des Datums über die Gesundheit vgl. *Hornung*, Die digitale Identität, 2005, S. 278.

<sup>54</sup> *Ebd.*

wird,<sup>55</sup> sollte aus Gründen der Praktikabilität pauschal eine ausdrückliche Einwilligung i.S.d. § 4a Abs. 3 BDSG gefordert werden.<sup>56</sup> Gemäß § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG bedarf die Einwilligung grundsätzlich der Schriftform, soweit nicht wegen besonderer Umstände eine andere Form angemessen ist. Angesichts der Pflicht, gemäß § 291a Abs. 3 S. 5 Halbs. 1 SGB V bei erstmaliger Verwendung der Karte die Einwilligung des Versicherten auf der Karte zu dokumentieren und der Tatsache, dass der Zugriff grundsätzlich nur unter Mitwirkung des Versicherten erfolgen kann,<sup>57</sup> scheint es jedoch angemessen, besondere Umstände i.S.d. § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG anzunehmen und für eine Einwilligung eine ausdrückliche mündliche Erklärung als ausreichend anzusehen.<sup>58</sup> Die Einwilligung muss gemäß § 291a Abs. 3 S. 4 SGB V gegenüber den aufgezählten Leistungserbringern (nicht ihren berufsmäßigen Gehilfen) erklärt werden.

Einer vorherigen Einwilligung bedarf es nach § 291a Abs. 3 S. 6 SGB V nicht, wenn der Versicherte selbst mit der Nutzung freiwilliger Anwendungen bereits begonnen hat, bei denen keine Unterstützung durch die Zugriffsberechtigten erforderlich ist. Das betrifft die Anwendungen Nr. 5, 7-9. Für die Nr. 7-9 ergibt sich das aus § 291a Abs. 5a S. 4 SGB V, wonach lediglich eine Authentifizierung des Versicherten mittels eGK für dessen Zugriff vorausgesetzt wird. Außerdem muss der Versicherte gemäß § 291a Abs. 6 S. 2 SGB V Daten nach § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 5, 7-9 SGB V auch eigenständig löschen können. Ist dies der Fall, kann er erst recht ohne Mitwirkung des Leistungserbringers lediglich auf sie zugreifen. Für das ePatientenfach (Nr. 5) ergibt sich das außerdem aus dem neuen § 291a Abs. 5 S. 9 SGB V, wonach auf Wunsch des Versicherten die mittels der eGK gespeicherten Daten diesem zur Verfügung gestellt werden müssen, indem sie ins ePatientenfach überführt werden. Diese Regelung verlöre ihren Sinn, wäre die Mithilfe eines Leistungserbringers notwendig.<sup>59</sup>

### *c) Zugriffsbeschränkungen*

Der Zugriff auf die Daten der eGK ist beschränkt. In § 291a SGB V findet sich eine sehr differenzierte Regelung.<sup>60</sup>

<sup>55</sup> Vgl. die vom Gesetzgeber angedachten Nutzungsmöglichkeiten, S. 7 f.

<sup>56</sup> A.A. *Hornung* (Fn. 53), S. 278, der hinsichtlich der vom Versicherten selbst zur Verfügung gestellten Daten differenzieren will.

<sup>57</sup> Zu den Zugriffsbeschränkungen für Leistungserbringer siehe **II. 2. c) bb)**.

<sup>58</sup> A.A. *Dierks/Püschel* (Fn. 23), S. 38; *Bales/Dierks/Holland/Müller* (Fn. 21), § 291a B I Rn. 54.

<sup>59</sup> Vgl. auch BT-Drucks. 18/6905, S. 70.

<sup>60</sup> Eine tabellarische Übersicht findet sich bei *Bales/Dierks/Holland/Müller* (Fn. 21), § 291a B I Rn. 81.



## aa) Versicherte

Nach § 291a Abs. 4 S. 2 SGB V haben die Versicherten das Recht, sowohl auf die Daten der verpflichtenden Anwendungen (Abs. 2) als auch auf die freiwilligen Anwendungen (Abs. 3) zuzugreifen. Hinsichtlich einzelner Anwendungen bedarf es lediglich der Authentifizierung des Versicherten, vgl. § 291 Abs. 5 S. 8, Abs. 5a S. 4 SGB V. Auf einige Daten kann nur unter Mitwirkung eines Leistungserbringers zugegriffen werden.<sup>61</sup>

## bb) Leistungserbringer

Das Erheben, Verarbeiten und Nutzen der Daten nach § 291a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 1 SGB V mit Ausnahme der Nr. 6 ist den Zugriffsberechtigten nach § 291 Abs. 4 S. 1 bzw. Abs. 5a S. 1 SGB V ungeachtet der weiteren Voraussetzungen nur gestattet, soweit es zur Versorgung des Versicherten erforderlich ist. Darüber hinaus ist für die freiwilligen Anwendungen gemäß § 291a Abs. 5 S. 1 SGB V ein Zugriff nur mit dem Einverständnis des Versicherten zulässig. Die technische Umsetzung der Einverständniserteilung ist die Autorisierung durch den Versicherten, die in der Praxis mittels Eingabe einer persönlichen Identifikationsnummer (PIN) erfolgt.<sup>62</sup>

Zudem benötigen nach § 291 Abs. 4 S. 1 oder Abs. 5a S. 1 SGB V Berechtigte für den Datenzugriff grundsätzlich auch einen elektronischen Heilberufs- bzw. Berufsausweis, der über eine Möglichkeit der sicheren Authentifizierung und über eine qualifizierte elektronische Signatur verfügt, § 291a Abs. 5 S. 5, Abs. 5a S. 1 SGB V (sog. „Zwei-Schlüssel-Prinzip“<sup>63</sup>). Berufsmäßige Gehilfen, zur Vorbereitung auf den Beruf bei Leistungserbringern Tätige und sonstige Erbringer ärztlicher Leistungen (§ 291a Abs. 4 S. 1 Nr. 1 lit. d, e; Nr. 2 lit. d, e SGB V), die keinen Heilberufs- bzw. Berufsausweis haben, können dennoch auf die Daten zugreifen, wenn sie hierfür von Personen mit einem solchen Ausweis autorisiert wurden und protokolliert wird, wer die zugreifende und wer die autorisierende Person war, § 291a Abs. 5 S. 6 SGB V. Das Zwei-Schlüssel-Prinzip gilt zunächst in den Fällen des § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 2-6 SGB V. Gemäß § 291a Abs. 5 S. 2 SGB V darf der Zugriff durch Leistungserbringer grundsätzlich nur durch zusätzliche Autorisierung des Versicherten möglich

<sup>61</sup> Aufzählung der Daten, auf die ohne Mitwirkung von Leistungserbringern zugegriffen werden kann unter **II. 2. b)** und *c)*.

<sup>62</sup> Dazu *Koch/Marx/Elmer*, Informationelle Selbstbestimmung und Patientensouveränität in einem vernetzten Gesundheitswesen, DuD 2013, 131 (136), die auch Vorschläge unterbreiten, wie die PIN-Eingabe erfolgen kann, wenn der Patient selbst dazu nicht in der Lage sein sollte.

<sup>63</sup> *Elmer*, Elektronische Gesundheitskarte: Potenziale eines vernetzten Gesundheitswesens, NDV 2014, 456 (457); BT-Drucks. 18/6905, S. 70.

sein. Das gilt gemäß § 291a Abs. 5a S. 3 SGB V ebenfalls für die Organ- und Gewebespendeerklärung (Nr. 7). Ohne Autorisierung darf auf letzteres nur lesend zugegriffen werden. Das ergibt sich aus der Formulierung in § 291a Abs. 5a S. 3 SGB V, in der lediglich das Speichern, Verändern, Sperren oder Löschen von einer Autorisierung abhängig ist; anders als sonst wird hier nicht allgemein von Erheben, Verarbeiten und Nutzen gesprochen. Umgekehrt bedeutet dies, dass für die verpflichtenden Anwendungen (insb. das eRezept) und in den Fällen des § 291a Abs. 3 Nr. 8 und 9 SGB V keine Autorisierung des Versicherten für den Zugriff nötig ist. In Ausnahmefällen gilt das auch für die Notfalldaten (Nr. 1), vgl. § 291a Abs. 5 S. 3 SGB V.

#### cc) Einzelheiten

Die soeben dargestellten Grundsätze werden hinsichtlich einzelner Anwendungen der eGK modifiziert. Im Einzelnen gilt daher das Folgende.

##### (1) Besonderheiten bei Notfalldaten

Bei den Notfalldaten gelten zwei Besonderheiten. Zum einen ist der Zugriff ausnahmsweise ohne Autorisierung des Versicherten zulässig, soweit er zur Notfallversorgung oder zur (anderweitigen) Versorgung erforderlich ist und wenn nachprüfbar protokolliert wird, dass der Zugriff mit Einverständnis der Versicherten erfolgt, § 291a Abs. 5 S. 3 SGB V. Ersteres ergab sich nach altem Recht bereits aus § 291a Abs. 5 S. 2 SGB V a.F., in dem nur die Nr. 2-6 unter das Autorisierungserfordernis gestellt wurden. § 291a Abs. 5 S. 3 Halbs. 2 SGB V wurde mit dem E-Health-Gesetz neu eingeführt. Ziel war es, dem Versicherten die Möglichkeit zu eröffnen, auf dessen Wunsch hin notfallrelevante medizinische Daten den Leistungserbringern auch dann zugänglich zu machen, wenn keine Notfallsituation vorliegt.<sup>64</sup> Beispiele für solche Fälle seien der Zugriff zur Pflege und Aktualisierung der Daten, Datentransfer bei Hausarztwechsel oder für die Datenbereitstellung bei Einholung von Zweitmeinungen.<sup>65</sup> Die zweite Besonderheit bezieht sich auf den Kreis der Zugriffsberechtigten. Nach § 291a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 lit. e SGB V sind auch Angehörige eines anderen Heilberufs berechtigt, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Welche Berufe dies letztlich sind, ist nicht ganz leicht zu beantworten. Der Gesetzgeber hat im Entwurf zum E-Health-Gesetz einige Berufe genannt, die erfasst werden sollten, darunter Hebammen und Altenpfleger.<sup>66</sup> Jedenfalls fallen auch Rettungsassistenten darunter, für die

<sup>64</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 44.

<sup>65</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 44.

<sup>66</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 44.

bundesgesetzlich eine Ausbildung geregelt ist (vgl. §§ 3 ff. RettAssG). Fraglich ist es bei Rettungssanitätern, für die keine bundeseinheitliche Regelung besteht.<sup>67</sup> Seit dem E-Health-Gesetz ist in der Regelung klargestellt, dass für diese Personen nur ein lesender Zugriff möglich ist. Ein Heilberufsausweis wird auch hier vorausgesetzt.

#### (2) Besonderheiten bei Daten des Medikationsplans

Bei den Daten des Medikationsplans und der Arzneimitteltherapiesicherheit hat der Versicherte nach § 291a Abs. 5 S. 4 SGB V die Möglichkeit, auf das Erfordernis einer Zugriffsautorisierung zu verzichten. Auch diese Regelung fand erst mit dem E-Health-Gesetz Einzug in das SGB V. Sie dient der Vermeidung zusätzlicher administrativer Belastungen und soll „praxisnahe Aktualisierungsprozesse“ unterstützen.<sup>68</sup> Verzichtet der Versicherte auf die Autorisierung, so können die Leistungserbringer auf die Daten zugreifen, wenn der Versicherte sein Einverständnis gegeben hat und der Leistungserbringer einen Heilberufs- bzw. Berufsausweis nutzt.

#### (3) Besonderheiten beim ePatientenfach

Nach alter Fassung sah § 291a Abs. 5 S. 3 Halbs. 2 SGB V vor, dass die Versicherten auf das ePatientenfach (Nr. 5) auch mittels eigener Signaturkarte, die über eine qualifizierte elektronische Signatur verfügt, zugreifen können. Der Gesetzgeber erkannte, dass die wenigsten Versicherten über eine solche Signaturkarte verfügten.<sup>69</sup> Deshalb hat er diese Regelung neu gefasst, sodass nach § 291a Abs. 5 S. 8 SGB V der Versicherte auch ohne die Mitwirkung der Leistungserbringer auf das ePatientenfach zugreifen kann, wenn dieser sich durch ein (anderes) geeignetes technisches Verfahren authentifiziert.

#### (4) Besonderheiten bei den Erklärungen und Hinweisen

Ohne Einverständnis des Versicherten dürfen auf die Erklärungen der Nr. 7 und den Hinweisen der Nr. 8 und 9 Zugriffsberechtigte nach § 291 Abs. 5a S. 1 SGB V nur nach Maßgabe von § 291 Abs. 5 S. 2 SGB V zugreifen.

---

<sup>67</sup> *Schneider*, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 64 geht davon aus, dass Rettungssanitäter wegen der vom Bund/Länderausschuss Rettungswesen am 20.9.1977 aufgestellten „Grundsätze zur Ausbildung des Personals im Rettungsdienst“, die in den Länderregelungen berücksichtigt wurden, darunterfallen.

<sup>68</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 45.

<sup>69</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 45.

#### (5) Besonderheiten beim eRezept

Nach § 291a Abs. 5 S. 7 SGB V können Leistungserbringer auch abweichend von S. 5 und 6, also ohne Heilberufs-/Berufsausweis, auf das eRezept zugreifen, wenn der Versicherte dies autorisiert (mittels PIN-Eingabe). Daher kann der Versicherte auch selbstständig ohne Mitwirkung von Leistungserbringern auf das eRezept zugreifen.

#### *d) Lösungsrechte*

Die Krankenkassen müssen gemäß § 291a Abs. 6 S. 1 SGB V Daten des eRezepts und jener der freiwilligen Anwendungen auf Verlangen des Versicherten hin löschen. Davon ausgenommen sind Daten zum Zwecke der Abrechnung (Halbs. 2). Eigenständig kann der Versicherte gemäß § 291a Abs. 6 S. 2 SGB V diejenigen Daten löschen, auf die er ohne Mitwirkung der Leistungserbringer zugreifen kann.<sup>70</sup>

#### *e) Protokollierung der Zugriffe*

Der Datenschutzkontrolle wegen müssen gemäß § 291a Abs. 6 S. 3 SGB V mindestens die letzten 50 Zugriffe auf die Daten nach § 291a Abs. 2 S. 1 und Abs. 3 S. 1 SGB V, einschließlich derer des Versicherten,<sup>71</sup> protokolliert werden. Die Verwendung der Protokolle zu einem anderen Zweck als der Datenschutzkontrolle ist unzulässig, § 291a Abs. 6 S. 4 SGB V.

#### *f) Unautorisierter Zugriff*

Es darf vom Karteninhaber weder verlangt noch mit ihm vereinbart werden, anderen als den legitimierten Berechtigten den Zugriff auf Daten der verpflichtenden und freiwilligen Anwendungen zu gestatten, § 291a Abs. 8 S. 1 Var. 1 SGB V. Das gleiche gilt, wenn die Daten zu anderen Zwecken als jenen der Versorgung der Versicherten, einschließlich der Abrechnung,<sup>72</sup> erhoben werden sollen, § 291a Abs. 8 S. 1 Var. 2 SGB V. Das Verbot gilt uneingeschränkt. Mit dieser Regelung wurde einem denkbaren Handel mit Daten sogleich ein Riegel vorgeschoben.<sup>73</sup> Außerdem sollen so faktische Zwangssituationen vermieden werden, die zu ungewollter Datenpreisgabe (z.B. gegenüber Arbeitgebern) führen könnten.<sup>74</sup> Freilich verhindert das Verbot auch die Verwendung der

---

<sup>70</sup> Aufzählung unter **II. 2. b)** und *c)*.

<sup>71</sup> *Michels*, in: Becker/Kingreen, SGB V (Fn. 48), § 291a Rn. 16.

<sup>72</sup> *Schneider*, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 51.

<sup>73</sup> *Speth/Koutses*, Telematik im Gesundheitswesen, Elektronische Gesundheitskarte und Heilberufsausweis, MedR 2005, 493 (494).

<sup>74</sup> *Dierks/Püschel* (Fn. 23), S. 33.

Daten zu Forschungszwecken.<sup>75</sup> Nach Satz 2 darf der Versicherte weder bevorzugt noch benachteiligt werden, weil er einen Zugriff bewirkt oder verweigert hat.

#### *g) Straf- und Bußgeldvorschriften*

Spezielle Straf- und Bußgeldvorschriften im SGB V flankieren einzelne datenschutzrechtliche Bestimmungen. Die §§ 307 Abs. 1, 307b SGB V stellen ein Zuwiderhandeln gegen § 291a Abs. 8 SGB V bzw. § 291 Abs. 4 S. 1, Abs. 5a S. 1, 2 SGB V unter Strafe. Rechtspolitisch unbefriedigend ist jedoch, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot aus § 291a Abs. 8 S. 2 SGB V nicht pönalisiert wurde.<sup>76</sup>

### **3. Ergebnis**

Die detaillierten Regelungen der eGK zeigen, dass der Gesetzgeber bestrebt war, Datenschutz und Praktikabilität in Ausgleich zu bringen.

### **III. Auswirkungen des E-Health-Gesetzes auf den Datenschutz**

Das E-Health-Gesetz zeigt, dass dies immer noch der Fall ist. Es hatte einige Änderungen zur Folge, die den Datenschutz betrafen. Es stellt sich aber die Frage, ob sich dadurch die datenschutzrechtliche Position des Versicherten verbessert oder verschlechtert hat.

#### **1. Änderungen der Zugriffsmöglichkeiten auf die Notfalldaten**

Die größten Änderungen betrafen den Zugriff auf die Notfalldaten. Einerseits wurde die Zugriffsmöglichkeit von Angehörigen eines anderen Heilberufs i.S.d. § 291a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 lit. e SGB V auf den lesenden Zugriff beschränkt. Dies stärkt die Position des Versicherten insofern, als der Kreis der Zugriffsberechtigten geschmälert wurde. Andererseits wurde die Möglichkeit geschaffen, dass Zugriffsberechtigte auf die Notfalldaten auch in anderen Situationen als in Notfällen zugreifen können, vorausgesetzt es wird nachprüfbar protokolliert, dass der Zugriff mit dem Einverständnis des Versicherten erfolgte, § 291a Abs. 5 S. 3 SGB V. Die erforderliche Protokollierung des Einverständnisses könne z.B. in Verbindung mit der Eingabe eines PIN durch den Versicherten erfolgen, was in das Zugriffsprotokoll nach § 291a Abs. 6 S. 3 SGB V

---

<sup>75</sup> *Roßnagel/Hornung*, Forschung à la Card? Grenzen und Vorschläge für eine Nutzung der elektronischen Gesundheitskarte zur medizinischen Forschung, MedR 2008, 538 (539 f.), die gleichzeitig einen Vorschlag zur Gesetzesänderung unterbreiten, der die Datennutzung zu Forschungszwecken ermöglichen soll.

<sup>76</sup> So auch *Fischinger*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 291a SGB V Rn. 11, der im Vergleich zu Satz 1 einen erhöhten Unrechtsgehalt sieht.

aufgenommen wird. Wenn eine PIN-Nutzung unerwünscht ist, kann das Einverständnis auch im Rahmen der ärztlich geführten Behandlungsdokumentation protokolliert werden (z.B. in der Patientendatei).<sup>77</sup> In beiden Fällen hat es der Versicherte selbst in der Hand, in welchen anderen Situationen auf seine Daten zugegriffen werden kann. Mit der Regelung erhielt er die zusätzliche Möglichkeit, seine Daten Angehörigen anderer Heilberufe zur Verfügung zu stellen, die nicht über einen Heilberufs-/Berufsausweis verfügen. Die Hoheit über seine Daten wurde untermauert. Insofern kann von einer Verbesserung seiner Position gesprochen werden.

## 2. Vereinfachung der Zugriffsmöglichkeit auf das ePatientenfach

Mittlerweile kann sich der Versicherte durch ein anderes geeignetes technisches Verfahren als mit einer Signaturkarte mit qualifizierter elektronischer Signatur authentifizieren und so auf das ePatientenfach zugreifen, § 291a Abs. 5 S. 8 SGB V. Mit der Signaturkarte wurde zwar sichergestellt, dass ausschließlich der Versicherte auf die Daten zugreifen kann. Allerdings besitzen die wenigsten Versicherten eine solche Karte, weshalb diese Zugriffsmöglichkeit faktisch weggefallen wäre. Das von der Gesellschaft für Telematik<sup>78</sup> zu beschließende andere geeignete technische Verfahren ist gemäß § 291b Abs. 4 SGB V vom Bundesministerium für Gesundheit und dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zu prüfen, weshalb ausreichend sichergestellt ist, dass das Verfahren den Anforderungen an den Datenschutz genügt.<sup>79</sup> Dem Versicherten wurde dadurch der unabhängige Zugriff erheblich erleichtert.

## 3. Verzicht auf Autorisierung bei Daten des Medikationsplans

Hinsichtlich der Daten nach § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB V hat der Versicherte nach § 291a Abs. 5 S. 4 SGB V nun die Möglichkeit, auf seine Autorisierung zu verzichten. Die Zugriffsberechtigten können dann lediglich mittels Heilberufs- oder Berufsausweis auf die Daten des Medikationsplans zugreifen. Auch hier erhält der Versicherte eine zusätzliche Möglichkeit, über seine Daten zu verfügen, ohne dass es dafür einen Zwang gibt. Seine Position wurde insofern gestärkt. Allerdings muss technisch gewährleistet werden, dass erst mit dem Verzicht die Zugriffsmöglichkeit für die Berechtigten erleichtert wird. Das könnte etwa dadurch erreicht werden, dass die für den regulären Zugriff

<sup>77</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 45.

<sup>78</sup> „gematik gGmbH“ gegründet am 11.1.2005 mit Sitz in Berlin. Gesetzlich verankert in §§ 291a Abs. 7 S. 2, 291b SGB V. Gesellschafter sind die in § 291a Abs. 7 S. 1 SGB V genannten Verbände der Selbstverwaltung, darunter der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung.

<sup>79</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 45.

erforderliche Autorisierung des Versicherten erst entfällt, wenn eine Verzichtserklärung des Versicherten – gekoppelt an eine (einmalige) PIN-Eingabe – auf der eGK gespeichert wird.

#### 4. Anspruch auf Überführung der Daten in das ePatientenfach

Schließlich wurde dem Versicherten in § 291a Abs. 5 S. 9 SGB V ein Anspruch gegenüber den Zugriffsberechtigten gewährt, alle auf der eGK gespeicherten Daten der freiwilligen Anwendungen und jene nach § 291f SGB V in sein ePatientenfach kopieren zu lassen. Der Versicherte erhält hierdurch die Möglichkeit, sich über seine gespeicherten Daten zu informieren. In Verbindung mit dem Löschungsrecht, dem Recht zur Widerruf der Einwilligung und der Beschränkung des Einverständnisses auf einzelne Anwendungen kann er diese nun gezielter und einfacher regulieren. Er hat es in der Hand, welche Daten den Leistungserbringern verfügbar gemacht werden und welche nicht. Die Information darüber, welche Daten gespeichert wurden, ist notwendige Voraussetzung für die Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Der neue Satz 9 stärkt daher die datenschutzrechtliche Position des Versicherten erheblich.

#### 5. Ergebnis

Das E-Health-Gesetz änderte nichts an der beim Versicherten liegenden Datenhoheit. Das ist auch nach den Zugriffserweiterungen bei den Notfalldaten noch der Fall. Es ist sogar positiv festzustellen, dass die datenschutzrechtliche Position des Versicherten weiter gestärkt wurde.

#### IV. Vereinbarkeit mit Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Seit ihrer Einführung wird die Vereinbarkeit der eGK mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung immer wieder angezweifelt.<sup>80</sup> Im Rahmen einer unzulässigen Rechtssatz-Verfassungsbeschwerde wies das *BVerfG* darauf hin, dass es für die Beantwortung der Frage nach der Vereinbarkeit der eGK mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung notwendig sei, konkret zu beurteilen, wie die jeweiligen Stellen mit den fraglichen Daten umgehen und welche datenschutzrechtlichen Vorkehrungen insoweit bestünden.<sup>81</sup> Diese Aspekte sind auch nach dem Erlass des E-Health-Gesetz noch nicht abschließend gesetzlich geregelt. Ob die vorgesehenen Maßnahmen zur Gewährleistung des Datenschutzes ausreichen, wird sich wohl erst zeigen, wenn nahezu alle

<sup>80</sup> Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 13.2.2006 – 1 BvR 1184/04 (juris); *SG Freiburg (Br.)*, Urt. v. 6.12.2013 – S 5 KR 2714/13 (juris); *LSG Berlin-Brandenburg*, Urt. v. 20.3.2015 – L 1 KR 18/14 (juris).

<sup>81</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 13.2.2006 – 1 BvR 1184/04, Rn. 65 (juris).

vorgesehenen Anwendungsmöglichkeiten betriebsbereit sind.<sup>82</sup> Gleichwohl lohnt es sich, die Problemfelder im Blick zu halten und sie ob ihrer Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu beleuchten.

### 1. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>83</sup> Es schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten.<sup>84</sup> In das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird immer dann eingegriffen, wenn der Staat die Bekanntgabe persönlicher Informationen verlangt, diese einer (automatisierten) Datenverarbeitung zuführt oder an Dritte weitergibt.<sup>85</sup> „Persönliche Informationen“ ist gleichbedeutend mit dem Begriff der persönlichen Daten i.S.d. § 3 Abs. 1 BDSG.<sup>86</sup> Umfasst sind vor allem Angaben über den Betroffenen selbst, seine Identifizierung und Charakterisierung, wie z.B. Name, Anschrift, Geburtsdatum, Aussehen (Einzelangaben über persönliche Verhältnisse).<sup>87</sup> Dazu gehören auch biometrische Daten wie Fotografien.<sup>88</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verleiht aber keine absolute Herrschaft des Einzelnen über seine Daten. Ein Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung kann durch überwiegende Allgemeininteressen gerechtfertigt werden.<sup>89</sup> Dabei sind jedoch bestimmte Schranken zu beachten.<sup>90</sup> Insbesondere dürfen staatliche Dateneingriffe grundsätzlich nur mit Zustimmung des Betroffenen vorgenommen werden.<sup>91</sup> Die Daten dürfen nur zweckbezogen erhoben werden. Dadurch wird das Verarbeitungsziel, aber auch der Verarbeitungsumfang festgelegt.<sup>92</sup>

<sup>82</sup> Die bloße flächendeckende Einführung der eGK reicht entgegen *Liicking*, in: Sodan, Hdb KVR, 2. Aufl. 2014, § 41 Rn. 53 nicht aus.

<sup>83</sup> Grundlegend *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a. (juris).

<sup>84</sup> *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., Rn. 149 (juris).

<sup>85</sup> *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, 75. EL 2016, Art. 2 Rn. 176.

<sup>86</sup> *Ebd.*, Art. 2 Rn. 175; *Vogelgesang*, Grundrecht auf Informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 25.

<sup>87</sup> *Gola/Klug/Körffer*, in: Gola/Schomerus, BDSG, 12. Aufl. 2015, § 3 Rn. 6.

<sup>88</sup> *VG Hamburg*, DuD 1981, 57; offengelassen von *BGH*, Urt. v. 9.2.2010 – VI ZR 244/08, Rn. 41 (juris).

<sup>89</sup> *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., Rn. 150 (juris).

<sup>90</sup> Dazu grundlegend *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u.a., Rn. 155 (juris). Es müssen etwa Auskunfts- und Löschungsrechte vorgesehen sein.

<sup>91</sup> *Jarass*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Grundgesetz, NJW 1989, 857 (858).

<sup>92</sup> *Scholz/Pitschas*, Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, 1984, S. 41.



## 2. Einzelne Aspekte der eGK auf dem Prüfstand

Im Folgenden sollen einzelne Aspekte der eGK kritisch auf ihre Vereinbarkeit mit dem oben knapp dargestellten Recht auf informationelle Selbstbestimmung hin untersucht werden. Dabei muss im Einzelnen insbesondere die Verhältnismäßigkeit beachtet werden.<sup>93</sup>

### a) Lichtbild

Die eGK ist gemäß § 291 Abs. 2 S. 4 SGB V mit einem Lichtbild des Versicherten zu versehen. Ermächtigt zur Erhebung und Speicherung dieses biometrischen Datums werden die Krankenkassen gemäß § 284 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 i.V.m. § 291 Abs. 2 S. 4 SGB V. Es handelt sich daher um ein Sozialdatum i.S.d. §§ 35 SGB I, 67 Abs. 1 SGB X. Der Staat greift damit in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Versicherten ein.

Das Lichtbild dient der Verhinderung der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und damit der Stabilität des Krankenversicherungssystems.<sup>94</sup> Nicht zuletzt deshalb hält die Rechtsprechung die Regelung zum Lichtbild für verfassungsgemäß.<sup>95</sup> In der Literatur bestehen jedoch Bedenken bezüglich der Erforderlichkeit des Lichtbildes auf der eGK. Vereinzelt wurde geäußert, dass der Zweck auch erreicht werden könnte, indem kumulativ zur lichtbildlosen eGK der Personalausweis vorgelegt wird.<sup>96</sup> Dieser Idee erteilte das BSG richtigerweise eine Absage.<sup>97</sup> Zur Identitätsfeststellung mittels Personalausweises seien gemäß § 2 Abs. 2 Personalausweisgesetz nur öffentliche Stellen befugt, die zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben als hoheitliche Maßnahme die Identität von Personen feststellen. Dazu würden Vertrags(zahn)ärzte *de lege lata* nicht gehören. Es läge im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, die Vertrags(zahn)ärzte insoweit zu beleihen oder eben ein Lichtbilderfordernis bei der eGK einzuführen. Der Gesetzgeber entschied sich für letztere Möglichkeit. Das Lichtbild ist deshalb auch erforderlich. Ferner ist es auch nicht unangemessen, da die eGK mit dem Lichtbild grundsätzlich in der Sphäre des Versicherten verbleibt und es dieser in

<sup>93</sup> Schneider, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291a Rn. 8.

<sup>94</sup> BT-Drucks. 15/1525, S. 143.

<sup>95</sup> BSG, Urt. v. 18.11.2014 – B 1 KR 35/13 R; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 20.3.2015 – L 1 KR 18/14; LSG Hessen, Urt. v. 26.9.2013 – L 1 KR 50/13; LSG Baden-Württemberg, Beschl. v. 30.11.2012 – L 11 KR 4746/12 ER-B; LSG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 1.10.2012 – L 4 KR 57/12 B ER; SG Düsseldorf, Urt. v. 28.6.2012 – S 9 KR 111/09 (juris).

<sup>96</sup> Hornung (Fn. 53), S. 279, Fn. 1642; vgl. auch den Tatbestand des Urteils von LSG Hessen, Urt. v. 26.9.2013 – L 1 KR 50/13 (juris).

<sup>97</sup> BSG, Urt. v. 18.11.2014 – B 1 KR 35/13 R, Rn. 29 (juris).

der Hand hat, wem er die eGK übergibt. Das Lichtbild wird auch nicht auf der eGK gespeichert. Lediglich im System der Krankenkassen liegt dieses in digitaler Form vor. Die Krankenkassen sind gemäß § 284 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V zu dieser Speicherung ermächtigt, um im Falle von Verlust oder Diebstahl eine neue eGK ausstellen zu können. Das Lichtbilderfordernis ist mithin mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar.

*b) Zuzahlungsstatus*

Problematisch ist ferner der Zuzahlungsstatus.<sup>98</sup> Nach einer Auffassung in der Literatur ist der Zuzahlungsstatus (§ 291 Abs. 2 Nr. 8 SGB V) ein besonderes personenbezogenes Datum.<sup>99</sup> Denn mit ihm ließen sich Rückschlüsse auf die Gesundheit des Betroffenen ziehen.<sup>100</sup> Deshalb dürfe dieser nicht frei auslesbar auf der eGK vorhanden sein, weshalb insofern den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt werde. Eine Befreiung deute auf gesundheitliche Probleme von erheblichem Umfang (v.a. chronische Krankheiten) hin, besonders, wenn sie zu einem frühen Zeitpunkt im Jahr erfolge.<sup>101</sup> Das BSG lehnt diese Auffassung richtigerweise ab.<sup>102</sup> Jederzeit habe es der Versicherte in der Hand, ob und wem er die Kenntniserlangung der Daten ermöglichen will.

Die Ansicht in der Literatur erkennt zwar selbst, dass die Belastungsgrenze bei entsprechenden niedrigen Bruttojahreseinkommen bereits bei nicht sonderlich schwerwiegenden Krankheiten erreicht werden kann,<sup>103</sup> überbetont jedoch das Risiko, dass Interaktionspartner eine chronische Krankheit vermuten und ihr Verhalten dementsprechend zum Nachteil des Versicherten verändern. Fraglich ist bereits, wer diese Interaktionspartner sein sollen und welche für den Versicherten nachteilige Verhaltensweisen zu befürchten sind. Zugang zu den Versichertenstammdaten und damit zum Zuzahlungsstatus haben nur die Leistungserbringer gemäß § 15 Abs. 2 SGB V. Der Versicherte muss den Leistungserbringern die eGK als Nachweis zu seiner Berechtigung zur Inanspruchnahme von Leistungen vorlegen, § 291 Abs. 1 S. 2 SGB V. Daneben dient die eGK auch zur Abrechnung mit den Leistungserbringern. Damit der

---

<sup>98</sup> Der Zuzahlungsstatus zeigt an, ob der Versicherten sich an Behandlungskosten beteiligen muss oder nicht.

<sup>99</sup> *Hornung* (Fn. 53), S. 279 f.

<sup>100</sup> Die Zuzahlungen sind gemäß § 62 SGB V im Regelfall bis zu einer Belastungsgrenze von 2 % des Bruttojahreseinkommen zu leisten; für chronisch Kranke liegt die Grenze bei 1 %.

<sup>101</sup> *Hornung* (Fn. 53), S. 280. So bereits *LMx* (2004), Vortrag auf Tagung CAST-Forum SmartCards am 16.9.2004, Fraunhofer Institut Darmstadt, zitiert nach: *Tschoepe*, MedR 2004, 708 (708).

<sup>102</sup> BSG, Urt. v. 18.11.2014 – B 1 KR 35/13 R, Rn. 33 (juris).

<sup>103</sup> *Hornung* (Fn. 53), S. 280.

Versicherte in den Genuss der Befreiung kommt, muss er eben auch den Zuzahlungsstatus den Leistungserbringern zugänglich machen.<sup>104</sup> Neben den Leistungserbringern haben auch die Krankenkassen Zugang zu den Informationen. Sie müssen schließlich eine Bescheinigung über die Befreiung ausstellen (§ 62 Abs. 1 SGB V) und die Versichertenstammdaten aktuell halten (vgl. § 291 Abs. 2b S. 1 SGB V). Andere Interaktionspartner sind insoweit nicht ersichtlich. Schließlich gehört der Zuzahlungsstatus nicht zu den außen auf der eGK abgedruckten Informationen.<sup>105</sup> Das bedeutet, dass das Datum nur mit entsprechendem Lesegerät ausgelesen werden kann. Darüber hinaus liegt es allein in der Verantwortung des Versicherten, wem er die eGK zur Auslesung übergibt.<sup>106</sup> Bereits die Einordnung des Zuzahlungsstatus als Gesundheitsdatum erscheint angesichts der nicht zweifelsfreien Rückschlussmöglichkeit auf den Gesundheitszustand fraglich. Jedenfalls aber bestehen keine Bedenken hinsichtlich der freien, mit anderen Worten nicht mit einer PIN gesicherten Auslesbarkeit des Zuzahlungsstatus. Ein Verstoß gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung liegt nicht vor.

### c) Freiwillige Anwendungen

In der Vergangenheit richteten sich Klagen auch gegen die freiwilligen Anwendungen des § 291a Abs. 3 S. 1 SGB V. Dahinter steht die Befürchtung, zum „gläsernen Patienten“ zu werden.<sup>107</sup> Aus rechtlicher Sicht scheint ihre Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung jedoch unproblematisch. Durch die Eröffnung der Möglichkeit zur Nutzung der freiwilligen Applikationen der eGK allein wird noch nicht in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung eingegriffen, da gemäß § 291a Abs. 3 S. 4 SGB V das Erheben von der Einwilligung des Versicherten abhängig ist.<sup>108</sup> Im Übrigen kann geradezu von einer mustergültigen Umsetzung der vom *BVerfG* aufgestellten Grundsätze zum Recht auf informationeller Selbstbestimmung gesprochen werden: Es bestehen Aufklärungspflichten (§ 291a Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 7 SGB V i.V.m. § 6c BDSG), Auskunftspflichten (§ 291a Abs. 5 S. 9 SGB V) und Löschungsmöglichkeiten (§ 291a Abs. 6 S. 1, 2 SGB V). Die Zustimmung des Versicherten ist vor jedem Zugriff erforderlich (§ 291a Abs. 5 S. 1 SGB V). Die Daten werden ausschließlich zweckbezogen erhoben (vgl.

<sup>104</sup> BSG, Urt. v. 18.11.2014 – B 1 KR 35/13 R, Rn. 33 (juris).

<sup>105</sup> Vgl. *Waschull*, in: Krauskopf, SGB V (Fn. 12), § 291 Rn. 11.

<sup>106</sup> So auch BSG, Urt. v. 18.11.2014 – B 1 KR 35/13 R, Rn. 33 (juris).

<sup>107</sup> Vgl. den Tatbestand des Urteils des *SG Düsseldorf*, Urt. v. 28.6.2012 – S 9 KR 111/09, Rn. 5 (juris).

<sup>108</sup> Vgl. *SG Düsseldorf*, Urt. v. 28.6.2012 – S 9 KR 111/09, Rn. 46; *LSG Baden-Württemberg*, Beschl. v. 30.11.2012 – L 11 KR 4746/12 ER-B, Rn. 15 (juris): Die gesetzliche Regelung beschwert den Kläger nicht.

§ 291a Abs. 8 S. 1 SGB V). Der Kreis der Zugriffsberechtigten ist eng und eindeutig bestimmt (§ 291a Abs. 4, Abs. 5a SGB V). Ein Zugriff ist außerdem nur unter engen Voraussetzungen (Zwei-Schlüssel-Prinzip) möglich. Die letzten 50 Zugriffe müssen zwecks Nachvollziehbarkeit gemäß § 291a Abs. 6 S. 3 SGB V protokolliert werden. Unberechtigte Zugriffe sind unter Strafe gestellt (§ 307b SGB V). Außerdem besteht ein Beschlagnahmeverbot für die Daten nach § 291a SGB V gemäß § 97 Abs. 2 S. 1 StPO. Freilich ist auch die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht gemäß § 203 StGB strafbewehrt. Die letzten Punkte bieten freilich keine absolute Sicherheit – jedoch kann von einer gewissen Abschreckungswirkung ausgegangen werden.<sup>109</sup>

Befürchtungen bestehen aber auch bezüglich der Sicherheit der Daten an ihrem jeweiligen Speicherort. Diskutiert wird unter anderem, ob eine zentrale oder dezentrale Speicherung aus datenschutzrechtlicher Sicht vorzugswürdig ist. Die Beantwortung jener Frage ist unter dem Gesichtspunkt der höheren Gefahr des Missbrauchs jedoch unerheblich, weil dem eine falsche Vorstellung zugrunde liegt.<sup>110</sup> Die Daten liegen am – egal welchem – Speicherort zu keiner Zeit unverschlüsselt vor.<sup>111</sup> Die Verschlüsselung ist nur mit einem körperlich auf der eGK gespeicherten individuellen Schlüssel aufzuheben.<sup>112</sup> Ein Masterschlüssel existiert nicht.<sup>113</sup> Daher sei „nach menschlichem Ermessen und entsprechend des Forschungsstandes in der Kryptologie“ eine Entschlüsselung durch unberechtigte Dritte ausgeschlossen.<sup>114</sup> Selbst nach einem erfolgreichen Hackerangriff würde der Angreifer nur verschlüsselte Daten vorfinden. Daher bestehen auch in dieser Hinsicht keine Bedenken bezüglich der Vereinbarkeit mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Im Schrifttum wird vereinzelt davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber nicht dauerhaft an der Freiwilligkeit der Online-Nutzung festhalten wird.<sup>115</sup> Klar ist, dass die Eingriffsintensität in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die Abschaffung der Freiwilligkeit merklich erhöht wird und somit auch die Anforderungen an das rechtfertigende Allgemeinwohlinteresse steigen. Der Gesetzgeber täte in dem Fall gut daran, weitere Regelungen des Datenschutzes gesetzlich zu normieren, um auch dem Vorbehalt des Gesetzes zu entsprechen.

---

<sup>109</sup> *Dierks/Püschel* (Fn. 23), S. 33.

<sup>110</sup> *Weichert*, Datenschutzrechtliche Anforderungen und Probleme, 2009, S. 53 (57 f.).

<sup>111</sup> *Elmer* (Fn. 62), S. 457.

<sup>112</sup> *Lücke/Köhler*, Die elektronische Gesundheitskarte – Schlüssel für die elektronische Vernetzung im deutschen Gesundheitswesen, DMW 2007, 448 (451).

<sup>113</sup> *Weichert* (Fn. 110), S. 58.

<sup>114</sup> *Elmer* (Fn. 62), S. 458.

<sup>115</sup> *Wenner*, in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, 2013, § 291a Rn. 7; *Weichert* (Fn. 20), S. 403.

### 3. Ergebnis

Es bleibt dabei. Die Regelungen der eGK sind mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar. Angesichts der Vielzahl (spezial-)gesetzlicher Sicherungen des Datenschutzes ist der Aussage beizupflichten, dass datenschutzrechtliche Kritik oft medienwirksam aber „regelmäßig ohne Auseinandersetzung mit den in § 291a SGB V enthaltenen Regelungen“ erfolgt.<sup>116</sup>

### V. Aktueller Stand der Entwicklung und Ausblick

Nach dem aktuellen Stand der Entwicklung halten sich die Verwendungsmöglichkeiten für die eGK noch in Grenzen. Obwohl sie nun mit einem Mikroprozessor ausgestattet ist, geht ihr Nutzen nicht weiter als jener der Krankenversichertenkarte.<sup>117</sup> Mit anderen Worten beschränkt sie sich noch immer auf das Auslesen der Versichertenstammdaten. Mit dem Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen vom 21.12.2015 wird das Projekt jedoch vorangetrieben. Der Gesetzgeber hat der Gesellschaft für Telematik neue Fristen gesetzt. Gemäß § 291 Abs. 2b S. 6 SGB V hat sie die für den Online-Abgleich der Versichertenstammdaten nach § 291 Abs. 2b S. 4 SGB V erforderlichen Maßnahmen bis zum 30.6.2016 durchzuführen. Diese umfassen alle Aspekte zur Herstellung der Betriebsbereitschaft des Versichertenstammdatendienstes für den bundesweiten Wirkbetrieb.<sup>118</sup> Entsprechend wurde auch den Leistungserbringern eine Frist gesetzt. Sie müssen gemäß § 291 Abs. 4b S. 14 SGB V spätestens ab 1.7.2018 den Online-Abgleich quartalsweise durchführen, andernfalls wird ihre Vergütung für die Dauer der Nichtdurchführung pauschal um 1 % gekürzt. Eine weitere Frist wurde der Gesellschaft für Telematik im neuen § 291a Abs. 5c SGB V gesetzt. Bis zum 31.12.2018 hat sie die erforderlichen Voraussetzungen für die ePA (§ 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 4 SGB V) zu schaffen. Ziel ist es, Anbietern von elektronischen Aktensystemen in die Lage zu versetzen, ihre Produkte nach den Vorgaben der Gesellschaft für Telematik zu entwickeln, anzupassen und am Markt anzubieten.<sup>119</sup> Nutzbar wird die ePA zu diesem Zeitpunkt also noch nicht sein.

Festzuhalten bleibt, dass bisher noch immer keine Verwendungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, die über jene der Krankenversichertenkarte hinaus-

<sup>116</sup> Bales/von Schwanenflügel (Fn. 13), S. 2476.

<sup>117</sup> Scholz, in: BeckOK Sozialrecht (Fn. 25), § 291a Rn. 4.

<sup>118</sup> BT-Drucks. 18/5293, S. 42.

<sup>119</sup> BT-Drucks. 18/6905, S. 71.

gehen.<sup>120</sup> Aufgrund der Komplexität und der Vorgeschichte des Projekts ist es auch nicht unwahrscheinlich, dass es zu weiteren Verzögerungen kommen wird. Insgesamt wird aber deutlich, dass der Gesetzgeber mit dem E-Health-Gesetz bestrebt war, nützliche Anwendungen der eGK zügig einzuführen.<sup>121</sup>

## VI. Fazit

Die Regelungen der elektronischen Gesundheitskarte sind umfangreich und kompliziert. In der Literatur wird § 291a SGB V teilweise als Exempel dessen gesehen, was an der modernen Gesetzgebung kritisiert wird: Detailversessenheit.<sup>122</sup> Die Vorschrift ist nunmehr „wortreicher als der gesamte Grundrechtskatalog“.<sup>123</sup> Mit dem E-Health-Gesetz gewann man aber durch Umstrukturierung und Rechtsbereinigung an Übersichtlichkeit. Das E-Health-Gesetz brachte einige Änderungen, die die datenschutzrechtliche Position des Versicherten verbessert haben.<sup>124</sup> Neuerungen fanden sich vor allem bei den Zugriffsmöglichkeiten auf die Notfalldaten, Daten des Medikationsplans und des ePatientenfachs. Hinzugekommen ist auch der Anspruch des Versicherten auf Überführung der Daten der eGK ins ePatientenfach. Die Regelungen der eGK sind nach derzeit möglicher Einschätzung mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vereinbar. Die eGK ist nicht das befürchtete „Datenmonster“.<sup>125</sup> Gleichwohl ist eine abschließende Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit noch nicht möglich. Insbesondere auch im Hinblick auf das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer System ist es unabdinglich, die technischen Modalitäten der Datenverarbeitung und -sicherung zu kennen.<sup>126</sup> Diese befinden sich jedoch noch in der Entwicklung. Für den Gesetzgeber besteht in diesem Bereich Nachholbedarf. Es bleibt daher abzuwarten, wie sich die elektronische Gesundheitskarte weiterentwickelt.

---

<sup>120</sup> Vgl. dazu die Auflistung der verfügbaren Anwendungen unter [https://www.gematik.de/cms/de/egk\\_2/anwendungen/verfuegbare\\_anwendungen/verfuegbare\\_anwendungen\\_1.jsp](https://www.gematik.de/cms/de/egk_2/anwendungen/verfuegbare_anwendungen/verfuegbare_anwendungen_1.jsp) (abgerufen am 17.12.2016).

<sup>121</sup> Vgl. *Di Bella*, Entwurf eines Gesetzes für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen („E-Health-Gesetz“), RDG 2015, 90.

<sup>122</sup> *Peters*, in: KassKomm, SGB V (Fn. 49), § 291a Rn. 4.

<sup>123</sup> *Kingreen*, Die Entwicklung des Gesundheitsrechts 2014/2015, NJW 2015, 3413 (3420).

<sup>124</sup> A.A. *Jensen*, Kritische Äußerungen zum Referentenentwurf des E-Health-Gesetzes, ZD-Aktuell 2015, 04617, die allerdings die bereits vor dem E-Health-Gesetz bestehenden datenschutzrechtlichen Sicherungen nicht berücksichtigt.

<sup>125</sup> *Koch/Marx/Elmer* (Fn. 62), S. 132.

<sup>126</sup> So wird etwa die ausschließliche Speicherung der Daten auf zentralen Servern als gravierendes Sicherheitsproblem angesehen, z.B. in Hinblick auf Serverausfälle, *Pitschas* (Fn. 51), S. 182.

**Florian Schmid\***

## **Buchrezension: Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen**

### **Abstract**

Rezension des Werkes „Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen“ von *Matthias Jabn/Charlotte Schmitt-Leonardy/Christian Schoop* (Hrsg.), 2016, erschienen in der Schriftenreihe des Vereins Deutsche Strafverteidiger e.V. (Band 39), Nomos Verlag, Baden-Baden, 378 Seiten, 98,00 €

---

\* Der Autor ist Leiter des Ressorts Fallbearbeitungen dieser Zeitschrift und studiert derzeit im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

## I. Einführung

Die Jahre 2015 und 2016 ließen die deutsche Bundesrepublik angesichts der Problematik der Panama-Papers, des VW-Dieselskandals und der WM-Affäre im Dunstkreis des Deutschen Fußballbundes mit zahlreichen Herausforderungen an das Recht und die Rechtspraxis zurück. Insbesondere die Zuweisung individueller strafrechtlicher Verantwortlichkeit innerhalb der involvierten Verbände dürfte die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen der Aufarbeitung ebenso intensiv beschäftigen wie beispielsweise die Verjährung etwaiger Straftaten im Falle mehr als zehn Jahre zurückliegender (mutmaßlicher) Schmiergeldzahlungen.<sup>1</sup> Indes stellt sich manch einer die Frage, ob es in derartigen Fällen bei der Untersuchung strafrechtlicher Individualschuld sein Bewenden haben kann oder nicht vielmehr die Rolle der beteiligten Verbände als solcher (stärker) in den Fokus von Ermittlungsmaßnahmen und Sanktionsbemühungen rücken sollte.<sup>2</sup> Gerade das Bekanntwerden möglicher Rechtsverstöße durch Mitarbeiter eines deutschen Automobilherstellers und Funktionäre des weltweit größten Sportverbandes fällt dabei auf einen Zeitpunkt, der passender nicht sein könnte. Die öffentlichkeitswirksame Aufdeckung möglicherweise begangener Straftaten durch Mitarbeiter und Leitungspersonen deutscher Verbände mit bisher scheinbar weißer Weste könnte nämlich einen weiteren Stein des Anstoßes im Diskurs um die Einführung eines Verbandsstrafrechts darstellen. Diese seit langer Zeit existente – aber immer wieder abgekühlte – Diskussion<sup>3</sup> wurde bereits im Jahr 2013 durch einen Gesetzesentwurf des Landes Nordrhein-Westfalen endgültig aus ihrem Dornröschen-Schlaf erweckt.<sup>4</sup> Die Folge der Veröffentlichung des

---

<sup>1</sup> Vgl. zu den durch die DFB-Affäre mitunter aufgeworfenen Rechtsfragen: *Hoven/Kubiciel/Waßmer*, Das Ende des Sommermärchens – Strafbarkeit korruptiver Einflussnahmen auf die Vergabe sportlicher Großereignisse, NZWiSt 2016, 121 ff.

<sup>2</sup> Vgl. den Beitrag *Kubiciels* zu dieser Frage, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2015-10/volkswagen-strafrecht-unternehmen-abgas-skandal> (zuletzt abgerufen: 21.12.2016); vgl. zudem <http://www.compliance-manager.net/fachartikel/braucht-deutschland-ein-unternehmensstrafrecht-1511095251> (zuletzt abgerufen: 21.12.2016).

<sup>3</sup> Vgl. exemplarisch nur *Tiedemann*, Die „Bebußung“ von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, NJW 1988, 1169 (1170 f.); *Dannecker*, Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände, GA 2001, 101 ff.; vgl. auch die Darstellungen bei: *Kempff/Lüderssen/Volk* (Hrsg.), Unternehmensstrafrecht, 2012.

<sup>4</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden (im Folgenden: VerbStGB-E), [https://www.justiz.nrw.de/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP\\_II\\_5\\_Gesetzesentwurf.pdf](https://www.justiz.nrw.de/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP_II_5_Gesetzesentwurf.pdf) (zuletzt abgerufen: 21.12.2016); zur dahinter stehenden Motivation siehe: *Kutschaty*, Unternehmensstrafrecht: Deutschland debattiert, der Rest Europas handelt, DRiZ 2013, 16 f.



Entwurfs war eine Flut rechtswissenschaftlicher Beiträge und Tagungen, der auch das im Rahmen dieses Beitrags dargestellte Werk zuzurechnen ist.

Vor dem Hintergrund dieser Diskussion erscheint es geradezu bemerkenswert, dass in den Vereinigten Staaten von Amerika seit dem vergangenen Jahr eine auf den ersten Blick gegenläufige Tendenz zu vernehmen ist. Ob die dort durch das sogenannte „Yates-Memorandum“<sup>5</sup> ausgerufene *Reindividualisierung* US-amerikanischer Strafverfolgungsbemühungen in Fällen der Kriminalität im Unternehmensumfeld<sup>5</sup> angesichts der beachtlichen US-amerikanischen Erfahrungen mit einem System der strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit<sup>6</sup> als ein Zeichen für (passender wohl: gegen) die deutschen Reformbestrebungen angesehen werden sollte, sei an dieser Stelle zur weiteren Diskussion gestellt.<sup>7</sup> Jedenfalls unstrittig dürfte aber sein, dass die etwaige Verabschiedung eines Verbandsstrafgesetzbuches nicht das Ende der gesetzgeberischen Fahnenstange sein darf. Vielmehr gilt es, Justiz und Strafverfolgungsbehörden ausreichend Mittel an die Hand zu geben, um ein Dasein des Gesetzes als „Papiertiger“ zu vermeiden.<sup>8</sup> Auch bleibt zu hoffen, dass – ungeachtet des Ausgangs der gesetzgeberischen Erwägungen – die rechtswissenschaftliche Diskussion im Falle der Positivierung eines Verbandsstrafrechts als konstruktive Basis für das Gesetzesvorhaben herangezogen wird.<sup>9</sup> Es wäre überaus bedauerlich, sollte der Gesetzgeber die Früchte der anhaltenden Diskussion nicht ernten, gerade weil die Einführung eines Verbandsstrafrechts als ein „tiefgreifende[r] Einschnitt in

---

<sup>5</sup> Vgl. Memorandum on Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, <http://www.justice.gov/dag/file/769036/download> (zuletzt abgerufen: 21.12.2016); hierzu: Pant, Zum sog. „Yates-Memorandum“: Das U.S.-Justizministerium gewährt künftig Strafabatt nur noch gegen Auslieferung von Managern, CCZ 2015, 242 ff.; ders., Pflicht zur Herausgabe interner Untersuchungsergebnisse im Rahmen von US-Ermittlungsverfahren? Erste Erfahrungen mit dem sog. „Yates-Memorandum“, CCZ 2016, 183 ff.

<sup>6</sup> Vgl. das Urteil des *US Supreme Court* aus dem Jahre 1909: *New York Central & Hudson River Railroad ./. United States*, 212 U.S. 481, 494 f. (1909); näher hierzu: Zeidler/van Rienen, Der Ruf nach einem Unternehmensstrafrecht – Erfahrungen aus der Praxis, in: Nietsch (Hrsg.), Unternehmenssanktionen im Umbruch, 2016, 37 (43 f.) m.w.N.

<sup>7</sup> Vgl. hierzu: Zeidler/van Rienen (Fn. 6), S. 52 (Fn. 55).

<sup>8</sup> Auf diese Notwendigkeit (gerade angesichts der derzeitigen Ausstattung deutscher Strafverfolgungsbehörden) hinweisend: Zeidler/van Rienen (Fn. 6), S. 57; ebenso: Schneider, Das Unternehmen als Projektionsfläche kollektiver Strafbedürfnisse, in: Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop (Hrsg.), Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen, 2016, 25 (38 f.).

<sup>9</sup> Dann könnte der Entwurf dem ihm zgedachten Zweck als „Diskussionsgrundlage“ auch tatsächlich in letzter Konsequenz gerecht werden, vgl. [https://www.justiz.nrw.de/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP\\_II\\_5.pdf](https://www.justiz.nrw.de/JM/leitung/jumiko/beschluesse/2013/herbstkonferenz13/TOP_II_5.pdf) (zuletzt abgerufen: 21.12.2016).

das herkömmliche deutsche Strafrechtssystem<sup>10</sup> anzusehen ist.

Die folgende Besprechung fasst die Inhalte der einzelnen Abhandlungen in der gebotenen Kürze und entlang der von den Herausgebern vorgegebenen Reihenfolge zusammen. Sodann folgt eine holzschnittartige Analyse des Werkes in seiner Gesamtheit. Im Mittelpunkt der Besprechung stehen dabei sowohl zentrale Einwände gegen ein Verbandsstrafrecht als auch diskutierte Alternativvorschläge.

## II. Aufbau

Die Autoren nähern sich der Gesamtproblematik in verschiedenen Abschnitten, die sich mit den *Grundlagen und dem heutigen Diskussionsstand* (Teil A), dem konkret vorliegenden und eingangs erwähnten, *nordrhein-westfälischen Entwurf eines Verbandsstrafgesetzbuchs* (Teil B) sowie den *Alternativen und Folgefragen* (Teil C) beschäftigen.

## III. Inhalt

Nach einleitenden Bemerkungen von *Thomas Fischer* und *Klaus Lüderssen* widmet sich *Hendrik Schneider* in einem ersten Beitrag den möglichen Zielen einer Einführung der strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit, der kriminologischen Stellung des Unternehmens im Feld der Unternehmenskriminalität und den Schlussfolgerungen für die Verantwortungszuweisung durch ein Verbandsstrafrecht. Im Verlaufe der Abhandlung arbeitet er die einerseits denkbare Täterstellung eines Unternehmens im Falle einer (intendierten) unternehmensdienlichen Vorteilhaftigkeit individuell begangener Rechtsverstöße (*Corporate Crime*) heraus. Zugleich weist er auf die mit einer Begehung individueller Rechtsverstöße zulasten eines Unternehmens verbundene Opferstellung des Verbandes (*Occupational Crime*) hin. Am Beispiel der Bildung und Verwendung schwarzer Kassen erläutert *Schneider* die Zwitterstellung eines Unternehmens zwischen Opfer- (Untreue zulasten des Rechtsträgers) und Täterrolle (Korruptionsstraftaten zugunsten des Verbandes). Hieraus folgert der Autor, dass der Bestrafung eines Verbandes bereits die indifferente Stellung desselben entgegenstehe. Auch sei ein Verbandsstrafrecht überflüssig, werde ein effektiver Druck zur Implementierung von Compliance-Maßnahmen doch bereits durch die Gefahr erheblicher Reputationsschäden infolge der Durchführung von Ermittlungsverfahren gegen verantwortliche Individuen erreicht. Um Verbänden gewissermaßen die Angst vor der Öffnung der Büchse der Pandora zu nehmen – *Schneider* spricht von einem „Tal des Jammers“, das

<sup>10</sup> *Jahn*, There is no such thing as too big to jail, in: *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* (Fn. 8), S. 63; unter Verweis auf: Anlage BR-Drucks. 690/98, S. 1.

Verbände bei der Verschiebung vom Dunkelfeld in das Hellfeld der registrierten Unternehmenskriminalität zu durchschreiten hätten –, biete es sich nach Ansicht des Autors an, obligatorische und konkret bestimmte Compliance-Standards anstelle eines Verbandsstrafrechts gesetzlich festzuschreiben.

Im Anschluss hieran erörtert *Jürgen Taschke* die Effektivität der derzeitigen Rechtslage im Rahmen einer rechtspraktischen Analyse. Mit der Lederspray-Entscheidung des *Bundesgerichtshofs* (Einführung einer unternehmensbezogenen Sichtweise), der Entscheidung desselben zum Nationalen Verteidigungsrat (Anwendbarkeit des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB auf Unternehmensstrukturen) sowie einem Beschluss des *Bundesverfassungsgerichts* (Möglichkeit der Bewertung berufsneutralen Verhaltens von Bankmitarbeitern als Beihilfe zur Steuerhinterziehung) sieht er den Grundstein für eine effektive Verfolgung von Unternehmenskriminalität gelegt. Die Ausweitung des Korruptionstrafrechts, Änderungen im Steuerrecht, der Rechtsprechungswandel im Untreuestrafrecht sowie die Einführung des Bruttoprinzips im Rahmen der Verfallsvorschriften hätten ihr Übriges dazu beigetragen. Sodann sucht er anhand zahlreicher Fälle zu untermauern, dass das derzeitige Sanktionsinstrumentarium, bestehend aus der Verbandsgeldbuße und den Verfalls- und Einziehungsvorschriften, nicht nur wirksam sei, sondern auch effektiv von den Strafverfolgungsbehörden angewandt werde. Abschließend widmet sich der Autor den Folgen der Einführung und der gerichtlichen Konkretisierung des Bruttoprinzips<sup>11</sup> für die Anwendung der (Dritt-)Verfallsvorschriften.

In der darauffolgenden Abhandlung legt *Matthias Jahn* eingangs die bisherige Genese des nordrhein-westfälischen Entwurfs und dessen zentrale Vorschriften dar, ehe er sich den verfassungsrechtlichen Implikationen der derzeitigen Entwurfsfassung widmet. Bewusst wählt er dabei die Herangehensweise einer „verfassungsrechtliche[n] Negativkontrolle“, die sich an den Maßstäben bisheriger Karlsruher Rechtsprechung orientiert. Im Folgenden misst er den Entwurf anhand einzelner grundrechtlicher und grundrechtsgleicher Gewährleistungsgehalte des Grundgesetzes, um im Ergebnis festzustellen, dass dem VerbStGB-E kein konzeptioneller Verstoß gegen die Verfassung abzugewinnen sei. Gerade die vielfach vorgebrachte Kritik eines Verstoßes

---

<sup>11</sup> Nach dem Bruttoprinzip soll das aus einer Straftat „Erlangte“ für verfallen erklärt werden, also der gesamte Umsatz aus einem inkriminierten Geschäft ohne Abzug von Kosten auf Seiten des Unternehmens, vgl. *Taschke*, Rechtspraktische Analyse der Situation de lege lata, in: *Jahn/Schmitt-Leonardy/Schoop* (Fn. 8), S. 50 f.; vgl. zu den höchst umstrittenen Detailfragen: *Joecks*, in: *MüKo-StGB II*, 3. Aufl. 2016, § 73 Rn. 33 ff.

gegen das verfassungsrechtliche Schuldprinzip<sup>12</sup> entkräftet *Jahn* anhand des Lissabon-Urteils des *Bundesverfassungsgerichts*<sup>13</sup>. Überzeugend verneint er die Anwendbarkeit des verfassungsrechtlichen Schuldprinzips auf eine Verbandsstrafbarkeit unter Zugrundelegung der Karlsruher Rechtsprechung. Diese hatte das Schuldprinzip im Rahmen der Entscheidung deutlich ersichtlich als Ausfluss der – nur natürlichen Personen zustehenden – Menschenwürdegarantie dargestellt.

*Martin Böse* geleitet den Leser im daran anschließenden Beitrag durch eine Vielzahl völker- wie europarechtlicher Vorschriften. Auch nach einer Analyse derselben vermag er eine Pflicht des deutschen Gesetzgebers zur Einführung einer Verbandsstrafbarkeit diesen Regelungen nicht zu entnehmen. Es sei indes geboten, die kumulative Verantwortlichkeit natürlicher und juristischer Personen im Anwendungsbereich der Regelungen sicherzustellen. Mit Blick auf die zentrale Herausforderung der Begründung eines Schuldvorwurfs gegenüber Verbänden meint der Autor, eine Tendenz internationaler und europäischer Vorgaben hin zu einem Modell derivativer Verbandsschuld erkennen zu können. Nach einer Analyse des VerbStGB-E unter diesem Gesichtspunkt widmet sich *Böse* dem Adressatenkreis völker- und europarechtlicher Sanktionsregelungen und erörtert die diesbezüglichen Regelungen des Entwurfs. In einem zweiten Teil seiner Abhandlung untersucht der Autor schließlich, ob und in welcher Weise gerade das Unionsrecht den Mitgliedstaaten eine Pflicht zur Implementierung und Durchsetzung von Verbandsgeldbußen im Sinne des Ordnungswidrigkeitenrechts auferlegt. Dabei greift er insbesondere das EU-Wettbewerbsrecht als Vorreitermodell des unionsrechtlichen Sanktionenrechts und die Implikationen des unionsrechtlichen Effektivitätsgebots auf die innerstaatliche Rechtsordnung auf (vgl. § 30 Abs. 2a OWiG). Im Ergebnis mahnt *Böse* die Entwicklung eines einheitlichen materiell-rechtlichen und strafprozessualen Rahmensystems an, das sich an den strengsten Anforderungen zu orientieren habe. Sektorale Regelungen seien nach Möglichkeit zu vermeiden, jedenfalls nur höchst ausnahmsweise zuzulassen. Letztlich bleibe es dem deutschen Gesetzgeber völker- und unionsrechtlich aber auch weiterhin

---

<sup>12</sup> Vgl. die Zusammenfassung der Kritik bei *Zieschang*, Das Verbandsstrafgesetzbuch – Kritische Anmerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden, GA 2014, 91 (94).

<sup>13</sup> BVerfGE 123, 267 (413); eingehend zur Frage schuldstrafrechtlicher Friktionen im Falle der Einführung einer Verbandsstrafbarkeit: *Greco*, Steht das Schuldprinzip einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen?, GA 2015, 503 ff.; lesenswert auch: *Vogel*, Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht, in: *Kempf/Lüderssen/Volk* (Fn. 3), S. 205 ff.

unbenommen, am derzeitigen Modell der Verbandsgeldbuße festzuhalten.

*Marco Mansdörfer* konzentriert sich im Rahmen seines Beitrags schwerpunktmäßig auf die Analyse zahlreicher Ansätze zur Legitimation der Sanktionierung von Verbänden. Von vornherein ablehnend positioniert er sich mit Blick auf den Vorschlag eines Misstrauensprinzips gegenüber Unternehmen. Dieser Begründungsansatz habe nicht nur exorbitante Kontrollkosten, sondern auch die Pervertierung verfassungsrechtlich geschützten Verhaltens in sein Gegenteil zur Folge. Anderen Vorschlägen hält er vielfach eine illusionäre Erwartungshaltung gegenüber Verbänden, mitunter erhebliche Beweisschwierigkeiten oder mangelnde Praktikabilität, entgegen. Vor allem aber kritisiert *Mansdörfer* die Tendenz vieler Begründungsansätze, sich gegenseitig strikt voneinander abzugrenzen. Stattdessen fordert er, durch eine Kombination mehrerer Legitimationsansätze der ein Einzelmodell überschreitenden Komplexität wirtschaftlicher Vorgänge im Unternehmensumfeld Rechnung zu tragen.

Mit einer rechtstatsächlichen Analyse des VerbStGB-E und dessen Begründung leiten *Christian Schoop* und *Karl Sidhu* den zweiten Teil des Sammelbandes ein. Kritisch sehen die Autoren bereits den durch die Entwurfsbegründung postulierten Handlungsbedarf aufgrund einer hohen Schadensintensität bei vergleichsweise geringen Delikts- bzw. Verfahrenszahlen. Diese Sachlage sei einerseits auf die Kriminologie des Täterkreises sowie die Deliktsnatur zurückzuführen, andererseits mit Blick auf das sogenannte Kontrollparadoxon<sup>14</sup> zu betrachten. Zudem gälte es, die indifferente Beteiligtenrolle von Unternehmen bei der Heranziehung von Kriminalstatistiken ebenso zu bedenken wie die Unvollständigkeit polizeilicher Kriminalstatistiken. Auch äußern sie bezüglich des Erwägungsgrunds der „organisierten Unverantwortlichkeit“ den Vorwurf, der Gesetzgeber wolle mit der Verfolgung von Verbänden anstelle von Individuen schlicht auf das einfachere Ziel umschwenken, um eine Arbeitsentlastung zu erwirken. Ebenso bezeugen die Autoren der sogenannten Verbandsattitüde<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Dieser Begriff soll ein Phänomen beschreiben, demzufolge ein weiterer Anstieg der Wirtschaftskriminalität mithilfe verbreiteter, effektiver Compliance-Maßnahmen verhindert werde, nachdem in der vorherigen Phase durch den Aufbau von Kontroll- und Präventionsmaßnahmen und durch die wachsende Sensibilität in den Unternehmen mehr Delikte aufgedeckt worden seien, vgl. *PwC/Martin-Luther-Universität Halle-Saale, Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur*, 2013, S. 16, <http://files.vogel.de/vogelonline/vogelonline/files/5947.pdf> (zuletzt abgerufen: 21.12.16).

<sup>15</sup> Unter „Verbandsattitüde“ versteht man eine kollektive Haltung, die die Rechtsbefolgung davon abhängig macht, dass die Normkonformität für die ökonomischen Interessen des Verbandes nützlich oder jedenfalls nicht hinderlich ist, vgl. *Kölbel, Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde*, ZIS 2014, 552 (553).

als selbstständigem Begründungsansatz für die Verbandsstrafe mit Argwohn. Auch den Einwand einer mangelnden Präventivwirkung und einer nicht hinlänglichen Manifestation des Unrechtsurteils durch das OWiG halten *Schoop/Sidhu* angesichts jüngst durchgeführter Studien für nur bedingt überzeugend. Aber auch mit Blick auf die Einzelschriften gelangen die Autoren zu einer primär negativen Einschätzung hinsichtlich des VerbStGB-E.

Eine gänzlich andere Tonart stimmen demgegenüber *Michael Kubiciel* und *Elisa Hoven* an, die bereits in der Einleitung ihres Beitrags ausführlich ein rechtsstaatliches und praktisches Bedürfnis für eine Reform des Rechts der Verbandssanktionen hervorheben und zu begründen versuchen. Dies hindert die Autoren indes nicht daran, die Korrekturbedürftigkeit des VerbStGB-E im weiteren Verlauf eingehend zu analysieren.

*Rainer Hamm* widmet sich in seiner Abhandlung den möglichen Auswirkungen eines Verbandsstrafrechts auf die strafprozessuale Hauptverhandlung und den dort drohenden Friktionen infolge der Unmöglichkeit einer (eindeutigen) Zuweisung der Täter- und Opferrolle sowie divergierender Verbands- und Individualinteressen.

*Markus Adick* erörtert in seinem Beitrag die Frage, ob mit der Einführung eines Verbandsstrafrechts zugleich (zwingend) eine Stärkung individueller (Verfahrens-)Rechte einherzugehen habe. In einem ersten Teil seiner Ausführungen stellt er zunächst fest, dass die Regelung des VerbStGB-E zur strafmildernden Berücksichtigung kooperativen Verbandsverhaltens eine faktische Zwangswirkung auf die Verbände auszuüben vermöge: Die Verbände und ihre Verantwortlichen hätten keine andere Wahl als – um einer Strafmilderung willen – einzelne Personen zu belasten. Damit gehe nicht nur eine ohnehin schon bedenkliche Instrumentalisierung Privater für staatliche Ermittlungsaufgaben einher, indem den Verbänden de facto eine Pflicht zur Durchführung von internen Ermittlungen auferlegt werde. Vielmehr setze der Staat durch gesetzliche Regelungen den Anreiz zur Verletzung von Individualrechten. Hiervon ausgehend erörtert *Adick* den Interessenwiderstreit arbeitsrechtlicher Verpflichtungen und strafprozessualer Garantien (benannt sei nur der Konflikt zwischen arbeitsrechtlicher Auskunftspflicht und dem *nemo-tenetur*-Grundsatz). Er plädiert schließlich für eine Ausweitung der Schutzmechanismen zugunsten individueller Arbeitnehmer (Recht auf Rechtsbeistand, Vermeidung unlauterer Einwirkungen, Belehrungspflichten etc.) im Rahmen von internen Ermittlungen. Nur so könne dem maßgeblichen Einfluss des Staates infolge der Etablierung des Anreizsystems und den ihm folglich zurechenbaren privaten

Ermittlungshandlungen adäquat Rechnung getragen werden. Solche rechtsverbindlichen Mindeststandards zu schaffen, obliege dem Gesetzgeber.

*Markus Weimann* leitet mit seinem Beitrag den dritten Teil des Werkes ein. Ausgehend von den Regelungen des VerbStGB-E und der Kritik an der derzeitigen Rechtslage und deren praktischer Durchsetzung richtet er seinen Blick primär auf das bestehende System der Verbandsgeldbuße und untersucht dieses auf seine Verbesserungswürdigkeit hin.

Sodann zeigt Mitherausgeberin *Charlotte Schmitt-Leonardy* in ihrer Abhandlung zuvörderst die Schwächen der Konzeption eines Verbandsstrafrechts wie auch der bloßen Reform des Ordnungswidrigkeitenrechts oder der Einführung eines Maßregelsystems für Verbände auf, um im Anschluss daran für die Einführung eines sogenannten „Folgenverantwortungsdialogs“, eines parastrafrechtlichen Systems, zu plädieren. Diesen begreift sie als ein normativ „engehegtes“ Modell der konsensualen Verfahrensbeendigung. Kriminalpolitisch gelte es, angesichts der Komplexität von Wirtschaftsstrafverfahren und der unzureichenden Ausstattung von Strafverfolgungsbehörden die konsensuale Verfahrenserledigung („Deal“) als Teil der Realität anzuerkennen. Diese Form des Dialogs berge – insofern befreit von strafverfahrensrechtlichen und kriminalstrafrechtlichen Bedenken – die Möglichkeit einer fairen Verantwortungszuteilung. Die hierfür erforderliche Tatsachenbasis könne einerseits durch ein Anreizsystem für Fälle kooperativen Verbandsaufklärungsverhaltens, andererseits durch die Einbeziehung Dritter, sogenannter Konfliktexperten, erarbeitet werden. Auch stärke der tatsächlich vollzogene Abschluss von Verfahren aufgrund eines transparent kommunizierten, aber nichtsdestotrotz normativ „engehegten“ Verantwortungszuweisungssystems *sui generis* das Vertrauen der Gesellschaft in die Rechtsordnung.<sup>16</sup> Gerade dem Eindruck und – erst recht – der tatsächlichen Etablierung eines „basarartigen“ Systems gelte es dabei durch „verbindliche Kontextvorgaben“ entgegenzuwirken.

Ausgehend von einer primären Allzuständigkeit des Unternehmens für alle betriebsbezogenen Sachverhalte beschränkt *Schmitt-Leonardy* die normative Erwartungshaltung auf die Vermeidung pflichtwidrig herbeigeführter, strafrechtlich relevanter Erfolge. Die Autorin präsentiert einen mitunter detaillierten

---

<sup>16</sup> Interessant erscheint vor diesem Hintergrund auch *Schmitt-Leonardys* Hinweis auf S. 267, dass der Eindruck, eine solche Herbeiführung des Vertrauens in die Rechtsordnung sei auch mittels aktueller Strukturen zu leisten, angesichts des Verhältnisses von Abschöpfungs- und Sanktionsanteilen bei sogenannten „Rekordgeldbußen“ in der Vergangenheit einen Trugschluss darstellen könnte, der mittelfristig aufgedeckt werden dürfte. Vor diesem Hintergrund gilt es auch, die von *Taschke* auf S. 48 ff. angeführten Beispiele einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

Pflichtenkatalog, den das Unternehmen objektiv zu erfüllen habe. Darüber hinaus sei das Vorliegen subjektiver Zurechnungsvoraussetzungen zu fordern. Die normative Erwartungshaltung hänge dabei im Wesentlichen vom Eintritt eines kritischen Ereignisses ab. Vor Eintritt eines solchen Ereignisses sei dem Verband die Einhaltung objektiver Sorgfaltsstandards, also die (generelle) Absenkung der Schadenswahrscheinlichkeit, abzuverlangen. Nach dessen Eintritt habe das Unternehmen die durch die Irritation hervorgerufene Rückmeldung zu verarbeiten, aus den Fehlern der Vergangenheit zu lernen und eine effektive Kurskorrektur vorzunehmen. Genüge das Unternehmen den normativen Erwartungen, führe dies zu einer Entlastung auf der Ebene des Vorwurfs-„Tatbestandes“ und nicht erst auf Rechtsfolgenrechte. Just diese Rechtsfolgenrechte skizziert *Schmitt-Leonardy* sodann im abschließenden Teil ihres Beitrags. Neben einer spezialpräventiven Kurskorrektur, die mitunter in einer Veröffentlichung des Rechtsbruchs, einer Bewährungszeit für das Unternehmen, der Unternehmenskuratel oder der gerichtlichen Anordnung konkreter Compliance-Vorgaben bestehen könnte, plädiert die Autorin zudem (und ausschließlich) für die Implementierung eines Systems der Wiedergutmachung. Zuletzt widmet sich *Schmitt-Leonardy* Folgefragen wie der Abstimmung der Unternehmenssanktionen mit den Individualrechtsfolgen oder dem konkreten Ablauf des Dialogs.

*Gerson Trüg* setzt sich in der darauffolgenden Abhandlung eingangs mit dem Ziel und der Berechtigung einer strafrechtlichen Sanktionierung von Normverstößen auseinander. Aufgabe der Kriminalstrafe sei es, durch die Verhängung der Sanktion die Präventionskraft einer strafbewehrten Norm zu (re-)stabilisieren, die durch die Begehung der Straftat relativiert worden sei. Von der Prämisse einer kumulativen Sanktionierbarkeit von Unternehmen und im Unternehmenskontext stehenden Mitarbeitern ausgehend fordert er sodann das Vorliegen eines originär nur den Verband treffenden Unrechtsvorwurfs („Überhang“) als Voraussetzung für dessen Sanktionierbarkeit. Mit Blick auf das Sanktionsinstrumentarium sieht *Trüg* gerade das deutsche System gut aufgestellt, biete es der Sanktionierung von Verbänden mit den Vorschriften des OWiG doch vielfach einen weiteren Anwendungsbereich, als dies in Rechtsordnungen mit einem originären Verbandsstrafrecht der Fall sei. Flankiert würden diese Zentralnormen überdies durch die Regelungen über Einziehung und Verfall (§§ 73 ff. StGB, §§ 29, 29a OWiG) sowie Steuerungsmaßnahmen des Wirtschaftsverwaltungsrechts und des EU-Kartellbußgeldrechts. *Trüg* bemängelt indes eine fehlende Abstimmung der „außerstrafrechtlichen“ Rechtsfolgen aufeinander und mahnt eine Anpassung und Vereinheitlichung des Maßnahmenkatalogs an. Auch die Einführung



schuldunabhängiger Maßnahmen hält *Trüg* für erwägenswert. Mit Blick auf den eingangs herausgearbeiteten Strafzweck folgert *Trüg* indes, dass der Implementierung von Anreizsystemen auf Unternehmensebene aufgrund deren zukunftsorientierten Charakters elementare Bedeutung für die Sanktionierung von Verbänden beizumessen sei. Lügen schon zum Zeitpunkt einer etwaigen Begehung einer Individualstraftat angemessene, tatsächlich „gelebte“ sowie regelmäßig überprüfte Anreizsysteme vor, sei der notwendige kollektive Unrechts-Überhang nicht gegeben. Die Sanktionierung des Unternehmens müsse schon dem Grunde nach ebenso scheitern wie die Anordnung möglicher Verfallsmaßnahmen. Eine Positivierung erstrebt *Trüg* im Rahmen des § 30 OWiG, der *de lege ferenda* auf den Unrechts-Überhang aufgrund fehlender angemessener Anreizsysteme (und nicht etwa auf das Vorliegen einer unternehmensbezogenen Anknüpfungstat) abzustellen habe. Mit Blick auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zahlreicher Akteure weist *Trüg* auf die Notwendigkeit einer Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Unternehmenssanktion hin. Abschließend befürwortet *Trüg* nochmals das Festhalten an einer Verortung im – freilich prozessual wie auch auf Rechtsfolgenseite anpassungsbedürftigen – Ordnungswidrigkeitenrecht.

*Melanie Poepping* beschäftigt sich im Rahmen ihres Beitrags mit der Prämisse des VerbStGB-E, Unternehmen durch die Einführung einer Verbandsstrafbarkeit zur Implementierung von Compliance-Systemen bewegen zu können und zu müssen. Ausgehend von den Fragen der strafmildernden Berücksichtigungsfähigkeit von Compliance-Systemen nach dem VerbStGB-E und dem zu fordernden Umfang derartiger Systeme sowie deren Umsetzung untersucht sie die Zielrichtung und Effektivität von Compliance-Systemen. Zuletzt analysiert sie die Auswirkungen eines Verbandsstrafrechts auf das Verhalten von und in Unternehmen.

In einer abschließenden Abhandlung erläutern *Thomas Gädtke* und *Peter Ruttmann* die potentiellen Auswirkungen der Einführung eines Verbandsstrafrechts auf die Gestaltung des Versicherungsschutzes von Verbänden, deren Leitungspersonen und Mitarbeitern. Nach einer Darstellung praxisrelevanter Versicherungsarten (Strafrechtsversicherung, D&O-Versicherung) und damit verbundener Fragestellungen, insbesondere der Regress- und Versicherungsfähigkeit von Sanktionen und diesen nachfolgenden Ansprüchen nach geltendem Recht, widmet sich der Beitrag den konkreten Auswirkungen des Gesetzgebungsvorhabens auf die spezifischen Versicherungsarten. Im Ergebnis erachten die Autoren die Sanktionen des VerbStGB-E für grundsätzlich regressfähig und korrespondierende Regressansprüche für versicherbar.

#### IV. Fazit

*Summa summarum* ist dem Gesamtwerk eine absolute Leseempfehlung – besonders für Vertreter der Wissenschaft und Rechtspolitik, aber auch für fortgeschrittene Studierende – auszusprechen. So wahrt die Auswahl der Autoren ein bemerkenswertes und – angesichts der mit der Thematik einhergehenden Fragestellungen – meines Erachtens auch gebotenes Gleichgewicht zwischen Theorie und Praxis. Gerade die Einbindung der Praxis der Unternehmensverteidigung und Strafverfolgung ermöglicht eine realistische Beurteilung des derzeitigen Verantwortungssystems und wirkt Diskussionen im luftleeren Raum entgegen. Dennoch ist auch diesen Stellungnahmen mit der gebotenen Skepsis zu begegnen. Wenn beispielsweise *Taschke* in seiner Abhandlung suggeriert, die „Gesamteffektivität“ der derzeitigen Rechtslage lasse sich allein mithilfe einzelner Rekordgeldbußen nachweisen, wird man dies hinterfragen müssen. Allein aus der Gesamthöhe der Geldbußen bzw. der Höhe einzelner Sanktions- bzw. Abschöpfungsanteile auf die Ineffektivität oder Effektivität des Systems zu schließen, erscheint meines Erachtens zu pauschal bzw. greift zu kurz.

Dass praktische Erfahrungen für die Diskussion um die Einführung eines Verbandsstrafrechts indes unverzichtbar sind, legt *Hamm* im Rahmen seiner Analyse der geplanten Einführung des Legalitätsprinzips eindrucksvoll dar. Diese müsse zwangsläufig in einer Überforderung der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte münden. Ginge man davon aus, die Verbände sähen von einer Kooperation mit den Ermittlungsbehörden ab und übten die ihnen zustehenden Verteidigungsechte aus, seien Erleichterungen im Verfahrensrecht zur Vermeidung eines Systemkollaps unweigerlich erforderlich, im VerbStGB-E indes nicht vorgesehen. Angesichts dessen sei im Falle der Realisierung des VerbStGB-E der Weg zu einer regelmäßigen Anwendung des § 153a StPO durch die Praxis bereits vorgezeichnet.

Positiv zu bewerten ist, dass das Schrifttum sich der Diskussion um ein Verbandsstrafrecht – wie der vorliegende Sammelband eindrucksvoll aufzeigt – angenommen hat und sich (mehrheitlich) nicht nur auf destruktive Stellungnahmen beschränkt, sondern vielmehr Verbesserungsvorschlägen wie auch Alternativmodellen den Weg zu bereiten versucht. Erwähnenswert erscheint darüber hinaus, dass einige Abhandlungen den Leser an der einen oder anderen Stellen durchaus zum Schmunzeln zu bringen vermögen<sup>17</sup> und dennoch die zu

---

<sup>17</sup> Beispielhaft sei auf *Jahns* Ausführungen (zum Vorbringen eigentlich kriminalpolitischer Erwägungen im Gewand verfassungsrechtlicher Bedenken) auf S. 64 wie auch *Hamm*s sarkastische Beurteilung der Finanzierungserwägungen des nordrhein-westfälischen Justizministeriums auf S. 202 f. hingewiesen.

analysierende Problematik nie in nennenswerter Weise aus den Augen verlieren. Auch gilt es positiv hervorzuheben, dass die Autoren in regem Maße auf die Erfahrungen im Umgang mit ausländischen Regelungssystemen zurückgreifen und auch anhand dieser einen nationalstaatlichen Verbesserungsbedarf ermitteln. So kritisieren *Schoop/Sidhu* in ihrem Beitrag nicht nur die gänzlich fehlende (dezidierte) Beschreibung strafmildernder Compliance-Maßnahmen als „prekär“. Vielmehr stellen sie darüber hinausgehend auch die (strafschärfende) Behandlung sogenannter *fig leaf compliance*<sup>18</sup> zur Diskussion. Insgesamt überzeugen die Stellungnahmen zumeist durch klar strukturierte Gedankengänge und erlauben damit auch interessierten Studierenden einen guten Einstieg in die Problematik. Letztlich bleibt zu hoffen, dass dieses Werk auch in den Landeshauptstädten und in Berlin den einen oder anderen aufmerksamen Leser findet.

---

<sup>18</sup> Der Begriff entstammt dem anglo-amerikanischen Rechtskreis und meint solche Compliance-Maßnahmen, die allenfalls zu Vorzeige- und Verdeckungszwecken geführt werden, hinter denen indes keine an effektiver Durchsetzung interessierte, tatsächliche gelebte Unternehmenskultur steht. Die Maßnahmen bestehen nur auf dem Papier oder pro forma, erfüllen allenfalls die Funktion eines Feigenblattes, das Missstände verhüllt; vgl. U.S. Department of Justice, United States Attorneys' Manual (USAM), § 9-28.800 (B) [„paper program“], <https://www.justice.gov/usam/usam-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations#9-28.800> (zuletzt abgerufen: 21.12.2016).